

Katharina Frank

# Eheverträge als effektives Gestaltungsinstrument

Die Grenzen der Privatautonomie im englischen und deutschen Sachrecht sowie im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht

## Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke,  
Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 21

# Einleitung

## A. Das Problem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht

### I. Einführung – Erwartungshaltung und Interessenlage

Aus welchem Grund entscheiden sich Ehegatten in erster Linie dazu, eine Vereinbarung zur Regulierung ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse für den Fall der Scheidung zu schließen? Sie streben nach Rechtssicherheit, denn „[c]ertainty is a valuable commodity which most people want in all areas of their life“<sup>1</sup>, und optieren in Anlehnung an die geplante Lebensgestaltung für eine eigenverantwortliche Regelung der Scheidungsfolgen in Abkehr vom gesetzlichen Schutz- und Kompensationssystem und dem diesem zugrunde liegenden Ehe-typ. Der Vertrag soll für die Zukunft Rechtsklarheit schaffen und Streit bezüglich der rechtlichen Konsequenzen einer Scheidung vermeiden.<sup>2</sup>

Die natürliche Erwartungshaltung einer jeden vertragschließenden Partei ist es bzw. sollte es sein, dass sie von der Wirksamkeit und der richterlichen Anerkennung der geschlossenen Regelungen als effektives Mittel zur Verwirklichung von Privatautonomie ausgeht. Das tatsächlich erreichte Ziel kann jedoch in zweierlei Hinsicht hinter dem angestrebten Ziel zurückbleiben<sup>3</sup> und eine für die Erwartungshaltung enttäuschende Wirkung nach sich ziehen: So kann zum einen die Würdigung des Vertrages im materiellen Sachrecht der jeweiligen Rechtsordnung bereits erste Probleme aufwerfen (Nationale Dimension, A. II). Zum anderen können bei Fällen mit Auslandsberührung die zur Anwendung gelangenden Regelungen zur internationalen Zuständigkeit der Gerichte eines Staates sowie zum Kollisionsrecht beabsichtigte oder auch unvorhergesehene Resultate hervorbringen (Internationale Dimension, A. III), sollten Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtswahlklauseln als Bestandteil des Ehevertrages (Hauptvertrag) im Einzelfall wirkungslos bleiben und nicht zum intendierten materiellen

---

1 *Cleverley* [1999] *Fam Law*, 326 (328).

2 *Sanders*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung, S. 365; zur allgemeinen Bedeutung privater Interessen im Familienrecht siehe auch *Dethloff*, Familienrecht, § 1 Rn. 8 f.

3 Zur allgemein anerkannten Definition des Begriffs „Effektivität“ vgl. *Brich*, *Gabler Wirtschafts-Lexikon*, Band C-F, S. 825 zurückgehend auf die Differenzierung zwischen Effektivität („ob“ der Zielerreichung; Verhältnis von erreichtem Ziel zu definiertem Ziel) und Effizienz („wie“ der Zielerreichung; Verhältnis von erreichtem Ziel zu notwendigem Mitteleinsatz) nach *Drucker* [1963] *Harv. Bus. Rev.*, 53 (54).

Sachrecht führen. Kumulieren sich die Risikofaktoren in der nationalen und der internationalen Dimension, potenziert sich die Rechtsunsicherheit, was zu einer mangelhaften Effektivität des Vertrages im Erkenntnisverfahren führen kann.

In diesem Zusammenhang kann die Interessenlage der Ehegatten die Erwartungshaltung beeinflussen und zugleich über das Schicksal des Vertrages entscheiden.<sup>4</sup> Wirtschaftliche und emotionale Parität der Parteien bedingt, jedenfalls präsumtiv, nicht nur einen ausgewogenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen innerhalb des Vertrages<sup>5</sup> (Vertragsgerechtigkeit), sondern im Falle gleichbleibender Umstände auch eine Gleichlagerung der Interessen bei Störfalleintritt<sup>6</sup> (festhalten am Vertrag) und ein daraus folgendes gleichförmiges Agieren (kein Angriff des Vertrages). Die für die Untersuchung interessante Fallgestaltung eröffnet sich demzufolge erst in disparitätischen Verhältnissen, in denen sich mit Blick auf die Interessenlage der Parteien ein dissonantes und partikularistisches Bild ergibt.

Einerseits können gesetzliche Ansprüche verkürzt oder sogar ausgeschlossen werden (*Vereinbarungen mit negativer Funktion*). Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist es die potenziell *anspruchsverpflichtete und damit die wirtschaftlich stärkere* Partei, die einen solchen Abschluss forciert, um die andere Partei im Falle einer Scheidung nicht am Vermögen beteiligen zu müssen. Dies kann verständliche oder auch moralisch fragwürdige Gründe haben. Denkbar wäre die Erhaltung eines einheitlichen Vermögensgegenstandes, z. B. eines Unternehmens, die Sicherung des Vermögens zugunsten eines Erben oder schlicht eine Trennung der Vermögensmassen ohne eine über die Scheidung hinausgehende Verpflichtung, insbesondere auch, wenn Verpflichtungen aus erster Ehe bzw. gegenüber

---

4 Die folgenden Ausführungen zur Interessenlage der Ehegatten beanspruchen keine Allgemeingültigkeit, sondern sollen lediglich dazu dienen, den Regelfall stärker zu konturieren. Die Gleichlagerung sowie das Auseinanderstreben der Interessenlagen im Vertragsrecht in Anlehnung an *Rawls* sehr plastisch darstellend: *Kersting*, John Rawls, S. 116 f.

5 Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (284 f.); *MüKo-Roth/Schubert*, BGB, § 242 Rn. 462; zur Richtigkeitsgewähr des Vertrages: *Schmidt-Rimpler* AcP 147 (141), 130 (149 ff.); *ders.*, in: FS Nipperdey, 1 (6 ff.); zur Koinzidenz der Interessen: *v. Jhering*, Zweck im Recht, Band I, S. 71 f.; weiterführend: *Flume*, AT Band II, S. 8.

6 Die Ehescheidung, und auf diesen Bedingungeintritt beschränkt sich die Untersuchung im Unterschied zum Tod einer Vertragspartei, ist der primäre Störfall, den der Ehevertrag vorsorglich (daher „Störfallvorsorge“) zu regeln versucht, *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609. Dieser Begriff kann solche Regelungen nicht sauber erfassen, die z. B. das Güterrecht betreffen, und sich bereits während der Ehe und nicht erst bei Ehescheidung auswirken.

einem Kind bestehen.<sup>7</sup> Die potenziell *anspruchsberechtigte, wirtschaftlich schwächere* Partei nimmt in dieser Situation aufgrund ihrer Unterlegenheit eine resignierende, wenn nicht sogar aufgrund irrationaler Vorstellungen im zeitlichen Kontext der Eheschließung indifferente Haltung ein.

Zum Zeitpunkt der Geltendmachung führt die wirtschaftliche Disparität hingegen regelmäßig zu einer Verfolgung diametraler Interessen, weil beide Parteien angesichts des konkreten Störfalles bestrebt sind, das für sie optimale Ergebnis zu erzielen.<sup>8</sup> Sie konteragieren und es kommt zum Interessenkonflikt; der eine wird zum Angreifer, der andere zum Verteidiger des Vertrages. Das Interesse der anspruchsverpflichteten Partei ist darauf gerichtet, weiterhin an der vertraglichen Regelung festzuhalten (Verteidigungshaltung), denn schließlich wird sie durch die Verkürzung begünstigt. Die anspruchsberechtigte Partei versucht indes Wege zu finden, eben diesen Vertrag außer Kraft zu setzen (Angriffshaltung), weil die Anwendung der gesetzlichen Regelungen für sie in der Regel vorteilhafter ist. Statt habgieriger Absichten steht meist die Geltendmachung schützender und kompensatorischer Ansprüche im Vordergrund, die das Recht der betroffenen Person ohne den Vertrag zugestehen würde.

Beide Parteien werden daher mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln versuchen, ihren Partikularinteressen entsprechend bestmöglich auf das Ergebnis Einfluss zu nehmen. Vor allem für die anspruchsberechtigte Partei bestehen in der nationalen Dimension (materiell-rechtlich) wie auch in der internationalen Dimension (prozessuale Taktik) hierfür qualitativ divergierende Angriffspunkte. Denn während eine Abstandnahme vom Vertrag vor dem Hintergrund des materiellen Rechts zum Schutz der schwächeren Partei vollkommen legitim erscheinen kann, könnte der Rechtszustand *de lege lata* im Recht der internationalen Zuständigkeit und des Kollisionsrechts bei Sachverhalten mit Auslandsberührung im schlimmsten Falle zu einer Instrumentalisierung der nationalen Schutzmechanismen führen. Es stellt sich sodann die Anschlussfrage, ob und in welchem Maße der anspruchsverpflichteten, auf den Vertrag vertrauenden Partei aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Verteidigungsmittel zuzusprechen sind. Dies gilt auch, wenn die Rollenverteilung (Anspruchsberechtigter oder Anspruchsverpflichteter) und infolgedessen die Interessenlage der Parteien zwischen Vertragsabschluss (Resignation oder Forcierung) und Geltendmachung (Angriff oder Verteidigung) im zeitlichen Verlauf der Ehe alternieren sollte.

---

7 *Hitchings* [2009] Fam Law, 1056 (1059); *Sanders*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung, S. 87 f.

8 So bereits für das deutsche Recht Göppinger/Börger-Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 1. Teil Rn. 48.

Hiervon zu unterscheiden sind andererseits gesetzliche Ansprüche, die erweitert werden (*Vereinbarungen mit positiver Funktion*).<sup>9</sup> Diese vertragliche Abweichung geht zulasten der anspruchspflichtigen, wirtschaftlich stärkeren Partei, sodass im Vergleich zur ersten Konstellation die dargestellten Interessenlagen und aufgeworfenen Fragestellungen grundsätzlich mit vertauschten Rollenverteilungen wiederkehren: Der Anspruchsverpflichtete wird zum Angreifer und der Anspruchsberechtigte zum Verteidiger des Vertrages. Die finanziell nachteilhaften Auswirkungen zulasten der wirtschaftlich stärkeren Partei sind jedoch grundsätzlich leichter hinnehmbar als solche zulasten der schwächeren Partei. Zudem stehen der stärkeren Partei bei Vertragsschluss aufgrund ihrer wirtschaftlichen Überlegenheit meist mehrere Handlungsoptionen offen, sodass die Eingehung nachteilhafter Regelungen erst einmal selbstbestimmt erfolgt. Das Schutzbedürfnis der stärkeren Partei ist daher jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gering, auch wenn es im Laufe der Jahre im Falle sich verändernder, für den Inhalt des Vertrages ausschlaggebender Faktoren erneut steigen kann. Das Hauptaugenmerk der Untersuchung liegt aus diesem Grund auf der erstgenannten Konstellation.

## II. Nationale Dimension – Materielles Sachrecht

### 1. Privatautonomie und Schutzmechanismen

Die nationalen Rechtsordnungen unterscheiden sich zuweilen signifikant im Hinblick darauf, wie sie vermögensrechtliche Verträge zwischen Ehegatten einordnen. Ist es in vielen Rechtsordnungen die Regel, dass privatautonome Vereinbarungen als wählbare Alternative (Opt-Out-System) zu einem vom Gesetz vorgegebenen Schutz- und Kompensationssystem (Default System) getroffen werden können, so ist es in England und Wales durchaus üblich, *Marital Agreements* als gegenüber dem *Matrimonial Court* nicht bindend anzusehen und das Default System als maßgebliche Entscheidungsgrundlage heranzuziehen; bei Letzterem besteht demzufolge grundsätzlich keine Möglichkeit zum Opt-Out.<sup>10</sup> Die Stellung der Privatautonomie in einer Rechtsordnung steht damit in jedem

---

9 Zum seltenen Fall als Beispiel im deutschen Recht: BGH, FamRZ 2009, 198; *Münch*, Unterhaltsvereinbarungen, Rn. 239 ff.; *Schmitz*, RNotZ 2011, 265 (265 ff.); *Herrler*, FPR 2009, 506 (506 ff.).

10 Einen sehr gezielten und umfassenden (Niederlande, Belgien, Frankreich, Luxemburg, Portugal, Italien, Spanien, Mittel- und Ost-Europa, Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden, Deutschland, Schweiz, Griechenland, England und Wales, Irland, Australien, Österreich, Neuseeland, Schottland, Singapur und die Common Law

Fall in einem starken Abhängigkeitsverhältnis zum jeweils zugrunde liegenden Default System.

Da die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten gerade im Scheidungsfall von enormer Bedeutung sind, sieht jede Rechtsordnung, unabhängig von der konkreten Stellung der Privatautonomie, ein schützendes Instrument zugunsten der schwächeren Partei sowie zugunsten eines Kindes vor.<sup>11</sup> Die Wirkungsweise des Instruments ist notwendigerweise an dem Mechanismus ausgerichtet, der die Integration privatautonomer Vereinbarungen in das jeweilige System beschreibt.

Das Schutzinstrument führt entweder dazu, dass die Privatautonomie der Ehegatten von vornherein eingeschränkt *oder* eine nachträgliche Inhaltskontrolle des Vertrages durchgeführt wird.<sup>12</sup> Im ersten Fall sind die Möglichkeiten zur privatautONOMEN Regulierung weitgehend unterbunden. Die Parteien werden auf die Vorschriften des Scheidungsfolgenrechts verwiesen, die unter den gegebenen Umständen eine nuancierte Berücksichtigung des Vertrages auf der Grundlage des richterlichen Ermessensspielraumes als Integrationsmechanismus in die Entscheidung zulässt (*sekundäre Integration* mit Positiveffekt). Der dahinter stehende Gedanke ist häufig von Einzelfallgerechtigkeitsaspekten getrieben und Ausprägung eines paternalistischen Ansatzes. Im zweiten Fall sind privatautonomie Regelungen grundsätzlich erlaubt (*primäre Integration* in Opt-Out-Systemen mit Negativeffekt). Für bestimmte Sachlagen behält man sich jedoch die Option vor zu intervenieren und damit wiederum den gesetzlichen Vorgaben Wirkung zu verschaffen. Hintergrund dieser Konstellation ist, dass man den Parteien eine eigenständige Regelung ihrer Verhältnisse zutraut und dem Vertrag im Grundsatz rechtssichernde Wirkung zukommen lässt. Es handelt sich also hierbei um einen von Privatautonomie geprägten, individualistischen Ansatz. Das konkrete Verhältnis des Scheidungsfolgenrechts zur Möglichkeit des Opt-Outs sowie der Wahl der Schutzmechanismen offenbart deshalb unwillkürlich, wem die Rechtsordnung primär die Kompetenz zuschreibt, eine faire Entscheidung zu treffen: dem Richter (extern *ex post*) oder den Parteien (intern *ex ante*), ein zuvörderst paternalistischer oder privatautonomer Ansatz.<sup>13</sup>

---

geprägten Bundesstaaten der USA) Vergleich anstellend: *Scherpe*, in: Scherpe (Hrsg.), *Marital Agreements*, 443 (483 ff.).

11 *Scherpe*, in: Scherpe (Hrsg.), *Marital Agreements*, 1 m. w. N. für einzelne Rechtsordnungen.

12 Siehe hierzu ausführlich unten 2. Teil: B. II. 1. b) sowie weiterführend 2. Teil: C. III.

13 Siehen hierzu ausführlich unten 2. Teil: D.

## 2. *Divergenz und Konvergenz im englischen und deutschen Recht*

Im konkreten Vergleich der englischen und der deutschen Rechtsordnung zeigt sich die soeben angedeutete diametrale Interaktion zwischen Privatautonomie und Schutzmechanismen.<sup>14</sup> Die beiden Rechtsordnungen können im ehevertragsrechtlichen Kontext – wenn sie auf ihre Grundpfeiler reduziert werden – als weit voneinander entfernt eingestuft werden.<sup>15</sup> Nach englischem Recht können die zwischen den Parteien im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse geschlossenen Agreements keine Bindung gegenüber dem Matrimonial Court herstellen, der im Falle der Scheidung unter Zugrundelegung eines erheblichen Ermessensspielraumes über die Anordnung der Financial Orders entscheidet. Vielmehr kann hier nur infolge der richterlichen Bewertung eine in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls stehende, mehr oder weniger starke Einbeziehung des Agreements in die jeweilige Entscheidung erfolgen. Die Gefahr eines ungerechten Vertrages wird insbesondere in paternalistischen Systemen als zu groß empfunden und wirkt sich deshalb negativ zulasten der Vertragsfreiheit aus.

Nach deutschem Recht steht es den Parteien offen, einen Vertrag zur Regelung des Güterrechts, des Versorgungsausgleichs sowie des nachehelichen Unterhalts zu schließen, sodass sie die Möglichkeit haben, das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht vollständig abzuwählen. Im Falle der Scheidung ist das Gericht grundsätzlich an den Inhalt des Vertrages gebunden. Nur unter besonderen Umständen ist es Folge einer richterlichen Überprüfung, dass dem Vertrag nur teilweise bzw. keine Geltung zukommt. Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass sich das nationale Verständnis im Hinblick auf Vertragsfreiheit sowie Vertragsgerechtigkeit und dem damit eng verbundenen Gedanken der Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zumindest strukturell, nicht notwendigerweise auch inhaltlich, inkongruent gestaltet.

---

14 Siehe unten Abb. 1 (S. 148).

15 Siehe hierzu ausführlich unten 2. Teil: B.

Trotz der strukturellen Divergenzen ist seit der Entscheidung des Supreme Courts<sup>16</sup> in *Radmacher v Granatino* („*Radmacher*“) im Oktober 2010<sup>17</sup> und den Reformbestrebungen der Law Commission<sup>18</sup> für das englische Recht einerseits sowie seit der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2001<sup>19</sup> und des BGH aus dem Jahre 2004<sup>20</sup> für das deutsche Recht andererseits eine Entwicklung in Richtung einer Sachrechtsannäherung der beiden Rechtsordnungen zu verzeichnen.<sup>21</sup> Denn während das englische Recht privatautonomen Entscheidungen von Ehegatten steigende Bedeutung auf der Grundlage des Two-Stage-Tests of Fairness beimisst, ist entgegengesetzt dazu im deutschen Recht eine Zunahme von richterlichen Inhaltskontrollen von Eheverträgen am Maßstab der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach §§ 138 Abs. 1, 242 BGB festzustellen. Inhaltlich besteht Einigkeit insoweit, als für die richterlichen Prüfverfahren der Zeitpunkt des Abschlusses sowie der spätere Zeitpunkt der Geltendmachung der Vereinbarung entscheidend sind. Dieser zeitliche Ansatz der Prüfverfahren kann mehrheitlich mit der besonderen emotionalen Verbundenheit der Ehegatten und der Langfristigkeit der Vertragsbeziehung begründet werden, die eine rationale Einschätzung der Lage und eine realistische Einbeziehung zukünftiger Entwicklungen erschwert. Die Vereinbarung als „statisches Instrument“ kann insbesondere auf den „dynamischen Verlauf“ der Beziehung nicht angemessen reagieren, sodass hierauf mithilfe der richterlichen Prüfverfahren individuell und den Gegebenheiten der jeweiligen Rechtsordnung entsprechend eingegangen werden muss.<sup>22</sup>

---

16 Höchste gerichtliche Instanz des Vereinigten Königreichs, das 2009 erstmals zusammentrat und entsprechend dem Introductory Text und s. 40 i. V. m. sch. 9 des Constitutional Reform Act 2005 u. a. die rechtsprechende Funktion des House of Lords übernahm (Ziel: Trennung zwischen Legislative [House of Commons, House of Lords] und Judikative), siehe dazu *Slapper/Kelly*, English Legal System, §§ 4.5, 4.7 und 4.9. Hiermit hängt auch die Veränderung in der Anrede des weiblichen Richters von „Baroness“ zu „Lady“ zusammen.

17 [2010] UKSC 42.

18 CP No. 198 und No. 208 sowie der dazugehörige Report Law Com No. 343.

19 BVerfG, FamRZ 2001, 343 und BVerfG, FamRZ 2001, 985.

20 BGH, FamRZ 2004, 601.

21 Siehe hierzu ausführlich unten 2. Teil: C (Rechtsvergleich) sowie 1. Teil: C. V (Englisches Recht).

22 Zurückgehend auf *Sanders*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung, §§ 13–16; siehe ausführlich unten 2. Teil: C. II. 2. c) bb) (Ausübungskontrolle im deutschen Recht).

### III. Internationale Dimension – Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht

Eheverträge werden vor dem Hintergrund einer bestimmten Rechtsordnung geschlossen. Sie beziehen sich inhaltlich auf ein konkretes Scheidungsfolgensystem und passen dieses den individuellen Gegebenheiten an. Liegt jedoch ein Sachverhalt mit Auslandsberührung (internationale Ehepaare)<sup>23</sup> vor, kann das in Bezug genommene Scheidungsfolgensystem durch die anwendbaren Vorschriften zur internationalen Zuständigkeit und zum Kollisionsrecht aus dem Blick geraten und die in den nationalen Rechtsordnungen bestehenden materiell-rechtlichen Unterschiede hervortreten. Gerade das Verhältnis von Privatautonomie und Schutzmechanismen ist vom Gerechtigkeitsverständnis des jeweiligen Sachrechts abhängig und soll hiermit weniger einer Kritik ausgesetzt, als vielmehr einer Konterkarierung mithilfe von Lücken auf internationaler Ebene entzogen werden.

Die Wahrscheinlichkeit für eine rechtlich relevante Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung steigt mit zunehmender Migration;<sup>24</sup> es findet eine stete Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse im Hinblick auf die im internationalen Familienrecht entscheidenden Elemente des gewöhnlichen Aufenthaltes und der Staatsangehörigkeit bzw. des Domiciles<sup>25</sup> statt. Im Jahr 2007 hatten 16 Millionen der insgesamt 122 Millionen Ehen in der EU grenzüberschreitenden Charakter.<sup>26</sup> Jährlich werden in der EU 2,2 Millionen neue Ehen geschlossen und rund 45 % wieder geschieden.<sup>27</sup> Allein in Deutschland sind 11,4 % aller jährlich geschlossenen Ehen solche zwischen einem deutschen Staatsangehörigen und einem Ausländer.<sup>28</sup>

---

23 Gemeint sind damit Ehen, bei denen die Staatsangehörigkeit bzw. das Domicile oder der gewöhnliche Aufenthaltsort mindestens eines Ehegatten einen Berührungspunkt zu einem anderen (zweiten) Staat herstellt.

24 *Dethloff*, Familienrecht, § 1 Rn. 53; *dies.*, ZEuP 2007, 992.

25 Zum Begriff „Domicile“ siehe unten 3. Teil: B. I. 1. b) sowie Fn. 1135.

26 Europäische Kommission, Bericht über die Unionsbürgerschaft 2010, KOM (2010) 603 endg., S. 5.

27 Statistisches Amt der Europäischen Union, Europa in Zahlen – Eurostat-Jahrbuch, § 1.3, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Europe\\_in\\_figures\\_-\\_Eurostat\\_yearbook/de](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Europe_in_figures_-_Eurostat_yearbook/de) (Stand: 18.12.2014).

28 Insgesamt wurden 387.423 Ehen (unabhängig von der Nationalität) geschlossen, wovon 44.175 Eheschließungen zumindest eine Person mit ausländischer Staatsangehörigkeit tangierten, Statistisches Bundesamt, Bevölkerung: Eheschließungen nach Jahren bzw. Eheschließungen zwischen Deutschen und Ausländern, Stand: 2012,

### 1. Forum Shopping und internationale Zuständigkeit (Lokalproblem)

Eine rechtlich relevante Verbindung zu einem anderen Staat kann durch bewusstes Kalkül eines Ehepartners sorgfältig ausgewählt oder sogar erst hergestellt<sup>29</sup> worden sein. Berücksichtigt man die Interessenlagen, ist die Auslandsberührung meist aus Sicht der wirtschaftlich schwächeren Partei von Bedeutung, die sich von den für sie ungünstigen Vertragsregelungen lossagen möchte, an denen sie im eigentlich für sie geltenden Recht festgehalten werden würde. Dafür sucht sie sich eine derjenigen ausländischen Rechtsordnungen aus, welche die für sie günstigsten materiell-rechtlichen Ergebnisse bereithält. Als besonders attraktiv wird in diesem Kontext das englische Recht angesehen, weil es zum einen im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zugunsten des Schwächeren großzügigere Entscheidungen hervorbringt und zum anderen eine Bindungswirkung von vermögensrechtlichen Verträgen zwischen Ehegatten gegenüber dem Familiengericht nicht anerkennt.<sup>30</sup> Nicht ohne Grund wird London deshalb als „Divorce Capital of the World“<sup>31</sup> bezeichnet.<sup>32</sup> Je höher das in Rede stehende Vermögen, desto größer kann die Versuchung für die wirtschaftlich schlechter gestellte Partei sein, einen nach Maßgabe einer privatautonomiefreundlichen Rechtsordnung geschlossenen Vertrag mithilfe einer privatautonomiefeindlichen Rechtsordnung verwerfen zu lassen,<sup>33</sup> denn „[a] foreign pre-nuptial or other marital agreement that would be upheld by the foreign court cannot straightforwardly

---

abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Eheschliessungen/Eheschliessungen.html> (Stand: 18.12.2014).

- 29 Zur Entstehung eines Forums für die Ehescheidung durch Aufenthaltswechsel siehe *Rieck*, FPR 2007, 251 (253), und dessen Bedeutung für die Scheidungsfolgen: *Rauscher-Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Art. 3 Brüssel IIa-VO Rn. 15; insofern könnte eine Zuständigkeitserschleichung in Betracht zu ziehen sein: vgl. *Schütze*, Rechtsverfolgung im Ausland, Rn. 110 f.
- 30 *Scherpe* [2010] P.C.B., 190: In ungefähr einem von fünf Scheidungsfolgenrechtsfällen sei ein Ehepartner ohne britische Staatsangehörigkeit involviert; *Miller*, in: Miller (Hrsg.), *Frontiers of Family Law*, 120 (125); *Brown/Fisher* [2009] P.C.B., 221 (223); *Morley* [2006] *Fam Law*, 772 (775).
- 31 Siehe nur *Thorpe* [2009] *Fam Law*, 21, sowie zur Bedeutung des englischen Rechts im Allgemeinen unten Fn. 65.
- 32 Um u. a. eben diese Gefahr zu minimieren, gehören internationale Ehepaare in England zu den häufigen Zielgruppen eines Marital Agreements, *Hitchings* [2009] *Fam Law*, 1056 (1059 f.).
- 33 Eine Zunahme des Forum Shoppings im Allgemeinen bestätigend: European Policy Evaluation Consortium, *Study to Inform a Subsequent Impact Assessment on the Commission Proposal on Jurisdiction and Applicable Law in Divorce Matters*, 2006,

be given effect by the English court which finds itself, however ,inconveniently‘, with jurisdiction and which has to apply English law.“<sup>34</sup>

Ist das Kollisionsrecht auf internationaler Ebene, wie es im Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht derzeit der Fall ist, weder in seinem sachlichen noch in seinem territorialen Anwendungsbereich vollständig vereinheitlicht, rücken die Vorschriften des Internationalen Zivilverfahrensrechts<sup>35</sup> sodann entscheidend in den Mittelpunkt und haben nun maßgeblichen Einfluss darauf, welches materielle Recht zur Anwendung gelangen kann.<sup>36</sup> Denn eine uneinheitliche Anknüpfung im Kollisionsrecht zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts führt grundsätzlich dazu, dass im direkten Vergleich der potenziell zuständigen Gerichte unterschiedliche Rechtsordnungen berufen sein können. Über die Wahl des zuständigen Gerichts kann daher, insbesondere wenn wie im englischen Recht eine *lex fori*-Regelung die einschlägige Kollisionsregel darstellt, auf das zur Anwendung gelangende Recht Einfluss genommen werden („Forum Shopping“).<sup>37</sup> Hat sich ein englisches Gericht erst einmal für zuständig erklärt, wendet es stets, d. h. selbst bei Bestehen einer Rechtswahlklausel, das eigene materielle Sachrecht (*lex fori*)<sup>38</sup> an, sodass damit die Scheidung selbst sowie als Annex das scheidungsfolgenrechtliche Verfahren dem englischen Recht unterliegt.<sup>39</sup> Forum Shopping wird begünstigt und führt in letzter Konsequenz dazu, dass die Divergenzen des

---

S. 48 f., abrufbar unter: <http://euromed-justiceii.eu/en/documents/show/&tid=233> (Stand: 18.12.2014).

34 *Miles*, in: Scherpe (Hrsg.), *Marital Agreements*, 89 (118).

35 Siehe zum Rechtszustand *de lege lata* ausführlich unten 3. Teil: B. I.

36 Im Anwendungsbereich der *lex fori*: Rieck-Woelke, *Ausländisches Familienrecht*, England und Wales, Rn. 67; Law Commission, CP No. 198, § 7.100; Kohler, FPR 2008, 193.

37 Unter Forum Shopping versteht man das systematische Ausnutzen nebeneinander bestehender Zuständigkeiten, um spezielle materiell-rechtliche oder prozessuale Vorteile zu erlangen, *Schütze*, *Rechtsverfolgung im Ausland*, Rn. 79 ff.

38 An den bisherigen Reformbewegungen im Bereich des Kollisionsrechts beteiligt sich u. a. das Vereinigte Königreich nicht, als ersten Anhaltspunkt siehe *Finger*, FuR 2011, 61 (62 ff.); ausführlich dazu unten 3. Teil: B. II.

39 *C v C (Ancillary Relief: Nuptial Settlement)* [2004] EWCA Civ 1030, para. 31; *Miles*, in: Scherpe (Hrsg.), *Marital Agreements*, 89 (116): „The basic position in English law is that whatever it has jurisdiction to grant the divorce, it also has jurisdiction to deal with those ancillary relief matters, and the conventional view is that this will happen wherever the English court has jurisdiction in the divorce under Brussels II [sic]. And that the court will, of course, then apply English law in relation to those issues.“ Die nationale Annexkompetenz zwischen dem Scheidungs- und dem Scheidungsfolgenrecht (siehe dazu unten 1. Teil: B. I. 1. b)) bewirkt daher eine Anwendung der *lex fori* in beiden Fällen.

nationalen Rechts durch die wirtschaftlich schwächere Partei ausgenutzt werden können. Der Wunsch des wirtschaftlich stärkeren Ehegatten nach Rechtssicherheit steht damit nicht nur in einem Spannungsfeld zur rechtlichen nationalen, sondern insbesondere auch zur internationalen Lage. Der wirtschaftlich schwächere Ehegatte hat hingegen ungerechtfertigterweise eine weitere, wenn auch qualitativ andersartige Angriffsmöglichkeit hinzugewonnen.

Die Möglichkeit mittels europäischer Verordnungen Forum Shopping zu betreiben, besteht nur, weil die Parteien – jedenfalls im Scheidungs- und Unterhaltsrecht – zwischen mehreren zuständigen Gerichten wählen können. Im Falle positiver Kompetenzkonflikte verursacht die strikte Anwendung des Prioritätsgrundsatzes einen Wettlauf zu den Gerichten („Race to the Courthouse“), weil das zuerst angerufene Gericht sich grundsätzlich für zuständig erklären muss.<sup>40</sup> Die schnellere Partei kann so eine potenzielle Anrufung eines Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat durch die gegnerische Partei blockieren, wodurch die bestehende Lücke zum Forum Shopping in gesteigertem Maße negativ hervorsteht. Denn durch diesen zeitlichen Druck lassen sich auch unentschlossene Ehegatten zu einer voreiligen Entscheidung bewegen, wenn sie verhindern wollen, dass ein für sie ungünstigeres materielles Recht zur Anwendung gelangt. Dies steht in einem Widerspruch zu den materiell-rechtlichen Grundsätzen der meisten Rechtsordnungen, welche die Ehe als eine dauerhafte Institution ansehen und die durch die Einhaltung von fest vorgeschriebenen Trennungszeiten gerade die Möglichkeit einer Versöhnung bewahren und die Aufrechterhaltung der Ehe positiv beeinflussen möchten.<sup>41</sup>

Ungeachtet dessen, dass das Forum Shopping so lange vollen Schutz der europarechtlichen Zuständigkeitsvorschriften genießt, wie eine Wahl zwischen mehreren alternativ zuständigen Gerichten rechtlich zugelassen wird,<sup>42</sup> kann man sich im Ehevertragskontext des Eindrucks rechtsmissbräuchlicher Handhabe<sup>43</sup>

---

40 *Finger*, FuR 2011, 61 (64); *Wagner*, FPR 2004, 286 (288).

41 Zum verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Charakter der Trennungsphase und deren Berücksichtigung: *Andrae*, Internationales Familienrecht, § 4 Rn. 63.

42 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 636; *Schütze*, Rechtsverfolgung im Ausland, Rn. 101 f.; *Finger*, FuR 2011, 61 (63).

43 Der EuGH, NZG 1998, 462, bestätigt, dass auch das Gemeinschaftsrecht der Schranke des Rechtsmissbrauchs, als europarechtlich anerkannte Fallgruppe des Grundsatzes von Treu und Glauben, unterliegt. Das primäre oder sekundäre Gemeinschaftsrecht wird mit der Absicht instrumentalisiert, um sich – je nach Perspektive – als Inländer der Anwendung des nationalen Rechts zu entziehen („Normentziehung“) oder als Ausländer in den Genuss nationalen Rechts zu gelangen („Normerschleichung“) und

nicht erwehren und zur Lückenschließung *de lege ferenda*<sup>44</sup> nur ausdrücklich anmahnen: Die Parteien haben sich ursprünglich vertraglichen Regelungen auf der Grundlage einer Rechtsordnung unterworfen, deren Anwendung eine der Parteien über das Unionsrecht zu verhindern versuchen könnte. Aus der Perspektive einer an der Privatautonomie ausgerichteten Rechtsordnung widersprechen sich die frühere Rechtsausübung, d. h. der einvernehmliche Abschluss des Vertrages, und die spätere Rechtsausübung, d. h. die Abstandnahme unter Zuhilfenahme eines ausländischen Rechts.<sup>45</sup> Denn der materiell-rechtliche Schutz, der der schwächeren Partei zu Recht auf der nationalen Ebene über individuelle Mechanismen in einer anderen als der ursprünglich in Bezug genommenen Rechtsordnung gewährt wird, darf nicht nach Belieben auf der internationalen Ebene dazu instrumentalisiert werden können, den Vertrag außer Kraft zu setzen. Maßstab für die Beurteilung des Vertrages zum Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens kann stets nur dasjenige Recht sein, das zum Zeitpunkt des Abschlusses als Maßstab für die konkrete inhaltliche Ausgestaltung herangezogen wurde, denn nur auf dessen Schranken, die der Privatautonomie national gesetzt werden, konnte bei Vertragsabschluss Rücksicht genommen werden.<sup>46</sup> Vorausgesetzt den Fall, dass der Vertrag nach diesen ursprünglichen Maßstäben auch weiterhin anerkannt würde, sollte nun diejenige Partei geschützt werden, die zu Recht auf

---

sich hieraus Vorteile zu verschaffen; siehe hierzu ausführlich MüKo-Roth/Schubert, BGB, § 242 Rn. 156 ff.; Fleischer, JZ 2003, 865, (869 ff.); Schön, in: FS Wiedemann, 1999, 1271 (1273 ff.).

- 44 Eine Anwendung des Grundsatzes mit der Folge, dass das Gericht den Verstoß bereits *de lege lata* verhindert, soll hiermit nicht begründet werden, weil sich ein Verstoß erst nach der materiell-rechtlichen Prüfung offenbart und demzufolge zum Zeitpunkt der Entscheidung über die internationale Zuständigkeit antizipiert werden müsste. Vielmehr soll hierdurch der Handlungsbedarf *de lege ferenda* aufgezeigt, ein Forum Shopping von vornherein verhindert und damit Rechtssicherheit geschaffen werden.
- 45 Insofern liegt aus deutscher Sicht der Vorwurf eines *venire contra factum proprium* recht nahe. Ihr Verhalten im Laufe der Zeit zu ändern, steht den Parteien grundsätzlich frei und kann jedenfalls nicht allein als widersprüchlich gelten, BGH, NJW 1997, 3377 (3379); NJW 1983, 2073 (2075).
- 46 Geht man allerdings davon aus, dass diese Prämisse nicht den richtigen Ausgangspunkt darstellt, d. h. dass nicht ein bestimmtes materielles Sachrecht Grundlage des Ehevertrages ist, entsteht aus dem Argument unwillkürlich ein Zirkelschluss. Denn dann fehlt der materiell-rechtliche Maßstab zur Beurteilung des Vertrages, dessen nationale Bestandskraft als Argument gegen die prozessuale Taktik in der internationalen Dimension angeführt wird. Zu bedenken ist, dass die Verbindlichkeit eines Vertrages immer von vertragsexternen Bedingungen abhängig ist, so rekurrend auf Rawls: *Kersting*, John Rawls, S. 123 f.

den Bestand des Vertrages vertraut hat<sup>47</sup> – das Forum Shopping muss deshalb im Ehevertragskontext unterbunden werden, weil kein legitimes Argument für eine solche Bevorzugung des Klägers streitet. Der Grundsatz *volenti non fit iniuria* sollte im Falle der nationalen Anerkennung des Vertrages auch für eine internationale Anerkennung sprechen. Die materiell-rechtliche Wertung zugunsten der Privatautonomie sollte durchschlagen,<sup>48</sup> denn es wäre fatal, wenn den Ehepartnern im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die Möglichkeit gegeben würde, ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse selbst zu regeln, der Vertrag es auf der anderen Seite im internationalen Bereich aufgrund von Inkongruenzen nicht vermag, seine Rechtssicherheit suggerierende Funktion zu erfüllen. Andernfalls entstünde hier eine willkürliche Ungleichbehandlung zwischen rein nationalen und internationalen Konstellationen.<sup>49</sup>

Aus alledem folgt, dass vor der Bestimmung des zuständigen Gerichts (*ex ante*) die anwendbaren Kollisionsregeln und das aus diesen Regeln folgende Sachrecht nicht vorhergesehen werden kann. Lediglich *ex post* kann über das anwendbare Recht eine Prognose getroffen werden. Deshalb kann ein rein kollisionsrechtlicher Ansatz jedenfalls in solchen Fällen keine Abhilfe versprechen, in denen das zuständige Gericht ein solches derjenigen Mitgliedstaaten ist, die sich an der jeweils einschlägigen Verordnung zum Kollisionsrecht nicht beteiligen (territorialer Anwendungsbereich) oder mangels internationaler Vereinheitlichung ein Rückgriff auf das nationale Kollisionsrecht erfolgt (sachlicher Anwendungsbereich).

Der aktuelle Rechtszustand ist unbefriedigend und beruht weitgehend auf einem unterschiedlichen Verständnis hinsichtlich der Form einer einheitlichen Rechtsanwendung. Im englischen Recht wird an der Anwendung der *lex fori* festgehalten, weil es die Anwendung ausländischen Rechts, die das Prinzip der

---

47 Das Vertrauen bezieht sich auf die Vertragsgültigkeit, eine Richtigkeitsgewähr lässt sich hieraus nicht entnehmen, *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 66. Letztere lässt sich vielmehr erst nach materiell-rechtlicher Prüfung bestätigen. Zum Vertrauensschutz aus materiell-rechtlicher Perspektive „als Korrelat der privatautonomen Gestaltungsfreiheit“: *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 5 f., 439 ff.; zum Vertrauensschutz aus kollisionsrechtlicher Perspektive: *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 149 ff.

48 Üblicherweise schlägt sich die materiell-rechtliche Wertung im Kollisionsrecht nieder, *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 33 f. Siehe deshalb auch einen Ansatz zum Rechtszustand *de lege ferenda* im Kollisionsrecht unten 3. Teil: C. II. 1. b) bb) bzw. den im hiesigen Kontext etwas flexibleren Ansatz in der Zuständigkeit, 3. Teil: C. II. 1. b) und 2.

49 Zur eingängigen Beschreibung des Problems mit Bezug zum Ehegüterrecht siehe *Burghaus*, Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts, S. 243 f.

*lex causae* nach sich ziehen kann, nicht befürwortet.<sup>50</sup> Vor dem Erlass internationaler Zuständigkeitsvorschriften stand dies im Einklang mit der national geltenden *forum non conveniens*-Lehre, weil englische, die *lex fori* anwendenden Gerichte ihr Verfahren zugunsten des adäquaten Forums aussetzen konnten. Im europarechtlichen Kontext hat man sich nun im Hinblick auf die zivilverfahrensrechtlichen Vorschriften auf ein nicht abgestuftes Zuständigkeitenmodell verständigt, das vor allem nach zeitlicher Priorität, und damit gerade nicht primär nach sachlicher oder räumlicher Adäquanz, für oder gegen die Zuständigkeit des jeweiligen Gerichts entscheidet. Während aus englischer Sicht eine Lösung dieses Problems auf der Ebene der Zuständigkeitsvorschriften (Einführung der *forum non conveniens*-Regelung im internationalen Bereich) angemessen erscheint, wird im internationalen Bereich eine Teilnahme des Vereinigten Königreichs an den europarechtlichen Vorschriften zum Kollisionsrecht für zuträglich erachtet. Das Lokalproblem entsteht daher durch eine Korrelation verschiedener Faktoren auf englischer und europäischer Ebene, sodass eine Lösung über eine der beiden Ebenen gefunden werden muss. Die derzeitige Situation verhindert die in Art. 67, 81 AEUV zum Ziel der EU erklärte Bildung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“,<sup>51</sup> dem sich Dänemark, das Vereinigte Königreich und Irland<sup>52</sup> bewusst entzogen haben; gefördert wird ein „Europa à la carte“<sup>53</sup> mittels Opt-Out bzw. Opt-In-Option.

## 2. Rechtsanwendungsunsicherheit und Kollisionsrecht (*Globalproblem*)

Eine rechtlich relevante Verbindung kann aber auch rein zufällig vorhanden sein und dazu führen, dass sich ein Vertrag anhand von Maßstäben einer anderen als derjenigen Rechtsordnung bewerten lassen muss, die den ursprünglichen Maßstab für dessen Abschluss bildete. Im Vergleich zum Lokalproblem steht hier weniger die bewusste Instrumentalisierung einer konkreten privatautonomiefeindlichen Rechtsordnung mithilfe von nebeneinander bestehenden Zuständigkeiten im Fokus, sondern vielmehr die Rechtsanwendungsunsicherheit im Allgemeinen, und damit auch vor allem im vereinheitlichen Kollisionsrecht,

---

50 *Miles*, in: Scherpe (Hrsg.), *Marital Agreements*, 89 (115); *Karsten*, FamRZ 2011, 1474 (1478 f.); *Martiny*, FPR 2008, 187 (191); siehe dazu im Einzelnen unten 1. Teil: C. V. 4. b) aa) (materiell-rechtlicher Kontext) bzw. 3. Teil: B. II. 2 (internationaler Kontext).

51 *Dutta*, EuZW 2010, 530.

52 Siehe hierzu unten 3. Teil: A.

53 *Basedow*, *RabelsZ* 73 (2009), 455 (459).

die durch kollisionsrechtlich relevante Berührungspunkte zu *irgendeiner anderen* Rechtsordnung entstehen kann.

Dem Kollisionsrecht<sup>54</sup> liegt ein mit dem materiellen Sachrecht nicht zwingend kongruentes Gerechtigkeitsverständnis zugrunde: Sofern das Prinzip der *lex causae* Systemgrundlage ist, sucht das Kollisionsrecht entsprechend dem Anknüpfungsgegenstand (Rechtsfrage des Sachverhalts) anhand von ausgewählten Anknüpfungspunkten (charakteristisches Merkmal des Sachverhalts) nach demjenigen Recht, das die engste Verbindung zum relevanten Sachverhalt hat, ohne dabei auf dessen konkreten materiell-rechtlichen Inhalt Rücksicht zu nehmen.<sup>55</sup> Gerade im Scheidungsfolgenrecht werden bei der Festlegung des Anknüpfungspunktes regelmäßig Aspekte wie bspw. der Schutz des Unterhaltsberechtigten in den Vordergrund gestellt. Alternative, teils sogar dynamische Anknüpfungspunkte wie der allgemein im Vordringen befindliche gewöhnliche Aufenthaltsort,<sup>56</sup> die kraft Wandelbarkeit einen Statutenwechsel ermöglichen, können zu Veränderungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts führen. Es kommt zum allseits bekannten „Sprung ins Dunkle“<sup>57</sup> und das womöglich multipel, weil die zur Anwendung gelangenden internationalen oder nationalen Rechtsakte eine Differenzierung nach einzelnen Scheidungsfolgen vorsehen.

Die der Dynamik der Parteien und der ehelichen Beziehung Rechnung tragende Anknüpfung kann aber wohl nur dann Anwendungsvorrang für sich beanspruchen, wenn die *gesetzlichen* Scheidungsfolgen gelten. Sobald sich die Ehegatten für eine *vertragliche* Regelung der Scheidungsfolgen entschieden haben, wäre eine Anwendung desjenigen Rechts angezeigt, auf dessen Grundlage die Entscheidung gründete. Denn der Vertrag ist zum einen ein einheitlicher Regelungskomplex, der nicht auf eine zersplitternde Rechtsanwendung in Abhängigkeit von der jeweiligen Scheidungsfolge (Anknüpfungsgegenstand) einschließlich der dynamischen Anknüpfungspunkte ausgelegt ist. Zum anderen ist der Vertrag primär ein statisches Instrument, dessen Inhalt bei Vertragsabschluss an konkreten materiell-rechtlichen Maßstäben (formale und inhaltliche Schranken der Privatautonomie) ausgerichtet wird und bereits ab diesem Zeitpunkt im Hinblick auf das Güterrecht rechtliche Relevanz besitzen kann.

---

54 Siehe zum Rechtszustand *de lege lata* ausführlich unten 3. Teil: B. II.

55 Kropholler, Internationales Privatrecht, S. 24 ff.

56 Im Kollisionsrecht: Garbe/Ullrich-Andrae, Verfahren in Familiensachen, § 13 Rn. 17 ff.; eine solche Entwicklung zeigt sich auch im Kontext der internationalen Zuständigkeit in Statussachen wie der Ehescheidung: Rauscher-Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 3 Brüssel IIa-VO Rn. 3 ff., 33.

57 Zurückgehend auf Raape, Internationales Privatrecht, S. 90.

Zumindest beschränkt auf den vertraglichen Kontext scheint deshalb eine für alle Scheidungsfolgen (ggf. die Scheidung inkludierend) einheitliche und starre Anknüpfung gerechtfertigt.<sup>58</sup>

In der Aussage „[d]ie Rechtswahl ist (...) das kollisionsrechtliche Spiegelbild der Vertragsfreiheit“<sup>59</sup> kommt zum Ausdruck, dass der materiell-rechtlichen Privatautonomie nur dann Geltung verschafft wird, wenn das auf den Vertrag anwendbare Recht vorab bestimmt werden kann. Dem nationalen Grundsatz der Vertragsfreiheit müsste demzufolge ein Pendant auf internationaler Ebene zur Seite gestellt werden. Die Rechtsanwendungsunsicherheit muss beseitigt und ein Gleichlauf des Gerechtigkeitsverständnisses zwischen materiellem Sachrecht und Kollisionsrecht geschaffen werden.

Wie bereits auf der Ebene der Zuständigkeit müssen daher auch auf der Ebene des Kollisionsrechts rechtliche Instrumente etabliert werden, die es vermögen, dass das auf den Vertrag anwendbare Recht *für den ganzen Vertrag einheitlich* und *ex ante* bestimmt werden kann; ob eine Rechtswahl das einzig denkbare und richtige Instrument *de lege ferenda* darstellt, gilt es allerdings zu überprüfen. Im Rechtszustand *de lege lata* besteht jedenfalls an dieser Stelle ein kollisionsrechtliches Einfallstor für Entwertungen des Vertrages. Es wäre sinnlos sich zunächst mit der materiell-rechtlichen Regelung der Scheidungsfolgen anhand von konkreten Maßstäben einer Rechtsordnung auseinanderzusetzen, bliebe das später darauf anzuwendende Recht unbestimmt oder unvorhersehbar.

Auch wenn das Globalproblem damit seinen primären Schwerpunkt im Kollisionsrecht hat, käme man jedenfalls im Kontext europäischer Rechtsinstrumente nicht umhin, eine Verknüpfung zwischen kollisionsrechtlichem und zuständigkeitsrechtlichem Instrumentarium herzustellen. Dies gilt jedenfalls so lange, bis das Kollisionsrecht sowohl in sachlicher als auch in territorialer Hinsicht vereinheitlicht wird; bis dahin bleibt die Wahl des zuständigen Gerichts wegweisend.<sup>60</sup> Hierin besteht eine essentielle Verbindung zwischen dem lokalen und dem globalen Problem sowie dem avisierten Lösungsweg.<sup>61</sup> Eine potenzielle Lösung muss deshalb – diametral zur nationalen Dimension<sup>62</sup> – nicht der Dynamik des Verlaufs der Vertragsbeziehung, sondern dem Vertrag als statischem Instrument Rechnung tragen können, weshalb neben der kollisionsrechtlichen

---

58 Dies sogar allgemein für die Scheidungsfolgen, d. h. unabhängig vom vertraglichen Kontext, befürwortend: *Martiny*, FPR 2008, 187 (191 f.).

59 *McGuire*, SchiedsVZ 2011, 257 (258).

60 Vgl. *Rauscher-Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Einl. Brüssel IIa-VO Rn. 46.

61 Siehe zum Rechtszustand *de lege ferenda* ausführlich unten 3. Teil: C.

62 Siehe oben Einleitung: A. II. 2.

Rechtswahl unter Einbeziehung der Ebene der internationalen Zuständigkeit auch andere nicht wandelbare Anknüpfungspunkte in Betracht kommen könnten.<sup>63</sup> Gleichmaßen müssen sich die zur Beschränkung der Privatautonomie im materiellen Recht vorzufindenden Schutzmechanismen widerspiegeln.<sup>64</sup> Ziel kann es nicht sein, das Vertrauen der stärkeren Partei so weitreichend zu schützen, dass dem Vertrag zulasten der schwächeren Partei Geltung verschafft wird. Vielmehr soll dem Stärkeren nur dasjenige zuteilwerden, was ihm von derjenigen Rechtsordnung zugestanden worden wäre, unter deren Prämisse der Vertrag geschlossen wurde.

## B. Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist es, im Wesentlichen zwei Leitfragen zu beantworten. Die Einleitung orientiert sich bereits an dieser Zweiteilung, wenn sie nach nationaler (Einleitung: A. II) und internationaler Dimension (Einleitung: A. III) differenziert:

- Materielles Sachrecht: Welche Bedeutung haben Marital Agreements im englischen Scheidungsfolgenrecht (1. Teil) und inwiefern deuten die Entwicklungen auf eine Sachrechtsannäherung aus der Perspektive eines Privatautonomie geprägten Standpunktes hin (Rechtsvergleiche mittels deutscher Außenperspektive, 2. Teil)?
- Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht: Wie ist der gegenwärtige Rechtszustand für Sachverhalte mit Auslandsberührung im Ehevertragskontext europarechtlich ausgestaltet (3. Teil: B) und welche Umgestaltungen stünden sinnvollerweise zur Option (3. Teil: C)?

Es geht darum festzustellen, wie groß der Unterschied zwischen der englischen Rechtsordnung mit privatautonomiefeindlicher Grundeinstellung (zentral: das Ermessen des Richters) und der deutschen, als Vertreter der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit privatautonomiefreundlicher Grundeinstellung (zentral: Vertragsfreiheit der Ehepartner) ist, und welche Tendenzen sich für die weitere Entwicklung (verstärkt im englischen Recht: Einbeziehung von Marital Agreements in Ermessensentscheidung; verstärkt im deutschen Recht: richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen) abzeichnen. Eine solche Überprüfung der Privatautonomie auf nationaler Ebene ist zum einen erforderlich, um dem

---

63 Siehe hierzu insbesondere unten 3. Teil: C. I sowie 3. Teil: C. II. 1. b).

64 Zum Schutz des Schwächeren sowie eines Dritten siehe *Kroll-Ludwigs*, Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, S. 584 ff.

Rechtsanwender aufzuzeigen, inwiefern Eheverträge national wirksam sind und gerichtlich anerkannt werden. Die Rechtsprechung und Gesetzgebung im englischen Recht ist im Allgemeinen auch gerade deshalb interessant, weil sie für andere Rechtsordnungen des Common-Law-Rechtskreises erheblich ist.<sup>65</sup> Zum anderen fungiert die Einbettung in den nationalen Kontext als vorbereitender Schritt zur Heranführung an die internationale Ebene. Denn die aktuelle Distanz der englischen von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ist ein entscheidender Aspekt für die Existenz des Forum Shoppings: Bestünden infolge der Sachrechtsannäherung keine materiell-rechtlichen Unterschiede, wäre ein Forum Shopping unattraktiv. Das Forum Shopping als spezielles Problem bildet damit sowohl den Impuls für die Rechtsvergleichung als auch das Motiv für eine globalere Lösungserörterung.

Die erste Frage bewegt sich also im materiell-rechtlichen Kontext und damit in der nationalen Dimension (1.-2. Teil). Im Anschluss an die Einleitung folgt eine präzise Einordnung der Marital Agreements in der englischen Rechtsordnung (1. Teil). Die Darstellung des englischen Rechts bleibt zunächst in sich geschlossen und autark, weil vor allem das Verhältnis von richterlicher Entscheidungsgewalt im Scheidungsfolgenrecht (1. Teil: A. I) und privatautonomem Entscheidungen der Ehegatten (1. Teil: A. II) einem deutschen Juristen fremd erscheinen mögen und daher einer breiteren Darstellung bedürfen. Deshalb wurde aufgrund der gravierenden Systemunterschiede (diametrale Grundeinstellung im Hinblick auf Privatautonomie) insbesondere auch von einer verflochtenen Darstellung der beiden Rechtsordnungen Abstand genommen. Denn das englische Scheidungsfolgenrecht (1. Teil: B) zeichnet sich durch einen weiten, dem Richter überantworteten Ermessensspielraum aus, der durch gesetzliche (1. Teil: B. I) und judikatorische (1. Teil: B. II) Maßstäbe determiniert wird. So ist ein Marital Agreement nur einer von vielzähligen Faktoren, die bei der richterlichen Ermessensentscheidung über das Vermögen berücksichtigt werden können. Eine Bindungswirkung gegenüber dem Matrimonial Court vermag ein Marital Agreement hingegen nicht zu begründen. Eine ausführliche Analyse der Rechtswirkung und der richterlichen Würdigung von Marital Agreements schließt sich an (1. Teil: C) und untersucht – in Abhängigkeit zur jeweiligen Vereinbarungart – die aktuellen Entwicklungen sowie potenzielle Reformvorhaben

---

65 Thorpe, in: Boele-Woelki/Miles/Scherpe (Hrsg.), *The Future of Family Law in Europe*, 3 (4). In einem weiteren Artikel stellt er die Bedeutung der Rechtsprechung in London für die 14 britischen Überseeterritorien, die 54 Commonwealth-Mitgliedstaaten sowie für die ehemaligen Kolonien (Bedeutung hier geringer) heraus, *ders.* [2011] IFL, 104 (107).

(Schwerpunkt: 1. Teil: C. V). Am Ende des 1. Teils werden die für das englische Recht wesentlichen Kernpunkte zusammengefasst und in einer kurzen Vorschau auf den nächsten Teil der Arbeit überleitet (1. Teil: D).

Anhand dieser Kernpunkte wird sodann die deutsche Rechtsordnung gegenübergestellt (2. Teil), die als eine von Privatautonomie geprägte Rechtsordnung stellvertretend für die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gewählt wurde. Das deutsche Recht stellt demzufolge das Medium der notwendigen Außenperspektive dar. Mithilfe der rechtsvergleichenden Methode soll eine Einordnung und Evaluierung der Entwicklung in der englischen Rechtsordnung ermöglicht werden, sodass festgestellt werden kann, inwiefern und aus welchem Grund sich die in ihrer Grundeinstellung so maßgeblich unterscheidenden Rechtsordnungen (2. Teil: B) aufeinander zubewegen (2. Teil: C).<sup>66</sup>

Im letzten Schritt, der die zweite Frage und damit die internationale Dimension tangiert, erfolgt die Einbettung der Thematik in den europarechtlichen Kontext (3. Teil); die Unterschiede im materiellen Sachrecht kommen mithilfe des internationalen Zuständigkeitenrechts sowie des Kollisionsrechts bei Fällen mit Auslandsberührung zum Tragen. Dem deutschen Juristen könnte das englische Recht gegenwärtig in zweierlei Hinsicht begegnen, nämlich einerseits im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit eines englischen Gerichts und der Anwendung des englischen Rechts infolge des *lex fori*-Prinzips (Lokalproblem, Beraterperspektive) sowie andererseits im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Gerichts, das das englische Recht als *lex causae* anzuwenden hat (Globalproblem, Anwenderperspektive). Es gilt, den Rechtszustand *de lege lata* zu evaluieren (3. Teil: B) und progressive Vorschläge *de lege ferenda* zur Erzielung größerer Rechtsicherheit und Rechtsklarheit im Zusammenhang mit Eheverträgen aufzuzeigen (3. Teil: C).

Von der Perspektive im Erkenntnisverfahren zu unterscheiden ist die Perspektive der Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, deren Blickwinkel vor allem in der internationalen Dimension zur Differenzierung zwischen Entscheidungen des Ursprungsmitgliedstaates und solchen des Vollstreckungsmitgliedstaates dient. Die Untersuchung geht sowohl in der nationalen als auch in der internationalen Dimension von einer hauptsächlichen Beeinträchtigung der Effektivität von Eheverträgen im Erkenntnisverfahren aus, sodass die Ebene der Anerkennung und Vollstreckung von untergeordneter

---

66 Zur konkreten Evaluierungsmethodik des rechtsvergleichenden Teils siehe ausführlicher unten 2. Teil: A. II.

Relevanz in der Untersuchung sein soll, wenngleich auch nicht völlig bedeutungslos sein kann.

Die Darstellungen beschränken sich insgesamt auf den für den Ehevertraglichen Kontext notwendigen Umfang im staatlichen Verfahren. Eine vollumfängliche Würdigung des allgemeinen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts würde aufgrund der dafür notwendigen Breite der Darstellung den Rahmen dieser Untersuchung übersteigen. Neben der staatlichen Gerichtsbarkeit auf eine befriedigendere Lösung in der internationalen Dimension durch Inanspruchnahme der Schiedsgerichtsbarkeit zu verweisen, würde lediglich zu einer horizontalen Verschiebung des Problems führen. Durch eine Ausweichmöglichkeit auf ein Schiedsverfahren wird eine pragmatische Ausgestaltung des staatlichen Verfahrens aber nicht etwa überflüssig. Andernfalls müsste man ernsthaft davon ausgehen, dass ein faktischer Zwang der Ehegatten mit Ehevertrag in ein schiedsgerichtliches Verfahren gewollt ist, bestünde ein die Privatautonomie und folglich ein die Rechtssicherheit betreffendes Gefälle zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>67</sup> Deshalb ist die Schiedsgerichtsbarkeit in ihren Grenzen, d. h. in Abhängigkeit von ihrer grundsätzlichen Adäquanz im hiesigen Kontext<sup>68</sup> sowie der Schiedsfähigkeit<sup>69</sup> einzelner Scheidungsfolgen, wenn überhaupt nur als zusätzliche Möglichkeit zu verstehen, welche die Notwendigkeit der Neuordnung der Vorschriften für das staatliche Verfahren nicht konterkariert. Vielmehr fokussiert sich die Diskussion auf die staatliche Gerichtsbarkeit und die hierfür vertikale Verortung der Lösung in der richtigen Implementierungsebene (3. Teil: C. I) sowie der an dieser Stelle anknüpfenden konkreten Implementierungsmethodik und -plattform (3. Teil: C. II).

---

67 Es scheint in der Tat nicht einsichtig, warum eine Prorogation für die Scheidungsfolgensache im Kontext der Schiedsgerichtsbarkeit uneingeschränkter möglich sein sollte als in der staatlichen Gerichtsbarkeit, so *Rauscher*, FamFR 2013, 25, aus deutscher Perspektive.

68 Im Allgemeinen: Büchting/Heussen-Kreindler/Rust, Rechtsanwalthandbuch, § 7 Rn. 4–47; Zu den Vorzügen für Scheidungsfolgesachen: *Huber*, SchiedsVZ 2004, 280–288.

69 Zur Frage der Schiedsfähigkeit von Scheidungs- und Scheidungsfolgesachen aus deutscher sowie rechtsvergleichender Perspektive ausführlich: *Wagner*, in: FS Schlosser, 1025.

### C. Zur Verwendung deutscher und fremdsprachlicher Fachterminologie

Im Rahmen der Betrachtung ausländischen Rechts ist es wichtig, dass zunächst einige wenige Hinweise zum Umgang mit fremdsprachlichen Terminologien gegeben werden. Der allgegenwärtigen Neigung, Rechtsbegriffe aus fremden Rechtsordnungen mit denjenigen der eigenen, bekannten Rechtsordnung gleichzustellen,<sup>70</sup> muss widerstanden werden, denn dies täuscht über deren wahren Gehalt hinweg. Einer solchen Versuchung kann nur damit begegnet werden, dass die englischen Rechtsbegriffe, wie hier, zunächst erklärt und im Folgenden ohne Übersetzung beibehalten werden. So sind für das Zustandekommen eines Vertrages (Einigung als Genotyp) nach englischem Recht, ungleich dem deutschen Recht, zusätzliche Voraussetzungen notwendig, d. h. die phänotypischen Ausformungen (konkreten Erscheinungsformen) divergieren.<sup>71</sup> Ein englischer Contract, der nicht in urkundlicher Form („Deed“) verfasst wurde, erfordert neben Angebot („Offer“), Annahme („Acceptance“) und Bindungswillen („Intention to create Legal Relations“) auch „Consideration“, also eine Gegenleistung für das Versprechen („Promise“), die meist durch eine Geldleistung erbracht wird.<sup>72</sup> Deshalb unterstützt die vorgeschlagene Vorgehensweise die Bestrebungen der funktionalen Rechtsvergleichung und sensibilisiert den Leser zur Wahrnehmung der Feinheiten der einzelnen Rechtsordnungen.

Darüber hinaus ist in der Arbeit eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem englischen (Marital) „Agreement“ und dem deutschen (Ehe-) „Vertrag“ zu finden. Zum einen ist dies wichtig, weil die Untersuchung dieser beiden Arten von Verträgen zeigen wird, dass ihre Rechtsnatur und Rechtswirkung erhebliche Unterschiede aufweist und es deshalb nicht zu Vermischungen kommen darf. Zum anderen wird der jeweilige Begriff in seiner Rechtsordnung stellvertretend als Oberbegriff für alle Arten von Agreements<sup>73</sup> respektive Verträgen<sup>74</sup> verwendet, wenn es auf eine genauere Differenzierung im Einzelfall nicht ankommt. Die Bezeichnung „Vereinbarung“ soll stellvertretend für alle Arten und Inhalte

---

70 Die Problematik der leichtfertigen Übersetzung von Rechtsbegriffen anschaulich beschreibend: *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff. Eine vergleichbare Herausforderung stellt sich im Zusammenhang mit verordnungsautonom zu definierenden Begriffen in der internationalen Dimension.

71 Vgl. *Sacco*, Rechtsvergleichung, S. 43 ff.

72 *Beale/Bishop/Furmston*, Contract, S. 97 ff.

73 Siehe unten 1. Teil: C. I.

74 Siehe unten 2. Teil: B. II. 2. a).

privatautonomer Regelungen unter (zukünftigen) Ehegatten stehen, wenn es insbesondere auf das konkret anwendbare materielle Recht nicht ankommt.

Mit dem Begriff „englisches Recht“ ist das für England und Wales geltende Recht gemeint. Sollte bisweilen auf einen größeren Kontext Bezug genommen werden, insbesondere in der internationalen Dimension, welche Schottland und Nordirland gleichermaßen betrifft, wird vom Vereinigten Königreich gesprochen.