

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 17

**Ausländische einvernehmliche
Privatscheidungen
und hoheitliche Mitwirkung**

**Zur Anerkennung und Wirksamkeitsprüfung
von Scheidungen im autonomen IZVR und IPR**

Von

Laura Möller



Duncker & Humblot · Berlin

LAURA MÖLLER

Ausländische einvernehmliche Privatscheidungen
und hoheitliche Mitwirkung

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band/Volume 17

Ausländische einvernehmliche Privatscheidungen und hoheitliche Mitwirkung

Zur Anerkennung und Wirksamkeitsprüfung
von Scheidungen im autonomen IZVR und IPR

Von

Laura Möller



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2567-5427
ISBN 978-3-428-18685-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58685-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2021 berücksichtigt werden.

Mein großer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gruber, für die engagierte Betreuung meiner Arbeit und die interessanten Jahre, die ich insbesondere in meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl erleben durfte. Nicht unerwähnt bleiben soll zudem noch sein engagierter Einsatz im Rahmen der deutsch-französischen Studiengänge des Fachbereichs. Mein Interesse am internationalen Privatrecht wurde nicht zuletzt auch bereits im Rahmen des deutsch-französischen Studiengangs (Mainz/Dijon) geweckt. Herrn Prof. Dr. Huber danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Aufgrund der Höhen und Tiefen, die das Verfassen einer solchen Arbeit mit sich bringen kann, ist es besonders wertvoll, im privaten Bereich geduldige Unterstützung und auch Ablenkung zu erfahren. Daher möchte ich meinem Freund, Yohann, sowie meiner Schwester, Caroline, von ganzem Herzen danken. Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern, Claudia und Jürgen, die mich nicht nur während dieser Zeit, sondern schon mein ganzes Leben lang mit rührendem Einsatz unterstützt haben und dies auch weiterhin tun. In liebevoller Erinnerung bleibt mir zudem die Unterstützung meines Opas Reinhold, meiner Omi Helga und Edda.

Karlsruhe, im August 2022

Laura Möller

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	21
A. Die einvernehmliche Scheidung in einzelnen Rechtsordnungen	21
B. Unterschiedliche Behandlung von Entscheidungen und Rechtsgeschäften auf „Anerkennungsebene“ im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht	23
C. Einordnungsfragen auf kollisionsrechtlicher Ebene	30
§ 2 (Methodische) Einordnung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Arbeit	34
A. Die Problemkreise unter methodischem, internationalem Blickwinkel	34
I. Anfängliche Fragestellungen	34
II. Die Qualifikation im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht	35
1. Herausarbeitung der Qualifikation als Einordnungsproblem im internati- onalen Privatrecht	35
2. Qualifikationsgegenstand und -vorgang im heutigen internationalen Pri- vatrecht	36
3. Qualifikationsfragen mit Blick auf das internationale Zivilverfahrensrecht	39
a) Abgrenzung der (verfahrensrechtlichen) <i>lex fori</i> -Verweisungsregel vom (materiellen) internationalen Privatrecht	39
b) Abgrenzung von internationalem Zivilverfahrensrecht und internati- onalem Privatrecht auf „Anerkennungsebene“	42
III. Umformulierung der Fragestellungen als Qualifikationsproblem	43
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	44
C. Terminologischer Hinweis zum Untersuchungsgegenstand	46
§ 3 Grundlagen der Qualifikation im autonomen internationalen Privatrecht	48
A. Verwurzelung im internationalen Privatrecht	48
B. Qualifikation <i>lege fori</i> und funktional-teleologische Methode	48
C. Ablehnung der Qualifikation <i>lege causae</i>	52
D. Zusammenfassung	53

§ 4 (Privat-)Scheidungen im autonomen Anerkennungsrecht (§ 109 FamFG)	55
A. (Methodischer) Überblick zum Entscheidungsbegriff (§ 109 FamFG)	55
I. Qualifikationsmethodik speziell im Anerkennungsrecht	55
1. Ausgangslage	55
2. Methodische Bestandsaufnahme	56
3. Berechtigung der funktionalen (teleologischen) Qualifikation <i>lege fori</i>	58
II. Ausrichtung der anerkennungsrechtlichen Untersuchung	59
1. Abgrenzung zum besonderen Anerkennungsverfahren (§ 107 FamFG)	59
2. Verbindung zu § 328 ZPO	61
B. Prinzipielle Einbeziehungsmöglichkeit von Behörden bzw. Notaren	62
I. Überblick zur weitgehend anerkannten Einbeziehungsmöglichkeit	62
1. § 109 FamFG bzw. § 328 ZPO und (verwaltungs-)behördliche Scheidungen	62
2. Behörden in internationalen Adoptions- und sog. Leihmutterchaftsfällen (§§ 108, 109 FamFG)	63
II. Untersuchung und Stellungnahme	65
C. Die als „Entscheidung“ (§ 109 FamFG) anerkennungsfähigen Akte	69
I. Überblick zum Meinungsstand zu den Entscheidungsbegriffen	69
1. Verfahrensrechtliche Anerkennung von Scheidungen (§ 109 FamFG)	69
a) Herrschender Entscheidungsbegriff des konstitutiven Hoheitsakts	69
b) Weitere (mögliche) Entscheidungsbegriffe	72
aa) Erweiterte Entscheidungsbegriffe	72
(1) Kontrollkriterium bzw. Übertragung der <i>Sahyouni II</i> -Rechtsprechung	72
(2) Ähnlich offenes Verständnis des Konstitutivbegriffes bzw. der sog. konstitutiven Mitwirkung	74
(a) „Konstitutiv“ im Sinne eines zwingenden Wirksamkeitserfordernisses	74
(b) „Konstitutiv“ als – möglicherweise – kontrollfokussierter Begriff	74
bb) Extensivere Entscheidungsbegriffe (<i>de lege ferenda</i>)	76
c) Ergebnis	77
2. Verfahrensrechtliche Anerkennung in Adoptions- und sog. Leihmutterchaftsfällen (§§ 108, 109 FamFG)	78
a) Internationales Adoptionsrecht	78
aa) Unterschied von Vertrags- und Dekretsystem im Überblick	78
bb) Verfahrensrechtliche Anerkennung von Dekretadoptionen	80
cc) Kollisionsrechtliche Überprüfung sog. reiner Vertragsadoptionen	81
dd) (Umstrittener) Umgang mit kontrollierten Vertragsadoptionen	82
(1) Vorherrschende Anerkennung bestätigter Vertragsadoptionen	82

(2) Umstrittene Behandlung im Voraus bewilligter Vertragsadoptionen	83
(3) Umstrittenes (älteres) Zusatzkriterium der Bestandskraft	84
b) Internationale sog. Leihmutterchaft	85
aa) Überblick zur gerichtlichen oder behördlichen Tätigkeit	85
bb) Verfahrensrechtliche Anerkennung von Konstitutiventscheidungen	87
cc) Explizite Erfassung überprüfender Feststellungsentscheidungen	88
dd) Ausschluss bloßer Registrierungen und Beurkundungen	89
ee) (Umstrittener) Umgang mit anderen Mitwirkungsakten	89
(1) Umstrittene Behandlung von Erlaubnisakten	89
(2) Strittiger Ausschluss überprüfender Registrierungen	89
c) Ergebnis	90
3. Ergebnis	91
II. Untersuchung und Stellungnahme <i>de lege lata</i>	93
1. Anerkennung scheidender, konstitutiver Hoheitsakte	93
a) Ausgangslage	93
b) (Praktische) Bedeutung des herrschenden Entscheidungsbegriffs	93
aa) Begriff des konstitutiven Hoheitsakts in Abgrenzung zum Privatakt	93
(1) Definition des konstitutiven Hoheitsakts und sog. konstitutives Urteil	93
(2) Geringe Aussagekraft der weiteren gesetzlichen Ausgestaltung	97
(a) Fragestellung	97
(b) Beständigkeit der Scheidung	98
(c) Differenzierung zwischen Kontrolle und Konstitutivwirkung	100
(d) Weitere Aspekte	105
(3) Zwischenergebnis	109
bb) Spitzfindigkeit des Konstitutivmerkmals bei der (praktischen) Abgrenzung zur Privatscheidung	109
(1) Problemaufriss	109
(2) Unproblematische Scheidungen durch richterlichen Konstitutivakt	110
(3) Unproblematische Scheidungen durch konstitutiven Behördenakt	112
(4) Untersuchungsbedürftige Grenzfälle	116
(a) Französische Scheidung mittels notariell hinterlegter Privat- urkunde	116
(b) Italienische Scheidung unter staatsanwaltlicher oder staats- desamtlicher Mitwirkung	118
(c) Rumänische Scheidung unter Mitwirkung des Zivilstandes- beamten oder öffentlichen Notars	123

(d) Spanische Scheidung unter Mitwirkung des Justizsekretärs oder Notars	125
(e) Brasilianische Scheidung mittels notarieller Urkunde	128
(f) Zu registrierende Scheidung nach dem Recht der Volksre- publik China	130
(g) Japanische Scheidung mittels Anmeldung beim Familienre- gister	132
(h) Bestätigte Scheidung nach dem Recht der Republik Korea (Südkorea)	134
(i) Thailändische Scheidung mit Registrierung	136
(5) Praktisches Ergebnis	137
c) Dogmatisch-methodische Anerkennung der Konstitutivwirkung	138
d) Schwächen des Konstitutivkriteriums unter funktional-teleologischen Qualifikationsgesichtspunkten	143
aa) Unzulänglichkeit unter dem Blickwinkel des Nachprüfungsverzichts im Anerkennungsrecht	143
(1) (Vertrauens-)Ausgangsüberlegung	143
(2) Zu enge Begrenzung auf die Konstitutivität	146
bb) Gefahr hinkender Rechtsverhältnisse	150
(1) Sinn- und zweckbezogener Kritikpunkt	150
(2) (Aktuelle) Entstehung sog. hinkender Scheidungen	151
(3) Folgeprobleme im Falle einer Wiederheirat	154
(4) Zwischenergebnis	159
cc) Schwächen bei der Trennung zwischen dogmatischer und interna- tionaler (Qualifikations-)Ebene	159
dd) Zwischenergebnis	161
e) Ergebnis	161
2. Anerkennung von Feststellungsentscheidungen	162
a) Zurückhaltung insbesondere des herrschenden Entscheidungsbegriffs in Scheidungsfällen	162
b) Anerkennung der Rechtskraftwirkung von Feststellungsentscheidungen	163
aa) Hervorhebung speziell im Kontext der Leihmutterchaftsfälle	163
bb) Anerkennungsfähigkeit der materiellen Rechtskraft im Sinne einer Feststellungswirkung	164
c) Bedeutung für den Entscheidungsbegriff in (Privat-)Scheidungsfällen	167
d) Ergebnis	171
3. Anerkennung kontrollierter, beständiger Privatscheidungen	172
a) Kontrollkriterium	172
aa) Kontrollkriterium der erweiterten Entscheidungsbegriffe	172
(1) Erweiterter Entscheidungsbegriff bei Privatscheidungen	172
(a) Kontrolle als zentrales Merkmal	172

- (b) Begrenzung auf inhaltliche bzw. materielle Kontrolle 173
 - (c) Irrelevanter Zeitpunkt der Kontrolle 174
 - (2) Vergleichbares Kontrollkriterium in Adoptions- und Leihmutterschaftsfällen 175
 - (3) Zwischenergebnis 177
- bb) Rechtfertigung des Kontrollkriteriums aus funktional-teleologischer Sicht 177
 - (1) Argumentative Abgrenzung zu § 107 FamFG 177
 - (2) Rechtfertigung aus funktionaler Sicht 178
 - (3) Rechtfertigung vor dem (teleologischen) Hintergrund des § 109 FamFG 181
 - (4) Rechtfertigung des kontrollergänzenden Merkmals der Versuchsmacht 183
 - (5) Keine Rechtfertigung aus dem abgeschlossenen Charakter der Scheidung 183
 - (6) Zwischenergebnis 185
- cc) (Praktische) Handhabung des Kriteriums der Scheidungskontrolle 185
 - (1) Überblick zur (strittigen) Bewertung der Kontrolltätigkeit 185
 - (a) Ausgangslage und Blick auf das europäische Recht 185
 - (b) Überblick zum Meinungsstand zu einzelnen Kontrolltätigkeiten 188
 - (c) Praktisches Zwischenergebnis 191
 - (2) Vorzugswürdiges Verständnis der überprüfenden Kontrolle 192
 - (a) Allgemeine Umschreibung und Kriterien 192
 - (b) Konkrete Anwendung 197
- dd) Unzulänglichkeit des Kontrollkriteriums vor dem Hintergrund der Beständigkeit gerichtlicher Entscheidungen 202
 - (1) Beständigkeitsbezogene Unzulänglichkeitsargumentationen 202
 - (2) Untersuchung der Beständigkeit als Entscheidungsmerkmal 204
 - (a) Vorüberlegung 204
 - (b) Untersuchung der Beständigkeit als Charakteristikum im deutschen Recht 204
 - (aa) Abgrenzung zur materiellen Rechtskraft als Entscheidungswirkung 204
 - (bb) Besondere Beständigkeit unabhängig der materiellen Rechtskraft 207
 - (c) Berücksichtigung vor dem (teleologischen) Hintergrund des § 109 FamFG 209
 - (d) Besondere Bedeutung bei Scheidungen 211
 - (e) Berücksichtigung bei funktionaler (teleologischer) Qualifikation *lege fori* 213
 - (f) Zwischenergebnis 214

(3) Zwischenergebnis	215
ee) Fehlender dogmatischer Einklang mit der Wirkungserstreckungslehre	215
(1) Wirkungs(erstreckungs)bezogene Argumentationen	215
(2) Untersuchung wirkungsbezogener allgemeiner Grundsätze	217
(a) Herrschende Wirkungserstreckungslehre	217
(b) Herrschende Anerkennung ausschließlich prozessualer Wirkungen	218
(c) Abgrenzung von Gestaltungswirkung und Tatbestandswirkung	219
(3) Daraus resultierende Problematik bei Privatscheidungen	219
(a) Fehlende Gestaltungswirkung	219
(b) Fehlende Feststellungswirkung	221
(4) Zwischenergebnis	222
ff) Ergebnis	222
b) Beständigkeitskriterium	223
aa) Ausgangslage	223
(1) Zur Kontrolle hinzutretendes Beständigkeitserfordernis	223
(2) Einbeziehungsbedürftigkeit von Privatscheidungen	223
(3) Methodische (begrenzte) Möglichkeit eines offeneren Verständnisses	225
bb) Methodischer Weg einer funktionalen „Gesamtqualifikation“	226
(1) Problemaufriss	226
(2) Funktionale „Gesamtqualifikation“ als „gesamtgestaltender“ Scheidungsvorgang	227
(a) Ausgangsüberlegung einer funktionalen „Gesamtqualifikation“	227
(b) Funktionale Betrachtung der „gesamtgestaltenden“ Wirkung	228
(c) Vereinbarkeit der funktionalen „Gesamtbetrachtung“ mit der Wirkungserstreckungslehre	230
(3) Entsprechende (engere) funktionale „Gesamtqualifikation“ als verbindlich festgestellter Scheidungsvorgang	234
(4) Zwischenergebnis	235
cc) Anforderungen an die Beständigkeit	236
(1) Fragestellung	236
(2) Bestimmungsvorschläge im Schrifttum	236
(3) An Privatscheidungen zu stellende Anforderungen	237
(a) Keine pauschale Unwirksamkeit <i>ipso iure</i> oder rein private Angreifbarkeit	237
(b) Grundsätzliche Hinlänglichkeit eines Aufhebungsverfahrens	238
(aa) Fokus der Fragestellung	238

(bb) Funktionale Vergleichbarkeit	238
(cc) Vereinbarkeit mit dem Verbot der <i>révision au fond</i> . . .	245
(dd) Keine Differenzierung nach speziellen und pauschalen Aufhebungsverfahren	245
(ee) Unzulänglichkeit bei deklaratorischen Mitwirkungsak- ten	247
(4) Zwischenergebnis	247
dd) Keine Einschränkungen bei vorangehenden Bewilligungen	248
ee) (Praktisches) Ergebnis	249
c) Kein ergänzendes, verfahrensspezifisches Merkmal	252
d) Ergebnis	254
4. Keine weitere Ausdehnung des Entscheidungsbegriffes	255
a) Extensive Entscheidungsbegriffe in Scheidungsfällen	255
b) Stellungnahme	256
aa) Praktikabilitätsaspekte	256
bb) (Teleologischer) Hintergrund der Anerkennung	256
cc) Funktionale (teleologische) Qualifikation <i>lege fori</i> und Charakteris- tika von Entscheidungen	258
dd) (Anerkennungs-)Wirkung	258
c) Ergebnis	259
III. Überblick zu relevanten Anerkennungshindernissen	259
1. Spiegelbildliche Zuständigkeit (§ 109 I Nr. 1 FamFG)	259
2. Anerkennungsrechtlicher <i>ordre public</i> (§ 109 I Nr. 4 FamFG)	260
IV. Ergebnis	269
§ 5 (Privat-)Scheidungen im autonomen internationalen Privatrecht	271
A. Unterschiedliche Fragestellungen als Ausgangspunkt	271
B. Ausländische Privatscheidung und Scheidungsstatut (<i>lex causae</i>) mit hoheitli- chem, namentlich gerichtlichem Gestaltungsakt	271
I. Genaue Ausrichtung der Untersuchung	271
II. Materiell-rechtliche, in Abgrenzung zur verfahrensrechtlichen Qualifikation	272
1. Methodischer Überblick zur Abgrenzung der (verfahrensrechtlichen) <i>lex</i> <i>fori</i> -Verweisungsregel vom materiellen Recht	272
a) Abgrenzung und Rolle des <i>lex fori</i> -Prinzips als Verweisungsregel	272
b) Funktional-teleologische Qualifikation <i>lege fori</i>	272
aa) Herrschende, berechnigte Geltung	272
bb) Ablehnung (älterer) autonomer Abgrenzungsvorschläge	274
cc) Abgrenzung im Sinne der funktionalen Qualifikation <i>lege fori</i>	276
c) Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht im internen Recht	278

2. Überblick zum Meinungsstand zur materiellen Qualifikation (in Abgrenzung zur verfahrensrechtlichen)	280
a) Meinungsstand im Scheidungsrecht	280
aa) Richterliches Gestaltungserfordernis des § 1564 S. 1 BGB	280
(1) Herrschende materiell-rechtliche Qualifikation	280
(2) Verbreitete (parallele) verfahrensrechtliche Qualifikation	281
bb) Sog. Scheidungsmonopol deutscher Gerichte (Art. 17 III EGBGB)	282
(1) Hintergrund zur Einordnungsfrage	282
(2) Keine materiell-rechtliche Einordnung	284
(3) Einordnung als verfahrensrechtliche Regel	284
cc) Zwischenergebnis	285
b) Meinungsstand zu Gestaltungs(klage)rechten im Allgemeinen	286
aa) Materiell-rechtliche Qualifikation bzw. Nichtanwendung der <i>lex fori</i> -Verweisungsregel	286
bb) (Auch) Verfahrensrechtliche Qualifikation der Frage des „Ob“ eines gerichtlichen Verfahrens	287
c) Meinungsstand zu Gestaltungsakten im Adoptionsrecht	288
aa) Herrschende materiell-rechtliche Qualifikation	288
bb) Umstrittene (parallele) verfahrensrechtliche Qualifikation	289
d) Meinungsstand zu Gestaltungsakten im allgemeinen Vertragsrecht	292
e) Ergebnis	292
3. Untersuchung und Stellungnahme (zu § 1564 S. 1 BGB)	293
a) Zwiespaltene, „pattähnliche“ Ausgangslage	293
aa) Verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Züge	293
(1) Vorhandensein verfahrensrechtlicher Züge	293
(2) Vorhandensein materiell-rechtlicher Züge	294
(3) Zwiespältiges Wortlautargument	295
bb) Konsequenzen der „Patt“-Situation	296
b) „Patt“-Situation unter Rechtsausübungs- und Praktikabilitätsaspekten	297
aa) Durchführbarkeit einer verfahrensrechtlichen Qualifikation unter Rechtsausübungsaspekten	297
bb) Durchführbarkeit einer materiell-rechtlichen Qualifikation unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten	299
cc) Zwischenergebnis	302
c) Materiell-rechtliche Qualifikation unter funktionaler Betrachtung	302
aa) Ausgangsüberlegung	302
bb) Bedingte Durchschlagskraft einer kontrollfokussierten Argumentation	303
cc) Funktionaler Blick auf Gestaltungsantragsrecht und gerichtliche Konstitutivwirkung	304
d) Ergebnis	307

4. Weitere gerichtliche und behördliche konstitutive Scheidungsakte	307
III. Materiell-rechtliche Qualifikation im engeren Sinne	308
1. Materiell-rechtliche Qualifikation in Abgrenzung zu Formfragen	308
a) Überblick zur Abgrenzung von Form und Inhalt	308
aa) Form als sog. abgespaltene Teilfrage und Qualifikationsproblem	308
bb) Analyse des allgemeinen Formbegriffs	311
(1) Ausgangsüberlegung	311
(2) Bestandsaufnahme zum allgemeinen Umriss des Formbegriffs	312
(a) Grundlegendes BGH-Urteil zur sog. Handschuhehe	312
(b) „Äußere Gestaltung“ als Form	313
(c) Mitwirkung als Form	314
(d) Formqualifikation aufgrund der Verfolgung von Formzwecken	315
(e) Teleologische Betrachtung der Ortsrechts-Regel	317
(3) Qualifikationsrechtliche Stellungnahme	317
(a) Form als „äußere Gestaltung“ und „Art und Weise“ der Willensäußerung	317
(b) Eingrenzung der qualifikationsrechtlich relevanten Formzwecke	319
(c) Unbeachtlichkeit des Telos der <i>lex loci</i> -Regel	324
(4) Ergebnis	328
b) Überblick zum Meinungsstand in Gestaltungsfällen	329
aa) Scheidungsrecht	329
(1) Sehr vereinzelte Qualifikation des § 1564 S. 1 BGB als Formregelung	329
(2) Teilweise Einordnung des Art. 17 III EGBGB als Formregelung	330
bb) Keine Befürwortung einer Formqualifikation bei Gestaltungsakten im Allgemeinen	331
cc) Vereinzelte Überlegungen einer Formqualifikation bei Gestaltungsakten im Adoptionsrecht	332
dd) Keine Formqualifikationsüberlegungen bei Gestaltungsakten im allgemeinen Vertragsrecht	333
c) Untersuchung und Stellungnahme (zu § 1564 S. 1 BGB bzw. hoheitlichen Gestaltungsakten)	333
aa) Ausklammerung adoptionsspezifischer Argumente	333
bb) Berücksichtigung der Abtrennung der Form als Teilfrage	334
cc) Materiell-rechtliche Einordnung unter dem Blickwinkel der Form als „äußere Gestaltung“	334
dd) Materiell-rechtliche Einordnung unter funktionalem, (form-)zweckbezogenen Blickwinkel	335
ee) Keine Ergebnisumkehr wegen erleichterter Vornahme des Gestaltungsakts	339

ff) Ergebnis	340
2. Keine kontrollbezogene teleologische Reduktion	340
a) Vereinzelt vorgeschlagene Einschränkungen der materiell-rechtlichen Qualifikation	340
b) Stellungnahme	342
IV. Ergebnis	343
C. Besondere Konstellationen drittstaatlicher Privatscheidungen unter Geltung eines anderen ausländischen Scheidungsstatuts	344
I. Vorbemerkung	344
II. Scheidungsstatut mit anderer, kontrollierender Ausgestaltung der Privatschei- dung	344
1. Ausgangsüberlegungen	344
a) Zu untersuchende Konstellationen	344
b) Geltung des Art. 11 I EGBGB für die Form von Privatscheidungen	345
2. Scheidungsstatut mit genehmigender behördlicher Mitwirkung	345
a) Beispielhafter Problemaufriss	345
b) Qualifikationsrechtliche Lösung	346
3. Scheidungsstatut mit kontrollierender Beurkundung	350
a) Beispielhafter Problemaufriss	350
b) Qualifikationsrechtliche Lösung	350
III. Scheidungsstatut mit gerichtlicher Scheidung, aber großzügigerer Anerken- nung	355
1. Problemaufriss	355
2. Qualifikationsrechtliche Lösung	356
§ 6 Privatscheidungen <i>de lege ferenda</i>	359
A. „Anerkennung“ von Heimatstaatsprivatscheidungen	359
I. Notwendigkeit einer Regelung <i>de lege ferenda</i>	359
II. Befürwortung einer Regelung auf Ebene des Kollisionsrechts	360
III. Alternative Anknüpfungsregel <i>de lege ferenda</i>	363
B. Art der Verweisung des Art. 17 II EGBGB <i>de lege ferenda</i>	364
§ 7 Gesamtergebnis	366
Literaturverzeichnis	370
Stichwortverzeichnis	398

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
abw.	abweichend
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
allg.	allgemein
Bearb.	Bearbeiter/in
Begr.	Begründer/in
BG	Bundesgericht der Schweiz
BöhmsZ	Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht, begründet und herausgegeben von Ferdinand Böhm
bzw.	beziehungsweise
Einl.	Einleitung
ErwG	Erwägungsgrund
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
h. A.	herrschende Ansicht
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/in
i. d. F. (v.)	in der Fassung (vom)
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. v.	im Sinne von
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JbItalR	Jahrbuch für Italienisches Recht
JW	Juristische Wochenschrift
krit.	kritisch
Lit.	Literatur
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis/e/en
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. A.	ohne Angabe
Präs.	Präsident
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
sog.	sogenannt/e/er/es
str.	streitig

u. a.	unter anderem
(un)umstr.	(un)umstritten
Vorbem.	Vorbemerkung
ZPO	Zivilprozessordnung

Siehe zu weiteren Abkürzungen *Kirchner*, Hildebert (Begr.)/*Böttcher*, Eike (Bearb.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin u. a. 2018; sowie noch Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 28. Auflage, Berlin 2020.

§ 1 Einleitung

A. Die einvernehmliche Scheidung in einzelnen Rechtsordnungen

Inbesondere im asiatischen Rechtsraum sind außergerichtliche einvernehmliche Scheidungen seit langer Zeit in den Rechtsordnungen verankert,¹ wie etwa die beim Familienregister anzumeldende einvernehmliche Scheidung im japanischen Zivilgesetz (japan. ZG)² oder die zu registrierende Scheidung im gegenseitigen Einverständnis im thailändischen Zivil- und Handelsgesetzbuch (TZHGB)³ zeigen. In den letzten Jahren kam es auch in einigen europäischen Rechtsordnungen zu bemerkenswerten Reformen im Bereich des Scheidungsrechts. Es ist nunmehr unter anderem in Frankreich, Italien und Spanien prinzipiell möglich, den Weg einer außergerichtlichen einvernehmlichen Scheidung zu gehen. Der französische Code civil (frz. Code civil)⁴ sieht unter bestimmten Umständen eine einvernehmliche Scheidung mittels Privaturkunde vor,⁵ welche von den Anwälten gegengezeichnet und notariell hinterlegt⁶ wird.⁷ Das italienische Gesetzesdekret Nr. 132/2014 (ital. Gesetzesdekret)⁸ ermöglicht es, eine Scheidungsvereinbarung mit anwaltlicher Unterstützung und Mitwirkung seitens der Staatsanwaltschaft zu treffen oder eine

¹ Siehe *Gärtner*, Privatscheidung, S. 23; noch *Helms*, in: FS Coester-Waltjen, S. 431.

² Japanisches Zivilgesetz v. 17.4.1896 u. 21.6.1898, dort Art. 763 ff., 764 i. V. m. Art. 738 f.; siehe die Übersetzung und Zitierung des Zivilgesetzes bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Koziol/Kimura*, Länderbericht Japan^{192. Lfg.} (Juli 2011), S. 58 ff., zu den zitierten Normen S. 65 f., 63, zur Zitierweise noch S. 34 f.

³ Thailändisches Zivil- und Handelsgesetzbuch v. 11.11.1924, vgl. dort Sec. 1514, 1515, 1531 I; siehe die Übersetzung und Zitierung des Gesetzbuches bei Bergmann/Ferid/Henrich/*König-Tumpiya*, Länderbericht Thailand^{183. Lfg.} (September 2009), S. 36 ff., zu den zitierten Normen S. 48, 51, zur Zitierweise noch S. 25.

⁴ Code civil v. 1804; eine Übersetzung des frz. Code civil findet sich bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Brandhuber*, Länderbericht Frankreich^{232. Lfg.} (Juli 2019), S. 58 ff.

⁵ Siehe näher zur Privaturkunde *Ferrand*, in: Scheidung ohne Gericht?, S. 145 (172).

⁶ So auch die Übersetzung bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Brandhuber*, Länderbericht Frankreich^{232. Lfg.} (Juli 2019), S. 85.

⁷ Siehe Artt. 229 I, 229-1 frz. Code civil; die entsprechende Übersetzung findet sich bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Brandhuber*, Länderbericht Frankreich^{232. Lfg.} (Juli 2019), S. 85 f.

⁸ Gesetzesdekret Nr. 132/2014 v. 12.9.2014 i. d. F. durch Umwandlungsgesetz Nr. 162/2014; siehe hierzu die Übersetzung bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Henrich*, Länderbericht Italien^{223. Lfg.} (September 2017), S. 135 f.; sowie den allg. Hinweis auf durch das Umwandlungsgesetz erfolgte Änderungen bei Rieck/*Enßlin*, AuslFamR, Länderbericht Italien (Mai 2019) Rn. 13, S. 20.

Vereinbarung unter Mitwirkung des Zivilstandesbeamten.⁹ Der spanische Código Civil (span. Código Civil)¹⁰ gesteht eine Scheidung mittels Vereinbarung und Mitwirkung des Justizsekretärs oder mittels öffentlicher Urkunde und notarieller Mitwirkung zu.¹¹

Im Gegensatz zu den vorstehenden Rechtsordnungen ist in Deutschland gemäß § 1564 S. 1 BGB nach wie vor eine richterliche Entscheidung erforderlich. Ein Einvernehmen führt nach § 1566 I BGB in Verbindung mit einem einjährigen Getrenntleben dazu, dass das Scheitern der Ehe unwiderlegbar vermutet wird (sog. einverständliche Scheidung).¹² Das Scheitern ist nach § 1565 I 1 BGB die Voraussetzung dafür, dass die Ehe auf Antrag durch richterliche Entscheidung (§ 1564 S. 1 BGB) geschieden werden kann. Auch in anderen europäischen Staaten ist weiterhin ausschließlich eine gerichtliche Scheidung vorgesehen,¹³ wie etwa gemäß § 46 S. 1 des österreichischen Ehegesetzes (österr. EheG),¹⁴ wonach die Ehe durch gerichtliche Entscheidung geschieden wird. Ähnlich wie im deutschen Recht bedeutet ein Einvernehmen nach § 55a I EheG nur eine gemeinsam „begehrt[e]“ Scheidung, welche den Eheleuten unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht wird und bei der das Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidung fortbesteht.¹⁵

Die zuvor angeführten Beispiele verdeutlichen, wie bei einer einvernehmlichen Scheidung Privatpersonen und staatliche bzw. öffentliche Stellen in der Regel jeweils – wenngleich in unterschiedlicher Art und Weise – zusammenwirken: Es bedarf dem Grunde nach nicht nur eines einvernehmlichen Handelns der Eheleute, sondern zumindest noch einer richterlichen, standesamtlichen, registerbehördlichen oder etwa notariellen¹⁶ Mitwirkung.

⁹ Dies sehen die Artt. 6 bzw. 12 des genannten Gesetzesdekrets vor; siehe wiederum die Übersetzung bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Henrich*, Länderbericht Italien^{223. Lfg.} (September 2017), S. 135 f.

¹⁰ Código Civil v. 24. 7. 1889; siehe die Übersetzung des Código Civil bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Daum*, Länderbericht Spanien^{241. Lfg.} (Mai 2021), S. 43 ff.

¹¹ So Art. 87 S. 1 i. V. m. Art. 82 des span. Código Civil; siehe wiederum die Übersetzung bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Daum*, Länderbericht Spanien^{241. Lfg.} (Mai 2021), S. 50d f., 50c.

¹² Siehe an dieser Stelle zur sog. einverständlichen Scheidung nur BT-Drs. 7/4361, S. 11; noch MüKo-BGB/*Weber*, § 1566 Rn. 1.

¹³ Zur Auflistung weiterer europäischer Staaten mit ausschließlich gerichtlicher Scheidung etwa *Mayer*, StAZ 2018, 106 (107) m. w. N.

¹⁴ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung v. 6. 7. 1938; siehe näher Schwimann/*Kodek/Nademleinsky/Weitzenböck*, § 46 EheG Rn. 1 f., zum Gesetz noch Vorbem. § 1 EheG.

¹⁵ Vgl. auch Bergmann/Ferid/Henrich/*Lurger/Jesser-Huß*, Länderbericht Österreich^{234. Lfg.} (November 2019), S. 44; Schwimann/*Kodek/Nademleinsky/Weitzenböck*, § 46 EheG Rn. 1 f., § 55a EheG Rn. 1, 3; siehe auch Rieck/*Nademleinsky*, AuslFamR, Länderbericht Österreich (August 2017) Rn. 13, S. 12.

¹⁶ Der deutsche Notar ist öffentlicher Amtsträger, der Rechtsvorgänge beurkundet und anderweitig auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege tätig ist (§ 1 BNotO), Vergleichbares gilt für andere Rechtsordnungen, die das sog. lateinische Notariat kennen, wie etwa das französische oder spanische Recht; siehe hierzu rechtsvergleichend nur *Staudinger/Hertel*,

B. Unterschiedliche Behandlung von Entscheidungen und Rechtsgeschäften auf „Anerkennungsebene“ im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht

Dem obigen Überblick lassen sich zunächst zwei Scheidungsmodelle entnehmen: Die gerichtliche Scheidung nach beispielsweise deutschem Recht, bei welcher es trotz eines Einvernehmens der Eheleute einer richterlichen, die Ehe auflösenden Entscheidung bedarf (§ 1564 S. 1 BGB) und etwa die Scheidung nach thailändischem Recht „im gegenseitigen Einverständnis“, die lediglich zu registrieren ist.¹⁷ Bei der ersten Scheidungsart handelt es sich mithin um einen richterlichen Akt, der die Ehe auflöst, und bei letzterer – prima facie – um einen Akt privater, vertraglicher Natur.¹⁸ Aufgrund der jeweiligen eheauflösenden, rechtsändernden Natur lässt sich bei ersterer gleichsam von einem gerichtlichen, hoheitlichen¹⁹ Gestaltungsakt und bei letzterer von einer Privatscheidung als privatem Gestaltungsakt sprechen.²⁰

Die dogmatische Einordnung im ersteren Fall als gerichtlicher Gestaltungsakt bzw. gerichtliche Entscheidung und im letzteren Fall als privater Gestaltungsakt bzw. vertragliches Rechtsgeschäft wirkt sich an sich grundlegend auf die methodische Vorgehensweise, auf den Beurteilungsmaßstab im internationalen Recht aus: Bei einer ausländischen Entscheidung bzw. einem ausländischen Hoheitsakt²¹ greifen nach herkömmlicher Methodologie die Anerkennungsregeln des internationalen Zivilverfahrensrechts²² (siehe im autonomen Recht § 328 ZPO und § 109 FamFG).

BeurkG Rn. 725 ff., 729 ff. (mit Länderübersicht, Rn. 751); näher zur Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse und Erfüllung von Aufgaben aus dem staatlichen Bereich durch den deutschen Notar nur Schippel/Görk/Bracker, § 1 Rn. 13 ff., 17 ff. m. w. N., noch Rn. 1 f.

¹⁷ Sec. 1514 I, 1515 TZHGB; siehe an dieser Stelle zu dieser Scheidungsart mit Übersetzung der Normen nur Fuhrmann, IPRax 1983, 137.

¹⁸ Siehe hier zur vertraglichen Natur dieser Scheidung nach thailändischem Recht nur Fuhrmann, IPRax 1983, 137; noch MüKo-BGB/W. v. Mohrenfels, Anh. Art. 17a EGBGB Rn. 113 („Rechtsgeschäft mit Registrierung“); näher zur Einordnung unten unter § 4 C.II.1.b) bb)(4)(i).

¹⁹ Siehe allg. zum Begriff des Hoheitsakts *Manssen*, Privatrechtsgestaltung, S. 19; zur Bedeutung „hoheitlich“ noch *Creifelds*, Rechtswörterbuch, „Hoheitliche Gewalt“, S. 736 f.; im Kontext der Anerkennung noch *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (712).

²⁰ Vgl. an dieser Stelle anschaulich etwa Justizminister NRW, *Entsch. v. 2. 7. 1985 – 3465 E – II B. 243/84*, IPRspr. 1986, Nr. 86a, 430 (431 f.); *LJV BW, Entsch. v. 23. 5. 1986 – 346 E – 325/85*, IPRax 1988, 170 (171); noch *NK-BGB/Andrae*, Anh. II zum III. Abschn. EGBGB (§§ 107–109 FamFG) Rn. 76; *dies.*, *IntFamR*, § 3 Rn. 119; *Basedow*, *Anerkennung*, S. 8, 14; *Kleinrahm*, *FamRZ* 1966, 10 (14); zum deutschen Scheidungsverfahren (vor Geltung des FamFG) als „Gestaltungsklage“ anschaulich noch *BGH*, *Urt. v. 28. 5. 2008 – XII ZR 61/06*, *BGHZ* 176, 365 (371, Rn. 26).

²¹ Explizit davon sprechend *Palandt/Thorn*, *Einl. v. Art. 3 EGBGB* Rn. 2; siehe allg. zum Begriff des Hoheitsakts wiederum *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung*, S. 19; im anerkennungsrechtlichen Kontext *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (712).

²² Zum Begriff des IZVR näher etwa *v. Barl/Mankowski*, *IPR I*, § 5 Rn. 2 ff.; siehe noch *Kropholler*, *IPR*, § 56 I, S. 587.