

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Korn als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj L\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\* 2011, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Mutter N\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, diese vertreten durch Dr. Franz Lima, Rechtsanwalt in Schwechat, wegen Obsorge und Kontaktrecht, über den Revisionsrekurs des Vaters R\*\*\*\*\* U\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Dr. Johann Etienne Korab, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts Korneuburg als Rekursgericht vom 18. Dezember 2014, GZ 23 R 168/14i-26, womit dem Rekurs des Vaters gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Schwechat vom 28. Oktober 2014, GZ 8 Ps 53/14h-17, nicht Folge gegeben wurde, den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden ersatzlos behoben.

Die Parteien haben die Kosten des Revisionsrekursverfahrens jeweils selbst zu tragen.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Lebensgemeinschaft der Eltern des Minderjährigen wurde 2013 aufgelöst. Die alleinige Obsorge kommt der Mutter zu. Mit Schriftsatz vom 1. 7. 2014 beantragte der Vater die gemeinsame Obsorge sowie die Festlegung eines vorläufigen Kontaktrechts. Die Mutter sprach sich gegen eine gemeinsame Obsorge aus und beantragte, dass ein Kontaktrecht nur in ihrer Anwesenheit stattfinden dürfe. Im Übrigen seien sie und das Kind seit 14. 7. 2014 in Deutschland bei ihren Eltern wohnhaft.

Mit Schreiben vom 8. 8. 2014 teilte das Erstgericht den Eltern mit, dass beabsichtigt sei, das Amtsgericht Mayen gemäß Art 15 Abs 1 lit b der Verordnung EG-Nr 2201/2003 des Rates (Brüssel IIa-VO) zu ersuchen, sich für zuständig zu erklären, da die Voraussetzungen nach Art 15 Abs 3 lit a, c und d der Verordnung vorlägen. Die Mutter stimmte dieser Vorgangsweise zu, der Vater sprach sich dagegen aus.

Mit dem auch den Parteien „zur Kenntnisnahme“ zugestellten Schreiben vom 22. 8. 2014 an das Amtsgericht Mayen ersuchte das Erstgericht dieses, sich für das Verfahren über das Sorgerecht des Minderjährigen und das Kontaktrecht des Vaters für zuständig zu erklären. Der Minderjährige und seine Mutter seien deutsche Staatsbürger und wohnten nunmehr in Deutschland. Die Mutter habe ihren früheren Wohnsitz in Österreich aufgegeben und keine Beziehung zu Österreich mehr. Es sei von einer dauerhaften Verlegung des Wohnsitzes nach Deutschland auszugehen. Dementsprechend seien die Voraussetzungen nach Art 15 Abs 3 lit a, c und d

Brüssel IIa-VO gegeben. Weiters spreche für die Übernahme des Verfahrens, dass allfällige Entscheidungen über das Sorgerecht und das Kontaktrecht durch das Amtsgericht Mayen zwangsweise durchzusetzen wären. Mit Schreiben vom 16. 10. 2014 teilte das Amtsgericht Mayen mit, dass das Verfahren des Bezirksgerichts Schwechat „eingegangen und hier unter dem Aktenzeichen 8b F 392/14 geführt“ werde.

In der Zwischenzeit hatte der Vater beim Erstgericht einen Antrag auf Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn gestellt.

Mit Beschluss vom 28. 10. 2014 erklärte sich das Erstgericht für das Verfahren über das Sorgerecht und das Kontaktrecht für unzuständig und stellte fest, dass die Zuständigkeit dafür das Amtsgericht Mayen übernommen habe. In der Eröffnung des familienrechtlichen Verfahrens durch das Amtsgericht Mayen sei auch die Übernahme der Zuständigkeit enthalten.

Das Rekursgericht gab dem gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs des Vaters nicht Folge. Nach Art 15 Brüssel IIa-VO könne das in der Hauptsache zuständige Gericht in Ausnahmefällen, sofern dies dem Wohl des Kindes entspreche, das Gericht eines anderen Mitgliedstaats, zu dem das Kind eine besondere Bindung habe, ersuchen, sich für zuständig zu erklären. Vorausgesetzt sei bei einer amtswegigen Übertragung die Zustimmung mindestens einer der Parteien. Das Gericht des anderen Mitgliedstaats könne sich innerhalb von sechs Wochen nach seiner Anrufung für zuständig erklären, in diesem Fall habe sich das zuerst angerufene Gericht für unzuständig zu erklären.

Die Anfechtbarkeit dieser Beschlüsse richte sich nach nationalem Verfahrensrecht. Der Beschluss des Gerichts im Erststaat, die Pflugschaftssache übertragen zu wollen, sei

nach allgemeinen Regeln anfechtbar. Der Unzuständigkeitsbeschluss habe dagegen nur mehr deklarative Bedeutung. Er sei daher nicht mit dem Argument anfechtbar, ein Übergang der Zuständigkeit sei inhaltlich nicht berechtigt. Dies hätte der Vater in einem Rechtsmittel gegen die Mitteilung, dass eine Übertragung der Zuständigkeit beabsichtigt sei, geltend machen müssen. Eine neuerliche inhaltliche Prüfung hätte, wenn sie zu einem Erfolg des Rekurses des Vaters führen würde, zur Folge, dass zwei Gerichte parallel über Obsorge und Kontaktrecht entscheiden müssten, was aber gerade durch die Brüssel IIa-VO verhindert werden sollte. Dem Rekurs sei daher nicht Folge zu geben.

Den Revisionsrekurs erachtete das Rekursgericht für zulässig, da Rechtsprechung zu Art 15 Brüssel IIa-VO nicht vorliege.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Revisionsrekurs des Vaters mit dem Antrag, die Beschlüsse der Vorinstanzen ersatzlos aufzuheben und dem Erstgericht die Fortsetzung des gesetzmäßigen Verfahrens aufzutragen, in eventu die Beschlüsse aufzuheben und den Vorinstanzen eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

Die Mutter beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Der Revisionsrekurs ist im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Die internationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Angelegenheiten der elterlichen Verantwortung ist in der Verordnung (EG) 2201/2003 des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung (Brüssel IIa-VO) geregelt. Art 2

Z 7 dieser Verordnung definiert „elterliche Verantwortung“ als die gesamten Rechte und Pflichten, die einer natürlichen oder juristischen Person durch Entscheidung oder kraft Gesetzes oder durch eine rechtlich verbindliche Vereinbarung betreffend die Person oder das Vermögen eines Kindes übertragen werden. Elterliche Verantwortung umfasst insbesondere das Sorge- und das Umgangsrecht.

Nach Art 8 der Verordnung sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die Übertragung der Rechtssache vom zuständigen Gericht eines Staats an ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats ist in Art 15 (Verweisung an ein Gericht, das den Fall besser beurteilen kann) geregelt. Dieser lautet:

„(1) In Ausnahmefällen und sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, kann das Gericht eines Mitgliedstaats, das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist, in dem Fall, dass seines Erachtens ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats, zu dem das Kind eine besondere Bindung hat, den Fall oder den bestimmten Teil des Falls besser beurteilen kann,

a. die Prüfung des Falls oder des betreffenden Teils des Falls aussetzen und die Parteien einladen, beim Gericht dieses anderen Mitgliedstaats einen Antrag gemäß Absatz 4 zu stellen, oder

b. ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats ersuchen, sich gemäß Absatz 5 für zuständig zu erklären.

(2) Absatz 1 findet Anwendung

a. auf Antrag einer der Parteien oder

b. von Amts wegen oder

c. auf Antrag des Gerichts eines anderen Mitgliedstaats, zu dem das Kind eine besondere Bindung gemäß Absatz 3 hat.

(...)

(5) Diese Gerichte dieses anderen Mitgliedstaats können sich, wenn dies aufgrund der besonderen Umstände des Falls dem Wohl des Kindes entspricht, innerhalb von sechs Wochen nach ihrer Anrufung gemäß Absatz 1 Buchstabe a) oder b) für zuständig erklären. In diesem Fall erklärt sich das zuerst angerufene Gericht für unzuständig. Andernfalls ist das zuerst angerufene Gericht weiterhin nach den Artikeln 8 bis 14 zuständig.“

2. Im vorliegenden Verfahren beabsichtigte das Erstgericht eine Übertragung der Zuständigkeit an ein deutsches Gericht von Amts wegen, wobei die Mutter dieser Vorgangsweise zugestimmt hatte. Dass die obsorgeberechtigte Mutter in Verfahren über die elterliche Verantwortung Partei im Sinn der zitierten Bestimmungen ist, ist nicht zweifelhaft.

Da die Übertragung der Zuständigkeit nach Art 15 Brüssel IIA-VO voraussetzt, dass das (übertragende) Gericht des Erststaats zuständig ist, muss auf die Argumente des Vaters, dass aufgrund des Aufenthalts des Minderjährigen bei Antragstellung Österreich für das Verfahren zuständig ist, nicht weiter eingegangen werden. Davon sind die Vorinstanzen ohnehin ausgegangen, ebenso davon, dass prinzipiell der Grundsatz der *perpetuatio fori* gilt. Art 15 Brüssel IIA-VO regelt aber gerade den Fall einer ausnahmsweisen Durchbrechung dieses Grundsatzes (*Pesendorfer in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> V/2 Art 8 EuEheKind VO Rz 20).

3. In welcher Form das Übernahmeersuchen und die Zuständigkeitserklärung des (ersuchten) Gerichts des Zweitstaats zu erfolgen haben, ist in der Verordnung nicht

geregelt und daher nach dem jeweiligen nationalen Recht zu beurteilen.

Nach § 36 Abs 1 AußStrG hat das Gericht in Außerstreitsachen in Form von Beschlüssen zu entscheiden.

Auch wenn daher Art 15 Abs 1 lit b Brüssel IIa-VO davon spricht, dass das Gericht des Erststaats „ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats ersucht“, ist dieses Ersuchen in Beschlussform zu fassen, da damit nicht nur eine Absichtserklärung des Gerichts zum Ausdruck gebracht wird, sondern im Zusammenwirken mit dem Gericht des Zweitstaats eine Übertragung der Zuständigkeit bewirkt wird. Auch wenn dieser Beschluss noch keine unmittelbare Wirkung in Richtung Unzuständigkeit entfaltet, bringt das Gericht im Erststaat damit zum Ausdruck, dass die Kindschaftssache der an sich gegebenen nationalen Jurisdiktion entzogen werden soll. Mit dem Beschluss wird vom Gericht im Erststaat ein Automatismus in Gang gesetzt, der nur noch durch eine Nichtübernahme durch das Gericht im Zweitstaat gestoppt werden kann (*Neumayr in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> V/2 Art 15 EuEheKindVO Rz 54).

4.1. Die Brüssel IIa-VO regelt auch nicht selbst, welche Rechtsbehelfe den Parteien gegen die auf der Grundlage von Art 15 gefassten Beschlüsse der beteiligten Gerichte zustehen. Diese Frage ist ebenfalls dem nationalen Recht überlassen (*Schäuble in Althammer [Hrgb]*, Brüssel IIa Rom III, 114). Der von einem österreichischen Gericht gefasste Beschluss, die Kindschaftssache zu übertragen, ist daher nach allgemeinen Regeln anfechtbar (vgl *Neumayr aaO*, Rz 54). Da ein Übertragungsersuchen nur dann zulässig ist, wenn die in Art 15 für eine Übertragung normierten materiellen Voraussetzungen vorliegen, muss das Fehlen einer solchen Voraussetzung im Rechtsmittelverfahren gegen diesen Beschluss geltend gemacht werden können. Nach Rechtskraft

dieses Beschlusses ist dieser im Sinn des Art 15 (1) lit b der VO an das Gericht des Zweitstaats zu übermitteln.

5. Das Gericht des Zweitstaats kann sich innerhalb von sechs Wochen nach seiner Anrufung für zuständig erklären. Entscheidet es nicht innerhalb der Frist oder erklärt sich für nicht zuständig, so verbleibt die Zuständigkeit beim Gericht des Erststaats.

Wird vom Gericht im Zweitstaat ein mit dem Antrag bzw dem Übertragungsbeschluss übereinstimmender Übernahmebeschluss gefasst, geht damit die internationale Zuständigkeit hinsichtlich des anhängigen Verfahrens bzw hinsichtlich des von der Übertragung betroffenen Verfahrensteils auf das Gericht im Zweitstaat über. Der Beschluss im Zweitstaat hat konstitutiven Charakter für die Übernahme und deren Umfang, während der anschließend vom Gericht im Erststaat fassende Beschluss über seine Unzuständigkeit nur mehr deklarativen Charakter hat (*Neumayr aaO Rz 59 mwN*).

6. Der vorliegende Revisionsrekurs des Vaters richtet sich gegen den vom Rekursgericht bestätigten, im Sinn der vorherigen Ausführungen deklarativen Beschluss des Erstgerichts, mit dem als Abschluss des Übertragungsverfahrens die Unzuständigkeit des Erstgerichts als übertragenden Gerichts erklärt wurde. Auch in diesem Fall richtet sich die Anfechtbarkeit nach nationalem Recht.

6.1. Beschlüsse, die nur rechtsbekundende Wirkung haben, können nach österreichischem Recht wegen des Bedürfnisses nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gleichfalls anfechtbar sein. So werden Beschlüsse für abgesondert anfechtbar gehalten, mit denen eine Klagszurücknahme zur Kenntnis genommen oder eine kraft Gesetzes eingetretene Verfahrensunterbrechung deklarativ zum Ausdruck gebracht wurde (*Zechner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup>



IV/1 Vor §§ 514 ff Rz 21; vgl auch RIS-Justiz RS0043955, RS0043819). Auch bei der Zuständigkeitsübertragung nach Art 15 Brüssel IIA-VO wird durch den abschließenden Beschluss, mit dem das Gericht des Erststaats seine Unzuständigkeit ausspricht, die bei Einhaltung des formalen Verfahrens bereits eingetretene Rechtsfolge des Übergangs der Zuständigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit bestätigt und zugleich die Beendigung des im Erststaat geführten Verfahrens festgestellt. Den Parteien muss daher auch in diesem Fall die Möglichkeit eröffnet werden, in einem Rekurs gegen diesen Beschluss geltend zu machen, dass die Formalvoraussetzungen für den Übergang der Zuständigkeit und die Beendigung des Verfahrens nicht erfüllt sind. Nicht mehr zu prüfen sind dagegen die materiellen Voraussetzungen, die schon bei Ersuchen um Übernahme der Zuständigkeit vorliegen mussten und im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gegen diesen Beschluss zu prüfen waren.

Soweit sich daher der Revisionsrekurs mit den materiellen Voraussetzungen für eine Übertragung der Zuständigkeit nach Art 15 Brüssel IIA-VO auseinandersetzt, ist darauf im Rechtsmittelverfahren gegen den Beschluss, mit dem das übertragende Gericht seine Unzuständigkeit deklarativ feststellt, wie das Rekursgericht richtig ausführt, nicht weiter einzugehen.

6.2. Überprüft werden können dagegen die zuvor dargestellten formalen Voraussetzungen, demnach im konkreten Fall, ob ein Beschluss des österreichischen Gerichts, mit dem um eine Übernahme des Verfahrens durch ein deutsches Gericht ersucht wird, und eine übereinstimmende Erklärung des deutschen Gerichts, mit dem der Übertragung der Zuständigkeit zugestimmt wird, vorliegen.

Das formlose Schreiben des Erstgerichts vom 8. 8. 2014, mit dem die Parteien ersucht wurden, bekannt zu geben, ob einer Übertragung der Zuständigkeit an das Amtsgericht Mayen zugestimmt wird, stellt kein Ersuchen um Übernahme dar, sondern diene der Abklärung, ob die erforderliche Zustimmung zumindest einer der Parteien zur Übertragung vorliegt.

Das Schreiben des Erstgerichts vom 22. 8. 2014 ist zwar ein Übernahmeersuchen an das deutsche Gericht, jedoch kein gerichtlicher Akt, der den an einen Beschluss zu stellenden Anforderungen entspricht. Auch wenn es auf die Bezeichnung nicht ankommt, muss der gerichtliche Akt dafür den Charakter eines Beschlusses haben, das heißt eine Willenserklärung des Gerichts darstellen, mit der es unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Formen eine verfahrensrechtliche Entscheidung oder eine Entscheidung über ein Rechtsschutzbegehren trifft (4 Ob 73/08a). Das Schreiben vom 22. 8. 2014 ist an das Amtsgericht Mayen gerichtet und wurde den Parteien nur formlos „zur Kenntnisnahme“ zugestellt. Aus ihm lässt sich weder aufgrund des Aufbaus noch der Begründung ableiten, dass damit eine gerichtliche Entscheidung über die Voraussetzungen für eine Übertragung der Zuständigkeit mit Wirkung gegenüber den Parteien getroffen wird.

Allerdings lässt sich auch aus dem Schreiben des Amtsgerichts Mayen vom 16. 10. 2014 nicht entnehmen, ob das Verfahren tatsächlich übernommen wird. Es wird nur der Eingang des „Verfahrens“ des Bezirksgerichts Schwechat bestätigt und ein Aktenzeichen bekannt gegeben. Auf Grundlage dieser Mitteilung lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit sagen, ob einer Übernahme des Verfahrens zugestimmt wird.

Da somit aber die formellen Voraussetzungen für eine Übertragung der Zuständigkeit nicht erfüllt sind, war das Erstgericht auch nicht berechtigt, seine Unzuständigkeit nach Art 15 Abs 5 Brüssel IIa-VO auszusprechen. Die Beschlüsse der Vorinstanzen waren daher ersatzlos zu beheben.

Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass, sofern das deutsche Gericht tatsächlich bereits tätig geworden ist, dadurch eine Zweigleisigkeit des Verfahrens entsteht, die die Brüssel IIa-VO gerade verhindern soll. Die in der Verordnung vorgesehene Kooperation der Gerichte kann aber nicht ohne Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien, wofür auch eine entsprechende verbindliche Information über die jeweils beabsichtigten Schritte und die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten erforderlich ist, erfolgen.

Nach § 107 Abs 3 AußStrG findet im Verfahren über die Obsorge und über die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr ein Kostenersatz nicht statt. Die Parteien haben die Kosten des Rechtsmittelverfahrens daher jeweils selbst zu tragen.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. Juni 2015  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: