

Gelbe Erläuterungsbücher

Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht

Kommentar

von
Prof. Dr. Rainer Hausmann

1. Auflage

Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht – Hausmann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Scheidungsrecht, Sorgerecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61237 4

AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226], BT-Drucks 17/11049, S 10 unter B Nr 2). Die Vorschrift gilt allerdings nicht rückwirkend ab der Geltung der Rom III-VO (21.6.2012), sondern nur in Verfahren, die **ab dem 29.1.2013** eingeleitet wurden (Art 229 § 28 Abs 1 EGBGB idF des Rom III-AnpassungsG).

Bei Art 17 Abs 1 handelt es sich zwar um eine Kollisionsnorm des autonomen deutschen Rechts, weil die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten nicht befugt sind, den sachlichen Anwendungsbereich der Rom III-VO mit Wirkung für andere Mitgliedstaaten auf vermögensrechtliche Konsequenzen der Scheidung zu erweitern. Dies hat etwa zur Folge, dass ein Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung von Art 17 Abs 1 EGBGB an den EuGH nach Art 267 AEUV nicht in Betracht kommt. Ferner gilt für die Frage, ob eine **Rück- oder Weiterverweisung** zu beachten ist, grundsätzlich Art 4 EGBGB. Da es sich jedoch um eine akzessorische Anknüpfung handelt, die das Ziel verfolgt, die erfassten vermögensrechtlichen Konsequenzen der Ehescheidung dem gleichen materiellen Recht zu unterwerfen wie die Scheidung selbst, gilt der Ausschluss des Renvoi nach Art 11 Rom III-VO im Ergebnis auch für Art 17 Abs 1 EGBGB (RegBegr zum Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226] aaO; allg zum Verstoß der Beachtung eines Renvoi gegen den Sinn der Verweisung iSv Art 4 Abs 1 S 1 EGBGB in Fällen der akzessorischen Anknüpfung Staud/*Hausmann* Art 4 Rn 98 ff mwN).

2. Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, Abs 1

a) Vorrangige Sonderanknüpfungen. Die wichtigsten vermögensrechtlichen Konsequenzen einer Ehescheidung werden derzeit nach von der Europäischen Union bzw von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Staatsverträgen oder nach autonomem deutschem Kollisionsrecht gesondert angeknüpft. So beurteilen sich die Folgen einer Scheidung auf die **Unterhaltspflichten** im Verhältnis der Ehegatten zueinander sowie gegenüber ihren Kindern seit dem 18.6.2011 nach den Vorschriften des Haager Unterhaltsprotokolls von 2007 (→ C Rn 437 ff). Die Auswirkungen der Ehescheidung auf den **Güterstand** werden künftig durch die in Vorbereitung befindliche EU-Verordnung (EuGüVO; → R Rn 1 ff) geregelt werden. Derzeit ist allerdings noch das autonome deutsche Kollisionsrecht maßgebend. Danach unterliegt die Liquidation des Güterstands aus Anlass der Ehescheidung, insbesondere die Frage, ob ein Zugewinnausgleich nach deutschem Recht durchzuführen ist, dem von Art 15 Abs 1 EGBGB zur Anwendung berufenen Recht (näher → F Rn 32 ff). Auch der **Versorgungsausgleich** wird gem Art 17 Abs 3 EGBGB weiterhin in einer eigenständigen Kollisionsnorm geregelt, die lediglich durch das deutsche Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 (→ Rn 226) an die Neuregelung des Scheidungsstatuts in der Rom III-VO angepasst wurde (näher → D Rn 25 ff). Schließlich ist auch für die Nutzungsbefugnis an der **Ehewohnung** und am **Hausrat**, soweit diese im Inland belegen sind, weiterhin die Sonderanknüpfung an das Belegenheitsrecht nach Art 17a EGBGB maßgebend (näher → E Rn 25 ff).

b) Verbleibender Anwendungsbereich. Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, die nicht gesondert angeknüpft werden, unterliegen hingegen gem Art 17 Abs 1 nF dem Scheidungsstatut. Da das FamFG für sie keine eigene Regelung bereithält, sollten sie für die Zwecke der internationalen Zuständigkeit dem weiten Begriff des ehelichen Güterrechts in § 261 FamFG zugerechnet werden (→ F Rn 9). Von Abs 1 erfasst werden etwa die aus Anlass der Scheidung eingeräumten Nutzungsbefugnisse an einer **im Ausland belegenen Ehewohnung** (zB einer Ferienwohnung) und deren Ausstattung mit Haushaltsgegenständen (RegBegr

zum Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226], BT-Drucks 17/11049, S 10 unter B Nr 2; Pal/*Thorn* Rn 4; dazu näher → E Rn 34 ff).

- 427 Ferner kann Abs 1 auf Rechtsinstitute des ausländischen Scheidungsfolgenrechts angewandt werden, die im deutschem Recht keine Entsprechung haben, wie zB Genugtuungs-, Entschädigungs- oder **Schadensersatzansprüche** desjenigen Ehegatten, der die Scheidung nicht verschuldet hat, gegen den „schuldigen“ Ehegatten (RegBegr aaO). Eine scheidungsrechtliche Qualifikation kommt vor allem für den Genugtuungsanspruchs des unschuldig geschiedenen Ehegatten nach türkischem Recht (Art 174 Abs 2 ZGB) in Betracht (vgl OLG Stuttgart FamRZ 12, 999/1001 und FamRZ 93, 974; OLG Karlsruhe NJW-RR 06, 369/370 und NJW-RR 03, 725 OLG Frankfurt FamRZ 92, 1182; Pal/*Thorn* Rn 17; NK/*Gruber* Rn 77). Denn dieser Anspruch dient nicht der materiellen Versorgung des Berechtigten, sondern der Kompensation seelischen Leidens; er kann daher auch nicht als Rente, sondern nur in Form einer Einmalzahlung gewährt werden und unterliegt auch nicht der Abänderung aufgrund veränderter Umstände (OLG Stuttgart aaO; **aA** wohl OLG Karlsruhe aaO).
- 428 Hat die Schadensersatzpflicht hingegen vornehmlich **unterhaltsrechtliche Funktion**, gilt das Haager Unterhaltsprotokoll. Im türkischen Recht trifft dies auf die Entschädigungsansprüche nach Art 174 Abs 1 und Art 175 ZGB (= Art 143 Abs 1, 144 ZGB aF) zu (→ C Rn 473). Während diese Qualifikationsfrage bisher vor deutschen Gerichten wegen Art 8 Abs 1 HUntÜ/Art 18 Abs 4 EGBGB offenbleiben konnte, muss sie künftig aufgrund der geänderten Anknüpfung des naheheulichen Unterhalts im HUP entschieden werden (näher → C Rn 536 f mwN).
- 429 Von Abs 1 erfasst werden auch die vor allem in romanischen Rechten vorgesehenen Ansprüche wegen **Widerrufs von Schenkungen** aus Anlass der Ehescheidung (Pal/*Thorn* Rn 4; Ba/Ro/*Heiderhoff* Rn 34; Erman/*Hohloch* Rn 37; ausf zum früheren Recht *Kühne* FamRZ 69, 371 ff). Demgegenüber unterliegt der Widerruf einer Schenkung aus anderen Gründen (zB wegen groben Undanks, vgl § 531 BGB) dem mit Hilfe der Rom I-VO zu ermittelnden Schenkungsstatut. Kommt eine Anfechtung sowohl nach dem Scheidungs- wie nach dem Schenkungsstatut in Betracht, so kann der Schenker das für ihn günstigere Recht wählen (*Kühne* FamRZ 69, 371/379; Staud/*Mankowski* Rn 275).
- 430 Auch Ansprüche auf **Herausgabe des persönlichen Eigentums** im Zusammenhang mit der Ehescheidung können als vermögensrechtliche Ansprüche iSv Abs 1 qualifiziert werden, sofern sie ihre Grundlage nicht im Güterrecht haben (Pal/*Thorn* Rn 3; vgl auch OLG Köln FamRZ 94, 1476. Fehlt ein spezifischer Bezug des Anspruchs zur Ehescheidung, so gilt freilich die *lex rei sitae* nach Art 43 EGBGB (OLG Hamm FamRZ 94, 1259 und FamRZ 93, 211/212; OLG Köln NJW-RR 94, 200; Pal/*Thorn* Rn 3; für güterrechtliche Qualifikation nach Art 15 EGBGB hingegen OLG Hamm FamRZ 92, 963/964 f).
- 431 Umstritten ist die Anknüpfung der nach islamischem Recht aus Anlass der Ehescheidung geschuldeten **Morgen- bzw Brautgabe** („*mahr*“; vgl *Henrich* FS Sonnenberger [2004] 389 ff; *Wurmnest* FamRZ 05, 1878 ff). Während der BGH sich für eine Qualifikation der während noch bestehender Ehe geschuldeten Brautgabe als allgemeine Ehwirkung iSv Art 14 EGBGB (und sowohl gegen eine unterhaltsrechtliche [→ C Rn 476] als auch gegen eine güterrechtliche Einordnung [→ F Rn 114]) ausgesprochen hat (BGHZ 183, 287 = FamRZ 10, 533 m zust Anm *Henrich* = JZ 10, 733 m abl Anm *Wurmnest*; krit auch *Mörsdorf-Schulte* ZfRV 10, 166 ff und *Yassari* IPRax 11, 62 ff; zust hingegen OLG Köln FamRZ 06, 1380/1381; Staud/*Mankowski* Art 14 Rn 273 ff), wird der erst als Scheidungsfolge geltend gemachte Anspruch auf

die Brautgabe bisher überwiegend scheidungsrechtlich qualifiziert (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 09, 1580 = FuR 09, 231 m. Anm. Soyka und FamRZ 08, 1756/1757 = FamRBint 08, 49 m. Anm. Mörsdorf-Schulte; OLG Saarbrücken FamRZ 06, 1378; OLG Nürnberg FamRZ 01, 1613; OLG Celle FamRZ 98, 374/375; OLG Düsseldorf FamRZ 98, 623 f.; AG Fürth FPR 02, 450; Pal/Thorn Art 13 EGBGB Rn 9; **aA** Ba/Ro/Heiderhoff Art 17 Rn 37). Damit würde der Anspruch nunmehr von Art 17 Abs 1 EGBGB nF erfasst. Die Geltendmachung des Anspruchs verstößt auch nicht gegen den deutschen *ordre public* (OLG Stuttgart FamRZ 09, 1580; **aA** bei unüblicher Höhe OLG Bamberg IPRspr 10 Nr 89).

Wegen des **Vorrangs des Haager Unterhaltsprotokolls** vor dem nationalen IPR der Mitgliedstaaten (vgl. Art 3 Nr 1 lit c EGBGB) hätte allerdings eine unterhaltsrechtliche Qualifikation der Brautgabe Vorrang vor einer Anwendung der autonomen Kollisionsnorm in Art 17 Abs 1 EGBGB nF. Während diese Qualifikationsfrage unter Geltung von Art 8 HUntÜ/Art 18 Abs 4 EGBGB offengelassen werden konnte, weil danach ebenfalls das Scheidungsstatut zur Anwendung berufen war (vgl. BGH NJW 99, 574; OLG Saarbrücken FamRZ 06, 1378/1380; OLG Hamburg FamRZ 04, 459; OLG Celle FamRZ 98, 374/375; OLG Düsseldorf FamRZ 98, 623/624), bedarf sie unter Geltung des Haager Unterhaltsprotokolls, das diesen Gleichlauf zwischen dem Statut des nahehehlichen Unterhalts und dem Scheidungsstatut aufgegeben hat, der Entscheidung. Gegen eine unterhaltsrechtliche Qualifikation spricht freilich, dass der Anspruch auf die Brautgabe nicht von der Bedürftigkeit der Ehefrau oder der Leistungsfähigkeit des Ehemannes abhängt und dass das islamische Recht der Ehefrau ebenfalls Unterhaltsansprüche unabhängig davon gewährt, ob eine Brautgabe vereinbart und bezahlt worden ist oder nicht (BGHZ 183, 287 Rn 15 = FamRZ 10, 533; *Wurmnest* RabelsZ 07, 527/551 ff.; *Yassari* IPRax 11, 62/66; NK/*Gruber* Rn 80; **aA** Pal/Thorn Rn 3). Demgegenüber hat eine **Ketubbah-Vereinbarung** grundsätzlich unterhaltsrechtlichen Charakter (OLG Düsseldorf FamRZ 02, 1118).

3. Scheidungsmonopol der deutschen Gerichte, Abs 2

a) Allgemeines. Nach Abs 2 kann eine Ehe **im Inland** aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung der Interessen Dritter, insbesondere der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder, nur durch ein Gericht geschieden werden. Daher entfalten weder Ehescheidungen durch kirchliche Gerichte noch rechtsgeschäftliche Privatscheidungen, die auf deutschem Rechtsgebiet vorgenommen werden, rechtliche Wirkungen. Diese Vorschrift hat der deutsche Gesetzgeber auch nach Inkrafttreten der Rom III-VO unverändert beibehalten, weil sie – als Bestandteil des deutschen *ordre public* (Pal/Thorn Rn 6; Staud/*Mankowski* Rn 182) – durch die Verordnung nicht berührt wird (RegBegr zum Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226], BT-Drucks 17/11049, S 10 unter B Nr 2). Sie hat ihre praktische Hauptbedeutung bei rechtsgeschäftlichen Scheidungen im Inland nach islamischem Recht („*talaq*“, vgl. OVG Lüneburg StAZ 06, 111; Erman/*Hohloch* Rn 29; MüKoBGB/*Winkler v Mohrenfels* Rn 102; NK/*Gruber* Rn 93, jeweils zu Art 17 EGBGB), nach jüdischem Recht (BGHZ 160, 332 = FamRZ 04, 1952; BGH FamRZ 94, 434/435; KG FamRZ 94, 839; *Herfarth* IPRax 02, 17 ff.) und nach thailändischem Recht (BGHZ 82, 34/45 = NJW 82, 517). Erfasst werden aber auch Inlandscheidungen durch geistliche Gerichte (JM Baden-Württemberg IPRax 90, 51/52; *Krzywon* StAZ 89, 105). Ferner ist Abs 2 auch auf eine Ehetrennung im Inland nach ausländischem Recht entsprechend anwendbar (MüKoBGB/*Winkler v Mohrenfels* Rn 107).

- 434 **b) Scheidung durch geistliche Gerichte.** Ist nach dem Scheidungsstatut nur ein geistliches Gericht für die Scheidung der Ehe zuständig, so ist dies unbeachtlich, wenn die Scheidung im Inland vorgenommen werden soll. Denn bei der Frage, welche Gerichte oder Behörden zur Vornahme einer Inlandsscheidung zuständig sind, handelt es sich um eine Verfahrensfrage, die allein von der jeweiligen *lex fori* beantwortet wird. Die deutsche *lex fori* schreibt aber in Abs 2 zwingend die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts vor (Ba/Ro/Heiderhoff Rn 96; MüKoBGB/Winkler v Mohrenfels Rn 276; NK/Gruber Rn 83, jeweils zu Art 17 EGBGB). Die deutschen Gerichte können die von ihnen geforderte Tätigkeit insbesondere nicht mit dem Argument zurückweisen, die Übernahme der Funktion eines geistlichen Gerichts nach Maßgabe der *lex causae* sei ihnen wesensfremd oder das ausländische materielle Recht könne sachgetreu nur durch ein geistliches Gericht angewandt werden (BGHZ 160, 332/339 ff = FamRZ 04, 1952 m zust Anm Henrich = StAZ 05, 175 m zust Anm Elwan/Menhofer 168 = IPRax 05, 346 m zust Anm Rauscher [Iran]; NK/Gruber Rn 84; aA noch KG IPRax 00, 126/127 m Anm Herfarth 101 [Iran]; KG FamRZ 94, 839/840 [jüdisches Recht]).
- 435 **c) Privatscheidung.** Sieht das ausländische Scheidungsstatut eine Scheidung durch Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung – zB durch Aufhebungsvertrag, Übergabe des Scheidebriefs oder Verstoßungserklärung – vor, so muss dieser Akt im Inland entweder vor dem zuständigen deutschen Gericht vorgenommen werden (vgl OLG München IPRax 89, 238/241; OLG Köln FamRZ 96, 1147) oder dem Gericht zumindest nachgewiesen werden (Henrich IntFamR § 42b; Andrae IntFamR § 4 Rn 82). Auf der Grundlage dieses Rechtsgeschäfts wird die Ehe dann durch Gestaltungsurteil des deutschen Gerichts geschieden (vgl BGHZ 160, 332/345 = FamRZ 04, 1952; OLG Frankfurt FamRZ 09, 1504/1505; AG Kulmbach IPRax 04, 529/530 m Anm Unberath 515; NK/Gruber Rn 85). Die bloße Feststellung eines deutschen Gerichts, dass die Ehe nach dem ausländischen Scheidungsstatut durch Rechtsgeschäft im Inland aufgelöst worden ist, reicht nicht aus (BGHZ 160, 332/344 f; Staud/Mankowski Rn 187). Verfahrensrechtliche Vorschriften des auf die Privatscheidung anwendbaren ausländischen Rechts sind im Inland nicht zwingend einzuhalten; dies gilt etwa für die Vorgabe des islamischen Rechts, dass die Verstoßung in Gegenwart von zwei rechtgläubigen (männlichen) Zeugen zu erfolgen hat (BGHZ 160, 332/346; vgl aber OLG München IPRax 89, 238/241).
- 436 Weigert sich der Ehemann, den zur Scheidung nach **islamischem Recht** erforderlichen *talaq* auszusprechen, so kann er zur Abgabe dieser Willenserklärung auch durch deutsche Gerichte verurteilt werden, ohne dass hierin eine „wesensfremde“ Tätigkeit läge (BGHZ 160, 332/343; aA Andrae NJW 07, 1730/1732: Verstoß gegen den deutschen *ordre public*). Die Verstoßungserklärung gilt dann mit Rechtskraft des Urteils gem § 894 ZPO als abgegeben (BGHZ 160, 332/346; NK/Gruber Rn 85).
- 437 Anders beurteilt der BGH die Scheidung nach **jüdischem Recht** durch Übergabe des Scheidebriefs. Dessen Übergabe könne vor deutschen Gerichten nicht eingeklagt werden, weil darin – insbesondere in der Vollstreckung nach § 120 Abs 1 FamFG iVm § 888 ZPO – ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* liege (BGHZ 176, 365/374 = FamRZ 08, 1409 m zust Anm Henrich = IPRax 09, 347 m Anm Siehr 332; ebenso schon OLG Oldenburg FamRZ 06, 950/952). Ob die Scheidung nach jüdischem Recht gegen den Willen des Ehemannes vor deutschen Gerichten überhaupt erreicht werden kann, erscheint daher fraglich

(vgl zu einer Vollmachtlösung *Coester-Waltjen* FS Kühne [2009] 669/687). Letztlich bleibt daher nur der Rückgriff auf die *lex fori* nach Art 10, 2. Fall Rom III-VO (→ Rn 340 ff), weil auch das jüdische Recht die Ehefrau insofern diskriminiert, als das Recht zur Übergabe des Scheidungsbriefs nur dem Ehemann vorbehalten ist.

d) Wirkungen eines Verstoßes gegen Abs 2. Die im Inland unter Verstoß gegen Abs 2 vollzogene Privatscheidung ist nichtig und löst die Ehe daher mit Wirkung für das Inland nicht auf, selbst wenn sie den Voraussetzungen des – von Art 5 ff Rom III-VO bezeichneten – ausländischen Scheidungsstatuts genügt (BGHZ 82, 34/45 = NJW 82, 517; OLG Stuttgart IPRax 88, 172 f m krit Anm *Beule* 150; Pal/*Thorn* Rn 6; Erman/*Hohloch* Rn 28 mwN). Dies gilt auch dann, wenn an der Scheidung nur ausländische Ehegatten beteiligt sind und deren Heimatrecht die Scheidung anerkennt (BGHZ 82, 34/45; OLG Stuttgart IPRax 88, 172; NK/*Gruber* Rn 96). Entsprechendes gilt für die Inlandscheidung durch ein geistliches Gericht. Dessen Wirkungen sind allerdings dann anzuerkennen, wenn der Entscheidung des kirchlichen Gerichts durch ein im Inland anerkennungsfähiges (Delibations-) Urteil eines staatlichen Gerichts zivilrechtliche Wirkungen verliehen worden sind (*Jayme* IPRax 90, 32).

Die nur durch Rechtsgeschäft im Inland aufgelöste Ehe kann daher durch ein deutsches Gericht nach Maßgabe des von der Rom III-VO zur Anwendung berufenen Rechts erneut geschieden werden (*Unberath* IPRax 04, 516). Soweit die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Ehescheidung nach § 98 Abs 1 Nr 4 FamFG (→ Rn 202 ff; dort auch zum Vorrang der Art 3 ff EuEheVO) von der voraussichtlichen Anerkennung des deutschen Scheidungsurteils im Heimatstaat der Ehegatten abhängt, wird auf die Erfüllung dieser Voraussetzung ausnahmsweise verzichtet. Die Nichtanerkennung des deutschen Scheidungsurteils durch den gemeinsamen Heimatstaat der Ehegatten aufgrund der von diesem als wirksam erachteten inländischen Privatscheidung steht also dem Scheidungsverfahren vor dem deutschen Gericht nicht entgegen (BGHZ 82, 34/50; OLG Stuttgart IPRax 88, 172/173; Pal/*Thorn* Rn 6).

e) Abgrenzung zwischen in- und ausländischer Privatscheidung. Nicht immer einfach zu entscheiden ist, wann eine Privatscheidung im Inland vorgenommen worden ist. Dies ist jedenfalls auch dann der Fall, wenn die Scheidung in einer auf deutschem Boden unterhaltenen **ausländischen Botschaft** oder in einem **Konsulat** vollzogen worden ist; denn völkerrechtlich gehört das Missionsgebäude zum Gebiet des Empfangsstaates. Daran ändert sich auch nichts, wenn es sich um die Botschaft oder ein Konsulat des Staates handelt, dessen Staatsangehörigkeit einer oder beide Ehegatten besitzen (BGHZ 82, 34 = NJW 82, 517; MüKoBGB/*Winkler v Mohrenfels* Rn 101; Erman/*Hohloch* Rn 31; NK/*Gruber* Rn 94).

Setzt die Privatscheidung **mehrere konstitutive Teilakte** voraus, so tritt die Unwirksamkeit bereits dann ein, wenn nur einer dieser Teilakte im Inland vorgenommen worden ist (vgl Präz OLG Frankfurt StAZ 01, 37 [Eheaufhebungsvertrag japanischer Ehegatten; MüKoBGB/*Winkler v Mohrenfels* Rn 104; Staud/*Mankowski* Rn 189). Die Verstoßungsscheidung nach islamischem Recht ist daher schon dann unwirksam, wenn nur die **Verstoßungserklärung** des Ehemannes **im Inland** abgegeben worden ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die ebenfalls konstitutive Registrierung der Scheidung anschließend im Heimatstaat der Ehegatten erfolgt ist (BayObLG FamRZ 85, 75/76; OLG Düsseldorf IPRax

A 442, 443

Ehescheidung und Eheaufhebung

86, 305; OLG Stuttgart IPRax 88, 172/173; Pal/*Thorn* Rn 12; NK/*Gruber* Rn 97; aA J/H/*Henrich* Rn 35). Da die Erklärung nicht empfangsbedürftig ist, reicht hingegen deren bloßer Zugang im Inland nicht aus (BayObLG IPRax 82, 104/105; Erman/*Hohlloch* Rn 31). Bei der Scheidung durch Übergabe des Scheidebriefs nach jüdischem Recht kommt es darauf an, ob der Übergabeort im Inland gelegen ist, auch wenn der Brief im Ausland ausgestellt worden ist (MüKoBGB/*Winkler v Mohrenfels* Rn 103).

442 f) **Privatscheidung im Ausland.** Einer im Ausland vorgenommenen Privatscheidung steht Abs 2 nicht entgegen. Eine solche Scheidung wird im Inland grundsätzlich anerkannt, wenn sie nach dem von Art 5 ff Rom III-VO zur Anwendung berufenen Scheidungsstatut wirksam ist (näher → H Rn 281 ff). Da es für Abs 2 nur auf den **Ort der Vornahme** der Privatscheidung ankommt, gilt dies auch dann, wenn beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben und nur zum Zwecke der Verstoßung oder zum Abschluss eines Eheaufhebungsvertrags ins benachbarte Ausland reisen (NK/*Gruber* Rn 99; Staud/*Mankowski* Rn 198). Anders als nach bisherigem Recht können unter Geltung der Rom III-VO auch Ehegatten, die beide die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, ihre Ehe durch Privatscheidung auflösen, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat haben, der diese Art der Scheidung zulässt (vgl Art 8 lit a Rom III-VO). Hat an der ausländischen Privatscheidung allerdings eine Behörde auch nur registrierend mitgewirkt, so bedarf die Anerkennung der Feststellung durch die zuständige Landesjustizverwaltung nach § 107 FamFG (→ H Rn 194 f).

443 Unterliegt die im Ausland vorgenommene Privatscheidung hingegen nach den Kollisionsnormen der Rom III-VO dem **deutschen Scheidungsrecht**, so scheidet ihre Anerkennung an § 1564 Abs 1 BGB, weil danach eine Ehe nur auf Antrag durch gerichtliche Entscheidung geschieden werden kann. Diese Vorschrift wird wegen ihrer engen Verknüpfung mit dem deutschen Scheidungsrecht auch materielle rechtlich qualifiziert. Sie gehört zu den Grundlagen des deutschen Scheidungsrechts, von denen nicht abgewichen werden kann (BGHZ 110, 267/276; BayObLG FamRZ 03, 381; Staud/*Mankowski* Rn 200); hieran hat auch das Inkrafttreten der Rom III-VO nichts geändert (RegBegr zum Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226], BT-Drucks 17/11049, S 10 unter B Nr 2). Aus diesem Grunde entfaltet auch das im Ausland begonnene Verfahren der Privatscheidung keine Rechtshängigkeitssperre gegenüber einem später in Deutschland eingeleiteten gerichtlichen Scheidungsverfahren (BGH NJW-RR 08, 1169).

Siebter Abschnitt. Besondere Vorschriften zur Durchführung von Regelungen der Europäischen Union nach Art 3 Nr 1

Dritter Unterabschnitt. Durchführung der Verordnung (EU) Nr 1259/2010

EGBGB Art 46d. Rechtswahl

(1) Eine Rechtswahlvereinbarung nach Artikel 5 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 ist notariell zu beurkunden.

(2) **Die Ehegatten können die Rechtswahl nach Absatz 1 auch noch bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug vornehmen.** ²§ 127a des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

1. Allgemeines

Art 7 Abs 1 Rom III-VO schreibt für die Form einer Rechtswahlvereinbarung nach Art 5 Abs 1 und 2 nur eine Mindestform vor. Danach bedarf die Rechtswahl der Schriftform, der Datierung und der Unterzeichnung durch beide Ehegatten. Auch elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, erfüllen die Schriftform. In Art 7 Abs 2–4 Rom III-VO wird den teilnehmenden Mitgliedstaaten allerdings – vor allem zum Schutz des schwächeren Ehegatten – das Recht eingeräumt, **strengere Formvorschriften** vorzusehen; hiervon hat der deutsche Gesetzgeber durch das Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 (→ Rn 226) in Abs 1 Gebrauch gemacht. Ferner ermächtigt Art 5 Abs 3 die teilnehmenden Mitgliedstaaten, eine Rechtswahl der Ehegatten auch noch während des bereits anhängigen Scheidungs- oder Trennungsverfahrens zuzulassen; dieses Recht wird den Ehegatten durch Abs 2 auch in Verfahren vor deutschen Gerichten eingeräumt. Art 46d gilt allerdings nicht rückwirkend seit Inkrafttreten der Rom III-VO (21.6.2012), sondern erst ab dem 29.1.2013 (Art 5 Rom III-AnpassungsG).

2. Notarielle Beurkundung, Abs 1

Da die Rom III-VO **keine Inhaltskontrolle** der Rechtswahlvereinbarung nach Art 5 durch das angerufene Gericht vorsieht, hielt der deutsche Gesetzgeber die von Art 7 Abs 1 Rom III-VO vorgeschriebene Schriftform zum Schutz des schwächeren Ehegatten vor einer ihm nachteiligen Rechtswahl nicht für ausreichend. Stattdessen sieht Abs 1 das Erfordernis der notariellen Beurkundung vor. Bei dieser Entscheidung hat sich der Gesetzgeber an den im deutschen internationalen (Art 14 Abs 4, Art 15 Abs 3 EGBGB) wie nationalen Familienrecht (§§ 1409, 1410, 1585c BGB, § 7 VersAusglG) bereits geltenden Formvorschriften orientiert. Zu beachten ist allerdings, dass Art 46d Abs 1 EGBGB – entgegen seinem uneingeschränkten Wortlaut – nur **unter den Voraussetzungen des Art 7 Abs 2–4 Rom III-VO** (→ Rn 305 ff) zur Anwendung kommt (*Rauscher/Pabst* NJW 12, 3490/3497; *Hau* FamRZ 13, 249/252).

3. Rechtswahl erst im Prozess, Abs 2

Nach Art 5 Abs 2 Rom III-VO muss eine Rechtswahlvereinbarung grundsätzlich spätestens bei Anrufung des Gerichts geschlossen werden. Sieht allerdings das Recht des Staates des angerufenen Gerichts vor, dass die Ehegatten die Rechtswahl auch noch im Laufe des Verfahrens vornehmen können, so wird eine solche nachträgliche Rechtswahl nach Art 5 Abs 3 auch im Geltungsbereich der Verordnung anerkannt. Das deutsche internationale Eheverfahrensrecht sah die Möglichkeit, das auf die Scheidung anzuwendende Recht noch im Verfahren zu wählen, bisher nicht vor. Um Art 5 Abs 3 Rom III-VO in Scheidungs- oder Trennungsverfahren vor deutschen Gerichten nicht leerlaufen zu lassen, hat der deutsche Gesetzgeber im Rom III-VO-AnpassungsG die Zulässigkeit einer nachträglichen Rechtswahl in Abs 2 angeordnet. Danach können die Ehegatten die Rechtswahl nach Art 5 auch noch im Laufe des gerichtlichen Verfahrens **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** im ersten Rechtszug treffen (vgl idS schon *Helms* FamRZ 11, 1765/1768). Eine Zulassung

der Rechtswahl auch noch in der Rechtsmittelinstanz hielt der Gesetzgeber im Interesse der Verfahrensökonomie für überzogen (RegBegr zum Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226], BT-Drucks 17/11049, S 11 f unter B Nr 5).

- 447 Die Zulassung einer nachträglichen Rechtswahl im internationalen Ehescheidungsrecht ist deshalb **zweckmäßig**, weil Ehegatten sich häufig erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens darüber klar werden, welches Recht nach Art 8 in Ermangelung einer Rechtswahl zur Anwendung kommt. Ist dies ein ausländisches Recht, so können sie im Interesse einer Beschleunigung der Scheidung nach Art 5 Abs 1 lit d Rom III-VO deutsches Recht wählen. Ist Scheidungsstatut hingegen – wie im Regelfall – aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten im Inland nach Art 8 lit a Rom III-VO deutsches Recht, so können diese, wenn auch nur einer von ihnen eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, nach Art 5 Abs 1 lit c Rom III-VO dessen Heimatrecht wählen, wenn dieses die Scheidung stärker begünstigt. Auf diese Weise kann etwa einem wegen Nichteinhaltung der Jahresfrist nach § 1565 Abs 2 BGB derzeit noch unbegründeten Scheidungsantrag zum Erfolg verholfen werden.
- 448 Auch für Rechtswahlvereinbarungen, die nach Abs 2 erst während eines gerichtlichen Verfahrens geschlossen werden, ist die **Form nach Abs 1** einzuhalten. Dadurch wird sichergestellt, dass die Formanforderungen für eine Rechtswahlvereinbarung nicht schwächer sind als diejenigen für einen Verzicht auf den Versorgungsausgleich im materiellen deutschen Recht (§ 7 VersAusglG). Dies ist deshalb angemessen, weil der Versorgungsausgleich infolge seiner akzessorischen Anknüpfung nach Art 17 Abs 3 EGBGB faktisch durch die Wahl eines ausländischen Scheidungsstatuts ausgeschlossen wird. Allerdings sieht Abs 2 S 2 – ebenfalls in Übereinstimmung mit § 7 Abs 1 VersAusglG – für erst während des Verfahrens getroffene Rechtswahlvereinbarungen insoweit eine Formerleichterung vor, als die notarielle Beurkundung gem § 127a BGB durch die Aufnahme der Rechtswahl in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes gerichtliches Protokoll ersetzt werden kann.
- 449 Nach Art 5 Abs 3 S 2 Rom III-VO hat das Gericht eine erst im Laufe des Verfahrens erklärte Rechtswahl der Parteien im Einklang mit seiner *lex fori* zu **Protokoll** zu nehmen. Diesbezüglich hat der deutsche Gesetzgeber auf eine spezifische Durchführungsvorschrift verzichtet. Denn für Scheidungsverfahren gelten über § 113 Abs 1 FamFG die Vorschriften über das Sitzungsprotokoll nach §§ 159 ff ZPO. Nach § 160 Abs 2 ZPO sind aber die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung, zu denen auch die Abgabe von Rechtswahlerklärungen gehört (RegBegr zum Rom III-AnpassungsG v 23.1.2013 [→ Rn 226], BT-Drucks 17/11049, S 11 unter B Nr 5), in das Protokoll aufzunehmen.

bb) Bis zum 20. Juni 2012 geltendes Recht

Schrifttum: *Bungert*, Ehescheidung in Deutschland wohnender US-Amerikaner aus verschiedenen Einzelstaaten, IPRax 93, 10; *Dopffel*, Die Voraussetzungen der Ehescheidung im neuen internationalen Privat- und Verfahrensrecht, FamRZ 87, 1205; *Ehwan/Ost*, Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts, IPRax 94, 282; *Dopffel*, Die Voraussetzungen der Ehescheidung im neuen internationalen Privat- und Verfahrensrecht, FamRZ 87, 1205; *Hausmann*, Kollisionsrechtliche Schranken von Scheidungsurteilen (1980); *Hay*, Die Anwendung US-amerikanischer Jurisdiction-Regeln als Verweisungsnorm bei Scheidung von in Deutschland wohnenden Amerikanern, IPRax 88, 265; *Henrich*, Wenn Schweizer sich in Deutschland scheiden lassen, FS Hausheer (2002), 235; *Hohloch*, Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht