

Studienarbeit im Internationalen Privatrecht, 14 Punkte

Dipl.-Jur. Patricia Meinking

Die Studienarbeit zum Thema „Gleichgeschlechtliche Ehen und IPR“ des Schwerpunktbereichs 5 wurde im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt.

Herzlicher Dank gebührt dabei Professor Dr. Volker Wiese, der sich mit der Veröffentlichung der Arbeit und des Votums einverstanden erklärt hat.

Aufgabe: Stellen Sie die für gleichgeschlechtliche Ehen, einschließlich deren Begründung, Auflösung und allgemeinen Wirkungen, in Deutschland geltenden internationalprivatrechtlichen Regelungen dar. Nehmen Sie zu den Ergebnissen – auch im Hinblick auf die Rechtsentwicklungen der jüngeren Zeit – kritisch Stellung.

BEARBEITUNG

A. Wenn das Gesetz der Liebe (nicht mehr) im Weg steht¹

Zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Grundgesetzes im Jahre 1949 galt Homosexualität noch als sittenwidrig.² Sie wurde in §§ 175 f. StGB a.F. unter Strafe gestellt.³ Die Rechtslage änderte sich erst mit der Abschaffung des strafrechtlichen Verbots im Jahre 1969.⁴ Danach ließ die Stigmatisierung homosexueller Partnerschaften in Deutschland sukzessiv nach. Einen Höhepunkt erreichte die Entwicklung mit der Zulassung gleichgeschlechtlicher Ehen am 01.10.2017.

Jene Entwicklung schlug sich auch im IPR nieder. Diese Arbeit setzt sich daher mit den korrespondierenden kollisionsrechtlichen Fragen auseinander. In einem ersten Schritt werden die aktuell in Deutschland für gleichgeschlechtliche Ehen geltenden internationalprivatrechtlichen Regelungen erörtert. Dabei beschränkt sich die Arbeit auf die zentralen Bereiche der Begründung⁵, der Auflösung⁶ und der allgemeinen⁷ Ehwirkungen. Außer Betracht bleiben insb. die EuGüVO⁸, bilaterale Verträge wie etwa mit dem Iran oder der Türkei sowie das internationalprivatrechtliche Namens-, Unterhalts- und Abstammungs- sowie Adoptionsrecht.

An diese Darstellung der Rechtslage schließt sich eine kritische Stellungnahme an.⁹ Angesichts dessen, dass die einschlägigen Kollisionsnormen erst kürzlich eingeführt wurden, erfolgt zunächst eine Auseinandersetzung mit der zuvor geltenden Rechtslage. Denn i.R.d. deutschen Kollisionsrechts stellte sich lange die Frage, wie unter anderem Recht geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen zu behandeln waren.¹⁰ Mögliche Lösungen, deren Argumente dargestellt werden, sahen die Gleichstellung mit der heterosexuellen Ehe oder aber der eingetragenen Lebenspartnerschaft vor.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die grundsätzliche Gleichbehandlung mit der eingetragenen Lebenspartner-schaft sorgt für Unstimmigkeiten. Nicht zuletzt unter dem Blick des Verfassungsrechts wirft die Ungleichbehandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehe Fragen auf. Die Arbeit wird diesen, aber auch andere Kritikpunkte unter die Lupe nehmen.

B. Das in Deutschland geltende IPR für gleichgeschlechtliche Ehen

Mit den nun geltenden Art. 17b IV und V differenziert das deutsche IPR klar zwischen gleichgeschlechtlichen und he-

¹ Zur Förderung des Leseflusses verwendet die vorliegende Arbeit ausschließlich männliche Formen; diese schließen Angehörige aller Geschlechter selbstverständlich mit ein. Alle folgenden Art. sind solche des EGBGB, Absätze werden in römischen, Sätze in arabischen Ziffern notiert.

² Vgl. BT-Drs. 18/6665, S. 7; siehe auch BVerfGE 6, 389.

³ Vgl. BT-Drs. 18/6665, S. 7.

⁴ BT-Drs. 18/6665, S. 7.

⁵ Dazu unter B.I.

⁶ Dazu unter B.II.

⁷ Dazu unter B.III.

⁸ Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.06.2016 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands.

⁹ Dazu unter C.

¹⁰ Dazu unter C.I.1.

terosexuellen Ehen.¹¹ Gem. dem neuen Art. 17b IV 1 sind auf gleichgeschlechtliche Ehen die für eingetragene Lebenspartnerschaften geltenden I–III entsprechend anwendbar. Art. 17b IV ordnet außerdem die Geltung der Rom III-VO¹² für die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen sowie die Geltung der EuGüVO für deren güterrechtliche Wirkungen an.¹³ Schließlich enthält Art. 17b V Verweise auf einige für die heterosexuelle Ehe geltende Kollisionsnormen, um etwaige Rechtsunsicherheiten, die im Hinblick auf die Anwendbarkeit der entsprechenden Regelungen bestanden, auszuräumen.¹⁴

I. Die Begründung der Ehe¹⁵

1. Eine rechtspolitische Anknüpfung¹⁶

Für die Begründung und damit die Bedingungen für die Eingehung der gleichgeschlechtlichen Ehe gilt nach Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 das Recht des Register führenden Staats (sog. Registerstatut¹⁷).¹⁸ Damit ist – anders als sonst beim Personalstatut¹⁹ – als Anknüpfungsmerkmal nicht etwa die Staatsangehörigkeit oder der gewöhnliche Aufenthalt gewählt worden, die Ausdruck einer besonderen Verbindung zum Staat sind.²⁰ Dies hat den Grund, dass der Verweis auf das Heimatrecht aufgrund der in vielen Staaten fehlenden Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen „vielfach ins Leere führen würde“.²¹ So wird garantiert, dass ein Recht zur Anwendung kommt, welches die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennt.²² Die Anknüpfung hat daher im Grunde das rechtspolitische Ziel, die gleichgeschlechtliche Ehe auch für ausländische Staatsangehörige bzw. Partner mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland zu ermöglichen.²³

¹¹ Vgl. Mankowski IPRax 2017, 541 (543); Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

¹² Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.10 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.

¹³ BT-Drs. 19/4670, S. 6; Köhler, IPR (2. Aufl.), Rn. 463.

¹⁴ BT-Drs. 19/4670, S. 20.

¹⁵ Gegenstand dieser Arbeit ist nicht § 1309 BGB, der sich zwar im Umfeld des IPR verorten lässt, jedoch Sachrecht ist (Mankowski IPRax 2017, 541 (549)). Daraus ergibt sich, dass gleichgeschlechtliche Paare im Gegensatz zu verschiedengeschlechtlichen Paaren keines Ehefähigkeitszeugnisses bedürfen, was wiederum Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit aufwirft, vgl. dazu Kaiser FamRZ 2017, 1889 (1892).

¹⁶ Die Arbeit beschränkt sich auf eine Auseinandersetzung mit der aktuell geltenden Rechtslage, wie sie sich im Hinblick auf nach dem 01.10.17 geschlossene Ehen verhält. Es wird aber darauf hingewiesen, dass Art. 17b IV auch für vor dem 01.10.17 im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen gilt, siehe dazu AG Berlin-Schöneberg BeckRS 2019, 24626 sowie BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

¹⁷ Im heutigen IPR meint „Statut“ die Rechtsordnung, welche für den jeweiligen Sachverhalt maßgeblich ist, siehe dazu Rauscher, IPR, Rn. 32.

¹⁸ BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

¹⁹ Personalstatut i.W.S. meint die Anknüpfung bei Rechtsverhältnissen, die aus dem Personen-, Familien- und Erbrecht resultieren und somit die natürliche Person unmittelbar berühren, siehe dazu Junker, IPR, § 5 Rn. 24 und § 13 Rn. 2. Zur traditionellen Anknüpfung des Personalstatuts Durantaye IPRax 2019, 281 (282).

²⁰ Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 181; Durantaye IPRax 2019, 281 (282); zum Gesetzeszweck Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 1ff.

²¹ BT-Drs. 19/4670 S. 27; siehe dazu auch Durantaye IPRax 2019, 281 (282) sowie MükoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 76.

²² Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 181.

²³ Vgl. BT-Drs. 19/4670 S. 27; insofern noch zur eingetragenen Lebenspartnerschaft Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 1; Erman/Stürner, Art. 17b EGBGB Rn. 7; Wagner IPRax 2001, 281 (289).

²⁴ Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184 mit Verweis auf Helms StAZ 2018, 33 (36).

²⁵ Erman/Stürner, Art. 17b EGBGB Rn. 21; vgl. zu Art. 13 Palandt/Thorn, Art. 13 EGBGB Rn. 1.

²⁶ Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184; siehe zu Art. 17b a.F. Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 31.

²⁷ Vgl. Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184.

²⁸ Der BGH hat dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob Art. 13 III Nr. 1 verfassungsgemäß ist, siehe BGH NZFam 2019, 65.

²⁹ So auch schon wegen des *ordre-public*-Charakters der Norm Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184.

³⁰ Siehe auch Kaiser, FamRZ 2019, 845 (845).

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Das Registerstatut umfasst alle Fragen, die bei der Schließung der heterosexuellen Ehe dem Eheschließungsstatut und dem Formstatut unterfallen.²⁴ Geregelt sind daher die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung einschließlich der Folgen ihres Fehlens sowie die Form der Eheschließung.²⁵ Nach dem Registerstatut richtet sich auch, ob einer der oder beide Ehegatten die Staatsangehörigkeit des betreffenden Staates besitzen oder dort den gewöhnlichen Aufenthalten haben muss/müssen.²⁶ Art. 13 IV für im Inland sowie Art. 11 für im Ausland geschlossene Ehen finden – *argumentum e contrario* zu Art. 17b V 1 – keine entsprechende Anwendung.²⁷ Dagegen ist Art. 13 III²⁸ nach Art. 17b V 1 entsprechend anzuwenden,²⁹ wonach die gleichgeschlechtliche Ehe unwirksam ist, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte, und aufhebbar, wenn der Verlobte zu diesem Zeitpunkt das 16., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte.

3. Einordnung der Umwandlung eingetragener Lebenspartnerschaften

a. Die Umwandlung in eine Ehe nach § 20a LPartG

Vor der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe gab es in Deutschland für gleichgeschlechtliche Paare nach § 111 LPartG a.F. die Möglichkeit der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.³⁰ Gem. § 20a I 1 LPartG gibt es nunmehr die Möglichkeit, eine solche Lebenspartnerschaft in eine Ehe umzuwandeln. Auch diese Umwandlung wird von dem Begriff der Eingehung der Ehe i.S.d.

Art. 17b I 1 umfasst, sodass auch insoweit die Registerrechtsordnung Anwendung findet.³¹ Nach § 20a V LPartG hat die Umwandlung zur Konsequenz, dass alle Rechte und Pflichten rückwirkend ab dem Tag der Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft nach den eherechtlichen Sachnormen zu begründen sind.³²

b. Umwandlung einer nach Auslandsrecht begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine deutsche Ehe

Der Umgang mit der Umwandlung einer nach einer Auslandsrechtsordnung begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine deutsche Ehe ist umstritten.³³ Möglich sei es, in diesem Fall nach Art. 17b IV zur Anwendung von § 20a LPartG zu kommen.³⁴ Dafür spräche insb., dass auch in ausländischen Rechtsordnungen die eingetragene Lebenspartnerschaft als Alternative zur Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen wurde und insoweit funktionsäquivalent zur deutschen eingetragenen Lebenspartnerschaft ist.³⁵ In anderen Fällen, in denen gleichgeschlechtliche Paare zwischen der Eingehung einer Lebenspartnerschaft und einer Ehe wählen können, komme dieser Weg jedoch nicht in Betracht.³⁶

Entscheidend gegen die Anwendung des § 20a LPartG sprechen allerdings systematische sowie formelle Argumente. Zum einen ist eine Rückwirkung der Ehe auf den Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft nach § 20a V LPartG bei ausländischen Lebenspartnerschaften nicht möglich, denn nach Art. 17b IV 1 i.V.m. III ist die zuletzt begründete Lebensgemeinschaft für die in Art. 17b I beschriebenen Wirkungen und Folgen maßgebend; deutsches Recht soll ausländisches Recht also gerade nicht rückwirkend verdrängen.³⁷ Zum anderen ist für eine wirksame Eheschließung das vereinfachte Verfahren des § 20a LPartG nur dann ausreichend, wenn die Lebenspartnerschaft vor

einem deutschen Standesbeamten geschlossen wurde.³⁸ Denn danach prüft der Standesbeamte nicht die Eheschließungsvoraussetzungen, sondern lediglich den Eheschließungswillen sowie das Bestehen einer Lebenspartnerschaft durch Vorlegen einer öffentlichen Urkunde.³⁹ Ob eine Lebenspartnerschaft in eine Ehe umgewandelt werden kann, sollte daher das Recht des registerführenden Staats entscheiden.⁴⁰ Dafür sprechen auch die Gesetzesmaterialien, wonach die Umwandlung in eine Ehe bei einer Eheschließung im Inland von Partnern einer ausländischen Lebenspartnerschaft Sache des registerführenden Staates ist.⁴¹ Dieses Ergebnis führt deshalb zu keinen Härten, weil der Zugang zu einer deutschen gleichgeschlechtlichen Ehe über Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 durch die Schließung einer neuen Ehe im Inland offensteht.⁴²

c. Zwischenergebnis

Während die Umwandlung einer nach deutschem Recht begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine Ehe gem. § 20a I 1 LPartG unter den Begriff der Begründung der Ehe des Art. 17b I 1 fällt, gilt dies für die Umwandlung ausländischer eingetragener Lebenspartnerschaften nicht. Letzteren steht der Weg einer deutschen gleichgeschlechtlichen Ehe vielmehr über die Schließung einer neuen Ehe im Inland offen.

4. Anforderungen an die Registrierung⁴³

Art. 17b I 1 knüpft an den registerführenden Staat an, so dass – wortlautgemäß – eine Registrierung Voraussetzung ist. Dabei muss die gerichtliche, behördliche oder sonstige öffentlich bestellte Stelle dazu befugt sein, die Registrierung der Ehe vorzunehmen, wobei jede von einer staatlichen oder staatlich beliehenen Stelle vorgenommene Beurkundung der Eheerklärungen in amtlichen Akten ausreicht.⁴⁴ Die Registrierung muss darüber hinaus nach dem anzuwendenden Recht zwingende Voraussetzung sein.⁴⁵

³¹ BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

³² Ebd.

³³ Siehe allein Helms StAZ 2018, 33 (38); Kaiser FamRZ 2019, 845 (853); Magnus StAZ 2019, 163 (168 f.); BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

³⁴ BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

³⁵ Löhnig NZFam 2019, 166 (166); BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

³⁶ BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79; so auch Löhnig NZFam 2019, 166 (166).

³⁷ Kaiser, FamRZ 2019, 845 (853) sowie dies., FamRZ 2017, 1985 (1995).

³⁸ Vgl. ebd.

³⁹ Vgl. ebd.

⁴⁰ So auch Helms, StAZ 2018, 33 (38).

⁴¹ BT-Drs. 19/4670, S. 28.

⁴² Vgl. Helms, StAZ 2018, 33 (38).

⁴³ Außer Betracht bleiben Fälle, in denen eine ausländische gleichgeschlechtliche Ehe vor einem Konsulat im Inland geschlossen wird, bei der der Registrierungsort nicht mit dem registerführenden Staat gleichgesetzt werden kann, vgl. zur eingetragenen Lebenspartnerschaft MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 21. Die Frage, ob es solche Fälle bei gleichgeschlechtlichen Ehen gibt, ist eher der Rechtsvergleichung zuzuordnen und würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

⁴⁴ Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 182; MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 23; zu Art. 17b a.F. Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 8.

⁴⁵ Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 182.

5. Sachnormverweisung

Art. 17b I 1 verweist auf die Sachvorschriften des register-führenden Staates und ist somit ausdrücklich eine Sach-normverweisung.⁴⁶ Dies hat den Zweck, kollisionsrechtlich die Wirksamkeit und die Wirkungen der Ehe abzusichern.⁴⁷ Ein etwaiger *renvoi*⁴⁸ könnte dagegen zur Folge haben, dass eine die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkennende Rechtsordnung anzuwenden wäre.⁴⁹

6. Anknüpfung von Vorfragen

Etwaige Vorfragen, wie bspw. das Bestehen einer anderweitigen Ehe, sind selbstständig nach deutschem IPR und nicht unselbstständig nach dem IPR der *lex causae*⁵⁰ in der Hauptfrage anzuknüpfen.⁵¹

II. Scheidung und Trennung gleichgeschlechtlicher Ehen

Für die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen gilt gem. Art. 17b V 1 Art. 17 I-III entsprechend, soweit nicht die Rom III-VO eingreift.⁵² Insofern stellt sich in einem ersten Schritt die Frage nach Anwendungsbereich und relevantem Regelungsgehalt der Rom III-VO, bevor das autonome deutsche Kollisionsrecht behandelt wird.

1. Zur Rom III-VO

Die Rom III-VO ist anwendbar für Verfahren, die ab dem 21.06.2012 eingeleitet wurden/werden.⁵³ Sie regelt das auf Scheidungen mit Auslandsberührungen anwendbare Recht und überlässt es den Mitgliedstaaten, ob sie auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden ist.⁵⁴ Mit Art. 17b IV 1 hat der Gesetzgeber dies nun ausdrücklich angeordnet.⁵⁵

a. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Rom III-VO umfasst das Kollisionsrecht für die Ehescheidung und die Ehetrennung ohne Lösung des Ehebands.⁵⁶ Scheidung meint die Auflösung der Ehe mit Wirkung *ex nunc*.⁵⁷ Mit dem Begriff der Trennung ist ein eigenständiges Rechtsinstitut zur Lockerung des Ehebands gemeint, wobei dieses nicht vollständig aufgelöst wird.⁵⁸

Erfasst sind insb. die materiellen Scheidungsvoraussetzungen wie ein etwaiges Verschuldens- oder Zerrüttungsprinzip, Trennungsfristen, Widerspruchsmöglichkeiten und die Möglichkeit der einvernehmlichen Scheidung.⁵⁹ Das Scheidungsstatut entscheidet darüber hinaus grds. auch über die Form der Scheidung.⁶⁰

Die Rom III-VO regelt hingegen nicht das auf die Aufhebung, die Nichtigkeitserklärung sowie die Feststellung einer nichtigen Ehe oder Nichtehe anwendbare Recht.⁶¹ Diese Rechtsfragen verbleiben – wie auch die Regelung der Scheidungsfolgen – beim autonomen Kollisionsrecht.⁶² Nach dem EuGH sind außerdem auch Privatscheidungen⁶³ nicht vom Anwendungsbereich umfasst.⁶⁴

b. Rechtswahl, Art. 5 Rom III-VO

Nach Art. 5 Rom III-VO haben die Ehegatten die Möglichkeit, in gewissen Grenzen das in ihrem Fall anzuwendende Recht zu bestimmen. Die Einführung der Rechtswahlmöglichkeit dient dazu, den Bürgern aufgrund erhöhter Mobilität mehr Flexibilität und Rechtssicherheit zu bieten.⁶⁵ Art. 5 I Rom III-VO enthält zu diesem Zweck einen Katalog vier wählbarer Rechtsordnungen.⁶⁶

⁴⁶ Ebd., § 1 Rn. 183.

⁴⁷ Ebd., § 1 Rn. 183; so auch schon Hausmann, IntEuFamR, I Rn. 214.

⁴⁸ Renvoi ist der Oberbegriff für Rück- und Weiterverweisung, näher dazu Junker, IPR, § 8 Rn. 2.

⁴⁹ Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 183.

⁵⁰ Als *lex causae* bezeichnet man das Wirkungsstatut, also das auf die Hauptfrage anwendbare Recht, vgl. Junker, IPR, § 10 Rn. 8.

⁵¹ Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 186; Hausmann, IntEuFamR, I Rn. 219; so zu Art. 17b a.F. auch Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 34.

⁵² BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61.

⁵³ Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 11; Gegenstand dieser Arbeit sind nicht vor dem 21.06.12 eingeleitete Verfahren.

⁵⁴ Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 1; BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 57, Art. 1 Rom III-VO Rn. 19.

⁵⁵ Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 8; BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 57.

⁵⁶ Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 7.

⁵⁷ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 6, Art. 1 Brüssel IIa-VO Rn. 4.

⁵⁸ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 11; vgl. auch Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 2.

⁵⁹ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 8 mit Verweis auf Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 6.

⁶⁰ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 9; Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 6.

⁶¹ Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 10.

⁶² ErWG 10 der Rom III-VO; Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 10.

⁶³ Bei der Privatscheidung ist kein konstitutiver hoheitlicher Rechtsakt erforderlich, vgl. dazu BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17 EGBGB Rn. 28 sowie Palandt/Thorn, Art. 2 Rom III-VO Rn. 8.

⁶⁴ EuGH IPRAx 2018, 261; krit. Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 3; anders noch BT-Drs. 17/11049, S. 8; die Entscheidung des EuGH hat zur Einführung des Art. 17 II geführt (Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 3), siehe dazu unter B.II.2.

⁶⁵ ErWG 15 der Rom III-VO; so auch Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 12.

⁶⁶ NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 35; Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 8.

aa. Wählbare Rechtsordnungen

(1) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt,

Art. 5 I lit. a Rom III-VO

Nach Art. 5 I lit. a Rom III-VO können die Ehegatten das Recht des Staates wählen, in dem sie sich gewöhnlich aufhalten. Ein gemeinsames eheliches Zusammenleben der Ehegatten oder Leben am selben Ort ist für lit. a nicht erforderlich; ausreichend ist, wenn sie in demselben Staat (getrennt) leben.⁶⁷

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist gemeinschaftsautonom auszulegen.⁶⁸ Daneben sind auch der Kontext der Vorschrift sowie das mit ihr verfolgte Ziel zu berücksichtigen.⁶⁹

Der gewöhnliche Aufenthalt bezeichnet den faktischen Daseins- und Lebensmittelpunkt einer Person.⁷⁰ I.R. seiner Bestimmung sind die körperliche Anwesenheit, die Dauer, die Regelmäßigkeit, die Umstände und Gründe für den Aufenthalt, die Staatsangehörigkeit, die Sprachkenntnis und familiäre sowie soziale Bindungen des Betroffenen in diesem Staat als Kriterien zu berücksichtigen.⁷¹ Durch eine zeitweilige Abwesenheit auch von längerer Dauer wird der gewöhnliche Aufenthalt nicht aufgehoben, sofern die Absicht besteht, zurückzukehren.⁷² Auch der Wille des Betroffenen, in diesem Staat permanent zu bleiben, kann als Indiz dienen.⁷³ Es handelt sich allerdings um einen rein tatsächlichen „Wohnsitz“, der, im Gegensatz zur Wohnsitzbegründung, keinen rechtsgeschäftlichen Willen voraussetzt.⁷⁴

Sehr umstritten ist, ob eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in mehreren Staaten haben kann.⁷⁵ Diese Möglichkeit wird teilweise bejaht⁷⁶ und teilweise abgelehnt.⁷⁷ Begrifflich zumindest sei sie nicht ausgeschlossen, denn dem Begriff des Daseinsmittelpunkts sei ein gewisser Beurteilungsspielraum immanent.⁷⁸ Die aufgeführten Tatbestandsmerkmale könnten aufgrund der Anknüpfung an die tatsächliche Lebensführung des Betroffenen auch auf mehrere Aufenthaltsorte zutreffen.⁷⁹ Nichtsdestotrotz ist es zum Zweck der Rechtssicherheit notwendig, am Ende eine Auswahl zu treffen.⁸⁰ Die Anerkennung mehrerer gewöhnlicher Aufenthalte hätte zur Folge, dass im Anschluss der sog. effektive Aufenthalt bestimmt werden müsste, was zu einer unnötigen Verkomplizierung der Anknüpfung und letztlich sogar zu demselben Ergebnis führen würde.⁸¹ Daher ist in diesem Punkt der ablehnenden Ansicht zu folgen.

(2) Letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt,

Art. 5 I lit. b Rom III-VO

Nach Art. 5 I lit. b Rom III-VO ist auch das Recht des Staates wählbar, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Rechtswahlzeitpunkt dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist dabei wie in lit. a auszulegen.⁸² Der Ehegatte muss dort „noch“ seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben, sodass dieser fortlaufend und ununterbrochen bestanden haben muss.⁸³

(3) Heimatrecht eines der Ehegatten,

Art. 5 I lit. c Rom III-VO

Nach Art. 5 I lit. c Rom III-VO ist es den Ehegatten auch möglich, das Recht eines Staates zu wählen, dessen Staats-

⁶⁷ So auch NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 45; Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 15.

⁶⁸ Zur einheitlichen Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts im Kontext des Gemeinschaftsrechts EuGH BeckRS 2009, 70389 Rn. 34; siehe auch NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 53; MüKoBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5; zum Problem der einheitlichen Auslegung des Begriffs NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 47ff. m.w.N.

⁶⁹ Vgl. EuGH BeckRS 2009, 70389 Rn. 34; Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 24.

⁷⁰ Zu Art. 14 BGH NJW 1993, 2047 (2048); siehe auch Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 24; Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10; MüKoBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5; zitiert wird an dieser Stelle auch Literatur zum Begriff im EGBGB, denn die Bedeutung der Begriffe stimmt im Wesentlichen überein, siehe dazu Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 13.

⁷¹ Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 25; NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 54; vgl. zum Begriff i.S.d. Brüssel IIa-VO (Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.03 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000) EuGH BeckRS 2009, 70122 Rn. 39ff.

⁷² Zu Art. 14 BGH NJW 1993, 2047 (2048); Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10; vgl. auch MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 91.

⁷³ Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 25; NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 54.

⁷⁴ Vgl. zum Begriff i.S.d. §§ 606ff. ZPO a.F. KG NJW 1988, 649 (650) m.w.N.; siehe auch BGH NJW 1975, 1068 (1068) zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nach dem Haager Unterhaltsabkommen.

⁷⁵ Vgl. Andrae, IntFamR, § 2 Rn. 70; MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 92.

⁷⁶ Siehe z.B. KG NJW 1988, 649; OLG Frankfurt FPR 2001, 233 (234); Spickhoff IPRax 1995, 185 (189).

⁷⁷ Siehe z.B. OLG Stuttgart BeckRS 2003, 30309552 unter II.1; LG München BeckRS 2011, 12330 unter II.3.a; BeckOK BGB/Lorenz, Art. 5 EGBGB Rn. 15; Pirrung IPRax 2011, 50 (54); Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10.

⁷⁸ MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 170; vgl. dazu auch Baetge IPRax 2005, 335 (337).

⁷⁹ So zum Begriff i.S.d. §§ 606ff. ZPO a.F. KG NJW 1988, 649 (650).

⁸⁰ MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 170.

⁸¹ HK-BGB/Dörner, Art. 5 EGBGB Rn. 10; so auch MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 170.

⁸² NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 55; siehe zum Begriff unter B.II.1.a.

⁸³ NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 55.

angehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt.⁸⁴ Die Staatsangehörigkeit bestimmt sich nach dem Staatsangehörigkeitsrecht des Staates, um den es geht.⁸⁵ Gemeinsame Staatsangehörigkeit ist – anders als bei Art. 8 lit. c Rom III-VO – nicht erforderlich. Der Verzicht auf dieses Erfordernis erweitert die Rechtswahlmöglichkeiten.⁸⁶

(4) Lex fori, Art. 5 I lit. d Rom III-VO

Art. 5 I lit. d Rom III-VO sieht schließlich vor, dass die Ehegatten das Recht des Staates des angerufenen Gerichts, also die *lex fori*, wählen können.

Fraglich ist dabei, ob für die Rechtswahl das Gericht bereits angerufen sein muss oder ob eine vorsorgliche Wahl der *lex fori* möglich ist.⁸⁷ Der Wortlaut des lit. d scheint zwar in der deutschen Fassung ein bereits angerufenes Gericht vorauszusetzen, andere Sprachfassungen tun dies jedoch nicht, sodass der Wortlaut sein argumentatives Gewicht verliert und vielmehr die teleologische Auslegung maßgeblich ist.⁸⁸ Für die Wahlmöglichkeit auch schon vor Verfahrensbeginn sprechen insb. die Regelungen betreffend den Zeitpunkt der Rechtswahl in II und III.⁸⁹ Gleichwohl muss sich die Rechtswahl auf eine bestimmte Rechtsordnung beziehen, sodass die Wahl der *lex fori* (sog. *floating choice of law*) als solcher unzulässig ist.⁹⁰ Denn wesentlicher Grundsatz der Rom III-VO ist nach ErwG 18, dass beide Ehegatten ihre Rechtswahl in voller Sachkenntnis treffen und sich über die rechtlichen Folgen der Rechtswahl im Klaren sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine bestimmte Rechtsordnung gewählt wird.⁹¹ Zwar kann auch bei einer bestimmten Rechtswahl der antragstellende Ehegatte diese umgehen, indem er das Scheidungsverfahren in einem anderen zuständigen Forum einleitet.⁹² Nichtsdestotrotz waren sich die Ehegatten dann zumindest im Zeitpunkt der Rechtswahl über die gewählten Rechtsfolgen im Klaren, sodass nur diese Auslegung dem ErwG 18

ausreichend Rechnung trägt.

Ließe man die abstrakte Rechtswahl zugunsten des Rechts des Staates des (irgendwann) angerufenen Gerichts zu, so hätte es der Antragsteller in der Hand, mittelbar durch eine Forumswahl auch ein ihm möglichst günstiges auf die Scheidung anwendbares Recht zu bestimmen.⁹³ Der gebotene Schutz vor Übervorteilung würde dann nur unzureichend über die geringen Formvorschriften der Art. 6 und 7 Rom III-VO gewährt.⁹⁴ Die Rechtswahl wäre letztlich dem Ehegatten überlassen, der am Ende schneller einen Scheidungsantrag stellt, obwohl die Rom III-VO nach ErwG 21 ein „race to the courthouse“ gerade verhindern wollte.⁹⁵ Unter diesen Gesichtspunkten ist es zu bevorzugen, die Rechtswahl zwar vor Verfahrensbeginn, aber nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsordnung zuzulassen.

bb. Zustandekommen, materielle und formelle Wirksamkeit

Gem. Art. 6 I Rom III-VO richtet sich das Zustandekommen einer Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht, das nach dieser Verordnung Anwendung finden würde, wenn die Vereinbarung wirksam wäre. Das Zustandekommen meint das Vorliegen zweier übereinstimmender, auf den Abschluss einer Rechtswahlvereinbarung gerichtete Willenserklärungen.⁹⁶ Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit sind zwar nach Art. 1 II lit. a Rom III-VO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Die Folgen ihres Fehlens richten sich jedoch wiederum nach dem gem. Art. 6 I Rom III-VO anzuwendenden Recht.⁹⁷ Art. 6 II Rom III-VO statuiert schließlich, dass für die Wirksamkeit der Zustimmung eines Ehegatten zu der Vereinbarung das Recht des Staates seines gewöhnlichen Aufenthalts gelten soll, wenn es nicht gerechtfertigt erscheint, ihn an den Wirkungen seines Verhaltens nach dem gewählten Recht festzuhalten.

⁸⁴ Zur Sonderfrage mehrfacher Staatsangehörigkeit ausf. NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 58ff.; zu Staatenlosen und Flüchtlingen NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 61f.; eine ausführliche Darstellung dazu unterbleibt an dieser Stelle.

⁸⁵ NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 57.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 64.

⁸⁸ Ebd.; bei verschiedenen Sprachfassungen muss auf andere Auslegungsmittel zurückgegriffen werden, siehe dazu Riesenhuber/Riesenhuber, § 10 Rn. 15 m.w.N.

⁸⁹ Helms FamRZ 2011, 1765 (1767); Palandt/Thorn, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5; vgl. auch Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 26.

⁹⁰ Palandt/Thorn, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5.

⁹¹ So auch Palandt/Thorn, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5.

⁹² Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 26.

⁹³ Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 25.

⁹⁴ Vgl. Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 27, die dennoch die a.A. vertritt.

⁹⁵ Siehe dazu auch Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 25.

⁹⁶ Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

⁹⁷ Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

Auch die materielle Wirksamkeit unterliegt dem gewählten Recht.⁹⁸ Sie umfasst ein etwaiges Vorliegen von Willensmängeln, Bedingungen oder Teilnichtigkeit.⁹⁹ Dem I unterliegt auch die Auslegung der Rechtswahlvereinbarung.¹⁰⁰ Ob Art. 6 I Rom III-VO und ErwG 18 den Rückgriff auf nationale Kontrollinstrumente hinsichtlich des Inhalts der Rechtswahlvereinbarung und ihrer Angemessenheit versperren, ist umstritten.¹⁰¹ Angesichts der Maßgeblichkeit des gewählten Rechts für die materielle Wirksamkeit spricht jedoch mehr dafür, eine Inhalts- und Angemessenheitskontrolle insoweit vorzunehmen, als eine solche nach dem gewählten Recht vorgesehen ist.¹⁰²

Für die Form der Rechtswahl gelten nach Art. 7 Rom III-VO autonome sowie nationale Elemente.¹⁰³ I schreibt als autonomes Mindestfordernis die Schriftform mit Datierung sowie Unterzeichnung vor, wobei eine elektronische Übermittlung dem Schriftformerfordernis genügt, wenn sie eine dauerhafte Aufzeichnung ermöglicht.¹⁰⁴ Art. 7 II-IV Rom III-VO verlangen sodann unter bestimmten Umständen die Einhaltung ggf. strengerer Formvorschriften der teilnehmenden Mitgliedstaaten.¹⁰⁵

cc. Zeitpunkt der Rechtswahl, Art. 5 II Rom III-VO

Gem. Art. 5 II Rom III-VO kann eine Rechtswahlvereinbarung jederzeit, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, geschlossen oder geändert werden. Sofern die *lex fori* die Möglichkeit der Rechtswahl auch im Laufe des Verfahrens noch vorsieht, können die Ehegatten nach Art. 5 III Rom III-VO auch zu diesem Zeitpunkt noch eine Rechtswahl vor Gericht treffen, sofern dies im Einklang mit dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts zu Protokoll genommen wird.¹⁰⁶

c. Objektive Anknüpfung, Art. 8 Rom III-VO

Art. 8 Rom III-VO regelt das anwendbare Recht für den Fall einer fehlenden Rechtswahl.

aa. Anknüpfungsleiter

Art. 8 Rom III-VO sieht vier mögliche Anknüpfungskriterien vor. Die nachfolgenden Kriterien greifen dabei nur, wenn die vorrangigen nicht einschlägig sind.¹⁰⁷

Erstrangig entscheidet nach lit. a der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt¹⁰⁸ der Ehegatten im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts. Eine Mindestdauer sieht Art. 8 Rom III-VO nicht vor, sodass bereits kurz nach einer gemeinsamen Aufenthaltsverlegung die Anknüpfung nach lit. a greift.¹⁰⁹ Auf zweiter Stufe erfolgt nach lit. b eine Anknüpfung an den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, wenn ein Ehegatte bei Anrufung des Gerichts den Aufenthalt noch beibehalten hat und der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung endete. Auf der dritten Stufe wird nach lit. c an die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts angeknüpft.¹¹⁰ Anders als bei Art. 5 lit. c Rom III-VO ist die gemeinsame Staatsangehörigkeit beider Ehegatten entscheidend.

Auf vierter Stufe ist nach lit. d an das Recht des angerufenen Staates anzuknüpfen. Die Geltung der *lex fori* kann dabei zur Anwendung eines Rechts führen, mit dem außer der Anhängigkeit des Verfahrens keine enge Verbindung gegeben ist.¹¹¹

bb. Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anknüpfungskriterien des Art. 8 Rom III-VO ist die Anrufung des Gerichts. Die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts eröffnet insb. für den Scheidungsantragstellenden, der das anzuwendende Recht steuern kann, Raum für taktische Überlegungen.¹¹²

⁹⁸ Palandt/Thorn, Art. 6 Rom III-VO Rn. 1.

⁹⁹ Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

¹⁰⁰ BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 6 Rom III-VO Rn. 4; NK-BGB/Lugani, Art. 6 Rom III-VO Rn. 5; a.A. ohne Begründung Palandt/Thorn, Art. 6 Rom III-VO Rn. 1.

¹⁰¹ Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

¹⁰² Wie hier Becker, NJW 2011, 1543 (1545); Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 394; BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 6 Rom III-VO Rn. 6f.; Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3; Rauscher, IPR, Rn. 830; a.A. BeckOGK/Gössl, Art. 6 Rom III-VO Rn. 10ff.; Hau, FamRZ 2013, 249 (252).

¹⁰³ Rauscher, IPR, Rn. 831.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Altmann/Mayer, Art. 7 Rom III-VO Rn. 7ff.

¹⁰⁶ Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 29.

¹⁰⁷ Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 24.

¹⁰⁸ Siehe zum Begriff bereits unter B.II.1.b.aa.(1).

¹⁰⁹ Rauscher, IPR, Rn. 826.

¹¹⁰ Zur Sonderfrage mehrfacher Staatsangehörigkeit ausf. NK-BGB/Lugani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 21ff.; zu Staatenlosen und Flüchtlingen NK-BGB/Lugani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 24; eine ausführliche Darstellung dazu unterbleibt an dieser Stelle.

¹¹¹ Althammer/Tolani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 13; MükoBGB/Winkler von Mohrenfels, Art. 8 Rom III-VO Rn. 10.

¹¹² Althammer/Tolani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 14.

d. Sachnormverweisung

Unter dem nach der Rom III-VO anzuwendenden Recht eines Staates sind nach Art. 11 Rom III-VO die in diesem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des IPR zu verstehen.

e. Anknüpfung von Vorfragen

Aus Art. 1 II Rom III-VO sowie ErwG 10 lässt sich ableiten, dass sich der Anwendungsbereich nicht auf Vorfragen erstreckt.¹¹³ Diese sind vielmehr eigenständig nach den Kollisionsnormen der jeweiligen Mitgliedstaaten anzuknüpfen.¹¹⁴ Dazu gehört insb. die Frage nach dem Bestehen einer wirksamen Ehe.¹¹⁵

f. Fehlen der gleichgeschlechtlichen Ehe im Scheidungsstatut

Die Anwendbarkeit der Rom III-VO auf gleichgeschlechtliche Ehen kann dazu führen, dass für die Scheidung das Recht eines Staates berufen wird, der die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt.¹¹⁶ Insofern stellt sich die Frage, ob dann das für die verschiedengeschlechtliche Ehe geltende Scheidungsrecht Anwendung findet oder ob nach anderen Anknüpfungen gesucht werden muss.¹¹⁷ Denn im ersten genannten Fall würde man den Anwendungsbereich der Sachnormen des berufenen Rechts auf gleichgeschlechtliche Ehen ausdehnen.

Maßgeblich für die Anwendung des für heterosexuelle Ehen geltenden Scheidungsrechts spricht, dass sich ansonsten ein „Sonderkollisionsrecht“ für die gleichgeschlechtliche Ehe entwickeln würde.¹¹⁸ Denn Art. 5 und Art. 8 Rom III-VO wären dann nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass sie auf das Recht eines Staates verweisen, der die gleichgeschlechtliche Ehe kennt.¹¹⁹ Dies aber stünde im Widerspruch zu der beabsichtigten Gleichstellung von homo-

¹¹³ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 12 mit Verweis auf Gruber IPRax 2012, 381 (389).

¹¹⁴ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 12; Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 340; a.A. Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 8, der für eine unselbstständige Anknüpfung ist.

¹¹⁵ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 13; Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 340; vgl. auch BT-Drs. 17/11049, S. 8.

¹¹⁶ NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 30.

¹¹⁷ Ebd.

¹¹⁸ NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 33; so auch Gruber IPRax 2012, 381 (382).

¹¹⁹ NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 33 unter Fn. 53.

¹²⁰ NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 33.

¹²¹ NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 32; Gruber IPRax 2012, 381 (382); Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 316.

¹²² Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 316; vgl. auch Althammer/Althammer, Vorbemerkungen zur Rom III-VO Rn. 11.

¹²³ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.08 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen.

¹²⁴ BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61.

¹²⁵ Vgl. Kaiser, FamRZ 2019, 845 (851 f.).

¹²⁶ So Kaiser, FamRZ 2019, 845 (852); siehe auch MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 86.

¹²⁷ Vgl. Kaiser, FamRZ 2019, 845 (852) mit Verweisen auf BT-Drs. 19/4670, S. 6, 27 sowie BT-Drs. 19/6137, S. 2.

¹²⁸ Siehe BT-Drs. 19/6137, S. 5; so auch ohne Begründung BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61, wonach auf den Versorgungsausgleich Art. 17b I anzuwenden ist.

¹²⁹ Vgl. BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61.

und heterosexueller Ehe.¹²⁰ Anzuwenden sind somit die Vorschriften des anwendbaren Rechts über die Scheidung heterosexueller Ehen.¹²¹ Sollten Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennen, so bleibt ihren Gerichten letztlich nur der Weg, einen Ausspruch der Scheidung unter Berufung auf Art. 13 Alt. 2 Rom III-VO abzulehnen.¹²²

2. Zu Art. 17 I-III

Art. 17b V 1 verweist auf Art. 17 I-III. Damit unterliegen nach Art. 17 I auch vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, die nicht unter die EuGÜVO oder unter die EuUntVO¹²³ fallen, der Rom III-VO. Scheidungen, die nicht ohnedies in den Anwendungsbereich der Rom III-VO fallen, werden gleichwohl auf in Art. 17 II beschriebener Weise nach den Regelungen der Rom III-VO angeknüpft. Damit sind vor allem Privatscheidungen gemeint.¹²⁴ Schließlich können nach Art. 17 III gleichgeschlechtliche Ehen im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden.

Problematisch gestaltet sich im Zusammenhang mit Art. 17b V 1 jedoch die Frage, worauf genau die Norm verweist und ob nicht statt den II und III die IV gemeint sind. Denn zwischenzeitlich hat sich der in Bezug genommene Art. 17 geändert; es wurde ein neuer II eingeführt.¹²⁵ Vertreten wird, dass jedenfalls ein Verweis auf die jetzigen I, III und IV gewollt sei.¹²⁶ Begründet wird dies damit, dass der Rechtsausschuss den ursprünglich lediglich auf I und II beschränkten Verweis auf III erweiterte.¹²⁷ Allerdings erweiterte der Rechtsausschuss den Verweis gerade wegen der Einführung des Art. 17 II, sodass diese Argumentation nicht überzeugt.¹²⁸ Vielmehr ist der Verweis wörtlich zu nehmen und auf den Versorgungsausgleich nicht Art. 17 IV, sondern vielmehr Art. 17b I anzuwenden.¹²⁹

III. Allgemeine Wirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe

I.R.d. Ehwirkungen unterscheidet man grds. zwischen allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen bzw. solchen, für die das Gesetz besondere Anknüpfungsregeln vorsieht.¹³⁰ Eine solche Differenzierung lässt sich auch in der Systematik des in Deutschland geltenden IPR für gleichgeschlechtliche Ehen erkennen, wenngleich bei diesen der Kreis güterrechtlicher Wirkungen aufgrund der nach Art. 17b IV 2 geltenden EuGüVO¹³¹ weiter zu fassen ist.¹³²

1. Zum Begriff der allgemeinen Ehwirkungen

Allgemeine Wirkungen einer Ehe sind generell solche, für die das Gesetz keine besonderen Anknüpfungsregeln vorsieht.¹³³ Mit den „allgemeinen Ehwirkungen“ i.S.d. Art. 17b I 1 sind wegen der nach Art. 17b IV 2 vorrangigen EuGüVO seit deren Inkrafttreten nur noch die persönlichen Ehwirkungen gemeint.¹³⁴ U.a. umfassen sie die Verpflichtung zur gegenseitigen Fürsorge und Unterstützung und zur gemeinsamen Lebensgestaltung, Haftungsbeschränkungen bei Erfüllung der Verpflichtungen aus der Ehe und die Pflichten zur gegenseitigen Hilfeleistung im nichtwirtschaftlichen Bereich.¹³⁵ Eigentumsvermutungen und die Berechtigung, den Ehegatten aus Geschäften zur Deckung des gemeinsamen Lebensbedarfs zu verpflichten (sog. Schlüsselgewalt), werden dagegen von der EuGüVO erfasst.¹³⁶ Ausgenommen und gesondert angeknüpft werden außerdem das Unterhalts-, das Erb-, das Abstammungs- und Adoptions- sowie das Namensrecht.¹³⁷

2. Rechtswahl, Art. 17b V 2 i.V.m. Art. 14 I

Im Hinblick auf die allgemeinen Ehwirkungen ist den Ehegatten nach Art. 17b V 2 mittlerweile die Rechtswahl nach Art. 14 I möglich.¹³⁸ Die Einführung der Rechtswahlmöglichkeit bezweckte die Abmilderung der Regelung des

Art. 17b I 1, der auch zur Anwendung eines Rechts führen kann, das den Ehegatten sehr fremd ist.¹³⁹ Schließt z.B. ein niederländisches Paar die Ehe in Deutschland, so gälte gem. Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 das ihm fremde, deutsche Recht für die allgemeinen Ehwirkungen. Die Bezugnahme auf Art. 14 I hingegen erlaubt es den Ehegatten, zwischen verschiedenen Rechtsordnungen zu wählen, die in einem Alternativverhältnis zueinander stehen.¹⁴⁰ Die Öffnung der Rechtswahl auch für gleichgeschlechtliche Paare ermöglicht eine Flexibilisierung des Ehwirkungsstatuts.¹⁴¹ Mit einem Wechsel des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts können die Ehegatten auch das Ehwirkungsstatut wechseln, was bei der Registeranknüpfung eine Neuregistration im neuen Aufenthaltsstaat erfordert.¹⁴²

Die Rechtswahl muss grds. die allgemeinen Ehwirkungen unter Ausschluss der ehelichen Vermögensbeziehungen zum Gegenstand haben; wird hingegen eine allgemeine Rechtswahl getroffen, die sich sowohl auf vermögensrechtliche als auch auf nicht vermögensrechtliche Seiten bezieht, so unterliegt der erste Teil der EuGüVO und der zweite Teil dem EGBGB.¹⁴³

a. Wählbare Rechtsordnungen

aa. Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt, Art. 14 I 2 Nr. 1
Wählbar ist zum einen das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art. 14 I 2 Nr. 1). Der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt ist für jeden Ehegatten selbstständig zu bestimmen.¹⁴⁴ Nicht erforderlich ist, dass beide Ehegatten am selben Ort leben; vielmehr ist ausreichend, dass der gewöhnliche Aufenthalt im selben Staat liegt.¹⁴⁵

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist durch Auslegung der jeweils maßgebenden Kollisionsnormen zu prä-

¹³⁰ Vgl. Hausmann, IntEuFamR, I Rn. 271; siehe zum deutschen Sachrecht Heiderhoff IPRax 2018, 1 (2) sowie zu allgemeinen Ehwirkungen i.S.d. Art. 14 BeckOK BGB/Mörsdorf, Art. 14 EGBGB Rn. 7.

¹³¹ Der zeitliche Anwendungsbereich der entsprechenden Kollisionsnormen wird in Art. 69 III EuGüVO beschränkt; ihre Anwendbarkeit wird dieser Arbeit zugrunde gelegt.

¹³² Vgl. dazu Heiderhoff IPRax 2018, 1 (2); siehe auch Hausmann, IntFamR, I Rn. 275 sowie BT-Drs. 385/18, S. 35f.

¹³³ Siehe zu Art. 14 BGH NJW 2010, 1528 (1530); MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 Rn. 33; BeckOK BGB/Mörsdorf, Art. 14 EGBGB Rn. 7.

¹³⁴ MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 80; vgl. zu Art. 14 Heiderhoff IPRax 2017, 160 (162).

¹³⁵ BT-Drs. 385/18, S. 36; Hausmann, IntFamR, I Rn. 274.

¹³⁶ Hausmann, IntFamR, I Rn. 275.

¹³⁷ Vgl. die Kommentierung zur eingetragenen Lebenspartnerschaft in Hausmann, IntEuFamR, I Rn. 220.

¹³⁸ Die Rechtswahl muss nach dem 28.01.19 erfolgt sein, vgl. NK-BGB/Andrae, Art. 14 EGBGB Rn. 9; die Rechtslage vor diesem Zeitpunkt ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

¹³⁹ BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 60.

¹⁴⁰ BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 60; MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 84.

¹⁴¹ MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 80 mit Verweis auf Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 6; siehe auch BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80.

¹⁴² Vgl. MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 80; BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80.

¹⁴³ Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 189 und 280.

¹⁴⁴ MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 Rn. 90.

¹⁴⁵ MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 Rn. 90; so auch Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 192.

zisieren, wobei nicht auf die Kriterien des IPR der *lex fori* zurückzugreifen, sondern ein autonomes Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts zu entwickeln ist.¹⁴⁶ Denn Ziel ist eine einheitliche Handhabung der Begriffssauslegung.¹⁴⁷ Insofern gelten die Ausführungen zum gewöhnlichen Aufenthalt i.S.d. Rom III-VO entsprechend.¹⁴⁸

bb. Letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt, Art. 14 I 2 Nr. 2

Zum anderen ist das Recht des Staates wählbar, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen im Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 14 I 2 Nr. 2). Der andere Ehegatte muss seinen Aufenthalt in diesem Staat ununterbrochen beibehalten haben.¹⁴⁹ Es ist daher weder ausreichend, dass der Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort wiederbegründet, nachdem er ihn zwischenzeitlich aufgegeben hatte, noch, dass er mit dem anderen Ehegatten zurück in dessen Heimatstaat gekommen ist, ohne sich sicher zu sein, ob er dort verbleiben oder an seinen ursprünglichen Aufenthaltsort zurückkehren will.¹⁵⁰

cc. Heimatrecht eines Ehegatten, Art. 14 I 2 Nr. 3

Schließlich ist auch – ungeachtet des Art. 5 I – die Wahl des Rechts des Staates möglich, dem ein Ehegatte im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört (Art. 14 I 2 Nr. 3). Die Staatsangehörigkeit beurteilt sich aufgrund des völkerrechtlichen Prinzips der Gleichheit souveräner Staaten nach dem Staatsangehörigkeitsrecht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit infrage steht.¹⁵¹

Haben beide oder einer der Ehegatten eine doppelte Staatsangehörigkeit, kommt es (ausweislich des Wortlauts) nicht auf die Effektivität einer Staatsangehörigkeit¹⁵² nach Art. 5 I 1 an.¹⁵³ Auch ein etwaiger Vorrang der deutschen

Staatsangehörigkeit nach Art. 5 I 2 ist nicht zu beachten.¹⁵⁴ Der Ausschluss des Art. 5 I i.R.d. Art. 14 I 2 Nr. 3 hat den Zweck, die Rechtswahl der Ehegatten nicht unangemessen einzuschränken.¹⁵⁵

b. Zustandekommen, materielle und formelle Wirksamkeit

Die Einigung ist nach den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln über das Zustandekommen einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zu beurteilen, sodass sich das Zustandekommen und die materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht richten, das im Falle der Wirksamkeit der Rechtswahl anzuwenden wäre.¹⁵⁶ Welches Recht für die Auslegung maßgeblich sein soll, ist dagegen umstritten.¹⁵⁷ Während dafür argumentiert wird, auch hier das gewählte Recht anzuwenden,¹⁵⁸ scheint die Anwendung der *lex fori* in den Fällen vorzugswürdig, in denen das gewählte Recht die Rechtswahl auf diesem Gebiet nicht kennt.¹⁵⁹

Die Form der Rechtswahl ist in Art. 14 I 3 und 4 geregelt. Nach S. 3 muss sie notariell beurkundet werden. Wird sie im Ausland vorgenommen, so genügt es nach Art. 14 I 4, wenn sie den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl entspricht.

c. Zeitpunkt der Rechtswahl

Da Art. 14 I zum Zeitpunkt der Rechtswahl keine besonderen Vorgaben enthält, ist sie jederzeit während der Ehe möglich.¹⁶⁰ Sie entfaltet aber erst bei Vorliegen der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit Wirkung.¹⁶¹ Sie kann darüber hinaus auch schon zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen, z.B. durch Verlobte vor der Eheschließung oder durch die Ehegatten vor einem geplanten Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts.¹⁶² Die Möglichkeit einer rückwirkenden

¹⁴⁶ MüKBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 146 m.w.N.

¹⁴⁷ Vgl. MüKBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 139, 146.

¹⁴⁸ Siehe zum Begriff daher unter B.II.1.b.aa.(I).

¹⁴⁹ BGH NJW 1993, 2047 (2048); MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 94; Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 193.

¹⁵⁰ BGH NJW 1993, 2047 (2048f.); MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 94.

¹⁵¹ MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 95 sowie MüKBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 17.

¹⁵² Mit Effektivität der Staatsangehörigkeit ist das Recht des Staates gemeint, mit dem eine Person insb. aufgrund ihres gewöhnlichen Aufenthalts oder ihres Lebensverlaufs am engsten verbunden ist, vgl. dazu Art. 5 I 1.

¹⁵³ MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 97.

¹⁵⁴ Ebd.

¹⁵⁵ Ebd.

¹⁵⁶ BeckOGK/Hertel, Art. 14 EGBGB Rn. 88; MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 104; Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 8; vgl. zur Rechtswahl beim Internationalen Erbrecht Dörner DNotZ 1988, 67 (87); a.A. Börner IPRax 1995, 309 (313f.).

¹⁵⁷ Siehe NK-BGB/Andrae, Art. 14 EGBGB Rn. 18.

¹⁵⁸ MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 104 m.w.N.

¹⁵⁹ So NK-BGB/Andrae, Art. 14 EGBGB Rn. 18.

¹⁶⁰ MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 103.

¹⁶¹ Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 151; Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 5.

¹⁶² MüKBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 103; ebenso Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 5.

Rechtswahl wird zwar diskutiert, ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit für bereits abgeschlossene Tatbestände abzulehnen.¹⁶³

d. Sachnormverweisung

Gem. Art. 4 II 2 können die Parteien, wenn sie das Recht eines Staates wählen können, nur auf die Sachvorschriften des Rechts eines Staates verweisen.

3. Objektive Anknüpfung

Haben die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen, finden nach Art. 17b IV 1 auch für die allgemeinen Ehwirkungen die Sachvorschriften des registerführenden Staates Anwendung.¹⁶⁴

4. Anknüpfung von Vorfragen

I.R.d. Anknüpfung von Vorfragen ist insb. die Frage nach der Wirksamkeit der Ehe von Interesse. Dabei ist zwischen Art. 14 I und Art. 17b I 1 zu unterscheiden.

Bei einer nach Art. 14 I getroffenen Rechtswahl ist die Beurteilung des Bestehens einer Ehe eine selbstständig anzuknüpfende Vorfrage.¹⁶⁵ Nichts anderes gilt für die Frage nach dem Fortbestand der Ehe.¹⁶⁶

Ohne Rechtswahl ist auf die objektive Anknüpfung des Art. 17b I 1 zurückzugreifen, der auf die Sachvorschriften des registerführenden Staates verweist. In diesem Fall ist letztlich nicht entscheidend, ob die Vorfrage unselbstständig oder selbstständig angeknüpft wird, denn in beiden Fällen findet das Recht des registerführenden Staates Anwendung.

IV. Gesamtbetrachtung zu B.

Während sich der Gesetzgeber bei der Begründung der gleichgeschlechtlichen Ehe für eine rechtspolitisch motivierte Anknüpfung an das Registerstatut entschied, erfährt sie beim für ihre Scheidung und ihre allgemeinen Ehwirkungen geltenden Kollisionsrecht eine weitergehende Gleichbehandlung mit der verschiedengeschlechtlichen Ehe. Die Anknüpfungen richten sich dabei in erster Linie nach einer etwaig getroffenen Rechtswahl. In diesem Rahmen hat vor allem die Wahl des Rechts des Staates des ge-

wöhnlichen Aufenthalts Bedeutung. Subsidiär erfolgt eine objektive Anknüpfung. Bei der Scheidung gilt in diesem Fall eine Anknüpfungsleiter, in deren Rahmen ebenfalls primär an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird, bevor ein Rückgriff auf das Heimatrecht oder gar auf die *lex fori* erfolgt. Bei den allgemeinen Ehwirkungen hingegen bleibt es bei fehlender Rechtswahl bei der Anwendung des Registerstatuts.

Statt die gleichgeschlechtliche Ehe zum Hauptregelungsgegenstand zu machen¹⁶⁷ oder eine einheitliche Kollisionsnorm für verschieden- und gleichgeschlechtliche Ehe einzuführen, entschied sich der Gesetzgeber für eine komplizierte Verweisungstechnik. Ob damit eine zufriedenstellende Lösung gefunden wurde, ist Inhalt des folgenden Abschnitts.

C. Eine gelungene kollisionsrechtliche Lösung?

Prima facie sollte das Ziel eigentlich eine Gleichstellung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Partnerschaften sein. Der Gesetzgeber hat sich jedoch auf dem Terrain des IPR gerade gegen eine Gleichbehandlung mit der heterosexuellen Ehe entschieden.¹⁶⁸ Ein Blick auf die kollisionsrechtliche Behandlung vor dem 01.10.17 soll Licht ins Dunkel des Wegs zu dieser Ungleichbehandlung bringen. Im Anschluss untersucht diese Arbeit, an welchen Stellen Kritikpunkte bleiben.

I. Die Rechtslage vor der Einführung des aktuell geltenden Kollisionsrechts

Die Qualifikation gleichgeschlechtlicher Ehen war vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.17 (sog. „Eheöffnungsgesetz“¹⁶⁹) noch umstritten.¹⁷⁰

1. Der Streit vor der Eheöffnung

Mit der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen schufen ausländische Rechtsordnungen ein Rechtsinstitut, welches dem deutschen Recht unbekannt war.¹⁷¹ Im Hinblick auf die international sukzessive Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe (erstmals in den Niederlanden am 01.04.01) fehl-

¹⁶³ Wie hier Erman/Stürner, Art. 14 EGBGB Rn. 17; MükoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 103; a.A. Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 153; ohne weitergehende Begründung Lichtenberger DNotZ 1986, 644 (660).

¹⁶⁴ Der Verweis auf Art. 14 in Art. 17b V 2 ist als Verweis auf Art. 14 I zu verstehen, sodass Art. 14 II im Fall der fehlenden Rechtswahl gerade nicht anzuwenden ist, siehe dazu BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80; zur Sachnormverweisung des Art. 17b I 1 siehe bereits unter B.I.5.

¹⁶⁵ Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 14; BeckOK BGB/Mörsdorf, Art. 14 EGBGB Rn. 73; Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 14.

¹⁶⁶ Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 17.

¹⁶⁷ Insofern krit. Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

¹⁶⁸ Vgl. dazu Löhnig NZFam 2017, 1085 (1085).

¹⁶⁹ Im Folgenden mit EÖG abgekürzt.

¹⁷⁰ Ausf. hierzu MükoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 143ff.

¹⁷¹ Vgl. Röthel IPRax 2002, 496 (496).

te in Deutschland lange insb. eine Kollisionsregel.¹⁷² Um ihre kollisionsrechtliche Einordnung wurde daher bis zum Inkrafttreten des EÖG gestritten.¹⁷³

a. Einerseits: Anwendung des für die Ehe geltenden Kollisionsrechts

Vertreten wurde eine Anwendung der für die Ehe maßgeblichen Kollisionsnormen.¹⁷⁴ Dafür wurde angeführt, dass, sofern eine Rechtsordnung heterosexuellen und gleichgeschlechtlichen Paaren dasselbe Rechtsinstitut zur Verfügung stelle, für das Kollisionsrecht nichts anderes gelten könne.¹⁷⁵ Die Voraussetzung der Geschlechterverschiedenheit für die Eheschließung¹⁷⁶ hindere die Subsumtion unter den kollisionsrechtlichen Ehebegriff nicht, da dieser mithilfe der funktionalen Qualifikation zu bestimmen und weiter als der des materiellen Rechts sei.¹⁷⁷ Da der deutsche Gesetzgeber den Partnern bewusst die Eingehung einer Ehe i.R.d GG versagt habe und die Verweisung auf das Recht des registerführenden Staats zu einer beliebigen Durchbrechung dieses Prinzips führe, sollte insb. Art. 17b a.F. nicht gelten.¹⁷⁸ Dass Art. 17b Rechtsinstitute erfassen sollte, die mit der eingetragenen Lebenspartner-schaft vergleichbar seien, bedeute nicht, dass alle rechtlich verfestigten gleichgeschlechtlichen Partnerschaften dieser Regelung unterfielen.¹⁷⁹ Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots hätte eine Gleichstellung mit der eingetragenen Lebenspartner-schaft die gleichgeschlechtliche Ehe darüber hinaus auf fragwürdige Weise bevorzugt, indem mit ihr die Möglichkeit der mittelbaren Wahl des Wirkungsstatuts verbunden gewesen wäre.¹⁸⁰ Denn die Anknüpfung an den Registrierungsort sei Anknüpfung an ein von den Parteien beeinflussbares Merkmal.¹⁸¹

b. Andererseits: Anwendung des für eingetragene Lebenspartnerschaften geltenden Kollisionsrechts

Allerdings habe auch entscheidend gegen die Anwendung des für die Ehe geltenden Kollisionsrecht gesprochen, dass dies die Schließung einer gleichgeschlechtlichen Ehe erschwerte.¹⁸² Nach Art. 13 I hätte in diesem Fall für jeden Verlobten das Recht des Staates Anwendung gefunden, dem er angehört. In letzter Konsequenz hieße dies, dass eine unter anderem Recht geschlossene Ehe nach deut-schem IPR bereits dann unwirksam gewesen wäre, wenn das Heimatrecht nur eines Ehegatten die Eheschließung untersage.¹⁸³

Nach anderer Ansicht sollten deshalb die für eingetragene Lebenspartnerschaften geltenden Kollisionsnormen Anwendung finden.¹⁸⁴ Ändere ein ausländischer Gesetzgeber den Ehebegriff des eigenen Sachrechts, so führe dies nicht automatisch dazu, dass auch der Ehebegriff im deutschen IPR eine entsprechende Erweiterung erfahre.¹⁸⁵ Das Institut der Ehe habe nach deutscher Auffassung als „unantastbaren Ordnungskern“¹⁸⁶ vorausgesetzt, dass die Partner verschiedenen Geschlechts seien.¹⁸⁷ Die Anknüpfung an die Heimatrechte der Beteiligten nach Art. 13 I hätte darüber hinaus zu einem unangemessenen Ergebnis geführt, welches das Ziel des Gesetzgebers, die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften zu bekämpfen,¹⁸⁸ verfehlt hätte.¹⁸⁹

c. Der Beschluss des BGH vom 20.04.16

Dieser (zweiten) Ansicht schloss sich auch der BGH mit einem Beschluss vom 20.04.16 an.¹⁹⁰ Für den BGH entscheidend war, dass die Behandlung der gleichgeschlechtlichen Ehe nach Art. 13 zur Folge hätte, dass entgegen dem Normzweck des Art. 17b die im Ausland geschlossene Ehe in Deutschland von vornherein weder als

¹⁷² Vgl. ebd.

¹⁷³ MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 143ff.; Köhler, IPR, Rn. 436.

¹⁷⁴ Gebauer/Staudinger IPRax 2002, 275 (277); Hoffmann/Thorn, IPR, § 8 Rn. 73b; Köhler, IPR, Rn. 436f.; Röthel IPRax 2002, 496 (498).

¹⁷⁵ Köhler, IPR, Rn. 437.

¹⁷⁶ Siehe allein BVerfG NJW 1993, 3058 (3058) sowie BGH NJW 2016, 2322 (2325).

¹⁷⁷ Durantaye IPRax, 2019, 281 (283); Röthel IPRax 2002, 496 (498); Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (592).

¹⁷⁸ Palandt/Heldrich (76. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 1.

¹⁷⁹ So aber BGH NJW 2016, 2322 (2325); a.A. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (592); siehe dazu auch Durantaye IPRax 2019, 281 (283).

¹⁸⁰ Palandt/Heldrich (76. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 1; so auch Mankowski IPRax 2017, 541 (543f.).

¹⁸¹ Mankowski IPRax 2017, 541 (544).

¹⁸² So Heiderhoff IPRax 2017, 160 (164) und Köhler, IPR, Rn. 437.

¹⁸³ MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 147; Heiderhoff IPRax 2017, 160 (164); Köhler, IPR, Rn. 437.

¹⁸⁴ Siehe allein KG FamRZ 2011, 1525; OLG Zweibrücken NJW-R 2011, 1156; Boele-Woelki/Fuchs/Martiny, Legal Recognition, S. 198; Heiderhoff IPRax 2017, 160 (164); Henrich FamRZ 2002, 137 (138); Sieberichs IPRax 2008, 277 (278); Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 177a.

¹⁸⁵ Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 178.

¹⁸⁶ KG FamRZ 2011, 1525 sowie Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 179.

¹⁸⁷ So BVerfG NJW 1993, 3058 (3058); Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 179.

¹⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 14/3751, S. 60.

¹⁸⁹ MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 21, 147.

¹⁹⁰ BGH NJW 2016, 2322.

Ehe noch als eingetragene Lebenspartnerschaft Wirkung entfalten könnte.¹⁹¹ Art. 17b solle jedoch die Anerkennung von im Ausland geschlossenen, gleichgeschlechtlichen Partnerschaften gewährleisten.¹⁹² Daher habe die Regelung alle ausländischen Arten rechtlich verfestigter gleichgeschlechtlicher Partnerschaften einem weiten Begriff der eingetragenen Lebenspartnerschaften unterfallen lassen, wenn mit der Gleichgeschlechtlichkeit der Partner und der Rechtsförmlichkeit der Statusbegründung die beiden Grundvoraussetzungen erfüllt seien.¹⁹³

Der BGH entschloss sich damit für den Weg, den auch der Gesetzgeber ein Jahr später gehen würde.¹⁹⁴

2. Die Einführung des Art. 17b IV a.F.¹⁹⁵

Art. 2 § 4 Nr. 2 des EÖG ordnete an, dass Art. 17b I-III für die gleichgeschlechtliche Ehe entsprechend gelten sollten.¹⁹⁶

Im Zuge der eilig vorgenommen kollisionsrechtlichen Absicherung der am 01.10.17 eingeführten „Ehe für alle“ wurde zu diesem Zweck der Art. 17b IV eingeführt.¹⁹⁷ Der Gesetzgeber entschied sich somit dafür, die gleichgeschlechtliche Ehe nicht als Ehe i.S.d. Art. 13ff. zu qualifizieren.¹⁹⁸ Ziel sei, dieser Ehe, losgelöst vom Heimatrecht der Betroffenen, rechtliche Gültigkeit zu verleihen.¹⁹⁹

Mit der Einführung des Art. 17 IV a.F. blieben allerdings etwaige Rechtsunsicherheiten insb. im Hinblick auf die Anwendbarkeit der für die Ehe geltenden Kollisionsnormen, die der Gesetzgeber in der Folge zu beseitigen versuchte.²⁰⁰ Daher wurden die Regelungen zur gleichgeschlechtlichen Ehe in Art. 17b IV und V zuletzt am 31.03.20²⁰¹ um die aktuellen Verweise ergänzt.²⁰²

II. Das Kollisionsrecht – Ein Versagen des Gesetzgebers?

Das EÖG sah erstmalig den neuen Art. 17b IV a.F. als spezielle Kollisionsregel für gleichgeschlechtliche Ehen vor. Der Entwurf des EÖG lässt sich auf die Fraktion Die Linke²⁰³ zurückführen, den die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen²⁰⁴ sowie der Bundesrat²⁰⁵ später wörtlich kopierten. Ursprünglich sollte er jedoch nur als Statement dienen.²⁰⁶ Konsequenterweise weist das heute geltende Kollisionsrecht, das noch immer auf dem Art. 17b IV a.F. fußt, an vielen Stellen Unstimmigkeiten auf. Dem IPR werden nicht zuletzt „schlechte handwerkliche Qualität“²⁰⁷ und das Fehlen eines einheitlichen Systems²⁰⁸ vorgeworfen. Der folgende Teil dieser Arbeit beschäftigt sich mit den kritikfähigen Elementen des für gleichgeschlechtliche Ehen geltenden Kollisionsrechts.

1. Verfassungsmäßigkeit des Art. 17b IV – Die indirekte Rechtswahlmöglichkeit für Homosexuelle

Allen voran stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des eingeführten Art. 17b IV, denn auch das Internationale Privatrecht ist an den Grundrechten zu messen.²⁰⁹ Gleichgeschlechtliche Ehen werden nicht der heterosexuellen Ehe, sondern der eingetragenen Lebenspartnerschaft gleichgestellt. Dies führt gerade dadurch zu einer Ungleichbehandlung, dass gleichgeschlechtliche Paare indirekt die Möglichkeit haben, eine Rechtswahl zu treffen. Verschiedengeschlechtlichen Paaren steht diese Möglichkeit nicht zu. Vielmehr richten sich bei ihnen für jeden Verlobten die Voraussetzungen der Eheschließung gem. Art. 13 I nach dem Recht des Staates, dem er angehört. Die vom Gesetzgeber gewählte Anknüpfung für gleichgeschlechtliche Paare führt letztlich zu einer materiellen Privilegierung und gleichzeitig zu einer Benachteiligung

¹⁹¹ BGH NJW 2016, 2322 (2325); als weiteres Argument sah der BGH die Kappungsgrenze in Art. 17b IV a.F., die mittlerweile jedoch nicht mehr Gesetz ist und daher in dieser Arbeit nicht gesondert behandelt wird.

¹⁹² BGH NJW 2016, 2322 (2325); siehe insoweit zu Art. 17a a.F. auch Wagner IPRax 2001, 281 (288).

¹⁹³ BGH NJW 2016, 2322 (2325) m.w.N.

¹⁹⁴ So auch Durantaye, IPRax 2019, 281 (283).

¹⁹⁵ Gemeint ist Art. 17b IV in seiner Fassung vom 01.10.17 bis 21.12.18.

¹⁹⁶ BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 76.

¹⁹⁷ Ebd.

¹⁹⁸ Durantaye IPRax 2019, 281 (282); vgl. Mankowski, NJW 2019, 465 (470); siehe auch Mankowski, IPRax 2017, 541 (543): „Das deutsche Kollisionsrecht verwendet [...] zwei verschiedene Ehebegriffe, einen für die verschieden- und einen für die gleichgeschlechtliche Ehe.“

¹⁹⁹ Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593); vgl. auch Löhnig, NZFam 2017, 1085 (1085).

²⁰⁰ Siehe dazu BT-Drs. 19/4670, S. 27; Heiderhoff, IPRax 2018, 1 (3); Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (596).

²⁰¹ Davor zuletzt geändert zum 29.01.19 sowie davor zum 22.12.18; diese Änderungen sind jedoch entweder in der aktuellen Fassung noch enthalten oder für den eingeschränkten Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ohne Bedeutung.

²⁰² Siehe auch BT-Drs. 19/4670, S. 27.

²⁰³ BT-Drs. 18/8.

²⁰⁴ BT-Drs. 18/5098.

²⁰⁵ BR-Drs. 273/15.

²⁰⁶ Mankowski, IPRax 2017, 541 (550).

²⁰⁷ Siehe zum Begriff Mankowski, IPRax 2017, 541 (550).

²⁰⁸ Siehe dazu Durantaye, IPRax 2019, 281 (281).

²⁰⁹ BVerfGE 31, 58.

verschiedengeschlechtlicher Paare.²¹⁰ Eine solche Ungleichbehandlung muss sich an Art. 3 I GG, Art. 3 III 1 GG und Art. 6 I GG messen lassen.²¹¹

a. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 I GG

Der allgemeine Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn zwei Gruppen von Normadressaten unterschiedlich behandelt werden, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.²¹²

aa. Ungleichbehandlung von Gleichen

In einem ersten Schritt müsste es sich bei der gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehe also um etwas Gleiches handeln.

(1) Gleichgeschlechtliche Ehen als „Ehe“ i.S.d. Art. 6 I GG?

Zu untersuchen ist, ob die gleichgeschlechtliche Ehe ebenfalls unter den Schutz des Art. 6 I GG fällt und damit auf allen Ebenen der verschiedengeschlechtlichen Ehe gleichgestellt ist.²¹³

Das BVerfG hat in der Vergangenheit immer wieder festgestellt, dass „Ehe“ i.S.d. Art. 6 I GG die unter Mitwirkung des Staats geschlossene, auf Dauer angelegte, auf freiem Entschluss und der Gleichberechtigung der Partner beruhende Lebensgemeinschaft von Mann und Frau meine.²¹⁴ Daraus sowie aus dem Gesetzgebungsverfahren lasse sich ableiten, dass der Gesetzgeber die Geschlechterverschiedenheit als eines der Kernmerkmale des Ehebegriffs i.S.d. Art. 6 I GG betrachte.²¹⁵ So könnte man annehmen, dass gleichgeschlechtliche Ehen nicht dem Schutz des Art. 6 I GG unterliegen. Dafür spreche insb., dass die Ehe als Vorstufe der Familie betrachtet werde und ihr daher gerade die Fortpflanzungsfähigkeit zu eigen ist, die einer gleichgeschlechtlichen Ehe fehle.²¹⁶

Dennoch lässt sich dagegenhalten, dass Art. 6 I GG nicht als bewusste Entgegenseitung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen konzipiert wurde, da sich der damalige Parlamentarische Rat schlichtweg überhaupt nicht mit dieser Frage beschäftigte.²¹⁷ Auch die Argumentation, dass der Ehe Fortpflanzungspotenzial innewohne und sie insoweit als Vorstufe zur Familie betrachtet werde, trägt insoweit nicht, als unter den Familienbegriff des Art. 6 I GG auch nicht eheliche Familien und gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern fallen.²¹⁸

(2) Am Ende gleich i.S.d. Art. 3 I GG

Eine Entscheidung bzgl. der Reichweite des Schutzes des Art. 6 I GG kann an dieser Stelle jedoch dahingestellt bleiben. Denn eine Gleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlicher Ehe ist bereits aus dem Grund geboten, dass beide nach geregelterem Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar bzw. im Wesentlichen gleich sind.²¹⁹ Die Regelung des auf die Eheschließung anwendbaren Rechts betrifft gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare gleichermaßen. Zwar sind homosexuelle und heterosexuelle Ehen international noch unterschiedlich geregelt, und gerade homosexuelle Ehen nicht überall zulässig.²²⁰ I.R.v. Art. 3 I GG ist Gleichheit in jeder Hinsicht aber auch nicht erforderlich.²²¹ Vor diesem Hintergrund ergeben sich keine Unterschiede solcher Art, dass die ungleiche Behandlung schon unbedenklich ist, weil es sich gar nicht um vergleichbare Normadressatengruppen handelt. Die vorgesehene Ungleichbehandlung durch Gewährung der indirekten Rechtswahlfreiheit nur für gleichgeschlechtliche Paare bedarf somit einer Rechtfertigung.

bb. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal ergeben sich aus Art. 3 I GG unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz reichen.²²² Bei einer Ungleichbehandlung, die ihren Anknüpfungspunkt in

²¹⁰ Vgl. Mankowski IPRax 2017, 541 (543f.).

²¹¹ Zum Verhältnis des EGBGB zum GG MüKoBGB/Hein, Einl. IPR Rn. 45; in die Richtung eines verfassungsrechtlichen Verstoßes deutend Mankowski, IPRax 2017, 541 (551).

²¹² Manssen, StaatsR II, § 34 Rn. 920 mit Verweis auf BVerfGE 55, 72 (88).

²¹³ Dies als Voraussetzung für die Vergleichbarkeit i.R.d. Art. 3 I GG nennend Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²¹⁴ Vgl. nur BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 62, 323 (330).

²¹⁵ Ipsen NVwZ 2017, 1096 (1097).

²¹⁶ Vgl. Ipsen NVwZ 2017, 1096 (1098f.); so auch BeckOK GG/Uhle, Art. 6 Rn. 4.

²¹⁷ Brosius-Gersdorf NJW 2015, 3557 (3560); vgl. für gleichgeschlechtliche Eltern BVerfGE 133, 59 (79).

²¹⁸ Siehe dazu Brosius-Gersdorf NJW 2015, 3557 (3561) m.w.N.

²¹⁹ Vgl. zur gebotenen Gleichbehandlung im Falle der Vergleichbarkeit BVerfGE 124, 199; 126, 400.

²²⁰ Zu einem Überblick über die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennende Staaten siehe JurisPK-BGB/Duden, Art. 17b EGBGB Rn. 11.

²²¹ Vgl. BeckOK GG/Kischel, Art. 3 Rn. 15.

²²² BVerfGE 126, 400 (416); 97, 169 (180f.).

der Person, also z.B. in ihrer sexuellen Orientierung, findet, unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Gleichheitsprüfung.²²³ Die Entscheidung des Einzelnen für eine gleich- oder verschiedengeschlechtliche Ehe hängt evident untrennbar mit der sexuellen Orientierung zusammen.²²⁴ Insofern müssten also Unterschiede von einem Gewicht bestehen, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung ist darin zu sehen, dass bei einer Anknüpfung nach Art. 13 einem deutschen Staatsangehörigen die Eheschließung dann verwehrt würde, wenn er die Ehe mit einem ausländischen Partner schließen will, dessen Heimatrecht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkennt.²²⁵ Dies würde eine Beeinträchtigung seiner Eheschließungsfreiheit bedeuten,²²⁶ die durch Art. 6 I GG geschützt wird.²²⁷ Deren Schutz auch für gleichgeschlechtliche Paare zu gewährleisten, stellt ein legitimes Ziel der Ungleichbehandlung dar.²²⁸ Warum sich der Gesetzgeber nicht z.B. für eine Anknüpfung an das Registerstatut, die sowohl für gleich- als auch für verschiedengeschlechtliche Ehen gilt, oder für eine lediglich subsidiäre Anknüpfung an das Registerstatut entschieden hat, bleibt zwar fraglich.²²⁹ Dies ändert jedoch nichts an der Legitimität des verfolgten Ziels.

Im nächsten Schritt lasse sich auch an der Erforderlichkeit des Art. 17b IV 1 zweifeln, denn über die besondere Kollisionsnorm des Art. 13 II finde zumindest in den Fällen ohnehin deutsches und die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennendes Recht Anwendung, in denen eine enge Verbindung zu Deutschland aufgrund von Staatsangehörigkeit oder gewöhnlichem Aufenthalt gegeben sei.²³⁰ Lediglich in den Fällen, in denen keine solche enge Verbindung vorliege, führe eine Anknüpfung nach Art. 17b I 1 zu einem anderen Ergebnis.²³¹ Allerdings steht dem Gesetzgeber i.R.d.

Erforderlichkeit ein weiter Einschätzungsspielraum zu.²³² Vor diesem Hintergrund lässt sich die Erforderlichkeit gerade damit begründen, dass auch in den übrigen Fällen die Eheschließungsfreiheit ausreichend geschützt werden muss.²³³ Der Schutz der Eheschließungsfreiheit liefert daher einen ausreichend gewichtigen Grund für die Ungleichbehandlung.²³⁴

cc. Ergebnis zu Art. 3 I GG

Die Ungleichbehandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehe wirft zwar verfassungsrechtliche Fragen auf, die einer strengen Prüfung unterzogen werden müssen. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt letztendlich jedoch ebendiese Ungleichbehandlung. Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG ist daher nicht feststellbar.²³⁵

b. Verbot der Geschlechterdiskriminierung, Art. 3 III 1 GG

Denkbar ist auch, dass die Ungleichbehandlung gegen das Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht verstößt.²³⁶ Verboten ist danach jedoch nur jede Ungleichbehandlung, die an die Eigenschaft des Grundrechtsträgers als Mann oder Frau anknüpft, und gerade nicht eine solche, die nach der sexuellen Orientierung differenziert.²³⁷ Durch die indirekt gewährte Rechtswahlfreiheit in Art. 17b IV 1 i.V.m. I werden Männer und Frauen jedoch nicht unterschiedlich behandelt, denn die sexuelle Orientierung hängt gerade nicht mit dem Geschlecht zusammen.

c. Schutz der Ehe, Art. 6 I GG

Schließlich ist auch ein Verstoß gegen Art. 6 I GG denkbar. Art. 6 I GG stellt die Ehe unter den besonderen Schutz des Staates.²³⁸ Er wirkt als besonderer Gleichheitssatz und verwehrt es dem Staat, die Ehe zu benachteiligen.²³⁹ Ging man nun mit der wohl (noch) herrschenden Ansicht²⁴⁰ davon aus, dass die gleichgeschlechtliche Ehe nicht unter den Ehebegriff des Art. 6 I GG falle, so bedürfte die

²²³ BVerfGE 126, 400 (417, 419); vgl. auch BVerfGE 88, 87 (96).

²²⁴ Vgl. noch zur eingetragenen Lebenspartnerschaft BVerfGE 126, 400 (419).

²²⁵ Vgl. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²²⁶ Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²²⁷ Weitergehend zur Eheschließungsfreiheit BeckOK GG/Uhle, Art. 6 Rn. 22 m.w.N.

²²⁸ Krit. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²²⁹ Siehe insb. BT-Drs. 19/4670 S. 27, die eine diesbzgl. Auseinandersetzung missen lässt.

²³⁰ Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²³¹ Vgl. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²³² BeckOK GG/Huster/Rux, Art. 20 Rn. 196.1; dies letztlich auch zugebend Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²³³ Krit. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²³⁴ So auch BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 85.

²³⁵ A.A. ohne Begründung Palandt/Thorn, Art. 13 EGBGB Rn. 5.

²³⁶ In diese Richtung deutend Mankowski IPRax 2017, 541 (551).

²³⁷ Maunz/Dürig/Langenfeld, Art. 3 III Rn. 42.

²³⁸ Epping, Grundrechte, Rn. 504.

²³⁹ Ebd., Rn. 511.

²⁴⁰ Siehe allein Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 Rn. 4; BeckOK GG/Uhle, Art. 6 Rn. 4 m.w.N.

Schlechterstellung der heterosexuellen Ehe im Hinblick auf die Gewährung der indirekten Rechtswahl einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese ist allerdings auch i.R.v. Art. 6 I GG im Schutz der Eheschließungsfreiheit für gleichgeschlechtliche Paare zu sehen.²⁴¹

d. Ergebnis zur Verfassungsmäßigkeit

Die Regelungen für gleichgeschlechtliche Ehen mit grenzüberschreitendem Bezug weisen zwar *prima facie* eine fragwürdige Ungleichbehandlung auf. Das IPR lässt mit Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 eine indirekte Rechtswahl für sie zu, die verschiedengeschlechtlichen Paaren nicht zuteilwird. Die Begründung des Gesetzgebers für die Registeranknüpfung ist jedoch nachvollziehbar und sichert die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich ab.

2. „Das Auslaufmodell wird zum Referenzpunkt“²⁴²

Der Gesetzgeber hat sich mit Art. 17b IV 1 dafür entschieden, auf die gleichgeschlechtliche Ehe die Regelungen zur eingetragenen Lebenspartnerschaft entsprechend anzuwenden. Dies verwundert insoweit, als dass eine eingetragene Lebenspartnerschaft gem. § 1 S. 1 LPartG nach dem 30.09.17 nicht mehr begründet werden kann. Damit hat der Gesetzgeber sich für einen Verweis auf Regelungen entschieden, die seit dem 01.10.17²⁴³ im deutschen Sachrecht nur noch für Altfälle aus der Zeit vor dem EÖG und für im Ausland begründete Lebenspartnerschaften gelten.²⁴⁴ Die Begründung für diese Entscheidung ist nachvollziehbar. Sie wäre jedoch insofern zu überdenken, als dass die „Regelung für das Auslaufmodell zum Referenzpunkt [wird], während das heute schon wichtigere und in Zukunft relativ noch mehr an Bedeutung gewinnende Institut [der gleichgeschlechtlichen Ehe] nur im Wege einer Verweisung normiert wird“.²⁴⁵ Eine Erklärung dafür, warum die gleichgeschlechtliche Ehe nicht Kern der Regelungen ist, liefert der Gesetzgeber nicht.²⁴⁶

Im Hinblick auf die wachsende Bedeutung der gleichgeschlechtlichen Ehe und die eingetragene Lebens-

²⁴¹ Siehe dazu bereits unter C.II.1.a.bb.

²⁴² Formulierung von Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

²⁴³ Siehe auch BT-Drs. 19/4670, S. 28.

²⁴⁴ Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

²⁴⁵ Zitat von Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

²⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 19/4670, S. 27.

²⁴⁷ Formulierung von Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

²⁴⁸ So auch Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

²⁴⁹ Hervorhebungen durch den Verfasser.

²⁵⁰ Siehe auch Mankowski IPRax 2017, 541 (543).

²⁵¹ Darauf hindeutend auch Mankowski IPRax 2017, 541 (551).

²⁵² Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

²⁵³ BT-Drs. 19/4670, S. 20.

²⁵⁴ Ebd.

partnerschaft als „Kind einer Zwischenzeit“²⁴⁷ wäre es begrüßenswert (gewesen), wenn die gleichgeschlechtliche Ehe den Kern der Kollisionsregelungen bilden würde, die ihrerseits einen Verweis auf die eingetragene Lebenspartnerschaft enthielten.²⁴⁸ So aber wird der Mangel einer deutschen Kollisionsregel sichtbar, die der gleichgeschlechtlichen Ehe mehr Bedeutung verleiht. Ein Mangel, der sich angesichts der fehlenden Begründung nur der übereilten Handlung oder – schlimmstenfalls – der Faulheit des Gesetzgebers zuschreiben lässt.

3. Gibt es noch die „eine“ Ehe?

Während dem seit dem 01.10.17 geltenden § 1353 I 1 BGB nur ein Ehebegriff innewohnt, nämlich der, nach welchem die Ehe „von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen“²⁴⁹ wird, kennt das EGBGB mit Art. 13 und Art. 17b IV 1 zwei verschiedene Ehebegriffe.²⁵⁰ Konsequenz ist bzw. könnte sein, dass Unklarheiten im Hinblick darauf bestehen, was der Ehebegriff in weiteren Normen meint.²⁵¹ Zwar können sich sach- und kollisionsrechtlicher Ehebegriff aus funktionalen Gründen unterscheiden.²⁵² Auf bestehende Rechtsunsicherheiten weisen jedoch auch die Nachbesserungen des Gesetzgebers hin, welcher z.B. mit Art. 17b V einige für die verschiedengeschlechtliche Ehe geltenden Kollisionsnormen des EGBGB für entsprechend anwendbar erklärt. Dazu schreibt sogar der Gesetzgeber selbst, dass die Entscheidung für die Gleichstellung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft im IPR zu ergänzendem Klarstellungsbedarf im Hinblick auf kollisionsrechtliche Regelungen führt, die ihrerseits auf die Ehe Bezug nehmen.²⁵³ Die bestehende Rechtsunsicherheit in diesem Punkt hätte sich von vornherein durch eine einheitliche Anknüpfung vermeiden lassen, die der Gesetzgeber aber „zukünftigen Reformüberlegungen“ überlässt.²⁵⁴ Warum er hier nicht *a priori* sauber arbeitet, bleibt fraglich.

4. Abschied von der Blindheit des IPR

Der Gesetzgeber entschied sich für die Einführung des Art. 17b IV, um die Wirksamkeit gleichgeschlechtlicher Ehen zu gewährleisten.²⁵⁵ Die inhaltliche Ausgestaltung ausländischer Rechtsordnungen bewertete er demgemäß indirekt durch die Einführung eines an den Eheschließungsort anknüpfenden Kollisionsrechts. Denn auf diese Art findet z.B. im Falle einer gleichgeschlechtlichen Eheschließung im Inland immer deutsches Recht Anwendung, welches diese Art der Ehe anerkennt.

Damit kehrt er sich von einem Grundsatz des IPR ab, wonach von der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen auszugehen sei.²⁵⁶ Das IPR achte nicht darauf, wie die in Betracht kommenden Rechtsordnungen inhaltlich ausgestaltet seien, sondern verweise *blind* auf das Recht des Staates mit der engsten Verbindung.²⁵⁷

Die Blindheit des IPR ist jedoch lediglich ein Ideal oder gar ein Mythos.²⁵⁸ Die deutschen Regelungen zur gleichgeschlechtlichen Ehe seien zwar ein Extrembeispiel für seine Materialisierung.²⁵⁹ Allerdings sollen die für die Ehebegründung geltenden Kollisionsnormen vor allem auch Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit im Hinblick auf die Ehewirksamkeit gewährleisten, und zumindest den Versuch unternehmen, sog. hinkende Ehen²⁶⁰ zu verhindern.²⁶¹ Insofern gebietet gerade auch das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit eine Durchbrechung der Anknüpfung an das Heimatrecht, wie sie Art. 13 I grds. für verschiedengeschlechtliche Ehen vorsieht.²⁶² Dies zeigt nicht zuletzt die in Art. 13 II normierte Ausnahme vom Staatsangehörigkeitsgrundsatz in Folge der Spanier-Entscheidung des BVerfG.²⁶³ Nichts anderes gilt für die Eheschließungsfreiheit gleichgeschlechtlicher Paare.

Das IPR mag also zwar einen seiner Ursprünge in der Neutralität haben. Die Grundrechte als Teil unserer Rechtsstaatlichkeit²⁶⁴ sind dabei jedoch zu beachten. Dazu gehört nicht zuletzt die Garantie der wirksamen Eheschließung, die es dem Gesetzgeber gestattet, dem Grundsatz der Gleichbehandlung inländischen und ausländischen Rechts entgegenzutreten.

5. Und dennoch: Klarheit in wenigen Punkten?

Der Gesetzgeber hat zumindest in einigen wenigen Punkten Klarheit zu schaffen versucht.²⁶⁵ Dies wirft die Frage nach dem Erfolg dieser Versuche auf.

a. Verweis auf die Rom III-VO

Die Anwendbarkeit der Rom III-VO auf gleichgeschlechtliche Ehen wurde vor der „Ehe für alle“ in Deutschland überwiegend abgelehnt.²⁶⁶ Nach Inkrafttreten des Art. 17b IV in seiner Fassung vom 01.10.17 bis 21.12.18 war sodann fraglich, ob die Rom III-VO auch für gleichgeschlechtliche Ehen gilt, denn ausdrücklich äußert sich die Verordnung zu dieser Frage nicht.²⁶⁷ Im Gegenteil nimmt sie die Entscheidung über die Gültigkeit der Ehe nach Art. 1 II lit. b Rom III-VO aus ihrem sachlichen Anwendungsbereich heraus und überlässt sie nach ErwG 10 den Kollisionsnormen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat anzuwenden sind.

Mit der Neufassung des Art. 17 IV 1 hat der Gesetzgeber nunmehr einen Hinweis eingeführt, wonach sich das auf die Scheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendende Recht nach der Rom III-VO richtet.²⁶⁸ Auch wenn die Rom III-VO durch ihre Anknüpfungen zu einem Recht führen kann, das die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt, lassen sich aufkommende Unklarheiten über Methodik und notfalls über die Verweigerungsmöglichkeit des Art. 13 Alt. 2 Rom III-VO lösen.²⁶⁹ Insoweit hat der Gesetzgeber für die nötige Klarheit gesorgt.

²⁵⁵ Vgl. dazu BT-Drs. 19/4670, S. 27.

²⁵⁶ Durantaye IPRax 2019, 281 (281) mit Verweis auf Savigny, System VIII, S. 27f.; siehe auch Junker, IPR, § 4 Rn. 22.

²⁵⁷ Vgl. Weller RabelsZ 81 (2017), 747 (751f.); die Frage, wie neutral oder wertungsgeladen das IPR generell ist und sein sollte, geht über diese Arbeit hinaus.

²⁵⁸ So etwa Durantaye IPRax 2019, 281 (282).

²⁵⁹ Durantaye IPRax 2019, 281 (282); siehe auch Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (30).

²⁶⁰ Eine hinkende Ehe liegt dann vor, wenn sie nach einer Rechtsordnung wirksam ist, nach einer anderen jedoch nicht, siehe dazu Rauscher, IPR, Rn. 727.

²⁶¹ So auch Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (30).

²⁶² So zu Art. 13 II Rauscher, IPR, Rn. 711.

²⁶³ Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (31).

²⁶⁴ Vgl. Maunz/Dürig/Grzesick, Art. 20 Rn. 24, 50.

²⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 19/4670, S. 20, 27.

²⁶⁶ Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 13; NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 29; Pietsch NJW 2012, 1768 (1768).

²⁶⁷ Siehe insoweit NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 21.

²⁶⁸ Vgl. NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 27; BT-Drs. 19/4670, S. 27: Die Anwendbarkeit der Rom III-VO „wird im neuen Absatz 4 klargestellt, um insoweit Rechtsunsicherheit zu vermeiden“.

²⁶⁹ Siehe dazu bereits unter B.II.2.1.e.

b. Annäherung an die verschiedengeschlechtliche Ehe durch Art. 17b V

Schließlich bezweckt der neue Art. 17b V die Klarstellung, dass solche Kollisionsnormen des EGBGB, die bisweilen auf die Ehe Bezug nehmen, auch für die gleichgeschlechtliche Ehe gelten.²⁷⁰ Damit schafft der Gesetzgeber *prima facie* dahingehende Klarheit, dass der Begriff der Ehe zumindest im EGBGB (von Art. 13 abgesehen) auch die gleichgeschlechtliche Ehe mitumfasst. Diese Annäherung an eine möglichst parallelaufende Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehe im deutschen IPR ist begrüßenswert.²⁷¹

III. Gesamtbetrachtung zu C. und Ausblick

Vor Inkrafttreten des EÖG war die kollisionsrechtliche Handhabung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland umstritten. Möglich waren eine Anwendung des für die verschiedengeschlechtliche Ehe geltenden Art. 13 oder des Art. 17b I, der bei eingetragenen Lebenspartnerschaften auf das Registerstatut verweist. Diesen Streit vermochte der BGH insofern aufzulösen, als er sich für die Ansicht entschied, die eine Gleichbehandlung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft verfolgte. Diesem Weg folgte später auch der Gesetzgeber mit der Einführung des Art. 17b IV a.F.

Damit tat er gleichgeschlechtlichen Paaren den Gefallen, ihrer Eheschließung zur Gültigkeit zu verhelfen. Auch die Abkehr vom Grundsatz der Neutralität des IPR ist insofern begrüßenswert, als auf diesem Wege der Eheschließungsfreiheit zur Geltung verholfen wird.

Nichtsdestotrotz wurde ein zweiter Ehebegriff eingeführt, der zu Unklarheiten in sonst auf die Ehe Bezug nehmenden Gesetzen führt. Überdies ist der Verweis auf das „Auslaufmodell“ zu hinterfragen. Die in Zukunft wohl weitaus relevanter werdende gleichgeschlechtliche Ehe hätte vielmehr zum Hauptregelungsgegenstand gemacht werden sollen. Schließlich führte der Weg des Gesetzgebers auch zu einer verfassungsrechtlich zumindest zu hinterfragenden Ungleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehen.

Vor diesem Hintergrund ist eine Reform insb. des in Art. 17b IV und V enthaltenen IPR wünschenswert. Denkbar wäre insb. eine einheitliche Kollisionsnorm für verschieden- und gleichgeschlechtliche Ehen, die an den Eheschließungsort anknüpft.²⁷² Dies hätte den Vorteil, den Ehebegriff des EGBGB zu vereinheitlichen und die zu hinterfragende Ungleichbehandlung zu beseitigen. Darüber hinaus wäre die gleichgeschlechtliche gemeinsam mit der verschiedengeschlechtlichen Ehe der Hauptregelungsgegenstand der entsprechenden Kollisionsnormen, wodurch auch die insoweit komplizierte Verweisungstechnik in den aktuellen Art. 17b IV und V obsolet würde.

D. Fazit

„Die Ehe für alle gibt es im IPR nicht.“²⁷³

Kein anderes „Geshmäckle“ hinterlässt ein kritischer Blick auf die für gleichgeschlechtliche Ehen geltenden Kollisionsnormen. Das IPR enthält *de facto* zwei Ehebegriffe. Den Mut zu einer einheitlichen Anknüpfung – also schlicht zur „Ehe für alle“ – hatte der Gesetzgeber auf diesem Terrain nicht.

Dennoch ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, die Gültigkeit gleichgeschlechtlicher Ehen zu garantieren,²⁷⁴ nobel. Zu diesem Zweck erklärt er im Art. 17b IV 1 die Art. 17b I-III für entsprechend anwendbar. Auf diesem Weg findet gerade für die Begründung, aber auch für die allgemeinen Ehewirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe das Recht des registerführenden Staats Anwendung.

Auch eine Annäherung an die verschiedengeschlechtliche Ehe nahm der Gesetzgeber durch den Verweis auf die Rom III-VO vor, die somit für die Scheidung der gleichgeschlechtlichen Ehe Anwendung findet. Dies mag zur Anwendung eines Rechts führen, welches die gleichgeschlechtliche Ehe gar nicht anerkennt. Diese Verweise lassen sich jedoch in einer Zeit, in der sie noch nicht in allen Staaten anerkannt wird, nicht vermeiden. Schließlich werden in Art. 17b V 1 und 2 Kollisionsnormen, die auf die Ehe Bezug nehmen, für entsprechend anwendbar erklärt. Damit sorgte der Gesetzgeber zum einen für Klarheit dahingehend, dass die Ehe im EGBGB wohl in den

²⁷⁰ Siehe BT-Drs. 19/4670, S. 27.

²⁷¹ Siehe allerdings zu Problemen im internationalprivatrechtlichen Abstammungs- und Adoptionsrecht beispielhaft zum Verweis auf Art. 19 I 3 Helms STAZ 2018, 33 (36f.); zu den Verweisen auf Art. 19 I 3 und Art. 22 II 1 Kaiser FamRZ 2019, 845 (852); vgl. zur Problematik vor Einführung des Art. 17b V, die aber stellenweise weiterhin vorhanden ist Mankowski IPRax 2017, 541 (544f.).

²⁷² Ausf. Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (31ff.); siehe auch Durantaye IPRax 2019, 281 (288) sowie Sonnenberger, FS Coester-Waltjen, S. 787, 802.

²⁷³ Zitat von Durantaye IPRax 2019, 281 (289).

²⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 19/4670, S. 27.

meisten Fällen auch die gleichgeschlechtliche Ehe meint. Zum anderen wurde für gleichgeschlechtliche Ehen die Rechtswahlmöglichkeit im Hinblick auf die allgemeinen Ehwirkungen eingeführt, die zu begrüßen ist.

Nichtsdestotrotz wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber sich für eine allseitige Kollisionsnorm entschieden hätte, die an den Eheschließungsort anknüpft. Auf diese Weise hätte er für Klarheit im Hinblick auf die Bedeutung des Ehebegriffs und tatsächlich auch im IPR für die Einführung der „Ehe für alle“ gesorgt. Die Einführung einer einheitlichen Anknüpfung überlässt er jedoch „zukünftigen Reformüberlegungen“.²⁷⁵ Warum er an dieser Stelle nicht ausbessernd tätig wird, scheint vor dem Hintergrund, dass die entsprechenden Argumente bereits hingänglich ausgetauscht sind,²⁷⁶ nicht nachvollziehbar. Der Hinweis der Bundesregierung, dass ein „alle Interessen berücksichtigendes Lösungskonzept [...] erst mittelfristig nach umfangreichen Überlegungen und Konsultationen ausgearbeitet werden“ kann,²⁷⁷ überzeugt insofern nicht. Zumindest jetzt – fast 4 Jahre nach Inkrafttreten des EÖG – wäre eine Reform erstrebenswert.

17b IV 1 EGBGB). Dies ist systematisch wenig kohärent und wirkt unter Umständen – in die eine oder in die andere Richtung – diskriminierend. Dabei mag freilich das eigentliche Problem weniger in der Relevanz des Registerstatuts iSd Art. 17b IV 1 EGBGB liegen als in der generellen Bedeutung des Staatsangehörigkeitsprinzips nach Art. 13 I EGBGB. Weil nämlich die Eingehung gleichgeschlechtlicher Ehen in vielen Ländern der Erde untersagt ist, könnte eine Anknüpfung an Staatsangehörigkeiten in einer Vielzahl von Fällen zur Beachtlichkeit von Eheverboten führen, die rechts- und ordnungspolitisch, jedenfalls nach der Reform des deutschen Sachrechts, mehr als fragwürdig erscheinen. Der Erwartung einer Darstellung und Diskussion dieser komplexen Sachlage galt es in der Arbeit zu entsprechen.

II.

Nach einer (kurzen) Einführung in die Gesamtthematik der Arbeit stellt Verf. Art. 17b IV und V EGBGB dar, und zwar thematisch geordnet nach erstens: Begründung der Ehe, zweitens: Scheidung und Trennung der Ehe sowie drittens: Allgemeine Wirkungen der Ehe.

1.

Dabei beginnt Verf. zunächst mit der Darstellung des sog. Registerstatuts, das vor allem die Eingehung der gleichgeschlechtlichen Ehe nach einem Recht gewährleisten soll, das die gleichgeschlechtliche Ehe auch anerkennt. Hinsichtlich den mit der Form verbundenen Fragen verweist Verf. auf Art. 17b V 1 iVm Art. 13 IV und 11 EGBGB, wobei letztere gerade nicht anzuwenden sind, sondern allein das Registerstatut gilt. Hingegen gilt – der insgesamt umstrittene – Art. 13 III EGBGB entsprechend.

Leider vermisst man ein wenig, welche Bedeutung den sich nach dem Registerstatut zu beurteilenden „materiellen Voraussetzungen der Eheschließung“ letztlich zukommt (z.B. Eheverbote etc.). Etwas vertiefter geht Verf. stattdessen auf die Möglichkeit einer Umwandlung einer nach Auslandsrecht begründeten eingetragenen Lebensgemeinschaft in eine deutsche Ehe ein, die nach § 20a LPartG nicht möglich sei, sondern vielmehr gem. Art. 17b IV 1 iVm I 1 EGBGB neu begründet werden müsse. Streng genommen geht es hierbei aber wohl weniger um eine kollisionsrechtliche Anknüpfungsfrage, sondern wohl eher

GUTACHTEN

I.

Mit der Seminararbeit soll Verf. Stellung beziehen zu der Frage, wie im Internationalen Privatrecht gleichgeschlechtliche Ehen angeknüpft werden. Diese Frage stellt sich schon seit längerer Zeit im Hinblick auf im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen; seitdem das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. I, 2787) allerdings auch in Deutschland die so genannte Ehe für alle eingeführt hat, gilt dies mittlerweile allgemein. Zu beachten ist daher in erster Linie das nunmehr in Art. 17b IV und V EGBGB vorgesehene Regime.

Neben der Darstellung der geltenden Regeln wird eine Analyse erwartet, die die Rechtsentwicklung der jüngeren Zeit kritisch hinterfragt. Auffällig ist hierbei insbesondere, dass die gleichgeschlechtliche Ehe – anders als im deutschen Sachrecht – kollisionsrechtlich nicht der sonstigen Ehe (vgl. Art. 13 ff. EGBGB) gleichgestellt wird, sondern vielmehr der eingetragenen Lebenspartnerschaft (vgl. Art.

²⁷⁵ Ebd., S. 20.

²⁷⁶ So Durantaye IPRax 2019, 281 (288)

²⁷⁷ BT-Drs. 19/4852, S. 43.

um die Auslegung des § 20a LPartG und der Detailfrage nach der Funktionsäquivalenz einer im Ausland geschlossenen eingetragenen Lebenspartnerschaft zu einer nach dem deutschen LPartG begründeten. Verf. verweist noch auf die Anforderungen an eine Registrierung, auf das Vorliegen einer Sachnormverweisung sowie auf den Umgang mit der Anknüpfung von Vorfragen.

2.

Verf. fragt nun nach dem auf die Scheidung und Trennung gleichgeschlechtlicher Ehen anzuwendenden Recht und fragt zunächst nach der Anwendbarkeit der Rom III-VO. Verf. meint, die Rom III-VO überlasse es den Mitgliedstaaten, ob sie auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden ist, welches der deutsche Gesetzgeber in Art. 17b IV 1 EGBGB schließlich angeordnet habe. Dies wird zwar gleichsam wortwörtlich so auch in der Literatur vertreten (Bsp.: BeckOK/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 57), ist aber überaus fraglich, weil die Rom III-VO möglicherweise schon von sich aus auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden ist (so bspw. Calliess/Wiese, Rome Regulations 3rd, Art. 1 Rom III Rn. 11), weshalb der deutsche Gesetzgeber in Art. 17b IV 1 EGBGB letztlich auch nur eine klarstellende Regelung traf (so eben auch ausdrücklich BT-Drucks. 19/4670, S. 27).

Der Sache nach ist es freilich zutreffend, wenn Verf. in der Arbeit anschließend unmittelbar auf die Rom III-VO Bezug nimmt. Die folgenden Ausführungen sind dann auch dem Grunde nach zutreffend, aber in ihrer Allgemeinheit zunächst wenig spezifisch auf die Besonderheiten einer gleichgeschlechtlichen Ehe ausgerichtet und betreffen zum Teil etwas weit ausholend allgemeinere Fragestellungen (Bsp.: gewöhnlicher Aufenthalt). Zutreffend weist Verf. indes auf die Besonderheit hin, dass die Anknüpfungen der Rom III-VO zu Rechtsordnungen führen können, die für die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen gar keine Regelungen kennen, da sie z.B. gleichgeschlechtliche Ehen nicht anerkennen. Verf. plädiert dafür, in diesem Fall das für heterosexuelle Ehen geltende Recht des an sich berufenen Scheidungsstatuts entsprechend anzuwenden. Verf. erläutert nun noch den Verweis des Art. 17b V 1 EGBGB auf Art. 17 I bis III EGBGB.

3.

Anschließend äußert sich Verf. zu den kollisionsrechtlichen Aspekten der allgemeinen Wirkungen einer gleichgeschlechtlichen Ehe. Verf. zählt hierzu nicht die Wirkungen güterrechtlicher, unterhalts-, erb-, abstammungs-,

adoptions- und namensrechtlicher Art. Allgemeine – oder persönliche – Ehwirkungen sind nach Art. 17b V 2 EGBGB einer Rechtswahl nach Art. 14 I EGBGB zugänglich, die Verf. eingehender erläutert. Auch legt Verf. das objektive Anknüpfungsmodell dar, das – etwas überraschend (vgl. BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80) – nicht entsprechend Art. 14 II EGBGB dem allgemeinen Anknüpfungsmodell folgt, sondern für das schlicht das Registerstatut berufen wird. Hierzu wären weitere erklärende Hinweise der/ des Verf. hilfreich gewesen, warum dies der Gesetzgeber wohl so angeordnet hat.

III.

In einem letzten Abschnitt unterwirft Verf. den dargestellten Regelungen nun einer kritischen Betrachtung. Verf. blickt dazu zunächst auf die umstrittene Rechtslage vor der Einführung der Ehe für alle zurück. Dies erhellt, dass es im Kern schon immer darum ging, dem Regime des Art. 13 I EGBGB und der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeiten der Verlobten bei gleichgeschlechtlichen Verbindungen auszuweichen. Denn mit einer derartigen Anknüpfung konnte es nationalen Rechten vorbehalten bleiben, ihren Staatsangehörigen den Zugang zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe zu erschweren.

Vor Einführung der Ehe für alle galt dies freilich ganz augenscheinlich für das deutsche Recht selbst, da für deutsche Verlobte das deutsche Recht die Eingehung einer Ehe ausschloss (vgl. BGH NJW 2016, 2322, 2325 Rn. 36). Konsequent war es daher damals, die gleichgeschlechtlichen Verbindungen wenigstens entsprechend den Regeln für die eingetragene Lebenspartnerschaft in Art. 17b EGBGB aufrecht zu erhalten. Allerdings galt damit auch die so genannte Kappungsgrenze des Art. 17b IV EGBGB aF, die Wirkungen einer im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Verbindung, die über das deutsche LPartG hinausgingen, ausschloss. Auf letzteres geht Verf. allerdings leider nicht ein.

Mit der Öffnung der Ehe für alle entschied sich der deutsche Gesetzgeber dann auch, die Kappungsgrenze fallen zu lassen. Er entschied sich freilich auch nicht, Art. 13 EGBGB für gleichgeschlechtliche Ehen zur Anwendung zu berufen und (ausländischen) Eheverboten und -erschwerissen gegebenenfalls mithilfe eines angepassten Art. 13 II EGBGB zu begegnen. Stattdessen blieb es bei der Anwendung des Registerstatuts nach Art. 17b EGBGB. Dies missachtet möglicherweise den besonderen Sinn, der Art.

13 I EGBGB herkömmlich zugrunde gelegt wird. So betonte etwa das BVerfG in seiner Spanier-Entscheidung: „Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für das Staatsangehörigkeitsprinzip beruht auf der Annahme, es entspreche dem Interesse der Beteiligten, in persönlichen Angelegenheiten nach dem Recht ihres Heimatstaates beurteilt zu werden, weil bei genereller Betrachtung die Staatsangehörigkeit ihre fortdauernde persönliche Verbindung mit diesem Staat dokumentiere und ihnen das vom Gesetzgeber der eigenen Nationalität geschaffene, auf Personen ihrer Nationalität ausgerichtete Recht am vertrautesten sei. Hinzu kommt hier das regelmäßig im wohlverstandenen Interesse der ausländischen Verlobten liegende Bestreben, nach Möglichkeit die Voraussetzungen für eine Anerkennung der Ehe in den – vielleicht nur vorübergehend verlassenen – Heimatstaaten der Verlobten zu schaffen, um der Ehe einen entsprechenden Bestandsschutz zu sichern.“ Diesem Ansatz widerspricht die Anknüpfung an das Recht des registerführenden Staats deutlich jedenfalls dann, wenn die Heimatrechte der Verlobten grundsätzlich eine gleichgeschlechtliche Ehe erlauben, aber zB wegen sonstiger Ehehindernisse, etwa wegen eines Verbots der Heirat eines schutzbefohlenen Mündels (vgl. BeckOGK/Rentsch, Art 13 EGBGB Rn. 94), die im Registerstaat unbekannt sind, in einem konkreten Fall die Eingehung einer Ehe nicht gestatten. Es entstünden in einem solchen Fall sog. „hinkende“ gleichgeschlechtliche Ehen. Verf. diskutiert jedoch nicht diese Problemlage, sondern, ob in der – durch die Verlobten durch ihre Wahl eines bestimmten Registerorts immerhin manipulierbare – Anknüpfung an das Recht des registerführenden Staats nicht eine (mittelbare) Diskriminierung der verschiedenen geschlechtlichen Ehe liegen könnte, für die den Verlobten nach Art. 13 EGBGB eine solche Möglichkeit gerade nicht offen steht. Verf. rechtfertigt jedenfalls diese „Privileierung“ der gleichgeschlechtlichen Ehe unter Hinweis auf die ansonsten bedrohte Eheschließungsfreiheit, die durch Art. 6 I GG geschützt sei. Dies übergeht freilich nicht nur die *ratio* des Art. 13 II EGBGB spezifisch im IPR, sondern lässt auch im Unklaren, warum Art. 6 I GG, der, wie auch Verf. feststellt, möglicherweise gar keine Anwendung auf gleichgeschlechtliche Verbindungen findet, die Eheschließungsfreiheit mit einem gleichgeschlechtlichen Partner überhaupt schützen sollte.

Die Erwägungen der/des Verf. sind damit zwar gedankenreich, bleiben letztlich aber undeutlich und hätten noch besser mit den spezifisch internationalprivatrechtlichen

Aspekten abgestimmt werden können. Immerhin widmet sich Verf. noch einer besonderen Kritik, weil es rechtstechnisch in der Tat wenig überzeugt, die gleichgeschlechtliche Ehe an eine IPR-Vorschrift der eingetragenen Lebenspartnerschaft zu knüpfen, deren Regelungsgegenstand, jedenfalls im nationalen Recht, ein „Auslaufmodell“ ist. Auch ist der Kritik mit Nachdruck zuzustimmen, dass das EGBGB trotz Einführung der Ehe für alle ganz offensichtlich in Bruch mit diesem Konzept zwei verschiedene Ehebegriffe kennt. Auch stimmt es, wenn Verf. meint, das IPR sei jedenfalls an dieser Stelle kein „blinder Sprung“ mehr in das fremde Recht. Es ist wohl vielmehr richtig, dass die Anknüpfung an das Recht des Registers aus der Idee geboren ist, den Heimatrechten gleichgeschlechtlicher Verlobter eher zu misstrauen und den Sprung hier hinein möglichst zu verhindern.

IV.

Dem Fazit der/des Verf., die Ehe für alle gebe es im IPR nicht, ist deutlich zuzustimmen. Sehr akkurat hat Verf. versucht, sich in die Problemlage hineinzuarbeiten und die Ausführungen lesen sich mit großem Gewinn. Die zuvor aufgezeigte Kritik zeigt jedoch, dass man bestimmten Aspekten auch noch vertiefter unter einem spezifisch internationalprivatrechtlichen Ansatz hätte nachgehen können. Formal ist an der Arbeit jedenfalls nichts auszusetzen. Die Arbeit kann deshalb bewertet werden mit

gut (14 Punkte).

verfasst von Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),
Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleich
an der Leibniz Universität Hannover