

44
77

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GG Art. 3 Abs. 2; EGBGB Art. 17 Abs. 1

- a) Art. 17 Abs. 1 EGBGB verstößt gegen das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, soweit für das anzuwendende Recht in einer gemischt-nationalen Ausländerehe an die Staatsangehörigkeit des Mannes angeknüpft wird.
- b) Scheidung und Scheidungsfolgen einer Ausländerehe bestimmen sich nach dem Recht des Staates, dem die Ehegatten gemeinsam angehören oder dem sie während der Ehe zuletzt gemeinsam angehört haben und einer von ihnen weiterhin angehört.

BGH, Urt.v. 8. Dezember 1982 - IVb ZR 334/81 - OLG Karlsruhe
AG Offenburg

77

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 334/81

URTEIL

Verkündet am

8. Dezember 1982

Ernst

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Margarethe H [REDACTED] geb. H [REDACTED], R [REDACTED]-
straße [REDACTED], H [REDACTED],

Antragsgegnerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Wolfgang H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
G [REDACTED],

Antragsteller und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dres.
[REDACTED] und [REDACTED] -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1982
durch die Richter Dr. Seidl, Portmann, Dr. Krohn,
Dr. Macke und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision der Antragsgegnerin gegen
das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe
- 5. Zivilsenat in Freiburg (Familiensenat) -
vom 18. März 1981 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des
Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der im Jahre 1909 in Österreich geborene Ehemann
(Antragsteller) und die im Jahre 1920 in den USA
geborene Ehefrau (Antragsgegnerin) haben im Jahre
1941 in S██████ geheiratet. Der Ehemann, während
der Vereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich
deutscher Staatsangehöriger, besitzt seit 1945 wieder
die österreichische Staatsangehörigkeit. Die Ehefrau
ist Staatsangehörige der USA, besaß indes bis 1969
gleichfalls einen österreichischen Reisepaß. Die
Parteien haben während ihrer Ehe überwiegend in
Deutschland gelebt und wohnen auch jetzt in der
Bundesrepublik Deutschland; der Ehemann hat sich



zeitweise in Argentinien, die Ehefrau zeitweise in Österreich aufgehalten. Seit vielen Jahren - zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung jedenfalls seit mehr als sechs Jahren - leben die Parteien getrennt.

Das Amtsgericht - Familiengericht - hat die Ehe der Parteien auf Antrag des Ehemannes nach österreichischem Recht ohne Schuldfeststellung geschieden und in den Gründen seiner Entscheidung ausgeführt, daß ein Versorgungsausgleich entfalle, da er dem österreichischen Recht unbekannt sei. Mit der Berufung hat die Ehefrau die Scheidung der Ehe nach deutschem Recht, hilfsweise nach österreichischem Recht unter Feststellung des alleinigen oder überwiegenden Verschuldens des Ehemannes, und - in jedem Falle - die Durchführung des Versorgungsausgleichs erstrebt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Ehefrau ihren im zweiten Rechtszuge eingenommenen Rechtsstandpunkt weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

A.

I. Das Berufungsgericht hat zu Recht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bejaht. Sie folgt aus § 606 b Nr. 1 ZPO. Hiernach ist, wenn keiner der Ehegatten die deutsche Staats-

angehörigkeit besitzt, in Ehesachen die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben, wenn ein Ehegatte im Inland seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat und die Entscheidung des deutschen Gerichts nach dem Heimatrecht des Mannes anerkannt werden wird. Die Parteien haben zwar ehemals die deutsche Staatsangehörigkeit besessen, nämlich der Ehemann nach dem "Anschluß" Österreichs aufgrund von § 1 Abs. 1, 2 der Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich vom 3. Juli 1938 (RGBl. I S. 790) und die Ehefrau durch ihre Eheschließung gemäß Art. I § 1 der Zweiten Verordnung über die Staatsangehörigkeit im Lande Österreich vom 30. Juni 1939 (RGBl. I S. 1072) i.V. mit § 6 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes in der damals geltenden Fassung (s. auch BGH Urteil vom 5. Oktober 1951 - IV ZR 108/50 - NJW 1952, 184, 185 f.). Beide haben aber die deutsche Staatsangehörigkeit aufgrund von § 1 Satz 2 des Zweiten Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 17. Mai 1956 (BGBl. I S. 431) mit Ablauf des 26. April 1945 verloren und ersichtlich nicht durch Option für die deutsche Staatsangehörigkeit nach § 3 Abs. 1 des genannten Gesetzes wiedererlangt. Die Entscheidung des deutschen Gerichts wird auch, wie § 606 b Nr. 1 ZPO weiter voraussetzt, nach dem Heimatrecht des Mannes, nämlich in Österreich, anzuerkennen sein, wie das Berufungsgericht zutreffend näher dargelegt hat. Die Ausführungen des Berufungsgerichts begegnen auch insofern keinen durchgreifenden Bedenken, als es offengelassen hat, ob die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes in § 606 b Nr. 1 ZPO mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG

vereinbar ist. Die Entscheidung des deutschen Gerichts ist nämlich, wie das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang zu Recht ausgeführt hat, auch nach dem amerikanischen Heimatrecht der Ehefrau anzuerkennen. Damit würde sich ein etwaiger Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG vorliegend nicht auswirken (s. hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 40. Aufl. § 606 b Anm. 2 B a bb; Zöllner/Geimer ZPO 13. Aufl. Anm. V 4; AK-BGB/Finger Art. 17 EGBGB Rdn. 37; Henrich IPRax 1981, 18; Jayme, IPRax 1981, 9, 10 mw.N.; Berkemann FamRZ 1977, 295, 297 f.). All dies beanstandet auch die Revision nicht.

II. Die Revision ist nicht nur hinsichtlich der Versagung des Versorgungsausgleichs, sondern auch hinsichtlich des Scheidungsausspruches zulässig. Zwar wäre auch die von der Ehefrau in erster Linie erstrebte Scheidung nach deutschem Recht eine solche ohne Schuldausspruch und würde daher nicht zu einer Änderung des Urteilstenors führen. Indessen ergibt sich die Beschwer der Ehefrau insoweit daraus, daß bei Anwendbarkeit deutschen Rechts für die Scheidung die Durchführung des Versorgungsausgleichs gesichert wäre. Auch wegen der Zurückweisung ihres Hilfsantrages, bei Anwendbarkeit österreichischen Rechts die Schuld des Ehemannes an der Scheidung festzustellen, ist die Revision der Ehefrau zulässig. Das Verschulden des Gegners an der Scheidung ist nach österreichischem Recht von Bedeutung für den nachehelichen Unterhaltsanspruch (s. §§ 66, 69 des österreich. EheG i.d.F. vom 15. Juni 1978 - Österreich. BGBl. Nr. 280 -).

B.

I. Das Berufungsgericht hat aufgrund von Art. 17 Abs. 1 EGBGB im Hinblick auf die österreichische Staatsangehörigkeit des Ehemannes österreichisches Recht für anwendbar gehalten, das nicht auf deutsches Recht zurückverweise. Gemäß § 55 Abs. 3 des österreich. EheG sei dem Scheidungsbegehren stattzugeben, da die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit (mehr als) sechs Jahren aufgehoben sei. Der Antrag der Ehefrau, gemäß § 61 Abs. 3 österreich. EheG das alleinige oder überwiegende Verschulden des Ehemannes auszusprechen, sei nach dem zugrundeliegenden tatsächlichen Hergang nicht gerechtfertigt. Der Versorgungsausgleich sei nicht durchzuführen, da das österreichische Recht dieses Institut nicht kenne.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Allerdings kann der Senat der Auffassung des Berufungsgerichts, daß Art. 17 Abs. 1 EGBGB generell mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Grundgesetzes vereinbar sei, nicht beitreten. Die Vorschrift knüpft für das auf die Scheidung der Ehe anzuwendende Recht an die Staatsangehörigkeit des Mannes an. Dies verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 GG.

a) Der Bundesgerichtshof ist in seiner früheren Rechtsprechung ungeachtet der im Schrifttum geäußerten Bedenken wiederholt davon ausgegangen, daß Art. 17 EGBGB seinem Inhalt nach durch den Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG nicht berührt worden sei

(BGH Urteil vom 18. Januar 1954 - IV ZR 144/53 - LM EGBGB Art. 17 Nr. 1; BGHZ 42, 7, 8; 47, 324, 326). Diese Rechtsprechung beruhte im wesentlichen auf der Erwägung, daß das Heimatrecht des Mannes die Frau nicht notwendig schlechter stelle. Es könne für sie von Vorteil wie von Nachteil sein. Die Anknüpfung des Art. 17 Abs. 1 EGBGB an das Mannesrecht stelle daher keine "echte" Bevorzugung des einen Ehegatten gegenüber dem anderen dar (BGH Urteil vom 18. Januar 1954 aaO). Indessen hat die Kritik an der Vorschrift angehalten und sich unter dem Eindruck der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 1971 (BVerfGE 31, 58, sog. Spanier-Entscheidung) weiter verstärkt (vgl. zunächst Beitzke, Grundgesetz und Internationalprivatrecht, 1961, S. 23 ff. und die Nachweise in BGHZ 75, 241, 252; aus der Folgezeit: Rolland 1. EheRG 2. Aufl. § 1564 BGB Rdn. 34; AK-BGB/Finger aaO Art. 17 EGBGB Rdn. 8; Kropholler FamRZ 1976, 314, 316; Henrich aaO IPRax 1981, 18). In dieser Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht - in anderem Zusammenhang - auf den Standpunkt gestellt, daß das deutsche Internationale Privatrecht als innerstaatliches Recht in vollem Umfange an den Grundrechten zu messen und dabei zu prüfen sei, "ob die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für ein bestimmtes Regelungsprinzip, besonders die Auswahl der Anknüpfungspunkte, mit dem Grundgesetz vereinbar ist" (BVerfGE aaO S. 73). Soweit hiernach ausländisches Recht berufen werde, lasse sich angesichts der Verschiedenheit und Wandelbarkeit der ausländischen Regelungen vom Standpunkt des Gesetzgebers kaum übersehen, welchen möglichen Inhalt eine zur Anwendung kommende ausländische Norm haben

könne und wie sie sich im Einzelfall auswirke. Um so weniger gehe es an, die Betroffenen diesem "Sprung ins Dunkle" (Raape) ohne verfassungsrechtliche Prüfung des Anknüpfungsgesichtspunktes auszusetzen (aaO S. 73 f.). Im Anschluß hieran hat der Bundesgerichtshof bereits in BGHZ 75, 241, 252 f. in Frage gestellt, ob an der früheren verfassungsrechtlichen Bewertung des Art. 17 EGBGB uneingeschränkt festgehalten werden könne, brauchte dies aber nicht zu entscheiden, da es sich um eine gemischt-nationale Ehe handelte, in der die Ehefrau Deutsche war und ihrerseits Scheidungsantrag gestellt hatte; für eine solche Fallgestaltung führt Art. 17 Abs. 3 EGBGB i.V. mit der Grundnorm des Art. 17 Abs. 1 EGBGB zu dem verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis, daß jeder der Ehegatten für sein Scheidungsbegehren nach seinem Heimatrecht behandelt wird und für die Scheidungsfolgen einheitlich deutsches Recht gilt (s. hierzu weiter Senatsurteil vom 26. Mai 1982 - IVb ZR 675/80 - FamRZ 1982, 795, 797).

b) Für den vorliegend gegebenen Fall einer gemischt-nationalen Ausländerehe schließt sich der Senat nunmehr der Auffassung an, daß die in Art. 17 Abs. 1 EGBGB vorgesehene Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG verletzt. Es bleibt zwar richtig, daß das Heimatrecht des Mannes die Frau nicht zwangsläufig schlechter stellt als ihr eigenes Heimatrecht oder das etwa in Betracht kommende Recht des Aufenthaltsstaates. Nach den wiedergegebenen Ausführungen des Bundesverfassungs-

gerichts ist jedoch zu fragen, ob die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das ist zu verneinen. Die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes ist schon für sich allein ein Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot. Sie mißt für die Frage des anzuwendenden Rechts der Staatsangehörigkeit des Mannes von vornherein Vorrang vor der Staatsangehörigkeit der Frau bei. Diese kollisionsrechtliche Zurücksetzung der Frau, "aus der damaligen patriarchalischen Auffassung der Ehe entstanden" (so Palandt/Heldrich BGB, bis zur 33. Aufl., Vorbemerkung 18 vor Art. 7 EGBGB), reicht für die Annahme einer Verletzung des Art. 3 Abs. 2 GG bereits aus (s. Müller-Gindullis, Das Internationale Privatrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1971, 10; Müller-Freienfels JZ 1957, 143 f.; Kegel, Festschrift für Schwind, 1978, 145, 149; Habscheid FamRZ 1975, 76, 77 f.; Berkemann aaO S. 299; KG FamRZ 1975, 627). Sie führt unabhängig vom Inhalt des danach berufenen Sachrechts zu einer Benachteiligung der Frau insofern, als sie ihr die Rechtsordnung vorenthält, welche auf Personen ihrer Nationalität ausgerichtet und ihr typischerweise die vertrautere ist, und ihr die dem Mann - im Falle der Gültigkeit der Anknüpfung an sein Heimatrecht - eröffnete Möglichkeit verschließt, durch Wechsel der Staatsangehörigkeit auf die Bestimmung des anzuwendenden Rechts Einfluß zu nehmen (Makarov, RabelsZ 1952, 382, 385; Müller-Freienfels aaO S. 144; Habscheid aaO S. 78; KG aaO).

Die Anknüpfungsregelung in Art. 17 Abs. 1 EGBGB ist auch nicht mit Rücksicht auf andere Verfassungsgrundsätze haltbar (vgl. insoweit Senatsentscheidungen vom 9. Juli 1980 - IVb ZR 507/80 - FamRZ 1980, 1097, 1098 und 3. Februar 1982 - IVb ZR 660/80 - FamRZ 1982, 358 jeweils zu Art. 15 EGBGB). Insbesondere ist sie nicht im Interesse einer klaren kollisionsrechtlichen Abgrenzung aus Rechtsstaatlichkeitsgründen erforderlich (in diesem Sinne auch in neuerer Zeit noch Palandt/Heldrich BGB 41. Aufl. Vorbem. 15 a vor Art. 7 EGBGB und Art. 17 EGBGB Anm. 2 sowie Erman/Marquardt BGB 7. Aufl. Art. 17 EGBGB Rdn. 6). Vielmehr lassen sich auf dem Boden des geltenden Rechts anderweitige Anknüpfungsgesichtspunkte gewinnen, die eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau vermeiden (s. hierzu nachfolgend unter 3 b).

2. Der Senat sieht sich nicht gehalten, zu der Frage der Vereinbarkeit der Anknüpfung an das Mannesrecht in Art. 17 Abs. 1 EGBGB mit der Verfassung eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG einzuholen. Diese Regelung des Grundgesetzes gilt nicht für vor-konstitutionelles Recht (BVerfGE 32, 296, 299 m.w.N.). Hierzu gehört auch Art. 17 EGBGB. Soweit vertreten wird, daß die Vorschrift in Anbetracht ihres Zusammenhanges mit dem nachkonstitutionellen § 606 b Nr. 1 ZPO von dem nachkonstitutionellen Gesetzgeber gebilligt worden sei und daher dem Prüfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts unterliege (Palandt/Heldrich aaO Art. 17 EGBGB Anm. 2 a), vermag der Senat dem nicht zu folgen.

§ 606 b Nr. 1 ZPO betrifft auch Ehesachen, die nicht unter Art. 17 EGBGB fallen, und hat an dieser Vorschrift nichts geändert. Eine vorkonstitutionelle Regelung wird dadurch, daß bei einer anderweitigen späteren Gesetzesänderung von ihrer Gültigkeit ausgegangen wird, nicht zu einer nachkonstitutionellen. Auch bei sonstiger Gelegenheit hat sich der nachkonstitutionelle Gesetzgeber Art. 17 EGBGB nicht substantiell zu eigen gemacht. Die Änderung des Art. 17 Abs. 3 EGBGB durch Streichung des das Verschulden betreffenden früheren zweiten Halbsatzes im Zuge des 1. EheRG war lediglich technischer Art (vgl. BT-Drucks. 7/650 S. 180). Der Gesetzgeber hat im Gegenteil bewußt von einem Eingriff in das Internationale Privatrecht Abstand genommen, um der anstehenden Neuregelung dieser Materie nicht vorzugreifen (BT-Drucks. 7/4361 S. 53). Über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Art. 17 EGBGB ist daher von dem jeweils befaßten Gericht in eigener Zuständigkeit zu befinden (BSozG FamRZ 1979, 501, 502; KG aaO; OLG Stuttgart FamRZ 1979, 932, 934; Rolland aaO § 1564 BGB Rdn. 37; AK-BGB/Finger aaO Art. 17 EGBGB Rdn. 9; Henrich, Festschrift für Boch, 1976, 411, 413; derselbe IPRax 1981 S. 18 f.; Berkemann aaO S. 299 f.; s. auch - für Art. 15 Abs. 2 EGBGB - BVerfGE 16, 80, 82).

3. Angesichts der Verfassungswidrigkeit der Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes in Art. 17 Abs. 1 EGBGB ist diese Anknüpfung durch eine verfassungskonforme zu ersetzen. Hierbei gibt im vorliegenden Falle den Ausschlag, daß die Parteien nach den auf der Anwendung ausländischen (österreichischen) Rechts

beruhenden und daher insoweit für den Senat bindenden (§§ 562, 549 ZPO) Feststellungen des Oberlandesgerichts während ihrer Ehe zumindest zeitweise übereinstimmend die österreichische Staatsangehörigkeit besessen haben und diese jedenfalls von dem Ehemann beibehalten worden ist. Unter diesen Umständen ist auf die Scheidung der Ehe der Parteien österreichisches Recht anzuwenden.

a) In der Rechtslehre werden als Ersatz für die Anknüpfung an das Mannesrecht in Art. 17 Abs. 1 EGBGB im wesentlichen folgende Lösungen zur Diskussion gestellt (s. im übrigen die Übersichten bei Staudinger/Gamillscheg BGB 10./11. Aufl. Art. 17 EGBGB Rdn. 22 ff.; AK-BGB/Finger aaO Rdn. 9 ff.; Rolland aaO Rdn. 37 ff.; Palandt/Heldrich aaO Anm. 2 a; Henrich IPRax 1981, 2 ff. jeweils m.w.N.): Anknüpfung an das Recht des jeweiligen Klägers (Makarov aaO S. 390 f., 451 f. und ihm folgend z.B. Staudinger/Gamillscheg aaO Rdn. 26, Habscheid aaO S. 76, 78; Henrich FamRZ 1974, 105, 108; KG aaO S. 627 f.), an das gemeinsame, hilfsweise letzte gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten (Beitzke aaO S. 29; derselbe JZ 1961, 649, 653; de lege ferenda auch Kegel in: Beitzke, Vorschläge und Gutachten des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht, 1981, 114, 124 f., 133), an das gemeinsame, hilfsweise letzte gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten, wenn es für einen von ihnen fortgilt (so insbesondere die Reformvorschläge des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Fassung 1979; der im Auftrag des Bundesministers der Justiz erstellte Entwurf eines IPR-Gesetzes von Kühne und der darauf beruhende:

Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz, §§ 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB - E, Stand 14. Dezember 1981), an das Recht des gemeinsamen, hilfsweise letzten gemeinsamen Aufenthaltsorts (AK-BGB/Finger aaO Rdn. 12; Kropholler JZ 1972, 16 sowie - de lege ferenda - Neuhaus und Kropholler FamRZ 1980, 753) mit weiteren an den Aufenthalt geknüpften Auffangtatbeständen (vgl. hierzu - de lege ferenda - Kegel, Vorschläge und Gutachten aaO S. 115, 123 f.) oder an die Heimatrechte beider Ehegatten nach dem Grundsatz des schwächeren Rechts (Soergel/Siebert/Kegel aaO Rdn. 6 vor Art. 13 EGBGB sowie Art. 17 EGBGB Rdn. 16). Soweit auf das gemeinsame, hilfsweise letzte (und für einen der Ehegatten fortgeltende) gemeinsame Heimatrecht abgestellt wird, wird für den Fall, daß diese Anknüpfung ausfällt, hilfsweise die Anwendung des Rechts des gemeinsamen, weiterhin hilfsweise des letzten gemeinsamen Aufenthalts der Ehegatten befürwortet (sog. Kegelsche Leiter, s. - de lege ferenda - Kegel, Vorschläge und Gutachten aaO S. 124 f., 133 sowie Soergel/Siebert/Kegel aaO Art. 17 EGBGB Rdn. 17; ähnlich bereits de lege lata Beitzke aaO; vgl. auch Kropholler FamRZ 1976, 316, 319 f. und die oben genannten Reformvorschläge).

b) Die Ersetzung der grundgesetzwidrigen Anknüpfung an das Mannesrecht in Art. 17 Abs. 1 EGBGB muß sich de lege lata in erster Linie an dem verfassungskonformen Restbestand der Vorschrift (Berkemann aaO S. 300) und an den Strukturelementen des geltenden Kollisionsrechts (Müller-Freienfels aaO S. 144; insoweit auch KG aaO S. 628) orientieren. Unter beiden Gesichtspunkten ist soweit als möglich dem

Staatsangehörigkeitsprinzip Rechnung zu tragen (s. auch Beitzke aaO S. 29: "tunlichste Aufrechterhaltung des Staatsangehörigkeitsprinzips"). Art. 17 EGBGB stellt auf die Staatsangehörigkeit ab. Soweit daneben die Parteirolle Bedeutung erlangt, ist dies auf den Anwendungsbereich des später eingefügten Absatzes 3 der Vorschrift beschränkt, der - jedenfalls für die Scheidung als solche - der deutschen Frau nur als Antragstellerin, nicht dagegen als Antragsgegnerin deutsches Recht zugute kommen läßt, jedoch seinerseits dem Staatsangehörigkeitsprinzip - in diesem Falle zugunsten der antragstellenden deutschen Frau - verhaftet ist. Ebenso wie Art. 17 EGBGB wird auch das übrige deutsche Internationale Privatrecht überwiegend vom Staatsangehörigkeitsprinzip beherrscht (vgl. Art. 7 Abs. 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 15, 18, 19, 24 EGBGB; Soergel/Siebert/Kegel aaO Rdn. 5, 6 vor Art. 13 EGBGB; Erman/Arndt aaO Rdn. 4 vor Art. 7 EGBGB). Hiernach ist auch für das Scheidungsstatut primär auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten abzustellen, und zwar, da ansonsten Art. 3 Abs. 2 GG entgegensteht, auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten. Besitzen sie eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, haben andere Anknüpfungsgesichtspunkte von vornherein zurückzutreten. Fehlt es an einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit, ist dem das geltende Kollisionsrecht beherrschenden Staatsangehörigkeitsprinzip gegebenenfalls in der Weise Rechnung zu tragen, daß auf eine frühere gemeinsame Staatsangehörigkeit zurückgegriffen wird. Letzteres kann freilich nur gelten, wenn die ehemals gemeinschaftliche Staatsangehörigkeit von einem der Ehegatten beibehalten

worden ist. Insoweit ist dem Gesamtzusammenhang des Art. 17 EGBGB, der in Absatz 1 auf den Zeitpunkt der Klageerhebung und in Absatz 3 auf den Zeitpunkt der Entscheidung abstellt, der dem verfassungskonformen Restbestand der Vorschrift zuzurechnende Grundsatz zu entnehmen, daß der staatsangehörigkeitsbedingte Anknüpfungstatbestand nicht vollständig in der Vergangenheit liegen darf, sondern jedenfalls bei einem der Ehegatten in die Gegenwart fortwirken muß. Erst wenn die Anknüpfung an die gemeinsame oder frühere gemeinsame Staatsangehörigkeit versagt, ist auf andere Lösungen auszuweichen.

Die in der Lehre zunächst von Makarov befürwortete Anknüpfung an das Heimatrecht des jeweiligen Klägers (Antragstellers) entfernt sich demgegenüber zu weit vom Staatsangehörigkeitsprinzip des geltenden Kollisionsrechts. Sie mißt der Staatsangehörigkeit nur in Verbindung mit der Klägerrolle Bedeutung bei. Die Parteirolle ist jedoch kein tragendes Prinzip des Art. 17 EGBGB, sondern wird - wie ausgeführt - ausschließlich in Absatz 3 der Vorschrift berücksichtigt, der - in Verbindung mit der Grundnorm des Art. 17 Abs. 1 EGBGB - eine Sonderregelung für gemischt-nationale Ehen enthält, in denen ein Ehegatte deutscher Staatsangehöriger ist (BGHZ 75, 253), und daher nicht verallgemeinerungsfähig ist (Berkemann aaO S. 301; Kropholler FamRZ 1976, 317). Die Anknüpfung an das Recht des Klägers wäre im übrigen unbefriedigend, weil sie die Frage des anwendbaren Rechts von der Zufälligkeit abhängig machen würde, welcher der Ehegatten zuerst die Scheidung beantragt. Dieses Ergebnis ließe sich allenfalls - bei beiderseitigen Scheidungsanträgen - für die

Scheidung als solche vermeiden, wenn jeder Antragsteller nach seinem eigenen Recht behandelt würde. Die Scheidungsfolgen können jedoch nur nach einem der konkurrierenden Rechte beurteilt werden (vgl. BGHZ 75, 251 und Senatsurteil vom 26. Mai 1982 aaO S. 796). Daß dies das Recht des Erstklägers sein soll, läßt sich nicht sachgerecht begründen. Es müßte daher gegebenenfalls zwischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenstatut unterschieden werden (so zutreffend Berkemann aaO S. 300 f.). Eine solche Unterscheidung ist jedoch dem geltenden Kollisionsrecht fremd und jedenfalls solange zu vermeiden, als - wie bei gemeinsamer oder früherer gemeinsamer und von einem der Ehegatten beibehaltener Staatsangehörigkeit - eine beide Bereiche erschließende Anknüpfungsmöglichkeit zur Verfügung steht. Eine Kombination der konkurrierenden Rechte nach dem Grundsatz des schwächeren Rechts würde ebenfalls gerade bei den Scheidungsfolgen nicht zu angemessenen Ergebnissen führen, da hierdurch die Folgewirkungen der Ehe auf ein Minimum reduziert würden, das dann weder dem Heimatrecht des Mannes noch demjenigen der Frau entspräche, sondern sich nach den jeweils schwächsten Einzelregelungen beider Rechte bestimmen und damit die stärkeren Bezugspunkte zu der einen oder anderen Rechtsordnung vernachlässigen würde (vgl. hierzu BGHZ 78, 288, 291 sowie BGHZ 56, 193, 202 jeweils zu Art. 14 EGBGB; Lüderitz FamRZ 1970, 169, 171, 175). Schließlich wäre auch der Auffassung, daß an den (letzten) gemeinsamen Aufenthalt der Ehegatten anzuknüpfen sei, de lege lata nur für den Fall zuzustimmen, daß das als vorrangig in Betracht

zu ziehende Staatsangehörigkeitsprinzip versagt. Das Aufenthaltsprinzip spielt im geltenden Kollisionsrecht nur für Staatenlose (Art. 29 EGBGB) und in zwischenstaatlichen Abkommen eine Rolle. Ihm kommt eine Ersatzfunktion für den Fall zu, daß eine Anknüpfung nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip nicht möglich ist oder nicht zu einem sinnvollen Ergebnis führen würde (BGHZ 78, 291; s. auch Lüderitz aaO S. 172 f.). Ein solcher Fall wird indessen in der Regel nicht anzunehmen sein, wenn die Ehegatten dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen oder sie zeitweise besessen haben und einer von ihnen daran festgehalten hat. Hier erscheint es vielmehr sachgerecht, die Ehegatten nach dem Recht des Staates zu behandeln, dem sie während der Ehe zumindest zeitweise - zuletzt - gemeinsam angehört haben und dem einer von ihnen weiterhin angehört. Etwas anderes kann allenfalls bei Beteiligung eines deutschen Ehegatten gelten. Auf dem Boden des am Staatsangehörigkeitsprinzip orientierten geltenden Rechts ergibt sich keine Veranlassung, zwei Ausländer allein deshalb nach deutschem Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht zu behandeln, weil sie sich (zuletzt) in Deutschland aufgehalten haben.

c) Nach diesen Grundsätzen haben die Vorinstanzen das Scheidungsbegehren im Ergebnis zutreffend nach österreichischem Recht beurteilt, da beide Parteien zumindest zeitweise übereinstimmend die österreichische Staatsangehörigkeit innegehabt haben und jedenfalls einer von ihnen, nämlich der Ehemann, sie weiterhin besitzt. Ob es in diesem Zusammenhang bei Doppelstaaten allein

auf die effektive Staatsangehörigkeit ankommt (vgl. dazu BGHZ 75, 32, 39), kann offenbleiben, da die österreichische Staatsangehörigkeit der Ehefrau, auch wenn sie daneben ihre amerikanische Staatsangehörigkeit beibehalten hat, jedenfalls nicht ineffektiv war. Bei ihr bestanden nicht nur über ihren Ehemann, sondern auch unmittelbar Beziehungen zu Österreich. Insbesondere hat sie noch nach der Entfremdung der Parteien in Österreich ein Haus gebaut und zeitweise dort gelebt sowie bis 1969 einen österreichischen Reisepaß benutzt.

4. Das österreichische Internationale Privatrecht verweist nicht auf das deutsche Recht zurück. Nach § 20 Abs. 1 i.V. mit § 18 Abs. 1 Nr. 1 des Österreich.Bundesgesetzes vom 15. Juni 1978 über das Internationale Privatrecht (Österreich. BGBI. Nr. 304) richtet sich das Scheidungsstatut vorrangig nach dem gemeinsamen oder letzten gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, sofern es einer von ihnen beibehalten hat. Vorliegend verbleibt es daher beim österreichischen Recht.

5. Soweit das Berufungsgericht auf der Grundlage österreichischen Rechts dem Scheidungsbegehren stattgegeben hat, ist seine Entscheidung für das Revisionsverfahren bindend (§§ 562, 549 ZPO). Das nämliche gilt für die Zurückweisung des auf österreichisches Recht gestützten Antrages der Ehefrau, die Schuld des Ehemannes an der Zerrüttung der Ehe festzustellen. Soweit dem eine Würdigung der Anhörung der Parteien zugrundeliegt - hierfür ist deutsches Verfahrensrecht als lex fori maßgeblich (vgl. BGH Urteil vom 8. November 1951 - IV ZR 10/51 -

NJW 1952, 142, 143) - wird die Entscheidung des Berufungsgerichts von der Revision nicht angegriffen.

6. Auch hinsichtlich des Versorgungsausgleichs erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts als richtig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beantwortet sich die Frage, ob zwischen geschiedenen Ehegatten in Fällen mit Auslandsberührung der Versorgungsausgleich stattfindet, nach dem Scheidungs(folgen)statut (BGHZ 75, 247, 251 f.; Senatsentscheidungen vom 4. November 1981 - IVb ZB 517/80 - FamRZ 1982, 152 f. und 26. Mai 1982 aaO S. 797). Hiernach ist vorliegend, wie ausgeführt, österreichisches Recht berufen, welches einen Versorgungsausgleich nicht kennt. Der Versorgungsausgleich ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht mit Rücksicht auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG durchzuführen. Die Revision weist hierzu darauf hin, daß im Zusammenhang mit der Einführung des Versorgungsausgleichs für nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG geschiedene Ehen die Geschiedenenwitwenrente (§§ 1265 RVO, 42 AVG, 65 RKG) abgeschafft worden ist und die Ehefrau nun im Falle der Versagung des Versorgungsausgleichs jeglicher Teilhabe an der Alterssicherung des Ehemanns verlustig gehe. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich daraus verfassungsrechtliche Bedenken ergeben könnten. Die von der Revision erwogene Beeinträchtigung der Ehefrau wäre jedenfalls nicht durch die internationalprivatrechtliche Anknüpfung, sondern dadurch bedingt, daß die Geschiedenenwitwenrente auch für solche nach dem

Inkrafttreten des 1. EheRG geschiedene Ehen abgeschafft worden ist, die nach ausländischem Recht ohne Versorgungsausgleich geschieden werden. Sofern dies verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, müßte diesen mit den Mitteln des Sozialversicherungsrechts entgegengewirkt werden.

Seidl

Portmann

Krohn

Macke

Nonnenkamp