

Studien zum vergleichenden und internationalen Recht –
Comparative and International Law Studies

Herausgeber: Bernd von Hoffmann, Erik Jayme
und Heinz-Peter Mansel

169

Thomas Spernat

Die gleichgeschlechtliche Ehe
im Internationalen Privatrecht
Unter besonderer Berücksichtigung
des Einflusses des EG-Vertrages



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A) Einleitung	21
I) Problemaufriss	21
II) Gang der Untersuchung	26
B) Existenz und Wirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe	27
I) Rechtslage in Deutschland	27
II) Rechtsvergleichender Überblick	30
1) Europa	30
a) Niederlande	30
b) Belgien	32
c) Spanien	33
aa) Gemein-spanisches Recht	33
bb) Recht der Autonomen Gemeinschaften	35
d) Norwegen	36
e) Schweden	36
f) Portugal	37
g) Island	37
2) USA	37
a) Massachusetts	37
b) Kalifornien	39
c) Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire und District of Columbia	40
3) Kanada	41
4) Südafrika	45
5) Mexiko-Stadt – Distrito Federal	47
6) Argentinien	48
III) Ergebnis	48
C) Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe im deutschen IPR	49
I) Funktionelle Vergleichbarkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe in der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung mit den Einrichtungen des deutschen Rechts	53
1) Intention der Gesetzgeber und der Gerichte	53
2) Formale Konzeption der gleichgeschlechtlichen Ehe	55

3) Voraussetzungen und Wirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe ...	57
a) Vaterschaftsvermutung	57
b) Elternfiktion bei künstlicher Befruchtung	58
c) Adoption	60
d) Ergebnis zu 3)	60
4) Ergebnis zu I)	61
II) Einordnung unter die Rechtsbegriffe des deutschen Kollisionsrechts	61
1) Gleich- bzw. Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner als maßgebliches Unterscheidungskriterium zwischen Art. 17b und den Art. 13ff. EGBGB	62
a) Art. 17b EGBGB als Sonderregelung für gleichgeschlechtliche Paare	62
b) Verschiedengeschlechtlichkeit als konstitutives Merkmal in Art. 13 EGBGB	66
c) Ergebnis	67
2) Vor- und Nachteile der Anknüpfungsmomente	67
a) Kappingsregel in Art. 17b IV EGBGB	68
aa) Allgemeines zu Art. 17b IV EGBGB	68
bb) Anwendbarkeit des Art. 17b IV EGBGB auf gleichgeschlechtliche Ehen	68
cc) Ergebnis	71
b) Registrierungsort versus Staatsangehörigkeit	71
c) Ergebnis	75
3) Kollisionsrechtliche Nachvollziehung der Trennung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im materiellen Recht	75
III) Ergebnis	76
D) Verstoß einer im Ausland wirksam geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe gegen den deutschen <i>ordre public</i>	77
I) Einführung in die Problematik	77
II) Grundrechtsverstoß durch Anerkennung einer im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe – Art. 6 S. 2 EGBGB	78
1) Art. 6 I GG	79
a) Schutzbereich	79
aa) Ehebegriff	79
bb) Aspekte des Eheschutzes	80
b) Eingriff	80
aa) Abwehrrecht	80
bb) Institutsgarantie	82

aaa) Einfluss des Charakters als Vorfrage auf das Eingreifen des <i>ordre public</i>	82
bbb) Verstoß des Ergebnisses der Anerkennung gegen die Institutsgarantie	83
cc) Wertentscheidende Grundsatznorm	84
aaa) Verbot der Benachteiligung der Ehe	85
bbb) Gebot der Förderung der Ehe	85
ccc) Abstandsgebot	85
(1) Wortlaut	86
(2) Entstehungsgeschichte	87
(3) Systematik	88
(4) Sinn und Zweck	89
(5) Ergebnis zu ccc)	90
ddd) Ergebnis zu cc)	90
dd) Polygame Ehe	90
ee) Ergebnis zu b)	91
c) Ergebnis zu 1)	91
2) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG)	91
3) Ergebnis	92
III) Unvereinbarkeit der Anerkennung mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts – Art. 6 S. 1 EGBGB	92
IV) Ergebnis	93
E) Einfluss des Europarechts	95
I) Zugang zur gleichgeschlechtlichen Eheschließung in der EU – Konfliktpotenzial	95
1) Voraussetzungen der Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Ehe in den Niederlanden	96
a) Zuständigkeit	96
b) Kollisionsrecht	96
c) Ergebnis	96
2) Voraussetzungen in Belgien	97
a) Zuständigkeit	97
b) Kollisionsrecht	97
c) Ergebnis	97
3) Voraussetzungen in Spanien	98
a) Zuständigkeit	98
b) Kollisionsrecht	98

aa) <i>Ordre public</i>	99
bb) Geschlechtsverschiedenheit als objektives Erfordernis des Instituts der Ehe	100
cc) Ergebnis zu b)	101
c) Ergebnis zu 3)	101
4) Ergebnis zu I)	101
II) Verletzung einer Grundfreiheit	102
1) Anwendungsbereich der Art. 39, 43 und 49 EGV	102
a) Sachlicher Anwendungsbereich	102
b) Persönlicher Anwendungsbereich	103
2) Eingriff	103
a) Diskriminierung	103
b) Beschränkungsverbot	107
aa) Gebhard-Formel	107
bb) Keck-Rechtsprechung	108
aaa) Übertragbarkeit	108
bbb) Durchführung der Übertragung	110
cc) Marktzugang	111
c) Beschränkung bei Nichtanerkennung einer im Ausland wirksam geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe infolge der Einordnung unter Art. 13 EGBGB	113
aa) Beschränkung durch Verlust des Ehestatus als solchen	113
bb) Beschränkung durch die Folgen des Ehestatusverlustes	113
aaa) Unterhalt, Erbrecht, Güterrecht, Abstammung, Scheidung	113
bbb) Namensrecht	114
(1) Namenswahl bei einer Eheschließung in Spanien	114
(2) Namenswahl bei einer Eheschließung in den Niederlanden	116
(3) Namenswahl bei einer Eheschließung in Belgien	116
(4) Ergebnis zu bbb)	117
3) Gesamtergebnis	118
III) Verstoß gegen Art. 18 EGV	118
1) Anwendungsbereich	118
a) Sachlicher Anwendungsbereich	118
b) Persönlicher Anwendungsbereich	119

2) Eingriff	119
a) Diskriminierungsverbot	119
b) Beschränkungsverbot	120
aa) Literatur und Schlussanträge der Generalanwälte	120
bb) Rechtsprechung des EuGH	122
aaa) Rs. Wijsenbeek – 21.09.1999	122
bbb) Rs. D’Hoop – 11.07.2002	123
ccc) Rs. Pusa – 29.04.2004	126
ddd) Rs. Zhu/Chen – 19.10.2004	127
eee) Rs. Schempp – 12.07.2005	129
fff) Rs. De Cuyper – 18.07.2006	130
ggg) Rs. Tas-Hagen – 26.10.2006	130
hhh) Rs. Turpeinen – 09.11.2006	131
iii) Rs. Schwarz – 11.09.2007	131
jjj) Rs. Morgan und Bucher – 23.10.2007	132
kkk) Rs. Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland – 17.01.2008	133
lll) Rs. Niebüll (II) – 14.10.2008	134
mmm) Ergebnis zu bb)	134
cc) Ergebnis zu b)	135
c) Maßstab der Beschränkung	135
aa) Keck-Rechtsprechung	136
bb) Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 EGV	138
aaa) Rs. D’Hoop	138
bbb) Rs. Zhu/Chen	138
ccc) Rs. Schempp	139
ddd) Rs. Tas-Hagen	140
eee) Rs. Morgan und Bucher	140
fff) Rs. Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland	140
ggg) Rs. Niebüll (II)	141
hhh) Ergebnis	141
cc) Vorschläge der Literatur	141
aaa) Art. 18 EGV ausschließlich als Aufenthaltsrecht bzw. spezifische Zugangs- und Aufenthaltsbeschränkung	142
bbb) „Nachteile wegen Migration“	144
ccc) „Spürbarkeitskriterium“	145
ddd) Kombination der drei aufgezeigten Ansätze	148
dd) Ergebnis	149

d) Bestehen einer „spürbaren“ Beschränkung bei Nichtanerkennung einer im Ausland wirksam geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe infolge der Einordnung unter Art. 13 EGBGB	150
aa) Belastungen infolge der Nichtanerkennung durch	
Anwendung von Art. 13 EGBGB	150
aaa) Unterhaltsrecht	150
bbb) Erbrecht	151
ccc) Güterrecht	152
ddd) Eltern-Kind-Verhältnis	153
(1) Abstammungsrecht	153
(2) Adoption	156
(3) Sorge- und Umgangsrecht	156
(4) Bedeutung für das Kind	158
eee) Scheidung	158
fff) Zwischenergebnis	158
ggg) Einfluss der Möglichkeit privatautonomer Vereinbarungen bzw. bestehender Rechtswahlmöglichkeiten auf eine Verletzung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts	161
(1) Sachlich dispositives Recht	161
(2) Rechtswahlfreiheit	163
(3) Ergebnis zu ggg)	164
hhh) Sonderfälle	164
(1) Mittelbarer Zuzug nach Deutschland	164
(2) „Eheschließungstourismus“	164
(3) Ergebnis zu hhh)	165
iii) Ergebnis zu aa)	165
bb) Geltendmachung der familien- und erbrechtlichen Ansprüche und Gestaltungsrechte im Herkunftsstaat	166
aaa) Prinzipielle Bedenken	166
bbb) Zuständigkeit der Gerichte des Herkunftsstaates ...	167
(1) Zuständigkeitsregelungen	167
(2) Notzuständigkeit – Belgien	168
(2.1) Unanwendbarkeit	168
(2.2) Verwehrung effektiven Rechtsschutzes ...	169
(2.3) Ergebnis	170
(3) Notzuständigkeit – Spanien	170
(4) Ergebnis zu bbb)	170
ccc) Ergebnis zu bb)	170
cc) Ergebnis zu d)	171

e) Ergebnis zu 2)	171
3) Rechtfertigung	171
a) RiLi 2004/38/EG	172
b) Öffentliche Ordnung	173
c) Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	173
aa) Verhinderung von „Eheschließungstourismus“	174
bb) Vermeidung hinkender Ehen – internationaler Entscheidungseinklang	175
d) Ergebnis zu 3)	175
4) Ergebnis zu III)	175
IV) Konsequenzen aufgrund der Verletzung des EG-Vertrages	175
1) Grundfreiheiten als versteckte Kollisionsnormen	175
2) Europarechtskonforme Auslegung des deutschen IPR	177
a) Eingriff in Art. 18 EGV	177
aa) Nichtanerkennung infolge der Anwendung des Art. 17b I 1 EGBGB	177
aaa) Deutsch-niederländische Eheschließung in Belgien	178
bbb) Belgisch-thailändische Eheschließung in Belgien	179
ccc) Ergebnis	179
bb) Belastungen der Ehepartner trotz Anerkennung nach Art. 17b I 1 EGBGB	179
aaa) Unterhaltsrecht	180
bbb) Erbrecht	180
ccc) Güterrecht	181
ddd) Eltern-Kind-Verhältnis	182
(1) Abstammungsrecht	182
(2) Adoption	183
(2.1) Stiefkindadoption	184
(2.2) Gemeinsame Adoption	185
(3) Sorge- und Umgangsrecht	185
(4) Bedeutung für das Kind	186
eee) Auflösung	186
fff) Ergebnis zu bb)	186
cc) Ergebnis zu a)	187
b) Rechtfertigung	188
aa) Nichtanerkennung infolge der Anwendung des Art. 17b I 1 EGBGB	188

bb) Belastungen der Ehepartner trotz Anerkennung nach Art. 17b I 1 EGBGB	189
cc) Ergebnis zu b)	190
c) Ergebnis zu 2)	190
3) Lösung de lege ferenda	190
a) Anerkennungsprinzip	190
aa) Definition	190
bb) Vorteile	191
cc) Konstruktion	191
aaa) Bestandskraft der Eheurkunde	193
bbb) Beweisvermutung der Eheurkunde	194
ccc) Verwendung des Prinzips der „Anerkennung“ in bestehenden Normen	194
(1) Haager Eheschließungsübereinkommen von 1978	194
(2) IPR-Reform in Deutschland	195
(3) Art. 45 I Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	196
(4) Entwurf der Groupe européenne de droit international privé	197
(5) CIEC-Übereinkommen über die Anerkennung von Lebenspartnerschaften	198
(6) Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 ...	199
(7) Ergebnis zu ccc)	200
ddd) Ergebnis cc)	200
dd) Ergebnis zu a)	202
b) Ausgestaltung einer Kollisionsnorm für im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen	202
aa) Rechtswahlmöglichkeit	203
bb) Neufassung der bestehenden allseitigen Kollisionsnormen	204
aaa) Europarechtliche Notwendigkeit einer einheitlichen Lösung im deutschen Kollisionsrecht	204
bbb) Sinn einer einheitlichen Lösung im deutschen Kollisionsrecht	205
ccc) Ergebnis	206
cc) Formulierung	206
dd) Umfang der Verweisung	207

aaa) Sachnormverweisung	207
bbb) Gesamtverweisung iSd Art. 4 I EGBGB (<i>single renvoi</i> -Theorie)	207
ccc) <i>Foreign-court</i> -Theorie	208
ddd) Verweisung auf die zuständige Rechtsordnung – Blockverweisung	211
eee) Ergebnis	212
ee) Einschränkung der vorgeschlagenen neuen Kollisionsnorm	212
aaa) Begrenzung auf diejenigen Fälle, in denen der EG-Vertrag die Aufrechterhaltung des Status verlangt	212
bbb) Einschränkung im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich	213
ccc) Einschränkung im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich	214
ddd) Einschränkung im Hinblick auf den Eingriff	214
(1) „Eheschließungstourismus“	214
(2) Mittelbarer Zuzug nach Deutschland	215
(3) Ergebnis	216
eee) Vereinbarkeit der Einschränkung mit Art. 18 EGV	216
fff) Ergebnis	218
ff) Ausweitung auf verschiedengeschlechtliche Ehen	219
gg) Ergebnis	219
V) Gesamtergebnis	220
F) Schluss	221
Literaturverzeichnis	223
Gesetzesanhang: Stand 31.07.2010	273