

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht

Rabels Zeitschrift

für ausländisches und internationales Privatrecht

The Rabel Journal

of Comparative and International Private Law

Schmidt, Mareike: Kulturalität der Rechtsanwendung
und internationale Rechtsvereinheitlichung – Überlegungen
am Beispiel des UN-Kaufrechts

Herbosch, Maarten: Contracting with Artificial Intelligence –
A Comparative Analysis of the Intent to Contract

Mit den Beiträgen zum Symposium:

Grundrechte und Internationales Privatrecht im Lichte
der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum
Kinderehenbekämpfungsgesetz

von **Dagmar Coester-Waltjen, Susanne Lilian Gössl,
Ralf Michaels, Henning Radtke** und **Lars Viellechner**



Rabels Zeitschrift
für ausländisches und internationales Privatrecht
The Rabel Journal
of Comparative and International Private Law

87. Jahrgang (2023)

Zitierweise: RabelsZ / Rabel Journal

Herausgegeben von

Holger Fleischer und Ralf Michaels
Direktoren am Institut

in Gemeinschaft mit

Jürgen Basedow †, Bernhard Großfeld, Klaus J. Hopt, Hein Kötz,
Ernst-Joachim Mestmäcker, Wernhard Möschel, Reinhard Zimmermann

Redaktion: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,
Mittelweg 187, 20148 Hamburg, Deutschland

Redaktionsausschuss: Christian Eckl (verantwortlicher Redakteur),
Mateusz Grochowski, Jens Kleinschmidt, Christoph Kumpan, Jan Peter Schmidt,
Klaus Ulrich Schmolke, Kurt Siehr und Wolfgang Wurmnest

Redaktionsassistentz: Anke Schild

Manuskripte werden erbeten an: **rabelsz@mpipriv.de**

All Rabel Journal articles are subject to peer review by at least two experts familiar with their subject matter. For more information in English, see <www.mohrsiebeck.com/rabel-journal>.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter <www.mohrsiebeck.com/rabelsz> in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je vier Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter <www.mohrsiebeck.com/rabelsz> in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Onlinevolltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: <www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen>.

© 2023 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie bitte an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, <www.mohrsiebeck.com>, info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, tilman.gaebler@t-online.de.
V.i.S.d.P.: Kendra Mäschke, Mohr Siebeck, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz, Druck und Bindung: Gulde Druck, Tübingen. Gedruckt auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier.

ISSN 0033-7250 (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1868-7059 (Online-Ausgabe)

Printed in Germany.

Inhalt dieses Heftes

Aufsätze

SCHMIDT, MAREIKE, Kulturalität der Rechtsanwendung und internationale Rechtsvereinheitlichung – Überlegungen am Beispiel des UN-Kaufrechts	643–671
Abstract: Cultural Dimensions in the Application of Law and International Unification of Law – The Example of the CISG.	643
HERBOSCH, MAARTEN, Contracting with Artificial Intelligence – A Comparative Analysis of the Intent to Contract	672–706
Abstract: Vertragsschluss mit künstlicher Intelligenz – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Bedeutung des Vertragsschlusswillens	672
 Symposium: Grundrechte und Internationales Privatrecht im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kinderehenbekämpfungsgesetz 	
MICHAELS, RALF, Einleitung zum Symposium: Grundrechte und IPR im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kinderehenbekämpfungsgesetz	707–713
Abstract: Symposium Introduction: Fundamental Rights and Private International Law after the Federal Constitutional Court Decision on the Act to Combat Child Marriages	707
RADTKE, HENNING, Zu den Maßstäben der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Regelungen des deutschen Internationalen Privatrechts.	714–727
Abstract: On the Standards of Constitutional Review of Provisions of German Private International Law.	714
GÖSSL, SUSANNE LILIAN, Grundrechte und IPR – Von beidseitigem Desinteresse zu höflicher Aufmerksamkeit – und zu angeregtem Austausch?.	728–747
Abstract: Fundamental Rights and Private International Law – From Mutual Disinterest to Respectful Attention – and on to Animated Exchange?	728

VIELLECHNER, LARS, Die Anwendbarkeit der Grundrechte im Internationalen Privatrecht: Zur Methodik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Kinderehe	748–765
Abstract: The Applicability of Fundamental Rights in Private International Law: On the Methodology of the Federal Constitutional Court's Decision Regarding Child Marriage	748
COESTER-WALTJEN, DAGMAR, Die „Kinderehen“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Welche Schlussfolgerungen ergeben sich für das internationale Eheschließungsrecht?	766–785
Abstract: The Early Marriage Decision of the Federal Constitutional Court: What Does It Mean for International Marriage Law?	766

Literatur

Buchbesprechungen

<i>Vocks, Martin</i> : Bausteine supranationaler Gerichtskooperation. Der europäische Justizraum in der Konsolidierungsphase. Berlin 2022 (ROLF WAGNER)	786–790
<i>Beißel, Katharina Elisabeth</i> : Die Abänderung ausländischer Unterhaltstitel. Tübingen 2022 (DIETER MARTINY).	790–793
Die Frühehe im Recht. Praxis, Rechtsvergleich, Kollisionsrecht, höherrangiges Recht. Hrsg. von <i>Nadjma Yassari, Ralf Michaels</i> . Tübingen 2021; <i>Martinek, Monique Marylou</i> : Minderjährigenehen im nationalen und internationalen Familienrecht. Eine kritische Betrachtung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen. Berlin 2023 (DAGMAR COESTER-WALTJEN)	793–812
<i>Loheide, Marie-Luisa</i> : Status privatus und status politicus im Internationalen Migrationsrecht. Bielefeld 2022 (BETTINA HEIDERHOFF)	812–813
EU Cross-Border Succession Law. Ed. by <i>Stefania Bariatti, Ilaria Viarengo, Francesca C. Villata</i> . Cheltenham et al. 2022 (GREGOR CHRISTANDL)	814–818
<i>Frank, Susanne; Christoph Döbereiner</i> : Nachlassfälle mit Auslandsbezug. 2., völlig neu bearb. Auflage. Bielefeld 2023 (PAUL PATREIDER)	818–825
<i>Wimmer, Luca</i> : Motivirrtum bei Schenkung und letztwilliger Verfügung. Eine kritische, historisch-vergleichende Untersuchung des deutschen, französischen und österreichischen Rechts. Tübingen 2023 (FERDINAND KERSCHNER)	825–830
von <i>Bar, Christian</i> : Gemeineuropäisches Sachenrecht. Band II: Besitz; Erwerb und Schutz subjektiver Sachenrechte. München 2019 (JOHANNES MICHAEL RAINER)	830–836
Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis. Handbuch. Hrsg. von <i>Eric Wagner, Marc Rutloff, Simon Wagner</i> . München 2022 (MARKUS LIEBERKNECHT)	836–839

Handbuch des Römischen Privatrechts. Band I–III. Hrsg. von <i>Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rüfner</i> . Tübingen 2023 (NILS JANSEN)	839–850
<i>Jayne, Erik</i> : Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte – Kulturgüterschutz, Kunstrecht und Urheberrecht. Vorträge, Aufsätze, Betrachtungen. Gesammelte Schriften. Band 6. Heidelberg 2022 (LAJOS VÉKÁS)	850–853
Verzeichnis der Beitragenden	854
Sachverzeichnis zum 87. Jahrgang (2023) (MICHAEL CREMER)	855–878
Titelei zum 87. Jahrgang (2023) am Schluss des Heftes	

Retraction Notice

zum Aufsatz „Savigny und das Internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts“, *RabelsZ* 65 (2001) 492–512, von Ulrike Müßig (geb. Seif):

Herausgeber und Verlag wurden durch die Selbstanzeige der Autorin von dem zugrunde liegenden Sachverhalt in Kenntnis gesetzt, siehe dazu <<https://doi.org/10.1628/0033725014029095>>. Der Entschuldigung der Autorin schließen wir uns mit großem Bedauern an.

Grundrechte und IPR

Von beidseitigem Desinteresse zu höflicher Aufmerksamkeit – und zu angeregtem Austausch?

VON SUSANNE LILIAN GÖSSL, Bonn

Das Verhältnis des Verfassungsrechts zum Kollisionsrecht wird seit langer Zeit diskutiert, insbesondere, wenn Entscheidungen des BVerfG in international-privatrechtlichen Fragen anstehen oder ergehen. Den jüngsten Anlass, dieses Verhältnis neu zu reflektieren, bietet die Entscheidung des BVerfG zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen. Dieser Beitrag zeichnet die Entwicklung der Diskussion nach, die zunächst davon ausging, dass das Kollisionsrecht als wertneutrales Zuordnungsrecht verfassungsrechtlich unbedeutend ist. Grundrechte konnten, dies war die Erkenntnis der ersten BVerfG-Entscheidungen, höchstens im *ordre public*-Vorbehalt relevant werden. Ausländisches Recht wurde durch die *Witwenrenten*-Entscheidung aufgewertet, da es den Schutzbereich inländischer Grundrechte erweitern kann. Letztendlich bekräftigte das BVerfG, dass das IPR wie auch das gesamte Privatrecht als Teil der gesamten Rechtsordnung an die Grundrechte gebunden ist und zugleich die verfassungsrechtlichen Garantien mit ausgestaltet. Dennoch bleiben viele dogmatisch spannende Fragen, etwa der Charakter ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des BVerfG, offen, die Raum für zukünftige Forschung und zukünftigen Austausch bieten.

Fundamental Rights and Private International Law: From Mutual Disinterest to Respectful Attention – and on to Animated Exchange? – The relationship between German constitutional law and the field of conflict of laws has been discussed for decades, especially when decisions of the Constitutional Court (BVerfG) addressing private international law issues have been pending or published. The most recent occasion to reflect on this relationship is the decision of the BVerfG on the Act to Combat Child Marriages. Initially, German scholars had assumed that conflict of laws, as a value-neutral and merely technical body of law, was constitutionally irrelevant. Fundamental rights could – according to a first Constitutional Court decision – at most become relevant through the *ordre public* clause. Foreign law was subsequently upgraded by the *widow's pension* decision, with the result that foreign rules can expand the scope of German fundamental rights. Ultimately, the BVerfG has affirmed that – like private law generally – private international law is bound to the German Constitution as part of the collective legal order and, furthermore, that it shapes the expression of constitutional guarantees in the German legal order. Nevertheless, many theoretically intriguing questions remain open, such as the character of foreign law in the jurisprudence of the Constitutional Court. These questions invite further inquiry and academic exchange.

Inhaltsübersicht

I. Erster Schritt: Grundrechte als Teil des <i>ordre public</i>	730
1. Wertneutralität des IPR bis zur Spanier-Entscheidung	730
2. <i>Ordre public</i> als Einfallstor der Grundrechte	731
3. Kollisionsrecht und ausländisches Recht als Teil der deutschen Rechtsordnung	732
4. Offene Frage: Internationaler Anwendungsbereich der Grundrechte	733
II. Zweiter Schritt: Ausländisches Recht im Schutzbereich inländischer Grundrechte	734
1. Die Witwenrenten-Entscheidung	734
2. Dogmatische Einordnung – Rechtsanwendung oder Rechtswirkung?	737
3. Fortentwicklung durch die Kinderehen-Entscheidung	739
III. Dritter Schritt: Internationales Privatrecht und die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Verfassungsgarantien	740
1. Verfassungswidrigkeit von gleichheitswidrigen Anknüpfungen	740
2. Kollisions- und Sachrecht als Teil der deutschen Rechtsordnung	741
3. Ausgestaltung und Eingriff bei normgeprägten Grundrechten	741
4. „Hinkende Ehe“ als separates Element der Abwägung	743
IV. Folgeüberlegungen und -fragen zum Verhältnis von IPR und Grundgesetz	744
1. Unklarer dogmatischer Status von „hinkenden Ehen“	744
2. Internationaler Anwendungsbereich der Grundrechte	745
3. Verallgemeinerungsfähigkeit der Wirkung von hinkenden Statusverhältnissen?	745
4. Austausch zwischen Verfassungs- und Kollisionsrecht	746
V. Zusammenfassung	746

Der Diskurs zum Verhältnis von Verfassungs- und Kollisionsrecht hat sich in den letzten Dekaden wiederholt intensiviert. Wie auch in anderen Bereichen ist der maßgebliche Motor der fortschreitenden Verzahnung von Grundrechten und IPR das BVerfG. Der Beitrag ordnet die jüngste Entscheidung des BVerfG¹ zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen² in diese Entwicklung der letzten Jahre ein.

Relativ lange hielt sich die Auffassung, dass das IPR von den Grundrechten nur ausnahmsweise innerhalb des *ordre public*-Vorbehalts als Ergebniskontrolle berührt würde (I.). Die Bedeutung der Grundrechte wurde ausgedehnt in der berühmten *Witwenrenten*-Entscheidung, nach der auch ausländische Regelungen in den Schutzbereich der inländischen Grundrechte fallen können (II.). In einem letzten Schritt schließlich wurde die auch das Privatrecht erreichende Dogmatik auf das IPR ausgedehnt, wonach die gesamte Rechtsordnung eine Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Garantien darstellt (III.). Die Entscheidung des BVerfG zum Gesetz zur Be-

¹ BVerfG 1.2.2023 – 1 BvL 7/18, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2023, 380.

² Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017, BGBl. 2017 I 2429.

kämpfung von Kinderehen,³ mit der Teile dieses Gesetzes für unverhältnismäßig erklärt wurden, der Rest aber für verfassungsgemäß, zeichnet diese Entwicklung nach und bestätigt sie ausführlich. Wünschenswert wäre es, wenn der Dialog zwischen Kollisions- und Verfassungsrecht von beiden Seiten weiter verstärkt werden könnte (IV).

Ein letzter Gedanke zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen: Dieser Beitrag widmet sich dem allgemeinen Verhältnis von IPR zu Verfassungsrecht und möchte keine rechtspolitische Bewertung der *Kinderehen*-Entscheidung vornehmen. Der Spielraum, welchen das BVerfG dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Art. 6 Abs. 1 GG lässt, ist nicht überschritten. Dennoch wäre es rechtspolitisch wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber im Rahmen der nun notwendigen Reform der gesamten Regelung des Art. 13 Abs. 3 EGBGB annähme und diese von Grund auf neu konzipieren oder streichen würde. Dies scheint auch die ganz h. M. in der Wissenschaft zu sein.⁴

I. Erster Schritt: Grundrechte als Teil des *ordre public*

1. Wertneutralität des IPR bis zur *Spanier*-Entscheidung

Für eine geraume Zeit nach Verabschiedung des Grundgesetzes herrschte in der Literatur und Praxis der Gedanke vor, dass das IPR keine Wertungen treffen könne, die mit den Grundrechten kollidieren können. Das Kollisionsrecht treffe wertneutrale Entscheidungen und sei ein rein technisches Koordinationsrecht, welches daher nicht mit materiellrechtlichen Wertungen in Widerspruch stehen könne.⁵ Darüber hinaus sei auch ausländisches

³ BVerfG 1.2.2023 (Fn. 1).

⁴ Z. B. *Jennifer Antomo*, Kinderehengengesetz in Karlsruhe – verfassungswidrig, aber nur ein bisschen, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2023, 1474–1477, 1477; *Dagmar Coester-Waltjen*, Das Unwirksamkeitsverdikt für „Kinderehen“ auf dem Prüfstand der Verfassung, *IPRax* 2023, 350–359, 359; *dies.*, Beitrag in diesem Heft; *Ralf Michaels*, Der Gesetzgeber ist zu weit gegangen: Der Beschluss des BVerfG zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen (3.4.2023), <<https://verfassungsblog.de/der-gesetzgeber-ist-zu-weit-gegangen/>> (6.9.2023); *Philipp Reuß*, FF 2023, 200 (Anm. zu BVerfG 1.2.2023 –1 BvL 7/18); *Caroline S. Rupp*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2023, 855, 857 (Anm. zu BVerfG 1.2.2023).

⁵ Z. B. BGH 12.2.1964 – IV AR (VZ) 39/63, NJW 1964, 976 = IPRspr. 1964/65 Nr. 74; BGH 29.4.1964 – IV ZR 93/63, BGHZ 42, 7 = IPRspr. 1964/65 Nr. 5; BGH 22.3.1967 – IV ZR 148/65, BGHZ 47, 324 = IPRspr. 1966/67 Nr. 90; BGH 18.6.1970 – IV ZB 69/69, BGHZ 54, 123 = IPRspr. 1970 Nr. 59b; *Dieter Henrich*, NJW 1964, 2015 (Anm. zu BGH 12.2.1964); *Karl H. Neumayer*, Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit: Eine kollisionsrechtliche Betrachtung zum Phänomen der gespaltenen Ehe, *RabelsZ* 20 (1955) 66–85, 73–74, 76; anders aber z. B. *Wilhelm Wengler*, *Juristenzeitung* (JZ) 1964, 621–623, 622–623 (Anm. zu BGH 12.2.1964); Überblick etwa bei *Karl Kreuzer*, Internationales Privatrecht und Bundesverfassungsgericht: Eine Fallstudie zur Durchsetzung von Grundrechten durch das Bundesverfassungsgericht, in: FS Ernst Benda (1995) 153–184.

Recht nicht an der deutschen Verfassung zu messen.⁶ Diesem Ansatz erteilte das BVerfG in der berühmten *Spanier*-Entscheidung eine Absage: Das Gericht hob die Entscheidung des OLG Hamm⁷ auf, das mit der h. M. entschieden hatte. Es stellte fest, dass das Kollisionsrecht trotz seines technischen Charakters und die Anwendung des ausländischen Rechts trotz seines Charakters als ausländisches Recht selbstverständlich an den Grundrechten zu messen seien. Im konkreten Fall verletzte gerade die eher technisch anmutende Verbindung aus deutschem und spanisch-kanonischem Eheschließungsrecht kombiniert mit der Vorfragenanknüpfung der Scheidbarkeit der ersten Ehe der deutschen Verlobten die Eheschließungsfreiheit der betroffenen Partei. Die Scheidung der ersten Ehe wurde von den spanischen Behörden nicht anerkannt, was zur Versagung eines Eheschließungszeugnisses für den spanischen Verlobten führte, sodass in Deutschland keine Eheschließung möglich war.⁸

2. *Ordre public* als Einfallstor der Grundrechte

Seit dieser Entscheidung geht die bis heute vorherrschende Meinung dahin, verfassungsrechtliche Fragen im IPR vor allem dem *ordre public* zuzuordnen,⁹ auch wenn Art. 13 Abs. 2 EGBGB als Spezialnorm zu Art. 6 EGBGB¹⁰ geschaffen wurde, um Fälle wie den der *Spanier*-Entscheidung zukünftig zu behandeln.¹¹ Eine Verortung im *ordre public* bedeutet, dass die Grundrechte primär über eine konkrete Ergebniskontrolle Bedeutung erlangen. Die Vorbehaltsklausel greift nur, wenn das Ergebnis der konkreten Rechtsanwendung mit den inländischen Grundwerten unvereinbar ist und

⁶ Ausführlich z. B. *Fritz Sturm*, Durchbruch der Grundrechte in Fällen mit Auslandsberührung: Ein umwälzender Beschluß des BVerfG, *FamRZ* 1972, 16–22.

⁷ OLG Hamm 3.9.1968 – 15 VA 4/67, unveröffentlicht.

⁸ BVerfG 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 = IPRspr. 1971 Nr. 39.

⁹ Vgl. etwa jüngst *Christine Budzikiewicz*, Der Einfluss der Menschenrechte auf das IPR, in: *Abkehr vom Multilateralismus – Internationales Recht in Gefahr?*, hrsg. von Anne Peters / Stephan Hobe / Eva-Maria Kieninger (2023) 153–188, 154, 178 ff.; *Michael Stürmer*, in: Erman, BGB¹⁶ (2020) Einleitung IPR Rn. 35; ausführlich *Dagmar Coester-Waltjen*, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung: Familien- und erbrechtlicher Bereich, in: *Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug*, hrsg. von Dagmar Coester-Waltjen / Herbert Kronke / Juliane Kokott (1998) 9–32, 19 ff.; *Herbert Kronke*, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, ebd. 33–70, insb. 47 ff. Ähnliche Interpretation der *Spanier*-Entscheidung bei *Coester-Waltjen*, Unwirksamkeitsverdikt für „Kinderehen“ (Fn. 4) 352. Ausführlich *Christian von Bar / Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I² (2003) § 4 Rn. 40 ff.

¹⁰ Z. B. *Susanne Lilian Gössl*, in: *Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht*⁷ (2020) Art. 13 EGBGB Rn. 1; *Gerhard Kegel / Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht⁹ (2004) § 20 IV 1 b) bb); *Peter Mankowski*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB* (2010) Art. 13 EGBGB Rn. 108.

¹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drs. 10/504 vom 20.10.1983, S. 53.

ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Bei der Neufassung des EGBGB 1986¹² wurde die *ordre public*-Klausel neu gefasst. Sie lautete vorher:

„Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.“

Die Norm wurde umformuliert und insbesondere klarstellend¹³ um den heutigen zweiten Satz ergänzt:

„Sie [die ausländische Rechtsnorm] ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

Im Verfahrensrecht zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen existieren parallele Regelungen (§ 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO; § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG). Wie wesentlich der *ordre public*-Vorbehalt für die Grundrechtverwirklichung ist, erkennt man auch an einer späteren Entscheidung des BVerfG zum Transsexuellengesetz (TSG)¹⁴: Das BVerfG sah es als besonders einschlägig an, dass die damalige Regelung – die entgegen der h. M. als einseitige Kollisionsnorm gelesen wurde und daher in der Lesart des BVerfG nur deutsches Recht zur Anwendung brachte – es faktisch verhinderte, dass der *ordre public*-Vorbehalt greifen und damit der Grundrechtsschutz verwirklicht werden konnte.¹⁵ Ob die kollisionsrechtlichen Ausführungen des BVerfG so korrekt waren, lässt sich diskutieren.¹⁶ Eindeutig ist jedoch, dass das BVerfG dem *ordre public*-Vorbehalt zentrale Bedeutung zur Wahrung der Grundrechte im Kollisionsrecht zumaß und zumisst.

3. Kollisionsrecht und ausländisches Recht als Teil der deutschen Rechtsordnung

Über diese Kernpunkte hinaus adressierte das BVerfG in der *Spanier*-Entscheidung weitere dogmatisch interessante Punkte, die spätere Entscheidungen vorbereiteten – nicht nur im Kollisionsrecht, sondern auch im Privatrecht. Die Anwendung ausländischen Rechts durch ein deutsches Gericht

¹² Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986, BGBl. 1986 I 1142.

¹³ Vgl. BT-Drs. 10/504 (Fn. 11) 42.

¹⁴ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10. September 1980, BGBl. 1980 I 1654, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 20. Juli 2017, BGBl. 2017 I 2787.

¹⁵ BVerfG 18.7.2006 – 1 BvL 1/04, 1 BvL 12/04, FamRZ 2006, 1818 = IPRspr. 2006 Nr. 1; zu der Entscheidung auch *Heinz-Peter Mansel*, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht, in: *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, hrsg. von Georg Nolte / Helen Keller / Armin von Bogdandy / Heinz-Peter Mansel / Andrea Büchler / Christian Walter (2008) 137–214, 156 ff.

¹⁶ Kritisch *Mansel*, Kulturelle Identität (Fn. 15) 156 ff.

stellt keine Anwendung ausländischen Rechts im wortwörtlichen Sinne dar, denn das deutsche Gericht schafft keine verbindliche Entscheidung für den ausländischen Staat. Das Gericht wird für den deutschen Staat und mit Wirkung (nur) im deutschen Territorium hoheitlich tätig, unabhängig davon, ob die ausländische Rechtsordnung diese Lösung anerkennt.¹⁷ Was diese Wirkung betrifft, unterscheidet die Entscheidung sich nicht von einer, die ein Gericht bei einem reinen Inlandssachverhalt schafft.¹⁸ Dies bedeutet, dass das deutsche Gericht genau wie bei einem Inlandssachverhalt gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist. Das Gericht ist daher – ähnlich wie später in der *Bürgerschafts*-Entscheidung¹⁹ und in der *Ehevertrags*-Entscheidung²⁰ bestätigt – angehalten, Grundrechtsverletzungen auch im (International-)Privatrechtsverhältnis zu verhindern.

4. Offene Frage: Internationaler Anwendungsbereich der Grundrechte

Was nach der *Spanier*-Entscheidung offenblieb und bis heute offengeblieben ist, ist die Frage, welchen Inlandsbezug der Anknüpfungsgegenstand aufweisen muss, damit der *ordre public*-Vorbehalt greift oder, anders ausgedrückt, welchen internationalen Anwendungsbereich die Grundrechte haben. Der Anknüpfungsgegenstand, hier verstanden als die Rechtsfrage, wie sie sich aus dem Lebenssachverhalt ergibt,²¹ ist Bezugspunkt für den Inlandsbezug. Es ist der Sachverhalt zugrunde zu legen, zugleich aber der rechtliche Kontext, in dem dieser auftritt. Denn die Nähe, die bestimmte Fakten des Sachverhalts zur inländischen Rechtsordnung aufweisen müssen, kann variieren, abhängig davon, welche Rechtsfragen im Raum stehen. Vertragsrechtliche Fragen werden typischerweise andere Bezugspunkte zur deutschen Rechtsordnung aufweisen müssen als familien- oder personenbezogene Rechtsfragen. Dies zeigt, dass sich die Frage nach dem Inlandsbezug alternativ auch so formulieren ließe: Welche Kollisionsnormen könnten oder müssten für die deutschen (oder ausländischen?) Grundrechte einschlägig sein?²²

¹⁷ Z. B. *Spyridon Vrellis*, Überlegung betreffend die Auslegung fremder Rechtsnormen, in: *Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000) 829–842, 833 Fn. 16.

¹⁸ Ähnlich *Nils Jansen / Ralf Michaels*, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, *Zeitschrift für Zivilprozess* 116 (2003) 3–55, 21.

¹⁹ BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214; BVerfG 5.8.1994 – 1 BvR 1402/89, NJW 1994, 2749.

²⁰ BVerfG 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248.

²¹ Vgl. etwa *Dirk Looschelders*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2019) Einleitung zum IPR Rn. 1041, 1043. Ausführlich zur Diskussion etwa *von Bar / Mankowski*, IPR I (Fn. 9) Rn. 4 ff.

²² Dazu etwa *Lars Viellechner* in diesem Heft; ausführlich z. B. bereits *Gunther Elbing*, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug (1992) 33 ff.; *Kronke*,

Wie eine solche Kollisionsnorm oder ein solcher Inlandsbezug aussehen müsste, bleibt offen. Das BVerfG konkretisierte in einigen Folgeentscheidungen zwar, dass es verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß sei, bei schwachem Inlandsbezug einen abgeschwächten Grundrechtsschutz zuzulassen.²³ Die Entscheidungen sind aber zu wenige bzw. zu wenig ergiebig, um ein kohärentes Grundrechtskollisionsrechtssystem zu entwickeln.²⁴

II. Zweiter Schritt: Ausländisches Recht im Schutzbereich inländischer Grundrechte

1. Die *Witwenrenten*-Entscheidung

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive aufgewertet wurde in einer weiteren kollisionsrechtlich berühmten Entscheidung der Status von ausländischem Recht, welches gerade nicht aufgrund eines kollisionsrechtlichen Verweisungsbefehls in Deutschland anwendbar ist. Die Entscheidung des BVerfG zur *Witwenrente*²⁵ nimmt eine Entwicklung vorweg, die, wenn sie von der Rechtsprechung konsequent fortentwickelt worden wäre, dem Anerkennungsprinzip,²⁶ welches inzwischen aus dem EU-Primärrecht und teilweise auch der EMRK hergeleitet wird,²⁷ hätte vorgreifen können.²⁸ Beim Anerkennungsprinzip geht es darum, dass eine in einem anderen

Wirkungskraft der Grundrechte (Fn. 9) 49 ff.; *Muna A. Yousif*, Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland (2007) 104 ff.

²³ BVerfG 30.11.1988 – 1 BvR 37/85, BVerfGE 79, 203; BVerfG 23.4.1991 – 1 BvR 1170/90, BVerfGE 84, 90 = IPRspr. 1991 Nr. 158; BVerfG 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90, BVerfGE 92, 26; dazu auch *Christian Tomuschat*, Grundrechtsfestung Deutschland?, IPRax 1996, 83–87.

²⁴ Vgl. dazu *Elbing*, Anwendbarkeit der Grundrechte (Fn. 22) 33 ff.; *Mansel*, Kulturelle Identität (Fn. 15) 202; *Kronke*, Wirkungskraft der Grundrechte (Fn. 9) 63 ff., der auf die US-amerikanische Diskussion der *governmental interests* zurückgreifen will; dazu etwa *Linda Silberman*, A.19: (American) Conflict of Laws Revolution, in: *Encyclopedia of Private International Law*, hrsg. von Jürgen Basedow / Giesela Rühl / Franco Ferrari / Pedro Alberto de Miguel Asensio (2017); aus völkerrechtlicher Sicht vgl. *Lars Viellechner*, The Transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming „Private“ Governance beyond the State, *Global Constitutionalism* 8 (2019) 639–661; vgl. auch *ders.*, Beitrag in diesem Heft.

²⁵ BVerfG 30.11.1982 – 1 BvR 818/81, BVerfGE 62, 323 = IPRspr. 1982 Nr. 44.

²⁶ Hierzu ausführlich *Heinz-Peter Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums: Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?, *RabelsZ* 70 (2006) 651–731.

²⁷ Z. B. *Susanne Lilian Gössl / Martina Melcher*, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge for National Laws: From Evolving Traditional Methods to New Forms of Acceptance and Bypassing Alternatives, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14 (2022) 1012–1043, Rn. 1f., <<https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6737>> (7.9.2023).

²⁸ Zuletzt wohl *Felix Berner*, Kollisionsrecht im Spannungsfeld von Kollisionsnormen, Hoheitsinteressen und wohlverordneten Rechten, in: *Politisches Kollisionsrecht*, hrsg. von Martin Gebauer / Stefan Huber (2021) 1–12, 6.

(EU-Mitglieds-)Staat geschaffene Rechtslage im Inland so behandelt wird wie eine inländische, ohne dass notwendigerweise eine Kollisionsnorm die Rechtslage über eine kollisionsrechtliche Verweisung ins nationale Recht transportiert.²⁹

Eine Rechtslage, etwa eine rechtlich wirksame Ehe,³⁰ ähnlich aber auch ein Name³¹ oder ein Abstammungsverhältnis,³² wird dabei in dem Moment durch die ausländische Rechtsordnung „geschaffen“, in dem diese die Rechtslage für wirksam ansieht, die Rechtslage also im ausländischen Recht existiert. Im deutschen Recht gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten, eine solche im Ausland existierende Rechtslage auch im Inland anzuerkennen. Liegt eine Gerichtsentscheidung i. S. d. §§ 328 ZPO, 108 FamFG vor, kann diese nach den verfahrensrechtlichen Anerkennungs Vorschriften anerkannt werden. Fehlt eine solche Gerichtsentscheidung, kann über das Kollisionsrecht eine Rechtslage in die deutsche Rechtsordnung transportiert werden; dies wird teilweise auch als kollisionsrechtliche Anerkennung bezeichnet.³³ Sollte das aufgrund des inländischen Kollisionsrechts angewendete Recht die infrage stehende Rechtslage akzeptieren, entfaltet sie auch im deutschen Recht Wirkung wie eine inländische.³⁴

Scheitern diese beiden Formen der Anerkennung, kann die ausländische Rechtslage grundsätzlich im Inland keine Rechtswirkung entfalten. Hier greift aber gegebenenfalls das genannte Anerkennungsprinzip – und daneben die Rechtsprechung des BVerfG zur *Witwenrente*.

Im *Witwenrenten*-Fall scheiterte die kollisionsrechtliche Anerkennung einer im Ausland wirksamen und über Jahre hinweg dort gelebten Ehe am deutschen Eheschließungsformstatut. Die Ehe war im Inland nur von einem Geistlichen geschlossen worden. Schon damals verlangte das deutsche Recht bei Inlandstrauungen stets die inländische Form (heute Art. 13 Abs. 4 Satz 1

²⁹ Ausführlich zur Problematik *Dagmar Coester-Waltjen*, Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?, in: FS Erik Jayme (2004) 121–130; *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 26) 651 ff.; *Susanne Lilian Gössl*, Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?, IPRax 2018, 376–382; *Carl Friedrich Nordmeier*, Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte, IPRax 2012, 31–39.

³⁰ Vgl. EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman u. a.*), ECLI:EU:C:2018:385.

³¹ Vgl. z. B. EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), ECLI:EU:C:2008:559; EuGH 8.6.2017 – Rs. C-541/15 (*Freitag*), ECLI:EU:C:2017:432.

³² Vgl. EuGH 14.12.2021 – Rs. C-490/20 (*Pancharevo*), ECLI:EU:C:2021:1008; EuGH 24.6.2022 – Rs. C-2/21 (*Rzecznik Praw Obywatelskich*), ECLI:EU:C:2022:502.

³³ Zu den verwirrenden Begrifflichkeiten vgl. *Susanne Lilian Gössl*, „Anerkennung“ ausländischer Ehescheidungen und der EuGH – Lost in Translation?!, Das Standesamt (StAZ) 2016, 232–236.

³⁴ Ausführlich und auch im Vergleich mit anderen EU-Rechtsordnungen *Gössl/Melcher*, Status Acquired Abroad in the EU (Fn. 27) 1012 Rn. 8 ff. Zu Folgeproblemen und insbesondere der Anpassung als Lösungsmöglichkeit *Susanne Lilian Gössl*, Anpassung im EU-Kollisionsrecht, *RabelsZ* 82 (2018) 618–653.

EGBGB), das heißt die Trauung vor einem Standesbeamten (§ 1310 Abs. 1 BGB); Art. 11 Abs. 1 EGBGB wird bei Inlandstrauungen verdrängt.³⁵ Artikel 13 Abs. 4 Satz 2 normiert eine enge Ausnahme bei zwei ausländischen Nupturienten, die im vorliegenden Fall nicht einschlägig war. Die Wirksamkeit der Ehe wiederum war Vorfrage bei der Beurteilung, ob die überlebende Ehegattin Witwenrente beziehen könne. Da aus deutscher Perspektive somit keine formwirksame Eheschließung vorlag, existierte keine wirksame Ehe und damit kein Anspruch auf Witwenrente.³⁶

Das BVerfG entschied, dass diese nur im Ausland wirksame und damit „hinkende“ Ehe dennoch in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG falle, unabhängig davon, ob sie die Voraussetzungen des Ehebegriffs nach deutschem (Sach- und Kollisions-)Recht erfülle. Dies gelte zumindest dann, wenn die Ehegatten bei Abschluss der aus deutscher Sicht unwirksamen Ehe im Ausland ihre Verbindung als dauernde Gemeinschaft beabsichtigten, die Ehe von der für einen der beiden Partner maßgeblichen Rechtsordnung auch formal, etwa unter amtlicher Mitwirkung oder aufgrund einer Registrierung, anerkannt würde und die Eheschließung dem deutschen *ordre public* nicht widerspreche.³⁷

Liegen diese Voraussetzungen vor, genießt damit die im Inland unwirksame Ehe einen gewissen Mindestschutz als Ehe im Sinne des GG. „Hinkende Ehen“ werden nicht wie im Inland wirksam anerkannte Ehen behandelt, aber auch nicht vollends ignoriert.³⁸ Der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG verstärkt sich, je länger die Ehegatten im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Ehe als Ehegatten gelebt haben.³⁹

³⁵ Zur Anwendung von Art. 13 Abs. 4 und Art. 11 EGBGB auf Eheschließungen ausführlich *Susanne Lilian Gössl / Marius Pflaum*, Die digitale Eheschließung im deutschen Kollisionsrecht, StAZ 2022, 97–103, 98 ff.

³⁶ Ausführlich *Staudinger/Mankowski* (Fn. 10) Art. 13 EGBGB Rn. 531.

³⁷ BVerfG 30.11.1982 (Fn. 25) Rn. 28; bezogen auf das Kinderehenbekämpfungsgesetz auch *Dagmar Coester-Wältjen*, Kinderehen – Neue Sonderanknüpfungen im EGBGB, IPRax 2017, 429–436; *Rainer Frank*, Ausländische Minderjährigenehen auf dem Prüfstand des Kinderehenbekämpfungsgesetzes: Insbesondere zur Heilungswirkung nach Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB und zur Rückwirkungsproblematik, StAZ 2018, 1–5; *Susanne Lilian Gössl*, Ist das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verfassungswidrig?, Bonner Rechtsjournal 2019, 6–11, 7.

³⁸ OLG Köln 10.5.1993 – 16 Wx 38/93, NJW 1993, 2755 = IPRspr. 1993 Nr. 53; BayObLG 9.8.1994 – 1Z BR 64/94, BayObLGZ 1994, 227 = IPRspr. 1994 Nr. 70. Von einem „sozialrechtlichen Ehebegriff“ geht Peter Mankowski aus; *Staudinger/Mankowski* (Fn. 10) Art. 13 EGBGB Rn. 533.

³⁹ *Gössl*, Ist das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verfassungswidrig? (Fn. 37) 7; BVerfG 30.11.1982 (Fn. 25); dazu auch *Dieter Martiny*, Die ausländische Frühehe und der Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG, in: Die Frühehe im Recht, hrsg. von Nadjma Yassari / Ralf Michaels (2021) 169–189, 176.

2. Dogmatische Einordnung – Rechtsanwendung oder Rechtswirkung?

Dogmatisch ist diese Entscheidung unter verschiedenen Gesichtspunkten interessant.

Zum einen bestätigt das BVerfG zunächst allgemein, dass Art. 6 Abs. 1 GG ein normgeprägtes Grundrecht ist. Die Frage, ob eine Ehe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG vorliegt, bleibt der Ausgestaltung des einfachen Gesetzgebers überlassen, solange dieser die wesentlichen Strukturprinzipien beachtet und die Ausgestaltung verhältnismäßig ist.⁴⁰ Der verfassungsrechtliche Ehebegriff ist damit jedenfalls erfüllt, wenn nach dem Recht, das aufgrund des deutschen Kollisionsrechts anwendbar ist, die Ehe wirksam ist. Alle Ehen i. S. d. (inländischen oder ausländischen) Rechts, welches aufgrund einer deutschen Kollisionsnorm anwendbar ist, sind damit auch Ehen i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG.⁴¹ Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG erschöpft sich aber nicht hierin.

Denn zum anderen reicht es aus Sicht des BVerfG aus, dass ausländisches Recht, welches nicht über den einfachen Gesetzgeber zum Teil der deutschen Rechtsordnung geworden ist, eine Ehe bejaht und zusätzlich die Ehegatten im Vertrauen hierauf gelebt haben. Anders als im Eigentumsrecht⁴² entwickelt das BVerfG keinen separaten verfassungsrechtlichen Begriff. Stattdessen erweitert es – untechnisch ausgedrückt – die Reihe der möglichen Gesetzgeber, die den Ehebegriff ausgestalten können, indem auch ausländische, nach dortigem Recht wirksame Ehen in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG fallen. Das BVerfG entwickelt also über das EGBGB hinaus eine Art eigene Kollisionsnorm für eine Ehe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG, die von den einfachgesetzlichen Kollisionsnormen abweicht bzw. über diese hinausgeht. Methodisch ist diese verfassungsrechtliche Kollisionsnorm aber an die einfachgesetzliche angelehnt: Das BVerfG verwendet den Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit eines der Nupturienten und geht (wohl) vom *ordre public* als Grenze aus, es denkt also klassisch kollisionsrechtlich in Anknüpfungspunkt und *ordre public*-Vorbehalt (zur späteren Abweichung gleich, unter II.3.).

Dennoch lässt sich der Entscheidung weder die Bildung einer Kollisionsnorm im Sinne einer Verweisungsnorm nach klassischem Verständnis entnehmen noch ein Anerkennungsbefehl, wie er beispielsweise im Unionsrecht bei im Ausland wirksam bestehenden Namen durch den EuGH⁴³

⁴⁰ Dazu auch BVerfG 30.11.1982 (Fn. 25) Rn. 27.; ausführlich auch *Martiny*, *Ausländische Frühehe* (Fn. 39) 173.

⁴¹ Zur Einheit der Rechtsordnung über IPR und ausländisches Recht bereits *Susanne Lilian Gössl*, *Zur Anwendung ausländischen Rechts im Zivil- und Strafprozess*, in: *Einheit der Prozessrechtswissenschaft?*, hrsg. von Daniel Effer-Uhe/Elisa Hoven/Simon Kempny/Luna Rösinger (2016) 127–140, 128.

⁴² Vgl. BVerfG 15.7.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300, 335.

⁴³ EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), ECLI:EU:C:2003:539; EuGH 14.10.2008 – *Grunkin und Paul* (Fn. 31); EuGH 8.6.2017 – *Freitag* (Fn. 31); vgl. dazu *Gössl*, *Mosaikstein* (Fn. 29) 376 ff.

etabliert wurde. Es geht nur um die indirekte Wirkung der Ehe bei der Frage, ob ein Anspruch auf Witwenrente besteht – also im klassischen IPR eine Vorfrage.⁴⁴ Das BVerfG ist sehr darauf bedacht, keine allgemeine Pflicht aufzustellen, die Ehe als „Ehe“ i. S. d. einfachen Rechts anzusehen und etwa eine besondere (Vorfragen-)Anknüpfung vorzusehen. In der *Witwenrenten-*Entscheidung wird (nur) eine verfassungskonforme Auslegung des Ehebegriffs im Rahmen des Hinterbliebenenrechts verlangt, nicht aber eine Anerkennung der Ehe für die gesamte Rechtsordnung.⁴⁵

Darüber hinaus nimmt das BVerfG an, dass der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG, der dann auch ins einfache Recht hineinspielt, zunimmt, wenn ein stärkeres Vertrauen der Eheleute auf die Wirksamkeit der Rechtslage besteht. Der Schutz ist also relativ. Dieses abgestufte Konzept ähnelt eher der Dogmatik der „Wirkungsverleihung“⁴⁶ oder „Berücksichtigung“⁴⁷ ausländischen Rechts innerhalb eines deutschen Tatbestands. Ausländisches Recht kann nach dieser Figur – entweder als Recht oder als Tatsache⁴⁸ – nach Ermessen des Gerichts auch dann zur Wirkung kommen, wenn keine einschlägige Kollisionsnorm auf es verweist. Die Stärke dieser „Wirkung“ steht im Ermessen des Gerichts, das heißt, es kann das ausländische Recht oder einen Rechtstatbestand beachten, muss es aber nicht. Dabei kann das Ermessen natürlich gelenkt und ausnahmsweise auf null reduziert sein.⁴⁹ Auch diese Wirkung im allgemeinen Kollisionsrecht ist damit abgestuft. Die beiden Figuren weisen somit dogmatische Ähnlichkeiten auf, sind vielleicht sogar identisch.

Auf der einfachrechtlichen Ebene ist Identität anzunehmen: Im Fall der *Witwenrente* findet eine Ermessensreduzierung auf null aufgrund des verfassungsrechtlichen Befehls aus Art. 6 Abs. 1 GG statt, was den Anspruch auf Witwenrentenzahlung betrifft.

⁴⁴ Zum Begriff etwa *A. E. Gotlieb*, *The Incidental Question Revisited – Theory and Practice in the Conflict of Laws*, (1977) 26 *The International and Comparative Law Quarterly* 734–798, 735 ff.; *Wilhelm Wengler*, in: RGRK BGB, *Internationales Privatrecht*¹² (1981) § 8: Die Technik des Internationalen Privatrechts, Rn. 37b, 806; *ders.*, *The Law Applicable to Preliminary (Incidental) Questions*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. III, Kap. 7 (2011).

⁴⁵ Vgl. BVerfG 30.11.1982 (Fn. 25) Rn. 34 f.; *Joachim Gernhuber / Dagmar Coester-Waltjen*, *Familienrecht*⁷ (2020) § 11 Rn. 21; *Staudinger/Mankowski* (Fn. 10) Art. 13 EGBGB Rn. 533; *Martiny*, *Ausländische Frühehe* (Fn. 39) 176–177.

⁴⁶ Vgl. etwa Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO.

⁴⁷ Vgl. etwa Art. 17 Rom II-VO.

⁴⁸ Zur Abgrenzung insb. in der Rechtsprechung des EuGH *Susanne Lilian Gössl*, *In- und ausländische Corona-Regelungen im grenzüberschreitenden Handel*, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 120 (2021) 23–47, 40–41, 44–45.

⁴⁹ Zu richterlichem Ermessen ausführlich *Barbara Stichelbrock*, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß* (2002); vgl. auch *Horst Sendler*, *Blüten richterlicher Ermessensausübung*, *NJW* 1998, 1282–1284, 1282–1283; bei ausländischen Eingriffsnormen etwa *Gössl*, *Corona-Regelungen* (Fn. 48) 41 ff.

Unklar ist, ob sich trotz der anderen Hierarchieebene auch im Verfassungsrecht eine Parallele ziehen lässt. Hier geht es um den Rückgriff auf ausländisches, nicht anwendbares Recht, um einen normgeprägten Grundrechtsschutzbereich zu bestimmen.

Behandelt man die Vorgehensweise des BVerfG als ein solches „Berücksichtigen“ oder „Wirkungentfalten“, hieße dies für die dogmatische Frage, ob die Ehe tatsächliche oder rechtliche Wirkung entfaltet, dass das BVerfG bei der Einwirkung der im Ausland wirksamen Ehe von einer Rechtsanwendung ausgeht. Denn es betont stets die normative Prägung des Ehebegriffs und behandelt damit die im Ausland nach dem dortigen Recht wirksame Ehe nicht als Faktum. Bislang wurde die dogmatische Einordnung dieser „Wirkung“ der Ehe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG nicht umfassend vertieft.⁵⁰ Weitere Untersuchungen wären wünschenswert.

3. Fortentwicklung durch die *Kinderehen*-Entscheidung

In der Entscheidung zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen stellte das BVerfG lapidar fest, dass Art. 6 Abs. 1 GG alle Ehen schützen kann, die von der deutschen oder einer ausländischen Rechtsordnung als wirksam angesehen werden und den Strukturprinzipien des Grundgesetzes nicht widersprechen.⁵¹ Die bisher verwendete Formulierung, dass die Ehe jedenfalls wirksam sei, wenn sie nicht gegen den *ordre public* verstoße, scheint in diesen Strukturprinzipien aufzugehen.⁵² Als Strukturprinzip gilt u. a. die freie Willensentscheidung der Eheschließenden, und es ist damit zumindest nicht ausgeschlossen, dass auch Eheleute, die bei Eheschließung unter 16 Jahre alt waren, eine solche freie Entscheidung getroffen haben.

Sowohl die im Ausland wirksame, im Inland aber aufgrund der infrage stehenden Norm unwirksame Minderjährigenehe als auch das Vertrauen der Ehegatten auf das Bestehen derselben verstärken jeweils für sich die Eingriffsintensität.⁵³ Welchen Charakter (Recht oder Tatsache; siehe oben) die ausländischen Regelungen in dieser Argumentation haben, wird nicht deutlich gemacht. Doch die Argumentation bewegt sich stets auf der rechtlichen Ebene. Dies spricht für eine Rechtsanwendung und bestätigt die unter II.2. gezogenen Schlussfolgerungen.

Die Überlegungen des BVerfG sind aber anders gelagert als in der *Witwenrenten*-Entscheidung. Die *Witwenrenten*-Entscheidung geht davon aus, dass gerade die nur nach ausländischem und nicht nach deutschem Recht beste-

⁵⁰ Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 45) § 11 Rn. 21; *Gerald Mäsch*, Der pflichtvergessene Anwalt und die „hinkende Ausländerehe“ oder: Der BGH im Kampf mit der Verfassung, IPRax 2004, 421–424, 424.

⁵¹ BVerfG 1.2.2023 (Fn. 1) Rn. 110.

⁵² Kritisch *Coester-Waltjen*, Unwirksamkeitsverdikt für „Kinderehen“ (Fn. 4) 352.

⁵³ BVerfG 1.2.2023 (Fn. 1) Rn. 154 ff.

hende Rechtslage „Ehe“ im Inland einfachgesetzlich eine gewisse Wirkung entfalten muss. In der *Kinderehen*-Entscheidung geht es nicht darum, ob die Ehe einfachgesetzlich wirkt, sie wird nur auf der verfassungsrechtlichen Ebene als Element der Abwägung innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinzugezogen.

III. Dritter Schritt: Internationales Privatrecht und die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Verfassungsgarantien

1. Verfassungswidrigkeit von gleichheitswidrigen Anknüpfungen

Obwohl das BVerfG bereits in der *Spanier*-Entscheidung deutlich gemacht hatte, dass das gesamte Kollisionsrecht, das heißt nicht nur das Ergebnis der hiernach bestimmten Rechtsanwendung, sondern auch die Ausgestaltung der Kollisionsnormen selbst, an der Verfassung zu messen sei, wurde die Struktur der Kollisionsnormen erst deutlich später an den Grundrechten gemessen. Während in der Literatur schon früh gehäuft vorgebracht wurde, dass die einseitige Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemanns mit Art. 3 Abs. 2 GG in Widerspruch stehen könnte, gingen die einfachen Gerichte zunächst weiter von der Neutralität des IPR als technisches Ordnungsrecht aus.⁵⁴ Den Anfang in die entgegengesetzte Richtung machte der BGH 1982 in einer Entscheidung im Scheidungsrecht. Der damalige Art. 17 Abs. 1 EGBGB bestimmte das Scheidungsstatut einseitig nach dem Heimatrecht des Ehemannes, und das Gericht erklärte Art. 17 Abs. 1 EGBGB als vorkonstitutionelle Norm aus eigenem Recht für verfassungswidrig und damit nicht anwendbar.⁵⁵

Kurz darauf, 1983 und 1985, erklärte das BVerfG ebenfalls verschiedene Vorschriften des Internationalen Familienrechts für verfassungswidrig, die als Anknüpfungspunkte (nur) die Staatsangehörigkeit des Mannes vorsahen, obwohl es sich um Ehefragen handelte, die damit auch die Ehefrau gleichermaßen betrafen. Die Verfassungswidrigkeit ergab sich nicht erst wie in der *Spanier*-Entscheidung aus dem Ergebnis des aufgrund der Kollisionsnorm angewendeten ausländischen Rechts. Sie resultierte bereits daraus, dass die Anknüpfungsregel selbst durch die einseitige Anknüpfung gegen das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG verstieß. Somit ist bereits auf der Anknüpfungsebene der verfassungsrechtliche Auftrag zu verwirklichen, auf die Gleichbehandlung von Mann und Frau hinzuwirken. Eine gleichheitswidrige Anknüpfung verletzt diese Pflicht.⁵⁶

⁵⁴ Ausführlich *Kreuzer*, IPR und Bundesverfassungsgericht (Fn. 5) 162ff., m. w. N. insb. aus der unterinstanzlichen Rechtsprechung.

⁵⁵ BGH 8.12.1982 – IVb ZR 334/81, BGHZ 86, 57; ausführlich auch *Kreuzer*, IPR und Bundesverfassungsgericht (Fn. 5) 167ff.

⁵⁶ BVerfG 22.2.1983 – 1 BvL 17/81, BVerfGE 63, 181 = IPRspr. 1983 Nr. 56; BVerfG

Unmittelbare Konsequenz war, dass bei der großen IPR-Reform 1986⁵⁷ gleichbehandlungs- oder in sonstiger Weise verfassungswidrige Anknüpfungen größtenteils beseitigt und vermieden wurden, sodass das EGBGB heute grundsätzlich als verfassungsgemäß gilt.⁵⁸ Ein vereinzelt intertemporales Relikt, die Übergangsregelung des Art. 220 Abs. 3 EGBGB, die altes Recht noch unter bestimmten Umständen zur Anwendung brachte, wurde im Anschluss nur unter konkreten Auslegungsvorgaben für verfassungsgemäß erklärt.⁵⁹

2. Kollisions- und Sachrecht als Teil der deutschen Rechtsordnung

Das Kollisionsrecht aus der Perspektive des Art. 3 Abs. 2 GG zu betrachten, ist nur ein Fall des hinter dieser Entscheidung stehenden allgemeinen Grundsatzes, der sich in der *Spanier*-Entscheidung schon andeutete und vom BVerfG auch bezogen auf die Rechtsordnung insgesamt – inklusive Normen staatsvertraglichen Ursprungs⁶⁰ – immer weiter verfeinert wurde: Die gesamte Rechtsordnung ist zunächst an die Grundrechte insofern gebunden, als dass das Recht nicht gegen Letztere verstoßen darf. Darüber hinaus strahlen die Grundrechte aber auch allgemein in die einfache Rechtsordnung aus, sodass die einfachen Normen immer dergestalt im Lichte der Grundrechte zu lesen sind, dass sie diese möglichst optimal verwirklichen.⁶¹

3. Ausgestaltung und Eingriff bei normgeprägten Grundrechten

Zu einem gewissen vorgeblichen Zirkelschluss kann es bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm kommen, wenn sogenannte „normgeprägte“ Grundrechte infrage stehen wie etwa „Ehe“,⁶² „Eltern“⁶³ oder „Vertragsfreiheit“⁶⁴. Diese Grundrechte müssen auf das einfache Recht zu-

8.1.1985 – 1 BvR 830/83, BVerfGE 68, 384 = IPRspr. 1995 Nr. 70; zum Internationalen Verfahrensrecht BVerfG 3.12.1985 – 1 BvL 29/84, BVerfGE 71, 224 = IPRspr. 1995 Nr. 155.

⁵⁷ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (Fn. 12).

⁵⁸ *Kreuzer*, IPR und Bundesverfassungsgericht (Fn. 5) 174; *Erman/Stürmer* (Fn. 9) Einleitung IPR Rn. 36.

⁵⁹ BVerfG 18.12.2002 – 1 BvR 108/96, FamRZ 2003, 361 = IPRspr. 2002 Nr. 73; vgl. etwa *Erman/Stürmer* (Fn. 9) Einleitung IPR Rn. 36.

⁶⁰ BVerfG 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145 = IPRspr. 1998 Nr. 108b.

⁶¹ Zur Kunst- und Meinungsfreiheit BVerfG 17.7.1984 – 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 224 ff.; BVerfG 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1.

⁶² BVerfG 4.5.1971 (Fn. 8); *Matthias Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers (2005) 338 ff.

⁶³ Vgl. BVerfG 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 1 BvR 540/92, 1 BvR 866/92, BVerfGE 92, 158.

⁶⁴ BVerfG 19.10.1993 (Fn. 19); BVerfG 5.8.1994 (Fn. 19); z.B. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte (Fn. 62) 165 ff., insb. 207 ff.

rückgreifen, um überhaupt Gestalt anzunehmen.⁶⁵ Der einfache Gesetzgeber hat es daher zu einem gewissen Grad in der Hand, den Schutzbereich des Grundrechts zu bestimmen. Hierbei spielt allerdings das Kollisionsrecht eine gewichtige Rolle, da es als Verweisungs- und Anerkennungsrecht auch ausländische Rechtsinstitute an dieser Ausgestaltung teilhaben lässt: Entschliebt der einfache Gesetzgeber sich, eine Ehe nach ausländischem Recht im Inland als Ehe zu behandeln, gestaltet auch diese Ehe den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG aus.

Nimmt der Gesetzgeber demgegenüber bewusst bestimmte Ehen aus dem Anwendungsbereich des Eherechts heraus, sei es auf nationaler Ebene durch Festlegung einer Mindestaltersgrenze, sei es auf kollisionsrechtlicher Ebene durch Verweis auf nationales Recht für Eheschließungen mit minderjährigen Nupturienten wie in Art. 13 Abs. 3 EGBGB, muss dies nicht zwangsläufig einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG darstellen, da die Ausgestaltung notwendige Voraussetzung für den Gebrauch des Eherechts ist.⁶⁶ Der Schutzbereich ist berührt, wenn die wesentlichen Strukturprinzipien der Ehe verletzt sind. Dies ist etwa bei Mindestaltersgrenzen – oder dem kollisionsrechtlichen Pendant wie in Art. 13 Abs. 3 EGBGB – nicht notwendig der Fall. Denn solche Regelungen können u. a. das Strukturprinzip, dass die Ehe auf einem freien Beschluss beruhen muss,⁶⁷ ausgestalten. Bei minderjährigen Personen steht die freie Willensbildung nicht immer eindeutig fest, sodass entsprechende Regelungen zulässig sind.⁶⁸

Stellt eine Norm eine Ausgestaltung des Grundrechts dar, bedeutet dies aber nicht, dass eine verfassungsrechtliche Prüfung auf die Einhaltung der Strukturprinzipien begrenzt und jede weitere grundrechtliche Analyse ausgeschlossen ist. Denn bei der Ausgestaltung eines normgeprägten Grundrechts müssen ebenfalls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Gebot praktischer Konkordanz gewahrt werden.⁶⁹ Fällt die Ausgestaltung unverhältnismäßig aus, verletzt sie daher die Rechte der Betroffenen aus Art. 6 Abs. 1 GG.⁷⁰

⁶⁵ *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte (Fn. 62) 521 ff.; anders z. B. beim Eigentum als ebenfalls normgeprägtem Recht: BVerfG 15.7.1981 (Fn. 42) 335.

⁶⁶ *Gössl*, Ist das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verfassungswidrig? (Fn. 37) 7; *Stephan Rixen*, JZ 2019, 628–632, 630 (Anm. zu BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16); vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990) 1–31, 13, 19–21; a. A. z. B. *Martiny*, Ausländische Frühehe (Fn. 39) 178.

⁶⁷ BVerfG 17.7.2002 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, BVerfGE 105, 313, Rz. 87.

⁶⁸ *Gössl*, Ist das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verfassungswidrig? (Fn. 37) 7; tendenziell *Matthias Hettich*, FamRZ 2019, 188 (Anm. zu BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16); vgl. auch BVerfGE 133, 59 ff. Rz. 68 (zum Ausgestaltungsspielraum bei Art. 6 Abs. 1 GG).

⁶⁹ Zur Vertragsfreiheit BVerfG 19.10.1993 (Fn. 19) 38; *Böckenförde*, Grundrechte (Fn. 66) 13, 19–21; zu Art. 6 Abs. 1 GG *Gössl*, Ist das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verfassungswidrig? (Fn. 37) 7.

⁷⁰ BVerfG 1.2.2023 (Fn. 1) Rn. 115.

Problematisch an diesem verfassungsdogmatischen Twist⁷¹ ist, dass der Prüfungsmaßstab für die ausgestaltenden Regelungen schwierig zu bestimmen sein kann. In der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss die Ausgestaltungsnorm an einem Grundrecht gemessen werden, welches zugleich durch die zu prüfende Norm konkretisiert wird. Vorliegend wird die Art. 6 Abs. 1 GG ausgestaltende Regelung des Art. 13 Abs. 3 EGBGB an dem Eherecht i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG gemessen. Die Beschränkung des Grundrechts und seine Ausgestaltung gehen damit ineinander über, stehen sich aber innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber. Das hieraus resultierende Aufbau- und Prüfungsproblem ist selbstverständlich keine Besonderheit von Art. 6 Abs. 1 GG. Es stellt sich allgemein bei normgeprägten Grundrechten, zum Beispiel auch bei der aus der allgemeinen Handlungsfreiheit stammenden Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), sofern nicht ausnahmsweise der Kernbereich des Grundrechts berührt ist.⁷²

4. „Hinkende Ehe“ als separates Element der Abwägung

In der *Kinderehen*-Entscheidung vermeidet das BVerfG es, durch die beschriebene zirkelschlüssig scheinende Argumentation im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ins Schleudern zu geraten, indem es die beiden oben dargestellten verfassungsrechtlichen Entwicklungen zum Kollisionsrecht zusammenführt. Eine „hinkende Ehe“, die im Ausland wirksam ist, fällt auch unabhängig von ihrer inländischen Wirksamkeit in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG, solange die wesentlichen Strukturprinzipien gewahrt werden (*Witwenrenten*-Entscheidung; siehe oben). Die im Ausland wirksam geschlossene Minderjährigenehe ist eine solche Ehe im Sinne des Grundgesetzes.⁷³ Dadurch, dass diese Ehe somit von der Ehefreiheit des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst wird und in der deutschen Rechtsordnung Wirkung i. S. d. *Witwenrenten*-Entscheidung entfalten kann, fließt diese Wirkung auch in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, die notwendig ist, um die Verfassungsmäßigkeit der ausgestaltenden Normen (hier: Art. 13 Abs. 3 EGBGB) festzustellen. Die Ehe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG wird zugleich zum Maßstab, anhand dessen die Verhältnismäßigkeit der die Ehe ausgestaltenden Normen und damit ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden können. Die Nicht-Anerkennung der im Ausland wirksam geschlossenen Minderjährigenehe durch die ausgestaltende Regelung schränkt zugleich den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ein, da diese Ehe ja aus verfassungsrechtlicher Sicht einen gegebenenfalls abgestuften, aber jedenfalls vorhandenen Schutz genießt. Innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, das heißt im

⁷¹ Vgl. etwa *Coester-Waltjen*, Unwirksamkeitsverdict für „Kinderehen“ (Fn. 4) 355.

⁷² Vgl. etwa in der *Bürgerschafts*-Entscheidung BVerfG 19.10.1993 (Fn. 19), in der Formulierungen wie „zweifelsfrei zum wehrlosen Objekt der Fremdbestimmung“ verwendet werden.

⁷³ BVerfG 1.2.2023 (Fn. 1) Rn. 124.

Anschluss an die Prüfung des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der Regelungen des Kinderehenbekämpfungsgesetzes, ist diese Beschränkung der Ehe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG ebenfalls in die Abwägung mit aufzunehmen.

Und letztendlich scheidet nur der Teil des Art. 13 Abs. 3 EGBGB, der Minderjährigenehen eine Anerkennung vollends versagt und keine Folge-regelungen enthält und damit unverhältnismäßig in Art. 6 Abs. 1 GG ein-greift.⁷⁴

IV. Folgeüberlegungen und -fragen zum Verhältnis von IPR und Grundgesetz

Die Entscheidung des BVerfG hat das Verhältnis zwischen Kollisions- und Verfassungsrecht weiter konkretisiert und dabei verschiedene Entwick-lungen der letzten Jahrzehnte zusammengeführt. Damit ist aber das Verhält-nis von GG und IPR noch längst nicht abschließend geklärt.

1. Unklarer dogmatischer Status von „hinkenden Ehen“

Die inländische Wirkung von im Ausland wirksam begründeten Rechts-tatbeständen, die kollisionsrechtlich nicht anerkannt werden, ist weiterhin sowohl dogmatisch als auch praktisch ungewiss – fest steht jetzt nur, dass diese Rechtstatbestände nicht nur bei der Rechtsanwendung im einfachen Recht, sondern auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Ver-fassungsrecht eine Rolle spielen können. Aus kollisionsrechtlicher Sicht äh-nelt dieses „Rolle spielen“ dem „Wirkungentfalten“ oder „Berücksichtigen“ ausländischen Rechts bzw. ausländischer Rechtstatbestände, wie sie insbe-sondere (aber nicht nur) bei ausländischen Eingriffsnormen diskutiert wer-den.⁷⁵

⁷⁴ BVerfG 1.2.2023 (Fn. 1) Rn. 154ff. Ausführlich zu der Entscheidung *Henning Radtke* und *Dagmar Coester-Waltjen* in diesem Heft.

⁷⁵ Vgl. etwa BGH 22.6.1972 – II ZR 113/70, NJW 1972, 1575, 1576–1577; Gössl, Corona-Regelungen (Fn. 48) 40–41, 44ff.; *Jan von Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁸, Bd. XII (2020) Einleitung zum IPR Rn. 312ff.; *Andreas Köhler*, Eingriffsnormen – Der „un-fertige Teil“ des europäischen IPR (2013) 168ff.; *Mathias Kuckein*, Die „Berücksichtigung“ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht (2008); *Ulrich Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2016) Art. 9 Rom I-VO Rn. 115ff.; *Marc-Philippe Weller*, Vom Staat zum Menschen – Die Methodentrias des Internationalen Pri-vatrechts unserer Zeit, RabelsZ 81 (2017) 747–780.

2. Internationaler Anwendungsbereich der Grundrechte

Offen bleibt auch, ob im Rahmen dieses „Wirkungentfaltens“ der internationale Anwendungsbereich des betroffenen Grundrechts anders zu ziehen ist als in einer klassischen Eingriffsprüfung, in der es um die unmittelbare Anwendung eines Grundrechts geht. Es ist wohl anzunehmen, dass die „Wirkung“ nicht weiter gehen kann als der Schutz des Grundrechts. Damit bleibt ein hinreichender Inlandsbezug erforderlich, damit der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet ist. Wie allerdings genau zu bestimmen ist, ob Art. 6 Abs. 1 GG noch greift, bedarf noch weiterer Diskussionen.⁷⁶

3. Verallgemeinerungsfähigkeit der Wirkung von hinkenden Statusverhältnissen?

Schließlich bleibt auch offen, ob die Grundsätze der *Witwenrenten*-Entscheidung, die nun in der *Kinderehen*-Entscheidung weiterentwickelt wurden, auch auf andere normgeprägte und damit einfachgesetzlich ausgestaltungsbedürftige Grundrechte zu übertragen sind. Relevanz könnte dies zum Beispiel im Abstammungsrecht haben. Auch das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht, welches zwar durch das einfache Recht ausgestaltet wird, aber auch darüber hinaus Schutz entfaltet.⁷⁷ Der nach deutschem Recht nicht rechtliche, aber genetische Vater fällt bereits in den Schutzbereich des Grundrechts.⁷⁸ Strukturell ähneln die beiden Grundrechte sich damit. Nach den Grundsätzen der *Witwenrenten*-Entscheidung könnten demnach Vater- und Mutterschaften, bei denen zwar keine genetische Verbindung besteht, aber eine ausländische Rechtsordnung, die nicht nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufen wurde, eine Elternschaft bejaht, unter Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG fallen. Zu denken ist etwa an im Ausland vorgenommene Leihmutterschaften, wenn das dortige Recht die Wunschmutter als rechtliche Mutter einordnet, obwohl diese das Kind nicht geboren hat. Nach deutschem Recht kann nur die Geburtsmutter die Mutterstellung erlangen (§ 1591 BGB), und über Art. 19 Abs. 1 EGBGB wird häufig deutsches Recht auf die deutsche Wunschmutter angewendet.⁷⁹ Ähnlich kann der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG eröffnet sein, sollten unterschiedliche Rechtsordnungen Vaterschaftszuordnungen auf verschiedene Weisen zulassen.⁸⁰

⁷⁶ Oben I., bei Fn. 17.

⁷⁷ Vgl. BVerfG 7.3.1995 (Fn. 63).

⁷⁸ BVerfG 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, BVerfGE 108, 82.

⁷⁹ Vgl. etwa BGH 20.2.2019 – XII ZB 130/16, NJW 2019, 2313 = IPRspr. 2019 Nr. 8; Mutterschaft der deutschen Wunschmutter wäre nur nach dem nicht anwendbaren ukrainischen Recht etabliert worden.

⁸⁰ Rechtsvergleichend z.B. *Nina Dethloff*, Familienrecht: Ein Studienbuch³³ (2022) § 10

Eine solche Erstreckung auf alle normgeprägten Grundrechte ist insbesondere problematisch, weil das BVerfG in der *Kinderehen*-Entscheidung nur noch davon ausgeht, dass die Ehe in einem anderen Staat wirksam sein muss (und den Strukturprinzipien nicht widerspricht), um in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG zu fallen. Weitere Einschränkungen wie zum Beispiel, dass die Ehe nach dem Recht der Staatsangehörigkeit einer der beiden Nupturienten wirksam sein muss,⁸¹ fehlen. Eine solche Einschränkung deutete sich in der *Witwenrenten*-Entscheidung noch an. Sollten die entwickelten Grundsätze also für alle normgeprägten Grundrechte gelten, könnte dies die Versagung von irgendwo im Ausland wirksam etablierten Statusverhältnissen deutlich verkomplizieren. Vielleicht ist dies aber auch begrüßenswert und ein guter Anlass, die Methode, wie mit im Ausland wirksam begründeten Rechtsverhältnissen international-privatrechtlich umzugehen ist, zu überdenken.

4. Austausch zwischen Verfassungs- und Kollisionsrecht

Die Geschichte des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen und das folgende Gerichtsverfahren haben gezeigt, wie intensiv der Austausch zwischen Verfassungs- und Kollisionsrecht sein kann – in der Praxis wie auch in der Wissenschaft.⁸² Es wäre schön, wenn dieser Austausch fortwirken und sowohl in der Verfassungs- wie auch der Kollisionsrechtsdogmatik seinen Niederschlag finden könnte.

V. Zusammenfassung

1. Das BVerfG hat bereits früh betont, dass die Verfassung auch im Kollisionsrecht Anwendung findet. Diese Wertung wurde im Kollisionsrecht primär auf den *ordre public*-Vorbehalt bezogen. Der internationale Anwendungsbereich der deutschen Grundrechte bleibt bis heute ungeklärt.

2. Der Schutzbereich der Grundrechte erfasst auch solche im Ausland wirksamen Ehen, die nicht aufgrund einer kollisionsrechtlichen Verweisung im einfachen Recht wirksam sind. Es handelt sich aber nicht um eine weitere Form der „Anerkennung“ solcher Ehen. Stattdessen können sie eine abgestufte Wirkung in der Rechtsordnung entfalten, wie dies kollisionsrechtlich insbesondere bei ausländischen Eingriffsnormen bekannt ist.

Rn. 107; *Susanne Lilian Gössl*, Die Anerkennung der Elternschaft zwischen den Mitgliedstaaten der EU, Forum Familienrecht (FF) 2023, 101–110, 102.

⁸¹ So noch tendenziell BVerfG 30.11.1982 (Fn. 25) Rn. 28.

⁸² Z. B. *Hettich*, Anm. (Fn. 68) 188; *Rixen*, Anm. (Fn. 66) 628 ff.; *Coester-Waltjen*, Unwirksamkeitsverdikt für „Kinderehen“ (Fn. 4) 351 ff.

3. Das Kollisionsrecht als Teil der deutschen Rechtsordnung gehört zu den Normen, die normgeprägte Grundrechte wie das Eherecht des Art. 6 Abs. 1 GG ausgestalten. Diese Ausgestaltung und damit auch die Kollisionsnormen müssen verhältnismäßig sein. Bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn kann bei der Abwägung eine im Ausland wirksame, im Inland aufgrund der infrage stehenden Kollisionsnorm nicht erfasste Ehe als Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sein. Die ausgestaltende Kollisionsnorm kann dann in die Ehefreiheit bezogen auf diese nur im Ausland wirksame Ehe eingreifen.

4. Sollte die dargestellte Entwicklung auf andere normgeprägte Grundrechte, etwa das Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, anwendbar sein, könnte zukünftig das Verfassungsrecht noch stärker zum Beispiel in Fällen der im Ausland vorgenommenen Leihmutterschaften relevant werden.

5. Hoffentlich bleibt der Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis im Verfassungs- und Kollisionsrecht auch über dieses Gerichts- und Gesetzesverfahren hinweg erhalten.