

Vera Greb*

Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO (und ihre Auswirkungen auf das EGBGB)

Abstract

Die teilnehmenden Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) einigten sich auf die Rom III-VO, um das auf die Ehescheidung anwendbare Kollisionsrecht zu vereinheitlichen. Die Verordnung weist neben eines üblichen *ordre public*-Tatbestands den Art. 10 Var. 2 Rom III-VO auf. Dieser normiert die Anwendung der *lex fori*, wenn die *lex causae* einen der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit abstrakt in Bezug auf den Zugang zur Ehescheidung diskriminiert. Der Aufsatz erörtert, weshalb Art. 10 Var. 2 Rom III-VO teleologisch zu reduzieren und als *ordre public*-Tatbestand auszulegen ist. Zudem erklärt er, weshalb die Rechtsfolge des Statutenwechsels auf die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und den Versorgungsausgleich übergreift. Auch begründet der Beitrag, dass der Grundsatz der gerichtlichen Ehescheidung in Deutschland unangetastet bleibt.

The participating EU-Member States agreed on the Rome III Regulation in order to harmonise the private international law applicable to divorce. Alongside the common public policy, the Regulation contains Art. 10 alt. 2 Rome III. The provision stipulates that the law of the forum shall apply where the governing law does not abstractly grant the spouses equal access to divorce on grounds of their sex. This paper argues that Art. 10 alt. 2 Rome III should be subject to a teleological reduction. As a result, Art. 10 alt. 2 Rome III should be treated as public policy. Furthermore, the study explains how changing the law applicable to divorce alters the law governing property consequences of divorce and maintenance. The essay eventually addresses the reason why the Rome III Regulation does not touch the principle of judicial divorce in Germany.

* Vera Greb studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie verfasste den Aufsatz im Rahmen des Seminars Grundfragen und aktuelle Entwicklungen im IPR im Wintersemester 2014/15 bei Prof. Dr. Marc-Philippe Weller im 5. Fachsemester.

I. Einführung

Das internationale Ehe- und Scheidungsrecht ist traditionell das Teilgebiet des Internationalen Privatrechts mit der größten Praxisrelevanz.¹ Die sich im Zuge der Globalisierung erhöhende Mobilität und internationale Migration der Menschen trägt dazu bei, dass immer mehr Ehen mit grenzüberschreitendem Bezug geschlossen und geschieden werden. Bereits 2007 waren 13 % aller Scheidungen in der EU solche internationaler Ehen.² 2014 hatten 20,5 % der in Deutschland lebenden Bevölkerung einen Migrationshintergrund.³ Kommt es zur Scheidung einer Ehe mit ausländischem Bezug, wünschen die Ehegatten häufig die Anwendung des Rechts ihres Heimatlandes. Parallel dazu ist das Ehe- und Scheidungsrecht als Teilgebiet des Familienrechts in den einzelnen Rechtskreisen von kulturellen und traditionellen Unterschieden geprägt, die bei der Anwendung ausländischen Rechts durch inländische Gerichte sichtbar werden. Aus diesem Grund kommt hier häufig der *ordre public* zum Zug.⁴ Dieser versagt die Anwendung einer Norm, deren Ergebnis im Einzelfall offensichtlich gegen wesentliche Grundsätze der *lex fori* verstößt. Damit die Ehegatten ohne Einschränkung nach dem für sie vorteilhaften Recht geschieden werden konnten, kam es in der Vergangenheit häufig zu *forum shopping* bei parallel bestehender Zuständigkeit der Gerichte.⁵ Ziel der Rom III-VO ist es deshalb, durch ein einheitliches Kollisionsrecht den „Wettlauf zu den Gerichten“ bei Scheidungen mit internationalem Bezug zu verhindern.⁶

Im Folgenden sollen die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO näher beleuchtet und ihre Natur diskutiert werden. Außerdem werden ihre Auswirkungen auf das Kollisionsrecht im EGBGB untersucht. Um die Hintergründe der Rom III-VO sowie ihrer *ordre public*-Tatbestände zu begreifen, wird zunächst ein Überblick zur Verordnung gegeben. Im Anschluss daran soll ein generelles *ordre public*-Verständnis gewonnen werden, um anhand von diesem die Rechtsnatur des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO zu diskutieren. Der Beitrag erörtert, weshalb die Auslegung und Anwendung dieser Norm als *ordre*

¹ *Mankowski*, in: Staudinger, 2010, Vorb. Art. 13-17b EGBGB Rn. 2.

² 15.4.2014 COM (2014) 225 final,

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial_act_part1_v3_en.pdf.

³ Daten des Statistischen Bundesamtes 2013,

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerung.html>.

⁴ *Voltz*, in: Staudinger, 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 170; *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 Rn. 105; *Sonnenberger*, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 15.

⁵ 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, S. 7.

⁶ Begründung zum Vorschlag der Kommission, KOM (2006) 399, S. 5.

public-Tatbestand vorzugswürdig ist. Ein Anwendungsbeispiel der *talaq*-Scheidung im islamischen Recht verdeutlicht diese Sichtweise. Darauf folgend wird Art. 12 Rom III-VO betrachtet und sein Rahmen abgesteckt. Die Betrachtung zeigt, dass sich durch die Verdrängung des Art. 6 EGBGB der Rahmen des *ordre public* geändert hat. In einem zweiten Teil erkundet der Beitrag die Auswirkungen des Art. 10 Rom III-VO auf die in Art. 17 Abs. 1 EGBGB geregelten vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und den Versorgungsausgleich in Art. 17 Abs. 3 EGBGB. Die Untersuchung legt dar, dass der Statutenwechsel als Rechtsfolge des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO sogar auf diese Rechtsinstitute übergreift. Zuletzt wird das Verhältnis von Art. 12 Rom III-VO zu Art. 17 Abs. 2 EGBGB geklärt und begründet, weshalb der Grundsatz der gerichtlichen Ehescheidung im Inland trotz Geltung der Rom III-VO weiterhin besteht.

II. Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-Verordnung

1. Überblick über die Rom III-VO

Seit dem Vertrag von Amsterdam⁷ besteht Art. 81 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 AEUV, der das Europäische Parlament und den Rat zum Erlass von Maßnahmen und Vorschriften ermächtigt, die der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und der Vermeidung von Kompetenzkonflikten dienen. Die Europäische Kommission hatte 2006 einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Brüssel Ia-VO vorgelegt.⁸ Zugleich sollte das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes vereinheitlicht werden. Damit wäre es zu einem vollständig vereinheitlichten Scheidungskollisionsrecht in der EU gekommen, was die Praxis erleichtert hätte. Jedoch gab es unüberbrückbare Differenzen im Rat, sodass die zur Verabschiedung nötige Einstimmigkeit nicht erreicht werden konnte. Deshalb hatte der Rat die Mitgliedstaaten, welche die Vereinheitlichung nicht völlig scheitern lassen wollten, auf Antrag ermächtigt,⁹ die Rom III-VO zu verabschieden. In Ausübung der „verstärkten Zusammenarbeit“, Art. 20 EUV,

⁷ BGBl. 1998 II, S. 386; 1999 II, S. 416.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich v. 17.7.2006, COM (2006) 399.

⁹ Beschluss 2010/405/EU v. 12.7.2010, ABl. Nr. L 189/12.

Art. 326 ff. AEUV, zwischen 15 Mitgliedstaaten der EU¹⁰ kam es zu der nur für sie geltenden Rom III-VO.¹¹ Durch die Rom III-VO ist das Scheidungskollisionsrecht in der EU also zumindest partiell vereinheitlicht worden.

Die Rom III-VO ist in den teilnehmenden Mitgliedstaaten anzuwenden. Sie ist am 30.12.2011 in Kraft getreten und gilt gem. Art. 18 Abs. 1 Rom III-VO für seit dem 21.6.2012 eingeleitete gerichtliche Verfahren bzw. seitdem getroffene Rechtswahlvereinbarungen. Bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen gilt sie auch für vor diesem Zeitpunkt getroffene Rechtswahlvereinbarungen, Art. 18 Abs. 2, Abs. 3 Rom III-VO.

Die Verordnung ist gem. Art. 3 Nr. 1 lit. d EGBGB unmittelbar anzuwenden und verdrängt deshalb das bisher geltende Recht. Auch die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO gehen als Unionsrecht vor. Die Verordnung ist gem. Art. 4 Rom III-VO universell gegenüber jedem Land anzuwenden und damit *loi uniforme*.¹² Das heißt, dass jedes durch die Verordnung ermittelte Recht anzuwenden ist, also auch das Recht eines Drittstaates, welches kulturell völlig anders geprägt sein kann. Diese kulturellen und rechtstraditionellen Unterschiede geben den *ordre public*-Vorbehalten ihre Daseinsberechtigung.

Den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung bestimmt Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO. Demnach ist die Verordnung bei Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes in Fällen anzuwenden, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Ob sie auch die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen erfasst, ist streitig, da diese nicht ausdrücklich erwähnt werden. Die Frage ist deshalb von Relevanz, weil deutsches Recht sowie das vieler anderer Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennen und die VO somit zur *ordre public*-Anwendung führen könnte.

Ein Argument gegen die Subsumtion der gleichgeschlechtlichen Ehe unter den Ehebegriff der Rom III-VO ist, dass andernfalls der zu erstrebende Gleichklang mit dem Ehebegriff in Art. 1 Abs. 1 lit. a EheGVO nicht gewährleistet wäre, der nach überwiegender Meinung nur heterosexuelle Ehen

¹⁰ Belgien, Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen (seit 22.5.2014), Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1259/2010 des Rates v. 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. Nr. L 343/10.

¹² *Mörsdorf-Schulte*, Europäisches Scheidungsrecht (Rom III), *RabelsZ* 2013, 786 (794).

umfasst.¹³ Zudem wird im deutschen Kollisionsrecht die gleichgeschlechtliche Ehe niederländischen, kalifornischen oder spanischen Rechts als Lebenspartnerschaft gem. Art. 17b EGBGB qualifiziert.¹⁴ Dieses Argument kann jedoch aufgrund des Gebots der autonomen Auslegung von Verordnungen nicht schwer wiegen.

Es ist aber Art. 13 Var. 2 Rom III-VO zu beachten, nach der eine Ehe nur zu scheiden ist, wenn die Ehe im Forumstaat als gültig angesehen wird. Dies hat zur Folge, dass Mitgliedstaaten, deren Recht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt, diese nicht scheiden müssen. Somit richtet sich die Frage, ob die Rom III-VO auf gleichgeschlechtliche Ehen anwendbar ist, nach der Vorfrage der Wirksamkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe im Forumstaat, welche nach inländischem Recht zu entscheiden ist. Die Vorfrage ist deshalb selbstständig anzuknüpfen, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b Rom III-VO, Art. 13 Rom III-VO. Die selbstständige Anknüpfung ist erstaunlich, weil sie den erstrebten internationalen Entscheidungseinklang untergräbt. Dies lässt sich nur als Ergebnis eines politischen Kompromisses erklären. Beim Familienrecht handelt es sich um einen kulturell sensiblen Bereich,¹⁵ was die Entscheidung für eine selbstständige Anknüpfung sicherlich beeinflusst hat. Das Resultat ist nicht begrüßenswert, denn es läge im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs, die Vorfrage, ob eine Ehe besteht, unselbstständig anzuknüpfen. Zudem hatte die Kommission Vorschläge für Verordnungen über das Internationale Ehegüterrecht¹⁶ und das Internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften¹⁷ eingereicht. Dies zeigt, dass auf EU-Ebene kein einheitlicher Ehebegriff besteht. Sein Fehlen verbietet ein autonomes Erstrecken der Anwendung der VO auf gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften. Folglich darf Deutschland die Scheidung einer gleichgeschlechtlichen Ehe in die Aufhebung einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft gem. Art. 17b EGBGB umdeuten und ist nicht gezwungen, die Rom III-VO auf die gleichgeschlechtliche Ehe anzuwenden.¹⁸

Gem. Art. 5 Rom III-VO ist den Ehegatten die Wahl des auf die Scheidung

¹³ *Rauscher*, Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 810.

¹⁴ *Ebd.*, Rn. 442; *OLG München*, IPRax 2011, 249.

¹⁵ *Volz* (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 170; *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 105; *Sonnenberger* (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 15.

¹⁶ Vorschlag der Kommission für die Verordnungen über das Internationale Ehegüterrecht, KOM (2011) 126 endg.

¹⁷ Vorschlag der Kommission für die Verordnungen über das Internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, KOM (2011) 127 endg.

¹⁸ *OLG München*, IPRax 2011, 249.

anzuwendenden Rechts möglich. Sie können gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a-d Rom III-VO das Recht ihres gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, der Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten oder die *lex fori* wählen. Den Zeitpunkt der Rechtswahl bestimmt Art. 5 Abs. 2 Rom III-VO. Sie kann jederzeit, spätestens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, getroffen oder gem. Art. 5 Rom III-VO im Laufe des Verfahrens zu Protokoll gegeben werden (Art. 46d Abs. 2 EGBGB).

Art. 6 Rom III-VO und Art. 7 Rom III-VO bestimmen die Wirksamkeit der Rechtswahl. Für die Einigung und materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung ist gem. Art. 6 Abs. 1 Rom III-VO das hypothetische Ehescheidungsstatut maßgebend. Eine Ausnahme hiervon ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 Rom III-VO. Zur Formgültigkeit erfordert die Rechtswahl grundsätzlich Schriftform gem. Art. 7 Abs. 1 Rom III-VO. Nach Art. 7 Abs. 2 Rom III-VO kann das Recht des teilnehmenden Mitgliedstaates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, eine zusätzliche Formvorschrift vorgeben. Durch diese Vorschrift ermächtigt, verlangt deutsches Kollisionsrecht in Art. 46d Abs. 1 EGBGB die notarielle Beurkundung der Rechtswahl, sofern zu diesem Zeitpunkt mindestens ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte.

Bei fehlender Rechtswahl wird das anwendbare Recht nach Art. 8 lit. a-d Rom III-VO bestimmt. So richtet es sich zunächst nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten. Besteht dieser nicht, ist das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden, dann das der gemeinsamen Staatsangehörigkeit und zuletzt die *lex fori*. Dies macht deutlich, dass sich das Staatsangehörigkeitsprinzip auf dem Rückzug befindet.

2. *Ordre public*-Verständnis

Haben die Eheleute gem. Art. 5 Rom III-VO ein ausländisches Recht gewählt oder ergibt sich in Ermangelung einer Rechtswahl aus Art. 8 Rom III-VO ein solches, kommt dies einem „Sprung ins Dunkle“¹⁹ für das angerufene Gericht gleich. Denn die Richter sehen sich mit einem fremden Recht konfrontiert, welches anderen Werten und einer anderen Rechtskultur entspricht. Aus diesem Grund gibt es die *ordre public*-Ergebniskontrolle im Kollisionsrecht.

Eine autonome *ordre public*-Klausel im deutschen Recht besteht am Maßstab des Art. 6 EGBGB.²⁰ Nach Art. 6 S. 1 EGBGB ist eine Rechtsnorm eines anderen

¹⁹ Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 90.

²⁰ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 1, 8.

Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Daher ist der *ordre public* eine Generalklausel und durch die Drittwirkung der Grundrechte eine Einbruchsstelle deren objektiven Wertgehalts in das Internationale Privatrecht.²¹ Gegenstand der Prüfung ist nicht das ausländische Recht, sondern das durch seine Anwendung erzielte Ergebnis.²² Mithin ist der *ordre public* von der konkreten Normenkontrolle in Art. 100 GG abzugrenzen, bei der das Gericht eine entscheidungsrelevante nachkonstitutionelle Norm dem *Bundesverfassungsgericht* vorzulegen hat, wenn es Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit hegt. Beim *ordre public* ist jedoch nicht die Norm an sich, sondern das Ergebnis ihrer Anwendung zu überprüfen.

Das Ergebnis muss auch *offensichtlich*, also besonders stark, von der Grundüberzeugung des *lex fori* abweichen.²³ Die nötige Offensichtlichkeit trägt der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen Rechnung.²⁴ Das Kriterium ist erfüllt, „wenn das Ergebnis der Anwendung in einer besonders schwerwiegenden Weise dem Sinn und Zweck der deutschen Regelung widerspricht“.²⁵

Neben der Offensichtlichkeit des Verstoßes bedarf es eines ausreichenden Inlandsbezugs.²⁶ Hierbei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das deshalb zum Tragen kommt, weil die inländische öffentliche Ordnung nur geschützt werden muss, wenn ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt. Der Inlandsbezug verhält sich relativ zur Bedeutung des Rechtsgrundsatzes.²⁷ Je intensiver die Inlandsbeziehung, desto geringer ist die Toleranz für Verstöße.

Somit sind die erforderlichen Schritte, damit eine *ordre public*-Klausel zum Tragen kommen kann, die Ermittlung des Sachrechts, die Anwendung des Sachrechts auf den konkreten Fall, ein Inlandsbezug, und ein offensichtlicher Verstoß gegen den *ordre public*. Ihre Rechtsfolge ist die Nichtanwendung der Norm, deren Anwendung zum *ordre public*-Verstoß führt.²⁸ Um das Prinzip des geringsten Eingriffs in die *lex causae* zu wahren, darf die Nichtanwendung der

²¹ BVerfGE 31, 58 (72 ff.).

²² Rauscher (Fn. 13), Rn. 823; Mörsdorf-Schulte, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 8. Aufl. 2013, Art. 6 EGBGB Rn. 14.

²³ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁴ Ebd., Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁵ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 1; BGHZ 50, 370 (375); 75, 32 (43).

²⁶ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁷ Ebd., Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁸ Rauscher (Fn. 13), Rn. 594.

lex causae nur so weit gehen, wie dies zur Berichtigung des unerträglichen Anwendungsergebnisses erforderlich ist.²⁹

Die Nichtanwendung einer Norm kann genügen, wenn sie etwas versagt.³⁰ Allerdings ist strittig, was geschieht, wenn durch die Nichtanwendung eine Lücke entsteht. Denn es besteht die Möglichkeit, die Lücke entweder durch das anwendbare Recht selbst zu füllen oder aber die *lex fori* anzuwenden. Viele wählen auch hier den Grundsatz des geringsten Eingriffs, was eine Lückenschließung primär durch die *lex causae* selbst und subsidiär durch die *lex fori* bedeutet.³¹ Andere befürworten die generelle Anwendbarkeit der *lex fori*, um ein Zurechtbiegen des fremden Rechts zu vermeiden.³² Dritte sprechen sich für eine Einzelfallbetrachtung aus, welche sich insbesondere nach Art und Inhalt der ausgeschlossenen Norm richtet.³³ Alle genannten Meinungen verfolgen indes das Ziel, möglichst wenig durch eigenes Recht einzugreifen, wenn es zur Anwendung fremden Rechts kommt.

3. *Ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO

Das Ergebnis des nach der Rom III-VO anwendbaren Rechts unterliegt einer doppelten Inhaltskontrolle. Denn es darf weder Art. 10 Rom III-VO noch Art. 12 Rom III-VO widersprechen.

a) Art. 10 Rom III-VO

Art. 10 Rom III-VO ordnet an, dass das Recht des Staates des angerufenen Gerichts (*lex fori*) anzuwenden ist, wenn das nach Art. 5 Rom III-VO oder Art. 8 Rom III-VO anzuwendende Scheidungsstatut (*lex causae*) eine Scheidung nicht vorsieht (Var. 1) oder es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes (Var. 2) gewährt. Somit schützt Art. 10 Rom III-VO die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG und den Gleichberechtigungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 2 GG.³⁴

Var. 1 ordnet die Anwendung der *lex fori* an, wenn die *lex causae* die Scheidung nicht kennt. Sie wurde in die Verordnung aufgenommen, weil das Recht eines

²⁹ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 88.

³⁰ Rauscher (Fn. 13), Rn. 595.

³¹ BGHZ 28, 375 (387); 44, 183 (190); Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 18.

³² Lorenz, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 17.

³³ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 90.

³⁴ Winkler von Mohrenfels, Die Rom III-VO, Teilvereinheitlichung des europäischen internationalen Scheidungsrechts, ZEuP 2013, 699 (718).

teilnehmenden Mitgliedstaates, Malta, die Scheidung bis 2011 nicht kannte.³⁵ Das angerufene Gericht sollte bei maltesischer *lex causae* nicht verpflichtet sein, die Scheidung zu verwehren. Seit der Einführung der Scheidung in Malta ist dieser Teil der Vorschrift von lediglich geringer praktischer Relevanz, weil es heute nur noch ein Scheidungsverbot auf den Philippinen,³⁶ im Vatikan³⁷ und in manchen religiösen Rechten christlicher Minderheiten³⁸ gibt. Wenn eine Scheidung nach einem Recht nicht möglich war, trat auch schon vor Inkrafttreten der Rom III-VO an die Stelle dessen deutsches Recht,³⁹ vorausgesetzt, es wurde ein Scheidungsantrag in Deutschland gestellt. Denn ein Scheidungsverbot stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Rechtsgrundsätze in Deutschland dar.⁴⁰

Var. 2 wurde aus Art. 107 Abs. 2 lit. c Código Civil Español mit dem Ziel entnommen, EU-Mitgliedstaaten, welche die Anwendung Frauen benachteiligenden islamischen Rechts verhindern wollten, die Partizipation zu erleichtern.⁴¹ Demnach gilt die *lex fori*, wenn das Scheidungsstatut die Scheidung für die Ehegatten nicht gleichberechtigt zugänglich macht. So bezieht sich der Wortlaut auf eine abstrakte Ungleichbehandlung durch die *lex causae*.⁴² Er schreibt keine Einzelfallbetrachtung vor.⁴³ Dies verursacht ein grundlegendes Problem hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen. Deshalb ist umstritten, ob es sich bei der Vorschrift um eine wortlautnahe abstrakte Kontrolle der Norm oder um eine sich vom Wortlaut distanzierende konkrete Ergebniskontrolle handeln soll, welche einem *ordre public*-Tatbestand gleichkäme.

Erwägungsgrund 16 S. 2 Rom III-VO legt eine *ex ante*-Sicht nahe. Hiernach soll das gewählte Recht – und nicht das konkrete Ergebnis – mit den Grundrechten vereinbar sein, wie sie durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt werden. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für eine abstrakte Anwendung. Denn sie wurde bewusst in die Verordnung aufgenommen, um nordischen Staaten die Sorge zu nehmen,

³⁵ Budzikiiewicz, in: Nomos, 6. Band 2013, Art. 10 Rom III-VO Rn. 2.

³⁶ Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 23.

³⁷ Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 23.

³⁸ BGHZ 169, 240 (249).

³⁹ BGH, Anm. Henrich, FamRZ 2007, 109.

⁴⁰ BGHZ 169, 240 (242 ff.).

⁴¹ Helms, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765 (1772).

⁴² Thorn, in: Palandt, 2013, Art. 10 Rom III-VO Rn. 3.

⁴³ Gruber, IPRax 2012, 381 (391); Helms (Fn. 41), 1772.

(frauenfeindliches) islamisches Recht anwenden zu müssen.⁴⁴ Die Norm ist demnach Ausfluss eines politischen Kompromisses.⁴⁵ Befürworter dieser Ansicht argumentieren zudem mit erhöhter Rechtssicherheit für die Beteiligten, weil so schwierige Wertungen wegfallen, die bei der Anwendung von *ordre public*-Tatbeständen notwendig werden.⁴⁶ Somit würde Art. 10 Rom III-VO zu einer international zwingenden Vorschrift, die entgegen der kollisionsrechtlichen Anwendung einzelne besonders wichtige Vorschriften zur Anwendung brächte. Dies entspricht der Definition einer Eingriffsnorm,⁴⁷ deren Funktion es ist, bestimmte inländische Normen positiv durchzusetzen.⁴⁸

Ordre public-Tatbestände hingegen dienen der negativen Abwehr von Normen, die ein untragbares Ergebnis herbeigeführt haben.⁴⁹ Der Regelungszweck des Art. 10 S. 2 Rom III-VO ist die Vermeidung von Diskriminierungen. Deshalb führe anderer Ansicht nach die Anwendung des Art. 10 S. 2 Rom III-VO, wenn keine Diskriminierung im konkreten Fall vorliegt, zu einem „sachwidrigen Ergebnis“.⁵⁰ Aus diesem Grund sei eine *teleologische Reduktion* der Vorschrift notwendig.⁵¹ Diese führt dazu, dass sich Art. 10 Var. 2 Rom III-VO als Konkretisierung der allgemeinen *ordre public*-Vorbehaltsklausel des Art. 12 Rom III-VO darstellt.⁵² Ein weiteres Argument hierfür ist Erwägungsgrund 24 S. 1, der von „bestimmten Situationen“ spricht,⁵³ was auf eine tatsächliche Benachteiligung hindeutet.⁵⁴ Ergo kann Art. 10 Var. 2 Rom III-VO in seinem wörtlichen Sinn selbst als „diskriminierend“ wahrgenommen werden,⁵⁵ weil er eine rechtspolitisch unangebrachte und überkommene abstrakt-generelle

⁴⁴ Helms (Fn. 41), 1772.

⁴⁵ Ebd., 1772.

⁴⁶ Winkler von Mobrenfels (Fn. 34), 715.

⁴⁷ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 4.

⁴⁸ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 5.

⁴⁹ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 4; Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 3.

⁵⁰ Helms, Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts? (Zu OLG Hamm 2013), IPRax 2014, 334 (335).

⁵¹ Gruber (Fn. 43), 391; Helms (Fn. 41), 1772.

⁵² Helms (Fn. 50), 1771; Budzikiewicz (Fn. 35), Art. 10 Rom III-VO Rn. 27; 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, S. 8; Helms (Fn. 41), 1771; Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 825.

⁵³ Winkler von Mobrenfels (Fn. 34), 715.

⁵⁴ Helms (Fn. 41), 1772; Hau, Zur Durchführung der Rom III-VO in Deutschland, FamRZ 2013, 249 (254); Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 825; Helms (Fn. 50), 335.

⁵⁵ Hau (Fn. 54), 254.

Versagung des islamischen oder jüdischen Rechts darstellt.⁵⁶

Die ausgedehnte Rechtswahlmöglichkeit ist ein weitgehender Vorstoß in der Rom III-VO,⁵⁷ der nicht durch falsche Anwendung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO zunichte gemacht werden sollte. Zudem erschwert die strikte Anwendung der *lex fori* die Anerkennung des Urteils im Drittstaat, was zu „hinkenden Ehen“ führen kann.⁵⁸ Mithin handelt es sich bei der Formulierung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO um einen „Missgriff des europäischen Gesetzgebers“.⁵⁹ Seine Anwendung sollte eine Einzelfallbetrachtung voraussetzen. Als Rechtsfolge sollte das Ergebnis im Einzelfall korrigiert und möglicherweise Ersatzrecht angewandt werden. Folglich hätte die Vorschrift keine positive Funktion und diente daher nicht als Ermächtigungsgrundlage zur unbedingten Anwendung von deutschen Sachnormen. Eine abschließende Interpretation kann jedoch nur der *Europäische Gerichtshof* geben.

b) Anwendungsbeispiel der talaq-Scheidung

*Sachverhalt:*⁶⁰

F und M haben in Heidelberg studiert. Sie sind ägyptische Staatsbürger und heiraten nach islamischem Recht in Kairo, um dort mit ihren Familien feiern zu können. Ihre Ehe wird in Deutschland anerkannt. Sie leben gemeinsam und arbeiten in Frankfurt, bis nach fünf Jahren die Ehe zerbricht und sie sich nach einjährigem Getrenntleben zur Scheidung entschließen. Beide wählen aufgrund ihres Glaubens und ihrer kulturellen Verbundenheit mit ihrer Heimat islamisches Recht als Scheidungsstatut. M reicht die Scheidung beim Amtsgericht Frankfurt ein. Nach welchem Recht ist die Ehe zu scheiden?

Als Sachrecht hatten die beiden zwar gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c Rom III-VO das Recht ihrer Staatsangehörigkeit, islamisches Recht, gewählt. Jedoch könnte sich aus den *ordre public*-Tatbeständen in Art. 10 Var. 2 und Art. 12 Rom III-VO etwas anderes ergeben.

Nach islamischem Recht wären die beiden durch *talaq* zu scheiden. Der *talaq* ist ein einseitiges Scheidungsrecht des Mannes, aufgrund dessen dieser die Frau willkürlich verstoßen kann.⁶¹ Dies verstößt gegen den Schutz der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG, den Grundsatz der Gleichbehandlung

⁵⁶ *Hau* (Fn. 54), 254.

⁵⁷ *Mankowski* (Fn. 1), Vor 13-17b EGBGB Rn. 39.

⁵⁸ *Gruber* (Fn. 43), 391; *Helms* (Fn. 50), 335; *Rösler*, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, *RabelsZ* 2014, 155 (178).

⁵⁹ *Gruber* (Fn. 43), 381.

⁶⁰ Der Sachverhalt ist frei konstruiert.

⁶¹ *Lüderitz*, „Talaq“ vor deutschen Gerichten, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 333; *Winkler von Mohrenfels* (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 112.

von Männern und Frauen gem. Art. 3 Abs. 2 GG und den Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG.⁶² Somit wäre hier bei wörtlicher Anwendung Art. 10 Var. 2 Rom III-VO einschlägig, die Ehe mithin nach deutschem Recht zu scheiden. Dadurch würde jedoch die Nichtanerkennung des Urteils im Ausland riskiert. Das Paar wäre nach deutschem Recht geschieden und in seinem Heimatland weiterhin verheiratet. Dies führte zu einer hinkenden Ehe.⁶³

Stattdessen sollte zur Anwendung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO die Frau konkret beschwert sein,⁶⁴ es also wie bei der Anwendung des *ordre public* in Art. 12 Rom III-VO auf das Ergebnis des konkreten Falls ankommen.⁶⁵ Demnach wäre der *ordre public* nicht anzuwenden, wenn der *talaq* mit dem Einverständnis der Frau vollzogen wurde⁶⁶ oder an der Zulässigkeit der Scheidung auch nach deutschem Recht kein Zweifel besteht.⁶⁷ So liegt in einem anderen Beispiel ebenso wenig ein *ordre public*-Verstoß vor, wenn auch die Frau die Ehescheidung durch Bevollmächtigung zum Ausspruch des *talaq* in der Heiratsurkunde einreichen kann.⁶⁸ Denn dann ist die Scheidung einverständlich.⁶⁹ Auch die Privatscheidung durch einen Aufhebungsvertrag nach japanischem, taiwanesischem oder südkoreanischem Recht oder durch die Übergabe des Scheidebriefs nach israelisch-jüdischem Recht ist kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie einverständlich erfolgt.⁷⁰ Hier wurde der *talaq* mit dem Einverständnis der Frau ausgeübt. Somit liegt kein Grundrechtsverstoß vor. Auch ergäbe sich bei Anwendung deutschen Rechts kein anderes Ergebnis als die Scheidung. Denn bei einjährigem Getrenntleben der Ehepartner wird gem. §§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 1 BGB die Zerrüttung vermutet. Folglich liegt kein Verstoß gegen Art. 10 Var. 2 Rom III-VO vor.

Der subsidiär in Betracht kommende Art. 12 Rom III-VO ist ebenfalls nicht einschlägig, da aufgrund des Einverständnisses kein Verstoß gegen Art. 1

⁶² OLG Koblenz, FamRZ 1993, 563 (564).

⁶³ Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 122.

⁶⁴ Lüderitz (Fn. 61), S. 338.

⁶⁵ Henrich, Internationales Scheidungsrecht (einschließlich Scheidungsfolgen), 3. Aufl. 2012, Rn. 82, 95.

⁶⁶ Lüderitz (Fn. 61), S. 338; Winkler von Mohrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 112.

⁶⁷ Jayme, „Talaq“ nach iranischem Recht und deutscher *ordre public*, IPRax 1989, 223; Winkler von Mohrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 112; OLG Koblenz, FamRZ 1993, 563 (563); Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 122; OLG München, IPRax 1989, 238 (238).

⁶⁸ OLG Hamm, NJOZ 2013, 1524 (1530).

⁶⁹ AG München, Anm. Jayme, IPRax, 1982, 250 (251).

⁷⁰ Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 124.

Abs. 1 GG vorliegt. Folglich ist kein *ordre public*-Verstoß gegeben und die Ehegatten sind nach islamischem Recht zu scheiden.

Um dem Gebot der gerichtlichen Ehescheidung in Art. 17 Abs. 2 EGBGB nachzukommen, muss, nachdem die Frau im Gerichtssaal durch dreimaligen Ausspruch des *talaq* verstoßen wurde, die Ehescheidung gerichtlich ausgesprochen werden.⁷¹

c) Art. 12 Rom III-VO

Art. 12 Rom III-VO stellt schon seiner Überschrift nach eine *ordre public*-Klausel dar. Er ordnet an, dass die Anwendung einer Vorschrift nur versagt werden kann, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Eine Voraussetzung für den *ordre public* in Art. 12 Rom III-VO ist auch ein hinreichender Bezug zum Forumstaat.⁷² Bei Verstoß gegen einen europäischen Rechtsgrundsatz genügt jedoch bereits der Bezug zu anderen Mitgliedstaaten.⁷³ Dieses weitere Verständnis des Inlands resultiert aus dem Unionstreuegebot in Art. 4 Abs. 3 EUV.⁷⁴ Art. 12 Rom III-VO bleibt laut Erwägungsgrund 24 S. 2 von Art. 10 Rom III-VO unberührt. Allerdings ist aufgrund des speziellen *ordre public*-Vorbehalts in Art. 10 Rom III-VO der Art. 12 Rom III-VO nur noch in den Fällen anzuwenden, in denen das anzuwendende Recht die Scheidung zwar kennt, sie im konkreten Fall aber tatsächlich unmöglich ist.⁷⁵ Ein weiterer Anwendungsfall liegt bei unzumutbar langer Trennungsdauer vor.⁷⁶ Demgegenüber kann im konkreten Fall die ungebührlich leichte Scheidung gegen die grundsätzlich unauflösliche Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG⁷⁷ verstoßen und damit zum *ordre public* führen. Art. 12 Rom III-VO ist *lex specialis* zu Art. 6 EGBGB und verdrängt diesen deshalb.⁷⁸ Erwägungsgrund 25 S. 1 betont die nötige Einzelfallbetrachtung und den Ausnahmecharakter der Vorschrift. Als Prüfungsmaßstab fungiert der nationale *ordre public*, insbesondere die Grundrechte, jedoch unter Berücksichtigung der Wertungen der EU-Grundrechtecharta sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention.⁷⁹ Als

⁷¹ OLG München, IPRax 1989, 238 (241).

⁷² Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 824; Rauscher (Fn. 13), Rn. 823; Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 15.

⁷³ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 16.

⁷⁴ Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 825.

⁷⁵ OLG Zweibrücken, 14.3.2002, 6 UF 81/01.

⁷⁶ BGH, Anm. Rauscher, JZ 2007, 738 (744).

⁷⁷ BVerfGE 53, 224 (245).

⁷⁸ Hau (Fn. 54), 254.

⁷⁹ Thorn (Fn. 42), Art. 12 Rom III-VO Rn. 2; Helms (Fn. 41), 1771.

Unionsrecht kann Art. 12 Rom III-VO ausschließlich vom *Europäischen Gerichtshof* ausgelegt werden, dessen „Referenzterritorium“ die gesamte Europäische Union darstellt.⁸⁰

Es wird vertreten, dass sich durch die Verdrängung des Art. 6 EGBGB durch Art. 12 Rom III-VO⁸¹ der Inhalt des *ordre public* nicht ändere.⁸² Dies ist jedoch aufgrund der Einbeziehung des europäischen *ordre public* fraglich. Art. 12 EMRK sichert ein Recht auf Eheschließung zu. Jedoch ist darin laut dem *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* kein Recht auf *erneute* Eheschließung zu erblicken.⁸³ Dies lässt sich auch nicht aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) ableiten, weil dadurch die Interpretation von Art. 12 EMRK umgangen würde.⁸⁴ Auch Art. 9 der Europäischen Grundrechtecharta schützt das Recht auf Eheschließung und Familiengründung. Jedoch wurde sich bei seiner Niederschrift an Art. 12 EMRK orientiert, was ein Recht auf Scheidung erneut ausschließt.⁸⁵ Anders als der Schutz von Ehe und Familie und das Recht auf Eheschließung ist das Recht auf Ehescheidung also nicht Teil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, welche sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben (Art. 6 Abs. 3 EUV).⁸⁶ Es gibt diesbezüglich also keine einheitlichen Grundwertungen.⁸⁷ So wurde lange Zeit die Ehescheidung in Malta, Italien, Spanien und Irland völlig abgelehnt.⁸⁸ Das *Bundesverfassungsgericht* war indes in der „Spanier-Entscheidung“ zum Ergebnis gekommen, dass sich aus der Freiheit zur Eheschließung gem. Art. 6 Abs. 1 GG ein Recht auf Ehescheidung ableite.⁸⁹

Es muss bei Art. 12 Rom III-VO also auf einen gesamteuropäischen *ordre public* zurückgegriffen werden, der sich gerade entwickelt und für den die EMRK und die EU-Grundrechtecharta die Grundlage bieten. Doch auch wenn das Recht auf Ehescheidung nicht mehr vom generellen *ordre public* des Art. 12 Rom III-

⁸⁰ *Mörsdorf-Schulte* (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 10.

⁸¹ *Budzkiwicz* (Fn. 35), Art. 12 EGBGB Rn. 4, 5.

⁸² *Mörsdorf-Schulte* (Fn. 12), 824.

⁸³ EuGRZ 1987, 313 (316) – *Johnston*.

⁸⁴ EuGRZ 1987, 313 (317) – *Johnston*.

⁸⁵ *Rauscher*, Leidet der Schutz der Ehescheidungsfreiheit unter der VO Brüssel II? in: FS Geimer, 2002, S. 883 (900).

⁸⁶ *Looschelders*, Scheidungsfreiheit und Schutz des Antragsgegners im internationalen Privat- und Prozessrecht, in: FS Kropholler, 2008, S. 329 (331).

⁸⁷ *Ebd.*, 331.

⁸⁸ *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 22.

⁸⁹ BVerfGE 31, 58 (67).

VO umfasst ist, wird es indirekt in der speziellen *ordre public*-Klausel des Art. 10 Rom III-VO normiert, die dem Art. 12 Rom III-VO vorgeht.

III. Ihre Auswirkungen auf das EGBGB

Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO haben Auswirkungen auf das EGBGB. Das deutsche Begleit- und Anpassungsgesetz zur Rom III-VO wurde sieben Monate nach Inkrafttreten der Rom III-VO, am 23.1.2013, verabschiedet.⁹⁰

1. Auswirkung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO auf Art. 17 Abs. 1 EGBGB

Vorrangiges Anknüpfungsmerkmal der Rom III-VO ist der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt und nicht mehr die gemeinsame Staatsangehörigkeit, vgl. Art. 8 Rom III-VO. Dies trägt der erhöhten Mobilität der Menschen Rechnung und führt zu einem Methodenwechsel im Scheidungskollisionsrecht, welches mit Art. 14 EGBGB i.V.m. Art. 17 EGBGB vom Staatsangehörigkeitsprinzip geprägt war. Die Rechtswahlfreiheit in Art. 5 Rom III-VO stellt eine Möglichkeit für die Ehegatten dar, aktiv am Recht des Staates ihrer Staatsbürgerschaft festzuhalten. Dies stärkt die Parteiautonomie.

Allerdings wird als Rechtsfolge des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO die *lex fori* angewendet.⁹¹ Es ist also nach dieser speziellen *ordre public*-Klausel inländisches Recht anzuwenden.⁹² Dies gilt nach ihrem Wortlaut bei der objektiven Anknüpfung gem. Art. 8 Rom III-VO sowie bei der Wahl eines Rechts gem. Art. 5 Rom III-VO, das einen der Ehegatten diskriminiert.⁹³ Die Anwendung der *lex fori* macht die Rechtswahl der Ehegatten zunichte und schränkt ihre gewonnene Parteiautonomie ein.

Art. 10 Var. 2 Rom III-VO beinhaltet auch den gleichberechtigten Zugang zur Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. In einem Fall, in dem dieser nicht gewährleistet ist, kann die Anwendung der *lex fori* ins Leere führen, wenn dieses die gerichtliche Trennung, so wie in Deutschland, nicht kennt.⁹⁴ Liegen in einem solchen Fall die Voraussetzungen für die Scheidung bereits vor, kann gem. Art. 10 Var. 2 Rom III-VO geschieden werden.⁹⁵ Besteht daran kein Interesse, sollte die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes in entsprechender Anwendung der Vorschriften zur Scheidung ausgesprochen

⁹⁰ Gesetz v. 23.1.2013, BGBl. 2013 I, S. 101.

⁹¹ Siehe dazu oben in Abschnitt II. 3. a).

⁹² *Budżkiewicz* (Fn. 35), Art. 10 Rom III-VO Rn. 30.

⁹³ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 30.

⁹⁴ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 31.

⁹⁵ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 32.

werden.⁹⁶

Durch die undifferenzierte Anwendung der *lex fori* und dem damit verbundenen Statutenwechsel wird die spezielle *ordre public*-Norm des Art. 10 Rom III-VO anders angewandt als andere *ordre public*-Klauseln, weil sie nicht nach dem Gebot des geringsten Eingriffs fungiert. Die Rechtsfolge des Art. 10 Rom III-VO unterscheidet sich also von der sonst üblichen eines *ordre public*. Dies wirkt sich auch auf das EGBGB aus. Das Ehescheidungsrecht ergab sich bis zum 20.6.2012 aus Art. 17 EGBGB i.V.m. Art. 14 EGBGB. Somit war das Recht, das im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe galt, maßgebend. Dies war in der Regel das letzte gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten, also das ihrer Staatsangehörigkeit, bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit dasjenige ihres letzten gemeinsamen Aufenthalts. Gem. Art. 14 Abs. 3 EGBGB war nur das Heimatrecht eines der beiden Ehegatten wählbar. Dies galt lediglich, wenn keiner der Ehegatten Staatsangehöriger des Staates war, in dem beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (Nr. 1), oder die Ehegatten diesen nicht teilten (Nr. 2). Die Rom III-VO verdrängt Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB a.F., der deshalb aufgehoben wurde. Der Normzweck des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB a.F. bestand darin, die Scheidung nach deutschem Recht zuzusichern, wenn eine solche nach dem anzuwendenden Recht nicht möglich war. Den gleichen Zweck erfüllt heute Art. 10 Var. 1 Rom III-VO. Die Rom III-VO regelt jedoch nur die Statutenfrage der Scheidung an sich, weshalb die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen weiterhin im nationalen Recht zu finden sind.⁹⁷ Dies trennt die Scheidung völlig von ihren sonstigen Wirkungen oder Folgen. So wird sie auf kollisionsrechtlicher Ebene zur isolierten Statutenfrage. Das EGBGB bezieht sich jedoch für die vermögensrechtlichen Folgen auf das durch die Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut. Dazu fungiert die Neufassung des Art. 17 Abs. 1 EGBGB, die besagt, dass die Scheidungsfolgen akzessorisch an das für die Statutenfrage geltende Statut anknüpfen, soweit die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen nicht einem eigenen Statut unterliegen.

Die Bedeutung des Begriffs „vermögensrechtliche Scheidungsfolgen“ ist umstritten. Teilweise wird die Meinung vertreten, Art. 17 Abs. 1 EGBGB beinhalte nur die Scheidungsfolgen, die Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom III-VO ausschließt.⁹⁸ Nach Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO ist von der Verordnung aber nur

⁹⁶ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 33.

⁹⁷ *Martiny* (Fn. 22), Art. 17 EGBGB Rn. 8a.

⁹⁸ *Ludwig*, in: *Juris PK*, Art. 17 EGBGB Rn. 12.

die Scheidung als solche erfasst. Deshalb beschränkt Art. 1 Abs. 2 Rom III-VO nicht die Anknüpfung der Scheidungsfolgen im deutschen Kollisionsrecht.⁹⁹ Somit hat Art. 17 Abs. 1 EGBGB für alle vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen Relevanz.¹⁰⁰ Darin beinhaltet sind Haushaltsgegenstände, die ausländische eheliche Wohnung und dem deutschen Recht fremde Rechtseinrichtungen, wie der Widerruf einer Schenkung aufgrund von Scheidung und Schadensersatzansprüche wegen Scheidungsverschulden.¹⁰¹ Wird nun aufgrund des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO das primäre Scheidungsstatut durch das der *lex fori* ersetzt, ändert sich das Scheidungsstatut der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen gem. Art. 17 Abs. 1 EGBGB. Somit vergrößert sich der Einflussbereich des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO.

2. Auswirkung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO auf Art. 17 Abs. 3 EGBGB

Auch das nationale Kollisionsrecht des Versorgungsausgleichs wurde angepasst. Es ändert sich jedoch nicht die scheidungsfolgenrechtliche Qualifikation des Versorgungsausgleichs, sondern nur ihr Bezug auf das durch die Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut.¹⁰² So unterliegt der Versorgungsausgleich gem. Art. 17 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 EGBGB dem nach der Rom III-VO auf die Scheidung anzuwendenden Recht und nicht mehr wie nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB a.F. dem Recht der allgemeinen Wirkungen der Ehe zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Amtlich findet er weiterhin nur bei deutschem Scheidungsstatut Anwendung und auch nur dann, wenn ihn das Heimatrecht einer der Ehegatten kennt, vgl. Art. 17 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 EGBGB. Sind die Voraussetzungen von S. 1 nicht erfüllt, wird der Versorgungsausgleich auf Antrag einer der Eheleute gem. S. 2 durchgeführt. Die Neuerung besteht also auch darin, dass sich Art. 17 Abs. 3 S. 1 EGBGB für den Versorgungsausgleich nicht mehr nach dem regelmäßigen Scheidungsstatut, sondern nach der Rom III-VO richtet. Diese lässt zu, dass sich das Scheidungsstatut durch Anwendung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO ändert, während sich das Scheidungsstatut mittelbar auch auf den Versorgungsausgleich gem. Art. 17 Abs. 3 EGBGB auswirkt.¹⁰³ Somit ändert sich auch das Statut des Versorgungsausgleichs. Nach Art. 10 Var. 2 Rom III-VO ist das die *lex fori*, also deutsches Recht.

⁹⁹ Rauscher, Anpassung des IPR an die Rom III-VO, FPR 2013, 257 (258).

¹⁰⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/11049, S. 10; Rauscher (Fn. 99), 258.

¹⁰¹ Rauscher (Fn. 99), 258.

¹⁰² Ebd., 259.

¹⁰³ Martiny (Fn. 22), Art. 17 EGBGB Rn. 8b; Winkler von Mobrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 81.

Es ist zwar zu begrüßen, dass Art. 17 EGBGB an das durch die Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut anknüpft, um so trotz der nur Teilvereinheitlichung des Scheidungsrechts auf europäischer Ebene durch die Rom III-VO ein einheitliches Zusammenspiel von Scheidung und Scheidungsfolgen zu ermöglichen. Jedoch wirkt sich Art. 10 Rom III-VO auf diese Weise auch auf Art. 17 EGBGB aus, was seinen Einflussbereich vergrößert.

3. Auswirkung des Art. 12 Rom III-VO auf Art. 17 Abs. 2 EGBGB

Auch nach dem Begleit- und Anpassungsgesetz zur Rom III-VO¹⁰⁴ gilt Art. 17 Abs. 2 EGBGB weiter fort.¹⁰⁵ Danach kann eine Ehe im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden. Die Rom III-VO hingegen befasst sich nicht mit der rechtsgeschäftlichen Ehescheidung. Es wurde schlicht nicht bedacht, dass es Rechtsordnungen gibt, in denen eine solche möglich ist.¹⁰⁶ Dennoch muss die Rom III-VO auf Privatscheidungen anwendbar sein.¹⁰⁷ Sie legt dies jedoch nicht ausdrücklich fest, sondern bestimmt, wie im Erwägungsgrund 9 dargelegt, einen „umfassenden Rechtsrahmen“ für die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Zudem ist sie nicht unter den Ausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom III-VO aufgelistet. Auch in Art. 4 Rom III-VO, welcher die Universalität der Verordnung erklärt, wurden nicht diejenigen Rechtsordnungen ausgeschlossen, die eine Privatscheidung zulassen. Die Verordnung geht an manchen Stellen sichtbar nur deshalb von der gerichtlichen Scheidung als Regelfall aus, weil in den Rechtsordnungen der teilnehmenden Mitgliedstaaten die Privatscheidung nicht existiert.¹⁰⁸

Für das Inland muss gleichwohl geklärt werden, ob die gerichtliche Scheidung weiterhin eine notwendige Bedingung darstellt.¹⁰⁹ Das Gerichtsprinzip gilt als *ordre public* im deutschen Scheidungsrecht (§ 1564 S. 1 BGB), deshalb wird

¹⁰⁴ Gesetz v. 23.1.2013, BGBl. 2013 I, S. 101.

¹⁰⁵ Rösler (Fn. 58), 185.

¹⁰⁶ Rauscher (Fn. 99), 258.

¹⁰⁷ Thorn (Fn. 42), Art. 1 Rn. 3; Rauscher (Fn. 99), 258; Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 804; 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, S. 8; Helms (Fn. 41), 1766; Rauscher (Fn. 13), Rn. 810; Hau (Fn. 54), 250.

¹⁰⁸ 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, S. 8.

¹⁰⁹ Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 826; Rauscher, Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts, NJW 2012, 3490 (3497).

Art. 17 EGBGB als spezieller *ordre public*-Vorbehalt verstanden.¹¹⁰ Jedoch greift dies in den Regelungsbereich der Rom III-VO ein. Trotzdem verstößt die Norm nicht gegen die Rom III-VO, denn Art. 12 Rom III-VO erlaubt es dem berufenen Gericht, Normen nicht anzuwenden, wenn diese mit dem *ordre public* der *lex fori* offensichtlich unvereinbar sind. Das beinhaltet, dass die Gesetzgeber der teilnehmenden Mitgliedstaaten weiterhin die Kompetenz haben, den inländischen *ordre public* zu spezifizieren.¹¹¹ Aus diesem Grund ist Art. 17 Abs. 2 EGBGB als Konkretisierung des deutschen *ordre public* weiterhin anzuwenden.¹¹² Das heißt, eine Scheidung durch fremdes Recht kann im Inland weiterhin nur gerichtlich erfolgen. Dies gilt auch umgekehrt. Wenn im Ausland deutsches Scheidungsrecht angewandt wird, darf nach der Auslegung des § 1564 S. 1 BGB nicht privat geschieden werden.¹¹³ Auch die Scheidung in einer Botschaft ist gem. Art. 17 Abs. 2 EGBGB unwirksam, weil eine Botschaft völkerrechtlich deutsches Staatsgebiet bleibt.¹¹⁴ Zu beachten ist, dass Art. 17 EGBGB nicht eingreifen kann, wenn die Vorfrage der bestehenden Ehe ein negatives Ergebnis hat (Nichtehe), weil dann keine Scheidung möglich ist.¹¹⁵ Wird der Antrag auf Scheidung nicht zurückgenommen, ist er als unbegründet abzuweisen.¹¹⁶ Der Grundsatz der gerichtlichen Scheidung kann durch staatsvertragliche Regelungen eingeschränkt werden.¹¹⁷

IV. Fazit

Bei der Rom III-VO handelt es sich lediglich um eine Teilvereinheitlichung des Scheidungsrechts und der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, bei der die Scheidungsfolgen unbeachtet bleiben. Allerdings hat das deutsche Kollisionsrecht – durch das Abstellen auf das durch die Verordnung ermittelte Statut – einen Weg gefunden, dennoch ein abgestimmtes System zu schaffen, das ein Zusammenspiel des inländischen und europarechtlichen Kollisionsrechts gewährleistet.

Die Rom III-VO erfasst auch die gleichgeschlechtliche Ehe. In Mitgliedstaaten, welche die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennen, muss diese jedoch nicht geschieden werden, Art. 13 Var. 2 Rom III-VO. Die gleichgeschlechtliche Ehe ist somit kein Fall des *ordre public*, sondern wird durch Art. 13 Var. 2 Rom III-

¹¹⁰ Rauscher (Fn. 99), 260.

¹¹¹ Rauscher (Fn. 99), 260.

¹¹² Thorn (Fn. 42), Art. 17 EGBGB Rn. 6.

¹¹³ BGHZ 110, 267 (276).

¹¹⁴ Winkler von Mohrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 101.

¹¹⁵ Ebd., Art. 17 EGBGB Rn. 84.

¹¹⁶ Ebd., Art. 17 EGBGB Rn. 84.

¹¹⁷ Ebd., Art. 17 EGBGB Rn. 100.

VO abgefangen. Nach deutschem Recht ist die gleichgeschlechtliche Ehe also nicht zu scheiden. Sie darf in eine eingetragene Lebenspartnerschaft gem. Art. 17b EGBGB umgedeutet werden und ist hiernach anzuknüpfen.

Der Prinzipienwechsel bei nicht vorhandener Rechtswahl vom Staatsangehörigkeits- zum Aufenthaltsprinzip ist modern. Auch die verbesserte Freiheit zur Statutenwahl stärkt die Parteiautonomie und macht die Verordnung fortschrittlich. Diesen Eindruck gewinnt man allerdings nicht bei der Betrachtung von Art. 10 Var. 2 Rom III-VO. Denn bei seiner wörtlichen Anwendung kommt die Vorschrift einer rückständigen Diskriminierung islamischen Rechts gleich. Früher oder später wird sich der *Europäische Gerichtshof* zu ihrer Auslegung äußern müssen. Es ist ihm der Weg der *teleologischen Reduktion* zu empfehlen.

Art. 12 Rom III-VO verdrängt Art. 6 EGBGB. Dies hat zur Folge, dass sich der *ordre public* aus gesamteuropäischen Wertungen zusammensetzt. Z.B. besteht kein von europäischen Wertungen abgeleitetes Recht auf Scheidung. Ein Scheidungsverbot ist folglich nicht vom *ordre public* in Art. 12 Rom III-VO umfasst. Ein solches Recht auf Scheidung wird jedoch indirekt in Art. 10 Rom III-VO normiert.

Art. 17 Abs. 1 EGBGB und Art. 17 Abs. 3 EGBGB knüpfen an das anhand der Rom III-VO ermittelte Scheidungsstatut an. Durch den Statutenwechsel zur *lex fori* als Rechtsfolge des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO finden auch die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und der Versorgungsausgleich ihre kollisionsrechtliche Anknüpfung in der *lex fori*. Dies vergrößert den Einfluss des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO.

Weiterhin kann das Prinzip der gerichtlichen Scheidung in Art. 17 Abs. 2 EGBGB beibehalten werden. Die Rom III-VO umfasst zwar auch die Privatscheidung, jedoch erlaubt Art. 12 Rom III-VO die Nichtanwendung von solchen Normen, die gegen den innerstaatlichen *ordre public* verstoßen. Mithin ist Art. 17 Abs. 2 EGBGB stellt eine Konkretisierung des deutschen *ordre public* dar.

Die Rom III-VO ermittelt einheitlich das auf die Scheidung anzuwendende Recht. Sie hat somit ihr Ziel, *forum shopping* einzudämmen, erreicht, wenn auch die Gemengelage zwischen autonomem und europäischem Kollisionsrecht dabei im Umgang nicht einfach ist.