

## Ehescheidung zwischen Deutschland und Japan

Bemerkungen zum Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 24. Juni 1996  
zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen

Übersetzt und kommentiert von *Christopher Heath*

In einem vor kurzem veröffentlichten Urteil (Hanrei Jihô Nr. 1578 (1996), 56) hatte sich der Oberste Gerichtshof mit der internationalen Zuständigkeit in einer Ehescheidungsklage auseinanderzusetzen:

### A. TATBESTAND UND ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

„Mit vorliegender Revision rügt die deutsche Revisionsklägerin die ihrer Ansicht nach zu Unrecht bejahte internationale Zuständigkeit für ein durch den japanischen Revisionsbeklagten anhängig gemachtes Scheidungsverfahren. Die Revisionsklägerin und der Revisionsbeklagte hatten am 15. Mai 1982 in der damaligen DDR nach den dortigen Rechtsvorschriften geheiratet. Dort kam am 23. Juni 1984 ihre älteste Tochter zur Welt. Seit 1988 lebten die Parteien als Familie in West-Berlin. Die Revisionsklägerin zog im Januar 1989 aus der gemeinsamen Wohnung aus. Im April 1989 verreiste der Revisionsbeklagte mit der ältesten Tochter nach Japan, zeigte der Revisionsbeklagte indessen danach an, daß er keine Absicht habe, in die Bundesrepublik Deutschland zurückzukehren. Seither ist er mit der ältesten Tochter in Japan wohnhaft.

Am 8. Juli 1989 reichte die Revisionsklägerin beim Familiengericht Berlin-Charlottenburg eine Scheidungsklage ein. Die Klageschrift wurde dem Revisionsbeklagten öffentlich zugestellt. Dieser ließ sich jedoch nicht ein. Das Gericht entsprach dem Scheidungsbegehren der Revisionsklägerin und sprach in dem Urteil vom 8. Mai 1990 das Sorgerecht für die ältere Tochter der Revisionsklägerin zu.

Am 26. Juli 1989 erhob der Revisionsbeklagte seinerseits die vorliegende Scheidungsklage, die der Revisionsklägerin am 20. September 1990 zugestellt wurde.

Bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit in Ehescheidungssachen kommt dem Wohnsitz des Beklagten erhebliches Gewicht zu. Für den Fall, daß der Beklagte in Japan einen Wohnsitz hat, ist in solchen Fällen regelmäßig die internationale Zuständigkeit zu bejahen. Hat der Beklagte allerdings in Japan keinen Wohnsitz, ergeben sich aber andere Anknüpfungspunkte wie der Wohnsitz des Klägers, die im Zusammenhang mit dem Scheidungsbegehren eine Verbindung zu Japan aufweisen, so liegen positive wie negative Voraussetzungen für die Zuständigkeit eines japanischen Gerichtes vor. Unter welchen Umständen in diesen Fällen die Zuständigkeit der japanischen Gerichte zu bejahen ist, ist auch deshalb schwer zu bestimmen, weil es hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Norm zur internationalen Zuständigkeit gibt. Die Bestimmung richtet sich hier nach der Gerechtigkeit zwischen den Parteien, der Praktikabilität des Gerichtsstandes und der voraussichtlichen Dauer des Verfahrens. Diese Umstände sollen im Rahmen der angemessenen Sachgerechtigkeit (*jôri*) gegeneinander abgewogen werden. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist auf der einen Seite zu berücksichtigen, daß die Einlassung für den Beklagten Unbequemlichkeiten mit sich brächte, auf der anderen Seite zu bedenken, inwieweit der Kläger in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht versucht hat, das in einem anderen Lande anhängig gemachte Scheidungsverfahren zu torpedieren, oder aber umgekehrt, der Kläger durch ein solches Verfahren seines Rechtes auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verlustig ginge.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist die Ehe nach der rechtskräftigen Entscheidung des deutschen Gerichtes geschieden worden mit der Folge, daß die Ehe zwischen der Revisionsklägerin und dem Revisionsbeklagten nicht mehr besteht und der Revisionsklägerin das Sorgerecht für das Kind zugesprochen worden ist. Allerdings ist dieses Urteil nach Art. 200 Abs. 2 ZPG in Japan nicht anerkennungsfähig, so daß die Ehe als noch bestehend angesehen werden muß. Wenn der Revisionsbeklagte unter diesen Umständen in Deutschland eine Scheidungsklage anhängig machte, so ist die Möglichkeit sehr groß, daß diese abgewiesen würde, weil die Ehe als rechtlich geschieden gilt. Macht nun der Revisionsbeklagte hier in Japan eine Scheidungsklage anhängig, so erscheint dies für ihn als die einzige Möglichkeit, sich Gehör zu verschaffen. Zieht man diese Umstände in Betracht, so erscheint es im Hinblick auf die konkrete Sachgerechtigkeit (*jôri*) angemessen, die internationale Zuständigkeit für die vorliegend erhobene Scheidungsklage zu bejahen. Der Vorinstanz kann insoweit im Ergebnis gefolgt werden. ... Die Entscheidung ist einstimmig ergangen.“

## B. ANMERKUNG:

### 1. *Tatbestand*

Recht, das nicht den Menschen dient, ist nach einem Worte *Adolf Arndts* unmenschliches Recht. Um unmenschliches, unsinniges oder ungerechtes Recht zu korrigieren, haben die Gerichte fast aller Rechtsordnungen Korrekturinstrumente entwickelt. In England beispielsweise wurde das strenge römisch-rechtliche Denken in *actiones* durch die Errichtung eines Equity-Court erheblich gemildert. Die „equitable solution“, also die angemessene Lösung eines Falles, wurde damit ganz pointiert zum Gegenteil der „legal solution“, der Lösung anhand des Rechts. In Deutschland hat die Rechtsprechung den systematisch nur für das Schuldrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben als ein die gesamte Rechtsordnung durchziehendes Prinzip angesehen, das nicht selten dann herhalten muß, wenn es an sachangemessenen Vorschriften oder gar Anspruchsgrundlagen fehlt. Die Entscheidung eines Falles anhand der konkreten Sachangemessenheit ist daher ein Gedanke, der nationalen Rechtsordnungen nicht fremd ist. Dies muß umso mehr für das japanische Recht gelten, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen nämlich zielen japanische Entscheidungen vielmehr als deutsche auf den konkreten Interessenausgleich im Einzelfall, weniger hingegen auf die Aufstellung abstrakter, übertragbarer Rechtsgrundsätze. Zum anderen bedarf es, wie sich in England gezeigt hat, der Korrektur des übernommenen Rechts mit dem Ziel der Anpassung an den eigenen Kulturkreis. Das gilt besonders für Japan, das fremdes Recht im letzten Jahrhundert nicht aus besserer Einsicht, sondern aus einer Art Interessenabwägung rezipiert hatte, um die mit den westlichen Mächten Frankreich, England, Amerika und Rußland abgeschlossenen sogenannten „ungleichen Verträge“ revidieren zu können. Danach waren Angehörige dieser Staaten nicht dem japanischen, weil barbarischen Rechtssystem unterworfen. *Jôri* ist daher als ungeschriebene Rechtsquelle ihrem Inhalt nach wohl spezifisch japanisch, ihrem Grundgedanken nach hingegen eher universell.<sup>1</sup>

Konkrete Sachangemessenheit als Gerechtigkeitskriterium wäre diesem Fall, läßt man ihn einmal Revue passieren, durchaus angemessen. Noch zu DDR-Zeiten heiratet eine Ostdeutsche einen Japaner. Man mag vermuten, daß die Hoffnung auf ein besseres Leben im Westen dabei auch eine Rolle gespielt hat. Das Ehepaar hat, soweit sich dies aus dem Sachverhalt entnehmen läßt, jedenfalls zwei Kinder. Während der dramatischen Umwälzungen in Berlin und der DDR im Jahre 1988/1989 trennt sich das zuletzt in Berlin-Charlottenburg wohnende Ehepaar. Kurze Zeit später verläßt der japanische Ehemann Deutschland auf Nimmerwiederssehen und nimmt die ältere Tochter mit. Nach seinem eigenen Klagevortrag hat er dabei fast den strafrechtlichen Tatbestand der Kindesentführung erfüllt. Diese kann auch unter gemeinsam erziehungsberechtigten Ehegatten untereinander begangen werden, setzt allerdings „List, Drohung oder Gewalt“ voraus, und daran wird es fehlen, wenn der Ehemann ursprünglich vorhatte, von seiner Japanreise zu-

sammen mit der Tochter zurückzukehren. An seiner Einlassung mag man Zweifel haben, zu widerlegen wird sie ihm allerdings nicht sein. Wohl anwaltlich beraten, erhebt die nach wie vor in Berlin-Charlottenburg wohnende Frau Scheidungsklage mit dem Ziel, das Sorgerecht für die ältere Tochter zugesprochen zu bekommen. Die Klage wird nicht auf konsularischem Wege, sondern öffentlich zugestellt. Warum, wissen wir nicht. Daß der japanische Ehemann die Klageschrift allerdings erhalten hat, liegt nahe. Denn warum sonst sollte er nur ganz kurze Zeit später seinerseits Scheidungsklage in Japan erheben? Er wird dies mit der Erwartung getan haben, hierdurch jedenfalls die Vollstreckung eines deutschen Urteils zu verhindern. Obgleich es wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes keine Versäumnisurteile in Scheidungssachen gibt, ergeht in der am 8. Juli 1989 anhängig gemachten Scheidungsklage beim Familiengericht Berlin-Charlottenburg bereits am 8. Mai 1990 ein Urteil, das die Ehe für geschieden erklärt und der Mutter das Sorgerecht für die ältere Tochter überträgt. Die am 26. Juli 1989, also nur 18 Tage später erhobene Scheidungsklage des Mannes, deren Zustellung seltsamerweise erst nach dem Erlaß des deutschen Urteils erfolgt, nimmt ihren Weg durch die Instanzen. Der Oberste Gerichtshof entscheidet etwa sieben Jahre später, allerdings auch nur über die Frage der Zuständigkeit. Anders als der Mann hatte sich seine Frau auf das Verfahren in Japan eingelassen. Ihr Ziel wird es wohl gewesen sein, daß die japanischen Gerichte ihre Zuständigkeit verneinten. In der ersten Instanz war sie damit auch erfolgreich. Das erstinstanzliche Gericht berief sich dabei darauf, daß weder die Beklagte in Japan einen Wohnsitz habe, noch das eheliche Leben irgendeinen Bezug zu Japan aufweise. Nicht so die beiden Folgeinstanzen. Sowohl das Obergericht Tokyo als auch der Oberste Gerichtshof haben die Zuständigkeit der japanischen Gerichte für die Scheidungsklage bejaht, wobei auf die Argumentation noch näher einzugehen sein wird.

Insgesamt hat das ganze Verfahren in Japan sieben Jahre gedauert. Während dieser Zeit dürfte die Ehefrau ihre Tochter nicht zu Gesicht bekommen haben, was eine große Härte bedeutet. Hinzu kommt eine erhebliche finanzielle Belastung für die Ehefrau, die mit der Beauftragung eines japanischen Anwalts über drei Instanzen verbunden ist. Die Tochter, um die es in dem Verfahren geht, ist 1984 geboren. Sie wurde mit fünf Jahren nach Japan verbracht und hat – dies kann man vermuten – seitdem nicht mehr deutsch gesprochen oder mit Deutschland Kontakt gehabt. Ihre damalige Muttersprache wird sie wohl inzwischen, zwölfjährig, vergessen haben. Ein japanisches Gericht, das nunmehr in der Sache über die Scheidungsklage entscheiden wird, kann – so läßt sich argumentieren – das Sorgerecht bereits deshalb mit guten Gründen dem Mann zusprechen.<sup>2</sup>

Um Schutz vor eigenmächtigen Kindesentführungen im Bereich gemischt-nationaler Ehen zu gewähren, ist am 24. Oktober 1980 das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung unterzeichnet worden.<sup>3</sup> Das Abkommen soll sicherstellen, daß der status quo ehelicher Kinder insbesondere im Hinblick auf deren Aufenthaltsort im Falle der Trennung beider Eltern beibehalten wird, bevor über das Sorgerecht endgültig entschieden wird. Das in Art. 1 festgehaltene Ziel des Übereinkommens ist es, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen und zu gewährleisten, daß das in einem Vertragsstaat bestehende Sorgerecht und Recht zum persönlichen Umgang in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird. Während Deutschland dem Abkommen mit Wirkung vom 6. April 1990 beigetreten ist,<sup>4</sup> steht eine Mitgliedschaft Japans noch aus<sup>5</sup>. Das Abkommen soll genau Fälle wie den vorliegenden erfassen, in denen „die Person, die das Kind zurückhält, zu erreichen versucht, daß eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung des Zufluchtsstaates die von ihr geschaffene tatsächliche Situation zu einer gesetzlichen macht ... [solange] die dem einzelnen eröffnete Möglichkeit [besteht], mehr oder weniger künstliche internationale Zuständigkeitsverbindungen zu schaffen. Der einzelne kann auf diesem Weg tatsächlich das anzuwendende Recht verfälschen und eine für ihn günstige gerichtliche Entscheidung erlangen. Sicher hat eine solche Entscheidung nur eine geographisch beschränkte Wirksamkeit, insbesondere dann, wenn neben ihr andere, inhaltlich entgegengesetzte Entscheidungen sonstiger Gerichte vorliegen; sie stellt aber auf jeden Fall einen Rechtstitel dar, der für die ‚Legalisierung‘ einer Tatsachenlage ausreicht, die keines der betroffenen Rechtssysteme wünschte.“<sup>6</sup> Trotz der Teilnahme

Japans an der Beschlußfassung über das Haager Abkommen und der Bedeutung dieses Abkommens für Fälle wie den vorliegenden findet sich in der japanischen Literatur keine Diskussion über einen möglichen Beitritt.<sup>7</sup>

## 2. Zur Anerkennung ausländischer zivilrechtlicher Urteile in Japan

Die Anerkennung ausländischer zivilrechtlicher Urteile,<sup>8</sup> richtet sich gegenwärtig nach Art. 200 des japanischen Zivilprozeßgesetzes (ZPG).<sup>9</sup> Diese Vorschrift wurde durch die ZPG-Novelle vom 18. Juni 1996 leicht geändert (nunmehr Art. 118 ZPG), die Änderung tritt allerdings erst zum 1. Januar 1998 in Kraft.

Gegenwärtig liest sich Art. 200 ZPG wie folgt:

„Art. 200 – Wirkung ausländischer rechtskräftiger Urteile.

Ein rechtskräftiges Urteil eines ausländischen Gerichts ist nur dann der Rechtskraft fähig, wenn es die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

1. die Gerichtsbarkeit des ausländischen Gerichts ist durch Gesetze, Verordnungen oder Verträge nicht ausgeschlossen;
2. dem unterlegenen Beklagten ist eine für die Eröffnung des Verfahrens erforderliche Ladung oder eine richterliche Anordnung zugestellt worden, die keine öffentliche Zustellung ist oder der Beklagte hat sich im Falle einer nichtordnungsgemäßen Zustellung auf das Verfahren eingelassen;
3. der Inhalt des Urteils verstößt nicht gegen den *ordre public* oder die guten Sitten, und
4. die Gegenseitigkeit ist verbürgt.“

Die Vorschrift ist zum 1. Januar 1998 nun insoweit geändert worden, als sich der in Ziff. 3 genannte Verstoß gegen den *ordre public* oder die guten Sitten nicht nur auf den Inhalt des Urteils, sondern auch *das Verfahren an sich* beziehen kann.

Im vorliegenden Falle wurde die Klagschrift des Familiengerichts Charlottenburg dem Beklagten öffentlich zugestellt. Er hat sich im weiteren auch nicht auf das Verfahren eingelassen. Bereits aus diesem Grunde dürfte eine Anerkennung des deutschen Urteils in Japan nicht in Betracht kommen. Leider sind die Einzelheiten zu wenig bekannt, um rekonstruieren zu können, warum eine öffentliche Zustellung erfolgt ist, obwohl doch der Beklagte selbst nur wenige Tage später in Japan seinerseits Klage erhoben hat und damit seine Adresse bekannt gewesen sein müßte. Eine konsularische Zustellung hätte insoweit eigentlich möglich gewesen sein sollen. Ein Versuch hätte sich insbesondere deshalb gelohnt, weil der Art. 200 Nr. 2 ZPG eben in ganz eindeutiger Weise die Anerkennung einer öffentlichen Zustellung ausschließt. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, daß der beklagte Ehemann von der gegen ihn in Deutschland erhobenen Klage auf irgendeine Art und Weise Kenntnis erlangt hat – wofür die eigene Klagerhebung nur Tage später spricht –, so genügt die Kenntniserlangung an sich nicht. Vielmehr muß sich der Beklagte tatsächlich auf das Verfahren eingelassen haben.<sup>10</sup> Die öffentliche Klagezustellung ist damit ein sicherer Stolperstein auf dem Wege zur Anerkennung eines ausländischen Urteils.

Gleichwohl scheint der Beklagte diesem Hindernis allein nicht getraut zu haben. Vielmehr hat er selbst in Japan Klage erhoben, aller Voraussicht nach mit dem Interesse, in gleicher Sache ein japanisches Urteil anderen Inhalts zu erwirken. Ein entgegenstehendes japanisches Urteil in gleicher Sache schließt nämlich die Anerkennung aus.<sup>11</sup>

Die spätere Erhebung einer Klage in Japan in gleicher Sache zwischen denselben Parteien mit dem Ziel der Wirkung eines anders lautenden Urteils fällt auch nicht unter das Verbot entgegenstehender Rechtshängigkeit nach Art. 231 ZPG, in dem es heißt:

„Die Parteien können nicht erneut über einen Gegenstand Klage erheben, der bereits bei einem Gericht anhängig ist“.

Als „Gericht“ im Sinne von Art. 231 ZPG wurde zunächst jedenfalls nur ein inländisches Gericht angesehen.<sup>12</sup> Als Problem wurde die ausländische Rechtshängigkeit gegenüber dem gleichen Streitgegenstand erst erkannt, als es in Mode kam, die drohende Voll-

streckung US-amerikanischer Urteile vorwiegend in Produkthaftungsklagen durch die Erhebung negativer Feststellungsklagen in Japan zu vereiteln.<sup>13</sup> In der Folgezeit haben sich sowohl in der Rechtsprechung wie auch in der Literatur zwei im Ansatz unterschiedliche Ansichten darüber herausgebildet, ob und in welcher Weise die ausländische Rechtshängigkeit über den gleichen Streitgegenstand zu beachten sei. Die erste Ansicht hält im Anschluß an die deutsche Rechtsprechung und Lehre<sup>14</sup> die ausländische Rechtshängigkeit dann für beachtlich, wenn ein in dieser Sache ergehendes ausländisches Urteil in Japan anerkannt würde (Prognose der Anerkennungswahrscheinlichkeit). Kann mit anderen Worten das ausländische Urteil aufgrund einer Vollstreckungsmöglichkeit im Inland einem inländischen gleichgestellt werden, so ist nicht ersichtlich, warum ein auf ein solches Urteil gerichtetes Verfahren nicht ebenfalls beachtlich sein sollte.<sup>15</sup>

Im Gegensatz zu dieser „deutschen Methode“ mißt die zweite Ansicht (sog. *forum non conveniens*-Methode) der ausländischen Rechtshängigkeit über den gleichen Streitgegenstand grundsätzlich keine prozeßhindernde Funktion bei. Allerdings prüft sie die ausländische Rechtshängigkeit als einen besonderen Umstand im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeitsprüfung, im Regelfalle Art. 15 Abs. 1 ZPG (Art. 5 Abs. 10 n.F. ZPG), dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung. Bei der Prüfung der internationalen Zuständigkeit gehe es darum, das Gericht für zuständig zu erklären, das den Fall am sachgerechtesten beurteilen könne. Kriterien hierfür seien die Zumutbarkeit für Kläger bzw. Beklagten, im Ausland zu klagen bzw. verklagt zu werden, die Günstigkeit der Beweisaufnahme, sonstige Aspekte der Prozeßökonomie und schließlich auch die Vermeidung einander widersprechender Urteile.<sup>16</sup> Die erste Ansicht kann für sich jedenfalls im Ansatz eine größere Klarheit und Rechtssicherheit in Anspruch nehmen. Entscheidend ist bei ihr indessen die sachgerechte Bestimmung des Streitgegenstandes (denn nur eine anderweitige Klage über den gleichen Streitgegenstand ist klagehindernd) und die Anerkennungsprognose.<sup>17</sup> Die zweite Ansicht vermag sich eher auf die traditionelle Entscheidungsfindung im japanischen Recht nach generellen Kriterien der Sachgerechtigkeit (*jôri*)<sup>18</sup> zu stützen, ist allerdings objektiv schwer nachprüfbar und im Ergebnis schwer vorauszusehen.

Im Ergebnis spielt dieser Theorienstreit hier keine Rolle, weil die Anerkennung des ausländischen Urteils eben aufgrund der öffentlichen Zustellung ohnedies nicht in Betracht kommt.

### 3. Zur Anerkennung von Scheidungsurteilen im besonderen

Ob die Anerkennung rechtsgestaltender Urteile wie namentlich Scheidungsurteile ausländischer Gerichte nach Art. 200 ZPG überhaupt in Frage kommt, ist in Japan umstritten. Hierüber gibt es in Rechtsprechung und Lehre im wesentlichen drei Ansichten:

(1) Die erste will eine Anerkennung davon abhängig machen, ob auch nach japanischem internationalen Zivilrecht das Recht der Rechtsordnung zur Anwendung gekommen ist, nach dem das ausländische Urteil entschieden wurde. Hätte, mit anderen Worten, das japanische Recht für die Scheidungsklage auf das deutsche Recht verwiesen? Das anwendbare Recht in Ehesachen ergibt sich aus Artt. 14 und 16 *Hôrei*<sup>19</sup>, wonach das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts bzw. der beiden Ehegatten nahestehendsten Rechtsordnung zur Anwendung kommt. Ist einer der Ehegatten allerdings Japaner, so findet auf die Scheidung stets japanisches Recht Anwendung, wenn dieser Ehegatte für gewöhnlich in Japan lebt. Diese Bestimmung wirkt sich höchst nachteilig für den anderen Ehegatten aus. In vorliegendem Falle hatte der Ehemann bereits vor Einreichung seiner Scheidungsklage erklärt, er habe seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Japan und wolle nicht mehr nach Deutschland zurückkehren. Damit kommt für eine in Japan erhobene Scheidungsklage zwingend japanisches Recht zur Anwendung. Auch hier begünstigen die von dem Ehemann geschaffenen faktischen Zustände diesen ganz erheblich.<sup>20</sup> Auf die Verbürgung der Gegenseitigkeit hingegen komme es nicht an.

(2) Die zweite Ansicht will lediglich die Voraussetzungen von Art. 200 Ziff. 1-3 ZPG prüfen, ohne daß es auf das nach japanischem IPR anwendbare Recht oder die Gegenseitigkeit ankomme.<sup>21</sup>

(3) Die dritte Ansicht schließlich unterscheidet sich von der zweiten nur insoweit, als sie auch die Gegenseitigkeit für erforderlich hält und damit die Anerkennung eines Statusurteils in gleicher Weise wie die Anerkennung anderer Urteile prüft.<sup>22</sup>

#### 4. Zur Prüfung der internationalen Zuständigkeit durch die japanischen Gerichte

Dadurch, daß über die Anerkennung des in Deutschland ergangenen Urteils in Japan zu entscheiden ist, ergibt sich allerdings noch keine Zuständigkeit der japanischen Gerichte für die Scheidungsklage.

Die internationale Zuständigkeit im allgemeinen<sup>23</sup> richtet sich nach der maßgeblichen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs hierzu grundsätzlich nach den Zuständigkeitsnormen des ZPG im Lichte der staatlichen Souveränität. Die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit sei dabei nach der Sachgerechtigkeit (*jôri*) anhand dreier Kriterien zu entscheiden: Fairness zwischen den Parteien, angemessenes Gericht und zügiges Verfahren.<sup>24</sup> Die ZPG-Normen zur örtlichen Zuständigkeit (Artt. 2, 4, 5, 8, 15) seien zu berücksichtigen. Bei der Einschlägigkeit einer dieser Normen gebiete *jôri* im Regelfalle, die Zuständigkeit zu bejahen.

Während in der Literatur vorgeschlagen worden ist, die Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit zu ergänzen, neue Normen zu schaffen oder aber die „besonderen Umstände“ gesetzlich zu vertypen,<sup>25</sup> sieht die Neuordnung des Zivilprozeßrechts diesbezüglich keine Vorschläge vor, weil das ganze Gebiet noch zu umstritten sei.

Soweit die internationale Zuständigkeit keinen besonderen gesetzlichen Bestimmungen unterliegt, ist es nach Art. 2 *Hôrei* ohne weiteres zulässig, traditionelles Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle heranzuziehen:

„Bräuche, die nicht im Widerspruch zur öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten stehen, sollen Gesetzeskraft besitzen, soweit sie durch Gesetze oder Verordnungen anerkannt sind oder sich auf Sachverhalte beziehen, die nicht durch Gesetz oder Verordnung geregelt sind“.

*Jôri*, die Sachgerechtigkeit oder „natürliche Vernunft“, die der Oberste Gerichtshof zur Auslegung der Rechtsfrage heranzieht, ist nun allerdings kein Gewohnheitsrecht im eigentlichen Sinne. *Jôri* ist vielmehr „ein Idealbild vom Recht, wie es sein sollte“.<sup>26</sup> *Jôri* ist aber gleichwohl eine Rechtsquelle, die mit dem deutschen Grundsatz von Treu und Glauben verglichen worden ist und anhand des Studiums der japanischen Kulturnormen, des lebenden Rechts und der sozialen Rechtswissenschaft zu bestimmen sei.<sup>27</sup> Ist es daher zulässig, auf Sitten und Gebräuche zurückzugreifen, wo keine einschlägige Rechtsnorm existiert, und jene Gebräuche an *jôri* zu messen, so ist gegen die Auslegungsmethode des Obersten Gerichtshofs nichts einzuwenden.<sup>28</sup>

Speziell im Hinblick auf die Zuständigkeit bei Ehescheidungsklagen gibt es eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs aus dem Jahre 1964.<sup>29</sup> Auch dieser Entscheidung zufolge ist für die Zuständigkeit grundsätzlich der Wohnsitz des Beklagten entscheidend. Daneben allerdings gebiete *jôri*, einen anderen Gerichtsstand dann anzunehmen, wenn der Kläger von seinem Ehepartner böswillig verlassen worden sei, oder aber, die Ermittlung von dessen Verbleib nicht möglich erscheine. Diese Entscheidung, eine der ganz wenigen durch den Großen Senat des Obersten Gerichtshofs gefällten, ist nach wie vor die maßgebliche Leitentscheidung.<sup>30</sup> Allerdings gilt es zu beachten, daß von der grundsätzlichen Zuständigkeitsregelung (Wohnsitz des Beklagten) im wesentlichen deshalb abgewichen wurde, um den Wertungen des materiellen Rechts zur Geltung zu verhelfen. Diesem zufolge ist nämlich eine Ehescheidung zulässig, wenn der Aufenthaltsort des Ehegatten für mehr als drei Jahre unbekannt geblieben ist, oder jener den anderen Ehegatten böswillig verlassen hat, Art. 770 ZG<sup>31</sup>. Beides liegt allerdings in dem hier zu entscheidenden Fall nicht vor. Lediglich die abweichende Meinung von *Okuno*<sup>32</sup> in der oben genannten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs hält eine Zuständigkeit japanischer Gerichte in jedem Falle für gegeben, wenn anders dem Rechtsgewährungsanspruch aus Art. 32 der japanischen Verfassung nicht zur Geltung verholfen werden könnte. Diese Überlegung macht sich der Oberste Gerichtshof vorliegend zu eigen, allerdings nicht

generell, sondern lediglich als besonderen Umstand nach *jôri*. Der Oberste Gerichtshof ist nämlich der Meinung, die Fairness zwischen den Parteien, die Angemessenheit des Gerichtsstandes und das Gebot eines zügigen Verfahrens begründe die Zuständigkeit japanischer Gerichte in vorliegendem Fall. Ganz konkret ist der Oberste Gerichtshof der Auffassung, da eine Anerkennung des deutschen Urteils nach Art. 200 Abs. 2 ZPG in Japan nicht in Betracht komme, könne dieses Urteil in Japan auch keine Wirkungen entfalten. Die Ehe bestehe mithin nach japanischem Recht noch. Erkläre sich das japanische Gericht nun allerdings für unzuständig, so komme ein Verfahren in Deutschland gar nicht mehr in Betracht, weil dort ja bereits ein rechtskräftiges Urteil über die Scheidung vorliege. Weil also der japanische Kläger sein Klagziel in Deutschland überhaupt nicht verfolgen könne und eine andere Zuständigkeit nicht in Sicht sei, komme nur eine Zuständigkeit in Japan in Betracht. Hätte mit anderen Worten die Ehefrau in Deutschland überhaupt nicht geklagt, so müßten die japanischen Gerichte ihre Zuständigkeit verneint haben.

Diese Auffassung, so logisch sie auch erscheinen mag, stellt einen gewissen Bruch mit der Entscheidung aus dem Jahre 1964 dar. Damals nämlich lag der Fall genau umgekehrt: Der Oberste Gerichtshof nahm eine Zuständigkeit aufgrund von *jôri* an, obwohl dadurch ein hinkendes Urteil erwirkt würde, das keine Aussicht auf Anerkennung und Vollstreckung im Ausland habe. Nunmehr wird die Zuständigkeit gerade deshalb angenommen, weil das Urteil eines ausländischen Gerichts gerade ein solches hinkendes ist. Beides mag rechtsdogmatisch vertretbar sein, führt aber im internationalen Rechtsverkehr zu erheblichen Schwierigkeiten. Die Kritik sollte deshalb weniger an der Ausweitung des Gedankens einer Zuständigkeitsbegründung nach Grundsätzen der Billigkeit ansetzen, sondern vielmehr bei der Frage, ob die in diesem Falle gefundene Lösung wirklich billig ist.

##### 5. Zur sachangemessenen Lösung in vorliegendem Fall

Die Rechtslage ist in der Tat sehr verquer. Das deutsche Urteil über eine Statusfrage, nämlich das Bestehen der Ehe, kann in Japan nicht anerkannt werden. Die Nichtanerkennungsfähigkeit im Ausland ist allerdings kein Grund, das deutsche Verfahren in irgendeiner Weise wieder aufzunehmen. Das Urteil ist ja schließlich nach deutschem Recht unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften zustande gekommen. Gewisse Fragen ergeben sich indessen auch hier. So hat es das Gericht (oder der klägerische Anwalt) vielleicht mit der öffentlichen Zustellung etwas zu eilig gehabt. Unter Umständen wäre es jedenfalls im nachhinein betrachtet sinnvoller gewesen, zunächst nicht die Ehescheidung, sondern lediglich die elterliche Sorge nach § 1672 BGB zu beantragen, nachdem der Ehemann ja erklärt hat, nunmehr in Japan bleiben zu wollen und damit eine „nicht nur vorübergehende Trennung“ gegeben war. Dieser Anspruch hätte bei eigenmächtiger Wegnahme des Kindes durch den Ehemann auch im Wege der einstweiligen Anordnung in Verbindung mit dem Anspruch auf Herausgabe des Kindes nach § 1632 BGB verbunden werden können. Selbstverständlich hätte auch ein solches Urteil nur unter den oben beschriebenen Voraussetzungen von Art. 200 ZPG in Japan vollstreckt werden können. Nicht ganz klar ist also, warum die Ehefrau zunächst auf Scheidung geklagt hat. Da durch das Scheidungsurteil auch über die Scheidungsfolgen entschieden worden ist, kommt auch insoweit keine neuerliche Klage in Deutschland in Betracht. Der vom Obersten Gerichtshof vertretene Standpunkt, der japanische Ehemann könne in Deutschland keine Klage mehr erheben, trifft damit zu.

Allerdings ist nun die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit, soll sie in der Tat nach den Grundsätzen der Sachgerechtigkeit erfolgen, nicht zwingend an einen einzigen Umstand gebunden. Während es für die Frage der Anerkennungsfähigkeit des deutschen Urteils keinen richterlichen Beurteilungsspielraum gibt, weil diese Frage für diesen Fall ex lege eindeutig geregelt ist, trifft dies für die Frage der internationalen Zuständigkeit gerade nicht zu. Hier gibt es keine Regelungen, und genau deshalb greift das Gericht auf *jôri* zurück. Und hier beschränkt nun der Oberste Gerichtshof seine Beurteilung der Sachgerechtigkeit auf das Vorliegen eines einzigen, wenngleich in der Tat

gewichtigen Kriteriums, daß nämlich der japanische Kläger vor dem einzigen sonst in Betracht kommenden Forum, nämlich der deutschen Gerichtsbarkeit, mit seiner Klage nicht mehr gehört werde. Das ist richtig, aber wenn man schon eine Beurteilung aufgrund der gesamten Umstände des Falles vornehmen möchte, so darf diese hier nicht stehen bleiben. Ganz wesentlich erscheint doch die Prüfung der Frage, ob sich der japanische Kläger nicht durch sein eigenes Verhalten den Zugang zu den deutschen Gerichten im Endeffekt versperrt hat. Die Berufung auf den sonst fehlenden Rechtsschutz kann doch nur dort greifen, wo nicht durch entsprechendes Verhalten eine Verwirkung dieses Rechtes auf gerichtlichen Zugang eingetreten ist. Die Feststellung, daß allein die japanischen Gerichte dem Kläger noch offen stünden, muß daher dahingehend ergänzt werden, daß der Kläger sich der deutschen Gerichtsbarkeit nicht mißbräuchlich entzogen habe. Und dafür gibt es in dem Sachverhalt doch immerhin einige Anhaltspunkte. Auch dem Obersten Gerichtshof dürfte aufgefallen sein, daß die vom Kläger praktizierte praktische Entziehung des Sorgerechts der Mutter nicht mit den gesetzlichen Vorgaben, selbst denen des japanischen Rechts, in Einklang zu bringen ist. Sobald Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Kläger nach seiner Abreise nach Japan seinen dortigen Aufenthaltsort gegenüber der deutschen Beklagten verschleiert hat, um sich nicht irgendwelchen Ansprüchen ausgesetzt zu sehen, so ist ihm dies bereits aufgrund des jedenfalls gefährdenden Vorverhaltens ohne weiteres zum Nachteil anzulasten. Es wäre also Sache des Klägers gewesen, seinen Aufenthaltsort in Japan der Beklagten unverzüglich und in klarer Weise mitzuteilen, soweit er sich im nachhinein noch darauf soll berufen können, daß ihn die in Deutschland anhängig gemachte Klage nicht erreicht habe. Erst wenn sich herausstellen sollte, daß die deutsche Klage in der Tat ohne Not öffentlich zugestellt worden ist, wird man dem japanischen Kläger den Einwand zugestehen, er könne die deutsche Gerichtsbarkeit nunmehr nicht mehr in Anspruch nehmen. Allein die Tatsache, daß das deutsche Urteil in Japan nicht anerkennungsfähig ist, begründet an sich keine japanische Zuständigkeit. Will sich der Kläger in Japan wiederverheiraten, so ist es ihm ohne weiteres zuzumuten, sich von den deutschen Behörden die Ehescheidung bestätigen zu lassen. Es ist ihm jedenfalls dann zuzumuten, wenn er nicht alles Zumutbare getan hat, der deutschen Ehefrau seinen Aufenthaltsort und unter Umständen ladungsfähige Anschrift mitzuteilen. Es steht zu vermuten, daß der Kläger dies nicht getan hat, um sich nicht Ansprüchen auf Herausgabe der Tochter ausgesetzt zu sehen. Der Sachverhalt läßt hierauf aber nicht genügend Rückschlüsse zu, weshalb es dem Obersten Gerichtshof, hätte er es mit dem Gebot der Sachgerechtigkeit ernst gemeint, gar nicht möglich gewesen wäre, ein Urteil ohne weitere Sachverhaltsaufklärung zu fällen. Mit anderen Worten, eine tatsächliche Abwägung aller Umstände hätte es erfordert, den Fall zur weiteren Sachaufklärung zurückzuverweisen. So aber kann man sich des Eindruckes nicht erwehren, als sei das Gericht bei der Beurteilung internationaler Sachverhalte nicht der in Japan so viel beschworenen *kokusaika* (Internationalisierung) verpflichtet gewesen.

### Anmerkungen

- 1 Weiterführend RÖHL, Rechtsgeschichtliches zu *Jôri*, in: MENKHAUS (Hrsg.), Das Japanische im japanischen Recht (München 1994) 39; TAKESHITA, Neuere Tendenzen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Japan, ZZP Int. 1996, 305.
- 2 Diese Wertung jedenfalls ist in einem Urteil des Obergerichts Tokyo vom 15. November 1993, Hanrei Times Nr. 835, 132, zugrundegelegt worden, in dem das Gericht die Anerkennung einer US-amerikanischen Sorgerechtsentscheidung mit der Begründung abgelehnt hat, das texanische Gericht habe nicht hinreichend beachtet, daß das Kind nunmehr bereits vier Jahre in Japan gelebt und sich den japanischen Lebensverhältnissen angepaßt habe. Eine Anerkennung komme deshalb wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* nicht in Betracht.



- 3 Das Haager Abkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung wurde am 25. Oktober 1980 von Vertretern folgender Länder unterzeichnet: Deutschland, Australien, Österreich, Belgien, Kanada, Dänemark, Spanien, Vereinigte Staaten von Amerika, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Japan, Luxemburg, Norwegen, Niederlande, Portugal, Vereinigtes Königreich, Schweden, Schweiz, Tschechoslowakei, Venezuela und Jugoslawien: erläuternder Bericht zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BT-Drucks. 11/5314, 38 ff.
- 4 Bundesgesetzblatt II, 1990, 206.
- 5 Beigetreten sind neben Deutschland bislang Australien, Frankreich, Kanada, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Vereinigte Staaten von Amerika, Vereinigtes Königreich, Belize, Ungarn, das ehemalige Jugoslawien, Kroatien, Bosnien-Herzegowina, Burkina Faso, Ecuador, Finnland, Griechenland, Rumänien, Bahamas, Mauritius, Monaco, Mexiko, Neuseeland, Irland, Polen, Israel und Honduras.
- 6 Erläuternder Bericht, Erwägungsgründe 14 und 15, auch abgedruckt in: BÜLOW / BÖCKSTIEGEL, Der internationale Rechtsverkehr, Loseblatt (Stand Dezember 1990), E 8 – 797 – 86/87.
- 7 OKAGAKI / NODA (Hrsg.), *Kôza, Jitsumu kaji shimpanhō* [Vorlesung, Praxis familienrechtlicher Entscheidungen] (Tokyo 1990) 165 ff. geht zwar auf die Probleme internationaler Ehescheidungsverfahren ein, nicht jedoch auf das oben genannte Haager Abkommen.
- 8 Einen Überblick geben KONO / TRUNK, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Japan, ZJP 1989, 319.
- 9 *Minji soshō-hō*, Gesetz Nr. 29/1980 i.d.F.d. Ges. Nr. 30/1992.
- 10 Nach deutschem Recht genügt es grundsätzlich, daß der Beklagte Kenntnis von dem gegen ihn laufenden Verfahren erlangt hat. Es genügt dabei auch Kenntnis in einem späteren Stadium des Verfahrens, und davon wird man wohl in vorliegendem Falle ausgehen dürfen. Vgl. KG, NJW 1977, 1018; GEIMER, IZPR, 2. Aufl. 1993, Rz. 2922.
- 11 Urteil des Distriktgerichts Osaka vom 23. Dezember 1977, Hanrei Times Nr. 361 (1978), 127 = Juristo 670 (1978), 171 m.Anm.v. EBISAWA.
- 12 Urteil des Obergerichts Tokyo vom 18. Juli 1957, Kakyū Minshū 8/7 S. 1281; Urteil des Distriktgerichts Osaka vom 9. Oktober 1973, Hanrei Jihō Nr. 728 (1974), 76; diese Auffassung ist auch z.T. in der Literatur vertreten worden: TAKAKUWA, *Naikoku hanketsu to teishoku suru gaikoku hanketsu no shōnin no kahi* [Keine Anerkennung eines ausländischen Urteils bei Kollision mit einem inländischen] NBL Nr. 155, 9; KANEKO, *Jōkai minji soshōhō* [Kommentar zum Zivilprozeßrecht] 1950, 249; KIKUI / MATSUMURA, *Minji soshōhō* [Zivilprozeßrecht] 1964, 89; MITSUKI, Juristo Nr. 337 (1966) 146.
- 13 Trendsetter war das Zwischenurteil des Distriktgericht Osaka vom 9. Oktober 1973, Hanrei Jihō Nr. 728 (1974), 76 sowie das Endurteil in gleicher Sache vom 14. Oktober 1974, Hanrei Times Nr. 361 (1978), 132 – „Metallpreßmaschine“; die Vollstreckung des US-amerikanischen Urteils wurde denn auch abgelehnt: Entscheidung des Distriktgerichts Osaka vom 22. Dezember 1977, Hanrei Times Nr. 361 (1978), 127. Kommentierungen dazu von EBISAWA, Juristo Nr. 670 (1978), 171; MITSUKI, Juristo Nr. 693 (1979), 282; FUJITA, Hanrei Times Nr. 390 (1979), 246; BAUM, Inländische Abwehrklagen gegen US-amerikanische Produkthaftungsklagen, in: HELDRICH / KONO, Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts (1994) 185.
- 14 BGH NJW 1986 S. 2196; BGH NJW 1987 S. 1083 m.Anm.v. GEIMER; Münchner Kommentar ZPO, LÜKE Art. 261 Rdnr. 74-79; GEIMER, Internationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1993 Rdnr. 2685 ff.; für Japan: DÔGAUCHI, *Kokusaiteki soshō kyōgo* [Ausländische Rechtshängigkeit], Hōgaku Kyokai Zasshi Bd. 100/4, 740; SAWAKI, Battle of lawsuits, *lis pendens* in international relations, JAIL 23 (1980), 17; SAKAI, *Kokusai nijū kiso ni kan suru kaishakuron kōsatsu* [Zur Behandlung der internationalen, doppelten Rechtshängigkeit] Hanrei Times Nr. 829 (1994) 39.
- 15 Art. 231 ZPG wird damit im Ergebnis analog auf Verfahren angewandt, die auf ein in Japan anerkennungsfähiges Urteil hinauslaufen.

- 16 Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 15. Februar 1984, Hanrei Times Nr. 525 (1984), 132 (Zuständigkeit abgelehnt); Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 19. Juni 1989, Hanrei Times Nr. 703 (1989), 240 (Zuständigkeit bejaht); Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 29. Januar 1991, Hanrei Times Nr. 764 (1991), 256 (Zuständigkeit abgelehnt).
- 17 Allerdings muß der Streitgegenstand ohnedies im Rahmen des Anerkennungsverfahrens geprüft werden, denn nur die Vollstreckung eines den gleichen Streitgegenstand betreffenden anderslautenden Urteiles ist ausgeschlossen. Es wird also nur vorweggenommen, was ohnedies zu geschehen hat. Zur Anerkennungsprognose: KONO/TRUNK, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Japan, ZZP 1989, 319. Im übrigen kann man sich ohnedies fragen, wo das Rechtsschutzbedürfnis geblieben sein soll, wenn keine Anerkennungsmöglichkeit besteht: DÔGAUCHI, Hanrei Jihô Nr. 1409 (1994) 173.
- 18 Einzelheiten bei RÖHL (Fn. 1) 39.
- 19 Rechtsanwendungsgesetz Nr. 89/1898 i.d.F.d. Ges. Nr. 27/1989.
- 20 Die Auffassung, die materiellen Verweisungsnormen des japanischen internationalen Privatrechts seien bei Gestaltungsfragen zu berücksichtigen, ist in einem Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 15. März 1961 (Ge-Minshû 12-3, 486) vertreten worden. Ebenso: EGAWA, Gaikoku hanketsu no shônin (Anerkennung ausländischer Urteile), Hôsô Kyôkai Zasshi 50-11, 63; TAMEIKE, Kokusai shihô kôza (Internationales Privatrecht) II, 582.
- 21 Urteil des Distriktgerichts Yokohama vom 7. September 1971, Ge-Minshû 22-9/10, 937; MATSUOKA, *Gaikoku rikon hanketsu no shônin ni tsuite* [Zur Zuständigkeit bei ausländischen Scheidungssachen] Osaka Daigaku Hôgaku Zasshi 86, 1,
- 22 Urteil des Distriktgerichts Yokohama vom 19. Oktober 1982, Hanrei Jihô 1072 (1983), 135; Urteil des Distriktgerichts Tokyo vom 17. Dezember 1971, Hanrei Jihô 665 (1972), 72; KANEKO ET AL., *Jôkai minji soshohô* [ZPG-Kommentar] (1986) 646.
- 23 SCHAACK, Methodik und Interessenbewertung im japanischen internationalen Zuständigkeitsrecht, ZVerglRWiss Nr. 90 (1991), 443; ISHIKAWA, Internationale Zuständigkeit in Japan – Grundlagen und Eigenarten, ZZP Int. 1996, 287.
- 24 Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 16. Oktober 1981, Hanrei Times Nr. 452 (1982) 77. Der OGH kombiniert dabei in wenig kohärenter Weise die beiden in der Wissenschaft vertretenen Theorien: KANEKO ET AL./SHINDÔ, *Jôkai minji soshohô* [Kommentar zum ZPO] 1986, Vorb. zu Art. 1, 28 (Vermutungstheorie); IKEHARA, in: MIKAZUKI/SUZUKI (Hrsg.), *Jitsumu minji soshô kôza* [Untersuchungen zum Zivilprozeßrecht], Bd. 6 (1971), 3 (9 ff.) (Internationale Zuständigkeitsverteilungstheorie).
- 25 KOBAYASHI, *Kokusai minji soshohô* [Internationales Zivilprozeßrecht] Juristo Nr. 1000 (1992) 223.
- 26 RÖHL (Fn. 1) 37 (43).
- 27 RAHN, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (1990) 149.
- 28 In einem Edikt von 1875 wurde JÔRI in der Tat als eigenständige Rechtsquelle neben geschriebenem Recht und Gewohnheitsrecht genannt (Edikt Nr. 103/1875).
- 29 Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 25. März 1964, JAIL 1964, 175.
- 30 Gefolgt wird ihr beispielsweise durch das Distriktgericht Tokyo, Entscheidung vom 20. Dezember 1991, Hanrei Times Nr. 795 (1992), 254 (bestätigt durch Obergericht Tokyo, 29. März 1993, Hanrei Times Nr. 811 (1993), 227).
- 31 Zivilgesetz (*Minpô*) Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i.d.F.d. Ges. Nr. 79/1991.
- 32 JAIL 1994, 175 (179).