

Chapter 33. Die gleichgeschlechtliche Ehe im deutschen IPR und im europäischen Verfahrensrecht*

*Peter Winkler v. Mohrenfels***

Einen beachtlichen Teil seiner Veröffentlichungen hat der Jubilar dem türkischen und ausländischen – u.a. auch dem deutschen – Familienrecht gewidmet. Im europäischen – wie z.T. auch im außereuropäischen¹ – Familienrecht findet derzeit wieder eine bemerkenswerte Weiterentwicklung statt. War es zu Beginn der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts die Idee der Gleichberechtigung der Geschlechter, so ist es derzeit die Beseitigung der jahrhundertealten Diskriminierung gleichgeschlechtlich orientierter Partner, die die Entwicklung des europäischen Familienrechts beherrscht. Die Entwicklungsskala reicht dabei in den EU-Staaten² von der Anerkennung faktischer gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften (Belgien,³ Frankreich,⁴ Portugal,⁵ Schweden,⁶ Ungarn⁷) über die Zulassung registrierter gleichgeschlechtlicher

* Abgekürzt zitiert werden: *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kind-schaftsrecht, Stand: 162. Ergänzungslieferung August 2005 (zit.: B/F/H); Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. (zit.: *MüKo/Bearbeiter*); *Räther*, Der Schutz gleich- und verschiedengeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in Europa, 2003 (Diss. Freiburg 2002) (zit.: *Räther*); *Wasmuth*, Eheschließung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public, Liber Amicorum Gerhard Kegel, 2002, S. 237-259 (zit. *Wasmuth*).

** Prof. Dr. *Peter Winkler v. Mohrenfels*, Universität Rostock.

¹ USA (Massachusetts; dazu *Funk*, DAJV-Newsletter 2/2005, S. 49), Kanada (dazu *Jakob*, StAZ 2003, 74), Australien (dazu *Schlüter/Heckes/Stummel*, DeuFamR 2000, 1, 4 f.).

² Vgl. in Europa bisher ferner Andorra, Kroatien (G. Nr. 01-081-03-2597/2 v. 14.07.2003), Island (G. Nr. 564/1995-96 über die anerkannte Partnerschaft, vgl. *Räther* 295 ff.); Norwegen (§ 3 Abs. 1 Gesetz 1993:40 über die registrierte Partnerschaft, vgl. B/F/H, Norwegen S. 93; *Räther* 292 ff.) und die Schweiz (G. v. 18.6.2004 über die registrierte Partnerschaft, tritt voraussichtlich am 1.1.2007 in Kraft).

³ Art. 1475 ff. c.c. idF. des G. v. 23.11.1998 zur Einführung der cohabitation légale (B/F/H, Belgien, S. 116 f.).

⁴ Art. 515-8 c.c. idF. des G. Nr. 99-944 v. 15.11.1999 (JO v. 16.11.1999, S. 16959) (B/F/H, Frankreich, S. 118a).

⁵ Ges. Nr. 7/2001 v. 15.3.2001 über die Uniões de Facto (Diário da República No. 109 de 11/5/2001, página 2797) und Nr. 6/2001 v. 15.3.2001 über die Uniões de Economia Comum (Diário da República No. 109 de 11/5/2001, página 2796).

⁶ § 1 Abs. 1 Gesetz 2003:376 über Zusammenlebende (B/F/H, Schweden, S. 102).

⁷ § 685A ZGB (B/F/H, Ungarn, S. 78).

Partnerschaften (Dänemark,⁸ Deutschland,⁹ Finnland,¹⁰ Frankreich,¹¹ Luxemburg,¹² Niederlande,¹³ Schweden,¹⁴ Slowenien,¹⁵ Vereinigtes Königreich¹⁶ sowie einige spanische Foralrechte¹⁷) bis hin zur “gleichgeschlechtlichen Ehe”, nämlich zur Beseitigung des Erfordernisses der Geschlechtsverschiedenheit als Voraussetzung der Ehe (Belgien,¹⁸ Niederlande,¹⁹ Spanien²⁰). Dies wirft im Bereich des internationalen Privatrechts die Frage auf, welches Recht auf diese neuartigen Formen des partnerschaftlichen Zusammenlebens anzuwenden ist. Im Bereich des europäischen Prozeßrechts stellt sich die Frage, inwieweit es sich bei Streitigkeiten um die Auflösung derartiger Partnerschaften um Ehesachen iSv. Art. 1 (1) der VO (EG) Nr. 2201/2003 (EheVO II) handelt.

I. Die “gleichgeschlechtliche Ehe” im materiellen Recht

A. Niederlande

Am 1.4.2001 ist in den Niederlanden das Eheöffnungsgesetz vom 21. Dezember 2000²¹ in Kraft getreten, wonach Art. 1:33 Burgerlijk Wetboek (BW) nunmehr wie folgt lautet:

BW Boek 1 Art. 33. Een persoon kan tegelijkertijd slechts met één andere persoon door het huwelijk verbonden zijn.

BW Buch 1 Art. 33. Eine Person kann zu gleicher Zeit nur mit einer anderen Person verheiratet sein.

⁸ § 3 Abs. 1 Gesetz 1989:372 über die registrierte Partnerschaft (B/F/H, Dänemark S. 69; *Räther* 266 ff.).

⁹ § 1 LPartG v. 16. Februar 2001.

¹⁰ Gesetz 950/2001 über registrierte Partnerschaften, engl. Übersetzung abrufbar über <www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E0010950.PDF>.

¹¹ Art. 515-1 ff. c.c. idF. des G. Nr. 99-944 v. 15.11.1999 (JO v. 16.11.1999, S. 16959) (B/F/H, Frankreich, S. 117 ff.; s.a. *Winkler v. Mohrenfels*, in: Festschrift Sonnenberger (2005), 155, 160 ff.).

¹² Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats (Memorial A – No. 143 du 6 août 2004, abrufbar über <www.gouvernement.lu/dossiers/justice/parteneriat/loi_parteneriat.pdf>).

¹³ Art. 1:80a BW (B/F/H, Niederlande S. 82).

¹⁴ Kap. 3 § 1 Gesetz 1994:1117 über die registrierte Partnerschaft (B/F/H, Schweden, S. 109; *Raether* 277 ff.).

¹⁵ G. v. 22.06.2005.

¹⁶ Civil Partnership Act 2004 (2004 Chapter 33), abrufbar unter <www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/20040033.htm>.

¹⁷ Näher dazu *Winkler v. Mohrenfels*, in: Festschrift Sonnenberger, 2004, S. 155, 158 f.

¹⁸ Art. 143 Abs. 1 Code civil idF von Art. 3 der Loi du 13 février 2003 (Moniteur Belge S. 9880).

¹⁹ Art. 1:30 Abs. 1 BW idF. des Gesetzes v. 21.12.2000 (B/F/H, Niederlande S. 75).

²⁰ Art. 44 Abs. 2 Código Civil idF. der Ley 13/2005 (BOE S. 23632).

²¹ Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), Staatsblad 2001, 9.

Die Niederlande wurden damit das erste Land der Welt, in dem gleichgeschlechtliche Paare nicht nur eine registrierte Partnerschaft, sondern wahlweise auch eine Ehe eingehen können.

B. Belgien²²

In Belgien trat am 1.6.2003 das Eheöffnungsgesetz vom 13.2.2003²³ in Kraft. Das I. Kapitel des V. Titels des belgischen c.c., welches sich mit den Ehevoraussetzungen befaßt, beginnt nunmehr mit folgendem Art. 143:

Art. 143 c.c. – Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.

Art. 143 c.c. – Eine Ehe kann durch zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts geschlossen werden.

Anders als in den Niederlanden ist aber in Belgien die Adoption durch ein gleichgeschlechtliches Ehepaar ausgeschlossen, was durch die Neufassung des Art. 346 belg. c.c. klargestellt wird:

Art. 346 al. 1 c.c. – Nul ne peut être adopté par plusieurs si ce n'est par deux époux de sexe différent.

Art. 346 Abs. 1 c.c. – Keiner kann von mehreren Personen adoptiert werden, es sei denn durch zwei Ehegatten verschiedenen Geschlechts.

Entsprechende Klarstellungen finden sich auch in Art. 345 Abs. 2, 361 §2 Abs. 1 und 368 §3 Abs. 1. In diesem Punkt ist die gleichgeschlechtliche Ehe im belgischen Recht der herkömmlichen – verschiedengeschlechtlichen – Ehe also nicht gleichgestellt. Welche Konsequenzen dies in kollisionsrechtlicher Hinsicht hat, bleibt zu untersuchen.

C. Spanien

Als vorerst letzter Staat hat Spanien die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt. Das Gesetz zur Änderung des Eherechts vom 1. Juli 2005²⁴ trat am 3.07.2005 in Kraft. Art. 44 span. Código Civil wurde um einen 2. Absatz ergänzt:

Art. 44 CC. – El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

Art. 44 CC. – Mann und Frau haben das Recht, gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzbuches die Ehe zu schließen.

²² Dazu *Pintens*, StAZ 2003, 321-292. Vgl. auch *Post*, StAZ 2002, 335-337.

²³ Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, Nr. 2003-820, Belgisch Staatsblad 2003 S. 9880.

²⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, B.O. num. 157 p. 23632.

Peter Winkler v. Mohrenfels

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Die Ehe hat dieselben Voraussetzungen und Wirkungen, ob die Eheschließenden gleichen oder ob sie verschiedenen Geschlechts sind.

Unverändert blieb Art. 175 Abs. 4 S. 1 CC, wonach Ehegatten gemeinschaftlich adoptieren können.

II. Die kollisionsrechtliche Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe

A. Die Anknüpfungsalternative

Bei der gleichgeschlechtlichen Ehe handelt es sich um ein Institut, das im deutschen materiellen Recht nicht existiert. Die Qualifikation solcher dem eigenen Recht unbekannter Institute gestaltet sich stets besonders schwierig. Sie sind kollisionsrechtlich derjenigen Verweisungsnorm zuzuordnen, die ihnen inhaltlich am nächsten kommt. Im deutschen IPR könnte die gleichgeschlechtliche Ehe entweder dem Partnerschaftsstatut (Art. 17b EGBGB) oder den einschlägigen Ehestatuten (Art. 13 bis 17 EGBGB) zugeordnet werden. Dem deutschen Gesetzgeber hätte zum Zeitpunkt der Schaffung des Art. 17b EGBGB²⁵ am 16.02.2001 das am 16.12.2000 beschlossene niederländische Gesetz zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe eigentlich bekannt sein müssen. In der Gesetzesbegründung ist indes nur vom Rechtsinstitut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft und von der sachrechtlichen Regelungsvielfalt die Rede.²⁶ Mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz der Beteiligten hat der deutsche Gesetzgeber sich für die Anknüpfung an den Registrierungsort entschieden. Die Frage, wie eine gleichgeschlechtliche "Ehe" – die ja nach der Ansicht derjenigen Staaten, die sie zulassen, gerade keine eingetragene Partnerschaft ist – anzuknüpfen ist, hat der deutsche Gesetzgeber nicht geklärt. Zur Klärung dieser Frage könnte ein Blick auf die einschlägigen ausländischen Kollisionsrechte hilfreich sein (II). Kriterien für die Entscheidung dieser Frage können sich aus dem Begriff der Ehe (III), aus dem Ziel der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse (IV) und aus dem europäischen Verfahrensrecht (V) ergeben.

B. Rechtsvergleichender Überblick

1. Niederlande

Das Eheöffnungsgesetz²⁷ hat – wie schon aus seinem vollen Titel hervorgeht – lediglich Vorschriften des BW geändert, das Gesetz über das Kollisionsrecht der

²⁵ Art. 1 des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. Februar 2001, BGBl. I S. 266.

²⁶ BT-Ds. 14/3751, S. 60, Abs. 5 der Erläuterungen zu § 63.

²⁷ S.o. Fn. 21.

Eheschließung²⁸ (EheschlKollG) blieb aber unverändert. Kürzlich ist das *Gesetz über das Kollisionsrecht der registrierten Partnerschaft vom 6.7.2004*²⁹ (LPartKollG) in Kraft getreten. Gemäß Art. 1 Abs. 1 LPartKollG richtet sich die Begründung einer registrierten Lebenspartnerschaft in den Niederlanden nach Art. 80a BW. Eine im Ausland begründete Lebenspartnerschaft wird – vorbehaltlich der ordre-public-Widrigkeit, Art. 3 – anerkannt, wenn sie nach dem Recht des Registerstaats wirksam ist (Art. 2 Abs. 1). Die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Partnern von in den Niederlanden begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaften richten sich nach niederländischem Recht (Art. 5 Abs. 1), für im Ausland begründete Lebenspartnerschaften ist das Recht des Registerstaates maßgeblich (Art. 5 Abs. 2). Die vermögensrechtlichen Beziehungen unterliegen dem von den Partnern gewählten Recht (Art. 6 Abs. 1). Wird keine Rechtswahl getroffen, ist für in den Niederlanden begründete Partnerschaften das niederländische Recht maßgeblich (Art. 7 Abs. 1), während für im Ausland begründete Partnerschaften auf das IPR des Registerstaates verwiesen wird (Art. 7 Abs. 2). Die Beendigung in den Niederlanden begründeter registrierter Partnerschaften unterliegt niederländischem Recht (Art. 22). Auch im Ausland begründete registrierte Partnerschaften unterliegen niederländischem Beendigungsstatut, die Partner können jedoch das Recht des Registerstaates wählen (Art. 23).

Das Ehekollisionsrecht ist demgegenüber in mehreren Gesetzen geregelt: für die Eheschließung in den Niederlanden ist das EheschlKollG,³⁰ für die Ehwirkungen das EhwirkKollG,³¹ für die vermögensrechtlichen Beziehungen das EhegüterRKollG³² maßgeblich. Für die Voraussetzungen der Eheschließung in den Niederlanden wird wahlweise auf das niederländische Recht und auf die Staatsangehörigkeit jedes Ehegatten abgestellt (Art. 2 EheschlKollG). Das EhwirkKollG stellt in Art. 1 nacheinander auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit, den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt und die engste Verbindung der Ehegatten ab. Art. 3 Abs. 1 EhwirkKollG wurde durch das

²⁸ Wet van 7 september 1989, houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk, in verband met de bekrachtiging van het Verdrag van 's-Gravenhage van 14 maart 1978 inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken (Trb. 1987, 137), zuletzt geändert durch G. v. 6.7.2004 (Staatsblad 2004, 334). Deutscher Text (Auszug) idF des G. v. 8.3.2001 bei B/F/H, Niederlande, S. 28 f.

²⁹ Wet van 6 juli 2004, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot het geregistreerd partnerschap (Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap), Staatsblad 2004, 334.

³⁰ Vgl. Fn. 28.

³¹ Wet van 16 september 1993, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten en de tussen hen bestaande vermogensrechtelijke betrekkingen die niet vallen onder het huwelijksvermogensregime (Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen), Staatsblad 1993, 514; deutscher Text auszugsweise bei B/F/H, Niederlande, S. 29.

³² Wet van 20 november 1991, houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijksvermogensregime en de vermogensrechtelijke betrekkingen van de echtgenoten ten opzichte van derden, mede in verband met de bekrachtiging van het op 14 maart 1978 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime (Trb. 1988, 130) (Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime), Staatsblad 1991, 628 m. späteren Änderungen; deutscher Text bei B/F/H, Niederlande, S. 31 f.

LPartKollG um einen Buchst. e) ergänzt, der die Unvereinbarkeit von Ehe und gleichzeitiger Partnerschaft betrifft.³³ Das EhegüterRKollG hat das Haager Güterstandsübereinkommen von 1978 in das niederländische Recht inkorporiert.³⁴ Danach ist in erster Linie das von den Ehegatten gewählte Recht maßgeblich. Mangels Rechtswahl stellt Art. 4 des Haager Übk auf den ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten ab.³⁵ Besitzen beide Ehegatten die niederländische Staatsangehörigkeit, so ist gemäß Art. 2 EhegüterRKollG iVm. Art. 4 Abs. 2 Nr. 1 des HaagerÜbk. das niederländische Recht maßgeblich.

Aus diesen Regelungen wird deutlich, daß die im materiellen Recht bestehende Alternative von (verschieden- oder gleichgeschlechtlicher) registrierter Partnerschaft und (verschieden- oder gleichgeschlechtlicher) Ehe im Kollisionsrecht ihre Entsprechung findet. Nach niederländischer Auffassung sind für gleichgeschlechtliche Ehen danach die kollisionsrechtlichen Vorschriften über die Ehe maßgeblich, während für registrierte Partnerschaften das LPartKollG gilt.

2. *Belgien*

In Belgien ist durch Gesetz vom 17.07.2004³⁶ ein IPR-Gesetzbuch (Code de droit international privé – c.d.i.p.) eingeführt worden, welches am 1.10.2004 in Kraft getreten ist.³⁷ Das Eheschließungsstatut ist in Art. 46 geregelt, welcher folgenden Wortlaut hat:

Art. 46 c.d.i.p. – Droit applicable à la formation du mariage.

Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

Art. 46 IPRG. – Das auf die Eheschließung anwendbare Recht.

Vorbehaltlich Art. 47 richten sich die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe für jeden Ehegatten nach dem Recht des Staates, dem er im Zeitpunkt der Eheschließung angehört.

³³ Art. 3 (1) EheschlKollG: Ongeacht artikel 2 kan geen huwelijk worden voltrokken indien die voltrekking onverenigbaar zou zijn met de openbare orde en in ieder geval indien: . . . e. in strijd zou worden gehandeld met het voorschrift dat zij die een huwelijk willen aangaan, niet tegelijkertijd door een geregistreerd partnerschap mogen zijn verbonden. – Ungeachtet Art. 2 kann eine Ehe nicht geschlossen werden, wenn die Eheschließung mit der öffentlichen Ordnung unvereinbar ist, und in jedem Fall, wenn . . . e. im Gegensatz zu der Vorschrift gehandelt wird, daß diejenigen, die eine Ehe eingehen wollen, nicht zugleich in registrierter Partnerschaft verbunden sein dürfen.

³⁴ Einzelheiten bei B/F/H, Niederlande, S. 30 Fn. 68 f. Text des Übk. bei B/F/H, Internationale Abkommen, B 1 (S. 39 ff.).

³⁵ B/F/H, Niederlande, S. 32.

³⁶ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur Belge v. 27.07.2004

³⁷ Vgl. dazu *Pintens*, StAZ 2004, 290, 292.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage.

Eine Vorschrift des nach Abs. 1 maßgeblichen Rechts, die die Ehe von Personen gleichen Geschlechts verbietet, ist nicht anzuwenden, wenn eine der Personen die Staatsangehörigkeit eines Staates besitzt oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt auf dem Gebiet eines Staates hat, dessen Recht eine solche Ehe erlaubt.

Im IV. Kapitel (Art. 58 bis 60) regelt der c.d.i.p. das Kollisionsrecht der "relation de vie commune". Hierunter sind gemäß Art. 58 alle Formen des Zusammenlebens zu verstehen, die eine staatliche Registrierung erfordern und nicht zu einem ehedgleichen Band (*lien équivalent au mariage*) zwischen den Zusammenlebenden führen. Da das belgische Recht – anders als das niederländische – gleichgeschlechtliche Partnerschaften unterhalb der Ehe nur in Form der *cohabitation légale* (Art. 1475 ff. c.c. belge) kennt,³⁸ ist klar, daß die gleichgeschlechtliche Ehe nicht unter das Kohabitationsstatut des Art. 58, sondern unter das Ehestatut des Art. 46 c.d.i.p. fällt. Auch das belgische Recht macht somit kollisionsrechtlich keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Ehen.

3. Spanien

Das spanische internationale Privatrecht ist in Art. 8-12, 49, 50 und 107 Código Civil (CC) geregelt.³⁹ Das Eheschließungsänderungsgesetz vom 1.7.2005,⁴⁰ welches die Ehe für gleichgeschlechtliche Partner öffnete, hat diese Vorschriften nicht geändert. Dies war auch nicht erforderlich, denn die für die Ehe maßgeblichen Art. 9, 49, 50 und 107 sprechen geschlechtsneutral stets von "Ehe", "Ehegatten" etc., so daß sie problemlos auf die gleichgeschlechtliche Ehe anwendbar sind. Eine Kollisionsnorm für gleichgeschlechtliche Partnerschaften unterhalb der Ehe enthält der Código Civil nicht, solche Partnerschaften kommen lediglich in den Rechten der spanischen Teilrechtsgebiete vor.⁴¹ Auch das spanische IPR knüpft danach gleichgeschlechtliche Ehen ebenso an wie verschiedengeschlechtliche.

C. Die Bedeutung des Ehebegriffs für die Qualifikation

1. Der materiellrechtliche Ehebegriff

Eine allgemeine Definition der Ehe sucht man im BGB ebenso vergeblich wie in den übrigen hier behandelten europäischen Rechtsordnungen. Die Ehe wird nicht

³⁸ Vgl. oben bei Fn. 3.

³⁹ Vgl. B/F/H, Spanien, S. 18. Deutscher Text ebd. S. 28 ff., 33, 41.

⁴⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE No. 157, p. 23632 (vgl. o. Fn. 20).

⁴¹ Vgl. Fn. 17.

definiert, sondern als gegeben vorausgesetzt. Dies verwundert nicht, denn der Begriff hat jahrhundertealte Tradition. Der abendländische Ehebegriff ist geprägt von der Auffassung der christlichen Kirche, die sich in Europa im 12. Jahrhundert durchgesetzt hatte⁴² und bis heute nachwirkt. Gestützt auf Eph. 5, 32, wo die Ehe ein Mysterium genannt wird,⁴³ was die Vulgata mit *Sacramentum* übersetzte,⁴⁴ erkennt die katholische Kirche die Ehe als Sakrament an. Canones 1055 f. Codex Iuris Canonici lauten:⁴⁵

Can. 1055. § 1. – Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est.

§ 2. – Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum.

Can. 1056. – Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas et indissolubilitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem.

Dieser Ehebegriff ist nach seinem Wortlaut und seinem Inhalt auf die Gemeinschaft zwischen Mann und Frau zugeschnitten. Eine Verbindung zwischen zwei Männern oder zwei Frauen kann keine Ehe iSv. Can. 1055 CIC sein.

Nach protestantischem Kirchenrecht ist die Ehe zwar kein Sakrament,⁴⁶ auch hier handelt es sich aber um eine Verbindung zwischen Mann und Frau. Am deutlichsten geht dies aus Matthäus 19 Vers 4-6 hervor:⁴⁷

Matth. 19, 4. Er antwortete aber und sprach zu ihnen: Habt ihr nicht gesehen, daß, der im Anfang den Menschen gemacht hat, der machte, daß ein Mann und ein Weib sein sollte,

Can. 1055. § 1. – Der Ehebund, durch den Mann und Frau eine Gemeinschaft des ganzen Lebens begründen, die nach ihrer natürlichen Eigenart auf das Wohl der Ehegatten sowie auf die Zeugung und Erziehung von Nachkommenschaft hingeeordnet ist, wurde durch Christus, den Herrn, zwischen Getauften zur Würde eines Sakramentes erhoben.

§ 2. – Deshalb kann es zwischen Getauften keinen gültigen Ehevertrag geben, ohne daß er zugleich Sakrament ist.

Can. 1056. – Die wesentlichen Eigenschaften der Ehe sind die Einheit und Unauflöslichkeit, die in der christlichen Ehe durch das Sakrament eine besondere Festigkeit erlangen.

⁴² *MünchKomm/Koch* Einl. vor § 1297 BGB, RdNr. 2.

⁴³ Deutscher Text in der Übersetzung von *Martin Luther*: "Das Geheimnis ist groß; ich sage aber von Christo und der Gemeinde."

⁴⁴ Vgl. Meyers Konversationslexikon, 5. Aufl. 1895, 5. Band, S. 409 (Stichwort Ehe).

⁴⁵ Quelle: <www.codex-iuris-canonici.de>. Deutscher Text: B/F/H, Religiöse Ehrechte, Das katholische Eherecht, S. 2.

⁴⁶ B/F/H, Religiöse Ehrechte – Protestanten, S. 2.

⁴⁷ Quelle: Die Bibel nach der deutschen Übersetzung D. *Martin Luthers*, Stuttgart 1913.

5. und sprach: “Darum wird ein Mensch Vater und Mutter verlassen und an seinem Weibe hängen, und werden die zwei ein Fleisch sein”?

6. So sind sie nun nicht zwei, sondern ein Fleisch. Was nun Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden.

Nun gibt es neben dem kirchlichen Ehebegriff auch einen solchen des weltlichen Rechts, der sich insbesondere in dem in Can. 1056 CIC genannten Punkt von jenem unterscheidet: bekanntlich ist die bürgerliche Ehe nicht mehr unauflöslich, sondern kann meist ohne große Schwierigkeiten geschieden werden. Auch die Hinordnung auf die Nachkommenschaft ist nicht mehr Bestandteil des bürgerlichen Ehebegriffs. Im deutschen Recht steht die Ehe gemäß Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. In seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes hat das BVerfG die Ehe als “die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft” bezeichnet und festgestellt, daß die eingetragene Lebensgemeinschaft keine Ehe iSv. Art. 6 GG ist.⁴⁸ Die Geschlechtsverschiedenheit ist also nach wie vor Bestandteil des materiell-rechtlichen, verfassungsrechtlich abgesicherten Ehebegriffs des deutschen Rechts.

2. *Der kollisionsrechtliche Ehebegriff*

Damit stellt sich die Frage, ob diese Auslegung des Ehebegriffs in Art. 6 I GG auch für die kollisionsrechtliche Anknüpfung in Art. 13, 14 und 17 EGBGB maßgeblich ist. Zwar steht seit dem Spanier-Beschluß des BVerfG⁴⁹ fest, daß sich sowohl die deutschen kollisionsrechtlichen Normen als auch etwa anwendbare ausländische Normen am Grundgesetz messen lassen müssen, wobei die Prüfung ausländischen Rechts mittelbar über den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) erfolgt. Es ist aber nicht ersichtlich, inwieweit die Qualifikation einer nach ausländischem Recht begründeten gleichgeschlechtlichen Ehe als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB gegen Art. 6 I GG verstoßen könnte. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung allein vermag das Institut der Ehe iSv. Art. 6 I GG nicht zu gefährden. Die kollisionsrechtlichen Begriffe sind bekanntlich weiter zu fassen als die Begriffe des eigenen materiellen Rechts, um auch solche Institute ausländischen Rechts erfassen zu können, die dem inländischen Recht unbekannt sind.⁵⁰ Von Verfassungen wegen erscheint es deshalb nicht ausgeschlossen, eine gleichgeschlechtliche Ehe ausländischen Rechts unter Art. 13 bis 17 EGBGB zu subsumieren. Zu beachten ist jedoch, daß der deutsche Gesetzgeber für eingetragene Lebenspartnerschaften in Art. 17b EGBGB eine eigene Kollisionsnorm geschaffen hat, die nur für gleichgeschlechtliche, nicht auch für verschiedengeschlechtliche Partnerschaften gilt.⁵¹ Diese Norm ist bei der Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe zu

⁴⁸ BVerfG, Urteil v. 17. Juli 2002, BVerfGE 105, 313, 345 = BGGBl I 2002, 3197 = FamRZ 2002, 1169 = NJW 2002, 2543 (unter A II 1 b aa). Vgl. vorher schon BVerfGE 10, 59, 66 = FamRZ 1959, 416; 29, 166, 176 (unter B II 2); 62, 323, 330 = FamRZ 1983, 251 m. Anm. *Bosch* sowie Anm. *Schneider* ebd. 668 = IPRax 1983, 88, 89 (unter B I 1).

⁴⁹ BVerfGE 31, 58 = NJW 1971, 1509.

⁵⁰ Vgl. *Röthel*, IPRax 2002, 496, 498.

⁵¹ So zutreffend *Wasmuth* 242.

5. und sprach: "Darum wird ein Mensch Vater und Mutter verlassen und an seinem Weibe hängen, und werden die zwei ein Fleisch sein"?

6. So sind sie nun nicht zwei, sondern ein Fleisch. Was nun Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden.

Nun gibt es neben dem kirchlichen Ehebegriff auch einen solchen des weltlichen Rechts, der sich insbesondere in dem in Can. 1056 CIC genannten Punkt von jenem unterscheidet: bekanntlich ist die bürgerliche Ehe nicht mehr unauflöslich, sondern kann meist ohne große Schwierigkeiten geschieden werden. Auch die Hinordnung auf die Nachkommenschaft ist nicht mehr Bestandteil des bürgerlichen Ehebegriffs. Im deutschen Recht steht die Ehe gemäß Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. In seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes hat das BVerfG die Ehe als "die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft" bezeichnet und festgestellt, daß die eingetragene Lebensgemeinschaft keine Ehe iSv. Art. 6 GG ist.⁴⁸ Die Geschlechtsverschiedenheit ist also nach wie vor Bestandteil des materiell-rechtlichen, verfassungsrechtlich abgesicherten Ehebegriffs des deutschen Rechts.

2. *Der kollisionsrechtliche Ehebegriff*

Damit stellt sich die Frage, ob diese Auslegung des Ehebegriffs in Art. 6 I GG auch für die kollisionsrechtliche Anknüpfung in Art. 13, 14 und 17 EGBGB maßgeblich ist. Zwar steht seit dem Spanier-Beschluß des BVerfG⁴⁹ fest, daß sich sowohl die deutschen kollisionsrechtlichen Normen als auch etwa anwendbare ausländische Normen am Grundgesetz messen lassen müssen, wobei die Prüfung ausländischen Rechts mittelbar über den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) erfolgt. Es ist aber nicht ersichtlich, inwieweit die Qualifikation einer nach ausländischem Recht begründeten gleichgeschlechtlichen Ehe als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB gegen Art. 6 I GG verstoßen könnte. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung allein vermag das Institut der Ehe iSv. Art. 6 I GG nicht zu gefährden. Die kollisionsrechtlichen Begriffe sind bekanntlich weiter zu fassen als die Begriffe des eigenen materiellen Rechts, um auch solche Institute ausländischen Rechts erfassen zu können, die dem inländischen Recht unbekannt sind.⁵⁰ Von Verfassungen wegen erscheint es deshalb nicht ausgeschlossen, eine gleichgeschlechtliche Ehe ausländischen Rechts unter Art. 13 bis 17 EGBGB zu subsumieren. Zu beachten ist jedoch, daß der deutsche Gesetzgeber für eingetragene Lebenspartnerschaften in Art. 17b EGBGB eine eigene Kollisionsnorm geschaffen hat, die nur für gleichgeschlechtliche, nicht auch für verschiedengeschlechtliche Partnerschaften gilt.⁵¹ Diese Norm ist bei der Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe zu

⁴⁸ BVerfG, Urteil v. 17. Juli 2002, BVerfGE 105, 313, 345 = BGGBl I 2002, 3197 = FamRZ 2002, 1169 = NJW 2002, 2543 (unter A II 1 b aa). Vgl. vorher schon BVerfGE 10, 59, 66 = FamRZ 1959, 416; 29, 166, 176 (unter B II 2); 62, 323, 330 = FamRZ 1983, 251 m. Anm. *Bosch* sowie Anm. *Schneider* ebd. 668 = IPRax 1983, 88, 89 (unter B I 1).

⁴⁹ BVerfGE 31, 58 = NJW 1971, 1509.

⁵⁰ Vgl. *Röthel*, IPRax 2002, 496, 498.

⁵¹ So zutreffend *Wasmuth* 242.

welche Rechtswirkungen der Registerstaat der Lebenspartnerschaft zubilligt und wie er sie bezeichnet, sie trifft also grundsätzlich auch auf gleichgeschlechtliche Ehen zu. Sie greift aber dann nicht, wenn der Eheschließungsstaat den Ehepartnern nicht nur die Ehe, sondern wahlweise auch eine registrierte Partnerschaft zur Verfügung stellt, wie dies nicht nur in den Niederlanden, sondern – abgemildert – auch in Belgien und in Spanien (nämlich: in den spanischen Teilrechtsgebieten)⁵⁹ der Fall ist. Denn dann können die Partner selbst entscheiden, ob sie eine hinkende Ehe oder eine in ihrer beider Heimatland anerkannte registrierte Partnerschaft begründen wollen. Daß künftig ein Staat die gleichgeschlechtliche Ehe zuläßt, ohne zugleich auch eine wie auch immer geartete Form der registrierten Partnerschaft anzubieten, ist eher unwahrscheinlich. Selbst wenn dies aber geschehen sollte, vermöchte das Argument der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse letztlich nicht den Ausschlag zugunsten der Anknüpfung an Art. 17b EGBGB zu geben. Von der Funktion beider Institute liegt es näher, den entscheidenden Unterschied der eingetragenen Partnerschaft zur Ehe nicht in der Frage des Geschlechts der Partner zu sehen, sondern in ihrer *inhaltlichen Konzeption* als aliud zur Ehe.⁶⁰ Konzipiert ein ausländisches Recht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht als aliud, sondern als wesensgleich mit der Ehe, so sollte dies kollisionsrechtlich respektiert werden, auch wenn das deutsche Recht diese Konzeption materiellrechtlich nicht teilt. Daß dies zu hinkenden Rechtsverhältnissen führen kann, muß hingenommen werden. Auch polygame Ehen werden ja vom deutschen Kollisionsrecht als Ehen qualifiziert und deshalb, wenn ein deutscher Staatsbürger beteiligt ist, mit der Aufhebbarkeit sanktioniert (§§ 1306, 1314 I BGB),⁶¹ was letztlich zu hinkenden Rechtsverhältnissen führt. Zwar besteht insoweit kollisionsrechtlich – anders als bei der gleichgeschlechtlichen Ehe – keine Konkurrenz zu einem anderen Statut; dies kann aber nicht dazu führen, die von der Funktion des ausländischen Instituts her angemessene Qualifikation als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB zugunsten einer Qualifikation als Partnerschaft iSv. Art. 17b EGBGB aufzugeben. Wer als Deutscher eine gleichgeschlechtliche Ehe eingeht, muß wissen, daß diese in Deutschland nicht von Bestand ist, mag ihm das Recht des Eheschließungsstaats nun eine Alternative in Form einer registrierten Partnerschaft anbieten oder nicht.⁶²

E. Der Ehebegriff im europäischen Verfahrensrecht

Die internationale Zuständigkeit in Ehesachen und in damit verbundenen Sorgerechtsachen sowie die Anerkennung von Entscheidungen auf diesen Gebieten ist innerhalb der EU – mit Ausnahme Dänemarks – durch die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003⁶³ geregelt (EheVO II, “Brüssel IIa”). In Unterhaltssachen gilt die

⁵⁹ Vgl. Fn. 17.

⁶⁰ *MünchKomm/Coester* Art. 17b EGBGB RdNr. 146 f.

⁶¹ *MünchKomm/Coester* Art. 13 EGBGB RdNr. 63.

⁶² Ebenso *MünchKomm/Coester* Art. 17b RdNr. 145.

⁶³ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 27.11.2003, ABl. EG 2003 Nr. L 338 vom 23.12.2003, S. 1 ff.

Verordnung (EG) Nr. 44/2001⁶⁴ (EuGVO, "Brüssel I"). Sie schließt in ihrem Art. 1 Abs. 1 lit. a die "ehelichen Güterstände" aus ihrem Anwendungsbereich aus. Es fragt sich, ob Streitigkeiten im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Ehen unter den Ehebegriff dieser beiden Verordnungen fallen. Der EuGH hat sich hierzu noch nicht geäußert. Er hat in einer vor der Zulassung der gleichgeschlechtlichen Ehe in den Niederlanden ergangenen Entscheidung⁶⁵ bisher lediglich festgestellt, daß eine registrierte Partnerschaft keine Ehe iSd. Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften ist, so daß registrierte Partner keine Haushaltszulage nach Anhang VII Art. 1, II dieses Statuts erhalten.⁶⁶ Diese Entscheidung läßt sich nicht ohne weiteres auf den verfahrensrechtlichen Ehebegriff der EheVO und der EuGVO übertragen. Hinzu kommt, daß der EuGH in der Begründung wesentlich darauf abgestellt hat, daß sich die bis dahin aus den Rechten der Mitgliedstaaten bekannten registrierten Partnerschaften in ihren Wirkungen sämtlich von dem Institut der Ehe unterscheiden.⁶⁷ Dies trifft auf die gleichgeschlechtliche Ehe nicht zu, sie unterscheidet sich – wenn man einmal von der gemeinschaftlichen Adoption absieht, die in Belgien verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren vorbehalten ist⁶⁸ – nicht von der verschiedengeschlechtlichen Ehe.

Schon im Zusammenhang mit dem EuGVÜ hatte sich der EuGH für eine autonome Auslegung entschieden.⁶⁹ Dies muß in gleicher Weise für die EuGVO und die EheVO gelten. Neben den bekannten Auslegungskriterien (Wortlaut, Systematik, Zweck) gibt es auf europäischer Ebene zwei Besonderheiten: die Beachtung des "effet utile" und die Heranziehung des Rechts der Mitgliedstaaten im Wege der *rechtsvergleichenden Auslegung*.⁷⁰ Wesentliches Ziel der neuen wie der alten EheVO ist die Gewährleistung des freien Verkehrs der Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren über die elterliche Verantwortung innerhalb der Gemeinschaft.⁷¹ Im Sinne dieses Ziels liegt es, den Begriff der Ehesache möglichst weit zu fassen. Laut Erwägungsgrund 9 Satz 1 zur alten EheVO schließt der Anwendungsbereich ausdrücklich Verfahren ein, die nur in einigen Mitgliedstaaten als Ehesachen zugelassen sind. Dies bezog sich auf in einem Mitgliedstaat amtlich anerkannte Verfahren in Ehesachen auf Verwaltungsebene, wie sie in Dänemark und Finnland vorkommen.⁷² Wenn aber der Verfahrensbegriff großzügig ausgelegt wird, warum sollte dies nicht auch für den Begriff der Ehe angezeigt sein? Verfahren im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Ehen kommen derzeit in drei EU-Mitgliedstaaten vor. Es wundert nicht, daß von niederländischer Seite die Meinung vertreten wird, die niederländische gleichgeschlechtliche

⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 31.5.2001, EuGHE I 2001, 4319 = FamRZ 2001, 1053.

⁶⁶ EuGH aaO. Nr. 37.

⁶⁷ EuGH aaO. Nr. 36.

⁶⁸ Vgl. o. A.II.

⁶⁹ Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 7. Aufl. 2002, Einl. RdNr. 41.

⁷⁰ Kropholler aaO. RdNr. 47, 49.

⁷¹ Vgl. Erwägungsgrund 7 zur alten VO (EG) Nr. 1347/2000 (EheVO I).

⁷² Einzelheiten siehe im Erläuternden Bericht zum EuGVÜ von *Alegria Borrás*, ABl. EG C/221 v. 16.7.1998, S. 9 zu Nr. 10 A.

Ehe falle unter die EheVO.⁷³ Wenn Personen gleichen Geschlechts sowohl die Ehe als auch die eingetragene Partnerschaft wählen können, dann macht es wenig Sinn, ihnen, wenn sie die Ehe wählen, die Anwendung der für dieses Institut geltenden besonderen Verfahrensvorschriften zu verweigern. Diese Erwägung trifft zwar nur zu, wenn beide Möglichkeiten nebeneinander gegeben sind, was bisher nur in den genannten drei von den 25 EU-Staaten der Fall ist. Andererseits wurden aber – wie erwähnt – die Verwaltungsverfahren in Ehesachen in die EheVO einbezogen, obwohl sie nur in zwei EU-Staaten vorkommen. Das quantitative Argument (die Regelung sei zu wenig verbreitet) kann hier ebensowenig entscheidend sein wie das zeitliche (die Regelung sei zu jung).⁷⁴ Eine tolerante Auslegung iS. einer verfahrensrechtlichen Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe fördert die Integration innerhalb der EU und entspricht deshalb dem *effet utile*.⁷⁵

Die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe als Ehe iSd. EheVO würde bedeuten, daß aufgrund der Aufenthaltszuständigkeit gemäß Art. 3 EheVO ggf. Gerichte eines Staates über die Auflösung der Ehe entscheiden müßten, deren Recht eine solche Ehe nicht kennt. Das ist aber nichts Ungewöhnliches. Wenn aufgrund der europäischen Zuständigkeitsordnung für die Scheidung einer gleichgeschlechtlichen Ehe deutsche Gerichte zuständig sind, so scheint mir dies weder deren Fähigkeiten zu überfordern, noch sehe ich in irgendeiner Weise das Institut der Ehe iSv. Art. 6 I GG gefährdet. Ist die Scheidung nach deutschem Recht vorzunehmen (Bsp.: ein niederländisch-belgisches Paar verlegt seinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach Deutschland),⁷⁶ so gibt es ein Transpositions- oder Substitutionsproblem, weil das deutsche Recht eine solche "Ehe" nicht kennt. Es bietet sich an, diese "Ehe" im Wege der Substitution als registrierte Partnerschaft zu behandeln.⁷⁷

F. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die gleichgeschlechtliche Ehe, wie sie innerhalb der EU derzeit in den Niederlanden, Belgien und Spanien vorkommt, kollisionsrechtlich als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB zu qualifizieren ist. Auch im Rahmen der europäischen Verfahrensordnung ist sie als Ehe anzuerkennen, d.h. sie unterfällt den Zuständigkeitsregelungen der EheVO und – für Unterhaltsfragen – der EuGVO.

⁷³ *d'Oliveira*, in: Liber amicorum Kurt Siehr, 2000, S. 534; *Boele-Woelki*, ZfRV 2001, 121, 127; vgl. auch den Tagungsbericht von *Jayne*, IPRax 2002, 63, 64.

⁷⁴ Vgl. zu beiden Argumenten *Dilger*, Die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003, 2004, RdNr. 123.

⁷⁵ A.A. *Dilger* aaO. (vorige Fn.), RdNr. 120 ff.; *Helms* FamRZ 2002, 1593, 1594.

⁷⁶ *MünchKomm / Coester* Art. 13 RdNr. 52.

⁷⁷ *MünchKomm / Coester* Art. 13 RdNr. 52.

berücksichtigen. Die Frage, ob die gleichgeschlechtliche Ehe als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB⁵² oder als eingetragene Partnerschaft iSv. Art. 17b EGBGB⁵³ zu behandeln ist, läßt sich mit dem materiellrechtlichen Ehebegriff allein nicht klären.

D. Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse

Beurteilt man die Wirksamkeit einer in den Niederlanden zwischen einem deutschen und einem niederländischen Partner geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe nach Art. 13 EGBGB, so wäre für den deutschen Partner das deutsche Recht maßgeblich. Nach deutschem Recht gehört, wie oben dargelegt, die Geschlechtsverschiedenheit zu den Voraussetzungen der Ehe. Ein Deutscher kann daher eine gleichgeschlechtliche Ehe nicht wirksam eingehen.⁵⁴ In den Niederlanden kann gemäß Art. 2 Buchst. 1 EheschlKollG⁵⁵ eine gleichgeschlechtliche Ehe zwischen einem deutschen und einem niederländischen Staatsbürger geschlossen werden, wenn der niederländische Partner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den Niederlanden hat; die Entstehung hinkender Ehen wäre im deutsch-niederländischen Verhältnis also vorprogrammiert. Für Belgien gilt dies gemäß Art. 46 Abs. 2 EheKollG⁵⁶ entsprechend.⁵⁷ Knüpft man die Verbindung dagegen nach Art. 17b EGBGB an, so wäre das niederländische Recht maßgeblich, die "Ehe" wäre danach wirksam, wäre aber, soweit deutsches Recht maßgeblich ist, nur als eingetragene Lebenspartnerschaft zu behandeln und unterläge auch im übrigen der Wirkungsbegrenzung durch Art. 17b Abs. 4 EGBGB. Sie wäre also nicht gemäß § 11 PStG in das Heiratsbuch, sondern ggf. entsprechend den landesrechtlichen Vorschriften in das Lebenspartnerschaftsbuch einzutragen. Die Verbindung würde zwar insofern "hinken", als sie in den Niederlanden als Ehe, in Deutschland als registrierte Partnerschaft behandelt würde, sie wäre aber jedenfalls wirksam. Dieses Ergebnis scheint der gesetzlichen Begründung für die Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften an den Registerort zu entsprechen: diese soll verhindern, daß einer Vielzahl ausländischer Staatsangehöriger selbst nach langjährigem Inlandsaufenthalt die Begründung einer Lebenspartnerschaft versagt bleibt, weil ihr Heimatrecht ein solches Rechtsinstitut (noch) nicht kennt.⁵⁸ Diese Begründung ist unabhängig davon,

⁵² Gebauer/Staudinger IPRax 2002, 275, 277; Röthel IPRax 2002, 496, 498; MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, RdNr. 145; Forkel, Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB, 2003, S. 74 ff., 80.

⁵³ Hausmann, in: Festschrift Henrich, 2000, S. 241, 251; Henrich IPRax 2002, 137, 138; Was-muth 243; Staudinger/Mankowski (2003), Art. 13 EGBGB, RdNr. 180; AnwK-BGB/Andrae, 2005, Art. 13 EGBGB RdNr. 50.

⁵⁴ MünchKomm/Coester Art. 13 EGBGB RdNr. 50; Henrich FamRZ 2002, 137, 138; Röthel IPRax 2002, 496, 498; Kemper FPR 2003, 1, 2.

⁵⁵ Vgl. Fn. 28.

⁵⁶ Vgl. o. S. 7.

⁵⁷ Anders im Verhältnis zu Spanien: Der für den Personenstand und damit – mangels einer entsprechenden speziellen Anknüpfungsnorm – für die Eheschließung maßgebliche Art. 9 Abs. 1 CC verweist auf das Heimatrecht der Person; dies entspricht i.E. Art. 13 I EGBGB. Daraus folgt, daß in Spanien gleichgeschlechtliche Ehen mit deutschen Partnern nicht geschlossen werden können.

⁵⁸ Begründung zu Art. 17a (jetzt 17b) EGBGB, Drucks. 14/3751, S. 60.

welche Rechtswirkungen der Registerstaat der Lebenspartnerschaft zubilligt und wie er sie bezeichnet, sie trifft also grundsätzlich auch auf gleichgeschlechtliche Ehen zu. Sie greift aber dann nicht, wenn der Eheschließungsstaat den Ehepartnern nicht nur die Ehe, sondern wahlweise auch eine registrierte Partnerschaft zur Verfügung stellt, wie dies nicht nur in den Niederlanden, sondern – abgemildert – auch in Belgien und in Spanien (nämlich: in den spanischen Teilrechtsgebieten)⁵⁹ der Fall ist. Denn dann können die Partner selbst entscheiden, ob sie eine hinkende Ehe oder eine in ihrer beider Heimatland anerkannte registrierte Partnerschaft begründen wollen. Daß künftig ein Staat die gleichgeschlechtliche Ehe zuläßt, ohne zugleich auch eine wie auch immer geartete Form der registrierten Partnerschaft anzubieten, ist eher unwahrscheinlich. Selbst wenn dies aber geschehen sollte, vermöchte das Argument der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse letztlich nicht den Ausschlag zugunsten der Anknüpfung an Art. 17b EGBGB zu geben. Von der Funktion beider Institute liegt es näher, den entscheidenden Unterschied der eingetragenen Partnerschaft zur Ehe nicht in der Frage des Geschlechts der Partner zu sehen, sondern in ihrer *inhaltlichen Konzeption* als aliud zur Ehe.⁶⁰ Konzipiert ein ausländisches Recht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht als aliud, sondern als wesensgleich mit der Ehe, so sollte dies kollisionsrechtlich respektiert werden, auch wenn das deutsche Recht diese Konzeption materiellrechtlich nicht teilt. Daß dies zu hinkenden Rechtsverhältnissen führen kann, muß hingenommen werden. Auch polygame Ehen werden ja vom deutschen Kollisionsrecht als Ehen qualifiziert und deshalb, wenn ein deutscher Staatsbürger beteiligt ist, mit der Aufhebbarkeit sanktioniert (§§ 1306, 1314 I BGB),⁶¹ was letztlich zu hinkenden Rechtsverhältnissen führt. Zwar besteht insoweit kollisionsrechtlich – anders als bei der gleichgeschlechtlichen Ehe – keine Konkurrenz zu einem anderen Statut; dies kann aber nicht dazu führen, die von der Funktion des ausländischen Instituts her angemessene Qualifikation als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB zugunsten einer Qualifikation als Partnerschaft iSv. Art. 17b EGBGB aufzugeben. Wer als Deutscher eine gleichgeschlechtliche Ehe eingeht, muß wissen, daß diese in Deutschland nicht von Bestand ist, mag ihm das Recht des Eheschließungsstaats nun eine Alternative in Form einer registrierten Partnerschaft anbieten oder nicht.⁶²

E. Der Ehebegriff im europäischen Verfahrensrecht

Die internationale Zuständigkeit in Ehesachen und in damit verbundenen Sorgerechtsachen sowie die Anerkennung von Entscheidungen auf diesen Gebieten ist innerhalb der EU – mit Ausnahme Dänemarks – durch die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003⁶³ geregelt (EheVO II, “Brüssel IIa”). In Unterhaltssachen gilt die

⁵⁹ Vgl. Fn. 17.

⁶⁰ *MünchKomm/Coester* Art. 17b EGBGB RdNr. 146 f.

⁶¹ *MünchKomm/Coester* Art. 13 EGBGB RdNr. 63.

⁶² Ebenso *MünchKomm/Coester* Art. 17b RdNr. 145.

⁶³ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 27.11.2003, ABl. EG 2003 Nr. L 338 vom 23.12.2003, S. 1 ff.

Verordnung (EG) Nr. 44/2001⁶⁴ (EuGVO, "Brüssel I"). Sie schließt in ihrem Art. 1 Abs. 1 lit. a die "ehelichen Güterstände" aus ihrem Anwendungsbereich aus. Es fragt sich, ob Streitigkeiten im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Ehen unter den Ehebegriff dieser beiden Verordnungen fallen. Der EuGH hat sich hierzu noch nicht geäußert. Er hat in einer vor der Zulassung der gleichgeschlechtlichen Ehe in den Niederlanden ergangenen Entscheidung⁶⁵ bisher lediglich festgestellt, daß eine registrierte Partnerschaft keine Ehe iSd. Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften ist, so daß registrierte Partner keine Haushaltszulage nach Anhang VII Art. 1, II dieses Statuts erhalten.⁶⁶ Diese Entscheidung läßt sich nicht ohne weiteres auf den verfahrensrechtlichen Ehebegriff der EheVO und der EuGVO übertragen. Hinzu kommt, daß der EuGH in der Begründung wesentlich darauf abgestellt hat, daß sich die bis dahin aus den Rechten der Mitgliedstaaten bekannten registrierten Partnerschaften in ihren Wirkungen sämtlich von dem Institut der Ehe unterscheiden.⁶⁷ Dies trifft auf die gleichgeschlechtliche Ehe nicht zu, sie unterscheidet sich – wenn man einmal von der gemeinschaftlichen Adoption absieht, die in Belgien verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren vorbehalten ist⁶⁸ – nicht von der verschiedengeschlechtlichen Ehe.

Schon im Zusammenhang mit dem EuGVÜ hatte sich der EuGH für eine autonome Auslegung entschieden.⁶⁹ Dies muß in gleicher Weise für die EuGVO und die EheVO gelten. Neben den bekannten Auslegungskriterien (Wortlaut, Systematik, Zweck) gibt es auf europäischer Ebene zwei Besonderheiten: die Beachtung des "effet utile" und die Heranziehung des Rechts der Mitgliedstaaten im Wege der *rechtsvergleichenden Auslegung*.⁷⁰ Wesentliches Ziel der neuen wie der alten EheVO ist die Gewährleistung des freien Verkehrs der Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren über die elterliche Verantwortung innerhalb der Gemeinschaft.⁷¹ Im Sinne dieses Ziels liegt es, den Begriff der Ehesache möglichst weit zu fassen. Laut Erwägungsgrund 9 Satz 1 zur alten EheVO schließt der Anwendungsbereich ausdrücklich Verfahren ein, die nur in einigen Mitgliedstaaten als Ehesachen zugelassen sind. Dies bezog sich auf in einem Mitgliedstaat amtlich anerkannte Verfahren in Ehesachen auf Verwaltungsebene, wie sie in Dänemark und Finnland vorkommen.⁷² Wenn aber der Verfahrensbegriff großzügig ausgelegt wird, warum sollte dies nicht auch für den Begriff der Ehe angezeigt sein? Verfahren im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Ehen kommen derzeit in drei EU-Mitgliedstaaten vor. Es wundert nicht, daß von niederländischer Seite die Meinung vertreten wird, die niederländische gleichgeschlechtliche

⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 31.5.2001, EuGHE I 2001, 4319 = FamRZ 2001, 1053.

⁶⁶ EuGH aaO. Nr. 37.

⁶⁷ EuGH aaO. Nr. 36.

⁶⁸ Vgl. o. A.II.

⁶⁹ Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 7. Aufl. 2002, Einl. RdNr. 41.

⁷⁰ Kropholler aaO. RdNr. 47, 49.

⁷¹ Vgl. Erwägungsgrund 7 zur alten VO (EG) Nr. 1347/2000 (EheVO I).

⁷² Einzelheiten siehe im Erläuternden Bericht zum EuGVÜ von *Alegria Borrás*, ABl. EG C/221 v. 16.7.1998, S. 9 zu Nr. 10 A.

Ehe falle unter die EheVO.⁷³ Wenn Personen gleichen Geschlechts sowohl die Ehe als auch die eingetragene Partnerschaft wählen können, dann macht es wenig Sinn, ihnen, wenn sie die Ehe wählen, die Anwendung der für dieses Institut geltenden besonderen Verfahrensvorschriften zu verweigern. Diese Erwägung trifft zwar nur zu, wenn beide Möglichkeiten nebeneinander gegeben sind, was bisher nur in den genannten drei von den 25 EU-Staaten der Fall ist. Andererseits wurden aber – wie erwähnt – die Verwaltungsverfahren in Ehesachen in die EheVO einbezogen, obwohl sie nur in zwei EU-Staaten vorkommen. Das quantitative Argument (die Regelung sei zu wenig verbreitet) kann hier ebensowenig entscheidend sein wie das zeitliche (die Regelung sei zu jung).⁷⁴ Eine tolerante Auslegung iS. einer verfahrensrechtlichen Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe fördert die Integration innerhalb der EU und entspricht deshalb dem *effet utile*.⁷⁵

Die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe als Ehe iSd. EheVO würde bedeuten, daß aufgrund der Aufenthaltszuständigkeit gemäß Art. 3 EheVO ggf. Gerichte eines Staates über die Auflösung der Ehe entscheiden müßten, deren Recht eine solche Ehe nicht kennt. Das ist aber nichts Ungewöhnliches. Wenn aufgrund der europäischen Zuständigkeitsordnung für die Scheidung einer gleichgeschlechtlichen Ehe deutsche Gerichte zuständig sind, so scheint mir dies weder deren Fähigkeiten zu überfordern, noch sehe ich in irgendeiner Weise das Institut der Ehe iSv. Art. 6 I GG gefährdet. Ist die Scheidung nach deutschem Recht vorzunehmen (Bsp.: ein niederländisch-belgisches Paar verlegt seinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach Deutschland),⁷⁶ so gibt es ein Transpositions- oder Substitutionsproblem, weil das deutsche Recht eine solche "Ehe" nicht kennt. Es bietet sich an, diese "Ehe" im Wege der Substitution als registrierte Partnerschaft zu behandeln.⁷⁷

F. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die gleichgeschlechtliche Ehe, wie sie innerhalb der EU derzeit in den Niederlanden, Belgien und Spanien vorkommt, kollisionsrechtlich als Ehe iSv. Art. 13 bis 17 EGBGB zu qualifizieren ist. Auch im Rahmen der europäischen Verfahrensordnung ist sie als Ehe anzuerkennen, d.h. sie unterfällt den Zuständigkeitsregelungen der EheVO und – für Unterhaltsfragen – der EuGVO.

⁷³ *d'Oliveira*, in: Liber amicorum Kurt Siehr, 2000, S. 534; *Boele-Woelki*, ZfRV 2001, 121, 127; vgl. auch den Tagungsbericht von *Jayne*, IPRax 2002, 63, 64.

⁷⁴ Vgl. zu beiden Argumenten *Dilger*, Die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003, 2004, RdNr. 123.

⁷⁵ A.A. *Dilger* aaO. (vorige Fn.), RdNr. 120 ff.; *Helms* FamRZ 2002, 1593, 1594.

⁷⁶ *MünchKomm / Coester* Art. 13 RdNr. 52.

⁷⁷ *MünchKomm / Coester* Art. 13 RdNr. 52.