

Internationales Familienrecht (Stand 2014)

1. Internationale Zuständigkeit

Wenn Sie ein familienrechtliches Mandat mit Auslandsberührung bearbeiten, müssen Sie sich stets überlegen, ob die deutschen Gerichte hierfür international zuständig sind. Dies ist eine Frage, die von den Gerichten immer als Erstes zu prüfen und von der Frage des anwendbaren Rechts zu unterscheiden ist. Eine Auslandsberührung ist dann gegeben, wenn z.B. zwei in Deutschland lebende Ausländer sich in Deutschland scheiden lassen wollen; gleiches gilt bei einem binationalen Paar oder einem im Ausland lebenden deutschen Ehepaar. Die Eheschließung zweier Deutscher im Ausland, ohne dass sie im Anschluss dort leben, hat allerdings keine Auslandsberührung. Bei der Prüfung der internationalen Zuständigkeit ist nicht gleich das FamFG zu Rate zu ziehen, sondern vielmehr müssen Sie wissen, dass es völkerrechtliche Verträge, die von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert wurden, und EU-Regelungsakte gibt, die vorrangig sind. Solche Regelungsakte der EU, die die Zuständigkeitsfrage regeln, sind die Brüssel IIa-VO (= EuEheVO Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003) und die EuUntVO (= Verordnung (EG) Nr. 4/2009 vom 18.12.2008). Auf die Vorrangigkeit von Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, und EU-Reglungsakten weist ausdrücklich auch § 97 Abs. 1 FamFG hin.

1.1. Internationale Zuständigkeiten nach der Brüssel IIa-VO

Seit dem 01.03.2005 gilt unter den Mitgliedsstaaten der EU, außer Dänemark, für die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus jeweils anderen Mitgliedsstaaten für Ehesachen und für die elterliche Verantwortung die Brüssel IIa-VO, die die Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29.05.2000 (sogenannte Brüssel II-VO) ersetzt hat.

1.1.1. Für Scheidungsverfahren

1.1.1.1. Anwendungsbereich

Die Brüssel IIa-VO gilt gem. Art. 1 Abs. 1 lit a Brüssel IIa-VO für Entscheidungen über die Ehescheidung oder die Trennung ohne die Auflösung des Ehebandes sowie die Ungültigkeitserklärung eines Ehebandes. Unter Trennung fallen nur formalisierte Trennungsverfahren unter Mitwirkung eines Gerichts, so z.B. in Irland und Italien, wo die gerichtlich festgestellte Trennung die spätere Voraussetzung für das Scheidungsverfahren bildet. Aber auch die Trennung als Rechtstatut ohne Grundlage eines Scheidungsantrages, so wie z.B. in Frankreich oder Spanien, wird vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst.

Was unter dem Begriff der Ehe zu verstehen ist, muss autonom festgestellt werden, da in manchen Mitgliedsstaaten die Eheschließung auch zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern möglich ist. Hiervon erfasst werden jedoch nicht die in Deutschland mögliche eingetragene Lebenspartnerschaft oder die in Frankreich unabhängig von der sexuellen Orientierung mögliche

Begründung einer Partnerschaft, den sogenannten PACS („pacte civil de solidarité“, vgl. Thomas Rauscher (2010) zu Art. 1 Brüssel IIa-VO Rn. 5 ff.).

Nicht unter den Anwendungsbereich der Verordnung fallen die Auseinandersetzung des ehelichen Güterstandes oder die Namensänderung sowie das aus Anlass der Ehesache anhängige Abstammungsverfahren (vgl. Art. 1 Satz 3 lit a, c, e Brüssel IIa-VO). Gleichwohl, sofern das nationale Verfahrensrecht eine Verbundzuständigkeit bestimmt, dass die in der Ehesache bestehende Zuständigkeit auch für die Verbundssache gilt. Dieser Grundsatz kann aber nicht für den nahehelichen Unterhalt im Verbund gelten, da insoweit die internationale Zuständigkeit für den nahehelichen Unterhalt durch die Eu-UntVO (=Verordnung (EG) Nr. 4/2009 vom 18.12.2008) geregelt wird. Dies kann dazu führen, dass ein deutsches Gericht für die Scheidung international zuständig ist, nicht aber für den Unterhalt.

1.1.1.2. Ausschließliche internationale Zuständigkeit nach Art. 3 Brüssel IIa-VO

Für die Zuständigkeitsfrage hinsichtlich Ehescheidungen ist die Brüssel IIa-VO, heranzuziehen. Diese Verordnung regelt nur die Zuständigkeit und nicht das auf den Fall anwendbare Recht. Bitte denken Sie immer daran, dass Sie die Zuständigkeitsfrage von der Problematik des anzuwendenden Rechts trennen. Wichtig ist zu beachten, dass die Brüssel IIa-VO für alle Mitgliedsstaaten der EU gilt und nur für Dänemark keine Anwendung findet. Sie gilt insbesondere auch für Drittstaatsangehörige, die sich in einem EU-Mitgliedsstaat gewöhnlich aufhalten. Maßgebliche Anknüpfung ist somit grundsätzlich der gewöhnliche Aufenthalt und nicht die Staatsangehörigkeit (vgl. Hau in FamRZ 2000, 1333, 1334).

Art. 3 der Brüssel IIa-VO regelt in sieben Anknüpfungspunkten, die nebeneinander gleichrangig stehen können, die Zuständigkeitsfrage in Ehesachen. Hiernach sind maßgeblich:

- der gemeinsame gewöhnliche Aufenthaltsort der Beteiligten,
- der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthaltsort der Beteiligten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,
- der gewöhnliche Aufenthaltsort des Antragsgegners,
- bei einem gemeinsamen Antrag der gewöhnliche Aufenthalt eines Ehegatten (in Deutschland gibt es keinen gemeinsamen Antrag, aber hierfür ist ausreichend, dass der Antragsgegner der Scheidung zustimmt bzw. selbst einen Scheidungsantrag stellt) anders in anderen Rechtsordnungen so kann z.B. in Frankreich ein gemeinsamer Scheidungsantrag der Ehegatten bei Gericht eingereicht werden),
- der gewöhnlichen Aufenthaltsort des Antragstellers, unabhängig davon, wo der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wobei die zeitlichen Voraussetzungen gestuft sind (ein Jahr im Allgemeinen, sechs Monate bei Zugehörigkeit über die Staatsangehörigkeit zum Staat des Gerichts, das mit der Angelegenheit betraut ist),
- schließlich und zuletzt die gemeinsame Staatsangehörigkeit beider Beteiligten und zwar die Staatsangehörigkeit des angerufenen Gerichtsstaates.

Zur Veranschaulichung hier einige Beispielfälle:

Fall:

Ein deutsches Ehepaar lebt seit fünf Jahren in Spanien. Grund für den Umzug nach Spanien war, dass der Ehemann dort eine Arbeit gefunden hat. Die Ehefrau arbeitet mittlerweile ebenfalls dort. Sie haben zwei Kinder, die in Spanien die Schule besuchen. Die Ehegatten haben sich im November 2010 getrennt, der Ehemann möchte sich in Deutschland scheiden lassen, weil er meint, die deutschen Gerichte und das deutsche Recht seien für ihn günstiger. Er vertraut der spanischen Justiz nicht. Auch wegen der Sprache sei ihm dies lieber. Er wendet sich an Sie und will nunmehr von Ihnen wissen, ob die deutschen Gerichte für die Durchführung des Scheidungsverfahrens überhaupt zuständig sind. Weiterhin möchte der Ehemann wissen, wo er einen Scheidungsantrag in Deutschland stellen kann. Er gibt an, noch über einen Wohnsitz in Stuttgart zu verfügen. Er teilt auch mit, dass er zweimal im Jahr für ca. drei Wochen zu seiner in Stuttgart lebenden Mutter reist und dann in Stuttgart auch Arztvorsorgeuntersuchungen wahrnimmt. Ist ein deutsches Familiengericht für den vorliegenden Fall international zuständig und wenn ja, bei welchem Gericht in Deutschland kann der Scheidungsantrag eingereicht werden?

Lösung:

Gem. Art. 3 Abs. 1 lit b Brüssel IIa-VO sind die deutschen Gerichte international zuständig, da die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig sind, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen. Bei dieser Regelung kommt es auf den gewöhnlichen Aufenthalt im Mitgliedsstaat des angerufenen Gerichts nicht an.

Somit können sich die beiden Deutschen, die in Spanien leben, in Deutschland scheiden lassen, obwohl sie in Deutschland keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Sie hätten aber auch die Möglichkeit, das Scheidungsverfahren in Spanien durchzuführen, da die Ehegatten dort seit über einem Jahr ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit a -1 und -5 Brüssel IIa-VO). Unerheblich ist hierbei, dass der deutsche Ehemann noch über einen Wohnsitz in Stuttgart verfügt und angibt, dort zweimal im Jahr seine Mutter zu besuchen. Ohne Belang ist dabei auch, dass er dort Ärzte besucht, denn die Regelung stellt nicht auf einen Wohnsitz, sondern den gewöhnlichen Aufenthalt ab. Arztbesuche für sich allein sind kein Indiz, um einen gewöhnlichen Aufenthalt festzustellen. Der gewöhnliche Aufenthalt ist nach EU-Recht durch die faktischen Verhältnisse zu bestimmen, d.h. die physische Anwesenheit einer Person an einem bestimmten Ort und die familiäre, berufliche und sonstige soziale Einbindung. Der Lebensmittelpunkt des deutschen Ehemannes liegt in Spanien. Der bloße Aufenthalt im Urlaub reicht zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes in Deutschland nicht aus. Sowohl das familiäre als auch das Arbeitsleben spielen sich in Spanien und nicht in Deutschland ab.

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit des in Deutschland anzurufenden Gerichts ist zu beachten, dass es eine Sonderzuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg in Berlin gibt. § 122 Nr. 6 FamFG regelt als Auffangtatbestand die örtliche Zuständigkeit des Familiengerichts Schöneberg in Berlin als ausschließliche Zuständigkeit, sofern kein gewöhnlicher Aufenthalt der Beteiligten im Inland besteht. Hier kommt es somit auch nicht darauf an, ob unser Mandant noch einen Wohnsitz in Stuttgart hat. Sämtliche Auslandsdeutsche mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland, werden somit ausschließlich vor dem Amtsgericht Schöneberg in Berlin geschieden.

Darauf hinzuweisen ist aber, dass wir hier nur die Frage der internationalen als auch der örtlichen Zuständigkeit erörtert haben. Ist die internationale Zuständigkeit zu bejahen kann hieraus nicht automatisch geschlossen werden, dass deutsches Recht auf die Scheidung anzuwenden ist (vgl. hierzu Punkt 3.1. ff.).

Fallvariante:

Ändert sich etwas an der Zuständigkeit, wenn das deutsche Ehepaar in Spanien dort erst seit einem Jahr lebt und der Arbeitsvertrag des Ehemannes zunächst auf drei Jahre befristet ist?

Lösung:

Nein, auch hier bleibt es bei einem gewöhnlichen Aufenthalt des Paares in Spanien und damit auch bei einer internationalen Zuständigkeit sowohl des deutschen als auch des spanischen Gerichts. Auch zunächst auf vorübergehende Zeit geplante Aufenthalte können einen gewöhnlichen Aufenthalt begründen (vgl. Thomas Rauscher (2010) zu Art. 3 Brüssel IIa-VO Rn. 24). Entscheidend ist, ob eine persönliche und familiäre Integration angestrebt wird (vgl. Cass 14-12-2005 Bull civ 2005 n° 506 = EuLF 2006, I-34: Nicht bei Niederlassung zur vorübergehender Kindesbetreuung; CA Luxembourg EuLF 2007, I-301: Nicht ohne weiteres bei Botschafter im Gaststaat).

Fall:

Die deutsche Staatsangehörige D lebt schon immer zusammen mit ihrem französischen Ehemann F in Deutschland. Sie haben 2000 in Berlin geheiratet. Sie möchte nunmehr wissen, ob sie sich in Deutschland scheiden lassen und ob ihr Mann grundsätzlich auch in Frankreich einen Scheidungsantrag einreichen kann, womit sie aber nicht einverstanden wäre. Sie erklärt, wenn sie sich scheiden lassen will, dann nur in Deutschland.

Lösung:

Art. 3 Abs. 1 lit a - 1 Brüssel IIa-VO gibt dem Ehegatten die Möglichkeit, sich in Deutschland scheiden zu lassen, solange beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Nach der Brüssel IIa-VO ist die Zuständigkeit der französischen Gerichte für das Scheidungsverfahren nicht gegeben, da der französische Ehemann keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich hat. Es ist hier ausschließlich die internationale Zuständigkeit des deutschen Gerichts heranzuziehen. Eine Zuständigkeit des französischen Gerichts kommt auch nach dessen nationalem Prozessrecht nicht in Betracht. Gem. Art. 6 Brüssel IIa-VO handelt, da es sich bei der Vorschrift des Art. 3 Brüssel IIa-VO um eine ausschließliche Zuständigkeitsvorschrift, die die nationalen Zuständigkeitsvorschriften der Mitgliedsstaaten verdrängen. Somit kann der französische Ehemann das französische Gericht für die Scheidung nicht anrufen, selbst wenn französisches Prozessrecht ihm das ermöglicht. Wir können die Mandantin daher beruhigen.

Fallvariante:

Der französische Ehemann ist nach der Trennung wieder nach Frankreich zurückgekehrt und lebt dort seit drei Monaten. Ergibt sich nunmehr eine Änderung?

Lösung:

Nein, auch hier bleibt es bei der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit des deutschen Gerichts (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit a - 2 Brüssel IIa-VO), da die Ehegatten zuletzt beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, die deutsche Ehefrau hier nach wie vor lebt und

der französische Ehemann noch nicht mindestens sechs Monate in Frankreich gewöhnlich aufenthältlich ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit a - 6 Brüssel IIa-VO).

Fallvariante:

Die Eheleute haben nach der Eheschließung in Berlin ausschließlich gemeinsam in Frankreich gelebt, die deutsche Ehefrau zieht nach der Trennung jedoch wieder nach Deutschland zurück und lebt seit zehn Monaten wieder in Berlin. Sie wendet sich an Sie und möchte wissen, ob sie sich in Deutschland scheiden lassen kann.

Lösung:

Hier ist ebenfalls die internationale Zuständigkeit des deutschen Gerichts zu bejahen, da die Antragstellerin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit a - 6 Brüssel IIa-VO ihren gewöhnlichen Aufenthalt seit mindestens sechs Monaten unmittelbar vor der Antragstellung wieder in Deutschland hat und die Staatsangehörigkeit des Mitgliedsstaates des gewöhnlichen Aufenthaltsortes, hier Deutschland, besitzt.

Fallvariante

Ändert sich an der Lösung des Falls etwas, wenn der Ehemann nicht über die französische sondern über die marokkanische Staatsangehörigkeit verfügt?

Lösung:

Auch in diesem Fall ist selbstverständlich Art. 3 der Brüssel IIa-VO anwendbar, da die Brüssel IIa-VO nicht ausschließlich für Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten gilt. Sie findet in allen Mitgliedsstaaten Anwendung und ist daher auch für Drittstaatsangehörige, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Mitgliedsstaat haben, heranzuziehen.

1.1.1.3. Ausschließliche internationale Zuständigkeit nach Art. 3 Brüssel IIa-VO und konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 19 Brüssel IIa-VO

as passiert aber, wenn nunmehr der französische Ehemann, der mittlerweile auch schon zehn Monate wieder in Frankreich lebt, und die deutsche Ehefrau beide einen Scheidungsantrag beim Gericht ihres jeweiligen Mitgliedsstaates stellen, weil nach anwaltlicher Auskunft sowohl in Frankreich als auch Deutschland die Gerichte der jeweiligen Mitgliedsstaaten international zuständig sind, das Scheidungsverfahren durchzuführen. Ändert sich dann etwas? Die Ehefrau hat im Mai 2011 die Scheidung beim Familiengericht Tempelhof-Kreuzberg in Berlin eingereicht, der Ehemann beim Tribunal de Grande Instance in Paris im Juni 2011.

Lösung:

Hier erfüllen beide Gerichte die Voraussetzungen für die internationale Zuständigkeit des Art. 3 Abs. 1 - 6 Brüssel IIa-VO, da beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt seit mindestens sechs Monaten im jeweiligen Mitgliedsstaat haben, somit können beide einen Scheidungsantrag bei ihrem jeweiligen zuständigen Familiengericht stellen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Art. 19 der Brüssel IIa-VO die Problematik der konkurrierenden Zuständigkeit regelt. Art. 19 Abs. 1

Brüssel IIa-VO stellt klar, dass das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aussetzt, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geklärt ist.

Dies bedeutet im Klartext, dass grundsätzlich das Gericht des Mitgliedsstaates zuständig ist, das zuerst angerufen wurde. Unter Anrufung des zuerst angerufenen Gerichts ist nicht Rechtshängigkeit, sondern allein die Anhängigkeit zu verstehen (vgl. Art. 16 Brüssel IIa-VO). Das französische Gericht muss daher das Verfahren aussetzen und anfragen, ob das deutsche Gericht sich als zuerst angerufenes Gericht für zuständig erachtet. Ist dies der Fall erklärt es sich im Anschluss für unzuständig (vgl. Art. 19 Abs. 3 Brüssel IIa-VO). Auf die Problematik der konkurrierenden Zuständigkeit können die Gerichte natürlich nur durch Parteivortrag aufmerksam gemacht werden. D. h. ist wegen Unkenntnis des Gerichts über diese Frage in einem anderen Mitgliedsstaat bereits eine Entscheidung ergangen, so stellt dies keine Frage der konkurrierenden Zuständigkeit dar. Der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Brüssel IIa-VO ist nur dann eröffnet, wenn im anderen Mitgliedsstaat ein Verfahren anhängig ist. Ist bereits eine rechtskräftige Entscheidung eines unzuständigen Gerichts ergangen, ist dies eine Frage der Anerkennung nach Art. 22 lit c Brüssel IIa-VO. So kann z. B. ein in einem anderen Mitgliedsstaat anhängiges Trennungsverfahren nur dann fortgeführt werden, wenn die rechtskräftige Ehescheidung im anderen Mitgliedsstaat nicht anerkennungsfähig ist (vgl. Thomas Rauscher (2010) zu § 19 Brüssel IIa-VO Rn. 23). Die Unzuständigkeit eines Gerichts stellt aber kein Anerkennungshindernis dar (vgl. Art. 24 der Brüssel IIa-VO). Eine Entscheidung ist nur dann nicht anerkennungsfähig, wenn sie gegen den ordre public verstößt oder mit einer in einem anderen Mitgliedsstaat bereits ergangenen Entscheidung unvereinbar ist (vgl. Art. 22 der Brüssel IIa-VO).

1.1.1.4. Besondere örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg in Berlin

Ist die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit zu bejahen, so gibt es eine besondere örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg in Ehesachen nach § 122 Nr. 6 FamFG, wenn keiner der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (vgl. hierzu auch S. 7). Es kommt hierbei auf keine Meldeanschrift oder Wohnsitz an.

1.1.1.5. Annexzuständigkeit nach Art. 12 Brüssel IIa-VO

Im Rahmen der Regelung der Zuständigkeitsfrage ist zu beachten, dass es keine automatische Annexzuständigkeit gibt. Dies bedeutet, dass bei Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens in Deutschland nicht automatisch auch eine Zuständigkeit für die Folgesache elterliche Sorge vorliegt. Vielmehr ist hier stets gesondert nach der Brüssel IIa-VO zu prüfen, ob eine Zuständigkeit nach Art. 8 Brüssel IIa-VO für die Regelung der elterlichen Sorge gegeben ist (vgl. hierzu später). Eine Zuständigkeit für die Folgesache elterliche Sorge entsteht nur, wenn die Parteien sich einvernehmlich auf das Sorgerechtsverfahren einlassen und die Zuständigkeit nicht rügen oder vereinbaren (vgl. Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 Brüssel IIa-VO).

1.1.1.6. Rückgriff auf das nationale Recht

Stellen wir fest, dass nach der Brüssel IIa-VO keine Zuständigkeit in Frage kommt, weil die Parteien keinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat haben und auch keine Zuständigkeit nach Art. 3 lit b bei bestehender gemeinsamer Staatsangehörigkeit des angerufenen Gerichts entsteht, so ist als Auffangtatbestand für die Prüfung der internationalen Zuständigkeit § 98 FamFG in Betracht zu ziehen, der aber wegen Art. 6 Brüssel IIa-VO nur im Verhältnis zu Nichtmitgliedsstaaten gilt. Das ist z.B. dann der Fall, wenn beide Ehegatten aus verschiedenen Mitgliedsstaaten stammen und in einem Nichtmitgliedsstaat leben.

Fall:

Ein deutsch-italienisches Ehepaar lebt nach der Trennung weiterhin in der Schweiz. Die deutsche Ehefrau möchte sich von ihrem italienischen Ehemann in Deutschland scheiden lassen.

Lösung:

Hier ist nach der Brüssel IIa-VO weder eine internationale Zuständigkeit des deutschen noch des italienischen Gerichts gegeben, denn weder die Ehefrau noch der Ehemann haben einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat, da beide während der Ehe und auch nach der Trennung in der Schweiz gelebt haben. Somit kann die deutsche Ehefrau beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin einen Scheidungsantrag einreichen, da die Sperrwirkung des Art. 6 Brüssel IIa-VO i. V. m. Art. 7 Brüssel IIa-VO (Restzuständigkeit) nicht greift. In diesem Fall folgt die internationale Zuständigkeit aus § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG. Hiernach sind die deutschen Gerichte international zuständig, wenn ein Ehegatte Deutscher ist oder im Zeitpunkt der Eheschließung war.

Leben aber zwei Deutsche in demselben Drittstaat, so richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit b Brüssel IIa-VO (die Vorschrift verlangt nur die gemeinsame Staatsangehörigkeit des angerufenen Mitgliedsstaates ohne auf den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen) und nicht nach § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG.

1.1.2. Internationale Zuständigkeit für Verfahren hinsichtlich der elterlichen Verantwortung

1.1.2.1. Anwendungsbereich

Die Brüssel IIa-VO spricht nicht von dem Begriff der elterlichen Sorge, sondern von der elterlichen Verantwortung. Unter elterlicher Verantwortung versteht man „die gemeinsamen Rechte und Pflichten, die einer natürlichen oder juristischen Person durch Entscheidung oder Kraft Gesetzes oder durch eine rechtlich verbindliche Vereinbarung betreffend die Person oder das Vermögen eines Kindes übertragen wurden“, sie umfasst insbesondere auch das Sorge- und das Umgangsrecht. Aber nicht jeder Mitgliedsstaat sieht eine mit nach deutscher Rechtsauffassung vergleichbare Wertung der elterlichen Sorge vor. So wird in vielen Ländern von der sogenannten elterlichen Gewalt gesprochen, so z.B. in Italien „potestà genitoriale“, gleichfalls in Spanien „patria potestad“, in Frankreich ist es die „**autorité parentale**“. Jeder Mitgliedsstaat regelt somit autonom seinen Begriff der elterlichen Sorge bzw. elterlichen Gewalt. Entscheidend ist diese Problematik im Falle von Kindesentziehungen, da hier nach dem nationalen Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes zu prüfen ist, ob eine Verletzung der elterlichen Sorge bzw. elterlichen Gewalt vorliegt (vgl. S. 20 ff.).

1.1.2.2. Grundsatzzuständigkeit nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO

Hiernach sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung für das Kind betreffen, die Gerichte des Mitgliedsstaates international zuständig, in dem das Kind zur Zeit der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Zuständigkeit des gewöhnlichen Aufenthalts ist der Zeitpunkt der Antragstellung. Spätere Änderungen sind ohne Belang. Unter gewöhnlichem Aufenthalt ist grundsätzlich der Ort zu verstehen, an dem das Kind seinen Lebensmittelpunkt hat, also familiär und sozial integriert ist (vgl. BGH FamRZ 2008, 45, 46). Hierbei entscheidend sind auch die Umstände des Aufenthaltes

sowie die Gründe für den Aufenthalt bzw. den Umzug sowie der Wille der Sorgeberechtigten. Bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts ist nicht allein auf die schon zurückgelegte Aufenthaltsdauer abzustellen; auch die Aufenthaltsplanungen des Minderjährigen und seiner Eltern sind mit einzubeziehen (vgl. BGH FamRZ 1981, 135, 136, OLG Celle FamRZ 1993, 95).

1.1.2.2.1. Rechtmäßiger Umzug

Fall:

Ein französisches Paar lebt in Berlin. Sie haben zwei Kinder. Die Ehe kriselt, die Ehefrau möchte sich vom Ehemann trennen und zurück nach Frankreich ziehen. Sie will die Kinder mitnehmen. Hiermit ist der Vater nicht einverstanden. Die Ehefrau erwirkt vor dem Amtsgericht eine Entscheidung, wonach das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf sie übertragen wird und ihr der Wegzug nach Frankreich ausdrücklich genehmigt wird. Vier Monate nach dem Umzug möchte der französische Vater nunmehr einen Antrag auf Abänderung der getroffenen Entscheidung stellen, da die Kinder sich seiner Meinung nach in Frankreich nicht wohlfühlen und ausdrücklich den Wunsch geäußert haben, beim Vater zu leben. Weiterhin gibt er an, dass seine Frau die Kinder geschlagen hat. Ist hier eine internationale Zuständigkeit des deutschen Familiengerichts für die Abänderung der Sorgerechtsentscheidung gegeben?

Lösung:

Es bestehen hier Bedenken bezüglich der internationalen Zuständigkeit des hiesigen Familiengerichts, da die Kinder wieder in Frankreich leben. Bei einem rechtmäßigen Umzug der Kinder in einen anderen Mitgliedsstaat kann der gewöhnliche Aufenthalt schon unmittelbar nach dem Eintreffen dort angenommen werden. In diesem Zusammenhang wird auch auf das EuGH-Urteil vom 02.04.2009 - C-523/07, FamRBInt 3/2009, S. 53 - verwiesen. Der EuGH definiert den gewöhnlichen Aufenthalt wie folgt: *„Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes ist der Ort, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedsstaats sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes festzustellen.“* Der EuGH führt auch aus, dass die Absicht der Eltern, sich mit dem Kind dauerhaft in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen, hierzu zählen z.B. der Erwerb oder die Anmietung einer Wohnung, ein Indiz für die Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts sein kann. Der EuGH weist auch darauf hin, dass es am Ende der Prüfung sein kann, dass es nicht möglich ist, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu ermitteln. In einem solchen Ausnahmefall sollen nach Art. 13 Abs. 1 Brüssel IIa-VO die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig sein, in dem sich das Kind befindet.

Im vorliegenden Fall fehlt es an einer internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte, denn der Umzug nach Frankreich war durch den Beschluss des Amtsgerichts rechtmäßig. Die Kinder leben zudem schon seit 4 Monaten in Frankreich und sind französische Staatsangehörige.

1.1.2.2.2. Umzug gegen den Willen eines Elternteils

Problematisch sind die Fälle, in denen der Aufenthalt eines Kindes gegen den Willen des anderen Sorgeberechtigten verlegt wird. Insbesondere wird im Falle einer Kindesentführung der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes nicht ohne weiteres verändert, auch wenn das Kind sich in

die sozialen Verhältnisse des anderen Mitgliedsstaates integriert hat. Hierbei ist stets Art. 10 der Brüssel IIa-VO zu beachten, wonach grundsätzlich die Gerichte des bisherigen Aufenthaltsstaates bis zu einem Jahr zuständig bleiben, sofern kein Antrag auf Rückführung des Kindes gestellt wird.

Bei einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes in einen anderen Mitgliedsstaat ist zu empfehlen, die mögliche internationale Zuständigkeit des anderen Mitgliedsstaates auch dadurch zu blockieren, dass ein Antrag auf Rückführung des Kindes gestellt wird bzw. vorab im ursprünglichen Aufenthaltsstaat ein Sorgerechtsantrag sowie Herausgabeantrag eingereicht wird. In diesem Fall blockiert Art. 19 Abs. 2 Brüssel IIa-VO auch das Verfahren im anderen Mitgliedsstaat.

1.1.2.3. Sonderzuständigkeit nach Art. 9, 10, 12 Brüssel IIa-VO

1.1.2.3.1. Einleitung

Gem. Art. 8 Abs. 2 Brüssel IIa-VO tritt die Grundsatzzuständigkeit, die in Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO geregelt ist, hinter die Sonderzuständigkeit nach Art. 9, 10 sowie 12 Brüssel IIa-VO zurück.

1.1.2.3.2. Zuständigkeit für Abänderungsanträge in Umgangsverfahren nach Art. 9 Abs. 1 Brüssel IIa-VO

Bei Abänderungsanträgen in Umgangsverfahren bleibt es bei einer Zuständigkeit des Gerichts des Aufenthaltsstaates für einen Zeitraum von drei Monaten, der zeitlich ab dem Umzug gilt für eine vor dem Umzug des Kindes ergangene Umgangsentscheidung.

Der Umzug muss aber rechtmäßig sein, das ist der Fall, wenn der Umzug entweder gerichtlich genehmigt wurde oder der andere Elternteil zugestimmt hat. Weiterhin findet Art. 9 Abs. 1 Brüssel IIa-VO nur dann Anwendung, wenn bereits eine Umgangsentscheidung eines Gerichtes im bisherigen Aufenthaltsstaates ergangen ist. Diese Entscheidung muss vor dem Umzug ergangen sein. Im Übrigen wird vorausgesetzt, dass der umgangsberechtigte Elternteil sich weiterhin im Aufenthaltsstaat des Kindes gewöhnlich aufhält.

1.1.2.3.3. Zuständigkeit wegen rügeloser Einlassung in Umgangsverfahren nach Art. 9 Abs. 2 Brüssel IIa-VO

Hiernach wird die Zuständigkeit des Mitgliedsstaates des neuen gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes für Umgangsverfahren dann begründet, wenn der Umgangsberechtigte sich auf das Verfahren einlässt, ohne die Zuständigkeit im Verfahren zu rügen.

1.1.2.3.4. Annexzuständigkeit nach Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO

Ist die Frage der elterlichen Verantwortung mit einem Scheidungsverfahren verknüpft, so besteht eine Zuständigkeit für die Frage der elterlichen Verantwortung als Annex dann, wenn die Parteien die internationale Zuständigkeit des Gerichts anerkannt haben und diese auch im Einklang mit dem Kindeswohl steht. Art. 12 der Brüssel IIa-VO gilt somit nur für die Fälle, in denen das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in dem Gerichtsstaat hat (vgl. hierzu S. 10).

1.1.2.3.5. Zuständigkeit nach Art. 12 Abs. 3 Brüssel IIa-VO

In dieser Vorschrift wird geregelt, dass unabhängig von einem Scheidungsverfahren die Zuständigkeit eines Mitgliedsstaates begründet werden kann, in dem das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn eine wesentliche Bindung des Kindes zu diesem Mitgliedsstaat besteht, insbesondere weil ein Elternteil dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder das Kind die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedsstaates besitzt und die Parteien die Zuständigkeit des Gerichts vereinbart haben und die Zuständigkeit im Einklang mit dem Kindeswohl steht.

1.1.2.4. Auffangzuständigkeit nach Art. 13 Brüssel IIa-VO

Art. 13 Brüssel IIa-VO stellt eine Auffangregel für die Fälle dar, in denen der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nicht bestimmt werden kann und sich dann die internationale Zuständigkeit des Gerichts aufgrund bloßer Anwesenheit des Kindes bestimmt.

1.1.2.5. Rückgriffsmöglichkeit auf sonstige Zuständigkeitsnormen nach Art. 14 Brüssel IIa-VO

Diese Vorschrift regelt, dass sich die Zuständigkeit nach den Vorschriften des jeweiligen Mitgliedsstaates bestimmt (vorrangig KSÜ und dann nationales Verfahrensrecht), sofern eine Zuständigkeit aus dem Art. 8 bis 13 Brüssel IIa-VO eines Mitgliedsstaates nicht begründet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn die Kinder in einem Drittstaat leben aber deutsche Staatsangehörige sind.

Fall:

Ein deutsches Ehepaar lebt in den USA und hat zwei Kinder. Die Ehefrau möchte die Scheidung beim Amtsgericht Schöneberg einreichen und möchte wissen, ob auch für die Regelung der elterlichen Sorge die Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg gegeben ist.

Lösung:

Während für die Scheidung sich die Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit b der Brüssel IIa-VO bestimmt, richtet sich die internationale Zuständigkeit für die Sorgerechtsfrage nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO. Mangels gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder in Deutschland, gibt es hier keine internationale Zuständigkeit. Über Art. 14 der Brüssel IIa-VO kann aber auf § 99 Abs. 1 Nr. 1 FamFG zurückgegriffen werden. Die Kinder sind beide deutsche Staatsangehörige, somit ist nach dem nationalen Verfahrenswert eine internationale Zuständigkeit begründet.

1.1.2.6. Verweisungsregel des Art. 15 Brüssel IIa-VO

In besonderen Ausnahmefällen kann eine Verweisung an ein Gericht eines anderen Mitgliedsstaates erfolgen, das den Fall im Interesse des Kindeswohls besser beurteilen kann. Eine Verweisung kann auf Antrag oder von Amts wegen erfolgen.

1.1.2.7. Zuständigkeit in Eilfällen zur Ergreifung von einstweiligen Schutzmaßnahmen

Ein an sich in der Hauptsache unzuständiges Gericht kann gem. Art. 20 Brüssel IIa-VO einstweilige Maßnahmen in Eilfällen, in Deutschland also einstweilige Anordnungen treffen, auch wenn in der Hauptsache keine Zuständigkeit besteht.

1.2. Zuständigkeit nach internationalen Staatsverträgen

1.2.1. Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)

Seit dem 17.09.1971 ist das Haager Übereinkommen¹ auf die Zuständigkeit der Behörden und des anzuwendenden Rechts auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 05.10.1961 in Deutschland anwendbar. Zu beachten ist, dass das Minderjährigenschutzabkommen grundsätzlich das autonome Verfahrensrecht verdrängt und somit den § 99 FamFG (internationale Zuständigkeit in Kindschaftssachen) in den Hintergrund drängt. Das MSA ist grundsätzlich jedoch nur dann zu prüfen, wenn keine Zuständigkeit nach der Brüssel IIa-VO nach den Art. 8, 9, 10, 11, 12 und 13 begründet wird. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass das MSA durch das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) ersetzt wurde und somit nur noch dann eingreift, wenn eine Beziehung zu einem Staat besteht, der nicht Vertragsstaat des KSÜ ist. Das MSA (vgl. Anlage 1) knüpft gem. Art. 1 dieses Abkommens auch an die internationale Zuständigkeit des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes an.

1.2.2. Das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit des anzuwendenden Rechts, die Anerkennung, die Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und die Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (KSÜ)

1.2.2.1. Einleitung

Das Kinderschutzübereinkommen (KSÜ), das für die Bundesrepublik Deutschland seit dem 01.01.2011 in Kraft ist, soll einheitliche Regelungen über die internationale Zuständigkeit und das anzuwendende Recht in den Vertragsstaaten² (die Türkei und Italien sind derzeit keine Vertragsstaaten) schaffen sowie zur Vereinheitlichung von Anerkennungen und Vollstreckbarkeitserklärungen beitragen.

1.2.2.2. Anwendungsbereich

In Art. 3 KSÜ ist aufgelistet, welche Maßnahmen nach dem KSÜ getroffen werden können. Es handelt sich hierbei um Maßnahmen, die die elterliche Verantwortung betreffen. Hiervon inbegriffen ist das Recht zum persönlichen Umgang. Weiterhin sind unter anderem auch Vormundschaft und Pflegschaft erfasst. Das KSÜ erstreckt sich jedoch nicht auf

¹ China, Deutschland, Frankreich, Italien, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Schweiz, Spanien, Türkei

² Albanien, Armenien, Australien, Bulgarien, Dominikanische Republik, Ecuador, Estland, Finnland, Frankreich, Irland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Marokko, Monaco, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ukraine, Ungarn, Uruguay, Zypern

Adoptionsverfahren, auf die Namensregelung, Unterhaltspflichten sowie Vaterschaftsanfechtungen (vgl. hierzu Art. 4 KSÜ). Das KSÜ gilt für alle Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres. Nur das geborene Kind kann einen gewöhnlichen Aufenthalt begründen. Eine vorgeburtliche Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes ist nicht möglich. Diese Problematik kann von Bedeutung sein, wenn bereits vorgeburtlich eine Sorgerechtsklärung abgegeben wurde (vgl. Beschluss des Kammergerichts vom 27.06.2011, 16 UF 124/11, Anlage 2).

1.2.2.3. Zuständigkeitsregelung nach dem KSÜ

Art. 5 KSÜ knüpft hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage primär an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes an. Hierbei ist aber Art. 7 KSÜ zu beachten. Bei einem widerrechtlichen Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes bleiben die Behörden des Vertragsstaates, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, solange zuständig, bis es einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und das Verbringen oder Zurückhalten durch eine Behörde oder sonstige Stelle bzw. jede sorgeberechtigte Person genehmigt wurde (vgl. Art. 5 lit a KSÜ). Ansonsten ist im Falle eines widerrechtlichen Verbringens eine Zuständigkeit erst nach Ablauf eines Jahres gegeben, sofern die sorgeberechtigte Person bzw. Behörde oder sonstige Stelle den Aufenthaltsort des Kindes kannte oder hätte kennen müssen und während dieses Zeitraums kein Antrag auf Rückführung gestellt wurde (vgl. Art. 7 lit b KSÜ).

1.2.2.4. Verhältnis zur Brüssel IIa-VO

Art. 61 der Brüssel IIa-VO stellt klar, dass die Brüssel IIa-VO gegenüber dem KSÜ Vorrang hat. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zu Kindern, die im Besitz einer Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats sind sondern auch zu Kindern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates haben. Somit ist der Anwendungsbereich des KSÜ hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage relativ eingeschränkt. Sofern wir Fälle aus deutscher Sicht zu beurteilen haben und das Kind in Deutschland lebt, landen wir in der Brüssel IIa-VO. Lediglich dann, wenn das Kind, das über eine Drittstaatsangehörigkeit verfügt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat des KSÜ hat, der aber nicht Mitgliedsstaat der Brüssel IIa-VO ist, kann das KSÜ die Zuständigkeitsfrage regeln. Hieraus folgt, dass sich die Zuständigkeitsfrage in Deutschland für Fragen hinsichtlich der elterlichen Verantwortung grundsätzlich nach der Brüssel IIa-VO richtet.

Das KSÜ kommt hinsichtlich der Zuständigkeitsregelung nur dann zur Anwendung, soweit Art. 14 der Brüssel IIa-VO den Rückgriff auf nationales Recht gestattet, ist primär das KSÜ oder auch im Verhältnis zu sonstigen Staaten, die nicht Vertragsstaat des KSÜ sind, das MSA anwendbar.

2. Umzug eines Elternteils mit dem Kind ins Ausland nach Trennung

Bei Bestehen der gemeinsamen elterlichen Sorge ist ein Umzug mit dem gemeinsamen Kind ins Ausland nur dann möglich, wenn das Einverständnis des anderen Elternteils vorliegt. Liegt dieses Einverständnis nicht vor, so stellt dies einen Verstoß im Sinne von Art. 3 HKÜ dar, sofern der andere Elternteil mit dem Kind heimlich ins Ausland umzieht.

Hat ein Elternteil das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht, so fühlt er sich jedoch häufig dazu berechtigt, mit dem gemeinsamen Kind im Falle der Trennung ohne Einverständnis des anderen Elternteils z.B. ins EU-Ausland zu ziehen.

Es sind somit verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden:

2.1. Getrennt lebende Eltern ohne gerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge

Haben die Eltern sich getrennt und sind sich darüber einig, dass das Kind bei einem Elternteil leben soll, ohne dass sie hierüber eine gerichtliche Entscheidung erwirkt haben, ist bei einem Umzug ins Ausland das Einverständnis des anderen Elternteils erforderlich. Können die Eltern sich nicht einigen, so ist eine Entscheidung des Familiengerichts notwendig. Den Umzug des Kindes ausdrücklich gerichtlich genehmigen zu lassen, ist ratsam.

Weiterhin empfiehlt es sich, einen Antrag auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu stellen.

2.2. Einem Elternteil ist nach der Trennung das Aufenthaltsbestimmungsrecht durch gerichtliche Entscheidung übertragen worden

Hier ist sich die Rechtsprechung uneinig, ob die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Umzug zumindest innerhalb des europäischen Auslands berechtigt. So meint das OLG Koblenz in seiner Entscheidung vom 09.08.2007 (9 UF 450/07 = FamRBint 2008, 5 ff.), die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts übertrage dem Elternteil genauso das Recht, wie von Süd- nach Norddeutschland zu ziehen, ohne die Zustimmung des anderen Elternteils einzuholen, auch das Recht zum Umzug mit dem gemeinsamen Kind von Deutschland nach England.

Wenn mit einem Umzug eine Umschulung verbunden ist, halten dagegen das OLG Dresden und das OLG München hierfür die Zustimmung des anderen Elternteils für erforderlich. Als Begründung wird angeführt, dass die Befugnis, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, nur einen Teilbereich der Personensorge betrifft. Ein größerer Umzug kann aber auch Auswirkungen auf andere Bereiche der Personensorge haben, so wie etwa die Schule, Gesundheit und Form der Betreuung, die den Eltern noch gemeinsam verblieben sind. Deshalb ist trotz Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts das Einverständnis des anderen Elternteils ausdrücklich notwendig (OLG Dresden vom 15.10.2002 – 10 UF 433/02 sowie OLG München vom 13.07.1998 – 12 WF 966/98 = OLG Report München 1998/287).

Hierbei ist insbesondere auch zu beachten, dass für einen Umzug ins Ausland die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht notwendig ist, sondern ausreichend ist, dass der Umzug ins Ausland gerichtlich genehmigt wird. Dies wird häufig aber von den Gerichten übersehen.

Der BGH hat sich zu dieser Frage ebenfalls mit Beschluss vom 28.04.2010 (vgl. BGH FamRBint 2010, 51) geäußert. Er geht davon aus, dass die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wohl ausreichend ist und stellt Kriterien für die Entscheidungsfindung auf:

Wenn der das Kind betreuende Elternteil beabsichtigt, mit dem Kind in ein entferntes Land (hier: Mexiko) auszuwandern und beide Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben, so ist Maßstab der Entscheidung über die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts vornehmlich das Kindeswohl. Für die Entscheidung sind zudem die beiderseitigen Elternrechte einzubeziehen. Die allgemeine Handlungsfreiheit des auswanderungswilligen Elternteils schließt es aus, dass auch die Möglichkeit des Verbleibs des betreuenden Elternteils im Inland als tatsächliche Alternative in Betracht kommt, selbst wenn diese dem Kindeswohl am besten entspräche. Die Gründe des Elternteils für seinen Auswanderungswunsch sind nur insoweit bedeutsam, als sie sich nachteilig auf das Kindeswohl auswirken (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392).

2.3. Einem Elternteil ist nach Trennung die elterliche Sorge insgesamt durch gerichtliche Entscheidung übertragen worden oder er ist kraft Gesetzes Inhaber der elterlichen Sorge

Bei alleiniger elterlicher Sorge eines Elternteils kann dieser ohne Zustimmung des anderen Elternteils mit dem Kind ins Ausland umziehen, wohin er will, auch wenn damit Entscheidungen verbunden sind, die für das weitere Leben des Kindes von erheblicher Bedeutung sind. Einschränkungen gelten nur dann, sofern hier das Kindeswohl durch den Umzug erheblich beeinträchtigt wird.

2.4. Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ)

2.4.1. Ziel und Zweck des Abkommens

Dieses Übereinkommen wurde bereits am 25.10.1980 verabschiedet, in Deutschland aber erst am 01.12.1990 in Kraft gesetzt.

Nach dem HKÜ³ sind Entscheidungen über das Sorgerecht oder Fragen betreffend die Umgangsregelung bei der Trennung der Eltern in dem Staat zu treffen, in dem das Kind seinen

³ Albanien, Andorra, Argentinien, Armenien, Australien, Bahamas, Belgien, Belize, Bosnien und Herzegowina, Brasilien, Bulgarien, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Dänemark, Deutschland, Dominikanische Republik, Ecuador, Ehemalige jugoslawische Republik, El Salvador, Estland, Fidschi, Finnland, Frankreich, Gabun, Georgien, Griechenland, Guatemala, Honduras, Irland, Island, Israel, Italien, Kanada, Kolumbien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Marokko, Mauritius, Mazedonien, Mexiko, Moldau, Monaco, Montenegro, Neuseeland, Nicaragua, Niederlande, Norwegen, Österreich, Panama, Paraguay, Peru, Polen, Portugal, Rumänien, Russische Föderation, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Seychellen, Simbabwe, Singapur, Slowakei, Slowenien, Spanien, Sri Lanka, St. Kitts und Nevis, Südafrika, Thailand, Trinidad, Tschechische Republik, Türkei, Turkmenistan, Ukraine, Ungarn, Uruguay, Usbekistan, Venezuela, Vereinigte Staaten von Amerika, Vereinigtes Königreich Großbritannien, Volksrepublik China, Weißrussland, Zypern

gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die in einem anderen Vertragsstaat getroffene Sorgerechtsentscheidung bzw. das dort geltende Gewaltverhältnis ist in dem anderen Staat zu beachten. Setzt sich ein Elternteil über eine Sorgerechtsentscheidung hinweg, indem er das Kind entweder widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbringt bzw. dort zurückhält, so kann die Rückführung des Kindes nach dem HKÜ beantragt werden (ein Antragsformular finden Sie in der Anlage 3 zu diesem Skript). Ein Antrag auf Rückführung des Kindes ist bei der Zentralen Behörde des jeweiligen Vertragsstaates zu stellen. In Deutschland ist das beim Bundesamt für Justiz. Die Anschrift lautet:

Bundesamt für Justiz, Adenauerallee 99 – 103, 53113 Bonn
Tel.: 0228/410-40, Fax: 0228/410-5050, <http://www.bundesjustizamt.de>

Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass ein Rückführungsantrag auch direkt beim Gericht beantragt werden kann ohne zuvor einen Antrag bei der Zentralen Behörde gestellt zu haben.

Zu beachten ist, dass das Abkommen auch Anwendung findet, wenn das Umgangsrecht eines Elternteils verletzt wird. Dann kann mit Hilfe der Zusammenarbeit der zentralen Behörden eine Umgangsregelung getroffen werden.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass mit Vollendung des 16. Lebensjahrs das Abkommen keine Anwendung mehr findet (vgl. Art. 4 HKÜ).

2.4.2. Entführung eines Kindes von Deutschland in einen anderen Vertragsstaat des HKÜ

Wird ein Kind von Deutschland in einen anderen Vertragsstaat entführt oder in Deutschland zurückgehalten, so kann ein Antrag beim Bundesamt für Justiz auf Rückführung des Kindes gestellt werden.

Eine Kindesentführung bzw. -entziehung liegt dann vor, wenn gegen den Willen des anderen Elternteils ein Kind von einem Vertragsstaat unter Verletzung des Sorgerechts verbracht wird. Ein Zurückhalten des Kindes ist dann gegeben, wenn ein Elternteil das Kind z.B. nach Ablauf des Ferienumgangs widerrechtlich nicht an den anderen Elternteil herausgibt.

Das Bundesamt für Justiz setzt sich dann mit der Zentralen Behörde des anderen Vertragsstaates in Verbindung, damit die dortige Zentrale Behörde vor Ort den Aufenthaltsort des Kindes ermittelt und den entführenden Elternteil auffordert, das Kind zurückzubringen, in der Regel unter Setzung einer Frist. Wird das Kind nicht herausgegeben, leitet die zuständige Zentrale Behörde vor Ort ein Gerichtsverfahren zur Rückgabe des Kindes ein.

Im Falle einer Kindesentführung von Deutschland in einen anderen Vertragsstaat liegt somit die anwaltliche Hilfe darin, den Mandanten bei der Antragstellung an das Bundesamt für Justiz zu unterstützen. Kommt es jedoch zu keiner Herausgabe des Kindes, so endet hier die anwaltliche Tätigkeit, da in diesem Fall vor Ort mit Hilfe der dortigen Zentralen Behörde ein Anwalt eingeschaltet werden muss, um die Rückführung gerichtlich im Einführungsstaat zu veranlassen.

Fall:

Ein in Berlin lebender Spanier ist mit einer Argentinierin verheiratet und hat zwei Kinder. Das Paar trennt sich im April 2012. Die Ehefrau zieht mit den Kindern aus der gemeinsamen Ehwohnung aus. In den Sommerferien reist sie mit den Kindern nach Argentinien und kehrt nicht mehr nach Deutschland zurück. Der spanische Mandant wendet sich an Sie und möchte wissen, was er nun unternehmen kann, damit die Kinder zurück nach Deutschland kommen. Er sagt Ihnen auch, dass

er nichts von der Reise wusste und erst durch seine Schwägerin und die Schule erfahren hat, dass die Kinder immer noch in Peru sind.

Lösung:

Sie sollten den Mandanten darüber aufklären, dass hier ein Antrag auf Rückführung der Kinder beim Bundesamt für Justiz nach dem HKÜ gestellt werden kann und dass Sie ihm beim Ausfüllen der Formulare behilflich sein können. Sie sollten ihn darauf hinweisen, dass er, wenn die Kinder mithilfe der Zentralen Behörde nicht wieder herausgegeben werden, einen Anwalt vor Ort einschalten muss um vor Ort die Rückführung gerichtlich durchzusetzen. Sie sollten ihn auch darauf aufmerksam machen, dass er direkt ohne Einschaltung der Zentralen Behörde direkt im Entführungsland mit Hilfe eines Anwaltes vor Ort einen gerichtlichen Rückführungsantrag stellen kann, was zu empfehlen ist, um nicht wertvolle Zeit zu verlieren. Weiterhin muss Ihr Mandant darauf hingewiesen werden, dass er die Möglichkeit hat, eine Strafanzeige gegen die Kindesmutter wegen Kindesentziehung im Sinne von § 235 StGB stellen kann. Dies führt aber in den seltensten Fällen zur Rückführung der Kinder. Parallel dazu kann auch ein Antrag auf Herausgabe und Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge beim Familiengericht gestellt werden. Das Familiengericht muss dann den Internationalen Sozialdienst (<http://www.iss-ger.de>) einschalten, der weltweit agiert und versucht wird, Kontakt mit dem entführenden Elternteil aufzunehmen.

2.4.3. Entführung eines Kindes von einem anderen Vertragsstaat des HKÜ nach Deutschland bzw. Zurückhalten des Kindes in Deutschland

In diesen Fällen geht es meist darum, den Mandanten im gerichtlichen Verfahren zu vertreten, sei es, um die Rückführung des Kindes in den anderen Vertragsstaat zu verhindern oder die Rückführung des Kindes zu bewirken. Hier ist insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass es keine Verpflichtung gibt, das Rückführungsverfahren über die Zentrale Behörde einzuleiten. Vielmehr gibt es die Möglichkeit direkt beim zuständigen Gericht einen Antrag auf Rückführung zu stellen. Dies empfiehlt sich insbesondere dann, wenn mit einer außergerichtlichen Lösung nicht zu rechnen ist, der Aufenthaltsort des Kindes bekannt ist und das Verfahren beschleunigt vorangetrieben werden soll.

Fall:

Ein nicht verheiratetes deutsch-schweizer Paar hat gemeinsam ein Kind. Sie leben in Basel. Die Mutter geht davon aus, dass sie nach schweizer Rechtslage über die alleinige elterliche Sorge verfügt und zieht mit dem Kind nach der Trennung nach Köln. Der Kindsvater beantragt bei der schweizer Zentralen Behörde die Rückführung des Kindes. Die Mutter gibt das Kind nicht heraus und beim Amtsgericht Pankow/Weißensee wird nunmehr durch das Bundesamt für Justiz ein Verfahren auf Rückführung eingeleitet.

Lösung:

In diesem Fall hatte sich das Gericht mit der Frage der Widerrechtlichkeit des Verbringens auseinanderzusetzen, d.h., ob überhaupt eine Sorgerechtsverletzung vorliegt. Dies war hier nicht der Fall, da die Mutter wegen der Schweizer Rechtslage über die alleinige elterliche Sorge verfügt (vgl. hierzu auch KG-Beschluss vom 27.06.2011, Anlage 2, auch mit Anmerkungen hierzu in FamRBint 2011 S. 73 ff.).

2.4.4. Welches Gericht ist in Deutschland für die Rückführungsverfahren zuständig?

Die Zuständigkeit erfolgt aus §§ 11, 12 IntFamRVG, d.h. zuständig ist das Familiengericht, in dessen Bezirk ein Oberlandesgericht seinen Sitz hat.

2.4.5. Rückführungsvoraussetzungen

2.4.5.1. Widerrechtlichkeit des Verbringens nach Art. 3 HKÜ

Das Verbringen oder Zurückhalten ist dann widerrechtlich, wenn hierdurch das Sorgerecht des anderen Elternteils nach dem Recht des Staates, in dem das Kind sich unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten gewöhnlich aufgehalten hat, verletzt wird (vgl. Art. 3 lit a HKÜ). Wir können somit nicht das deutsche Verständnis von Sorgerecht heranziehen, um zu beurteilen, ob eine Sorgerechtsverletzung nach z.B. schweizer oder spanischem Recht vorliegt. Es ist auch auf die Sorgerechtslage im Zeitpunkt der Entführung abzustellen und nicht der Maßstab danach anzulegen.

Fall:

Eine Deutsche wendet sich an Sie, die zusammen mit einem Spanier eine gemeinsame Tochter hat. Beide leben in Spanien und trennen sich Anfang des Jahres 2011. Die deutsche Mutter möchte zusammen mit der Tochter aus Spanien ausreisen und künftig in Deutschland leben, da ihre Familie dort lebt und es ihr in Spanien schlecht geht. Hiermit ist der spanische Vater nicht einverstanden. Die deutsche Mandantin wendet sich an Sie und teilt mit, dass sie in Spanien die „guarda y custodia“ hat, dies sei das spanische Sorgerecht.

Lösung:

Um beurteilen zu können, ob die „guarda y custodia“ die Mandantin berechtigt, tatsächlich nach Deutschland auszureisen, ist das spanische Recht maßgeblich. Nach Auskunft des spanischen Justizministeriums berechtigt die „guarda y custodia“ nicht dazu, den Wohnsitz gegen den Willen des anderen Elternteils zu verlegen, sondern ist vielmehr nur Ausdruck, dass das Kind bei der Mutter leben kann. Es reicht daher nicht aus, dass die Mandantin lediglich über die „guarda y custodia“ verfügt, denn die „patria potestad“ (elterliche Gewalt) wird von den Eltern weiterhin geteilt. Solange ein spanisches Gericht der Mandantin nicht genehmigt, mit dem Kind Spanien zu verlassen, begeht sie eine Sorgerechtsverletzung im Sinne von Art. 3 HKÜ. Ihr kann daher nicht geraten werden, Spanien zu verlassen, da sie in einem solchen Fall mit hoher Wahrscheinlichkeit die Rückführung des Kindes nach Spanien riskiert (vgl. hier Entscheidung des OGH Wien vom 24.09.2009). Im Übrigen riskiert die Mutter hierdurch womöglich, dass ihr auch die „guarda y custodia“ entzogen wird.

Die Sorgerechtsverletzung ist aber nur dann widerrechtlich, wenn im Zeitpunkt des Verbringens das Sorgerecht auch tatsächlich ausgeübt wurde. Hierfür ist ausreichend, dass das Umgangsrecht ausgeübt wird. Allein der Einwand der Mandantin, der Vater habe sich nie ausreichend um das Kind gekümmert, reicht hierfür nicht. Dies setzt voraus, dass keinerlei Kontakt zwischen Vater und Kind besteht.

2.4.5.2. Ausschluss der Rückführung nach Art. 13 HKÜ

Eine Rückführung kann dann ausgeschlossen werden, wenn der andere Elternteil, dessen Sorgerecht verletzt wurde, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dies nachträglich genehmigt hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit a HKÜ). Dies stellt häufig eine Beweisfrage dar und ist daher

meist streitig. Ebenso ist die Rückführung ausgeschlossen, wenn der die Rückführung begehrende Elternteil sein Sorgerecht gar nicht ausgeübt hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit a HKÜ). Aber auch der getrennt lebende Elternteil übt sein Sorgerecht aus, wenn er Umgang mit dem Kind hat (OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1607). Weiterhin ist die Rückführung ausgeschlossen, wenn die Rückgabe mit schwerwiegenden Gefahren eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage versetzt wird (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit b HKÜ).

Allgemeine Erwägungen etwa zur besseren Eignung eines Elternteils zur Ausübung der elterlichen Sorge oder zu den Lebensverhältnissen in dem anderen Staat reichen hierfür nicht. Vielmehr wird die Ansicht vertreten, dass dem Entführer zugemutet werden kann, das Kind in den Herkunftsstaat zu begleiten (OLG Stuttgart FamRZ 2008, 1777). Ebenso sind Kleinkinder bei einem widerrechtlichen Verbringen zurückzuführen. Das Kleinkindalter für sich ist somit nicht ausreichend. Eine Kindeswohlprüfung, insbesondere die Frage wo das Kind künftig leben soll, ist von den Gerichten des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zu treffen. Auch der Kindeswille kann von Bedeutung sein, wenn das Kind eine solche Reife erlangt hat, dass es eine eigene, verantwortliche Erklärung abgeben kann (vgl. Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Dies wird in der Regel aber erst dann anzunehmen sein, wenn das Kind mindestens 12 Jahre alt ist. Allerdings gibt es hier Rechtsprechung, die es bereits zu einem früheren Zeitpunkt annimmt. Bei einem Kind, das das 16. Lebensjahr bereits vollendet hat, findet das Abkommen allerdings keine Anwendung mehr.

Ist zwischen Entführung und gerichtlicher Antragsstellung mehr als 1 Jahr vergangen und hat das Kind sich während dieser Zeit am Zufluchtsort bereits integriert, so steht dies einer Rückführung entgegen (vgl. Art. 12 Abs. 2 HKÜ).

2.4.5.3. Welche Auswirkungen hat ein Rückführungsverfahren nach dem HKÜ auf bereits anhängige Sorgerechtsverfahren?

Nach Art. 16 HKÜ dürfen keine Sachentscheidungen über das Sorgerecht von einem Familiengericht in Deutschland getroffen werden, solange das gerichtliche Rückführungsverfahren einschließlich der Zwangsvollstreckung in Deutschland noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Anhängige Verfahren nach § 151 Nr. 1 - 3 FamFG sind an das Familiengericht abzugeben, das über die Rückführung zu entscheiden hat (vgl. § 13 Abs. 1 und 3 IntFamRVG). Das Rückführungsgericht kann nur Entscheidungen nach Art. 20 der Brüssel IIa-VO treffen, sogenannte Schutzmaßnahmen wegen dringender Kindeswohlgefährdung. Erst wenn feststeht, dass das Kind nicht zurückgeführt werden muss, kann eine Sorgerechtsentscheidung getroffen werden. Gleiches gilt, wenn innerhalb einer angemessenen Zeit bei Gericht kein Antrag auf Rückführung des Kindes gestellt wird. Entsprechendes ist in Art. 10 lit b der Brüssel IIa-VO geregelt. In dieser Vorschrift wird präzisiert, dass, wenn trotz Kenntnis des Aufenthaltsortes des Kindes nicht innerhalb eines Jahres ein Antrag auf Rückführung gestellt wurde, die internationale Zuständigkeit des Zufluchtsstaates entsteht.

2.4.5.4. Entführung in einen Nicht-Vertragsstaats des HKÜ

In diesem Fall gibt es keinen völkerrechtlichen Schutz, eine Rückführung des Kindes nach Deutschland zu verlangen. Auch die Deutsche Botschaft hat keine Handhabe, im Land vor Ort tätig zu werden. Es besteht die Möglichkeit, sich mit der Deutschen Botschaft in Verbindung setzen, jedoch hat diese völkerrechtlich nicht die Befugnis, in das Rechtssystem des anderen Landes einzugreifen. Es kann somit nur vor Ort versucht werden, eine günstige Sorgerechtsentscheidung zu erwirken. In den meisten islamischen Ländern ist dies für die Mutter des Kindes nicht möglich. Hier hat in der Regel allein der Vater die elterliche Gewalt inne. Anders aber zum Beispiel in Marokko (hier teilen sich die verheirateten Eltern die elterliche Sorge), das

jetzt auch Vertragsstaat des HKÜ geworden ist. Somit sind Entführungen in ein islamisches Land, das nicht Vertragsstaat des HKÜ ist, nur rückgängig zu machen, wenn sich der Entführer einsichtig zeigt.

Es gibt aber Möglichkeiten, über den Internationalen Sozialen Dienst Kontakt zum Kind und zu dem Entführer aufzunehmen. Der ISD versucht, Kontakt mit dem entführenden Elternteil aufzunehmen und auf eine gütliche Einigung im Interesse des Kindes hinzuwirken. Der Internationale Soziale Dienst kann auf der Seite www.issger.de sowie www.deutscher-verein.de oder unter der Telefonnummer +49 (0)30/62 980-403 mit Sitz in der Michaelkirchstr. 17-18 in 10179 Berlin kontaktiert werden.

2.5. Vorbeugende Maßnahmen zum Schutz vor Kindesentziehung

2.5.1. Grenzsperre

Trägt ein Elternteil vor, dass der andere Elternteil beabsichtige, das Kind in sein Herkunftsland zu entführen, so besteht die Möglichkeit einen Antrag auf Erlass einer Grenzsperre beim zuständigen Familiengericht zu stellen. In der Regel wird dem Erlass einer Grenzsperre stattgegeben, wenn plausible Gründe in Form einer eidesstattlichen Versicherung vorgetragen werden. Dies bedeutet, dass allein die Angst vor einer Kindesentziehung nicht ausreichend ist, sondern vielmehr konkrete Anhaltspunkte vorgetragen werden müssen, aus denen sich erschließen lässt, dass der andere Elternteil versucht, das Kind mit sich zu nehmen. Werden z.B. Drohungen ausgesprochen, dass das Kind entführt oder nach einer Reise nicht mehr zurückgebracht wird, kann eine Grenzsperre erlassen werden. Sie gilt dann für den Zeitraum von einem Jahr. Die Bundespolizei in Koblenz trägt die Grenzsperre dann in das Schengener Informationssystem ein. Ein Beschluss auf Erlass einer Grenzsperre lautet in etwa wie folgt:

Hat das Amtsgericht - Familiengericht - am ----- durch den Richter am Amtsgericht beschlossen:

Dem Vater wird unter Androhung eines Zwangsgeldes bis zu 25.000,00 EUR verboten, das Kind außerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland zu bringen.

Die Grenzpolizeibehörden der Bundesrepublik Deutschland werden ersucht, im Rahmen der Grenzfehndung jede Ausreise des Kindes aus der Bundesrepublik Deutschland, jedenfalls aber aus dem Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten des Übereinkommens von Schengen zu verhindern, sofern die Begleitperson nicht durch einen Gerichtsbeschluss späteren Datums nachweisen kann, dass sie Inhaberin der elterlichen Sorge oder der Personensorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts für das Kind ist.

Gründe:

Aufgrund der eidesstattlichen Erklärung der Mutter ist die Gefahr glaubhaft gemacht, dass der Vater das Kind gegen den Willen der Mutter und unter Verletzung des bestehenden gemeinsamen Sorgerechts der Eltern in sein Heimatland, nach Kamerun, verbringen könnte. Zur Abwendung einer Gefahr für das Kindeswohl ist die vorstehende Anordnung daher geboten.

3. Die Prüfung des anwendbaren Rechts

Das auf internationale Familienrechtsfälle anzuwendende Recht bestimmt sich entweder nach internationalen Abkommen, nach EU-VOen sowie auf nationaler Ebene in Deutschland nach dem EGBGB. Hierbei ist zu beachten, dass das Internationale Privatrecht nicht innerhalb der EU vereinheitlicht ist und sich zumeist auf nationaler Ebene durch die autonomen IPR-Regelungen bestimmt wird. Insoweit wendet jedes nationale Gericht grundsätzlich sein eigenes nationales IPR bei einem Auslandsbezug an. Das Gericht muss allerdings stets überprüfen, ob es vorrangige Regelungen auf völkerrechtlicher Ebene oder EU-Rechtsakte gibt.

3.1. Allgemeine Grundsätze des IPR

3.1.1. Die Verweisung auf das Recht eines anderen Staates

Sofern das EGBGB, das IPR eines anderen Staates oder eine völkerrechtliche Regelung auf deutsches Recht verweist, ist deutsches Sachrecht anzuwenden. Verweisen die Normen des EGBGB bzw. das IPR eines anderen Staates auf das Recht eines anderen Staates, so ist hierin eine sogenannte Gesamtverweisung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zu sehen, d.h. als Verweis auf das IPR eines anderen Staates und nur ausnahmsweise ist eine solche Verweisung, eine sogenannte Sachnormverweisung, auf das Sachrecht des jeweiligen Landes.

Wird auf das Kollisionsrecht eines fremden Staates verwiesen und nimmt dieses Recht die Verweisung an, so stellt das eine Verweisung auf die Sachnormen des betreffenden Staates dar. Alternativ gibt es die Möglichkeit, dass das fremde Recht auf das ursprünglich verweisende Recht zurückverweist. Hier spricht man von einer sogenannten Rückverweisung (*renvoi de premier degré*) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. In diesem Fall wird dann das Sachrecht angewandt.

Als dritte Möglichkeit kommt in Betracht, dass das fremde Recht nicht angewandt werden will, aber auf das Recht eines dritten Staates verweist, dies ist die sogenannte Weiterverweisung (*renvoi de second degré*). Bei der Weiterverweisung kann das Kollisionsrecht des dritten Staates wiederum, anstatt die Weiterverweisung anzunehmen, auf das zweite Recht zurück oder auf ein anderes, ein viertes Recht oder auf das Ausgangsrecht verweisen.

Ob die Weiterverweisung als Verweisung auf das internationale Privatrecht eines Drittstaates zu verstehen ist oder als Sachnormverweisung bestimmt sich immer nach dem Kollisionsrecht des jeweiligen Landes. In der Regel kann aber davon ausgegangen werden, dass es als Verweis auf das Kollisionsrecht eines anderen Staates zu verstehen ist.

3.1.2. Ordre public gem. Art. 6 EGBGB

Kommt man nach der Prüfung des anwendbaren Rechts zu einer Rechtsordnung, dessen Ergebnis mit deutschen Rechtsvorstellungen schlechthin unvereinbar ist, bietet die ordre-public-Klausel des Art. 6 EGBGB die Nichtanwendung des ausländischen Rechts. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts z. B. bislang dazu

führt, dass hiernach eine Scheidung nicht ausgesprochen werden konnte. So wurde z.B. eine Marokkanerin, die mit einem Marokkaner verheiratet war, nach deutschem Recht geschieden, weil das marokkanische Recht für die Ehefrau keinen Scheidungsgrund vorsah (vgl. hierzu Beschluss des OLG Hamm vom 11.10.2010, FamRBint 2012, S. 1 ff.). Dies kann aber auch zur Folge haben, dass die in Deutschland ausgesprochene Scheidung in Marokko nicht anerkannt wird und es somit zu sogenannten hinkenden Rechtsverhältnissen kommt. Achtung: Diese Problematik stellt sich heute so nicht mehr, weil die Rom-III-VO gilt. Im Übrigen kann die Rom-III-VO auch eine ausdrückliche *ordre public* Regelung, die zumindest für Scheidungsangelegenheiten vorgeht (vgl. Art. 10 der Rom-III-VO).

3.1.3. Das Kollisionsrecht in Ehesachen nach dem EGBGB für Altfälle nach alter Rechtslage

Bislang gab es kein einheitliches Kollisionsrecht für Ehesachen. Auf europarechtlicher Ebene hat sich hier aber am 21.06.2012 etwas geändert, denn an diesem Tag trat die Rom-III-Verordnung in Kraft, die das Kollisionsrecht für Scheidungsangelegenheiten in Europa vereinheitlichen soll. Im nationalen IPR wird das Scheidungskollisionsrecht bislang in Art. 17 i.V.m. Art. 14 EGBGB geregelt. Künftig ist die Rom-III-VO als vorrangige Regelung immer zu prüfen. Dies gilt für alle Scheidungsverfahren, die ab dem 21.06.2012 eingeleitet wurden (vgl. hierzu auch S. 32 des Skriptes).

3.1.3.1. Bisherige Rechtslage nach Art. 17 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB

In Art. 17 i.V.m. Art. 14 EGBGB wird bestimmt, welches Recht auf die Ehescheidung anzuwenden ist, wenn ein internationaler Bezug besteht. Hier wird nach der sogenannten Kegelschen Leiter in 3 Anknüpfungspunkten nacheinander geprüft:

- In Nr. 1 wird auf das Recht des Staates der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten abgestellt oder der letzten gemeinsamen Staatsangehörigkeit während der Ehe, wenn einer der Ehegatten die Staatsangehörigkeit dieses Staates noch inne hat,
- in Nr. 2 wird auf den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt, sofern einer der Ehegatten noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat besitzt und
- in Nr. 3 an das Recht des Staates mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind.

Das EGBGB stellt somit primär auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit und sekundär erst auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten ab. Wenn hier keine Anknüpfung gefunden werden kann, ist zu prüfen, mit welchem Staat die Ehegatten auf andere Weise am engsten verbunden sind.

Wie oben bereits ausgeführt handelt es sich bei den ausgesprochenen Verweisungen um Gesamtnormverweisungen auf das IPR eines anderen Staates. Lediglich wenn hiernach auf das deutsche Recht verwiesen wird, ist dies als Sachnormverweisung zu verstehen.

Zur Veranschaulichung und Darstellung zu welchen Absurditäten die alte Rechtslage geführt hat, folgender Fall:

Fall:

Zwei türkische Staatsangehörige heiraten 1995 in Berlin. Im Jahre 1998 lässt sich die Ehefrau einbürgern und zuvor aus der türkischen Staatsbürgerschaft ausbürgern. 1999 erhält sie auf ihren Antrag hin wieder die türkische Staatsbürgerschaft. Wegen der damaligen Gesetzeslage (eine Änderung trat erst am 01.01.2000 ein) verliert die Ehefrau hierdurch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit. 2010 trennen sich die Ehegatten und die Ehefrau wendet sich an Sie mit der Bitte, die Scheidung einzureichen. Sie möchte wissen, welches Recht auf ihre Scheidung Anwendung findet.

Lösung:

Eine gemeinsame Staatsangehörigkeit zum jetzigen Zeitpunkt besteht nicht, da die Ehefrau vorrangig über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt, vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Grundsätzlich müssten wir dann an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Aber Nr. 1 stellt auch auf die letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten ab, wenn einer von ihnen diese Staatsangehörigkeit noch besitzt. Somit wäre im vorliegenden Fall nicht deutsches IPR, sondern vielmehr türkisches IPR anzuwenden, denn der türkische Ehemann besitzt nach wie vor die türkische Staatsangehörigkeit. Das türkische IPR, Art. 13 Abs. 3 IPRG selbst, stellt ebenfalls primär auf die Staatsangehörigkeit ab und nimmt die Verweisung an. So landen wir in diesem Fall im türkischen Scheidungsrecht und wir müssen der Mandantin mitteilen, dass sie sich zwar in Berlin scheiden lassen kann, aber auf ihre Scheidung türkisches Recht Anwendung findet. Wir sagen ihr aber auch, wenn sie dies vermeiden will, muss sie mit der Einreichung der Scheidung bis zum Inkrafttreten der Rom-III-VO warten (vgl. hierzu 3.1.4., S. 30 ff.), denn hier wird primär auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt.

Fallvariante:

Ändert sich hieran etwas, wenn die zunächst türkische Ehefrau sich einbürgern lässt, 1999 aber keinen Antrag auf Neuerwerb der türkischen Staatsangehörigkeit gestellt hat und somit im Zeitpunkt der Ehescheidung nur über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt? Welches Recht ist in diesem Fall anwendbar?

Lösung:

Zunächst waren beide Ehegatten türkische Staatsangehörige. Deshalb knüpfen wir nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB an die letzte gemeinsame türkische Staatsangehörigkeit der Beteiligten an, obwohl die Ehefrau heute nur noch über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt. Das türkische IPR bestimmt in diesem Fall aber, dass das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes Anwendung findet, da die Beteiligten über keine gemeinsame Staatsangehörigkeit verfügen. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das türkische IPR-Gesetz im Wesentlichen reformiert wurde und Art. 13 des IPR-Gesetzes Nr. 2675 bei Fehlen einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit den gemeinsamen Aufenthalt für maßgeblich erklärt.

3.1.3.2. Das anwendbare Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB

Diese Vorschrift bleibt auch künftig erhalten und wird nicht durch die Rom-III-VO ersetzt, da diese VO ausschließlich für Ehesachen gilt. Lebenspartnerschaften werden hiervon nicht erfasst. Das anwendbare Recht unterliegt den Sachvorschriften des Register führenden Staates, somit dem Ort des Abschlusses der Lebenspartnerschaft.

3.1.4. Rom-III-VO (Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 vom 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts

3.1.4.1. Einleitung

Zweck dieser Verordnung (siehe Anlage 5 dieses Skripts) ist das Kollisionsrecht hinsichtlich des Scheidungsrechts in der EU zu vereinheitlichen. Die Verordnung gilt seit dem 21.06.2012. Diese Verordnung gilt für Belgien, Bulgarien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Ungarn, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien und Slowenien. In diesen Staaten ist die Rom-III-VO unmittelbar anwendbares Recht. Sie gilt wie die Brüssel IIa-VO für alle Staatsangehörige, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. D.h. auch für ein türkisches Ehepaar, das sich in Deutschland scheiden lassen möchte, bestimmt die Rom-III-VO, das auf die Scheidung anwendbare Recht.

Ziel der Verordnung soll insbesondere sein, den Bürgern Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Flexibilität sachgerechter Lösungen zu garantieren und Fälle zu verhindern, in denen ein Ehegatte alles daran setzt, die Scheidung zuerst einzureichen, um sicher zu gehen, dass sich das Verfahren nach seiner Rechtsordnung richtet, die seine Interessen seiner Ansicht nach besser schützt. Andererseits soll die Verordnung Ehegatten aber auch die Möglichkeit geben, das Recht zu wählen, zu dem sie einen engen Zugang haben.

Die Verordnung gilt gem. Art. 1 Abs. 1 der Rom-III-VO für die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Sie korrespondiert insoweit mit der Brüssel IIa-VO. Sie gilt auch nicht für die Auflösung eingetragener Lebenspartnerschaften (vgl. hierzu auch S. 30 ff.). Trennungsverfahren gibt es z.B. in Italien, Irland, Frankreich und Spanien. Die Verordnung findet jedoch keine Anwendung auf Eheaufhebungsverfahren (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit c).

Im Übrigen hat die Verordnung keine Anwendung auf vermögensrechtliche Folgen der Ehe, die elterliche Verantwortung und die Unterhaltspflichten (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit d, e, f, g der Rom-III-Verordnung). Entscheidend ist auch, dass nach der Rom-III-VO eine Rechtswahl nun uneingeschränkt und nicht unter den bisherigen engen Voraussetzungen des EGBGB für das Scheidungsstatut ermöglicht wird. Art. 14 Abs. 3 EGBGB ist insoweit subsidiär.

3.1.4.2. Zeitliche Anwendungsbereiche der Rom-III-VO

Die Rom-III-VO ist seit dem 21.06.2012 in Deutschland unmittelbar anwendbar. Sie wurde deshalb in Art. 3 Nr. 1 EGBGB als Buchstabe d) aufgenommen. Durch die Ergänzung dieser Vorschrift im EGBGB wird klargestellt, dass die Rom-III-VO zum Einen unmittelbar anwendbar ist und damit den Regelungen des EGBGB vorgeht.

Artikel 18 der Rom-III-VO regelt, dass gerichtliche Verfahren, die nach dem 21.06.2012 eingeleitet wurden, nach der Rom-III-VO zu behandeln sind. Im Klartext bedeutet dies, dass die Prüfung des anwendbaren Rechts sich für die Gerichte nur dann nach der Rom-III-VO richtet, sofern das Scheidungsverfahren nach dem 21.06.2012 bei Gericht eingereicht wurde. Für Verfahren, die davor anhängig gemacht wurden, gilt nach wie vor das EGBGB. Für die Einleitung des Verfahrens kommt es nicht auf die Rechtshängigkeit an, sondern vielmehr ist darunter das Anhängigmachen zu verstehen.

3.1.4.3. Das anzuwendende Recht

In Art. 8 der Rom-III-Verordnung ist geregelt, welches Recht auf die Scheidung anzuwenden ist, wenn keine Rechtswahl vorliegt. Hierbei ist zu beachten, dass die Rom-III-Verordnung sich von dem Grundsatz der primären Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten verabschiedet und nunmehr stattdessen auf den gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts abstellt (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit a). Haben die Ehegatten keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt mehr in diesem Zeitpunkt, so wird auf den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten abgestellt, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit b). Andernfalls wird auf das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts abgestellt. Wenn man auch hier nicht weiterkommt, soll das angerufene Gericht sein eigenes Recht anwenden (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit d). Es muss also nicht mehr wie im EGBGB anhand von wagen Feststellungen an das Recht der engsten Verbindung angeknüpft werden.

Art. 10 regelt ausdrücklich, dass sofern das anzuwendende Recht eine Ehescheidung nicht ermöglicht, das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden ist. Die Philippinen ermöglichen keine Scheidung. Hiernach wäre nach Art. 10 eine Scheidung nach deutschem Recht durchzuführen, auch wenn auf den Fall auf Grund von Art. 8 Rom-III-VO an sich philippinisches Recht anzuwenden wäre. Ein solcher Fall wäre zum Beispiel denkbar, wenn zwei Deutsche auf den Philippinen leben sich aber in Deutschland scheiden lassen wollen. Wegen Art. 8 Abs. 1 lit a ist wegen des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts das Recht der Philippinen anzuwenden. Die Scheidung wird dann aber nach deutschem Recht durchgeführt, da das Recht der Philippinen keine Scheidung kennt.

Ein grundlegender Unterschied zum EGBGB liegt auch darin, dass Art. 11 der Rom-III-Verordnung ausdrücklich klarstellt, dass unter der nach der Verordnung anzuwendenden Rechts keine Rück- oder Weiterverweisung zu sehen ist, sondern vielmehr eine Sachnormverweisung. Dies stellt eine erhebliche Vereinfachung des Rechts dar, da hierdurch lange Verweisungsketten vermieden werden.

Fall:

Zwei italienische Staatsangehörige, die in München leben und in Deutschland geboren wurden und Zeit ihres Lebens in Deutschland gelebt haben, sind miteinander verheiratet und möchten sich scheiden lassen. Die Ehefrau, die italienische Staatsangehörige ist, wendet sich an Sie, mit der Frage unter welchen Bedingungen sie sich in Deutschland von ihrem italienischen Ehemann scheiden lassen kann. Sie möchte wissen, ob hier italienisches Recht Anwendung findet oder ob es die Möglichkeit gibt, auch deutsches Recht anzuwenden. Sie sagt, sie habe gehört, dass nach italienischem Recht eine Scheidung sehr kompliziert sei, da man doch erst einmal drei Jahre getrennt leben muss, um tatsächlich die Scheidung einreichen zu können.

Lösung:

Nach bisheriger Rechtslage verwies Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB hier auf italienisches IPR, da nach den EGBGB Vorschriften, immer als erster Anknüpfungspunkt auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten abgestellt wird. Dies hat zur Folge, dass die italienischen internationalen privatrechtlichen Regelungen, hier Art. 31 Nr. 1 Gesetz Nr. 218/1995, die Verweisung annimmt und auf den Fall italienisches, materielles Eherecht anzuwenden ist.

Nach italienischem Eherecht kann die Ehe gem. Art. 3 Nr. 26 b des Gesetzes Nr. 898 vom 01.12.1970 nur dann geschieden werden, wenn zunächst die Trennung ausgesprochen wird und die Ehegatten dann drei Jahre ab Verkündung des rechtskräftigen Trennungsurteils verstrichen sind. Somit kann nach derzeitiger Rechtslage hier in Deutschland lediglich das Trennungsverfahren eingeleitet werden, da die Voraussetzungen nach italienischem Recht für die Scheidung nicht vorliegen. Durch den Ausspruch des Trennungsurteils können erst die Voraussetzungen des Scheidungsverfahrens geschaffen werden. Nun müssen Sie aber im Hinterkopf haben, dass die Rom-III-Verordnung seit dem 21.06.2012 gilt. Hiernach bestimmt sich das anzuwendende Recht nach dem letzten gemeinsamen Aufenthalt der Ehegatten und nicht mehr nach der gemeinsamen Staatsangehörigkeit. In diesem Fall kämen wir zu deutschem Recht und die Mandantin hatte die Möglichkeit nach Ablauf eines einjährigen Trennungsjahres die Scheidung nach deutschem Recht in München einzureichen ohne zuvor die Trennung gerichtlich feststellen zu lassen und ohne weitere 3 Jahre nach Verkündung des Urteils abzuwarten. Hierbei ist aber zu beachten, dass wenn einmal die Trennung gerichtlich, auch durch ein deutsches Gericht in der Vergangenheit ausgesprochen wurde, sich die Scheidung auch nach italienischem Recht richtet. Dies ist ausdrücklich in der Anmerkung 23 der Erwägungsgründe zur Rom-III-VO sowie Art. 9 (sog. Italienklausel) der Rom-III-VO geregelt. Bei Umwandlung einer Trennung in eine Scheidung findet das auf die Trennung angewandte Recht Anwendung, es sei denn, es wurde eine andere Vereinbarung getroffen.

3.1.4.4. Rechtswahl

Gem. Art. 5 Abs. 1 können die Ehegatten das auf die Ehescheidung oder die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendende Recht durch Vereinbarung wählen, sofern es sich hierbei um das Recht des Staates handelt, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit a Rom-III-VO) oder das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit b Rom-III-VO) oder das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit c Rom-III-VO). Die letzte Alternative der Rechtswahl ist das Recht des Staates des angerufenen Gerichts (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit d Rom-III-VO). Die Rechtswahl muss aber spätestens bis das Scheidungsverfahren bzw. das Trennungsverfahren anhängig gemacht wurde, getroffen worden sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 Rom-III-VO). Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn das Recht des angerufenen Staates etwas anderes vorsieht, d.h. dass hier eine Rechtswahl noch vor Gericht getroffen werden kann (vgl. Art. 5 Abs. 3 Rom-III-VO), so z. B. das belgische Recht gem. Art. 55 CDIP / W IPR. Nach belgischem Recht kann die Rechtswahl in der mündlichen Verhandlung getroffen werden. Auch nach deutschem Recht kann die Rechtswahl noch im laufenden Scheidungsverfahren getroffen werden. Art. 46 a Abs. 2 EGBGB n.F. regelt ausdrücklich, dass die Rechtswahl bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung getroffen werden kann.

Die Rechtswahl ist grundsätzlich nicht formbedürftig, sie bedarf aber der Schriftform und soll das Datum sowie die Unterschrift der Ehegatten tragen. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn nach der Rechtsordnung des teilnehmenden Mitgliedstaates, in dem beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, zusätzliche Formvorschriften hinsichtlich einer Rechtswahl vorsieht, so sollen diese eingehalten werden (vgl. hierzu Anmerkung 19 zur Rom-III-VO). Nach deutschem Recht ist eine Rechtswahl nach Art. 46 a Abs. 1 EGBGB n.F. formbedürftig, sie ist notariell zu beurkunden oder gerichtlich zu protokollieren. Dies bedeutet, dass wenn Mandanten in Deutschland eine solche Rechtswahl treffen, sie die Rechtswahl weiterhin notariell beurkunden lassen müssen.

Die Klausel würde z.B. gemäß der EU-Verordnung Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 Rom-III-VO, wählen die Parteien für die Ehescheidung explizit das Recht der Bundesrepublik Deutschland, da beide Erschienenen die deutsche Staatsangehörigkeit haben.

Eine solche Rechtswahl empfiehlt sich insbesondere für deutsche Staatsangehörige, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, da diese sich zwar in Deutschland beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin scheiden lassen können, aber auf die Scheidung nach der nunmehr geltenden Rom-III-VO nur dann deutsches Recht Anwendung findet, wenn eine Rechtswahl getroffen wurde. Nach der bisherigen Rechtslage war dies nicht nötig, da an die gemeinsame Staatsangehörigkeit angeknüpft wurde.

3.1.5. Das anwendbare Recht nach dem KSÜ

Nach Art. 15 KSÜ folgt das anwendbare Recht grundsätzlich der Zuständigkeit. Die elterliche Verantwortung unterliegt nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes, im Unterschied zu Art. 3 MSA, der das Heimatrecht des Minderjährigen für maßgeblich ansieht und insbesondere nach der vom Bundesgerichtshof vertretenen kollisionsrechtlichen Rechtsprechung (vgl. BGH vom 02.05.1990 - VII ZB 63/89 = 199 in FamRZ 1990, 1103), die für die Entstehung des Gewaltverhältnisses an Art. 21 EGBGB anknüpft. Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ richtet sich das Entstehen oder Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetz, d.h. ohne Einschalten eines Gerichtes, nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes. Art. 16 Abs. 3 KSÜ stellt aber klar, dass nach dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes die elterliche Verantwortung nach dem Recht des Staates des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes fortbesteht.

Fall:

Ein Franzose und eine Deutsche haben ein Kind, mit dem sie seit der Geburt des Kindes im Jahre 2005 in Bordeaux zusammenleben. Die Eltern sind nicht miteinander verheiratet. Der Vater hat kurz nach der Geburt des Kindes die Vaterschaft anerkannt. Die Beziehung kriselt und die Mutter erwägt, sich von ihrem französischen Partner zu trennen. Ehe sie diesen Schritt jedoch geht, möchte sie sich zuvor von Ihnen beraten lassen. Sie will wissen, ob sie in Deutschland im Falle eines Wechsels des Wohnortes über die alleinige elterliche Sorge verfügt. Sie erklärt, dass sie zusammen mit ihrem Partner in Deutschland nie eine Sorgerechtserklärung abgegeben hätte. Hat nunmehr der französische Vater im Falle eines Umzuges der Mutter weiterhin gemeinsam mit ihr die elterliche Sorge inne?

Lösung:

Hier ist zu beachten, dass nach dem französischen Recht der nichteheliche Vater gemeinsam mit der Mutter Inhaber der elterlichen Sorge ist, sofern er die Vaterschaft des Kindes innerhalb eines Jahres nach Geburt anerkannt hat. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Nach deutscher Rechtslage stellt sich die Situation anders dar, denn es wurde keine gemeinsame Sorgerechtserklärung im Sinne von § 1626 a BGB abgegeben. Hiernach hat also grundsätzlich die nichteheliche Mutter das alleinige Sorgerecht inne. Jedoch dürfen hier nicht die deutschen Maßstäbe zugrunde gelegt werden, sondern es muss beachtet werden, dass das Kind zuvor in Frankreich gelebt hat. Die Regelungen des KSÜ, insbesondere Art. 16 Abs. 3 KSÜ, helfen uns in diesem Fall weiter. Dieser beinhaltet, dass, wenn das Kind wie hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt von einem zum anderen Vertragsstaat wechselt, sich die elterliche Verantwortung nach dem zuvor bereits bestehenden Recht bestimmt. Die „autorité parentale“, das französische gemeinsame Sorgerecht, würde also auch im Falle eines Umzuges der Mutter mit dem Kind nach Deutschland gelten.

Lediglich nach der alten Rechtslage, die uns aber heute nicht mehr zu interessieren hat, galt etwas anderes. Vor Inkrafttreten des KSÜ war nach Art. 3 MSA nach der kollisionsrechtlichen Rechtsprechung die Entstehung eines Rechtsverhältnisses selbstständig nach Art. 21 EGBGB zu beurteilen.

Fallvariante:

Diesmal lebt unser obiges Paar nicht in Frankreich, sondern in Dresden. Der gemeinsame Sohn wird in Dresden geboren und hat dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt. Die Eltern haben keine gemeinsame Sorgerechtsklärung abgegeben, nach deutschem Recht ist die Mutter Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge. Sie wendet sich nun an Sie und möchte wissen, ob es Auswirkungen auf die elterliche Sorge hat, dass der Vater des Kindes Franzose ist. Sie teilt Ihnen mit, sie habe gehört, dass in Frankreich der nichteheliche Vater ebenfalls über die elterliche Sorge verfügt. Sie hat nun Sorge, dass sie sich die elterliche Sorge mit dem Vater teilen muss. Ist ihre Sorge berechtigt?

Lösung:

In diesem Fall beurteilt sich die Rechtslage gem. Art. 16 Abs. 1 KSÜ allein nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes. Es ist daher unwichtig, dass die Rechtslage in Frankreich anders ist.

Fallvariante:

F und D haben bislang in Dresden gelebt und wollen nun gemeinsam mit ihrem Sohn nach Bordeaux ziehen. Es gibt keine gemeinsame Sorgerechtsklärung. Da sich beide Eltern bislang vertraut haben, wurde hierin keine Notwendigkeit gesehen. Nun möchten beide wissen, ob F automatisch Mitinhaber der elterlichen Sorge wird, wenn sie nach Frankreich umziehen.

Lösung:

Wenn F und D ihren Wohnsitz nach Frankreich verlegen, wird F von selbst an der elterlichen Sorge beteiligt. Dies besagt ausdrücklich Art. 16 Abs. 4 KSÜ. Hier heißt es, dass, sofern der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes wechselt, sich die Zuweisung der elterlichen Verantwortung kraft Gesetz für die Person, die bislang die elterliche Verantwortung nicht besaß, nach dem Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes richtet.

3.1.6. Anwendbares Recht nach Art. 21 EGBGB

Der Art. 21 EGBGB ist subsidiär gegenüber dem KSÜ und kommt somit kaum noch zum Tragen.

4. Das eheliche Güterrecht gem. Art. 15 EGBGB

Bislang ist das Güterrecht lediglich auf nationaler Ebene geregelt. Es gibt keine EU-Verordnung, die eine einheitliche kollisionsrechtliche Regelung hinsichtlich dieser Frage schafft, eine solche Verordnung ist jedoch geplant (vgl. hierzu 4.5.).

4.1. Bestimmung des anwendbaren Rechts nach Art. 15 EGBGB

Art. 15 EGBGB knüpft an Art. 14 EGBGB an die allgemeinen Ehwirkungen zum Zeitpunkt der Eheschließung an. Somit ist maßgeblich zunächst die gemeinsame Staatsangehörigkeit, ansonsten der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt bzw. die engste gemeinsame Verbindung. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anknüpfung ist die Eheschließung. Das Güterrechtsstatut ist unwandelbar. Ändern sich somit nachträglich die Ehwirkungen, so wirkt sich dies nicht auf das anzuwendende Recht des Güterstandes aus. Es kann somit sein, dass es ein anderes Güterstatut als Scheidungsstatut gibt.

Fall:

Ein deutsch-französisches Ehepaar heiratet in Frankreich und lebt dort auch zunächst gemeinsam. Fünf Jahre nach der Eheschließung ziehen sie von Frankreich nach Deutschland und leben dort weitere zwei Jahre zusammen. 2008 trennen sie sich und der Ehemann kehrt nach Frankreich zurück, 2012 leitet die Ehefrau das Scheidungsverfahren in Deutschland ein.

Lösung:

Gem. Art. 8 Abs. 1 lit a Rom-III-VO findet auf die Scheidung deutsches Recht Anwendung, da die Beteiligten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten. Für das Güterrechtsstatut gilt jedoch etwas anderes, da Art. 15 Abs. 1 auf den Zeitpunkt der Eheschließung abstellt. Im Zeitpunkt der Eheschließung haben die Beteiligten in Frankreich gelebt. Art. 15 Abs. 1 verweist auf das französische Recht und somit auf dessen internationales Privatrecht, das von der Rechtsverweisung ausweislich der Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB erfasst wird, nimmt die Verweisung auch an. Insoweit gilt in Frankreich seit dem 01.09.1992 das Haager Übereinkommen über das auf Ehegüterstände anzuwendende Recht vom 14.03.1978, dessen Art. 4 Abs. 1 bestimmt, dass die güterrechtlichen Beziehungen von Ehegatten unbeschadet der Möglichkeit einer Rechtswahl sich nach dem Recht des Staates beurteilen, auf dessen Gebiet die Eheleute unmittelbar nach der Eheschließung ihren ersten gewöhnlichen Aufenthalt begründen. Da das deutsch-französische Ehepaar nach der Eheschließung in Frankreich gelebt hat, richtet sich das Güterrecht nach französischem Recht wohingegen sich das Scheidungsstatut nach dem letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt und somit nach deutschem Recht bestimmt.

4.2. Rechtswahl

Nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB können die Ehegatten durch Ehevertrag eine Rechtswahl hinsichtlich des auf den Güterstand anzuwendenden Rechts treffen. Nach deutschem Recht ist gem. Art. 15 Abs. 2, Art. 46 a Abs. 2 EGBGB n.F. eine notarielle Beurkundung erforderlich. Wird die Rechtswahl dagegen in einem anderen Staat getroffen, reicht aus, dass die Form eingehalten wird, die das Recht des Abschlussortes vorsieht, Art. 11 EGBGB. Es kann das Recht wie folgt gewählt werden:

- das Recht des Staates, dem einer der Ehegatten angehört,
- das Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
- bei unbewegliches Vermögen das Recht des Lageortes.

Die Klausel lautet wie folgt:

Hinsichtlich der güterrechtlichen Wirkung der Ehe wählen die Parteien gem. Art. 15 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB das Recht der Bundesrepublik Deutschland

4.3. Internationale Zuständigkeit

Für isolierte Güterrechtsverfahren folgt die internationale Zuständigkeit aus § 98 FamFG, im Scheidungsverbund gilt Art. 3 der Brüssel II a-VO, da die Regelung des Güterrechts im Scheidungsverbund mit geltend gemacht wird (vgl. § 137 Abs. 2 FamFG).

4.4. Ausblick

Am 16.03.2011 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für eine internationale Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung im Ehegüterrecht regelnde EuGüterVO sowie eine Verordnung über eben diese im Bereich der eingetragenen Partnerschaften vorgelegt. Wann dieses Vorhaben in Kraft treten wird ist derzeit nicht absehbar.

5. Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung

5.1. Durchführung des Versorgungsausgleiches im Scheidungsverfahren

Gem. Art. 17 Abs. 3 ist der Versorgungsausgleich vom Amts wegen nur dann durchzuführen, wenn auf die Scheidung deutsches Recht Anwendung findet und das Recht einer der Staaten, dem die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der Scheidung angehören, den Versorgungsausgleich kennt. Welchem Recht die Scheidung unterliegt, bestimmt sich seit dem 21.06.2012 nach der Rom-III-VO. Art. 17 Abs. 3 S. 1 EGBGB wurde daher insoweit geändert, indem ein ausdrücklicher Verweis hierauf ausgesprochen wurde.

Fall:

Zwei türkische Staatsangehörige lassen sich in Deutschland scheiden. Ist hier der Versorgungsausgleich von Amts wegen durchzuführen?

Lösung:

Art. 17 Abs. 3 S. 1 verweist auf Art. 8 lit a der Rom-III-VO. Da beide in Deutschland leben, findet auf die Scheidung zwar deutsches Recht Anwendung, aber das Recht der Türkei kennt den Versorgungsausgleich nicht, somit ist der Versorgungsausgleich nicht von Amts wegen durchzuführen. Der Versorgungsausgleich kann hier nur auf Antrag durchgeführt werden, weil beide oder ein Ehegatte während der Ehe inländische Versorgungsansprüche gem. Art. 17 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB erworben haben oder die allgemeinen Ehewirkungen zumindest während

eines Teils der Ehe einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt. Hier ist davon auszugehen, dass das in der Regel nur das deutsche Recht ist.

Fall:

Ein argentinischer Staatsangehöriger ist mit einer Spanierin verheiratet. Die Eheleute haben 2002 in Dänemark geheiratet und im Anschluss daran gemeinsam in Berlin gelebt. In dieser Zeit haben beide rentenversicherungspflichtig gearbeitet. Der A hat mehr verdient. Im September 2010 ist der Ehemann aus der Ehewohnung ausgezogen. Er wendet sich an Sie und mandatiert Sie mit der Durchführung des Scheidungsverfahrens. Er möchte von Ihnen wissen, ob der Versorgungsausgleich durchzuführen ist, denn er habe gehört, dass dies äußerst kompliziert sei. Er erklärt, dass er aber nur schnell geschieden werden will.

Lösung:

Gem. Art. 8 lit a der Rom-III-VO findet auf vorliegendem Fall deutsches Recht Anwendung, denn die Parteien haben während der gesamten Ehezeit in Deutschland gelebt. Der Versorgungsausgleich ist gem. Art. 17 Abs. 3 EGBGB nicht von Amts wegen durchzuführen, da weder das Recht Argentiniens noch das Recht Spaniens den Versorgungsausgleich kennt. Sie sollten ihn jedoch trotzdem darüber aufklären, dass es grundsätzlich auch in diesem Fall die Möglichkeit gibt, auf Antrag den Versorgungsausgleich im Sinne von Art. 17 Abs. 3 Satz 2 EGBGB durchzuführen, wenn einer der Ehegatten während der Ehezeit inländische Anwartschaften erworben hat. Die Ehefrau des Argentiniers hätte somit grundsätzlich die Möglichkeit, einen Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleiches zu stellen, weil während der Ehe inländische Anrechte erworben wurden. Wahrscheinlich hat A höhere erworben.

5.2. Nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleiches

Weiterhin ist es wichtig zu wissen, dass es die Möglichkeit gibt, unabhängig vom Scheidungsverfahren nachträglich den Versorgungsausgleich durchführen zu lassen. Ein solcher Antrag ist nicht fristgebunden. Wichtig für die nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleiches ist aber, dass im vorangegangenen Verfahren keine Formulierungen gewählt wurden, wie „der Versorgungsausgleich ist ausgeschlossen“. Die Rechtskraft einer solchen Entscheidung steht der späteren Durchführung des Versorgungsausgleiches entgegen.

Fall:

Eine Französin ist mit einem Deutschen verheiratet und lebt mit ihm in der Bretagne in Frankreich. Das Scheidungsverfahren wird dort durchgeführt. Nach französischem Recht findet der Versorgungsausgleich nicht statt. Der Ehemann hat während der Ehe jedoch lange Zeit als Soldat bei der Bundeswehr in Deutschland gedient. Die französische Ehefrau wendet sich nun an Sie und fragt, ob sie eine Möglichkeit hat, an den Versorgungsanwartschaften Ihres Ehemannes zu partizipieren.

Lösung:

Da Frankreich die Durchführung des Versorgungsausgleiches nicht kennt und auch nicht durchführt, kann die geschiedene Ehefrau nachträglich in Deutschland einen Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleiches stellen, da der Ehemann inländische Anwartschaften gem. Art. 17 Abs. 3 Satz 2 EGBGB erworben hat. Hier ergibt sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte aus § 102 FamFG, denn es handelt sich hier nicht mehr um ein Verbundverfahren, sodass die Brüssel IIa-VO keine Anwendung findet. Vielmehr können wir nun an § 102 FamFG anknüpfen, der die internationale Zuständigkeit für

Versorgungsausgleichsverfahren erstmals ausdrücklich regelt. Da hier sowohl die geschiedene Ehefrau als auch der geschiedene Ehemann weiterhin in Frankreich leben, ist hier die besondere Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg in Berlin gem. Art. 122 Nr. 6 FamFG gegeben.

Auch im Fall 19 wäre es möglich, noch Jahre später einen solchen Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleiches zu stellen, da die Ehwirkungen deutschem Recht unterlagen.

5.3. Ausländische Versorgungsanrechte im Scheidungsverfahren

Der Versorgungsausgleich beschränkt sich nicht nur auf die im Inland erworbenen ehezeitlichen Anrechte, sondern erstreckt sich auch auf die ausländischen Anrechte. Die ausländischen Anrechte sind somit vom Gericht zu ermitteln.

Ob ausländische Anrechte in den Versorgungsausgleich fallen, wird in § 2 Abs. 2 VersAusglG näher präzisiert. Sie fallen wie alle anderen Anrechte nur dann in den Versorgungsausgleich, wenn sie durch Arbeit oder Vermögen geschaffen wurden bzw. aufrechterhalten sind, sowie das Anrecht der Absicherung im Alter oder bei Invalidität insbesondere wegen Berufsunfähigkeit dient und auf eine Rente gerichtet ist. Anrechte auf eine Volksrente, wie sie z.B. die Niederlande, die Schweiz, Schweden und Dänemark kennen, fallen ebenfalls in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich, obwohl, diese steuerfinanziert sind (vgl. OLG Schleswig, Beschluss zur dänischen Volksrente vom 11.07.2011, FamRBint 2012, S. 4).

Wenige ausländische Versorgungsträger erteilen die Auskünfte bezogen auf die Ehezeit. Die meisten ausländischen Versorgungsträger beschränken sich auf die Übersendung eines Versicherungsverlaufs oder eines Versicherungsauszugs, um die ausländischen Anwartschaften tatsächlich bewerten zu können, können von den Familiengerichten Sachverständigengutachten eingeholt.

5.4. Der schuldrechtliche Ausgleich ausländischer Anrechte sowie die Sperrwirkung des § 19 Abs. 3 VersAusglG

Ausländische Anrechte mit Ausnahme der zitierten Volksrenten sind nach der Bestimmung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG schuldrechtlich auszugleichen.

Neben dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich besteht aber auch die Möglichkeit den Versorgungsausgleich durch Vereinbarung gem. § 6 VersAusglG oder durch Abfindung gem. § 23 VersAusglG zu regeln, sofern dem Ausgleichspflichtigen Ehegatten eine Abfindungszahlung wirtschaftlich zumutbar ist.

Ausländische Anrechte können aber auch die Durchführung des öffentlich rechtlichen Versorgungsausgleichs nach § 19 Abs. 3 VersAusglG sperren. Danach findet ein Wertausgleich bei der Scheidung auch im Bezug auf die sonstigen Anrechte der Ehegatten nicht statt, wenn ein Ehegatte nicht ausgleichsreife Anrechte nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG erworben hat und die Durchführung des Versorgungsausgleichs unbillig wäre. Sinn der Vorschrift ist es, Ungerechtigkeiten zu vermeiden, die durch den Grundsatz der Teilung des inländischen Anrechts entstehen kann.

Fall:

Der Ehemann ist Italiener, die Ehefrau Deutsche. Der Ehemann hat während der Ehezeit nur italienische aber höhere Versorgungsanrechte erworben. Die Ehefrau wiederum allein deutsche Anrechte aus einer Teilzeittätigkeit. Die Ehefrau wendet sich an Sie und möchte wissen, ob die Anrechte ihres Ehemannes auch in den Versorgungsausgleich fallen und in welcher Form. Die Mandantin erklärt Ihnen, dass sie auf keinen Fall möchte, dass ihr Ehemann etwas von ihrer Rente erhält, wenn sie nichts von ihm bekommen sollte.

Lösung:

Da in diesem Fall der Ehemann im Inland keine Versicherungen wegen Alters- oder Erwerbsunfähigkeit erworben hat, denn er war beim französischen Militär angestellt, hat dieser keine ausgleichsreifen Anrechte im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG erworben. Somit unterfallen diese Anrechte dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich. Die Auskünfte der Mandantin haben ergeben, dass sie nur über inländische und somit ausgleichsreife Anrechte verfügt. Es ist daher als unbillig anzusehen, wenn diese ihre Anrechte durch den Ausgleich bei der Scheidung zur Hälfte verlöre und gleichzeitig wegen ihrer Teilhabe an den ausländischen Anrechten des Ehemannes nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG auf den schwächeren schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch nach der Scheidung verwiesen wird. Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ist nicht nur in einem gesonderten Verfahren geltend zu machen, er ist zudem erst dann fällig, wenn bei beiden Ehegatten die Voraussetzungen für einen Leistungsbezug vorliegen (vgl. § 20 VersAusglG).

Darüber hinaus war hier zu berücksichtigen, dass die Anrechte des Ehemannes einen höheren Ausgleichswert haben. Weiterhin war zu beachten, dass die Ehefrau die Kinder erzogen hat und aufgrund der Kindererziehungszeit bzw. ihrer Teilzeittätigkeit nur eingeschränkte Anrechte auf eine Rente erwerben konnte. Würden diese nunmehr im Wege der internen Teilung zur Hälfte auf den Ehemann übertragen werden, so wäre dies unbillig. So entschied auch das Oberlandesgericht Saarbrücken zum Aktenzeichen 6 UF 60/11, Beschluss vom 17.05.2011 (abgedruckt in FamRBint 4/11, Seite 71).

Hier heißt es:

„Die Anwendung der Ausgleichssperre des § 19 Abs. 3 VersAusglG muss insbesondere dann geprüft werden, wenn ein Ehegatte nur ausgleichsreife inländische Anrechte erworben hat und durch die Teilung dieser Anrechte die Hälfte seiner ehezeitlichen Versorgungsanswartschaften verlöre, gleichzeitig aber hinsichtlich der Teilhabe an etwaigen ausländischen Anrechten des anderen Ehegatten auf die schwächeren schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche nach der Scheidung verwiesen wäre.

Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe in solchen Fällen die Ausgleichssperre anzuwenden ist, kann abgesehen von offensichtlichen Bagatellfällen - nur geprüft werden, wenn das Vorhandensein eines ausländischen Anrechts dem Grunde nach - zumindest annähernd - der Höhe nach geklärt ist. Deswegen entbindet § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG das Gericht nicht von seiner grundsätzlichen Pflicht zur Ermittlung dieser Anrechte“.

Es empfiehlt sich daher in einem derartigen Fall, das Gericht ausdrücklich auf die Sperrwirkung des § 19 Abs. 3 VersAusglG hinzuweisen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass durch Abfindung des späteren schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs nach § 23 Abs. 1 VersAusglG, wenn entsprechende Vermögenswerte vorhanden sind, geregelt werden kann.

6. Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in der EU nach der VO (EG) Nr. 4/2009 vom 18.12.2008

6.1. Einleitung

Die VO (EG) Nr. 4/2009, die sogenannte Unterhalts-Verordnung, ist am 30.01.2009 in Kraft getreten und findet seit dem 18.06.2011 in den Mitgliedsstaaten Anwendung. Diese Verordnung regelt zum Einen das anzuwendende Recht und nimmt insoweit Bezug auf die Haager Unterhaltskonvention und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht. Sie ist auf sämtliche Unterhaltsforderungen anwendbar. Weiterhin ermöglicht die Verordnung, dass Unterhaltsentscheidungen automatisch in anderen Mitgliedsstaaten anerkannt werden. Im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedsstaaten, die an das Haager Protokoll gebunden sein wollen, gilt zudem, dass eine für vollstreckbar erklärte Entscheidung ohne eine zusätzliche Vollstreckbarkeitserklärung in anderen Mitgliedsstaaten durchgesetzt werden kann. Weiterhin ist in der VO vorgesehen, dass sogenannte Zentrale Behörden, um die Durchsetzung von Unterhaltsforderungen zu erleichtern, in den Mitgliedsstaaten eingerichtet werden. In Deutschland wird diese Funktion vom Bundesamt für Justiz in Bonn übernommen.

6.2. Anwendungsbereich

Nach Art. 1 EuUntVO werden unter Unterhaltsforderungen alle Ansprüche erfasst, die auf einem Familien-, Verwandtschafts- oder eherechtlichen Verhältnissen oder auf Schwägerschaft beruhen.

6.3. Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit nach der EuUntVO ist eine ausschließliche und geht somit sonstigen völkerrechtlichen Verträgen bzw. dem nationalen Recht vor (vgl. Art. 10 EuUntVO).

6.3.1. Zuständigkeitsprüfung im Einzelnen

International zuständig nach Art. 3 EuUntVO sind die Gerichte des Staates

- in dem der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
- in dem der Unterhaltsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
- in dem eine Entscheidung über den Personenstand (z. B. Abstammung des Kindes oder Scheidung) zu treffen ist, es sei denn die Zuständigkeit beruht auf der Staatsangehörigkeit oder

- in dem eine Entscheidung über die elterliche Verantwortung (Sorgerecht, Umgangsrecht) zu treffen ist.

Sind Gerichtsstände mehreren Mitgliedsstaaten eröffnet, so hat der Antragsteller das Wahlrecht. Ergibt sich nach den oben bezeichneten Vorschriften keine internationale Zuständigkeit eines Mitgliedsstaates, so besteht gem. Art. 6 der EuUntVO eine Auffangzuständigkeit in dem Mitgliedsstaat, dessen Staatsangehörigkeit beide Beteiligten haben. Weiterhin gibt es eine sogenannte Notzuständigkeit nach Art. 7 EuUntVO. Das ist der Fall, wenn überhaupt kein Gerichtsstand in einem EU-Staat nach dieser VO begründet ist, die Anrufung eines Gerichts eines Drittstaates aber unmöglich oder unzumutbar ist. Hierbei ist zu beachten, dass nach Art. 27 des Deutschen Ausführungsgesetzes das Amtsgericht Pankow/Weißensee in Berlin ausschließlich hierfür zuständig ist.

Soweit an den gewöhnlichen Aufenthalt hinsichtlich der Regelung der Zuständigkeit angeknüpft wird, ist eine Mindestaufenthaltsdauer von sechs Monaten, wie es z. B. nach der Brüssel IIa-VO in Ehesachen unter Umständen erforderlich ist, nicht notwendig. Es wird aber auch hier ein Mindestmaß an Eingliederung und Integration in die Lebensverhältnisse des angerufenen Gerichtsstaates verlangt.

6.3.2. Gerichtsstandsvereinbarung

Gem. Art. 4 Abs. 1 EuUntVO sind Gerichtsstandsvereinbarungen für die Regelung des Unterhalts möglich. Für Scheidungsverfahren und Sorge- und Umgangsverfahren ist dies hingegen nach der Brüssel IIa-VO nicht vorgesehen.

Die Gerichtsstände beschränken sich aber auf die Mitgliedsstaaten, in denen einer der Beteiligten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, dessen Staatsangehörigkeit einer der Beteiligten besitzt oder eine internationale Zuständigkeit des Gerichts für die Ehesache besteht. Dies ist der Fall, wenn sich die Streitigkeit um Ehegatten- oder nachehelichen Unterhalt dreht. Weiterhin ist es möglich, das Gericht des Mitgliedsstaates zu wählen, in dem die Ehegatten mindestens ein Jahr ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Zu beachten ist aber, dass Gerichtsstandsvereinbarungen für den Kindesunterhalt nicht zulässig sind (vgl. Art. 4 Abs. 3 EuUntVO).

Gerichtsstandsvereinbarungen sind nur dann wirksam, wenn sie schriftlich abgegeben wurden. Eine notarielle Beurkundung ist jedoch nicht nötig.

6.3.3. rügelose Einlassung

Ein Gericht kann auch durch rügelose Einlassung international zuständig werden. Dies ist dann möglich, wenn der Antragsgegner die internationale Zuständigkeit des Gerichts nicht rügt und sich auf das Verfahren einlässt (vgl. Art. 5 EuUntVO).

6.3.4. konkurrierende Zuständigkeit

Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass die Gerichte verschiedener Mitgliedsstaaten für die Klärung der unterhaltsrechtlichen Angelegenheit zuständig sind. Hier gibt es aber eine klare Regelung, dass das zeitlich früher angerufene Gericht die Durchführung eines weiteren Verfahrens in einem anderen Mitgliedsstaat hindert. Art. 12 und 13 der EuUntVO entsprechen der Regelung des Art. 19 der Brüssel IIa-VO. D.h., das später angerufene Gericht kann das Verfahren aussetzen.

6.3.5. Besondere örtliche Zuständigkeit nach § 28 AUG

§ 28 des Auslandsunterhaltsgesetzes (AUG) enthält eine besondere Vorschrift hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit, sofern einer der Beteiligten nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und eine internationale Zuständigkeit sich anhand des Art. 3 lit a und b der EuUntVO begründen lässt. Zuständig ist nach § 28 Abs. 1 das Gericht am Sitz des Oberlandesgerichts in dessen Bezirk der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, für Berlin gilt eine Sonderzuständigkeit des AG Pankow-Weißensee. Die Länder können bestimmen, dass durch Rechtsverordnung etwas anderes gilt (vgl. § 28 Abs. 2 AUG).

6.3.6. Anerkennung ausländischer Unterhaltstitel

Unterhaltsentscheidungen sind nach Art. 17 Abs. 1 EuUntVO automatisch in den anderen Mitgliedsstaaten der EU anzuerkennen. Eine ausdrückliche Anerkennung in einem Verfahren ist nicht nötig. Hierunter fallen auch gerichtlich abgeschlossene Vergleiche und Urkunden, aus denen der Unterhalt vollstreckt werden kann (vgl. Art. 48 EuUntVO). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass laut Art. 17 Abs. 2 EuUntVO direkt aus dem Unterhaltstitel vollstreckt werden kann, ohne dass es einer Vollstreckbarkeitserklärung bedarf. Diese Regelung gilt lediglich nicht für Dänemark und das Vereinigte Königreich. Bislang mussten alle ausländischen Titel im Inland für vollstreckbar erklärt werden (Exequatur).

6.3.7. Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen innerhalb der Mitgliedsstaaten durch Zusammenarbeit der zentralen Behörden der Mitgliedsstaaten

Gem. Art. 49 Abs. 1 EuUntVO bestimmt jeder Mitgliedsstaat eine Zentrale Behörde. In Deutschland ist dies das Bundesamt für Justiz. Diese Zentralen Behörden können z.B. dabei behilflich sein, die Adresse und den Arbeitgeber des Unterhaltspflichtigen ausfindig zu machen.

6.3.8. Das auf Unterhaltsfälle anwendbare Recht

Bislang wurde in Art. 18 EGBGB geregelt, welches Unterhaltsstatut maßgeblich ist. Seit dem 18.06.2011 findet jedoch das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (HUP) Anwendung. Art. 15 der EuUntVO verweist diesbezüglich ausdrücklich auf das HUP. Es regelt ausschließlich das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Unterhaltsfällen. Das HUP gilt für alle Mitgliedsstaaten bis auf Dänemark. Weiterhin haben Irland und das Vereinigte Königreich eine Sonderstellung. Es soll nur dann gelten, wenn dies von den Staaten ausdrücklich erklärt wird. Das HUP gilt für alle Verfahren, die nach dem 18.06.2011 eingeleitet wurden. Für Verfahren, die zeitlich davor eingeleitet wurden, gilt das HUP, wenn auch Unterhalt für die Zeit nach dem 18.06.2011 verlangt wird.

Art. 1 HUP regelt den Anwendungsbereich des Unterhaltsprotokolls. Es gilt für Unterhaltspflichten gegenüber Kindern, Ehegatten und Verwandten. Bei denen durch das HUP ausgesprochenen Verweisungen handelt es sich um Sachnormverweisungen, somit eine Verweisung auf das direkt anzuwendende Recht (vgl. Art. 12 HUP).

In Art. 3 Abs. 1 HUP ist geregelt, dass sich das Kollisionsrecht nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten richtet. Lebt der Unterhaltsberechtigte somit nicht in Deutschland, wird durch diese Vorschrift ganz klar ein Verweis auf das ausländische Recht ausgesprochen.

Art. 4 Abs. 2 und 3 HUP regeln für den Kindesunterhalt aber zwei Ausnahmefälle. Wichtig ist also der Fall des Abs. 3, wenn der Unterhaltsberechtigte die Gerichte im Aufenthaltsstaat des Verpflichtenden anruft, bestimmt sich das Kollisionsrecht nach der Lex Fori, also nach dem Recht des Gerichtsstaates. Das bedeutet, dass das im Ausland lebende unterhaltsberechtigten Kind seinen in Deutschland lebenden Vater nach deutschem Recht in Anspruch nehmen kann. Kann die berechtigte Person hiernach aber keinen Unterhalt erhalten, so soll das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Unterhaltsberechtigten gelten, vgl. Art. 4 Abs. 3 S. 2 HUP.

Weiterhin ist zu beachten, dass im Rahmen des Ehegattenunterhalts die Einrede des Art. 5 HUP erhoben werden kann, d.h. ein Ehegatte geltend macht, dass ein engerer Zusammenhang zum Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsortes besteht und das dieses somit zur Anwendung kommen soll. Art. 5 HUP wird vom Gericht aber nur geprüft, wenn die Einrede auch tatsächlich geltend gemacht wird.

Fall:

D und J sind miteinander verheiratet. Sie haben in Italien zusammengelebt. Nach der Trennung kehrt D nach Deutschland zurück. Sie beantragt in Deutschland die Scheidung, die italienischem Recht untersteht. Des Weiteren macht D einen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt geltend. Welchem Recht untersteht der nacheheliche Unterhalt?

Lösung:

Der nacheheliche Unterhalt richtet sich nach Art. 3 HUP nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Unterhaltsberechtigten und somit deutschem Recht. Da aber ein engerer Zusammenhang zum italienischen Recht besteht, denn das Scheidungsstatut richtet sich nach italienischem Recht kann der Ehemann, die Einrede des Art. 5 HUP erheben, was dann zur Anwendung italienischen Rechts führt.

Von Bedeutung ist auch, dass durch den Wegfall des § 18 EGBGB bezüglich des nachehelichen Unterhalts eine wesentliche Änderung dahingehen eintritt - mit der zuvor bestehenden Ausnahme -, dass der Unterhaltsanspruch sich nicht mehr nach dem Scheidungsstatut, wie es bislang nach Art. 18 Abs. 4 EGBGB der Fall war, richtet. Weiterhin ist zu beachten, dass nach dem HUP die Möglichkeit besteht, eine Rechtswahl für ein laufendes Verfahren zu treffen, vgl. Art. 7 HUP. Die Parteien können aber auch unabhängig von dem Verfahren eine allgemeine Rechtswahl treffen, so Art. 8 HUP. Im Rahmen einer Rechtswahl während eines laufenden Verfahrens kann nur das Recht der Lex Fori gewählt werden. Ansonsten kann bei einer allgemeinen Rechtswahl das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Parteien zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt, gewählt werden, vgl. Art. 8 Abs. 1 lit a HUP oder nach Art. 8 Abs. 1 lit b HUP können die Parteien das Recht des Staates wählen, in dem eine der Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Des Weiteren können die Parteien nach Art. 8 Abs. 1 lit c HUP das Recht des Staates wählen, das sie für den Güterstand bestimmt haben oder zuletzt nach Art. 8 Abs. 1 lit d HUP das Recht des Scheidungsstatuts.

Die Rechtswahl ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn es sich um Unterhaltspflicht bezüglich eines Minderjährigen handelt, vgl. Art. 8 Abs. 3 HUP. Wichtig ist noch zu beachten, dass im Rahmen des Art. 8 Abs. 5 HUP die Möglichkeit eröffnet ist, einem Missbrauch vorzubeugen. Die Rechtswahl soll nämlich dann ungültig sein, wenn sie für eine der Parteien offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hätte.

Eine Rechtswahlklausel für den Unterhalt würde z. B. wie folgt lauten:

Bezüglich des Unterhalts wählen die Parteien gem. Art. 8 Abs. 1 des HUP vom 23.11.2007 ebenfalls das Recht der Bundesrepublik Deutschland als Recht des Staates dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen.

7. Anerkennung von ausländischen Entscheidungen

7.1. Anerkennung von Entscheidungen innerhalb der EU

Die Brüssel IIa-VO regelt, dass weder Scheidungsurteile bzw. -beschlüsse, noch Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, eines besonderen Anerkennungsverfahrens in den Mitgliedsstaaten bedürfen. Eine in Deutschland erfolgte und ausgesprochene Entscheidung ist somit in allen Mitgliedsstaaten automatisch anzuerkennen. Dieser Grundsatz wird ausdrücklich in Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO festgesetzt. Nur ausnahmsweise werden Entscheidungen, die die Scheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigkeitserklärungen einer Ehe betreffen nicht anerkannt (Art. 22 Brüssel IIa-VO). Hier sind strenge Maßstäbe gestellt und in der Praxis kommt Art. 22 Brüssel IIa-VO wenig Bedeutung zu. Wird eine Nichtanerkennung wegen Verstoßes gegen einen der in Art. 22 Brüssel IIa-VO aufgelisteten Verstöße eingewandt, kann dies vom Gericht im Rahmen eines Feststellungsantrages festgestellt werden. Es unterliegt aber nicht dem Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG.

Hiervon zu unterscheiden ist, dass Art. 39 Brüssel IIa-VO ausdrücklich vorsieht, dass das zuständige Gericht, das die Entscheidung getroffen hat, auf Antrag einer berechtigten Partei eine Bescheinigung ausstellen kann, dass die getroffene Entscheidung auch in den anderen Mitgliedsstaaten gültig ist. Dies ist dann wichtig, wenn Bezug zu einem anderen Mitgliedsstaat besteht.

Fall:

F (Franzose) und D (Deutsche) waren miteinander verheiratet. Sie werden in Berlin im August 2011 geschieden, Sie haben den französischen Ehemann vertreten, der nunmehr wissen möchte, ob das in Deutschland ausgesprochene Scheidungsurteil auch in Frankreich gilt.

Lösung:

Sie müssen Ihrem Mandanten mitteilen, dass in Frankreich kein Antrag auf Anerkennung der in Deutschland erfolgten Scheidung gestellt werden muss. Um jedoch Gewissheit zu haben, dass der deutsche Scheidungsbeschluss auch in Frankreich ohne Probleme akzeptiert wird, empfehlen Sie Ihrem Mandanten, sich eine Bescheinigung nach Art. 39 Brüssel IIa-VO ausstellen zu lassen. Zu diesem Zwecke wenden Sie sich als Anwalt bzw. Anwältin an das Gericht und stellen entsprechenden Antrag. Der Antrag an das Gericht lautet:

„wird beantragt,

eine Bescheinigung im Sinne des Art. 39 Brüssel IIa-VO (EG) 2201/2003 auszustellen.“

Hierbei ist zu beachten, dass der Beschluss im Original beigefügt werden muss.

Sie können den Anhang I der Brüssel IIa-VO bereits ausfüllen und beifügen. Meine Erfahrung mit den Berliner Gerichten ist jedoch, dass dies nicht nötig ist, da die Gerichte selbst über Formulare

verfügen und den Anhang ausfüllen. Man sollte jedoch nach Ausstellung der Bescheinigung durch das Gericht überprüfen, ob sich keine Fehler eingeschlichen haben.

Gleiches gilt für Sorgerechtsentscheidungen. Hier ist jedoch der Anhang II aufzurufen.

Anhang I und II finden Sie am Ende des Skripts als Anlage 6 und 7.

7.2. Anerkennung von Sorgerechtsentscheidungen nach dem KSÜ

Nach Art. 23 Abs. 1 KSÜ werden die von den Behörden eines Vertragsstaates getroffenen Schutzmaßnahmen in anderen Vertragsstaaten anerkannt. Im Verhältnis zu den Staaten, die dem Abkommen nicht angehören, bleiben die allgemeinen Bestimmungen maßgeblich.

7.3. Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG für Ehescheidungen

Für die Anerkennung im Ausland erfolgter Scheidungen ist die Justizverwaltung des Landes zuständig, in dem einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. § 107 Abs. 2 FamFG). Hat keiner der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, ist die Justizverwaltung des Landes zuständig, in dem eine neue Ehe geschlossen werden soll. Wenn eine andere Zuständigkeit nicht gegeben ist, ist die Senatsverwaltung für Justiz in Berlin zuständig. Dies wäre z.B. der Fall, wenn die Ehegatten im Ausland leben. Wegen der Vorrangigkeit der Brüssel IIa-VO gilt dieses Verfahren nur im Verhältnis zu Nicht-Mitgliedsstaaten. Die Feststellungsentscheidung der Landesjustizverwaltung entfaltet gem. § 107 Abs. 9 FamFG Bindungswirkung gegenüber jedermann. Vor der Anerkennung hat die Entscheidung keine Wirkung im Inland. Im Falle der Anerkennung geht sie aber zeitlich auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der ausländischen Entscheidung zurück. Wichtig ist, dass Entscheidungen des gemeinsamen Herkunftsstaates nach § 107 Abs. 1 S. 2 FamFG vom Anerkennungsmonopol der Justizverwaltung ausgenommen sind. Von der Anerkennung wird in diesem Fall ausgegangen, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Zum Zeitpunkt der Scheidung müssen beide Ehegatten allerdings demselben Staat angehören. Bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit besteht aber die Möglichkeit, ein behördliches Feststellungsverfahren einzuleiten, was auf freiwilliger Basis beruht (BGHZ 112, 127 sowie Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG Kommentar, 2. Auflage, § 107, Rn. 8).

Fall:

Ein kroatisches Paar hat sich in Kroatien rechtskräftig scheiden lassen. Beide leben aber in Deutschland. Der Ehemann wendet sich an Sie und möchte wissen, ob er das kroatische Scheidungsurteil in Deutschland anerkennen lassen muss.

Lösung:

Sie können Ihrem Mandanten sagen, dass eine Anerkennung nicht erforderlich ist, da beide Ehegatten im Zeitpunkt der Scheidung über die kroatische Staatsangehörigkeit verfügt haben und somit § 107 Abs 1 S. 2 FamFG gilt.

Fallvariante:

Die Ehefrau verfügt neben der kroatischen auch über die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Ehemann ist Kroat. Beide lassen sich aber in Kroatien scheiden. Ändert sich nun etwas?

Lösung:

In diesem Fall ist ein Anerkennungsverfahren durchzuführen, da die Ehefrau über zwei Staatsangehörigkeiten verfügt und nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB die deutsche Staatsangehörigkeit der kroatischen vorgeht und sie somit in Deutschland nur als deutsche Staatsangehörige gilt. Die Anerkennung ist somit unausweichlich, damit die Scheidung auch in Deutschland Gültigkeit hat (vgl. § 107 Abs. 1 S. 1 FamFG).

Für das Anerkennungsverfahren gibt es keine Frist. Der Antrag kann sowohl auf Anerkennung als auch auf Nichtanerkennung gestellt werden. Antragsberechtigt sind in erster Linie die Ehegatten sowie auch eventuelle neue Ehe- oder Lebenspartner. Im Falle des Todes können die Erben ebenfalls einen solchen Antrag stellen, wenn die Anerkennung der ausländischen Scheidung für sie rechtlich bedeutsam ist.

Das Verfahren endet mit einem Bescheid der Justizverwaltung. Im Falle eines stattgebenden Bescheides kann der andere Ehegatte, der den Antrag nicht gestellt hat, an das Oberlandesgericht wenden und dort eine Entscheidung beantragen (§ 107 Abs. 6 S. 1). Entsprechendes gilt, wenn die Anerkennung nicht beschieden wird und hiermit der Antragsteller oder -gegner nicht einverstanden ist (vgl. § 107 Abs. 8 FamFG).

7.4. Sonstige Entscheidungen nach § 108 FamFG

§ 108 Abs. 1 FamFG sieht vor, dass sonstige Entscheidungen, die nicht Ehesachen betreffen, anerkannt werden, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn ein Anerkennungs Hindernis i. S. v. § 109 FamFG vorliegt. Gem. § 108 S. 2 Abs. 1 FamFG besteht aber die Möglichkeit, eine ausländische Entscheidung in einem isolierten Feststellungsverfahren anerkennen zu lassen. Dies beschränkt sich jedoch auf Entscheidungen nicht vermögensrechtlicher Art. Dies liegt daran, dass Entscheidungen vermögensrechtlicher Art vor einer Vollstreckung einer Vollstreckbarkeitserklärung nach § 110 Abs. 2 FamFG bedürfen, die die Beurteilung ihrer Anerkennungsfähigkeit mit einschließt.

7.5. Anerkennungs Hindernis nach § 109 FamFG

Im Rahmen des Anerkennungsverfahrens nach § 107 FamFG ist bei Ehescheidungen als auch Inzident für sonstige Entscheidungen nach § 108 FamFG zu überprüfen, ob Anerkennungs Hindernisse vorliegen. In § 109 FamFG sind die Anerkennungs Hindernisse aufgelistet. Es gibt folgende Hindernisse:

- die Gerichte des anderen Staates sind nach deutschem Recht nicht zuständig,
- die Verletzung des rechtlichen Gehörs,
- die Entscheidung ist nicht mit einer hiesig bereits ergangenen Entscheidung vereinbar
- die Entscheidung verstößt gegen den Grundsatz des ordre public.

Hierzu im Einzelnen:

7.5.1. Die internationale Zuständigkeit

Die ausländischen Gerichte müssen unter Zugrundelegung deutscher Kriterien international zuständig sein (vgl. § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG). Man spricht hier vom sogenannten Spiegelbildprinzip. Es ist also zu prüfen, ob die Zuständigkeit des Gerichts nach deutschem Recht bestanden hätte.

In Fall 26 ist die internationale Zuständigkeit der kroatischen Gerichte gegeben, da nach § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG die deutschen Gerichte für Ehesachen zuständig sind, wenn ein Ehegatte Deutscher ist. Wendet man diesen Grundsatz spiegelbildlich in Kroatien an, ist ein Gericht dort zuständig, wenn ein Ehegatte kroatischer Staatsangehöriger ist. Dies trifft hier auf beide Ehegatten zu.

7.5.2. Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die Anerkennung ist gem. § 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG zu versagen, wenn das rechtliche Gehör verletzt wird. Dies ist z.B. der Fall, wenn einem Verfahrensbeteiligten die Antragsschrift nicht ordnungsgemäß zugestellt wurde.

Fall:

Der Ehemann ist Deutscher, die Ehefrau war Deutsch-Türkin. Sie haben im Jahre 1971 geheiratet. Die Eheleute werden in der Türkei geschieden. Die Ehefrau stellt einen Antrag auf Anerkennung der Scheidung. Der Ehemann war im Scheidungsverfahren in der Türkei nicht anwaltlich vertreten. Für ihn wurde kein Dolmetscher bestellt, er stimmt aber in der Verhandlung, die in der Türkei stattfindet, dem Antrag auf Ehescheidung zu. Die Voraussetzungen für die Anerkennung der in der Türkei erfolgten Ehescheidung wurden festgestellt. Hiergegen richtete sich der Ehemann im Rahmen einer Beschwerde gegen die Entscheidung der Senatsverwaltung für Justiz. Er macht geltend, dass er mangels ausreichender Sprachkenntnisse der Verhandlung vor dem türkischen Gericht nicht folgen konnte. Die in der Verhandlung verlesene Scheidungsfolgenvereinbarung hat er falsch verstanden.

Lösung:

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist gem. § 107 Abs. 6 S. 1 FamFG statthaft. Anerkennungshindernisse nach § 109 Abs. 1 FamFG bestehen nicht. Die Gerichte in der Türkei waren unter Anwendung des Spiegelstrich-Prinzips des § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG nach deutschem Recht international zuständig, da die Ehefrau neben der deutschen auch die türkische Staatsangehörigkeit besaß und somit aus deutscher Sicht eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte im Zeitpunkt der Ehescheidung gegeben war, da die Ehefrau Türkin ist und somit eine Zuständigkeit nach § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG vorliegt. § 109 FamFG stellt ausschließlich auf deutsches Recht und somit nicht auf die Brüssel IIa-VO ab. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt ebenfalls nicht vor, da der Ehemann sich zum Verfahren geäußert und der Scheidung ausdrücklich zugestimmt hat. Es liegt auch kein ordre-public-Verstoß vor. Mit diesem ist ein ausländisches Urteil nicht schon dann unvereinbar, wenn der deutsche Richter - hätte er den Prozess entschieden - aufgrund zwingenden deutschen Rechts zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Maßgeblich ist vielmehr, ob das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall zu dem Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihr enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen so stark im Widerspruch steht, dass es nach deutschen Vorstellungen untragbar erscheint (BGH NJW 1998, 2358).

7.6. Anerkennung von Entscheidungen nach dem Luxemburger Europäischen Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht von Kindern und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses vom 20.05.1980 (ESÜ)

Das Luxemburger Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht von Kindern und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses vom 20.05.1980⁴, das sogenannte Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ), ist in Deutschland seit dem 01.12.1991 in Kraft. Hiernach werden in einem anderen Vertragsstaat ergangene Sorgerechtsentscheidungen unter den Voraussetzungen aus Art. 7 ESÜ in den anderen Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt, falls sie im Entscheidungsstaat für vollstreckbar erklärt wurden. Es muss ein Antrag auf Anerkennung nach Art. 13 ESÜ gestellt werden. Dieser Antrag muss an die Zentrale Behörde des Vertragsstaates gestellt werden (vgl. Art. 4 ESÜ). Eine Bedeutung kommt diesem Übereinkommen jedoch im Verhältnis zu den EU-Staaten nicht zu, da vorrangig die Brüssel IIa-VO gilt. Im Falle aber, dass z.B. ein Bezug zu Israel oder Norwegen besteht, ist auf das ESÜ zurückzugreifen, da weder Israel noch Norwegen Vertragsstaat des KSÜ sind.

8. Internationales Eheschließungsrecht

8.1. Anerkennung von im Ausland erfolgten Eheschließungen

Erfolgt eine Eheschließung im Ausland, so wird häufig davon ausgegangen, dass diese Eheschließung keine Gültigkeit in Deutschland hat und man sie hier anerkennen lassen muss. Diesem Irrglauben unterliegen viele Mandanten. Tatsächlich ist die Regelung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB aber so, dass eine Eheschließung in Deutschland dann formgültig ist, wenn sie in der vorgeschriebenen Ortsform des jeweiligen Staates erfolgt.

Fall:

Eine Deutsche heiratet einen Mongolen in Ulan Bator. Nun möchte sie, dass ihr Ehemann nach Deutschland nachzieht. Sie wendet sich an Sie und will zunächst die Eheschließung anerkennen lassen.

⁴ Albanien, Andorra, Armenien, Aserbaidschan, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Irland, Island, Italien, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Moldau, Monaco, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ukraine, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Zypern

Lösung:

Eine Anerkennung der in der Mongolei vorgenommenen Eheschließung ist nicht erforderlich, da davon auszugehen ist, dass das Paar in der in der Mongolei vorgesehenen Ortsform die Ehe geschlossen hat. Sie müssen die Mandantin aber darauf hinweisen, dass im Zuge des Verfahrens auf Ehegattennachzug durch die Ausländerbehörde verlangt werden kann, dass die Heiratsurkunde auf ihre inhaltliche Echtheit durch die Deutsche Botschaft überprüft werden kann. Dieses Verfahren auf Überprüfung des Inhalts eines Dokumentes hat nichts mit einem Anerkennungsverfahren zu tun. Es dient lediglich dem Schutz vor Fälschungen. Da in der Mongolei das Legalisationsverfahren abgeschafft wurde, können hier nur auf Veranlassung der Deutschen Botschaft entsprechende Überprüfungen veranlasst werden.

Fall:

Zwei türkische Staatsangehörige heiraten im türkischen Konsulat in Berlin. Ist dies eine wirksame Eheschließung nach deutschem Recht?

Lösung:

Auch hier liegt eine wirksame Eheschließung vor, da nach Art. 13 Abs. 3 EGBGB Paare mit derselben Staatsangehörigkeit die Möglichkeit haben, im Inland in einer Botschaft zu heiraten. Bei der Botschaft handelt es sich um eine von der Regierung des Staates ermächtigte Stelle die Eheschließung durchzuführen. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die türkische Ehefrau auch über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt. In diesem Fall wäre eine Eheschließung im türkischen Konsulat keine wirksame Eheschließung im Sinne von Art. 13 Abs. 3 S. 2 EGBGB, denn im Inland kann nur in der hier vorgesehenen Form gem. Art. 13 Abs. 3 S. 1 EGBGB die Ehe geschlossen werden, sofern ein Ehegatte Deutscher ist. In diesem Fall greift die Ausnahmeregelung des Art. 13 Abs. 3 S. 2 EGBGB nicht.

8.2. Anmeldung und Unterlagen zur Eheschließung in Deutschland mit Auslandsbezug

Grundsätzlich werden zur Anmeldung der Eheschließung, bei denen ein Verlobter oder beide Verlobte nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben, folgende Unterlagen benötigt:

8.2.1. gültiger Nationalpass

Dieser soll als Nachweis der Staatsangehörigkeit dienen. Eine Duldung oder Aufenthaltsgestattung kann einen Pass nicht ersetzen, da die darin enthaltenen Angaben nur auf mündlichen Angaben des Inhabers beruhen.

8.2.2. Geburtsurkunde

8.2.3. Nachweis des Familienstandes (vgl. hierzu unter 2)

8.2.4. Nachweis des Wohnsitzes

Es muss eine Anmeldebestätigung der örtlichen Meldestelle vorgelegt werden.

8.2.5. (bei bereits Geschiedenen) Heiratsurkunde und Scheidungsurteil

8.2.6. Apostille

Die Personenstandsurkunden sind dann mit einer Apostille zu versehen, wenn der Staat, der die Urkunden ausstellt Vertragsstaat des multilateralen Übereinkommens Nr. 12 der Haager Konferenz aus dem Jahr 1961 ist. Die Apostille ist eine Beglaubigungsform die in den Vertragsstaaten eingeführt wurde und der Vereinfachung im Rechtsverkehr dienen soll. Vereinfachung deshalb, weil eine Befreiung der öffentlichen Urkunde von der diplomatischen Beglaubigung oder Legalisation hierdurch entsteht. Die Apostille wird von ausländischen Behörden selbst angebracht, die der ausstellenden Behörde übergeordnet sind. Hierdurch werden die Echtheit der Unterschrift sowie die Handlungsbefugnis des Unterzeichnenden bestätigt. Zusätzlich kann die Echtheit des Siegels oder des Stempels, mit dem die Urkunde versehen ist, bestätigt werden. Die Überschrift der Apostille muss stets sein (convention de La Haye du 5 octobre 1961). Diese Überschrift ist zwingend in französischer Sprache vorzunehmen, der Rest kann in der Amtssprache der ausländischen Behörde ausgefüllt sein. Zurzeit sind 99 Vertragsstaaten verzeichnet. Die Anzahl ändert sich jedoch laufend. Die Anbringung von Apostillen ist dann entbehrlich, wenn durch zwischenstaatliche Übereinkommen hiervon befreit wurde. Urkunden die innerhalb der EU ausgestellt wurden und in einem anderen EU-Mitgliedsstaat verwendet werden sollen, benötigen keine Apostille.

8.2.7. Legalisation

Die Staaten, die nicht Vertragsstaat der Haager Konvention aus dem Jahre 1961 sind, können auch keine Apostille ausstellen. In diesem Fall wird verlangt, dass eine Legalisation durch die deutsche Auslandsvertretung vorgenommen wird. Legalisation bedeutet, dass die Urkunden durch die deutsche Auslandsvertretung im Herkunftsland auf ihre Echtheit hin überprüft werden. Die Deutsche Botschaft vergewissert sich darüber, dass tatsächlich die dazu berechnigte Stelle das Dokument ausgestellt hat. Hier wird nicht der Inhalt der Dokumente überprüft, sondern lediglich die Richtigkeit der Unterschrift bestätigt.

8.3. Überprüfung von Personenstandsurkunden im Wege der Amtshilfe

In vielen Ländern z. B. Westafrikas, die ursprünglich das Legalisationsverfahren kannten, ist dieses mittlerweile abgeschafft worden. Grund hierfür war, dass trotz Legalisation häufig die Urkunden äußerlich korrekt aber inhaltlich zu beanstanden waren. Daher wurde in diesen Ländern das Legalisationsverfahren abgeschafft. Das Standesamt kann eine inhaltliche Überprüfung der Urkunden durch die Deutsche Botschaft anordnen, was in der Regel auch geschieht. Diese inhaltliche Überprüfung wird vom zuständigen Standesamt eingeleitet, das sich im Wege der Amtshilfe an die Auslandsvertretung vor Ort wendet, die dann mit Hilfe eines Vertrauensanwaltes das Personenstandsregister einsieht und Personenbefragungen vornimmt. Dieses Verfahren ist sehr zeit- und kostenintensiv, da hier zum Einen Kosten für die Beauftragung des Vertrauensanwaltes anfallen, und zum Anderen damit zu rechnen ist, dass das Verfahren mehrere Monate beansprucht.

8.4. Das Verfahren auf Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses nach § 1309 Abs. 2 BGB

Ein ausländischer Staatsangehöriger, der in Deutschland heiraten will, muss ein sogenanntes Ehefähigkeitszeugnis gem. § 1309 Abs. 1 BGB seines Herkunftslandes vorlegen. Hierdurch soll belegt werden, dass nach dem Recht dieses Staates kein Hindernis für die Eheschließung vorliegt, d.h. die betreffende Person dort nicht verheiratet ist (vgl. Übereinkommen über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen vom 05. September 1980).

Da viele Länder ein solches Ehefähigkeitszeugnis nicht oder nur in unzureichender Form ausstellen, muss der Präsident des Oberlandesgerichts eine Befreiung von der Pflicht zur Vorlage eines solchen Ehefähigkeitszeugnisses erteilen. Man spricht hier von der „Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses“ i.S.v. § 1309 Abs. 2 BGB.

Dieses Verfahren schließt sich nach der Anmeldung der Eheschließung beim Standesamt an, d.h. der Antrag zur Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses wird vom Standesamt an das Oberlandesgericht, in Berlin an das Kammergericht, weitergeleitet.

Das Verfahren auf Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses dauert durchschnittlich vier bis sechs Wochen kann sich jedoch auch über mehrere Monate hinziehen, sofern Urkunden beanstandet werden. Auch ist es Gang und Gebe, dass im Rahmen dieses Verfahrens, sofern sich der Antragsteller in Deutschland aufhält in der Regel auch dessen Ausländerakte eingesehen wird. Darüber hinaus überprüft das Oberlandesgericht, ob mit der Ehe ehefremde Zwecke bezweckt werden. Wenn nach Ansicht des Oberlandesgerichts mit der Eheschließung ehefremde Zwecke beabsichtigt sind, d.h. die Eheschließung ausschließlich aufenthaltsrechtliche Motive hat, wird die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses nicht erteilt. Indizien für rein aufenthaltsrechtliche Motive sind z.B. wenn sprachliche Verständigungsschwierigkeiten zwischen den Eheleuten bestehen, wichtige Personendaten nicht bekannt sind wie Name, Familienstand, Alter und ein hoher Altersunterschied bei den Verlobten besteht oder die Duldung kurz vor dem Ablauf ist. Fragen hinsichtlich des Kennenlernens sowie Einsichtnahme in die Ausländerakte sind daher nicht unüblich.

Sofern Sie erfahren wollen, welche Länder ein Ehefähigkeitszeugnis ausstellen und welche nicht, geben die Oberlandesgerichte Köln und Stuttgart in ihren Länderlisten Auskünfte unter:

(http://www.olg-koeln.nrw.de/002_aufgaben/justizverwaltung/organisation_verwaltung/dez_7/laender/allgemeiner-teil_juli_2010.pdf) sowie des Oberlandesgerichts Stuttgart (<http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1183792/index.html>). Hier kann man nachsehen, ob das jeweilige Land ein Ehefähigkeitszeugnis ausstellt. In der Länderliste sind die Unterlagen aufgeführt, die von dem jeweiligen Staat ausgestellt werden. Man erhält so einen ersten Überblick, welche Unterlagen benötigt werden. Dennoch ist diese Liste nur für den Gerichtsbezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart bzw. Köln abschließend und es ist daher zu empfehlen, mit dem zuständigen Standesamt (Standesamt des Wohnsitzes des Ehegatten) Rücksprache zu halten, um zu erfahren, ob die in der Liste angegebenen Unterlagen vollständig sind.

Da das Verfahren auf Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses doch eine erhebliche bürokratische Hürde zur Eheschließung in Deutschland darstellt, suchen viele Verlobte nach Alternativen für die Eheschließung. Als Alternative bietet sich die Eheschließung in Dänemark an, wobei hier jedoch zu beachten ist, dass dies nicht die Lösung für jedes Paar ist, da bei einer Eheschließung in Dänemark häufig eine Aufenthaltserlaubnis nicht direkt eingeholt werden kann, sondern der Nachziehende auf den Visaweg verwiesen wird. Dies gilt jedenfalls für die Fälle, die mit einem Schengen-Visum nach Deutschland gekommen sind (vgl. hier Rechtsprechung des BVerwG 1 C 17.09). Insbesondere ist die Eheschließung in Dänemark auch keine Lösung für diejenigen, die nur über eine Duldung bzw. keinen Aufenthaltsstatus in Deutschland verfügen. Die Dänen verlangen eine ordnungsgemäße Einreise nach Dänemark. Unabhängig hiervon ist aber eine Eheschließung in Dänemark anzuerkennen.

9. Zustellung ins Ausland

9.1. Einleitung

Einer förmlichen Zustellung bedürfen die zentralen Verfahrenshandlungen wie die Einreichung der Antragsschrift, der Terminladung oder des Beschlusses. Ohne die Zustellung der Antragsschrift an den Antragsgegner kann das Verfahren nicht beginnen. Die Zustellung eines Schriftstücks, z.B. der Antragsschrift an den sich im Ausland befindenden Antragsgegner, ist ein staatlicher Hoheitsakt und darf deshalb grundsätzlich nur im Wege der internationalen Rechtshilfe durch Organe des ausländischen Staates erfolgen. Die unmittelbare Zustellung zwischen den Beteiligten ist deshalb ausgeschlossen, es sei denn, dass spezielle völkerrechtliche Abkommen dies gestatten. Daraus folgt, dass Verfahren gegen einen sich im Ausland befindenden Antragsgegner häufig langwierig sind.

9.2. Grundsatz des Vorrangs der persönlichen Zustellung

Es ist zu beachten, dass nach deutschem Recht wegen des besonderen Ranges des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs des Empfängers von einer persönlichen Zustellung nur in seltenen Fällen

abgesehen werden kann. Sofern die Adresse des Empfängers allgemein unbekannt ist, kommt eine so genannte öffentliche Zustellung im Inland in Betracht.

Um eine kostspielige und langwierige Zustellung zu umgehen, regen die Gerichte häufig an, dass die antragstellende Partei einen Zustellungsbevollmächtigten im Inland benennt (ist aber nicht in Verfahren mit Bezug zu einem Mitgliedsstaat der EU möglich, in dem die VO 1393/2007 gilt), d.h. eine Person, die bevollmächtigt wird, sämtliche Schriftstücke im Verfahren für die im Ausland lebende Partei zu empfangen. Diese Zustellungsvollmacht muss notariell beglaubigt werden. Dies kann auch vor einem Urkundenbeamten der deutschen Botschaft geschehen.

9.3. Dauer und Kosten der Auslandszustellung

Eine Zustellung ins Ausland dauert im Regelfall zwischen vier und sechs Monaten. In manchen Ländern muss jedoch mit Zustellungszeiten bis zu einem Jahr gerechnet werden. Das Gericht betreibt die Zustellung für den Fall, dass außerdem ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe von dem Antragsteller gestellt wurde, aber erst nachdem es über die Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe entschieden hat.

Es ist zu unterscheiden, ob sich der Empfänger des Schriftsatzes innerhalb Europas oder im außereuropäischen Ausland aufhält.

9.4. Zustellung innerhalb der Europäischen Union

Innerhalb Europas ist das Recht der Übermittlung der Rechtshilfeersuchen einheitlich durch die Zustellungsverordnung 1393/2007 vom 13.11.2007 (siehe Anlage 8) geregelt. Dessen Regelungen gehen dem deutschen Übermittlungsrecht vor. Nach der Verordnung reicht grundsätzlich eine Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein. Werden die Schriftstücke aber vom Antragsgegner nicht abgeholt, muss die Zustellung über die von jedem Mitgliedsstaat eingerichtete Empfangsstelle erfolgen.

Das jeweilige Prozessgericht sendet das zuzustellende Schreiben an die inländische Übermittlungsstelle und diese übermittelt den Schriftsatz an die zuständige ausländische Empfangsstelle. Nun entscheidet das ausländische Zustellungsrecht, auf welchem Weg die Zustellung erfolgt, z.B. durch einen Gerichtsvollzieher oder durch Einschreiben mit Rückschein (vgl. Anm. 17 zu EG-Zust VO 2007).

Grundsätzlich ist zu beachten, dass der Empfänger die Annahme berechtigterweise verweigern kann, wenn das Schriftstück nicht in seiner Muttersprache oder einer der Sprachen abgefasst ist, welche das jeweilige Land als Prozesssprache anerkennt. Welches Land welche Sprachen anerkennt, ist gesetzlich festgelegt. Deutschland erlaubt z.B., dass ein Schriftstück in Deutsch und Englisch abgefasst wird (vgl. Art. 5 EG-Zust VO 2007). Sieht das Recht des Empfangsstaates die Zustellung aber nur in übersetzter Form vor (z. B. Frankreich), so ist das Schriftstück sogleich zu übersetzen.

Die Zustellungsverordnung bestimmt, dass die ausländische Empfangsstelle den Erhalt des Schriftstücks innerhalb von sieben Tagen den inländischen Übermittlungsstellen bestätigen soll. Außerdem soll sie innerhalb eines Monats die Zustellung betreiben und der Übermittlungsstelle mitteilen, ob die Zustellung erfolgt ist. Nach erfolgreicher Zustellung übersendet die Empfangsstelle eine Bescheinigung an die Übermittlungsstelle. Diese teilt daraufhin dem Prozessgericht mit, ob die Zustellung erfolgreich stattgefunden hat.

Neben der Zustellung über diese zentralen Behörden erlaubt die Verordnung auch weiterhin die Zustellung über die diplomatischen und konsularischen Vertretungen. Es steht im Ermessen des Gerichts welchen Weg es wählt.

9.5. Zustellung außerhalb Europas

Die Zustellung eines Schriftstücks an einen Empfänger, welcher sich außerhalb Europas aufhält, erfolgt über den zeitintensiven diplomatischen oder konsularischen Weg oder durch Rechtshilfeersuchen an die Behörden des fremden Staates.

Spezielle völkerrechtliche Vereinbarungen, z.B. das HZÜ (Haager Zustellungsübereinkommen (gilt z.B. für die USA), siehe Anlage 9) von 1965 erlauben unter bestimmten Voraussetzungen die unmittelbare Versendung durch die Post durch Einschreiben mit Rückschein oder die Übermittlung an die eingerichtete zentrale Behörde, welche den Antrag prüft und das Schriftstück dann zustellt. Die Zustellung hat nach Art. 5 lit a HZÜ in der Form zu erfolgen, die das Recht des ersuchten Staates vorsieht. Das Abkommen gilt für die USA. Der Staat Kalifornien verlangt z.B. für eine wirksame Zustellung die persönliche Übergabe.

9.6. Zustellungsbevollmächtigter

Um die Zustellung ins Ausland zu beschleunigen, kann ein sogenannter Zustellungsbevollmächtigter für eine Zustellung außerhalb dem Geltungsbereich der Europäischen Union benannt werden. Es ist aus anwaltlicher Sicht sinnvoll dies gegenüber den Mandanten anzuregen, es setzt allerdings voraus, dass die Parteien noch Kontakt zueinander haben. Der Zustellungsbevollmächtigte muss in Deutschland leben und hat die Funktion sämtliche Zustellungen für den Antragsgegner im Verfahren entgegen zu nehmen. Die Unterschrift des Zustellungsbevollmächtigten muss notariell beglaubigt werden bzw. vor der deutschen Auslandsvertretung in Gegenwart des Urkundenbeamten abgegeben werden.

Gem. § 184 Abs. 1 ZPO kann das Gericht dem Antragsgegner aber auch aufgeben einen Zustellungsbevollmächtigten unter Fristsetzung, meist eines Monats zu benennen. Erfolgt eine solche Benennung nicht können dann alle weiteren Zustellungen durch Aufgabe zur Post erfolgen (vgl. § 184 Abs. 1 Satz 2 ZPO sowie Anlage 10). Das Schriftstück gilt dann zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt.

9.7. Öffentliche Zustellung

Ist der Antragsgegner unbekanntem Aufenthaltsort so kann ein Antrag auf öffentliche Zustellung gem. § 186 i. V. m. § 185 Nr. 1 ZPO gestellt werden. Einem solchen Antrag wird nur dann stattgegeben, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er alles ihm zumutbare unternommen hat, um die Anschrift des Antragsgegners ausfindig zu machen. Die eidesstattliche Versicherung die für den Mandanten zu entwerfen ist, muss daher genaue Angaben darüber enthalten, welche Schritte eingeleitet wurden, um in Kontakt mit dem Antragsgegner zu treten um dessen Anschrift zu erfahren, bzw. weshalb Dritte oder sonstige Stellen nicht behilflich sein können eine zustellungsfähige Adresse herauszufinden.

