

[22] 6. Der ebenfalls mündlich verkündete Beschluss auf Abweisung des – ohne Zusammenhang mit der amtsweiligen vorläufigen Obsorgeübertragung an den Kinder- und Jugendhilfeträger gestellten – Antrags des Vaters auf vorläufige Übertragung der alleinigen Obsorge für die Kinder an ihn wurde vom ErstG lediglich einmal schriftlich ausgefertigt. Der dagegen gerichtete Rek des Vaters vom 10. 9. 2020 wurde vom RekG auch meritorisch behandelt und es wurde ihm nicht Folge gegeben. Insoweit enthält der aoRevRek jedoch keine inhaltlichen Ausführungen, sodass damit keine erhebliche Rechtsfrage aufgezeigt wird. Er ist daher in diesem Punkt mangels Vorliegens einer zu beurteilenden erheblichen Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG zurückzuweisen.

NZ 2021/163

Art 4 EuErbVO

Gewöhnlicher Aufenthalt nach der EuErbVO

Ein gewöhnlicher Aufenthalt iSd EuErbVO liegt nicht vor, wenn sich die Erblasserin in einem Staat zum Zweck einer medizinischen Behandlung nur vorübergehend (wenn auch für längere Zeit) aufhält und gleichzeitig die Beziehung zum bisherigen Lebensmittelpunkt durch soziale Integration, durch dort vorhandenes Vermögen und den Wunsch, dort zu leben, beibehält.

OGH 26. 5. 2021, 2 Ob 48/21 d (LGZ Wien 9. 12. 2020, 42 R 361/20 d; BG Innere Stadt Wien 6. 8. 2020, 83 A 158/19 p)

Zurückweisung o Revisionsrekurs

Begründung:

[1] Die am X. X. 2017 verstorbene Erblasserin hinterließ einen Witwer und zwei Kinder aus erster Ehe. Strittig ist die internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nach Art 4 EuErbVO: Nach Auffassung des Witwers lag der letzte gewöhnliche Aufenthalt der Erblasserin in Österreich, nach Auffassung eines Sohnes hingegen in Spanien. [...]

[2] Der Witwer hatte die Erblasserin 1988 geheiratet. Beide waren zunächst in Wien ansässig und gemeinsam in Österreich und im Ausland unternehmerisch tätig. Im Laufe der Zeit verlagerte sich ihr Lebensmittelpunkt allerdings nach Spanien, wo der Witwer schon in den 1980er Jahren ein Haus erworben hatte. Dieses Haus sollte beiden als Alterswohnsitz dienen. Nachdem sich beide 2000 aus dem Berufsleben zurückgezogen hatten, verkauften sie 2002 oder 2003 ihre österreichische Wohnung. Ab diesem Zeitpunkt lebten sie in Spanien, blieben aber pro forma in der Wiener Wohnung eines Bruders des Witwers gemeldet.

[3] Beim Haus in Spanien handelte es sich um ein „Traumhaus“ mit Pool, Terrasse und Meerblick „in besser Lage“. Die Ehegatten wollten in dem Haus „alt wer-

den“. Sie sprachen Spanisch und hatten ein gutes Verhältnis zu den Nachbarn, die sich bei Bedarf um ihre Haustiere kümmerten.

[4] Im September 2010 wurde bei der Erblasserin eine Knochenmarkerkrankung (myelodisplastisches Syndrom) diagnostiziert, die bald in eine akute Leukämie überging. Die österreichische Krankenversicherung bezahlte nur eine Behandlung in Österreich; zudem wäre die erforderliche Stammzelltransplantation in Spanien wegen des Alters der Erblasserin nicht mehr durchgeführt worden. Daher ließ sich die Erblasserin in Linz behandeln, wo am 22. 4. 2011 eine Stammzelltransplantation durchgeführt wurde. Bis Dezember 2011 musste die Erblasserin in Spitalnähe bleiben, wofür eine Villa angemietet wurde. Danach musste sie alle ein- bis eineinhalb Monate zur Kontrolle kommen; sie wurde aber auch in einer spanischen Klinik behandelt. Der Lebensmittelpunkt der Ehegatten blieb in Spanien; 2014 verbrachten sie 364 Tage dort, 2015 waren es 312 Tage.

[5] Im September 2015 erlitt die Erblasserin einen Rückfall, der wieder Behandlungen in Österreich erforderlich machte. Sie war bis zu ihrem Tod am X. X. 2017 an 98 Tagen stationär aufgenommen und wurde darüber hinaus in Österreich ambulant mit Injektionen behandelt. Zu diesem Zweck mietete sie sich in einer Ferienwohnung in X. ein. Diese hatte einen „kleinen Balkon“, war „zweckmäßig“ eingerichtet, ihre Kinder hatten bei Bedarf ein Zimmer zum Übernachten. Persönliche Gegenstände der Erblasserin befanden sich dort nicht. Die Ehegatten überlegten den Kauf dieser Wohnung, dieser kam jedoch nicht zustande.

[6] Zwischen den Behandlungszyklen kehrte die Erblasserin 2016 viermal und 2017 dreimal für insgesamt 93 Tage nach Spanien zurück, zuletzt vom 18. bis zum 29. 4. und vom 27. 5. bis zum 3. 6. 2017. Teilweise war auch eine frühere oder häufigere Rückkehr geplant, sie war jedoch aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich. Es war grundsätzlich der Wunsch beider Ehegatten, jeweils möglichst bald wieder nach Spanien zurückzukehren.

[7] An ein gesellschaftliches Leben war in dieser Zeit nicht zu denken. Die Ärzte bezeichneten den Zustand der Erblasserin schon im Juni 2016 aufgrund einer kritischen Blinddarmentzündung als „infaust“ (sehr ungünstig) und regten an, dass man sich um ein Heim umschauen sollte. Die Erblasserin erholte sich jedoch wieder, und es waren noch mehrere Aufenthalte in Spanien möglich.

[8] Die Erblasserin war österreichische Staatsbürgerin. Sie war Eigentümerin eines Liegenschaftsanteils in Spanien und verfügte in Österreich über kein unbewegliches Vermögen. Aktenkundig sind ein gemeinsames Konto und ein gemeinsames Wertpapierdepot der Ehegatten bei einer österreichischen Bank mit einem Ge-

samtguthaben von etwa € 21.000,-, weiters hatten die Ehegatten ein gemeinsames Konto in Spanien.

[9] Das ErstG sprach seine internationale Unzuständigkeit aus und stellte das Verlassenschaftsverfahren ein. Der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers sei aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände der letzten Jahre vor dem Tod zu bestimmen, wobei auch subjektive Elemente relevant seien. [...]

[10] Das vom Witwer angerufene RekG bestätigte diese Entscheidung, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 30.000,- übersteige, und ließ den oRevRek zu.

[11][...]

[Rechtliche Beurteilung]

[12] Der gegen diese Entscheidung gerichtete RevRek des Witwers ist entgegen diesem den OGH nicht bindenden Ausspruch nicht zulässig.

[13] 1. Das Fehlen von Rsp des OGH zu einer Frage des Unionsrechts begründet für sich allein noch keine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung.

[14] Dies folgt aus der Leitfunktion des EuGH für die Auslegung des Unionsrechts (Art 267 AEUV). Hat er eine konkrete Frage entschieden, so ist die Rev nur zulässig, wenn das BerG von dieser Entscheidung abweicht; das Fehlen von Rsp des OGH schadet in diesem Fall – ebenso wie bei einem *acte clair* (1 Ob 216/02 z) – nicht (Lovrek in *Fasching/Konecny*³ § 502 ZPO Rz 59 mwN). Bei unbestimmten Gesetzesbegriffen reicht es aus, wenn sich aus der Rsp des EuGH Leitlinien zu deren Auslegung ergeben. Die Anwendung dieser Leitlinien auf den Einzelfall kann in weiterer Folge – wie auch in rein nationalen Fällen, in denen die Leitfunktion dem OGH zukommt (Lovrek in *Fasching/Konecny*³ § 502 ZPO Rz 51 mwN) – nur dann eine erhebliche Rechtsfrage begründen, wenn das Gericht zweiter Instanz seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat, also eine gravierende Fehlbeurteilung vorliegt (RS0117100).

[15] 2. Solche Leitlinien sind im vorliegenden Fall der Rsp des EuGH zu entnehmen:

[16] 2.1. Nach Art 4 EuErbVO sind für Entscheidungen in Erbsachen – auch in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (C-20/17, *Oberle*) – die Gerichte jenes Mitgliedstaats zuständig, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Wegen der Zielsetzung der EuErbVO, eine Nachlassspaltung zu vermeiden, kann es nur einen letzten gewöhnlichen Aufenthalt geben, den das mit der Sache befasste Gericht „anhand einer Gesamtbeurteilung der Umstände des Einzelfalls [...] festzulegen“ hat (C-80/19, *E.E.*, Rn 40). Dabei sind insb die ErwGr 23 und 24 der EuErbVO zu beachten (C-80/19, *E.E.*, Rn 37).

[17] 2.2. Diese ErwGr lauten:

(23) In Anbetracht der zunehmenden Mobilität der Bürger sollte die Verordnung zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Rechtspflege in der Union und einer

wirklichen Verbindung zwischen dem Nachlass und dem Mitgliedstaat, in dem die Erbsache abgewickelt wird, als allgemeinen Anknüpfungspunkt zum Zwecke der Bestimmung der Zuständigkeit und des anzuwendenden Rechts den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt des Todes vorsehen. Bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts sollte die mit der Erbsache befasste Behörde eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vornehmen und dabei alle relevanten Tatsachen berücksichtigen, insb die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele dieser Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen.

(24) In einigen Fällen kann es sich als komplex erweisen, den Ort zu bestimmen, an dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dies kann insb der Fall sein, wenn sich der Erblasser aus beruflichen oder wirtschaftlichen Gründen – unter Umständen auch für längere Zeit – in einen anderen Staat begeben hat, um dort zu arbeiten, aber eine enge und feste Bindung zu seinem Herkunftsstaat aufrechterhalten hat. In diesem Fall könnte – entsprechend den jeweiligen Umständen – davon ausgegangen werden, dass der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt weiterhin in seinem Herkunftsstaat hat, in dem sich in familiärer und sozialer Hinsicht sein Lebensmittelpunkt befand. Weitere komplexe Fälle können sich ergeben, wenn der Erblasser abwechselnd in mehreren Staaten gelebt hat oder auch von Staat zu Staat gereist ist, ohne sich in einem Staat für längere Zeit niederzulassen. War der Erblasser ein Staatsangehöriger eines dieser Staaten oder hatte er alle seine wesentlichen Vermögensgegenstände in einem dieser Staaten, so könnte seine Staatsangehörigkeit oder der Ort, an dem diese Vermögensgegenstände sich befinden, ein besonderer Faktor bei der Gesamtbeurteilung aller tatsächlichen Umstände sein.

[18] 2.3. Maßgebend ist daher die nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmende „besonders enge und feste Bindung“ zu einem bestimmten Staat (ErwGr 23, letzter Satz). Dabei ist nicht nur auf den Zeitpunkt des Todes, sondern auch auf die „Jahre“ davor abzustellen (ErwGr 23); neben Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts sind die damit zusammenhängenden „Umstände und Gründe“ relevant (ErwGr 23). Auch ein längerer Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat, der auf „beruflichen oder wirtschaftlichen Gründen“ beruht, muss nicht zwingend zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts führen, wenn eine „enge und feste Bindung“ zum Herkunftsstaat aufrecht blieb (ErwGr 24). In komplexen Situationen können auch die

Staatsangehörigkeit und die Lage des Vermögens als relevante Faktoren angesehen werden (ErwGr 24).

[19] 2.4. Die Einzelfallbezogenheit der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts ergibt sich auch aus der zur Brüssel IIa-VO ergangenen E C-497/10 PPU, *Mercredi*. Dort führte der EuGH in Rn 51 aus, für die Verlagerung eines gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Staat sei vor allem der Wille maßgebend, dort „den ständigen oder gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Interessen in der Absicht zu begründen, ihm Beständigkeit zu verleihen“. Die Dauer eines Aufenthalts könne daher nur als „Indiz im Rahmen der Beurteilung seiner Beständigkeit“ dienen, die im Licht „aller besonderen tatsächlichen Umstände des Einzelfalls“ vorzunehmen sei. Die weiteren Erwägungen dieser Entscheidung, in der es um den gewöhnlichen Aufenthalt eines Kleinkindes ging, können nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

[20] 3. Im konkreten Fall hat das RekG seinen nach diesen Leitlinien bestehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten:

[21] 3.1. Dass die Ehegatten nach dem Ende ihrer Berufstätigkeit einen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien begründeten, kann angesichts des vom ErstG festgestellten Sachverhalts nicht ernsthaft bezweifelt werden. Sie hatten nicht etwa einen Zweitwohnsitz in einer Ferienwohnanlage erworben (vgl zu einer solchen Fallgestaltung OLG Düsseldorf 3 Wx 138/20), sondern ihren Lebensmittelpunkt vollständig nach Spanien verlegt. Das ergibt sich insb daraus, dass sie ihre Wohnung in Österreich verkauften und am neuen Aufenthaltsort sozial integriert waren. Das erstmalige Auftreten der Krankheit im Herbst 2010 führte insofern zu keiner Änderung. Dass eine Stammzellenspende (zumindest aus Sicht der Erblasserin) nur in Österreich möglich war, veranlasste die Erblasserin nur zu vorübergehenden Aufenthalten in Österreich, die keinesfalls als Rückverlagerung des Lebensmittelpunkts angesehen werden konnten. Dies folgt auch daraus, dass sie sich in den Folgejahren wieder weit überwiegend in Spanien aufhielt.

[22] 3.2. Fraglich kann daher nur sein, ob es aufgrund der Krankenbehandlungen ab dem Herbst 2015 zu einer Rückverlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Österreich kam. Die Verneinung dieser Frage durch das RekG ist vertretbar:

[23] (a) Nach ErwGr 23 der EuErbVO kann der rein faktisch überwiegende Aufenthalt in Österreich für sich allein noch nicht entscheidend sein, auch die „Umstände und Gründe“ sind relevant. ErwGr 24 zeigt, dass auch ein längerer, durch bestimmte Gründe verursachter Aufenthalt noch nicht zwingend zu einem „gewöhnlichen“ Aufenthalt führen muss. Zwar sind in diesem ErwGr nur berufliche oder wirtschaftliche Gründe genannt, es ist aber nicht erkennbar, weshalb nicht auch Krankheitsgründe relevant sein können. Das gilt insb dann, wenn bestimmte Behandlungen im Staat des ge-

wöhnlichen Aufenthalts nicht oder nicht in vergleichbarer Qualität durchgeführt werden oder faktische Hindernisse für deren Inanspruchnahme bestehen (*Kurth*, Wechselleben zwischen der spanischen Costa Brava und der ostwestfälischen Provinz, IPRax 2019, 123 [126 f]).

[24] (b) In solchen Fällen ist entscheidend, ob die Beziehung zum bisherigen Lebensmittelpunkt aufrecht bleibt und nur Praktikabilitätsgründe zu einem (auch längeren) Aufenthalt abseits von diesem Lebensmittelpunkt führen (vgl in einem umgekehrten Fall OLG Hamm 10 W 108/18: letzter gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland trotz scheidungsbedingter Wohnungnahme in Spanien und krankheitsbedingter Unmöglichkeit der Rückkehr nach Deutschland; zur Irrelevanz einer auch längeren Krankenbehandlung in einem anderen Staat *Dutta* in MüKo BGB⁸ Art 4 EuErbVO Rn 10). ErwGr 24 verweist in diesem Zusammenhang zwar nur auf den „Herkunftsstaat“ („*State of origin*“, „*État d’origine*“), was möglicherweise als Bezugnahme auf jenen Staat gedeutet werden könnte, dem der Erblasser angehört. Die hinter dieser Bestimmung stehende Wertung erfasst aber jedenfalls auch Situationen, in denen (wie hier) die Verbindungen zum Heimatstaat (hier Österreich) weitestgehend abgebrochen und durch feste und beständige Beziehungen zu einem anderen Staat (hier Spanien) ersetzt wurden.

[25] (c) Diese Beziehungen wurden im konkreten Fall durch den krankheitsbedingten Aufenthalt in Österreich nicht beendet. Vielmehr ergibt sich aus den Feststellungen, dass die Erblasserin trotz ihrer schweren Krankheit immer wieder nach Spanien wollte und diesen Wunsch auch noch in den letzten Monaten vor dem Tod mehrfach umsetzte. Eine Übersiedlung hat entgegen einer missverständlichen Formulierung des RekG („Umzug“) nicht stattgefunden; vielmehr blieben die persönlichen Sachen der Erblasserin im spanischen „Traumhaus“. Aus den immer wieder unternommenen Rückreisen ergibt sich, dass die Erblasserin dieses Haus weiterhin als ihren Lebensmittelpunkt (ihr „Zuhause“) betrachtete. Die in Österreich gemietete Wohnung diente demgegenüber nur einem durch die Umstände erzwungenen Aufenthalt mit einem begrenzten Zweck.

[26] (d) Dass eine endgültige Rückkehr nach Spanien faktisch ausgeschlossen gewesen wäre, ergibt sich – anders als der RevRek annimmt – aus dem festgestellten Sachverhalt nicht; es ist nicht erkennbar, weshalb eine (reine) Palliativbehandlung nicht auch in Spanien möglich gewesen wäre. Der Sachverhalt unterscheidet sich daher von Fällen, in denen der Erblasser gezielt in ein Hospiz oder Pflegeheim in einem bestimmten Land zieht, um dort bis zu seinem Tod zu leben (dazu *Manowski*, Glosse zu 2 Nc 23/18 g, FamRZ 2019, 1011; vgl auch OLG Celle 6 AR 1/19).

[27] (e) Für den gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien spricht darüber hinaus die – ebenfalls in ErwGr 24 ge-

nannte – Lage des Vermögens. Dieses befindet sich überwiegend in Spanien: Dem gemeinsamen Konto/Depot in Österreich mit einem Stand von rund 21.000 EUR steht der Anteil an der offenkundig wertvollen Immobilie in Spanien gegenüber (vgl zur Relevanz von Immobilienbesitz bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts OLG Köln, 2 Wx 222/18); zudem verfügten die Ehegatten auch über ein gemeinsames Konto in Spanien. Demgegenüber hat die ebenfalls in ErwGr 24 genannte Staatsangehörigkeit nur geringe Relevanz. Sie bildet zwar einen formalen Anknüpfungspunkt, der eine Rechtswahl (Art 22 EuErbVO) und, darauf aufbauend, eine Verschiebung der Zuständigkeit (Art 6 und 7 EuErbVO) ermöglicht. Für die allein von den tatsächlichen Umständen abhängige Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts könnte die Staatsangehörigkeit demgegenüber nur dann Bedeutung haben, wenn aus ihrem Beibehalten im konkreten Fall das Aufrechterhalten von engen Beziehungen zum Heimatstaat abgeleitet werden könnte. Dafür bedürfte es aber angesichts der zunehmenden faktischen und rechtlichen Irrelevanz der Staatsangehörigkeit in der EU besonderer Indizien.

[28] (f) Die Entscheidungen der Vorinstanzen überschreiten daher nicht jenen Rahmen, der durch die Entscheidung des EuGH in der Rs C-80/19, *E.E.*, und die darin genannten ErwGr 23 und 24 der EuErbVO gebildet wird. Ein krankheitsbedingter Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat muss auch dann nicht zwingend zur Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts führen, wenn er – anders als im insofern eindeutigen Fall 2 Nc 23/18 g – über längere Zeit anhält. Entscheidend ist, ob die engen und beständigen Beziehungen zum bisherigen Aufenthaltsstaat aufrecht bleiben. Dies hat das RekG hier in vertretbarer Weise bejaht.

[29] 4. Der Witwer behauptet weiters einen Mangel des RekVerfahrens wegen „bloß floskelhafter Erledigung der Beweisrüge“. Auch damit zeigt er keine erhebliche Rechtsfrage auf.

[30] 4.1. Der Witwer hat in seinem Rek lediglich zusätzliche Feststellungen beantragt, nicht aber eine Beweisrüge zu konkreten Sachverhaltsannahmen des ErstG ausgeführt. Insb hat er die (wenngleich dislozierte) Feststellung nicht bekämpft, wonach „zweifelsohne“ eine „Rückkehrabsicht“ nach Spanien bestanden habe. Diese aufgrund verschiedener Indizien getroffene Feststellung steht der vom Witwer gewünschten Feststellung, dass die Ehegatten ihren Aufenthalt schon 2016 endgültig nach Österreich verlegen wollten, diametral entgegen.

[31] 4.2. Der OGH ist an die Feststellung zur „Rückkehrabsicht“ nach Spanien gebunden. Zur Klarstellung ist jedoch festzuhalten, dass diese Feststellung für die Erledigung des aoRevRek irrelevant ist, weil das RekG seine Entscheidung ohnehin aufgrund einer (vertretbaren) Gesamtbewertung der objektiven Umstände getroffen hat. Es kann daher offen bleiben, ob subjektive

Elemente (hier also eine „Rückkehrabsicht“) zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten, wenn die objektiven Elemente – anders als hier – überwiegend oder auch eindeutig in eine andere Richtung wiesen (vgl zur strittigen Relevanz subjektiver Elemente zusammenfassend Kurth, Der gewöhnliche Aufenthalt in Art 4, 21 Abs 1 EuErbVO [2017] 92 ff mwN).

[32] 5. Das RekG hat somit seinen durch die Rsp des EuGH eröffneten Beurteilungsspielraum nicht überschritten, und es liegt auch kein relevanter Mangel des RekVerfahrens vor. Der RevRek ist daher mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen.

Anmerkung:

Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers gem Art 4 EuErbVO stellt das personenbezogene Anknüpfungsmerkmal für die allgemeine Zuständigkeitsregel der Gerichte der Mitgliedstaaten in Erbsachen dar.¹ Im Anlassfall stand diese Anknüpfungsfrage im Mittelpunkt – nämlich, ob der gewöhnliche Aufenthalt der Erblasserin im Todeszeitpunkt in Spanien oder in Österreich gelegen war. Die Sachverhaltsebene zeugt vom spätestens mit dem Jahr 2003 realisierten Wunsch der bis dahin in Österreich wohnhaften Erblasserin nach einem Lebensabend in Spanien. Dem Todesfall durch den im Jahr 2010 beginnenden krankheitsbedingten Leidensweg gingen mehrere alternativlose medizinische Therapieaufenthalte in Österreich voraus. Der Entscheidung über den endgültigen gewöhnlichen Aufenthalt der Erblasserin lagen unterschiedlich zu gewichtende objektive Anknüpfungspunkte in beiden Ländern zugrunde. Der erfolglose RevRek (des Witwers) richtete sich gegen die Auslegung der Vorinstanzen, die mangels gewöhnlichen Aufenthalts der Erblasserin in Österreich keine internationale Zuständigkeit gem Art 4 EuErbVO erkannten. Der erkSen verneinte das Bestehen einer Rechtsfrage erheblicher Bedeutung.² Das Fehlen von Rsp des OGH zu einer Frage des Unionsrechts begründete für sich nämlich noch keine erhebliche Rechtsfrage.³ Bei unbestimmten Rechtsbegriffen europäischer Rechtsakte sei es ausreichend, wenn sich aus der Rsp des EuGH Leitlinien zu deren Auslegung ergeben – zur Frage des gewöhnlichen Aufenthalts seien diese zweifellos vorgelegen.⁴ Aus Sicht des Sen lag in der Auslegungsarbeit des Erst- und ZweitG keine Überschreitung des gegebenen Beurteilungsspielraums vor – somit könne auch nicht

¹ Zum breiten Gebrauch dieses Terminus als Anknüpfungspunkt im internationalen Familien- und Erbrecht ausführlich Weber, Der gewöhnliche Aufenthalt in der Rechtsprechung von EuGH und OGH, EF-Z 2019, 196.

² OGH 2 Ob 48/21 d Rz 14.

³ Vgl Lovrek in Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV/1³ (2019) § 502 ZPO Rz 58 f.

⁴ OGH 2 Ob 48/21 d Rz 15 ff; vgl EuGH 16. 7. 2020, C-80/19, *E.E.*, ECLI:EU:C:2020:569.

von einer gravierenden Fehlbeurteilung des Erst- und ZweitG gesprochen werden.⁵

Die Zielsetzung der EuErbVO sieht nur einen einzigen gewöhnlichen Aufenthalt vor.⁶ Der unbestimmte Rechtsbegriff ist unionsrechtlich-autonom auszulegen.⁷ Die Ermittlung hat „anhand einer Gesamtbeurteilung der Umstände des Einzelfalls [...]“ zu erfolgen.⁸ Für die Auslegung sind insb die ErwG 23 und 24 EuErbVO maßgeblich.⁹ Diese fordern ua eine Gesamtbetrachtung aller Umstände der letzten Jahre des Erblassers einschließlich der Dauer und der Gründe eines Aufenthalts sowie die familiäre und soziale Hinsicht, die Staatsangehörigkeit und den Lagerort der wesentlichen Vermögensgegenstände.¹⁰ Die Betrachtung der Lebensumstände hat dabei in den Jahren vor dem Tod des Erblassers und im Zeitpunkt des Todes zu erfolgen. Der OGH rekurrierte im Anlassfall argumentativ auf die EuGH-Rsp zur Rs C-497/10 PPU.¹¹ Dort räumte der EuGH iZm der Auslegung des gewöhnlichen Aufenthalts objektiven Elementen, wie etwa der Dauer des Aufenthalts, nur Indizwirkung ein.¹² Der Verweis ist mE insofern maßgeblich, als dadurch die Betrachtung der subjektiven

Absichten hinter objektiven Umständen Bedeutung gewinnt.¹³ So sei bei der Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts laut EuGH vor allem der Wille maßgeblich, „den ständigen oder gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Interessen in der Absicht zu begründen, ihm Beständigkeit zu verleihen.“¹⁴ In der ebenso zur Brüssel IIa-VO ergangenen Rs C-376/14 PPU wird vom EuGH nochmals die notwendige Begründung sämtlicher tatsächlicher Umstände des Einzelfalls unterstrichen.¹⁵ Die Gesichtspunkte bei einer Verlegung des Aufenthalts müssten dahingehend erörtert werden, ob sie belegen können, dass es sich nicht nur um eine vorübergehende oder gelegentliche Anwesenheit handelt, und ob der Aufenthalt Ausdruck einer gewissen Integration in ein soziales und familiäres Umfeld sei.¹⁶

Völlig unstrittig wurde mit dem spätestens 2003 getätigten Umzug der gewöhnliche Aufenthalt der Erblasserin nach Spanien verlagert. Die faktische Aufenthaltsdauer während der Behandlungen in Österreich war ausschließlich der medizinischen Notwendigkeit geschuldet.¹⁷ Der OGH hielt bereits 2018 beschlussmäßig fest, dass bei einem medizinisch bedingten Aufenthaltswechsel per se nicht von einer Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts auszugehen ist – ein gewöhnlicher Aufenthalt erfordere nämlich eine gewisse Stabilität.¹⁸ Die im Anlassfall unstrittig festgehaltene permanente Rückreisebereitschaft der Erblasserin während der krankheitsbedingten Leidenszeit in Österreich stellt mE ein besonders gewichtiges Argument für die bis zum Todesfall anhaltende stabile Beziehung zum Lebensmittelpunkt in Spanien dar.¹⁹ Die konkrete – und vom OGH gebilligte – mE besonders sorgfältig durchgeführte Beurteilung der Auslegung des Erst- und ZweitG wird den durch die EuErbVO und den EuGH aufgestellten Leitlinien gerecht. Die gerichtlich getätigte Interpretation der vorliegenden objektiven Faktoren ergründet die Willensabsicht der Erblasserin völlig plausibel

⁵ Siehe nur RIS-Justiz RS0117100: „Hängt die Entscheidung von der Lösung einer Frage des Gemeinschaftsrechts ab, so ist die Anrufung des OGH zur Nachprüfung dessen Anwendung auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH nur zulässig, wenn der zweiten Instanz bei Lösung dieser Frage eine gravierende Fehlbeurteilung unterliefe.“

⁶ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung² (2020) Art 4 EuErbVO Rz 10; zur strittigen Frage des Bestehens mehrerer gewöhnlicher Aufenthalte im Kontext der Brüssel IIa-VO vgl *Garber in Gitschthaler* (Hrsg), Kommentar Internationales Familienrecht (2019) Art 3 Brüssel IIa-VO Rz 36 ff.

⁷ *Dutta in Oetker/Limberg/Rixecker/Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch XII⁸ (2020) EuErbVO Art 4 Rz 3; vgl *Weber*, EF-Z 2019, 196, der in der Auslegung mangels geschaffener Legaldefinition die Überantwortung der konkreten Begriffsdeutung an die Rsp anspricht.

⁸ EuGH 16. 7. 2020, C-80/19, E.E., ECLI:EU:C:2020:569, Rn 40.

⁹ Zu den ErwGr als bedeutsame Interpretationshilfe Europäischer Rechtsakte vgl nur EuGH 10. 1. 2006, C-344/04, *IATA und ELFAA*, ECLI:EU:C:2006:10, Rn 76.

¹⁰ Kritisch aufgrund zT kryptischer Ausgestaltung der ErwGr *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Schauer*, EuErbVO-Kommentar² Art 4 EuErbVO Rz 8.

¹¹ EuGH 22. 10. 2010, C-497/10 PPU *Mercredi/Chaffe*, ECLI:EU:C:2010:829; die Heranziehung der Rsp zur Brüssel IIa-VO unterstreicht das vom OGH vertretene „möglichst einheitliche Begriffsverständnis“, was die Auslegung des Terminus gewöhnlichen Aufenthalts im Kontext des internationalen Familien- und Erbrechts angeht (s vertiefend zur Diskussion mWn *Weber*, EF-Z 2019, 196 [197 FN 14]).

¹² EuGH 22. 10. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, ECLI:EU:C:2010:829 Rn 50f; ausführlich zu den mannigfaltigen objektiven Abgrenzungskriterien *Garber in Gitschthaler*, Internationales Familienrecht, Art 3 Brüssel IIa-VO Rz 19, 24 ff.

¹³ Kritisch im Kontext der Brüssel IIa-VO *Garber in Gitschthaler*, Internationales Familienrecht, Art 3 Brüssel IIa-VO Rz 20f.

¹⁴ EuGH 22. 10. 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi/Chaffe*, ECLI:EU:C:2010:829, Rn 51.

¹⁵ EuGH 9. 10. 2014, C-376/14 PPU, *C/M*, ECLI:EU:C:2014:2268, Rn 51.

¹⁶ EuGH 9. 10. 2014, C-376/14 PPU, *C/M*, ECLI:EU:C:2014:2268, Rn 51.

¹⁷ Dem Motiv für die Verlegung des faktischen Ortswechsels kommt mE eine bedeutende Rolle zu. Vgl dazu nur *Mankowski*, FamRZ 2019, 1011 (EAnm).

¹⁸ OGH 25. 9. 2018, 2 Nc 23/18 g FamRZ 2019/11, 1011 (*Mankowski*) = NZ 2019/33 = ZfRV-LS 2018/60 = Zak 2018/739.

¹⁹ Vgl dazu *Rauscher in Rauscher* (Hrsg), Münchener Kommentar zum FamFG II³ (2019) EU-ErbVO Art 4 Rz 16, der überzeugend in der Ermittlung des Niederlassungs- und Bleibewillens das „zentrale Kriterium [erkennt], dessen Ermittlung die partiell objektiven Kriterien lediglich dienen“.

und entscheidet die Anknüpfungsfrage mMn überzeugend.

Der zugrundeliegende Sachverhalt offenbart ganz eindrücklich die janusköpfige Gestalt des mangels Legaldefinition unbestimmten Terminus des gewöhnlichen Aufenthaltes in der EuErbVO. Angesichts solcher (wohl raren) Grenzfälle mag die fehlende Begriffsbestimmung zwar mangels Vorhersehbarkeit des Ausganges Unsicherheiten bergen, durch die Flexibilität können aber gerade vielschichtige Einzelfälle bei sorgfältiger gerichtlicher Abwägung einer gerechten Lösung zugeführt werden. Eine für die Abwägungsentscheidung iZm dem gewöhnlichen Aufenthalt theoretisch plausibel erscheinende Gegenüberstellung entlang objektiver Kriterien hat ihre Schwächen, insofern sich nicht jeder ausschlaggebende Faktor zufriedenstellend quantifizieren lässt.²⁰ Die Gesamtabwägung des Einzelfalles kann mMn insofern nur gelingen, als objektive Handlungen in Zusammenschau mit den dahinterliegenden (subjektiven) Absichten bewertet werden.²¹

Für die Praxis empfiehlt sich bei einer beabsichtigten Zuständigkeit in einem gewissen Mitgliedstaat jedenfalls die penible Dokumentation der Umstände, die für den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in diesem Staat sprechen.²²

Michael Otti

NZ 2021/164

§§ 164, 176 Abs 1 AußStrG; §§ 778, 804 und 812 ABGB

Parteistellung des Pflichtteilsberechtigten im Verlassenschaftsverfahren

Dem Pflichtteilsberechtigten kommt gegen den Einantwortungsbeschluss die Rechtsmittelbefugnis zu. Geht es um die Frage, ob er dem Verfahren ordnungsgemäß beigezogen wurde, kann die Rechtsmittellegitimation nicht mit der Begründung verneint

²⁰ Vgl die ähnliche Konstellation bei „Personen, die in südlichen Ländern überwintern“ (Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO-Kommentar² Art 4 EuErbVO Rz 36); zur selben Fallgruppe der „Mallorca-Rentner“ ebenso J. Schmidt in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg), Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, EuErbVO Art 4 Rz 33.1 (Stand 1. 8. 2021).

²¹ ME ist eine strenge Differenzierung zwischen subjektiver und objektiver Beurteilungsebene ohnehin denkunmöglich – den objektiven Fakten gehen in der Regel subjektive (un-)bewusste Entscheidungen voraus; vgl Rauscher in MüKoFamFG³ EU-ErbVO Art 4 Rz 16 („Auch ein relevanter Wille des Erblassers muss regelmäßig anhand von objektiven Kriterien ermittelt werden“); vgl dazu Garber in Gitschthaler, Internationales Familienrecht, Art 3 Brüssel IIa-VO Rz 22.

²² J. Schmidt in Beck-OK EuErbVO Art 4 Rz 34 (Stand 1. 8. 2021).

werden, er habe sich am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt.

OGH 26. 5. 2021, 2 Ob 66/21 a (LG Korneuburg 2. 2. 2021, 20 R 153/20w; BG Korneuburg 11. 5. 2020, 14 A 37/20h)

Annahme ao Revisionsrekurs

Sachverhalt:

[1] Der am ***** 2020 verstorbene Erblasser hinterließ seine Ehefrau, die er testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt hatte, sowie eine Tochter, die Rechtsmittlerin. Mit Schreiben vom 19. 2. 2020 verständigte der Gerichtskommissär die Tochter von ihrer Pflichtteilsberechtigung, übermittelte eine Kopie der Todesfallaufnahme sowie des Testaments und bat sie, schriftlich bekanntzugeben, ob sie ihren Pflichtteilsanspruch geltend mache und die Schätzung und Inventarisierung des Nachlasses beantrage. Die Witwe gab am 31. 3. 2020 aufgrund des Testaments zur gesamten Verlassenschaft die unbedingte Erbantrittserklärung sowie eine Vermögenserklärung ab. Für den Fall der antragsgemäßen Beschlussfassung verzichtete sie auf Rechtsmittel und Zustellung und beantragte die Übermittlung einer Beschlussausfertigung mit Rechtskraftbestätigung.

[2] Das ErstG antwortete der Witwe mit dem angefochtenen Beschluss vom 11. 5. 2020 antragsgemäß die Verlassenschaft ein und stellte diesen Beschluss auch der Tochter zu.

[3] Das RekG wies den Rek der Tochter zurück. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 30.000,- übersteige und der oRevRek nicht zulässig sei.

[4] In seiner Begründung führte es aus, die pflichtteilsberechtigte Tochter habe die erstmals im Rek behauptete Einbringung eines Antrags auf Inventarisierung und Schätzung der Liegenschaften per E-Mail vom 8. 3. 2020 an den Gerichtskommissär nicht ausreichend dargelegt. Es stehe fest, dass der Antrag nicht vor Abgabe des Einantwortungsbeschlusses durch das ErstG zur Ausfertigung in der Geschäftsstelle eingebracht worden sei. Da die Rechtskraft und Wirksamkeit des Einantwortungsbeschlusses infolge des Zustell- und Rechtsmittelverzichts der einzigen Erbin damit bereits eingetreten gewesen sei, habe der erst mit dem Rek eingebrachte Antrag der Tochter keine Parteistellung und Rechtsmittelbefugnis mehr bewirken können. Ihr Rechtsmittel sei daher unzulässig.

[...]

Begründung:

[Rechtliche Beurteilung]

[10] Pflichtteilsberechtigten sind in ihrer Parteistellung nach stRsp auf die Rechte nach §§ 778, 804 und 812 ABGB (Anwesenheit bei Schätzungen, Antrag auf Inventarisierung oder Nachlassseparation) beschränkt (2 Ob 28/21 p; 2 Ob 20/18 g; vgl RS0006519; RS0012909).