

wusst und hat sich dafür auch intensiv engagiert – selbstverständlich mit wechselndem und unterschiedlichem Erfolg. Nun hat eine neue, höchstqualifizierte Gilde übernommen, die sich den legistischen Aufgaben ebenfalls mit großem Engagement widmet. Dass dabei die Aufgabe der Rechtswahrung weiterhin

eine prominente Rolle spielen wird, kann mit Gewissheit angenommen werden.

Robert Fucik hat nun die Bühne ministeriellen Wirkens verlassen. Er wird in Zukunft aber noch auf zahlreichen anderen seiner Bühnen zu sehen, zu hören und vor allem zu lesen sein.

Diplomatenscheidung im IPR und IZVR



Univ.-Ass. Dr. ALEXANDER WILFINGER ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Internationales Familienrecht; Internationales Zivilverfahrensrecht; Völkerrecht

ÖJZ 2024/104

A. Ausgangspunkt

Diplomatenscheidungen sind naturgemäß kein Massenphänomen,¹ werfen im Fall des Falles aber umso mehr Probleme des Internationalen Familien- und Verfahrensrechts auf und machen insofern hoffentlich zumindest einer Person Freude: *Robert Fucik*, dessen rezenten Hinweis, es werde dabei nicht eben die einfache Handhabbarkeit der einschlägigen Regelungen unter Beweis gestellt,² ein derzeit anhängiges Vorabentscheidungsverfahren unterstreicht. Alles Gute zum Geburtstag!

Der Anlassfall betrifft einen deutschen Diplomaten, der seit 2019 als Botschaftsrat in Moskau tätig ist und dort auf dem Compound der deutschen Botschaft wohnt. Seine ebenfalls deutsche Ehefrau übersiedelte zunächst mit ihm nach Russland, verbrachte dann aber viel Zeit in Deutschland und kehrte 2021 schließlich ganz nach Berlin zurück. Wenig später stellte der Ehemann in Deutschland einen Scheidungsantrag.³

Unproblematisch ist die internationale Zuständigkeit, zumal Art 3 Brüssel IIb-VO mehrere Gerichtsstände wahlweise eröffnet und mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Antragsgegners (lit a Nr 3) und der Staatsangehörigkeit beider Ehegatten (lit b) gleich zwei Wege nach Deutschland führen.⁴ Auch die diplomatische Immunität, auf die später zurückzukommen ist, spielt im Entsendestaat keine Rolle (Art 31 Abs 4 WDK).

B. Anwendbares Recht

Schwierigkeiten bereitet allerdings das auf die Scheidung anwendbare Recht. Im Unterschied zu §§ 18, 20 IPRG ist nach Art 8 Rom III-VO – mangels Rechtswahl – nämlich nur nachgelagert an die gemeinsame Staatsangehörigkeit anzuknüpfen (lit c), zwei Deutsche lassen sich also auch in Deutschland nicht von vornherein nach deutschem Recht scheiden. Haben sie keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt mehr (lit a), ist vielmehr das Recht des Staats anzuwenden, in dem sie zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr endete und ein Ehegatte ihn beibehält (lit b). Nachdem die erste Instanz vor diesem Hintergrund deutsches (keine Scheidung), die zweite Instanz russisches Recht angewendet hatte (Scheidung), richtete der BGH die entscheidende Frage an den

EuGH, ob die Entsendung als Diplomat einen gewöhnlichen Aufenthalt nach Art 8 Rom III-VO begründet.

Rein begrifflich liegt das zunächst nahe: Die Rom III-VO definiert den gewöhnlichen Aufenthalt zwar ebenso wenig wie benachbarte Unionsrechtsakte (Brüssel IIb-VO, EuUVO, EuEhe-/PartGüVO, EuErbVO), die hA befürwortet aber eine einheitliche Auslegung und stellt im Wesentlichen auf den Lebensmittelpunkt ab.⁵ Bei Verlegung des gesamten Haushalts in den Empfangsstaat auf unbestimmte Zeit lässt sich das selbst dann kaum bestreiten, wenn die Wohnung im Entsendestaat nicht aufgegeben wird.⁶ Zur Brüssel IIa-VO und EuUVO hielt der EuGH außerdem bereits fest, dass ein möglicher Diplomatensstatus per se kein entscheidender Gesichtspunkt für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts sein soll.⁷

Dennoch meldet der BGH berechtigte Zweifel an der Anwendung russischen Scheidungsrechts an.⁸ Dass sich mit jeder neuen Station zentrale Vorzeichen der Ehe ändern, wäre ja ein erhebliches Berufsrisiko, das im Übrigen bei weitem nicht nur Diplomaten trafe. Im Ausgangsfall hätte sich das Ehepaar etwa innerhalb weniger Jahre auf drei verschiedene Scheidungsstatuten einstellen müssen, weil der Karrierepfad von Deutschland über Schweden (2017) nach Russland (2019) führte. Dabei reißt die Bindung des Diplomaten an den Heimatstaat definitionsgemäß nie ab, im Gegenteil bleibt sie sogar außergewöhnlich intensiv. Bildlich macht das die veraltete Extraterritorialitätstheorie, die die diplomatische Immunität noch mit der Fiktion erklärte, dass der Diplomat sein eigenes Staatsgebiet gleichsam auf Schritt und Tritt ins Ausland mitnimmt.⁹ Typischerweise wird sich das extraterritoriale Ehepaar dann auch die Maßgeblichkeit seines Heimatrechts erwarten.

Wenn ein enger Bezug der Ehegatten zum anwendbaren Recht gewährleistet werden soll (ErwGr 21 Rom III-VO), relativiert sich die Überzeugungskraft des gewöhnlichen Aufenthalts im Empfangsstaat mithin erheblich. Da die Rom III-VO kein passendes Regulativ bereitstellt – eine allgemeine Ausweichklausel

¹ Vgl *Vlassopoulou*, Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils bei diplomatischer Immunität des Antragstellers, FamFR 2011, 336.

² *Fucik*, Anm zu EuGH C-501/20, iFamZ 2022, 272.

³ BGH BeckRS 2023, 40489 = MDR 2024, 231; anhängig als Rs C-61/24, *Lindenbaumer*.

⁴ Konkret war noch die dahingehend inhaltsgleiche Brüssel IIa-VO anwendbar.

⁵ *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht³ (2022) Rz 1.41 ff;

Musger in KBB⁷ Art 3 Rom III-VO Rz 2f; *Tolani* in *Althammer*, Brussels IIa/Rome III Art 5 Rome III Rz 11ff; jeweils mwN.

⁶ Siehe schon *Fucik* in *Gitschthaler*, Internationales Familienrecht (2019) Art 15 HAÜ Rz 5.

⁷ EuGH I. 8. 2022, C-501/20, *MPA*, Rz 40 ff, 57 ff; zur bedingten Vergleichbarkeit BGH BeckRS 2023, 40489 Rz 37.

⁸ BGH BeckRS 2023, 40489 Rz 31 ff.

⁹ *Kurkin*, Extraterritorialität (2021) 45f mwN.

gibt es nicht und für eine einvernehmliche Rechtswahl (Art 5 ff) ist es im Streitfall häufig zu spät¹⁰ –, wird denn verschiedentlich auch ein abgestuftes Begriffsverständnis befürwortet. Der gewöhnliche Aufenthalt iS der Rom III-VO setze als Anknüpfungspunkt für das Scheidungsstatut eine intensivere Bindung zum jeweiligen Staat voraus als etwa nach der Brüssel IIb-VO, wo es „nur“ um die weniger folgenschwere Begründung von Wahlgerichtsständen geht.¹¹ Auch der BGH lässt in seinem Vorabentscheidungsersuchen Sympathie für diesen Standpunkt durchklingen, der zu sachgerechten Ergebnissen führt: Die internationale Zuständigkeit des gemeinsamen Heimatstaats ist durch Art 3 lit b Brüssel IIb-VO gesichert; das dortige Scheidungsstatut bleibt grundsätzlich erhalten, wenn es im Empfangsstaat keinen gewöhnlichen Aufenthalt gibt und daher an den nach wie vor bestehenden gewöhnlichen Aufenthalt im Entsendestaat (Art 8 lit a, b Rom III-VO) oder subsidiär an die gemeinsame Staatsangehörigkeit (Art 8 lit c Rom III-VO) anzuknüpfen ist. Wertungsmäßig hätte funktionale Differenzierung entsprechend viel für sich, es liegt nun am EuGH, ob er den damit zweifellos verbundenen Mühen und Unschärfen die einfachere, aber holzschnittartige Einheitslösung vorzieht.

C. Diplomatische Immunität

Über das im Entsendestaat angesiedelte Ausgangsverfahren hinaus gibt die aktuelle Vorlage Anlass, die Aufmerksamkeit auch auf die prominenteste Facette der Diplomatscheidung zu richten, neben der das potenzielle Berufsrisiko ständiger Statutenwechsel schnell in den Hintergrund rückt: Im Empfangsstaat dürfen Gerichte regelmäßig gar nicht tätig werden, weil Diplomaten nach Art 31 WDK bekanntlich umfassende Immunität von der dortigen Zivilgerichtsbarkeit genießen.¹² Ausgenommen sind lediglich bestimmte Verfahren mit Liegenschaftsbezug, erbrechtliche Angelegenheiten und Klagen im Zusammenhang mit einer beruflichen Nebentätigkeit, sodass für das Familienrecht im Allgemeinen und Scheidungsverfahren im Speziellen die Immunitätsgrundregel gilt. Dieser Befund ist allerdings zweifach zu präzisieren.

Einerseits sind nur solche Verfahren betroffen, die gegen den Diplomaten eingeleitet werden. Der Diplomat selbst kann also auch im Empfangsstaat klagen oder – allenfalls gemeinsam mit dem Ehegatten (vgl § 55a EheG) – die Scheidung beantragen. Die Immunität soll ihn ja vor der Willkür des Empfangsstaats abschirmen, weshalb es konsequent ist, dass nur der Entsendestaat darauf verzichten kann (Art 32 WDK); dadurch unterstellt die WDK den Diplomaten aber keinem „besonderen Gewaltverhältnis zu seinem Entsendestaat“¹³; sie hindert ihn nach der überzeugenden hA insb nicht daran, Rechtsschutz im Empfangsstaat zu beanspruchen.¹⁴

Ungleich schlechter steht andererseits der Ehegatte, dem Art 31 WDK Zugang zu den Gerichten des Empfangsstaats verwehrt. So sehr es einleuchtet, den Diplomaten etwa durch die Unverletzlichkeit der Wohnung, der Kommunikation und seiner Person (Art 22, 24, 27, 29f WDK) sowie Immunität von der Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art 31 WDK) vor dem Aufnahmestaat zu schützen, so fahl ist dieser zivilrechtliche Beigeschmack. Immerhin hat der Diplomat seine Privatrechtsverhältnisse selbst in der Hand und zahlt die Rechnung für die Immunitätsgewährung hier letztlich ein unbeteiligter Dritter, der insofern ein Sonderopfer erbringen muss. Entsprechend schwer fällt die sachliche Rechtfertigung: Nach Geimer sei privater Schutz zur Aufrechterhaltung des diplomatischen Verkehrs zwar

nicht erforderlich, doch wäre die Abgrenzung zu problematisch.¹⁵ Denza berichtet von Gesandten im 16. und 17. Jahrhundert, die sich den von ihnen erwarteten und selbst zu finanzierenden „grand and expensive style“ nicht mehr leisten konnten und sich im Aufnahmestaat derart hoch verschuldeten, dass man schließlich die Immunitätsnotbremse zog.¹⁶

Im zweifellos privaten und für die Parteien elementaren Familienrecht überzeugt diese an sich schon schwache Fundierung insgesamt nicht mehr. „Abuse of diplomatic immunity in family courts“ liegt daher nahe und lässt sich in der Praxis auch immer wieder beobachten.¹⁷ In *Re P (Minors)* musste der englische High Court etwa sichtlich widerwillig die Immunität eines US-amerikanischen Diplomaten bejahen, dessen Ehefrau während eines anhängigen Scheidungsverfahrens das gerichtliche Verbot beantragt hatte, die beiden gemeinsamen Kinder in die USA zu bringen. Vielsagend ist dabei die Mahnung in Richtung der USA, die nicht auf die Immunität verzichtet hatten: „Clearly the US Government has an obligation to ensure that Mrs Laverty and the children are not left out in the cold. [...] She should not have to chase Mr Laverty around the USA seeking to enforce rights which, were it not for diplomatic immunity, she might do easily.“¹⁸

Damit ist ein entscheidender Gesichtspunkt angesprochen, der in den letzten Jahren verstärkt ins juristische Bewusstsein gerückt ist. Jede Form der Immunitätsgewährung widerspricht naturgemäß dem Justizgewährungsanspruch (Art 6 EMRK) und ist daher nur akzeptabel, wenn dem Betroffenen zumutbare Alternativen bleiben.¹⁹ Bei Internationalen Organisationen können das hinreichend unabhängige interne Einrichtungen sein,²⁰ die prominente Vaterschaftsfeststellungsklage gegen den Fürsten von Liechtenstein wies der OGH seinerzeit mit gutem Gewissen zurück, weil der Rechtsweg in Liechtenstein offenstand.²¹ Vor diesem Hintergrund ist auch der Verweis des High Court auf ein Verfahren in den USA zu sehen, wo der US-Diplomat wie erwähnt keine Immunität genießt (Art 31 Abs 4 WDK), und wird erklärlich, warum man im Ausgangsfall des deutschen Ehepaars wohl gar nicht auf den Gedanken eines Rechtsschutzdefi-

¹⁰ Vgl Helms, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765 (1769f).

¹¹ Helms, FamRZ 2011, 1765 (1769f), auch zur Relevanz des „flexibleren“ gewöhnlichen Aufenthalts nach der Brüssel IIb-VO mit Blick auf Kinderschutzmaßnahmen; Helms in Rauscher, EuZPR/EuIPR⁴ Art 8 Rom III-VO Rz 16 ff; Hilbig-Lugani, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR, GPR 2014, 8; Lugani in Hüßtege/Mansel, NK-BGB³ Art 5 Rom III-VO Rz 47 ff; Johanson in jurisPK-BGB¹⁰ Art 5 Rom III-VO Rz 13; differenzierend auch Rudolf in Gitschthaler, Internationales Familienrecht Art 3 Rom III-VO Rz 9f.

¹² Das ist ein zusätzliches Argument gegen den internationalprivatrechtlichen Verweis auf den Empfangsstaat, weil ein prinzipiell erstrebenswerter Gleichlauf von forum und ius (etwa Gössl in BeckOGK, BGB²⁰²¹ Art 8 Rom III-VO Rz 55f) dadurch von vornherein weitgehend ausgeschlossen wäre; vgl BGH BeckRS 2023, 40489 Rz 36.

¹³ Gottwald, Anm zu BGH XII ZB 300/10, FamRZ 2011, 791.

¹⁴ BGH NJW-RR 2011, 721; Pabst in MüKoZPO⁶ Vor § 18 VG Rz 15.

¹⁵ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht⁸ (2020) Rz 769.

¹⁶ Denza, Diplomatic Law⁴ (2016) 233.

¹⁷ Eingehend Castro, Abuse of Diplomatic Immunity in Family Courts: There's Nothing Diplomatic About Domestic Immunity, Suffolk U L Rev 47 (2014) 353.

¹⁸ *Re P (Minor)*, England High Court (Family Division) 7 August 1997, 114 ILR 479 (483), wobei der High Court aus *Laverty v. Laverty*, 32 C.P.C. (3d) 91. Ontario Court of Justice (General Division), 33 Canadian Yearbook of International Law 427 (428), zitiert.

¹⁹ Zur Rückführung der Immunitätsausnahmen nach Art 31 Abs 1 lit a, b WDK auf diesen Gedanken Spitzer, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität, ÖZJ 2008, 871 (874 ff) mwN.

²⁰ Bejaht in EGMR 18. 2. 1999, 26083/94, *Waite and Kennedy v. Germany* (ESA); verneint in VfGH 29. 9. 2022, SV 1/2021–23 (OPEC).

²¹ OGH 14. 2. 2001, 7 Ob 316/00x.

zits kommt. Gerade für das Familienrecht wird mitunter überhaupt angenommen, Verfahren im Entsendestaat „*may be suitable and more appropriate than proceedings in the receiving State*“,²² was ja durchaus mit den Überlegungen zum Scheidungsstatut übereinstimmt.²³

In den wirklich problematischen Fällen liegen die Dinge aber anders. Regelmäßig geht es nämlich um Konstellationen, in denen die Frau keine realistische Chance auf ein faires Verfahren im Entsendestaat hat, womit auch die letzte mögliche Rechtfertigung der Immunität entfällt. Für eine in Frankreich lebende Amerikanerin, deren Diplomaten-Ehemann aus dem Mittleren Osten dort heimlich eine rituelle Scheidung samt Vermögensaufteilung und Obsorgeübertragung durchführen ließ,²⁴ ist der Verweis auf den Entsendestaat etwa auch sprichwörtlich ein Verweis in die Wüste. Genauso „*in limbo*“²⁵ ist der Status einer Botschaftergattin, deren Ehemann die im Heimatstaat begonnene Talaq-Scheidung dann doch nicht abschloss, weshalb ein Scheidungsverfahren im Empfangsstaat Österreich das Damoklesschwert im Heimatstaat drakonisch bestrafte Ehebruchs beseitigen könnte.²⁶

Früher oder später werden Gerichte diese grundrechtliche Dimension diplomatischer Immunität adressieren müssen und damit vielleicht eine Entwicklung in Gang setzen,²⁷ wie sie – unter jeweils anderen Vorzeichen – Staaten,²⁸ Internationale Organisationen,²⁹ Staatsoberhäupter und Regierungsmitglieder³⁰ bereits durchlaufen (haben). Können höchstpersönliche Streitigkeiten nirgendwo sonst ausgetragen werden, wird das Sonderopfer unzumutbar.

D. Schluss

Von einfacher Handhabbarkeit muss man sich mit *Robert Fucik* also insgesamt verabschieden, die betroffenen Interessen lassen sich weder im IPR noch im IZVR über einen Kamm scheren. Zum Scheidungsstatut ist nun der EuGH am Zug, Immunitätsfragen stellen sich typischerweise seltener, dafür aber weltweit. Im Brennglas der Diplomatscheidung darf man jedenfalls auf die Lösung gleich mehrerer Strukturprobleme des internationalen Rechtsverkehrs gespannt sein.

²² *Denza*, *Diplomatic Law*⁴ 267.

²³ Für andere Fragen – etwa des Kinderschutzes oder des Unterhalts – liegt das freilich wesentlich weniger nahe, vgl. *Hausmann* in *Hausmann*, *Internationales und Europäisches Familienrecht*² (2018) Rz A/422.

²⁴ *Sokol*, *Falling into a black hole of diplomatic immunity*, *New York Times*, 14. 8. 2004, <https://www.nytimes.com/2004/08/14/opinion/meanwhile-falling-into-a-black-hole-of-diplomatic-immunity.html> (Stand 4. 5. 2024).

²⁵ *Sokol*, *New York Times*, 14. 8. 2004.

²⁶ Zum Fall *Spitzer*, Immunität und Zustellung, in *Fischer-Czermak/Tschugguel*, *Liber Amicorum Gitschthaler* (2020) 259 (260f).

²⁷ Ansätze zeigen sich etwa in *Fernandez v. Fernandez*, 208 Conn. 329, 545 A.2d 1036 (Conn. 1988), wo die Immunität in einem Aufteilungsverfahren wegen Liegenschaftsbezug verneint wurde (Art 31 Abs 1 lit a WDK); eingehend dazu *Goldman*, *The Effect of Diplomatic Immunity on Real Property Distribution Incident to Marital Dissolution Proceedings – Fernandez v. Fernandez*, *Brooklyn J Int'l L* 18 (1992) 281.

²⁸ *Wilfinger*, *Zur Staatenimmunität im Zivilprozess*, *ÖJZ* 2017, 149 (150ff, 154).

²⁹ *Novak/Reinisch*, *Privilegien und Immunitäten internationaler Organisationen in der Rechtsprechung österreichischer Gerichte*, *ÖJZ* 2013, 492 (499f).

³⁰ *Spitzer*, *ÖJZ* 2008, 871 (874ff).



Der Leitfaden jetzt wieder topaktuell!

- Der optimale Arbeitsbehelf für Praktiker,
- Rechtsprechung und Literatur auf aktuellem Stand,
- mit zahlreichen Hinweisen und Praxistipps.

Fucik/Mondel
Das Verlassenschaftsverfahren

3. Auflage 2023. XXII, 190 Seiten. Br.
ISBN 978-3-214-25410-0

44,00 EUR
inkl. MwSt.

shop.manz.at

MANZ 
175 Jahre