

*Ivo Bach, Frederik Burghardt*

## Zum Stellenwert des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts für den nachehelichen Unterhalt - Der BGH im Bermudadreieck zwischen tatrichterlicher Abwägung, grundsätzlicher Bedeutung und *acte clair* (zu BGH, 11.5.2022- XII ZB 543/20, unten S. 554, Nr. 43)

IPRax 2023, 531-535

Art. 5 of the 2007 Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations holds an exemption to Art. 3's general principle: Regarding post marriage maintenance, the law at the creditor's habitual residence does not apply if the marriage is more closely connected to another state. The BGH now established a *de minimis* exception for Art. 5: The law of the other state only prevails if its connection to the marriage is a) closer than the connection of the creditor's habitual residence and b) sufficiently close in absolute terms. Ivo Bach and Frederik Burghardt argue that such an additional threshold is neither in line with the wording of Art. 5 nor with the Drafters' intention and the *ratio legis*. Unfortunately, the BGH has refused to refer the question to the ECJ for a preliminary ruling.

### I. Einleitung und Problemaufriss

Widerstreitenden Interessen und komplexen Sachverhalten begegnet das Recht gern mit flexiblen Regelungen und offenen Rechtsbegriffen. Das IPR bildet diesbezüglich keine Ausnahme. Etabliert hat sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dergestalt, dass eine starre - und damit einfach handhabbare Grundregel mit einer Ausweichklausel kombiniert wird, wonach ein anderes Recht Anwendung finden soll, wenn zu diesem Recht eine engere Beziehung besteht als zu demjenigen, das die Grundregel zur Anwendung beruft.

Beim nachehelichen Unterhalt sind die widerstreitenden Interessen offensichtlich: Die unterhaltsberechtigten Person hegt (jedenfalls abstrakt-theoretisch) ein Interesse an der Anwendung des Rechts an ihrem jeweils aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt, weil dieser ihre Bedürfnisse maßgeblich prägt.<sup>1</sup> Demgegenüber prägt der (wiederum: jeweils aktuelle) gewöhnliche Aufenthalt der unterhaltsverpflichteten Person deren Leistungsfähigkeit; ihr Interesse ist dementsprechend tendenziell auf eine Anwendung des dortigen Rechts gerichtet.<sup>2</sup> Jedenfalls aber hat sie ein (schutzwürdiges) Interesse daran, vor einem *law shopping* der unterhaltsberechtigten Person geschützt zu werden.<sup>3</sup>

Das Haager Unterhaltsprotokoll reagiert nach dem genannten Regel-Ausnahme-Muster: Art. 3 HUP beruft zunächst das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person zur Anwendung; Art. 5 HUP enthält eine Ausweichklausel<sup>4</sup> zugunsten einer anderen Rechtsordnung, die eine engere Verbindung zu der geschiedenen Ehe aufweist. Gegenüber herkömmlichen Ausweichklauseln weist diejenige Art. 5 HUP drei Besonderheiten auf.

- Erstens kommt sie nur auf Antrag einer der beiden Parteien zur Anwendung, entspricht also funktionell eher einem Optionsrecht als einer Ausweichklausel.<sup>5</sup> In der Praxis wird das von Art. 5 HUP berufene „ehe-nähere“ Recht allerdings für eine der beiden Parteien vorteilhafter sein als das nach der Grundregel des Art. 3 HUP anwendbare Recht. Diese Partei wird von ihrer Option Gebrauch machen.

- Zweitens verzichtet Art. 5 HUP auf die übliche Beschränkung, wonach die engere Beziehung zu dem anderen Recht „offensichtlich“ sein muss.<sup>6</sup> Den Gerichten obliegt also letztlich ein einfacher Verbindungsvergleich: Sobald das andere Recht etwas näher an der Ehe steht als das von Art. 3 HUP berufene, muss es (auf Antrag) angewendet werden. Damit wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis weitgehend ausgehöhlt: Von Art. 3 HUP bleibt nicht viel mehr als eine bloße Auffangregel für den Fall, dass die Parteien ihr Optionsrecht nicht wahrnehmen. Relevant wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis nur in dem (praktisch wohl nicht allzu häufigen) Fall, dass eine andere Rechtsordnung *dieselbe* Nähe zur Ehe aufweist wie der aktuelle gewöhnliche Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person: Bei einem Unentschieden im Verbindungsvergleich setzt sich Art. 3 HUP – und damit das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person – durch.

- Drittens nennt Art. 5 HUP ein Nähekriterium explizit und hebt es damit gegenüber den anderen heraus: den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der beiden Parteien. Damit sollen zwar die übrigen Kriterien - wie etwa ein anderer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten während der Ehe, die Staatsangehörigkeit der Ehegatten, der Ort der Eheschließung und der Ort der Scheidung - nicht entwertet wer

[↑ IPRax 2023, 531 ↑](#)

[↓ IPRax 2023, 532 ↓](#)

den. Die explizite Nennung bringt jedoch zum Ausdruck, dass dem letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt eine „vorrangige Rolle“<sup>7</sup> zukommt, und verleiht ihm eine gewisse Indizwirkung.<sup>8</sup>

Der Regel-Ausnahme-Mechanismus der Art. 3 und 5 HUP ist das Ergebnis einer kontroversen Debatte im Rahmen der Vorarbeiten zum HUP. Deren Ausgangspunkt war die Regelung in Art. 8 des Haager Unterhaltsübereinkommens von 1973 (HUÜ)<sup>9</sup>, die den nahehelichen Unterhalt akzessorisch an das Scheidungsstatut anknüpfte.<sup>10</sup> Diese akzessorische Anknüpfung barg einen enormen Nachteil: Weil es kein Haager Übereinkommen zum Scheidungs-IPR gab (und bis heute keines gibt), verwies Art. 8 HUÜ *de facto* auf die diesbezüglichen nationalen Regelungen - und konterkarierte damit die Harmonisierungsbestrebungen des HUÜ.<sup>11</sup> Als Alternative schlug die Spezialkommission zunächst eine Anknüpfung an den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten vor.<sup>12</sup> Auf der diplomatischen Tagung hielt man dieses Anknüpfungsmerkmal jedoch für zu unflexibel und beschloss den Gesetz gewordenen Regel-Ausnahme-Mechanismus.<sup>13</sup>

Kehrseite dieser (wie jeder) flexiblen Regelung ist ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit für die Parteien. Unbestimmte Rechtsbegriffe eröffnen letztlich einen rechtsfreien Raum innerhalb des Rechts, den die Gerichte kasuistisch füllen können und müssen.<sup>14</sup> Je vielschichtiger der Sachverhalt, umso größer erscheint der rechtsfreie Raum - und umso größer ist die Gefahr, dass die Entscheidung des Gerichts willkürlich wirkt, weil einem Aspekt mehr Gewicht beigemessen wird als einem anderen. In kollisionsrechtlicher Hinsicht besteht diese Gefahr insbesondere dann, wenn es sich bei den maßgeblichen Personen um Globetrotter handelt, die ihre Zelte immer wieder abbrechen und an einem anderen Ort neu aufschlagen.

## II. Die Entscheidung des BGH

Mit solchen Globetrottern sah sich jüngst der BGH konfrontiert: Zwei deutsche Staatsangehörige hatten sich während des Studiums in Deutschland kennengelernt, waren zunächst gemeinsam nach Schottland gezogen, von dort in die Niederlande, dann nach Brunei und schließlich in die U.S.A.

Keiner dieser Aufenthalte währte so kurz, dass er unbeachtlich wäre: Grob skizziert kamen auf Deutschland vier gemeinsame Jahre, auf Schottland fünf und auf die Niederlande neun. In den U.S.A. lebten die beiden fünf Jahre gleichzeitig, allerdings nur die Hälfte davon zusammen.

In Deutschland kam eine gemeinsame Tochter zur Welt, in den Niederlanden schlossen die beiden Parteien erst einen Partnerschaftsvertrag und später die Ehe - letztere allerdings wohl nur, damit man gemeinsam nach Brunei ziehen konnte. In Texas kam es zur Trennung und später zur Scheidung.

Die Ehefrau zog nach der Scheidung zurück nach Deutschland und macht hier Unterhaltsansprüche gegen ihren Ex-Mann geltend, der nach wie vor in Texas lebt. Die gemeinsame Tochter lebt in den Niederlanden. Eine Rückkehr nach Deutschland war während der Ehe nie geplant.

Unter den fünf genannten Staaten maßen sowohl das AG Karlsruhe<sup>15</sup> als auch das OLG Karlsruhe<sup>16</sup> den U.S.A. (konkret: Texas) die engste Verbindung zu der geschiedenen Ehe bei. Dabei rekurrten beide Gerichte nicht allein darauf, dass die Parteien dort ihren *letzten* gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt während der Ehe hatten, sondern auch auf den Umstand, dass der dortige Aufenthalt der längste während der gemeinsamen Ehe war. Zudem hielten es beide Gerichte für beachtlich, dass sich die Parteien darauf geeinigt hatten, die Scheidung in den U.S.A. durchzuführen.

Der BGH hielt den gemeinsamen Aufenthalt in Texas demgegenüber für nicht wesentlich genug, um die Grundanknüpfung nach Art. 3 HUP auszuhebeln: Zwar werde der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt durch die explizite Nennung in Art. 5 HUP „betont“; im konkreten Fall sei er jedoch dadurch „entwertet“, dass er von vornherein nicht auf Dauer angelegt gewesen

sei, sondern sich in eine „regelmäßige Abfolge jeweils befristeter Aufenthalte in verschiedenen Ländern“ eingereiht habe. Dass auch die Scheidung in Texas durchgeführt wurde, habe vor allem auf Praktikabilitätsabwägungen beruht und sei deswegen nicht Ausdruck einer Bindung der Ehe an das texanische Recht. Zur Länge des Aufenthalts verhält sich der BGH nicht.

### III. Kritik

#### 1. In der Sache

Bei unbedarfter Anwendung der gesetzlichen Regelungen erscheinen die Entscheidungen der Instanzgerichte zutreffend: Die Grundregel des Art. 3 HUP findet gem. Art. 5 S. 1 HUP dann keine Anwendung, wenn (ein Ehegatte dies verlangt und) das Recht eines anderen Staates eine engere Verbindung zu der Ehe aufweist. Prima vista war im konkreten Fall also ein „Verbindungsvergleich“ zwischen Deutschland und Texas geboten. Das überzeugende Ergebnis der Instanzgerichte: 3 : 1 für Texas (letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt, längster gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt und Scheidungsort versus gemeinsame Staatsangehörigkeit). Hinsichtlich des längsten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts mag man anderer Auffassung sein als die Instanzgerichte, weil deren Rechnung letztlich auf der Prämisse beruht, dass der Aufenthalt in den Niederlanden, weil vorehelich, unberücksichtigt bleiben muss. Aber selbst wenn man dies anders sieht (worauf zurückzukommen sein wird), bleibt es bei einem 2 : 1 für Texas.

Der BGH macht stattdessen eine andere Vergleichsrechnung auf: Er vergleicht die Verbindungen der Ehe zu Texas nicht mit ihren Verbindungen zu Deutschland, sondern mit dem Gewicht der Grundanknüpfung aus Art. 3 HUP.<sup>17</sup> Ein Taschenspielertrick? In der Tat ist Art. 5 S. 1 HUP unvollständig: Der Komparativ „engere Verbindung“ bleibt ohne Vergleichsobjekt. Da die Formulierung wohl nicht im Sinne eines absoluten Komparativs (= Abschwächung gegenüber dem Positiv „enge Verbindung“) zu verstehen ist, liegt der Rückschluss nahe, der abbedungene

[↑ IPRax 2023, 532 ↑](#)

[↓ IPRax 2023, 533 ↓](#)

Art. 3 HUP werde stillschweigend in Bezug genommen und sei dementsprechend nicht nur Objekt der Rechtsfolge, sondern auch des tatbestandlichen Verbindungsvergleichs. Löst man den Fokus von den grammatikalischen Quisquilien, erweist sich dieser Rück- jedoch als Trugschluss: Immerhin muss die engere Verbindung „zur Ehe“ bestehen. Eine solche Verbindung kann zwar das von Art. 3 HUP berufene Recht aufweisen, nicht aber die Regelung des Art. 3 HUP als solche.

Was der BGH letztlich zu verbrämen sucht, ist, dass er ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal in Art. 5 HUP hineinliest, eine Art „de-minimis-Schwelle“: Die Verbindung des anderen Rechts zu der Ehe muss nicht nur - relativ gesehen - enger sein als die Verbindung des von Art. 3 HUP berufenen Rechts, sondern sie muss auch absolut betrachtet eng sein.<sup>18</sup>

Systematisch erscheint solch eine absolute Betrachtungsweise durchaus plausibel: Sie schützt die Grundregel des Art. 3 HUP davor, allzu leicht von einer Ausnahme nach Art. 5 HUP verdrängt zu werden. Einer historisch-teleologischen Betrachtung hält die Einschränkung des Art. 5 HUP jedoch nicht stand. In historischer Hinsicht gerät die Konstruktion eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals in Konflikt mit dem Umstand, dass der Tatbestand im Zuge des *Drafting*-Prozesses gerade um ein einschränkendes Merkmal bereinigt wurde, nämlich dasjenige der Offensichtlichkeit.<sup>19</sup> In teleologischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Art. 3 und 5 HUP einem gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen dient: Art. 3 HUP schützt die Interessen der unterhaltsberechtigten Person, Art. 5 HUP diejenigen der unterhaltsverpflichteten. Mehr noch: Art. 5 HUP sieht - wie eingangs angerissen - nur deshalb keine unmittelbare Anknüpfung an den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt vor, weil eine solche Regelung als zu unflexibel empfunden wurde, nicht etwa, weil dem aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt des unterhaltsberechtigten Ehegatten ein größeres Gewicht beigemessen werden sollte.<sup>20</sup> Im Lichte dieser Gesichtspunkte verbietet sich eine absolute Betrachtungsweise; sie führt nämlich letztlich dazu, dass die von Art. 3 HUP geschützten Interessen der unterhaltsberechtigten Person absolut gesetzt werden. Vorzugswürdig ist deshalb der rein relative Ansatz der Instanzgerichte: ein schlichter „Verbindungsvergleich“. Konkret bedeutet das natürlich auch: Hat der Ort, an dem die unterhaltsberechtigte Person nahehelich ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat, keinerlei Verbindungen zu der Ehe, wird die Anknüpfung des Art. 3 HUP stets<sup>21</sup> von Art. 5 HUP verdrängt.<sup>22</sup> Gerade diese Konsequenz verdeutlicht indes, dass der vom BGH verfolgte Ansatz nicht zu überzeugen vermag: Der BGH hätte Art. 5 HUP auch dann unangewendet lassen müssen, wenn die Ehefrau im konkreten Fall nicht in ihren Heimatstaat Deutschland zurückgekehrt wäre, sondern die Weltreise fortgesetzt und in einem neuen Staat Fuß gefasst hätte.

Ein Verbindungsvergleich ist folgerichtig auch dann erforderlich, wenn die Ehe nicht fest mit einem einzelnen Staat, sondern locker mit mehreren verschiedenen Staaten verbunden ist. In diesem Fall muss der Vergleich sämtliche Staaten einbeziehen, zu denen die Ehe eine Verbindung aufweist. Weisen mehrere von ihnen eine engere Verbindung zur Ehe auf als das von Art. 3 HUP berufene Recht, so setzt sich derjenige durch, zu dem die engste Verbindung besteht.<sup>23</sup>

In diesem Zusammenhang wird ein Aspekt der instanzgerichtlichen Entscheidungen bedeutsam, nämlich die Frage, ob Art. 5 HUP eine Zeitkomponente enthält, ob also nur solche Verbindungen zur Ehe Berücksichtigung finden können, die während der Ehe Bestand hatten. Das OLG Karlsruhe bejaht diese Frage und lässt deswegen weite Teile des gewöhnlichen Aufenthalts in den Niederlanden ebenso unberücksichtigt wie die gesamte Zeit in Schottland und sogar die Geburt der gemeinsamen Tochter in Deutschland.<sup>24</sup> Diese temporal-formalistische Betrachtungsweise erscheint unangemessen. Zwar nimmt Art. 5 HUP ausschließlich die Ehe in

Bezug und greift nicht, wenn die unterhaltsberechtigten und die unterhaltsverpflichtete Person in einer außerehelichen Beziehung zusammenlebten.<sup>25</sup> Dies rechtfertigt es jedoch nicht, Umstände außer Acht zu lassen, auf denen die Ehe aufbaut oder die gar in die Ehe hineinwirken.<sup>26</sup>

Solche vorehelichen Umstände können - je nach Fallgestaltung - sogar stärker wirken als ein gemeinsamer (letzter) Aufenthalt während der Ehe. Im konkreten Fall mutet es - jedenfalls von außen betrachtet - durchaus zweifelhaft an, wenn die beiden Instanzgerichte eine engere Verbindung zu Texas sehen (dem Ort, an dem die Ehe kurz nach der Ankunft scheiterte) als zu den Niederlanden (wo die Parteien neun Jahre lang mit ihrer gemeinsamen Tochter zusammenlebten, eine Lebensgemeinschaft eintragen ließen und schließlich heirateten). Die Zeit in den Niederlanden kann man letztlich nur mit dem Argument unberücksichtigt lassen, dass die Parteien während ihrer dortigen Zeit gerade nicht heiraten wollten. Dann aber müsste man konsequenterweise schlussfolgern, dass Brunei die engste Verbindung zu der Ehe aufweist: Dorthin ziehen zu können war (mutmaßlich) das vornehmliche Ziel der Eheschließung (als uneheliches Paar hätten die beiden dort nicht zusammenleben dürfen).

Berücksichtigt man auch voreheliche Umstände, sofern sie nur ehrelevant sind, dann neigt sich die Waagschale doch wieder

[↑ IPRax 2023, 533 ↑](#)

[↓ IPRax 2023, 534 ↓](#)

ein Stück weit in Richtung des Ergebnisses, zu dem der BGH gelangt ist. Dann nämlich ist auch der Beginn der Beziehung in Deutschland berücksichtigungsfähig, und die dortige Geburt der gemeinsamen Tochter ist es auch.

Allerdings ist ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen, der in allen drei Entscheidungen unerwähnt bleibt: die Auflösung oder zumindest Abschwächung einer Verbindung. Wer seine Zelte abbricht, der kappt damit eine wesentliche Verbindung. Je länger der Aufenthalt an einem Ort zurückliegt, umso schwächer wird regelmäßig die Verbindung. Und je endgültiger der Abschied, desto schneller wird sie schwächer. Neunzehn Jahre nach dem Wegzug aus Deutschland hängt die Verbindung an einigen wenigen Fäden (insbesondere denen der Staatsangehörigkeit und familiärer Bindungen). Acht Jahre nach dem gemeinsamen Aufenthalt in den Niederlanden beschränkt sich die Verbindung im Wesentlichen auf die dort zurückgebliebene Tochter (und eine im Familieneigentum verbliebene Immobilie). Dieser Aspekt rechtfertigt es, dass Art. 5 S. 1 HUP nicht den längsten, sondern den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hervorhebt - auch wenn dieser *de facto* oftmals nicht mit der Ehe selbst am engsten verbunden ist, sondern nur mit deren Ende.

## 2. Am Verfahren

Nicht nur in der Sache ist die Entscheidung zu kritisieren. Ein anderer Kritikpunkt wiegt sogar erheblich schwerer: Der BGH hat seine Entscheidung getroffen, ohne die Frage dem EuGH zur

Vorabentscheidung vorzulegen. Damit hat er sowohl Art. 267 Abs. 3 AEUV verletzt als auch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

Zur Begründung führt der BGH apodiktisch aus, es handele sich um einen *acte clair*<sup>27</sup>: „Die Grundsätze für die sich im vorliegenden Fall stellenden Auslegungsfragen sind derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt [...]“. Als maßgebliche Grundsätze identifiziert er dabei erstens „dass Art. 5 HUP eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände erfordert“, und zweitens „dass der letzte gewöhnliche Aufenthalt [...] nicht notwendigerweise ausschlaggebende Bedeutung erlangt“. Seine Entscheidung, so der BGH weiter, habe sich letztlich in der Frage erschöpft, „zu welchem Ergebnis die Gesamtwürdigung im konkret zu entscheidenden Fall führt“.<sup>28</sup> Ein weiterer Taschenspielertrick. Der BGH stützt seine Entscheidung - die er übrigens für so grundlegend hielt, dass er sie in die BGHZ-Sammlung aufnahm<sup>29</sup> - nämlich keineswegs allein auf diese beiden in der Tat offenkundigen, aber eben auch vergleichsweise abstrakten Grundsätze. Vielmehr dreht sich die Entscheidung im Kern um die sehr konkrete Frage, ob Art. 3 HUP schon dann unangewendet bleiben muss, wenn ein anderes Recht enger mit der Ehe verbunden ist als das von Art. 3 HUP berufene, oder ob dieses andere Recht auch absolut betrachtet eine enge Verbindung zu der Ehe aufweisen muss. Die Antwort auf diese Frage ist indes alles andere als offenkundig.<sup>30</sup> Der BGH hätte zwingend vorlegen müssen.

Dass er es nicht getan hat, wird man als willkürliche Verletzung der Vorlagepflicht und damit als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (Entzug des gesetzlichen Richters)<sup>31</sup> brandmarken müssen: Von einem *acte clair* auszugehen, war angesichts der Umstände nicht vertretbar. Die vom BGH angeführte Begründung steht derart im Widerspruch zu der vorangehenden Urteilsbegründung, dass man sie nur als Scheinargument einstufen kann, als Schutzbehauptung gegen den Willkürvorwurf. Nur sieben Absätze vorher hatte der BGH dem Berufungsgericht nämlich noch „Rechtsfehler“ vorgeworfen.<sup>32</sup> Auf bloße Fehler in der „Gesamtwürdigung“ der konkreten Umstände hätte er die Entscheidung des Berufungsgerichts nämlich gar nicht überprüfen dürfen.<sup>33</sup> Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts liege darin, dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt einen „unvertretbar hohen Stellenwert“ eingeräumt zu haben.<sup>34</sup> Auch das Berufungsgericht hatte indes ausdrücklich festgehalten, dass der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt „in Art. 5 HUP nur beispielhaft genannt [werde], wobei er zwar regelmäßig, aber keineswegs zwangsläufig eine engere Beziehung zur Ehe haben wird als der aktuelle Aufenthaltsort des Berechtigten“.<sup>35</sup> Der „Rechtsfehler“ des Berufungsgerichts lag also letztlich allein darin, dass es - anders als der BGH - nicht von einer „Entwertung“ des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts ausgegangen ist.

Fügt man die Ausführung des BGH zur Revisibilität der OLG-Entscheidung einerseits und zur eigenen Vorlagepflicht andererseits zusammen, so münden sie letztlich in einem Willkürvorwurf an das OLG: Erstens habe das OLG nämlich einen Rechtsfehler begangen und zweitens sei die tatsächliche Rechtslage offensichtlich.

Zusammengefasst gilt also: Entweder die Entscheidung des BGH ist willkürlich oder diejenige des OLG. Bemerkenswerterweise gilt dies nicht nur im konkreten Fall, sondern strukturell immer dann, wenn der BGH einerseits die Entscheidung eines

[↑ IPRax 2023, 534 ↑](#)

[↓ IPRax 2023, 535 ↓](#)

Berufungsgerichts wegen eines unionsrechtsbezogenen Rechtsfehlers aufhebt, andererseits aber unter Verweis auf einen *acte clair* auf eine Vorlage an den EuGH verzichtet.

Dieser Befund schreit geradezu nach einem Umkehrschluss: Wenn ein Berufungsgericht (bzw. eigentlich noch genereller: ein Instanzgericht) eine unionsrechtliche Auslegungsfrage anders beurteilt als der BGH, handelt es sich grundsätzlich nicht um einen *acte clair*.<sup>36</sup>

### 3. An der Tatbestandsschilderung

Die Tatbestandsschilderung des BGH ist mustergültig. Die generelle Tendenz des BGH zu einer stark komprimierten Sachverhaltsschilderung kann man zwar durchaus kritisieren, weil sie es Leserinnen und Lesern bisweilen erschwert, die richterlichen Wertungen vollständig nachzuvollziehen. Darum soll es an dieser Stelle jedoch nicht gehen.

Kritik verdient vielmehr das OLG Karlsruhe: Dessen Tatbestandsschilderung ist zwar äußerst detailreich; der Lebenslauf beider Parteien wird kleinteilig nachgezeichnet, sogar unter Angabe exakter Daten. Orte werden jedoch nicht genannt, nicht einmal die zugehörigen Länder. Genauer: Sie sind in der veröffentlichten Fassung der Entscheidung geschwärzt. Bei der Lektüre des Tatbestands erschließt sich an keiner Stelle, dass es überhaupt jemals zu einem grenzüberschreitenden Umzug gekommen ist.<sup>37</sup> Für eine Entscheidung, die (nahezu) ausschließlich Fragen des Internationalen Privatrechts zum Gegenstand hat, ist das mehr als unglücklich: Der (veröffentlichte) Tatbestand verfehlt seine Funktion; er ist letztlich unverständlich und bildet dementsprechend kein taugliches Fundament für die Entscheidung.

Ohne die grundsätzliche Diskussion zu Gründen und Grenzen der Entscheidungsanonymisierung um einen weiteren<sup>38</sup> Beitrag ergänzen zu wollen, fragt man sich schon, nach welchen Maßstäben man sich diesbezüglich beim OLG Karlsruhe richtet. Wer die Parteien auch nur im Entferntesten kennt, wird sie in der Entscheidung zweifellos identifizieren können - und bekommt zahlreiche Details der persönlichen Lebensführung genannt, die für die Entscheidung nicht die geringste Bedeutung haben:

„Die Antragstellerin schloss ihre Schulausbildung 1983 mit dem Abitur ab. Von Oktober 1984 bis September 1985 absolvierte sie eine einjährige Ausbildung an der Massageschule K. Es folgte ein 1,5-jähriges Anerkennungspraktikum im staatlichen Rheumakrankenhaus B. Von Mai 1987 bis November 1988 arbeitete sie als angestellte Masseurin und medizinische Bademeisterin. Anschließend nahm sie im Oktober 1988 ein Geologiestudium in K. auf, wo sie am 24.05.1990 auf einer Exkursion den Antragsgegner, der ebenfalls in K. Geologie studierte, kennenlernte. Am



29.02.1992 wurde die gemeinsame Tochter der Beteiligten geboren. Aufgrund der Geburt brach die Antragstellerin ihr Studium ab und nahm zur Sicherung ihres Lebensunterhalts an einem Mutter-Kind-Programm teil, wobei der Antragsgegner die Antragstellerin und die gemeinsame Tochter fast täglich in der Einrichtung besuchte.“

So geht es weiter bis zur Scheidung im Jahr 2017 (und sogar darüber hinaus). Anonymisiert sind - neben den Namen der Parteien<sup>39</sup> - ausschließlich die Ortsangaben. Das genaue Gegenteil wäre prozess- und datenschutzrechtlich geboten gewesen.

#### IV. Fazit

1. Historische und teleologische Gründe sprechen dagegen, Art. 5 HUP einschränkend dahingehend auszulegen, dass ein anderes Recht nur dann zum Zuge kommen kann, wenn es - absolut betrachtet - eine enge Beziehung zu der Ehe aufweist. Vielmehr muss es genügen, dass die Verbindung – relativ betrachtet - enger ist als diejenige des Rechts am aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person. Allerdings sollte diese Auslegungsfrage vom EuGH beantwortet werden (genauer: sie hätte es sollen).
2. Auch voreheliche Umstände können i.R.d. Art. 5 HUP zu berücksichtigen sein, zumindest dann, wenn sie in die Ehe hineinwirken oder die Ehe auf ihnen aufbaut.
3. Zu berücksichtigen ist stets, ob sich eine Verbindung im Laufe der Zeit abgeschwächt hat.
4. Eine Vorlage an den EuGH ist grundsätzlich geboten, wenn der BGH in einer Auslegungsfrage von der Rechtsauffassung einer Vorinstanz abweichen möchte. Die Nichtvorlage würde nämlich entweder einen impliziten Willkürvorwurf an die Vorinstanz beinhalten oder den BGH selbst einem Willkürvorwurf aussetzen.
5. Bei Entscheidungen, die internationalprivatrechtliche Fragen zum Gegenstand haben, dürfen Ortsangaben grundsätzlich nicht anonymisiert werden.

\*Prof. Dr. Ivo Bach und Wiss. Mitarbeiter Frederik Burghardt, Georg-August-Universität Göttingen.

---

<sup>1</sup> *Bonomi*, Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, Erläuternder Bericht, 2009, Rn. 37 f.; EuGH, Urteil v. 7.6.2018 - Rs. C-83/17, *KO ./. LO*, FamRZ 2018, 1503, Rn. 42; *Mankowski*, in: *Staudinger*, BGB, Haager Unterhaltsprotokoll, 2021, Art. 3 HUP Rn. 4; *Staudinger*, in: MünchKomm, BGB, Band 12, 8. Auflage 2020, Art. 3 HUP Rn. 2; *Arnold*, Entscheidungseinklang und Harmonisierung im internationalen Unterhaltsrecht, IPRax 2012, 311, 312.

<sup>2</sup> *Mankowski*, in: *Staudinger* (o. Fn. 1), Art. 3 HUP Rn. 3.

- <sup>3</sup> *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 78; *Staudinger*, in: MünchKomm (o. Fn. 1), Art. 5 HUP Rn. 1; *Mankowski*, in: *Staudinger* (o. Fn. 1), Art. 5 HUP Rn. 5; *Yassari*, in: BeckOGK, HUP 2007, Stand: 1.12.2022, Art. 5 HUP Rn. 4.
- <sup>4</sup> *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 83; *Andrae*, Internationales Familienrecht, 4. Auflage 2019, § 10 Rn. 130; a.A. *Mankowski*, in: *Staudinger* (o. Fn. 1), Art. 5 HUP Rn. 3: „kollisionsrechtliche Einrede“.
- <sup>5</sup> *Bach*, in: NK-BGB, Band 6, 3. Auflage 2019, Art. 5 HUP Rn. 1; ähnlich *Staudinger*, in: Münch-Komm (o. Fn. 1), Art. 5 HUP Rn. 3: „kollisionsrechtliche Einrede“.
- <sup>6</sup> Ausf. *Andrae*, HUP: Nachehelicher Unterhalt bei langem nichtehelichen Zusammenleben vor Eheschließung, IPRax 2021, 531.
- <sup>7</sup> *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 86.
- <sup>8</sup> AG Karlsruhe, 28.11.2019 - 6 F 1165/18, BeckRS 2019, 61250, Rn. 19, 33; *Andrae* (o. Fn. 4), § 10 Rn. 132; *Yassari*, in: BeckOGK (o. Fn. 3), Art. 5 HUP Rn. 26.
- <sup>9</sup> Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, BGBl 1986 II, S. 837.
- <sup>10</sup> Allerdings war diese Regel beschränkt auf Unterhaltsentscheidungen in dem Staat, in dem auch die Scheidung ausgesprochen worden war.
- <sup>11</sup> Vgl. *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 80.
- <sup>12</sup> Vgl. *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 81.
- <sup>13</sup> Vgl. *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 81.
- <sup>14</sup> Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Auflage 2022, Rn. 836 ff.
- <sup>15</sup> AG Karlsruhe, 28.11.2019 - 6 F 1165/18, BeckRS 2019, 61250.
- <sup>16</sup> OLG Karlsruhe, 26.11.2020 - 2 UF 3/20, IPRax 2021, 567 m. Anm. *Andrae*, IPRax 2021, 531.
- <sup>17</sup> BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 22.
- <sup>18</sup> Ebenso (allerdings unverbrämt) *Andrae*, IPRax 2021, 531, 535; im Ansatz auch OLG Karlsruhe, 26.11.2020 - 2 UF 3/20, IPRax 2021, 567, Rn. 39 m. Anm. *Andrae*, IPRax 2021, 531.
- <sup>19</sup> Noch enthalten im *Preliminary Draft* vom 30.6.2007, Art. 5 Option 2.
- <sup>20</sup> Vgl. *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 81. Allerdings führt der gewählte Regel-Ausnahme-Mechanismus wie gesagt dazu, dass sich bei einem „Gleichstand“ im „Verbindungsvergleich“ Art. 3 durchsetzt, also das Recht am aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person.
- <sup>21</sup> Einen entsprechenden Antrag vorausgesetzt.
- <sup>22</sup> So wohl auch *Yassari*, in: BeckOGK (o. Fn. 3), Art. 5 HUP Rn. 21; *Heiderhoff*, in: BeckOK BGB, HUP 2007, Stand: 1.8.2022, Art. 5 HUP Rn. 8.
- <sup>23</sup> AG Karlsruhe, 28.11.2019 - 6 F 1165/18, BeckRS 2019, 61250, Rn. 28; *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1), Rn. 85; *Mankowski*, in: *Staudinger* (o. Fn. 1), Art. 5 HUP Rn. 37.
- <sup>24</sup> OLG Karlsruhe, 26.11.2020 - 2 UF 3/20, IPRax 2021, 567, Rn. 39 (wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage ließ das OLG jedoch die Revision zu, Rn. 54) m. Anm. *Andrae*, IPRax 2021, 531; ebenso Öst. OGH, 30.6.2015 - 10 Ob 6/15b, ZfRV 2015, 226; OGH, 22.9.2020 - 4 Ob 114/20y, ZfRV 2020, 289; *Mankowski*, in: *Staudinger* (o. Fn. 1), Art. 5 HUP Rn. 35, 45; *Hausmann*, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Auflage 2018, Rz. C-616; *Yassari*, in: BeckOGK (o. Fn. 3), Art. 5 HUP Rn. 22; *Andrae* (o. Fn. 4), § 10 Rn. 131; offengelassen, BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 27.

<sup>25</sup> Zur Anwendung auf eheähnliche Institutionen, wie etwa eingetragene Lebenspartnerschaften, *Bach*, in: NK-BGB (o. Fn. 5), Art. 5 HUP Rn. 7. Auf die bewusst unterbliebene Gleichstellung von Ehe und nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft hebt das OLG Karlsruhe (26.11.2020 - 2 UF 3/20, IPRax 2021, 567, Rn. 39) maßgeblich ab.

<sup>26</sup> Noch weitergehend heißt es im *Bonomi*-Bericht (o. Fn. 1, Rn. 86), es spreche nichts dagegen, einen vorehelichen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt „wie jede andere Verbindung zu berücksichtigen“; ähnlich *Hilbig*, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), Int. Rechtsverkehr VO (EG) 4/2009, 65. EL Mai 2022, Art. 15 Rn. 38; etwas strenger *Andrae*, IPRax 2021, 531, 535, die nur solche Verbindungen berücksichtigen will, die während der Ehe weiterbestehen oder erneuert werden.

<sup>27</sup> Die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV entfällt sowohl bei einem *acte clair* (= richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt) als auch bei einem *acte éclairé* (= Auslegungsfrage bereits durch den EuGH beantwortet); grundlegend EuGH, Urteil v. 6.10.1982 - Rs. 283/81, *C.I.L.F.I.T.*; jüngst erneut bestätigt in EuGH, Urteil v. 6.10.2021 - Rs. C-561/19, *Consozio*; dazu Jaeger, CILFIT nach dem Urteil Consozio: Rückenwind für den Acte clair, EuZW 2022, 18.

<sup>28</sup> BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 29.

<sup>29</sup> BGHZ 233, 299.

<sup>30</sup> Dasselbe gilt an sich auch für die Frage, inwieweit voreheliche Umstände berücksichtigt werden können bzw. müssen. Diese Frage hat der BGH jedoch bewusst offengelassen, BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 27.

<sup>31</sup> Zum Willkürmaßstab in Bezug auf die Verletzung der Vorlagepflicht BVerfG, Beschluss v. 19.7.2016 - 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153, 3157; BVerfG, Beschluss v. 30.8.2010 - 1 BvR 1631/08, NJW 2011, 288, 288 f.; BVerfG, Beschluss v. 25.2.2010 - 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268, 1269; BVerfG, Beschluss v. 29.5.2012 - 1 BvR 3201/11, NZA 2013, 164, 166; BVerfG, Urteil v. 28.1.2014 - 2 BvR 1561/12, BVerfGE 135, 155, Rn. 179 ff.; BVerfG, Beschluss v. 25.1.2011 - 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157, Rn. 104; BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 316 f.; ausf. dazu *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 267 AEUV Rn. 36 ff.; *Finck/Wagner*, Eine schrittweise Annäherung des BVerfG an den unionsrechtlichen Maßstab der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV beim gesetzlichen Richter?, NVwZ 2014, 1286; *Calliess*, Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinnedes Grundgesetzes, NJW 2013, 1905.

<sup>32</sup> BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 22.

<sup>33</sup> Zutreffend BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 21 unter Verweis auf BGH, 26.6.2019 - XII ZB 299/18, FamRZ 2019, 1535 Rn. 30.

<sup>34</sup> Wiederum: BGH, 11.5.2022 - XII ZB 543/20, IPRax 2023, 554 (in diesem Heft), Rn. 22.

<sup>35</sup> OLG Karlsruhe, 26.11.2020 - 2 UF 3/20, IPRax 2021, 567, Rn. 40 m. Anm. *Andrae*, IPRax 2021, 531; ebenso eindeutig schon das AG: „Dieses Beispiel hat freilich nur Indizwirkung, die im Einzelfall aufgrund der erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände widerlegt sein kann“ (AG Karlsruhe 28.11.2019 - 6 F 1165/18, BeckRS 2019, 61250, Rn. 19).

<sup>36</sup> Für die Frage, ob eine Sache gem. § 526 II 1 Nr. 1 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung vom Einzelrichter auf den vollbesetzten Spruchkörper des Berufungsgerichts zu übertragen ist, hält der BGH unterschiedliche Rechtsansichten innerhalb des Spruchkörpers („Innendivergenz“) für maßgeblich und ordnet eine unterbliebene Vorlage des Einzelrichters mehr oder weniger automatisch (weil „anhand objektiver Kriterien festzustellen“) als willkürlich ein (BGH, 10.11.2022 - III ZR 13/22, NJW 2023, 922). Entsprechendes muss hinsichtlich einer Vorlage an den EuGH für eine „Instanzendivergenz“ gelten.

<sup>37</sup> Wenn man einmal davon absieht, dass bei der Schwärzung die eine oder andere Ortsangabe übersehen wurde - und dass beim Abdruck in der IPRax offensichtlich einzelne Ortsangaben ergänzt wurden.

*Bach, Burghardt*, Zum Stellenwert des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts für den nahehelichen Unterhalt

<sup>38</sup> Kürzlich etwa *Voß*, Das forum delicti commissi bei reinen Vermögensschäden - ein internationalzivilprozessuales Cum-Ex-Nachspiel, IPRax 2022, 461, 467 ff. m.w.N.; zur Anonymisierungspraxis des OLG Frankfurt lesenswert *Nöhre*, Anonymisierung und Neutralisierung von veröffentlichungswürdigen Gerichtsentscheidungen, MDR 2019, 136.

<sup>39</sup> Auch die Anonymisierung der Namen betreibt das OLG nur im Wege der Abkürzung, nennt also die echten Initialen („T.K. und B.P.D.“); OLG Karlsruhe, 26.11.2020 - 2 UF 3/20, IPRax 2021, 567, Rn. 6 m. Anm. *Andrae*, IPRax 2021, 531.