

# Die Rom III-VO und die Parteiautonomie

*Peter Winkler von Mohrenfels*

## I. Einleitung\*

Am 30.12.2010 ist die 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<sup>1</sup> (Rom III-VO) in Kraft getreten. Kernpunkt der gem. Art. 21 Abs. 2 ab dem 21. Juni 2012 geltenden neuen Regelung ist die Einführung einer beschränkten Rechtswahl der Parteien in Art. 5. Damit findet eine Rechtsentwicklung, die *Sturm* vor 44 Jahren mit seiner Schrift zur Gleichberechtigung im deutschen IPR eingeleitet hatte, im europäischen Bereich ihren vorläufigen Abschluss. Es bleiben freilich ein ganze Reihe von Fragen, die sich zum einen aus der Tatsache ergeben, dass sich bei weitem nicht alle EU-Staaten an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen, zum anderen daraus, dass die im Zusammenhang mit der Rom III-VO zunächst geplanten Änderungen der Brüssel IIb-VO<sup>2</sup> (im Folgenden: EuEheVO) vorläufig aufgegeben werden mussten.

## II. Geschichte der Parteiautonomie

### 1. Die Entwicklung in Deutschland und den Niederlanden

#### a) Deutschland

Mit seinem 1967 veröffentlichten Vorschlag, den Ehegatten die Wahl des auf Eheswirkungen, Ehescheidung, eheliche Abstammung und Kindschaft anwendbaren

---

\* Abgekürzt werden zitiert: *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand: 191. Lfg. Mai 2011 (zit. *Bergmann/Ferid/Henrich*, Länderteil); *Henrich*, Probleme des internationalen Familienrechts, in: *Schwab/Habne* (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 259 ff. (zit.: *Henrich*, Probleme); *Jänterä-Jareborg*, Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe, in: Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 48 [2008], S. 317; *Martiny*, Ein internationales Scheidungsrecht für Europa – Konturen einer Rom III-Verordnung, in: *Freitag* (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert: Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, 2006, S. 119 ff. (zit. *Martiny*, Konturen); *Nascimbene*, Gerichtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht in Ehesachen: Verordnung Rom III?, in: Forum zur Justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen: Aussprache mit den nationalen Parlamenten, 2. Dezember 2008, Sitzung IV – Familienrecht und Erbrecht (im Internet abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dv/755/755341/755341de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/755/755341/755341de.pdf), S. 8-20; *Sturm*, Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1967, S. 155 ff. (zit. *Sturm*, Gleichberechtigung).

<sup>1</sup> ABl. L 343/10 vom 29.12.2010.

<sup>2</sup> Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung [...] vom 27.11.2003, ABl. L 338/1.

Rechts freizustellen,<sup>3</sup> knüpfte *Sturm* an entsprechende Erwägungen von *Makarov*<sup>4</sup> und *Siegrist*<sup>5</sup> an, die aber beide die Parteiautonomie im familienrechtlichen Bereich abgelehnt hatten. Ablehnend äußerte sich auch *Wahl* in derselben Festschrift.<sup>6</sup> *Sturm* ertete zunächst ziemlich herbe Kritik: Solcherart „Sturm und Drang“ im Kollisionsrecht sei doch nun wohl allzu sehr geeignet, Chaos zu provozieren, und daher nicht zuletzt rechtspolitisch zu verwerfen.<sup>7</sup> So ist das halt, wenn man seiner Zeit voraus ist. 1976 habe ich mich in meiner Dissertation<sup>8</sup> dem Vorschlag von *Sturm* angeschlossen, damals allerdings noch sehr zurückhaltend, um die Bemühungen der europäischen Länder um Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Rechtsentwicklung nicht durch einen deutschen Alleingang zu unterlaufen. Die Zeit ist über diese Bedenken hinweggegangen! *Kühne* griff den Rechtsgedanken 1980 in seinem IPR-Gesetz-Entwurf auf als sinnvolles Instrument zur wenigstens teilweisen Behebung der durch den unvermeidlichen Übergang vom Staatsangehörigkeits- zum Aufenthaltsprinzip verbliebenen konkreten Unzulänglichkeiten (sog. Gefälle-Konstellationen, Instabilität infolge Statutenwechsel).<sup>9</sup> Und wieder regte sich Widerstand: In den im Auftrag des Deutschen Rates für IPR 1981 vorgelegten Vorschlägen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts ist weder beim Scheidungsstatut noch beim Ehwirkungsstatut eine Rechtswahl vorgesehen. *Kegel*, der diesen Abschnitt der Vorschläge bearbeitet hatte, lehnte die Rechtswahl ab mit der Begründung, eine kollisionsrechtliche Verweisung würde die zwingenden Regelungen des Rechts, das ohne Rechtswahl nach den Regeln des IPR anwendbar wäre, ausschalten; man dürfe den Parteien nicht gestatten, sich am eigenen Schopfe aus dem Sumpf zu ziehen. Der Einzelne stehe nicht über, sondern unter dem Recht.<sup>10</sup>

Die Bundesregierung hat im Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Internationalen Privatrechts<sup>11</sup> den Vorschlag von *Kühne* im Wesentlichen übernommen und in § 14 (Art. 14 EGBGB) für das Ehwirkungsstatut eine beschränkte Rechtswahl zugelassen, auf die in § 17 (Art. 17 EGBGB) für das Scheidungsstatut verwiesen wurde.<sup>12</sup> Die Bundesregierung sah in der Rechtswahl ein sinnvolles Instrument zur Änderung von im Einzelfall unbefriedigender Anknüpfung bei Mehrstaaten, zur Vermeidung der beim Übergang vom 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.<sup>13</sup>

3 *Sturm*, Gleichberechtigung, S. 168.

4 *Makarov*, *RabelsZ* 17 (1952), 382 ff.

5 *Siegrist*, *RabelsZ* 24 (1959), 454, 460 f.

6 *Wahl*, Zur Entwicklung des Personalstatuts im europäischen Raum, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1967, S. 123, 127 Fn. 16.

7 *Jochen Schröder*, *FamRZ* 1969, 291, 292.

8 *Görgens*, Die materiellrechtliche und kollisionsrechtliche Gleichberechtigung der Ehegatten auf dem Gebiet der persönlichen Ehwirkungen und der elterlichen Gewalt, 1976, S. 182 f.

9 *Kühne*, IPR-Gesetz-Entwurf. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1980, S. 94, 95.

10 *Kegel*, Zur Reform des internationalen Rechts der persönlichen Ehwirkungen und des internationalen Scheidungsrechts, in: *Beitzke*, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, 1981, S. 114, 122.

11 BT-Drucks. 10/504 vom 20.10.1983.

12 Zur Unzulässigkeit der isolierten Wahl des Scheidungsstatuts (unabhängig vom Ehwirkungsstatut) siehe KG IPRax 2000, 544 m. Rez. *Wagner* ebd. 513.

13 BT-Drucks. 10/504 S. 51.

Dies wurde sogleich wieder kritisiert: *Jayme*<sup>14</sup> sah in der Rechtswahl eine Gefahr für die Anerkennung der Scheidung im Ausland, wenn die Eheleute ein scheidungs-freundlicheres Recht gewählt hätten. Die Parteiautonomie kompliziere eher die Rechtslage; ihre Vorteile seien demgegenüber gering.

Im Bericht des Rechtsausschusses heißt es, mit der Zulassung der Rechtswahl solle für sonst nicht befriedigend zu regelnde Fälle ein kollisionsrechtlicher Lösungsweg zur Verfügung gestellt werden, der eine Gemeinsamkeit der Ehegatten auch im nur subjektiven Bereich für die Anknüpfung ausreichen lasse.<sup>15</sup> Das stimmt allerdings nur im Grundsatz, denn nach Abs. 3 Satz 2 des Vorschlags zu Art. 14 EGBGB sollten die Wirkungen der Rechtswahl enden, wenn die Ehegatten eine gemeinsame Staatsangehörigkeit erlangen. In dieser Form wurde Art. 14 EGBGB denn auch am 25. Juli 1986 vom Bundestag beschlossen und ist seitdem nicht geändert worden.<sup>16</sup>

#### b) Niederlande

Damit hatte Deutschland eine Vorreiterrolle in Europa übernommen. Eine sehr eingeschränkte Rechtswahl gab es zu dieser Zeit sonst nur noch in den *Niederlanden*. Art. 1 IntScheidG von 1981<sup>17</sup> knüpft in Abs. 1 lit. a) an das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten an. Fehlt jedoch einem Ehegatten offensichtlich eine wirkliche gesellschaftliche Verbundenheit mit diesem Land, so soll das gemeinsame Heimatrecht nur dann angewendet werden, wenn die Parteien es gewählt haben, Art. 1 Abs. 2 IntScheidG. Außerdem können die Ehegatten nach Art. 1 Abs. 4 IntScheidG stets das niederländische Recht zum Ehewirkungsstatut wählen. Die niederländische Regelung ist bei der Vorbereitung des deutschen IPR-ReformG berücksichtigt worden.<sup>18</sup>

### 2. Die Entwicklung in der Europäischen Union

#### a) Einzelstaaten<sup>19</sup>

Seit 1986 haben lediglich *Belgien* und *Bulgarien* Rechtswahlregelungen im Bereich des internationalen Familienrechts geschaffen.

In *Belgien* wurde 2004 die Wahl des Scheidungsstatuts eingeführt durch Art. 55 § 2 IPRG.<sup>20</sup> Die Ehegatten können danach zum Scheidungsstatut ihr gemeinsames Heimatrecht oder das belgische Recht wählen.

<sup>14</sup> *Jayme*, FS Müller-Freienfels, 1986, S. 341, 365.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 10/5632 v. 9.6.1986, S. 37 zu d) Rechtswahl.

<sup>16</sup> Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986, BGBl I S. 1109.

<sup>17</sup> Gesetz über das Kollisionsrecht der Eheauflösung und Trennung von Tisch und Bett und deren Anerkennung vom 25.3.1981, Stb 166; deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Niederlande, Stand: 1.9.2008, S. 57 sowie in IPRax 1982, 82.

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drucks. 10/504 S. 52.

<sup>19</sup> Einen Überblick über die unterschiedlichen Anknüpfungen des Scheidungsstatuts in den EU-Staaten gibt *Martiny*, Konturen 123 ff.

<sup>20</sup> Gesetz vom 16.7.2004 zur Einführung des Gesetzbuches über das internationale Privatrecht, BS 10.11.2005. Vgl. dazu *Carlier*, Le Code belge de droit international privé, Rev. Crit. DIP 94 (2005), 11, 30. Deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Belgien, Stand: 15.3.2011, S. 60c. Vorher gab es diese Möglichkeit nicht, es galt die *Loi sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger* du 27 juin 1960 (deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Belgien, Stand: 1.4.2001 [145. Lieferung], S. 118), die keine Wahlmöglichkeit vorsah.

In *Bulgarien* wurde das IPR 2005 kodifiziert.<sup>21</sup> Eine Rechtswahl ist seitdem für die Vermögensbeziehungen der Ehegatten möglich, sofern sie nach dem Ehwirkungsstatut zulässig ist (Art. 79 Abs. 4 IPRG). Eine Wahl des Scheidungsstatuts gibt es nicht (Art. 82 IPRG).

Allen anderen Teilnehmerstaaten der Verstärkten Zusammenarbeit war eine Wahl des Scheidungsstatuts bisher unbekannt.<sup>22</sup>

## b) Gemeinschaftsrecht

### aa) Der Versuch der Änderung der EuEheVO

1986 war die Parteiautonomie im Bereich des Scheidungskollisionsrechts international noch nicht konsensfähig.<sup>23</sup> Auf europäischer Ebene begann die Entwicklung des Familienkollisionsrechts erst 13 Jahre später mit der Verabschiedung des Aktionsplans des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom 3. Dezember 1999.<sup>24</sup> Im Abschnitt über die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen wird dort unter Nr. 41 unter den binnen fünf Jahren zu ergreifenden Maßnahmen die Prüfung der Möglichkeit gefordert, einen Rechtsakt betreffend das auf Ehesachen anwendbare Recht zu erstellen (Rom III). Ziel sollte es sein, durch Vereinheitlichung der Kollisionsregeln einem „forum shopping“ vorzubeugen.<sup>25</sup> In Erfüllung dieser Aufgabe verschickte der Rat am 20.12.1999 per Fernschreiben an alle Delegationen einen Fragebogen zu dem auf Ehesachen anzuwendenden Recht mit der Bitte, die Antworten bis zum 31.3.2000 zu übermitteln.<sup>26</sup>

21 Gesetzbuch über das internationale Privatrecht vom 4.5.2005, DV vom 17.5.2005 Nr. 42 mit späteren Änderungen. Deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Bulgarien, Stand: 1.5.2010, S. 45. Vorher war das auf die Scheidung anwendbare Recht in Art. 134 des Familiengesetzbuchs vom 18.5.1985 (FamGB a.F.) geregelt, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Bulgarien, Stand: 31.10.2003 [157. Lieferung], S. 38. Eine Rechtswahl war dort nicht vorgesehen.

22 Vgl. die Zusammenstellung der Antworten der Mitgliedstaaten auf die Umfrage des Europarats vom 5. Juni, unter der Dok.-Nr. 8839/00 auf <http://register.consilium.europa.eu/> abrufbar (detaillierte Suche im Register, Sprache englisch oder französisch). Der Umfragetext findet sich (auf Deutsch) ebd. im Dokument Nr. 8838/00 v. 31. Mai 2000. Vgl. zu den Einzelstaaten: *Frankreich*: Art. 309 CC i.d.F. v. 1.7.2006; *Italien*: Art. 29, 31 IPRG vom 31.5.1995 (italienischer und deutscher Text in IPRax 1996, 356; deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Italien, Stand: 1.12.2010, S. 49; *Lettland*: Art. 12, 13 ZGB v. 28.1.1937 i.d.F. v. 25.5.1993 (deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Lettland, Stand: 1.3.2011, S. 66 ff.); *Luxemburg*: Art. 305 CC (deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Luxemburg, Stand: 1.2.2003, S. 81) i.d.F. des G. vom 17.12.1990 (Loi du 17 décembre 1990 déterminant la loi applicable au divorce, Memorial 1990, S. 1395); *Malta*: kein kodifiziertes IPR, Scheidung unzulässig (vgl. *Bergmann/Ferid/Henrich*, Malta, Stand: 1.1.2010, S. 22, 26); *Österreich*: §§ 18, 20 IPRG vom 15.6.1978 (BGBl Nr. 304/1978, auszugsweise abgedruckt bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Österreich, Stand: 1.3.2008, S. 88 b ff.); *Portugal*: Art. 52, 55 ZGB vom 25.11.1966 (deutscher Text auszugsweise bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Portugal, Stand: 11.5.2009, S. 37 ff.); *Rumänien*: Art. 20, 22 IPRG vom 22.9.1992 (deutscher Text auszugsweise bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Rumänien, Stand: 31.8.2009, S. 74 ff. sowie in StAZ 1994, 55); *Slowenien*: Art. 37, 38 IPRG vom 23.12.1991 (deutscher Text auszugsweise bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Slowenien, Stand: 1.12.2008, S. 62 ff.); *Spanien*: Art. 107 Código Civil i.d.F. des Gesetzes 11/2003 v. 29.9.2003 (dazu Gómez IPRax 2004, 549; deutscher Text von Art. 107 CC bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Spanien, 28.12.2008, S. 48); *Ungarn*: Art. 39, 40 IPRG vom 1.7.1979 (deutscher Text auszugsweise bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Ungarn, Stand: 31.3.2003, S. 35 ff.).

23 *Henrich FamRZ* 1986, 841, 850.

24 Abl. C 19/1. Dazu *Wagner IPRax* 2000, 513, 518 f.; s.a. *Tarko ÖJZ* 1999, 401, 407.

25 *Finger FuR* 2011, 61, 63. Vgl. auch *Henrich*, Probleme, S. 271. Zur Unterschiedlichkeit der materiellen Scheidungsrechte vgl. *Martiny*, Konturen, S. 122 f.

26 Siehe Fn. 22.

Auf Wunsch des deutschen Bundesministeriums der Justiz arbeitete der *Deutsche Rat für Internationales Privatrecht* eine Empfehlung für eine einheitliche europäische Scheidungskollisionsnorm aus. Zur Rechtswahl heißt es in Abs. 3 Satz 1 der Empfehlung:<sup>27</sup>

„Die Ehegatten können für die Scheidung ihrer Ehe das Recht des Staats wählen, dem sie beide oder dem einer von ihnen angehört.“

Das Justizministerium hat diesen Vorschlag wie folgt an die Kommission weitergeleitet:<sup>28</sup>

„Ungeachtet der Absätze 1 und 2 können die Ehegatten das Recht des Staats wählen,

- dem sie beide oder dem einer von ihnen angehört;
- im Falle des Vereinigten Königreichs und Irlands: in dem sie ihr *domicile* haben oder in dem einer von ihnen sein *domicile* hat.“

Vom 19.–21. September 2003 tagte in Wien die *Europäische Gruppe für Internationales Privatrecht*. Sie erarbeitete einen Vorschlag,<sup>29</sup> der für das Scheidungsstatut eine weitgehende Wahlfreiheit der Ehegatten vorsah, u.a. für das Recht des Eheschließungsortes (unter Vorbehalt) und die *lex fori*.

Am 14.5.2005 legte die europäische Kommission ein *Grünbuch* über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen vor,<sup>30</sup> dessen Ziel es war, eine breite Anhörung interessierter Kreise über das anzuwendende Recht und den Gerichtsstand in Scheidungssachen einzuleiten.<sup>31</sup> Dieses Grünbuch ist bis heute von Bedeutung, weil es anhand von Beispielsfällen eine Reihe von Problemen im Zusammenhang mit der Anwendung der EuEheVO (Brüssel IIb) aufzeigt, die durch die neue Rom III-VO nur zum Teil beseitigt werden (vgl. dazu unten III.3.).

Auf dieses Grünbuch erhielt die Kommission neben der Stellungnahme des EWSA<sup>32</sup> rund 65 Reaktionen, die in den von der Kommission am 17.7.2006 vorgelegten *Vorschlag für eine Verordnung des Rates*<sup>33</sup> zur Änderung der EuEheVO einfließen.<sup>34</sup> *Verfahrensrechtlich* enthielt dieser Vorschlag zwei wichtige Neuregelungen:

<sup>27</sup> Siehe *Henrich*, Probleme, S. 270.

<sup>28</sup> Vgl. *Wagner* FamRZ 2003, 803, 807.

<sup>29</sup> Im Internet in englischer und französischer Sprache abrufbar auf <http://www.gedip-egpil.eu> (Documents du groupe, Nr. 22).

<sup>30</sup> KOM(2005) 82 endg. Dazu die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA) v. 29.9.2005, ABl. C 24/20 v. 31.1.2006.

<sup>31</sup> Grünbuch S. 2.

<sup>32</sup> Stellungnahme des EWSA zu dem „Grünbuch über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen“ vom 28.9.2005, ABl 2006 C 24/20.

<sup>33</sup> 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, KOM(2006) 399 endg. v. 17.7.2006. Vgl. dazu die Stellungnahme des EWSA vom 13./14.12.2006, ABl 2006 C 325/71; das Arbeitsdokument des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres v. 21.6.2007, unter der Referenzangabe LIBE\_DT(2007) 391952 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register); den Entwurf einer Stellungnahme des Rechtsausschusses für den Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (Verfasser: *Carlo Casini*) v. 4.12.2007, unter der Referenzangabe JURI\_PA(2007)398467 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register); den Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres über den Vorschlag (Berichterstatte: *Evelyne Gebhardt*) vom 19.9.2008 (Gebhardt-Bericht), unter der Referenzangabe P6\_A(2008)0361 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register).

<sup>34</sup> Vgl. den Hinweis auf S. 5 des Vorschlags (Fn. 33). Der dort in Fn. 7 angegebene Link funktioniert allerdings nicht mehr, auf der neuen Seite der Kommission [http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/2011/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/2011/index_de.htm) ist die Konsultation für das Grünbuch leider nicht mehr enthalten.

Zum einen sollten die Ehegatten die Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaats, zu dem ein enger Bezug gegeben war, wählen können [Art. 3a EuEheVO(ÄV)]. Zum anderen sollte Art. 7 EuEheVO dahin gehend geändert werden, dass die Restzuständigkeit eines Mitgliedstaats schon dann gegeben sein sollte, wenn die Ehegatten ihren früheren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort für mindestens drei Jahre im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hatten [Art. 7 lit. a) EuEheVO(ÄV)] oder einer der Ehegatten die Staatsangehörigkeit bzw. das domicile dieses Staates besaß [Art. 7 lit. b) EuEheVO(ÄV)]. *Kollisionsrechtlich* sollte die EuEheVO durch ein Kapitel IIa ergänzt werden, welches in den Artikeln 20a bis 20d Vorschriften über das in Scheidungssachen anwendbare Recht enthielt. Das Zusammenwirken der verfahrensrechtlichen und der kollisionsrechtlichen Neuregelungen<sup>35</sup> hätte die im Grünbuch erörterten Problemfälle weitgehend gelöst. Dadurch, dass die verfahrensrechtlichen Regelungen im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit nicht übernommen werden konnten,<sup>36</sup> ist diese Problemlösung leider zum Teil entfallen (Näheres unten III.3.).

Am 19./20. April 2007 befasste sich der Rat unter deutscher Präsidentschaft mit dem Vorschlag der Kommission und erteilte den Auftrag, die Arbeiten an dem Verordnungsentwurf fortzusetzen.<sup>37</sup> Am 25. September 2008 sprach das Europäische Parlament in einer Entschließung<sup>38</sup> erstmals von der Einleitung einer Verstärkten Zusammenarbeit für den Fall, dass die erforderliche Einstimmigkeit<sup>39</sup> nicht zu erreichen wäre.<sup>40</sup> Und so kam es dann auch: die Widerstände aus den Common-Law-Staaten Vereinigtes Königreich<sup>41</sup> und Irland, die auf die Scheidung bei Bejahung der internationalen Zuständigkeit stets das eigene Recht anwenden, und aus Schweden, das die leichte Scheidbarkeit der Ehe nach schwedischem Recht für unverzichtbar hält,<sup>42</sup> erwiesen sich als unüberwindbar. Das Projekt der Vereinheitlichung des Scheidungskollisionsrechts im Wege einer Änderung der EuEheVO war damit in einem vertretbaren Zeitraum nicht zu verwirklichen.<sup>43</sup>

#### bb) Rom III als rein kollisionsrechtliche Verordnung im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit

Auf der Tagung des Rates für Justiz und Inneres vom 5. und 6. Juni 2008 wurde erstmals der Vorschlag unterbreitet, das Rom III-Projekt unter den befürwortenden Staaten im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit voranzutreiben.<sup>44</sup> In der Folge bil-

<sup>35</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang *Martiny*, Konturen, S. 120 f.; s.a. *Kohler* FPR 2008, 193.

<sup>36</sup> Vgl. *Mansel/Thorn/Wagner* IPRax 2011, 1, 9 f.

<sup>37</sup> Mitteilung an die Presse v. 19./20.4.2007, unter der Dok.-Nr. 8364/07 auf <http://register.consilium.europa.eu/> abrufbar (detaillierte Suche im Register).

<sup>38</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. September 2008 zur jährlichen Aussprache über die 2007 erzielten Fortschritte in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Artikel 2 und 39 des EU-Vertrages), ABl. 2010 C 8 E/79.

<sup>39</sup> Zum Erfordernis der Einstimmigkeit bei Maßnahmen zum Familienrecht vgl. seinerzeit Art. 67 Abs. 1 und Abs. 5, 2. Spiegelstrich EGV (dazu *Martiny* FPR 2008, 187, 188) sowie jetzt Art. 81 Abs. 3 AEUV.

<sup>40</sup> Entschließung (vorige Fn.) ABl. 2010 C 8/81 unter H, 6. Spiegelstrich.

<sup>41</sup> Bezeichnend ist die von *Kohler* FamRZ 2008, 1673, 1678 in „The Economist“ v. 3.3.2007, S. 58 f. gefundene Bemerkung eines Londoner Praktikers, wonach die mögliche Anwendung ausländischen Rechts nach dem Rom III-Vorschlag als „laughably idiotic – a recipe for increasing costs“ bezeichnet wird. No comment ... Zu den Kosten der Rechtswahlfreiheit vgl. *Rühl* RabelsZ 71 (2007), 559 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *Kohler* FPR 2008, 193, 196; *ders.* FamRZ 2008, 1673, 1678. Ähnliches gilt für *Finnland*, § 120 finn. EheG v. 13.6.1969, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Finnland, Stand: 1.8.2010, S. 38. Vgl. auch *Beyer* FF 2007, 20, 23 Fn. 24.

<sup>43</sup> Vgl. Rom III-VO (Fn. 1), Erwägungsgrund 5.

<sup>44</sup> *Nascimbene* 14.

dete sich eine „Koalition der vierzehn Willigen“ aus Belgien, Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn. Sie teilten der Kommission mit, dass sie die Absicht hätten, untereinander im Bereich des anzuwendenden Rechts in Ehesachen eine Verstärkte Zusammenarbeit zu begründen.<sup>45</sup>

Grundlage der Verstärkten Zusammenarbeit<sup>46</sup> ist Art. 20 EUV<sup>47</sup> i.V.m. Titel III (Art. 326–334) AEUV.<sup>48</sup> Zu einer Verstärkten Zusammenarbeit bedarf es gemäß Art. 20 Abs. 2 EUV eines Ermächtigungsbeschlusses des Rates, welcher nur als letztes Mittel erlassen werden darf, wenn die damit angestrebten Ziele von der Union in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums verwirklicht werden können und mindestens neun Mitgliedstaaten beteiligt sind.

Die Kommission legte am 24.3.2010 einen Vorschlag für einen solchen Ermächtigungsbeschluss<sup>49</sup> und gleichzeitig einen Vorschlag für die entsprechende Verordnung (Rom III)<sup>50</sup> vor. In der Begründung des Rechtsausschusses zu seiner Empfehlung für die gemäß Art. 29 Abs. 1 AEUV erforderliche Zustimmung des Europäischen Parlaments<sup>51</sup> stellt der Berichterstatter fest, dass es sich um ein historisches Ereignis handele, da das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit zum ersten Mal in Anspruch genommen werde; zugleich bedauert er die darin liegende Abweichung von der bisherigen Praxis, Rechtsvorschriften im Bereich des Zivil- und Familienrechts – ungeachtet der besonderen Standpunkte Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs – in ganz Europa zu vereinheitlichen.<sup>52</sup> Es sei überaus wichtig, dass die Verstärkte Zusammenarbeit die richtige Ausrichtung erhalte, nämlich hin zu einer stärkeren und tieferen Integration; es sollte unbedingt vermieden werden, dass sie als Instrument für spezifische Regelungen benutzt werde, die nur für eine beschränkte Anzahl von Mitgliedstaaten gedacht seien.<sup>53</sup>

Nachdem das Parlament die erforderliche Zustimmung am 16.6.2010 erteilt hatte,<sup>54</sup> erließ der Rat den Ermächtigungsbeschluss am 12. Juli 2010.<sup>55</sup> Im Erwägungs-

45 Vgl. Rom III-VO (Fn. 1), Erwägungsgrund 6.

46 Vgl. hierzu *Finger* FuR 2011, 61, 63.

47 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union s. ABl. 2010 C 83/13.

48 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union s. ABl. 2010 C 83/47.

49 Vorschlag vom 24.3.2010 für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, KOM(2010) 104 endgültig.

50 Vorschlag vom 24.3.2010 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 endgültig.

51 Empfehlung vom 10.6.2010 zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Berichterstatter: *Tadeusz Zwiefka*), unter der Referenzangabe P7\_A(2010) auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register).

52 Empfehlung a.a.O. (Fn. 51), S. 9.

53 Empfehlung a.a.O. (Fn. 51), S. 10. Vgl. dazu *Mansel/Thorn/Wagner* IPRax 2011, 1, 2.

54 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Juni 2010 zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, mit Referenzangabe P7\_TA-PROV(2010)0216 abrufbar auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> (erweiterte Suche im Register).

55 Beschluss des Rates vom 12. Juli 2010 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. L 189/12.

grund 7 stellte er fest, dass die Voraussetzungen der Art. 20 EUV, 326 und 329 AEUV erfüllt seien.

Zu dem Vorschlag für die Rom III-VO<sup>56</sup> gab es Stellungnahmen des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres vom 29.11.2010<sup>57</sup> und des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter vom 30.11.2010.<sup>58</sup> Diese gingen in den Bericht des Rechtsausschusses vom 7.12.2010<sup>59</sup> ein. Der Berichterstatter *Tadeusz Zwiefka* beginnt die Begründung des Berichts mit den Worten: „Der Berichterstatter sieht die Notwendigkeit dieser Verordnung, wenn er sich auch darüber im Klaren ist, dass die Bürger und die Rechtsanwender über ihren beschränkten Geltungsbereich enttäuscht sein werden. Einer der Gründe hierfür sind die Zwänge, die sich dadurch ergeben, dass man sich des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit bedient hat.“<sup>60</sup> Dem kann man sich nur anschließen, wenngleich andererseits gesagt werden muss, dass der Spatz in der Hand immer noch besser ist als die Taube auf dem Dach: immerhin gibt es jetzt in den Teilnehmerstaaten der Verstärkten Zusammenarbeit ein gemeinsames Scheidungskollisionsrecht, wenn auch die Vervollkommnung durch ein korrespondierendes Zuständigkeitsrecht, insbesondere durch die Möglichkeit zur Gerichtsstandswahl, (noch) fehlt.

*Tadeusz Zwiefka* weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der von ihm vorgeschlagene ergänzende Artikel 7a Rom III-VO(ÄV), der später als Artikel 13 in die Rom III-VO Eingang fand, ohne die seinerzeit in der Legislativen Entschließung des Parlaments vom 21. Oktober 2008<sup>61</sup> vorgeschlagene Einführung eines *notwendigen Gerichtsstands (forum necessitatis)* in Art. 7a EuEheVO(ÄV)<sup>62</sup> außerordentlich problematisch wäre.<sup>63</sup> Zur Verdeutlichung führt er den Fall einer gleichgeschlechtlichen Ehe zwischen Staatsangehörigen verschie-

<sup>56</sup> Vgl. Fn. 50.

<sup>57</sup> Stellungnahme des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres v. 29.11.2010 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Verfasserin: *Evelyne Gebhardt*), unter der Referenzangabe LIBE\_AD(2010)452553 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register). Vorarbeiten: Entwurf der Stellungnahme v. 27.10.2010 (*Evelyne Gebhardt*): PE452.553v01-00; Prot. der Ausschusssitzung vom 25.11.2010: PE454.562v01-00.

<sup>58</sup> Stellungnahme des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter v. 30.11.2010 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Verfasserin: *Angelika Niebler*), unter der Referenzangabe FEMM\_AD(2010)448858 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register).

<sup>59</sup> Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Berichterstatter: *Tadeusz Zwiefka*), unter der Referenzangabe P7\_A(2010)0360 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register).

<sup>60</sup> *Zwiefka-Bericht* (Fn. 59) S. 34.

<sup>61</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 21. Oktober 2008 zu dem 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, unter der Referenzangabe P6\_TA(2008)0502 auf <http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register).

<sup>62</sup> Legislative Entschließung (Fn. 61), Abänderung 15. Vgl. dazu *Nascimbene* 16. Die Übereinstimmung der Artikelnummern 7a in den Vorschlägen zur Änderung der EuEheVO und zur Rom III-VO ist Zufall.

<sup>63</sup> *Zwiefka-Bericht* (Fn. 59) S. 34.



dener Mitgliedstaaten an, die seit drei Jahren in einem an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Mitgliedstaat leben, der gleichgeschlechtliche Ehen nicht zulässt. Zuständig sind hier allein die Gerichte dieses Mitgliedstaats, eine Scheidung wäre mithin nicht möglich. Abhilfe ist nur durch Gerichtsstandsvereinbarung (die aber Einigkeit der Ehegatten voraussetzt) oder eben durch eine Notzuständigkeit möglich. Der Vorschlag *Zwiefkas*, die Kommission aufzufordern, unverzüglich – vor der frühestens ab 2012 anstehenden allgemeinen Überarbeitung der Verordnung – einen Vorschlag zur entsprechenden Änderung der EuEheVO zu machen,<sup>64</sup> fiel auf fruchtbaren Boden: In der Legislativen Entschließung vom 15. Dezember 2010<sup>65</sup> hat das Parlament diese Aufforderung an die Kommission ausgesprochen.<sup>66</sup> Bisher ist die Kommission indes, soweit ersichtlich, der Aufforderung noch nicht nachgekommen.

Die Legislative Entschließung des Parlaments vom 15. Dezember 2010 enthält gegenüber dem Vorschlag der Kommission<sup>67</sup> eine ganze Reihe teils wichtiger Änderungen, auf die hier im Einzelnen nicht einzugehen ist. Hingewiesen sei jedoch auf die neu eingefügten Art. 3a und 3b,<sup>68</sup> die als Art. 6 und 7 in die Rom III-VO Eingang fanden. Der Kommissionsvorschlag hatte insoweit nur die lückenhafte Regelung in Art. 3 Abs. 2 vorgesehen. Auch wurde den Ehegatten in Art. 3 das Recht gegeben, die Rechtswahl vor Gericht noch im Laufe des Verfahrens vorzunehmen, falls das Recht des Staats des angerufenen Gerichts dies vorsieht; diese Bestimmung ist als Art. 5 Abs. 3 in die Rom III-VO aufgenommen worden.

Fünf Tage nach der Legislativen Entschließung des Parlaments wurde die Rom III-VO am 20. Dezember 2010 vom Rat der Europäischen Union beschlossen.

### III. Die Bedeutung der Neuregelung

#### 1. Schaffung eines klaren, umfassenden Rechtsrahmens

Ziel der Rom III-VO sollte es sein, den Ehegatten einen klaren, umfassenden Rechtsrahmen im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts vorzugeben.<sup>69</sup> Diesem Zwecke dient vor allem die Einführung der Parteiautonomie. Im Geltungsbereich der Rom III-VO ist den Ehegatten damit die Möglichkeit gegeben, durch Rechtswahl den angestrebten klaren, umfassenden Rechtsrahmen selbst zu schaffen. Treffen sie keine Wahl, so wird dieser Rahmen durch die in allen teilnehmenden Staaten einheitlich geltenden Anknüpfungsregeln in Art. 8 Rom III-VO geschaffen. Das ist insgesamt ein wesentlicher Fortschritt auf dem Gebiet des europäischen internationalen Scheidungsrechts.

<sup>64</sup> Zwiefka-Bericht (Fn. 59) S. 37.

<sup>65</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Dezember 2010 zu dem 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, unter der Referenzangabe P7\_TA-PROV(2010)0477 auf <http://www.europarl.europa.eu/Registre-Web/search/advanced.htm> abrufbar (erweiterte Suche im Register).

<sup>66</sup> Nr. 3 der Beschlussformel.

<sup>67</sup> Vgl. Fn. 50.

<sup>68</sup> Legislative Entschließung v. 15.12.2010 (Fn. 65), Abänderungen 41 und 42.

<sup>69</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9 der Rom III-VO.

## 2. Bekämpfung des forum-shopping

Ein weiteres Hauptziel der Rom III-VO war es, das *forum shopping* zu bekämpfen.<sup>70</sup> Dies wird im Geltungsbereich der VO dadurch erreicht, dass in allen teilnehmenden Staaten dieselben kollisionsrechtlichen Regeln gelten. Welches Forum die Ehegatten in diesem Bereich auch wählen: es gilt stets dasselbe Scheidungsstatut.

So können die Eheleute im *Beispiel 1* aus dem Grünbuch<sup>71</sup> (portugiesisch-italienisches Ehepaar mit Aufenthalt in verschiedenen Mitgliedstaaten) gemäß Art. 3 EuEheVO die Scheidung zwar sowohl in Portugal als auch in Italien beantragen. In beiden Staaten gilt aber jetzt die Rom III-VO. Mangels Rechtswahl würden sowohl die portugiesischen als auch die spanischen Gerichte das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute, also italienisches Recht anwenden. Das kollisionsrechtliche Problem ist damit vom Tisch.

Auch im *Beispiel 2* (italienisches Ehepaar lebt seit 20 Jahren in Deutschland) gibt es alternative Gerichtsstände, nämlich in Deutschland und in Italien. Sowohl die deutschen als auch die italienischen Gerichte würden deutsches Scheidungsstatut anwenden (Art. 8 lit. b) Rom III-VO), wie es dem angenommenen Wunsch der Eheleute entspricht. Zur angemessenen Lösung dieses Beispielsfalles bedarf es nicht des Rückgriffs auf die Parteiautonomie, der Fall löst sich bereits durch die Ablösung der Staatsangehörigkeit<sup>72</sup> durch den gewöhnlichen Aufenthalt als primäres Anknüpfungskriterium in Art. 8 Rom III-VO. Die Rechtswahl wäre aber von Bedeutung, wenn sich die Eheleute – anders als im Grünbuch vorausgesetzt – nach wie vor dem italienischen Recht verbunden fühlten: sie könnten dieses Recht wählen. Die Rom III-VO hält damit für beide Fallvarianten angemessene Lösungen parat.

## 3. Verbleibende Problemfälle

Abgesehen davon, dass die Rom III-VO nur in den vierzehn teilnehmenden Staaten gilt, bleibt eine Reihe von Problemen nach wie vor ungelöst, weil die ursprünglich im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts geplante korrespondierende Änderung der EuEheVO aufgegeben werden musste: eine Änderung der EuEheVO war auf dem Weg einer Verstärkten Zusammenarbeit nicht machbar, dieser Weg bot sich nur für die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts an.

### a) „Wettlauf vor Gericht“ bei Beteiligung von Drittstaaten

Probleme gibt es nach wie vor, wenn die Ehe Beziehungen zu einem Staat aufweist, für den die Rom III-VO nicht gilt. Nehmen wir den Fall eines getrennt lebenden deutsch-schwedischen Ehepaares: der deutsche Ehemann lebt nach wie vor am letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, die schwedische Ehefrau ist in ihren Heimatstaat zurückgekehrt, wo sie seit über 6 Monaten lebt. Das nach Art. 3 Abs. 1 lit. a) 2. Spiegelstrich zuständige deutsche Gericht würde hier gemäß Art. 8 lit. b) Rom III-VO deutsches Recht anwenden, das gemäß Art. 3 lit. a) 6. Spie-

<sup>70</sup> Vgl. Fn. 25.

<sup>71</sup> Vgl. Fn. 30.

<sup>72</sup> *Deutschland*: Art. 17 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB; *Italien*: Art. 31 Abs. 1 codice civile (s. Fn. 22).

gelstrich konkurrierend<sup>73</sup> zuständige schwedische Gericht dagegen gemäß Kap. 3 § 4 Abs. 1 IntEheG<sup>74</sup> schwedisches Recht. Infolgedessen kann es zwischen den Ehegatten zu einem Wettlauf kommen: wer zuerst die Scheidung beantragt, bestimmt über das Forum das anwendbare Recht.<sup>75</sup>

Ähnliche Beispiele könnte man bei Beteiligung anderer Staaten bilden, in denen zwar die EuEheVO, nicht aber die Rom III-VO gilt.<sup>76</sup> Dasselbe gilt erst recht im Verhältnis zum Vereinigten Königreich, Irland und Dänemark, in denen weder die EuEheVO noch die Rom III-VO gilt, und natürlich im Verhältnis zu Nicht-EU-Staaten.

Erst wenn die Rom III-VO einmal in allen EU-Staaten gelten sollte, wäre dieses Problem jedenfalls in Europa vollends beseitigt.

#### b) Anwendung eines unangemessenen Statuts

Im *Beispiel 3* des Grünbuchs (finnisch-schwedisches Ehepaar begibt sich nach Irland) sind für die Scheidung gemäß Art. 3 lit. a) 1. Spiegelstrich EuEheVO allein die irischen Gerichte zuständig. Da bisher weder Finnland noch Schweden an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmen, bringt die Rom III-VO für diesen Fall keine Neuerungen. Es bleibt dabei, dass die irischen Gerichte den Fall nach irischem Recht lösen (lex-foi-Prinzip)<sup>77</sup> und die Eheleute die Anwendbarkeit eines ihrer Heimatrechte nur dadurch herbeiführen könnten, dass einer von ihnen für mindestens 6 Monate in seinen Heimatstaat zurückkehrt und dort die Scheidung beantragt (Art. 3 Abs. 1 lit. a letzter Spiegelstrich EuEheVO). Hier hätte die in Art. 3a des Kommissionsvorschlags zur Änderung der EuEheVO<sup>78</sup> vorgeschlagene Möglichkeit der *Gerichtsstandsvereinbarung* zu einer angemessenen Lösung geführt. Leider ist dies mit dem Wegfall der verfahrensrechtlichen Änderungsvorschläge im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit entfallen.

Ähnliches gilt für das *Beispiel 5* des Grünbuchs (polnischer Ehemann geht zur Arbeit nach Finnland, die ebenfalls polnische Ehefrau bleibt in Polen). Will der Mann sich nach einem Jahr scheiden lassen, so sind sowohl die polnischen (Art 3 Abs. 1 lit. a) 2. Spiegelstrich EuEheVO) als auch die finnischen Gerichte (Art. 3 Abs. 1 lit. a) 5. Spiegelstrich EuEheVO) zuständig. In beiden Staaten gilt die Rom III-VO nicht. In Polen gilt hier polnisches Scheidungsstatut (Art. 18 poln. IPRG),<sup>79</sup> in Finnland die lex fori (§ 120 finn. EheG).<sup>80</sup> Die Ehefrau kann die Anwendung des scheidungsfreundlichen finnischen Rechts, die hier angesichts der polnischen Staatsangehörigkeit der Eheleute nicht angemessen erscheint, nicht verhindern; selbst wenn sie bereit gewesen wäre, selbst einen Scheidungsantrag zu stellen, so hätte sie den Wettlauf vor

73 Zur Gleichrangigkeit der Gerichtsstände vgl. *Staudinger/Spellenberg* (2005) Art. 3 EheGVO Rn. 7.

74 Gesetz 1904:26 über gewisse internationale Rechtsverhältnisse betreffend Ehe und Vormundschaft v. 8.7.1904, zuletzt geändert durch G 2009:256, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Schweden, Stand: 30.6.2009, S. 44.

75 Vgl. dazu Erwägungsgrund 9 der Rom III-VO.

76 Ein finnisch-polnisches Fallbeispiel findet sich bei *Beyer* FF 2007, 20, 23 Fn. 24.

77 Vgl. oben II.2.b)aa) bei Fn. 42.

78 Vgl. oben II.2.b)aa) bei Fn. 33.

79 Gesetz über das Internationale Privatrecht vom 12.11.1965, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Polen, Stand: 6.5.2010, S. 40.

80 Ehegesetz v. 13.6.1969, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Finnland, Stand: 1.8.2010, S. 38.

Gericht bereits verloren. Abhilfe könnte auch hier wiederum – solange die beteiligten Staaten der Rom III-VO nicht beitreten – nur durch die Zulassung einer Gerichtsstandsvereinbarung geschaffen werden. Sind sich die Ehegatten allerdings nicht einig, so bleibt das Problem bestehen. Hier wäre zu fragen, ob nicht bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit bzw. – im Fall des Vereinigten Königreichs und Irlands – bei gemeinsamem „domicile“ der Ehegatten die Zuständigkeitsanknüpfung an den einjährigen gewöhnlichen Aufenthaltsort des Antragstellers (Art. 3 Abs. 1 lit. a vorletzter Spiegelstrich EuEheVO) entfallen sollte.

c) Fehlen einer angemessenen Zuständigkeit

aa) Das Malta-Problem (Art. 13 Rom III-VO)

Nicht befriedigend gelöst ist nach wie vor der Fall, dass nach dem Recht des einzig zuständigen Mitgliedstaats eine Scheidung nicht möglich ist.

Dieses Problem taucht im EU-Bereich nur noch auf, wenn nach der EuEheVO die Gerichte von *Malta* zuständig sind. Da das maltesische Recht keine Scheidung, sondern nur die Trennung ohne Lösung des Ehebandes kennt,<sup>81</sup> sind die maltesischen Gerichte gemäß Art. 13 Rom III-VO nicht verpflichtet, nach ausländischem Recht eine Scheidung auszusprechen. Für solche Fälle sah der vom Parlament seinerzeit vorgeschlagene Art. 7a EuEheVO(ÄV)<sup>82</sup> einen Notgerichtsstand des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten besitzt, oder des Mitgliedstaats, in dem die Ehe geschlossen wurde, vor. Ohne eine solche korrespondierende Regelung sind in derartigen Fällen, worauf schon Berichterstatter *Tadeusz Zwiefka* hingewiesen hatte,<sup>83</sup> unangemessene Ergebnisse vorprogrammiert.

Es ist zu hoffen, dass die Kommission die Aufforderung des Parlaments, unverzüglich einen Vorschlag zur Einfügung einer Notkompetenz-Klausel in die EuEheVO vorzulegen,<sup>84</sup> bald befolgt und damit dieses Problem aus der Welt schafft.

Bis zur Einführung einer Notkompetenz-Klausel bietet der Gerichtshof 's-Gravenhage<sup>85</sup> eine kreative *Interimslösung*. Der Gerichtshof hatte zu entscheiden, ob ein maltesisch-niederländisches Ehepaar mit gewöhnlichem Aufenthalt in Malta vor einem niederländischen Gericht einen gemeinsamen Scheidungsantrag stellen kann, weil eine Scheidung in Malta nicht möglich ist. Die Zuständigkeitsvorschriften der damals geltenden EG-VO 1347/2000 (Brüssel II) sahen – ebenso wie heute die Vorschriften der EG-VO 2201/2003 (EuEheVO) – nur eine Zuständigkeit der maltesischen Gerichte vor. Die niederländische Ehefrau hätte zwar die Möglichkeit gehabt, sich 6 Monate lang in den Niederlanden niederzulassen, um so die Zuständigkeit der niederländischen Gerichte nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) 6. Spiegelstrich EG-VO 1347/2000 (= Art. 3 Abs. 1 lit. a) 6. Spiegelstrich EG-VO 2201/2003) zu erlangen, hierzu war sie aber nicht bereit.

81 Vgl. Art. 35 ff. maltes. ZGB, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Malta, Stand: 1.1.2010, S. 49. Am 29.5.2011 stimmten die Malteser in einem Referendum für die Einführung der Scheidung. Das Parlament bereitet jetzt ein Gesetz zur Einführung der Scheidung vor (<http://www.tagesschau.de/ausland/maltascheidung100.html>).

82 Vgl. Fn. 62

83 Oben II.2.b)bb) bei Fn. 63.

84 Vgl. oben II.2.b)bb) bei Fn. 66.

85 Gerichtshof 's-Gravenhage, Entsch. v. 21.12.2005, 211-H-05, abrufbar unter Eingabe des Az. auf <http://zoeken.rechtspraak.nl>.

Der Gerichtshof 's-Gravenhage folgert die Zuständigkeit der niederländischen Gerichte aus Art. 9 lit. b) Rv<sup>86</sup> in Verbindung mit dem Grundrecht der Ehefrau auf ein faires Verfahren, Art. 6 EMRK. Art. 9 lit. b) Rv lautet wie folgt:

## Artikel 9 Rv

Komt de Nederlandse rechter niet op grond van de artt. 2 t/m 8 rechtsmacht toe, dan heeft hij niettemin rechtsmacht indien:

- a. ...,
- b. een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk blijkt, of
- c. ...

## Artikel 9 ZPO

Ist die Zuständigkeit der niederländischen Gerichte gemäß Art. 2 bis 8 nicht gegeben, so sind sie dennoch zuständig, wenn:

- a. ...
- b. ein gerechtes Verfahren außerhalb der Niederlande unmöglich ist, oder
- c. ...

Art. 2 Abs. 1 lit. a. EG-VO 1374/2000 (= Art. 3 Abs. 1 lit. a) EG-VO 2201/2003) hindere die Ehefrau tatsächlich daran, von ihrem Grundrecht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK Gebrauch zu machen.<sup>87</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, die zuletzt in der Entscheidung vom 10. Juli 2003<sup>88</sup> bestätigt worden sei, gehörten die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern habe. Dabei lasse sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte gäben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt gewesen oder denen sie beigetreten seien. Hierbei komme der EMRK besondere Bedeutung zu.<sup>89</sup>

Die niederländische Ehefrau müsse ihr Recht auf Scheidung auch tatsächlich verwirklichen können. Dies gelte jedenfalls dann, *wenn beide Ehegatten den Scheidungsantrag stellen*,<sup>90</sup> so dass der nichtniederländische Ehegatte nicht gegen seinen Willen vor das niederländische Gericht zitiert werde.<sup>91</sup>

In Anbetracht dessen sei die Zuständigkeit der niederländischen Gerichte aus Art. 9 lit. b) Rv zu folgern. Dies stehe im Einklang mit der Tatsache, dass das Scheidungsurteil des niederländischen Gerichts gemäß sec. 33 des maltesischen Marriage Act 1975<sup>92</sup> in Malta anerkannt würde.

Eine m.E. überzeugende Argumentation. Das Ergebnis steht im Übereinklang mit Art. 3a EuEheVO(ÄV)<sup>93</sup>, wo von Anfang an vorgesehen war, dass die Ehegatten die Zuständigkeit der Gerichte eines Staates wählen können, dessen Staatsangehörigkeit nur einer von ihnen besitzt.<sup>94</sup> Mit dieser Regelung hatte sich die große Mehrheit der Delegationen einverstanden erklärt.<sup>95</sup> Noch in der Legislativen Ent-

86 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (niederländische ZPO).

87 Gerichtshof 's-Gravenhage a.a.O. Nr. 6.

88 EuGH, Urteil vom 10. Juli 2003, verbundene Rs. C-20/00 und C-64/00.

89 Gerichtshof 's-Gravenhage a.a.O. Nr. 7 unter Rückgriff auf EuGH a.a.O. Rn. 65.

90 Vgl. dazu auch die Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) 3. Spiegelstrich EG-VO 1347/2000 (= Art. 3 Abs. 1 lit. a) 3. Spiegelstrich EG-VO 2201/2003.

91 Gerichtshof 's-Gravenhage a.a.O. Nr. 8.

92 In deutscher Übersetzung abgedruckt bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Malta (Stand: 1.1.2010), S. 42 ff.

93 Vgl. oben II.2.b)aa) bei Fn. 33.

94 Vgl. KOM(2006) 399 endg., S. 16 sowie die Begründung ebd. S. 9.

95 Pressemitteilung des Rates v. 19./20. April 2007 (oben Fn. 37), S. 7 f., wobei die Regelung nach Auffassung des (deutschen) Vorsitzes auch die Interessen des schwächeren Ehegatten berücksichtigen müsse. Vgl. dazu auch *Jänterä-Jareborg*, S. 334, Fn. 53.

schließung des Europäischen Parlaments vom 21. Oktober 2008<sup>96</sup> ist diese Bestimmung enthalten, mit dem Zusatz, dass es für die Anknüpfung auf den Zeitpunkt der Gerichtsstandsvereinbarung ankommen solle.<sup>97</sup>

Eigentlich hätte der Gerichtshof 's-Gravenhage mit Rücksicht auf Art. 6 EuEheVO wohl die Vorabentscheidung des EuGH einholen müssen, so wie es in einem von *Jänterä-Jareborg* erörterten schwedisch-kubanisch-französischen Fall geschehen war.<sup>98</sup> Der kubanische Ehemann war nach Kuba zurückgegangen, die schwedische Ehefrau blieb am bis dahin gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich. Sie stellte den Scheidungsantrag nicht an ihrem Wohnsitz in Frankreich, sondern bei einem schwedischen Gericht, weil das schwedische Recht beim Fehlschlag der Zustellung an den Antragsgegner im Gegensatz zum französischen Recht die Möglichkeit vorsah, einen *personal representative* zur Wahrung der Interessen des Antragsgegners einzusetzen. Erwartungsgemäß<sup>99</sup> beantwortete der EuGH<sup>100</sup> die Frage dahin gehend, dass für eine Restzuständigkeit der nationalen Gerichte nach Art. 7 EheVO kein Raum sei, solange ein anderer Mitgliedstaat (hier: Frankreich) zuständig sei.

Dieselbe Situation war nun auch in dem vom Gerichtshof 's-Gravenhage entschiedenen niederländisch-maltesischen Fall gegeben. Anders als dort gab es in dem von *Jänterä-Jareborg* erörterten Fall aber keinen beiderseitigen Scheidungsantrag; auch dürften etwaige Schwierigkeiten bei der internationalen Zustellung kaum die Annahme einer Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren rechtfertigen. Im Übrigen ist die internationale Zustellung in Art. 682 ff des französischen Code de procédure eingehend geregelt, und Art. 688 Code civile sieht auch für den Fall, dass die Zustellung nicht nachgewiesen werden kann, eine Lösung vor. Unabhängig davon wird man die kreative Lösung des Gerichtshofs 's-Gravenhage generell nicht auf einseitige Scheidungsanträge übertragen können.

#### bb) Probleme mit Drittstaaten

Leben Unionsbürger in einem Drittstaat, so kann es nach wie vor vorkommen, dass einem Ehegatten für seinen Scheidungsantrag kein Forum in der EU zur Verfügung steht und der Drittstaat entweder keine Scheidung kennt<sup>101</sup> oder die Anerkennung eines Scheidungsurteils in den Heimatstaaten der Ehegatten nicht gesichert ist.

Im *Beispiel 4* des Grünbuchs (deutsch-niederländisches Ehepaar mit Aufenthalt in einem Drittstaat) ist dieser Fall erläutert. Ein Gerichtsstand ist nach der EuEheVO weder in Deutschland noch in den Niederlanden gegeben. Auch eine Restzuständigkeit nach Art. 7 EuEheVO besteht nicht: zwar knüpft § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte an die Staatsangehörigkeit eines Ehegatten, die deutsche Ehefrau würde danach in Deutschland den Scheidungsantrag stellen können; diese Zuständigkeit entfällt aber nach Art. 6 lit b) EuEheVO aufgrund

96 Oben Fn. 61.

97 Legislative Entschließung a.a.O (Fn. 61), Abänderung 10. Dieser Änderungsvorschlag findet sich bereits im Gebhardt-Bericht v. 19.9.2008 (oben Fn. 33), S. 9. S. a. *Nascimbene*, S. 15.

98 *Jänterä-Jareborg*, S. 326 f.

99 Vgl. *Jänterä-Jareborg*, S. 327.

100 EuGH Urt. v. 29.11.2007, Rs. C-68/07, Sundelind Lopez, FamRZ 2008, 128 = NJW 2008, 207 = IPRax 2008, 257 m. Rez. *Borrás* ebd. S. 233. Vgl. dazu *Kobler* FamRZ 2008, 1673, 1675.

101 Vgl. dazu schon oben II.2.b)bb) bei Fn. 63.

der niederländischen Staatsangehörigkeit des Ehemannes.<sup>102</sup> In den Niederlanden ist die internationale Zuständigkeit für Ehesachen gegeben, wenn der gewöhnliche Aufenthalt eines Beteiligten in den Niederlanden liegt oder die Sache anderweitig ausreichend mit den Niederlanden verknüpft ist;<sup>103</sup> beides trifft hier nicht zu.

Abhilfe würde der im Kommissionsvorschlag vom 17.7.2006<sup>104</sup> enthaltene Artikel 7 (*Restzuständigkeit*) bringen. Er begründet für den Fall, dass die Ehegatten weder die gemeinsame Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen noch einer von ihnen in einem Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, die Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die Ehegatten für mindestens drei Jahre ihren früheren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten oder dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten besitzt bzw. in dessen Hoheitsgebiet er sein „domicile“ hat. Leider umfasst der Auftrag des Parlaments an die Kommission, die EuGVO zu reformieren,<sup>105</sup> nur die Einrichtung einer *Notzuständigkeit*, nicht aber die hier erörterte Restzuständigkeit.

#### IV. Fazit

Die im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 EUV erlassene Rom III-VO hat für die (bisher) vierzehn Teilnehmerstaaten einen beträchtlichen Fortschritt auf dem Gebiet des internationalen Scheidungsrechts gebracht. Besonders zu begrüßen ist die Einführung der Parteiautonomie im internationalen Scheidungsrecht, womit eine 1967 mit der Forderung von *Fritz Sturm* begonnene Entwicklung nach mehr als 40 Jahren endlich ihren erfolgreichen vorläufigen Abschluss gefunden hat. Der Abschluss ist vorläufig, weil die verfahrensrechtliche Komponente, die im ursprünglichen Vorschlag zur Änderung der EuEheVO noch enthalten war, im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit fallengelassen werden musste. Die Europäische Kommission hat aber den Auftrag, unverzüglich eine *Notzuständigkeitsklausel* zur Einfügung in die EuEheVO vorzuschlagen. Damit wäre jedenfalls das Malta-Problem gelöst. Bis zum Inkrafttreten dieser Klausel wird man sich bei beiderseitigem Scheidungsantrag mit der vom Gerichtshof 's-Gravenhage vorgeschlagenen Lösung behelfen können.

Ungelöst sind nach wie vor die bei der alleinigen Zuständigkeit von Drittstaaten (Nicht-EU-Staaten) ggf. auftretenden Probleme, die nur durch eine erweiterte Restzuständigkeit der EU-Staaten gelöst werden können. Es wäre zu begrüßen, wenn die Kommission die 2006 vorgeschlagene Änderung der *Restzuständigkeitsklausel* in Art. 7 EuEheVO (ÄV)<sup>106</sup> – mit der vom Parlament 2010 gewünschten Einschränkung<sup>107</sup> – wieder aufgreifen würde.

Für den Fall, dass sich die Ehegatten nicht auf eine Zuständigkeitsvereinbarung einigen können, bleibt zu fragen, ob nicht bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit bzw. – im Fall des Vereinigten Königreichs und Irlands – bei gemeinsamem „domicile“ der

<sup>102</sup> Vgl. dazu den vom österr. OGH am 11.9.2008 entschiedenen österreichisch-italienischen Fall, IPRax 2010, 79 mit Rez. *Andrae/Schreiber* ebd. 79.

<sup>103</sup> Art. 3 lit a) und c) niederl. ZPO, deutscher Text bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Niederlande, Stand: 1.9.2008, S. 71.

<sup>104</sup> Oben Fn. 33.

<sup>105</sup> Vgl. oben II.2.b)bb) bei Fn. 66.

<sup>106</sup> Kommissionsvorschlag v. 17.7.2006 (o. Fn. 33), S. 16.

<sup>107</sup> Legislative Entschließung v. 21. Oktober 2010 (o. Fn. 61), Änderung 14.

Ehegatten die Zuständigkeitsanknüpfung an den einjährigen gewöhnlichen Aufenthaltsort des Antragstellers (Art. 3 Abs. 1 lit. a vorletzter Spiegelstrich EuEheVO) entfallen sollte.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup>Vgl. o. III.3.b).