

1. Kapitel

Grundlagen

Übersicht

	Rz
I. Internationales Familienrecht (Gegenstand)	1.1
A. Begriff	1.1
B. Bedeutung	1.2
II. Internationales Privatrecht	1.4
A. Aufgabe und Ziel	1.4
B. Aufbau der Verweisungsnormen	1.7
C. Qualifikation	1.8
D. Haupt-, Erst- und Vorfrage, selbstständige und unselbstständige Anknüpfung	1.9
E. Rück- und Weiterverweisung	1.11
F. Mehrrechtsstaaten	1.15
G. Ermittlung und Anwendung fremden Rechts	1.17
H. Ordre public	1.23
1. Kollisionsrechtlicher ordre public	1.23
2. Verfahrensrechtlicher ordre public	1.29
III. Die wichtigsten Anknüpfungen im IPR	1.31
A. Personalstatut	1.31
B. Domicile	1.39
C. Gewöhnlicher Aufenthalt	1.41
1. Grundsätze	1.41
2. Erwachsene	1.50
3. Kinder	1.53
D. Parteiautonomie (Rechtswahl)	1.66
E. Geschäftsfähigkeit	1.67
IV. Grundsätze des Internationalen Zivilverfahrensrechts	1.70
A. Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit	1.71
B. Ausländische Entscheidungen	1.76
1. Wesen der Anerkennung	1.76
2. Begriff der Entscheidung	1.84
3. Anerkennung von Statuslagen?	1.87
4. Vollstreckung	1.90
V. Internationale Zustellung	1.94
A. Zustellung innerhalb der EU	1.94
B. Zustellung außerhalb der EU	1.100
VI. Grenzüberschreitende Beweisaufnahme	1.106
VII. EuUrkVO	1.114

I. Internationales Familienrecht (Gegenstand)

A. Begriff

1.1 „Internationales Familienrecht“ will ein funktional verstandener Begriff sein: Gemeint ist primär das Kollisions- wie auch Zivilverfahrensrecht, das Familien- sachverhalte mit Auslandsberührung regelt. Für sie beantwortet es die Fragen, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte welcher Staaten für eine Entscheidung international zuständig sind, welches Recht sie dabei anzuwenden haben und inwiefern inländische Entscheidungen im Ausland oder ausländische Entscheidungen im Inland anerkannt und vollstreckt werden. Als neuere Kategorie haben sich behördlich ausgestellte „Bescheinigungen“ (Formulare) über Rechtsverhältnisse und Sachverhalte etabliert, die innerhalb der EU ein erhöhtes Vertrauen genießen. Nicht unerwähnt sei auch die zwischenstaatliche Zusammenarbeit Zentraler Behörden, deren Aufgaben und Befugnisse in den letzten Jahren vermehrt geregelt werden. Das internationale Zustellwesen und die grenzüberschreitende Beweisaufnahme runden das „Internationale Familienrecht“ ab.

B. Bedeutung

1.2 Die große rechtspraktische Bedeutung des Internationalen Familienrechts bestätigt ein Blick in die Statistiken. 13% der rund 122 Millionen Ehen in der EU weisen eine grenzüberschreitende Komponente auf.¹ In etwa jeder dritten im Jahr 2020 in Österreich geschlossenen Ehe besaß zumindest ein Ehepartner nicht die österr Staatsbürgerschaft.² An Kindesentführungen sind jährlich etwa 30 eingehende Fälle (Entführungen nach Österreich) und ebenfalls ca 30 ausgehende Fälle (Entführungen in das Ausland) zu verzeichnen.³ Die Zahl der Auslandsadoptionen wird in Österreich nach wie vor statistisch nicht erfasst.

1.3 Auf europäischer Ebene spiegelt sich die praktische Bedeutung in der **Vereinheitlichung des Zivilprozess- und Kollisionsrechts** in Familiensachen wider. Vorrangig sind hier die Brüssel II a-VO (seit 1. 8. 2022: Brüssel IIb-VO), die Rom III-VO, die EuUVO samt dem HUP sowie die Europäischen Güterrechtsverordnungen zu nennen. Überlegungen zur europaweiten Vereinheitlichung

1 Bericht der Kommission 15. 4. 2014 COM (2014) 225 final, FN 19.

2 Statistik Austria, Eheschließungen 2020 nach Bundesländern und ausgewählten Merkmalen (8. 5. 2022). Bei den EP waren es im Jahr 2020 ca 25%, vgl Statistik Austria, Begründungen eingetragener Partnerschaften 2020 nach Bundesländern und ausgewählten Merkmalen (8. 5. 2020).

3 Parlamentarische Anfragebeantwortung des BMJ, 4981/AB v 21. 7. 2015 zu 5079/J (25. GP); weiterhin gültig für die Jahre 2018–2020 nach Rosenberg/Nagl, Statistische Auswertung aller Kindesentführungsverfahren mit Österreichbezug, iFamZ 2022, 59.

des materiellen Familienrechts⁴ dürften sich weiterhin nicht so bald verwirklichen. Angestoßen durch einer Forderung der Kommissionspräsidentin *von der Leyen* („if you are parent in one country, you are parent in every country“) haben jüngst auf EU-Ebene Arbeiten zu einer Verordnung über die wechselseitige Anerkennung in Angelegenheiten der Elternschaft begonnen, wobei ein erster Verordnungsentwurf gegen Ende des Jahres 2022 erwartet wird.⁵ Damit wäre dann eine letzte große Lücke im Internationalen Familienrecht geschlossen.

II. Internationales Privatrecht

Literatur: *Duchek*, Die Neuordnung des österreichischen internationalen Privatrechts, ÖStA 1979, 6; *Schack*, Das IPR – ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das moderne Antiquariat? in *Liber Amicorum Gerhard Kegel* (2002) 179; *Schwimann*, Zu den allgemeinen Bestimmungen des österreichischen IPR-Entwurfes 1975, JBl 1978, 1; *Schwind*, Prinzipien des neuen österreichischen IPR-Gesetzes, StAZ 1979, 109.

Materialien: ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 7 ff (IPRG).

A. Aufgabe und Ziel

Internationales Privatrecht – IPR, Kollisionsrecht, **Verweisungsrecht** – regelt, 1.4 welches Privatrecht auf Sachverhalte mit Auslandsberührung anzuwenden ist. Es verweist auf eine anzuwendende Rechtsordnung, ohne eine inhaltliche Entscheidung zu treffen, ist also seiner Funktion nach sohin „Recht über Rechten“.⁶ In Österreich wurde das Verweisungsrecht 1978 mit dem IPRG kodifiziert.⁷ Vorrangig wird das familienrechtliche IPR mittlerweile in Übereinkommen der Haager Konferenz sowie im Europäischen Unionsrecht geregelt. Vom Verweisungsrecht zu unterscheiden ist das **Sachrecht**, das über den Sachverhalt „inhaltlich“ entscheidet.

Regelungsziel des IPRG ist, privatrechtliche Sachverhalte mit Auslandsberührung nach derjenigen Rechtsordnung zu beurteilen, zu der die stärkste Bezie- 1.5

4 Vgl bspw *Pintens*, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, FamRZ 2003, 329, 417, 499; *Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004) 544; *Roth*, Impulse für ein europäisches Familienrecht, ZfRV 2004, 548; *Lurger* in *Bäck*, Familien- und Erbrecht – Europas Perspektiven 53 ff; *Wagner*, Zu den Chancen der Rechtsvereinheitlichung im internationalen Familienrecht, StAZ 2007, 101; krit *Lurger*, EF-Z 2008/77, 126 (128). Siehe auch die 2001 gegründete Commission on European Family Law, <http://ceflonline.net/principles/> (30. 7. 2022), die sich um die Erarbeitung von *Principles of European Family Law* bemüht.

5 Am besten nachzuverfolgen unter: www.europarl.europa.eu/legislative-train/api/stages/report/current/theme/a-new-push-for-european-democracy/file/recognition-of-parenthood-between-member-states (30. 7. 2022).

6 *Kropholler*, IPR⁶ § 1 I 3.

7 BGBI 1978/304.

hung besteht (§ 1 Abs 1 IPRG). Darin liegt das **Gerechtigkeitsideal** des Kollisionsrechts.⁸ Die einzelnen Verweisungsnormen des IPRG sind Ausdruck dieses Grundsatzes (§ 1 Abs 2 IPRG).⁹

1.6 Ausländische Normen sind nur bei der Prüfung materiell-rechtlicher Fragen anzuwenden. Auf das **Verfahren** sind stets die österr Prozessvorschriften anzuwenden.¹⁰ Nicht immer leicht zu unterscheiden ist allerdings, ob eine Vorschrift im ausländischen Recht materiellen oder verfahrensrechtlichen Charakter hat (zB Verjährung, Beweislast).

B. Aufbau der Verweisungsnormen

1.7 In ihrem Aufbau entsprechen die kollisionsrechtlichen Verweisungsnormen jenen anderer Rechtsnormen, dh sie verknüpfen einen bestimmten **Tatbestand** – er ist Ausdruck einer Rechtsfrage (zB „Scheidungsvoraussetzungen“) – mit einer **Rechtsfolge**, nämlich der Bestimmung des maßgeblichen Rechts. Die konkrete Verknüpfung bewirkt ein bestimmter **Anknüpfungspunkt** im Tatbestand, etwa die Staatsangehörigkeit einer Person oder ihr gewöhnlicher Aufenthalt in einem bestimmten Staat.

C. Qualifikation

1.8 In ihrer Umschreibung sind die Verweisungsnormen abstrakt gehalten, um die in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlichen Sachnormen möglichst in ihrer Gesamtheit erfassen zu können. Dies erfordert im Einzelfall die **Subsumtion des Sachverhalts** bzw der mit ihm einhergehenden Rechtsfragen unter den Tatbestand der Verweisungsnorm, die sog Qualifikation,¹¹ oder, maW, die **Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs der Kollisionsnorm**. Maßgeblich dafür ist nicht das österr Begriffsverständnis, sondern es bedarf einer am Normzweck orientierten, funktionalen Betrachtung.¹² EU-Verordnungen enthalten idR Ein- und Ausschlussklauseln, die den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung näher determinieren.

⁸ Kropholler, IPR⁶ § 4 II; krit hierzu Schack in Liber Amicorum G. Kegel 179 (190): was die Parteien wollen, ist *Rechtssicherheit*.

⁹ Die Bestimmung dient als Generalklausel der Auslegung und Lückenfüllung und tritt nicht etwa in Konkurrenz zu den einzelnen Kollisionsregeln, 8 Ob 545/88; s auch 3 Ob 549/94 ua.

¹⁰ StRsp, zB 9 Ob 29/10 w; RS0076618.

¹¹ Sog primäre Qualifikation; abermals wird eine Qualifikation in der ermittelten Rechtsordnung erforderlich, die sog „Qualifikation zweiten Grades“, oder „sekundäre Qualifikation“. Zu den Qualifikationsfragen s bspw auf Kegel/Schurig, IPR⁹ § 7.

¹² Schwimann, IPR³ 24; Verschraegen in Rummel³ Vor § 1 IPRG Rz 42 ff.

D. Haupt-, Erst- und Vorfrage, selbstständige und unselbstständige Anknüpfung

Der Tatbestand einer inländischen Verweisungsnorm kann seinerseits ein Rechtsverhältnis voraussetzen. Bspw setzt die Scheidung einer Ehe das Bestehen einer Ehe voraus. Für die Klärung der **Hauptfrage**, ob und wie die Ehe geschieden werden kann, ist die Frage nach dem Bestand der Ehe präjudiziell. Eine solcherart präjudizielle Frage wird als **Vorfrage** oder auch **Erstfrage** bezeichnet.¹³ Sie ist, ebenso wie die Hauptfrage, nach dem (Kollisions-) Recht des Gerichtsstandes, der *lex fori*, „anzuknüpfen“, also zu beurteilen. Auch das Kollisionsrecht der EU-Verordnungen überlässt die Klärung von Vorfragen grundsätzlich dem nationalen Recht.

Eine präjudizielle Frage kann auch **nach vollzogener Anknüpfung**, also im Sachrecht der „berufenen“ Rechtsordnung auftreten. Steht etwa fest, nach welchem Recht die Abstammung eines Kindes zu beurteilen ist, kann uU nach den Sachnormen dieses Rechts die Entscheidung über die Abstammung (oder den Namen¹⁴) davon abhängen, ob das Kind innerhalb oder außerhalb einer Ehe (oder einer bestimmten Frist nach deren Auflösung) geboren wurde. Das Bestehen der Ehe ist dann **Vorfrage**. Strittig¹⁵ ist nun, ob auch sie nach dem Kollisionsrecht des Forums zu beurteilen ist (sog „**selbstständige Anknüpfung**“) oder ob das für die Hauptfrage maßgebliche (Kollisions-)Recht maßgeblich sein soll (sog „**unselbstständige Anknüpfung**“). Eine selbstständige Anknüpfung hat den Vorzug, dass über die Vorfrage jedenfalls¹⁶ genau so entschieden wird, als würde sie sich als Hauptfrage stellen, sodass aus Sicht des Forums „interner Entscheidungseinklang“ besteht.¹⁷ Für die unselbstständige Anknüpfung spricht umgekehrt der „internationale Entscheidungseinklang“, dass die Frage also so entschieden werden sollte, wie sie auch ein Gericht des betreffenden Landes entscheiden würde. Gelöst werden muss die Streitfrage im konkreten Fall nach Maßgabe der Nähe des Sachverhalts zum In- oder Ausland. Im *Grundsatz* indiziert ein familienrechtliches Verfahren vor dem inländischen Gericht eine stär-

1.9

1.10

13 *Schwimann*, IPR³ 28; *Kropholler*, IPR⁶ § 18 II; gegen die Begriffsverwendung „Erstfrage“ *Verschraegen* in *Rummel*³ Vor § 1 IPRG Rz 53, weil die Unterscheidung von der „Vorfrage“ nur terminologischer Natur sei.

14 OLG Nürnberg 11 W 4194/19 FamRZ 2021, 493 (*Solomon*) mit Problematik der Namensbestimmung eines Kindes, dessen Eltern formunwirksam vor dem griechisch-orthodoxen Geistlichen geheiratet hatten.

15 Ebenso in D, zum Meinungsstand zB OLG Hamburg 2 W 57/20 FamRZ 2021, 956 (*v. Hein*) mwN zur Beurteilung der Vaterschaft für das Kind einer in Doppelhelebenden Iranerin.

16 *Ohnehin* wird die Vorfrage gleich entschieden, wenn eigenes und fremdes Kollisionsrecht derselben Anknüpfungsregel (zB Heimatrecht) folgen.

17 Im Beispielsfall wäre es etwa merkwürdig, zur Beurteilung der Abstammung des Kindes die Ehe zu bejahen, in einem späteren Scheidungsverfahren die Ehe aber vielleicht für nicht existent zu befinden.

kere Nahebeziehung zum Inland, weshalb regelmäßig der interne Entscheidungseinklang (selbstständige Anknüpfung) Vorzug verdienen wird.¹⁸ Dies gilt jedenfalls, wenn sich die Vorfrage im fremden Recht schon als Erstfrage gestellt hat, denn es wäre widersinnig, sie sogar im selben Verfahren unterschiedlich zu beantworten.¹⁹ Als *Ausnahme* kann eine unselbstständige Anknüpfung geboten sein, wenn die Auslandsbeziehung des Sachverhalts – vor allem auch zukunftsbezogen – deutlich überwiegt. Trifft das fremde Sachrecht eine Unterscheidung, die das eigene Kollisionsrecht gar nicht kennt, legt auch dies eine unselbstständige Anknüpfung der betreffenden Frage nahe.²⁰

E. Rück- und Weiterverweisung

Literatur: *Andrae/Essebier*, Zur Scheidung einer Ehe zwischen einer deutschen Christin und einem indischen Schiiten, IPRax 2002, 294; *Corneloup*, Zum Bedeutungsverlust des Renvoi, IPRax 2017, 147; *Jayme*, Zur „versteckten“ Rückverweisung im internationalen Privatrecht, ZfRV 1970, 253; *Lurger*, Die Gesamtverweisung und das Günstigkeitsprinzip im österreichischen IPRG, ZfRV 1995, 178; *Mäsch*, Der Renvoi im Europäischen Kollisionsrecht, in *Arnold* (Hrsg), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts (2016) 55; *Ostrowska*, Rückverweisung im internationalen Ehescheidungs- und Ehegutterrecht des postsozialistischen Rechtsraumes, IPRax 2006, 518; *Schwimann*, Zur versteckten Rückverweisung im österreichischen IPR, ZfRV 1976, 29.

1.11 Beruft eine Verweisungsnorm fremdes Recht zur Anwendung, so fragt sich, ob dieser Verweis unmittelbar auf die Sachnormen der fremden Rechtsordnung abzielt (sog „Sachnormverweisung“), oder auf die Rechtsordnung als Ganze, einschließlich ihres eigenen Verweisungsrechts (sog „Gesamtverweisung“),²¹ sodass diese selbst bestimmen kann, ob sie ihre eigenen Sachnormen auf den Fall anwenden will oder ihrerseits eine andere Rechtsordnung für maßgebend erklärt. § 5 Abs 1 IPRG entscheidet sich für den **Grundsatz der Gesamtverweisung**.²² Nur die „Formvorschriften“ in den §§ 8 und 16 Abs 2 IPRG sehen als Ausnahme hiervon eine Sachnormverweisung vor.²³ Das Kollisionsrecht der EU-Verordnungen (Art 11 Rom III-VO; Art 12 HUP; Art 32 EuEhe/PartGüVO) folgt indes durchgehend dem **Grundsatz der Sachnormverweisung**.

18 So auch die hL, *Schwimann*, IPR³ 44; *Verschraegen* in *Rummel*³ Vor § 1 IPRG Rz 56 ff; *Kropholler*, IPR⁶ § 32 IV 2.

19 *Schwimann*, IPR³ 43.

20 *Kropholler*, IPR⁶ § 32 IV 2b.

21 Krit zur Begriffswahl „Gesamtverweisung“, weil auf das fremde IPR, nicht auf das ganze fremde Recht verwiesen werde, *Schwimann*, JBl 1978, 1 (5), im Anschluss an *Kegel*; ebenso *Kegel/Schurig*, IPR⁹ § 10 II.

22 ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 15; aus der Rsp bspw 7 Ob 513/95; 6 Ob 17/04z; 9 Ob 29/10w uva. Für die generelle Abschaffung der Gesamtverweisung *Mäsch* in *Arnold*, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts 55 ff.

23 ErläutRV 784 BlgNR 14, GP 19, 30; *Schwimann*, IPR³ 39.

Gelangt fremdes IPR zum Zug, so kann dieses das eigene Recht berufen, auf österr Recht zurückverweisen oder auf das Recht eines Drittstaats weiterverweisen. Erklärt das fremde IPR das eigene Recht für anwendbar („**Verweisungsannahme**“), so steht damit die Anwendung des Sachrechts dieser Rechtsordnung fest. Verweist das fremde IPR auf österr Recht zurück – weil es einer anderen Anknüpfung folgt als die österr Kollisionsnorm, bspw wenn das österr IPRG auf das Heimatrecht verweist, dieses Heimatrecht allerdings das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts beruft – so sind unmittelbar die österr Sachnormen anzuwenden (§ 5 Abs 2 HS 1 IPRG, sog „**Gesamtrückverweisung**“ auf österr Sachrecht“).²⁴ Andernfalls käme es zu einem ewigen „Pingpongspiel“ der beiden Kollisionsrechte. Im Fall der **Weiterverweisung** des fremden IPR sind unter Beachtung weiterer Verweisungen die Sachnormen jener Rechtsordnung maßgebend, die ihrerseits nicht mehr verweist oder auf die erstmals zurückverwiesen wird (§ 5 Abs 2 HS 2 IPRG).

Beispiel:²⁵

Die Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt sind gem § 26 Abs 1 IPRG nach dem Personalstatut jedes Annehmenden und dem Personalstatut des Kindes zu beurteilen. Ist das Kind südafrikanischer Staatsbürger, geht der Verweis auf das Recht Südafrikas. Adoptionen in Südafrika unterliegen dem Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. Da das Kind in der Schweiz lebt, handelt es sich um eine Weiterverweisung auf Schweizer Recht. Bei der Adoption kennt das Schweizer IPR keine Rück- oder Weiterverweisung auf ausländisches Recht, was als Verweisungsannahme zu werten ist. Es gilt damit Schweizer Sachrecht.

Die **im fremden IPR „passende“ Norm**, anhand derer die Verweisungsannahme, Rück- oder Weiterverweisung zu prüfen ist, muss durch Qualifikation („zweiten Grades“) ermittelt werden (s Rz 1.8). Fremdes IPR kann mitunter auch einem internationalen Übereinkommen zu entnehmen sein, das im betreffenden Staat in Geltung steht, wobei es grundsätzlich nicht schadet, dass Österreich nicht Vertragsstaat eines solchen Übereinkommens ist.²⁶

Bisweilen sind Kollisionsnormen des fremden IPR nicht ausdrücklich erwähnt, sondern in anderen Normen (vor allem Zuständigkeitsregeln) „versteckt“, oder sie fehlen ganz. Eine solche „**versteckte Rückverweisung**“ liegt regelmäßig im Verhältnis zu anglo-amerikanischen Staaten vor, deren Gerichte, wenn sie ihre Zuständigkeit (*jurisdiction*) bejahen, auch ihr eigenes Recht (*lex fori*) auf den Fall anwenden. Dem **Sinn** eines solchen Kollisionsrechts entspricht also die Anwendung des eigenen Rechts bei gegebener (auch konkurrierender) Zustän-

24 Etwa 8 Ob 64/99 s; 9 Ob 29/10 w, wobei in Unterhaltssachen mittlerweile das HUP gilt.

25 Nach 1 Ob 253/06 x.

26 Vgl 1 Ob 173/06 g; (ohne die Rückverweisung zu erwähnen auch) 8 Ob 82/06 a.

digkeit; dies genügt idR zur Feststellung einer Rückverweisung.²⁷ Vorausgesetzt ist allerdings, dass aus Sicht des ausländischen Gerichts im konkreten Einzelfall die Zuständigkeit des österr Gerichts zur Sachentscheidung (hypothetisch) akzeptiert wird bzw dass das österr Gericht bei spiegelbildlicher Anwendung des ausländischen Zuständigkeitsrechts zuständig wäre.²⁸ Ansonsten bedarf es einer einzelfallbezogenen kollisionsrechtlichen Interessenabwägung nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung (§ 1 IPRG), die eine Ersatzanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt einer Partei nahe legen kann.²⁹

F. Mehrrechtsstaaten

1.15 So wie in Österreich manche Agenden den Bundesländern zur gesetzlichen Regelung überlassen sind, besteht in einigen ausländischen Staaten kein einheitliches Zivilrecht oder IPR. Eine solche **Rechtsspaltung** kann **territorialer Natur** (zB in den USA, im Vereinigten Königreich, in Kanada, Australien oder Spanien) oder **personeller Natur** sein. Insb überlassen islamisch geprägte Länder die Regelung der Familienbeziehungen vornehmlich den Bestimmungen der Glaubensgemeinschaften,³⁰ ebenso Israel.³¹ Auch in Indien wird bspw die Bevölkerung in familienrechtlicher Hinsicht in Hindus, Moslems, Christen und Parseen eingeteilt;³² afrikanische Staaten unterscheiden mitunter nach Stammesrecht.³³

1.16 Verweist eine Kollisionsnorm des IPRG auf eine solcherart gespaltene Rechtsordnung, so ist das Recht jener „Teilrechtsordnung“ anzuwenden, das die **innerstaatlichen Kollisionsregeln der fremden Rechtsordnung** hierfür

27 4 Ob 588/69; 6 Ob 638/91 ZfRV 1993, 164 (krit *Hoyer*); vgl auch (ErstG in) 6 Ob 197/20 v; offen gelassen in 1 Ob 549/80. Im Ansatz aA *Schwimmann*, ZfRV 1976, 29 ff, nämlich für eine ersatzweise Anknüpfung an österr Sachrecht, und diesem folgend *Verschraegen* in *Rummel*³ § 5 IPRG Rz 5; für die hier dargestellte Meinung bspw *Kropholler*, IPR⁶ § 25 III 3; IPG 2000/2001, Nr 42 (St Vincent und die Grenadinen); differenzierend, aber im Grundsatz ebenso *Jayme*, ZfRV 1970, 253 ff (268); insg jedoch strittig.

28 Vgl v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 4 EGBGB Rn 56 ff mit weiteren Differenzierungen.

29 Vgl v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 4 EGBGB Rn 80.

30 Ein einheitliches „islamisches Recht“ gibt es freilich nicht, vielmehr ist nach dessen Geltung in einzelnen Staaten und insb Rechtsschulen zu unterscheiden; dazu etwa *Krüger*, Beharrung und Entwicklung im islamischen Rechtsbereich (unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Vermögensrechts), Spellenberg-Symposium (2006) 171 ff; instruktiv *Rohe*, StAZ 2006, 93; *Rohe*, Das islamische Recht³ (2011).

31 Vgl 10 ObS 16/14 x EF-Z 2014/141, 230 (*Verschraegen*) mwN.

32 LGZ Wien 43 R 507/03 g EF 105.318. Dessen ungeachtet steht allen indischen Staatsbürgern die Zivilehe offen, vgl den indischen *Special Marriage Act 1954*.

33 10 Ob 2284/96 x (Nigeria).

bestimmen (§ 5 Abs 3 Satz 1 IPRG).³⁴ Der Rechtsanwender muss also die maßgebliche „Teilrechtsordnung“ anhand des interlokalen bzw interpersonalen Privatrechts des fremden Staats bestimmen. Fehlen solche Regeln, so ist jene Teilrechtsordnung maßgeblich, zu der die stärkste Beziehung besteht (§ 5 Abs 3 Satz 2 IPRG).³⁵ Auch religiöses Recht – bspw kanonisches, islamisches oder jüdisches – kann danach zur Anwendung berufen sein (vgl § 3 Satz 2 IPRG). Das *Ergebnis* solcher Rechtsanwendung steht – wie ganz allgemein – unter Vorbehalt des *ordre public* (§ 6 IPRG). Die familienrechtlichen EU-Verordnungen und das HUP enthalten spezielle Regelungen zum Verweis auf Mehrrechtsstaaten; darauf wird jeweils im spezifischen Kontext eingegangen.

G. Ermittlung und Anwendung fremden Rechts

Literatur: *M. Becker*, Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in der deutschen Rechtspraxis, in FS *Martiny* (2014) 619; *Corneloup*, Rechtsermittlung im internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich, *RabelsZ* 78 (2014) 844; *Hüßtege*, Internetrecherche contra Sachverständigengutachten – Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, *IPRax* 2021, 261; *Ofner*, Regeln zur Anwendung fremden Rechts, *ZfRV* 2015, 123.

Enthält eine Rechtssache einen Sachverhalt mit Auslandsberührungen, hat das Gericht das anzuwendende Recht **von Amts wegen zu prüfen**.³⁶ Steht fest, welches Recht maßgebend ist, so hat es das Gericht weiters amtswegig zu ermitteln (§ 4 Abs 1 IPRG) und entsprechend der im Ursprungsland durch die hRsp geprägten Anwendungspraxis anzuwenden (§ 3 Satz 1 IPRG).³⁷ Lässt sich die judizielle Praxis nicht klären, kommen die hL und erst in letzter Linie der reine (auszulegende) Gesetzeswortlaut zum Zug.³⁸ Dies gilt auch schon für das fremde IPR. Die unrichtige Lösung der Rechtsanwendungsfrage³⁹ sowie unzureichende Bemühungen bei der Ermittlung fremden Rechts⁴⁰ stellen einen Verfahrens-

1.17

34 Vgl bspw 7 Ob 513/95 (Jugoslawien); im Ergebnis auch zum Iran 6 Ob 69/11g EvBl 2012/36 (*Verschraegen*) = ZfRV-LS 2012/6 (*Posch*, ZfRV 2012/9) = EF-Z 2012/90 (*Nademleinsky*). Mit Ausnahme Sloweniens (dazu *Rudolf*, IPRax 2003, 163 ff) haben die Nachfolgestaaten Jugoslawiens zunächst das für die seinerzeitige Republik Jugoslawien gültige IPR-Gesetz übernommen; „jugoslawisches (Kollisions-)Recht“ gibt es aber nicht mehr, wie 1 Ob 190/06g noch meint.

35 8 Ob 545/88. Das betraf etwa die Nachfolgestaaten Jugoslawiens, vgl OLG Stuttgart 17 WF 172/14 IPRax 2016, 611 (krit *Andrae*, 578), oder die (vormalige) Tschechoslowakei, OLG Nürnberg 7 UF 1142/15 FamRZ 2017/361, 698.

36 5 Ob 536, 537/85 IPRax 1987, 35 (*Schwind*, 51); RS0009230; RS0045126.

37 StRsp, zuletzt 3 Ob 104/17s EF-Z 2018/26 (*Lurger*) = IPRax 2020/7 (*Lurger*, IPRax 2020, 67); 1 Ob 94/19h; 7 Ob 154/21d; RS0080958.

38 3 Ob 35/09g; RS0080958 [T2, T3]; LG Linz 15 R 388/14, 15 R 400/14 EF 147.078.

39 7 Ob 173/00t; 1 Ob 163/05k; 4 Ob 122/06d.

40 10 Ob 96/04x; 5 Ob 213/05t.

mangel besonderer Art dar, der dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zu unterstellen ist. Im Rechtsmittelverfahren hängt die amtswegige Prüfung der Rechtsanwendungsfrage von der Erhebung der Rechtsrüge ab.⁴¹ Da das fremde Recht nicht als Tatsache gewertet wird, steht das Neuerungsverbot der Vorlage von Erkenntnisquellen in Rechtsmittelschriften nicht entgegen.⁴²

1.18 Ist ausländisches Recht anzuwenden, zu dem keine Rsp des OGH existiert, kann dies für sich allein die Zulässigkeit eines Rechtsmittels an den OGH nicht begründen. Das **Rechtsmittel an den OGH** kann zwar auch bei Maßgeblichkeit fremden Rechts zulässig sein, wenn etwa die Beurteilung des fremden Rechts durch die inländischen Gerichte die Rechtssicherheit gefährdet. Dem OGH kommt aber nicht die Aufgabe zu, die Einheitlichkeit oder gar die Fortentwicklung fremden Rechts in seinem ursprünglichen Geltungsbereich zu gewährleisten, weshalb im Rechtsmittel an den OGH darzulegen ist, dass dem Gericht zweiter Instanz ein für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblicher Verstoß gegen den Rechtsanwendungegrundsatz des § 3 IPRG unterlaufen ist.⁴³

1.19 Wie sich das Gericht die Kenntnis vom ausländischen Recht verschafft, liegt in seinem Ermessen.⁴⁴ Nach der demonstrativen Aufzählung in § 4 Abs 1 IPRG kommen als zulässige **Hilfsmittel** die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten in Betracht. Dem Gericht stehen jedoch alle Erhebungsquellen offen,⁴⁵ auch Informationen in- und ausländischer Vertretungsbehörden, durch die Parteien, durch Zeugen oder aus dem Internet.⁴⁶ Zweckdienlich ist vor allem ein Blick in das Standardwerk *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht.⁴⁷ Sämtliche eingeholten Auskünfte, auch die von den Parteien angebotenen Ermittlungshilfen, unterliegen der freien Überprüfung, dh der rechtlichen Beurteilung des Gerichts, auch ein von einer Partei vorgelegtes **Rechtsgutachten**.⁴⁸ Ungeachtet ihrer Mitwirkungspflichten treffen die Parteien keine Behauptungs- und Beweis- oder Bescheinigungspflichten zum fremden Recht, die Ablehnung der Mithilfe bleibt sanktionslos.⁴⁹

41 1 Ob 163/05k; 4 Ob 20/09h iFamZ 2009/177, 253 (Fucik); RS0009230 [T6]; gilt auch für die 2. Instanz, LGZ Wien 45 R 295/20w EF 165.167.

42 3 Ob 45/18s mwN; 3 Ob 187/19z.

43 10 Ob 58/07p; 9 Ob 29/10w; RS0042948.

44 StRsp, zuletzt etwa 3 Ob 45/18s.

45 StRsp, zuletzt 3 Ob 104/17s EF-Z 2018/26 (Lurger).

46 Neumayr in KBB⁶ § 4 IPRG Rz 1; 3 Ob 45/18s; 7 Ob 154/21d.

47 Vgl zB zuletzt 3 Ob 45/18s.

48 6 Ob 247/12k; 3 Ob 45/18s; 3 Ob 187/19z.

49 Neumayr in KBB⁶ § 4 IPRG Rz 1; 3 Ob 104/17s EF-Z 2018/26 (Lurger); 7 Ob 154/21d.

1.20

Kann das fremde Recht trotz eingehender Bemühungen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden, ist österr Sachrecht anzuwenden (§ 4 Abs 2 IPRG). Die Angemessenheit der Frist hängt vom jeweils zu gewährenden Rechtsschutz und den Umständen des Einzelfalls, insb auch der Dringlichkeit ab.⁵⁰ In nicht dringlichen Fällen darf die Frist nicht zu knapp bemessen werden, die sofortige Anwendung österr Rechts ohne vorherige ernsthafte Bemühung, das bedeutsame ausländische Sachrecht zu ermitteln, ist unzulässig. Die **hilfsweise Anwendung österr Rechts** kann daher vor allem im Provisorialverfahren in Betracht kommen,⁵¹ wenn das ausländische Recht in der gebotenen Dringlichkeit nicht erhoben werden kann. Wurde aber das ausländische Recht ermittelt und ist die Richtigkeit des erhobenen Materials wahrscheinlich, ist es im Provisorialverfahren auch anzuwenden.⁵² Jedenfalls im Eilverfahren zur Gewährung einstweiligen Unterhalts scheidet die Einholung eines SV-Gutachtens aus.⁵³

1.21

Auf europäischer Ebene (in den familienrechtlichen EU-Verordnungen) fehlt es an einer Regelung, *ob* und falls ja, unter welchen Voraussetzungen von der Ermittlung fremden Rechts abgesehen und auf das eigene Recht zurückgegriffen werden kann. Sicher ist jedenfalls, dass an die Annahme der Unverhältnismäßigkeit der Ermittlung ausländischen Recht gerade innerhalb der EU strenge Anforderungen zu stellen sind. Sollte sich das ausländische Recht dennoch nicht ermitteln lassen, kommen grundsätzlich zwei Lösungen in Betracht: eine Beurteilung nach dem Sachrecht des Gerichtsstaats (§ 4 Abs 2 IPRG) oder eine „Ersatzanknüpfung“ nach dem sachnächsten Recht (etwa gemäß dem in einer Stufenleiter nachfolgenden Anknüpfungspunkt). Zutreffend überlässt die überwA diese – von den Verordnungen ungeregelter – Frage dem Recht des Gerichtsstaats.⁵⁴

1.22

In Angelegenheiten des Kindesunterhalts besteht eine **funktionale Zuständigkeit** des Rechtspflegers, jedoch sind gem § 16 Abs 2 Z 6 RpflG „Entscheidungen, bei denen ausländisches Recht anzuwenden ist“, dem Richter vorbehalten. Für das Wirksamwerden des Richtervorbehalts nach § 16 Abs 2 Z 6 RpflG reicht es aus, dass die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer ausländischen Rechtsvorschrift zumindest in Betracht kommt.⁵⁵ Das Recht der Europäischen Union zählt nach stRsp zum österr Rechtsbestand und ist daher als solches nicht als ausländisches Recht anzusehen,⁵⁶ gleiches gilt für das HUP.⁵⁷ Wohl aber greift

50 4 Ob 225/12k; instruktiv 3 Ob 104/17s EF-Z 2018/26 (zust Lurger) = IPRax 2020/7 (Lurger, IPRax 2020, 67).

51 2 Ob 11/98a; 5 Ob 213/05t; 3 Ob 45/18s ua.

52 3 Ob 104/17s EF-Z 2018/26 (Lurger); 3 Ob 45/18s; RS0115011.

53 3 Ob 104/17s EF-Z 2018/26 (Lurger); RS0115011 [T2].

54 Siehe zB *v. Hein* in MünchKommBGB⁸ Einl IPR Rz 333.

55 StRsp, zuletzt 5 Ob 172/21m; RS0125906.

56 10 Ob 2/14p; 6 Ob 142/18b ua; RS0125906 [T2].

57 6 Ob 142/18b mwN.

der **Richtervorbehalt**, wenn im Verfahren auch nur teilweise – etwa zur Beurteilung von Vorfragen (Abstammung, Verjährung, Bestehen von Unterhaltspflichten)⁵⁸ – ausländisches Recht anzuwenden ist. Sind bloß Tatsachen im Ausland zu ermitteln, etwa das Bestehen weiterer Sorgepflichten, bleibt es bei der Zuständigkeit des Rechtspflegers.

H. Ordre public

1. Kollisionsrechtlicher ordre public

Literatur: *Berchtold/Schulze*, Polygamie in Österreich und Deutschland, Juridikum 2006, 25; *Helms*, Ordre public – Der Einfluss der Grund- und Menschenrechte auf das IPR, IPRax 2017, 153; *Jayme*, „Talaq“ nach iranischem Recht und deutscher ordre public, IPRax 1989, 223; *Rauscher*, Bis dass der Tod euch scheide? IPRax 2006, 140; *Scheucher*, Der ordre public im österreichischen Recht, ZfRV 1960, 15; *Sonnenberger*, Wandlungen und Perspektiven des familienrechtlichen ordre public, Spellenberg-Symposium, Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 29; *Spickhoff*, Eheschließung, Ehescheidung und ordre public – Art. 6 Abs. 1 GG und die Anwendung ausländischen Rechts, JZ 1991, 323; *M. Stürner*, Der ordre public im Europäischen Kollisionsrecht, in *Arnold* (Hrsg), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts (2016) 87.

1.23 Führt die kollisionsrechtliche Prüfung zur Anwendung fremden Sachrechts, so ist dieses auch dann anzuwenden, wenn es vom inländischen Recht erheblich abweicht. Den Inhalt des fremden Rechts nimmt die österr Rechtsordnung aber nicht vorbehaltlos hin: Eine Bestimmung des fremden Rechts ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das mit den Grundwertungen der österr Rechtsordnung unvereinbar ist (§ 6 Satz 1 IPRG, sog „Vorbehaltsklausel“ oder „ordre public-Klausel“). Entsprechend ihrer Stellung als Ausnahmeverordnung darf von der *ordre public*-Klausel nur in sparsamster Weise Gebrauch gemacht werden.⁵⁹ Eine schlichte Unbilligkeit des Ergebnisses genügt ebenso wenig wie der bloße Widerspruch zu zwingenden österr Rechtsvorschriften. Das fremde Recht muss im Ergebnis vielmehr zu einer unerträglichen Verletzung tragender Grundwertungen der österr Rechtsordnung führen.⁶⁰ Mit § 6 IPRG verwandte *ordre public*-Klauseln finden sich in internationalen Übereinkommen oder Verordnungen der EU, wo sie vertrags- bzw verordnungsautonom auszulegen sind, was aber regelmäßig nichts an der engen Auslegung ändert.⁶¹

58 LG Salzburg 21 R 146/16 s EF-Z 2017/96 (*Gitschthaler*).

59 ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 16; stRsp, 6 Ob 242/98 a; 9 Ob 34/10 f EF-Z 2011/64 (*Nademleinsky*) = iFamZ 2011/129 (*Fucik*) = ZfRV-LS 2011/29 (*Posch*); zuletzt 7 Ob 145/18 a ua; RS0077010.

60 StRsp, 9 Ob 34/10 f; 8 Ob 118/12 d; 6 Ob 138/13 g EF-Z 2014/64 (*Nademleinsky*) = IPRax 2015/58 (*Odendahl*, 575); 8 Ob 28/15 y; RS0058323.

61 So etwa zum HUP 7 Ob 145/18 a.

Der Inhalt der geschützten **Grundwertungen** der österr Rechtsordnung lässt sich im Einzelnen nicht definieren und ist auch zeitlichen Veränderungen unterworfen. Verfassungsgrundsätze (vor allem EMRK) spielen freilich eine tragende Rolle: persönliche Freiheit, Gleichberechtigung,⁶² Verbot abstammungsmäßiger, rassischer und konfessioneller Diskriminierung gehören zum Schutzbereich des *ordre public*.⁶³ Außerhalb der verfassungsrechtlich geschützten Grundwertungen zählen etwa das Verbot der Kinderehe,⁶⁴ die Einehe bzw das Verbot der mehrfachen Ehe,⁶⁵ Ehezwang, der Schutz des Kindeswohls im Kinderschaftsrecht oder das Verbot der Ausbeutung zu den geschützten Grundwertungen.⁶⁶ Der ausdrückliche Bezug auf den **inländischen** *ordre public* schließt die Berücksichtigung internationaler Standards (gerade auch jene des Unionsrechts) durchaus nicht aus.⁶⁷ Insgesamt sollte es jedenfalls nicht um die Verteidigung eines irgendwie religiös oder säkular motivierten „Familienbildes“ gehen, sondern immer um den Schutz von grundrechtlich gewährleisteten Individualinteressen.⁶⁸

Tatbestandsmerkmal des § 6 IPRG ist, dass die Anwendung der fremden Norm **im Ergebnis**, nicht bloß ihrem Inhalt oder der Funktion nach den *ordre public* verletzt; dies setzt eine ausreichend starke **Inlandsbeziehung** des Falles voraus.⁶⁹ Der Respekt vor anderen Rechtsordnungen verbietet es, ausländischen Lebenssachverhalten ohne Rücksicht auf ihren Binnenbezug inländische Gerechtigkeitsvorstellungen aufzuzwingen.⁷⁰ Worin die Inlandsbeziehung liegt, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Anhaltspunkte sind etwa gewöhnlicher Aufenthalt der von der Norm betroffenen Person im Inland, Geburt oder Eheschließung im Inland oder österr Staatsangehörigkeit (wenn auch teilweise durch das

62 Vgl 2 Ob 170/18s EF-Z 2019/133 (*Verschraegen*), wonach eine Regelung im iranischen Erbrecht, die nach dem Geschlecht der Erben unterscheidet, *ordre public*-widrig ist.

63 7 Ob 600/86; 4 Ob 199/00 v; 9 Ob 34/10 f; RS0076998; *Verschraegen* in *Rummel*³ § 6 IPRG Rz 2.

64 Es besteht auch nach Art 8 und 12 EMRK keine Pflicht zur Anerkennung einer Kinderehe, EGMR 8. 12. 2015, 60119/12, Z. H. und R. H./Schweiz.

65 VwGH Ra 2019/01/0343-3.

66 9 Ob 34/10 f; RS0076998; auch 2 Ob 238/13 h ua; *Verschraegen* in *Rummel*³ § 6 IPRG Rz 2.

67 *Kropholler*, IPR⁶ § 36 III 2; vgl auch *Verschraegen*, IPR Rz 1315; *Helms*, IPRax 2017, 153.

68 *Sonnenberger*, Spellenberg-Symposium (2006) 53. Anders tw die Rsp, 7 Ob 600/86; 7 Ob 199/06 z: der *ordre public* dient „primär dem Schutz der inländischen Rechtsordnung, nicht vordergründig der inländischen Rechtssubjekte“.

69 ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 17; *Schwimann*, JBl 1979, 341 (343); *Verschraegen* in *Rummel*³ § 6 IPRG Rz 3; aus der Rsp bspw 4 Ob 199/00 v; 8 Ob 60/05 i; 9 Ob 34/10 f; 6 Ob 115/19 h EF-Z 2020/61 (*Nademeleinsky*) = iFamZ 2020/74 (*Fucik*) uva; RS0110743.

70 3 Ob 186/11s EF-Z 2012/89 (*Nademeleinsky*) = iFamZ 2012/34 (*Fucik*).

Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV relativiert).⁷¹ Das bloße Bestehen der internationalen Zuständigkeit österr Gerichte ist idR – außer bei besonders krassen Verstößen – nicht ausreichend.⁷² Je stärker die Inlandsbeziehung, desto weniger werden befremdliche Ergebnisse der Anwendung ausländischen Rechts hingenommen, und umgekehrt, insb wenn Rechtsverhältnisse im Ausland bereits abgeschlossen sind.⁷³ Zu berücksichtigen ist auch, dass bei Annahme eines *ordre public*-Verstoßes der internationale Entscheidungseinklang gestört wird, was nur durch einen besonders starken Inlandsbezug ausgeglichen werden kann.⁷⁴ Es besteht also ein nach Ausmaß und Bedeutung des Inlandsbezugs abgestufter Prüfungsmaßstab („**Relativität des *ordre public***“).⁷⁵

1.26 Als Beispiel für die ergebnisbezogene *ordre public*-Prüfung wird regelmäßig genannt, dass zwar die **Eingehung** einer Vielehe, nicht aber die Geltendmachung von Ehwirkungen (etwa Unterhaltsansprüchen) aus einer im Ausland nach islamischem Recht erlaubterweise geschlossenen Vielehe *ordre public*-widrig sei.⁷⁶ Bei genauerer Betrachtung zeigt das Beispiel, dass es für die *ordre public*-Prüfung von Relevanz ist, ob über das ausländische Rechtsverhältnis als **Vor- oder Hauptfrage** zu entscheiden ist; bei letzterer ist der Inlandsbezug wesentlich stärker und **deshalb** kann eine Vielehe in Österreich nicht geschlossen werden, auch wenn sie das Heimatrecht der Eheleute erlauben sollte.⁷⁷

1.27 **Wirkung** der *ordre public*-Klausel ist primär die Nichtanwendung der „anstößigen“ Norm. Verbietet etwa islamisches Recht einer Muslimin die Eheschließung mit einem nichtmuslimischen Mann (in Österreich), hat das Verbot (ersatzlos) zu entfallen. Bleibt nach der Nichtanwendung der „anstößigen“ Norm eine füllungsbedürftige Lücke, so ist diese durch Anwendung einer entsprechenden Bestimmung des österr (Sach-) Rechts zu schließen (§ 6 Satz 2 IPRG).⁷⁸ Das „übrige“ Recht bleibt anwendbar. Unter Umständen kann auch das Fehlen einer Vorschrift – bspw das Verbot der Doppelehe – im fremden Recht gegen den *ordre public* verstößen; eine solche Lücke ist gleichfalls durch die entsprechende österr Norm zu füllen.

71 3 Ob 186/11 s.

72 3 Ob 186/11 s unter Bezug auf Sonnenberger in MünchKommBGB⁵ (2010) Art 6 EGBGB Rz 82; ebenso nun v. Hein in MünchKommBGB⁸ Art 6 EGBGB Rz 202.

73 Kropholler, IPR⁶ § 36 II 2; 3 Ob 186/11 s.

74 3 Ob 186/11 s; 6 Ob 115/19 h EF-Z 2020/61 (Nademleinsky) = iFamZ 2020/74 (Fucik).

75 3 Ob 186/11 s; 2 Ob 238/13 h; zuletzt 2 Ob 214/20 i; RS0127278.

76 ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 17. In fremdenrechtlicher Hinsicht (Niederlassungsbewilligung für Familienangehörige, nämlich die Zweitfrau) wird man indes anders zu urteilen haben, s Rohe, StAZ 2006, 93 (98).

77 Vgl Kropholler, IPR⁶ § 36 II 2.

78 7 Ob 218/74.

Von der *ordre public*-Klausel zu unterscheiden sind sog. „**Eingriffsnormen**“. **1.28**
Eine Eingriffsnorm fungiert bereits als Ausnahme zur kollisionsrechtlichen Verweisung, sie verhindert diese im Ansatz, während der *ordre public* erst gegenüber dem Ergebnis der Rechtsanwendung greift.⁷⁹ Ein seltenes Beispiel im Familienrecht betrifft das in § 46 EheG verankerte Scheidungsmonopol der Gerichte; möglicherweise auch der Schutz der Familienwohnung.⁸⁰

2. Verfahrensrechtlicher *ordre public*

Mit § 6 IPRG verwandte *ordre public*-Klauseln finden sich im internationalen Zivilverfahrensrecht zur **Anerkennung ausländischer Entscheidungen**. **1.29** § IPRG regelt nur den materiellen, nicht den verfahrensrechtlichen *ordre public*. Die zu § 6 IPRG entwickelten Grundsätze werden aber von der Rsp gelegentlich auch für Fragen der Anerkennung ausländischer Entscheidungen herangezogen.⁸¹ Indes ist der anerkennungsrechtliche *ordre public* tendenziell „großzügiger“ als der kollisionsrechtliche *ordre public*, weil von vornherein die Nahebeziehung zum Inland schwächer ist, wenn eine ausländische Entscheidung (und damit ein abgeschlossener Vorgang) zu beurteilen, anstatt eine inländische Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts zu fällen ist.⁸² Zudem ist der ausländischen Entscheidung ein gewisser Vertrauensvorschuss entgegenzubringen.

Eine besondere Ausprägung des verfahrensrechtlichen *ordre public* ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs (s. dazu etwa Rz 5.130). Die Wahrung des rechtlichen Gehörs soll davor schützen, dass die ausländische Entscheidung ohne Beteiligung einer Partei erlassen wurde. Es muss sichergestellt sein, dass für die betroffene Partei die Möglichkeit bestanden hat, sich effektiv am Verfahren zu beteiligen.⁸³ **1.30**

III. Die wichtigsten Anknüpfungen im IPR

Literatur: A. Fuchs, Mehrstaater im Internationalen Privatrecht, in FS Martiny (2014) 303; Hueber, Zur Anspruchsberechtigung anerkannter Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigter auf Unterhaltsvorschüsse, iFamZ 2018, 275; Kohler, Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht, Spellenberg-Symposium, Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9; Lurger, Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht, EF-Z 2008, 126 (Teil I), 2008, 164 (Teil II); Mankowski, Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration,

79 Aus jüngerer Zeit M. Stürner in Arnold, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts 97. Beispiele für Eingriffsnormen etwa bei Verschraegen, IPR Rz 1319.

80 Vgl Martiny, ZfPW 2017, 1 (28).

81 Siehe zB 8 Ob 28/15y.

82 BGH XII ZB 463/13 FamRZ 2015/108 (Helms); BGH XII ZB 54/18 FamRZ 2020, 1481 (Gomille); Henrich, IPRax 2015, 230.

83 6 Ob 96/11b; 2 Ob 238/13h; 8 Ob 28/15y.

IPRax 2017, 40; *Mankowski*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute, IPRax 2017, 130; *Neumayr*, Doppelstaatsbürgerschaft – doppelte Freude oder doppelte Last? ZFV 2015, 257; *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue „kopernikanische“ Wende? in *Arnold* (Hrsg), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts (2016) 133.

A. Personalstatut

1.31 Häufigster Anknüpfungspunkt im IPRG ist das „Personalstatut“. Zu verstehen ist darunter „das Recht des Staates, dem die Person angehört“ (§ 9 Abs 1 Satz 1 IPRG), also dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, weshalb es auch als „**Heimatrecht**“ bezeichnet wird.⁸⁴ Das europäische IPR ist hingegen zum Aufenthaltsprinzip übergegangen, sodass das Staatsangehörigkeitsprinzip in den letzten Jahrzehnten stark an Boden verloren hat.⁸⁵

1.32 Ob eine Person die **Staatsangehörigkeit** eines bestimmten Staats hat, beurteilt sich nach dem Recht genau dieses Staats; nach allgemeiner Ansicht entscheidet nur er über die Vergabe seiner Staatsangehörigkeit.⁸⁶ Dabei darf er allerdings nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Art 14 iVm Art 8 EMRK verstossen.⁸⁷ Zum Erwerb der österr Staatsbürgerschaft s Rz 6.45 ff.

1.33 Das Personalstatut eines österr Staatsbürgers ist demnach „österreichisches Recht“. Hat eine Person *neben* einer fremden Staatsangehörigkeit *auch* die österr,⁸⁸ so ist gem § 9 Abs 1 Satz 2 IPRG allein die österr Staatsangehörigkeit maßgebend.⁸⁹ Bei anderen **Mehrstaatern** kommt es darauf an, zu welchem Staat die „stärkste Beziehung“ besteht (§ 9 Abs 1 Satz 3 IPRG). Dies ist anhand der gesamten Lebensumstände (bspw sprachliche, kulturelle, ethnische, wirtschaftliche und berufsmäßige Bindungen etc) zu beurteilen.⁹⁰ Zur Bestimmung eines „gemeinsamen Personalstatuts“ von Ehegatten darf nur das für jeden maßgebliche herangezogen werden.⁹¹

⁸⁴ *Schwimann*, JBl 1978, 1 (7); *Verschraegen* in *Rummel*³ § 9 IPRG Rz 2.

⁸⁵ Dazu *Mankowski*, IPRax 2017, 130.

⁸⁶ *Kropholler*, IPR⁶ § 1 VI 1; *Verschraegen* in *Rummel*³ § 9 IPRG Rz 4; 2 Ob 214/20i; RS0076872.

⁸⁷ EGMR 11. 10. 2011, 53124/09, *Genovese/Malta*, FamRZ 2011/1513 (Henrich), wonach es eine Diskriminierung darstellt, wenn nur das eheliche, nicht aber das uneheliche Kind seine Staatsbürgerschaft vom Vater ableitet.

⁸⁸ Dazu kommt es bspw, wenn ein Kind mit seiner Geburt die Staatsangehörigkeit der Eltern sowie auch jene des Landes der Geburt erwirbt, oder wenn ein Ehepartner durch Eheschließung die Staatsangehörigkeit des anderen Ehepartners erwirbt.

⁸⁹ 6 Ob 674/87; 4 Ob 112/02b; 2 Ob 19/11z; VfGH B 212/2014 ua. Die rechtspolitische Kritik an der Norm zusammenfassend (zuletzt) *Neumayr*, ZFV 2015, 257.

⁹⁰ ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 21; *Schwimann*, JBl 1979, 341 (342) und FamRZ 1982, 14 (15).

⁹¹ *Verschraegen* in *Rummel*³ § 9 IPRG Rz 2. Siehe dazu auch 3 Ob 259/09y: beide Ehegatten verfügten über die italienische Staatsbürgerschaft, die Ehefrau war daneben

Beispiel:

Personalstatut einer Frau mit österr und spanischer Staatsangehörigkeit ist österr Recht. Heiratet sie einen Österreicher, so haben sie ein gemeinsames Personalstatut, nämlich österr Recht. Heiratet sie einen Spanier, so schlägt für sie die österr Staatsangehörigkeit durch. Die Ehegatten haben dann kein *gemeinsames* Personalstatut.

Staatenlose, sowie Personen mit ungeklärter Staatsangehörigkeit,⁹² haben als Personalstatut das Recht des Staats, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 9 Abs 2 IPRG). Hat ein Staatenloser keinen gewöhnlichen Aufenthalt, so bietet sich gemäß dem Grundsatz der „stärksten Beziehung“ (§ 1 Abs 1 IPRG) die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt an.⁹³

1.34

Das Personalstatut der **Flüchtlinge** ist gem § 9 Abs 3 IPRG das Recht des Staats, in dem sie ihren Wohnsitz, mangels solchen ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter Ausschluss des Verweises auf das Heimatrecht des Flüchtlings. Minderjährige Kinder teilen iZw den Flüchtlingsstatus ihrer Eltern.⁹⁴ „Flüchtlinge“ sind solche iSd Genfer Flüchtlingskonvention⁹⁵ und des Protokolls über die Rechtstellung der Flüchtlingseigenschaft ist vom Gericht jeweils selbstständig zu prüfen, wobei der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft im Verwaltungsverfahren stärkste Indizwirkung zukommt, vor allem wenn das Verfahren über die Asylgewährung erst kurze Zeit vor der gerichtlichen Entscheidung ergangen ist.⁹⁶ Die Flüchtlingseigenschaft ist vom Gericht jeweils selbstständig zu prüfen, wobei der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft im Verwaltungsverfahren stärkste Indizwirkung zukommt, vor allem wenn das Verfahren über die Asylgewährung erst kurze Zeit vor der gerichtlichen Entscheidung ergangen ist.⁹⁷ Die rechtskräftige Ablehnung eines Asylantrags oder gar eine noch ausstehende Entscheidung darüber schließt den Status als Konventionsflüchtlings nicht zwingend aus.⁹⁸ Die Ausstellung eines Konventionsreisepasses setzt zwar die Flüchtlingseigenschaft voraus, sagt aber nichts über das Andauern der Flüchtlingseigenschaft.¹⁰⁰

1.35

Das Personalstatut (§ 9 IPRG analog) bestimmt auch über die **Geschlechtszuordnung**, einschließlich der Möglichkeiten, Voraussetzungen und Wirkungen

1.36

auch Österreicherin. Der OGH ließ offen, ob eine teleologische Reduktion des § 9 Abs 1 Satz 2 IPRG geboten wäre.

92 Dazu sind Erhebungen erforderlich, LGZ Wien 43 R 303/20g EF 165.169.

93 ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 22; aufgrund seiner Unbeständigkeit für eine möglichst seltene Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt *Schwimann*, FamRZ 1982, 14 (15).

94 LGZ Wien 48 R 277/13 k EF 143.379.

95 BGBl 1955/55. Zum internationalen Status der Flüchtlingseigenschaft s auch *Mankowski*, IPRax 2017, 40.

96 Protokoll v 31. 1. 1967, BGBl 1974/78; ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 22; 10 Ob 35/12 p.

97 *Schwimann*, FamRZ 1982, 14 (15); 10 Ob 4/13 f; 10 Ob 28/18 t.

98 StRsp, zuletzt 10 Ob 40/18 g; 10 Ob 55/20 s; 3 Ob 71/20 t uva; RS0037183; RS0110397.

99 BGH XII ZR 79/04; allgemein zur selbstständigen Prüfung der Flüchtlingseigenschaft durch die Gerichte RS0037183; RS0110397.

100 10 Ob 11/20 w; LGZ Wien 45 R 377/20d EF 165.172.

ihrer Änderung.¹⁰¹ Ist Personalstatut das österr Recht, gehören **Transsexuelle** (auch ohne schwerwiegenden operativen Eingriff) dem Geschlecht an, das ihrem äußeren Erscheinungsbild und ihrer Zugehörigkeit entspricht, was durch verwaltungsbehördliche Änderung (Beurkundung des Geschlechts) im ZPR Niederschlag findet.¹⁰² Gegenteiliges ausländisches Recht widerspricht dem österr *ordre public*;¹⁰³ ob es auch dem durch Art 8 EMRK geschützten Recht, eine Ehe einzugehen, widerspricht,¹⁰⁴ ist nach Öffnung der Ehe für Gleichgeschlechtliche wohl nicht mehr entscheidungswesentlich. Ein österr **Frau-zu-Mann-Transsexueller**, der ein Kind gebiert, wird gleichwohl „Mutter“ gem § 143 ABGB und als solche im ZPR eingetragen.¹⁰⁵

1.37 Ist Personalstatut österr Recht und kann die Person auf Grund ihrer chromosomal, anatomischen und/oder hormonellen Entwicklung **weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet** werden, hat sie als **intersexuelle Person** ein Recht auf Eintragung ihrer Geschlechtskategorie im ZPR.¹⁰⁶ Welche **zivilrechtlichen Folgen** damit verbunden sind (wenn überhaupt), scheint noch weitgehend unklar.

1.38 Die **familienrechtlichen EU-Verordnungen** verweisen zur Auslegung des Begriffs der „Staatsangehörigkeit“ grundsätzlich auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten mit der Maßgabe, dass die „allgemeinen Grundsätze der Union uneingeschränkt einzuhalten sind“. Eine solche Verweisung zielt in Österreich auf § 9 IPRG, wonach es bei Doppelstaatern auf die effektive Staatsangehörigkeit ankommt und im Fall eines österr Doppelstaaters gem § 9 Abs 1 Satz 2 IPRG ein Vorrang der österr Staatsbürgerschaft besteht (Rz 1.33). § 9 IPRG widerspricht insofern wohl dem Diskriminierungsverbot nach Art 18 Abs 1 AEUV („den allgemeinen Grundsätzen der Union“), weil die Bestimmung ohne sachliche Rechtfertigung die österr Staatsangehörigkeit präferiert.¹⁰⁷ Zwar ver-

101 Lipp in MünchKommBGB⁸ Art 7 EGBGB Rz 27 mwN; OLG Schleswig 2 Wx 45/19 FamRZ 2020, 1095.

102 VwGH 2008/06/0032.

103 VwGH 95/01/0061 JBl 1998, 461 = RdM 1998/11, 84 = VwSlg 14748 A; vgl auch dt BVerfG 1 BvL 1/04, 1 BvL 12/04 FamRZ 2007, 271 (Scherpe).

104 Vgl EGMR 11. 7. 2002, 28957/95, Goodwin/UK, FamRZ 2004, 173 (Henrich). Nicht gegen Art 8 und 14 EMRK verstieß allerdings eine Regelung, die die Anerkennung der Geschlechtsumwandlung eines verheirateten Gatten von der Zustimmung des anderen Gatten abhängig macht und im Fall der Zustimmung die Umwandlung der Ehe in eine gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft vorsieht, EGMR 13. 11. 2012, 37359/09, H./Finnland, FamRZ 2013, 432 (Henrich).

105 KG 1 W 1290/20 FamRZ 2021, 762 (Franck) mit Seitenhieben auf die Untätigkeit des österr Gesetzgebers.

106 VfGH G77/2018. Darauf folgte ein Erlass des BMI, *Pesendorfer*, Neuer Erlass zum Geschlechtseintrag, iFamZ 2020, 339.

107 Musger in KKB⁶ Art 3 Rom III-VO Rz 4 f; Rudolf in *Gitschthaler*, IFR Art 8 Rom III-VO Rz 20; für D ebenso *v. Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 91; wohl auch *Traar*, ÖJZ 2011, 807 (810). Nach EuGH 10. 2. 2022, C-522/20, OE/VY, kann

langt der EuGH¹⁰⁸ für die Zuständigkeit nach Art 3 Abs 1 lit b Brüssel II a-VO (nunmehr: Art 3 lit b Brüssel II b-VO) keine „Effektivität“ der Staatsangehörigkeit und eröffnet Doppelstaatsbürgern beide Heimatgerichtsstände. Dies lässt sich jedoch nicht auf das Kollisionsrecht übertragen, das eine Entscheidung für **eine Rechtsordnung** verlangt. Für diese Zwecke ist auf die **Effektivität der Staatsangehörigkeit** abzustellen.¹⁰⁹ Wo es um die **Rechtswahlmöglichkeit** geht, steht jede von mehreren (auch nicht effektiven) Staatsangehörigkeiten offen.¹¹⁰

B. Domicile

Literatur: Henrich, Der Domizilbegriff im englischen Internationalen Privatrecht, RabelsZ 1960, 462.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit (das Personalstatut) ist nicht selbstverständlich¹¹¹ und historisch eine eher neue Entwicklung. Alternative dazu ist die Anknüpfung an das **Domizil**, der nach wie vor im anglo-irischen Recht gefolgt wird. In der Brüssel II b-VO tritt bspw für Irland (und das UK, das allerdings nicht mehr Mitgliedstaat ist) das Konzept des „domicile“ an die Stelle der „Staatsangehörigkeit“ (Art 2 Abs 3 Brüssel II b-VO).¹¹² Das Domizil (**domicile**) wird durch den Daseinsmittelpunkt einer Person bestimmt, der sich aber nicht auf einen bestimmten Ort, sondern ein Rechtsgebiet bezieht.¹¹³ Nach englischer Doktrin hat jede Person immer *ein domicile*, sie kann nie mehrere *domiciles* haben und auch nie ihr *domicile* verlieren, ohne ein neues zu begründen.¹¹⁴

1.39

Erworben wird das *domicile* durch Geburt (*domicile of origin*). Kinder erwerben das *domicile* des Vaters, wenn sie ehelich sind, und jenes der Mutter, falls sie

1.40

allerdings die Bevorzugung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Fall eines besonderen Inlandsbezugs gerechtfertigt sein.

108 EuGH 16. 7. 2009, C-168/08, *Hadadi/Mesko*, FamRZ 2009, 1571 (Kohler).

109 So auch schon die Rsp zum MSA, 8 Ob 618/89; 2 Ob 609/89; 4 Ob 189/06g; 2 Ob 189/14d EF-Z 2015/146 (Nademleinsky); Schwimann in *Rummel*² § 9 IPRG Rz 2; Verschraegen in *Rummel*³ § 9 IPRG Rz 2.

110 Musger in KBB⁶ Art 3 Rom III-VO Rz 5; v. Hein in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 76 ff (Rz 88 zur bes str Rom III-VO).

111 Schwimann, JBl 1978, 1 (8); Schwimann, FamRZ 1982, 14f; eingehend Kohler, Spellenberg-Symposium (2006) 9ff.

112 So schon für die Brüssel IIa-VO 6 Ob 30/08 t iFamZ 2008/146 (Fucik) = IPRax 2010/38, 542 (Hohloch, 567).

113 1 Ob 189/72; 6 Ob 30/08 t; grundlegend *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & D 441, und darauf bezugnehmend *Henwood v Barlow International (In Liquidation)* [2008] EWCA Civ 577, mit den zehn Grundprinzipien zur Bestimmung des *domicile*; dieser E in Familiensachen folgend F. A. and F. L., [2009] EWHC 1448 (Fam); zuletzt etwa AB [2016] EWFC 63. Abrufbar unter www.bailii.org/databases.html (30. 7. 2022).

114 6 Ob 30/08 t; v. Hein in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 137 f.

unehelich sind.¹¹⁵ Ein vom Ehemann abgeleitetes Domizil der Ehefrau¹¹⁶ gibt es im englischen IPR seit 1974 nicht mehr.¹¹⁷ Das *domicile of origin* kann durch ein Wahldomizil (*domicile of choice*) ersetzt werden. Für den Erwerb des Wahldomizils ist *objektiv* erforderlich, dass die betreffende Person am neuen Ort *residence* begründet, und *subjektiv*, dass dies in der Absicht zu bleiben geschieht (*animus manendi*).¹¹⁸ Der *animus manendi* muss konkret nachweisbar sein (bspw aufgrund familiärer Bande, sozialer und beruflicher Eingliederung, Staatsangehörigkeitserwerb etc). Hierfür werden insb bei Aufgabe des *domicile of origin* sehr strenge Anforderungen gestellt.¹¹⁹

C. Gewöhnlicher Aufenthalt

Literatur: *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht (1994); *Balthasar*, Internationale Zuständigkeit in Unterhaltsangelegenheiten. Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“, ÖJZ 2015, 12; *Dutta*, Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts, IPRax 2017, 139; *Garber*, Mehrere gewöhnliche Aufenthalte in der EU? EF-Z 2022, 116; *Gruber*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern, IPRax 2019, 217; *Heiderhoff*, Das vertrackte subjektive Element des gewöhnlichen Aufenthalts, IPRax 2019, 506; *Kropholler*, Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes und das Aufenthaltsbestimmungsrecht, in FS *Jayme* (2004) 471; *Kurth*, Wechselleben zwischen der spanischen Costa Brava und der ostwestfälischen Provinz, IPRax 2019, 123; *Pirrung*, Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in internationalen Sorgerechtssachen – zum Urteil des EuGH vom 2. April 2009 in der Rechtssache A-C-253/07, in FS *Kühne* (2009) 843; *Rauscher*, Nur ein Not-Sitz des Rechtsverhältnisses – Zum gewöhnlichen Aufenthalt im Personalstatut, in FS *Coester-Waltjen* (2015) 637; *Schwind*, Der gewöhnliche Aufenthalt im IPR, in FS *Ferid* (1988) 423; *Weber*, Der gewöhnliche Aufenthalt in der Rechtsprechung von EuGH und OGH, EF-Z 2019, 196.

Materialien: Empfehlung des Europarats v 18. 1. 1972 zur Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe „Wohnsitz“ und „Aufenthalt“, unverbindliche deutsche Übersetzung samt Motivenbericht von *R. Loewe*, abgedruckt in ÖJZ 1974, 144 (zitiert als „ER-Empfehlung“, bzw „*Loewe*, Motivenbericht Nr“).

1. Grundsätze

1.41 Der „gewöhnliche Aufenthalt“ einer Person hat sich mittlerweile zum zentralen Anknüpfungskriterium für die Bestimmung der Zuständigkeit und des an-

115 Vgl 6 Ob 30/08 t; aA zum *domicile* nach US-amerikanischem Recht 4 Ob 112/02b. Mittlerweile dürfte die Diskriminierung beseitigt worden sein, v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 138.

116 So noch 1 Ob 189/72.

117 v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 138.

118 1 Ob 549/80; 4 Ob 112/02 b; v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 138.

119 4 Ob 112/02b; Testfrage (nach *Henwood v Barlow International (In Liquidation)* [2008] EWCA Civ 577): beabsichtigt die Person, „ihre letzten Tage“ im neuen Land zu verbringen?

wendbaren Rechts im internationalen Familienrecht entwickelt. Gleichwohl wird der Begriff nirgends definiert – nur verschiedenartige Erwägungsgründe, zB ErwGr 23 und 24 der EuErbVO oder ErwGr 20 Brüssel IIb-VO enthalten Hinweise – und muss daher durch Auslegung erschlossen werden. Die **Auslegung** hat für internationale Instrumente vertragsautonom¹²⁰ bzw für EU-Verordnungen verordnungsautonom nach dem Schutzzweck der Norm – „unter Berücksichtigung des Kontextes der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels“¹²¹ – zu erfolgen. Mit dieser Auslegung sollte sinnvollerweise auch jene im nationalen IPR und IZVR harmonieren, um nicht zwischen einem „europäischen“ und einem „österreichischen“ Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts unterscheiden zu müssen.¹²²

Eine funktionale Differenzierung des Begriffs je nach Verwendung im Zuständigkeits- oder Kollisionsrecht¹²³ ist innerhalb der familienrechtlichen EU-Verordnungen infolge weitgehender Vereinheitlichung dieser Normenkomplexe mittlerweile ausgeschlossen. Besonders eindrücklich folgt das aus der EuEhe/PartGüVO, die sowohl das Zuständigkeits-, als auch das Kollisionsrecht in Gütersachen regelt. Der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ kann innerhalb derselben Verordnung sicher nicht unterschiedlich interpretiert werden, er kann aber auch nicht anders als nach der Brüssel II b-VO interpretiert werden, auf die in der EuEheGüVO Bezug genommen wird. Auch die Brüssel II b-VO und die Rom III-VO gehen von den gleichen Begrifflichkeiten aus.¹²⁴ Ebenso hat der EuGH den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in einem Verfahren, das die Brüssel II a-VO und die EuUVO betraf, gleich ausgelegt.¹²⁵ Schließlich ist auch dem Argument, im Zuständigkeitsrecht könne (anders als im Kollisionsrecht) ausnahmsweise ein doppelter gewöhnlicher Aufenthalt bestehen, vom EuGH der Boden entzogen worden.¹²⁶

1.42

120 Für das KSÜ bspw 5 Ob 104/12 y (5 Ob 201/12 p) iFamZ 2013/77 (Fucik) = EF-Z 2013/156 (Nademeleinsky) = IPRax 2014/16 (Heindler); 10 Ob 68/14v.

121 EuGH 2. 4. 2009, C-523/07, A, Rz 34; 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*; 9. 10. 2014, C-376/14 PPU, C./M.; 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 39 EF-Z 2022/61 (Nademeleinsky) = FamRZ 2022, 215 (Berner); aus der Rsp des OGH etwa 1 Ob 122/16 x zur Rom III-VO.

122 So für D v. Hein in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 146.

123 So Vorauf unter Berufung auf *Schwind* in FS Ferid 431; *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht 86 ff; *Kropholler*, IPR⁶ § 39 II 5; *Verschraegen* in *Rummel*³ § 9 Rz 5; 2 Ob 2421/96k. Diese Ansicht kann im Hinblick auf die EuGH-Rsp nicht mehr aufrechterhalten werden.

124 Ausdrücklich zwar nur für den Begriff „Ehescheidung“, aber dennoch den Gleichlauf der Verordnungen unmissverständlich fordernd EuGH 20. 12. 2017 C-372/16, *Sahyouni*, Rz 42; *Traar*, ÖJZ 2011, 807 (808).

125 EuGH 15. 2. 2017, C-499/15, *W und V*, FamRZ 2017/382 (Mankowski). Auch EuGH 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 48 betont die Gemeinsamkeiten von Brüssel II a-VO und EuUVO.

126 EuGH 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 39 EF-Z 2022/61 (Nademeleinsky) = FamRZ 2022, 215 (Berner).

Kurzum: Der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist **in der Brüssel IIb-VO, Rom III-VO, EuEhe/PartGüVO, EuUVO (samt HUP) sowie EuErbVO gleich auszulegen**.¹²⁷ Die vom EuGH geforderte **Differenzierung** nach dem Schutzzweck der Norm bedeutet vielmehr, dass der gewöhnliche Aufenthalt **eines Erwachsenen** und **eines Kindes** nach jeweils besonderen Kriterien zu beurteilen ist.¹²⁸

1.43 „Gewöhnlicher Aufenthalt“ ist ein **zweigliedriger Begriff**. Der Aufenthalt einer Person ergibt sich aus **tatsächlichen** Umständen,¹²⁹ unabhängig von seiner Erlaubtheit oder Freiwilligkeit.¹³⁰ Er ist **gewöhnlich**, wenn er von einer bestimmten **Beständigkeit oder Regelmäßigkeit** ist und im Fall der Verlagerung des Aufenthalts der Absicht entspringt, ihn zum beständigen Mittelpunkt der Lebensinteressen zu machen.¹³¹ Zufolge dem *Borrás*-Bericht¹³² handelt es sich um jenen Ort, „den der Betroffene als ständigen oder gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in der **Absicht** gewählt hat, ihm Dauerhaftigkeit zu verleihen, wobei für die Feststellung dieses Wohnsitzes alle hierfür wesentlichen tatsächlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind“. Die bloße Absicht, den Mittelpunkt der Lebensinteressen an einen bestimmten Ort zu verlegen, reicht jedoch nicht aus, es bedarf auch einer hinreichend dauerhaften Anwesenheit in diesem Staat, die eine gewisse Integration der Person in ein soziales und kulturelles Umfeld erkennen lässt.¹³³

1.44 **Vorübergehende Abwesenheit** hebt einen einmal begründeten gewöhnlichen Aufenthalt nicht auf.¹³⁴ Das gilt etwa für einen Aufenthalt zwecks Kranken-

127 In diese Richtung bereits LG Linz 15 R 497/19 t: „Es bildet sich im IPR und im IZVR eine einheitliche Definition“; für eine gemeinsame „harmonische“ Auslegung auch v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 150.

128 Weichenstellend EuGH 2. 4. 2009, C-523/07, A, Rz 36, der in dieser E klarstellen wollte, dass der gewöhnliche Aufenthalt von Kindern anders zu beurteilen ist als der Begriff sonst von ihm verwendet wurde. Ein anderer Grund für eine differenzierende Auslegung des Begriffs wurde nicht angeführt. Insofern den EuGH überinterpretierend *Garber* in *Gitschthaler*, IFR Art 3 Brüssel II a-VO Rz 17.

129 EuGH 22. 12. 2010, C 497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 49 („körperliche Anwesenheit“); 6 Ob 26/12 k uva, zuletzt 2 Ob 8/22y.

130 StRsp, 6 Ob 2021/96 s; ER-Empfehlung Nr 7; *Loewe*, Motivenbericht Nr 47; aA zur Freiwilligkeit (im IPR) *Schwimann*, JBL 1978, 342.

131 EuGH 22. 12. 2010, C 497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 51; 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 41 f; ER-Empfehlung Nr 9; ErläutRV 784 BlgNR 14. GP 21 f; stRsp, 2 Ob 48/21 d; RS0102776.

132 Nr 32, in Anlehnung an die – jedoch anders gelagerte – E EuGH 15. 9. 1994, C-452/93, *Pedro Magdalena Fernandez/Kommission*. Auf den *Borrás*-Bericht ausdr bezugnehmend EUGH 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 42.

133 EuGH 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 57 – 60.

134 StRsp, zuletzt 2 Ob 48/21 d FamZ 2021/191 (*Fucik*) = NZ 2021/163 (*Otti*); LGZ Wien 43 R 206/82 EF 41.568, 43 R 94/02 w 101.471, 44 R 7/03 k 105.496; LG Wels 21 R 188/05 d EF 111.802 ua; ER-Empfehlung Nr 8.

behandlung,¹³⁵ denn der Ort der Krankenbehandlung ist (hoffentlich) vorübergehender Natur, also von vornherein nicht auf Dauer angelegt, selbst wenn es sich um ein (Sterbe-)Hospiz handeln sollte.¹³⁶

Jedenfalls im Anwendungsbereich der Brüssel IIb-VO kann eine Person nach dem EuGH **keinen doppelten gewöhnlichen Aufenthalt** haben.¹³⁷ Der EuGH hat auch schon zur EuErbVO entschieden, dass der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Verstorbenen nur in *einem* Staat gelegen haben kann.¹³⁸ Insofern ist davon auszugehen, dass es im Bereich des europäischen Zuständigkeitsrechts nach dem EuGH wohl generell keinen doppelten gewöhnlichen Aufenthalt geben kann. Dies muss umso mehr für die Beurteilung im Kollisionsrecht gelten. Zum Zweck einer eindeutigen Anknüpfung muss letztlich *ein* Ort des gewöhnlichen Aufenthalts ausgewählt werden, wobei im Zweifel nach der „Effektivität“ zu entscheiden ist.¹³⁹ Ein jahreszeitlich wechselnder, **alternierender gewöhnlicher Aufenthalt** ist nur unter besonders engen Voraussetzungen (zeitliches Gleichgewicht, gleiche soziale Integration) vorstellbar.¹⁴⁰ Denkbar ist, dass eine Person allenfalls **keinen gewöhnlichen Aufenthalt** hat.¹⁴¹ Dazu kann es zB kommen, wenn der alte gewöhnliche Aufenthalt aufgegeben, aber ein neuer noch nicht begründet wurde. Gerade für solche Fälle begründet etwa Art 11 Brüssel IIb-VO die Zuständigkeit der Gerichte des schlichten Aufenthalts.¹⁴²

Der „**Ort**“ des gewöhnlichen Aufenthalts meint immer ein Staatsgebiet.¹⁴³ Abzustellen ist auf das Einleben in einem bestimmten Staat, nicht an einem kon-

1.45

135 2 Ob 48/21 d FamZ 2021/191 (*Fucik*) = NZ 2021/163 (*Otti*) zur EuErbVO mit näheren Kriterien zur Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts von „Mallorca-Rentnern“.

136 KG 1 AR 1020/20 FamRZ 2021, 244.

137 EuGH 25. 11. 2021, C-289/20, *IB/FA*, Rz 39 EF-Z 2022/61 (*Nademeleinsky*) = FamRZ 2022, 215 (*Berner*) zur Brüssel IIa-VO, insofern aber unverändert für die Brüssel IIb-VO gültig. Krit zur Entscheidung des EuGH *Garber*, EF-Z 2022, 116 ff.

138 EuGH 16. 7. 2020, C-80/19, *E. E.*

139 v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 170.

140 v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 174.

141 v. *Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 146. Das trifft insb auf Neugeborene zu, die in einem anderen Staat als dem des gewöhnlichen Aufenthalts ihrer Eltern geboren werden, vgl zB BGH XII ZB 530/17 zu dem von einer Leihmutter in der Ukraine geborenen Kind.

142 Vgl Generalanwältin *Kokott* in ihrem Report zu EuGH 22. 12. 2010, C 497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 45. Auch die *Mercredi*-Entscheidung selbst (in Rz 43) hält dies für möglich. Dabei muss es sich aber um außergewöhnliche Umstände handeln, vgl engl Supreme Court, In the matter of B (a child) 3. 2. 2016, [2016] UKSC 4, Rz 45. The Right Honourable *Lady Justice Hale* vergleicht den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes mit einer Wippe: Sobald er an einem Ort aufhört (die Wippe hinuntergeht), tritt er am anderen Ort ein (geht die Wippe hinauf).

143 Unstr; ausdr LGZ Wien 45 R 262/19 s EF 161.900.

1.46

kreten Ort, weshalb Umzüge innerhalb des Landes grundsätzlich nicht schaden.¹⁴⁴ Allerdings werden sich häufige Umzüge innerhalb eines Landes, die auf ein „Wanderleben“ schließen lassen, möglicherweise dahin auswirken, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht so bald angenommen werden kann.¹⁴⁵

1.47 Vom Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu unterscheiden ist der „bloße“ oder „schlichte“ **Wohnsitz**, auf den etwa das LGVÜ II Bezug nimmt.

1.48 Im nationalen Zuständigkeitsrecht dient der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfungspunkt zur Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit (vgl § 109 JN oder § 76 JN). Die **Begriffsbestimmung in der JN** (vgl § 66 Abs 2 JN) weicht von jener im internationalen Familienrecht jedoch ab.¹⁴⁶ Zu § 66 Abs 2 JN wird zT vertreten, dass die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts idR eine Aufenthaltsdauer von sechs Monaten voraussetzt.¹⁴⁷ Das kann dazu führen, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt iS der internationalen Zuständigkeit in Österreich liegt, nicht jedoch für die Zwecke der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit. Greift in diesem Fall keine subsidiäre Zuständigkeitsregelung (etwa Notzuständigkeit des BG Innere Stadt Wien), ist mit Ordination (§ 28 JN) vorzugehen.

1.49 Der „gewöhnliche Aufenthalt“ ergibt sich zwar aus tatsächlichen Kriterien, er stellt jedoch als kollisions- oder zuständigkeitsrechtlicher Anknüpfungspunkt einen „**Rechtsbegriff**“ dar.¹⁴⁸ Aus diesem Grund ist seine Auslegung grundsätzlich revisibel. Allerdings stellt die Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ regelmäßig keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung dar.¹⁴⁹

2. Erwachsene

1.50 Unter Bedachtnahme auf die Judikatur des EuGH judiziert der OGH,¹⁵⁰ dass der gewöhnliche Aufenthalt eines freien und erwachsenen Menschen dort ist, wo er seinen „**Lebensmittelpunkt**“ hat, wobei für die Ausfüllung des Kriteriums „Lebensmittelpunkt“ der Aufenthaltswillse mittelbar ein erhebliches Gewicht hat. Die Absicht ist aber nur ein Indiz.¹⁵¹ Um einen gewöhnlichen Aufenthalt

144 Anm *Schulz*, IPRax 2002, 201 (203).

145 EuGH 2. 4. 2009, C-523/07, A.

146 Vgl zB 7 Ob 66/16f. Zufolge RS0046583 (zum gewöhnlichen Aufenthalt nach § 76 JN) wird der gewöhnliche Aufenthalt einer Person nur durch ihre körperliche Anwesenheit, nicht aber durch ein Willenselement bestimmt.

147 *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 66 JN Rz 3 mwN („Richtschnur“).

148 Vgl v. *Hein* in *MünchKommBGB*⁸ Art 5 EGBGB Rz 129 zur Diskussion.

149 StRsp, 5 Ob 104/12y (5 Ob 201/12p) = iFamZ 2013/77 (*Fucik*) = EF-Z 2013/156 (*Nademleinsky*) = IPRax 2014/16 (*Heindler*); zuletzt etwa 8 Ob 68/21 i; RS0126369 [T9].

150 1 Ob 115/09g; 6 Ob 194/14v; RS0125250.

151 2 Ob 2421/96k; *Schwimann*, JBl 1979, 341 (342); *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht 133.

anzunehmen, müssen zur Absicht objektiv überprüfbare Umstände persönlicher oder beruflicher Art darauf hindeuten, dass die Person nicht bloß vorübergehend, sondern längere Zeit an diesem Ort bleiben werde und sie diesen Ort zum Mittelpunkt ihres Lebens, ihrer wirtschaftlichen Existenz und ihrer sozialen Beziehungen machen will – es ist in diesem Fall dann unerheblich, dass der tatsächliche Aufenthalt eben erst begonnen oder nur kurz gedauert hat.¹⁵²

Objektive Anhaltspunkte zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts sind **Kriterien** wie Beruf¹⁵³ oder Ausbildung, familiäre und verwandtschaftliche Bindungen, Sprachkenntnisse oder die geografische und familiäre Herkunft,¹⁵⁴ Vernetzung mit lokalen Einrichtungen usgl.,¹⁵⁵ Belegenheit von Vermögen und Bankkonten,¹⁵⁶ vor allem aber auch die Wohnsituation.¹⁵⁷ Dass eine bestimmte Wohnung den Lebensmittelpunkt eines Menschen bildet, wird umso eher zu bejahen sein, wenn er keinen anderen Ort hat, der für sein Privat- und Berufsleben zumindest annähernd gleich hohe Bedeutung hat.¹⁵⁸ Polizeiliche Meldung, Staatsangehörigkeit¹⁵⁹ oder gar die bloße Anrufung der Gerichte im Aufenthaltsstaat sind hingegen wenig aussagekräftige Kriterien zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts.

1.51

Die Erlangung eines gewöhnlichen Aufenthalts hängt idR von einer bestimmten Dauer ab. Es ist aber **keine bestimmte Mindestdauer** erforderlich.¹⁶⁰ Der gewöhnliche Aufenthalt kann sowohl durch die **tatsächliche Dauer** des Aufenthalts und die dadurch faktisch entstandenen wirtschaftlichen und sozialen Bindungen eintreten;¹⁶¹ aber durch die **voraussichtliche Dauer** des Aufenthalts und die zu erwartende Integration, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt künftig anstelle des bisherigen Daseinsmittelpunkt sein soll.¹⁶² In diesem Fall kann der neue gewöhnliche Aufenthalt bereits mit Eintreffen der

1.52

152 6 Ob 2021/96s. *Spellenberg* in *Staudinger* (2015) Art 3 Brüssel II a-VO Rz 81.

153 RS0045583; RS0077035; RS0102776; RS0106088; LG Linz 15 R 21/05 x EF 111.801.

154 EuGH 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 55.

155 2 Ob 609/89 IPRax 1992, 176 (*Mottl*); *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht 113 ff.

156 2 Ob 48/21 d NZ 2021 (*Otti*) = iFamZ 2021/191 (*Fucik*).

157 2 Ob 48/21 d; London High Court 4. 2. 2005, *Re D [Abduction: Habitual Residence]* IPRax 2006, 313 (zust *Baetge*).

158 1 Ob 115/09 g.

159 2 Ob 48/21 d.

160 8 Ob 68/21 j; *v. Hein* in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 154 ff.

161 Vgl zB 6 Ob 116/14 y: die Mutter arbeitete im diplomatischen Dienst, ihr Aufenthalt in Österreich war von vornherein befristet, dennoch hat sie nach 1,5 Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich erlangt.

162 *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht 133; *Kropholler*, IPR⁶ § 39 II 4, diesem folgend 2 Ob 2421/96 k; 6 Ob 2021/96 s; idS auch EuGH 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 51; differenzierend *Spellenberg* in *Staudinger* (2015) Art 3 Brüssel II a-VO Rz 80 ff.

Person oder innerhalb weniger Tage begründet werden.¹⁶³ Umgekehrt kann auch trotz längeren Verweilens an einem Ort der Eintritt eines gewöhnlichen Aufenthalts verneint werden, wenn der Aufenthalt nur auf vorübergehende Zeit geplant ist und keine soziale Integration eintritt bzw die soziale Integration im Herkunftsstaat stärker bleibt.¹⁶⁴

Beispiel:¹⁶⁵

Die Streitteile schlossen 2003 in San Diego/USA die Ehe. Die Ehefrau ist Staatsangehörige der USA, der Ehemann Mexikaner mit Aufenthaltsrecht in den USA (Green-card). Die Eheleute verließen im September 2007 die gemeinsame Wohnung (bei den Eltern der Ehefrau) in den USA und kamen mit ihrer Tochter nach Wien, um zu sehen, „wie sich die Dinge weiterentwickeln würden“, insb ob die Ehefrau ein Engagement als Opernsängerin erlangen könnte. Sie bezogen aufgrund eines bis Juni 2008 befristeten Untermietvertrags eine Wohnung in Wien. Der Ehemann hatte von Juni bis Juli 2008 ein Engagement als Sänger in Wien, strebte aber kein fixes Engagement an. Er hielt sich v. 3. 11. bis 13. 12. 2007 aus beruflichen Gründen in den USA auf; außerdem hatte sein Touristenvisum für Österreich nur für 90 Tage bestanden. Nach seiner Rückkehr Mitte Dezember 2007 sprach der Ehemann seine Frau auf eine Rückkehr in die USA an, da er in Wien keine Zukunft sah. Im Februar 2008 trennten sich die Streitteile. Zu diesem Zeitpunkt war von einem gewöhnlichen Aufenthalt beider Parteien in Österreich auszugehen.

3. Kinder

1.53 Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bezweckt, die räumliche Nähe der zur Entscheidung berufenen Stellen sicher zu stellen, weil diese am besten in der Lage sind, das Wohl des Kindes zu beurteilen (vgl ErwGr 20 Brüssel II b-VO). Entsprechend diesem Schutzgedanken ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, wie ihn der EuGH zur Brüssel II a-VO (nunmehr: Brüssel II b-VO) entwickelt hat, auch im KSÜ,¹⁶⁶ im HKÜ,¹⁶⁷ sowie in der EuUVO¹⁶⁸ bzw im HUP auszulegen.

163 v. Hein in MünchKommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 155; Spellenberg in Staudinger (2015) Art 3 Brüssel II a-VO Rz 76; vgl zB 6 Ob 2021/96s, wo die Gattin nach der Eheschließung zum Mann nach Österreich zog, aber zwei Monate danach zu ihren Eltern in die Schweiz zurückkehrte. Der OGH ging von einem gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich aus.

164 Typischerweise während eines von vornherein befristeten Auslandsjahrs, vgl zB LG Linz 15 R 518/19f EF 164.511 (Sozialjahr in Lateinamerika).

165 1 Ob 115/09g.

166 5 Ob 104/12y (5 Ob 2011/12p) iFamZ 2013/77 (Fucik) = EF-Z 2013/156 (Nademeleinsky) = IPRAx 2014/16 (Heindler); vgl auch 9 Ob 52/20t. Zumal die Verordnung nach dem Vorbild des KSÜ konzipiert wurde: 1 Ob 205/18f.

167 6 Ob 26/12k; 6 Ob 196/16s; 6 Ob 130/20s.

168 1 Ob 136/13a iFamZ 2013/246 (Fucik) = EF-Z 2014/63 (Nademeleinsky). Dazu Balthasar, ÖJZ 2015, 12.

1.54

Gewöhnlicher Aufenthalt eines Kindes iSd Art 8 Brüssel II a-VO (nunmehr: Art 7 Brüssel II b-VO) ist nach der **Rsp des EuGH**¹⁶⁹ jener Ort, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Hierfür sind insb die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen. Nicht erheblich sind nach dem EuGH¹⁷⁰ vergangene Urlaubaufenthalte des de facto für das Kind Sorge tragen- den Elternteils mit dem Kind im Herkunftsmitgliedstaat dieses Elternteils; die Herkunft des fraglichen Elternteils, die sich daraus ableitenden kulturellen Bindungen des Kindes zu diesem Mitgliedstaat und seine Beziehungen zu seiner in diesem Mitgliedstaat ansässigen Familie; die etwaige Absicht dieses Elternteils, sich künftig in ebendiesem Mitgliedstaat mit dem Kind niederzulassen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Um- stände des Einzelfalls den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes festzustellen.

1.55

Auch Kinder begründen den gewöhnlichen Aufenthalt durch ihre **eigene Lebensführung** und leiten ihn nicht generell aus dem gewöhnlichen Aufenthalt der Eltern ab,¹⁷¹ wenngleich diesem (speziell bei Kleinkindern) Indizfunktion zukommen kann.¹⁷²

1.56

Das soziale und familiäre Umfeld des Kindes, das für die Bestimmung des Ortes seines gewöhnlichen Aufenthalts von wesentlicher Bedeutung ist, besteht aus **je nach Alter des Kindes** unterschiedlichen Faktoren. So sind im Fall eines Kindes im schulpflichtigen Alter andere Faktoren zu berücksichtigen als im Fall eines nicht mehr die Schule besuchenden Minderjährigen oder im Fall eines Säuglings.¹⁷³ Im Allgemeinen ist das Umfeld eines Kindes von geringem Alter weitgehend ein familiäres Umfeld, das durch die Bezugsperson oder -personen bestimmt wird, mit denen das Kind zusammenlebt, die das Kind tatsächlich betreuen und die für es sorgen.¹⁷⁴

169 EuGH 2. 4. 2009, C-523/07, *A*; 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*; 9. 10. 2014, C-376/14 PPU, *C./M.*; 8. 6. 2017, C-111/17 PPU, *OL/PQ* ua.

170 EuGH 28. 6. 2018, C-512/17, *HR/KO*.

171 8 Ob 68/21i.

172 EuGH 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*; 5 Ob 104/12 y (5 Ob 201/12 p) iFamZ 2013/77 (*Fucik*) = EF-Z 2013/156 (*Nademleinsky*) = IPRax 2014/16 (*Heindler*); *Pesendorfer in Fasching/Konecny*² V/II Art 8 EuEheKindVO Rz 28; ER-Empfehlung Nr 11; *Loewe*, Motivenbericht Nr 58; *Schwimann*, IPR³ 31.

173 EuGH 22. 12. 2010 C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 53: Die allein mit der Obsorge betraute Mutter übersiedelte mit dem Säugling von England in ihre Heimat nach La Réunion, der Vater stellte wenige Tage später einen Obsorgeantrag, für den englische Gerichte nur im Fall eines gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in England zuständig wären.

174 EuGH 22. 12. 2010 C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 54.

1.57 **Neugeborene** teilen zwangsläufig das soziale und familiäre Umfeld des Personenkreises, auf den sie angewiesen sind. Wird ein Säugling tatsächlich von seiner Mutter betreut, ist folglich deren Integration in ihr soziales und familiäres Umfeld zu beurteilen. Dabei können als Kriterien die Gründe für den Umzug der Mutter in einen anderen Mitgliedstaat, ihre Sprachkenntnisse oder ihre geografische und familiäre Herkunft eine Rolle spielen.¹⁷⁵ So erlangt auch ein Kind, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Eltern vor der Geburt ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben, geboren wird, seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Staat seiner Geburt, wenn die Mutter dort ohne Unterbrechung für mehrere Monate entsprechend dem gemeinsamen Willen der Eltern verblieben ist und sich das ursprüngliche Vorhaben der Eltern, wieder in den anderen Mitgliedstaat zurückzukehren, nicht verwirklicht.¹⁷⁶ Vorausgesetzt ist nach dem EuGH jedoch die **körperliche Anwesenheit des Kindes** im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts.¹⁷⁷ Ohne tatsächlichen Aufenthalt kann der Aufenthalt auch kein „gewöhnlicher“ sein. Der gewöhnliche Aufenthalt ist insofern keine „Fiktion“. Gebiert eine Frau ein Kind in einem Staat, in dem sie sich nur vorübergehend aufhält und in dem auch das Kind nicht verbleiben soll, kann dies zur Folge haben, dass das Kind zunächst keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.¹⁷⁸

1.58 **Kinder im Schulalter** haben zunehmend ein von den Eltern losgelöstes soziales Umfeld. Der Ort des Schulbesuchs stellt daher ein starkes Indiz für ihren gewöhnlichen Aufenthalt dar. Lebt ein schulpflichtiges Kind schon seit mehr als einem Jahr in Österreich, ist es hier gemeldet, besucht die Schule und ist mit der deutschen Sprache vertraut, wird sein gewöhnlicher Aufenthalt in aller Regel in Österreich liegen.¹⁷⁹ **Pendelt** es jedoch täglich zwischen Schule und Wohnort, wo es übernachtet und auch die Wochenenden und Freizeit verbringt, wird dies für einen gewöhnlichen Aufenthalt am Wohnort sprechen.¹⁸⁰ Dass ein Kind infolge des Pendelns seinen gewöhnlichen Aufenthalt in zwei Staaten hat,¹⁸¹ wird jedenfalls seit der jüngsten EuGH-Rsp (Rz 1.45) nicht mehr aufrecht erhalten werden können.

175 EuGH 22. 12. 2010 C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, Rz 55.

176 EuGH 8. 6. 2017, C-111/17, *OL./PQ*.

177 EuGH 8. 6. 2017, C-111/17 PPU, *OL./PQ*; 17. 10. 2018, C-393/18 PPU, *UB/XD*, EF-Z 2019/29 (*Nademleinsky*); KG 1 W 1037/20, 1 W 1277/20 FamRZ 2021, 438 (*Rieländer*).

178 BGH XII ZB 530/17 FamRZ 2019, 892 (*v. Bary*) = JR 2020, 241 (*Jost*) = JuS 2019, 717 (*Wellenhofer*) = LMK 2019, 417829 (*Berner*) zu dem von einer Leihmutter in der Ukraine geborenen Kind; KG 1 W 1037/20, 1 W 1277/20 FamRZ 2021, 438 (*Rieländer*).

179 5 Ob 194/10f.

180 6 Ob 78/21 w iFamZ 2021/227 (*Fucik*) für Kinder, die zum Schulbesuch nach Bratislava pendeln.

181 So etwa noch 6 Ob 152/17 x iFamZ 2017/240 (*Fucik*).

1.59

Ist der Aufenthalt des Kindes im Zweitstaat auf die **Corona-Pandemie** zurückzuführen, hat das Kind weiterhin engen schulischen und sozialen Kontakt zum Erststaat und war zwischen den Eltern vereinbart, dass das Kind zum Ende der Schulferien wieder in den Erststaat zurückkehrt, vermag auch ein Aufenthalt von sechs Monaten im Zweitstaat nicht zum „gewöhnlichen Aufenthalt“ zu werden.¹⁸² Besuchte das Kind aber für ein Jahr die Schule im Zweitstaat, wohin es wegen der Corona-Pandemie (mit der Absicht zur Rückkehr) gezogen ist und hat es sich dort integriert, wird es seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zweitstaat erlangt haben.¹⁸³

1.60

Studierende begründen während eines von vornherein befristeten **Auslandsstudiums** bis zu zwei Semestern idR keinen neuen gewöhnlichen Aufenthalt im Studienland,¹⁸⁴ auch nicht während eines Sozialjahres im Ausland.¹⁸⁵

1.61

Die **übereinstimmende Absicht der Eltern**, sich mit dem Kind dauerhaft in einem anderen Land niederzulassen, die sich in bestimmten äußersten Umständen, wie in dem Erwerb oder der Anmietung einer Wohnung im Zuzugsstaat manifestiert, kann ein Indiz für die Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts sein.¹⁸⁶ Daher kann ein Kind bei einem rechtmäßigen Umzug auch sehr schnell einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründen.¹⁸⁷ Wenngleich das Adjektiv „gewöhnlich“ den Eindruck erweckt, dass ein gewisser Aufenthaltszeitraum erreicht werden muss, bevor er als „gewöhnlich“ bezeichnet werden kann, sollte nicht ausgeschlossen werden, dass ein Kind den gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat an oder kurz nach dem Tag seiner Ankunft erlangen kann.¹⁸⁸ Eine bestimmte **Mindestdauer** zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts ist **nicht erforderlich**.¹⁸⁹

Beispiel:¹⁹⁰

Die unverheirateten Eltern sind nach einem rund zweieinhalbjährigen Aufenthalt in England mit dem Kind im Juli 2013 nach Wien umgezogen, nachdem der Vater per

182 AmtsG Ingolstadt 2 F 1105/20 FamRZ 2021, 431.

183 6 Ob 47/22 p iFamZ 2022/123 (Fucik).

184 Vgl Mankowski in Staudinger (2016) Art 3 HUP Rz 64; v. Hein in Münch-KommBGB⁸ Art 5 EGBGB Rz 158.

185 So für ein mj Kind während des Sozialjahres seiner Mutter in Lateinamerika LG Linz 15 R 518/19f EF 164.511.

186 EuGH 2. 4. 2009, C-523/07, A; 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*; 8. 6. 2017, C-111/17 PPU, *OL/PQ*; 6 Ob 194/14 v.

187 5 Ob 104/12y (5 Ob 201/12p) iFamZ 2013/77 (Fucik) = EF-Z 2013/156 (Nademeleinsky) = IPRAx 2014/16 (Heindler); 6 Ob 194/14v unter Berufung auf die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rs des EuGH 2. 4. 2009, C-523/07, A, Rz 43f; Kropholler in FS Jayme 472.

188 Leitfaden Brüssel IIa-VO neu, 28.

189 EuGH 22. 12. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*; 8 Ob 68/21 i.

190 6 Ob 194/14v.

1. 7. 2013 in Wien ein neues Beschäftigungsverhältnis eingegangen war. Die Eltern wollten ihren Lebensmittelpunkt in Wien begründen. Der österr Vater beabsichtigte, für die Familie eine größere Wohnung in Wien zu suchen, musste jedoch noch im Juli 2013 zu einer Schulung nach Deutschland. Aus diesem Grund fuhren die Mutter und das dreijährige Kind – beide ungarische Staatsangehörige – zur mütterlichen Großmutter nach Budapest, um Urlaub zu machen. Im August 2013 eröffnete die Mutter dem Vater, in Pecs zu arbeiten und die Beziehung nicht fortsetzen zu wollen. Am 10. 9. 2013 übersiedelte die Mutter mit dem Kind von Budapest nach Pecs. Der Vater hatte einer Übersiedlung seines Sohnes nach Ungarn nie zugestimmt. Am 15. 10. 2013 beantragte der Vater in Österreich die Übertragung der Obsorge. Österr Gerichte sind für diesen Antrag zuständig, da das Kind im Juli 2013 bereits seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich erlangt hat. Die nachfolgende Übersiedlung nach Ungarn war widerrechtlich und konnte keine Zuständigkeit der ungarischen Gerichte begründen, selbst wenn bereits ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Ungarn begründet worden sein sollte.

1.62 Allein auf die Absicht der Eltern kommt es aber nicht an. So kann etwa die „Absicht“ eines Elternteils, berufsbedingt an einem Ort nur vorübergehend zu verweilen, nichts daran ändern, dass der Aufenthaltsort aus tatsächlichen Gründen zum Lebensmittelpunkt wird, der vom Kind aus ebenso tatsächlichen Gründen geteilt wird.¹⁹¹

1.63 Die „Rechtmäßigkeit“ des Aufenthalts ist keine Voraussetzung dafür, dass der Aufenthalt ein „gewöhnlicher“ wird. Daher steht eine „**Kindesentführung**“ der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Verbringungsstaat nicht per se entgegen.¹⁹² Ein gewöhnlicher Aufenthalt kann auch gegen den Willen eines Sorgeberechtigten begründet werden, weil es auf den tatsächlichen Daseinsmittelpunkt des Minderjährigen ankommt. Allerdings wird sich der Wille des beraubten Elternteils rein faktisch häufig dahin auswirken, dass der Aufenthalt des Kindes im Verbringungsstaat **nicht von Beginn an als auf Dauer angelegt** angesehen werden kann, was eine rasche Integration im neuen sozialen Umfeld idR verhindert.¹⁹³ Das Bestehen eines gewöhnlichen Aufenthalts darf jedoch nicht mehr verneint werden, wenn der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum gewährt hat und das Kind sozial integriert ist.¹⁹⁴ Dass nach dem HKÜ mit einem Rückführungsantrag innerhalb eines Jahres zu rechnen ist, steht dem

191 Vgl 6 Ob 116/14 y: Mutter im diplomatischen Dienst, Aufenthalt befristet, Kind in Österreich geboren und seit 1,5 Jahren hier: gewöhnlicher Aufenthalt bejaht.

192 EuGH 12. 5. 2022, C-644/20, *W.J./L.J., J.J.*; 1 Ob 136/13 a iFamZ 2013/246 (*Fucik*) = EF-Z 2014/63 (*Nademeleinsky*) = ÖJZ 2015/3 (*Balthasar*); *Heiderhoff* in MünchKommBGB⁸ Art 8 Brüssel II a-VO Rz 29 mwN aus der deutschen Rsp.

193 3 Ob 89/05 t; 6 Ob 180/13 h; LGZ Wien 44 R 448/14 d EF 143.635.

194 1 Ob 220/02 p; 6 Ob 180/13 h; 1 Ob 91/13 h EF-Z 2013/187 (*Nademeleinsky*) = iFamZ 2013/200 (*Fucik*) = ÖJZ 2015/3 (*Balthasar*) = IPRax 2015/15 (*Weller/Schulz*, 176) mit der unglücklich pauschalisierenden Bemerkung, idR seien sechs Monate ausreichend; vgl auch 1 Ob 136/13 a iFamZ 2013/246 (*Fucik*) = EF-Z 2014/63 (*Nademeleinsky*) = ÖJZ 2015/3 (*Balthasar*).