

GELTENDMACHUNG VON UNTERHALTSANSPRÜCHEN

HCCH
HAAGER KONFERENZ
FÜR INTERNATIONALES PRIVATRECHT

Oktober 2009

**PROTOKOLL VOM 23. NOVEMBER 2007
ÜBER DAS AUF UNTERHALTSPFLICHTEN ANZUWENDEnde RECHT**

ERLÄUTERNDER BERICHT

erstellt von Andrea Bonomi

Ständiges Büro

6, Scheveningseweg 2517 KT Den Haag Niederlande

Telefon +31 (70) 363 3303 Fax +31 (70) 360 4867

E-mail secretariat@hcch.net website <http://www.hcch.net>

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
I. CHRONOLOGISCHER ÜBERBLICK	4
II. ÜBERSCHRIFT, PRÄAMBEL UND ALLGEMEINE STRUKTUR DES PROTOKOLLS	8
III. DIE HAUPTASPEKTE DER VOM PROTOKOLL VORGESEHENEN REGELUNG ..	10
IV. ERLÄUTERUNGEN ZU DEN EINZELNEN ARTIKELN	11
Artikel 1 Anwendungsbereich	11
Artikel 2 Universelle Anwendung	17
Artikel 3 Allgemeine Regel in Bezug auf das anzuwendende Recht	17
Artikel 4 Besondere Regeln zugunsten bestimmter berechtigter Personen...	21
Artikel 5 Besondere Regel in Bezug auf Ehegatten und frühere Ehegatten ..	32
Artikel 6 Besondere Mittel zur Verteidigung	38
Artikel 7 und 8 Wahl des anzuwendenden Rechts	43
Artikel 7 Wahl des anzuwendenden Rechts für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens	44
Artikel 8 Wahl des anzuwendenden Rechts	48
Artikel 9 „Wohnsitz“ anstelle von „Staatsangehörigkeit“	57
Artikel 10 Öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtungen	60
Artikel 11 Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts	61
Artikel 12 Ausschluss der Rückverweisung	63
Artikel 13 Öffentliche Ordnung (ordre public)	63
Artikel 14 Bemessung des Unterhaltsbetrags	65
Artikel 15 bis 17 Nicht einheitliche Rechtssysteme	66
Artikel 15 Nichtanwendung des Protokolls auf innerstaatliche Kollisionen	66
Artikel 16 In räumlicher Hinsicht nicht einheitliche Rechtssysteme	67
Artikel 17 Hinsichtlich der betroffenen Personengruppen nicht einheitliche Rechtssysteme	69
Artikel 18 Koordinierung mit den früheren Haager Übereinkommen über Unterhaltspflichten	69
Artikel 19 Koordinierung mit anderen Übereinkünften	70
Artikel 20 Einheitliche Auslegung	71
Artikel 21 Prüfung der praktischen Durchführung des Protokolls	71
Artikel 22 Übergangsbestimmungen	71
Artikel 23 Unterzeichnung, Ratifikation und Beitritt	72
Artikel 24 Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration	73
Artikel 25 Inkrafttreten	73

Artikel 26	Erklärungen in Bezug auf nicht einheitliche Rechtssysteme	74
Artikel 27	Vorbehalte	74
Artikel 28 bis 30	Erklärungen, Kündigung, Notifikation	74

I. CHRONOLOGISCHER ÜBERBLICK*

1. Am 23. November 2007 hat die Einundzwanzigste Diplomatische Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, die in Den Haag zusammengetreten ist, den Wortlaut der beiden internationalen Rechtsinstrumente zur Erleichterung der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen angenommen, nämlich das *Übereinkommen über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen* (im Folgenden „das Übereinkommen“) und das *Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht* (im Folgenden „das Protokoll“). Dieser Erläuternde Bericht bezieht sich auf das Protokoll, denn das Übereinkommen ist Gegenstand eines gesonderten Berichts, den Frau Alegría Borrás (Spanien) und Frau Jennifer Degeling (Australien) mit der Unterstützung von Herrn William Duncan und Herrn Philippe Lortie vom Ständigen Büro erstellt haben (im Folgenden „Borrás-Degeling-Bericht“).

2. Die Frage des auf Unterhaltsansprüche anzuwendenden Rechts war von Beginn an im offiziellen Auftrag der Spezialkommission über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörige enthalten, die die Vorentwürfe des Übereinkommens und dieses Protokolls ausgearbeitet hatte. Die Spezialkommission von April 1999¹ hatte nämlich beschlossen, dass der Ausarbeitung eines neuen umfassenden Übereinkommens über Unterhaltsansprüche auf der Tagesordnung der künftigen Arbeiten der Konferenz ein vorrangiger Platz eingeräumt wird. Dieses Übereinkommen sollte die auf diesem Gebiet bestehenden Haager Übereinkommen verbessern und Bestimmungen über die rechtliche und verwaltungsmäßige Zusammenarbeit beinhalten². Zwei der im Bereich der Unterhaltsansprüche bestehenden Haager Übereinkommen sind der Bestimmung des anzuwendenden Rechts gewidmet; es handelt sich um das *Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht* (im Folgenden das „Unterhaltsübereinkommen von 1956“) und das *Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht* (im Folgenden das „Unterhaltsübereinkommen von 1973“).

3. Gemäß Beschluss der Neunzehnten Tagung hat das Generalsekretariat eine Spezialkommission einberufen, die vom 5. bis zum 16. Mai 2003, vom 7. bis zum 18. Juni 2004, vom 4. bis zum 15. April 2005, vom 19. bis zum 28. Juni 2006 und vom 8. bis zum 16. Mai

* Bitte beachten, dass dieser Erläuternde Bericht bei seiner Veröffentlichung in den *Tagungsberichten der Einundzwanzigsten Tagung* der derzeitigen Darstellung des Erläuternden Berichts über das *Haager Übereinkommen vom 23. November 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen* entsprechen wird.

¹ Zum zeitlichen Verlauf und den Entscheidungen dieser Tagung vgl. den Borrás-Degeling-Bericht, Rdnr. 1 bis 5.

² Siehe Schlussakte der Neunzehnten Tagung, *Tagungsberichte der Neunzehnten Tagung*, Band I, *Verschiedenes*, S. 34 bis 47, auf S. 44.

2007 in Den Haag zusammengetreten ist. Herr Fausto Pocar (Italien) ist zum Vorsitzenden der Spezialkommission und Frau Mária Kurucz (Ungarn), Frau Mary Helen Carlson (Vereinigte Staaten von Amerika) und Herr Jin Sun (China) sind zu stellvertretenden Vorsitzenden gewählt worden. Frau Alegría Borrás und Frau Jennifer Degeling sind als Mitberichterstatter gewählt worden. Unter dem Vorsitz von Frau Jan Doogue (Neuseeland) wurde ein Redaktionsausschuss gegründet. Die Arbeit der Spezialkommissionen und des Redaktionsausschusses wurde umfassend durch wichtige Vorbereitende Dokumente³ und die Anmerkungen des beigeordneten Generalsekretärs, Herrn William Duncan, der mit den wissenschaftlichen Arbeiten des Sekretariats betraut war, und des Ersten Sekretärs, Herrn Philippe Lortie, erleichtert.

4. Anlässlich ihrer ersten Sitzung im Mai 2003 und gemäß ihrem Auftrag hat die Spezialkommission die Frage erörtert, ob das neue Rechtsinstrument Bestimmungen über das Recht enthalten soll, das die Behörden anzuwenden haben, die Unterhaltsentscheidungen treffen, und bejahendenfalls welche Regeln diese Bestimmungen enthalten sollten. Im Verlauf dieser Diskussion zeigte sich, dass sich zwei Positionen gegenüberstehen. Die meisten Delegierten aus Ländern des *civil law* bevorzugten die Aufnahme einer gewissen Form einer Regelung für das anzuwendende Recht, allerdings waren die Delegationen des *common law* in der Regel dagegen⁴. Diese Ablehnung lässt sich leicht erklären, wenn man bedenkt, dass die Unterhaltsentscheidungen in den meisten Ländern des *common law* traditionell nach dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht getroffen werden. Das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht wird auch häufig in den Staaten angewandt, die über Verwaltungssysteme zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen verfügen und die nicht alle Länder des *common law* sind.

5. Die meisten Delegationen, die die Aufnahme einer allgemeinen Regelung für das anzuwendende Recht befürworteten, waren der Auffassung, dass diese Verhandlungen eine einmalige Gelegenheit böten, um die Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 zu überarbeiten, und dass diese Gelegenheit nicht zu versäumen sei. Das Übereinkommen von

³ Siehe insbesondere W. Duncan „Zu einem neuen weltweiten Instrument über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen“, Vorbereit. Dok. Nr. 3 vom April 2003 für die Spezialkommission vom Mai 2003 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen, der auf der Webseite der Konferenz < www.hcch.net > unter der Rubrik „Übereinkommen“, „Übereinkommen 38“, dann „Vorbereitende Dokumente“ zu finden ist.

⁴ Kanada, dessen Provinzen und Territorien einen stufenweisen Ansatz anwenden, der jedoch etwas eingeschränkter als der in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 vorgesehene ist, stand der Einfügung einer gewissen Form der Regelung des anzuwendenden Rechts in das künftige Instrument offen gegenüber. In seinen Provinzen und Territorien des *common law* ist das anzuwendende Recht das Recht des Ortes des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes; ist das Kind nach diesem Recht nicht unterhaltsberechtig, findet das Recht des angerufenen Gerichts Anwendung (vgl. z.B. das Gesetz zur Ausfertigung und gegenseitigen Durchführung von Unterhaltsanordnungen (Manitoba), Art. 12(1)). Im zivilrechtlich ausgerichteten Québec ist das anzuwendende Recht zunächst das Recht des Wohnsitzes der berechtigten Person, dann das Recht des Wohnsitzes der verpflichteten Person (Art. 3094 des Zivilgesetzbuches).

1973 sei zwar in der Regel recht zufriedenstellend und sollte als Ausgangspunkt für die Ausarbeitung eines neuen Übereinkommens dienen, doch sollten einige seiner Lösungen überarbeitet und modernisiert werden, um seine Mängel zu beheben und zu bewirken, dass es von einer größeren Anzahl an Staaten ratifiziert wird⁵. Hierzu müssten alle Staaten und nicht nur die Staaten, die bereits Vertragsparteien der Übereinkommen von 1956 und 1973 sind, am Überarbeitungsprozess beteiligt sein.

6. Gemäß dem Vorschlag des Vorsitzenden hat die Spezialkommission beschlossen, eine Arbeitsgruppe über das anzuwendende Recht (Groupe de travail sur la loi applicable/Working Group on Applicable Law – im Folgenden „GTLAWGAL“) einzurichten, der Sachverständige aus den Vertragsstaaten der Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 und anderen Staaten angehören und deren Vorsitz dem Unterzeichneten übertragen worden ist. Auf der Grundlage des erteilten Auftrags, der auf den Sitzungen der Spezialkommission 2004, 2005 und 2006 verlängert und präzisiert wurde, hat die GTLAWGAL einen Arbeitsentwurf für ein Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht ausgearbeitet (im Folgenden der „Arbeitsentwurf“). Eine erste Fassung des Arbeitsentwurfs wurde als Anhang zu dem Bericht der GTLAWGAL von Juni 2006⁶ vorgelegt und anlässlich der Spezialkommission im Juli 2006 erörtert. Diese Kommission hat beschlossen, im Mai 2007 eine Spezialkommission einzuberufen, die sich hauptsächlich mit der Frage des anzuwendenden Rechts befassen sollte. Die zweite, in dem Bericht der GTLAWGAL von April 2007⁷ kommentierte Fassung des Arbeitsentwurfs⁸ hat die Grundlage für die Arbeiten der Spezialkommission im Mai 2007 geschaffen.

7. Anlässlich der Spezialkommission im Mai 2007 stand die Frage des anzuwendenden Rechts im Mittelpunkt der Arbeiten. Die Kommission kam zunächst zu dem Schluss, dass die Regelung des anzuwendenden Rechts Gegenstand eines von dem Übereinkommen formal

⁵ Das Übereinkommen von 1973 gilt derzeit in 14 Staaten (Deutschland, Frankreich, Spanien, Estland, Italien, Japan, Griechenland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Polen, Portugal, Schweiz und Türkei). Das Übereinkommen von 1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht gilt in 12 Staaten (Deutschland, Österreich, Belgien, Spanien, Frankreich, Italien, Japan, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Schweiz und Türkei).

⁶ „Bericht der Arbeitsgruppe über das anzuwendende Recht“, vorbereitet vom Vorsitzenden der Arbeitsgruppe, Andrea Bonomi, Vorbereit. Dok. Nr. 22 vom Juni 2006 für die Spezialkommission vom Juni 2006 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen, der auf der Webseite der Konferenz < www.hcch.net > unter der Rubrik „Übereinkommen“, „Übereinkommen 38“, dann „Vorbereitende Dokumente“ zu finden ist.

⁷ „Bericht der Arbeitsgruppe über das anzuwendende Recht“ erstellt vom Vorsitzenden der Arbeitsgruppe, Andrea Bonomi, Vorbereit. Dok. Nr. 27 vom April 2007 für die Spezialkommission vom Mai 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen, der auf der Webseite der Konferenz zu finden ist, a.a.O.

⁸ „Entwurf über das anzuwendende Recht“, vorbereitet von der Arbeitsgruppe über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, die am 17. und 18. November 2006 in Den Haag zusammengetreten ist, Vorbereit. Dok. Nr. 24 vom Januar 2007 für die Spezialkommission vom Mai 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen, der auf der Webseite der Konferenz zu finden ist, a.a.O.

getrennten Protokolls sein sollte. Anschließend hat sie der Ausarbeitung eines Protokollvorentwurfs⁹ zugestimmt, der zusammen mit einem Erläuternden Bericht¹⁰ als Grundlage für die Diskussionen der Einundzwanzigsten Tagung der Konferenz diente, die vom 5. bis zum 23. November 2007 in Den Haag stattfand. Bei dieser Gelegenheit ist der Unterzeichnete als Berichterstatter für den Erläuternden Bericht zu dem Protokoll gewählt worden.

8. Die Plenarsitzung der Einundzwanzigsten Diplomatischen Tagung der Haager Konferenz fand unter dem Vorsitz von Herrn Teun Struycken (Niederlande) statt. Die stellvertretenden Vorsitzenden waren: Frau Hlengiwe B. Mkhize (Botschafterin Südafrikas), Herr Gilberto Vergne Saboia (Botschafter Brasiliens), Frau Xue Hanqin (Botschafterin Chinas), Frau Mary Helen Carlson (Vereinigte Staaten von Amerika), Herr Ioannis Voulgaris (Griechenland), Frau Jan Doogue (Neuseeland), Frau Dorothee van Iterson (Niederlande) und Herr Alexander Y. Bavykin (Russische Föderation).

9. Die Diplomatische Tagung der Konferenz hat ihre Kommission I unter dem Vorsitz von Frau Mária Kurucz (Ungarn) mit der Abfassung des Übereinkommens, und ihre Kommission II unter dem Vorsitz des Unterzeichneten mit der Erstellung des Protokolls betraut. Die stellvertretenden Vorsitzenden der Kommission I waren Herr Lixiao Tian (China) und Frau Mary Helen Carlson (Vereinigte Staaten von Amerika); die der Kommission II waren Frau Nádia de Araújo (Brasilien) und Herr Shinichiro Hayakawa (Japan). Außer den Delegierten der 68 auf der Einundzwanzigsten Tagung vertretenen Mitglieder der Konferenz haben auch Beobachter aus 14 Nichtmitgliedstaaten und neun zwischenstaatliche und nichtstaatliche Organisationen teilgenommen.

10. Ein Redaktionsausschuss unter dem Vorsitz von Frau Jan Doogue (Neuseeland) ist für die Arbeiten der Kommission I und II eingerichtet worden. Neben der Vorsitzenden gehörten dem Redaktionsausschuss die Berichterstatter der beiden Kommissionen, Mitglieder von Amts wegen, die Mitglieder des Ständigen Büros sowie die folgenden Experten an: Frau Denise Gervais (Kanada), Frau Katja Lenzing (Europäische Gemeinschaft), Frau Mary Helen Carlson (Vereinigte Staaten von Amerika) und Frau María Elena Mansilla y Mejía (Mexiko), sowie Herr James Ding (China), Herr Lixiao Tian (China), Herr Miloš Hatapka (Europäische Gemeinschaft), Herr Robert Keith (Vereinigte Staaten von Amerika), Herr Edouard de Leiris (Frankreich) und Herr Paul Beaumont (Vereinigtes Königreich).

⁹ „Vorentwurf des Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht“, erstellt unter der Verantwortung der Spezialkommission über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen und genehmigt vom Redaktionsausschuss, Vorbereit. Dok. Nr. 30 vom Juni 2007 für die Einundzwanzigste Tagung vom November 2007, der auf der Webseite der Konferenz, zu finden ist, a.a.O.

¹⁰ „Vorentwurf des Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht – Erläuternder Bericht“, erstellt von Andrea Bonomi, Vorbereit. Dok. Nr. 33 vom August 2007 für die Einundzwanzigste Tagung vom November 2007, der auf der Webseite der Konferenz zu finden ist, a.a.O.

11. Die dritte Lesung des Protokollentwurfs wurde in der Plenarsitzung vom 22. November 2007 beendet. Der Protokollentwurf wurde in der abschließenden Sitzung vom 23. November 2007 durch die Unterzeichnung der Schlussakte der Einundzwanzigsten Tagung förmlich angenommen.

II. ÜBERSCHRIFT, PRÄAMBEL UND ALLGEMEINE STRUKTUR DES PROTOKOLLS

12. Die Überschrift des Protokolls – „Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht“ – unterstreicht das vorrangige Ziel dieses Instruments, nämlich die Einführung einheitlicher Regeln für die Bestimmung des auf Unterhaltspflichten anzuwendenden Rechts. Diese Überschrift greift die Überschrift des Unterhaltsübereinkommens von 1973 auf, das den gleichen Gegenstand hat.

13. Das Protokoll enthält weder Regeln für Kompetenzkonflikte (Zuständigkeit der Behörden und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen) noch Regeln über die verwaltungsmäßige Zusammenarbeit zwischen den Staaten. Ein Teil dieser Fragen (verwaltungsmäßige Zusammenarbeit im Hinblick auf und während der internationalen Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen) ist in dem Übereinkommen geregelt.

14. Anders als beim Übereinkommen, dessen Überschrift ausdrücklich auf Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen verweist, enthält die Überschrift des Protokolls keinen diesbezüglichen Hinweis. Dies spiegelt den sehr weiten Anwendungsbereich wider, der dem Protokoll durch Artikel 1 eingeräumt wird. Das Protokoll bestimmt nämlich uneingeschränkt und ohne Möglichkeit eines Vorbehalts (vgl. Art. 27) das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, gleich aus welcher Familienbeziehung heraus. Der Unterhalt für Kinder fällt genauso in den Anwendungsbereich des Protokolls wie der Unterhalt für Erwachsene.

15. Die Überschrift „Protokoll“ ist in der Kommission II der Diplomatischen Tagung erörtert worden, und zwar bis zur letzten Sitzung vom 22. November 2007, die der zweiten Lesung des Protokollentwurfs gewidmet war. Im Anschluss an die Entscheidung, das Protokoll formal von dem Übereinkommen zu trennen (vgl. Art. 23, der die Unterzeichnung, Ratifikation und den Beitritt durch alle Staaten erlaubt, selbst wenn sie nicht Vertragspartei des Übereinkommens sind), hatten einige Delegationen nämlich vorgeschlagen, die Überschrift des Rechtsinstruments von „Protokoll“ in „Übereinkommen“ zu ändern, da die Abhängigkeit die-

ses Textes in Bezug auf das Übereinkommen nicht deutlich genug sei (vgl. Protokoll Nr. 6 der Kommission II, Rdnr. 11 ff., 178 ff.). Nachdem die Vor- und Nachteile der beiden Lösungen diskutiert worden waren, hat man sich schließlich auf den Begriff „Protokoll“ geeinigt.

16. Der Begriff „Protokoll“ hat, obgleich er für ein im Rahmen der Haager Konferenz angenommenes Instrument ungebräuchlich ist, den Vorteil, dass er die auf die Entstehung bezogenen und funktionalen Bindungen unterstreicht, die zwischen dem Protokoll und dem Übereinkommen bestehen. Abgesehen von dieser Entwicklung (vgl. oben Rdnr. 2 ff.) ist hervorzuheben, dass das Protokoll wie auch das Übereinkommen die internationale Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen erleichtern sollen. Die Bestimmung des anzuwendenden Rechts (und gegebenenfalls die Anwendung eines ausländischen Rechts) ist nämlich eine der Schwierigkeiten, denen eine unterhaltsberechtigte Person begegnen kann, wenn sie ihren Anspruch gegen eine sich im Ausland aufhaltende verpflichtete Person geltend macht. Einige im Protokoll enthaltene Lösungen (insbesondere die stärkere Rolle, die das Protokoll dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht im Vergleich zu den bestehenden Instrumenten zuerkennt, vgl. Art. 4 und 7) sollen die Erlangung einer Unterhaltsentscheidung erleichtern und haben somit das gleiche Anliegen, das auch dem Übereinkommen zugrunde liegt. Es ist schließlich festzustellen, dass angesichts der *erga omnes* Eigenschaft (vgl. Art. 2) des Protokolls seine Ratifikation durch eine große Anzahl an Staaten sich für die berechtigten Personen als positiv herausstellen kann, selbst für diejenigen, die in Staaten wohnhaft sind, die diesem Protokoll nicht beigetreten sind (und nicht die Absicht haben, Vertragspartei zu werden). Selbst die in diesen Staaten wohnhaften berechtigten Personen profitieren von der Anwendung einheitlicher und günstiger Regeln, die im Protokoll verankert sind, wenn in einem Vertragsstaat ein Verfahren eingeleitet worden ist (z.B. im Staat des Wohnsitzes der verpflichteten Person).

17. Diese funktionale Bindung wird auch in der Präambel unterstrichen, in der herausgestellt wird, dass die Entwicklung dieser allgemeinen Regeln über das anzuwendende Recht eine sinnvolle Ergänzung des Übereinkommens ist. Im Übrigen sind in der Präambel die anderen Überlegungen zusammengefasst, die bei der Ausarbeitung des Protokolls eine maßgebliche Rolle spielten, und zwar werden insbesondere das Interesse an der Einheitlichkeit des Kollisionsrechts und an der Modernisierung der Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 erwähnt.

18. Das Protokoll umfasst 30 Artikel. Es ist nicht in Kapitel unterteilt, aber es ist möglich, seine Bestimmungen in drei Gruppen einzuteilen. Die Artikel 1 und 2 bestimmen den Anwendungsbereich *ratione materiae* und *ratione loci*; die Artikel 3 bis 14 bestimmen das auf

die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht und bestimmen auch dessen Bereich näher; bei den Artikeln 15 bis 30 handelt es sich um allgemeine und abschließende Bestimmungen, die in den meisten von der Haager Konferenz ausgearbeiteten Texten üblicherweise enthalten sind.

III. DIE HAUPTASPEKTE DER VOM PROTOKOLL VORGESEHENEN REGELUNG

19. Gemäß seinem Ziel, die früheren Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht zu überarbeiten, ohne deren Ansatz vollständig zu verwerfen, folgt das Protokoll in sehr vielen Punkten den in den Übereinkommen, insbesondere dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 verankerten Lösungen. Dies ist insbesondere der Fall in Bezug auf den Anwendungsbereich, der in den Artikeln 1 und 2 sehr weit gefasst ist, die Behandlung der Unterhaltspflicht, die eine eigene Kollisionsnorm unabhängig von der Familienbeziehung rechtfertigt („Anknüpfungskategorie“) (Art. 1 Abs. 2), die allgemeine Regel, die die Unterhaltspflicht an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person (Art. 3) anknüpft, die Zulassung bestimmter Ersatzanknüpfungen der „Kaskade“ , um die unterhaltsberechtigten Person zu begünstigen (Art. 4), und die sehr weit gefasste Definition der Fragen, die durch das Recht geregelt sind, das als das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht bestimmt wurde (Art. 11). Die Lösungen des Protokolls können ebenfalls in mehrfacher Hinsicht mit denen des Übereinkommens von Montevideo vom 15. Juli 1989 über die Unterhaltspflichten (im Folgenden „Übereinkommen von Montevideo von 1989“) (siehe unten Rdnrn. 33, 36, 39, 57, 66, 67 und 165) verglichen werden.

20. Im Vergleich zu dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 gibt es drei wesentliche Neuerungen. Zunächst die Stärkung der Rolle der *lex fori*, die für die Forderungen, die von einigen „privilegierten“ Gruppen von berechtigten Personen gestellt werden, in den Rang eines Hauptkriteriums erhoben wird, da das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person in diesem Fall nur eine subsidiäre Rolle spielt (Art. 4 Abs. 3). Anschließend die Einführung einer Ausweichklausel basierend auf der Vorstellung einer engen Verbindung (Art. 5), in Abkehr von der unveränderlichen Anknüpfung an das auf die Ehescheidung anzuwendende Recht nach Artikel 8 des Übereinkommens von 1973. Schließlich die Einführung eines gewissen Grades an Selbständigkeit der Parteien, die in zwei Formen in Erscheinung tritt: eine Vereinbarung in Bezug auf das Verfahren, die es den Parteien ermöglicht, für irgendeine Unterhaltspflicht für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht zu wählen (Art. 7) und eine Wahl hinsichtlich des anzuwendenden Rechts, die jederzeit von den erwachsenen Personen, die fähig sind, ihre Interessen zu vertreten, vorbehaltlich bestimmter Bedingungen und Einschränkungen getroffen

werden kann (Art. 8).

IV. ERLÄUTERUNGEN ZU DEN EINZELNEN ARTIKELN

Artikel 1 Anwendungsbereich

21. Artikel 1 legt den materiellen Anwendungsbereich des Protokolls fest. Nach Absatz 1 dieses Artikels bestimmt das Protokoll das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht, unabhängig davon, ob sich die Unterhaltspflicht aus Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft ergibt.

a) *Das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht*

22. Ziel des Protokolls ist es, das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht zu bestimmen. Somit enthält es weder Regeln über das Kollisionsrecht noch über die verwaltungsmäßige Zusammenarbeit; diese Fragen sind zumindest teilweise in dem Übereinkommen geregelt.

23. Es ist im Übrigen wichtig darauf hinzuweisen, dass das Protokoll lediglich das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht regelt, das als eine eigenständige Anknüpfungskategorie gestaltet ist. Es will daher nicht das auf die Familienbeziehungen anzuwendende Recht bestimmen, aus denen sich die Unterhaltspflicht ergibt. Dieser Grundsatz ist wichtig, und er kommt in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 klar zum Ausdruck, dessen Artikel 2 Absatz 1 angibt, dass das Übereinkommen das Kollisionsrecht nur auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht regelt. Diese Formulierung ist in dem Protokoll nicht übernommen worden, wahrscheinlich weil sie als überflüssig erachtet wurde, angesichts der Überschrift dieses Instruments („Protokoll über das *auf Unterhaltspflichten* anzuwendende Recht“ (Hervorhebung durch Verfasser)) sowie des Wortlauts seines Artikels 1 Absatz 1 („Dieses Protokoll bestimmt das auf solche *Unterhaltspflichten* anzuwendende Recht [...]“ (Hervorhebung durch Verfasser)). Obschon diese Formulierung fehlt, ist der Ansatz des Protokolls in diesem Punkt der gleiche wie der des Übereinkommens von 1973, insoweit als das auf die Familienbeziehungen gemäß Artikel 1 Absatz 1 (z.B. Abstammung oder Ehe) anzuwendende Recht nicht unmittelbar durch das Protokoll geregelt ist. Dies wird durch Artikel 1 Absatz 2 des Protokolls bestätigt, der Artikel 2 Absatz 2 des Übereinkommens von 1973 aufgreift und bestimmt, dass die in Anwendung dieses Protokolls ergangenen Entscheidungen die Frage des Bestehens einer der in Absatz 1 genannten Beziehungen unberührt lassen. Diese Regel ist in der Tat die logische Folge der selbständigen Anknüpfung der Unterhaltspflicht.

24. Die selbständige Anknüpfung der Unterhaltspflicht hat zur Folge, dass das auf die Familienbeziehungen nach Artikel 1 Absatz 1 anzuwendende Recht in jedem Vertragsstaat auf der Grundlage der gemeinrechtlichen Kollisionsnormen, die in diesem Staat in Kraft sind, zu bestimmen ist. Dies wirft kein Problem auf, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen der Familienbeziehung die Hauptfrage des laufenden Verfahrens darstellt (z.B. wenn sich die Forderung auf die Feststellung der Abstammung, die Gültigkeit der Eheschließung, die Trennung ohne Auflösung der Ehe oder die Ehescheidung bezieht), und auch dann nicht, wenn eine Unterhaltsforderung zusätzlich im Rahmen desselben Verfahrens erhoben wird. Das Problem ist heikler, wenn die Frage des Bestehens der Familienbeziehung sich vorweg im Rahmen eines Verfahrens stellt, dessen Hauptgegenstand die Unterhaltsforderung ist (z.B. wenn die mutmaßliche verpflichtete Person das Bestehen der Abstammung oder die Gültigkeit der Ehe bestreitet). Da das Protokoll nichts dazu ausführt, hindert nichts daran, die Auslegung aufzugreifen, die für die Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 vorgeschlagen worden war, derzufolge das Recht, das bezeichnet wurde, um die Unterhaltspflicht zu regeln, auch auf die Vorfrage hinsichtlich des Bestehens einer Familienbeziehung im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Anwendung findet¹¹. Diese Lösung drängt sich den Vertragsstaaten jedoch nicht auf, da sie berechtigterweise eine von der Vorfrage gesonderte und unabhängige Anknüpfung wählen könnten; in diesem Fall würde die Vorfrage nach dem von den Kollisionsnormen der *lex fori* bezeichneten Recht entschieden. Nach Artikel 1 Absatz 2 berührt jedenfalls die infolge der Unterhaltsforderung in Anwendung des durch das Protokoll bezeichneten Rechts getroffene Entscheidung nicht das Bestehen der betroffenen Familienbeziehung.

b) Die Unterhaltspflichten, die sich aus Beziehungen der Familie ergeben

25. Nach Artikel 1 Absatz 1 bestimmt das Protokoll die Unterhaltspflichten, die sich aus Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft ergeben. Diese Formulierung entspricht derjenigen in Artikel 1 des Unterhaltsübereinkommens von 1973. Im Gegensatz zu diesem Letztgenannten (vgl. insbesondere seine Art. 13 und 14) sieht das Protokoll jedoch keine Vorbehalte vor, die es den Vertragsstaaten ermöglichen, den Anwendungsbereich auf bestimmte Unterhaltspflichten zu begrenzen oder andere davon auszuschließen (vgl. Art. 27, demzufolge Vorbehalte zu diesem Protokoll nicht zulässig sind). Der Anwendungsbereich des Protokolls ist demnach sehr weit.

¹¹ Erläuternder Bericht über das Unterhaltsübereinkommen (Vollstreckung – Anzuwendendes Recht) von 1973, erstellt von Herrn Verwilghen (im Folgenden „Verwilghen-Bericht“, *Tagungsberichte der Einundzwanzigsten Tagung*, Band IV, *Unterhaltspflichten*, S. 383-465, Rdnr. 125 ff., auf der Webseite der Konferenz < www.hcch.net > unter der Rubrik „Veröffentlichungen“, dann „Erläuternde Berichte“ zu finden.

i) *Ein materieller Anwendungsbereich, der weiter als der des Übereinkommens ist*

26. Der Anwendungsbereich des Protokolls ist deutlich weiter als der obligatorische Anwendungsbereich des Übereinkommens, da dieser nach Artikel 2 Absatz 1 beschränkt ist

- „a) auf Unterhaltspflichten aus einer Eltern-Kind-Beziehung gegenüber einer Person, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,
- b) auf die Anerkennung und Vollstreckung oder die Vollstreckung einer Entscheidung über die Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten, wenn der Antrag zusammen mit einem in den Anwendungsbereich des Buchstabens a fallenden Anspruch gestellt wird, und
- c) mit Ausnahme der Kapitel II und III auf Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten.“

Dieser Unterschied erklärt sich einerseits durch den Wunsch, den Anwendungsbereich des Protokolls dem des Unterhaltsübereinkommens von 1973 anzupassen, so dass der erste (zumindest zwischen den Vertragsstaaten) den zweiten ersetzen kann (vgl. Art. 18). Er spiegelt andererseits den Wunsch wider, den Anwendungsbereich einer Übereinkunft nicht übermäßig einzuschränken, die Gegenstand eines von dem Übereinkommen getrennten Protokolls ist und auf jeden Fall für die Staaten fakultativ ist, die das Übereinkommen ratifizieren, und umgekehrt von den Staaten ratifiziert werden kann, die nicht Vertragspartei des Übereinkommens sind (vgl. Art. 23).

27. Im Übrigen können die Fälle, in denen die beiden Instrumente Anwendung finden, nicht immer übereinstimmen, denn ihre Anwendungsbedingungen *ratione loci* sind unterschiedlich. Das Übereinkommen ist ein Instrument *inter partes*, das im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten Anwendung findet; dies trifft sowohl auf die verwaltungsmäßige Zusammenarbeit (vgl. Art. 9 des Übereinkommens, der sich auf Anträge bezieht, die über die Zentrale Behörde des *Vertragsstaats*, in dem der Antragsteller seinen Aufenthalt hat, bei der Zentralen Behörde des ersuchten Staates zu stellen sind) als auch die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen zu (vgl. Art. 20 Abs. 1 des Übereinkommens, der die Bedingungen festlegt, unter denen „eine in einem *Vertragsstaat* [...] ergangene Entscheidung [...] in den anderen *Vertragsstaaten* anerkannt und vollstreckt [wird]“ (Hervorhebung durch Verfasser)). Das Protokoll ist hingegen *erga omnes* anzuwenden, auch wenn das darin bezeichnete Recht dasjenige eines *Nichtvertragsstaats* ist (vgl. Art. 2).

28. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der materielle Anwendungsbereich des

Übereinkommens fakultativ (durch eine Erklärung nach Artikel 63) „auf andere Unterhaltspflichten aus Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft [...]“ erstreckt werden kann (Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens). Durch eine solche Erklärung kann jeder Vertragsstaat, wenn er es wünscht, eine Übereinstimmung des *materiellen* Anwendungsbereichs der beiden Instrumente herbeiführen. Selbst bei Vorliegen einer solchen Erklärung wird es jedoch nur eine teilweise Übereinstimmung sein. Durch die Erklärung nach Artikel 2 Absatz 3 des Übereinkommens werden nämlich Verpflichtungen zwischen zwei Vertragsstaaten nur auf der Grundlage der Gegenseitigkeit begründet, d.h. „soweit ihre Erklärungen dieselben Unterhaltspflichten und dieselben Teile des Übereinkommens betreffen“; das Protokoll ist hingegen, wie bereits herausgestellt wurde, unabhängig von jeglicher Gegenseitigkeit *erga omnes* anzuwenden (vgl. Art. 2). Selbst in einem Staat, der Vertragspartei der beiden Instrumente ist und diese Erklärung abgegeben hat, ist das Übereinkommen daher im Gegensatz zum Protokoll möglicherweise in einem konkreten Fall nicht anzuwenden.

ii) Die Unterhaltspflichten, die sich aus einer Familienbeziehung ergeben

29. Das Protokoll bestimmt nicht den Begriff „Beziehung der Familie“, sondern beschränkt sich darauf, einige Beispiele zu nennen, die denen in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 entsprechen. Somit werden die Eltern-Kind-Beziehungen, die Beziehungen der Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft ausdrücklich erwähnt. Diese Aufzählung zeigt, dass der vom Protokoll gewählte Begriff von Familie eher weit gefasst ist; die Beziehungen der Schwägerschaft sind darin enthalten, auch wenn sie nicht in allen Staaten anerkannt sind.

30. Im ersten Teil des Artikels 1 Absatz 1 wird bestimmt, dass das Protokoll im Falle von Unterhaltspflichten gegenüber Kindern ungeachtet des Familienstands ihrer Eltern anzuwenden ist. Gemäß dieser näheren Bestimmung, die auch in Artikel 1 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 und Artikel 2 Absatz 4 des Haager Übereinkommens über die internationale Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen enthalten ist, ist das Protokoll ohne Unterscheidung zwischen ehelichen oder nichtehelichen Kindern anzuwenden.

31. Das Problem, das sich derzeit stellt, beruht auf den verschiedenen Formen der Ehe oder Partnerschaften zwischen Personen gleichen Geschlechts. Diese Verbindungen sind in einer immer größeren Anzahl von Rechtssystemen anerkannt, die sie häufig als Familienbeziehungen ansehen, die Unterhaltsforderungen nach sich ziehen können. Andere Staaten weigern sich, sie anzuerkennen, weil sie bisweilen der Meinung sind, dass sie gegen ihre öffentliche Ordnung verstoßen. Das Protokoll ändert nichts an dieser Situation. Die Kollisionsnormen des Protokolls bestimmen nämlich nur das auf Unterhaltspflichten anzuwenden-

de Recht; sie bestimmen weder das Recht, das darauf anzuwenden ist, was eine Familienbeziehung darstellt, noch die Begründung solcher Beziehungen, aus denen die Unterhaltspflichten hervorgehen (siehe oben Rdnr. 23). Das Bestehen und die Gültigkeit von Ehen oder Partnerschaften zwischen Personen des gleichen Geschlechts unterliegen daher weiterhin dem innerstaatlichen Recht der Vertragsstaaten, einschließlich ihres Kollisionsrechts. Das Protokoll bestimmt zudem nicht, ob die Unterhaltspflichten, die sich aus solchen Beziehungen ergeben, in seinen Anwendungsbereich fallen; dieses Auslassen ist gewollt, um zu vermeiden, dass das Protokoll sich mit der hinsichtlich dieser Problematik zwischen den Staaten bestehenden grundlegenden Gegensätzlichkeit auseinandersetzen muss. Die Frage ist dennoch in Bezug auf einige Anknüpfungsregeln diskutiert worden, insbesondere die des Artikels 5 über die Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten. Einige Delegationen hatten nämlich vorgeschlagen, im Wortlaut des Protokolls ausdrücklich festzulegen, dass diese Bestimmung nach Ermessen der Staaten auf diese eheähnlichen Institute angewandt werden kann. Obgleich dieser Vorschlag nicht die erforderliche Zustimmung erhielt, hat die Kommission II der diplomatischen Tagung zugestanden, dass die Staaten, die solche Institute in ihren Rechtsordnungen kennen, oder die bereit sind, sie anzuerkennen, sie der Regel von Artikel 5 unterwerfen können (vgl. unten, Rdnr. 92 ff.), was darauf hinausläuft, dass implizit zugelassen wird, dass das Protokoll in diesem Fall Anwendung findet. Für die Vertragsstaaten, die nicht bereit sind, diese Art von Instituten als Ehen anzuerkennen, ist hingegen nichts entschieden worden. Eine denkbare Lösung für diese Institute besteht darin, diese Beziehungen als nicht mit der Ehe vergleichbar anzusehen (in diesem Fall wird das anzuwendende Recht auf der Grundlage anderer Regeln des Protokolls, insbesondere der Artikel 3 und 6 bestimmt). Angesichts fehlender Bestimmungen hierzu im Protokoll und der vorbereitenden Arbeiten ist einzuräumen, dass diese Lösung berechtigt ist, selbst wenn dies beinhaltet, dass die Anwendung des Protokolls nicht in allen Vertragsstaaten einheitlich ist. Diese fehlende Einheitlichkeit ist jedoch nicht zu schwerwiegend, wenn man bedenkt, dass das Gericht oder die Behörde des betroffenen Staates jedenfalls im Einzelfall die Möglichkeit hätte, aus Gründen der öffentlichen Ordnung die Anwendung eines ausländischen Rechts abzulehnen, das eine Unterhaltspflicht anerkennt, die sich aus diesen umstrittenen Beziehungen ergibt (vgl. Art. 13; unten Rdnr. 177).

32. Das Protokoll bestimmt nicht, ob es auf Unterhaltspflichten anzuwenden ist, die sich aus einer Vereinbarung über das Bestehen oder den Umfang einer Unterhaltsforderung ergibt. Solche Vereinbarungen werden häufig zwischen Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung oder im Falle der Scheidung oder zwischen nichtverheirateten Partnern getroffen. Es wird daran erinnert, dass diese Frage bei der Ausarbeitung des Unterhaltsübereinkommens von 1973 nicht geklärt werden konnte, und dass dieses genannte Übereinkommen

dem Richter „jegliche Freiheit“ lässt, wonach er diese Pflichten den Bestimmungen des Vertrags oder dem allgemeinen Kollisionsrecht unterstellen kann¹². Auch wenn Bestimmungen hierzu im Protokoll fehlen, enthält es Aspekte, die die Behauptung rechtfertigen, dass es auch auf Unterhaltsvereinbarungen anzuwenden ist, insoweit als diese Vereinbarungen darauf abzielen, eine sich aus Familienbeziehungen ergebende Unterhaltspflicht zu ändern oder genauer zu bestimmen. Im Unterschied zum Übereinkommen von 1973 lässt nämlich das Protokoll unter bestimmten Bedingungen die Wahl des auf eine Unterhaltspflicht anzuwendenden Rechts zu (vgl. insbesondere Art. 8, der es den Parteien ermöglicht, „jederzeit“ das anzuwendende Recht zu bestimmen). Einer der Gründe, wenn nicht sogar der Hauptgrund, der dafür spricht, diese Wahl zuzulassen, bestand gerade darin, den im Unterhaltsbereich zwischen Ehegatten oder anderen erwachsenen Personen getroffenen Vereinbarungen eine gewisse Stabilität zu verleihen (unten Rdnr. 126). Wenn es zulässig ist, dass das von den Parteien nach dem Protokoll bezeichnete Recht auf Unterhaltsvereinbarungen anzuwenden ist, gilt die gleiche Schlussfolgerung zwangsläufig für das vom Protokoll selbst anhand einer objektiven Anknüpfung bestimmte Recht.

c) Die Tragweite der in Anwendung des Protokolls ergangenen Entscheidungen

33. Artikel 1 Absatz 2 bestimmt, dass die in Anwendung des Protokolls ergangenen Entscheidungen die Frage des Bestehens einer der in Absatz 1 genannten Beziehungen unberührt lassen. Diese Bestimmung greift den Wortlaut des Artikels 2 Absatz 2 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 auf; die gleiche Lösung ist in Artikel 5 des Übereinkommens von Montevideo von 1989 gewählt worden. Sie besagt, dass niemand sich auf eine Entscheidung berufen kann, mit der die verpflichtete Person verurteilt wird, der berechtigten Person auf der Grundlage des vom Protokoll bezeichneten Rechts Unterhalt zu zahlen, um das Bestehen einer Familienbeziehung gemäß Artikel 1 Absatz 1 zu behaupten. Diese Regel ist eine logische Folge der selbständigen Anknüpfung der Unterhaltspflicht (vgl. oben, Rdnr. 23). Sie ist die Entsprechung zu Artikel 19 Absatz 2 des Übereinkommens, demzufolge die Wirkung der Vorschriften des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung auf die Unterhaltspflicht beschränkt bleibt, wenn eine ausländische Entscheidung nicht nur die Unterhaltspflicht betrifft (vgl. den Borrás-Degeling-Bericht, Rdnr. 438). Für eine eingehendere Untersuchung dieses Ansatzes, der in den Vertragsstaaten des Übereinkommens von 1973 schon durchaus bekannt ist, kann auf den Verwilghen-Bericht verwiesen werden¹³.

¹² a.a.O., Rdnr. 120.

¹³ a.a.O., Rdnr. 122 ff.

Artikel 2 Universelle Anwendung

34. Diese Bestimmung bringt nur den universellen Charakter des Protokolls zum Ausdruck. Es wird in den Vertragsstaaten anzuwenden sein, selbst wenn das von seinen Bestimmungen bezeichnete Recht das Recht eines Nichtvertragsstaats ist. Dieser Ansatz entspricht dem in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 (Art. 2) sowie in mehreren anderen Haager Übereinkommen im Bereich des anzuwendenden Rechts gewählten Ansatz.

35. Wenn eine Behörde in einem Vertragsstaat mit einem Antrag in Bezug auf eine Unterhaltspflicht befasst wird, der in den materiellen Anwendungsbereich des Protokolls fällt, hat sie nach dieser Regel dieses Übereinkommen anzuwenden, um das in der Sache anzuwendende Recht zu bestimmen, auch wenn der Fall (aufgrund des Wohnsitzes der Parteien oder aus anderen Gründen) sehr enge Verbindungen zu einem oder mehreren Nichtvertragsstaaten aufweist. Dies gilt auch, wenn das vom Protokoll bezeichnete Recht das Recht eines Nichtvertragsstaats ist (was beispielsweise der Fall sein kann, wenn sich die berechtigte Person in einem solchen Staat aufhält oder wenn die Parteien dieses Recht als das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht bestimmt haben, vgl. Art. 3 und 8).

Artikel 3 Allgemeine Regel in Bezug auf das anzuwendende Recht

36. Diese Bestimmung verankert den Grundsatz der Anknüpfung der Unterhaltspflichten an das Recht des Staates, in dem die berechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese Anknüpfung entspricht der grundsätzlich in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 und in Bezug auf die Unterhaltsansprüche von Kindern in dem Unterhaltsübereinkommen von 1956 verwendeten Anknüpfung. Sie ist auch in Artikel 6 Buchstabe a des Übereinkommens von Montevideo von 1989 vorgesehen (wenn auch als Alternative zu dem gewöhnlichen Aufenthalt der verpflichteten Person). Diese Lösung ist während der Verhandlungen einstimmig angenommen worden.

a) *Der Grund für diese Anknüpfung*

37. Diese Anknüpfung hat mehrere Vorteile. Der Hauptvorteil liegt darin, dass sie es erlaubt, das Bestehen und die Höhe der Unterhaltspflicht zu bestimmen, unter Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen des sozialen Umfelds des Landes, in dem die berechtigte Person lebt und hauptsächlich ihre Tätigkeiten ausübt. Wie in dem Verwilghen-Bericht zu Recht herausgestellt wurde, „nutzt [die berechtigte Person] ihre Unterhaltsrente zum Leben“. Daher „[...] ist es sinnvoll, das konkrete Problem, das sich stellt, in

Bezug auf eine konkrete Gesellschaft zu beurteilen, nämlich die, in der der Antragsteller lebt und leben wird“¹⁴.

38. Die Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts ermöglicht es auch, die Gleichbehandlung zwischen den berechtigten Personen, die in demselben Land leben, ohne Unterscheidung nach ihrer Staatsangehörigkeit sicherzustellen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb eine berechnigte Person ausländischer Staatsangehörigkeit unter den gleichen Umständen im Vergleich zu einer berechtigten Person, die die Staatsangehörigkeit des Staates ihres Aufenthalts besitzt, anders behandelt werden sollte.

39. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person sehr häufig zur Bestimmung des für Unterhaltssachen zuständigen Gerichts benutzt wird, sowohl in einheitsrechtlichen Instrumenten (z.B. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I), sowie die „parallele“ Bestimmung des Artikels 5 Abs. 2 des Luganer Übereinkommens vom 16. September 1988; Art. 8 Buchst. a des Übereinkommens von Montevideo von 1989) wie auch in mehreren nationalen Rechtsordnungen. Die Verwendung dieses Kriteriums zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts führt daher häufig zur Anwendung des Rechts der angerufenen Behörde, was offensichtliche Vorteile in Form von Einfachheit und Wirksamkeit beinhaltet. Die Vorteile sind besonders nützlich in Unterhaltssachen, in denen die fraglichen Beträge und infolgedessen die für die Bestimmung des ausländischen Rechts verfügbaren Mittel in der Regel sehr gering sind.

40. Wie in Artikel 3 Absatz 1 unterstrichen wird, gilt die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person nicht, wenn das Protokoll etwas anderes bestimmt. Diese Erläuterung ist wichtig, denn von dieser Anknüpfung bestehen unter dem System des Protokolls mehrere in den Artikeln 4 bis 8 vorgesehene Ausnahmen. Insgesamt ist festzustellen, dass die Reichweite dieser Regel hier begrenzter ist als in den Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973.

b) *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts*

41. Das Protokoll enthält keine Definition des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts. Dies gilt auch für zahlreiche Haager Übereinkommen, die diesen Begriff als Kriterium für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts oder der Zuständigkeit der Behörden verwenden,

¹⁴ a.a.O., Rdnr. 138.

einschließlich des Übereinkommens (vgl. den Borrás-Degeling-Bericht, Rdnrn. 61 und 62). Es ist die Aufgabe der angerufenen Behörde, in einem konkreten Fall festzustellen, ob die berechnigte Person in dem einen oder anderen Staat ihren Aufenthalt hat; diese Behörde muss jedoch einen einheitlichen Begriff finden, der auf dem Ziel des Protokolls beruht, anstatt Kriterien des innerstaatlichen Rechts anzuwenden (Art. 20, vgl. Rdnr. 200).

42. Es ist festzuhalten, dass das ausgewählte Kriterium das Kriterium des *gewöhnlichen* Aufenthalts ist, was eine gewisse Stabilität beinhaltet. Ein bloßer vorübergehender Aufenthalt genügt nicht, um das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht zu bestimmen. Lebt die berechnigte Person beispielsweise einige Monate lang in einem anderen Land als dem, in dem sie sich niedergelassen hat, um Kurse zu besuchen oder eine vorübergehende Tätigkeit auszuüben, sollte dies grundsätzlich weder ihren gewöhnlichen Aufenthalt noch das auf die Unterhaltspflicht nach Artikel 3 anzuwendende Recht ändern.

43. Das Kriterium des „gewöhnlichen Aufenthalts“ wird neben dem des „Aufenthalts“ auch in dem Übereinkommen verwendet. In Artikel 20 Buchstabe c und d des Übereinkommens wird das Kriterium des „gewöhnlichen Aufenthalts“ verwendet, um die Grundlagen für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen festzulegen (vgl. den Borrás-Degeling-Bericht, Rdnr. 444), während das Kriterium des „Aufenthalts“ in Artikel 9 des Übereinkommens verwendet wird, um die Zuständigkeit der Zentralen Behörde des ersuchenden Staates zu bestimmen und die Bestimmungen des Übereinkommens zur verwaltungsmäßigen Zusammenarbeit anwendbar zu machen. Gemäß Artikel 9 sind nämlich „Anträge nach diesem Kapitel [...] über die Zentrale Behörde des Vertragsstaats, in dem der Antragsteller seinen Aufenthalt hat, bei der Zentralen Behörde des ersuchten Staates zu stellen“. Im Rahmen dieser Bestimmung genügt ein bloßer Aufenthalt, selbst wenn er nicht gewöhnlich ist; eine bloße gelegentliche Anwesenheit ist nicht ausreichend. Diese Lösung ist gewählt worden, um die Anträge auf internationale Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen möglichst zu erleichtern (vgl. den Borrás-Degeling-Bericht, Rdnr. 228)

c) *Der Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts*

44. Wechselt die berechnigte Person ihren Aufenthalt, so ist vom Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels an das Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden (Art. 3 Abs. 2). Diese Lösung, die der Lösung in den Unterhaltsübereinkommen von 1956 (Art. 1 Abs. 2) und von 1973 (Art. 4 Abs. 2) entspricht, bietet sich an, angesichts der Gründe, auf denen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt beruht. Im Falle eines Wechsels des gewöhnlichen Aufenthalts ist es in der Tat logisch, dass die Bestimmung des Bestehens

und der Höhe der Unterhaltspflicht nach dem Recht des Landes erfolgt, in dem die verpflichtete Person lebt. Die Anwendung dieses Rechts ist auch aus Überlegungen im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung aller berechtigten Personen, die ihren Aufenthalt in demselben Land haben, gerechtfertigt.

45. Es ist festzustellen, dass die für den Statutenwechsel gefundene Lösung nicht zwangsläufig aus der Sorge herrührt, die Übereinstimmung zwischen der Zuständigkeit der Behörden und dem anzuwendenden Recht sicherzustellen. Wenn die Zuständigkeit der Behörde nämlich von dem gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person abhängt, so wird dieser in der Regel im Zeitpunkt des Antrags beurteilt, ohne eine anschließende Änderung zu berücksichtigen (Grundsatz der *perpetuatio fori*). Hingegen müsste im Hinblick auf das anzuwendende Recht der Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person bei der Unterhaltsentscheidung Berücksichtigung finden, auch wenn er während des Verfahrens eintrat. Soweit mit der Entscheidung eine Unterhaltsrente für die Zukunft festgesetzt wird, wäre es in der Tat unlogisch, eine Änderung der Umstände dieses Ausmaßes nicht zu berücksichtigen.

46. Die letzte Frist für die Geltendmachung dieser Änderung, wenn sie sich während des Verfahrens ereignet, ist dennoch nicht vom Protokoll festgelegt. Sie hängt somit von den in jedem Vertragsstaat anzuwendenden Verfahrensvorschriften ab.

47. Es wird festgehalten, dass der Wechsel des Aufenthalts nur zu berücksichtigen ist, wenn – und ab dem Zeitpunkt, in dem – die berechnigte Person einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erwirbt, d.h. wenn der neue Aufenthalt so stabil geworden ist, dass er als gewöhnlich gelten kann. Wenn sich die berechnigte Person in ein anderes Land begibt, um dort nur vorübergehend zu bleiben (vgl. die Beispiele in Rdnr. 42), handelt es sich grundsätzlich nicht um einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts, es sei denn, der neue Aufenthalt wird zu einem bestimmten Zeitpunkt dauerhaft (wenn beispielsweise die berechnigte Person, die eine Ausbildung in einem fremden Land absolvierte, dort einen Arbeitsplatz findet, der es ihr ermöglicht, sich dort dauerhaft anzusiedeln).

48. Der Wechsel des anzuwendenden Rechts erfolgt ab dem Zeitpunkt des Wechsels des gewöhnlichen Aufenthalts, aber lediglich für die Zukunft (*ex nunc*). Die Forderungen der berechtigten Person bezüglich der Zeit vor dem Wechsel unterliegen somit weiterhin dem Recht des alten gewöhnlichen Aufenthalts. Diese Lösung ist gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass das Recht, Leistungen für die vorherige Zeit zu erlangen, bereits von der berechtigten Person erworben wurde und daher nicht wieder durch einen anschließenden Wechsel

des anzuwendenden Rechts in Frage gestellt werden sollte.

Artikel 4 Besondere Regeln zugunsten bestimmter berechtigter Personen

49. Diese Bestimmung sieht wichtige Abweichungen von der grundsätzlichen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten vor. Der Grund für diese Abweichungen liegt darin, dass eine günstigere Regelung für einige Gruppen von Unterhaltsberechtigten in den Fällen eingeführt werden soll, in denen sich die Anwendung des Rechts ihres gewöhnlichen Aufenthalts als ihren Interessen entgegenstehend herausstellt.

a) Anwendungsbereich des Artikels 4

50 Gemäß seinem Zweck nützt die Vorschrift des Artikels 4 nur einigen Gruppen von berechtigten Personen, die in Absatz 1 bestimmt werden. Um jegliches Missverständnis zu vermeiden, ist darauf hinzuweisen, dass das Ziel dieses Absatzes nicht darin besteht, die Bedingungen für die Erlangung von Unterhalt festzulegen (diese Frage fällt unter das bezeichnete innerstaatliche Recht), sondern allein darin, die Gruppen von berechtigten Personen festzusetzen, die für die Bestimmung des auf ihre Forderung anzuwendenden Rechts – abweichend von Artikel 3 – in den Genuss der Anknüpfungskriterien aus Artikel 4 gelangen. Das Bestehen eines Anspruchs auf eine Unterhaltsleistung hängt von dem (den) nach diesem Artikel bezeichneten Recht (Rechtsordnungen) ab. Im Falle der Gruppen von berechtigten Personen, die nicht von Artikel 4 erfasst sind, wird das auf ihre Unterhaltsforderungen anzuwendende Recht nach Artikel 3 oder anderen Bestimmungen des Protokolls bestimmt.

51. Es ist auch festzuhalten, dass Artikel 4 für einige von ihm erfasste Gruppen von berechtigten Personen die Anwendung anderer Bestimmungen des Protokolls nicht ausschließt: Artikel 3 bleibt unter dem Vorbehalt von Ausnahmen nach Artikel 4 anwendbar, Artikel 6 gestattet es der verpflichteten Person in bestimmten Fällen, sich der Forderung der berechtigten Person zu widersetzen, und die Artikel 7 und 8 regeln die Vereinbarungen über das anzuwendende Recht.

52. Im Unterschied zum Unterhaltsübereinkommen von 1973, in dem das auf Ersatzanknüpfungen beruhende „Kaskaden“-System ein allgemeines Ziel hat (vgl. Art. 5-6), ist es in dem Protokoll nur für die in Artikel 4 Absatz 1 genannten Gruppen von berechtigten Personen vorgesehen (vgl. unten Rdnr. 53 ff.). Dieser Unterschied könnte in den Vertragsstaaten des Übereinkommens von 1973 als ein Rückschritt gegenüber dem derzeitigen Schutzniveau der unterhaltsberechtigten Personen wahrgenommen werden. Diese Sichtweise wäre

jedoch nicht vollkommen richtig. Das Übereinkommen von 1973 schloss nämlich bereits die Anknüpfungsleiter für den Unterhalt zwischen geschiedenen Ehegatten aus, da für diese auf jeden Fall das auf die Ehescheidung angewandte Recht maßgebend war (Art. 8 dieses Übereinkommens). Dies galt auch im Fall einer Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und im Fall einer für nichtig oder als ungültig erklärten Ehe. Wenn man folglich die beiden Übereinkommen vergleicht, ist festzustellen, dass sie sich in Bezug auf die Behandlung von noch immer verheirateten Ehepaaren (die Letztgenannten fallen in den Anwendungsbereich des Artikels 5 des Protokolls, während sie von Artikel 8 des Übereinkommens von 1973 ausgeschlossen waren) sowie in Bezug auf bestimmte erwachsene berechnigte Personen unterscheiden, deren Unterhaltsforderungen auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung keine allgemeine Zustimmung finden (z.B. die Seitenverwandten und die angeheirateten Verwandten) und für die das Protokoll die Einführung bestimmter besonderer Verteidigungsmittel zugunsten der verpflichteten Person vorsieht (vgl. unten, Art. 6). Angesichts der Tatsache, dass für diese Gruppen von berechtigten Personen Sonderregelungen gelten, die weniger günstig für sie sind, schien es weitgehend unlogisch, sogar eindeutig widersprüchlich, sie in den Genuss der Anknüpfungsleiter nach Artikel 4 gelangen zu lassen.

53. In dem Arbeitsentwurf der GTLA/WGAL von Januar 2007 (Vorbereit. Dok. Nr. 24, aaO, Rdnr. 7, Art. D) waren die Sonderregelungen, die zu Artikel 4 wurden, nur zugunsten von Personen unter 21 Jahren vorgesehen. Anlässlich der Spezialkommission von Mai 2007 ist diese Gruppe in zwei verschiedene Kategorien aufgeteilt worden. Somit ist Artikel 4 einerseits auf die Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern (Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) und andererseits auf die Unterhaltspflichten von anderen Personen als den Eltern gegenüber Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) anzuwenden. Im ersten Fall ist die Eltern-Kind-Beziehung das ausschlaggebende Kriterium; im zweiten Fall hängt die günstige Behandlung hingegen vom Alter der berechtigten Person ab. Außerdem wurde auch bei der Spezialkommission von Mai 2007 die Anwendung dieses Artikels auf die Unterhaltspflichten von Kindern gegenüber ihren Eltern ausgedehnt. Diese Lösungen sind in der Endfassung des Protokolls enthalten.

i) Pflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern

54. Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a ist Artikel 4 auf die Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern ohne Altersbegrenzung anzuwenden. Das Bestehen einer Eltern-Kind-Beziehung wurde als ausreichend erachtet, um hinsichtlich der Bestimmung des anzuwendenden Recht eine Vorzugsbehandlung zu rechtfertigen. Dies bedeutet nicht, dass das Kind das Recht hat, unabhängig von seinem Alter Unterhalt zu erhalten, da diese Frage von

den wesentlichen Regeln des(der) bestimmten Rechts (Rechtsordnungen) abhängt, sondern nur, dass es in den Genuss der Leiter der Ersatzanknüpfungen sowie der Umkehrung der Anknüpfungen nach Artikel 4 Absätze 2 bis 4 gelangen kann.

ii) *Pflichten gegenüber einer Person, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat*

55. Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b gelten die Regeln des Artikels 4 auch für Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Es handelt sich in diesem Fall um Unterhaltspflichten, die auf Familienbeziehungen beruhen, die unter das Protokoll fallen (vgl. Art. 1 Abs. 1), mit Ausnahme der Eltern-Kind-Beziehungen (bereits von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a erfasst), sowie der Ehe. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b bestimmt nämlich ausdrücklich, dass er nicht auf die Unterhaltspflichten aus den in Artikel 5 genannten Beziehungen anzuwenden ist, d.h. die Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten, früheren Ehegatten oder Personen, deren Ehe für ungültig erklärt wurde. Mangels Möglichkeit, das anzuwendende Recht zu wählen, sind die Pflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten in der Tat durch die Vorschriften der Artikel 3 und 5 geregelt; der *favor creditoris*, der Artikel 4 zugrunde liegt, ist nicht auf sie anzuwenden.

56. Bei den in Buchstabe b aufgeführten Situationen handelt es sich im Wesentlichen um Unterhaltsforderungen auf der Grundlage einer direkten Verwandtschaftsbeziehung oder einer Verwandtschaftsbeziehung in der Seitenlinie (z.B. eine Forderung eines Enkels, eines Bruders oder einer Schwester, eines Neffen oder einer Nichte) oder einer Beziehung zu angeheirateten Verwandten (z.B. ein Kind gegenüber dem Ehegatten seines Elternteils). Es ist festzuhalten, dass diese Pflichten auch unter Artikel 6 fallen, so dass die verpflichtete Person gegebenenfalls das von diesem Artikel vorgesehene Verteidigungsmittel geltend machen kann. Die vom Protokoll vorgesehene Lösung ist diesbezüglich nicht sehr kohärent, da die gleichen Beziehungen einerseits durch Artikel 4 bevorzugt und andererseits durch Artikel 6 benachteiligt werden (vgl. unten, Rdnr. 100). Es handelt sich selbstverständlich um eine Kompromisslösung.

57. Nach langem Zögern hinsichtlich der Festsetzung einer Altersgrenze von 18 oder 21 Jahren ist das Alter von 21 Jahren schließlich auf der diplomatischen Tagung festgelegt worden. Das Hauptargument, das für diese Lösung spricht, besteht darin, dass sie der Tendenz entspricht, die in der Rechtsvergleichung zum Ausdruck kommt, den Erhalt von Unterhalt seitens junger Menschen, die eine höhere Ausbildung, insbesondere ein Studium absolvieren, zu begünstigen. In einigen international geprägten Instrumenten ist diese Tendenz aufgegriffen worden; so sieht das Übereinkommen von Montevideo von 1989 vor, dass die Vor-

teile dieses Übereinkommens den Personen zugute kommen, die, nachdem sie das 18. Lebensjahr vollendet haben, nach dem anzuwendenden Recht unterhaltsberechtig bleiben. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit, Unterhalt zu erhalten, in jedem Fall von dem (den) bestimmten Recht (Rechtsordnungen) abhängt; das Protokoll beschränkt sich nämlich darauf, die Rechtskollisionen zu regeln und verlangt nicht von den Staaten, ihr innerstaatliches Recht zu ändern.

iii) Pflichten der Kinder gegenüber ihren Eltern

58. Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c ist Artikel 4 auf die Unterhaltspflichten von Kindern gegenüber ihren Eltern anzuwenden. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser speziellen Regel wurde von der Mehrheit der Delegationen anlässlich der Spezialkommission von Mai 2007 mit der Begründung vorgeschlagen, dass auch die Eltern, ebenso wie ihre Kinder, eine günstige Behandlung im Hinblick auf das jeweils anzuwendende Recht erfahren sollen. Diese Lösung ist schließlich auf der diplomatischen Tagung angenommen worden. Wie in Buchstabe b fallen die Beziehungen nach Buchstabe c ebenfalls unter die Regel des Artikels 6, wodurch die verpflichtete Person die Möglichkeit hat, das von dieser Bestimmung vorgesehene Verteidigungsmittel geltend zu machen (vgl. unten, Rdnr. 100).

b) Die subsidiäre Anknüpfung an das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht

59. Der erste Vorteil, der den Kategorien von berechtigten Personen nach Artikel 4 Absatz 1 zuerkannt wird, besteht darin, dass eine subsidiäre Anknüpfung an das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht für die Fälle vorgesehen wird, in denen die berechtigte Person nach dem Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts keinen Unterhalt erhalten kann (Art. 4 Abs. 2). Diese Lösung lehnt sich an den *favor creditoris* an und soll der berechtigten Person die Möglichkeit geben, eine Unterhaltsleistung zu beziehen, wenn diese sich aus dem Recht der angerufenen Behörde ergibt.

60. Hierbei handelt es sich um eine klassische Lösung. Sie ist derzeit in den Unterhaltsübereinkommen von 1956 (Art. 3) und von 1973 (Art. 6) vorgesehen. Das letztgenannte Übereinkommen sieht sie jedoch als letzte Möglichkeit nach der Anwendung – auf subsidiärer Basis – des Rechts des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören (Art. 5), vor. Die Umkehrung dieser beiden subsidiären Anknüpfungskriterien (das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht vor dem Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, vgl. Art. 4 Abs. 4) in dem Protokoll ist aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Einer-

seits verringert sie die praktische Bedeutung der Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit, deren Angemessenheit in Unterhaltssachen umstritten ist (vgl. unten, Rdnr. 74). Andererseits erleichtert sie die Aufgabe der angerufenen Behörde, die als subsidiäre Anknüpfung ihr eigenes Recht anwenden kann, ohne zuvor den Inhalt des Rechts des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, feststellen zu müssen. Daher birgt diese Lösung auch Vorteile für die berechnigte Person, da sie es ermöglicht, rascher und kostengünstiger zu einer Entscheidung zu gelangen.

61. Wie in den Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 ist die subsidiäre Anknüpfung nur vorgesehen, wenn die berechnigte Person nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts, das grundsätzlich anzuwenden ist, „keinen Unterhalt erhalten“ kann. Auf der Sitzung der Spezialkommission von Mai 2007 war umstritten, welche genaue Bedeutung diesem Ausdruck zuzumessen sei. Fest steht, dass die berechnigte Person in den Genuss der subsidiären Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts gelangen kann, nicht nur, wenn das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts überhaupt keine Unterhaltspflicht aus der in Rede stehenden Familienbeziehung vorsieht (z.B. sieht es keine Pflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern vor), sondern auch wenn eine solche Pflicht zwar grundsätzlich anerkannt wird, sie aber von einer Bedingung abhängig gemacht wird, die im vorliegenden Fall nicht gegeben ist (z.B. sieht es vor, dass die Pflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern mit Vollendung des 18. Lebensjahres erlischt, während die berechnigte Person im fraglichen Fall dieses Alter erreicht hat)¹⁵. Die Frage, ob die subsidiäre Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts auch zum Tragen kommt, wenn nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts aus wirtschaftlichen Gründen Unterhalt nicht geschuldet ist, d.h. aufgrund von Kriterien, die dieses Recht für die Beurteilung der Bedürfnisse der berechnigten Person und / oder die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person vorsieht (d.h. wenn nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts die berechnigte Person keinen Unterhalt benötigt oder die verpflichtete Person nicht über die Mittel verfügt, ihn ihr zu zahlen), bleibt umstritten. Rein theoretisch ist es schwer diesen Fall von den vorerwähnten Situationen zu unterscheiden, da es sich auch um eine Hypothese handelt, bei der die Gewährung der Unterhaltsleistung wegen Fehlens einer Voraussetzung nach dem grundsätzlich anzuwendenden Recht abgelehnt wird. Der Mehrheit der Delegationen zufolge sollte jedoch der *favor creditoris* (und die subsidiäre Anknüpfung, die dessen normativer Ausdruck darstellt) in diesem Fall keine Anwendung finden.

62. Der Rückgriff auf die subsidiäre Anknüpfung ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechnigten Person für die Unterhaltspflicht einen

¹⁵ a.a.O., Rdnr. 145.

geringeren Betrag als das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht vorsieht. In diesem Fall ist das nach Artikel 3 bestimmte Recht anzuwenden, selbst wenn es im konkreten Fall weniger günstig für die berechnigte Person ist als das Recht der angerufenen Behörde.

63. In den Fällen, in denen die subsidiäre Anknüpfung an das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht anzuwenden ist, ist sie offensichtlich nur von Nutzen, wenn die Unterhaltsklage in einem anderen Staat als dem des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person erhoben wird, da andernfalls das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht entspricht. Der Anwendungsbereich des Artikels 4 Absatz 2 ist im Übrigen später durch die Bestimmung des Artikels 4 Absatz 3 des Protokolls verringert worden. Nach der letztgenannten Bestimmung ist das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht nämlich ohnehin anzuwenden, wenn die berechnigte Person die Klage in dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person erhebt (vgl. unten, Rdnr. 64 ff.). Die subsidiäre Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts nach Artikel 4 Absatz 2 kann daher nur in Betracht kommen, wenn das Verfahren von der verpflichteten Person eingeleitet wird (z.B. in dem Fall, in dem diese vor der zuständigen Behörde des Staates ihres eigenen gewöhnlichen Aufenthalts ein Verfahren einleitet, unter der Voraussetzung, dass das angerufene Gericht darüber entscheiden kann¹⁶; die berechnigte Person kann sich dann schützen, indem sie sich auf das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht beruft) oder wenn die angerufene Behörde die Behörde eines Staates ist, in dem keine der Parteien ihren Aufenthalt hat (wenn beispielsweise der Unterhaltsantrag als Nebensache bei dem Gericht gestellt wird, das für die Feststellung der Abstammung oder die Auflösung der Ehe zuständig ist).

c) *Die Umkehrung der Anknüpfungskriterien bei einer von der berechtigten Person im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person erhobenen Klage*

64. Artikel 4 Absatz 3 sieht vor, dass das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht grundsätzlich anzuwenden ist, wenn die berechnigte Person die zuständige Behörde des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person angerufen hat. Wenn die berechnigte Person nach dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht keinen Un-

¹⁶ Dies wird in der Regel in den Vertragsstaaten des Übereinkommens nicht der Fall sein, wenn die verpflichtete Person ein Verfahren einleitet, um von einer Unterhaltspflicht nach einer vorherigen Entscheidung befreit zu werden, die in dem Vertragsstaat ergangen ist, in dem die berechnigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Artikel 18 bestimmt vorbehaltlich gewisser Ausnahmen: „Ist eine Entscheidung in einem Vertragsstaat ergangen, in dem die berechnigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, so kann die verpflichtete Person kein Verfahren in einem anderen Vertragsstaat einleiten, um eine Änderung der Entscheidung oder eine neue Entscheidung herbeizuführen, solange die berechnigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt weiterhin in dem Staat hat, in dem die Entscheidung ergangen ist.“

terhalt erhalten kann, ist in diesem Fall jedoch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person wieder ersatzweise anzuwenden. Es handelt sich hierbei um eine wichtige Umkehrung der Anknüpfungskriterien nach Artikel 3 und 4 Absatz 2 (das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht vor dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person). Diese Bestimmung ergibt sich aus einem Kompromiss zwischen den Verfechtern einer unterschiedslosen Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person und den Anhängern des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts).

i) *Die Hauptanknüpfung an das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht*

65. Die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts unterliegt zwei Bedingungen: einerseits muss die angerufene Behörde eine Behörde des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person und andererseits die Klage von der berechtigten Person erhoben worden sein.

66. Die erste dieser Bedingungen rechtfertigt die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts anstelle des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person. Es ist nämlich festzuhalten, dass der Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person einen Teil seiner Vorteile verliert, wenn die Unterhaltsklage in dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person erhoben wird. In einem solchen Fall hat dieses Kriterium in der Tat nicht die Anwendung der *lex fori* zur Folge, so dass die angerufene Behörde den Inhalt eines ausländischen Rechts ermitteln muss, was sich als ein langer und kostspieliger Vorgang erweisen kann. Ferner muss dieses ausländische Recht anzuwenden sein, selbst wenn es im Einzelfall für die berechnigte Person *weniger günstig* als das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht ist (die einzige in Artikel 4 Absatz 2 vorgesehene Ausnahme betrifft die Situation, in der die berechnigte Person *keinen Anspruch auf eine Unterhaltsleistung* nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts hat, vgl. oben. Rdnr. 62). In einer solchen Situation führt die Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person zu einem Ergebnis, das der Sorge um den Schutz der berechtigten Person, auf dem es basiert, entgegensteht. Es trat daher zutage, dass diese Anknüpfung sinnvollerweise durch die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts ersetzt werden könnte, das in diesem Fall auch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person ist (es ist anzumerken, dass andere internationale Instrumente unter bestimmten Voraussetzungen das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person anwendbar machen; dies ist insbesondere der Fall des Übereinkommens von Montevideo von 1989, dessen Art. 6 die Anwendung die-

ses Rechts als Alternative zu dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person vorsieht, wenn es für den Unterhaltsberechtigten günstiger ist).

67. Die zweite Voraussetzung für die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts besteht darin, dass die Klage von der berechtigten Person erhoben wird; hierdurch soll im Interesse der berechtigten Person die Abweichung von der grundsätzlichen Anknüpfung an das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts eingeschränkt werden. Es zeigte sich nämlich, dass diese Abweichung gerechtfertigt sein kann, wenn die berechnete Person selbst beschließt, die Klage in dem Staat des Aufenthalts ihrer verpflichteten Person zu erheben, während sie in dem Fall, in dem die Klage auf Betreiben der verpflichteten Person in diesem Land erhoben worden wäre, überzogen erscheint (z.B. im Falle eines Antrags auf Änderung einer Unterhaltsentscheidung). Die berechnete Person hat nämlich häufig die Wahl, in dem Land ihres Aufenthalts oder dem Land des Aufenthalts der verpflichteten Person vorzugehen (dies ist insbesondere aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 und des Luganer Übereinkommens im europäischen Rechtsraum der Fall; eine ähnliche Möglichkeit ist in Art. 8 des Übereinkommens von Montevideo von 1989 vorgesehen, vgl. oben, Rdnr. 39). Entscheidet sie sich für die zweite Lösung, darf sie sich nicht über die Anwendung des innerstaatlichen Rechts des Landes der verpflichteten Person beklagen. Vor diesem Hintergrund bedeutet die gefundene Lösung eine Art Kompromiss zwischen den Anhängern einer Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts von Amts wegen und denjenigen, die sie lieber von einem Antrag (einer Wahlmöglichkeit) seitens der berechtigten Person abhängig gemacht hätten (vgl. den Bericht der GTLA/WGAL von Juni 2006, Vorbericht. Dok. Nr. 22, aaO., Fußnote 6, Rdnrn. 24 und 25). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeit der Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person, wenn die Klage von der berechtigten Person erhoben wird, eine sehr solide Grundlage hat (sie beruht nämlich auf dem Prinzip *actor sequitur forum rei*), wodurch die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts besser gerechtfertigt ist. Wird hingegen das Verfahren von der verpflichteten Person in ihrem Aufenthaltsstaat eingeleitet, kann die Zuständigkeit der Behörden dieses Staates (wenn sie nach dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht gegeben ist) auf einem bedeutend weniger wichtigen Zuständigkeitskriterium (z.B. die Staatsangehörigkeit einer der Parteien), oder sogar auf einem eindeutig exorbitanten Kriterium (*forum actoris*) gründen. Ein weiterer Grund, um in einem solchen Fall die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts auszuschließen.

68. Die grundsätzliche Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts ist nur für die Kategorien von nach Artikel 4 Absatz 1 berechtigten Personen vorgese-

hen (Kinder, berechnigte Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und Eltern). Diese restriktive Lösung, die sich von der von der GTLA/WGAL in dem Entwurf von 2006 vorgeschlagenen Lösung unterscheidet (vgl. den Bericht der GTLA/WGAL von Juni 2006, Vorbereit. Dok. Nr. 22, aaO., Fußnote 6, Rdnrn. 20 ff.) beruht im Wesentlichen auf folgendem Grund: Es stellte sich heraus, dass die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts auf die Bedingungen, die auf die von der in Rede stehenden Bestimmung vorgesehen sind, einen erheblichen Vorteil für die berechnigte Person darstellt. Indem die berechnigte Person nämlich die Behörden des Staates ihres Aufenthalts oder die des Staates des Aufenthalts der verpflichteten Person anruft, wird ihr das Recht zuerkannt, indirekt das auf ihre Unterhaltsforderung anzuwendende Recht zu wählen (*forum shopping*). Der diplomatischen Tagung zufolge ist ein solches Privileg nur für die durch Artikel 4 begünstigten Kategorien gerechtfertigt.

69. Was die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anbelangt, beruht die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts auf einer anderen Überlegung. In immer mehr Ländern wird den Verwaltungsbehörden die Aufgabe übertragen, über diese Pflichten zu entscheiden. Diese Behörden verfügen unter Umständen weder über die Zuständigkeit noch die Mittel für die Ermittlung und die Anwendung des ausländischen Rechts. Die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts kann daher für einige verwaltungsorientierte Systeme der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen besser geeignet sein. Die Bedeutung dieses Anliegens ist natürlich deutlich geringer, wenn es um Unterhaltsforderungen erwachsener berechnigter Personen geht, über die in der Regel Justizbehörden entscheiden (zumindest wenn sie nicht mit Unterhaltsforderungen ihrer Kinder in Zusammenhang stehen).

ii) *Die subsidiäre Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechnigten Person*

70. Da die grundsätzliche Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts sich am *favor creditoris* orientiert, kann sie nicht beibehalten werden, wenn sie dazu führt, dass der berechnigten Person jegliche Unterhaltsleistung verweigert wird. Aus diesem Grund sieht Artikel 4 Absatz 3 am Ende entsprechend der Bestimmung zu Artikel 4 Absatz 2, aber in umgekehrtem Sinn, eine subsidiäre Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechnigten Person vor, wenn diese nach dem Recht der angerufenen Behörde keinen Unterhalt erhalten kann. Artikel 4 Absatz 3 beschränkt sich daher darauf, die von den allgemeinen Regeln vorgesehenen Anknüpfungen umzukehren. Der Sinn des Ausdrucks „kann ... keinen Unterhalt erhalten“ entspricht offensichtlich genau dem in Artikel 4

Absatz 2 (vgl. oben, Rdnrn. 61 und 62).

d) Die subsidiäre Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien

71. Kann die berechtigte Person keinen Unterhalt erhalten, sei es aufgrund des Rechts des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts oder des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts (in dieser Reihenfolge anzuwenden oder im Falle des Artikels 4 Absatz 3 in umgekehrter Reihenfolge), so ist das Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, als letzte Möglichkeit anzuwenden. Diese zweite subsidiäre Anknüpfung ergänzt den Schutz der unterhaltsberechtigten Person in dem Fall, in dem die durch die beiden ersten Kriterien bestimmten Rechtsordnungen keine Unterhaltspflicht vorsehen. Der Sinn des Ausdrucks „kann ... keinen Unterhalt erhalten“ entspricht offensichtlich genau dem in Artikel 4 Absatz 2 (vgl. oben, Rdnrn. 61 und 62).

72. Die Anknüpfung an das Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, ist auch von dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 (Art. 5) vorgesehen; in diesem Übereinkommen hat sie jedoch Vorrang vor dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht. Die Gründe, die dazu geführt haben, diese beiden Kriterien umzukehren, sind bereits genannt worden (vgl. oben, Rdnr. 60).

73. Anders als das Unterhaltsübereinkommen von 1973 ist die subsidiäre Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der Parteien (wie im Übrigen diejenige an das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht) nur für die Kategorien von berechtigten Personen nach Artikel 4 Absatz 1 vorgesehen. Die Gründe für eine derartige Begrenzung des Anwendungsbereichs der Anknüpfungsleiter sind bereits erläutert worden (vgl. oben, Rdnr. 52).

74. Die Verwendung der Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit in Bezug auf Unterhaltspflichten war häufig Gegenstand von Kritik. In der Hauptsache wurde beanstandet, dass es sich um ein diskriminierendes Kriterium handelt, denn es kommt nur den berechtigten Personen zugute, die mit der verpflichteten Person eine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben (in diesem Sinn bereits der Verwilghen-Bericht¹⁷). Ein anderes Kriterium steht mit der Vieldeutigkeit der fraglichen Anknüpfung in Zusammenhang, wenn die gemeinsame Staatsangehörigkeit die Staatsangehörigkeit eines Staates mit mehreren Rechtssystemen ist (die für diesen Fall im Protokoll festgehaltene Lösung ist der Rückgriff auf den Begriff der engsten Verbindung, vgl. Art. Art. 16 Abs. 1 Buchst. d und e; unten Rdnr. 191). Trotz dieser Kritiken haben sich mehrere Delegationen für die Beibehaltung dieser subsidiären Anknüp-

¹⁷ a.a.O.,Fußnote 11, Rdnr. 144.

fung im Protokoll eingesetzt, was zur Herbeiführung eines diesbezüglichen Konsenses geführt hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung allein auf die Kategorien von berechtigten Personen nach Artikel 4 Absatz 1 (während in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 diese Anknüpfung eine allgemeine Tragweite hat) sowie ihre „Herabstufung“ auf den Rang einer *zweiten* subsidiären Anknüpfung (während sie in dem System des Übereinkommens von 1973 die *erste* subsidiäre Anknüpfung nach dem gewöhnlichen Aufenthalt und vor der *lex fori* war) die praktischen Auswirkungen und gleichzeitig die Nachteile weitgehend verringern.

75. Im Falle minderjähriger Kinder dürfte sich insbesondere der Rückgriff auf dieses dritte Anknüpfungskriterium als recht selten herausstellen, da die meisten nationalen Rechtsordnungen in diesem Fall den Anspruch auf eine Unterhaltsleistung anerkennen. Die gemeinsame Staatsangehörigkeit kann hingegen in den anderen Fällen nach Artikel 4 Absatz 1 eine bedeutendere Rolle spielen, insbesondere für die Unterhaltsforderungen von erwachsenen Kindern gegenüber ihren Eltern, von Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, gegenüber anderen Mitgliedern der Familie sowie von Eltern gegenüber ihren Kindern.

76. Das Protokoll sieht nicht den Fall einer Pluralität von Staatsangehörigkeiten vor. Unter Umständen besitzen nämlich die berechnete Person oder die verpflichtete Person oder die beiden zwei oder mehrere Staatsangehörigkeiten. Die Methoden, die in der Regel angewandt werden, um diese Fälle im internationalen Privatrecht der Staaten zu lösen, bieten sich nicht für eine Anwendung im Rahmen des Protokolls an. Der Vorrang, den einige Staaten nämlich der Staatsangehörigkeit am Ort des angerufenen Gerichts einräumen, führt zu recht uneinheitlichen Ergebnissen. Was die Ermittlung der engsten oder wirksamsten Verbindung zu dem Staat, dem eine Partei angehört, anbelangt, so birgt sie erhebliche Unsicherheitsfaktoren und kann ihrerseits zu abweichenden Ergebnissen in den Vertragsstaaten führen. Der Artikel 4 Absatz 4 zugrunde liegende *favor creditoris* sollte vielmehr zur Anwendung des Rechts des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, in allen Fällen, in denen es vorhanden ist, führen, selbst wenn diese Staatsangehörigkeit für die ein oder andere Partei nicht die engste oder wirksamste Verbindung darstellt. Die gleichen Überlegungen sollten angestellt werden, wenn die Parteien mehrere gemeinsame Staatsangehörigkeiten besitzen, mit der Folge, dass der Forderung der berechtigten Person auf der Grundlage des einen oder des anderen Rechts eines Staates, dem sie gemeinsam angehören, stattgegeben werden kann.

Artikel 5 Besondere Regel in Bezug auf Ehegatten und frühere Ehegatten

77. Dieser Artikel enthält eine besondere Regel für die Anknüpfung der Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten. Für diese Pflichten hat die grundsätzliche Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person, wenn es eine der Parteien verlangt, gegenüber der Anwendung des Rechts eines anderen Staates zurückzutreten, insbesondere des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, wenn dieses Recht zu der Ehe engere Verbindungen aufweist.

a) Der Grund für diese besondere Regel

78. Dass eine besondere Regel für diese Kategorie von Unterhaltspflichten vorgesehen wird, beruht auf der Feststellung, dass die Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person nicht immer für die Pflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten geeignet ist. Es ist zu bedenken, dass in einigen nationalen Systemen einem Ehegatten Unterhalt nur sehr zögerlich und in Ausnahmefällen gewährt wird (in Europa ist diese restriktive Haltung insbesondere für das Recht der skandinavischen Staaten bezeichnend). In diesem Zusammenhang wird eine unterschiedslose Anwendung der Regeln, die sich an dem *favor creditoris* orientieren, in einigen Staaten als überzogen wahrgenommen. Die Möglichkeit eines der Ehegatten, das Bestehen und den Inhalt der Unterhaltspflicht durch einen einseitigen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts zu beeinflussen, kann insbesondere zu einem Ergebnis führen, das nicht sehr fair ist und den berechtigten Erwartungen der verpflichteten Person entgegensteht. Dies soll am Beispiel eines Ehepaares bestehend aus zwei Staatsangehörigen eines Staates A erläutert werden, dessen Recht grundsätzlich keinen Unterhalt nach der Ehescheidung vorsieht. Nachdem sie während ihres ganzen Ehelebens in diesem Staat gelebt haben, lassen die Ehegatten sich scheiden und einer von ihnen zieht in einen Staat B um, dessen Recht gegenüber geschiedenen Ehegatten großzügiger ist, und fordert dann Unterhalt nach dem Recht des Staates seines neuen gewöhnlichen Aufenthalts. Nach der allgemeinen Anknüpfungsregel von Artikel 3 müsste diesem Antrag stattgegeben werden. Unter solchen Umständen erscheint die Anwendung des Rechts des Staates B, d.h. des Staates, in dem die Ehegatten während ihrer Ehe nie gelebt haben, jedoch nicht sehr fair gegenüber dem anderen Ehegatten und widerspricht den berechtigten Erwartungen, die die Ehegatten während ihrer Ehe hegen konnten.

79. Die Schwächen der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person im Falle von Unterhaltspflichten zwischen geschiedenen Ehegatten waren bereits bei der Ausarbeitung des Unterhaltsübereinkommens von 1973 festgestellt worden. Dieses Überein-

kommen regelt diesen Fall in einer besonderen Regel, derzufolge für die Pflichten zwischen geschiedenen Ehegatten das auf die Ehescheidung angewandte Recht maßgebend ist (Art. 8). Dies gilt entsprechend im Fall einer Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und im Fall einer für nichtig oder ungültig erklärten Ehe (Art. 8 Abs. 2). Diese Lösung findet nicht nur dann Anwendung, wenn im Rahmen des Scheidungsverfahrens (oder im Zeitpunkt der Scheidung) über den Unterhaltsantrag entschieden wird, sondern auch auf Verfahren, die im Anschluss zwecks Änderung oder Ergänzung des Scheidungsurteils eingeleitet werden. Als Grund für diese *perpetuatio juris* wird das Erfordernis angeführt, Kontinuität sicherzustellen, indem vermieden wird, dass die Verlegung des Aufenthalts des berechtigten Ehegatten eine Änderung des anzuwendenden Rechts nach sich zieht.

80. Diese Lösung birgt jedoch mehrere Nachteile, die ihr heftige Kritik seitens der Vertragsstaaten des Unterhaltsübereinkommens von 1973 eingebracht haben. Es ist zunächst herauszustellen, dass Artikel 8, da die Kollisionsnormen im Bereich der Ehescheidung nicht auf internationaler Ebene harmonisiert wurden, tatsächlich in keiner Weise das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vereinheitlicht. Dieses Recht hängt nämlich weiterhin vom internationalen Privatrecht des Staates des mit dem Scheidungsverfahren befassten Gerichts ab, und diese Lösung begünstigt unweigerlich das *forum shopping*. Im Übrigen kann die Wahl eines zeitlich unveränderlichen Anknüpfungspunktes, wenn die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten nach der Scheidung zu regeln ist, die Anwendung eines Rechts zur Folge haben, das im Hinblick auf die Situation der früheren Ehegatten und ihre jeweiligen Interessen jegliche Bedeutung verloren hat; das Gericht kann nämlich nicht das Recht des derzeitigen Aufenthalts der berechtigten oder der verpflichteten Person berücksichtigen. Möglicherweise enthält das Scheidungsurteil auch keine Bestimmung in Bezug auf Unterhalt; in diesem Fall ist das Streben nach Kontinuität, auf dem Artikel 8 beruht, von geringerer Bedeutung. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Ehegatten in einem Land geschieden worden sind, das keinen Unterhalt für den geschiedenen Ehegatten vorsieht. In diesem Fall hat die Anwendung des Rechts der Scheidung die Verweigerung jeglicher Unterhaltsleistung zur Folge, was in Situationen nicht gerechtfertigt zu sein scheint, in denen dieses Recht keine besonders enge Anknüpfung an den fraglichen Fall aufweist. Die Anwendung des Rechts der Scheidung kann schließlich praktische Schwierigkeiten bereiten, da es sich als schwierig herausstellen kann, in dem Urteil das Recht zu ermitteln, aufgrund dessen die Scheidung ausgesprochen wurde. Diese Erwägungen gelten auch insgesamt entsprechend im Fall einer Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und im Fall einer für nichtig oder ungültig erklärten Ehe.

81. Bei der Suche nach einem Ausgleich zwischen der Sorge um den Schutz der berech-

tigten Person und der Sorge um die Anwendung des Rechts eines Staates, zu dem die Ehe erhebliche Verbindungen aufweist, tendierte die Spezialkommission zunächst zur Verwendung der Anknüpfung an den letzten gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten oder der früheren Ehegatten. Unter bestimmten Umständen stellt dieses Kriterium sicherlich eine bedeutendere Verbindung dar als der gewöhnliche Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten allein und ist daher umso eher gerechtfertigt (vgl. den oben geschilderten Fall, Rdnr. 78). Dies ist aber nicht immer der Fall. Liegt der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt in dem Staat A, in dem die Ehegatten sich niedergelassen haben, nachdem sie mehrere Jahre lang in dem Staat B gelebt haben, und kehrt die berechnigte Person nach der Trennung in diesen letztgenannten Staat zurück, entspricht die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person (der auch in diesem Fall der Staat eines früheren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts ist) besser den Erwartungen der Parteien. Unter anderen Umständen kann sich eine andere Anknüpfung als noch bedeutender erweisen, z.B. ein früherer gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt oder die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien.

82. Angesichts der Besonderheiten eines jeden Einzelfalls und der Schwierigkeit, eine strikte allgemeingültige Anknüpfungsregel festzulegen, hat die diplomatische Tagung sich für eine flexible Lösung entschieden. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person nach Artikel 3 bleibt grundsätzlich auf die Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten anwendbar. Sie kann jedoch auf Antrag einer der Parteien ausgeschlossen werden, wenn die Ehe engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist, insbesondere zu dem des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts. Diese Lösung ergibt sich aus einem Vorschlag der Delegation der Europäischen Gemeinschaft (Arb. Dok. Nr. 4 des Ausschusses II).

b) *Das Funktionieren der Ausweichklausel*

i) Der Antrag einer der Parteien

83. Die neue Regel stellt eine Ausweichklausel dar, die auf dem Prinzip der engsten Verbindung beruht und deren Anwendung jedoch vom Antrag einer der Parteien abhängt. Es handelt sich um eine originelle Lösung, die nicht der Struktur der „klassischen“ Ausweichklauseln entspricht, die in mehreren innerstaatlichen Gesetzestexten (vgl. Art. 15 des schweizerischen IPR-Gesetzes von 1987) und in internationalen oder regionalen Rechtsquellen (vgl. Art. 4 Abs. 5 des *Römischen Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht* und Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf

vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)), und auch in einigen Haager Übereinkommen (vgl. Art. 15 Abs. 2 des *Haager Übereinkommens vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern*) enthalten sind. Diese Bestimmungen gestatten es dem Gericht, von den starren Anknüpfungen abzuweichen, wenn dies aus Gründen einer engeren Verbindung geboten ist, jedoch hängen sie normalerweise nicht vom Antrag einer der Parteien ab. Der Vorteil der im Protokoll niedergelegten Lösung besteht darin, dass hierdurch die Unsicherheit verringert wird, die jeder Ausweichklausel innewohnt, indem die Suche nach den engsten Verbindungen allein auf die Fälle beschränkt wird, in denen eine der Parteien dies beantragt. Es ist festzuhalten, dass die Aufgabe der Behörde angesichts eines solchen Antrags in der Regel durch die von der antragstellenden Partei zur Verfügung gestellten Informationen erleichtert wird.

84. Das Protokoll enthält keine Angaben über den Zeitpunkt, in dem der Antrag zu stellen ist, jedoch geht aus den Diskussionen hervor, dass er im Rahmen eines besonderen Verfahrens, einschließlich alternativer Streitbeilegungsverfahren, wie beispielsweise die Mediation, zu stellen ist (Protokoll Nr. 1 der Kommission II, Rdnrn. 25 bis 29, Protokoll Nr. 3 der Kommission II, Rdnr. 21). Der letzte Termin für die Antragstellung hängt von den in jedem Vertragsstaat anzuwendenden Verfahrensregeln ab, da ein Vorschlag der schweizerischen Delegation, eine entsprechende einheitliche Regel festzulegen (Arb. Dok. Nr. 9 der Kommission II), nicht den erforderlichen Konsens gefunden hat (Protokoll Nr. 4 der Kommission II, Rdnr. 74 ff.). Um zu vermeiden, dass dieser Antrag insbesondere von der verpflichteten Person zur Verschleppung benutzt wird, ist es wünschenswert, dass er nicht mehr gestellt werden kann, wenn das Verfahren zu weit fortgeschritten ist. Somit sollte ausgeschlossen werden, dass er zum ersten Mal bei den letzten Anträgen in der Sache oder in der Berufung gestellt werden kann. Ein Ansatz könnte in der Forderung bestehen, dass er spätestens bei der ersten Verteidigung in der Sache gestellt wird, denkbar sind jedoch auch andere Lösungen.

ii) Die engeren Verbindungen

85. Der Antrag einer der Parteien bewirkt nicht automatisch einen Ausschluss des in Artikel 3 bestimmten Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person. Erforderlich ist zudem, dass gemäß der Beurteilung der befassen Behörde das Recht, dessen Anwendung beantragt wird, enger mit der Ehe verbunden ist. Der Grundsatz der engsten Verbindung stellt daher wirklich die Grundlage der Regel dar. Dies bedeutet, dass das Gericht im Anschluss an einen solchen Antrag prüft, ob die Ehe enger mit einem Recht verbunden ist, bei

dem es sich nicht um das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person handelt. Hierzu muss es alle Verbindungen berücksichtigen, die die Ehe zu den verschiedenen betroffenen Ländern aufweist, beispielsweise den gewöhnlichen Aufenthalt und / oder den Wohnsitz der Ehegatten während der Ehe, ihre Staatsangehörigkeit, den Ort der Eheschließung und den Ort der Trennung oder Scheidung. Es muss sie ferner abwägen, um festzustellen, ob sie mehr oder weniger bedeutsam sind als der aktuelle gewöhnliche Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person.

86. Unter diesen Kriterien weist Artikel 5 dem letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten eine vorrangige Rolle zu. Es handelt sich nicht um eine echte Vermutung, wie sie in anderen Texten verwendet wird (vgl. Art. 4 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom vom 19. Juni 1980), sondern um eine einfache Angabe (Arb. Dok. Nr. 2 der Kommission II), das die Überzeugung der diplomatischen Tagung widerspiegelt, dass in zahlreichen Fällen das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts sehr bezeichnende Verbindungen zur Ehe aufweist. Es ist festzuhalten, dass der Begriff „gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt“ nicht bedeutet, dass die Ehegatten zusammen gewohnt haben müssen, sondern es genügt, dass sie sich während der Ehe gleichzeitig in ein und demselben Staat aufgehalten haben. Hingegen entspricht ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt vor der Ehe nicht dem in Artikel 5 vorgesehenen Fall, obgleich nichts dagegen spricht, ihn wie jede andere Verbindung zu berücksichtigen, um das Vorhandensein engerer Verbindungen zu beurteilen.

87. Der aktuelle gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten wird aus dem einfachen Grund nicht in Artikel 5 erwähnt, weil er mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person übereinstimmt und daher nicht zu einer Abweichung von dem Anknüpfungspunkt in Artikel 3 führen kann. Dies bedeutet nicht, dass der aktuelle gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten in demselben Staat bei der Anwendung des Artikels 5 keine Rolle spielt. Ganz im Gegenteil macht es die Tatsache, dass die Ehegatten sich im Zeitpunkt der Antragstellung in demselben Staat aufhalten, schwieriger (obgleich dies theoretisch möglich bleibt), Artikel 3 mit der Begründung auszuklammern, dass das Recht eines anderen Staates (z.B. das Recht des Staates des vorherigen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts) eine engere Verbindung zur Ehe aufweist.

88. Das Kriterium des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts soll zwar im Rahmen des Artikels 5 eine vorrangige Rolle spielen, doch können auch andere Kriterien für die Anwendung dieses Artikels von Bedeutung sein. Dies ist der Fall bei einem früheren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten, der unter bestimmten Umständen eine sehr starke Verbindung darstellen kann. Haben die Ehegatten viele Jahre in einem Staat A

gelebt, danach eine sehr kurze Zeit in dem Staat B, bevor die berechnigte Person in den Staat C verzog, so gibt es keine enge Verbindung zu dem Staat B des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten, sondern eine solche Verbindung besteht zu dem Staat A des früheren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts.

89. Weitere Kriterien, beispielsweise die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten oder der Ort der Eheschließung, könnten theoretisch in Betracht kommen; sie scheinen jedoch nur eine zweitrangige Bedeutung zu haben. Sie können sicherlich eine Rolle spielen, um das dem (aktuellen oder früheren) gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten zuerkannte Gewicht zu erhöhen (der frühere Aufenthalt hat z.B. mehr Gewicht, wenn er mit der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten übereinstimmt). Einzelnen gesehen sind sie nur in Ausnahmefällen von Bedeutung (z.B. wenn die Ehegatten nie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat hatten oder wenn sie während ihrer Ehe sehr häufig umgezogen sind).

c) *Der Anwendungsbereich des Artikels 5*

90. Es ist festzustellen, dass der Anwendungsbereich des Artikels 5 weit ist, da er sich sowohl auf die Ehegatten als auch auf die früheren Ehegatten bezieht. Im Gegensatz zu Artikel 8 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 soll diese Bestimmung des Protokolls nämlich nicht nur auf die Pflichten zwischen geschiedenen oder getrennten Ehegatten oder Ehegatten, deren Ehe für ungültig oder nichtig erklärt wurde, anzuwenden sein, sondern auch auf Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten während ihrer Ehe. Die Spezialkommission war nämlich der Auffassung, dass es wünschenswert wäre, eine einzige Anknüpfungsregel für die Pflichten während der Ehe und nach der Scheidung (oder Trennung) zu haben, um zu vermeiden, dass das anzuwendende Recht sich nicht nach der Scheidung (oder erst recht nach einer Trennung ohne Auflösung der Ehe) ändert. Diese Wahl ist im Übrigen insoweit gerechtfertigt, als das in dieser Bestimmung als eine Art Richtschnur aufgeführte Anknüpfungskriterium, nämlich das des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, noch mehr Gewicht für die Pflichten zwischen Ehegatten während der Ehe hat.

91. Wie Artikel 8 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 wird die Sonderregel des Artikels 5 auch auf Personen angewandt, deren Ehe für ungültig erklärt wurde. Es handelt sich um Fälle von Putativehen, bei denen das Recht bisweilen Unterhaltsansprüche zugunsten eines der Ehegatten anerkennt. Obgleich Artikel 5 – im Gegensatz zu Artikel 8 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 – den Fall der für nichtig erklärten Ehe nicht anführt, ist diese Auslassung nicht gewollt gewesen und es ist folglich davon auszugehen, dass diese Möglichkeit ebenfalls unter diese Bestimmung fällt.

92. Trotz der entsprechenden Vorschläge einiger Delegationen¹⁸ sind in Artikel 5 keine eheähnlichen Institutionen erwähnt, beispielsweise bestimmte Formen der eingetragenen Partnerschaften, die im Bereich der Unterhaltspflichten mit der Ehe vergleichbare Wirkungen haben. Auch wenn das Protokoll keine Angaben hierzu enthält, hat die diplomatische Tagung eingeräumt, dass die Staaten, deren Rechtsordnung solche Institutionen kennt, oder die bereit sind, diese anzuerkennen, sie der Regel des Artikels 5 unterwerfen können (Protokoll Nr. 6 der Kommission II, Rdnr. 59 ff.). Diese Lösung gestattet es den Behörden dieser Staaten zu vermeiden, Institutionen, die nach ihrem innerstaatlichen Recht der Ehe entsprechen, anders zu behandeln. Dies gilt erst recht für die Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen, die in manchen Staaten gestattet ist.

93. Diese Lösung ist fakultativ, insoweit als sie den Staaten, die diese Art von Verbindung ablehnen, nicht vorgeschrieben wird. Wir haben bereits die Lösungen, die für diese Staaten denkbar sind, vorgetragen (*vgl. oben*, Rdnr. 31). Es ist auch darauf hinzuweisen, dass ein Gericht oder eine Behörde eines Staates, der einer derartigen Beziehung keine Wirkung (auch in unterhaltsrechtlicher Hinsicht) zuerkennt, wenn das nach dem Protokoll bestimmte Recht Unterhaltspflichten zugunsten eines eingetragenen Partners oder eines gleichgeschlechtlichen Ehegatten vorsieht, die Anwendung des ausländischen Rechts ablehnen könnte, soweit seine Wirkungen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich widersprechen würden (*vgl. Art. 13*).

94. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die Unterhaltspflichten aus Beziehungen, die in Artikel 5 erwähnt sind, ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Artikels 4 ausgeschlossen sind (*vgl. Rdnr. 1 b*). Hieraus ergibt sich, dass den Pflichten zwischen Ehegatten oder früheren Ehegatten weder die Anknüpfungsleiter noch die Umkehrung der Anknüpfungskriterien aus dieser Bestimmung zugute kommt. Mangels Wahl des anzuwendenden Rechts (*vgl. Art. 7 und 8*) unterliegen sie entweder dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person nach Artikel 3, oder dem nach Artikel 5 bestimmten Recht. Das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht und das Recht des Staates, dem die Betroffenen gemeinsam angehören, können in diesem Fall nur in Betracht kommen, wenn sie eine engere Verbindung zu der Ehe im Sinne des Artikels 5 aufweisen.

Artikel 6 Besondere Mittel zur Verteidigung

95. Außer bei Unterhaltspflichten gegenüber einem Kind, die sich aus einer Eltern-Kind-

¹⁸ *Vgl. die Arb. Dok. Nrn. 8 und 15 der Kommission II; Prot. Nr. 5, Rdnr. 84 ff.; Prot. Nr. 6, Rdnr. 56 ff.*

Beziehung ergeben, und den Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten (Art. 5) sieht Artikel 6 vor, dass die verpflichtete Person dem Anspruch der berechtigten Person entgegenhalten kann, dass weder nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person noch gegebenenfalls nach dem Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, eine solche Pflicht besteht.

96. Dieses Verteidigungsmittel lehnt sich an die in Artikel 7 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 vorgesehene Lösung an, demzufolge zwischen Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten der Verpflichtete sich einer Unterhaltsforderung mit der Begründung widersetzen kann, dass nach dem Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, oder, mangels einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit, nach dem innerstaatlichen Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verpflichteten keine Unterhaltspflicht besteht.

c) *Der Anwendungsbereich des Artikels 6*

97. Im Gegensatz zu Artikel 7 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 ist die Bestimmung des Protokolls nicht nur auf die Pflichten zwischen Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten anzuwenden, sondern auch auf alle Unterhaltspflichten, außer auf Unterhaltspflichten gegenüber einem Kind, die sich aus einer Eltern-Kind-Beziehung ergeben, und solche zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten.

98. Diese Ausweitung ist aus mehreren Gründen beschlossen worden. Es ist zunächst festzuhalten, dass die Zweckmäßigkeit, Unterhalt aufgrund der in dieser Bestimmung vorgesehenen Familienbeziehungen zu gewähren, nicht Gegenstand eines Konsenses auf internationaler Ebene ist, wodurch sich das Interesse einiger Staaten daran erklärt, die Auswirkungen beschränken zu können. Im Rahmen des Unterhaltsübereinkommens von 1973 ist dieser Wunsch berücksichtigt worden, indem mehrere Vorbehalte vorgesehen wurden, die es gestatten, den materiellen Anwendungsbereich des Übereinkommens einzuschränken (vgl. Art. 13 und 14 des letztgenannten Übereinkommens). Um zu vermeiden, dass im Rahmen des Protokolls Vorbehalte erhoben werden (vgl. Art. 27), wurde es für wünschenswert erachtet, der zögerlichen Haltung einiger Staaten im Hinblick auf Unterhaltsansprüche auf der Grundlage der obengenannten Familienbeziehungen in einem früheren Stadium Rechnung zu tragen, indem für solche Fälle restriktivere Anknüpfungsregeln vorgesehen werden.

99. In bestimmten Fällen kann Artikel 6 geltend gemacht werden, um eine Unterhaltsleistung abzulehnen, die sich aus dem nach Artikel 3 bestimmten Recht ergibt (Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person). Dies ist der Fall, wenn es um eine Unter-

haltungspflicht für einen Erwachsenen geht, auf der Grundlage

- eines Verwandtschaftsverhältnisses in gerader Linie, außer der Eltern-Kind-Beziehung (z.B. die Pflicht eines Enkels gegenüber einem seiner Großeltern und umgekehrt);
- eines Verwandtschaftsverhältnisses in der Seitenlinie (z.B. die Pflicht gegenüber einem Bruder oder einer Schwester);
- einer Schwägerschaft (z.B. die Pflicht gegenüber den Kindern seines Ehegatten).

In diesen Fällen ist das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person nach Artikel 3. Wenn dieses Recht eine Unterhaltspflicht vorsieht, kann die verpflichtete Person das Verteidigungsmittel nach Artikel 6 entgegenhalten.

100. In anderen Fällen kann das Verteidigungsmittel nach Artikel 6 gegen einen Unterhaltsanspruch, der sich aus einem nach Artikel 3 oder 4 bestimmten Recht bezieht, geltend gemacht werden. Dies ist der Fall bei Unterhaltspflichten

- von Kindern gegenüber ihren Eltern;
- aller Personen, außer den Eltern und dem Ehegatten, gegenüber Personen unter 21 Jahren (z.B. die Pflicht eines Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten).

In diesen beiden Fällen sind daher die besonderen Regeln der Artikel 4 und 6 konkurrierend anzuwenden, so dass ein Unterhaltsanspruch, der nach einem durch die Anknüpfungsleiter des Artikels 4 bestimmten Recht besteht, abgelehnt werden kann, wenn er nach dem jeweils von Artikel 6 vorgesehenen Recht nicht besteht. Diese konkurrierende Anwendung des „Kaskaden“-Systems und der Verteidigungsmittel ist nicht nur sehr kompliziert, sondern rein logisch gesehen auch wenig zufriedenstellend; es scheint nämlich wenig konsequent zu sein, dass man die berechnete Person durch subsidiäre Anknüpfungen begünstigen und gleichzeitig die verpflichtete Person durch kumulative Anknüpfungen schützen will ... Es handelt sich selbstverständlich um eine Kompromisslösung. Es ist dennoch zu betonen, dass dieses System nicht vollständig neu ist, denn es entspricht dem System, das derzeit im Rahmen des Unterhaltsübereinkommens von 1973 anzuwenden ist, jedoch allein für die Verwandten in der Seitenlinie und die Verschwägerten¹⁹.

¹⁹ Verwilghen-Bericht, a.a.O., Fußnote 11, Rdhr. 149.

101. Das Verteidigungsmittel des Artikels 6 darf nicht geltend gemacht werden, um sich einer Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten zu widersetzen, denn dieser Fall ist vom Wortlaut der Bestimmung ausdrücklich ausgeschlossen. Obgleich die Unterhaltspflichten, die sich aus der Ehe ergeben, in der Rechtsvergleichung keine allgemeine Zustimmung fanden, stießen sie auf deutlich stärkere Akzeptanz als die Pflichten, die sich aus den anderen Familienbeziehungen nach Artikel 6 ergeben. Die Lösung des Artikels 5, die für die berechnigte Person bereits weniger günstig als die der Artikel 3 und 4 ist, darf nicht später durch die Zulassung eines Verteidigungsmittels strenger werden.

102. Die Unterhaltspflichten, die sich aus einer eheähnlichen Familienbeziehung, beispielsweise bestimmten Partnerschaftsformen, ergeben, haben eine besondere Stellung inne. In den Staaten, deren innerstaatliches Recht solche Institutionen kennt oder die jedenfalls bereit sind, sie anzuerkennen, können solche Beziehungen der Ehe gleichgestellt werden, so dass die sich daraus ergebenden Unterhaltspflichten unter Artikel 5 fallen und folglich nicht von Artikel 6 erfasst werden. In den Staaten, die eine solche Angleichung ablehnen, verhält es sich anders. In diesen Staaten kann die verpflichtete Person solche Pflichten zurückweisen, indem sie das Verteidigungsmittel nach Artikel 6 geltend macht. Auch wenn sie nicht wörtlich in dem Protokoll enthalten ist, ist diese „pragmatische“ Lösung bei der diplomatischen Tagung angenommen worden (*vgl. oben Rdnr. 92 ff.*).

b) Der von Artikel 6 vorgesehene Mechanismus

103. Die Regel des Artikels 6 beinhaltet keine Anknüpfungsregel, sondern ein einfaches Verteidigungsmittel, das geltend gemacht werden kann, um eine Unterhaltsleistung abzulehnen, obgleich diese von dem durch Artikel 3 oder 4 bestimmten anzuwendenden Recht vorgesehen ist.

104. Artikel 6 sieht daher folgenden Mechanismus vor. Die Behörde muss zunächst das auf die Unterhaltspflicht auf der Grundlage von Artikel 3 oder 4 anzuwendende Recht bestimmen. Sieht das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person oder das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht, das von einer dieser Bestimmungen bestimmt wurde, eine Unterhaltspflicht vor, kann die verpflichtete Person dem Anspruch der berechtigten Person entgegenhalten, dass diese Pflicht nach dem Recht ihres eigenen gewöhnlichen Aufenthalts nicht besteht. Dies genügt, um den Anspruch abzuweisen, wenn die Parteien keine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben. Stellt beispielsweise der Neffe der verpflichteten Person, der sich im Staat A aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, auf der Grundlage des Rechts dieses Staates eine Unterhaltsforderung an seinen Onkel, der sich im

Staat B aufhält und Staatsangehöriger des Staates C ist, kann dieser jegliche Leistung mit der Begründung ablehnen, dass das Recht des Staates B keine Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in der Seitenlinie kennt. Die Staatsangehörigkeit der Parteien spielt in diesem Fall keine Rolle.

105. Haben die Parteien hingegen eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, kann das Verteidigungsmittel nur wirksam entgegengehalten werden, wenn die fragliche Unterhaltspflicht weder vom Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person noch dem Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, vorgesehen ist. In dem letztgenannten Fall muss sich daher das Verteidigungsmittel kumulativ auf die beiden genannten Rechtsordnungen stützen, um wirksam zu sein. Um das Beispiel wieder aufzugreifen: Wenn der Neffe der verpflichteten Person ebenfalls die Staatsangehörigkeit des Staates C besitzt, könnte sein Onkel seinem Anspruch nur entgegentreten, wenn weder das Recht des Staates B noch das Recht des Staates C die vom Recht des Staates A vorgesehene Pflicht kennt. Die Berücksichtigung des Rechts des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, ist durch die Überlegung gerechtfertigt, dass es, wenn die Parteien eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besitzen und ihr Heimatrecht die fragliche Unterhaltspflicht vorsieht, unbillig erscheint, der verpflichteten Person zu gestatten, dem allein dadurch zu entgehen, dass diese Pflicht in dem Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts unbekannt ist. Diese Lösung gestattet es insbesondere, etwaigen Missbrauch zu vermeiden. Das Beispiel eines Vaters, der Unterhalt von seinem Sohn verlangt auf der Grundlage des Rechts des Landes seines gewöhnlichen Aufenthalts, das auch das Recht des Staates ist, dem sie gemeinsam angehören, zeigt, dass es nicht fair erscheint, dass die verpflichtete Person sich ihrer Pflicht entziehen kann, indem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einen Staat verlegt, dessen Recht diese Pflicht nicht kennt.

106. Artikel 6 (wie im Übrigen Artikel 4 Abs. 4) erläutert nicht, ob und unter welchen Bedingungen die gemeinsame Staatsangehörigkeit zu berücksichtigen ist, wenn eine der Parteien auch andere Staatsangehörigkeiten besitzt. In diesem Fall führt das Streben nach einer einheitlichen Auslegung des Protokolls dazu, einen Ansatz auf der Grundlage des Vorrangs der Staatsangehörigkeit des Staates des angerufenen Gerichts zu verwerfen, wie es im nationalen Recht zahlreicher Staaten praktiziert wird. Im Übrigen ist die Ermittlung der engsten oder wirksamsten Staatsangehörigkeit, eine andere in der Rechtsvergleichung sehr verbreitete Lösung, nicht immer leicht umzusetzen und kann ebenfalls zu wenig einheitlichen Auslegungen des Protokolls führen. Aus diesen Gründen und wie zu Artikel 4 Absatz 4 ausgeführt wurde (*vgl. oben* Rdnr. 76), scheint es wünschenswert zu sein, dass die gemeinsame Staatsangehörigkeit auf jeden Fall berücksichtigt wird, auch wenn sie für eine der Parteien

nicht die wirksamste ist. Diese Lösung ist für die berechnigte Person vorteilhafter, denn sie erschwert den Rückgriff auf das Verteidigungsmittel nach Artikel 6. Es handelt sich daher um eine Lösung, die dem allgemeinen Geist des Protokolls entspricht (*favor creditoris*), sowie der Natur einer Ausnahmeregel, die Artikel 6 zukommt.

107. Aus Artikel 6 geht auch nicht hervor, welche Lösung zu wählen ist, wenn die Parteien mehrere gemeinsame Staatsangehörigkeiten besitzen. Angesichts der teleologischen und systematischen Argumente, die angeführt wurden, besteht die am besten geeignete Lösung darin, alle Rechtsordnungen der Staaten, denen die Parteien angehören, zu berücksichtigen und das Verteidigungsmittel der verpflichteten Person nur zuzulassen, wenn die Unterhaltspflicht von keiner dieser Rechtsordnungen vorgesehen ist (*vgl. oben*, Rdnr. 76).

108. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Verteidigungsmittel nur zuzulassen ist, wenn die fragliche Unterhaltspflicht nach den in Artikel 6 bestimmten Rechtsordnungen „nicht besteht“. Dieser Ausdruck ist so wie der Ausdruck „kann die berechnigte Person ... keinen Unterhalt erhalten“, der in Artikel 4 Absätze 2 bis 4 verwandt wird, zu verstehen (*vgl. oben*, Rdnrn. 61 und 62); daher darf keine Pflicht vorgesehen sein oder dürfen die gesetzlichen Bedingungen, denen sie unterliegt, nicht gegeben sein. Sehen hingegen das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person und gegebenenfalls das Recht des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, eine Unterhaltspflicht mit einem geringeren Betrag vor als ihn das anzuwendende Recht vorsieht, genügt dieser Umstand nicht, um der Forderung entgegenzutreten oder eine Verringerung der der berechnigten Person geschuldeten Leistung zu verlangen.

Artikel 7 und 8 Wahl des anzuwendenden Rechts

109. Die Bestimmungen der Artikel 7 und 8 gestatten es den Parteien zu unterschiedlichen Bedingungen und mit unterschiedlichen Wirkungen, das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht zu wählen. Die Zulassung der Parteiautonomie stellt eine der wesentlichen Neuerungen dar, die im Vergleich zu den Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 in dem Protokoll eingeführt wurden. Diese Lösung entspricht einer großen Neigung auf internationaler Ebene, die freie Wahl des anzuwendenden Rechts auch in Bereichen, die üblicherweise ausgeklammert waren, anzuerkennen.

110. Die Zulassung der Parteiautonomie im Bereich der Unterhaltspflichten stellt zwar für die meisten Staaten eine Neuerung in kollisionsrechtlicher Hinsicht dar, jedoch trifft dies nicht auf die Zuständigkeitskonflikte zu. Die Möglichkeit, Vereinbarungen über die Zuständigkeit zu

treffen, ist nämlich schon jetzt von mehreren internationalen Instrumenten anerkannt. Dies ist insbesondere nach Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 und Artikel 17 des Lugano-Übereinkommens vom 16. September 1988 im europäischen Rechtsraum der Fall. Das Übereinkommen erkennt auch die Rechtmäßigkeit einer Zuständigkeitsvereinbarung an, indem es bestimmt, dass die Staaten verpflichtet sind, eine in einem anderen Vertragsstaat an dem von den Parteien gewählten Gerichtsstand ergangene Entscheidung anzuerkennen und zu vollstrecken, mit Ausnahme der Unterhaltspflichten gegenüber einem Kind (vgl. Art. 20 Abs. 1 Buchst. e des Übereinkommens; Borrás-Degeling-Bericht, Rdnr. 455). In diesem Zusammenhang stellt die Tatsache, dass die Wahl des anzuwendenden Rechts zugelassen wird, wieder eine gewisse Kohärenz zwischen den in Bezug auf Kollisionsnormen und Kompetenzkonflikte zulässigen Lösungen her.

111. Die Wahl des Rechts unterliegt mehreren Einschränkungen, durch die die Parteien (und insbesondere die unterhaltsberechtigte Person) gegen etwaigen Missbrauch geschützt werden sollen. Diese Gefahr ist größer, wenn die Wahl vor dem Auftreten des Streits getroffen wurde. Aus diesem Grund tritt die Parteiautonomie im System des Protokolls in Form von zwei unterschiedlichen Bestimmungen in Erscheinung; Artikel 7 regelt die Wahl des anzuwendenden Rechts für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens (Verfahrensvereinbarung), während Artikel 8 in eingeschränkterem Maße jederzeit eine Wahl ermöglicht.

Artikel 7 Wahl des anzuwendenden Rechts für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens

112. Diese Bestimmung berechtigt die Parteien, das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht als das für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens auf eine Unterhaltspflicht anzuwendende Recht ausdrücklich zu wählen. Es handelt sich um eine Verfahrensvereinbarung über das anzuwendende Recht, die sich auf das innerstaatliche Recht der angerufenen Behörde bezieht und deren Wirkung auf ein besonderes Verfahren beschränkt ist.

a) Der Anwendungsbereich des Artikels 7

113. Die Wahl des anzuwendenden Rechts gemäß dieser Bestimmung sollte vor allem in den Beziehungen zwischen Erwachsenen eine wichtige Rolle spielen. Insbesondere im Falle einer Trennung ohne Auflösung der Ehe oder einer Scheidung haben die Ehegatten die Möglichkeit, Unterhaltsforderungen dem innerstaatlichen Recht der angerufenen Behörde zu unterwerfen, was auf jeden Fall den Verfahrensverlauf erleichtern wird.

114. Die Wahlmöglichkeit ist jedoch auch für die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern vorgesehen worden. Es zeigte sich nämlich, dass die etwaigen Risiken im Zusammenhang mit der Einführung der Parteiautonomie weitgehend durch die Vorteile in Form von Einfachheit, die sich aus der Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts ergeben, ausgeglichen werden. Angesichts der Sonderregel des Artikels 4 Absatz 3, derzufolge die Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern und die Unterhaltspflichten jeder anderen Person gegenüber Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, auf jeden Fall durch das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht geregelt ist, wenn die berechnigte Person den Antrag in dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person stellt, ist die Auswirkung der Wahl des anzuwendenden Rechts auf die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern zwangsläufig eher beschränkt. Artikel 7 kann dennoch nützlich sein, wenn die verpflichtete Person den Antrag bei den Behörden des Staates seines gewöhnlichen Aufenthalts oder den Behörden eines anderen Staates als dem des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person stellt, vorausgesetzt, die angerufene Behörde kann darüber entscheiden²⁰.

b) *Eine Wahl für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens*

115. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Wahl nach Artikel 7 für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens erfolgt; es wird daher vorausgesetzt, dass die unterhaltsberechnigte oder die unterhaltsverpflichtete Person bereits vor einer bestimmten Behörde eine Unterhaltsklage erhoben hat oder im Begriff ist, dies zu tun. Sobald die Parteien diese Wahl treffen, haben sie die Möglichkeit, sich über das Bestehen und die Art der von dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts vorgesehenen Unterhaltsleistungen zu informieren (oder sie werden bisweilen durch die angerufene Behörde unterrichtet). Die Missbrauchsgefahr ist folglich begrenzt.

116. Die von den Parteien nach Artikel 7 getroffene Wahl hat nur Wirkungen hinsichtlich des einzelnen Verfahrens, für das sie erfolgt ist. Wenn hingegen anschließend ein neuer Antrag oder ein Änderungsantrag bei derselben Behörde oder der Behörde eines anderen Staates eingereicht wird, entfaltet die zuvor getroffene Wahl des Rechts keine Wirkungen und das anzuwendende Recht ist nach den objektiven Anknüpfungen zu bestimmen. Diese Beschränkung der Wirkungen der Wahl ist gerechtfertigt, da das gewählte Recht das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht ist.

117. Es ist jedoch festzuhalten, dass die berechnigte und die verpflichtete Person, wenn es

²⁰ Siehe oben, Fußnote 11.

sich um Unterhaltspflichten für eine Person über 18 Jahren handelt, auch das nach Artikel 8 anzuwendende Recht wählen können. Diese Wahl geht weiter als die Wahl nach Artikel 7. Einerseits ist sie nicht auf das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht beschränkt, sondern kann eine Reihe von Rechtsordnungen betreffen, die in Absatz 1 dieser Bestimmung aufgeführt sind (*vgl. unten*, Rdnr. 129). Andererseits erfolgt die Wahl nach Artikel 8 nicht für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens; ihre Wirkungen sind daher nicht auf ein Verfahren beschränkt, das die berechtigte Person bereits eingeleitet hat oder gerade einleiten will, sondern sie haben auch in der Zukunft Bestand, solange die Parteien die Wahl nicht widerrufen oder geändert haben (*vgl. unten*, Rdnr. 124). Diese Wahl kann, wie in Artikel 8 ausgeführt, „jederzeit“ erfolgen. Wählen Erwachsene im Verlauf eines Verfahrens oder unmittelbar vor der Einleitung dieses Verfahrens das anzuwendende Recht, stellt sich die Frage, ob diese Wahl unter Artikel 7 oder Artikel 8 fällt. Die Frage ist nicht unbedeutend, da die Wirkungen der Wahl zwischen diesen beiden Bestimmungen unterschiedlich sind. Die Antwort ist einfach, wenn das bestimmte Recht nicht das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht ist; in diesem Fall können die Zulässigkeit und die Wirkungen der Wahl nur nach Artikel 8 bestimmt werden. Dies darf hingegen bezweifelt werden, wenn das bestimmte Recht das Recht der angerufenen Behörde ist. Entspricht das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht nicht der Reihe der in Artikel 8 Absatz 1 aufgezählten Rechtsordnungen (Heimatrecht einer der Parteien, Recht des gewöhnlichen Aufenthalts einer der Parteien, usw.; *vgl. unten*, Rdnr. 129), handelt es sich zwangsläufig um eine Wahl nach Artikel 7, deren Wirkungen daher auf ein einzelnes Verfahren beschränkt sind. Würde nämlich in diesem Fall Artikel 8 Anwendung finden, wäre die Wahl nichtig. Würde hingegen das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht gleichzeitig einer der in Artikel 8 Absatz 1 aufgezählten Rechtsordnungen entsprechen, wie es häufig der Fall sein wird, hängt die Antwort von der Auslegung der Parteiautonomie ab.

118. Das Problem, die Artikel 7 und 8 zu koordinieren stellt sich nicht bei Unterhaltspflichten betreffend eine Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, oder einen Erwachsenen, der aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit seiner persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, seine Interessen zu schützen, denn in diesem Fall ist die Wahl des Artikels 8 ausgeschlossen (Art. 8 Abs. 3). Die Parteien haben daher nur die Möglichkeit, das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens unter den Bedingungen und mit den Wirkungen des Artikels 7 zu bestimmen.

c) Die Modalitäten der Wahl

119. Da die Wahl des nach Artikel 7 Absatz 1 anzuwendenden Rechts auch vor der Einlei-

tung des Verfahrens erfolgen kann, enthält Artikel 7 Absatz 2 einige Angaben zur Form, indem er vorsieht, dass in diesem Fall die Bestimmung des anzuwendenden Rechts durch eine Vereinbarung in Schriftform oder erfasst auf einem Datenträger zu erfolgen hat, dessen Inhalt für eine spätere Einsichtnahme zugänglich ist. Es wurde einerseits als wesentlich erachtet, dass das Vorhandensein einer Vereinbarung einfach nachzuweisen ist, wodurch jegliche Streitigkeit vermieden wird, und andererseits dass die Aufmerksamkeit der Parteien auf die wichtigen Folgen gelenkt wird, die die Wahl des anzuwendenden Rechts in Bezug auf das Vorhandensein und den Umfang der Unterhaltspflicht haben kann. Nach Ansicht der Delegierten der diplomatischen Tagung sieht diese Bestimmung lediglich einen minimalen Formalismus für eine Vereinbarung vor; es steht den Staaten frei, andere Erfordernisse vorzusehen, um beispielsweise sicherzustellen, dass die Zustimmung der Parteien aus freien Stücken und nach hinlänglicher Aufklärung erfolgt ist (z.B. Inanspruchnahme eines Rechtsbeistands vor der Unterzeichnung der Vereinbarung).

120. Es ist schließlich anzumerken, dass die Wahl nach Artikel 7 zwar vor der Einleitung des Verfahrens erfolgen kann, sie aber nur insoweit wirksam ist, als die Parteien das Recht angegeben haben, das sie zu bestimmen beabsichtigen, oder zumindest die Behörde genannt haben, vor der das Verfahren eingeleitet werden soll. Wird danach kein Antrag bei den Behörden des Staates, dessen Recht bestimmt worden ist, gestellt, bleibt die Wahl wirkungslos (es sei denn, sie erfüllt die Bedingungen nach Artikel 8). Es genügt hingegen nicht, dass die Parteien ganz allgemein „das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht“ bestimmen, denn solange keine Behörde angerufen wurde, ist „das angerufene Gericht“ nicht bestimmt. Eine solche blind vorgenommene Wahl bietet nicht die Gewähr, dass die Parteien über den Gegenstand ihrer Wahl unterrichtet wurden und sich dessen bewusst waren.

121. Nach Diskussionen hierüber wurde schließlich darauf verzichtet, eine zeitliche Grenze zwischen dem Zeitpunkt der Wahl und dem Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens festzusetzen. Wird nämlich ein Antrag in dem Staat gestellt, dessen Recht bestimmt wurde, ist es sinnvoll, dass die Wahl ihre Wirkungen entfalten kann, auch wenn zwischen den beiden Zeitpunkten eine recht lange Zeit verstrichen ist. Wird hingegen in diesem Staat kein Verfahren eingeleitet, entfaltet die Wahl, wie erläutert wurde, jedenfalls keine Wirkung.

122. Das Protokoll enthält keine Regel für die Modalitäten und den Zeitpunkt der Wahl, wenn diese während des Verfahrens erfolgt. Diese Fragen werden durch das Recht der angerufenen Behörde geregelt.

Artikel 8 Wahl des anzuwendenden Rechts

123. Diese Bestimmung gestattet es den Parteien, jederzeit das auf eine Unterhaltspflicht anzuwendende Recht zu bestimmen, selbst vor Auftreten eines Rechtsstreits.

124. Anders als die Wahl des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts nach Artikel 7 erfolgt die Wahl des anzuwendenden Rechts nach Artikel 8 nicht allein „für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens“; ihre Wirkungen sind daher nicht auf ein Verfahren beschränkt, das die unterhaltsberechtigte Person bereits eingeleitet hat oder gerade einleitet. Das von den Parteien gewählte Recht soll nämlich die Unterhaltspflichten zwischen den Parteien ab dem Zeitpunkt der Wahl regeln, und zwar bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie gegebenenfalls beschließen, sie zu widerrufen oder abzuändern.

125. Der Hauptvorteil der Wahl des anzuwendenden Rechts nach Artikel 8 liegt darin, dass eine gewisse Stabilität und Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts gewährleistet ist. Wenn die Parteien nämlich eine solche Wahl getroffen haben, bleibt das gewählte Recht trotz etwaiger Änderungen ihrer persönlichen Verhältnisse und unabhängig von der im Falle eines Rechtsstreits angerufenen Behörde anwendbar. Der Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts der unterhaltsberechtigten Person bewirkt keine Änderung des anzuwendenden Rechts (*vgl. unten*, Rdnr. 133), im Unterschied zu der Situation, die sich aus dem Fehlen einer Wahl nach Artikel 3 Absatz 2 ergibt.

a) Der Anwendungsbereich des Artikels 8

126. Die Wahl des anzuwendenden Rechts ist in den Beziehungen zwischen Ehegatten besonders sinnvoll, wenn diese vor oder während der Ehe eine Vereinbarung über Unterhaltspflichten während der Ehe und/oder nach der Scheidung treffen. Dank der Wahl wird das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht im vorhinein bestimmt, wodurch vermieden wird, dass die Gültigkeit der Vereinbarung anschließend in Frage gestellt werden kann, wenn ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten oder des berechtigten Ehegatten erfolgt. Selbst wenn keine Vereinbarung über Unterhaltspflichten getroffen wurde, kann im Übrigen die Rechtswahl die Änderungen des anzuwendenden Rechts infolge eines Statutenwechsels verhindern.

127. Nachdem die Wahl des anzuwendenden Rechts für Ehegatten zugelassen wurde, stellte sich heraus, dass sie sinnvollerweise auf alle Erwachsenen ausgedehnt werden könnte, mit Ausnahme der Personen, die aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit

ihrer persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage sind, ihre Interessen zu schützen. Obgleich diese „schutzbedürftigen“ Erwachsenen in der Regel durch Mechanismen geschützt sind, die in den verschiedenen Systemen des innerstaatlichen Rechts eingerichtet wurden (in Form beispielsweise der Benennung eines Vormunds oder Verfahrenspflegers), hat die diplomatische Tagung schließlich die Wahl des anzuwendenden Rechts für Unterhaltspflichten gegenüber diesen Personen ausgeschlossen, um der Missbrauchsgefahr vorzubeugen (Art. 8 Abs. 3). Die in dieser Bestimmung verwendete Definition von schutzbedürftigen Erwachsenen ist dem *Haager Übereinkommen vom 13. Januar 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen* entnommen (vgl. Art. 1 Abs. 1).

128. Die Wahl des anzuwendenden Rechts ist auch für Unterhaltspflichten gegenüber Minderjährigen ausgeschlossen worden, da die etwaigen Gefahren einer solchen Wahl gegenüber dem möglichen Nutzen zu überwiegen scheinen. Es ist zu bedenken, dass der Minderjährige in der Regel von dem einen oder anderen seiner Eltern vertreten wird, die auch verpflichtet sind, für ihn zu sorgen; die diplomatische Tagung hat daher beschlossen, dass die Zulassung der Wahl des anzuwendenden Rechts in diesem Fall ein zu hohes Risiko von Interessenkonflikten birgt. Nach einigem Zögern hinsichtlich der Festsetzung des Alters, ab dem die Wahl zulässig sein soll (18 oder 21 Jahre), ist schließlich das Alter von 18 Jahren festgelegt worden, da dies in den meisten Ländern das gesetzliche Alter der Volljährigkeit ist.

b) Die Reihe an Rechtsordnungen, die gewählt werden können

129. Um die berechtigte Person zu schützen, unterwirft Artikel 8 die Möglichkeit der Parteien, das anzuwendende Recht zu wählen, mehreren Bedingungen und Einschränkungen. Eine erste Einschränkung betrifft den Gegenstand der Wahl und soll die Anzahl der den Parteien offenstehenden Wahlmöglichkeiten beschränken.

i) Das Heimatrecht einer der Parteien

130. Die erste Möglichkeit, die den Parteien offensteht, ist die Wahl des Heimatrechts einer der Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl (Art. 8 Abs. 1 Buchst. a). Diese Möglichkeit ist ohne besondere Erörterung angenommen worden und erfordert keine umfassenden Erläuterungen. Es ist darauf hinzuweisen, dass es entgegen des Kriteriums der subsidiären Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit nach Artikel 4 Absatz 4 hier ausreicht, wenn die Rechtswahl das Recht eines Staates betrifft, dem nur eine der Parteien angehört (berechtigte oder verpflichtete Person).

131. Bei mehreren Staatsangehörigkeiten sollte, da das Protokoll keine Bestimmungen hierzu enthält, akzeptiert werden, dass sich die Wahl unterschiedslos auf das eine oder das andere innerstaatliche Recht der Parteien beziehen kann; die Bestimmung der engsten oder wirksamsten Staatsangehörigkeit würde die Gefahr bergen, dass Unsicherheiten hinsichtlich der Gültigkeit der Wahl auftreten würden und somit die Parteiautonomie geschwächt würde.

ii) Das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts einer der Parteien

132. Die zweite Möglichkeit betrifft den gewöhnlichen Aufenthalt einer der Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl (Art. 8 Abs. 1 Buchst. b). Diese Möglichkeit ist während der vorbereitenden Arbeiten des Protokolls nie in Frage gestellt worden. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts erfordert keine besonderen Erläuterungen; er entspricht dem Begriff in Artikel 3 (vgl. oben, Rdnr. 41 ff.).

133. Der ausschlaggebende Zeitpunkt ist sowohl im Fall der Staatsangehörigkeit wie beim gewöhnlichen Aufenthalt der Zeitpunkt der Rechtswahl. Diese Lösung entspricht dem Hauptziel der Wahl des anzuwendenden Rechts, das darin besteht, Stabilität zu gewährleisten, unabhängig von Veränderungen, die nach der Rechtswahl eintreten. Auch wenn das Protokoll keine Bestimmungen hierzu enthält, ist also davon auszugehen zu berücksichtigen, dass ein Wechsel der Staatsangehörigkeit oder des gewöhnlichen Aufenthalts der betroffenen Partei nach der Rechtswahl nicht deren Gültigkeit berührt. Hingegen stellt sich die Frage, ob die Wahl des Rechts eines Staates, dem keine der Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört oder in dem sie nicht ihren Aufenthalt hat, nachträglich durch den anschließenden Erwerb der fraglichen Staatsangehörigkeit oder des fraglichen gewöhnlichen Aufenthalts für rechtswirksam erklärt werden kann. Die ausdrückliche Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Rechtswahl in Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a und b scheint dies auszuschließen.

Die weiteren Wahlmöglichkeiten der Buchstaben c und d

134. Die dritte und die vierte Möglichkeit (Art. 8 Abs. 1 Buchst. c und d) beziehen sich auf das Recht, das als das auf den Güterstand zwischen Ehegatten bzw. als das auf die Trennung ohne Auflösung der Ehe oder die Ehescheidung anzuwendende Recht bestimmt wurde, sowie auf das tatsächlich auf diese Fragen angewandte Recht. Es ist folglich offensichtlich, dass diese Möglichkeiten den Ehegatten und früheren Ehegatten offenstehen.

135. Die Frage, ob es sinnvoll ist, diese weiteren Möglichkeiten zuzulassen, ist lange erörtert worden. Gegen ihre Zulassung wurde vorgetragen, dass sie ein sehr kompliziertes Sys-

tem schaffen, ohne dass dies wirklich notwendig sei angesichts der sehr umfassenden Wahlmöglichkeiten, die sich bereits aus den Buchstaben a und b ergeben. Außerdem hängen die zusätzlichen Möglichkeiten nach den Buchstaben c und d von innerstaatlichen Kollisionsnormen im Bereich Güterstand, Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung der Ehe ab und schaffen somit nur eine scheinbare Einheitlichkeit. In Situationen, in denen die Parteien die Unterhaltspflicht dem Recht unterworfen haben, das sie als das auf ihren Güterstand oder ihre Trennung / Ehescheidung anzuwendende Recht bestimmt haben, hängt ferner die Gültigkeit dieser Rechtswahl in Bezug auf den Unterhalt tatsächlich von der Gültigkeit der Wahl des Rechts hinsichtlich des Güterstands / der Trennung / der Ehescheidung ab. Da die Wahl des auf den Güterstand zwischen Ehegatten und des auf die Trennung oder Ehescheidung anzuwendenden Rechts nicht durch das Protokoll geregelt ist, hängt sie insgesamt von dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden internationalen Privatrecht ab. Lässt dies eine solche Wahl nicht zu, wird deren Ungültigkeit die Ungültigkeit der Wahl des auf Unterhaltspflichten anzuwendenden Rechts zur Folge haben. Diese Gefahr ist bei der Ehescheidung besonders groß, da die Parteiautonomie in diesem Bereich nur von einer begrenzten Anzahl Staaten anerkannt wird. Daher besteht die Gefahr, dass die nach dem internationalen Privatrecht eines Vertragsstaats rechtswirksam erfolgte Wahl von den Behörden eines Vertragsstaats, der seine eigenen Kollisionsnormen anwendet, für nichtig erachtet wird.

136. Trotz dieser Nachteile hat sich die diplomatische Tagung für die Möglichkeiten der Buchstaben c und d entschieden, da sie es den Ehegatten gestatten sicherzustellen, dass ein einziges Recht auf die verschiedenen Fragen angewandt wird, die im Falle einer Zerrüttung der Ehe (Scheidung und Trennung ohne Auflösung der Ehe, Beendigung des Güterstands und Unterhaltspflichten) zu entscheiden sind. Diese Übereinstimmung ist angesichts der Verbindungen besonders wichtig, die zwischen diesen verschiedenen Aspekten in mehreren innerstaatlichen Rechtssystemen vorhanden sind. So wird die Bestimmung der vermögensrechtlichen Folgen bisweilen als eine Bedingung für die Ehescheidung angesehen (dies ist insbesondere bei Verfahren der Fall, die auf der gegenseitigen Zustimmung der Ehegatten gründen). In manchen Rechtsordnungen (insbesondere in manchen Gerichtsbarkeiten des *common law*) gibt es keine klare, bzw. überhaupt keine Unterscheidung zwischen Auflösung des Güterstands und Unterhaltspflichten, da die Regelung jeglicher vermögensrechtlicher Wirkungen der Ehescheidung dem Richter übertragen ist.

137. Es sollte darauf hingewiesen werden, dass Artikel 8 es den Ehegatten nicht gestattet, das auf den Güterstand oder die Ehescheidung *anzuwendende* Recht zu wählen. Da diese Frage durch die innerstaatlichen Vorschriften des internationalen Privatrechts der Vertrags-

staaten geregelt ist (einschließlich der Vorschriften, die ihren Ursprung auf internationaler oder regionaler Ebene finden) und da die vorgesehenen Lösungen sehr unterschiedlich sein können, kann die Bestimmung des auf den Güterstand oder die Ehescheidung anzuwendenden Rechts je nach den Vorschriften, die in dem Staat der angerufenen Behörde gelten, variieren. Daher würde die Wahl dieses Rechts zur Regelung der Unterhaltspflichten auf Gera-
tewohl erfolgen; eine solche Situation wurde als nicht wünschenswert erachtet.

iii) Das Recht, das als das auf den Güterstand anzuwendende Recht bestimmt wurde

138. Nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe c haben die Ehegatten zunächst das Recht, das Recht zu wählen, das sie als das auf ihren Güterstand anzuwendende Recht *bestimmt* haben. In diesem Fall wird das Recht, das als das auf den Güterstand anzuwendende Recht bestimmt wurde, auch auf die Unterhaltspflichten anzuwenden sein, wobei der Vorteil offensichtlich darin liegt, dass diese beiden Fragen einer übereinstimmenden Regelung unterliegen.

139. Die Wahl des auf den Güterstand anzuwendenden Rechts ist nicht im Protokoll geregelt, sondern vom internationalen Privatrecht eines jeden Vertragsstaats (einschließlich etwaiger internationaler oder regionaler Instrumente).

Diese Wahl findet in der Rechtsvergleichung breite Zustimmung; sie ist unter anderem im *Haager Übereinkommen vom 14. März 1978 über das auf eheliche Güterstände anwendbare Recht* vorgesehen. Die Ehegatten haben häufig das Recht, das Heimatrecht oder das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts eines der Ehegatten zu wählen (vgl. Art. 3 und 6 des Übereinkommens von 1978); in einem solchen Fall ergänzt diese Wahlmöglichkeit diejenigen in den Buchstaben a und b in keiner Weise. Es kann jedoch vorkommen, dass den Ehegatten in Bezug auf ihren Güterstand bestimmte weitere Wahlmöglichkeiten eingeräumt werden, die nicht im Protokoll vorgesehen sind, beispielsweise das Recht des Wohnsitzstaates (das nicht zwangsläufig identisch mit dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts ist) oder das Recht der Belegenheit bestimmter Vermögenswerte und insbesondere von Grundvermögen (vgl. Art. 3 Abs. 4 und Art. 6 Abs. 4 des Übereinkommens von 1978). In solchen Fällen können für Unterhaltspflichten auch andere Rechtsordnungen Anwendung finden.

140. Entspricht die von den Parteien getroffene Wahl nicht den im Staat des angerufenen Gerichts geltenden Kollisionsnormen (weil eine solche Wahl dort nicht zulässig ist oder die vorgesehenen Bedingungen nicht beachtet wurden, oder das gewählte Recht in anderer Weise mit diesen Normen kollidiert), wird sie als nichtig angesehen. Diese Ungültigkeit hat zur Folge, dass die Wahl des auf Unterhaltspflichten anzuwendenden Rechts, die gemäß

dem Protokoll hieran anknüpft, ebenfalls ungültig ist.

iv) Das tatsächlich auf den Güterstand anzuwendende Recht

141. Buchstabe c gestattet es den Ehegatten, die Unterhaltspflichten dem Recht zu unterstellen, das tatsächlich auf ihren Güterstand *angewandt* wurde. Bei der betroffenen Situation handelt es sich um diejenige, in der das auf diese Beziehungen anzuwendende Recht bereits von der angerufenen Behörde (insbesondere im Fall einer Trennung oder Scheidung) bestimmt worden ist. Durch ihre Wahl können die Ehegatten die Unterhaltspflichten dem gleichen Recht unterstellen. Hierdurch haben die Parteien mehr Wahlmöglichkeiten, es werden aber vor allem alle vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten einem einzigen Recht unterworfen. Es ist festzuhalten, dass, wenn das auf den Güterstand angewandte Recht die *lex fori* ist, die Wahl dieses Rechts für die Unterhaltspflichten sich nicht mit der Wahl nach Artikel 7 deckt; es handelt sich nämlich nicht um eine Wahl, die für die Zwecke eines besonderen Verfahrens getroffen wurde, sondern um eine Wahl, die weiterhin in der Zukunft ihre Wirkungen entfaltet, auch bei neuen Anträgen (insbesondere auf Änderung), die die berechnete oder die verpflichtete Person stellen. Die Wahl nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe c muss im Übrigen nicht zwangsläufig während des Verfahrens erfolgen, sondern kann vorgenommen werden, nachdem eine Entscheidung ergangen ist, mit der der Güterstand zwischen den Ehegatten festgelegt worden ist.

v) Das Recht, das als das auf die Trennung ohne Auflösung der Ehe oder die Ehescheidung anzuwendende Recht bestimmt wurde

142. Nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d können die Ehegatten die Unterhaltspflichten auch dem Recht unterwerfen, das sie als das auf ihre Trennung ohne Auflösung der Ehe oder ihre Ehescheidung anzuwendende Recht *bestimmt* haben. Die Erwägungen, die hinsichtlich der Wahl des für den Güterstand bestimmten Rechts angestellt wurden, gelten auch entsprechend für diesen Fall. Es ist jedoch hervorzuheben, dass die Wahl des auf die Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung der Ehe anzuwendenden Rechts im vergleichenden internationalen Privatrecht nicht sehr verbreitet ist. Dies erhöht natürlich die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Wahl in dem Staat des angerufenen Gerichts als nichtig angesehen wird, auch in Bezug auf Unterhaltspflichten. Die Ehegatten wären daher gut beraten, Vorsicht walten zu lassen. Es zeichnet sich jedoch eine Entwicklung im internationalen Privatrecht einiger europäischer Staaten ab, da die Wahl des auf die Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung der Ehe anzuwendenden Rechts insbesondere im deutschen, nieder-

ländischen und belgischen Recht vorgesehen ist²¹.

vi) Das tatsächlich auf die Trennung ohne Auflösung der Ehe oder die Ehescheidung angewandte Recht

143. Buchstabe d gestattet es den Ehegatten, die Unterhaltspflichten dem Recht zu unterstellen, das tatsächlich auf die Trennung ohne Auflösung der Ehe oder die Ehescheidung angewandt wurde. Bei der betroffenen Situation handelt es sich um diejenige, in der das anzuwendende Recht bereits von der angerufenen Behörde bestimmt worden ist; durch ihre Wahl können die Ehegatten die Unterhaltspflichten dem gleichen Recht unterstellen. Hierdurch haben die Parteien mehr Wahlmöglichkeiten, es können aber vor allem die Unterhaltspflichten dem gleichen Recht unterworfen werden, das auf die Trennung oder Ehescheidung angewandt wird. Die weiter oben angestellten Erwägungen zum Unterschied zwischen dieser Wahl und der Wahl nach Artikel 7 (*vgl. oben Rdnr: 141*) gelten auch für diesem Fall.

c) Die Modalitäten der Wahl

144. Formal gesehen hat die Wahl des anzuwendenden Rechts schriftlich zu erfolgen und die Vereinbarung ist von den Parteien zu unterschreiben (Art. 8 Abs. 2). Neben den Vorteilen, die es zu Beweis Zwecken bietet, dient das Erfordernis der schriftlichen Vereinbarung dazu, die Aufmerksamkeit der berechtigten Person auf die Bedeutung der Wahl zu lenken und sie vor den Folgen einer unüberlegten Wahl zu schützen.

145. Das schriftliche Erstellen kann auch durch einen Datenträger ersetzt werden, dessen Inhalt für eine spätere Einsichtnahme zugänglich ist. Diese Bestimmung soll den Einsatz der Informationstechnologie ermöglichen. Dies befreit jedoch nicht von dem Erfordernis eines unterschriebenen Schriftstücks; ein elektronisches Dokument reicht daher nur aus, wenn es mit einer elektronischen Unterschrift versehen ist.

d) Einschränkungen der Wirkungen der Wahl

146. Hinsichtlich der Folgen der Wahl des anzuwendenden Rechts sind erhebliche Einschränkungen eingeführt worden (Art. 8 Abs. 4 und 5). Da die Wahl eines Rechts, das in Bezug auf Unterhaltspflichten restriktiv ist, der berechtigten Person ihr Recht auf eine Leis-

²¹ Unter besonderen Voraussetzungen in jeder Gerichtsbarkeit ist die Wahl des anzuwendenden Rechts durch die Bezugnahme in Artikel 17 auf Artikel 14 Abs. 3 und 14 Abs. 4 EGBGB, Artikel 1 Abs. 2 und 1 Abs. 4 des *Wet Conflictenrecht inzake ontbinding huwelijk en scheiding van tafel en bed* (Gesetz über die Gesetzeskonflikte bei Auflösung der Ehe und Trennung ohne Auflösung der Ehe) in den Niederlanden und Artikel 55 Abs. 2 des belgischen Gesetzbuches über das internationale Privatrecht zulässig.

tung nehmen oder ihre Forderungen erheblich begrenzen kann, schien es unabdingbar zu sein, ihre Wirkungen einzuschränken.

i) Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person auf das Recht, auf Unterhalt zu verzichten

147. Artikel 8 Absatz 4 sieht vor, dass ungeachtet des von den Parteien gewählten Rechts das Recht des Staates, in dem die berechnigte Person im Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dafür maßgebend ist, ob diese Person auf ihren Unterhaltsanspruch verzichten kann. Diese Bestimmung ist im Anschluss an einen Vorschlag der Europäischen Gemeinschaft auf der diplomatischen Tagung in den Wortlaut des Protokolls eingefügt worden (Arb. Dok. Nr. 5 der Kommission II). Sie beinhaltet eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des von den Parteien gewählten Rechts; unabhängig vom Inhalt dieses Rechts bleiben die Möglichkeit, auf Unterhalt zu verzichten, sowie die Bedingungen für einen solchen Verzicht dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person unterworfen. Die Bestimmung soll natürlich vermeiden, dass die berechnigte Person durch die Wahl eines besonders liberalen und wenig Schutz bietenden Rechts veranlasst werden kann, auf die Unterhaltsleistung zu verzichten, auf die sie mangels Rechtswahl nach dem anzuwendenden Recht Anspruch hätte.

148. Nach dem Vorschlag, der dieser Bestimmung zugrunde liegt, bedeutet die Tatsache, dass der berechtigten Person ein Geldbetrag zur Deckung ihrer künftigen Bedürfnisse zuerkannt wird, keinen Verzicht auf den Unterhaltsanspruch im Sinne dieses Artikels. In diesem Fall findet daher das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person keine Berücksichtigung.

149. Ihrem Wortlaut nach soll die Bestimmung offensichtlich in dem Fall Anwendung finden, in dem die berechnigte Person auf ihre Ansprüche verzichtet hat, und dieser Verzicht mit der Wahl eines Rechts einhergeht, das ihn zulässt. Die Rechtfertigung der Bestimmung lässt jedoch darauf schließen, dass sie auch in dem Fall anzuwenden ist, in dem die Wahl eines bestimmten Rechts an sich einen Verzicht beinhaltet, da das gewählte Recht keine Unterhaltsleistung zugunsten der berechtigten Person vorsieht.

ii) Vermittelnde Befugnis des Gerichts

150. Die Wirkungen des anzuwendenden Rechts sind darüber hinaus dadurch eingeschränkt, dass eine vermittelnde Befugnis der mit dem Antrag befassten Behörde vorgese-

hen ist (Art. 8 Abs. 5). Wenn diese Behörde feststellt, dass die Anwendung des von den Parteien gewählten Rechts im konkreten Fall offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hat, kann das gewählte Recht zugunsten des Rechts ausgeschlossen werden, das nach den objektiven Anknüpfungskriterien der Artikel 3 bis 5 bestimmt worden ist. Diese Ausweichklausel stützt sich auf materiell-rechtliche Erwägungen und entspricht der Befugnis, die mehrere nationale Rechtsordnungen dem Gericht zuerkennen, um zwischen den Parteien geschlossene Unterhaltsvereinbarungen abzuändern bzw. auszuschließen, wenn sie zu unfairen und unangemessenen Ergebnissen führen. Die Delegationen waren jedoch besorgt, dass eine unbegrenzte Befugnis des Gerichts, das gewählte Recht auszuschließen, den Parteien insgesamt die Möglichkeit nehmen würde, Vereinbarungen über die Wahl des Rechts nach Artikel 8 zu treffen. Daher wurde vereinbart, die vermittelnde Befugnis des Gerichts zu begrenzen, indem festgelegt wurde, dass Absatz 5 nicht anzuwenden sei, wenn die Parteien umfassend unterrichtet und sich der Folgen ihrer Wahl vollständig bewusst waren. Dieser Ausdruck soll es den Parteien ermöglichen, die Gefahr zu verringern, dass ihre Vereinbarung verworfen wird, wenn sie vor dem Abschluss der Vereinbarung Rechtsrat zu den Folgen erbitten. Die Bedingung, dass die Parteien „umfassend unterrichtet und sich ...vollständig bewusst“ sind, bedeutet, dass die Parteien nicht nur die relevanten Auskünfte erhalten haben, sondern auch in der Lage waren, sie zu verstehen; dieser Ausdruck ist nicht redundant, da eine Person umfassend unterrichtet sein kann, ohne sich der Folgen ihrer Wahl bewusst zu sein.

e) *Das Vorhandensein und die Gültigkeit der Vereinbarung zwischen den Parteien*

151. Abgesehen von bestimmten Beschränkungen der Zulässigkeit der Wahl des anzuwendenden Rechts und einigen Angaben zum Zeitpunkt und zur Form dieser Wahl lässt das Protokoll andere Fragen zum Vorhandensein oder zur Gültigkeit der Vereinbarung, mit der die Parteien das anzuwendende Recht bestimmen, unbeantwortet (es bestimmt zum Beispiel nicht die Wirkung eines etwaigen Zustimmungsmangels). Diese Fragen sollen nach dem auf die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung über die Wahl des anzuwendenden Rechts geklärt werden, jedoch wird dieses Recht im Protokoll nicht ausdrücklich bezeichnet. Die bevorzugte Lösung, um diese Lücke zu schließen, besteht darin anzunehmen, dass diese Fragen durch das von den Parteien bestimmte Recht geregelt sind. Dieser Ansatz, demzufolge die Gültigkeit der *optio legis* dem Recht unterworfen wird, das anzuwenden wäre, wenn die Vereinbarung zwischen den Parteien gültig wäre, ist nämlich in den internationalen Instrumenten, die die Parteiautonomie anerkennen, weit verbreitet, insbesondere im Hinblick auf das Vorhandensein und die Gültigkeit der Zustimmung (*vgl. Art. 10 des Haager Übereinkommens vom 14. März 1978 über das auf eheliche Güterstände anwendbare Recht*; Art. 10

Abs. 1 des *Haager Übereinkommens vom 22. Dezember 1986 über das auf den internationalen Warenkauf anzuwendende Recht*; Art. 5 Abs. 2 des *Haager Übereinkommens vom 1. August 1989 über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht*; Art. 3 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 1 des *Römischen Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*; Art. 3 Abs. 5 und Art. 10 Abs. 1 der Verordnung „Rom I“ (Verordnung (EG) Nr. 593/2008)). Der Hauptvorteil besteht darin sicherzustellen, dass diese Fragen in den verschiedenen Vertragsstaaten des Protokolls einheitlich geregelt werden.

Artikel 9 „Wohnsitz“ anstelle von „Staatsangehörigkeit“

152. Dieser Artikel bestimmt, dass ein Staat, der den Begriff des „Wohnsitzes“ als Anknüpfungspunkt in Familiensachen kennt, das Ständige Büro der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht davon unterrichten kann, dass für die Zwecke der Fälle, die seinen Behörden vorgelegt werden, in Artikel 4 der Satzteil „dem die berechnigte und die verpflichtete Person gemeinsam angehören“ durch „in dem die berechnigte und die verpflichtete Person gemeinsam ihren Wohnsitz haben“ und in Artikel 6 der Satzteil „dem die Parteien gemeinsam angehören“ durch „in dem die Parteien gemeinsam ihren Wohnsitz haben“ ersetzt wird, wobei „Wohnsitz“ so zu verstehen ist, wie es in dem betreffenden Staat definiert wird.

153. Diese Bestimmung ist im Anschluss an einen Vorschlag der Europäischen Gemeinschaft auf der diplomatischen Tagung in das Protokoll eingefügt worden (Arb. Dok. Nrn. 2, 6 und 11 der Kommission II). Sie soll die Anwendung des Protokolls durch die Staaten (insbesondere die Gerichtsbarkeiten des *common law*) erleichtern, die üblicherweise nicht die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungskriterium im internationalen Privatrecht anwenden. Diese Staaten dürfen daher das in den Artikeln 4 und 6 verwandte Kriterium der Staatsangehörigkeit durch das des Wohnsitzes, wie es in diesen Staaten definiert wird, ersetzen. Vergleichbare Bestimmungen sind in einigen gemeinschaftsrechtlichen Instrumenten zugunsten des Vereinigten Königreichs und Irlands enthalten (vgl. Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel IIa) vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000).

154. Obgleich die Bestimmung des Kreises von Staaten, die aus dieser besonderen Regel Nutzen ziehen können, nicht sehr genau ist, steht fest, dass es den Gerichtsbarkeiten des *common law*, die den „Wohnsitz“ als Anknüpfungspunkt in Familiensachen verwenden, ge-

stattet ist, Artikel 9 anzuwenden. Die in Artikel 9 verwandte Formulierung, die sich auf einen Staat, der den Begriff des Wohnsitzes als Anknüpfungspunkt in Familiensachen kennt, beschränkt nicht ausdrücklich die Anwendung dieses Artikels allein auf die Staaten des *common law*. Es gibt nämlich mehrere Zivilgerichtsbarkeiten, die auch die Anknüpfung an den Wohnsitz in Familiensachen verwenden²². Dem Wortlaut des Artikels 9 zufolge scheint es, als könnten diese Staaten auch das von dieser Bestimmung zuerkannte Recht ausüben. Diese Lesart entspricht jedoch nicht dem Geist des Vorschlags der Europäischen Gemeinschaft, dessen erklärtes Ziel es war, die Aufgabe der Staaten zu erleichtern, die üblicherweise nicht das Kriterium der Staatsangehörigkeit als Anknüpfungskriterium in ihren innerstaatlichen Systemen des internationalen Privatrechts verwenden (vgl. Protokoll Nr. 5 der Kommission, Rdnr. 31). Wenn ein Staat den Begriff der Staatsangehörigkeit bei Rechtskollisionen kennt und allgemein, wenn auch subsidiär, anwendet, scheint er daher nicht die Sonderregel des Artikels 9 nutzen zu können.

155. In dem Staat, der von der Möglichkeit in Artikel 9 Gebrauch gemacht hat, soll das Kriterium des Wohnsitzes so angewandt werden, „wie es in dem betreffenden Staat definiert wird“. Hier liegt ein Verweis auf das innerstaatliche Recht des betroffenen Staates und seine eigene Definition von Wohnsitz vor. Dieser Ansatz ist natürlich nicht sehr vorteilhaft für eine einheitliche Anwendung des Protokolls; seine Auswirkungen sind jedoch nicht zu überschätzen, da er auf die Bestimmungen des Artikels 4 Absatz 4 und Artikel 6 des Protokolls beschränkt bleibt. Es ist ebenfalls festzuhalten, dass der Verweis auf den innerstaatlichen Begriff des Wohnsitzes auch in anderen Instrumenten des einheitlichen internationalen Privatrechts verwendet wird, ohne dass dies bei deren Anwendung größere Nachteile bergen würde (vgl. Art. 52 des Brüsseler Übereinkommens und des Lugano-Übereinkommens vom 16. September 1988)

156. Das Ersetzen des Begriffs der Staatsangehörigkeit durch den des Wohnsitzes im Sinne von Artikel 9 ist nur für die Anwendung der Artikel 4 und 6 des Protokolls vorgesehen, d.h. die beiden Bestimmungen, die das Kriterium der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Parteien verwenden. In Artikel 4 Absatz 4 hat diese Ersetzung zur Folge, dass in den Vertragsstaaten des Protokolls, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, die berechtigte Person, die weder nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts noch nach dem am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht (in dieser oder in umgekehrter Reihenfolge, vgl. Art. 4 Abs. 3) Unterhalt erhalten kann, dennoch ihren Anspruch auf das Recht des Staates stützen kann, in dem die beiden Parteien ihren Wohnsitz haben. In Artikel 6 bedeutet die

²² Beispielsweise die Schweiz, in der der Wohnsitz als Ort definiert wird, an dem eine Person „sich mit der Absicht dauernden Verbleibs aufhält“, vgl. Artikel 20 Abs. 1 Buchst. a) des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987.

Ersetzung, dass in den fraglichen Staaten eine unterhaltspflichtige Person sich dem Anspruch der berechtigten Person widersetzen kann, wenn die Pflicht weder nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts noch nach dem Recht des Staates, in dem beide Parteien ihren Wohnsitz haben, besteht.

157. In den beiden Fällen des Artikels 9 hat die Ersetzung der Staatsangehörigkeit durch Wohnsitz nur Auswirkungen für den Vertragsstaat, der von der in dieser Bestimmung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Dies bedeutet, dass die anderen Staaten nicht verpflichtet sind, das Kriterium des Wohnsitzes anzuwenden, und im Gegenteil weiterhin das Kriterium der Staatsangehörigkeit anwenden sollen. Artikel 9 unterliegt nicht dem Erfordernis der Gegenseitigkeit. Zwingende Folge ist, dass die anderen Staaten nicht verpflichtet sind, den Begriff des Wohnsitzes, wie er in dem betreffenden Staat definiert ist, anzuwenden; die Aufgabe ihrer Behörden ist daher durch den fraglichen Artikel nicht komplizierter geworden.

158. Die Ersetzung nach Artikel 9 hat hingegen keine Auswirkung auf Artikel 8, obgleich diese Bestimmung ihrerseits in Absatz 1 Buchstabe a (Wahl des Rechts des Staates, dem eine der Parteien angehört) auch das Kriterium der Staatsangehörigkeit verwendet. Dies erklärt sich dadurch, dass vermieden werden soll, dass die gemäß Artikel 8 getroffene Wahl des Rechts des Staates, dem eine der Parteien angehört, sich in einem anderen Vertragsstaat als nichtig herausstellen kann, der von Artikel 9 Gebrauch gemacht hat, weil keine der Parteien ihren Wohnsitz in dem Staat hatte, dessen Recht gewählt worden ist. Oder umgekehrt könnte die Wahl des Rechts des Wohnsitzes in einem Vertragsstaat als nichtig angesehen werden, der an dem Kriterium der Staatsangehörigkeit festhält.

159. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Ersetzung des Kriteriums der Staatsangehörigkeit durch das Kriterium des Wohnsitzes gemäß Artikel 9 der Verpflichtung unterliegt, das Ständige Büro davon zu unterrichten, das diese Informationen den anderen Vertragsstaaten zur Kenntnis bringt.

Artikel 10 Öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtungen

160. Diese Bestimmung sieht vor, dass für das Recht einer öffentlichen Aufgaben wahrnehmenden Einrichtung, die Erstattung einer der berechtigten Person anstelle von Unterhalt erbrachten Leistung zu verlangen, das Recht maßgebend ist, dem diese Einrichtung untersteht.

161. Diese Bestimmung ist keine Neuerung, da sie bereits in Artikel 9 des Unterhalts-

übereinkommens von 1973 mit einigen kleinen redaktionellen Unterschieden enthalten war. So ist in der französischen Fassung der Ausdruck „institution publique“, der in dem alten Übereinkommen stand, durch „organisme public“ ersetzt worden, um den Wortlaut des Protokolls an den des Übereinkommens anzugleichen (vgl. Art. 36 dieses Übereinkommens).

162. Diese Regel findet auf internationaler Ebene breite Anerkennung, wie die Tatsache bestätigt, dass eine gleichlautende Bestimmung auch in den Wortlaut des Übereinkommens eingefügt worden ist (Art. 36 Abs. 2 dieses Übereinkommens). Diese Regel ist daher in allen Vertragsstaaten dieses letztgenannten Instruments anzuwenden, und zwar auch dann, wenn sie nicht Vertragsparteien des Protokolls sind (folglich unabhängig von dem Recht, das sie auf die Unterhaltspflicht anwenden).

163. Es ist festzuhalten, dass die Anknüpfung an das Recht der öffentliche Aufgaben wahrnehmenden Einrichtung nur für deren Recht gilt, die Erstattung zu *verlangen* (entweder auf der Grundlage einer Surrogation oder einer Legalzession), während das Vorhandensein und der Umfang der Unterhaltsforderung durch das auf diese Pflicht anzuwendende Recht geregelt sind (vgl. Art. 11 Buchst. f). Um das Verhältnis zwischen diesen beiden Bestimmungen klarzustellen, ist der Ausdruck „Recht ... auf Erstattung“ in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 in „Recht ..., die Erstattung ... zu verlangen“ geändert worden. Die Erstattung hängt nämlich nicht vom Recht der öffentliche Aufgaben wahrnehmenden Einrichtung ab, sondern von dem auf die Unterhaltspflicht anzuwendenden Recht. In manchen Fällen stimmen die beiden Rechtsordnungen überein; dies ist in der Regel der Fall, wenn die Unterhaltspflicht unter das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person fällt (Art. 3), da die öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtung, die der berechtigten Person Leistungen erbringt, üblicherweise in dem Staat des Aufenthalts dieser Person gemäß dem vor Ort geltenden Recht handelt. Eine Trennung zwischen den beiden Rechtsordnungen kann leichter eintreten, wenn die Unterhaltspflicht einem anderen Recht als dem des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person nach Artikel 4, 5, 7 oder 8 untersteht.

164. Es versteht sich im Übrigen, dass die Regel nur für die Erstattung einer anstelle von Unterhalt erbrachten Leistung gilt und nicht für Leistungen anderer Art, beispielsweise öffentliche Unterstützung, die die verpflichtete Person nicht erstatten muss.

Artikel 11 Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts

165. Diese Bestimmung behandelt ausführlich die Fragen, die durch das auf die Unterhalts-

pflicht anzuwendende Recht, das in Artikel 3, 4, 5, 7 oder 8 bezeichnet wird, geregelt werden. Der Geltungsbereich dieses Rechts ist recht weit gefasst, entsprechend dem Ansatz, der für das Unterhaltsübereinkommen von 1973 (*vgl.* Art. 10 dieses Übereinkommens) sowie andere internationale Instrumente (*vgl.* Art. 7 des Übereinkommens von Montevideo von 1989) kennzeichnend ist.

166. Es ist darauf hinzuweisen, dass die in Artikel 11 enthaltene Aufzählung, wie das Adverb „insbesondere“ angibt, nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, da andere nicht erwähnte Fragen eventuell unter das gleiche Recht fallen können.

167. Das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht regelt in erster Linie das Vorhandensein einer Unterhaltspflicht und die Bestimmung der verpflichteten Person (Art. 11 Buchst. a). Es bestimmt unter anderem, ob eine Person angesichts ihrer Familienbeziehung, die sie mit der verpflichteten Person verbindet, und ihres Alters für eine Unterhaltsleistung in Frage kommt.

168. Das gleiche Recht bestimmt auch den Umfang der Unterhaltspflicht. Das Protokoll hält an dem Ansatz der Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 fest, indem es vorsieht, dass ein einziges Recht bestimmt, ob und in welchem Umfang die berechnete Person Unterhalt verlangen kann. Die Trennung zwischen Vorhandensein und Umfang der Forderung, die in einigen Rechtssystemen vorgenommen wird (insbesondere in einigen Provinzen Kanadas) wird nicht übernommen.

169. Der Umfang der Unterhaltspflicht umfasst nicht nur die Modalitäten zu Berechnung der Leistung (*vgl.* Buchst. c), sondern auch den Umfang, in dem die berechnete Person rückwirkend für die Vergangenheit Unterhalt verlangen kann (*vgl.* Buchst. b). Die verschiedenen Rechtssysteme beschränken in der Regel diese Möglichkeit auf die in den der Forderung der berechtigten Person unmittelbar vorangegangenen Jahren geschuldeten Beträge.

170. Das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht regelt auch die Frage der Indexierung des als Unterhalt geschuldeten Betrag (*vgl.* Buchst. c). Diese Frage ist anlässlich der Spezialkommission erörtert worden, da andere Lösungen theoretisch vorstellbar wären (z.B. die systematische Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person oder das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht). Die Spezialkommission war schließlich der Meinung, dass diese Frage mit der Frage der Bestimmung des Umfangs der Unterhaltspflicht in Zusammenhang stehe und daher durch das darauf anzuwendende Recht geregelt werden solle.

171. Das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht bestimmt auch die Person, die berechtigt ist, ein Unterhaltsverfahren einzuleiten (*vgl.* Buchst. d). Diese Lösung entspricht der Lösung in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 (Art. 2 Abs. 2). In der Regel ist die unterhaltsberechtigten Person befugt zu handeln; wenn diese jedoch minderjährig ist, kann das Verfahren bisweilen von einem seiner Eltern oder einer öffentlichen Aufgaben wahrnehmenden Einrichtung eingeleitet werden. Diese Frage unterscheidet sich von der Frage der Vertretung geschäfts- und rechtsunfähiger Personen, die nicht in den Anwendungsbereich des Protokolls fällt. Sie darf auch nicht mit Fragen der Prozessfähigkeit und der Frage der Vertretung im Verfahren verwechselt werden, die unter das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht fallen.

172. Die Verjährungsfristen für Unterhaltsverfahren und die für die Einleitung eines Verfahrens geltenden Fristen (z.B. die Ausschlussfristen) fallen ebenfalls unter das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht (*vgl.* Buchst. e). Diese Fragen sind daher substantieller und nicht verfahrensrechtlicher Natur, wie dies bereits im Rahmen des Unterhaltsübereinkommens von 1973 der Fall war (Art. 10 Abs. 2). Eine andere Frage betrifft die Frist, in der die Vollstreckung von Zahlungsrückständen auf der Grundlage einer ausländischen Entscheidung erwirkt werden kann. Diese Frage ist nicht im Protokoll geregelt, sondern in Artikel 32 Absatz 5 des Übereinkommens, der bestimmt: „Die Verjährungsfrist für die Vollstreckung von Zahlungsrückständen wird nach dem Recht des Ursprungsstaats der Entscheidung oder dem Recht des Vollstreckungsstaats bestimmt, je nachdem, welches Recht die längere Frist vorsieht.“

173. Im Falle eines von einer öffentlichen Aufgaben wahrnehmenden Einrichtung zwecks Erstattung eingeleiteten Verfahrens regelt das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht das Vorhandensein und den Umfang (und somit die Grenzen) dieser Pflicht (*vgl.* Buchst. f), während das Recht, die Erstattung zu verlangen, von dem Recht der betroffenen Einrichtung abhängt (Art. 9). Diese Regel, die der Regel in Artikel 10 Absatz 3 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 entspricht ist absolut logisch; wenn nämlich das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht keine Forderung vorsieht, kann die öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtung nicht von der verpflichteten Person die Erstattung der von ihr bewilligten Leistungen verlangen.

Artikel 12 Ausschluss der Rückverweisung

174. Diese Bestimmung legt fest, dass die Kollisionsnormen des Protokolls das innerstaatli-

che Recht des betroffenen Staates mit Ausnahme des Kollisionsrechts bestimmen. Die Rückverweisung ist demnach ausgeschlossen und dies, selbst wenn das bestimmte Recht das Recht eines Nichtvertragsstaates ist. Diese Lösung entspricht der Lösung in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 und zahlreichen anderen Instrumenten der Haager Konferenz (vgl. Art. 10 des *Haager Übereinkommens vom 5. Juli 2006 über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung*; Art. 19 des *Haager Übereinkommens vom 13. Januar 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen*). Sie bedarf keiner besonderen Erläuterung.

Artikel 13 Öffentliche Ordnung (ordre public)

175. Dieser Artikel beschränkt sich darauf, die Möglichkeit vorzusehen, von dem anzuwendenden Recht abzusehen, wenn seine Wirkungen der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich widersprechen. Inhaltlich entspricht diese Bestimmung der Bestimmung in dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 (Art. 11 Abs. 1) sowie zahlreichen Instrumenten des einheitlichen internationalen Privatrechts.

176. Die Anwendung des ordre public-Vorbehalts ist sehr restriktiv zu handhaben. Artikel 13 verlangt nämlich, dass die Wirkungen des ausländischen Rechts der öffentlichen Ordnung (ordre public) *offensichtlich* widersprechen, d.h. dass sie zu einem Grundprinzip des Staates des angerufenen Gerichts in eindeutigem Widerspruch stehen.

177. Die Einrede der öffentlichen Ordnung (ordre public) wird gelegentlich vorgebracht, wenn die Unterhaltsforderung nach der ausländischen *lex causae* auf eine Familienbeziehung gestützt wird, die in dem Staat des angerufenen Gerichts nicht anerkannt ist und dort als anstößig angesehen wird. In dieser Hinsicht ist jedoch hervorzuheben, dass die Beurteilung der öffentlichen Ordnung (ordre public) im Einzelfall zu erfolgen hat, in Bezug auf die Wirkungen der Anwendung des nach diesem Protokoll bestimmten ausländischen Rechts. Diese Erwägung scheint im Unterhaltsbereich von besonderer Bedeutung zu sein, denn die Wirkung der Anwendung eines ausländischen Rechts entfaltet sich hier jedenfalls auf der vermögensrechtlichen Ebene (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 des Protokolls, demzufolge die in Anwendung des Protokolls ergangenen Entscheidungen die Frage des Bestehens einer Familienbeziehung unberührt lassen). Um sich auf die öffentliche Ordnung (ordre public) berufen zu können, genügt es daher nicht, dass die Familienbeziehung, aus der sich die Unterhaltspflicht ergibt, als solche die öffentliche Ordnung (ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts stört, sondern es ist vonnöten, dass die Tatsache, dass eine bestimmte Person verpflichtet ist, einer anderen auf der Grundlage einer solchen Beziehung Unterhalt zu zahlen,

an sich als anstößig empfunden wird. Diese Unterscheidung ist nicht unbedeutend. Es ist nämlich durchaus bekannt, dass in mehreren Staaten die Rechtsprechung bereit ist, einige spezielle Wirkungen (vermögensrechtlicher oder persönlicher Art) anzuerkennen, die sich aus einer Familienbeziehung ergeben, obgleich diese an sich der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts widerspricht. Das bekannteste Beispiel hierfür ist die Anerkennung bestimmter Wirkungen der Polygamie in europäischen Staaten (Deutschland, Frankreich); obgleich diese Institution in diesen Staaten als solche nicht anerkannt werden kann, weil sie den Grundprinzipien des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Recht widerspricht, wird das Bestehen einer Unterhaltspflicht des Ehegatten gegenüber den verschiedenen Frauen nicht als anstößig empfunden. Vergleichbare Erwägungen könnten entsprechend für andere umstrittene Institutionen gelten, beispielsweise die Ehe oder Partnerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Personen.

178. Im Gegensatz zu anderen nationalen oder internationalen Instrumenten macht das Protokoll keinen Vorbehalt in Bezug auf die Eingriffsnormen (*lois de police, lois d'application immédiate*) des Staates des angerufenen Gerichts, d.h. die zwingenden Vorschriften, die wegen ihrer entscheidenden Bedeutung für den Staat des angerufenen Gerichts anzuwenden sind, unabhängig von dem durch andere Kollisionsnormen bestimmten Recht. Es hat daher den Anschein, als wären die angerufenen Behörden in jedem Fall verpflichtet, den Inhalt des durch das Protokoll bestimmten Rechts zu bestimmen, das nur unberücksichtigt bleiben kann, wenn seine Wirkungen im Einzelfall mit den Grundsätzen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts unvereinbar sind.

Artikel 14 Bemessung des Unterhaltsbetrags

179. Artikel 14 sieht vor, dass bei der Bemessung des Unterhaltsbetrags die Bedürfnisse der berechtigten Person und die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person sowie etwaige der berechtigten Person anstelle einer regelmäßigen Unterhaltszahlung geleistete Entschädigungen zu berücksichtigen sind, selbst wenn das anzuwendende Recht etwas anderes bestimmt. Es handelt sich um eine materiell-rechtliche Regel, die als solche für die Vertragsstaaten gilt, unabhängig von der Art und Weise, in der das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht gehandhabt wird.

180. Der Wortlaut dieser Bestimmung entspricht weitgehend Artikel 11 Absatz 2 des Unterhaltsübereinkommens von 1973, enthält jedoch zwei wichtige Neuerungen:

181. Der erste Unterschied ergibt sich daraus, dass Artikel 14 im Unterschied zu Artikel 11 Absatz 2 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 eine eigene, von der die öffentliche Ordnung (*ordre public*) betreffenden Bestimmung unabhängige Bestimmung darstellt. Nach langen Erörterungen im Rahmen der GTLAWGAL und der Spezialkommission ist diese Lösung anlässlich der diplomatischen Tagung angenommen worden. Sie hat eine wichtige Folge; die in Rede stehende materiell-rechtliche Regel bedeutet nicht bloß eine Einschränkung der Anwendung eines ausländischen Rechts, sondern sie ist auch von den Behörden eines Vertragsstaates anzuwenden, selbst wenn das durch das Protokoll bestimmte Recht im Einzelfall das Recht des Staates des angerufenen Gerichts ist.

182. Es ist festzuhalten, dass die Berücksichtigung der Bedürfnisse und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zwangsläufig einen Ermessensspielraum der Behörde im fraglichen Fall beinhaltet, sondern dass sie sich indirekt aus den Modalitäten zur Berechnung des Unterhalts nach dem anzuwendenden Recht ergeben kann, beispielsweise indem der Unterhaltsbetrag, der einer berechtigten Person in einem besonderen Fall zusteht, anhand von Tabellen bemessen wird, die hinlänglich flexibel sind, um die Bedürfnisse und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen. Dieser Aspekt ist im Hinblick auf Verwaltungssysteme wichtig, die sich in der Regel ihrerseits auch auf die Bedürfnisse der berechtigten Person und die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person stützen, obgleich diese Faktoren eine abstraktere Berücksichtigung finden als in den Gerichtssystemen.

183. Der zweite Unterschied im Vergleich zu Artikel 11 Absatz 2 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 besteht in der Bezugnahme in Artikel 14 auf „etwaige der berechtigten Person anstelle einer regelmäßigen Unterhaltszahlung geleistete Entschädigungen“. Diese

Neuerung ist auch auf der diplomatischen Tagung auf Vorschlag der Delegation der Europäischen Gemeinschaft eingeführt worden²³. Sie betrifft insbesondere die Fälle, in denen im Zeitpunkt der Scheidung einer der Ehegatten die Zahlung eines Geldbetrags (*lump sum*) oder einen Teil des Vermögens (bewegliche und unbewegliche Gegenstände) des anderen Ehegatten erhalten hat (wie dies beispielsweise in einigen *common law* Gerichtsbarkeiten der Fall ist), um alle seine Forderungen, einschließlich der Unterhaltsforderungen zu begleichen. Von dieser Lösung wird in mehreren nationalen Systemen Gebrauch gemacht, um eine endgültige Regelung der jeweiligen Forderungen der Ehegatten im Zeitpunkt der Ehescheidung zu fördern, indem auf diese Weise zumindest in vermögensrechtlicher Hinsicht ihren Beziehungen durch einen klaren Schnitt ein Ende gesetzt wird (Grundsatz des „*clean break*“). In diesem Fall ist zu vermeiden, dass die mit der früheren Regelung unvereinbaren Unterhaltsforderungen anschließend von einem der Ehegatten auf der Grundlage eines Rechts geltend gemacht werden können, das diese Form der Entschädigung nicht kennt. Stützt sich nämlich das durch das Protokoll bestimmte Recht auf die aktuellen Bedürfnisse der berechtigten Person, ohne die von ihm erhaltene Entschädigung zu berücksichtigen, kann sich das Ergebnis als unfair herausstellen. Somit kann die materiell-rechtliche Regel des Artikels 14 benutzt werden, um gegebenenfalls die Lösungen, die sich aus dem auf die Unterhaltsansprüche anzuwendenden Recht ergeben, zu korrigieren.

Artikel 15 bis 17 Nicht einheitliche Rechtssysteme

184. Diese Artikel enthalten Klauseln über die Anwendung des Protokolls in Staaten mit nicht einheitlichen Rechtssystemen. Diese Klauseln sind in den Haager Übereinkommen gebräuchlich, ihr Wortlaut ist jedoch dem Gegenstand eines jeden Übereinkommens anzupassen. Im Falle des Protokolls hat das Ständige Büro Artikelentwürfe vorbereitet (Arb. Dok. Nr. 12 der Kommission II). Diese Artikel sind auf der diplomatischen Tagung mit wenigen Änderungen angenommen worden. Artikel 15 legt fest, dass das Protokoll nicht auf rein innerstaatliche Kollisionen eines Vertragsstaats anzuwenden ist, während die Artikel 16 und 17 die Anwendung des Protokolls auf aus örtlicher und persönlicher Sicht nicht einheitliche Rechtssysteme betreffen.

Artikel 15 Nichtanwendung des Protokolls auf innerstaatliche Kollisionen

185. Dieser Artikel bestimmt, dass ein Staat, in dem zwei oder mehr Rechtssysteme oder Regelwerke für Unterhaltspflichten gelten, nicht verpflichtet ist, die Regeln des Protokolls anzuwenden, um die sich daraus ergebenden innerstaatlichen Kollisionen zu entscheiden.

²³ Vgl. die Arb. Dok. Nr. 2 der Kommission II; Prot. Nr. 1, Rdnr. 64 ff.; Prot. Nr. 2, Rdnr. 1 ff.

Das Protokoll soll nämlich die Gesetzeskollisionen bei internationalen Sachverhalten regeln und erhebt nicht den Anspruch, auf rein innerstaatliche Sachverhalte angewandt zu werden. Dies gilt sowohl für interpersonale Kollisionen (d.h. wenn die Anwendung verschiedener innerstaatlicher Systeme sich auf ein persönliches Kriterium, wie z.B. die Religion der betroffenen Personen, stützt) als auch für die interterritorialen Kollisionen (wenn die verschiedenen Rechtssysteme oder Regelwerke in verschiedenen Gebietseinheiten gelten).

186. Der betroffene Staat könnte auf rein freiwilliger und einseitiger Basis die Anwendung des Protokolls beschließen, um die innerstaatlichen Kollisionen zu regeln, sofern er es wünscht. Diese Lösung, die sicherlich für interterritoriale Kollisionen in Betracht kommen kann, scheint jedoch für interpersonale Kollisionen ungeeignet zu sein.

Artikel 16 In räumlicher Hinsicht nicht einheitliche Rechtssysteme

187. Dieser Artikel erläutert das Vorgehen, wenn bei einem internationalen Sachverhalt das durch das Protokoll bestimmte Recht das Recht eines nicht einheitlichen Systems ist, in dem zwei oder mehrere Rechtssysteme oder Regelwerke für Unterhaltungspflichten in verschiedenen Gebietseinheiten gelten. Es ist festzuhalten, dass dieses Problem nicht nur die Mehrrechtsstaaten betrifft, sondern sich auch für andere Vertragsstaaten des Protokolls stellen kann, wenn dieses das Recht eines Mehrrechtsstaates als das anzuwendende Recht bestimmt. Bestimmt beispielsweise das Protokoll das Recht eines Staates A wegen der Tatsache, dass die berechnigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat hat, und ist dieser Staat ein nicht einheitliches System, wird die angerufene Behörde eines anderen Staates B (Vertragspartei des Protokolls) der Frage gegenüberstehen, ob die anzuwendenden Regeln diejenigen der einen oder der anderen der verschiedenen Gebietseinheiten sind, die den Staat A bilden.

188. Artikel 16 Absatz 2 bestimmt, dass man sich, um das in diesem Fall nach dem Protokoll anzuwendende Recht zu ermitteln, zunächst auf die in dem betroffenen Staat geltenden Regeln stützen soll, die die Gebietseinheit bestimmen, deren Recht anzuwenden ist (Art. 16 Abs. 2 Buchst. a). Bei unserem Beispiel soll sich daher die Behörde in dem Staat B zunächst auf die Regeln stützen, die in dem Staat A anzuwenden sind, um die interterritorialen Kollisionen zu regeln; dies kann beispielsweise zur Anwendung des Recht einer anderen Gebietseinheit führen, als der Gebietseinheit, in der die berechnigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (z.B. das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der verpflichteten Person, wenn dieses Kriterium im Staat A zum Tragen kommt).

189. Nur wenn solche innerstaatlichen Vorschriften fehlen, und folglich auf einer rein subsidiären Grundlage, wird das anzuwendende Recht nach den Regeln des Protokolls bestimmt (Art. 16 Abs. 2 Buchst. a). Zu diesem Zweck führt Artikel 16 Absatz 1 aus, wie die in dem Protokoll verwendeten Begriffe auszulegen sind; die Bestimmung ist nur anzuwenden, wenn Absatz 2 Buchstabe b angewandt wird. Die dieser Bestimmung zugrunde liegende allgemeine Vorstellung besteht darin, die räumlichen Anknüpfungspunkte, für die man sich im Protokoll entschieden hat, in der Gebietseinheit, in der sie tatsächlich zu finden sind, zu lokalisieren.

190. So ist jede Bezugnahme auf das Recht eines Staates gegebenenfalls als Bezugnahme auf das in der betreffenden Gebietseinheit geltende Recht zu verstehen (Art. 16 Abs. 1 Buchst. a; z.B. ist unter „Recht des Staates des angerufenen Gerichts“ das Recht zu verstehen, das in der Gebietseinheit gilt, in der sich die angerufene Behörde befindet). Ebenso ist jede Bezugnahme auf die zuständigen Behörden oder öffentliche Aufgaben wahrnehmenden Einrichtungen dieses Staates gegebenenfalls als Bezugnahme auf die zuständigen Behörden oder öffentliche Aufgaben wahrnehmenden Einrichtungen zu verstehen, die befugt sind, in der betreffenden Gebietseinheit tätig zu werden (z.B. gilt für das Recht einer öffentlichen Aufgaben wahrnehmenden Einrichtung, die Erstattung einer der berechtigten Person nach Art. 10 erbrachten Leistung zu verlangen, das in der Gebietseinheit geltende Recht, in der diese Einrichtung befugt ist, tätig zu werden). Ebenso ist die Bezugnahme auf den gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat gegebenenfalls als Bezugnahme auf den gewöhnlichen Aufenthalt in der betreffenden Gebietseinheit zu verstehen (daher ist das nach Art. 3 anzuwendende Recht das in der Gebietseinheit geltende Recht, in der die berechnigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat).

191. Einige Bestimmungen des Protokolls verwenden den Begriff der Staatsangehörigkeit (Art. 4 Abs. 4, Art. 6 und 8 Abs. 1 Buchst. a); dieser Begriff ist zur Lösung innerstaatlicher Kollisionen schlecht geeignet, aus dem einfachen Grund, dass die Gebietseinheiten in einem Mehrrechtsstaat keine andere Staatsangehörigkeit als die des fraglichen Staates verleihen. Daher sieht Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben d und e in diesen Fällen vor, dass das anzuwendende Recht bei Fehlen einschlägiger Vorschriften in dem betreffenden Staat das Recht der Gebietseinheit ist, zu der die Person die engste Verbindung aufweist. Diese Lösung ist sicher nicht sehr einfach umzusetzen, sie ermöglicht es jedoch in der Regel, aus der Sackgasse herauszukommen.

192. Nach Absatz 3 ist Artikel 16 auf Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration nicht anzuwenden. Die Staaten, die diese Organisationen bilden, sind nämlich unabhängige

Staaten und dürfen daher nicht mit den Gebietseinheiten eines Mehrrechtsstaats gleichgesetzt werden.

Artikel 17 Hinsichtlich der betroffenen Personengruppen nicht einheitliche Rechtssysteme

193. Dieser Artikel betrifft den Fall, in dem es sich bei dem durch das Protokoll bestimmte Recht um das Recht eines Staates handelt, der verschiedene Rechtssysteme oder Regelwerke hat, die für verschiedene Personengruppen gelten (beispielsweise je nach ihrer Religion). In diesem Fall bezieht sich das einzige Kriterium auf den Verweis auf die innerstaatlichen Kollisionsnormen des betreffenden Staates. Diese Lösung spiegelt diejenige wider, die in allen Haager Übereinkommen gewählt wurde, die sich mit diesem Problem befasst haben. Sie drängt sich auf, weil die Vorschriften des Protokolls, die sich in der Regel auf ein territoriales Kriterium stützen, ungeeignet sind, um interpersonale Kollisionen abzuwehren. Im Gegensatz zu anderen Übereinkünften sieht das Protokoll kein subsidiäres Kriterium für den Fall vor, dass in dem betreffenden Staat keine innerstaatlichen Vorschriften bestehen. Anlässlich der diplomatischen Tagung ist vorgeschlagen worden, dass die Staaten, die hinsichtlich der betroffenen Personengruppen verschiedene nicht einheitliche Rechtssysteme im Bereich der Unterhaltspflichten und keine innerstaatlichen Kollisionsnormen in dieser Hinsicht haben, solche Vorschriften einführen, bevor sie Vertragspartei des Protokolls werden.

Artikel 18 Koordinierung mit den früheren Haager Übereinkommen über Unterhaltspflichten

194. Dieser Artikel bestimmt, dass das Protokoll im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten die Haager Unterhaltsübereinkommen von 1956 und 1973 ersetzt. Diese Vorschrift übernimmt entsprechend die Bestimmung in Artikel 18 des Übereinkommens von 1973.

195. Die Ersetzung findet nur im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten statt, was bedeutet, dass die früheren Übereinkommen, selbst in einem Staat, der Vertragspartei des Protokolls geworden ist, im Verhältnis zu anderen Staaten, die Vertragspartei dieser Übereinkünfte sind und dem Protokoll nicht beigetreten sind, anwendbar bleiben.

196. Das Unterhaltsübereinkommen von 1956 ist nur anzuwenden, wenn es zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führt. Es verlangt daher keine *erga omnes*-Wirkung (vgl. Art. 6 des Übereinkommens). Artikel 18 sieht ferner vor, dass das Protokoll „im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten“ das Übereinkommen von 1956 ersetzt, ohne dass dies ge-

kündigt werden müsste. Diese Bestimmung gibt der Anwendung des Protokolls gegenüber dem früheren Übereinkommen zumindest zwischen den Vertragsstaaten der beiden Instrumente eindeutig den Vorrang. Man könnte zwar aus Artikel 18 schließen, dass er einem Vertragsstaat der beiden Instrumente gestattet, im Verhältnis zu einem Vertragsstaat des Unterhaltsübereinkommens von 1956, der aber nicht durch das Protokoll gebunden ist, von der Anwendung des Protokolls abzuweichen. Dieser Fall, der jedenfalls eine Ausnahme bleiben wird, wird aber vor allem schwer zu behandeln sein, weil ein konkretes Kriterium fehlt, um zu bestimmen, wann es um das Verhältnis zu einem solchen Staat geht. Angesichts dieser Mehrdeutigkeit könnte man sich am Ziel des Artikels 18 orientieren, um der Anwendung des Protokolls auch in diesem Fall den Vorzug zu geben.

197. Die Koordinierung mit dem Unterhaltsübereinkommen von 1973 ist heikler, da es wie das Protokoll einen universellen Anwendungsbereich beansprucht (vgl. Art. 3 des Übereinkommens und Art. 2 des Protokolls). Die Wirkung des Artikels 18 ist wie im Fall des Übereinkommens von 1956, dass das Protokoll zumindest „im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten“ den Vorrang hat, ohne dass das Übereinkommen von 1973 zu kündigen wäre. Es könnte auch daraus gefolgert werden, dass diese Bestimmung einer Vertragspartei des Protokolls und des Übereinkommens von 1973 gestattet, in ihrem Verhältnis zu einer Vertragspartei des Übereinkommens von 1973, aber nicht des Protokolls von der Anwendung des Protokolls abzuweichen. Dies löst dennoch nicht das Problem der Kollision von Übereinkünften in den Fällen, in denen die beiden Instrumente in einem konkreten Fall zu einer unterschiedlichen Lösung führen, da ein Kriterium fehlt, um zu bestimmen, wann es um das „Verhältnis zwischen Vertragsstaaten“ geht. Diese Fälle treten wegen der universellen Anwendung der beiden Übereinkünfte möglicherweise häufiger als die im vorherigen Absatz genannten auf. Angesichts dieser Schwierigkeiten besteht umso mehr Grund, sich an dem Ziel des Artikels 18 zu orientieren, um der Anwendung des Protokolls, d.h. einem moderneren System, das dazu bestimmt ist, die Vorschriften des Übereinkommens von 1973 zu ersetzen, gegenüber der Anwendung dieses Übereinkommens den Vorzug zu geben. Diese Lösung wird weiterhin durch Artikel 19 des Übereinkommens von 1973 unterstützt, dadurch dass „[d]ieses Übereinkommen [...] nicht andere internationale Übereinkünfte, deren Vertragspartei ein Vertragsstaat des Übereinkommens ist oder wird und die Bestimmungen über die durch dieses Übereinkommen geregelten Angelegenheiten enthalten“ berührt.

Artikel 19 Koordinierung mit anderen Übereinkünften

198. Die Koordinierung mit anderen Übereinkünften ist einfacher. Nach Artikel 19 lässt nämlich das Protokoll internationale Übereinkünfte unberührt, denen Vertragsstaaten als Ver-

tragsparteien angehören oder angehören werden und die Bestimmungen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht enthalten. Das Protokoll hat nur Vorrang gegenüber diesen vorherigen oder späteren Übereinkünften, wenn die durch diese Übereinkünfte gebundenen Staaten eine gegenteilige Erklärung abgegeben haben.

199. Es ist hervorzuheben, dass diese Lösung nach Artikel 19 Absatz 2 auch für das Verhältnis zwischen dem Protokoll und dem Einheitsrecht gilt, das auf besonderen Verbindungen insbesondere regionaler Art zwischen den betroffenen Staaten beruht. Hieraus folgt beispielsweise, dass das Protokoll gegebenenfalls gegenüber einer künftigen regionalen Übereinkunft über das gleiche Thema zurücktreten würde.

Artikel 20 Einheitliche Auslegung

200. Durch diese inzwischen für alle einheitsrechtlichen Übereinkünfte klassische Klausel verpflichten sich die Vertragsparteien des Protokolls bei der Auslegung des Protokolls seinem internationalen Charakter und der Notwendigkeit, seine einheitliche Anwendung zu fördern, Rechnung zu tragen. Dies beinhaltet unter anderem die Verpflichtung der Behörden der Vertragsstaaten, soweit möglich die Entscheidungen zu berücksichtigen, die in Anwendung des Protokolls in anderen Vertragsstaaten ergangen sind. Diese Entscheidungen haben selbstverständlich nur Überzeugungskraft, da die Behörden der anderen Staaten nicht verpflichtet sind, sie zu befolgen.

Artikel 21 Prüfung der praktischen Durchführung des Protokolls

201. Um eine Kontrolle sicherzustellen, sieht Artikel 21 vor, dass der Generalsekretär erforderlichenfalls eine Spezialkommission zur Prüfung der praktischen Durchführung des Protokolls einberufen kann.

202. Zu dem gleichen Zweck und zur Erleichterung des Zugangs der Behörden der Vertragsstaaten zu den in anderen Staaten in Anwendung des Protokolls ergangenen Entscheidungen verpflichten sich die Vertragsstaaten, mit dem Ständigen Büro bei der Sammlung der Rechtsprechung zur Anwendung des Protokolls zusammenzuarbeiten.

Artikel 22 Übergangsbestimmungen

203. Gemäß diesem Artikel findet das Protokoll keine Anwendung auf Unterhalt, der in einem Vertragsstaat für einen Zeitraum vor Inkrafttreten des Protokolls in diesem Staat ver-

langt wird. Durch diese Bestimmung soll vermieden werden, dass neue Vorschriften sich auf die Rechte und Pflichten der Parteien, die vor ihrem Inkrafttreten bestanden haben, auswirken. Diese Lösung entspricht der in Artikel 12 des Unterhaltsübereinkommens von 1973 vorgesehenen Lösung²⁴.

204. Im Gegensatz zum Übereinkommen (*vgl.* Art. 56 Abs. 1) ist das Protokoll daher nicht in allen Verfahren anzuwenden, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet werden; umgekehrt ist seine Anwendung nicht ausgeschlossen, wenn das Verfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist. Ganz im Gegenteil ist in den beiden Fällen zu bestimmen, *für welchen Zeitraum* Unterhalt verlangt wird. Wird er für einen Zeitraum vor dem Inkrafttreten des neuen Instruments verlangt (z.B., wenn die berechtigte Person die Zahlung von Rückständen verlangt), ist das Protokoll nicht anzuwenden, obgleich der Antrag nach seinem Inkrafttreten gestellt worden ist. Für die Unterhaltspflicht gelten für diesen Zeitraum die Vorschriften des internationalen Privatrechts (auf innerstaatlichen Vorschriften oder Übereinkommen beruhend), die in dem Staat des angerufenen Gerichts vor dem Inkrafttreten des Protokolls anzuwenden waren. Umgekehrt hat eine Behörde, die nach dem Inkrafttreten des Protokolls über künftig geschuldeten Unterhalt zu entscheiden hat, diese Übereinkunft anwenden, selbst wenn der Antrag vor dem Inkrafttreten gestellt worden war.

Artikel 23 Unterzeichnung, Ratifikation und Beitritt

205. Diese Bestimmung entspricht der Bestimmung, die sich in den meisten Haager Übereinkommen findet. Die Vorschriften für Unterzeichnung, Ratifikation und Beitritt entsprechen herkömmlichen Lösungen und bedürfen daher keines besonderen Kommentars (*vgl.* Art. 58 des Übereinkommens und Rdnrn. 689 bis 694 des Borrás-Degeling-Berichts).

206. Im Rahmen einer Übereinkunft, die den Titel Protokoll trägt, kommt dieser Bestimmung jedoch eine ganz besondere Bedeutung zu, denn sie setzt den Grundsatz der Unabhängigkeit dieses Instrument gegenüber dem Übereinkommen fest, in dessen Zusammenhang es ausgearbeitet worden ist. Wie bereits herausgestellt wurde, kann jeder Staat das Protokoll unterzeichnen, ratifizieren oder ihm beitreten, selbst wenn er das Übereinkommen nicht unterzeichnet oder ratifiziert hat oder ihm nicht beigetreten ist. Nach einigem Zögern ist diese Lösung auf der diplomatischen Tagung angenommen worden, ohne dass dies in den Augen der Delegierten eine Änderung der Überschrift des Protokolls zum Übereinkommen rechtfertigt (*vgl. oben* Rdnr. 15 ff.).

²⁴ Verwilghen-Bericht, a.a.O., Fußnote 11, Rdnr. 182 ff.

Artikel 24 Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration

207. Wie das Übereinkommen (vgl. Art. 59) enthält das Protokoll eine Bestimmung, mit der die Bedingungen festgelegt werden, unter denen eine Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration Vertragspartei werden kann. Es handelt sich um eine neuere Schlussbestimmung, die nur in den letzten im Rahmen der Haager Konferenz angenommenen Übereinkünften zu finden ist (insbesondere Art. 29 des *Haager Übereinkommens vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen*, Art. 18 des *Haager Übereinkommens vom 5. Juli 2006 über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung*). Es wird daran erinnert, dass die Satzung der Haager Konferenz im Jahr 2007 ebenfalls geändert wurde, um es Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration zu ermöglichen, Mitglied der Konferenz zu werden (vgl. Art. 3 der Satzung). Diese Entwicklung steht im Wesentlichen in Zusammenhang mit der Entwicklung, die innerhalb der Europäischen Union nach dem Vertrag von Amsterdam stattfand und wodurch die Europäische Gemeinschaft im Bereich des internationalen Privatrechts interne und externe Zuständigkeiten erlangt hat. Die Europäische Gemeinschaft ist am 3. April 2007 Mitglied der Konferenz geworden. Artikel 24 ist selbstverständlich allgemein gehalten worden und kann gegebenenfalls auf andere Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration angewandt werden, die Befugnisse in dem vom Protokoll geregelten Bereich haben.

208. Die Bestimmungen in diesem Artikel entsprechen genau den Bestimmungen des Artikels 59 des Übereinkommens. Hinsichtlich eines Kommentars wird daher auf die Randnummern 695 bis 700 des Borrás-Degeling-Berichts verwiesen.

Artikel 25 Inkrafttreten

209. Hinsichtlich des Inkrafttretens des Protokolls verlangt Artikel 25 Absatz 1 die Hinterlegung von zwei Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunden. Diese Lösung, die der in dem Übereinkommen (vgl. Art. 60) sowie in anderen neueren, von der Haager Konferenz angenommenen Übereinkünften (vgl. Art. 31 des *Haager Übereinkommens vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen* und Art. 19 des *Haager Übereinkommens vom 5. Juli 2006 über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung*) entspricht, ist für das Inkrafttreten des Protokolls besonders vorteilhaft. Sie ist durch die Überlegung gerechtfertigt, dass es keine Nachteile für die Anwendung des Protokolls lediglich zwischen zwei Staaten gibt, wenn diese es so wünschen. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass das Protokoll unabhängig von der Anzahl der Staaten, die ihm als Vertragspartei angehören, *erga omnes* anzuwenden ist (vgl. Art. 2).

210. Die anderen Vorschriften des Artikels 25 entsprechen auch denen in Artikel 60 des Übereinkommens sowie in anderen von der Haager Konferenz angenommenen Übereinkünften.

Artikel 26 Erklärungen in Bezug auf nicht einheitliche Rechtssysteme

211. Gemäß dem herkömmlichen Ansatz kann ein Staat, der aus zwei oder mehr Gebiets-einheiten besteht, in denen für die in dem Protokoll geregelten Angelegenheiten unterschiedliche Rechtssysteme gelten, nach Artikel 26 Absatz 1 erklären, dass das Protokoll auf alle seine Gebietseinheiten oder nur auf eine oder mehrere davon erstreckt wird. Fehlt diese Erklärung, so erstreckt sich das Protokoll auf das gesamte Hoheitsgebiet dieses Staates (Art. 26 Abs. 3).

Artikel 27 Vorbehalte

212. Dieser Artikel ist sehr wichtig, da er den Grundsatz festlegt, dass Vorbehalte zu dem Protokoll nicht zulässig sind. Wie bereits erwähnt wurde (*vgl. oben* Rdnr. 25), unterscheidet sich diese Lösung deutlich von der des Unterhaltsübereinkommens von 1973, das es Staaten erlaubt, die Anwendung des Übereinkommens auf bestimmte Unterhaltspflichten zu beschränken (die Pflichten zwischen Ehegatten und zwischen früheren Ehegatten und / oder gegenüber einer Person, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und unverheiratet ist, *vgl. Art. 13*) oder seine Anwendung auf bestimmte Unterhaltspflichten auszuschließen (die Pflichten zwischen Verwandten in der Seitenlinie, die Pflichten zwischen Verschwägerten oder in bestimmten Fällen die Pflichten zwischen geschiedenen oder getrennten Ehegatten oder Ehegatten, deren Ehe als ungültig oder für nichtig erklärt worden ist, *vgl. Art. 14*). Artikel 15 dieses Übereinkommens gestattet es ferner, die Anwendung des Rechts des angerufenen Gerichts vorzubehalten, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete Staatsangehörige des betroffenen Staates sind und der Verpflichtete dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Mehrere Vertragsstaaten hatten Vorbehalte angebracht. Dank Artikel 27 kann der Anwendungsbereich des Protokolls nicht eingeschränkt und von den Lösungen, die es hinsichtlich des anzuwendenden Rechts festschreibt, nicht abgewichen werden.

Artikel 28 bis 30 Erklärungen, Kündigung, Notifikation

213. Diese Artikel enthalten die üblichen Lösungen. Sie bedürfen keines besonderen Kommentars.