

Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung

Von HANNES RÖSLER, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	156
II. Parteiautonomie im Scheidungskollisionsrecht	157
1. Rom III-VO als Ausdruck des kontinentalen Modells	157
2. Annäherung an das „nordische“ <i>lex fori</i> -Prinzip	159
3. Siegeszug der Rechtswahlfreiheit	160
4. Begriffsdifferenzierung beim gewöhnlichen Aufenthalt	163
III. Anwendungsbereich der Rechtswahlfreiheit	167
1. Kreis der wählbaren Rechtsordnungen	167
2. Abstrakte Vereinbarung der <i>lex fori</i>	169
3. Beträchtliche Zeitspanne	170
4. Auswirkungen des Internationalen Verfahrensrechts	171
5. Umfang der Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht	173
IV. Besondere Problemkreise	177
1. Formgültigkeit und einschlägiges Statut der Rechtswahl	177
2. Hinreichende Informationen und richterliche Kontrolle	179
3. Rechtswahl von Mehrstaaten	182
4. <i>Ordre public</i> -Vorbehalte	184
V. Gesamtwürdigung	186
1. Neue Stufe (mobiler) Scheidungsfreiheit	186
2. Unklare Schutzvorkehrungen	187
3. Nur begrenzte Verhinderung des „forum shopping“	188
4. Praktische Grenzen und rechtssystemische Vorteile	190
Summary: Freedom of Choice of Law in the International Law of Divorce under the Rome III Regulation	192

I. Einleitung

Parteien können das auf sie international anwendbare Sachrecht zunehmend selbst bestimmen. Das ist im Internationalen Schuldrecht der Rom I¹ und Rom II-Verordnungen² hinlänglich bekannt. Die Parteiautonomie erfasst nun aber auch wichtige Teile des Familien- und Erbkollisionsrechts. Die mit der Rom III-VO³ für das Scheidungsrecht zum 21. 6. 2012 erfolgte – für das Erbrecht mit der EuErbVO erst später einsetzende⁴ – Liberalisierung ist insofern bemerkenswert, als sich die Rechtswahl bei diesen persönlichen Verhältnissen überaus langfristig auswirken kann und die Mehrzahl der Mitgliedstaaten zuvor eine Rechtswahl ablehnte.

Eine Rechtswahl nach der hier interessierenden Rom III-VO, also im Fall auslandsbezogener Ehescheidungen und Trennungsentscheidungen ohne Auflösung des Ehebandes, fördert zwar die Vorhersehbarkeit des individuell anwendbaren Rechts. Die Verordnung selbst erzeugt aber einige Rechtsunsicherheit: etwa beim Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes, bei der Frage, inwiefern eine abstrakte Wahl der *lex fori* möglich ist, bei der Bedeutung des Grundsatzes einer informierten Rechtswahl für die wirksame Rechtswahl sowie hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Inhaltskontrolle. Der vorliegende Beitrag behandelt diese speziellen Fragen und erläutert zugleich die Tragweite der Rechtswahlfreiheit und die gestärkte Bedeutung der *lex fori*.⁵

¹ Siehe zum Grundsatz der freien Rechtswahl Art. 3 und zu den Grenzen Artt. 6–8 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

² Zur im Vergleich zur Rom I-VO stärker beschränkten freien Rechtswahl siehe Art. 14 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40.

³ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom III-VO), ABl. 2010 L 343/10 mit der Rechtswahl in Artt. 5–7.

⁴ Die EuErbVO mitsamt dem Art. 22 zur beschränkten Rechtswahl gilt erst ab dem 17. 8. 2015, wobei aber Art. 83(2) eine Rechtswahl nach dem neuen Recht schon früher ermöglicht, wenn der Erblasser nach dem Stichtag verstirbt. Es handelt sich um die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107.

⁵ Eine Einführung in die Rom III-VO bietet jüngst *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III): RabelsZ 77 (2013) 786 ff.; nach Abschluss des Manuskripts erschien die Kommentierung von *Katharina Hilbig-Lugani*, in: Nomos Kommentar BGB² (2014) Art. 5 Rom III.

II. Parteiautonomie im Scheidungskollisionsrecht

1. Rom III-VO als Ausdruck des kontinentalen Modells

Bei der Frage der Rechtswahl ist zunächst auf einen wesentlichen Unterschied gegenüber den unionsweit geltenden Rom I- und II-Verordnungen hinzuweisen: Die Rom III-VO wurde im Wege der „Verstärkten Zusammenarbeit“ nach Art. 20 EUV i. V. m. Artt. 326–334 AEUV verabschiedet.⁶ Die Scheidungsverordnung (mitsamt ihrer Rechtswahl als Primäranknüpfung) findet darum nur auf 14, bald auf 15⁷ der 28 EU-Mitgliedstaaten Anwendung.⁸ An der Scheidungsverordnung sind vor allem diejenigen Staaten nicht beteiligt, die in Scheidungssachen vor ihren Gerichten ausschließlich eigenes Recht anwenden. Einen solchen *lex fori*-Ansatz⁹ verfolgen das Vereinigte Königreich,¹⁰ Irland, Dänemark, Finnland, Schweden,¹¹ Zypern und seit Neuestem die Niederlande.¹²

⁶ Dieses Instrument wurde erstmals gewählt, weil die ansonsten nach Art. 81(3) Satz 2 AEUV erforderliche Einstimmigkeit nicht erzielt worden wäre. Näher *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2011 – Gegenläufige Entwicklungen: IPRax 2011, 1, 9f.; *Nina Dethloff/Luise Hauschild*, Familienrecht im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen: Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2010, 489ff.; *Aude Fiorini*, Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation: International & Comparative Law Quarterly (ICLQ) 59 (2010) 1143ff.; *Sebastian Zeitmann*, Das Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit und dessen erstmalige Anwendung: Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS) 2011, 87ff.; *Jan-Jaap Kuipers*, The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation: Eur. L.J. 18 (2012) 201ff.; *Marc Fallon*, Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III: une évolution tranquille: Revue trimestrielle de droit familial (Rev. trim. dr. fam.) 2012, 291ff.

⁷ Ab 22.5.2014; Litauen – Beschluss der Europäischen Kommission 2012/714/EU, Abl. 2012 L 323/18; vgl. ferner zur Rechtslage in Estland *Maarja Torga*, Party Autonomy of the Spouses under the Rome III Regulation in Estonia – Can Private International Law Change Substantive Law?: Nederlands internationaal privaatrecht (NIPR) 2012, 547ff. (das gesamte Heft 4 widmet sich der Parteiautonomie im Familien- und Erbrecht).

⁸ Bei den gebundenen Staaten (siehe Art. 20(4) EUV) handelt sich um die Bundesrepublik Deutschland, Belgien, Bulgarien, Frankreich, Italien, Letland, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn. Griechenland hat seine Beteiligung am 3.3.2010 zurückgezogen (Erwägungsgrund Nr. 6). Zur Entwicklung *Burkhard Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010) § 7, Rn. 115; *Gwendoline Lardeux*, Rome III est mort, *Vive Rome III!*: Recueil Dalloz 2011, 1835.

⁹ Nachweise in: House of Lords, European Union Committee, Rome III – Choice of Law in Divorce, 52nd Report of Session 2005–06, HL Paper 272, S. 6.

¹⁰ Für England und Wales, das hier stets mitgemeint ist, wenn von England die Rede ist, siehe Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws¹⁵ II (2012) Rn. 18–032ff.

¹¹ Siehe für das scheidungsliberale Schweden *Maarit Jänträ-Jareborg*, Jurisdiction and Applicable Law in Cross-border Divorce Cases in Europe, in: Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, hrsg. von Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani (2008) 317, 340f.

¹² *Mathijs H. ten Wolde*, Codification and Consolidation of Dutch Private International

Gleichwohl können z.B. auch Engländer eine Rechtswahl unter der Rom III-VO treffen: Indem die Verordnung zwar Internationalität, aber keinen Bezug zu einem *weiteren* EU- oder gar Rom III-Mitgliedstaat erfordert,¹³ hat sie einen größeren räumlichen Anwendungsbereich, als sich zunächst vermuten lässt. Die Rom III-VO kommt zum Zuge, sobald die Ehescheidung oder Trennung in einem der an der Rom III-VO teilnehmenden Mitgliedstaaten (also nicht dem Vereinigten Königreich) zulässig, d.h. im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit gemäß der EuEheVO,¹⁴ beantragt wurde, ganz gleich aus welchem Staat die beiden Scheidungswilligen kommen.

Beispielsweise in England gilt die *lex fori* in Scheidungsfällen auf richterrechtlicher Grundlage.¹⁵ Somit das Forum als Anknüpfungsmoment zu nehmen und auch eine Rechtswahl zu übergehen, begründet sich nicht nur mit der Kompliziertheit einer Ermittlung ausländischen Rechts sowie der damit einhergehenden Verzögerung bei der Rechtsfindung. Vor allem bestehen bei der Anwendung ausländischen Eherechts besondere Herausforderungen, da dieses von nationalen Wertvorstellungen und Lebensgewohnheiten geprägt ist.¹⁶ So verhält es sich zumindest nach traditioneller Sichtweise, wenn gleich mittlerweile eine erhebliche Konvergenz des Scheidungsrechts zu verzeichnen ist, aus der einzelne Rechtssysteme ausbrechen. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn es sich um (im auswärtigen Staat anerkanntes) religiöses Recht handelt.

Law: The Book 10 Civil Code of the Netherlands: Yearbook of Private International Law (Yb. PIL) 13 (2011) 389, 409.

¹³ Dass Drittstaatenbezug ausreicht, ergibt sich aus Art. 1 Rom III-VO.

¹⁴ Nur vereinzelt angesprochen werden kann das einschlägige Internationale Verfahrensrecht, das seit dem 1. 3. 2005 – mit Ausnahme Dänemarks – umfassend in der EuEheVO geregelt ist: Bei dem auch Brüssel IIa-VO genannten Rechtsakt handelt es sich um die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338/1. Ursprünglich war geplant, die EuEheVO im Rahmen der Rom III-VO zu überarbeiten (KOM[2006] 399). Damit sollten das IPR und IZVR einheitlich geregelt werden, so wie es bei der EuUnthVO (Verordnung [EG] Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. 2009 L 7/1) und dann der EuErbVO (Fn. 4) gelang.

¹⁵ Siehe für das Scheidungsfolgenrecht *Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino*, [2010] UKSC 42, Rn. 103; *Jens M. Scherpe*, Wirkung ohne Bindungswirkung – Eheverträge in England und Wales: ZEuP 20 (2012) 615, 622f.

¹⁶ Siehe für England und Wales *Adrian Briggs*, The Conflict of Laws³ (2013) 344; *Peter McEleavy*, The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?: ICLQ 53 (2004) 605ff.; *Julia Koch*, Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten (2012) 98.

Außerdem ist ausländisches Recht in englischen Verfahren eine beweisbedürftige Tatsache.¹⁷ Hohe Parteikosten wären also die Folge, ließe man die Anwendung von Auslandsrecht auch in Angelegenheiten des Personalstatuts zu. Ferner würde die im materiellen englischen Recht vorgesehene vollständige Ermessensfreiheit beim Scheidungsfolgenrecht durch die Anwendung fremden Rechts eingeschränkt, was dem ausdrücklichen, im Gesetz festgehaltenen Willen des Parlaments widersprechen würde.¹⁸ Aus diesen Gründen wendet ein englisches Gericht auf die Scheidungsvoraussetzungen wie auf die Scheidungsfolgen einheitlich sein eigenes Recht an, sofern es nach der EuEheVO international zuständig ist oder sich (außerhalb der EuEheVO) nicht wegen der *forum non conveniens*-Einrede für unzuständig erklärt.

Entsprechend dem kontinentalen Modell gewährleistet die objektive Anknüpfungsleiter des Art. 8 Rom III-VO (auch hier unter Ausschluss von Rück- oder Weiterverweisung)¹⁹ dagegen regelmäßig einen engen Bezug der Ehegatten zum anzuwendenden Recht.²⁰ Konträr zum gleichsam „nordischen“ *lex fori*-Ansatz folgt die Rom III-VO damit den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen,²¹ wonach der Richter unter Umständen in Ehescheidungsprozessen ausländisches Recht anzuwenden hat.²² Das ruft einige Rechtserkenntniskosten hervor,²³ die trotz des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen²⁴ fortbestehen.

2. Annäherung an das „nordische“ *lex fori*-Prinzip

Relevant ist der vorstehende Vergleich, da die Unterschiede zum „nordischen“ Ansatz geringer sind, als man zunächst annehmen könnte.²⁵ Zum

¹⁷ Hannes Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union (2012) 198.

¹⁸ Siehe *Hyman v. Hyman*, [1929] A. C. 601; *Jens M. Scherpe*, Marital Agreements in England and Wales after Radmacher v Granatino – Implications for International Practice: *Patrium* 7 (2012) 319, 320.

¹⁹ Art. 11 Rom III-VO.

²⁰ Erwägungsgrund Nr. 21 Rom III-VO.

²¹ Dazu, dass der römisch-germanische Rechtskreis die Scheidung dem Personalstatut unterstellt, was sich mit dem *lex fori*-Ansatz schwer vereinbaren lässt, siehe *Veronika Gärtner*, Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (2008) 251.

²² *Jürgen Basedow*, Das internationale Scheidungsrecht der EU – Anmerkungen zur Rom III-Verordnung, in: FS Willibald Posch II (2011) 17, 18.

²³ Siehe *Giesela Rühl*, Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte: *RabelsZ* 71 (2007) 559ff.

²⁴ Siehe Art. 17(2) Rom III-VO.

²⁵ *Gärtner*, Privatscheidung (Fn. 21) 219, 252.

einen können die Parteien nun die *lex fori* nach Art. 5(1)(d) Rom III-VO wählen. Zum anderen ist in Ermangelung einer Rechtswahl nach der Anknüpfungsleiter in Art. 8(a) Rom III-VO vorrangig das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Eheleute zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Aufgrund dieser Anknüpfung kommt es im Gleichlauf mit der internationalen Zuständigkeit nach der EuEheVO²⁶ meist auch zur Anwendung der *lex fori*. Außerdem sieht Art. 8(d) Rom III-VO noch eine Notanknüpfung an das Forum vor, die als Zugehörigkeit an das Vereinigte Königreich und Schweden gemeint ist.²⁷

Für den Unionsgesetzgeber spielen die individuellen Parteiinteressen an einem einfachen und schnellen Verfahren unter Verringerung insbesondere von Gutachterkosten im Fall der Fremdrechtsanwendung also doch eine Rolle.²⁸ Diese Vorurteile können sich die Parteien durch die hier interessierende Rechtswahlfreiheit auch selbst verschaffen. Gleichfalls relevant sind die davon zu unterscheidenden staatlichen Rechtsermittlungskosten,²⁹ schließlich bleiben Justizdienstleistungen in familienrechtlichen Sachen trotz Gebührenfinanzierung staatlich subventioniert.³⁰

3. Siegeszug der Rechtswahlfreiheit

Während die vorrangige subjektive Anknüpfung im Scheidungskollisionsrecht ein Novum ist, von dem die Praxis zunächst wohl noch eher selten Gebrauch machen wird, ist die Parteiautonomie³¹ im Internationalen Schuldrecht schon vorherrschend: Die Selbstbestimmung der Parteien und der damit einhergehende Rückzug des hoheitlichen Gestaltungsanspruchs ist hier zur Förderung individueller und marktmäßiger Lösungen sowie we-

²⁶ Art. 3(1)(a) erster Spiegelstrich EuEheVO; näher unten III. 4.

²⁷ *Mörsdorf-Schulte*, RabelsZ 77 (2013) 786, 806, 809.

²⁸ Zu den Vorzügen des *lex fori*-Ansatzes *Axel Flessner*, Das Parteiinteresse an der *Lex fori* nach europäischem Kollisionsrecht, in: *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Liber amicorum Walter Pintens I (2012) 593 ff.; *Wolfgang Hau*, Zur Maßgeblichkeit der *lex fori* in internationalen Ehesachen, in: FS Rolf Stürner II (2013) 1237 ff.; bereits *Albert E. Ehrenzweig*, The *Lex Fori* – Basic Rule in Conflict of Laws: Mich. L. Rev. 58 (1960) 637 ff.; dazu *Kurt Siehr*, Ehrenzweigs *lex-fori*-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht: RabelsZ 34 (1970) 585 ff.

²⁹ Beide o.g. Interessen werden von *Gärtner*, Privatscheidung (Fn. 21) 215 f. nachgezeichnet; in Erwägungsgrund Nr. 21 klingen sie freilich nicht direkt an. Zum Ordnungs- und Verkehrsinteresse sowie dem parteibezogenen Ermittlungsinteresse bei der *lex fori* siehe *Heinz-Peter Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität (1988) 67 f. Weiter *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 25.

³⁰ Darin liegt auch einer der Gründe für die Beschränkung im Rechtsmittelrecht; siehe *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit (Fn. 17) 62, 422.

³¹ Umfassend zu Gehalt und Bedeutung *Kathrin Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (2013) 48 ff.

gen des Wettbewerbs der materiellen Rechtsordnungen³² (als auch der Gerichtsstandorte)³³ gängige Praxis. Außerdem eröffnen sowohl ältere³⁴ als auch neuere³⁵ IPR-Kodifikationen die Wahlfreiheit. Auch wegen dieses Konsenses finden sich unionsrechtliche³⁶ Regelungen zur Koordination von nationalen Rechtsordnungen bei Fällen mit „Verbindung zum Recht verschiedener Staaten“,³⁷ die dabei auch der Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht Rechnung tragen.³⁸ Die wissenschaftlich schon seit Längerem als grundlegendes Prinzip erkannte³⁹ Rechtswahlfreiheit ist darum immer noch in der Diskussion⁴⁰ – so jüngst hinsicht-

³² Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations: The Hague Academy of International Law, Recueils des Cours (Rec. des Cours) 360 (2013) 107 ff.*; Giesela Rühl, *Statut und Effizienz – Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts (2011) 437 ff.*; dort auch zur Einschränkung und Ausgestaltung der Rechtswahlfreiheit S. 443 ff. und 468 ff.; siehe auch *An Economic Analysis of Private International Law*, hrsg. von Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono/Giesela Rühl (2006); Marc-Philippe Weller, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?*: IPRax 2011, 429, 433, 437.

³³ Vgl. *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, hrsg. von Horst Eidenmüller (2013).

³⁴ Siehe zu ersten, vorbildgebenden Kodifikationen der Rechtswahlfreiheit im Code Civil (1804), AGBG (1811), Codice Civile (1865), Código civil (1889) und EGBGB (1900) Symeon C. Symeonides, *Codification and Flexibility in Private International Law*, in: *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, hrsg. von Karen B. Brown/David V. Snyder (2012) 167 f.

³⁵ Die neuen chinesischen (2011), polnischen (2011) und niederländischen (2012) IPR-Regelungen erwähnen die Privatautonomie ausdrücklich; Heinz-Peter Mansel, *Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts*, in: *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, hrsg. von Stefan Leible/Hannes Unberath (2013) 241, 253 ff. Siehe zur Anerkennung der Parteiautonomie für die Schiedsgerichtsbarkeit Art. 28(1) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985/2006); zudem Art. 2(1) Draft Hague Principles as Approved by the November 2012 Special Commission Meeting on Choice of Law in International Contracts, and Recommendations for the Commentary, der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, abrufbar unter <www.hcch.net>.

³⁶ Zur Entwicklung seit der Vergemeinschaftung 1999 im Zuge des Vertrags von Amsterdam Rösler, *Europäische Gerichtsbarkeit (Fn. 17) 76, 498 ff.*

³⁷ Die Filterfunktion des Art. 1(1) Rom III-VO, nämlich Inlandsfälle auszugrenzen, hat wegen der Rechtswahlbeschränkungen (dazu sogleich) übrigens geringere Bedeutung als bei Art. 1(1) Satz 1 Rom I-VO und Art. 1(1) Satz 1 Rom II-VO; Mörsdorf-Schulte, *RabelsZ 77 (2013) 786, 794 f.*

³⁸ Siehe oben Fn. 1 f.

³⁹ Zu Pasquale Stanislao Mancini (1817–1888) siehe Yuko Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (2000)*.

⁴⁰ Dazu allein aus Deutschland in jüngerer Zeit: Stefan Leible, *Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?*, in: FS Erik Jayme (2004) 485 ff.; Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht⁶ (2006) 292 ff.*; Gerhard Hohloch, *Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip*, in: FS Helge Johan Thue (2007) 257 ff.; Erik Jayme, *Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie*, in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, hrsg. von Brigitta Jud/Walter H. Rechberger/Gerte Reichelt (2008) 63 ff.;

lich ihrer aus der Freiheit des Einzelnen abgeleiteten rechtstheoretischen Legitimation.⁴¹

Im Familienrecht verhielt es sich bis vor kurzem noch anders.⁴² Nur sehr wenige EU-Mitgliedstaaten kannten eine subjektive Anknüpfungsregel. Unter ihnen fand sich in erster Linie Deutschland. Die Verweisung im Scheidungsstatut nach Art. 17 I 1 EGBGB a.F.⁴³ auf das Ehwirkungsstatut in Art. 14 EGBGB umfasste auch die Möglichkeit zur Rechtswahl.⁴⁴ Demnach konnte das Scheidungsstatut durch die Wahl eines der für die Ehe in Art. 14 II und III EGBGB vorgesehenen Rechte mitbestimmt werden. Allerdings eröffnete dies nicht die Wahl der *lex fori* als solcher.⁴⁵ Ebenfalls im Unterschied zur Rom III-VO war eine isolierte Vereinbarung des Scheidungsstatuts unzulässig.⁴⁶ Aufgrund dieser Restriktionen blieb die 1986 eingefügte Rechtswahl⁴⁷ praktisch wenig bedeutsam.

Giesela Rühl, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: FS Jan Kropholler (2008) 187 ff.; *Rolf Wagner*, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung): IPRax 2008, 377 ff.; *Ulrich Magnus*, Die Rom I-Verordnung: IPRax 2010, 27, 33; *Peter Mankowski*, Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO: Internationales Umwelthaftungsrecht, Internationales Kartellrecht, renvoi, Parteiautonomie: IPRax 2010, 389, 399 ff.; *Dieter Martiny*, Neuanfang im Europäischen Internationalen Vertragsrecht mit der Rom I-Verordnung: ZEuP 18 (2010) 747, 754 ff.; *Jan von Hein*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – Rom I-VO, Rom II-VO (2011) Art. 3 Rom I-VO; *Felix Maultzsch*, Rechtswahl und *ius cogens* im Internationalen Schuldvertragsrecht: RabelsZ 75 (2011) 60 ff.; *Andreas Spickhoff*, Die Rechtswahl und ihre Grenzen unter der Rom I-VO, in: Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, hrsg. von Eva-Maria Kieninger/Oliver Remien (2012) 117 ff.; *Mansel*, Parteiautonomie (Fn. 35) 241 ff.

⁴¹ *Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts: RabelsZ 75 (2011) 32, 50 ff.; *Christian Kohler*, L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme: Rec. des Cours 359 (2012) 285 (zum Familienrecht: 398 ff.).

⁴² Siehe *Erik Jayme*, Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies: Yb. PIL 11 (2009) 1, 2.

⁴³ Art. 17 I 1 EGBGB n.F. enthält keine eigene Kollisionsregelung mehr, sondern verweist für die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen auf die nach der Rom III-VO anwendbare Rechtsordnung. Art. 17 EGBGB wurde durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts vom 23. Januar 2013, BGBl. 2013 I 101 reformiert. Zum Güterrecht noch Art. 15 II, III EGBGB und unten Fn. 123.

⁴⁴ Dazu *Peter Mankowski*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2011) Art. 17 EGBGB Rn. 139 f. Zum Streit um die Einführung der Rechtswahl durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986, BGBl. 1986 I 110 siehe *Peter Winkler von Mohrenfels*, Die Rom III-VO und die Parteiautonomie, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 527, 538 f.

⁴⁵ Siehe etwa *Marianne Andrae*, Internationales Familienrecht² (2006) 140 ff., 190.

⁴⁶ KG 21. 4. 1999 – 3 UF 4810/98, IPRax 2000, 544; *Gerhard Hohloch*, in: Erman, Kommentar zum BGB³³ (2011) Art. 17 EGBGB Rn. 20.

⁴⁷ Begr. des RegE (1983), Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504 vom 20. 10. 1983, S. 51: „[Z]ur Änderung von im Einzelfall unbefriedigender Anknüpfung bei Mehrstaatern, zur Vermeidung der beim Übergang vom

Außer Deutschland sahen recht eingeschränkt die Niederlande (1981), später dann auch Belgien (2004) und Bulgarien (2005) die Rechtswahlfreiheit in diesem Bereich vor.⁴⁸ Da die Scheidungsverordnung erst für die nach dem 21. 6. 2012 getroffenen Rechtswahlvereinbarungen gilt, kann eine ältere Rechtswahl aufgrund dieser nationalen Rechte wirksam sein.⁴⁹ Zudem konnte eine Rechtswahl vorsorglich für den Fall erfolgen, dass die Scheidung erst nach dem 21. 6. 2012 rechtshängig wird, sofern die Voraussetzungen nach Artt. 5–7 Rom III-VO beachtet wurden.⁵⁰

4. Begriffsdifferenzierung beim gewöhnlichen Aufenthalt

Für die große Mehrheit der Teilnehmerstaaten ist nicht allein die Parteiautonomie zur Bestimmung der unter der Rom III-VO eigenständigen (d. h. anders als bei Art. 17 EGBGB a. F. von den allgemeinen Ehwirkungen isolierten) Statusfrage gänzlich neu. Außerdem erachteten die meisten Staaten⁵¹ die Staatsangehörigkeit als primäres Anknüpfungsmoment des Scheidungskollisionsrechts.⁵² Auch insofern betritt die Verordnung Neuland: Sie knüpft in objektiver Hinsicht vorrangig an den gewöhnlichen Aufenthalt an. Das entspricht dem Unionsansatz⁵³ und ist für das vorliegende Thema

Staatsangehörigkeits- zum Aufenthaltsprinzip möglichen Unzuträglichkeiten (insbesondere bei sog. Gefälle-Konstellationen im Sinn einer als zu stark empfundenen Abweichung des Aufenthaltsrechts vom Heimatrecht) sowie zur Klarstellung für die schwächsten Stufen der Anknüpfung.“

⁴⁸ Nachweise bei *Winkler von Mohrenfels*, Die Rom III-VO (Fn. 44) 529f.; zur sehr eingeschränkten Rechtswahl nach niederländischem Recht *Nynke A. Baarsma*, The Europeanisation of International Family Law (2011) 13ff.; siehe die Länderberichte in: *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (Loseblatt, Stand Oktober 2012). Für das Ehegüterrecht *Dieter Henrich*, Zur Parteiautonomie im europäisierten internationalen Familienrecht, in: *Liber amicorum Walter Pintens* (Fn. 28) 701 ff.

⁴⁹ Art. 18(1) Satz 1, (2) Rom III-VO.

⁵⁰ Art. 18(1) Satz 2 Rom III-VO. Dass dort Art. 5 nicht aufgeführt wird, ist als Redaktionsversehen einzustufen; *Karsten Thorn*, in: *Palandt*, BGB⁷² (2013) Rom III Art. 18 Rn. 2; siehe auch *Bettina Heiderhoff*, in: *Bamberger/Roth*, Beck'scher Onlinekommentar BGB (Edition 26, Stand 1. 5. 2013) Art. 17 EGBGB Rn. 185; a. A. *Erman/Hohloch* (Fn. 46) Anh. zu Art. 17 EGBGB („Rom III“) Art. 18 Rn. 1.

⁵¹ So auch in Deutschland Art. 17 I EGBGB a. F. Der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfungsmoment hat gleichwohl im EGBGB schon infolge der Reform von 1986 (Fn. 44) an Bedeutung gewonnen; siehe *Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn*, Internationales Privatrecht⁹ (2007) § 5 Rn. 69 ff.

⁵² Für Nachweise: *House of Lords*, European Union Committee, Rome III (Fn. 9) 6, 31.

⁵³ In Deutschland besteht das Staatsangehörigkeitsprinzip vor allem noch im Erbrecht: Nach Art. 25 I EGBGB kommt das Heimatrecht des Erblassers zum Zuge. Ab dem 17. 8. 2015 gilt jedoch Art. 21 EuErbVO, der an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes anknüpft. Siehe zur Schwächung des Staatsangehörigkeitsprinzips *Jürgen Basedow*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union: IPRax 2011, 109 ff. (dort auch zur Frage, ob die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit mit Art. 18 AEUV ver-

insofern relevant, als demgegenüber häufig ein Interesse der Parteien besteht, durch eine Rechtswahl ihr Heimatrecht zur Anwendung zu bringen. Eine Rechtswahl kann zudem gewissen Unsicherheiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts aus dem Weg gehen. Relevant wird die Definition des gewöhnlichen Aufenthalts jedoch im Fall einer Wahl der *lex fori*. Auf diese drei Punkte wird gleich ausführlicher eingegangen.

Zunächst zur Anknüpfungsleiter in Art. 8 Rom III-VO, die – rechtstechnisch der Kegel'schen Leiter in Art. 14 EGBGB ähnelnd – in lit. a) und b) an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft und erst in lit. c) auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit abstellt. Lit. d) sieht schließlich eine Anwendung der *lex fori* vor. Bei Fehlen einer Rechtswahl wird das anwendbare Recht also nach objektiven und vertypten Stufen bestimmt: Mit den jeweils subsidiären gestaffelten Anknüpfungsmomenten werden typisierend unterschiedlich intensive Näheverhältnisse zur Geltung gebracht, was in der Sache überzeugt.⁵⁴

Die dem Systemwechsel entspringende Verunsicherung ist allerdings nicht zu unterschätzen, so wie auch andere Unionsrechtsakte vieles offen, unklar und unangesprochen lassen. Der autonom zu verstehende Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist schon länger zentral für das EU-IZVR und EU-IPR,⁵⁵ bleibt aber klärungsbedürftig. Das trifft auch auf die ab 2015 geltende EuErbVO zu, die den Systemwechsel im Internationalen Erbrecht vollzieht.⁵⁶ Dort fragt man sich: Wann ist der gewöhnliche Aufenthalt eines Erblassers begründet? Ist dies z. B.⁵⁷ nach einigen Jahren der selbst gewählten Residenz auf einer Insel im sonnigen Spanien der Fall? Oder auch beim Verleben der letzten Jahre in einem von der Familie bestimmten Pflegeheim im kostengünstigen Osteuropa?⁵⁸

einbar ist); *Dieter Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: FS Hans Stoll (2001) 437ff.; *Heinz-Peter Mansel*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht, in: *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, hrsg. von Erik Jayme (2003) 119ff.; *Heinz-Peter Mansel*, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (BerDGesVölkR)* 43 (2008) 137, 161 ff.; *Thomas Rauscher*, Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR, in: FS Erik Jayme (Fn. 40) 719ff.; *Erik Jayme*, Zugehörigkeit und kulturelle Identität, *Die Sicht des Internationalen Privatrechts* (2012) 19ff.

⁵⁴ Vgl. dagegen skeptisch zum „starren“ EU-Ansatz *Weller*, IPRax 2011, 429, 434, 437.

⁵⁵ EuEheVO, EuUnthVO und Kindschaftsrecht (MSA, KSÜ, HKÜ, HAdoptÜ). Zum Begriff finden sich nur bruchstückhafte Erläuterungen in Art. 19 Rom I-VO, Art. 23 Rom II-VO und in Erwägungsgrund Nr. 23 EuErbVO; weiter zum Begriff *Gerhard Kegel*, Was ist gewöhnlicher Aufenthalt?, in: FS Manfred Reh binder (2002) 699ff.; *Dietmar Baetge*, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, in: FS Jan Kropholler (Fn. 40) 77ff.

⁵⁶ Oben Fn. 53.

⁵⁷ Vgl. zu dem Beispiel *Jayme*, Zugehörigkeit (Fn. 53) 35 („Demenztourismus“).

⁵⁸ Zu lösen ist der Fall über Satz 2 des Erwägungsgrundes Nr. 23 EuErbVO, wonach eine

Manches spricht angesichts der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte dafür, beim Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes je nach dem einschlägigen Rechtsinstrument zu differenzieren.⁵⁹ Zwar ist stets auf den tatsächlichen Lebensmittelpunkt einer Person abzustellen. Ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt kann demnach mit dem Tag des Umzugs vorliegen, wenn der Lebensmittelpunkt planmäßig dauerhaft neu begründet werden soll.⁶⁰ Die bisherige Rechtsprechung zur Zuständigkeit nach Art. 8 EuEheVO⁶¹ ist aber nur differenzierend auf die verschiedenen IPR-Instrumente zu übertragen.⁶²

Während sich z. B. bei der Anordnung von Kinderschutzmaßnahmen⁶³ – aus Gründen des Kindeswohls – rasch die Begründung des neuen gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes annehmen lässt, kann für einen gewöhnlichen Aufenthalt nach Art. 8(a) Rom III-VO eine genauere Betrachtung der Umstände vonnöten sein, etwa ob wirklich eine hinreichende soziale

Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers zu erfolgen hat. Siehe zu dem Fall auch *Marc-Philippe Weller*, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff, in: Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? (Fn. 35) 293, 323, der sich dafür ausspricht, entgegen der h. M. nicht nur objektive Umstände zu berücksichtigen. Es komme auf den „manifestierten Bleibewillen“ an, was den gewöhnlichen Aufenthalt zum Funktionsäquivalent zur Rechtswahlfreiheit mache (ebd. 295, 320).

⁵⁹ So betont auch EuGH 2. 4. 2009 – Rs. C-523/07 (*Verfahren A*), Slg. 2009, I-2805, Rn. 34 die „Berücksichtigung des Kontextes der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels“.

⁶⁰ Vgl. für das IZVR EuGH 22. 12. 2010 – Rs. C-497/10 PPU (*Mercredi ./. Chaffé*), Slg. 2010, I-14309, Rn. 51: „Insoweit ist zur Unterscheidung des gewöhnlichen Aufenthalts von einer bloßen vorübergehenden Anwesenheit festzustellen, dass der gewöhnliche Aufenthalt grundsätzlich von gewisser Dauer sein muss, damit ihm ausreichende Beständigkeit innewohnt. Die [EuEhe-]Verordnung sieht allerdings keine Mindestdauer vor. Maßgebend für die Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts in den Aufnahmestaat ist nämlich vor allem der Wille [!] des Betroffenen, dort den ständigen oder gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Interessen in der Absicht zu begründen, ihm Beständigkeit zu verleihen. Die Dauer eines Aufenthalts kann daher nur als Indiz im Rahmen der Beurteilung seiner Beständigkeit dienen, die im Licht aller besonderen tatsächlichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist.“

⁶¹ Kinderschutzmaßnahmen betreffend EuGH 2. 4. 2009 – *Verfahren A*, Slg. 2009, I-2805; 22. 12. 2010 – *Mercredi*, Slg. 2010, I-14309. Dazu *Anatol Dutta/Andrea Schulz*, Erste Meilensteine im europäischen Kindschaftsverfahrensrecht, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Brüssel-IIa-Verordnung von C bis *Mercredi*: ZEuP 20 (2012) 526 ff.

⁶² Für ein Gebot der funktionalen Begriffsdifferenzierung *Tobias Helms*, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung: FamRZ 2011, 1765, 1769 f.; *Ingo Ludwig*, in: Juris-Praxiskommentar BGB⁶ (2012) Art. 5 Rom III-VO Rn. 9; a. A. *Urs Peter Gruber*, Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung: IPRax 2012, 381, 385; *Palandt/Thorn* (Fn. 50) Rom III Art. 5 Rn. 3. Siehe zum gewünschten Gleichlauf mit der EuEheVO auch unten Fn. 172.

⁶³ Etwa nach Art. 8(1) EuEheVO i. V. m. Art. 15(1) KSÜ. Siehe *Peter Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2011, 209 ff.; *Bettina Heiderhoff*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen: IPRax 2012, 523 ff.

Integration vorhanden ist.⁶⁴ Auch wenn auf die gleichen Kriterien abzustellen ist,⁶⁵ so gilt die besagte Differenzierung wegen der grundsätzlich unterschiedlichen Ziele von internationalen Zuständigkeits- und Kollisionsregeln⁶⁶ und auch, weil über Art. 3(1) EuEheVO mit seinen sieben Zuständigkeitsgründen zumeist alternative Gerichtsstände zur Verfügung stehen. Hierbei ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Interesse einer umfassenden Justizgewährleistung großzügig auszulegen.⁶⁷

Um den von der Rechtsprechung erst noch zu behebenden Unsicherheiten entgegenzutreten, sehen die in den Blick zu nehmende Rom III-VO und auch die EuErbVO⁶⁸ eine Rechtswahloption vor. Eine Rechtswahl kann die Unsicherheit ausgleichen, die aus dem Systemwechsel in rechtlicher Hinsicht sowie aus der gewissen „Flüchtigkeit“ des gewöhnlichen Aufenthalts⁶⁹ in tatsächlicher Hinsicht resultiert. Vielfach wird hierbei das eigene Recht gewählt.

Ein solches Interesse an der Anwendbarkeit des Heimatrechts besteht nicht nur im oben angeführten Beispiel zum Altersruhesitz, sondern auch bei den Wartezeiten im Scheidungsrecht: So muss ein angerufenes deutsches Gericht bei einem gewöhnlich in der Schweiz lebenden Deutschen schweizerisches Recht zur Anwendung bringen, weshalb die zweijährige Trennungszeit⁷⁰ einzuhalten ist.⁷¹ Dem lässt sich durch die Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit der beiden Deutschen entgegenwirken. Aushebeln lässt sich aber auch das deutsche „Trennungsjahr“ bei Konsens, nach dessen Ablauf gemäß § 1566 I BGB unwiderlegbar vermutet wird, dass die Ehe gescheitert ist: So können z.B. zwei türkische Staatsangehörige, die in Deutschland gewöhnlich ansässig sind, das türkische Recht wählen, das ih-

⁶⁴ Helms, FamRZ 2011, 1765, 1770; siehe zu subjektiven Elementen bei dieser Frage Weller, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ (Fn. 58) 314ff.

⁶⁵ Verweildauer, Ausmaß der sozialen und familiären Integration, Sprachkenntnisse, Nachgehen einer Berufstätigkeit vor Ort, Staatsangehörigkeit sowie Beziehungen zu Deutschland und Konkretheit einer beabsichtigten Rückkehr nach Deutschland. Siehe Helms, FamRZ 2011, 1765, 1770; Weller, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ (Fn. 58) 313.

⁶⁶ Markus Würdinger, Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: RabelsZ 75 (2011) 102ff.; Jan D. Lüttringhaus, Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht: RabelsZ 77 (2013) 31 ff. (beide zu Rom I- und II-VO sowie EuGVO).

⁶⁷ Helms, FamRZ 2011, 1765, 1770.

⁶⁸ Oben Fn. 4; Anatol Dutta, Die Rechtswahlfreiheit im künftigen internationalen Erbrecht der Europäischen Union, in: Europäisches Erbrecht, Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht, hrsg. von Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger (2011) 57 ff.

⁶⁹ Vgl. Gruber, IPRax 2012, 381, 387.

⁷⁰ Nach Art. 114 schweiz. ZGB.

⁷¹ Beispiel nach Martin Haußleiter, Rechtswahl bei Scheidung mit Verbindung zu ausländischem Recht: NJW-Spezial 2013, 4, 5; Peter Finger, Kollisionsrecht der Ehescheidung bei Antragstellung nach dem 21. 6. 2012, insbesondere im Verhältnis zu Italien, der Türkei und dem Iran: Familien-Rechts-Berater international (FamRBint) 2013, 37 ff.

nen eine raschere Scheidung ermöglicht.⁷² Selbstverständlich lassen sich auch scheidungsfreundliche Umstände innerhalb der Union nutzbar machen. Beispielsweise kann ein Ehepaar, das schon länger in Italien lebt, dem Erfordernis der dreijährigen Trennungszeit nach italienischem Recht⁷³ entgegen, wenn z. B. auch nur einer der Partner Deutscher ist und beide wirksam das deutsche Recht vereinbaren.

III. Anwendungsbereich der Rechtswahlfreiheit

1. Kreis der wählbaren Rechtsordnungen

Die Optionsmöglichkeiten zugunsten desjenigen Staates, zu dem die Eheleute einen solch engen Sachbezug haben oder in dem das von ihnen angerufene Gericht sitzt, berücksichtigen also das aus der zunehmenden Mobilität resultierende Bedürfnis der Ehepartner nach Flexibilität, Rechtssicherheit und Autonomie in Eheangelegenheiten.⁷⁴ Auch darum reicht für die räumlich-persönliche Anwendbarkeit der Verordnung ein allgemeiner (sich unter Umständen auch erst später ergebender)⁷⁵ Auslandsbezug aus. Die Verbindung zum Recht verschiedener Staaten, von der die Verordnung als Anwendungskriterium in Art. 1(1) recht generell spricht, kann sich dabei auch aus einem Bezug zu einem Staat außerhalb der EU ergeben.⁷⁶

Internationalität liegt ohnehin nicht nur im Fall verschiedener Staatsangehörigkeit der Eheleute vor. Internationalität ist z. B. auch dann zu bejahen, wenn die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben oder zumindest ein Ehegatte nicht die Staatsangehörigkeit des Rom III-Mitgliedstaates besitzt, in dem beide ansässig sind. Da auf den Zeitpunkt der Rechtswahl (nicht der Scheidung) abzustellen ist, bleibt die Rechtswahl auch dann wirksam, wenn der Sachverhalt den Auslandsbezug verloren hat, also eigentlich zum Inlands Sachverhalt geworden ist.⁷⁷ Außer-

⁷² Art. 166 türk. ZGB; *Dieter Höbhel/Otto Seibert/Thomas Möller*, Wie wirkt sich die Rom III-VO auf die Praxis aus?: Familie und Recht (FuR) 2013, 28, 30; vgl. zur Säkularisierung des türkischen Familienrechts *Duygu Damar/Hannes Rösler*, Türkisches Zivil-, Handels- und Kollisionsrecht im Zeichen der Modernisierung – Reform- und Systemfragen: ZEuP 19 (2011) 617, 620, 624 ff.

⁷³ Art. 3 des Gesetzes Nr. 898 vom 1. 12. 1970; siehe unten Fn. 114.

⁷⁴ Erwägungsgründe Nr. 15 f. Rom III-VO.

⁷⁵ Um den Zweck der VO voll zur Geltung zu bringen; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 384; a. A. *Palandt/Thorn* (Fn. 50) Rom III Art. 1 Rn. 5 (Zeitpunkt der Rechtswahl).

⁷⁶ Siehe dazu bereits oben Fn. 13 und 37.

⁷⁷ *Gruber*, IPRax 2012, 381, 384; siehe die Kritik an der frühen Rechtswahlmöglichkeit von *Petra Hammje*, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps: Rev. crit. d.i.p. 2011, 291, 308 f.

dem ist eine Rechtswahl in einem anfänglich reinen Inlandsfall zulässig, in dem die Ehegatten mit einem künftigen (und dann auch eintretenden) Auslandsbezug rechnen, sich aber bereits jetzt – etwa anlässlich eines Ehevertrages – binden wollen.

Darüber hinaus beschränkt die Rom III-VO die Wählbarkeit zwar auf staatliches Recht,⁷⁸ nicht aber auf Verwaltungsstaaten. Damit lässt sich auch das Recht eines nichtteilnehmenden Mitgliedstaates oder eines Drittstaates z. B. mit staatlich verbindlichem religiösen Recht vereinbaren.⁷⁹ Im Einzelnen sind den Parteien bei der Wählbarkeit jedoch enge Schranken gesetzt. Ausgeschlossen ist ohnehin die Wahl eines für die Parteien „neutralen“ Rechts, d. h. eines Rechts ohne weiteren Bezug zum Sachverhalt, wie es im Wirtschaftsverkehr häufig geschieht⁸⁰ und Art. 3 Rom I-VO auch eröffnet.

Der Katalog in Art. 5(1) Rom III-VO sieht restriktiv nur vier Optionen vor: Nach lit. a) können die Ehepartner das Recht desjenigen Staates bestimmen, in dem sie aktuell zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dabei kann der Aufenthalt auch an verschiedenen Orten des gleichen Staates gegeben sein.⁸¹ Lit. b) erlaubt die Wahl des Rechts des Staates, in dem sie zuletzt ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer der Partner zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Außerdem erklärt lit. c) das Recht desjenigen Staates für wählbar, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt. Schließlich können sich die Parteien nach lit. d) auch für das Recht des Staates des angerufenen Gerichts entscheiden.

Die damit vorgesehenen Einschränkungen auf Rechtsordnungen, zu denen die Eheleute eine objektiv ausreichend enge Beziehung haben, und auf die *lex fori*,⁸² sollen offenbar den legitimen Schutzinteressen des „schwä-

⁷⁸ Siehe dazu, dass selbst nach der Rom I-VO nur staatliches Recht wählbar ist, kritisch Hannes Rösler, Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU: EuZW 2011, 1 (anlässlich der Diskussion um die Einführung eines Common European Sales Law – CESL).

⁷⁹ Universelle Geltung in Art. 4 sowie Erwägungsgrund Nr. 12 Rom III-VO. Dies kennt man von Art. 2 Rom I-VO und Art. 3 Rom II-VO sowie von Art. 21 EuErbVO. Anders als bei Art. 3(1)(a) erster Spiegelstrich EuEheVO muss der gewöhnliche Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat begründet sein; Rainer Hausmann, Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht mit Scheidungsfolgenrecht – Kommentar (2013) A, Rn. 275.

⁸⁰ Siehe Peter Mankowski, Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie, in: FS Hans-Bernd Schäfer (2008) 369, 374f.; rechtstatsächlich Civil Justice Systems in Europe – Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law, hrsg. von Stefan Vogenauer/Chris Hodges (im Erscheinen).

⁸¹ Hausmann, Ehescheidungsrecht (Fn. 79) A, Rn. 275; Wolfgang Hau, Zur Durchführung der Rom III-Verordnung in Deutschland: FamRZ 2013, 249, 252 in Fn. 40.

⁸² Erwägungsgrund Nr. 16 Satz 1 nimmt lit. d) vom engen Bezug aus; allerdings gewährleistet indirekt Art. 3 EuEheVO über das Näheerfordernis seiner Gerichtsstände eine enge Verbindung zum Forum.

cheren“ Ehegatten Rechnung tragen,⁸³ wengleich sich dieses Motiv in der Verordnung selbst nur angedeutet findet.⁸⁴ Während also die Rechtswahl im vertraglichen Wirtschaftsverkehr als rationale und eigennutzenmaximierende Interessenverfolgung weitgehend zulässig ist,⁸⁵ schuf der Verordnungsgeber im Familienrecht zustimmungswürdig enge Grenzen. Ein besonderes Schutzbedürfnis besteht übrigens im Fall nach lit. c), also der Wahl des Heimatrechts eines Ehepartners, der mit den Vorzügen seines eigenen Rechts eher vertraut sein wird. Das veranlasste den Verordnungsgeber aber nicht dazu, spezielle Anforderungen aufzustellen, was eigentlich wünschenswert gewesen wäre.

2. Abstrakte Vereinbarung der *lex fori*

Diskussionsbedürftig ist die Frage, ob Art. 5(1)(d) Rom III-VO eine offene *ex ante*-Rechtswahl ohne konkrete Benennung einer Rechtsordnung dergestalt ermöglicht, es solle schlicht das Recht des Staates gelten, in dem die Scheidung zulässigerweise eingereicht wurde.⁸⁶ Auch in diesem Fall könnten die Parteien in den Genuss des Gleichlaufs von Zuständigkeits- und anwendbarem Recht kommen, dessen Vorzüge oben beim englischen *lex fori*-Ansatz erörtert wurden. Dagegen spricht aber die in Erwägungsgrund Nr. 18 vorgeschriebene informierte Entscheidung: Die Verordnung sieht dort als „wesentlichen Grundsatz“ das Erfordernis voller Sachkenntnis hinsichtlich der rechtlichen und sozialen Folgen einer Rechtswahl vor.

Ein Teil des deutschen Schrifttums leitet daraus ein Bestimmtheitsgebot her.⁸⁷ Dieser Ansatz ist insofern verständlich, als die Verordnung bei den Schutzstandards insgesamt erstaunlich niedrig ansetzt und das Informations-

⁸³ Siehe Tobias Helms, Neues europäisches Familienkollisionsrecht, in: Liber amicorum Walter Pintens (Fn. 28) 681, 691.

⁸⁴ Erwägungsgründe Nr. 16 Satz 1 und Nr. 14 Satz 1; vgl. auch Nr. 21. Der Vorschlag für eine Verordnung (EU) des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, KOM(2010) 105 endg., S. 4 spricht davon, „dass der schwächere Ehepartner geschützt wird“. Zum öffentlichen Interesse an der *lex fori* bereits oben II. 2. Zum Gebot der „Chancengleichheit der beiden Ehegatten“ (allerdings im Zusammenhang mit einer informierten Rechtswahl) Erwägungsgrund Nr. 18 Satz 3 und unten IV. 2.

⁸⁵ Siehe zum „Kampf um die Rechtswahl“ Peter Mankowski, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht – Rechtspolitische Überlegungen zur Rom I- und zur Rom II-Verordnung (2011) 18 ff.

⁸⁶ Dafür Basedow, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 23 mit dem Formulierungsvorschlag in Fn. 23: „Für den Fall eines späteren Scheidungsverfahrens vereinbaren die Ehegatten, dass das dann angerufene Gericht sein eigenes Recht auf die Ehescheidung anwendet.“

⁸⁷ Die überwiegende Auffassung lehnt eine „floating choice of law“ ab; Palandt/Thorn (Fn. 50) Rom III Art. 5 Rn. 5; Helms, FamRZ 2011, 1765, 1767 f.; Mörsdorf-Schulte, RabelsZ 77 (2013) 786, 814.

prinzip des besagten Erwägungsgrundes immerhin etwas Schutz in die Verordnung einzubringen scheint. Doch fragt sich, wie es wäre, wenn sich die Ehepartner über sämtliche Rechtsordnungen informieren oder beraten ließen. Dann würde durch Hinzug und Antragstellung eine der Rechtsordnungen (da somit *lex fori*) zum anwendbaren Recht, über das sich die Parteien u. a. informiert haben. Eine solche globale Informationsversorgung stößt jedoch an ihre praktischen Grenzen, und zwar selbst im Fall der professionellen Rechtsberatung, die einen „Herkules“ der Rechtserkenntnis erfordern würde.

Überzeugend ist es allerdings, eine Rechtswahl zuzulassen, die sich auch auf mehrere potenzielle Forumstaaten bezieht, sofern eine hinreichende Eingrenzung und Information erfolgte. Das ist z. B. dann der Fall, wenn sich ein deutsches Ehepaar über die Vor- und Nachteile der Scheidungsrechte der deutschsprachigen Länder konkret informiert hat und nun einer der Ehegatten in Österreich lebt und nach einjährigem Aufenthalt dort zulässigerweise⁸⁸ den Scheidungsantrag einreicht und das österreichische Recht zum anwendbaren Recht macht. Vorteilhaft wäre zwar die konkrete Benennung des österreichischen Rechts als eine der in Betracht kommenden Rechtsordnungen. Dessen bedarf es aber nach der hier vertretenen vermittelnden Ansicht nicht, wenn sich auch aus den sonstigen Umständen ergibt, dass eine informierte Entscheidung vorlag, die hinreichend konkret das österreichische Recht umfasste. Das kann etwa der Fall sein, wenn die Partner mangels Sprachkenntnissen eindeutig nie in andere Staaten als Österreich und die deutschsprachigen Teile der Schweiz gehen würden.

3. Beträchtliche Zeitspanne

Für die Vornahme, Modifizierung oder erneute Durchführung einer Rechtswahl kommt eine große Zeitspanne in Betracht: Sie reicht von der Eheschließung (etwa als Rechtswahlklausel in einem Ehevertrag)⁸⁹ über die Scheidungsverhandlungen bis hin „zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts“.⁹⁰ Das verhält sich bei Vereinbarung „im Laufe des Verfahrens“ anders: Art. 5(3) Rom III-VO macht die Rechtsgültigkeit der Wahl im Prozess davon abhängig, ob dies nach dem Recht des angerufenen Gerichts möglich ist. Das ist zumindest nach deutschem Recht durch Art. 46d II 1 EGBGB

⁸⁸ Siehe Art. 3(1)(a) EuEheVO.

⁸⁹ Siehe umfassend zum Thema *Gerhard Ring*, Ehevertrag mit Auslandsbezug, in: *Eherecht in Europa*², hrsg. von Rembert Süß/Gerhard Ring (2012) § 3 Rn. 1 ff.

⁹⁰ Art. 5(2) Rom III-VO. Der Begriff der Anrufung ist wie bei Art. 16 EuEheVO zu verstehen; siehe Erwägungsgrund Nr. 13 Satz 2 Rom III-VO.

eröffnet. Danach ist die Rechtswahl bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug durchführbar.⁹¹

Eigentümlicherweise spricht Art. 5(1)(d) Rom III-VO vom Recht des Staates des „angerufenen“ Gerichts. Darum wirkt es so, als wäre nur eine prozessbezogene Rechtswahl möglich, was aber die Rechtswahlmöglichkeit stark einschränken würde.⁹² Die Bestimmung ist allerdings dahingehend zu verstehen, dass ein später angerufenes Gericht die Zulässigkeit der Rechtswahl auch dann bejahen kann, wenn das konkret benannte Recht nicht gerade als *lex fori* ausgesucht wurde.⁹³ Dies ergibt sich aus den anderen Sprachfassungen von lit. d), die ausschließlich (ohne das Anrufungserfordernis) von „law of the forum“ oder „la loi du for“ sprechen.

4. Auswirkungen des Internationalen Verfahrensrechts

Mit der Möglichkeit, nach Art. 5(1)(d) Rom III-VO die *lex fori* zu wählen, wird die Gerichtszuständigkeit auch für das IPR bedeutsam. Da das Internationale Scheidungsverfahrensrecht – anders als die EuGVO,⁹⁴ EuUnthVO⁹⁵ und EuErbVO⁹⁶ – eine Gerichtsstandswahl noch nicht vorsieht,⁹⁷ kann nur eine Aufenthalts- oder Staatsangehörigkeitszuständigkeit nach Art. 3(1) EuEheVO einschlägig sein. Taktisch bedeutsam werden hier die Gerichtsstände des Art. 3(1)(a) dritter bis sechster Spiegelstrich EuEheVO, wonach

⁹¹ Danach gilt für die Form § 127a BGB entsprechend, wobei aber eine Protokollierung bereits nach Art. 5(3) Satz 2 Rom III-VO erforderlich ist; siehe *Hau*, FamRZ 2013, 249, 253 in Fn. 52. Siehe zum gerichtlichen Vergleich mit Rechtswahl § 36 FamFG i. V. m. § 278 VI 1 ZPO; *Rainer Kemper*, Das neue Internationale Scheidungsrecht, Eine Übersicht über die Regelungen der Rom III-VO: FamRBint 2013, 12, 13.

⁹² Siehe Art. 5(3) Rom III-VO.

⁹³ *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 22f.

⁹⁴ Art. 23 des auch Brüssel I-VO genannten Rechtsaktes; es handelt sich um die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000, ABl. 2001 L 12/8; zur Zuständigkeitsvereinbarung der reformierten EuGVO (also der ab 10. 1. 2015 geltenden Neufassung VO Nr. 1215/2012, ABl. 2012 L 351/1). Siehe *Christian Heinze*, Choice of Court Agreements – Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation: *RabelsZ* 75 (2011) 581, 583 ff.; *Jan von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGV-VO): *RIW* 2013, 97, 104 ff.

⁹⁵ Art. 4 EuUnthVO.

⁹⁶ Art. 5 EuErbVO.

⁹⁷ Im Unterschied zu Art. 3a(1) des ursprünglichen VO-Entwurfs, KOM(2006) 399 (dazu oben Fn. 5). *Thomas Rauscher*, in: ders., Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – Brüssel IIa-VO, EG-UntVO, EG-ErbVO-E, HUnStProt 2007 (2010) Art. 3 Brüssel IIa-VO Rn. 2. Art. 12 EuEheVO betrifft nur die Vereinbarung der Zuständigkeit bei der elterlichen Verantwortung.

der gewöhnliche Aufenthalt⁹⁸ bereits eines der Ehepartner zuständigkeitsergründend sein kann. Damit ist die Zahl der wählbaren Rechtsordnungen erweitert.⁹⁹ Zugleich wird der aktive, d. h. den Gerichtsstand wählende Antragsteller stark in Vorteil gesetzt: So reicht es für die Zuständigkeit bekanntlich aus, wenn der den Scheidungsantrag einreichende Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit wenigstens einem Jahr in dem Forumstaat hat (Art. 3(1)(a) fünfter Spiegelstrich EuEheVO).¹⁰⁰

Sollte es möglich sein (was wie aufgezeigt umstritten ist),¹⁰¹ sich nach Art. 5(1)(d) auch nur abstrakt auf die Anwendung der *lex fori* zu verständigen, zöge dies den Kreis der anwendbaren Rechtsordnungen weiter.¹⁰² Begründet demnach ein Ehepartner seinen – mindestens einjährigen – gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der EuEheVO in irgendeinem der an „Rom III“ teilnehmenden Staaten und stellt dort dann zulässigerweise einen Scheidungs- oder Trennungsantrag, kann er hierdurch das dortige Recht zur Anwendung bringen. Der Gang zum Gericht bewirkt in diesem Fall die Konkretisierung des anwendbaren Rechts. Das Ergebnis wird sich häufiger für den Antragsteller als vorteilhaft und den Antragsgegner als nachteilig erweisen, der damit nicht selten wegen der Verlassenheitssituation und der einzuhaltenden Trennungszeit recht überrascht sein könnte. Eine abstrakte *lex fori*-Wahl ist mithin (sofern zulässig) nicht unproblematisch, was die Praxis gegensteuernd anhand der Eingrenzung auf die von beiden Eheleuten wirklich in Betracht genommenen Rechtsordnungen zu berücksichtigen hat.¹⁰³

Für den Standardfall des Fehlens einer (wirksamen) Rechtswahl muss man sich ohnehin die überaus rasche objektive Anwendung der *lex fori* nach der Anknüpfungsleiter des Art. 8 Rom III-VO vor Augen führen: Im Fall *unterschiedlicher* Staatsangehörigkeit von Eheleuten kommt es wegen lit. b) bereits nach einem Jahr der Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthaltes eines der beiden Ehegatten zur auffangenden Anwendung der *lex fori* nach lit. d).¹⁰⁴ Eine Partei kann also auch hier das anwendbare Recht durch ihren Umzug und ihre Antragstellung bestimmen. Anders verhält es sich nur bei Parteien mit (noch bestehender) gleicher Staatsangehörigkeit. Dann greift die dazwischen liegende dritte Sprosse in lit. c), weshalb das Recht der ge-

⁹⁸ Zum Begriff bereits oben II. 4.

⁹⁹ Palandt/*Thorn* (Fn. 50) Rom III Art. 5 Rn. 5.

¹⁰⁰ Im Fall der mit dem Aufenthaltsstaat gleichen Staatsangehörigkeit reicht nach dem sechsten Spiegelstrich bereits ein halbes Jahr. Nach dem dritten Spiegelstrich kann der Scheidungsantrag dort gestellt werden, wo der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

¹⁰¹ Oben III. 2.

¹⁰² *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 23.

¹⁰³ Oben III. 2.

¹⁰⁴ Das wird von *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 26 kritisiert. Er erachtet eine Verbundenheitsfrist von fünf Jahren für überzeugend. Kritik auch von *Gruber*, IPRax 2012, 381, 388.

meinsamen Staatsangehörigkeit zur Anwendung gelangt und ein Rückgriff auf die *lex fori* in lit. d) verwehrt bleibt. Deshalb ist bei der Rechtswahl diese zu rasche (durch die Scheidungsfreundlichkeit der EuEheVO¹⁰⁵ bedingte) Anwendung der *lex fori* bei Ausfall der dritten Sprosse mitsamt möglichen Änderungen der Staatsangehörigkeiten zu bedenken.

5. Umfang der Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht

Die Rechtswahlmöglichkeit ist durch die Reichweite der Verordnung beschränkt. Darum bedarf es eines Eingehens auf den sachlichen Anwendungsbereich. Die Rom III-VO regelt die Auflösung und Lockerung des Ehebandes,¹⁰⁶ wodurch ein möglichst weiter sachlicher Anwendungsbereich eröffnet ist. Umfasst sind also auch Trennungen ohne Auflösung des Ehebandes (Art. 1(1) Rom III-VO) und deren Umwandlung in Scheidungen (Art. 9 Rom III-VO).¹⁰⁷ Damit geht es angesichts von vielen scheidungsähnlichen Rechtsinstituten im Ausland nicht nur um Scheidung in ihrer materiellrechtlichen Bedeutung, etwa nach §§ 1564 ff. BGB.¹⁰⁸

Umfasst sind auch nichtgerichtliche Scheidungen, die im ausländischen Recht zulässig sein können: etwa Scheidungen durch Notariate, wie man sie etwa aus Lettland kennt, oder z. B. durch portugiesische Personenstandsbehörden.¹⁰⁹ Außerdem können nach ausländischem Recht zulässige Privatscheidungen umfasst sein,¹¹⁰ beispielsweise die „Verstoßungsscheidung“ durch dreimaligen „talaq“ nach islamischem Recht¹¹¹ oder die Übergabe

¹⁰⁵ Mörsdorf-Schulte, *RabelsZ* 77 (2013) 786, 806.

¹⁰⁶ Siehe Erwägungsgrund Nr. 10 Rom III-VO.

¹⁰⁷ Hierüber liegt mit OLG Stuttgart 17. 1. 2013 – 17 WF 251/12, *NJW-Spezial* 2013, 133 erste Rechtsprechung vor: Wurde die Trennung von Tisch und Bett nach italienischem Recht vor dem 21. 7. 2012 (Art. 18 Rom III-VO) ausgesprochen, so ist wegen der in Art. 9 Rom III-VO vorgeschriebenen Stauseinheit von gerichtlicher Trennung und Scheidungsverfahren (was allerdings abwählbar ist) auch auf den danach eingereichten Scheidungsantrag italienisches Scheidungsrecht anzuwenden.

¹⁰⁸ Johannes Stürmer, *Die Rom III-VO – ein neues Scheidungskollisionsrecht*: *Jura* 2012, 708, 709.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 3 Nr. 2 Rom III-VO; Dieter Martiny, in: Prütting/Wegen/Weinreich, *BGB⁸* (2013) Anh. I zu Art. 17 EGBGB (Rom III-VO) Rn. 4; auch zur Reformdiskussion in Deutschland Bettina Heiderhoff, *Alternativen zur Eheauflösung durch gerichtliches Gestaltungsurteil*: *StAZ* 2011, 262 ff.

¹¹⁰ Prütting/Wegen/Weinreich/Martiny (vorige Fn.) Anh. I zu Art. 17 EGBGB (Rom III-VO) Rn. 4; BeckOK *BGB/Heiderhoff* (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 3; Helms, *FamRZ* 2011, 1765, 1766 f.; Veronika Gärtner, *Die Rom III-Verordnung unter besonderer Berücksichtigung von Privatscheidungen*: *StAZ* 2012, 357 ff.; Mark Makowsky, *Europäisierung des Internationalen Ehescheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung*: *GPR* 2012, 266, 269; a. A. Gruber, *IPRax* 2012, 381, 383.

¹¹¹ Siehe dazu, dass eine Ehe durch ein deutsches Gericht nach religiösem ägyptischen Recht geschieden werden kann (betrifft Art. 17 EGBGB a. F.), OLG Koblenz 19. 9. 2012 – 13

eines Scheidebriefs („Get“) in Anwesenheit von Zeugen und des Rabbinatsgerichts.¹¹² Bedeutsam wird die Scheidungsverordnung, die schließlich universellen und umfassenden Anspruch erhebt, für die materiellrechtliche Anerkennung von aus dem Ausland stammenden reinen Privatscheidungen (d.h. solchen ohne staatliche Beteiligung).¹¹³ Somit bleibt es beim Scheidungsmonopol deutscher Gerichte für Inlandsscheidungen, das Art. 17 II EGBGB weiterhin vorschreibt.

Angesichts dieser Vielfalt unterlässt es die Verordnung, die Begriffe „Ehescheidung“ sowie die z.B. vom italienischen, portugiesischen und polnischen Recht bekannte „Trennung“ von Tisch und Bett zu definieren. Das Institut der Ehetrennung ist vor allem in den Staaten vorgesehen, die ursprünglich keine dem *Codex iuris canonici* widersprechende Aufhebung des Ehebandes durchführen wollten. Darum brachte und bringt dort die gerichtliche Trennung die gewünschte Statusveränderung, wenngleich die Trennung heutzutage meist einen Schritt vor der Scheidung darstellt.¹¹⁴ Angesichts der Vielfalt der Scheidungs- und Ehetrennungsformen kommen nur weite Definitionen in Betracht.

Nicht nur darum, sondern auch weil der Gesetzgeber dem Rechtswahlwillen der Parteien recht umfassend zur Geltung verhelfen will und gleichgeschlechtliche Ehen in Europa stark im Vorrücken sind,¹¹⁵ umfasst die Rom III-VO prinzipiell auch nach nationalem Recht zulässige homosexuelle Ehen. Die Frage der Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Ehen ist den Mitgliedstaaten überlassen.¹¹⁶ Dafür spricht die Kompromissregel in Art. 13

UF 1086/11, NJW 2013, 1377 mit Anm. *Gerhard Hohloch*, wo auch auf die Bedeutung des *ordre public* nach Art. 6 EGBGB abgehoben wird.

¹¹² Dazu BGH 28. 5. 2008 – XII ZR 61/06, BGHZ 176, 365; besprochen von *Kurt Siehr*, Ehescheidung deutscher Juden: IPRax 2009, 332 ff.

¹¹³ Im Ausland vollzogene Privatscheidungen sind nicht nach Art. 21(1) EuEheVO oder nach § 107 I FamFG anererkennungsfähig, da keine Entscheidung eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde vorliegt. Stattdessen bestimmt sich die Wirksamkeit nach dem anwendbaren Sachrecht (nun der Rom III-VO); vgl. BGH 21. 2. 1990 – XII ZB 203/87, BGHZ 110, 267, 272 f. – *Thailand*; 28. 5. 2008, BGHZ 176, 365 – *jüdische Get-Scheidung*; *Dieter Henrich*, Internationales Scheidungsrecht³ (2012) Rn. 42.

¹¹⁴ In Italien z.B. geht 95% der Scheidungen eine Trennung mit eigenem Verfahren voraus (nach Artt. 151 ff. Codice civile), allerdings nicht als Vorstufe zur Scheidung, sondern als vorläufige Phase. Die Scheidungsmöglichkeit wurde erst 1970 mit dem Gesetz Nr. 898 eingeführt. *Maria-Giovanna Cubeddu/Anton Wiedemann*, Italien, in: *Eherecht in Europa* (Fn. 89) Rn. 123, 149.

¹¹⁵ Zuletzt in Frankreich mit Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J. O. Nr. 114 vom 18. 5. 2013, S. 8253 und für England und Wales mit dem Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (c. 30). Zum Stand weiter *Peter Mankowski/Friederike Höffmann*, Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland?: IPRax 2011, 247, 248 ff.

¹¹⁶ BeckOK BGB/*Heiderhoff* (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 18; *Helms*, FamRZ 2011, 1765, 1766; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 382; *Stephanie Nitsch*, Scheidungsrecht – International: Die Rom III-VO: ZFRV 2012, 264; siehe auch *Makowsky*, GPR 2012, 266, 267 f. Die h.M. quali-

Var. 2 Rom III-VO, wonach Ehen nicht zu scheiden sind, wenn sie nach nationalem Recht als ungültig angesehen werden. Zu bedenken ist auch: Die (ältere) EuEheVO umfasst nach (noch) h. M. nur verschiedengeschlechtliche Ehen.¹¹⁷ Eindeutig von „Rom III“ ausgenommen sind dagegen eingetragene Partnerschaften und andere Formen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften.¹¹⁸

Artikel 1(2) Rom III-VO statuiert wichtige Bereichsausnahmen.¹¹⁹ Dazu zählen einerseits die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie das Bestehen und die Gültigkeit einer Ehe.¹²⁰ Andererseits lässt die Verordnung als Scheidungs- und Trennungsfolgen hauptsächlich die güterrechtlichen Folgen, die Namensfragen, die elterliche Verantwortung und die Unterhaltspflicht außen vor.¹²¹ Einmal abgesehen von ohnehin spezielleren Unionsrechtsakten wie beispielsweise zum Unterhaltsrecht die EuUnthVO¹²² und abgesehen von künftiger Unionsgesetzgebung zum Güterrecht von Ehen (EuGüVO-E)¹²³ und eingetragenen Partnerschaften (EuPartVO-E)¹²⁴ sowie abgesehen

fiziert gleichgeschlechtliche Ehen, die nach ausländischem Recht geschlossen wurden, als eingetragene Lebenspartnerschaften (etwa KG 3. 3. 2011 – 1 W 74/11, FamRZ 2011, 1525), so dass danach Art. 17b EGBGB und nicht die Rom III-VO einschlägig ist; Prütting/Wegen/Weinreich/Martiny (Fn. 109) Anh. I zu Art. 17 EGBGB (Rom III-VO) Rn. 29.

¹¹⁷ Kurt Siehr, in: Brussels IIbis Regulation, hrsg. von Ulrich Magnus/Peter Mankowski (2012) Art. 22 Rn. 2; Rauscher/ders. (Fn. 97) Art. 1 Brüssel IIa-VO Rn. 7; a. A. Gruber, IPRax 2012, 381, 382.

¹¹⁸ Art. 17b EGBGB erlaubt für eingetragene Partnerschaften keine Rechtswahl. Zu Problemen Henrich, Parteiautonomie (Fn. 48) 711 f.; zu unregistrierten eheähnlichen Gemeinschaften BeckOK BGB/Heiderhoff (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 17.

¹¹⁹ Vom Scheidungsstatut umfasst sind wohl das Trostgeschenk nach marokkanischem Recht und der immaterielle Schadensersatz nach türkischem Recht, nicht aber die islamische Morgengabe (Letztere unterstellt BGH 9. 12. 2009 – XII ZR 107/08, BGHZ 183, 287 = JZ 2010, 733 mit Anm. Wolfgang Wurmnest nicht Art. 17 EGBGB a. F., sondern dem Auffangtatbestand des Art. 14 I EGBGB; dazu auch Nadjma Yassari, Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht: IPRax 2011, 63 ff.); siehe Peter Finger, Neues Kollisionsrecht der Ehescheidung und der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, VO Nr. 1259/2010 (Rom 3): FuR 2013, 305, 310.

¹²⁰ Eheschließungs- und Formstatut sind bekanntermaßen nicht vereinheitlicht und richten sich weiterhin nach nationalem Recht, also nach Art. 13 EGBGB; siehe etwa Gerhard Hohloch, Eheschließung bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit: Grundzüge und Probleme: FPR 2011, 422 ff. Auch die Eheaufhebung i. S. v. § 1314 BGB ist – anders als im Fall der EuEheVO – nicht vom Unionsrechtsakt erfasst; Hau, FamRZ 2013, 249, 250.

¹²¹ Art. 1(2) sowie Erwägungsgrund Nr. 10 Rom III-VO.

¹²² Art. 15 EuUnthVO verweist jedoch auf das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23. 11. 2007 (HUnthProt), das für alle Mitgliedstaaten außer für Dänemark und das Vereinigte Königreich gilt. Die VO gilt seit dem 18. 6. 2011.

¹²³ Die VO (Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts, KOM[2011] 126 endg.) wird Art. 15 EGBGB ersetzen, der bereits seit der besagten IPR-Neuregelung von 1986 (Fn. 44) die Rechtswahl zulässt.

¹²⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güter-

von Völkerrechtsakten richtet sich die Beurteilung dieser Fragen nach nationalem IPR.

Selbstverständlich können die Mitgliedstaaten nach ihren Kollisionsnormen auch an das nach der Rom III-VO ermittelte Scheidungs- und Trennungstatut akzessorisch anknüpfen, wofür sich der deutsche Gesetzgeber in Art. 17 I, III EGBGB entschieden hat. Für die wichtige Rechtsfrage des Unterhalts ist dagegen nicht mehr an das Scheidungstatut anzuknüpfen.¹²⁵ Das Unterhaltstatut folgt allerdings nach Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Artt. 7f. HUUnthProt dem gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten.¹²⁶ Indem darin auch das übliche Anknüpfungsmoment der Rom III-VO liegt, kommt es weitgehend zu einem gewünschten Gleichlauf von Scheidungs- und Unterhaltstatut.¹²⁷

Die Rechtswahl ist entscheidenderweise – wie gesagt – auf den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung beschränkt. Das ist bedeutsam, denn gerade die von der Rom III-VO sämtlich ausgenommenen Scheidungsfolgen wie Güterrecht, Versorgungsausgleich und Unterhalt – ganz zu schweigen vom elterlichen Sorgerecht, Namensrecht usw. – sind meist viel wichtiger als die Frage der Auflösung oder Lockerung des Ehebandes selbst.¹²⁸ Sofern die Ehegatten die Rechtswahl auch auf die Scheidungsfolgen erstrecken möchten, muss dies nach einem der erwähnten anderen Unionsrechtsakte oder dem nationalen Recht zulässig sein.

Im Unionsrecht besteht die Rechtswahlmöglichkeit bei Unterhaltspflichten von Eheleuten und Lebenspartnern (EuUnthVO i. V. m. HUUnthProt)¹²⁹ und nach dem vorgeschlagenen Ehegüterrecht (EuGüVO-E).¹³⁰ Das entspricht der neuen Rechtslage nach der EuErbVO.¹³¹ Von

rechts eingetragener Partnerschaften, KOM(2011) 127 endg.; siehe *Michael Coester*, Art. 17b EGBGB unter dem Einfluss des Europäischen Kollisionsrechts: IPRax 2013, 114.

¹²⁵ So noch Art. 18 IV EGBGB a. F.

¹²⁶ Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Art. 3 HUUnthProt.

¹²⁷ Dazu *Jörg-Michael Dimmler/Volker Bißmaier*, Die Anwendung materiellen Rechts bei Trennungs- und Nacheheunterhaltsverfahren mit Auslandsbezug: FPR 2013, 11.

¹²⁸ *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 21.

¹²⁹ Diese (auch europäisch neue) Möglichkeit bestand nach dem aufgehobenen Art. 18 EGBGB nicht. *Kerstin Niethammer-Jürgens*, Ehescheidung und Folgesachen mit Auslandsbezug: FPR 2011, 440, 443f. Hinzuweisen ist noch auf das Abkommen vom 4. Februar 2010 zwischen Deutschland und Frankreich über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, BGBl. 2012 II 178.

¹³⁰ Art. 16 EuGüVO-E; *Nina Dethloff*, Güterrecht in Europa – Perspektiven für eine Angleichung auf kollisions- und materiellrechtlicher Ebene, in: FS Bernd von Hoffmann (Fn. 44) 73, 77f.; *Dieter Martiny*, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften: IPRax 2011, 437, 449: „Eine Wahl der *lex fori* ist – anders als bei der Ehescheidung – nicht vorgesehen. Das ist sachgerecht, da es sich beim Güterstand um eine – unabhängig von einem Gerichtsverfahren – auf Dauer angelegte Beziehung handelt.“ *Beatriz Campuzano Díaz*, The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes: Yb. PIL 13 (2011) 233ff. Dagegen sieht Art. 15 EuPartVO-E (ebenso wie Art. 17b

diesen drei familien- und erbrechtlichen EU-Rechtsakten ist die Wahl gerade der *lex fori* aber nur in Unterhaltsfällen und dort – im Interesse der Beschleunigung – allein hinsichtlich eines konkreten Verfahrens¹³² vorgesehen.¹³³ Für einige vermögensrechtliche Scheidungsfolgen schreibt der erwähnte Art. 17 I, III EGBGB eine akzessorische Anknüpfung vor. Darum ist vor allem beim Versorgungsausgleich (wie schon zuvor) an das Scheidungsstatut anzuknüpfen, so dass sich eine Wahl des deutschen Rechts als Scheidungsstatut auch auf diese Folgen erstreckt.¹³⁴

IV. Besondere Problemkreise

1. Formgültigkeit und einschlägiges Statut der Rechtswahl

Wie aufgezeigt birgt die Rechtswahl gewisse Risiken. Darum gewinnen formale Anforderungen an Gewicht. Bei einer vorprozessualen¹³⁵ Rechtswahl sind nach Art. 7(1) Rom III-VO die Schriftform, eine Datierung sowie Unterzeichnung durch beide Ehegatten einzuhalten. Über diese autonom auszulegende Mindestvereinheitlichung hinaus können die Mitgliedstaaten zusätzliche Formvorschriften schaffen.¹³⁶ Davon hat der deutsche Gesetzgeber mit dem (siebenmonatig verspätet) am 29. 1. 2013 in Kraft getretenen Durchführungsgesetz Gebrauch gemacht.¹³⁷ Der neue Art. 46d I EGBGB sieht – der früheren Rechtslage entsprechend¹³⁸ – die notarielle Beurkundung vor.¹³⁹ Die strenge Form ist wegen der weitgehenden Risiken der

EGBGB) gar keine Rechtswahl vor. Dazu KOM(2011) 127 endg., S. 8: Das stünde „im Einklang mit den einschlägigen Regelungen der Mitgliedstaaten, die generell auf das Recht des Eintragungsstaats verweisen und für eingetragene Partner keine andere Rechtswahlmöglichkeit vorsehen, auch wenn den Partnern die Möglichkeit zugebilligt wird, untereinander Verträge zu schließen“.

¹³¹ Art. 22 EuErbVO.

¹³² Darüber hinaus geht dies allerdings nicht. Vgl. die Wahlmöglichkeiten nach Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Art. 8 HUUnthProt. Hintergrund für die Beschränkung ist der Schutz von Schwächeren, z. B. Kindern; *Völker Lipp*, Parteiautonomie im internationalen Unterhaltsrecht, in: *Liber amicorum Walter Pintens* (Fn. 28) 847, 855 ff., 866.

¹³³ Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Art. 7 HUUnthProt.

¹³⁴ Verstoßen die Parteien gegen den Einheitsansatz des deutschen Gesetzgebers und wählen nur das Recht der Folgesache, kommt eine konkludente Rechtswahl in Betracht (umstritten); siehe *Hau*, FamRZ 2013, 249, 253.

¹³⁵ Siehe für die Rechtswahl im Verfahren oben Fn. 91.

¹³⁶ Art. 7(2) Rom III-VO.

¹³⁷ Oben Fn. 43; dazu *Thomas Rauscher*, Anpassung des IPR an die Rom III-VO: FPR 2013, 257 ff.

¹³⁸ Für die alte (wie geschildert recht eingeschränkte) Rechtswahl nach Art. 17 I 1 EGBGB a. F. i. V. m. Art. 14 II und III EGBGB (oben II. 3.) war die notarielle Beurkundung schon gemäß Art. 14 IV EGBGB vorgeschrieben.

¹³⁹ Zur gerichtlichen Protokollierung oben Fn. 91.

Rechtswahl zu begrüßen.¹⁴⁰ Ohnehin ist für den Abschluss von Eheverträgen, in denen sich künftig mehr Rechtswahlklauseln finden sollten, die Niederschrift eines Notars erforderlich.¹⁴¹

Nationalstrenge Formvorgaben sind allerdings nicht so durchgreifend, wie es zunächst scheint. Vier Konstellationen sind hierbei zu unterscheiden: (1.) Sofern sich beide Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtswahl gewöhnlich außerhalb eines Rom III-Mitgliedstaates aufhalten,¹⁴² gilt nur das kraftlose Schriffterfordernis des Art. 7(1) Rom III-VO. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sich zwei Auslandsdeutsche vor einem deutschen Gericht scheiden lassen wollen,¹⁴³ so dass sich der Gang zur Konsularabteilung ihrer deutschen Botschaft erübrigt. (2.) Doch selbst wenn sich einer der Ehepartner in einem Staat mit strengem Formerfordernis wie z. B. in Deutschland aufhält und der andere in einem weniger strengen *Rom III*-Mitgliedstaat, so kommt die großzügige Form dieses Rom III-Staates zum Zuge,¹⁴⁴ wodurch das Beurkundungserfordernis des Art. 46d I EGBGB entfällt. Dagegen setzt sich das deutsche Formstatut durch, wenn (3.) beide Partner ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben¹⁴⁵ oder (4.) der eine Ehegatte dort und der andere in einem *Nichtteilnahmestaat* seinen Lebensmittelpunkt hat.¹⁴⁶

Hinsichtlich des Zustandekommens von Rechtswahlvereinbarungen stellt sich die Frage, welche nationale Rechtsordnung maßgeblich ist. Dazu ist nach Art. 6(1) Rom III-VO nicht auf das Scheidungsstatut oder die *lex fori* abzustellen, sondern auf das von den Parteien gewählte Recht. Dieses vorgegreifende (der Rom I-VO entsprechende)¹⁴⁷ Abstellen auf die *lex causae* als Eingehungsstatut fördert die einheitliche Auslegung von Rechtswahlvereinbarungen.¹⁴⁸

Hinzuweisen ist noch auf die Unzumutbarkeitsregel in Absatz 2: Danach kann sich ein Ehegatte zum Anfang des Rechtsstreits auf sein Aufenthaltsstatut im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts berufen, sofern er

¹⁴⁰ Hintergrund ist natürlich, dass „[d]urch diese Form [...] der ‚schwächere‘ Ehegatte besonders stark geschützt“ wird, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 17/11049 vom 17. 10. 2012, S. 11.

¹⁴¹ §§ 1408, 1410 BGB; siehe auch § 7 VersAusglG; Art. 14 IV und Art. 15 III EGBGB.

¹⁴² Art. 7(2)–(4) Rom III-VO beziehen sich nur auf Teilnahmestaaten. Dass diese Vorgaben von der Rechtsprechung zu allseitigen Kollisionsnormen ausgebaut werden, wodurch drittstaatliche Formvorschriften zu beachten wären, hält *Mörsdorf-Schulte*, RabelsZ 77 (2013) 786, 818 f. für möglich.

¹⁴³ Etwa vom Amtsgericht Berlin-Schöneberg nach §§ 98, 122 Nr. 6 FamFG; *Haußleiter*, NJW-Spezial 2013, 4.

¹⁴⁴ Art. 7(3) Rom III-VO.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 7(2) Rom III-VO.

¹⁴⁶ Art. 7(4) Rom III-VO.

¹⁴⁷ Art. 3(5) i. V. m. Art. 10 Rom I-VO.

¹⁴⁸ *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 24.

geltend macht, er habe der Rechtswahl nicht zugestimmt. Allerdings ist eine konkludente Rechtswahl wegen der Formerfordernisse des Art. 7 Rom III-VO, der jedenfalls die Einhaltung der Schriftform fordert, zumeist ausgeschlossen.¹⁴⁹ Insoweit ist die Ausnahme in Art. 6(2) Rom III-VO – anders als im Fall der vertragskollisionsrechtlichen Parallelvorschrift¹⁵⁰ – von eher geringer Bedeutung.¹⁵¹

2. Hinreichende Informationen und richterliche Kontrolle

Gehen die meisten Eheleute bereits bei innerstaatlich bleibender Lebensgestaltung ihre Ehen in Unkenntnis über die gesetzlichen Konsequenzen ein,¹⁵² so besteht bei einer internationalen Dimension umso eher das Bedürfnis nach Beratung. Die unionsrechtlichen Anforderungen an Form und Information sind dagegen arg niedrig oder hinsichtlich einer Beratung nicht vorhanden. Zwar sehen die Erwägungsgründe den erwähnten wesentlichen Grundsatz einer „vollen Sachkenntnis“ hinsichtlich der „genauen“ rechtlichen und sozialen Folgen vor.¹⁵³ Doch was heißt im Fall von Rechtslaien „Sach“-Kenntnis bei solch komplexen und dynamischen Rechtsfragen? Lässt sie sich überhaupt verwirklichen, wo sich das gewählte Recht doch ändern kann?¹⁵⁴ Im Rahmen der Auslegung stellt sich außerdem die Frage nach dem generellen Stellenwert von Erwägungsgründen, zumal hier ein Bezug auf einen Artikel fehlt, der das Erfordernis wiederholt.

Darum wirkt es recht appellativ und als schaffe es keine (konkret greifbaren) unionsrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen,¹⁵⁵ wenn es wohl mit

¹⁴⁹ Es ist umstritten, ob eine stillschweigende Rechtswahl überhaupt möglich ist: dafür *Gruber*, IPRax 2012, 381, 387; *Hausmann*, Ehescheidungsrecht (Fn. 79) A, Rn. 273; *Prütting/Wegen/Weinreich/Martiny* (Fn. 109) Anh. I zu Art. 17 EGBGB (Rom III-VO) Rn. 10; dagegen *Helms*, FamRZ 2011, 1765, 1768; *Henrich*, Scheidungsrecht (Fn. 113) Rn. 80. Dafür spricht, dass Art. 8 Rom III-VO – im Unterschied etwa zu Art. 3(1) Rom I-VO oder Art. 14(1) Satz 2 Rom II-VO – keine *ausdrückliche* Rechtswahl vorschreibt. Siehe auch Fn. 134 und 186.

¹⁵⁰ Art. 10(2) Rom I-VO.

¹⁵¹ *Palandt/Thorn* (Fn. 50) Rom III Art. 6 Rn. 2; *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 24; *Mörsdorf-Schulte*, *RabelsZ* 77 (2013) 786, 819 f.

¹⁵² Siehe *Nina Dethloff*, Plädoyer für eine staatliche Information über die Rechtsfolgen der Eheschließung, in: *Liber amicorum Walter Pintens* (Fn. 28) 473 ff.

¹⁵³ In Erwägungsgründen Nr. 18 f., also nicht im Gesetzestext selbst; vgl. dagegen zur Inhaltskontrolle direkt nach Art. 8(5) HUnthProt *Christian Kohler*, *Le choix de la loi applicable au divorce – Interrogations sur le règlement „Rome III“ de l’Union européenne*, in: *FS Bernd von Hoffmann* (Fn. 44) 208, 216 f.

¹⁵⁴ Versteinerungsklauseln, wie man sie etwa von der Rom I-VO kennt (*Dieter Martiny*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*⁵ [2010] Art. 3 VO [EG] 593/2008 Rn. 26), die gegen spätere Änderungen des Sachrechts schützen, dürften wegen der Autonomie der Eheleute auch im Bereich des Familienrechts zulässig sein. Zu Malta unten Fn. 222.

¹⁵⁵ *Kroll-Ludwigs*, *Parteiautonomie* (Fn. 31) 104; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 386 f.

Blick auf den Schutz des situativ „schwächeren“ Ehepartners in Erwägungsgrund Nr. 18 heißt: „Die Richter in den teilnehmenden Mitgliedstaaten sollten [...] wissen, dass es darauf ankommt, dass die Ehegatten ihre Rechtswahlvereinbarung in voller Kenntnis der Rechtsfolgen schließen“. Auch wenn man dazu nichts Näheres erfährt, so bringt der Grundsatz einer informierten Rechtswahl¹⁵⁶ etwas soziales Öl in die Verordnung. Schließlich hat man sich erneut vor Augen zu führen, wie erstaunlich gering die Mindestformerfordernisse der Verordnung sind. Danach kann die Schriftform bedenklicher Weise schon bei elektronischer Übermittlung etwa in einer E-Mail erfüllt sein.¹⁵⁷

Inwieweit trotz (oder eher wegen) des schwach ausgeprägten Schutzmechanismus der Scheidungsverordnung noch Raum für eine Inhaltskontrolle nach nationalem Recht besteht, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁵⁸ Einerseits ließe sich annehmen, die Mitgliedstaaten sollten dem Schutz durch ihre strengere Ausgestaltung der Formvorschriften (Art. 7(2)–(4) Rom III-VO) nachkommen. Andererseits reichen bekanntermaßen selbst recht strikte Formerfordernisse zur Missbrauchsverhinderung nicht aus.¹⁵⁹ Demnach verdeutlicht der soeben aus dem Erwägungsgrund Nr. 18 zitierte Verweis auf das nationale Recht bei richtiger Lesart, dass die Rechtswahl einer Überprüfung unterliegt, ob die Ehepartner ihre Abrede in Kenntnis der Sache und Rechtsfolgen eingegangen sind.

Des Weiteren hebt der genannte Erwägungsgrund die Ehegattenparität hervor: „[D]ie Rechte und die Chancengleichheit der beiden Ehegatten dürfen [...] nicht beeinträchtigt werden.“¹⁶⁰ Die Grundsätze von infor-

¹⁵⁶ Vgl. oben III. 2.

¹⁵⁷ Art. 7(1) Satz 2 Rom III-VO; *Christian Kohler/Walter Pintens*, Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011–2012: FamRZ 2011, 1433, 1434; *Dagmar Coester-Waltjen/Michael Coester*, Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht, in: *Liber amicorum Klaus Schurig* (2012) 33, 46.

¹⁵⁸ Für eine Überprüfbarkeit *Thomas Rauscher*, Internationales Privatrecht⁴ (2012) Rn. 819; *Hausmann*, Ehescheidungsrecht (Fn. 79) A, Rn. 268, 293; *Peter Finger*, Verstärkte Zusammenarbeit einzelner Mitgliedstaaten der europäischen Gesetzgebung für das Kollisionsrecht der Ehescheidung: FuR 2011, 61, 64; *Eva Becker*, Die Vereinheitlichung von Kollisionsnormen im europäischen Familienrecht – Rom III: NJW 2011, 1543, 1545; *Alexander Pfütze*, Die Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen im Rahmen der Verordnungen ROM I bis III: Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2011, 35, 66, 68. Ablehnend *Hau*, FamRZ 2013, 249, 252, der in Fn. 45 auf die Unschlüssigkeit in BT-Drucks. 17/11049, S. 8 und 11 hinweist.

¹⁵⁹ So besteht bei Eheverträgen trotz einer notariellen Beurkundungspflicht (oben Fn. 141) eine richterliche Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle (nach § 138 I bzw. § 242 BGB); grundlegend BVerfG 6. 2. 2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 – *Ehevertrag einer Schwangeren*; daraufhin BGH 11. 2. 2004 – XII ZR 265/02, BGHZ 158, 81; jüngst BGH 31. 10. 2012 – XII ZR 129/10, NJW 2013, 380; 21. 11. 2012 – XII ZR 48/11, ebd. 457; 27. 2. 2013 – XII ZB 90/11, ebd. 1359.

¹⁶⁰ Hier zieht *Anne Röthel*, Die Rom III-VO: Impulse für eine Materialisierung der Parteiautonomie: Jahrbuch für italienisches Recht 25 (2012) 3, 14, die Parallele zur Figur des

mierter Entscheidung und Chancengleichheit sind überaus eindeutig und bestimmt, also nicht lediglich beiläufig aufgestellt, was dazu nötigt, den Erwägungsgrund Nr. 18 auch unionsrechtlich ernstzunehmen. Damit sind für das „Zustandekommen und [die materielle] Wirksamkeit einer Rechtswahlvereinbarung“, von denen Art. 6(1) Rom III-VO spricht, eine Prüfung unter den Gesichtspunkten von Konsens und Willensmängeln (Irrtum, Täuschung etc.) sowie eine Inhaltskontrolle nach überzeugender Auffassung nicht nur möglich, sondern unionsrechtlich verpflichtend.¹⁶¹ Dafür ist im Einzelnen das gewählte Sachrecht maßgeblich.¹⁶² Eine solche Prüfung im Rahmen von Art. 6(1) Rom III-VO umfasst nach deutschem Recht eine Inhaltskontrolle anhand von § 138 BGB und § 242 BGB, wengleich die richterliche Prüfung nur in wenigen Extremfällen zu einer Korrektur führen wird.

Dadurch sind einige Fragen aufgeworfen, die hier nicht erschöpfend behandelt werden können. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen dem unionsrechtlichen Grunderfordernis einer Kontrolle und dem Inhalt, der sich bei den Details sicher nach dem (gewählten) nationalen Recht richtet. Gut denkbar ist es jedoch, dass der Europäische Gerichtshof einen einheitlichen Auffangmaßstab schafft, etwa entwickelt anhand der EU-Grundrechte, um die Grundlagen effektiver Selbstbestimmung des Einzelnen zu gewährleisten. Zu bedenken ist nämlich: Wenn es sich um unionsautonomes Recht handelt, so muss doch auch ein Mindestgehalt an europarechtlichen Standards in den Geboten von Informiertheit und Chancengleichheit enthalten sein, sonst bliebe die unionsrechtliche Vorgabe völlig zahnlos.

Abschließend bleibt zu erwähnen, dass bei der Wahl ausländischen Rechts dessen Anwendungsergebnis am inländischen¹⁶³ *ordre public* zu messen und – soweit damit „offensichtlich unvereinbar“ – gegebenenfalls zu ersetzen ist

„strukturellen Ungleichgewichts“. Allerdings handelt es sich weitgehend um Sachrecht, so dass zu klären bleibt, ob dies wirklich für das IPR passt. Zum Schutz im EU-IPR (vgl. oben Fn. 1f.) durch das Günstigkeitsprinzip *Hannes Rösler*, Verbraucherverträge (IPR und IZPR), in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann II (2009) 1612ff.; *Giesela Rühl*, Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht, in: FS Bernd von Hoffmann (Fn. 44) 364ff.

¹⁶¹ Deutlich *Röthel*, Jahrbuch für italienisches Recht 25 (2012) 3, 14.

¹⁶² Art. 6(1) Rom III-VO. Hilfsweise gilt nach Art. 6(2) Rom III-VO das Aufenthaltsrecht eines Ehegatten. Vgl. ferner Art. 12 Europäische Menschenrechtskonvention und Art. 9 Charta der Grundrechte der EU, die bei der Eingehung und Ausübung der Ehe das einzelstaatliche Recht für maßgeblich erklären.

¹⁶³ Vgl. Deutscher Bundesrat, Empfehlung, Drucks. 184/1/10 vom 28. 6. 2010, S. 6, Ziffer 19: „Der Ordre-public-Vorbehalt [...] dürfte im Verhältnis zu Drittstaaten angemessen sein. Es erscheint aber zweifelhaft, ob ein solcher Vorbehalt auch gegenüber anderen Mitgliedstaaten gerechtfertigt ist, die durch gemeinsame Verfassungsüberlieferungen und nunmehr durch die Charta der Grundrechte der EU dieselben Werte teilen. Es erscheint in diesem Zusammenhang erwägenswert, einen genuin europäischen Ordre-public-Vorbehalt vorzusehen.“

(Art. 12 Rom III-VO i. V. m. Art. 6 EGBGB).¹⁶⁴ Ohnehin bleiben die Probleme der Rechts- und Handlungsfähigkeit – wie gesagt – vorab dem Forumrecht überlassen (Art. 1(2)(a) Rom III-VO i. V. m. Art. 7 EGBGB).

3. Rechtswahl von Mehrstaatern

In den erwähnten EU-Rechtsakten¹⁶⁵ ist die Staatsangehörigkeit nicht mehr die Regelanknüpfung. Die Staatsangehörigkeit hat aber weiterhin¹⁶⁶ Bedeutung, und zwar bei der Rechtswahl und der (dazu subsidiären) objektiven Anknüpfung.¹⁶⁷ Damit stellen sich – auch angesichts zunehmender Doppel- und Mehrstaater in der EU – beachtenswerte Fragen, die eigentlich zum Allgemeinen Teil des IPR zählen. Das Unionsrecht klammert die schwer zu vereinheitlichenden Generalia teils noch aus,¹⁶⁸ und so verweist auch die Rom III-VO in Fällen der mehrfachen Staatsangehörigkeit¹⁶⁹ auf das nationale Kollisionsrecht.¹⁷⁰ Erwägungsgrund Nr. 22 Rom III-VO schreibt einzig vor, dass die allgemeinen EU-Grundsätze „uneingeschränkt zu achten“ sind, zu denen bekanntlich auch das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit zählt (Art. 18 AEUV).

Reizvoll ist ein Vergleich mit dem Ehegüter- und dem Erbrecht. Artikel 17(2) EuGüVO-E sieht für die objektive Anknüpfung folgende Regelung vor: Die zweite Sprosse der Anknüpfungsleiter in Art. 17(1) EuGüVO-E, welche auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung abstellt, entfällt bei Mehrstaatern. Eine solche Einschränkung ist bei der Rechtswahl nicht vorgesehen, schließlich lässt Art. 16 EuGüVO-E das Problem unerwähnt. Anders verhält es sich bei Art. 22 EuErbVO: Hier nach kann ein Mehrstaater das Recht eines Staates wählen, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes angehört. Dabei muss es sich nicht um die effektive Staatsangehörigkeit handeln.

Im Unterschied dazu erklärt Art. 5 I 1 EGBGB die effektive Staatsangehörigkeit für maßgeblich. Die Vorschrift ist eigentlich auch im Scheidungs-

¹⁶⁴ *Röthel*, Jahrbuch für italienisches Recht 25 (2012) 3, 15; unten IV. 4.

¹⁶⁵ Bis auf EuPartVO-E.

¹⁶⁶ Siehe etwa *Nina Dethloff*, Doppelstaatsangehörigkeit und Internationales Privatrecht: JZ 1995, 64 ff.

¹⁶⁷ Näher *Helms*, Familienkollisionsrecht (Fn. 83) 693.

¹⁶⁸ Zu Fragen des Allgemeinen Teils siehe Artt. 10–16 Rom III-VO; dazu unter diesem Blickwinkel *Mörsdorf-Schulte*, *RabelsZ* 77 (2013) 786, 821 ff.; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 388 f.

¹⁶⁹ Anders bei der territorialen (Art. 14 Rom III-VO) und personalen, vor allem religiös bedingten Rechtsspaltung in Mehrrechtsstaaten (Art. 15 Rom III-VO), die der Unionsrechtsakt nämlich selbst regelt. Die Rechtswahl wird (an zweiter Stelle) in Art. 14(c) Rom III-VO eingeordnet; kritisch dazu *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 26 f.; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 389.

¹⁷⁰ Erwägungsgrund Nr. 22 Rom III-VO.

kollisionsrecht einschlägig, da die Rom III-VO die Behandlung von Mehrstaatern mit Erwägungsgrund Nr. 22 in die Hände des nationalen Gesetzgebers gelegt hat. Hier wäre ein unionsrechtlicher Ansatz – wie eben bei der EuErbVO aufgezeigt – auch für die Rom III-VO sinnvoll, schließlich vermeidet er die beträchtlichen Unsicherheiten bei der Feststellung der effektiven Staatsangehörigkeit.¹⁷¹ Außerdem verhindert die Rom III-VO einen europäischen Entscheidungseinklang, da ein und dieselbe Rechtswahl aus Sicht verschiedener teilnehmender Mitgliedstaaten wirksam oder unwirksam sein kann.

Dass Art. 5 I 1 EGBGB allein die effektive Staatsangehörigkeit für maßgeblich erklärt, widerspricht jedoch bei genauerer Sicht dem von der Rom III-VO vorgesehenen Gleichlauf mit der EuEheVO:¹⁷² Hierzu hat der Europäische Gerichtshof nämlich entschieden, dass die Zuständigkeit nach Art. 3(1)(b) nicht auf die effektive gemeinsame Staatsangehörigkeit der Eheleute beschränkt ist.¹⁷³ Wiederum sind zwar die Unterschiede zwischen IPR und IZVR zu bedenken.¹⁷⁴ Viel spricht aber für eine Übertragung der Rechtsprechung. Es kommt schließlich der Parteiautonomie und der Rechtssicherheit als Zielen der Verordnung¹⁷⁵ entgegen, den Parteien möglichst viele Wahlmöglichkeiten zu eröffnen, was damit auch die Bestimmung einer ineffektiven Staatsangehörigkeit umfasst.¹⁷⁶ Bei Art. 5 Rom III-VO ist also nicht auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen.¹⁷⁷

Höchst problematisch ist des Weiteren die in Art. 5 I 2 EGBGB angeordnete abstrakte Bevorzugung der deutschen Staatsangehörigkeit,¹⁷⁸ wonach

¹⁷¹ Das sollte bei einer Revision nach Art. 20 Rom III-VO Beachtung finden. Für die EuErbVO Prütting/Wegen/Weinreich/Martiny (Fn. 109) Anh. I zu Art. 26 EGBGB (EuErbVO) Rn. 41.

¹⁷² Erwägungsgrund Nr. 10 Rom III-VO.

¹⁷³ EuGH 16. 7. 2009 – Rs. C-168/08 (*Hadadi ./. Mesko*), Slg 2009, I-6871, 3. Leitsatz (zu Art. 3(1)(b) EuEheVO): „Ein solches Kriterium findet weder in den Zielen noch im Kontext dieser Bestimmung eine Stütze und würde die Rechtsbürger insbesondere, wenn sie ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, in ihrer Wahl des Gerichtsstands einschränken.“ Dazu *Basedow*, IPRax 2011, 109ff.

¹⁷⁴ Oben Fn. 66.

¹⁷⁵ Erwägungsgrund Nr. 15 Rom III-VO.

¹⁷⁶ *Helms*, FamRZ 2011, 1765, 1770f.; *Hau*, FamRZ 2013, 249, 252; *Makowsky*, GPR 2012, 266, 269; *Thomas Traar*, Rom III – EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen: ÖJZ 2011, 805, 809f.; *Erman/Hohloch* (Fn. 46) Anh. zu Art. 17 EGBGB („Rom III“), Art. 5 Rn. 7; *Palandt/Thorn* (Fn. 50) Rom III Art. 5 Rn. 4; a. A. *Gruber*, IPRax 2012, 381, 385; *BeckOK BGB/Heiderhoff* (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 51.

¹⁷⁷ Anders soll dies im Rahmen der objektiven Anknüpfung nach Art. 8 Rom III-VO sein, so *Rauscher*, IPR (Fn. 158) Rn. 815, 818; dagegen überzeugend *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 28; *Helms*, FamRZ 2011, 1765, 1771.

¹⁷⁸ Auch das belgische, französische, italienische und österreichische Recht sehen eine Bevorzugung des eigenen Rechts vor; Nachw. bei *Basedow*, Scheidungsrecht der EU (Fn. 22) 28 in Fn. 33; *Helms*, Familienkollisionsrecht (Fn. 83) 694; *Jörg Dilger*, EuEheVO: Identische Doppelstaater und *forum patriae*: IPRax 2010, 54, 56 in Fn. 19; auch zur Diskussion in Bel-

diese bei einem Zusammentreffen mit einer anderen stets als effektiv gilt. Diese Regelung verstößt gegen das besagte unionsrechtliche Gebot der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Artikel 5 I 2 EGBGB ist europarechtswidrig¹⁷⁹ und darf insoweit nicht zur Anwendung gelangen.¹⁸⁰

4. *Ordre public*-Vorbehalte

Die Rechtswahl kann (wie ausgeführt) nicht nur von EU-Ausländern erfolgen, sondern sie kann auch zu dem Recht eines Drittstaates führen, das dann etwa die Privatscheidung¹⁸¹ oder die Scheidung durch einen Geistlichen¹⁸² vorsieht. Gerade in diesen Fällen¹⁸³ gewinnt der Vorbehalt an besonderer Bedeutung, wonach die Parteien gemäß Erwägungsgrund Nr. 16 Rom III-VO ihre Scheidung (oder Trennung) nur dem Recht unterwerfen dürfen, das mit den in den Unionsverträgen und der Grundrechtecharta garantierten EU-Grundrechten vereinbar ist.¹⁸⁴ Davon sind insbesondere die Probleme der Unscheidbarkeit der Ehe und des gleichberechtigungs-widrigen Scheidungsrechts betroffen, die in Art. 10 Rom III-VO erfasst werden.¹⁸⁵

gien *Sara De Vido*, The Relevance of Double Nationality to Conflict-of-laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe: Cuadernos de Derecho Transnacional 4 (2012) 222, 229; zugleich zu Frankreich *Patrick R. Wautelet*, L'option de loi et les binationaux: Peut-on dépasser le conflit de nationalités?: Rev. gén. dr. civ. belge 2012, 414 ff.

¹⁷⁹ *Palandt/Thorn* (Fn. 50) Rom III Art. 5 Rn. 4; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 386; BeckOK BGB/*Heiderhoff* (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 51; a. A. *Finger*, FuR 2011, 61, 65: Viele EU-Mitgliedstaaten verfügten über Art. 5 I 2 EGBGB entsprechende Regelungen, was aber unionsrechtlich kein Argument sein darf.

¹⁸⁰ Vgl. auch EuGH 2. 10. 2003 – Rs. C-148/02 (*Carlos Garcia Avello ./. Belgischer Staat*), Slg. 2003, I-11613.

¹⁸¹ Bei einer Rechtswahl nach Art. 5(1)(d) Rom III-VO geht dies freilich nicht, da diese Wahlmöglichkeit ein Gerichtsverfahren voraussetzt; BeckOK BGB/*Heiderhoff* (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 53.

¹⁸² Sieht das gewählte Recht eine Scheidung etwa durch einen Geistlichen vor, so hat ein angerufenes deutsches Gericht an seiner Statt zu entscheiden; BGH 6. 10. 2004 – XII ZR 225/01, BGHZ 160, 332, 339 ff. – *Iran* (nichts „Wesensfremdes“ abverlangt); *Hausmann*, Ehescheidungsrecht (Fn. 79) A, Rn. 434.

¹⁸³ Siehe oben Fn. 163.

¹⁸⁴ Siehe außerdem zum nationalen *ordre public* Art. 12 Rom II-VO.

¹⁸⁵ Der 1. Fall des Art. 10 Rom III-VO, dass die berufene Rechtsordnung eine Ehescheidung überhaupt nicht vorsieht, greift nur sehr selten; etwa auf den Philippinen und bei dem Vatikan; siehe BeckOK BGB/*Heiderhoff* (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 68.1; siehe auch *Caroline Henricot*, Droit applicable au divorce international: mise en application du règlement „Rome III“: Journal des tribunaux 2012, 557, 561. Die Unscheidbarkeit von Ehen verstößt (nun für Altverfahren relevant) nach BGH 11. 10. 2006 – XII ZR 79/04, BGHZ 169, 240 gegen Art. 6 GG und gegen den *ordre public*, da sie die Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit verhindert.

Letzteres verdeutlicht dieser Fall: Nach vielen ausländischen Rechtsordnungen, die insofern die Grundsätze der *Schari'a* aufnehmen, kann der muslimische Ehemann seine Frau jederzeit durch Ausspruch des „talaq“ verstoßen. Für die Scheidung auf Antrag der Ehefrau bedarf es dagegen des Vorliegens von Scheidungsgründen. Insoweit gewährt dann das ausländische Recht aufgrund von Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung. Zur Korrektur des Ergebnisses lässt sich wegen Art. 10 Rom III-VO die *lex fori* anwenden. Das heißt: Deutsches Scheidungsrecht kann – im Fall eines Scheidungsantrags der Ehefrau vor einem deutschen Gericht – selbst dann zur Anwendung gelangen, wenn die strenggläubigen Parteien sich ausdrücklich¹⁸⁶ zu Gunsten des ausländischen Rechts entschieden haben. Ein im Einzelfall zu bedenkender Nachteil ist allerdings die Gefahr, dass die Scheidung im Ausland nicht anerkannt wird. Auch darum ist konkret zu prüfen, ob wirklich eine hinreichende Zurücksetzung der Ehefrau besteht.¹⁸⁷

Wegen Art. 10 Rom III-VO ist der Anwendungsbereich des sonstigen, nach Art. 12 Rom III-VO weiter geltenden nationalen *ordre public* geschmälert.¹⁸⁸ Bedeutung erlangt hier aber das Verbot der inländischen Privatscheidung, d. h. der Scheidung durch Rechtsgeschäft, nach Art. 17 II EGBGB, von dem ebenfalls nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Hiervon zu unterscheiden ist die bereits angesprochene materielle Wirksamkeit, die sich gemäß Art. 6 Rom III-VO nach dem gewählten Recht, hilfsweise nach dem Aufenthaltsrecht eines Ehegatten richtet,¹⁸⁹ wohingegen für die beiden Regelungen zum *ordre public* – die spezielle in Art. 10 und

¹⁸⁶ Eine konkludente Rechtswahl liegt nicht in der Eingehung einer Ehe „nach islamischen Grundsätzen“; siehe BayObLG 7. 4. 1998 – 1Z BR 16/98, FamRZ 1998, 1594, 1596; verneinend dazu, ob die Vereinbarung einer Morgen- und Abendgabe in einem vom ägyptischen Standesamt beurkundeten Ehevertrag eine Wahl des ägyptischen Ehwirkungsstatuts bedeutet, KG 3. 1. 2013 – 1 VA 9/12, FamRZ 2013, 1480; dazu *Urs Peter Gruber*, Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht: IPRax (im Erscheinen). Nach OLG Hamm 7. 5. 2013 – II-3 UF 267/12, IPRax 2013, Heft 5, IX liegt in der Vereinbarung von Scheidungsbedingungen, die im engen Bezug zum iran. ZGB stehen, eine entsprechende Rechtswahl.

¹⁸⁷ *Dieter Hobbel/Otto Seibert/Thomas Möller*, Wie wirkt sich die Rom III-VO auf die Praxis aus?: FuR 2013, 28, 31 führen als Beispiel einer steten Anwendung des Art. 10 Rom III-VO das marokkanische Recht an. Allerdings wurde dieses 2004 reformiert, weshalb *Thalia Krüger*, Rome III and Parties' Choice <<http://ssrn.com/abstract=2173334>>, S. 13f. die genteilige Auffassung vertritt: die „chiquaq“ nach Art. 97 Familiengesetzbuch schaffe einen gleichberechtigten Zugang. Vgl. weiter *Wolfgang Bock*, Der Islam in der Entscheidungspraxis der Familiengerichte: NJW 2012, 122, 123; *Hanan El Jazouzi/Peter Finger*, Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht: Länderbericht Marokko: FamRBint 2013, 16, 20ff. Vgl. zur „Khul“-Scheidung nach ägyptischem Recht OLG Koblenz 19. 9. 2012 – 13 UF 1086/11, NJW 2013, 1377 m. Anm. *Gerhard Hohloch*.

¹⁸⁸ Siehe zum Verhältnis der beiden Vorschriften Erwägungsgrund Nr. 24 Satz 2 Rom III-VO.

¹⁸⁹ Letzteres meint die Sonderanknüpfung nach Art. 6(2) Rom III-VO. Siehe auch oben IV. 3.

die allgemeine in Art. 12 Rom III-VO – das Recht des Staates des angerufenen Gerichts maßgeblich ist.¹⁹⁰

V. Gesamtwürdigung

1. Neue Stufe (mobiler) Scheidungsfreiheit

Die subjektiven Anknüpfungsmöglichkeiten der Rom III-VO vereinfachen und beschleunigen die Eheauflösung.¹⁹¹ Dieser Trend findet seine materiellrechtliche Parallele in der Abkehr vom Verschuldens- und der Zuwendung zum Zerrüttungsgrund.¹⁹² Die nationalen Sachrechte fördern zudem Eheverträge¹⁹³ sowie Vereinbarungen über die Folgen von Scheidungen.¹⁹⁴ Mithin ist die Vorstellung obsolet, nach dem Abschluss des „heiligen Bundes“ sei die Ehe als eine natürlich-gottgegebene Einrichtung der Disposition der Ehepartner entzogen.¹⁹⁵

Das neue Rechtswahlprinzip ist deshalb kongruent mit dem ab der Französischen Revolution¹⁹⁶ einsetzenden, heute (in Europa) auszumachenden starken Rückzug des kirchlichen Einflusses¹⁹⁷ sowie mit der nun in zweiter Stufe stattfindenden Relativierung des staatlichen Gestaltungsanspruchs.¹⁹⁸ Parallel dazu verschiebt sich derzeit der traditionelle Bedeutungsgehalt¹⁹⁹

¹⁹⁰ Bei Art. 10 Rom III-VO geschieht dies allerdings ohne weitere Prüfung nach nationalem Recht.

¹⁹¹ Mit Ausnahme von Fällen, in denen scheidungsunfreundliches Recht gewählt wird.

¹⁹² Zum 1.7. 1977 durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 19. Juni 1976, BGBl. 1976 I 1421. Zu Verschuldensscheidungen nach ausländischem Recht BeckOK BGB/Heiderhoff (Fn. 50) Art. 17 EGBGB Rn. 23.

¹⁹³ Deren Seriosität durch notarielle Beurkundung (Fn. 141) und richterliche Kontrolle (Fn. 159) gefördert wird.

¹⁹⁴ Siehe Helms, Familienkollisionsrecht (Fn. 83) 690.

¹⁹⁵ Vgl. Henrich, Parteiautonomie (Fn. 48) 701. Siehe zur Vereinheitlichung des materiellen Scheidungsrechts Katharina Boele-Woelki/Dieter Martiny, Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt: ZEuP 14 (2006) 6ff.

¹⁹⁶ Näher Hubert Bosse-Platière, Le droit français du divorce, in: Droit européen du divorce/European Divorce Law, hrsg. von Sabine Corneloup (2013) 113, 114.

¹⁹⁷ Zur Säkularisierung Elisabeth Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶ (2013) Einl. zu §§ 1297–1588 Rn. 8ff.; vgl. parallel: Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2012). Allerdings sind auch in Deutschland höchst bedenklich schon islamische „Friedensrichter“ aktiv; siehe Franziska Hötte, Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit – Angloamerikanische Rechtspraxis, Perspektive für Deutschland (2013).

¹⁹⁸ Das wird auch seit Längerem konstatiert; siehe Jürgen Basedow, Die Anerkennung von Auslandscheidungen (1980) 99ff.; weitgehend Ingeborg Schwenzer, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht: RabelsZ 71 (2007) 705, 711: erstes Prinzip sei die Nichteinmischung in private Lebensbereiche.

¹⁹⁹ Zu gleichgeschlechtlichen Ehen oben Fn. 115.

samt Lebenszeitgrundsatz der Ehe.²⁰⁰ Die Vorteile der Rechtswahl liegen auf der Hand: Eine Wahl des anzuwendenden Rechts kann Scheidungen im gegenseitigen Einvernehmen erleichtern und Zeit sparen zugunsten von Mediation hinsichtlich der Scheidungsfolgen, was bei Paaren mit Kindern von besonderem Vorteil ist.²⁰¹

Künftig ist eine Rechtswahl wegen der Wandelbarkeit des Scheidungs-, aber auch des Güter- und Erbstatuts nicht nur für binationale Ehepartner sinnvoll. Bedingt durch die zunehmende Mobilität von Eheleuten einerseits²⁰² und die objektive Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt andererseits (was im Gegenzug die Zurückdrängung des römisch-kanonischen Statusansatzes bedeutet),²⁰³ ist auch im Fall von gleichnationalen Ehepartnern eine vorsorgende Rechtswahl empfehlenswert, um die rechtssichere und fortbestehende Anwendbarkeit des Heimatrechts zu erreichen. Erst durch diese parteiautonome Abweichung von Art. 8 Rom III-VO wird ein für die Parteien vielfach als überraschend erachteter Statutenwechsel vermieden.²⁰⁴ Durch die Abrede der Parteien lässt sich also der integrationspolitisch motivierte Systemwechsel hin zu einer raschen Anwendung des Aufenthaltrechts wieder korrigieren.

2. Unklare Schutzvorkehrungen

Die Rom III-VO folgt dem Trend, den Parteien auch im IPR mehr Freiheit zu gewähren.²⁰⁵ Anders als in anderen Bereichen des EU-Kollisionsrechts zeigt die Rom III-VO allerdings kaum eine Tendenz zu einer gewissen Materialisierung des IPR, wie man sie etwa in der Rom I-VO bei Verbraucher- und Arbeitnehmersachverhalten findet. Unklar bleibt vor allem die Bedeutung des Grundsatzes einer informierten Rechtswahl, der sich aus den Erwägungsgründen ergibt. Außerdem ist offen, inwieweit es eine Inhaltskontrolle geben darf oder, wie hier vertreten, geben muss und inwie-

²⁰⁰ Siehe etwa zur Begründung von Ausgleichsansprüchen zwischen den Partnern einer beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft BGH 9. 7. 2008 – XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193: „Dass nur das Vertrauen von Ehegatten in die lebenslange Dauer ihrer Verbindung rechtlich geschützt ist (§ 1353 I 1 BGB), vermag mit Blick auf die hohe Scheidungsquote eine unterschiedliche Behandlung nicht überzeugend zu begründen.“

²⁰¹ Dies betont der Vorschlag der Rom III-VO, KOM(2010) 105 endg., S. 4.

²⁰² Man spricht auch von mobiler Binnenmarke; *Christian Kohler*, Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europäischen Union: FPR 2008, 193, 195; *Jayme*, Zugehörigkeit (Fn. 53) 31 redet von „nomadisme“.

²⁰³ Siehe *Dieter Martiny*, Europäische Vielfalt – Paare, Kulturen und das Recht: Forum Familienrecht (FF) 2011, 345, 348; *Gabriele Ey*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶ (2013) Vor § 1564 Rn. 50; *Ingeborg Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung (1987).

²⁰⁴ Etwa *Haußleiter*, NJW-Spezial 2013, 4, 5.

²⁰⁵ *Mansel*, Parteiautonomie (Fn. 35) 241, 245 spricht vom „individualistischen Europäischen Kollisionsrecht des 21. Jahrhunderts“.

fern sich dafür auch (wünschenswerterweise) unionale Grundsätze aufstellen lassen. Gesteigert würde das Bedürfnis für eine solche Kontrolle, wenn Gerichte die abstrakte Wahl der *lex fori* für zulässig erachteten.

Der unterentwickelte Schutz irritiert besonders, da die Union sehr detaillierte Verbraucherschutzvorschriften kennt,²⁰⁶ wohingegen das Internationale Scheidungsrecht wenig Klares für situativ unterlegene Ehegatten vorsieht, obwohl in diesen persönlichen Beziehungen allerlei Einflussnahmen drohen.²⁰⁷ Es wird sich erweisen, ob die von der Verordnung vorgesehenen Schutzvorkehrungen wirklich in allen Fällen ausreichen. Zugleich ist damit die Herausforderung bezeichnet, künftig für eine hinreichende Verzahnung mit dem (häufig bedeutsameren) europäischen Scheidungsfolgenrecht zu sorgen.

3. Nur begrenzte Verhinderung des „forum shopping“

Die kollisionsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten werfen darüber hinaus praktische Probleme auf. Zunächst wird der Rechtswahl in einigen Staaten keine Beachtung geschenkt werden. Das kann selbst auf EU-Staaten zutreffen, nämlich diejenigen erwähnten Rechtsordnungen, die sich wie das Vereinigte Königreich²⁰⁸ und Schweden gegen die Verstärkte Zusammenarbeit entschieden haben, da sie weiterhin nach ihrem eigenen Recht und im Ergebnis liberal scheiden möchten.²⁰⁹ Wegen dieser gleichsam „hinkenden“ Vereinheitlichung²¹⁰ ist das Forum für die Rechtswahl weiterhin von Bedeutung, und so wird das Ziel des Ordnungsgebers,²¹¹ nämlich dem Wettlauf zu den Gerichten zu begegnen,²¹² nur eingeschränkt verwirklicht.

²⁰⁶ Sachrechtlich *Hannes Rösler*, Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht – Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht: *RabelsZ* 73 (2009) 889ff.; auch im nationalen Zivilrecht werden Redlichkeitserwartungen zunehmend geschützt; siehe *Hannes Rösler*, Arglist im Schuldvertragsrecht – Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation: *AcP* 207 (2007) 564, 606ff.; zum IPR oben Fn. 160.

²⁰⁷ *Kruger*, *Rome III* (Fn. 187) 13.

²⁰⁸ Ehe- bzw. Ehegüterrechtsverträge sind nach englischem Recht für Gerichte grundsätzlich nicht bindend, *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601. Zur gleichwohl bestehenden (begrenzten) Bedeutung von Eheverträgen seit *Radmacher v. Granatino*, [2010] UKSC 42 siehe *Jens M. Scherpe*, Das vorläufig letzte Wort zu Eheverträgen in England und Wales: *FamRZ* 2011, 1471ff.; *ders.*, *ZEuP* 20 (2012) 615ff.; *Anne Sanders*, Die neue Ehevertragsfreiheit in England und ihre Grenzen: *NJW* 2011, 182ff.; siehe auch oben Fn. 15.

²⁰⁹ Siehe oben II. 1. *Henrich*, Parteiautonomie (Fn. 48) 710f.

²¹⁰ *Klaus Schurig*, Eine hinkende Vereinheitlichung des internationalen Ehescheidungsrechts in Europa, in: *FS Bernd von Hoffmann* (Fn. 44) 405.

²¹¹ Erwägungsgrund Nr. 21 Rom III-VO.

²¹² Der Scheidungstourismus ist wegen der Rechtshängigkeitssperre nach Art. 19 EuEhe-VO bzw. im Fall eines Nicht-EU-Mitgliedstaates nach § 124 Satz 2 FamFG i. V. m. § 261 III Nr. 1 ZPO eröffnet. Dem *forum shopping* ist schwer Herr zu werden; siehe *Jason Dinse/Hannes*

Immerhin nehmen die Vorbehalte gegenüber einer parteiautonomem Bestimmbarkeit des anzuwendenden Sachrechts ab: Angesichts der internationalen Dimension vieler Scheidungen,²¹³ der zurückgedrängten Bedeutung der Staatsangehörigkeit sowie der besagten Konvergenz bei der Erleichterung von Scheidungen, aber auch der (unter der Rom III-VO fortbestehenden nationalen) *ordre public*-Kontrolle schwinden die Bedenken staatlicher Gesetzgeber, eine Rechtswahlmöglichkeit könnte zum nicht hinnehmbaren Absinken des eigenen Regelungsniveaus führen.²¹⁴ Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund hat sich Litauen entschlossen, ab dem 22. 5. 2014 an der Rom III-VO teilzunehmen.²¹⁵

Fernab der Möglichkeit, auf einen Nicht-Rom III-Teilnahmestaat (z. B. das Vereinigte Königreich)²¹⁶ auszuweichen, besteht auch unter der Rom III-VO der europäische Scheidungstourismus fort, der unter den Voraussetzungen von Art. 3 EuEheVO billigend eröffnet ist. So kann ein Ehepartner durch einen Scheidungsantrag in einem bestimmten Staat doch ein ihm vorteilhaftes Scheidungsrecht ausnutzen: Der wirtschaftlich schwächere Partner wird regelmäßig auch der schlechter beratene sein, was zumindest im Zeitpunkt der Rechtswahl gilt.²¹⁷ Damit können eine Rechtswahl und eine vertragliche Festlegung des (sonst leicht flüchtigen) gemeinsamen Aufenthalts durchaus einen einseitigen Vorteil bieten.

Nun ließe sich argumentieren, der Scheidungstourismus sei wegen der begrenzten Reichweite der Wahlfreiheit kaum interessant: Erstens betrifft die Verordnung ja nur die Statusfrage. Zweitens zielte der Scheidungstourismus früher auf Staaten mit großzügigerem Recht, um die Scheidbarkeit überhaupt zu erreichen. Heute dagegen dürfte es seltener um die Scheidungsverfügbarkeit und häufiger um günstigere Wartezeiten gehen, wobei es allerdings auch Fälle gibt, in denen gerade ein scheidungsfeindliches

Rösler, Libel Tourism in U.S. Conflict of Laws – Recognition and Enforcement of Foreign Defamation Judgments: IPRax 2011, 414ff.

²¹³ 15,7% der Scheidungen betrafen im Jahr 2011 Ehen von oder mit ausländischen Personen; Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Reihe 1.4 (2011) Tabelle 2.7. Siehe für ältere Daten *Sonja Haug*, Binationale, interethnische und interreligiöse Ehen in Deutschland: FPR 2011, 417ff. Für die EU sind die Daten insgesamt ähnlich: Von mehr als einer Million Scheidungen in 2007 wiesen 13% internationale Bezüge auf; Presseerklärung der Europäischen Kommission vom 24. 3. 2010, MEMO/10/100.

²¹⁴ *Helms*, Familienkollisionsrecht (Fn. 83) 691.

²¹⁵ Oben Fn. 7.

²¹⁶ Im Zuge der Entscheidung des House of Lords in *White v. White*, [2001] 1 A. C. 596 wurde England in einigen Fällen der Scheidung von Vermögenden als „Mecca for wives“ aufgesucht. Vgl. zu den Maßstäben bei der Verteilung des Ehevermögens (u. a. der Fairness-orientierte „yardstick of equal division“) *Scherpe*, ZEuP 20 (2012) 615, 621 und die Länderberichte in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, hrsg. von dems. (2012).

²¹⁷ Zu taktischen Überlegungen bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes oben II. 4. und III. 4.

Recht gewählt wird, um die Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit zu erschweren. Der Einwand der Bedeutungslosigkeit der Wahl greift allerdings zu kurz. Zum einen ist schon die Verkürzung der Wartezeit attraktiv, was die zahlreichen Scheidungen von Italienern in Rumänien und Spanien verdeutlichen.²¹⁸ Zum anderen richten sich viele Rechtsordnungen beim Folgenrecht nach dem Scheidungsstatut, so auch das französische Recht²¹⁹ und auch Art. 17 I, III EGBGB hinsichtlich einiger vermögensrechtlicher Scheidungsfolgen. Damit ist Rechtswahl unter „Rom III“ durchaus interessant, zumal sich – wie aufgezeigt – parallel eine Rechtswahl auch für andere Bereiche vornehmen lässt.

4. Praktische Grenzen und rechtssystemische Vorteile

Ob die Rechtswahl wirklich erfolgt, steht auf einem anderen Blatt. Wenn man bedenkt, dass zumindest in Deutschland Eheverträge die große Ausnahme sind, wird die wünschenswerte Rechtswahl vor oder bei Eingehung der Ehe hier vorerst selten bleiben. Allenfalls bei „big money marriages“ dürfte dies anders sein.²²⁰ Das Unterlassen einer Rechtswahl ist nicht nur den Kosten und dem Optimismus der Eheleute geschuldet, die Ehe werde schon Bestand haben. Verständlich ist der Verzicht auch insofern, als sich spätere Änderungen der Rechtswahl wegen des Zerwürfnisses der Partner vielleicht schwer erreichen lassen.

Außerdem kann sich das gewählte materielle Scheidungsrecht ändern.²²¹ Das verdeutlicht besonders das ehemals scheidungsfeindliche Malta. Darauf nimmt die Verordnung noch besondere Rücksicht,²²² was nun obsolet ist: Seit dem 1. 10. 2011 besteht im Zuge eines Referendums dort erstmals die Möglichkeit einer Scheidung, und zwar mit mindestens vierjähriger Trennung und nach Scheitern von Versöhnungsversuchen.²²³ Im Vergleich zu vorehelichen Vereinbarungen wird sich die Wahl im Zeitpunkt des Vorlie-

²¹⁸ So offerieren dutzende Webseiten eine kostengünstige „divorzio breve“ von Italienern in diesen Staaten, teils auch als Pauschalreise. Die Scheidung wird dann in Italien wegen Art. 21(1) EuEheVO anerkannt.

²¹⁹ *Pierre Mayer/Vincent Heuzé*, *Droit international privé*¹⁰ (2010) Rn. 601 f.

²²⁰ *Katharina Boele-Woelki*, *For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*: Yb. PIL 12 (2010) 1, 16.

²²¹ Vgl. allerdings oben Fn. 154.

²²² Siehe die (nun obsolete) Malta-Klausel in Art. 13 Var. 1 Rom III-VO, da Malta zu 95% katholisch ist: Gerichte eines teilnehmenden Mitgliedstaates sind nicht verpflichtet, die Scheidung auszusprechen, wenn deren Recht eine Scheidung nicht vorsieht.

²²³ Siehe *Nina Dethloff*, *Familienrecht*³⁰ (2012) § 6 Rn. 164, 166; *Peter Pietsch*, *Scheidungsrecht in Malta*: FamRZ 2012, 426 ff.; im Zusammenhang mit der (abgelehnten) Notzuständigkeit nach der EuEheVO BGH 20.2. 2013 – XII ZR 8/11, FamRZ 2013, 687, 689 m. Anm. *Wolfgang Hau*.

gens der Scheidungsbereitschaft schon häufiger antreffen lassen. Sodann besteht ein besonderer Anreiz, die *lex fori* oder insgesamt scheidungsfreundliches Recht zur Anwendung zu bringen.²²⁴

Neben den Vorteilen für die Parteien sind rechtssystemische Fortschritte bei der Verdichtung des Europarechts zu verzeichnen. Die bis 1986 im deutschen Internationalen Familienrecht noch weitgehend unbekannt²²⁵ Parteiautonomie ist spätestens seit der Rom III-VO als essentieller Teil des EU-IPR etabliert.²²⁶ Das macht die internationalrechtliche Selbstbestimmung zu einem wichtigen Baustein nicht nur eines einheitlichen EU-Familienkollisionsrechts²²⁷, sondern gerade auch eines Allgemeinen Teils des IPR²²⁸ im Sinne einer Rom 0-VO.²²⁹ So wünschenswert eine stärkere Systematisierung sein mag,²³⁰ steht beiden Projekten noch einiges entgegen: Das reicht von den Kompetenzproblemen, den Gründen für die Verstärkte Zusammenarbeit bei Verabschiedung der Rom III-VO bis hin zur derzeitigen Zersplitterung in Völker- und Unionsrecht.²³¹

²²⁴ Helms, FamRZ 2011, 1765, 1767.

²²⁵ Oben Fn. 44, 123; zur Rechtswahl beim Ehenamen und im (alten) Ehegüterrecht Dieter Henrich, Internationales Familienrecht² (2000) 79 ff., 96 ff.

²²⁶ Das hat auch Auswirkungen auf das autonome IPR: Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht spricht sich – basierend auf Dagmar Coester-Waltjen, Fernwirkungen der Europäischen Verordnungen auf die international-familienrechtlichen Regelungen des EGBGB: FamRZ 2013, 170 ff. – für eine Reform des Art. 14 EGBGB aus, die auch bei den Ehwirkungen eine vorrangige Rechtswahl ermöglicht; siehe Heinz-Peter Mansel, Beschlüsse der Sitzung der Ersten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht zur Reform des Ehe- und Lebenspartnerschaftsrechts am 9./10. 11. 2012 in Würzburg: IPRax 2013, 200 ff.

²²⁷ Zur Erforderlichkeit der (binnenmarktunabhängigen) Vereinheitlichung des Internationalen Familienrechts Dieter Martiny, Europäisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?: RabelsZ 59 (1995) 419 ff.; Nina Dethloff, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts: AcP 204 (2004) 544 ff.; Walter Pintens, Harmonisierung im europäischen Familien- und Erbrecht: FamRZ 2005, 1597 ff.; ders., Europäisierung von Familienrecht und Personenstand – Traum oder Wirklichkeit?: StAZ 2008, 97 ff.

²²⁸ Hans Jürgen Sonnenberger, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: FS Jan Kropholler (Fn. 40) 227 ff.; Christian Heinze, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts: ebd. 105 ff.; zur Kodifikationsfrage: Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé?, hrsg. von Marc Fallon/Paul Lagarde/Sylvaine Poillot-Peruzzetto (2011); dazu Jürgen Basedow, Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?: RabelsZ 75 (2011) 671 f.; Eva-Maria Kieninger, Das Europäische IPR vor der Kodifikation?, in: FS Bernd von Hoffmann (Fn. 44) 184 ff.; Timo Nehme, Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts (2012).

²²⁹ Siehe den Sammelband Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? (Fn. 35).

²³⁰ Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit (Fn. 17) 501.

²³¹ Zum Familienrecht Helms, Familienkollisionsrecht (Fn. 83) 696; zum Fehlen der Gesetzgebungskompetenz Dieter Martiny, Die Entwicklung des Europäischen Internationalen Familienrechts – ein juristischer Hürdenlauf: FPR 2008, 187 ff.; skeptisch zur Idee einer Rom 0-VO Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner, Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts: IPRax 2013, 1, 2.

Summary

FREEDOM OF CHOICE OF LAW IN THE INTERNATIONAL LAW OF DIVORCE UNDER THE ROME III REGULATION

The principle of private autonomy has reached European conflict of laws in divorce matters with Regulation (EU) No. 1259/2010 (Rome III). This is relevant due to the degree of cross-border family matters, the persistently high divorce rates and the considerable differences as to the substantive laws that continue to exist. This article addresses the motives behind the movement to party autonomy, but above all it considers a need for clarification that should not be underestimated.

Due to the objective connecting factor, courts will apply the *lex fori* more frequently. In the absence of a choice of law, Art. 8 Rome III Regulation declares applicable the law of the common habitual residence or in certain circumstances that of the last common residence of the spouses. This is owing to the integration effect intended by the Regulation but is also due to the advantages of the *lex fori* approach, which approximates English law. However, it is doubtful whether the *lex fori* always meets the interests of the parties as the principle of habitual residence (resulting in a simultaneous departure from the quite strict citizenship principle) creates some uncertainty. These ambiguities can be overcome by the parties' primary right to choose the law under Art. 5 Rome III Regulation. In that way, the continuity needs of the parties can be accommodated.

The principle of free choice of law contained in the Regulation is an important component of the international private law of the European Union even though Rome III applies only to participating Member States. In addition, surprisingly, many questions remain open. Some are answered as follows. The Regulation is relevant not only for judicial or administrative decisions, but also for private divorces. That the Regulation applies, in principle, to same-sex marriages also seems compelling, though the assessment of the question is left to national law (see Art. 13 Rome III Regulation). It is disputed whether under Art. 5(1)(d) Rome III Regulation the law of the forum can also be chosen abstractly. This is affirmed here so long as the spouses have informed themselves to a sufficient and specific degree and have narrowed down the electable states – and the state in question belongs to that group. The choice of law by people with multiple citizenship is not limited to the effective citizenship even if that is prescribed by national law. From the requirement of the Regulation that a choice of law shall not prejudice the rights and equality of the spouses, it is derived that national courts are under an obligation to review the content in the context of Art. 6 Rome III Regulation. The article also emphasizes the importance of Art. 10 Rome III Regulation, which is ideal for resolving gender discrimination issues such as those arising under Islamic law.

