

LIBER AMICORUM EDWIN GITSCHTHALER



Liber Amicorum
EDWIN GITSCHTHALER

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak
und
Mag. Andreas Tschugguel

Redaktion:
Mag. Nadine Bösch



Wien 2020
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor* in *Fischer-Czermak/Tschugguel* (Hrsg), *Liber Amicorum Edwin Gitschthaler* (2020) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-14533-0

© 2020 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Bildnachweis: © Fotostudio Huger

Satzherstellung: Christian Taufer

Druck: FINIDR, s.r.o., Český Těšín

Vorwort

Lieber Edwin,

dieses Vorwort richten wir ganz persönlich an Dich! Du bist kein Jubilar, über den wir in dritter Person sprechen möchten. Persönlich und direkt hast Du es immer lieber.

Die in unseren Kreisen manchmal gesehene Eitelkeit, eine Festschrift zu erwarten, ist Dir ganz bestimmt nicht zu eigen. So veranstalten wir dieses *liber amicorum* keineswegs, um unsere Schuldigkeit zu tun oder eine Erwartung zu erfüllen, sondern weil es uns ein ganz besonderes Anliegen ist. Wir wollen dadurch Deine beeindruckenden wissenschaftlichen Leistungen würdigen, vor allem aber unsere persönliche Wertschätzung zum Ausdruck bringen.

Deine reichhaltigen Verdienste für die Rechtswissenschaft sind allgemein bekannt. Sie sind so umfangreich, dass sie hier nicht detailliert angeführt werden können. Vor allem das Familienrecht ist in allen Bereichen untrennbar mit Deinem Namen verbunden. Nun möchtest Du aber nicht förmlich bejubelt werden, das wissen wir, Du möchtest keine Herausgeber und Autoren, die sich vor Dir in einem akademischen Ritual ehrerbietend verneigen. Und dennoch ist diese Festschrift genau das Richtige für Dich. Denn sie ist wirklich ein *liber amicorum*, ein Buch von Freunden und Wegbegleitern, die Dir in Form ihrer wissenschaftlichen Beiträge gratulieren möchten, die Dich in dieser – unserer gemeinsamen – Weise feiern möchten. Sie alle und wir haben uns gerne Gedanken zu allerlei familien-, erb- und verfahrensrechtlichen Fragen gemacht, ganz und gar Dir zu Ehren und in der Hoffnung, Dein geschätztes Interesse zu wecken. So ist ein *Potpourri* an köstlichen wissenschaftlichen Schmankerln entstanden, die Du sicher genussvoll – vielleicht gemeinsam mit einem Gläschen Rotwein – zu Dir nehmen wirst.

Die Herausgeberschaft war ein Vergnügen, ist sie doch leicht und angenehm von der Hand gegangen. Die Autoren haben freudig zugesagt, pünktlich geliefert und jeder Beitrag ist spürbar aus einem persönlichen Bedürfnis entstanden, Dich hochleben zu lassen. Genau das beschreibt Deine Persönlichkeit ganz wunderbar. Bei all Deinen Vorträgen, Seminaren, Tagungen, in jedem wissenschaftlichen Austausch spielen Deine persönliche Note, Dein Charme, Dein Humor eine wichtige Rolle.

Wir, Deine EF-Z-Familie, die natürlich unsere liebe *Nadine Bösch* miteinschließt, die uns unermüdlich und unersetzlich unterstützt, gerade auch bei dieser Festschrift, dürfen Dir, lieber *Edwin*, zu Deinem besonderen Jubiläum von ganzem Herzen gratulieren! Wir danken Dir für die wunderbare, immer erfrischende und erfreuliche Zusammenarbeit, die anregenden Diskussionen, die kulinarischen Redaktionsausklänge, den gemeinsamen Spaß und freuen uns auf viele, viele weitere gemeinsame EF-Z-Jahre!

*Nadine Bösch
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Michael Bydlinski/Barbara Hofer-Zeni-Rennhofer</i> Gedanken zum nahehelichen „Aufteilungsanspruch“	1
<i>Irene Faber/Franz-Stefan Meissel</i> Partners in Business – Einst und jetzt	33
<i>Constanze Fischer-Czermak</i> Abstammungsänderungen nach dem Tod	51
<i>Robert Fucik</i> Kindesentführungen beim OGH	65
<i>Thomas Garber</i> Flüchtlinge und die Brüssel IIa-VO	77
<i>Reinhard Huter</i> Das Wohl einer schutzberechtigten Person als Verfahrensgrundsatz	95
<i>Georg E. Kodek</i> Angehörigenbürgschaften im Salzburger Partikularrecht	127
<i>Gerhard Kuras</i> Brüssel IIa-VO und Wahrung des Kindeswohles im Vollstreckungsverfahren ...	139
<i>Elisabeth Lovrek</i> Über die Bestandskraft von Unterhaltstiteln	153
<i>Marco Nademleinsky</i> Die Privatscheidung in der neuen Brüssel IIb-VO – eine erste Annäherung	171
<i>Franz Neuhauser</i> Beginn und Ende der Anrechnung der Familienbeihilfe auf den Kindesunterhalt	181
<i>Georg Nowotny</i> Hindert ein vorbehaltenes Fruchtgenussrecht das „Vermögensopfer“ im Pflichtteilsrecht?	195

Inhaltsverzeichnis

<i>Gerold Maximilian Oberhumer</i> Vermögensverwaltung und Unternehmen in der Aufteilung	209
<i>Wolfgang Schramm</i> Übernahmepreis im Anerbenrecht	219
<i>Michaela Schweighofer</i> Wechsel – Umbestellung – Übertragung	229
<i>Barbara Simma</i> Familienleben und Gewährleistungspflichten des Staates	249
<i>Martin Spitzer</i> Immunität und Zustellung	259
<i>Claus Spruzina</i> Herausforderungen des digitalen Nachlasses	267
<i>Andreas Tschugguel</i> Abstammungsrechtliche Fragen im Erbfall	283
<i>Martin Weber</i> Anerkennung und Vollstreckung von güterrechtlichen Entscheidungen	299
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	321
Publikationsverzeichnis	323

Die Privatscheidung in der neuen Brüssel IIb-VO – eine erste Annäherung

Übersicht

- I. Einleitung
 - A. Die zunehmende Verbreitung der Privatscheidung
 - B. Fälle in Österreich
- II. Reformbedarf nach Sahyouni
- III. Die Rezeption in der Brüssel IIb-VO
 - A. Überblick
 - B. Die Anwendungsbereiche der Verordnung
 - C. Anerkennung und Nichtanerkennung (Art 65 und 68)
 - D. Bescheinigung, Berichtigung und Widerruf (Art 66 und 67)
- IV. Ausblick

Im Sommer 2007, kurz bevor mich der Jubilar gefragt hat, ob ich für die noch junge EF-Z die Betreuung des Internationalen Familienrechts übernehmen könnte (sehr gerne!), schickte er mir die Entscheidung 3 Ob 130/07z zur Besprechung. Meine erste Anmerkung zu international-familienrechtlichen Fragen in der EF-Z¹ betraf damit die Privatscheidung (talaq). Als Rückmeldung auf meine Abgabe erhielt ich die Mail: „Vielen Dank für die interessante Besprechung. ... Dass auch ein bisschen Kritik enthalten ist, gefällt mir sogar sehr gut.“ Was wäre also für den runden Geburtstag passender als ein Aufsatz über die Privatscheidung in der neuen Brüssel IIb-VO?!

I. Einleitung

A. Die zunehmende Verbreitung der Privatscheidung

Unter einer „Privatscheidung“ versteht man landläufig die Scheidung einer Ehe außerhalb des Gerichts, sei es einvernehmlich oder einseitig durch „Verstoßung“ (talaq), sei es mit oder ohne behördliche Registrierung. Nicht nur die islamisch geprägten Rechtsordnungen oder auch die israelische² kennen die „Privatscheidung“.

1 EF-Z 2008/8, 24.

2 Dazu *Lehner*, Religiöses Eheverständnis und bürgerliche Ehe im Judentum, FamRZ 2011, 4; *Siehr* in FS Schlosser (2005) 877 ff; BGH XII ZR 61/06 EF-Z 2008/126, 197 (*Nademleinsky*).

In den letzten Jahren haben auch europäische Rechtsordnungen wie jene von **Estland**³, **Frankreich**⁴, **Italien**⁵, **Litauen**⁶, **Portugal**⁷ und **Spanien**⁸ eine Scheidung in Form der „anwaltsunterstützten“ oder „notariellen“ Erklärung eingeführt, bei der Gerichte bzw staatliche Behörden nicht konstitutiv an der Ehescheidung mitwirken, sondern lediglich eine Registrierungsfunktion ausüben. Weil die Brüssel IIA-VO nur für die Anerkennung *gerichtlicher Entscheidungen* sorgt, fallen diese Privatscheidungen aus dem Anerkennungsregime. Eine freilich missliche Lage. Verschärft wurde das Problem zuletzt noch durch die EuGH-Entscheidung *Sahyouni* (II.).

B. Fälle in Österreich

Der OGH hatte sich in den letzten Jahren nur mit den eher exotischen „Talaq-Scheidungen“ des islamischen Rechts auseinanderzusetzen.⁹ Streitigkeiten über eine ausländische einvernehmliche Privatscheidung sind soweit ersichtlich noch nicht zu ihm vorgedungen.

II. Reformbedarf nach Sahyouni

Im Verordnungsvorschlag zur Brüssel IIB-VO aus dem Jahr 2016¹⁰ war nur ein rudimentärer Abschnitt 5 über „öffentliche Urkunden und Vereinbarungen“ enthalten, ohne Hinweis auf Bescheinigungen oder Begriffsbestimmungen, fast eher so, als wüsste man nicht genau, was noch kommen mag. Das war für Privatscheidungen noch kein großes Problem, denn auch wenn sie nicht unter die Brüssel IIA-VO fallen, wussten sich die Mitgliedstaaten mit ihrem eigenen Anerkennungsrecht gut zu

3 Vgl https://beta.e-justice.europa.eu/45/EN/divorce_and_legal_separation?ESTONIA&member=1#tocHeader10.

4 https://beta.e-justice.europa.eu/45/EN/divorce_and_legal_separation?FRANCE&member=1#tocHeader10.

5 Gesetzesdekret vom 12.9.2014, Nr 132, das in das Gesetz vom 10.11.2014, Nr 162 umgewandelt wurde; dazu *Wiedemann/Henrich*, Neues Trennungs- und Scheidungsverfahren in Italien, FamRZ 2015, 1253.

6 https://beta.e-justice.europa.eu/45/EN/divorce_and_legal_separation?LATVIA&member=1#tocHeader10.

7 https://beta.e-justice.europa.eu/45/EN/divorce_and_legal_separation?PORTUGAL&member=1#tocHeader10.

8 *Henrich*, Privatscheidung in Spanien, FamRZ 2015, 1572. Sie erfolgt durch einen Notariatsakt, vgl die Informationen (Antwort auf Frage 11) zu Spanien im e-justice Portal der EU unter https://beta.e-justice.europa.eu/45/EN/divorce_and_legal_separation?SPAIN&member=1#tocHeader10.

9 6 Ob 189/06x; 3 Ob 130/07z; 7 Ob 10/08h; 6 Ob 69/11g; 6 Ob 115/19h.

10 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Neufassung) vom 30.6.2016, COM(2016) 411 final.

helfen. Das änderte sich erst mit Einführung der Rom III-VO¹¹, die das nationale Scheidungskollisionsrecht abgelöst hat und von der der EuGH in der Entscheidung *Sahyouni*¹² für manche Staaten überraschend – va für jene, die das nationale Scheidungskollisionsrecht nach Einführung der Rom III-VO beseitigt hatten – ausgesprochen hat, dass sie die Privatscheidung nicht erfasse. Während sich Österreich weiterhin mit §§ 97 – 100 AußStrG helfen konnte, fehlte in den „überraschten“ Staaten eine Grundlage für die Anerkennung von Privatscheidungen. So hat es sich (wenn auch nicht mit übertriebener Eile, wie die mühsame Durchsicht des Verordnungsgebungsverfahrens zeigt) ergeben, dass in die Brüssel IIb-VO ein eigener Abschnitt dazu aufgenommen wurde.

III. Die Rezeption in der Brüssel IIb-VO

A. Überblick

Am 12.6.2019 wurde nach langen Reformverhandlungen die Neufassung der Brüssel IIa-VO („Brüssel IIb-VO“)¹³ unter der Dossiernummer 2016/0190 im Rat beschlossen. Sie wurde am 2. Juli 2019 im ABl der EU (L 2019/178, 1) veröffentlicht. In ihrem Kapitel IV („Anerkennung und Vollstreckung“), Abschnitt 4 („Öffentliche Urkunden und Vereinbarungen“) – das schnell noch in die Verordnung hineinmusste (vgl II.), weshalb man kein Verständnis für Spitzfindigkeiten der deutschen Rechtschreibung verlangen darf¹⁴ – finden sich die aufsatzgegenständlichen Regelungen über Scheidungen, die nicht durch gerichtliche Entscheidung, sondern durch Aufnahme in eine öffentliche Urkunde oder Eintragung einer Vereinbarung zustande gekommen sind. Ich nenne sie „Privatscheidungen“, weil der alternative Begriff „Scheidungsvereinbarung“ bei uns bereits von der Scheidungsfolgenvereinbarung besetzt ist.

B. Die Anwendungsbereiche der Verordnung

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die neue Verordnung „gilt nur für am oder nach dem 1. August 2022 eingeleitete gerichtliche Verfahren, förmlich errichtete oder eingetragene öffentliche Urkunden und eingetragene Vereinbarungen“ (Art 100 Abs 1). Wann ein gerichtliches Verfah-

11 Verordnung (EU) 1259/2010 des Rates v 20. 12. 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl L 2010/343, 10.

12 EuGH 20.12.2017, C-372/16, *Sahyouni*, IPRax 2018, 261 (*Coester-Waltjen*, 238) = FamRZ 2018, 169 (*Mayer*) = EF-Z 2018/46, 91 (*Nademleinsky*) = iFamZ 2018/31, 53 (*Fucik*).

13 Verordnung (EU) 2019/1111 des Rates v 25. Juni 2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Neufassung).

14 Der Text im Klammerausdruck ist hier nicht originalgetreu (Großschreibung) wiedergegeben. Vgl aber zB auch „Elterliche verantwortung“ vor Art 7, „gemeinsame bestimmungen“ vor Art 17, „Allgemeine bestimmungen über die anerkennung und vollstreckung“ vor Art 30 usw. Die Grammatik ist auch nicht besser, vgl zB Art 64.

ren als „eingeleitet“ gilt, ergibt sich aus Art 17 („Anrufung eines Gerichts“). Wann eine Urkunde als „förmlich errichtet oder eingetragen“ und wann eine Vereinbarung als „eingetragen“ gilt, ist verordnungsautonom zu bestimmen (man weiß es also nicht genau), wird aber hoffentlich nur geringe Probleme bereiten, zB wenn (wie in Italien, mit 30 Tagen Abstand) zwei Termine bei der Behörde erforderlich sind und der 1.8.2022 dazwischen liegt. Gemeint ist jedenfalls die Eintragung im Ursprungsmitgliedstaat, in dem die Scheidung erfolgte (vgl Art 2 Abs 2 Z 4), nicht ihre allfällige spätere Registrierung in einem anderen Staat.

Die Brüssel IIa-VO gilt noch weiter für Entscheidungen in vor dem 1. August 2022 eingeleiteten gerichtlichen Verfahren, für vor dem 1. August 2022 förmlich errichtete oder eingetragene öffentliche Urkunden und für Vereinbarungen, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie geschlossen wurden, vor dem 1. August 2022 vollstreckbar geworden sind und in den Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO fallen (Art 100 Abs 2). Da die Brüssel IIa-VO keinen Mechanismus zur „Anerkennung“ der Scheidungsvereinbarungen vorgesehen hat, erübrigen sich Überlegungen, ob vor dem 1. August 2022 eingetragene Scheidungen (zumal sie ohnehin ihrer Natur nach nicht „vollstreckbar“ sind) noch nach dieser Verordnung anerkannt werden können.

Vor dem 1. August 2022 in einem Mitgliedstaat eingetragene oder als öffentliche Urkunde errichtete Scheidungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich der Brüssel IIb-VO. Eine Auslegung dahin, dass eine vor dem 1. August 2022 bereits eingetragene Scheidung ja auch (noch) „am“ 1. August 2022 eingetragen ist (und daher in den zeitlichen Anwendungsbereich fallen sollte), scheitert am insofern doch klaren Wortlaut (sowohl der deutschen wie auch der englischen Fassung) sowie am generellen Rückwirkungsverbot. Ob eine Wiederholung der Eintragung möglich ist, muss das nationale Recht der Mitgliedstaaten entscheiden.

2. Räumlicher Anwendungsbereich

Die Brüssel IIb-VO wurde im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (nicht bloß in „verstärkter Zusammenarbeit“ wie zuletzt bei der Rom III-VO und den EuGüVO) beschlossen und gilt damit (Art 288 AEUV) unmittelbar in allen Mitgliedstaaten der EU (mit Ausnahme von Dänemark, ErwGr 96). Während die Brüssel IIa-VO in den Begriffsbestimmungen (Art 2 Z 3) noch ausdrücklich festgehalten hat, dass „Mitgliedstaat jeden Mitgliedstaat mit Ausnahme Dänemarks“ bezeichnet, muss man sich das in der Brüssel IIb-VO selbst hinzudenken.

Das Vereinigte Königreich und Irland haben der Kommission mitgeteilt, dass sie sich an der Annahme und Anwendung der Verordnung beteiligen möchten (ErwGr 95). Der Brexit dürfte sich aus heutiger Sicht bis zum 1.8.2022 dann wohl doch schon vollzogen haben. Inwiefern das Königreich sich weiterhin an Rechtsakten der EU beteiligt, bleibt abzuwarten.

Die Brüssel IIb-VO gilt nur für Entscheidungen, Urkunden und Vereinbarungen, die in einem Mitgliedstaat ergangen bzw ausgestellt oder eingetragen wurden (Art 2 Abs 2 Z 1–3). Für Entscheidungen und diesen nach inländischem Verständnis

gleichstellte „registrierte“ Privatscheidungen aus Drittstaaten bleibt es beim Anerkennungsregime der §§ 97–100 AußStrG.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Ehesachen

In den sachlichen Anwendungsbereich der Brüssel IIb-VO fällt – nicht anders als in jenen der Brüssel IIa-VO – die „Ehescheidung, die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und die Ungültigerklärung einer Ehe“ (Art 1 Abs 1 lit a, neben den in lit b aufgezählten Fragen der elterlichen Verantwortung). Unterhalts- und vermögensrechtliche Scheidungsvereinbarungen sind nicht erfasst; soweit sie dennoch (was regelmäßig der Fall sein wird) in der Privatscheidungsvereinbarung enthalten sind, hindert dies nicht die Anerkennung des (auszuklammernden) scheidungsrelevanten Kerns für die Zwecke der Brüssel IIb-VO.

b) Differenzierung nach Art der Scheidung

Innerhalb des Anwendungsbereichs ist – für die Zwecke des hier untersuchten Kapitels IV, Abschnitt 4 – zwischen den Kategorien „Entscheidungen“, „öffentlichen Urkunden“ und „Vereinbarungen“ zu unterscheiden.

„**Entscheidung**“ iS der Brüssel IIb-VO ist definiert als „eine Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedstaats einschließlich einer Verfügung, eines Beschlusses oder eines Urteils, mit der die Ehescheidung, die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder die Ungültigerklärung einer Ehe ausgesprochen wird“ (Art 2 Abs 1). Damit kommt (im Vergleich zu Art 2 Z 4 Brüssel IIa-VO) noch deutlicher zum Ausdruck, dass es sich um eine *statusändernde Entscheidung* handelt, also um eine stattgebende rechtsgestaltende Entscheidung. Abgewiesene Klagen sind nicht erfasst, ebenso wenig (positive wie negative) Feststellungsklagen (bzw darüber ergehende Entscheidungen).¹⁵ Dass es auf die Bezeichnung der Entscheidung (Verfügung, Beschluss, Urteil) nicht ankommt, war schon bislang klar.

Nach dem insoweit unmissverständlichen Formblatt II (Pkt 10) zur Brüssel IIb-VO sind auch Kostenentscheidungen erfasst, was bereits für die Brüssel IIa-VO im Ergebnis vertreten wurde.¹⁶

15 Für die Brüssel IIa-VO war das nicht unstrittig. Gegen die Einbeziehung von Feststellungsklagen bereits *Mayr in Rechberger*, ZPO⁵ (2019) Nach § 27a JN Rz 28; *Neumayr/Thoma-Twaroch*, Die elterliche Verantwortung im europäischen Zivilverfahrensrecht-Brüssel II und Unterhalt – ERA Tagung in Innsbruck, Mai 2006, FamZ 2006, 112; *Spellenberg in Staudinger* (2015) Art 1 Brüssel IIa-VO Rz 23; *Garber in Gitschthaler*, Internationales Familienrecht (2019) Art 1 Brüssel IIa-VO Rz 18; *Nademleinsky*, Internationales Scheidungsrecht² (2019) Rz 40; aA *Gruber*, Die neue „europäische Rechtshängigkeit“ bei Scheidungsverfahren, FamRZ 2000, 1130; *Hau*, Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im Europäischen Eheverfahrensrecht, FamRZ 2000, 1333; iE ebenso *Rauscher in Rauscher*, EuZPR/EuIPR⁴ (2016) Brüssel IIa-VO Art 1 Rz 13 ff; (vorsichtig) auch *Kaller*, Der Anwendungsbereich der Verordnung Brüssel IIa – Nach dem Beitritt Bulgariens und Rumäniens zur EU, iFamZ 2007, 168 (170).

16 ZB *Frohner in Schneider/Verweijen*, AußStrG (2019) §§ 97–100 Rz 76; *Nademleinsky*, ISR² Rz 138.

Eine „**Öffentliche Urkunde**“ (Art 2 Abs 2 Z 2) ist „ein Schriftstück, das in den in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallenden Angelegenheiten als öffentliche Urkunde in einem Mitgliedstaat förmlich errichtet oder eingetragen worden ist und dessen Beweiskraft a) sich auf die Unterschrift und den Inhalt der Urkunde bezieht und b) durch eine Behörde oder eine andere hierzu ermächtigte Stelle festgestellt worden ist. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission gemäß Artikel 103 die betreffenden Behörden und Stellen mit.“ Diese Begriffsbestimmung entspricht weitgehend jener, wie sie zB schon aus der EuErbVO (dort Art 3 Abs 1 lit i), der EuUVO (dort Art 2 Abs 1 Z 3) und den EuGüVO (dort Art 3 Abs 1 lit c) bekannt ist, wobei sich nur die Brüssel IIb-VO auch noch klarzustellen bemüht fühlt, dass die Angelegenheit „in den Anwendungsbereich dieser Verordnung“ zu fallen hat. Die Definition hat ihren Ursprung in der Rechtsprechung des EuGH.¹⁷

Eine Differenzierung nach dem jeweiligen Aufgabenbereich der „Behörde“ oder „Stelle“ ist der Mitteilungspflicht nicht zu entnehmen. Aus österreichischer Sicht wäre in Eheangelegenheiten theoretisch an die Personenstandsbehörde zu denken, die mit den Parteien zur Ermittlung der Ehfähigkeit eine Niederschrift aufnimmt oder ein Ehfähigkeitszeugnis ausstellt (§§ 14 bzw 17 PStG 2013), doch können auch hier nur solche Urkunden gemeint sein, denen rechtsgestaltende Wirkung über die Eheauflösung zukommt. Das trifft auf die von der Personenstandsbehörde ausgestellten Urkunden freilich nicht zu.

Die Beurteilung, ob eine ausländische Behörde oder Stelle eine Urkunde über die Scheidung ausstellen durfte, wird möglicherweise deshalb schwer nachvollziehbar sein, weil die Mitteilung der Mitgliedstaaten (Art 103 Abs 1 lit a), welche Behörde oder Stelle bei ihnen „öffentliche Urkunden“ ausstellen kann, nicht nach deren Aufgabengebiet differenziert.

Eine „**Vereinbarung**“ ist „für die Zwecke des Kapitels IV ein Schriftstück, das keine öffentliche Urkunde ist, in den in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallenden Angelegenheiten von den Parteien erstellt wurde und von einer von einem Mitgliedstaat der Kommission hierzu gemäß Artikel 103 mitgeteilten Behörde eingetragen wurde“. Primär sollen damit also die „neuen“ Privatscheidungen erfasst werden, die von den Parteien zur Erlangung von Rechtswirksamkeit lediglich registriert („eingetragen“) werden müssen. Dass für sie nur die Eintragung durch eine „Behörde“ (iS einer staatlichen Einrichtung) und nicht auch durch eine „Stelle“ (iS einer staatlich beauftragten Einrichtung) in Frage kommt, mag ein gewisses Indiz dafür sein, dass dem Ordnungsgeber eine erhöhte staatliche Kontrolle des Ehescheidungsprozesses doch von Bedeutung ist.

Über die Beschaffenheit der Vereinbarung (Form und Inhalt) erfahren wir, dass es sich um ein „Schriftstück“ handeln muss, dass dieses Schriftstück „von den Parteien erstellt“ wurde und dass es von einer „Behörde eingetragen“ wurde. Die Bezeichnung „Vereinbarung“ und der Umstand, dass das Schriftstück darüber von beiden Parteien zu erstellen ist, machen deutlich, dass es sich um konsensuale Scheidungen handelt.

¹⁷ EuGH 17.6.1999, C-260/97, *unibank/Flemming G. Christensen*; aus der Lit zB *Kaller-Pöll in Gitschthaler*, IFR Art 2 EuUVO Rz 19.

Entscheidend ist weiters, dass die Vereinbarung „in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt“, also auf die Änderung des Ehestatus abzielt. Die Art und Weise der Eintragung durch die Behörde ist offen; sie ist den Mitgliedstaaten überlassen. Über den Wortlaut hinaus ist wohl nicht Voraussetzung, dass die Vereinbarung als solche vollständig in ein Register eingetragen wird, sondern wird es wohl genügen, dass im Register auf die Vereinbarung Bezug genommen wird.

Die Eintragung braucht zwar nach dem nationalen mitgliedstaatlichen Recht nicht notwendig konstitutiv für die Scheidung zu sein; doch fällt die Scheidung erst mit der Eintragung (auch wenn sie nur deklarativ ist) in den Anwendungsbereich der Brüssel IIb-VO. Ohne Eintragung kommt weiterhin nur eine kollisionsrechtliche Beurteilung in Frage (nach § 20 iVm § 18 IPRG, da die Rom III-VO auf Privatscheidungen ja keine Anwendung findet, vgl II.) und öffnet sich die Thematik der Anerkennung von „Statuslagen“.

4. Persönlicher Anwendungsbereich

Der bekannte Streit, ob gleichgeschlechtliche Ehen (und womöglich eingetragene Partnerschaften) in den Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO fallen, darf auch unter der Brüssel IIb-VO fortgesetzt werden. Das zur Brüssel IIa-VO für die Ablehnung der Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Ehen in den Anwendungsbereich der Verordnung angeführte Argument, der „historische“ Verordnungsgeber hätte dies nicht gewollt, weil Anfang der Jahre 2000 die gleichgeschlechtliche Ehe in der EU noch nicht mehrheitsfähig war, trifft auf die Brüssel IIb-VO allerdings nicht mehr zu. Für die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Ehen spricht auch die vom EuGH¹⁸ entschiedene Rechtssache *Coman*.

C. Anerkennung und Nichtanerkennung (Art 65 und 68)

1. Fiktive Zuständigkeit als Anwendungsvoraussetzung

Der die Anerkennung von öffentlichen Urkunden und Vereinbarungen regelnde Abschnitt 4 des Kapitels IV hat gem Art 64 als Anwendungsvoraussetzung, dass die öffentliche Urkunde „in einem Mitgliedstaat, dessen gerichtliche Zuständigkeit nach Kapitel II anzunehmen ist, förmlich errichtet oder eingetragen“ wurde, oder dass die Vereinbarung „in einem Mitgliedstaat, dessen gerichtliche Zuständigkeit nach Kapitel II anzunehmen ist, eingetragen“ wurde.

Offenkundig handelt es sich um eine fiktive Zuständigkeit (der Gerichte) zur Zeit der Eintragung der Vereinbarung (oder Errichtung der Urkunde).¹⁹ Diese Zuständigkeit muss zumindest „anzunehmen“ gewesen sein, was „weniger“ streng ist, als dass sie

18 EuGH 5.6.2018 (GrK), C-673/16, *Coman ua*, FamRZ 2018, 1063 (*Dutta/Michl* 1147).

19 Die EU-Kommission hatte einmal bemängelt, dass bei einer Privatscheidung keine gerichtliche Kontrolle der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts sowie der Interessen beteiligter Kinder stattfindet, s IPRax 2017, II, Neueste Informationen. Davon ist mittlerweile nichts mehr zu hören.

„gegeben sein“ musste. Verwirrenderweise ist diese fiktive Zuständigkeit eine Anwendungsvoraussetzung des Abschnitts und nur indirekt auch ein Grund zur Versagung der Anerkennung. Das ist aus dem Zusammenspiel mit den Voraussetzungen für die Ausstellung der Bescheinigung (Formular Anhang VIII) zu erklären, denn die Bescheinigung darf (vom Ursprungsmitgliedstaat) nur ausgestellt werden, wenn die Behörde oder andere Stelle zur förmlichen Errichtung oder Eintragung der öffentlichen Urkunde oder zur Eintragung der Vereinbarung *gem Kapitel II Abschnitt 1* der Verordnung *zuständig* war, was unter Z 2 in der Bescheinigung zu bestätigen ist.

Unklar ist allerdings, was zu gelten hat, wenn diese Angabe im Formular offenkundig unrichtig war. Man denke zB an zwei Österreicher aus Innsbruck, denen die Eintragung einer privaten Scheidung in Bozen samt Ausstellung einer Bescheinigung gelingt. Die österreichische Personenstandsbehörde, die den ausländischen Personenstandsfall einzutragen hat (§ 35 Abs 2 PStG 2013), kann diesen Parteien nicht einmal die Vorlage einer gerichtlichen Entscheidung über die Anerkennung (§ 65 PStG 2013) auftragen, weil sich zum einen § 65 PStG 2013 nur auf Drittstaatenentscheidungen (arg Verweis auf §§ 97–100 AußStrG) bezieht und zum anderen die Brüssel IIB-VO kein gerichtliches Anerkennungsverfahren für bescheinigte Privatscheidungen kennt.

Das Problem der fiktiven Zuständigkeit als „Anwendungsvoraussetzung“ wird umso evidenter, wenn man es aus der Perspektive Dritter – zB eines neuen Verlobten oder der Erben – betrachtet. Vor diesem Hintergrund wird deutlich in Erinnerung gerufen, warum die Überprüfung der Zuständigkeit generell als Anerkennungsversagungsgrund von gerichtlichen Entscheidungen nach der Brüssel IIA/b-VO ausgeschlossen ist.

2. Grundsatz der Anerkennung

Nach der allgemeinen Regel von Art 65 Abs 1 werden öffentliche Urkunden und Vereinbarungen über die Scheidung, die im Ursprungsmitgliedstaat rechtsverbindliche Wirkung haben, in anderen Mitgliedstaaten anerkannt, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. „Abschnitt 1 dieses Kapitels gilt entsprechend, sofern in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist.“ Im Ergebnis entspricht das der auch sonst bekannten „automatischen“ Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen.

Zusätzliche Voraussetzung der Anerkennung ist, dass eine Bescheinigung nach Anhang VIII vorgelegt wird, andernfalls die öffentliche Urkunde oder die Vereinbarung in einem anderen Mitgliedstaat nicht anerkannt wird (Art 66 Abs 5). Dabei kann es sich aber nur um eine Formvoraussetzung der Anerkennung handeln. Die auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Ehescheidung im Ursprungsmitgliedstaat bezogene Rechtswirksamkeit (damit auch Wirkungserstreckung) der Ehescheidung kann ja nicht davon abhängen, ob die Parteien bereits eine Bescheinigung nach Anhang VIII erwirkt haben (weil sie sie vielleicht jahrelang mangels Auslandsbezugs noch gar nicht gebraucht haben).

Fraglich ist, ob ein fakultatives gerichtliches Anerkennungsverfahren möglich ist. Der Verweis auf Abschnitt 1 geht zwar auch auf Art 30 Abs 3 und danach steht das

Anerkennungsverfahren „jeder interessierten Partei“ (insofern auch rechtlich betroffenen Dritten) offen, die geklärt haben möchte, dass „keiner der in den Artikeln 38 und 39 genannten Gründe für eine Versagung der Anerkennung gegeben ist“. Die Art 38 und 39 stellen aber allein auf (gerichtliche) Entscheidungen ab. Eine sinnvolle Anwendung würde den Verweis aus Art 65 Abs 1 wohl sprengen. Tatsächlich wäre aber die Möglichkeit eines fakultativen Anerkennungsverfahrens auf Antrag „jeder interessierten Partei“ durchaus wünschenswert.

Akademisch schwieriges Terrain ist der eigentliche Gegenstand der Anerkennung und der Umfang ihrer Wirkungserstreckung, über das man sich im Weg der verordnungsautonomen Auslegung wird behelfen können. Letztlich soll die privat initiierte Scheidung, die im Ursprungsmitgliedstaat rechtsverbindlich (Art 66 Abs 2 lit b) ist, in jedem anderen Mitgliedstaat dieselben Wirkungen (aufgelöstes Eheband) entfalten.

3. Gründe für die Ablehnung der Anerkennung

Nach Art 68 Abs 1 wird die „Anerkennung einer öffentlichen Urkunde oder einer Vereinbarung über die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder die Ehescheidung [...] abgelehnt, a) wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Mitgliedstaats, in dem sie geltend gemacht wird, offensichtlich widerspricht; b) wenn sie mit einer Entscheidung, öffentlichen Urkunde oder Vereinbarung zwischen denselben Parteien in dem Mitgliedstaat, in dem die Anerkennung geltend gemacht wird, unvereinbar ist; oder c) wenn sie mit einer früheren Entscheidung, öffentlichen Urkunde oder Vereinbarung unvereinbar ist, die in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat zwischen denselben Parteien ergangen ist, sofern die frühere Entscheidung, öffentliche Urkunde oder Vereinbarung die notwendigen Voraussetzungen für ihre Anerkennung in dem Mitgliedstaat erfüllt, in dem die Anerkennung geltend gemacht wird.“ Abgesehen von der „Einlassung in das Verfahren“ entspricht dies den bekannten allgemeinen Gründen für die Versagung der Anerkennung von Entscheidungen (vgl Art 38 Brüssel IIb-VO bzw Art 22 Brüssel IIa-VO). Die fehlende internationale Zuständigkeit kann (zumindest im Rahmen der Versagungsgründe) nicht überprüft werden. Verneint man die Möglichkeit eines fakultativen Anerkennungsverfahrens, können die Gründe für die Versagung der Anerkennung nur vorfrageweise geltend gemacht werden.

D. Bescheinigung, Berichtigung und Widerruf (Art 66 und 67)

Das Gericht oder die zuständige Behörde des Ursprungsmitgliedstaats, das/die der Kommission gem Art 103 mitgeteilt wurde, hat auf Antrag einer Partei eine Bescheinigung für eine öffentliche Urkunde oder Vereinbarung auszustellen, und zwar in Ehesachen unter Verwendung des Formblatts in Anhang VIII (Art 66 Abs 1 lit a). Die Bescheinigung darf nur ausgestellt werden, wenn a) der Mitgliedstaat, der die Behörde oder andere Stelle zur förmlichen Errichtung oder Eintragung der öffentlichen Urkunde oder zur Eintragung der Vereinbarung ermächtigt hat, gem Kapitel II zuständig war; und b) die öffentliche Urkunde oder die Vereinbarung in diesem Mitgliedstaat

rechtsverbindliche Wirkung hat (Art 66 Abs 2). Gem Art 66 Abs 5 kann ohne Bescheinigung in einem anderen Mitgliedstaat die Vereinbarung nicht anerkannt werden (dazu oben, C.2.). Den naheliegenden letzten Schritt, dass nicht das Gericht, sondern die Behörde, die die Scheidung registriert hat, die Bescheinigung ausstellt, wollte die Brüssel IIb-VO nicht gehen. So obliegt dem Gericht des Ursprungsmitgliedstaats die Nachkontrolle, ob es denn (zu der Zeit, wie die Urkunde über die Scheidung errichtet oder die Scheidung eingetragen wurde – also vielleicht auch Jahre zurück) hypothetisch zuständig gewesen wäre (zuständig nach Kapitel II sind natürlich die Gerichte des Mitgliedstaats, nicht, wie Art 66 Abs 2 lit a formuliert, „der Mitgliedstaat“).

Für die Berichtigung der Bescheinigung (wegen eines materiellen Fehlers oder einer Auslassung) und ihren Widerruf (wenn sie gemessen an Art 66 zu Unrecht ausgestellt wurde) ist allein die Behörde oder das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats, die/das der Kommission gem Art 103 mitgeteilt wurde, zuständig, die/das darüber nach dem eigenen Verfahrensrecht (einschließlich der Möglichkeit von Rechtsmitteln) zu entscheiden hat (Art 67). Es würde sich anbieten und ist zu hoffen, dass die Mitgliedstaaten diejenigen Gerichte oder Behörden benennen, die auch die Bescheinigung ausgestellt haben; warum das nicht von vornherein angeordnet wird, ist rätselhaft.

Die Berichtigung kann von Amts wegen oder auf Antrag erfolgen. Das Antragsrecht ist nicht auf die Parteien der Vereinbarung beschränkt. Solange die Bescheinigung nicht widerrufen ist (was nur im Ursprungsmitgliedstaat möglich ist), kann sich – abgesehen von der erfolgreichen Geltendmachung der (sehr eingeschränkten) Anerkennungsversagungsgründe (Art 68 Abs 1) – niemand darauf berufen, dass die bescheinigte Scheidung nicht wirksam, die Ehe also nicht geschieden wäre.

IV. Ausblick

Es wird ab dem 1.8.2022 wohl gar nicht lange dauern, bis sich die ersten Fragen nach der Anerkennung von Privatscheidungen aus Estland, Frankreich, Italien, Litauen, Portugal oder Spanien in Österreich stellen werden, denn jeder dort eingetretene Personenstandsfall ist in Österreich von der Personenstandsbehörde einzutragen, wenn sie einen österreichischen Staatsbürger betrifft (§ 35 Abs 2 Z 1 PStG 2013). Glücklicherweise sind die österreichischen Standesbeamten hervorragend qualifiziert und werden diese Herausforderung sicher gut meistern.

Besonders gespannt bin ich aber auf die weitere Rechtsentwicklung in Österreich. Das aktuelle Regierungsprogramm (§ 30) verheißt die „Weiterentwicklung des Familien- und Eherechts, um es anwendungsorientierter an die heutigen gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen“ – damit wird doch wohl nicht die Einführung einer Privatscheidung (hoffentlich „anwaltsunterstützt“!) in Österreich gemeint sein? Falls doch, habe ich schon den Titel meines Beitrags zum nächsten runden Geburtstag. Lieber *Edwin*, ad multos annos!