

# Grünbuch der Europäischen Kommission über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen

## Entwurf für eine VO Nr. 2201/2003 neu

— Dr. Peter Finger, Privat-Dozent, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

1.\* Nach § 606a Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann ein Antragsteller, der Deutscher ist oder dies bei der Heirat war, für die Ehesache, also insbesondere für sein Scheidungs- oder Aufhebungsverfahren, deutsche Gerichte in Anspruch nehmen, selbst wenn der Partner einem anderen Staat angehört. In der Sache wenden wir nach Art. 17, 14 EGBGB (Heimatrecht, aber daran fehlt es gerade, deshalb) letztes Heimatrecht an, wenn ein Ehegatte diesem Staat noch angehört, denn den einseitigen Wechsel halten wir noch nicht für entscheidend, sonst gemeinsames gewöhnliches oder letztes gewöhnliches Aufenthaltsrecht bzw. das Recht des Staates, mit dem die Parteien in anderer Form am engsten verbunden sind/waren oder, wenn keine weiteren Gemeinsamkeiten festgestellt werden können, deutsches Recht als *lex fori*. Wegen Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB – Privilegierung deutscher Staatsangehöriger – können so keine unliebsamen Überraschungen entstehen. Ist die Scheidung nach den dabei maßgeblichen Bestimmungen nicht (EU: Malta) oder noch nicht statthaft, wobei wir über diesen Punkt allerdings streiten,<sup>1</sup> wird deutsches Recht Grundlage und trägt, wenn die Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind, bei deutschen Gerichten den Scheidungsantrag.<sup>2</sup> Allerdings ist § 606a ZPO inzwischen (sehr) weitgehend verdrängt, VO Nr. 2201/2003 bzw. früher schon VO Nr. 1347/2000, und durch europarechtliche Bestimmungen ersetzt. Nun liegen Zuständigkeiten (an der europäischen Gesetzgebung nimmt Dänemark<sup>3</sup> nicht teil, während sich England und Irland von Fall zu Fall entscheiden wollen, sich bisher aber stets für die Mitwirkung ausgesprochen haben)

- bei den Gerichten eines Mitgliedstaates, wenn beide Parteien seine Staatsangehörige sind, sonst
- beim Gericht am gewöhnlichen Aufenthaltsort (meist) des Antragstellers, wenn er sich dort seit mindestens zwölf Monaten unmittelbar vor der Antragstellung aufhält und diesem Staat nicht angehört,
- wobei sich diese Zeit auf sechs Monate bei Zugehörigkeit zu ihm verkürzt (vertragswidrige Ungleichbehandlung?), Art. 3 Abs. 1 a) VO Nr. 2201/2003, zum sachlichen Anwendungsbereich Art. 1 (Ehescheidung, Trennung

ohne Aufhebung des Ehebandes, Ungültigerklärung der Ehe). Damit kann dem Antragsgegner eine Auseinandersetzung bei einem Gericht eines anderen Mitgliedstaates „aufgezwungen“ werden, die er so gar nicht möchte und nur in einer Form vermeiden kann, die er ablehnt, etwa indem er selbst vor seinen Gerichten mit entsprechenden Anträgen vorrangige Rechtshängigkeit begründet und so die üblichen Sperren errichtet.<sup>4</sup> Grundlagen sind Art. 61, 65 und 67 EGV, die die EU zur Regelung der „justiziellen Zusammenarbeit“ und zum Aufbau eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist“ in Anspruch nimmt. Auf die neuen Regelungen können sich dabei auch Angehörige von Drittstaaten berufen. Weiterhin gelten für die materielle Rechtsanwendung Art. 14, 17 EGBGB, auch für Folgesachen, wenn für sie eine eigene Regelung fehlt, vgl. Art. 17 Abs. 3 EGBGB für den Versorgungsausgleich, Art. 18 EGBGB für den Unterhalt, Art. 15 für das eheliche Güterrecht und Art. 21 EGBGB bzw. MSA

\* In seiner Sitzung vom 10.7.2005 hat sich der Fachausschuss „Familienrecht“ des Deutschen Anwaltvereins mit dem Grünbuch der Europäischen Kommission beschäftigt, um eine eigene Stellungnahme zu erarbeiten; bei seinen Mitgliedern, insbesondere Frau Dr. Groß und Herr Schwackenber, bedanke ich mich herzlich für wichtige Anregungen, die ich bei der endgültigen Fassung meines Textes berücksichtigt habe.

<sup>1</sup> Dazu OLG Köln FamRZ 1996, 947 und AG Hamburg (wie hier) FamRZ 1998, 1590 im Anschluss an OLG Köln IPraz 1989, 310; ebenso OLG Hamm FamRZ 2004, 954 mit abw. Anm. Jayme, IPraz 2004, 534; Hohloch, JuS 2004, 827 und jetzt BGH FamRZ 2007, 113.

<sup>2</sup> Kann die Ehe nach ausl. Recht derzeit nur deshalb nicht geschieden werden, weil der Antragsteller versäumt hat, das ihm zumutbare, nach ausl. Recht für den Beginn der Frist maßgebliche Trennungsverfahren einzuleiten, ist Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB (regelwidrige Scheidung nach dt. Recht) jedenfalls nicht erfüllt, BGH XII ZR 5/04.

<sup>3</sup> Gerade hat die Europäische Gemeinschaft mit dem Königreich Dänemark, allerdings für die VO Nr. 44/2001, EuGVVO als Fortsetzung des EuGVÜ, ein Abkommen über die gerichtl. Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtl. Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen gezeichnet, ABl. EG 2005 L 299 S. 62, das durch beiderseitige Erklärung die europarechtliche Regelungen übernimmt – gleichwohl werden sie Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, vgl. bei uns und zu den Veränderungsplänen des AVAG BR-Drucks. 547/06.

<sup>4</sup> Beispiel KG IPraz 2005, 881.

für die elterliche Sorge einschließlich des Umgangsrechts. Viel sprach allerdings schon immer für eine Veränderung unserer Kollisionsnormen mit erster Priorität beim gewählten Recht und danach beim „gewöhnlichen oder letzten gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien“, und die VO Nr. 2201/2003 neu setzt diese Pläne um, dazu 2.a und 4. Im Übrigen werden die Beteiligten ehevertraglich oder in anderer Form Gerichtsstandsvereinbarungen treffen können, um manipulativen Zugriff einer Seite auf

- eine gerichtliche Zuständigkeit und
- damit auf das sachlich maßgebliche Recht zu verhindern.

a) Peter, Deutscher, wohnt mit Angelina, Italienerin, seit vielen Jahren in Varese; aus der Ehe sind die Kinder Maria-Isabella und Mario hervorgegangen. Aus Sicht von Peter ist die Ehe gescheitert; deshalb möchte er das Scheidungsverfahren einleiten. Zuständig sind italienische Gerichte; in Deutschland kann Peter das Verfahren nur führen, wenn er hier (wieder) seit mindestens sechs Monaten unmittelbar vor der Antragstellung lebt, in Dublin oder Leuven, wenn er sich dort seit mindestens zwölf Monaten aufhält. In Italien muss zunächst ein gerichtliches oder gerichtlich bestätigtes Trennungsverfahren abgeschlossen sein, bevor Scheidungsantrag gestellt werden kann. Danach müssen drei weitere Jahre verstreichen. Auch wir wenden italienisches Recht an, wenn deutsche Gerichte zuständig sind, so dass bei uns zunächst ebenfalls ein Trennungsverfahren eingeleitet und beendet werden muss. Manche Gerichte halten dagegen in dieser Situation Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB für einschlägig<sup>5</sup> und „schützen“ den deutschen Teil, so dass Peter bei uns nach unseren Regeln und bei Ablauf unserer Trennungszeiten mit oder ohne Einverständnis seiner Frau, §§ 1566 Abs. 1, 1565 Abs. 1 BGB, zur Scheidung gelangen könnte;<sup>6</sup> aber diese Sicht ist nicht richtig.<sup>7</sup>

b) Klaus A., deutscher Staatsangehöriger, ist mit Karin A., ebenfalls Deutsche, verheiratet; sie haben in England die Ehe geschlossen und leben seit vielen Jahren in London. Klaus will sich scheiden lassen. Dabei kann er

- deutsche Gerichte einschalten, denn beide Eheleute sind deutsche Staatsangehörige (örtliche Zuständigkeit: AG Berlin-Schöneberg), Art. 3 Abs. 2 b) VO Nr. 2201/2003, aber das Verfahren auch in England führen, da er dort die Voraussetzungen der VO Nr. 2201/2003 (zwölf Monate Aufenthaltsdauer unmittelbar vor der Antragstellung) erfüllt. Englische Gerichte ziehen anders als wir für die Scheidung und ihre Folgen ihr eigenes Recht heran, *lex fori*. Güterrechtliche Regeln in unserem Sinne „fehlen“, so dass die Eheschließung die Vermögensverhältnisse der Eheleute unberührt lässt, sich an den bisherigen rechtlichen Zuständigkeiten nichts ändert und Ausgleichsforderungen bei einer Scheidung nicht vorgesehen sind. Im Ergebnis verliert Karin so ihre Ansprüche aus deutschem Zugewinnausgleich; ehevertragliche Vereinbarungen ha-

ben die Parteien nicht getroffen, die (wohl) auch englische Gerichte binden würden. Zudem löst die Verfahrensführung in England für uns die üblichen Rechtshängigkeitsperren aus, so dass Karin auch in Deutschland nicht gegen ihren Mann vorgehen und hier Scheidungsantrag stellen könnte, wenn wir nicht – und dafür spricht viel – § 1565 Abs. 2 BGB heranziehen und ihr frühen Zugriff auf deutsche Zuständigkeiten ermöglichen. Sonstiges Vorgehen von Karin (isoliert) würde sich nach den allgemeinen Zuständigkeitsregeln richten müssen, so dass wiederum auf England verwiesen wäre. Auch später stellen wir, anders als beim Versorgungsausgleich, keine besonderen Zuständigkeiten für nachträglichen Ausgleich bereit. Ohnehin droht die kurze Verjährung aus § 1378 Abs. 4 BGB.

- Andererseits kann der Richter in England unter Billigkeitsgesichtspunkten Unterhaltszahlungen anordnen, Vermögen der Ehegatten umverteilen und Gegenstände, die einer Partei gehören, der anderen zuweisen, *adjustments order/financial relief*.<sup>8</sup> Gerade in „big money cases“ ist<sup>9</sup> dabei wohl eine Halbteilung üblich geworden. Dann erlangt Karin deutliche Vorteile; vielleicht steht sie sogar besser als sie bei uns stände, wenn sie die Ehescheidung hier nach deutschem Recht betreiben würde.<sup>10</sup> Jeder Ehegatte müsste danach, wenn er seine Vorstellungen/Erwartungen durchsetzen will, so schnell wie möglich Anträge auf Ehescheidung bei Gericht einreichen, um Zuständigkeiten für sich in Anspruch zu nehmen: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst;<sup>11</sup> wer dann mit seiner Einschätzung Recht behält und die richtige Wahl getroffen hat, ist der Gewinner, ohne alle Einzelheiten im Voraus sicher beurteilen zu können, ein merkwürdiges Spiel und sicherlich unwürdiger Wettlauf.

<sup>5</sup> Dazu schon Fn 1, jetzt aber deutlich BGH FamRZ 2007, 113, kann die Ehe nach sonst maßgeblichem ausl. Recht derzeit in Deutschland nur deshalb nicht geschieden werden, weil der Antragsteller versäumt hat, das ihm zumutbare, dort vorgesehene und für den Beginn der Frist maßgebliche Trennungsverfahren einzuleiten, rechtfertigt dies noch nicht die Anwendbarkeit von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, ebenfalls BGH FamRZ 2007, 113.

<sup>6</sup> Zu Art. 13 Abs. 2 türk. IPRG *Odendahl*, IPrax 2005, 320 (Rückverweisung auf Wohnsitzrecht bei Wechsel der Staatsangehörigkeit nur bei einem Ehegatten).

<sup>7</sup> Dazu gerade BGH FamRZ 2007, 113.

<sup>8</sup> Vgl. *Henrich* (Fn 7) in seiner abschließenden Stellungnahme zum Band *From Status to Contract?* – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, S. 321 (328).

<sup>9</sup> Wie *Henrich* gerade berichtet hat, S. 321 (329).

<sup>10</sup> Zu Eheverträgen, die von den Gerichten in England akzeptiert werden, wenn der Unterhalt des bedürftigen Ehegatten gesichert ist und lediglich Absprachen zur Verteilung des „sonstigen“ Vermögens getroffen werden, *Henrich*, S. 321 (328 f.).

<sup>11</sup> Vgl. auch KG NJW-RR 2005, 881.

c) Manchmal können EU-Bürger nach der VO Nr. 2201/2003 ihre Sache bei keinem der sonst berufenen Unionsgerichte führen; bisweilen fehlt sogar, so scheint es, jede gerichtliche Zuständigkeit für sie und ihr Scheidungsverfahren, vgl. Art. 7 VO Nr. 2201/2003, wenn sie sich nicht gerade aus den Bestimmungen am Aufenthaltsort ergibt. Beispiel: Manfred H., Deutscher, ist mit Meike, Niederländerin, seit 1998 verheiratet; beide leben in Oslo. Für das Scheidungsverfahren von Manfred sind deutsche Gerichte nicht zuständig, solange er nicht nach Deutschland zurückkehrt; vorrangig sind die Bestimmungen der VO Nr. 2201/2003. Doch kann er auch keine andere Zuständigkeit in einem Unionsstaat in Anspruch nehmen, weil beide Gatten

- ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat haben
- und keine gemeinsame Staatsangehörigkeit besitzen (das gilt für Meike und die Zuständigkeit niederländischer bzw. deutscher Gerichte ebenso), denn gegen einen Unionsbürger kann ein Verfahren vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates nur unter den Voraussetzungen einschließlich der Zuständigkeiten aus Art. 3, 4 und 5 geführt werden, Art. 7 VO Nr. 2201/2003.<sup>12</sup> Bleibt zu hoffen, dass sich wenigstens die Gerichte in Norwegen für zuständig halten; dann können für Meike bzw. Manfred aber Schwierigkeiten bei der Anerkennung der dortigen Entscheidung in ihrem jeweiligen Heimatland entstehen.

d) Ewa, Polin, ist seit 20 Jahren mit Dariusz, ebenfalls polnischer Staatsbürger, verheiratet. Seit 18 Monaten lebt und arbeitet ihr Mann in Finnland; dort möchte er sich scheiden lassen. Gerichtliche Zuständigkeiten für ihn liegen (auch) in Finnland, VO Nr. 2201/2003; finnische Gerichte gehen nach Aufenthaltsrecht vor – nach einer Bedenkzeit von sechs Monaten können sie die Scheidung aussprechen. In Polen hätte das Scheitern der Ehe erst in einem aufwändigen und zeitraubenden Verfahren festgestellt/geklärt werden müssen;<sup>13</sup> im Übrigen sind dort Schuldverteilungen ebenso vorgesehen wie die Schuldverteilung (auch Mitschuld), die jeweils Auswirkungen für die Folgen haben könnten. Muss sich Ewa deshalb, obwohl sie nicht geschieden werden will, an polnische Gerichte wenden und ein Scheidungsverfahren einleiten, das sie nicht führen will, um wenigstens Zuständigkeiten dort festzulegen und Dariusz daran zu hindern, finnische Gerichte einzuschalten und so viel schneller und unter einfacheren Voraussetzungen von ihr loszukommen? Kann das finnische Gericht – vielleicht, nach den bisherigen Bestimmungen allerdings nicht – die Sache nach Polen verweisen, die dort dann nach polnischem Recht verhandelt werden müsste, obwohl Ewa von sich aus noch nichts getan hat? Muss sich Ewa wirklich so widersprüchlich verhalten?

2. Vielfältige Unstimmigkeiten und manche Brüche sind offensichtlich. Zum Teil ist dabei die materiell-rechtliche

Ebene, zum Teil sind aber auch die Kollisionsregeln betroffen, für die die Union ebenfalls Rechtsetzungsbefugnisse in Anspruch nimmt, denn nach Art. 65 b) EGV schließen die „Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, ... soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind, ... : ... Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen“,<sup>14</sup> und im Übrigen sind die gerichtlichen Zuständigkeiten im Bereich der VO Nr. 2201/2003 selbst unzureichend/unvollständig geregelt, so dass auch für sie Veränderungen notwendig erscheinen. Zur Vorbereitung hat die Kommission mit einem Grünbuch,<sup>15</sup> Stand 14.3.2005, Material gesammelt, um so Ergebnisse für eine Neufassung vorzubereiten; nun liegt ein Entwurf für eine VO Nr. 2201/2003 neu vor, dazu gleich 4., der die kollisionsrechtliche Rechtsanwendung für uns völlig verändern wird (soweit Art. 17 EGBGB betroffen ist – Auswirkungen auf die anderen Bereiche sind aber zwangsläufig) und den Parteien zudem die Möglichkeit gibt, sich rechtzeitig durch Gerichtsstandsvereinbarungen gegen den Zugriff des anderen auf „fremdes Recht“ zu schützen.<sup>16</sup> Schwerpunkte sind, und sie orientieren sich an den genannten und anderen Beispielen:

#### a) Kollisionsrecht

- Sollen die Kollisionsnormen in den Mitgliedstaaten im Scheidungsverfahren pp. harmonisiert werden? Folgesachen wie Unterhalt, eheliches Güterrecht, Versorgungsausgleich und elterliche Sorge sind nicht gesondert angesprochen, aber auch für sie wären weitere Regeln zu entwickeln.<sup>17</sup> Verständigen wir uns auf einheitliche Anknüpfungsmerkmale, könnte im Ergebnis die Rechtsanwendung bei den Gerichten in der Union „vereinheitlicht“ werden, selbst wenn die materiell-rechtlichen Regeln weiterhin unterschiedlich bleiben (und eine Harmonisierung ohnehin in absehbarer Zeit nicht zu erwarten

<sup>12</sup> Dazu *Meyer/Götz/Noltemeier*, FPR 2004, 282 (285); Zuständigkeiten nach den Regeln der VO Nr. 2201/2003 bestehen eben nicht, weil sich weder Manfred noch Meike in einem Unionsstaat aufhalten, anders Art. 8 für die Restzuständigkeit.

<sup>13</sup> Zum polnischen Ehescheidungsrecht vgl. auch *Ludwig*, FamRBInt 2005, 54.

<sup>14</sup> Vgl. den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom 2) vom 22.7.2003, KOM (2003) 427 endgültig, 2003/0168 (COD).

<sup>15</sup> Stellungnahmen sind unter der Internetadresse [jls-coop-jud-civil@cec.eu.int](mailto:jls-coop-jud-civil@cec.eu.int) abzugeben; das Grünbuch selbst ist erhältlich bei der Europäischen Kommission.

<sup>16</sup> Über den früheren Stand der Dinge berichtet schon *Wagner*, FamRZ 2003, 803.

<sup>17</sup> Inzwischen liegt ein Grünbuch auch zum Unterhaltsrecht vor, aber dort sind die Auswirkungen geringer, da wir ja ohnehin nicht nur auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten abstellen, sondern vorwiegend auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Anspruchstellers (Ausnahme, deshalb auch besonders umstritten: Art. 18 Abs. 4 EGBGB).

- ist und für sie wohl auch nichts spricht). In Deutschland knüpfen wir im Scheidungsverfahren bei Auslandsbezug über die gemeinsame oder letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien an, weil wir meinen, dass gerade im Familienrecht die Verbundenheit mit den Rechtsbestimmungen dort und die Ausrichtung auf vertraute Verhältnisse besonders bedeutsam ist. Doch hat unsere Einschätzung viel von ihrer Überzeugungskraft verloren, da die Kontakte zum Heimatland oft weniger tragfähig sind als wir das annehmen und häufig durch den Bezug zum Aufenthalt abgelöst/ersetzt sind. Muss ein türkischer Staatsangehöriger, der in „dritter Generation“ in Frankfurt geboren und mit einer türkischen Staatsangehörigen aus Frankfurt verheiratet ist, nur wegen dieser gemeinsamen Zugehörigkeit zur Türkei bei der Ehescheidung wirklich türkischem Recht unterstellt werden? Vorrangig sollte vielmehr der Aufenthalt oder der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Parteien werden. Noch wichtiger wird ihre Rechtswahl, da sie so selbst die Dinge festlegen können. Für sie sollten wir aber wohl nach weiteren Abstufungen suchen, etwa über Art. 6 EGBGB oder §§ 138, 242 BGB (manipulativer Zugriff auf fremdes Recht; zu den Folgen nach der VO Nr. 2201/2003 neu vgl. 4.).<sup>18/19</sup> Wenden wir Aufenthaltsrecht an, hat jede tatsächliche Veränderung schnell Auswirkungen in der Sache; der Antragsteller kann das Verfahren eben selbst beeinflussen (etwa: durch Umzug), zur VO Nr. 2201/2003 neu dabei vgl. 4. (zum Schutz des Antragsgegners). Integrationsgesichtspunkten (Eingliederung in Aufenthaltsrecht) geben wir so jedenfalls das ihnen zukommende Gewicht; im Übrigen schonen wir knappe Ressourcen, ein Gesichtspunkt, den wir bisher meist völlig vernachlässigt haben.
- Sollten die „neuen Regelungen“ nur die Ehescheidung erfassen oder auch die anderen Verfahren nach der VO Nr. 2201/2003, also auf Aufhebung der Ehe, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, Ungültigerklärung der Ehe, bei uns auch: Feststellung der Wirksamkeit oder der Unwirksamkeit einer Ehe? Für sie knüpfen wir in Deutschland zu großen Teilen über Art. 13 EGBGB an und heben auf das jeweilige Heimatrecht eines Verlobten/Eheschließenden ab, wobei wir bei inhaltlichen Unterschieden zwischen den berufenen Rechtsordnungen das „schärfere/ärgere Recht“ heranziehen (aber manchmal für die Folgen § 1318 BGB berücksichtigen müssen, wenn die Voraussetzungen der Bestimmung erfüllt sind).<sup>20</sup> Bei dieser Lösung sollten wir bleiben. Andernfalls müssten wir Verbindungen als „Ehe“ hinnehmen, die wir sonst so nicht einschätzen würden, oder erst zusätzliche Einschränkungen über Art. 6 EGBGB (ordre public) anbringen (Zwangsehe). Vorfragen nach dem wirksamen Bestand einer Verbindung müssen wir ohnehin selbständig beantworten. Für die förmliche Trennung sollten wir allerdings anders entscheiden und sie wie die Ehescheidung behandeln, dazu gleich 4. und Art. 20 a) VO Nr. 2201/2003 neu.
  - Sind Vorbehaltsklauseln (ordre public) notwendig? Kann ein Gericht die Anwendung fremden Rechts ablehnen? Unter welchen Voraussetzungen? Bringen wir Aufenthaltsrecht (meist: der Mitgliedstaaten) zur Anwendung, stellen sich die maßgeblichen Fragen sicherlich nicht in der sonst gewohnten Schärfe; in vielen Ausschnitten nähern sich die materiell-rechtlichen Bestimmungen in Europa ohnehin aneinander an, auch im ehelichen Güterrecht. Doch können Zuständigkeiten nach der VO Nr. 2201/2003 auch Angehörige von Drittstaaten in Anspruch nehmen. Dann können wir Rechtsbestimmungen zur Anwendung bringen (müssen), die sich von unseren Regeln deutlich unterscheiden und für uns so nicht hinnehmbare Ergebnisse bringen. Eingriffsnormen (ordre public) sind daher unverzichtbar, die sich für uns vor allem an den Grundrechten, etwa Gleichberechtigungsgesetzen, Art. 3 Abs. 2 GG, und den Vorstellungen für ein faires Verfahren, Art. 103 GG, ausrichten. Diese Einschränkungen sollten auch für die Rechtswahl der Parteien gelten, vgl. dazu Art. 20 e) VO Nr. 2201/2003 neu und 4.
  - Sollen die Parteien die Möglichkeit der Rechtswahl erhalten? Nur im Scheidungsverfahren? Oder auch bei der Trennung bzw. Ungültigerklärung einer Ehe (ohnehin wohl eher theoretisch)? Sind weitere Einschränkungen anzubringen? Form? Ehevertrag – oder anders? Wir lassen die kollisionsrechtliche Rechtswahl bisher nur in engem Rahmen zu, vgl. Art. 14 Abs. 2 und 3 EGBGB für die persönlichen Ehwirkungen und damit für die Scheidung, Art. 15 Abs. 2 EGBGB (weitergehend) für das eheliche Güterrecht. Doch sollten wir Erweiterungen vornehmen, um den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, sich an ihre neuen Lebensverhältnisse anzupassen und so das aus ihrer Sicht „richtigere“ Recht für sich zur Anwendung zu bringen oder für ihr Heimatrecht zu optieren, dem sie sich besonders verbunden fühlen (bzw. andere für sie wesentliche Vorstellungen durchzusetzen). Weitere Einschränkungen sind zudem geboten, etwa ein vernünftiger Bezug der Parteien zum gewählten Recht, auch wenn notarielle Beurkundung erfolgen muss; deshalb spricht sich die VO Nr. 2201/2003 neu vorrangig für die in Art. 20 a) vorgesehenen Reihenfolge aus und stellt sonst, Art. 20 b) VO Nr. 2201/2003 neu vorrangig auf das Recht am letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufent-

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Wagner*, FamRZ 2003, 803 mit vielen Nachw.; *Henrich*, FS Stoll 2002, S. 437 (449 f.); zur Vereinheitlichung des Internat. Privat- und Zivilverfahrensrechts vgl. auch *Wagner*, NJW 2005, 1754; zu § 138.

<sup>19</sup> Zu §§ 138, 242 BGB als Beispiel BGH NJW 2004, 930.

<sup>20</sup> Teilweise wird auch das „Recht des verletzten Teils“ für ausschlaggebend erklärt, aber nicht immer muss eine Seite durch das Verhalten des anderen tatsächlich „verletzt“ sein.

haltsort ab, für den dann aber auch wieder Einschränkungen gelten.

## b) Gerichtliche Zuständigkeiten

- Sollten die Zuständigkeiten nach Art. 3 der VO Nr. 2201/2003 geändert werden? Wie lässt sich ein Wettlauf bei Gericht verhindern, bei dem sich der Antragsteller bzw. der Antragsgegner einen möglichst günstigen Ausgang verschaffen will? Sind weitere Begrenzungen notwendig? „Vernünftig begründete“ Gerichtsstände, und das ist Ziel, die den Regeln folgend in Anspruch genommen werden können, lassen sich von anderen, eben „unsachgemäßen“ Zuständigkeiten kaum abgrenzen, für die die (formalen) Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind (forum non conveniens; exorbitante Gerichtsstände etc.); stimmige Lösungen sind uns bisher jedenfalls nicht gelungen (aber das kann nicht heißen, dass wir alle weiteren Bemühungen einstellen). Weitere Vorgaben zumindest für Absprachen der Parteien zur Zuständigkeit sind ohnehin sinnvoll; deshalb sieht Art. 3 a) VO Nr. 2201/2003 Gerichtsstandsvereinbarungen vor, wenn
  - einer der in Art. 3 (bisherige Fassung) genannten Zuständigkeitsgründe erfüllt ist oder
  - dieser Mitgliedstaat der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthaltsort der Ehegatten während mindestens drei Jahren war oder
  - einer der Ehegatten die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates besitzt oder im Falle des Vereinigten Königreichs oder Irlands sein bzw. ihr „domicile“ im Hoheitsgebiet dieses Staates hat.<sup>21</sup>
- Sollte Art. 7 VO Nr. 2201/2003 gestrichen oder zumindest auf Fälle beschränkt werden, an denen kein Unionsbürger beteiligt ist? Dann könnte er sein Verfahren bei seinen Heimatgerichten führen, wenn dort eine Zuständigkeit für ihn begründet ist (bei uns: § 606a Abs. 1 Nr. 1 ZPO), sonst wenigstens bei den Aufenthaltsgerichten, vgl. dazu Beispiel 1 c. Schwierigkeiten bei der Anerkennung in einem Unionsstaat können so nicht mehr entstehen; sie ist von vornherein festgelegt.
- Sind für Gerichtsstandsvereinbarungen der Parteien weitere Einschränkungen notwendig? – dazu gerade Art. 3 a) VO Nr. 2201/2003 neu. Zudem müssten wir, wenn die Rechtsverfolgung aus unserer Sicht besonders erschwert oder so stark behindert wird, dass sie praktisch ausgeschlossen ist, über §§ 138, 242 BGB eingreifen (letztlich eben: ordre public, Art. 6 EGBGB). Über abgesprochene Gerichtsstände lässt sich besonders einfach gesicherte Rechtsanwendung herstellen. Jedenfalls können die Parteien so davon ausgehen, dass sie ihr Verfahren beim gewählten Gericht führen und führen müssen; damit wissen sie auch, welche sachlichen Voraussetzungen sie darzutun und mit welchen Folgen sie zu rechnen haben und können sich auf sie einstellen. Entsprechende Ab-

sprachen und Vereinbarungen zur kollisionsrechtlichen Rechtsanwendung sollten daher auch bei

- gemeinsamer Staatsangehörigkeit
- und für das Scheidungsverfahren ohne Verbindung zu den persönlichen Ehwirkungen zulässig sein; wir verlangen dagegen bisher, dass sich beide Teile zunächst über ihre persönlichen Beziehungen verständigen müssen, um so Auswirkungen gerade für die Scheidung zu erreichen.
- Die Rechtswahl sollte noch im Verfahren selbst erfolgen können, damit sich die Absichten der Eheleute durchsetzen, wenn dies nötig wird. Ersatzformen zur notariellen Beurkundung wie etwa gerichtliche Protokollierung sollten ausreichen.
- Sollte eine Verweisung einer Rechtssache durch das Gericht eines Mitgliedstaats an ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats zulässig sein? Bei größerer Sachnähe? Oder weil dieses Gericht „die Sache besser beurteilen kann?“ vgl. dazu bei Kindschaftsangelegenheiten Art. 15 VO Nr. 2201/2003.<sup>22</sup> Inhaltliche Festlegungen scheitern; deshalb ist eine solche Einschränkung kaum empfehlenswert oder setzt Einverständnis der anderen Partei voraus (dann wiederum: Gerichtsstandsvereinbarungen, nun zu einem späteren Zeitpunkt).

3. Für die Scheidungsfolgen – Güterrecht, Versorgungsausgleich, Unterhalt, elterliche Sorge – werden wir unsere kollisionsrechtlichen Anknüpfungsregeln ebenfalls ändern müssen, wenn Art. 17 EGBGB für die Scheidung selbst geändert wird, dazu gleich 4. Entsprechende Diskussionen führen wir schon seit längerer Zeit.<sup>23</sup> Beibehalten sollten wir dagegen Art. 17 Abs. 3 EGBGB (Versorgungsausgleich), denn nur so schützen wir die ausgleichsberechtigte Partei bei uns genügend. Auch nachträgliche Regelung nach einem Verfahren im Ausland „ohne“ Versorgungsausgleich sollte weiterhin möglich bleiben. Stellen wir vorrangig, erste Stufe, auf die Rechtswahl der Parteien bzw. auf ihr Aufenthaltsrecht ab statt auf die gemeinsame oder letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit, verliert Art. 17 Abs. 3 EGBGB ohnehin viel von seiner Bedeutung; meist wird schon das Scheidungsverfahren bei uns geführt werden, so dass insoweit deutsches Recht insgesamt Grundlage wird, weil schon für die Ehescheidung deutsches Recht bestimmend ist. Unterhalt sollten wir nach wie vor dem Aufenthaltsrecht des Anspruchstellers entnehmen, vgl. dazu Art. 18 Abs. 1 EGBGB;<sup>24</sup> dort sind seine Bedürfnisse entstanden, und dort

<sup>21</sup> Vgl. dazu auch BR-Drucks 531/06 S. 15.

<sup>22</sup> Dazu *Motzer*, FamRBint 2007, 20.

<sup>23</sup> Auch veranlasst durch Art. 65 b) EGV, dazu schon *Wagner*, FamRZ 2003, 803.

<sup>24</sup> So auch *Wagner* in seinem Bericht FamRZ 2003, 803; im Übrigen bereitet auch eine Spezialkommission der Haager Konferenz zum internationalen Privatrecht zur Geltendmachung für Kindesunterhalt und anderer Arten von Familienunterhalt neue Kollisionsregeln vor, dazu ein working draft on applicable law und Schreiben des BMJ vom 5.7.2005 I A 5 9311/6-5-14264/2005.

muss er seinen Lebensbedarf bestreiten. Art. 18 Abs. 4 EGBGB sollten wir allerdings ändern.<sup>25</sup> Nach Rechtskraft des Scheidungsurteils beurteilen wir bisher Unterhaltsansprüche einer Partei nach dem auf die Scheidung tatsächlich angewandten Recht, auch wenn das ausländische Gericht nach unseren Vorstellungen „unrichtig“ entschieden hat, so dass die Anknüpfung wechselt und auf „Heimatrecht“ verweist (türkische Staatsangehörige werden nach türkischem Recht geschieden – nach der Scheidung richten sich Unterhaltsforderungen der türkischen Ehefrau nach türkischem Recht), ohne dass dies sinnvoll erscheint, denn die äußeren Lebensverhältnisse haben sich nicht geändert. Nicht selten müssen wir deshalb wegen ordre public-Widrigkeit der ausländischen Regelung dann nach Art. 6 EGBGB eingreifen, um Ausfälle für den Anspruchsteller zu vermeiden, die uns nicht hinnehmbar erscheinen, und im Übrigen öffentliche Leistungsträger zu schützen. Für die elterliche Sorge sollte das Aufenthaltsrecht des Kindes maßgeblich bleiben, MSA. Im Güterrecht sollten wir Wahlbefugnisse der Parteien erweitern, wobei sie auch deutschen Eheleuten „für“ deutsches Recht offen stehen sollten, damit sie ihre Ansprüche bei fremden Gerichten durchsetzen können, die der andere Teil eingeschaltet hat (Boris Becker) und die ihr Aufenthaltsrecht (= *lex fori*) für maßgeblich erklären.<sup>26</sup> Empfehlenswert ist dabei, nicht (nur) auf unsere Bestimmungen insgesamt zu verweisen (kollisionsrechtliche Rechtswahl), sondern die jeweiligen güterrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen als Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen abzusprechen und so ausländische Stellen sachlich festzulegen. Ehevertragliche Förmlichkeiten (meist: notarielle Beurkundung) sollten auch für diese Rechtswahl gelten; ausländische Formerleichterungen sollten wir hinnehmen.<sup>27</sup> Auf einer zweiten Stufe und bei fehlender Rechtswahl kann Aufenthaltsrecht (gewöhnlicher oder letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten) maßgeblich werden. Mit einem Umzug/Wechsel des Aufenthaltsorts treten so Veränderungen auch für die güterrechtlichen Verhältnisse ein, keine Unwandelbarkeit (mehr) des Güterrechtsstatuts. Andererseits können die Eheleute Fortgeltung ihres/eines bisherigen Rechts vereinbaren, vgl. dazu auch Art. 53, 54 und 55 schweizerisches IPRG, oder sich für ein anderes Recht entscheiden. Sicherlich ist auch die Festlegung der güterrechtlichen Rechtsanwendung mit der Eheschließung auf das zu diesem Zeitpunkt für die persönlichen Ehwirkungen maßgebliche Recht, vgl. Art. 15 Abs. 1 EGBGB, erwägenswert; auf seinen Fortbestand als finanzielles Grundgesetz der Familie vertrauen die Parteien oft in besonderem Maße, so dass sie schützenswert erscheinen.<sup>28</sup> Wollen sie die Dinge ändern, können sie dies wiederum durch Absprache tun und damit die notwendigen Anpassungen selbst vornehmen.

4. Inzwischen (seit Sommer 2006) liegen Vorschläge für eine VO Nr. 2201/2003 neu<sup>29/30</sup> vor; voraussichtlich soll sie am

1.3.2008 in Kraft treten.<sup>31</sup> Vorgesehen sind in Art. 3 a) Gerichtsstandsvereinbarungen auch für das Scheidungsverfahren und seine Folgen, die die Parteien treffen können; allerdings sind sie in ihrer Auswahl beschränkt, dazu schon 2. b). Absprachen können im Ehevertrag erfolgen bzw. im oder vor dem Verfahren, das sie dann einleiten. Schriftform ist vorgesehen, Art. 3 d) Nr. 2. Restzuständigkeiten beschränkt Art. 7; hat „keiner der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat ... und (fehlt es an einer) gemeinsamen Staatsangehörigkeit (zu einem Mitgliedstaat) bzw. im Falle des Vereinigten Königreichs und Irland an einem ‚domicile‘ im Hoheitsgebiet dieses Staates“, sind in folgenden Fällen dennoch die Gerichte eines Mitgliedstaats zuständig: (a) Die Ehegatten haben in ihrem früheren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort für mindestens drei Jahre im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates gelebt, oder (b) einer der Ehegatten besitzt die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats bzw. hat im Falle des Vereinigten Königreichs und Irlands sein bzw. ihr „domicile“ im Hoheitsgebiet dieses Staates, um die bisherigen Merkwürdigkeiten (um das einmal ganz zurückhaltend zu formulieren) aus Art. 7 zu vermeiden.<sup>32</sup> Nach Art. 20 a) können die Parteien für das Scheidungsverfahren (und für die förmliche Trennung) einvernehmlich das anwendbare Recht bestimmen, Nr. 1 Rechtswahl. Doch gelten diese Regeln nicht für die „Ungültigerklärung“ (Aufhebung oder Nichtigkeit) der Ehe, bei uns Art. 13 EGBGB. Zur Auswahl stehen: (a) Das Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von beiden dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,

<sup>25</sup> Dazu *Wagner*, FamRZ 2003, 803 – im Übrigen wäre unzutraglich, Kindes- und Ehegattenunterhalt nach der Scheidung unterschiedlichen Rechtsregeln zu unterwerfen.

<sup>26</sup> Zuletzt *Reus/Damerow*, FPR 2004, 329.

<sup>27</sup> Dazu *Kleinheisterkamp*, IPrax 2004, 399, insbesondere dann, wenn für den Abschluss im Ausland „geringere“ Anforderungen gestellt werden als an einen Ehevertrag sonst; im Übrigen sind ausl. Regeln (materieller Art) auch bei uns zu beachten, dazu *Finger*, FF 2004, 245.

<sup>28</sup> Zu europarechtl. Beweisregeln (EuBeweisVO, VO Nr. 1206/2001 des Rates, ABl. EG 2001 L 174 S. 1) erste Übersicht bei *Berger*, IPrax 2001, 522, zur Zustellung (EuZustellVO, VO Nr. 1348/2000 des Rates, ABl. EG 2000 L 160 S. 37, dazu *Stadler*, IPrax 2001, 514 vom 11.7.2005) liegt ein Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung dieser Verordnung vor, KOM (2005) 305 endgültig, 2005/0126 COD); zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitssachen vgl. die Richtlinie 2003/8/EG des Rates (zur Prozesskostenhilfe), bei uns umgesetzt im Wesentlichen durch §§ 1076 ff. ZPO, zur Vollstreckung bei unbestrittenen Forderungen aus einem europäischen Vollstreckungstitel, EuVTVO, Inkrafttreten Oktober 2005, VO Nr. 805/2004, ABl. EG 2004 L 143 S. 15; *Wagner*, IPrax 2005, 189 und *Rausch*, FamRBint 2005, 79.

<sup>29</sup> Vgl. auch BR-Drucks 531/06.

<sup>30</sup> Für die Rechtsvereinheitlichung in Europa hat sich gerade die Deutsche Ratspräsidentschaft viel vorgenommen, vgl. dazu das mit Schreiben vom 12.10.2006 versandte vorläufige Programm des BMJ; nach ersten Zeitungsmeldungen soll dabei ein Schwerpunkt bei der „Harmonisierung des Scheidungsrechts“ liegen, Frankfurter Rundschau v. 9.1.2007 S. 5.

<sup>31</sup> BR-Drucks 531/06.

<sup>32</sup> Übersicht bei *Meyer-Götz/Noltmeier*, FPR 2004, 282.

(b) das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen oder – im Falle des Vereinigten Königreichs oder Irlands – in dem sie ihr gemeinsames „domicile“ haben, (c) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten während mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, (d) das Recht des Staates, in dem der Antrag gestellt wird. Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, kommt für das Scheidungsverfahren oder Verfahren zur Trennung ohne Auflösung des Ehebandes das Recht des Staates zur Anwendung, (a) in dem die Ehegatten ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben oder ersatzweise, (b) in dem die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder ersatzweise, (c) dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen bzw. – im Falle des Vereinigten Königreichs oder Irland – in dem sie ihr gemeinsames „domicile“ hatten oder ersatzweise, (d) in dem der Antrag gestellt ist, Art. 20 b) VO Nr. 2201/2003 neu. Nach Art. 20 c) haben die Gerichte Zugang zum europäischen justiziellen Netz in Zivil- und Handelssachen.<sup>33</sup> Art. 20d) schließt Rück- und Weiterverweisung aus, wenn nach den neuen Regeln die Vorschriften eines anderen Staates maßgeblich werden. Bei Rechtswahl

erscheint das selbstverständlich. Heimatrecht kann aber auch über Art. 20 b) oder c) zur Anwendung gelangen; dann ist der Ausschluss von Rück- bzw. Weiterverweisung nicht mehr so einleuchtend, führt im Übrigen zur unterschiedlichen Behandlung der Sache dort und bei uns, die sogar die Anerkennung der Entscheidung im jeweils anderen Land erschweren oder gefährden kann. Art. 20 e) legt einen besonderen ordpublic Vorbehalt fest; danach kann „die Anwendung einer Bestimmung des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts ... (lediglich) bei einem offenkundigen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts versagt werden“.<sup>34</sup> Auswirkungen für die weiteren Scheidungsfolgen (Unterhalt, eheliches Güterrecht – weniger: Versorgungsausgleich) sind zwangsläufig, denn bisher beschränken sich die Änderungspläne auf Art. 17 EGBGB; schließlich können sie nicht ohne gute Gründe anderen Regeln folgen als die „Hauptsache“ (= Ehescheidung).

<sup>33</sup> BR-Drucks 531/06 S. 10.

<sup>34</sup> Malta kennt keine Ehescheidung; für christliche Syrer, deren Heimatrecht ebenfalls die Scheidung versagt, hat der BGH gerade – allerdings bei deutlichem Inlandsbezug – die Anwendung dieser Rechtsbestimmungen „versagt“, dazu FamRBint 2007, 3.