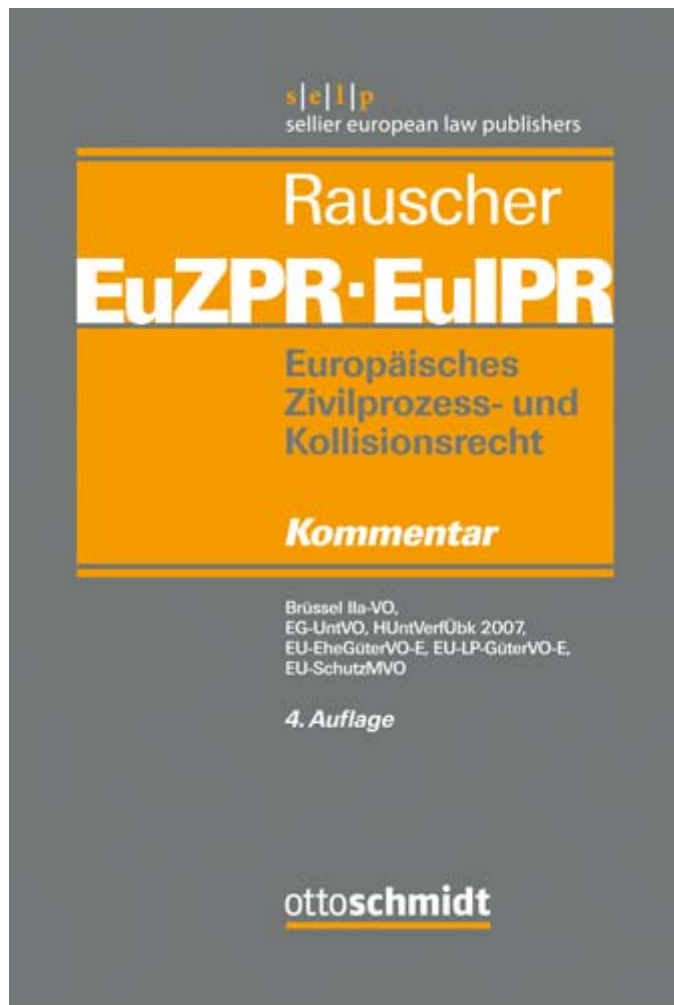


Leseprobe zu



Rauscher (Hrsg.)

## **Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band IV**

Brüssel Ila-VO, EG-UntVO, HUntVerfÜbk 2007, EU-EheGüterVO-E, EU-LP-GüterVO-E, EU-SchutzMVO

4. neu bearbeitete Auflage, 2015, 1336 Seiten, gebunden, Kommentar, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-47205-4

249,00 €

Vorzugspreis bei Abnahme aller 5 Bände nur 189,- € je Band.

[ISBN 978-3-504-47201-6 \(Bände 1–5\)](#)

- 22 Ob eine **Vaterschaft** aufgrund gesetzlicher Regelung, Anerkennung seitens des Mannes oder aufgrund der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung *erga omnes* vorliegt, kann im deutschen Unterhaltsverfahren **inzident geprüft** werden. Ob die Vaterschaft im Übrigen inzident geprüft werden kann oder es einer Feststellungsentscheidung bedarf, richtet sich nach dem Recht, das über den Unterhalt entscheidet.<sup>16</sup> Letzteres trifft auf das deutsche Unterhaltsrecht zu (§§ 1594 Abs 1, 1600d BGB). Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte hierfür ergibt sich aus § 100 FamFG. Unterliegt dagegen zB der Unterhaltsanspruch dem französischen Recht, so kann in einem Prozess, in dem es um den Unterhalt eines Kindes geht, dessen väterliche Abstammung rechtlich nicht feststeht, die für die Begründung aufgestellte Voraussetzung der Beiwohnung der Mutter im maßgeblichen Zeitraum im Unterhaltsprozess nach Art 342 cc geprüft werden. Das französische Recht vermeidet auf diese Weise die rechtliche Elternschaft mit *erga omnes* Wirkung, die im Unterhaltsverfahren nicht inzident geprüft werden könnte.<sup>17</sup>

## VII. Forum shopping

- 23 Die alternativen allgemeinen Zuständigkeiten ermöglichen dem Unterhaltsberechtigten in bestimmten Familienbeziehungen ein *forum shopping*.<sup>18</sup> Er kann unter prozesstaktischen und prozessökonomischen Gesichtspunkten und unter Kostenaspekten das Forum auswählen. Außerdem kann er durch die Wahl des Forums die Bestimmung des für die Sachentscheidung maßgeblichen Rechts und damit die Sachentscheidung selbst beeinflussen. Das trifft selbst im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten zu, die durch das HUntStProt 2007 gebunden sind. Vor allem für die in **Art 4 HUntStProt 2007** geregelten Unterhaltsbeziehungen, und hierbei insbesondere für die **Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihrem Kind**, führt die dort vorgesehene Anknüpfung rechtspraktisch regelmäßig zur *lex fori*. Bei Unterhaltsansprüchen in Bezug auf **eingetragene Partnerschaften** kann die Wahl des Forums dafür entscheidend sein, ob diese nach der für den ehelichen Unterhalt geltenden kollisionsrechtlichen Regelung des Art 5 HUntStProt 2007 oder für die übrigen Familienbeziehungen nach Art 3 und 6 HUntStProt 2007 beurteilt werden.<sup>19</sup> Im Verhältnis zu **Großbritannien** und **Dänemark** fehlt es an einem einheitlichen Kollisionsrecht. Der (vermeintliche) Unterhaltsberechtigte kann die kollisionsrechtliche Lösung in diesen Staaten mit der nach dem HUntStProt 2007 vergleichen und dies bei seiner Entscheidung über die Wahl des Forums berücksichtigen. In England zB findet auf den Kindes- und ehelichen bzw nachehelichen Unterhaltsanspruch regelmäßig die *lex fori* Anwendung.<sup>20</sup>

## Artikel 3: Allgemeine Bestimmungen

Zuständig für Entscheidungen in Unterhaltssachen in den Mitgliedstaaten ist

- a) das Gericht des Ortes, an dem der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder

<sup>16</sup> *Andrae*, Internationales Familienrecht<sup>3</sup> (2014) § 8 Rn 39; MünchKommBGB/*Siehr* Art 18 EGBGB Anh I Rn 248 mwN.

<sup>17</sup> Hierzu *Menne* FuR 2006, 67 f.

<sup>18</sup> Hierzu auch *Andrae*, Internationales Familienrecht<sup>3</sup> (2014) § 8 Rn 55; *Arnold* IPRax 2012, 311, 312; *Geimer/Schütze/Reuß* Art 3 Rn 11 ff; NK-BGB/*Gruber* Anh. zu Art 18 EGBGB Rn 12.

<sup>19</sup> Bereits *Andrae*, Internationales Familienrecht<sup>3</sup> (2014) § 8 Rn 55.

<sup>20</sup> Hierzu sowie zum materiellen Recht *Amos* FamRZ 2012, 500.

- b) das Gericht des Ortes, an dem die berechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- c) das Gericht, das nach seinem Recht für ein Verfahren in Bezug auf den Personenstand zuständig ist, wenn in der Nebensache zu diesem Verfahren über eine Unterhaltssache zu entscheiden ist, es sei denn, diese Zuständigkeit begründet sich einzig auf der Staatsangehörigkeit einer der Parteien, oder
- d) das Gericht, das nach seinem Recht für ein Verfahren in Bezug auf die elterliche Verantwortung zuständig ist, wenn in der Nebensache zu diesem Verfahren über eine Unterhaltssache zu entscheiden ist, es sei denn, diese Zuständigkeit beruht einzig auf der Staatsangehörigkeit einer der Parteien.

I. Allgemeines	c) Hilfsgerichtsstand .....	39
1. Antragsberechtigter .....	2. Gerichtsstand des Unterhalts-	
2. Kein Rangverhältnis .....	berechtigten .....	40
3. Internationale und örtliche	a) Regelungszweck .....	40
Zuständigkeit .....	b) Gewöhnlicher Aufenthalt des	
4. Wahlgerichtsstände .....	Unterhaltsberechtigten .....	41
5. Zeitpunkt .....	c) Antragsberechtigter .....	43
6. Grenzüberschreitender Bezug? .....	3. Nebenentscheidung im Status-	
7. Regelungen des AUG .....	verfahren .....	46
II. Einzelne Gerichtsstände	4. Nebenentscheidung im Verfahren	
1. Gerichtsstand des Beklagten .....	über die elterliche Verantwortung	
a) Gewöhnlicher Aufenthalt .....	a) Sinnzusammenhang .....	51
b) Insbesondere gewöhnlicher	b) Voraussetzungen .....	52
Aufenthalt eines Kindes .....		
		34

I. Allgemeines

I. Antragsberechtigter

Die Inanspruchnahme der Zuständigkeiten nach lit a und b steht **jeder Partei** offen. Die Auffassung, dass die Zuständigkeit des Gerichts am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Unterhaltsberechtigten nur dem Unterhaltsberechtigten selbst zur Verfügung steht,<sup>1</sup> kann für Art 3 lit b nicht fortgeschrieben werden. Dies folgt daraus, dass beide Zuständigkeiten allgemeine Zuständigkeiten darstellen und zur Auswahl des Antragstellers stehen. Die Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten hat **keinen Ausnahmeharakter**. Auch wenn sie vorrangig die Interessen des Unterhaltsberechtigten bedient, folgt daraus nicht, dass nur dieser diese Zuständigkeit in Anspruch nehmen kann. Wenn der Gesetzgeber die Einschränkung von Art 5 Nr 2 Brüssel I-VO hätte fortführen wollen, hätte er es in der Regelung zum Ausdruck bringen müssen.

Für den Unterhaltsverpflichteten hat die Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geringe Bedeutung, weil bereits die Zuständigkeit nach lit a zum selben Gerichtsstand führt. Die Zuständigkeit steht auch **öffentlichen Einrichtungen** zur

<sup>1</sup> Für Art 5 Nr 2 EuGVÜ/Brüssel I-VO ua Kropholler/von Hein Art 5 Brüssel I-VO Rn 64; Rauscher/Leible Art 5 Brüssel I-VO Rn 65; Schack IZVR Rn 435; aA Geimer/Schütze/Geimer EuZVR Art 5 Brüssel I-VO Rn 193; Schlosser Art 5 Brüssel I-VO Rn 13 unter Aufgabe von Schlosser-Bericht zum EuGVÜ Rn 105.

Verfügung, die an den Unterhaltsberechtigten anstelle des Unterhaltsverpflichteten Leistungen erbracht haben und hierfür den Unterhaltsverpflichteten in Regress nehmen wollen.<sup>2</sup> Der Gerichtsstand kann auch von Dritten bei gesetzlichem Übergang der Unterhaltsforderung auf sie genutzt werden, soweit diese Fallsituation von der EG-UntVO erfasst wird.<sup>3</sup>

- 3 Für lit c und d ist für die Antragsberechtigung der Sinn und Zweck dieser Gerichtsstände zu berücksichtigen. Es geht hier um **Verfahrenskonzentration**. Die zwischen den Parteien bestehenden und aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis resultierenden Probleme sollen in einem einheitlichen Verfahren geklärt werden, wenn wenigstens einer der Beteiligten dies beantragt. Deshalb sind die Gerichtsstände nicht Dritten zu eröffnen, sondern auf die **Beteiligten im Hauptverfahren** zu beschränken.<sup>4</sup> Soweit nach der Rechtsordnung des angerufenen Gerichts im Annexverfahren eine Entscheidung über den Kindesunterhalt getroffen werden kann, zB im Scheidungsverfahren oder im Sorgerechtsverfahren, steht auch dem Kind oder der Person, die in **Prozessstandschaft** für das Kind den Prozess führt, dieser Gerichtsstand offen, auch wenn es nicht Partei im Hauptverfahren ist. Eine andere Frage ist, ob das Kind selbst Partei im Unterhaltsteil des Verfahrens sein kann, dies bestimmt sich nach dem auf die Unterhaltsverpflichtung anwendbaren Recht.<sup>5</sup>
- 4 Antragsteller, denen Art 3 lit c oder d ein Gerichtsstand eröffnet, müssen diesen nicht in Anspruch nehmen. Für sie ergibt sich ein zusätzlicher Gerichtsstand zu den in lit a und b geregelten. Dies folgt wiederum aus dem Verbindungswort „oder“ sowie aus der Überschrift der Bestimmung „Allgemeine Zuständigkeit“.

## 2. Kein Rangverhältnis

- 5 Vorgesehen sind vier Zuständigkeiten: Gerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten, Gerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten sowie Verbundzuständigkeit bei Anhängigkeit einer Statussache oder eines Verfahrens zur elterlichen Verantwortung. Die Zuständigkeiten stehen in keinem Rangverhältnis,<sup>6</sup> sind also **alternativ**. Dies folgt daraus, dass ihre Inanspruchnahme an keine speziellen Voraussetzungen geknüpft ist und die Zuständigkeiten unter der Überschrift „Allgemeine Zuständigkeiten“ zusammengefasst sind.
- 6 Der Antragsteller kann zwischen den Gerichtsständen wählen. Der europäische Gesetzgeber ermöglicht und fördert damit das **forum shopping**. Dies ist für die Rechtspraxis von besonderer Bedeutung, als die Inanspruchnahme einer Zuständigkeit nach dem HUntStProt 2007 Einfluss auf das anwendbare Recht hat. Die **Grundanknüpfung** an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten im Eltern-Kind-Verhältnis und gegenüber Personen

<sup>2</sup> Ausführlich *Andrae* FPR 2013, 38, 41; wie hier MünchKommFamFG/*Lipp* Rn 19, 29; aA Fasching/*Konecny/Fucik* Rn 4; *Kuntze* FPR 2011, 166, 170; Eschenbruch/*Dörner* Kap 6 Rn 48 hierzu auch Art 1 Rn 38 ff.

<sup>3</sup> Hierzu Art 1 Rn 33 ff.

<sup>4</sup> Wie hier Geimer/*Schütze/Reuß* Rn 30; MünchKommFamFG/*Lipp* Rn 25, Vorb Art 3 ff Rn 35; *Martiny* FamRZ 2014, 429, 433 (keine Zuständigkeit für Anträge eines Regressgläubigers).

<sup>5</sup> Art 11 lit d HUntStProt 2007.

<sup>6</sup> Wie hier *Hausmann*, IntEuSchR Rn C 82.

unter 21 Jahren wird nach Art 4 Abs 3 HUntStProt 2007 **durch die *lex fori* verdrängt**, wenn der Unterhaltsberechtigte mit der Unterhaltssache das Gericht in dem Land befasst, in dem der Unterhaltsverpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Kriterium für die Auswahl des Forums wird unter der Geltung der EG-UntVO und des HUntStProt 2007 sein, welches Recht das materielle Anliegen stützt, weil die Zuständigkeitsinanspruchnahme – zwar nicht immer, aber mehr als unter der Geltung des HUntStÜbk 1973 – mit der Anwendung des materiellen Rechts der *lex fori* verbunden ist.

### 3. Internationale und örtliche Zuständigkeit

Die Zuständigkeitsvorschrift ist **doppelfunktional**. Sie regelt sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit. Dies folgt aus dem Anfang jeder Zuständigkeitsregel mit „das Gericht“. Man könnte meinen, der europäische Gesetzgeber ist zurückgekehrt zu dem im deutschen IZPR geltenden Grundsatz, die örtliche Zuständigkeit indiziert die internationale Zuständigkeit. Die gleichzeitige Regelung von internationaler und örtlicher Zuständigkeit bei der Grundzuständigkeit stellt eine wesentliche Änderung gegenüber der Brüssel I-VO dar. Diese bestimmt nur in Art 5 Nr 2 für die konkurrierende Zuständigkeit die örtliche Zuständigkeit mit. 7

Die neue Lösung ist nicht als Fortschritt gegenüber dem bisherigen Regelungsmodell anzusehen. Jedenfalls **im deutschen Familienverfahrensrecht** gibt es bei der Anhängigkeit einer Ehesache eine **zwingende örtliche Konzentration** gerichtlicher Verfahren über den Trennungs- und nachehelichen Unterhalt sowie den Unterhalt für die gemeinsamen Kinder beim Gericht der Ehesache. Das gilt weiterhin für die güterrechtliche Auseinandersetzung, für Wohnungszuweisung, Hausratsverteilung und den Versorgungsausgleich. Der Komplexität familienrechtlicher vermögensrechtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit einer Ehesache wird verfahrensrechtlich die ausschließliche örtliche Zuständigkeit des Ehegerichts gerecht. 8

Die Brüssel I-VO hat diesem Anliegen bei der Grundzuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten Rechnung getragen, indem sie für diese nur die internationale Zuständigkeit regelte und den nationalen Rechtsordnungen ermöglicht, die örtliche Zuständigkeit unter familienrechtlichen Aspekten auszugestalten. Art 3 verhindert die zwingende Konzentration der örtlichen Zuständigkeit für die Unterhaltssache im Zusammenhang mit Verfahren über den Personenstand gemäß nationalem Recht. Das **Wahlrecht des Klägers** nach Art 3 bezieht sich auch auf die örtliche Zuständigkeit und verdrängt damit die nationalen Vorschriften von der zwingenden Verbundzuständigkeit. Aus den Erwägungsgründen ist die Motivation für diese wesentliche Änderung nicht erkennbar, jedenfalls reicht Vereinfachung und Übersichtlichkeit der Regelung nicht aus. 9

### 4. Wahlgerichtsstände

Art 3 sieht vier unterschiedliche Gerichtsstände vor. Die internationale Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates ist gegeben, wenn eines der alternativen Kriterien auf diesen Mitgliedstaat zutrifft. In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit handelt es sich um **gleichrangige konkurrierende Zuständigkeiten**.<sup>7</sup> Das gilt auch dann, wenn nach innerstaatlichem 10

<sup>7</sup> Wie hier Prütting/Helms/*Hau* § 110 Anh 3 Rn 31.

Recht eines dieser Gerichtsstände ausschließlich ist oder nur sekundäre Bedeutung zukommt.

- 11 Wenn mehrere Kriterien bezogen auf einen Mitgliedstaat erfüllt sind, jedoch zu unterschiedlichen Gerichtsbezirken führen, so kann der Antragsteller nach dem Wortlaut den Gerichtsstand wählen, auch wenn im einzelstaatlichen Recht eine Priorität vorgeschrieben ist. Art 3 sieht **keine Bevorzugung der Annexzuständigkeiten** gegenüber der Zuständigkeit aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts vor. Damit hat der europäische Ordnungsgeber dem Interesse an der Einheitlichkeit und der Leichtigkeit der Bestimmung des zuständigen Gerichts in grenzüberschreitenden Fällen Vorrang vor den Regelungszielen der nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der örtlichen Zuständigkeit gegeben.

Sind zwar die Gerichte des betreffenden Mitgliedstaates international zuständig, ist jedoch ein nach Art 3 nicht örtlich zuständiges Gericht angerufen worden, so kann innerhalb dieses Staates nach den innerstaatlichen Vorschriften eine **Verweisung** an das nach Art 3 **örtlich zuständige Gericht** erfolgen.

## 5. Zeitpunkt

- 12 Art 3 regelt nicht ausdrücklich den Zeitpunkt, zu welchem die Anknüpfungspunkte zutreffen müssen, um die Zuständigkeit zu begründen. Da von der Zuständigkeit für die Entscheidung die Rede ist, reicht es sicherlich, dass im **Entscheidungszeitpunkt** die Voraussetzungen vorliegen.<sup>8</sup> Weil dieser Zeitpunkt ungewiss ist und für die Parteien Risiken schafft, kann auf ihn nicht allein abgestellt werden. Die Parteien müssen sich darauf verlassen können, dass, soweit die Voraussetzungen für die Begründung einer Zuständigkeit bei Verfahrensbeginn zutreffen, dies ausreichend ist. Wie für die Brüssel I-VO ist davon auszugehen, dass der Grundsatz der Fortdauer der einmal begründeten Zuständigkeit (*perpetuatio fori*) zur Anwendung kommt.<sup>9</sup>
- 13 Dieser Zeitpunkt kann ebenfalls autonom bestimmt werden, indem auf Art 9 lit a zurückgegriffen wird.<sup>10</sup> Wenn die Einreichung des Antrags maßgebend ist, um die Priorität zwischen mehreren angerufenen Gerichten zu klären, so muss dieser Zeitpunkt auch ausreichen, um die Zuständigkeit zu begründen. Vorrang kann einem Gericht nur zukommen, wenn es auch die Entscheidungsmacht hat. Auf Art 9 lit b – Zeitpunkt der Übergabe an die für die Zustellung verantwortliche Stelle – kann es jedoch nicht ankommen, weil das Kriterium auf das Gericht zutreffen muss.
- 14 Daraus folgt: Die Zuständigkeit wird begründet, wenn der Beklagte oder der Unterhaltsberechtigte zum **Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts** im Gerichtsbezirk seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese Zuständigkeit entfällt nicht, wenn der gewöhnliche Aufenthalt danach aufgegeben wird.<sup>11</sup> Wird der gewöhnliche Aufenthalt während des Verfahrens im

<sup>8</sup> Ua Kropholler/von Hein vor Art 2 Brüssel I-VO Rn 13; wie hier Prütting/Helms/Hau § 110 Anh 3 Rn 33.

<sup>9</sup> Ua Kropholler/von Hein vor Art 2 Brüssel I-VO Rn 14; Rauscher/Mankowski Art 2 Brüssel I-VO Rn 4; wie hier NK-ZPO/Dörner Rn 5; Prütting/Helms/Hau § 110 Anh 3 Rn 34.

<sup>10</sup> Für die entsprechende Lösung bei der Brüssel I-VO Kropholler/von Hein vor Art 2 Brüssel I-VO Rn 15.

<sup>11</sup> Für Art 5 Nr 2 Brüssel I-VO BGH v 17.4.2013 – XII ZR 23/12, IPRax 2013, 581 = FamRZ 2013, 1113

Gerichtsbezirk begründet, so reicht dies jedenfalls für die Zuständigkeitsbegründung. Der späteste Zeitpunkt ist die **Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz**.<sup>12</sup>

Der Grundsatz der *perpetuatio fori* gilt nicht für die Klageänderung, wenn ein neuer Streitgegenstand eingeführt wird.<sup>13</sup> Für die Frage, ob eine Identität des Streitgegenstandes besteht, sind die Auslegungskriterien für Art 12 zugrunde zu legen.<sup>14</sup> Es kommt also darauf an, ob es im Kern um denselben Anspruch geht. Hiervon ausgehend, liegt beim Wechsel von der Leistungsklage zur Stufenklage eine Identität des Streitgegenstandes vor, wenn beide denselben Lebenssachverhalt betreffen und demselben Zweck, nämlich der Durchsetzung der Unterhaltspflicht dienen.<sup>15</sup> Folglich bleibt die internationale Zuständigkeit bestehen, wenn im Zeitpunkt des Eingangs der Klageumstellung bei Gericht die zuständigkeitsbegründenden Kriterien nicht mehr zutreffen. **14a**

Besonderheiten gelten für die Annexzuständigkeiten nach lit b und c. Da sich diese aus den einzelstaatlichen Regelungen der Mitgliedstaaten ableiten, ist diesen auch der maßgebliche Zeitpunkt zu entnehmen. **14b**

## 6. Grenzüberschreitender Bezug?

Dem Wortlaut des Art 3, insbesondere von lit a und b, ist nicht zu entnehmen, dass seine Anwendung einen grenzüberschreitenden Bezug des Sachverhalts voraussetzt. Er könnte also auch auf rein innerstaatliche Fälle anzuwenden sein. Dies hätte zur Folge, dass die Bestimmungen der nationalen Verfahrensrechte zur örtlichen Zuständigkeit in Unterhaltssachen weitgehend an Bedeutung verlören. Das Problem ist bei der EG-UntVO von besonderer Brisanz, weil sie im Unterschied zu den allgemeinen Zuständigkeiten nach den Brüssel I und IIa-VO eben nicht nur die internationale Zuständigkeit regelt und nicht wie diese, die örtliche Zuständigkeit dem nationalen Recht überlässt. Die besondere Zuständigkeit für Unterhaltssachen in Art 5 Nr 2 Brüssel I-VO, die die örtliche Zuständigkeit mit erfasst, setzt stets einen grenzüberschreitenden Bezug voraus, da der Beklagte seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem Gerichtsstaat haben muss. **15**

In den Erwägungsgründen finden sich Passagen, die für eine Beschränkung der Zuständigkeiten auf Sachverhalte mit grenzüberschreitenden Bezügen herangezogen werden können, obwohl der Begriff der internationalen Zuständigkeit nicht verwandt wird.<sup>16</sup> Im ErwGr 1 wird die EG-UntVO in die Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen eingeordnet. Im ErwGr 2 findet sich ein Verweis auf Art 65 lit b EGV, wonach die Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen auf die **Vermeidung von Kompetenzkonflikten** **16**

Rn 21 f. Für die Brüssel I-VO im Allgemeinen BGH v 1.3.2011 – XI ZR 48/10, FamRZ 2011, 884 = NJW 2011, 2515 Rn 24.

<sup>12</sup> Vgl Kropholler/von Hein vor Art 2 Brüssel I-VO Rn 13.

<sup>13</sup> Noch bezogen auf Art 27 Brüssel I-VO BGH v 17.4.2013 – XII ZR 23/12, IPRax 2013, 581 = FamRZ 2013, 1113 Rn 23.

<sup>14</sup> BGH v 17.4.2013 – XII ZR 23/12, IPRax 2013, 581 = FamRZ 2013, 1113 Rn 26; siehe deshalb Art 12 Rn 5 ff.

<sup>15</sup> BGH v 17.4.2013 – XII ZR 23/12, IPRax 2013, 581 = FamRZ 2013, 1113 Rn 29.

<sup>16</sup> Anders ErwGr 2 Brüssel I-VO.

gerichtet sind. Kompetenzkonflikte entstehen jedoch tatsächlich nur bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Bezügen.

- 17 ErwGr 4 bezieht sich auf die **Tagung des Europäischen Rates in Tampere** am 15./16.10.1999, auf der das Ziel formuliert wurde, gemeinsame Verfahrensregeln für eine vereinfachte und beschleunigte Beilegung von grenzüberschreitenden Streitfällen, insbesondere in Unterhaltssachen, aufzustellen. Auch aus ErwGr 10 lässt sich das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs ableiten. Der Begriff „Kompetenzkonflikte“ wird im unmittelbaren Zusammenhang zu den Kollisionsnormen, der Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Entscheidungen und der behördlichen Zusammenarbeit gebraucht. Auch hier wird ein grenzüberschreitender Bezug vorausgesetzt. Wenn der europäische Gesetzgeber mit der Verordnung die nationalen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit im allgemeinen harmonisieren wollte, hätte er dies in den Erwägungsgründen deutlich machen und seine Kompetenz hierfür auch begründen müssen. Für die Anwendung der Art 3 ff EG-UntVO ist folglich erforderlich, dass die Unterhaltssache einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist.<sup>17</sup>
- 18 Im Übrigen ist zu unterscheiden, ob es um die internationale oder örtliche Zuständigkeit geht. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist bei jedem Fall mit Auslandsberührung zu prüfen. Dies muss unter Anwendung der EG-UntVO erfolgen, denn sie hat für die internationale Zuständigkeit eine einheitliche, die nationalen Bestimmungen ersetzende Regelung zum Ziel.<sup>18</sup> Dabei kommt es an sich nicht darauf an, welcher Art der Auslandsbezug ist.<sup>19</sup>
- 19 Bezogen auf die **örtliche Zuständigkeit** ist jedoch das Kriterium der Auslandsberührung strenger zu fassen.<sup>20</sup> Ohne Eingrenzung führt Art 3 EG-UntVO rechtspraktisch zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereiches der innerstaatlichen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit. Gemeint sind die häufigen Fälle, in denen alle Beteiligten ihren Lebensmittelpunkt im Gerichtsstaat haben und nur durch die Staatsangehörigkeit beider oder eines Beteiligten, möglicherweise nur durch eine nicht effektive ausländische Staatsangehörigkeit ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.<sup>21</sup> Der Antragssteller wäre hier durch Art 3 gegenüber demjenigen in einem rein innerstaatlichen Fall durch alternative Gerichtsstände privilegiert, ohne dass dafür Gründe ersichtlich sind. Um die Relevanz zu verdeutlichen, sei ein Beispiel genannt: Unterhaltsberechtigter und -verpflichteter leben in Deutschland, der eine in Berlin und der andere in Düsseldorf. Einer von ihnen besitzt neben der deutschen eine ausländische Staatsangehörigkeit. Würde die Staatsangehörigkeit für den grenzüberschreitenden Bezug ausreichen, könnte der Berechtigte nach Art 3 wählen, ob er den Antrag bei dem Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts des Antragsgegners oder bei dem Gericht geltend macht, in dessen Bezirk er selbst seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Wäre wegen Fehlens eines grenzüberschreitenden Moments die EG-UntVO nicht anwendbar,

<sup>17</sup> BT-Drs 17/4887, 41; NK-ZPO/Dörner Rn 2; Gebauer/Wiedmann/Bittmann Rn 27; Gruber IPRax 2010, 128, 132.

<sup>18</sup> BT-Drs 17/4887, 41.

<sup>19</sup> NK-ZPO/Dörner Rn 2; Prütting/Helms/Hau § 110 Anh 3 Rn 14; insoweit Abweichung zur 1. Auflage.

<sup>20</sup> AA Prütting/Helms/Hau § 110 Anh 3 Rn 15, 44.

<sup>21</sup> Zweifelnd an der Anwendbarkeit der EG-UntVO Geimer/Schütze/Reuß, Art 1 Rn 8; anders Wagner, FamRZ 2006, 979, 982.



würde nach dem autonomen deutschen Recht ein solches Wahlrecht nicht bestehen. Der Antrag müsste beim Gericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Antragsgegners eingereicht werden. Nach deutschem Verfahrensrecht ist die Annexzuständigkeit bei Anhängigkeit einer Ehesache nach § 232 Abs 1 Nr 1 FamFG ausschließlich. Würde die Staatsangehörigkeit eines der Beteiligten für die Anwendung von Art 3 bezogen auf die örtliche Zuständigkeit ausreichen, so würde aus dieser zwingenden Zuständigkeit eine alternative werden.

Der europäische Gesetzgeber hat die örtliche Zuständigkeit in Sachverhalten mit Auslandsberührung gleich miteregelt, um hier den Zugang zu den Gerichten in grenzüberschreitenden Fällen zu erleichtern.<sup>22</sup> Dem Antragsteller aus dem Ausland wird es erspart, die Zuständigkeiten nach nationalem Recht zu ergründen. Dieser Gesichtspunkt entfällt, wenn alle Beteiligten im Inland leben, auch wenn sie oder einer von ihnen eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen. Die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit<sup>23</sup> sind nur dann gewahrt, wenn Art 3 EG-UntVO bezogen auf die örtliche Zuständigkeit bei der Auslegung teleologisch reduziert wird.<sup>24</sup> Die innerstaatlichen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit werden deshalb durch Art 3 EG-UntVO nur dann verdrängt, wenn wenigstens eine an der Unterhaltssache beteiligte Person ihren gewöhnlichen oder schlichten Aufenthalt,<sup>25</sup> der nicht nur ganz kurzfristig sein darf, im Ausland hat.<sup>26</sup> Als Beteiligte in diesem Sinne sind anzusehen, die Parteien des Verfahrens sowie der Unterhaltsberechtigte und -verpflichtete, soweit sie nicht Partei sind, zB bei Prozessstandschaft. Das Fehlen eines örtlich zuständigen Gerichts nach innerstaatlichem Recht ist nicht zu befürchten. Ist der Anwendungsbereich von Art 3 für die örtliche Zuständigkeit eröffnet, so wird für das Verfahren in Deutschland § 232 FamFG verdrängt.<sup>27</sup>

## 7. Regelungen des AUG

Bei drei Bestimmungen des AUG stellt sich die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit Art 3. Die eine betrifft die Regelung in § 26 Abs 2 AUG, dass § 233 FamFG unberührt bleibt. Danach ist, soweit eine Ehesache bei einem Gericht rechtshängig wird und bereits eine von der Annexzuständigkeit nach § 232 Abs 1 FamFG erfasste Unterhaltssache bei einem anderen Gericht im ersten Rechtszug anhängig ist, Letztere von Amts wegen an das Ehegericht abzugeben.<sup>28</sup> Das berechtigte Regelungsanliegen ist, die gesetzlich vorgeschriebene Zuständigkeitskonzentration auch bei Verfahren mit internationalem Bezug zu sichern. Nicht geregelt ist der Fall, dass die Ehesache bereits anhängig ist und die Unterhaltssache bei einem nach Art 3 lit a oder b zuständigen deutschen Gericht anhängig gemacht wird. Die Regelung gehört zur örtlichen Zuständigkeit.<sup>29</sup> Die Lösung steht im Widerspruch zum Wortlaut des Art 3, aus dem die Gleichrangigkeit der Gerichtsstände und damit das Wahlrecht

<sup>22</sup> Zur Zielstellung ErwGr 45; BegrRegE BT-Drs 17/4887, 41.

<sup>23</sup> Vgl Art 5 Abs 3 AEUV.

<sup>24</sup> Im Ergebnis ähnlich: *Gruber* IPRax 2010, 128, 133.

<sup>25</sup> Schlichter Aufenthalt im Sinne von ErwGr 32 zu verstehen.

<sup>26</sup> Ähnlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellend *Gruber* IPRax 2010, 128, 133.

<sup>27</sup> *Prütting/Helms/Hau* § 110 FamFG Anh 3 Rn 44; *Rauscher* FamFR 2012, 216.

<sup>28</sup> Zur Vorschrift im Zusammenhang mit Art 3 näher *Andrae*, Internationales Familienrecht<sup>3</sup> (2014) § 8 Rn 53.

<sup>29</sup> *Heger/Selg* FamRZ 2011, 1101, 1105 (Randfragen der örtlichen Zuständigkeit).

des Antragsstellers folgt.<sup>30</sup> Deshalb müssen beide Regelungen durch Auslegung in Übereinstimmung gebracht werden. Vorstellbar ist es, Art 3 dahingehend einschränkend auszulegen, dass er die einzelstaatliche Verfahrenskonzentration, die ihren Grund in materiellrechtlichen Erwägungen hat, nicht berührt. Der Unterhaltsbeteiligte mit Aufenthalt im Ausland wird dadurch nicht beschwert, da er sowieso am Gerichtsstand für die Statussache gerichtspflichtig ist. Diese Auslegung lässt sich mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen.<sup>31</sup> Ein anderer Vorschlag geht dahin, § 26 Abs 3 AUG, § 233 FamFG dahin gehend korrigierend auszulegen, dass eine Abgabe an das Gericht der Ehesache nur auf *Antrag des Klägers* im Unterhaltsverfahren erfolgen darf.<sup>32</sup>

- 21a** Eine weitere Bestimmung betrifft § 28 AUG, der die **Verfahrenskonzentration** in den Fällen des Art 3 lit a und b bei einem Amtsgericht innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirks vorschreibt.<sup>33</sup> Umstritten ist, ob § 28 AUG mit Art 3 konform geht. Das hängt davon ab, ob er als Bestimmung zur örtlichen Zuständigkeit<sup>34</sup> oder zur Gerichtsorganisation einzuordnen ist.<sup>35</sup> Für Letzteres spricht der Sinn und Zweck der Regelung. Sie zielt darauf, Verfahren in Unterhaltssachen mit internationalem Bezug an einem Familiengericht im jeweiligen Bezirk eines Oberlandesgericht zu konzentrieren, um dann durch personelle und sachliche Ausstattung optimale Voraussetzungen für die Rechtsprechung in solchen Fällen zu schaffen. Die Regelung soll mit Rücksicht auf die mögliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts Kompetenz bündeln und mit Auslandsfällen selten befasste Gerichte entlasten.<sup>36</sup> Dagegen wird argumentiert, dass § 28 AUG eine von Art 3 lit a und b abweichende örtliche Zuständigkeit zur Folge hätte und deshalb nicht ordnungskonform sei. In seinen Schlussanträgen zu den anhängigen Verfahren ist der Generalanwalt *Jääskinen* diesem Argument gefolgt.<sup>37</sup> Die Regelung bringe für den Einzelnen Verfahrensnachteile mit sich, die geeignet seien, die Ausübung der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte übermäßig zu erschweren. Dem Gericht, das aufgrund des gewöhnlichen Aufenthaltsorts der berechtigten Personen, normalerweise zuständig sei, werde seine Zuständigkeit entzogen, während diese Zuständigkeit für Entscheidungen über identische Klagen, die ihrerseits aber keinerlei Auslandsbezug aufweisen, erhalten bleibe. Fraglich ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob

<sup>30</sup> Im Ergebnis wie hier MünchKommFamFG/*Lipp* Rn 38.

<sup>31</sup> Vgl Art 5 AEUV.

<sup>32</sup> MünchKommFamFG/*Lipp* Rn 37.

<sup>33</sup> Folgende Verfahren sind bezogen auf diese Frage beim EuGH anhängig: Rs C-400/13 *Sanders/Verhaegen* ABl EU 2013 C 274/13; Rs C-408/13 *Huber/Huber* ABl EU 2013 C 274/15; kritisch zur Vorschrift: Prütting/*Helms/Hau* § 110 FamFG Anh 3 Rn 44; MünchKommFamFG/*Lipp* Rn 37; ohne Einschränkung angewandt OLG Frankfurt v 11.1.2012 – 1 UFH 43/11 FamRZ 2012, 1508; OLG Stuttgart v 13.11.2012 – 17 UF 262/12 FamRZ 2013, 559.

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf v 25.11.2013 – II-2 SAF 15/13, 2 SAF 15/13 FamRZ 2014, 583; AG Düsseldorf v 9.7.2013 – 269 F 107/13; AG Karlsruhe 17.6.2013 – 4 F 30/13 FamRZ 2014, 1310; *Hausmann* IntEuSchR C Rn 393; Prütting/*Helms/Hau* Anh § 110 FamFG Rn 44; *Rauscher*, FamFR 2012, 216 (örtliche Komponente).

<sup>35</sup> BT-Drs 17/4887, 42; *Heger* FPR 2013, 1, 3; vgl § 13 a GVG, wonach jedoch hierfür die Zuständigkeit des Landes gegeben ist.

<sup>36</sup> BT-Drs 17/4887, 42; *Heger/Selg* FamRZ 2011, 1011, 1105; *Heger* FPR 2013, 1, 3.

<sup>37</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Jääskinen* Rs C-400/13 *Sanders/Verhaegen* und C-408/13 *Huber/Huber* v 4. September 2014, insbesondere Rn 72 ff, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62013CC0400&qid=1413813552870>.

Regelungszweck von Art 3 lit a und b ist, dem Verfahrensbeteiligten aus dem Gerichtsstaat ein örtlich nahes Gericht zu garantieren. § 28 AUG wirkt nicht zum Nachteil der Partei, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, denn dieser dürfte es egal sein, bei welchem Amtsgericht in dem betreffenden Oberlandesgerichtsbezirk das Verfahren stattfindet. Problematisch ist jedoch, dass – soweit die Sache bei dem nach § 28 AUG nicht zuständigen Amtsgericht anhängig gemacht wird – die Verweisungsvorschriften der ZPO Anwendung finden und damit die Verweisung nur auf Grund eines Antrags erfolgt.<sup>38</sup> Für einen auswärtigen Antragsteller kann dies die Rechtsverfolgung im Inland erschweren.

Letztlich geht es um § 29 AUG. Dieser besagt, dass im Anwendungsbereich der EG-MahnVO § 1087 ZPO unberührt bleibt. Damit wird eine gerichtsorganisatorische Zuständigkeitskonzentration für das ganze Bundesgebiet beim Amtsgericht Wedding in Berlin erreicht. In diesem Zusammenhang besteht das Problem der Konkurrenz zwischen der Zuständigkeit nach der EG-MahnVO und der EG-UntVO. In Art 6 EG-MahnVO wird für die Zuständigkeit auf die hierfür geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verwiesen. Wird dies nur als Verweis auf die internationale Zuständigkeit verstanden,<sup>39</sup> dann kann der deutsche Gesetzgeber die Zuständigkeitskonzentration auch auf die Unterhaltssachen erstrecken. Art 6 EG-MahnVO sieht jedoch eine solche Beschränkung nicht vor, so dass auch die örtliche Zuständigkeit mit eingeschlossen sein könnte.<sup>40</sup> Letzteres hätte vor allem den Vorteil, dass von Beginn an das Gericht mit der Sache befasst wird, das bei Einlegung eines Widerspruchs für die Weiterführung des Verfahrens zuständig ist. Erfasst Art 6 EG-MahnVO auch die örtliche Zuständigkeit, dann geht § 29 AUG zu weit, weil er im Ergebnis die Zuständigkeitskriterien nach der EG-UntVO ausschaltet.

Für das **einzelstaatliche Mahnverfahren** sieht das AUG keine gesonderten Vorschriften für die örtliche Zuständigkeit vor. Die Bestimmungen der EG-UntVO zur örtlichen Zuständigkeit verdrängen §§ 689 und 703d ZPO, § 28 AUG findet Anwendung.<sup>41</sup> Einschränkungen der Zulässigkeit ergeben sich, soweit die Zustellung im Ausland erforderlich ist. Nach § 688 Abs 3 ZPO iVm § 75 AUG kann ein Mahnverfahren nur eingeleitet werden, wenn diese in einem anderen Mitgliedstaat oder Vertragsstaat erfolgt. Vertragsstaaten sind Teilnehmerstaaten des LugÜbk 2007, des HUntVerfÜbk 2007 oder HUntAVÜbk 1973. Ob hierunter auch Israel<sup>42</sup> und Tunesien<sup>43</sup> auf Grund der bilateralen Abkommen zur Anerkennung und Vollstreckung fallen, ist zweifelhaft, da sie vom Anwendungsbereich des AUG nicht erfasst sind.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2013, 559.

<sup>39</sup> So ua Rauscher/Gruber Art 6 EG-MahnVO Rn 1, 24, 25; Thomas/Putzo/Hüfstege Art 6 EuMVVO Rn 1; Fasching/Konecny/Kodak Art 6 EG-MahnVO Rn 17.

<sup>40</sup> So ua MünchKommZPO/Ulrici Art 6 EG-MahnVO Rn 8; offen gelassen *Sujecki* NJW 2007, 1622, 1623.

<sup>41</sup> AA MünchKommFamFG/Lipp Art 68 Rn 1 4 (nach § 703d ZPO).

<sup>42</sup> Deutsch-israelischer Vertrag über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v 20.7.1977 (BGBl 1980 II 925, 1531).

<sup>43</sup> Deutsch-tunesischer Vertrag über Rechtsschutz und Rechtshilfe, die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit v 19.7.1966 (BGBl II 1969, S 889) mit AusfG v 29.4.1969 (BGBl 1969 I 333).

<sup>44</sup> Bejahend MünchKommFamFG/Lipp Art 68 Rn 12.

## II. Einzelne Gerichtsstände

### 1. Gerichtsstand des Beklagten

- 22 Der Begriff Beklagter ist im weiten Sinne zu verstehen. Gemeint ist die Person, gegen die die Klage/der Antrag in einem Verfahren über die Unterhaltspflicht vor einem Gericht/einer Behörde in einem Mitgliedstaat gerichtet ist.

Geregelt sind die internationale und örtliche Zuständigkeit. Die internationale Zuständigkeit der Gerichte des betreffenden Mitgliedstaates ist gegeben, wenn der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Gerichtsstaat hat. Hat der Beklagte **keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Gerichtsbezirk**, hat er jedoch seinen gewöhnlichen Aufenthalt auf dem Gebiet des Staates des angerufenen Gerichts, so können die innerstaatlichen Vorschriften zur Verweisung an das nach lit a zuständige örtliche Gericht zur Anwendung kommen.<sup>45</sup> Hat der Beklagte einen **gewöhnlichen Aufenthalt in zwei Staaten**,<sup>46</sup> darunter im Staat des angerufenen Gerichts, so reicht das für die Zuständigkeitsbegründung.

#### a) Gewöhnlicher Aufenthalt

- 23 Der gewöhnliche Aufenthalt ist in der EG-UntVO nicht definiert. Er ist **Hauptkriterium** für die Begründung der internationalen Zuständigkeit und zugleich Hauptanknüpfungspunkt im HUntStProt 2007.<sup>47</sup> Auch das HUntStProt 2007, das HUntVerfÜbk 2007 sowie die früheren Haager Übereinkommen zum Unterhalt definieren den Begriff nicht. Er hat durch die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zu den Haager Unterhaltsübereinkommen, insbesondere zum Kollisionsrecht, Konturen erhalten.
- 24 Der ErwGr 8 steht dafür, dass für die Auslegung des Begriffs auf seine Prägung, die er durch die Rechtspraxis bei Anwendung der Haager Übereinkommen erhalten hat, zurückgegriffen wird. Dafür spricht auch, dass der Begriff für die Zuständigkeit und für das Kollisionsrecht einheitlich ausgelegt werden sollte. Neben dem gewöhnlichen Aufenthalt wird in der EG-UntVO auch an den **Aufenthalt**<sup>48</sup> geknüpft und dieser wird wiederum vom Kriterium der bloßen **Anwesenheit** abgegrenzt.<sup>49</sup> Damit übernimmt die EG-UntVO die Differenzierung des HUntVerfÜbk 2007.<sup>50</sup> Gleichzeitig gibt es Parallelen zu der Brüssel IIa-VO.<sup>51</sup> Hier sind der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten bzw des Kindes Hauptkriterien für die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten in Ehesachen und für die Verfahren der elterlichen Verantwortung. Für letztere gibt es wiederum Bezüge zu den Haager Übereinkommen, nämlich dem MSA,<sup>52</sup> dem KSÜ<sup>53</sup> und dem HKEntÜbk 1980<sup>54</sup>. Auch die Brüs-

<sup>45</sup> Im dt Recht § 281 Abs 1 ZPO.

<sup>46</sup> Ablehnung eines doppelten gewöhnlichen Aufenthalt für die EG-UntVO Geimer/Schütze/Reuß Rn 22.

<sup>47</sup> Zum HUntStProt 2007 Art 3.

<sup>48</sup> Art 44 Abs 1.

<sup>49</sup> ErwGr 32.

<sup>50</sup> Siehe Art 20 Abs 1 lit a, c und d sowie Art 9 HUntVerfÜbk 2007.

<sup>51</sup> So auch Fasching/Konecny/Fucik Rn 3.

<sup>52</sup> Art 1 MSA.

<sup>53</sup> Art 5 KSÜ.

<sup>54</sup> Art 4 HKindEntÜbk 1980.

sel Ila-VO und das KSÜ kennen die Unterscheidung zwischen dem gewöhnlichen Aufenthalt und dem Aufenthalt.<sup>55</sup>

In den Fokus gerät die Frage, ob zumindest für familienrechtliche Rechtsakte der Gemeinschaft der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ einheitlich auszulegen ist, und welche Rolle hierbei seine Prägung durch die Rechtspraxis und Lehre in Bezug auf die Haager Übereinkommen zu dem Unterhalt und der elterlichen Verantwortung spielt. **25**

In der Rechtssache C-523/07 hat der EuGH den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts für Art 8 Abs 1 Brüssel Ila-VO ausgelegt.<sup>56</sup> Auch hierfür trifft zu, dass aus dem Erfordernis sowohl der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts als auch des Gleichheitssatzes folgt, dass die Begriffe einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der Regel eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen.<sup>57</sup> Der Begriff ist im Zusammenhang mit dem Regelungskontext entsprechend seinem Sinn und Zweck zu konkretisieren.<sup>58</sup> Dabei ist der gewöhnliche Aufenthalt anhand aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zu ermitteln.<sup>59</sup> So sind neben der körperlichen Anwesenheit des Kindes in einem Mitgliedstaat auch andere Umstände zu berücksichtigen, die Ausdruck einer gewissen Integration in ein soziales und familiäres Umfeld sind, wie etwa die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Verhältnisse des Aufenthaltes sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Sprachkenntnisse und die sozialen Bindungen des Kindes.<sup>60</sup> Ob der gewöhnliche Aufenthalt in einem Mitgliedstaat gegeben ist, ist vom nationalen Gericht anhand dieser Kriterien in einer Gesamtbetrachtung festzustellen.<sup>61</sup> **26**

Im Kern ist dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes mE ein **übereinstimmender Inhalt in familienrechtlichen Rechtsakten der Gemeinschaft** für die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht beizumessen. Bei der Subsumtion im konkreten Fall bleibt dann dem nationalen Richter hinreichend Spielraum, für die Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände, die im konkreten Fall von Bedeutung sind;<sup>62</sup> wobei auch die Regelungssystematik und der Sinngehalt der jeweiligen Anknüpfung Beachtung finden können. **27**

Bei der EG-UntVO spielt in diesem Zusammenhang sicherlich eine Rolle, dass sie – anders als die Brüssel Ila-VO für die elterliche Verantwortung – **keine Ersatzzuständigkeit** vorsieht, wenn die für die Zuständigkeit ausschlaggebende Person nirgendwo einen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für sie ist deshalb möglichst dieses Ergebnis zu vermeiden. Zudem kann die Frage, ob die betreffende Person einen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nicht offen gelassen werden. Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass die Kriterien für die Begründung des neuen gewöhnlichen Aufenthalts weniger streng zu handhaben sind, wenn im **28**

<sup>55</sup> Art 8, 13 Brüssel Ila-VO; Art 5, 6 KSÜ.

<sup>56</sup> EuGH Rs C-523/07 A EuGHE 2009 I 2805 = NJW 2009, 1868.

<sup>57</sup> Rn 34. Vgl auch EuGH Rs C-98/07 *Nordania Finans/BG Factoring* EuGHE 2008 I 1281 Rn 17.

<sup>58</sup> Rn 35.

<sup>59</sup> So bereits Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 15 zu Art 8 Abs 1 Brüssel Ila-VO.

<sup>60</sup> EuGHE Rs C-523/07 A EuGHE 2009 I 2805 Rn 39 = NJW 2009, 1868.

<sup>61</sup> EuGHE Rs C-523/07 A EuGHE 2009 I 2805 Rn 42 = NJW 2009, 1868.

<sup>62</sup> Vgl Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 15.

anderen Fall für die Zuständigkeit das Ergebnis wäre, dass die Person ohne gewöhnlichen Aufenthalt im fraglichen Zeitpunkt ist.

- 29 Ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat eine Person in dem Staat, in dem sie ihren **Daseinsmittelpunkt** hat.<sup>63</sup> Dies ist der Ort, an dem sie sich nicht nur vorübergehend aufhält, an dem der **Schwerpunkt ihrer Bindung**, insbesondere in familiärer und beruflicher Hinsicht, besteht.<sup>64</sup> Entscheidend sind in erster Linie die objektiven Merkmale der Dauer und der Beständigkeit des Aufenthalts.<sup>65</sup> Eine bestimmte Frist hierfür gibt es nicht. Es hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wann der Aufenthalt die notwendige Beständigkeit aufweist. Hierauf wirken entscheidend familiäre (wie Eheschließung, Nachzug der Familie, feste nichteheliche Lebensgemeinschaft), berufliche (wie unbefristetes Arbeitsverhältnis, Gründung eines Unternehmens oder Beteiligung daran) und soziale Umstände (wie Kontakte zu religiösen Gemeinschaften, zu Vereinen und Verbänden, kulturelle Verbindungen, freundschaftliche Beziehungen, auch nachbarschaftliche Beziehungen) ein.<sup>66</sup> Ein wichtiger Aspekt ist auch die Verständigungsmöglichkeit in der Sprache des Aufenthaltsstaates, der jedoch dann zu relativieren ist, wenn man sich in der sozialen Umwelt der betreffenden Person vorwiegend in der Sprache des Herkunftsstaates verständigt.
- 30 Eine **vorübergehende Abwesenheit** verändert den gewöhnlichen Aufenthalt nicht, solange der Lebensmittelpunkt bestehen bleibt. Jedoch „ist nicht mehr von einem gewöhnlichen Aufenthalt auszugehen, wenn eine Rückkehr an den ursprünglichen Aufenthaltsort aufgrund der tatsächlichen Umstände nicht mehr absehbar ist“.<sup>67</sup>
- 31 Der gewöhnliche Aufenthalt wird begründet:
- durch einen tatsächlich nicht zu geringen Aufenthalt und die dadurch entstandenen Bindungen der verschiedensten Art in einem bestimmten Staat. Bei dieser faktischen Begründung ist der subjektive Wille der Person, ihren Lebensmittelpunkt in diesem Staat zu begründen, nicht erforderlich. Notwendig ist jedoch eine gewisse Integration in die dortigen gesellschaftlichen Verhältnisse und die Aufnahme objektiv feststellbarer sozialer Beziehungen, was bei längerem Aufenthalt regelmäßig anzunehmen ist.<sup>68</sup>
- 32 – auch ohne eine längere Aufenthaltsdauer, wenn von vornherein ein längerfristiges Verweilen und eine Integration in die gesellschaftlichen Beziehungen in diesem Staat beabsichtigt sind. Aus den Umständen muss sich ergeben, dass zukünftig anstelle des bisherigen Landes ein anderes Land Daseinsmittelpunkt sein soll.<sup>69</sup> Zu diesen Umstän-

<sup>63</sup> Ua BGH v 29.10.1980 – IVb ZB 586/80, BGHZ 78, 293 = FamRZ 1981, 135; BGH v 5.2.1975 – IV ZB 103/73, NJW 1975, 1069; OLG München IPRspr 2005 Nr 198, 543; *Rauscher* IPR Rn 274; *Rauscher/Rauscher* Art 3 Brüssel IIa-VO Rn 22.

<sup>64</sup> Ua BGH v 5.2.1975 – IV ZB 103/73, NJW 1975, 1069; BGH v 29.10.1980 – IVb ZB 586/80, FamRZ 1981, 135 = FamRZ 1981, 536 = NJW 1981, 520.

<sup>65</sup> Ua BGH v 3.2.1993 – XII ZB 93/90, IPRax 1994, 131 = FamRZ 1993, 798 = NJW 1993, 2047, 2049; OLG Karlsruhe v 2.10.1991 – 2a UF 35/91, FamRZ 1992, 316 = NJW-RR 1992, 1094; *Spellenberg* IPRax 1988, 1, 4 f.

<sup>66</sup> So Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 40.

<sup>67</sup> Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 42.

<sup>68</sup> BGH v 3.2.1993 – XII ZB 93/90, IPRax 1994, 131 = FamRZ 1993, 798 = NJW 1993 2047, 2049; BGH v 29.10.1980 – IVb ZB 586/80, FamRZ 1981, 135 = NJW 1981, 520; *Rauscher* IPR Rn 274.

den gehören zB Anmietung von Wohnraum oder Erwerb einer Immobilie zu Wohnzwecken, Aufnahme einer unbefristeten Tätigkeit und die Anmeldung bei den zuständigen Behörden. Ein Aufenthalt muss jedoch auch hier begründet sein. Spiegelbildlich dazu sprechen die Aufgabe dieser Verbindungen zum bisherigen Aufenthaltsland und die Abmeldung bei den dortigen Behörden für die Aufgabe des bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsortes.<sup>70</sup>

**Illegal** sich in einem Mitgliedstaat aufhaltende bzw ausreisepflichtige Personen können den gewöhnlichen Aufenthalt nicht von Beginn des Aufenthalts an begründen, weil dem fremdenrechtliche Bestimmungen entgegenstehen. Nicht ausgeschlossen ist jedoch die Begründung durch längeren Aufenthalt und gewisse soziale Integration, weil es in erster Linie auf die tatsächlichen Lebensumstände ankommt.<sup>71</sup> 33

Der gewöhnliche Aufenthalt kann ausnahmsweise ganz fehlen. Das ist dann der Fall, wenn der Aufenthalt in einem Staat gewollt nicht nur vorübergehend aufgegeben wird und sich nicht aus den Umständen ergibt, dass der gegenwärtige Aufenthalt nunmehr der Daseinsmittelpunkt dieser Person ist.

#### b) Insbesondere gewöhnlicher Aufenthalt eines Kindes

Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes leitet sich nicht von dem seines Sorgerechtsberechtigten ab.<sup>72</sup> Es bildet den räumlichen tatsächlichen **Lebensmittelpunkt** des Kindes.<sup>73</sup> Erforderlich ist ein Aufenthalt von gewisser, nicht zu geringer Dauer in dem betreffenden Staat, wobei der Aufenthalt innerhalb des Staates durchaus wechseln kann. Feststehende Zeiten für die Mindestdauer des Aufenthalts gibt es nicht; der Zeitfaktor besitzt nur Indizienfunktion.<sup>74</sup> 34

Es kommt auch hier vor allem auf die Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts sowie die **familiäre und soziale Einbindung** des Kindes an.<sup>75</sup> Von Bedeutung kann dabei auch das Alter des Kindes sein. Ein nur vorübergehender Aufenthalt in einem anderen Staat hebt den gewöhnlichen Aufenthalt nicht auf, wenn der Lebensmittelpunkt des Kindes nach den Gesamtumständen im bisherigen Aufenthaltsstaat bestehen bleibt, zB bei einem auch längeren Ferienaufenthalt.<sup>76</sup> 35

<sup>69</sup> BGH v 29.10.1980 – IVb ZB 586/80, FamRZ 1981, 135 = NJW 1981, 520.

<sup>70</sup> Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 44.

<sup>71</sup> Ua *Nagel/Gottwald* IZPR § 3 Rn 311; *Geimer* IZPR Rn 299a; aA AG Landstuhl v 6.9.2001 – 1 F 247/99, FamRZ 2002, 1343 m krit Anm *Gottwald* (Ablehnung eines gewöhnlichen Aufenthalts nach sechsjährigem inländischen Aufenthalt); MünchKommZPO/*Bernreuther* § 606 ZPO Rn 17; *Geimer/Schütze/Reuß* Rn 20 (Illegalität ist unerheblich).

<sup>72</sup> Zum MSA BGH v 18.6.1997 – XII ZB 156/96, FamRZ 1997, 1070 = NJW 1997, 3024; *Staudinger/Krop-holler* (1994) Vorbem zu Art 19 EGBGB Rn 143 mwN.

<sup>73</sup> Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 38.

<sup>74</sup> Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 41; MünchKommBGB/*Sonnen-berger* Einl IPR Rn 732 mwN; *Winkler v Mohrenfels* FPR 2001, 189, 190.

<sup>75</sup> Siehe hierzu auch EuGH Rs C-523/07 A NJW 2009, 1868; EuGH Rs C-497/10 *Mercredi/Chaffe* EUGHE 2010 I-14309 = *IPRax* 2012, 340 = FamRZ 2011, 617.

<sup>76</sup> Generalanwältin *Kokott* Schlussanträge zu EuGH Rs C-523/07 A Rn 42.