

## Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR

Leonhard Hübner

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hübner, Leonhard. 2021. "Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 85 (1): 106–45.  
<https://doi.org/10.1628/rabelsz-2020-0094>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR

Von LEONHARD HÜBNER, Heidelberg

Seit Savigny ist das IPR geprägt von der Verweisungsmethode. Mit dem EU-Primärrecht tritt ein Gegenspieler auf den Plan, der das traditionelle System zu überlagern droht, indem über die Grundfreiheiten und die Freizügigkeit Einfluss auf das IPR ausgeübt wird. Dies zeigt sich in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zum Internationalen Gesellschafts- und Namensrecht, in welcher der Gerichtshof auf Basis des Primärrechts Vorgaben aufgestellt hat, ohne auf die (nationalen) Verweisungsnormen einzugehen. Diese „zweite Spur“ der Ermittlung des anwendbaren Rechts ist schon vor knapp 20 Jahren als Anerkennungsmethode bezeichnet worden. Nach bisheriger Interpretation der Rechtsprechung beschränkt sie sich auf die beiden genannten Rechtsgebiete. Insbesondere Problemlagen aus dem Bereich des kulturell sensitiven Internationalen Familienrechts wie die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen sollen nach h.M. nicht von der Anerkennungsmethode erfasst sein. Jedoch wecken Entwicklungen wie die EuGH-Entscheidung *Coman* und die Diskussion um die Minderjährigenehe im deutschen IPR Zweifel, ob die Beschränkung auf jene Rechtsgebiete dem Integrationsgedanken des Primärrechts entspricht. Es stellt sich daher die Frage nach einer dogmatisch sinnvollen Verzahnung von Kollisionsrecht und primärrechtlichen Ergebnisvorgaben.

*The Primary Law Recognition Method and Its Integration into Private International Law.* – Since Savigny, private international law (PIL) has been chiefly shaped by the referral method. More recently, EU primary law has appeared on the scene as a rival that threatens to override the traditional system as a result of the influence that the fundamental freedoms and the freedom of movement have on PIL. This can be observed in the case law of the ECJ dealing with the incorporation of companies and names as personal status rights. The ECJ has determined certain results based on EU primary law without touching upon the (national) conflict rules. This “second track” of determining the applicable law was already labelled as the recognition method almost twenty years ago. According to previous interpretations of case law, it is limited to the two areas of law mentioned above. In particular, controversial topics in the culturally sensitive area of international family law, such as the recognition of same-sex marriages, are according to the prevailing opinion not covered by the recognition method. However, various developments, such as the ECJ’s *Coman* decision and the discussion on underage marriage in German PIL, raise doubts as to whether this purported limitation is in line with the integration concept of EU primary law. The question therefore arises as to how a meaningful dovetailing of conflict-of-law rules and EU primary law can be achieved in PIL doctrine.

## Inhaltsübersicht\*

I. Die Anerkennung als Stiefkind der IPR-Familie . . . . .	108
II. Ziel des Beitrags und Gang der Untersuchung . . . . .	111
III. Der Begriff der Anerkennung . . . . .	111
1. Sekundärrechtliche Formen der Anerkennung: Urteile und Urkunden . . . . .	111
2. Die „kollisionsrechtliche Anerkennung“ . . . . .	113
3. Primärrechtliche Anerkennung von Rechtslagen . . . . .	113
4. Vorrang der Urteilsanerkennung gegenüber der Anerkennung von Rechtslagen . . . . .	115
IV. Nicht Anerkennung statt IPR, sondern Anerkennung im IPR . . . . .	116
V. Die bisherigen Anwendungsfelder der Anerkennungsmethode . . . . .	117
1. Internationales Gesellschaftsrecht . . . . .	117
2. Internationales Namensrecht . . . . .	118
a) Enge Auslegung der Rechtfertigungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten . . . . .	118
b) Hohe Anforderungen an den Beweis der Rechtfertigungsgründe . . . . .	119
c) Die Rechtmäßigkeit als Einschränkung der Anerkennung durch Freitag . . . . .	120
3. Zwischenbilanz: Kompetenzverschiebung zugunsten des Unionsrechts . . . . .	121
VI. Neue Anwendungsfelder für die Anerkennung im Internationalen Familienrecht . . . . .	123
1. Die Bedeutung der nationalen Identität im Internationalen Familienrecht . . . . .	124
2. Konsequenz: Konflikt der Identitäten im Internationalen Familienrecht . . . . .	125
a) Gleichgeschlechtliche Ehe . . . . .	125
b) Minderjährigehe . . . . .	131
c) Zwischenbilanz: Anerkennungsmethode weiter im Vordringen . . . . .	133
VII. Prospektive Anerkennung von Rechtslagen: Ein Beispiel aus dem Internationalen Sachenrecht . . . . .	133
1. Sachrechtliche Differenzen bei der Publizität . . . . .	135
2. Bisherige kollisionsrechtliche Behandlung deutschen Sicherungseigentums in Österreich . . . . .	136
3. Europarechtskonformität der bisherigen Lösung . . . . .	137
4. Änderung der Rechtslage durch den OGH . . . . .	138
VIII. Funktionen der Anerkennung von Rechtslagen . . . . .	140
1. Funktion für das Kollisionsrecht: Korrekturen der Inlandsrechtsanwendung . . . . .	140
2. Funktion für das nationale Kollisions- und Sachrecht: Rechtsreformatorisches Potenzial und prospektive Anerkennungsmethode . . . . .	141
3. Funktion für die Harmonisierung . . . . .	142

\* Der Verfasser dankt Marc-Philippe Weller, Lucienne Schlürmann und Jana Smela für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Hinweise. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser an der Universität zu Köln im Rahmen der „Turmggespräche“ im Februar 2020 gehalten hat. Den Teilnehmern der Veranstaltung sei ebenfalls für die hilfreiche Diskussion gedankt.

4. Integration des Stiefkinds . . . . .	143
IX. Zusammenfassung in Thesen . . . . .	144

## I. Die Anerkennung als Stiefkind der IPR-Familie

Die Anerkennung von Rechtslagen ist das unliebsame Stiefkind des Europäischen IPR.<sup>1</sup> Sie gehört zur Familie des IPR, aber eigentlich will sie niemand „mit am IPR-Tisch sitzen haben“. Die Kollisionsrechtler treibt die Sorge um, die Anerkennung könnte ein „verkapptes zweites Kollisions-

<sup>1</sup> *Anatol Dutta*, Anm. zu EuGH 5.6.2018 – C-673/16, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2018, 1067–1068, 1068: „Schreckgespenst gerade der deutschen Kollisionsrechtler“; vgl. zur Anerkennungsmethode *Erik Jayme / Christian Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2001, 501–514; *Dagmar Coester-Waltjen*, Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?, in: FS Erik Jayme, Bd. I (2004) 121–130; *dies.*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax 2006, 392–400, 394; *Paul Lagarde*, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures, RabelsZ 68 (2004) 225–243, 229–230; *ders.*, Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé, RabelsZ 75 (2011) 673–676; *ders.*, Introduction au thème de la reconnaissance des situations, in: La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du Colloque International de La Haye du 18 janvier 2013, hrsg. von *dems.* (2013) 19–26; *Pierre Mayer*, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, in: Mélanges Paul Lagarde (2005) 547–574; *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? (Rabel-Vorlesung 2004), RabelsZ 70 (2006) 651–731; *Gian Paolo Romano*, La bilatéralité éclipse par l'autorité, Revue critique de droit international privé (Rev.crit. DIP) 95 (2006) 457–519; *Sylvain Bollée*, L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale, Rev.crit. DIP 96 (2007) 307–355; *Paul Lagarde*, La reconnaissance – mode d'emploi, in: Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon (2008) 479–502; *Charalambos Pamboukis*, La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance, Rev.crit. DIP 97 (2008) 513–560; *Katja Funken*, Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen (2009); *Erik Sommer*, Der Einfluss der Freizügigkeit auf den Namen und Status von Unionsbürgern (2009) 309ff.; *Patrick Kinsch*, Recognition in a Form of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law, in: Liber Amicorum Kurt Siehr (2010) 259–276; *Janis Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des Internationalen Privatrechts (2010); *Hans Jürgen Sonnenberger*, Anerkennung statt Verweisung? – Eine neue internationalprivatrechtliche Methode, in: FS Ulrich Spellenberg (2010) 371–392, 389; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>3</sup>, Bd. X (2010) Einl. IPR Rn. 9ff.; *Jürgen Basedow*, La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires, in: Lagarde, La reconnaissance des situations en droit international privé (diese Fn.) 221–228; *Michael Grünberger*, Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR, in: Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, hrsg. von Stefan Leible/Hannes Unberath (2013) 81–160; *Christian Kohler*, La reconnaissance des situations dans l'Union Européenne: Le cas du nom patronymique, in: Lagarde, La reconnaissance des situations en droit international privé (diese Fn.) 67–80; *Peter Mankowski*, Primärrechtliche Anerkennungsspflicht im Internationalen Familienrecht?, in: FS Dagmar Coester-Waltjen (2015) 571–586; *Matthias Lehmann*, Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?, in: Ge-

normsystem“<sup>2</sup> schaffen. Im Mittelpunkt des Diskurses steht die Frage, ob die Anerkennungsmethode an die Stelle der Verweisungsmethode treten könnte.<sup>3</sup> Demgegenüber sieht der Beitrag die zukünftige Aufgabe des IPR darin, die Anerkennung von Rechtslagen weiter in die IPR-Familie zu integrieren und mit der Verweisungsmethode zu verschränken.

Die Verweisungsmethode bildet die primäre Methode des IPR.<sup>4</sup> Nach der klassischen kontinentaleuropäischen IPR-Konzeption setzt sich eine Kollisionssnorm aus Anknüpfungsgegenstand und -punkt zusammen und verweist damit auf die anwendbare Rechtsordnung. Ziel des IPR ist die Suche nach dem „Recht des Staates [...], mit welchem die aufgeworfene Rechtsfrage die engste Verbindung aufweist“.<sup>5</sup>

Demgegenüber übt das europäische Primärrecht über die Grundfreiheiten und die Freizügigkeit Einfluss auf das IPR aus. Dies zeigt sich in der Rechtsprechung des EuGH im Internationalen Gesellschaftsrecht<sup>6</sup> und im Internationalen Namensrecht.<sup>7</sup> Der Gerichtshof hat auf Basis des Primärrechts in Einzelfällen Ergebnisvorgaben aufgestellt, ohne auf die (nationalen) Verweisungsnormen einzugehen. Der klassische Fall betraf die Behandlung von EU-Auslandsgesellschaften im Inland; nach der EuGH-Rechtsprechung sind sie aufgrund der Niederlassungsfreiheit als solche anzuerkennen, das heißt, sie sind nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen.<sup>8</sup>

---

neral Principles of European Private International Law, hrsg. von Stefan Leible (2016) 11–44; Marc-Philippe Weller, Vom Staat zum Menschen – Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit, *RabelsZ* 81 (2017) 747–780, 747–748; Heinz-Peter Mansel, Methoden des internationalen Privatrechts – Personalstatut: Verweisung und Anerkennung, in: Liber Amicorum Erik Jayme (2019) 27–46; Stephan Lorenz, in: BeckOK/EGBGB (Stand: 1.5.2020) Einl. IPR Rn. 51; Dirk Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2019) Einl. IPR Rn. 66 ff.

<sup>2</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 724–725.; *Funken*, Anerkennungsprinzip (Fn. 1) 268 ff.

<sup>3</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 651 ff.; Jan v. Hein, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, Bd. XII (2020) Art. 3 EGBGB Rn. 124 ff.

<sup>4</sup> Vgl. MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 22; Staudinger / Looschelders (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 137; Götz Schulze / Matthias Fervers, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand 1.2.2020) Art. 3 EGBGB Rn. 38; vgl. aber zu den Defiziten der Verweisungsmethode Marc-Philippe Weller, Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht, in: Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2016) 191–221, 195 ff.; ders., Vom Staat zum Menschen (Fn. 1) 772–773.

<sup>5</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 724 ; Paul Lagarde, *Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain* (1987) passim.

<sup>6</sup> EuGH 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*), ECLI:EU:C:1999:126; EuGH 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (*Überseering*), ECLI:EU:C:2002:632; EuGH 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>7</sup> EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), ECLI:EU:C:2003:539; EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin Paul*), ECLI:EU:C:2008:559; EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), ECLI:EU:C:2010:806; EuGH 2.6.2016 – Rs. C-438/14 (*Bogendorff von Wolffersdorff*), ECLI:EU:C:2016:401; EuGH 8.6.2017 – Rs. C 541/15 (*Freitag*), ECLI:EU:C:2017:432.

<sup>8</sup> EuGH 5.11.2002 – *Überseering* (Fn. 6).

Auf eine kollisionsrechtliche Betrachtung anhand der Verweisungsmethode hat der EuGH in seinen Entscheidungen dazu nicht abgestellt.

Diese „zweite Spur“<sup>9</sup> der Ermittlung des anwendbaren Rechts ist schon vor knapp 20 Jahren als „Anerkennungsprinzip“ bezeichnet worden.<sup>10</sup> Dabei verfügen die beiden Methoden über eine wichtige Gemeinsamkeit: Sie verfolgen innerhalb der EU dasselbe übergeordnete Ziel: die Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse.<sup>11</sup> Dies beruht auf dem gemeinsamen Ansatz von Verweisungsmethode und Anerkennung von Rechtslagen. Beide Methoden gehen im Grundsatz von der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen aus.

Allerdings soll die Rechtsprechung des EuGH nach bisheriger Interpretation auf das Gesellschafts- und das Namensrecht beschränkt sein. Sogenannte „heiße Eisen“ aus dem Bereich des kulturell sensitiven Internationalen Familienrechts wie die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen oder die Abstammung bei Leihmutterchaften sollen nach einem gewichtigen Teil des Schrifttums nicht von der Anerkennungsmethode erfasst sein.<sup>12</sup> Jedoch wecken verschiedene Entwicklungen wie die EuGH-Entscheidung *Coman*<sup>13</sup> und die Diskussion um die Minderjährigenehe im deutschen IPR<sup>14</sup> Zweifel, ob die Beschränkung auf das Internationale Gesellschaftsrecht und Namens-

<sup>9</sup> Begriff nach *Burkhard Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010) 219.

<sup>10</sup> *Jayme / Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001 (Fn. 1) 501.

<sup>11</sup> Vgl. *Mayer*, Les méthodes de la reconnaissance (Fn. 1) 564; *Funken*, Anerkennungsprinzip (Fn. 1) 237.

<sup>12</sup> *Coester-Waltjen*, Anerkennung im Int. Personen-, Familien- und Erbrecht (Fn. 1) 398; krit. auch *Rolf Wagner*, Anerkennung im Ausland begründeter Statusverhältnisse – neue Wege?, *Zeitschrift für Standesamtswesen (StAZ)* 2012, 133–141; *ders.*, Anerkennung von Personenstandsurkunden in Europa, *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)* 2014, 121–123; vgl. auch *Susanne Gössl*, Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Status-Änderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?, *IPRax* 2018, 376–382, 382; *Roberto Baratta*, Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia, in: *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, hrsg. von Paolo Picone (2004) 163–204, 202–203; *ders.*, Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC, *IPRax* 2007, 4–11, 10; vgl. aber auch KG 23.9.2010 – 1 W 70/08, *NJW* 2011, 535 = *StAZ* 2011, 148 mit Anm. *Carl-Friedrich Nordmeier* 129; vgl. im Übrigen *MüKo BGB / v. Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 129.

<sup>13</sup> EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385.

<sup>14</sup> Krit. *Jennifer Antomo*, Verbot von Kinderehen, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2017, 79–82, 81–82; *Martin Löhnig*, Anm. zu AG Frankenthal 15.2.2018 – 71 F 268/17, *FamRZ* 2018, 749–750, 750; *Michael Coester*, Kinderehen in Deutschland, *FamRZ* 2017, 77–80; *Birgit Frie*, Drum prüfe, wer sich ewig bindet ... – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, *Familien-Rechts-Berater (FamRB)* 2017, 232–239; *Rainer Hüfstege*, Das Verbot der Kinderehe nach neuem Recht aus kollisionsrechtlicher Sicht, *FamRZ* 2017, 1374–1380; *Dieter Schwab*, Die verbotene Kinderehe, *FamRZ* 2017, 1369–1374; *Dagmar Coester-Waltjen*, Minderjährigenehen – wider den „gesetzgeberischen Furor“, *IPRax* 2019, 127–132; zust. *Christian F. Majer*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, *NZFam* 2017, 537–541; vgl. auch *Marc-Philippe Weller / Chris Thomale / Ioana Hategan / Jan Lukas Werner*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen – eine kritische Würdigung, *FamRZ* 2018, 1289–1298; *Mark Makowsky*, Die „Minderjährigenehe“ im deutschen IPR, *RabelsZ* 83 (2019) 577–611.

recht dem Integrationsgedanken des Primärrechts entspricht. Es stellt sich daher die Frage, wie eine sinnvolle Verzahnung von Kollisionsrecht und primärrechtlichen Ergebnisvorgaben in der kollisionsrechtlichen Dogmatik methodisch umzusetzen ist.

## II. Ziel des Beitrags und Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund ist es Ziel des Beitrags zu ermitteln, ob und wenn ja welche neuen Anwendungsfelder für die Anerkennungsmethode bestehen und welche Funktionen der Anerkennungsmethode zukommen.<sup>15</sup> Für die Zwecke des Beitrags erfolgt eine Beschränkung auf die Freizügigkeit und die Grundfreiheiten. Ob sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ebenfalls Vorgaben für eine Anerkennungsmethode ergeben, wird in diesem Beitrag nicht behandelt.<sup>16</sup>

## III. Der Begriff der Anerkennung

Für den Begriff der Anerkennung<sup>17</sup> spielt zunächst die Begriffsgeschichte des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung<sup>18</sup> eine besondere Rolle: Ursprünglich galt das Leitprinzip der gegenseitigen Anerkennung als ein wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Grundsatz, der der Beseitigung von Hemmnissen des Warenhandels ohne Rechtsangleichung diene. Inzwischen hat er sich zu einem Mittel der Rechtskoordination aufgeschwungen, das das gesamte europäische Zivilrecht durchzieht.<sup>19</sup>

### 1. Sekundärrechtliche Formen der Anerkennung: Urteile und Urkunden

Im Sekundärrecht sind zwei Formen der Anerkennung zu unterscheiden. Eine Form der Anerkennung ist die Anerkennung ausländischer Urteile im

<sup>15</sup> Vgl. zu den offenen Forschungsfragen im Zusammenhang mit der Anerkennungsmethode *M.-P. Weller*, Vom Staat zum Menschen (Fn. 1) 775; *Dagmar Coester-Waltjen*, Recognition of Legal Situations Evidenced by Documents, in: *Encyclopedia of Private International Law*, hrsg. von Jürgen Basedow / Gisela Rühl / Franco Ferrari / Pedro De Miguel Asensio (2018) 1504; Die „Anerkennungsmethode“ sei „mehr oder weniger obskur“.

<sup>16</sup> *Kinsch*, Recognition (Fn. 1) 259; vgl. auch EGMR 24.6.2010 – 30141/04 (*Schalk & Kopf ./. Österreich*), ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104.

<sup>17</sup> Vgl. umfassend *Funken*, Anerkennungsprinzip (Fn. 1) 23 ff.; *Grünberger*, Alles obsolet? (Fn. 1) 86 ff.

<sup>18</sup> *Claus Dieter Classen*, in: *Europäisches Unionsrecht*<sup>7</sup>, hrsg. von Hans von der Groeben / Jürgen Schwarze / Armin Hatje (2015) Art. 114 AEUV Rn. 19.

<sup>19</sup> *Mansel*, Methoden (Fn. 1) 33.

Inland. Die Urteilsanerkennung ist Teil des international-zivilverfahrensrechtlichen *acquis* und unterliegt der Brüssel Ia-VO oder der Brüssel IIa-VO oder auf nationaler Ebene der ZPO bzw. dem FamFG.<sup>20</sup> Da nach der Brüssel Ia-VO die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts nicht mehr geprüft wird, gilt der *ordre public* regelmäßig als die zentrale Hürde der Urteilsanerkennung.<sup>21</sup> Eine inhaltliche Prüfung des Urteils nach den Maßgaben des ausländischen Rechts (*révision au fond*) findet nicht statt.<sup>22</sup> Rechtsfolge der verfahrensrechtlichen Anerkennung ist die Übertragung der inhaltlichen Aussage des Urteils ins Inland. Diesen Vorgang bezeichnet man als Wirkungserstreckung.<sup>23</sup> Die Gleichstellungslösung, wonach das ausländische Urteil in ein inländisches Urteil zu übertragen ist, hat sich nicht durchsetzen können.<sup>24</sup>

Als zweite sekundärrechtliche Anerkennung fungiert die Urkundenanerkennung.<sup>25</sup> Dafür gilt die EU-Urkundenvorlageverordnung.<sup>26</sup> Sie zielt auf den Abbau und die Vereinfachung der entsprechenden Förmlichkeiten bei Urkunden ab. Die Verordnung erfasst allerdings nicht die Anerkennung rechtlicher Wirkungen des Inhalts öffentlicher Urkunden, die von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats ausgestellt wurden.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> Vgl. umfassend Hartmut Linke / Wolfgang Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>7</sup> (2018) Rn. 12.1 ff.; Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>7</sup> (2017) Rn. 864 ff.; Abbo Junker, Internationales Zivilprozessrecht<sup>4</sup> (2019) 293 ff.

<sup>21</sup> Vgl. aber das Spiegelbildprinzip bei national-autonomer Anerkennung gemäß § 328 ZPO bzw. §§ 108 f. FamFG; Linke / Hau, IZVR (Fn. 20) Rn. 13.46 ff.; Robert Freitag, in: NomosKommentar zum BGB<sup>3</sup> (2016) Art. 3 EGBGB Rn. 57.

<sup>22</sup> Linke / Hau, IZVR (Fn. 20) Rn. 13.29; Peter Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO<sup>5</sup>, Bd. III (2017) Art. 31 Brüssel Ia-VO Rn. 7 f.; Ivo Bach, in: Beck'scher Online-Kommentar ZPO (Stand: 1.7.2020) § 723 ZPO Rn. 3 ff.

<sup>23</sup> EuGH 4.2.1988 – Rs. 145/86 (Hoffmann ./s. Krieg), ECLI:EU:C:1988:61, Rn. 11; Reinhold Geimer, in: Zöller, Zivilprozessordnung<sup>33</sup> (2020) Art. 36 EuGVVO Rn. 1; Heinrich Dörner, in: Saenger, Handkommentar ZPO<sup>8</sup> (2019) Art. 36 EuGVVO Rn. 3; Astrid Stadler, in: Musielak / Voit, Zivilprozessordnung<sup>16</sup> (2019) Art. 36 EuGVVO n.F. Rn. 2; Pietro Franzina, in: Dickinson / Lein, The Brussels I Regulation Recast (2015) Rn. 13.28 ff.; Boris Schinkels, in: Prütting / Gehrlein, ZPO<sup>10</sup> (2018) Art. 36 EuGVVO Rn. 3; MüKo ZPO / Gottwald (Fn. 22) Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 12 f.

<sup>24</sup> Krit. zur Wirkungserstreckung und für eine Kumulationslösung Schack, IZVR (Fn. 20) Rn. 881 ff.

<sup>25</sup> Markus Buschbaum, Rechtslagenanerkennung aufgrund öffentlicher Urkunden? – Bestandsaufnahme und Ausblick nach dem Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung, in: FS Dieter Martiny (2014) 259–276; vgl. zur Unterscheidung von *negotium* und *instrumentum*: Mansel, Methoden (Fn. 1) 34–35.

<sup>26</sup> Verordnung (EU) 2016/1191 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 zur Förderung der Freizügigkeit von Bürgern durch die Vereinfachung der Anforderungen an die Vorlage bestimmter öffentlicher Urkunden innerhalb der Europäischen Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012, ABl. 2016 L 200/1.

<sup>27</sup> Art. 2 Abs. 4 Verordnung (EU) 2016/1191: Diese Verordnung gilt nicht für die in einem Mitgliedstaat vorgenommene Anerkennung rechtlicher Wirkungen des Inhalts öffentlicher Urkunden, die von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats ausgestellt wurden.



## 2. Die „kollisionsrechtliche Anerkennung“

Als weitere Form der Anerkennung fungiert die sogenannte kollisionsrechtliche Anerkennung; diese Form der Anerkennung wird relevant, wenn eine Urteilsanerkennung mangels anerkennungsfähiger Entscheidung i. S. d. §§ 107 ff. FamFG ausscheidet.<sup>28</sup> Eine Entscheidung ist nicht anerkennungsfähig, wenn sie nicht von einer staatlichen Stelle oder einer zumindest staatlich ermächtigten Stelle stammt oder eine staatliche Stelle die ursprüngliche Entscheidung nicht bestätigt hat.<sup>29</sup> Ein klassischer Fall außerhalb des Anwendungsbereichs der Rom III-VO sind sogenannte Privatscheidungen.<sup>30</sup> Auch wenn keine Möglichkeit einer verfahrensrechtlichen Anerkennung besteht, kann die Feststellung der Wirksamkeit der ausländischen Scheidung durch die zuständigen Behörden (Justizverwaltung oder OLG-Präsident) gemäß § 107 FamFG beantragt werden.<sup>31</sup> Die zuständige Behörde prüft die Scheidung sodann nach materiell-rechtlichen Maßstäben und nimmt insbesondere eine kollisionsrechtliche Prüfung, ausgehend vom deutschen IPR, vor. Das anwendbare Sachrecht entscheidet über die Wirksamkeit des Statusakts wie der Scheidung. Liegen die Wirksamkeitsvoraussetzungen vor,<sup>32</sup> wird der Statusakt – beispielsweise die Scheidung – „anerkannt“, es sei denn, das Ergebnis verstößt gegen den kollisionsrechtlichen *ordre public*.<sup>33</sup> Dieses Verfahren gemäß § 107 FamFG, in dem auf die IPR-Prüfung abgestellt wird, wird als „kollisionsrechtliche Anerkennung“ verstanden.<sup>34</sup>

## 3. Primärrechtliche Anerkennung von Rechtslagen

Gänzlich anders gelagert ist die primärrechtlich induzierte Anerkennung von Rechtslagen.<sup>35</sup> Dahinter verbirgt sich nach einer geläufigen Definition

<sup>28</sup> Vgl. zu dieser „Anerkennung“ Susanne Gössl, Anerkennung ausländischer Ehescheidungen und der EuGH – Lost in Translation?, StAZ 2016, 232–236, 233: „kollisionsrechtliche Anerkennung“.

<sup>29</sup> Gössl, Lost in Translation? (Fn. 28) 233.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH 20.12.2017 – Rs. C-372/16 (*Sahyount*), ECLI:EU:C:2017:988; Gössl, Lost in Translation? (Fn. 28) 233; Veronika Gärtner, Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (2008) 4 ff.

<sup>31</sup> Vgl. zur Rechtslage vor dem FamFG: BGH 14.10.1981 – IVb ZB 718/80, NJW 1982, 517; BGH 21.2.1990 – XII ZB 203/87, NJW 1990, 2194 = IPRspr. 1990 Nr. 216; OLG Frankfurt am Main 19.11.2001 – 346/3-1/4-89/99, StAZ 2003, 137 = IPRspr. 2002 Nr. 203; vgl. Gössl, Lost in Translation? (Fn. 28) 233.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 3 EGBGB zum inländischen Scheidungsmonopol der Gerichte.

<sup>33</sup> Gössl, Lost in Translation? (Fn. 28) 233.

<sup>34</sup> Gössl, Lost in Translation? (Fn. 28) 233.

<sup>35</sup> Zu dem Begriff der Rechtslage, Grünberger, Alles obsolet? (Fn. 1) 86 ff.; Carl Friedrich Nordmeier, Unionsbürgerschaft, Europäische Menschenrechtskonvention und ein Anerkennungsprinzip: Folgen der namensrechtlichen EuGH-Rechtsprechung für Statusentscheidungen, StAZ 2011, 129–140, 131.

„die Akzeptanz einer im Ausland durch privaten oder behördlichen Akt geschaffenen Rechtslage unabhängig von der Anwendung der eigenen Kollisionsnormen“.<sup>36</sup> Die Anerkennung von Rechtslagen meint die Statusanerkennung, aber nicht die Anerkennung von Wirkungen.<sup>37</sup>

Nach bisheriger Doktrin fordert man für diese Form der Anerkennung einen Hoheitsakt außerhalb einer gerichtlichen Entscheidung. Dieser „Anknüpfungspunkt“ wird – zurückgehend auf Pierre Mayer – als Kristallisationspunkt<sup>38</sup> bezeichnet. In dem Vorgehen zeigt sich, wie deutlich sich die Anerkennung von Rechtslagen an die verfahrensrechtliche Anerkennung anlehnt.<sup>39</sup>

Eine Parallele zur Urteilsanerkennung zeigt sich auch in den Rechtsfolgen der Anerkennung.<sup>40</sup> Denn die Folge der Anerkennung von Rechtslagen ist ebenfalls die Wirkungserstreckung des Statusverhältnisses in die andere Rechtsordnung. Beispielsweise wird eine englische Limited infolge der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit als englische Limited und nicht als eine deutsche Rechtsform behandelt. Zwar wird als Alternative zur Wirkungserstreckung wie bei der Urteilsanerkennung ebenfalls die Gleichstellungstheorie diskutiert.<sup>41</sup> Dazu wäre die Übertragung des ausländischen Rechtsinstituts in eine Erscheinung des deutschen Rechts notwendig. Da die Anerkennung aber auf die Statuserhaltung abzielt und damit der Gewährung umfassenden Vertrauensschutzes eher entspricht,<sup>42</sup> ist die Wir-

<sup>36</sup> Coester-Waltjen, Dornröschenschlaf? (Fn. 1) 122; vgl. auch die Definition nach *Christiane Wendehorst*, Denkschulen im Internationalen Privatrecht, in: *Paradigmen im internationalen Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 45 (2012) 33–62, 45–46: „Von Anerkennung im engeren Sinne sollte dabei nur gesprochen werden, wo hinsichtlich der Bedingungen auf eine volle *révision au fond*, also auf minutiöse, erneute Anwendung ausländischen Rechts verzichtet und wenigstens schwerpunktmäßig ein Ergebnis einer fremden Rechtsanwendung übernommen wird“.

<sup>37</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 722.

<sup>38</sup> Mayer, Les méthodes de la reconnaissance (Fn. 1) 562; Pamboukis, La renaissance-métamorphose (Fn. 1) 513; Coester-Waltjen, Anerkennung im Int. Personen-, Familien- und Erbrecht (Fn. 1) 393; *dies.*, Dornröschenschlaf? (Fn. 1) 128–129; Mankowski, Primärrechtliche Anerkennungspflicht? (Fn. 1) 573; NK-BGB / Freitag (Fn. 21) Art. 3 EGBGB Rn. 58.

<sup>39</sup> Jürgen Basedow, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im internationalen Wirtschaftsverkehr, in: FS Dieter Martiny (2014) 243–258.

<sup>40</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 719 ff.

<sup>41</sup> Für Wirkungserstreckung BeckOGK/Schulze / Fervers (Fn. 4) Art. 3 EGBGB Rn. 51; Grünberger, Alles obsolet? (Fn. 1) 153–154; Lagarde, La reconnaissance (Fn. 1) 495 ff.; NK-BGB / Freitag (Fn. 21) Art. 3 EGBGB Rn. 62; Marc-Philippe Weller, Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung von Personalstatutenwechseln über die Datumtheorie, IPRax 2014, 225–233, 228; für Gleichstellung explizit Coester-Waltjen, Anerkennung im Int. Personen-, Familien- und Erbrecht (Fn. 1) 399; Hugues Fulchiron, La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen, in: *Mélanges Bernard Audit* (2014) 359–382, 379–380.

<sup>42</sup> Staudinger / Looschelders (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 78; MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 134; Grünberger, Alles obsolet? (Fn. 1) 154.

kungserstreckung vorrangig. Denn häufig wird eine Umqualifizierung der ausländischen Rechtserscheinung nachteilig sein.

Allerdings stellt das Primärrecht – ähnlich wie der *ordre public* – lediglich Ergebnisvorgaben auf; es ist blind gegenüber der kollisionsrechtlichen Behandlung.<sup>43</sup> Mansel spricht daher von einer „kollisionsrechtlichen Indifferenz“<sup>44</sup> des Primärrechts. Auf die Feindogmatik des jeweiligen nationalen Rechtsgebiets kommt es dafür nicht an. Folglich korrigiert das Primärrecht nicht die kollisionsrechtliche Verweisung, sondern das Ergebnis auf der Ebene des Sachrechts. Beispielsweise heißt es in der EuGH-Entscheidung zum Namensrecht in der Rechtssache *Freitag*: „Aus unionsrechtlicher Sicht ist es grundsätzlich unerheblich, nach welcher nationalen Bestimmung oder nach welchem innerstaatlichen Verfahren der Antragsteller die seinen Namen betreffenden Rechte geltend machen kann.“<sup>45</sup>

Mit Grünberger stellt die primärrechtliche Anerkennung von Rechtslagen „eine Methodennorm für die Lösung einer Normkollision im Mehrebenenensystem“ dar.<sup>46</sup> Es handelt sich dabei um einen *conflit diagonal*.<sup>47</sup> Die so verstandene Anerkennung folgt einer Zirkulationstechnik: Der einmal erworbene Status zirkuliert in der EU.<sup>48</sup> Aber es stellt sich die Frage nach der Umsetzung dieser Technik.

#### 4. Vorrang der Urteilsanerkennung gegenüber der Anerkennung von Rechtslagen

Für das Verhältnis der Anerkennungsmöglichkeiten gilt der Vorrang der verfahrensrechtlichen Anerkennung; ist auf dieser Basis eine Statusfeststellung möglich, bedarf es keiner weiteren kollisions- oder auch primärrechtlichen Behandlung.<sup>49</sup> Insofern entfaltet die Anerkennung von Rechtslagen

<sup>43</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 705; zum Begriff der Ergebnisvorgabe und seiner Bedeutung siehe auch ebd. 674, 677 ff.; ferner allgemein Heinz-Peter Mansel, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2015) Art. 43 EGBGB Rn. 131 ff., 136 f.; vgl. auch Manowski, Primärrechtliche Anerkennungspflicht? (Fn. 1) 576 ff.

<sup>44</sup> Mansel, Methoden (Fn. 1) 30 ff.: „Somit sind die Grundfreiheiten kollisionsrechtlich indifferent.“

<sup>45</sup> EuGH 8.6.2017 – *Freitag* (Fn. 7) Rn. 41; vgl. dazu Gössl, Ein weiterer Mosaikstein (Fn. 12) 376 ff.

<sup>46</sup> Grünberger, Alles obsolet? (Fn. 1) 120.

<sup>47</sup> Dominique Bureau / Horatia Muir Watt, *Droit international privé*<sup>4</sup>, Bd. I (2017) Rn. 539–1.

<sup>48</sup> Carl Friedrich Nordmeier, Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte, IPRax 2012, 31–40, 33–34; M.-P. Weller, Neue Mobilitätsanknüpfung (Fn. 41) 228.

<sup>49</sup> Claudia Mayer, *Ordre public* und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen, RabelsZ 78 (2014) 551–591, 568; Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht<sup>6</sup> (2009) Rn. 46; Dieter Henrich, Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im Internationalen Privatrecht, in: FS Dieter Schwab (2005) 1141–1152, 1146–1147; Linke / Hau, IZVR (Fn. 20) Rn. 12.10; Schack, IZVR (Fn. 20) Rn. 23 f., 962; für die

ihre Bedeutung, wenn sich der Status nicht aus einer gerichtlichen Entscheidung ergibt.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Um sich der Anerkennung von Rechtslagen zu nähern, bedarf es der Auffächerung der verschiedenen Phänomene, die verkürzt unter „Anerkennung“ gefasst werden. Es gilt, die babylonische Sprachverwirrung im IPR zu entwirren.<sup>50</sup> Im Mittelpunkt des Beitrags steht die primärrechtlich induzierte Anerkennung von Rechtslagen.

#### IV. Nicht Anerkennung statt IPR, sondern Anerkennung im IPR

Die „Vorteile“ der Anerkennung gegenüber der Verweisung liegen auf der Hand. Es bedarf vermeintlich keiner IPR-Prüfung und im Übrigen auch keiner Prüfung ausländischen Sachrechts, da das ausländische Ergebnis grundsätzlich übernommen wird. Der Mehrwert liegt darin, dass der Zweitstaat keine eigene IPR-Kontrolle durchführt.<sup>51</sup>

Dennoch sprechen zahlreiche Gründe gegen eine Aufgabe der Verweisungsmethode zugunsten der Anerkennungsmethode im Europäischen IPR.<sup>52</sup> Zunächst führt sie zur pauschalen Aufgabe des europäischen und nationalen IPR, sodass als Kontrollmöglichkeit lediglich der *ordre public* bestände.<sup>53</sup> Es erscheint widersinnig, das Anerkennungsprinzip im Wege eines Paradigmenwechsels entgegen der üblichen Vorgehensweise der EU-Verordnungen im Kollisionsrecht zu implementieren. Die Verordnungen folgen allesamt der Verweisungsmethode. Ferner passt die Beschränkung der primärrechtlichen Anerkennung auf unionsinterne Sachverhalte nicht in das System des Europäischen IPR, das als *loi uniforme* gerade auch auf drittstaatliches Recht verweist.<sup>54</sup>

Dieser Beitrag verfolgt – wie bereits ausgeführt – ein anderes Anliegen: Im Fokus steht weniger die Anerkennungsmethode als alternative Methode denn die Integration der Anerkennungsmethode in den Methodenkanon

---

Leihmutterschaft: Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht<sup>2</sup>, Bd. II (2019) § 4 Rn. 1021 ff.

<sup>50</sup> Vgl. BeckOK-EGBG / Lorenz (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 51.

<sup>51</sup> MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 124.

<sup>52</sup> Staudinger / Looschelders (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 73; vgl. auch Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 710–711; Sonnenberger, Anerkennung statt Verweisung? (Fn. 1) 383 ff.

<sup>53</sup> MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 125; vgl. zum Vorbehalt des *ordre public* gegenüber der Anerkennung von Rechtslagen EuGH 22.12.2010 – Sayn-Wittgenstein (Fn. 7); Basedow, Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Fn. 39) 249–250; Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 727; Sonnenberger, Anerkennung statt Verweisung? (Fn. 1) 389.

<sup>54</sup> Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 728; R. Wagner, Anerkennung von Personenstandsurkunden (Fn. 12) 121; MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 143, Sonnenberger, Anerkennung statt Verweisung? (Fn. 1) 387.

des IPR. Es gilt also nicht „Anerkennung statt IPR?“<sup>55</sup> sondern Anerkennung im IPR.

## V. Die bisherigen Anwendungsfelder der Anerkennungsmethode

Bisher beschränkte man die Anerkennungsmethode auf zwei Bereiche: das Internationale Gesellschaftsrecht und das Internationale Namensrecht.<sup>56</sup>

### 1. Internationales Gesellschaftsrecht

Im Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts bildet die Niederlassungsfreiheit die Grundlage der Anerkennung.<sup>57</sup> Nach der Rechtsprechungsstrilogie *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*<sup>58</sup> werden EU-Auslandsgesellschaften nicht mehr nach der Sitztheorie, sondern nach ihrem Gründungsrecht beurteilt. Die Sitztheorie als Schutztheorie war aus Sicht des EuGH in ihrer Pauschalität nicht zu rechtfertigen.

Die Entwicklung endete aber nicht bei der höchstrichterlichen Absehung der Gründungstheorie durch den BGH; vielmehr entschied sich der deutsche Gesetzgeber dazu, das Kapitalgesellschaftsrecht, insbesondere das der GmbH, im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen attraktiver zu gestalten. Das MoMiG<sup>59</sup> führte zu einer Verbesserung der Rechtslage, so dass schon vor dem Brexit ein deutlicher Rückgang der im Inland ansässigen Limiteds zu beobachten war.

Die Lehren aus der Rechtsprechung des EuGH für das Internationale Gesellschaftsrecht sind also grundsätzlich positiv.<sup>60</sup> Es liegt nahe, dass diese Entwicklung ohne den Anstoß durch den EuGH nie erfolgt wäre.

<sup>55</sup> Dieter Henrich, Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage, IPRax 2005, 422–424; Jayme / Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2001 (Fn. 1) 501.

<sup>56</sup> Vgl. Mansel, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 670 ff., 687 ff.; Abbo Junker, Internationales Privatrecht<sup>3</sup> (2019) § 5 Rn. 21.

<sup>57</sup> Vgl. dazu Peter Kindler, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup>, Bd. XII (2018) IntGesR Rn. 427 ff.; Marc-Philippe Weller, in: Münchener Kommentar zum GmbHG<sup>3</sup>, Bd. I (2018) Einleitung Int. GesR. Rn. 350 ff.; Leonhard Hübner, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten (2011) 58 ff.

<sup>58</sup> EuGH 9.3.1999 – *Centros* (Fn. 6); EuGH 5.11.2002 – *Überseering* (Fn. 6); EuGH 30.9.2003 – *Inspire Art* (Fn. 6).

<sup>59</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. 2008 I Nr. 2026; Wulf Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht (2008).

<sup>60</sup> Vgl. Anatol Dutta, Namenstourismus in Europa?, FamRZ 2016, 1213–1219, 1219.

## 2. Internationales Namensrecht

Ebenso wie im Gesellschaftsrecht hat das europäische Primärrecht das deutsche Namensrecht unter Rechtfertigungsdruck gesetzt. Das deutsche Namensrecht beruht auf einem Dreieck von Persönlichkeitsbezug des Namens, Ausdruck der Familienzugehörigkeit und öffentlichem Interesse an leichter und sicherer Identifizierbarkeit des Namensträgers.<sup>61</sup>

Die Entscheidungen des EuGH betrafen regelmäßig Doppelstaater, die ihren Namen, den sie im EU-Ausland erworben hatten, in das deutsche Personenstandsregister eintragen lassen wollten. Aufgrund der effektiven deutschen Staatsangehörigkeit des Doppelstaaters gelangte man über Art. 10 Abs. 1 EGBGB zum deutschen Recht. Da das deutsche Recht den ausländischen Doppelnamen des Kindes, der sich aus den Nachnamen der unverheirateten Eltern zusammensetzte, aufgrund § 1617 BGB nicht akzeptierte, kam es zu einem hinkenden Namensverhältnis bzw. einer Namensspaltung. So sollte das betroffene Kind in der Entscheidung *Grunkin Paul* einen anderen Namen in Dänemark als in Deutschland führen; demgegenüber beriefen sich die betroffenen Unionsbürger auf die Ausübung der Freizügigkeit gemäß Art. 21 AEUV.<sup>62</sup>

Für das deutsche Recht stellte sich die Frage nach der Überlagerung des Staatsangehörigkeitsprinzips des Art. 10 EGBGB durch das Anerkennungsprinzip.<sup>63</sup> Der EuGH erkannte in den Fällen insofern eine Beschränkung der Freizügigkeit, als die betroffene Person nicht in der ganzen Union einen einheitlichen Namen führen kann. Die Einheitlichkeit des Namens<sup>64</sup> konnte in den oben genannten Sachverhalten nicht erreicht werden. Dies hatte Konsequenzen für den Geschäfts- und Behördenverkehr, weil die Behörden und Unternehmen mit unterschiedlichen Namen für dieselben Personen nicht umgehen können. Da die Behörden und Unternehmen auf die leichte Identifizierbarkeit des Namensträgers angewiesen sind, besteht auch das bereits angeführte öffentliche Interesse an einer einheitlichen Namensführung.

### a) Enge Auslegung der Rechtfertigungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten

In seiner Rechtsprechung verlagerte der Gerichtshof die Diskussion auf die Ebene der Rechtfertigung, indem er den Anwendungsbereich der Freizügigkeit weit auslegte.<sup>65</sup> Allerdings erwartete man, dass ein weiter Schutz-

<sup>61</sup> *Junker*, IPR (Fn. 56) § 13 Rn. 17.

<sup>62</sup> EuGH 14.10.2008 – *Grunkin Paul* (Fn. 7).

<sup>63</sup> *Junker*, IPR (Fn. 56) § 13 Rn. 18; krit. *Volker Lipp*, Bespr. von Ehlers, Andrea: Die Behandlung fremdartiger Namen im deutschen Recht, *RabelsZ* 82 (2018) 761–767, 764.

<sup>64</sup> *v. Bar / Mankowski*, IPR II (Fn. 49) § 6 Rn. 218: „Einnamigkeit“.

<sup>65</sup> EuGH 2.6.2016 – *Bogendorff von Wolffersdorff* (Fn. 7) Rn. 31: „In den sachlichen Anwen-

bereich mit ebenso weiten Rechtfertigungsmöglichkeiten korrespondiert.<sup>66</sup> Jedoch setzte der EuGH enge Grenzen. Als Rechtfertigungsmöglichkeiten könnten die nationale Identität und der nationale *ordre public* dienen.<sup>67</sup>

In *Grunkin Paul* lehnte der EuGH eine Rechtfertigung nationaler Beschränkungen ab, sofern sich der Mitgliedstaat auf pauschale Erwägungen wie die Staatsangehörigkeit als objektives Kriterium, die Gewissheit und Kontinuität durch einen einheitlichen Namen, die Einheitlichkeit des Namens innerhalb der Familie oder die Verhinderung langer Namen zwecks Verwaltungsvereinfachung stützte.<sup>68</sup> Eine Ausnahme erkannte der EuGH jedoch in *Sayn-Wittgenstein*<sup>69</sup> und in *Bogendorff von Wolffersdorff*<sup>70</sup> für das in einigen Mitgliedstaaten bekannte Verbot von Adelsnamen. Die dahinterstehende Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes sei auch ein Grundsatz des Unionsrechts und könne als Teil der nationalen Identität die Freizügigkeit für Adelsnamen zulässigerweise beschränken.<sup>71</sup>

#### b) Hohe Anforderungen an den Beweis der Rechtfertigungsgründe

Diesen Trend zur engen Auslegung der Rechtfertigungsmöglichkeiten verschärfen auch die unterschiedlichen Beweisanforderungen, die der Gerichtshof auf Eingriffs- und Rechtfertigungsebene aufstellt.<sup>72</sup> Während ein Eingriff unter Hinweis auf Indizien bereits bejaht werden kann, fordert der EuGH für die Rechtfertigung häufig „Gewissheit über das Vorliegen aller Voraussetzungen“ durch statistische Daten oder ähnliche Mittel.<sup>73</sup> Von zentraler Bedeutung ist die Notwendigkeit der Kohärenz einer nationalen Regelung.<sup>74</sup> Zwar dürfen die Mitgliedstaaten die Beschränkung der Grundfreiheiten und der Freizügigkeit mit legitimen Allgemeininteressen rechtfertigen,

---

dungsbereich des Unionsrechts fallen unter anderem Situationen, die sich auf die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten beziehen. Dazu gehören namentlich die Situationen, in denen es um die Freiheit geht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten, wie sie mit Art. 21 AEUV verliehen wird.“

<sup>66</sup> Vgl. *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem (Fn. 1) 88 ff.; *Chris Thomale*, Mietmutterschaft (2015) 57–58; *Jan Lukas Werner*, Das Coman-Urteil des EuGH, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 27 (2019) 803–822, 819.

<sup>67</sup> EuGH 2.6.2016 – *Bogendorff von Wolffersdorff* (Fn. 7) Rn. 67 ff., 73, 81; *Coester-Waltjen*, Dornröschenschlaf? (Fn. 1) 128; ebenso *Lagarde*, Développements futurs (Fn. 1) 232; *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 727 ff.

<sup>68</sup> EuGH 14.10.2008 – *Grunkin Paul* (Fn. 7) Rn. 30 ff.

<sup>69</sup> EuGH 22.12.2010 – *Sayn-Wittgenstein* (Fn. 7).

<sup>70</sup> EuGH 2.6.2016 – *Bogendorff von Wolffersdorff* (Fn. 7).

<sup>71</sup> *Tobias Helms*, Ordre public – Der Einfluss der Grund- und Menschenrechte auf das IPR, IPRax 2017, 153–159, 158.

<sup>72</sup> *Claudia Drexel*, Der Beweis in der jüngeren EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2019, 533–539, 538.

<sup>73</sup> *Drexel*, Der Beweis (Fn. 72) 538.

<sup>74</sup> EuGH 1.6.2010 – Rs. C-570/07 und 571/07 (*Pérez und Chao Gomez*), ECLI:EU:C:2010:300, Rn. 94 ff.; EuGH 6.3.2018 – Rs. C-52/16 und C-113/16 (*SEGRO*), ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 86 ff.

diese müssen aber widerspruchsfrei in der Rechtsordnung durchgesetzt werden.<sup>75</sup> Es handelt sich um einen „Wahrhaftigkeitstest“,<sup>76</sup> bei dem die Regelung auf ihre widerspruchsfreie Zielerreichung geprüft wird. Steht die nationale Regelung in Widerspruch zu anderen nationalen Regelungen, ist sie nicht hinreichend geeignet i. S. d. Vier-Faktoren-Tests nach der Gebhard-Formel.<sup>77</sup> Mit dieser Rechtsprechung erleichtert der Gerichtshof dem Unionsbürger die Durchsetzung seiner Rechte und erschwert umgekehrt dem Mitgliedstaat die Rechtfertigung der Beschränkung seiner Interessen. Er verschiebt die „objektive Beweislast zum Nachteil der Mitgliedstaaten“.<sup>78</sup>

Zusätzlich zu den Anforderungen im materiellen Unionsrecht fördert der Gerichtshof – positiv formuliert – über die Beweisanforderungen die Freizügigkeit sowie die Grundfreiheiten und damit im Ergebnis die Integration. Dies geschieht allerdings um den Preis der Einschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten.<sup>79</sup>

#### c) Die Rechtmäßigkeit als Einschränkung der Anerkennung durch *Freitag*

Eine wichtige Klarstellung und wesentliche Einschränkung der Anerkennung von Rechtslagen brachte die Rechtssache *Freitag*<sup>80</sup> aus dem Jahr 2017. Darin stellte der EuGH fest, dass nur Statusverhältnisse, die in dem Ausgangsstaat rechtmäßig entstanden sind, in den Genuss der Freizügigkeit kommen. Im Vergleich zur verfahrensrechtlichen Anerkennung ist daher eine *révision au fond* grundsätzlich möglich.<sup>81</sup>

Diese Vorgaben setzte der BGH Anfang 2019 wie folgt um: Ein nicht miteinander verheiratetes deutsches Paar mit Wohnsitz in Frankreich hatte seinem Sohn einen Doppelnamen aus ihren Nachnamen gegeben und diesen in das französische Register eintragen lassen. Das französische Standesamt hatte französisches Recht angewendet, obwohl das Namensrecht nach französischem IPR nach dem Heimatrecht des Namensträgers beurteilt wird.<sup>82</sup> Da das deutsche IPR die Verweisung gemäß Art. 10 EGBGB an-

<sup>75</sup> Erstmals verwendete der Gerichtshof diese Formel in EuGH 10.3.2009 – Rs. C-169/07 (*Hartlauer*), ECLI:EU:C:2009:141, Rn. 55, *Hans D. Jarass*, Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit verbundene Nachweispflichten, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018, 1665–1673, 1668.

<sup>76</sup> *Frank Schorkopf*, Wahrhaftigkeit im Recht der Grundfreiheiten – Zu Maßstab und Rechtsfolgen der Glücksspielurteile des Europäischen Gerichtshofs, *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 2011, 260–267.

<sup>77</sup> Vgl. EuGH 30.11.1995 – Rs. C-55/94 (*Gebhard*), ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37 ff.

<sup>78</sup> *Drexel*, Der Beweis (Fn. 72) 538.

<sup>79</sup> *Drexel*, Der Beweis (Fn. 72) 538.

<sup>80</sup> EuGH 8.6.2017 – *Freitag* (Fn. 7).

<sup>81</sup> *Gössl*, Weiterer Mosaikstein (Fn. 12) 379; krit. *Peter Mankowski*, Nun sag, wie hast Du's mit dem Anerkennungsprinzip? – Im EU-Ausland „unrechtmäßig“ erlangte Namen als Prüfstein, *IPRax* 2020, 323–329.

<sup>82</sup> Artt. 3 Abs. 3, 311–22 Code civil; *Dieter Henrich / Simone Schönberger*, Frankreich, in:



nimmt, ist infolge der Staatsangehörigkeit des Kindes deutsches Recht auf das Namensrecht anwendbar. Das deutsche Sachrecht sieht in § 1617 BGB die Unzulässigkeit von Doppelnamen vor.<sup>83</sup>

Unter Berufung auf *Freitag* entschied der BGH, dass die deutschen Behörden und Gerichte die Rechtmäßigkeit des Statusakts in Frankreich prüfen könnten, und lehnte die Anwendung der Anerkennung aufgrund von Art. 21 AEUV ab, obwohl der Doppelname des Kindes im französischen Personenstandsregister eingetragen war.

Neben dem *ordre public*-Vorbehalt und dem Vorbehalt der nationalen Identität steht die Anerkennungsmethode damit unter dem Vorbehalt der Rechtmäßigkeit des Statusverhältnisses nach den Vorschriften des Ausgangsstaats. Dies führt dazu, dass die inländische Behörde oder das inländische Gericht den Blickwinkel der ursprünglich entscheidenden Institution des Ausgangsstaats einnehmen muss; das ausländische Recht ist also „in seiner Totalität“ anzuwenden.<sup>84</sup> Es handelt sich um einen Verweis auf die gesamte Rechtsordnung des Ausgangsstaats, weswegen man eine solche Form auch als Blockverweisung bezeichnet.<sup>85</sup> Mit *Freitag* hat der EuGH eine weitere wichtige Grenze der Anerkennung eingezogen.<sup>86</sup> Eine „blinde“ Statusübernahme ist damit nicht mehr geboten. Es gilt bei der Anerkennung das Primat der Verweisungsmethode. Die Anerkennung von Rechtslagen aus Sicht des Primärrechts kommt ohne die Verweisungsmethode nicht aus.

### 3. Zwischenbilanz: Kompetenzverschiebung zugunsten des Unionsrechts

Trotz dieser Einschränkung der Anerkennungsmethode lässt sich als Zwischenbilanz festhalten, dass die Rechtsprechung des EuGH die Kompetenzen zugunsten des Unionsrechts verschiebt.<sup>87</sup>

---

Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (Loseblatt, Stand: 1.2.2014) 42–43; Gilles Despeux, Namensrecht in Frankreich, StAZ 2000, 195–206, 201; Fritz Sturm/Gudrun Sturm, Der renvoi im Namensrecht, in: FS Erik Jayme (2004) 919–934, 929.

<sup>83</sup> BGH 20.2.2019 – XII ZB 130/16, NJW 2019, 2313 ff.; krit. Mankowski, Im EU-Ausland „unrechtmäßig“ erlangte Namen (Fn. 81) 323–329.

<sup>84</sup> Begriff nach Franz Kahn, in: Internationales Privatrecht, hrsg. von Paolo Picone/Wilhelm Wengler (1974) 182, 197–198 = Auszug aus ders., Gesetzeskollisionen, Jherings Jahrbücher 30 (1891) 1–143.

<sup>85</sup> Paolo Picone, Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti, in: ders. (Fn. 12) 485–528, 490–491; Kurt Siehr, Paolo Picone: Gesammelte Aufsätze zum Kollisionsrecht und die Blockverweisung auf die „zuständige Rechtsordnung“ im IPR, IPRax 2005, 155–158, 157; vgl. für das IPR MüKo BGB/v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 160.

<sup>86</sup> Gössl, Weiterer Mosaikstein (Fn. 12) 380.

<sup>87</sup> Ulrich Haltern, Europarecht<sup>2</sup>, Bd. II (2017) Rn. 2026; vgl. für das IPR MüKo BGB/v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 135.

Im Internationalen Gesellschaftsrecht ist die Kompetenzverschiebung bereits mit *Überseering*<sup>88</sup> erfolgt. Für die Anerkennung kraft Primärrechts war es für den EuGH irrelevant, dass Art. 293 Spiegelstrich 3 EGV<sup>89</sup> einen Regelungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten vorsah. Dies ändere nichts an der Geltung des Primärrechts. Ebenso hat der EuGH in der früheren Namens-Entscheidung *García Avello* geurteilt. Zwar seien die Mitgliedstaaten für das Namensrecht zuständig, doch müssen sie auch in ihrem Kompetenzbereich das Unionsrecht, insbesondere die Freizügigkeit, beachten.<sup>90</sup> Schließlich erhöht der EuGH mit den Beweisanforderungen an die Rechtfertigungsgründe die Hürden für die nationalen Regelungen und somit für nationale Eigenheiten, was eine zusätzliche Kompetenzverschiebung zugunsten des Unionsrechts mit sich bringt.

Allerdings besteht ein gewichtiger Unterschied zwischen den Rechtsgebieten. Während die Entscheidungen des EuGH im Gesellschaftsrecht noch auf den Binnenmarkt und die wirtschaftlich orientierten Grundfreiheiten bezogen waren, formiert der Gerichtshof mit der Rechtsprechung im Namensrecht soziale Kontexte neu.<sup>91</sup> Dass die Mitgliedstaaten Entscheidungen außerhalb ihrer Regulierungsmöglichkeit hinnehmen müssen, ergab sich für das Wirtschaftsrecht schon mit *Cassis de Dijon* und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.<sup>92</sup> Dieser Verlust an Souveränität mag für die Mitgliedstaaten im wirtschaftlichen Kontext noch akzeptabel sein, denn sie begreifen die Warenzirkulation regelmäßig als willkommenen Fortschritt. Hingegen wird der Zuzug von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten eher als „Bedrohung“<sup>93</sup> wahrgenommen. Dies zeigt sich nicht zuletzt am Beispiel des Brexits; ein zentraler Grund für das Brexitvotum lag in der Verhinderung der Einwanderung aus anderen EU-Mitgliedstaaten.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> Werner F. Ebke, *Überseering*: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“, *Juristenzeitung* (JZ) 2003, 927–933, 928.

<sup>89</sup> „Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen folgendes sicherzustellen: [...] die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen [...]“.

<sup>90</sup> Vgl. EuGH 2.12.1997 – Rs. C-336/94 (*Dafeki*), ECLI:EU:C:1997:579, Rn. 16 ff.

<sup>91</sup> *Halterm*, *Europarecht* (Fn. 87) Rn. 2026; vgl. schon *Jayme / Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht* 2001 (Fn. 1) 501.

<sup>92</sup> Vgl. EuGH 20.2.1979 – Rs. C-120/78 (*Rewe-Zentral AG ./. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*), ECLI:EU:C:1979:42; *Stefan Leible*, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*<sup>40</sup> (2009) Art. 28 EGV Rn. 18 ff.; *Werner Schroeder*, in: Streinz, *EUV / AEUV*<sup>3</sup> (2018) Art. 34 AEUV Rn. 75; *Thorsten Kingreen*, in: Calliess / Ruffert, *EUV / AEUV*<sup>5</sup> (2016) Art. 34 AEUV Rn. 45 ff.

<sup>93</sup> *Halterm*, *Europarecht* (Fn. 87) Rn. 2026.

<sup>94</sup> *Iain Begg*, *Brexit: warum, was nun und wie?*, *integration* 3/2016, 230–241, 234 ff.: „Einwanderung [...] der wichtigste Faktor in der Brexit-Debatte“; vgl.: *Explaining the Brexit vote*, *The Economist* vom 14. Juli 2016.

## VI. Neue Anwendungsfelder für die Anerkennung im Internationalen Familienrecht

Indes erscheint die Beschränkung der Anerkennung von Rechtslagen auf die beiden Rechtsgebiete kurios; denn die potenziellen Einschränkungen der Freizügigkeit in anderen Bereichen des Familienrechts sind deutlich größer als bei der Namensführung.

Jedoch überzeugt der bereits erwähnte Ausschluss heißer Eisen per se nicht. Vielmehr – und das ist die Arbeitshypothese für den weiteren Beitrag – ist das Internationale Familienrecht gerade der Bereich, in dem die Anerkennungsmethode zukünftig die womöglich größte Rolle spielen wird.<sup>95</sup> Damit ist gleichzeitig aber nicht gesagt, dass die Mitgliedstaaten zur Anerkennung EU-ausländischer Statusverhältnisse pauschal verpflichtet sind.<sup>96</sup> Aufgrund der weiten Auslegung des Schutzbereichs der Freizügigkeit wird sich die Kernfrage im Bereich der Rechtfertigung stellen.<sup>97</sup> Es steht daher zu erwarten, dass sich der EuGH bei Gelegenheit mit der Ausdehnung der Anerkennungsmethode auf andere Statusfragen beschäftigen wird.<sup>98</sup>

Die besondere Bedeutung des Familienrechts im Unionsrecht zeigt sich an der Kompetenzschränke des Art. 81 Abs. 3 AEUV. Danach besteht ein Einstimmigkeitserfordernis im Rat bei kollisionsrechtlichen Regelungen im Familienrecht.<sup>99</sup> Diese Ausnahme achtet die kulturelle Identität der Mitgliedstaaten.<sup>100</sup> Das Familienrecht enthält in einem gesteigerten Maß die

<sup>95</sup> *Mankowski*, Primärrechtliche Anerkennungspflicht? (Fn. 1) 585.

<sup>96</sup> *Gössl*, Weiterer Mosaikstein (Fn. 12) 382: „Anerkennungspflicht bezogen auf ‚heiße Eisen‘, d.h. besonders sensible Materien mit stark unterschiedlichen nationalen Ansätzen, nicht anzunehmen“.

<sup>97</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13) Rn. 44; vgl. ebenso EuGH 22.12.2010 – *Sayn-Wittgenstein* (Fn. 7) Rn. 86: „Der Gerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung, wenn er eine Ausnahme von einer Grundfreiheit rechtfertigen soll, eng zu verstehen ist, so dass seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Europäischen Union bestimmt werden darf (vgl. Urteile vom 14. Oktober 2004, *Omega*, C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30, und vom 10. Juli 2008, *Jipa*, C-33/07, Slg. 2008, I-5157, Rn. 23). Folglich ist eine Berufung auf die öffentliche Ordnung nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (vgl. Urteil *Omega*, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

<sup>98</sup> *Bettina Heiderhoff*, Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 127–138; *Helms*, Ordre public (Fn. 71) 159.

<sup>99</sup> v. *Bar / Mankowski*, IPR II (Fn. 49) § 4 Rn. 1145; *Heinz-Peter Mansel*, Kritisches zur „Urkundsinhaltsanerkennung“, IPRax 2011, 341–342, 342; MüKo BGB/v. *Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 36.

<sup>100</sup> *Mansel*, Kritisches zur „Urkundsinhaltsanerkennung“ (Fn. 99) 342. Vgl.: Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, hrsg. von Erik Jayme (2003); *Heinz-Peter Mansel*, Die kulturelle Identität im IPR, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 43 (2008) 137–214; *Susanne Gössl*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.10.2019) Art. 1 Rom III-VO Rn. 5.

spezifischen Überzeugungen und Werte einer Gesellschaft, die nicht substituierbar sind.<sup>101</sup> Das Familienbild ist regelmäßig an Vorstellungen gebunden, die in der mitgliedstaatlichen Verfassung ihren Niederschlag gefunden haben und für die Mitgliedstaaten häufig identitätsstiftend sind. Sie bilden die nationale Identität eines Staates ab, die dem primärrechtlichen Schutz des Art. 4 Abs. 2 EUV unterliegt.<sup>102</sup>

### 1. Die Bedeutung der nationalen Identität im Internationalen Familienrecht

Zur Bestimmung des Begriffs der nationalen Identität ist die Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen; Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV stellt zur Bestimmung der nationalen Identität auf das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht ab.<sup>103</sup> Zu diesem Zweck kommt den mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum zu.<sup>104</sup> Zur Konkretisierung dienen die Normen des Verfassungsrechts, „die dem verfassungsändernden Gesetzgeber bestimmte Entscheidungen entziehen, wie Art. 79 Abs. 3 GG, oder einem besonders aufwendigen Verfahren der Verfassungsänderung unterwerfen“.<sup>105</sup> Jedoch bilden die Normen nur einen Anhaltspunkt; die jeweilige mitgliedstaatliche nationale Identität ist unter Beachtung der Rechtsprechung nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte zu bestimmen.<sup>106</sup> Damit werden Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht verknüpft.

Die Rechtsprechung des EuGH zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten billigt den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum zu. Im Familienrecht ergibt sich der mitgliedstaatliche Spielraum in systematischer Hinsicht

<sup>101</sup> Christian Kohler, Anmerkungen zur Parteiautonomie im internationalen Familien- und Erbrecht, in: Liber Amicorum Erik Jayme (2019) 9–26, 22; vgl. auch MüKo BGB/v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 129 ff.

<sup>102</sup> Kohler, Anmerkungen zur Parteiautonomie (Fn. 101) 22.

<sup>103</sup> Armin v. Bogdandy / Stephan Schill, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 70 (2010) 701–734, 715 ff.

<sup>104</sup> Vgl. zu den Begriffen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit EuGH 28.10.1975 – Rs. 36/75 (*Rutili*), ECLI:EU:C:1975:137, Rn. 26–27; EuGH 27.10.1977 – Rs. C-30/77 (*Bouchereau*), ECLI:EU:C:1977:172, Rn. 33–35; EuGH 14.3.2000 – Rs. C-54/99 (*Église de scientologie*), ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17; EuGH 10.7.2008 – Rs. C-33/07 (*Jipa*), ECLI:EU:C:2008:396, Rn. 23.

<sup>105</sup> v. Bogdandy / Schill, Achtung der nationalen Identität (Fn. 103) 715.

<sup>106</sup> v. Bogdandy / Schill, Achtung der nationalen Identität (Fn. 103) 716–717; vgl. das „Lisabon-Urteil“, BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267, 2274: „Zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung gehör[t] unter anderem die Staatsbürgerschaft [...]. Zu diesen bedeutsamen Sachbereichen gehören auch kulturelle Fragen wie [...] die Gestaltung der Familien[...]verhältnisse“; vgl. auch jüngst BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u. a., NJW 2020, 1647.

aus der Kompetenzvorschrift des Art. 81 Abs. 3 AEUV sowie auf Ebene des Sekundärrechts aus Erwägungsgrund 17 der EuGüVO,<sup>107</sup> dem zufolge sich die Vorfrage der Ehe nach der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung bestimmt. Wenn die Kompetenznormen und das Sekundärrecht Rücksicht auf die nationale Identität nehmen, muss dies auch für Einschränkungen der Freizügigkeit gelten. Den Mitgliedstaaten kommt also ein Spielraum bei der Ausgestaltung ihres national-autonomen Internationalen Familienrechts zu.

Demgegenüber schützt Art. 21 AEUV eine andere Form der Identität: die individuelle Identität des Unionsbürgers. Über die Einschränkung der Freizügigkeit durch die Mitgliedstaaten werden diese beiden Identitätslinien so miteinander verknüpft. Damit führen die beiden Rechtsprechungslinien aus den bisherigen Anwendungsfeldern des Anerkennungsprinzips einerseits und zur nationalen Identität andererseits im Ergebnis zu einem Konflikt der Identitäten: Die individuelle Identität des einzelnen Unionsbürgers, die von den Grundfreiheiten und der Freizügigkeit geschützt wird, steht der nationalen Identität des Mitgliedstaats gegenüber.<sup>108</sup>

## 2. Konsequenz: Konflikt der Identitäten im Internationalen Familienrecht

Dieser Konflikt der Identitäten soll anhand einiger Beispiele aus dem Internationalen Familienrecht veranschaulicht werden.

### a) Gleichgeschlechtliche Ehe

(1) *Die Coman-Entscheidung.* – Die Diskussion um die Ausdehnung des Anerkennungsprinzips hat mit der Rechtssache *Coman*<sup>109</sup> neuen Schwung erhalten. Die Entscheidung betrifft die Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Ehe.

Ein rumänisch-US-amerikanischer Staatsbürger namens Coman und ein US-amerikanischer Staatsbürger namens Hamilton hatten in Belgien eine Ehe i. S. d. belgischen Rechts geschlossen. Da die beiden nach Rumänien ziehen wollten, fragten sie bei der zuständigen rumänischen Behörde an, ob Hamilton als Drittstaater ein Aufenthaltsrecht in Rumänien als Ehepartner von Coman erhalte. Eine Urteilsanerkennung schied aus, da der Ehestatus nur in einem Personenstandsregister vermerkt war. Ein dauerhaftes Aufent-

<sup>107</sup> Dutta, Anm. zu EuGH 5.6.2018 – C-673/16 (Fn. 1) 1068; vgl. auch *Andrea Bonomi*, in: Die europäischen Güterrechtsverordnungen, hrsg. von Anatol Dutta/Johannes Weber (2017) 123, 133.

<sup>108</sup> Diese Überlegung verdanke ich Alix Schulz.

<sup>109</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13).

haltsrecht lehnten die rumänischen Behörden ab, da die beiden keine Ehe i. S. d. rumänischen Zivilrechts<sup>110</sup> geschlossen hätten.<sup>111</sup>

Darin sah der EuGH eine Verletzung des Freizügigkeitsrechts des Doppelstaaters aus Art. 21 Abs. 1 AEUV.<sup>112</sup> Zwar räumt der EuGH den Mitgliedstaaten die Freiheit ein, eigenständig über die Einführung einer gleichgeschlechtlichen Ehe in ihrem Recht zu entscheiden.<sup>113</sup> Davon zu trennen ist aber die Frage, ob eine gleichgeschlechtliche Ehe aus einem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen sei. Die fehlende Aufenthaltsberechtigung des US-Amerikaners sei geeignet, dem Doppelstaater das Recht aus Art. 21 AEUV zu verwehren. Die Nichtanerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe führe zu einem Verstoß gegen die Freizügigkeit. Zur Begründung zog der EuGH – ohne nähere Erläuterung – seine namensrechtliche Rechtsprechung heran, obwohl diese Entscheidungen keine aufenthaltsrechtlichen Fragen betrafen. In dieser Bezugnahme sehen einige die „eigentliche Sprengkraft der Entscheidung für den deutschen Familienrechtler“.<sup>114</sup> Hat der EuGH damit das Anerkennungsprinzip für die gleichgeschlechtliche Ehe generell verankert?<sup>115</sup>

Für eine Beschränkung auf aufenthaltsrechtliche Fragen<sup>116</sup> sprechen die Ausführungen des EuGH bezüglich der Rechtfertigung. Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass die Anerkennungspflicht in Bezug auf das Aufenthaltsrecht „nicht das Institut der Ehe im erstgenannten Mitgliedstaat be-

<sup>110</sup> Art. 258 rumän. ZGB; vgl. *Monika Jagielska*, in: *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*<sup>2</sup>, hrsg. von Katharina Boele-Woelki / Angelika Fuchs (2012) 55–70, 67.

<sup>111</sup> In Art. 277 Abs. 1, 2 und 4 rumän. ZGB heißt es: „(1) Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts sind verboten. (2) Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts, die im Ausland von rumänischen Staatsbürgern oder von Ausländern geschlossen oder eingegangen worden sind, werden in Rumänien nicht anerkannt. [...] (4) Die gesetzlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit der Bürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums innerhalb des rumänischen Hoheitsgebiets bleiben anwendbar“ – zit. nach BeckRS 2018, 10159.

<sup>112</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13).

<sup>113</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13) Rn. 45; EuGH 24.11.2016 – Rs. C-443/15 (*Parris*), ECLI:EU:C:2016:897, Rn. 59.

<sup>114</sup> *Dutta*, Anm. zu EuGH 5.6.2018 – C-673/16 (Fn. 1) 1068.

<sup>115</sup> *Katharina de la Durantaye*, Same same but different? – Das IPR der Ehe für alle nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Eheöffnungsgesetzes, IPRax 2019, 281–290, 285; *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem (Fn. 1) 19 ff.; *Lagarde*, La reconnaissance (Fn. 1) 488–489; *Mankowski*, Primärrechtliche Anerkennungspflicht? (Fn. 1); *Tim Corthaut*, EU Ordre Public (2012) 389 ff.; *Dirk Trüten*, Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts in der Europäischen Union (2015) 495 ff.; zurückhaltend MüKo BGB / v. *Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 129 ff.

<sup>116</sup> So *Dutta*, Anm. zu EuGH 5.6.2018 – C-673/16 (Fn. 1) 1068; *Staudinger / Looschelders* (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 74; *Fabian Michl*, Anm. zu EuGH 5.6.2018 – C-673/16, FamRZ 2018, 1147–1148.

einträchtigt, das durch das nationale Recht definiert wird“.<sup>117</sup> Dies könnte man als Beschränkung auf das Aufenthaltsrecht lesen.<sup>118</sup>

Allerdings heißt es zwei Sätze später: „Vielmehr ist sie auf die Verpflichtung beschränkt, Ehen aus anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen, und zwar allein zum Zweck der Ausübung der diesen Personen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte.“<sup>119</sup> Dieser Satz lässt sich eher im Sinne der oben dargelegten Kompetenzverschiebung zugunsten des Unionsrechts verstehen.

Für eine Ausdehnung über aufenthaltsrechtliche Fragen hinaus spricht auch die Zitierung der namensrechtlichen Entscheidungen zum Personenstandsrecht,<sup>120</sup> bei denen es nicht um aufenthaltsrechtliche Fragen ging.

Jedoch übergeht der Gerichtshof geschickt die zentrale Frage, was die nationale Identität ausmacht. Dazu behilft er sich mit der Feststellung, dass eine Anerkennungspflicht in Bezug auf das Aufenthaltsrecht „weder der nationalen Identität noch der öffentlichen Ordnung des betreffenden Mitgliedstaats“ widerspreche.<sup>121</sup> Damit hat der Gerichtshof die zentrale Frage der nationalen Identität und der öffentlichen Ordnung offengelassen.

(2) *Übertragung auf Statusfragen.* – Wenngleich die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe für das Aufenthaltsrecht damit geklärt ist, ist die statusrechtliche Frage offen.<sup>122</sup> Da das ungarische Recht<sup>123</sup> – anders als das rumänische Recht – über einen gesetzlichen Rahmen für gleichgeschlechtliche Paare verfügt,<sup>124</sup> soll der Sachverhalt des *Coman*-Falls hier für Ungarn statt für Rumänien durchgespielt und die rumänische Staatsangehörigkeit des Doppelstaaters durch die ungarische ersetzt werden. Denkbar wäre ein An-

<sup>117</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13) Rn. 45.

<sup>118</sup> *Michl*, Anm. zu EuGH 5.6.2018 – C-673/16 (Fn. 116) 1147–1148.

<sup>119</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13) Rn. 45.

<sup>120</sup> *Staudinger / Looschelders* (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 74.

<sup>121</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13) Rn. 46.

<sup>122</sup> *Coester-Waltjen*, Anerkennung im Int. Personen-, Familien- und Erbrecht (Fn. 1) 396; *Grünberger*, Alles obsolet? (Fn. 1) 152; vgl. *Fabian Wall*, Die „Anerkennung“ von Statusverhältnissen in der EU – Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 5.6.2018 „*Coman*“ auf die standesamtliche Praxis, *StAZ* 2019, 225–238; *de la Durantaye*, Same same but different? (Fn. 115) 286–287; eher für eine Beschränkung auf das Aufenthaltsrecht *Staudinger / Looschelders* (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 74; *Rolf Wagner*, Zwanzig Jahre justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, *IPRax* 2019, 185–200, 196; vgl. auch *MüKo BGB / v. Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 129.

<sup>123</sup> Act No XXIX of 2009 on Registered Partnership and the Modification of Legal Rules in Connection with Registered Partnership and the Facilitation of the Proof of Cohabitation; *Orsolya Szeibert*, The Challenging Concept of „Family“ and Challenges for Family Law in Hungary, in: *European Family Law*, Bd. II, hrsg. von Jens M. Scherpe (2016) 108–126, 117; *Suzana Kraljic*, Same-Sex Partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or No Regulation?, in: *Same-Sex Relationships and Beyond*<sup>3</sup>, hrsg. von Katharina Boele-Woelki / Angelika Fuchs (2017) 55–76, 72.

<sup>124</sup> *Dagmar Coester-Waltjen*, Rechtsvergleichendes Gutachten über die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen (2018) 102.

trag auf Eintragung der gleichgeschlechtlichen Ehe in das ungarische Personenstandsregister.

Da die gleichgeschlechtliche Ehe in Ungarn nicht vorgesehen ist, könnte eine Umqualifizierung in eine Lebenspartnerschaft in Betracht kommen. Gleichwohl läge in dieser Umgestaltung ein Eingriff in die Freizügigkeit. Damit stellt sich die Frage, ob der ungarische Staat seine nationale Identität gegen die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Stellung bringen kann.<sup>125</sup> Auch wenn EuGH<sup>126</sup> und EGMR<sup>127</sup> den Mitgliedstaaten keine Pflicht zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe auferlegen, ändert dies nichts an einer möglichen Verpflichtung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen aus einem anderen EU-Mitgliedstaat.

Dazu müsste die verschiedengeschlechtliche Ehe Teil der nationalen Identität sein. Die ungarische Verfassung erkennt in Art. L die Ehe nur als Verbindung von Mann und Frau an. Aufgrund der prominenten Stellung in der Verfassung und ihrer hervorgehobenen Bedeutung erscheint es denkbar, die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe als Teil der nationalen Identität zu werten. Die aus Art. L der ungarischen Verfassung sprechende nationale Identität Ungarns kann womöglich die Einschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen.

Damit wäre eine Wirkungserstreckung der gleichgeschlechtlichen Ehe in das ungarische Recht nicht möglich. Das ungarische Recht müsste die gleichgeschlechtliche Ehe belgischen Rechts als solche nicht anerkennen. Da aber eine verhältnismäßige Lösung geboten ist, könnte man eine Lösung über die Gleichstellung erwägen.<sup>128</sup> Sofern das Recht des Zuzugsstaats eine registrierte Lebenspartnerschaft für homosexuelle Paare vorsieht, könnte die gleichgeschlechtliche Ehe in eine inländische eingetragene Lebenspartnerschaft umgedeutet werden.<sup>129</sup> So ließe sich die nationale Identität der Mitgliedstaaten mit der Identität des Unionsbürgers in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringen, auch wenn die Partner einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht vollständig gleichgestellt werden.<sup>130</sup>

Mögliche Zweifel an einer solchen Lösung ergeben sich auch nicht aus einer Parallele zur Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für das Internatio-

<sup>125</sup> *Hugues Fulchiron / Amélie Panet*, Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre: un petit pas pour de grandes enjambées?, *Recueil Dalloz* 2018, 1674 ff.

<sup>126</sup> EuGH 5.6.2018 – *Coman* (Fn. 13) Rn. 45; EuGH 24.11.2016 – *Parris* (Fn. 113) Rn. 59.

<sup>127</sup> EGMR 24.6.2010 – *Schalk & Kopf* (Fn. 16); EGMR 14.12.2017 – 26431/12 u. a. (*Orlandi u. a. ./.* Italien), ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112 = Newsletter Menschenrechte 2017/6, S. 1 ff.

<sup>128</sup> Vgl. auch MüKo BGB / *v. Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 134; *M.-P. Weller*, Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung (Fn. 4) 206.

<sup>129</sup> *Coester-Waltjen*, Rechtsvergleichendes Gutachten (Fn. 124) 100–101.

<sup>130</sup> Vgl. *Szeibert*, Challenging Concept (Fn. 123) 115; *Coester-Waltjen*, Rechtsvergleichendes Gutachten (Fn. 124) 100; vgl. für Art. 8 Abs. 1 EMRK auch EGMR 14.12.2017 – *Orlandi* (Fn. 127).



nale Gesellschaftsrecht.<sup>131</sup> Nach der vom BGH zunächst erwogenen „Wechselbalg-Theorie“<sup>132</sup> bzw. modifizierten Sitztheorie werden EU-Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz in deutsche Personengesellschaften umqualifiziert; allerdings verstößt auch diese Lösung gegen die Niederlassungsfreiheit.<sup>133</sup> Daher bleibt nur die Wirkungserstreckung übrig, sodass die EU-Auslandsgesellschaft als solche anzuerkennen ist. Diese Überlegung ist jedoch nicht direkt auf die Anerkennung familienrechtlicher Statusverhältnisse übertragbar. Denn es besteht ein gravierender Unterschied zur Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe aus einem anderen Mitgliedstaat. In diesen Fällen ist die kulturelle Identität eines Mitgliedstaats bzw. dessen nationale Identität betroffen. Dies wird durch das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 81 Abs. 3 AEUV abgesichert. Das nationale Gesellschaftsrecht ist nicht oder zumindest in einem deutlich geringeren Ausmaß Teil der nationalen Identität. Deswegen erscheint auch vor diesem Hintergrund die Lösung über die Gleichstellung vorzugswürdig.

Keine Lösung für gleichgeschlechtliche Paare stellt die Gleichstellung in Ländern wie Rumänien oder Polen dar, wo es keine registrierten Lebenspartnerschaften oder ähnliche Formen für homosexuelle Paare gibt.<sup>134</sup> In diesen Ländern erscheint es sehr fraglich, ob gleichgeschlechtliche Paare ihre Partnerschaft entsprechend registrieren lassen können. Denkbar wäre eine Anerkennung für Zwecke des Aufenthaltsrechts, wie es der EuGH in *Coman* angenommen hat. Für diese Zwecke kann sich der Mitgliedstaat nicht auf seine nationale Identität berufen. Allerdings bietet die *Coman*-Entscheidung keine hinreichende Sicherheit für die Beurteilung der zivilrechtlichen Anerkennung und Registrierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in Mitgliedstaaten, die keine rechtlichen Regelungen für solche Partnerschaften vorsehen. Andererseits haben EuGH und EGMR – wie bereits dargelegt – mehrfach bestätigt, dass weder das Primärrecht noch die EMRK die Mitgliedstaaten zur Einführung einer gleichgeschlechtlichen Ehe verpflichten.

Ungeklärt ist damit, ob die Mitgliedstaaten zur Einführung eines anderweitigen Rechtsregimes für gleichgeschlechtliche Paare verpflichtet sind. Die *vollständige* Nichtanerkennung eines Status aus einem anderen EU-Mitgliedstaat ist mit der Freizügigkeit i. S. d. *Coman*-Entscheidung kaum vereinbar.<sup>135</sup> Die Rechtslage ist paradox: Eine Wirkungserstreckung ist ausge-

<sup>131</sup> MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 134.

<sup>132</sup> Marc-Philippe Weller, Die „Wechselbalg-Theorie“, in: FS Wulf Goette (2011) 583–600.

<sup>133</sup> BGH 13.3.2003 – VII ZR 370/98, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2003, 431 = IPRspr. 2003 Nr. 13; Gerald Mäsch, in: Beck'scher Online-Kommentar EGBGB (Stand: 1.5.2020) Art. 12 EGBGB Anh. II, Int. GesR Rn. 76; Hübner, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften (Fn. 57) 69ff.

<sup>134</sup> Coester-Waltjen, Rechtsvergleichendes Gutachten (Fn. 124) 103.

<sup>135</sup> Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch vom 14.12.2010 – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern, KOM(2010) 747 endg., S. 12:

schlossen, sofern man – wie soeben ausgeführt – die nationale Identität als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der Freizügigkeit ansieht. Ebenso scheidet aber auch eine Gleichstellung aus, da in diesem Mitgliedstaat kein Rechtsregime für eingetragene Partnerschaften oder ein entsprechendes Äquivalent zur Verfügung steht.

Aus Sicht der betroffenen Unionsbürger liegt in diesem „rechtlichen Vakuum“<sup>136</sup> ein Eingriff in ihre Freizügigkeit. Einen Ausweg aus dem Dilemma hat der EGMR in der vergleichbaren Entscheidung *Orlandi* zu Art. 8 EMRK vorgezeichnet.<sup>137</sup> Vor dem Jahr 2016 hatte sich die italienische Regierung geweigert, gleichgeschlechtliche Ehen aus dem Ausland im Personenstandsregister als Ehen zu registrieren; ferner sah das italienische Recht kein Ersatzregime wie eine eingetragene Lebenspartnerschaft oder Ähnliches vor. Der EGMR sah Italien zwar als nicht verpflichtet an, die im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe als Ehe i. S. d. italienischen Rechts zu behandeln; allerdings müsse die „soziale Realität der Situation“ berücksichtigt werden, wozu auch potenzielle Hürden im Alltagsleben der Betroffenen zählten.<sup>138</sup> Notwendig sei ein (gesetzliches) Mittel zur Absicherung ihrer Beziehungen.<sup>139</sup>

Dieser Gedanke lässt sich auf Art. 21 AEUV übertragen. In der beschriebenen Konstellation verletzt ein Mitgliedstaat die Freizügigkeit des Unionsbürgers, wenn er kein Rechtsregime zur Verfügung stellt, mit dem der Unionsbürger seine gleichgeschlechtliche Beziehung auf einer rechtlichen Basis führen kann. Sieht ein Mitgliedstaat also weder eine gleichgeschlechtliche Ehe noch ein alternatives Rechtsregime für gleichgeschlechtliche Paare vor, bleibt nur die Lösung über die Wirkungserstreckung. Danach ist die gleichgeschlechtliche Ehe aus einem anderen EU-Mitgliedstaat als solche anzuerkennen.<sup>140</sup> Die nationale Identität des Mitgliedstaats ist damit nicht verletzt, denn zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in seiner Rechtsordnung ist er – ausweislich der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR – nicht verpflichtet.

---

„Jeder europäische Bürger sollte darauf vertrauen können, dass sein Personenstand gewahrt bleibt, wenn er von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht“; vgl. auch *v. Bar / Mankowski*, IPR II (Fn. 49) § 4 Rn. 790; *Mankowski*, Primärrechtliche Anerkennungspflicht? (Fn. 1) 585; *MüKo BGB / v. Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 134.

<sup>136</sup> Vgl. EGMR 14.12.2017 – *Orlandi* (Fn. 127) Rn. 196, 209 f.

<sup>137</sup> EGMR 14.12.2017 – *Orlandi* (Fn. 127).

<sup>138</sup> EGMR 14.12.2017 – *Orlandi* (Fn. 127) Rn. 209.

<sup>139</sup> EGMR 14.12.2017 – *Orlandi* (Fn. 127) Rn. 210.

<sup>140</sup> Vgl. zur Folgefrage der Anerkennung der Wirkungen einer gleichgeschlechtlichen Ehe *MüKo BGB / v. Hein* (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 134; *Grünberger*, Alles obsolet? (Fn. 1) 154 ff.; *Mansel*, Methoden (Fn. 1) 41–42; *Funken*, Anerkennungsprinzip (Fn. 1) 336; *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem (Fn. 1) 133.

## b) Minderjährigenehe

Eine weitere Funktion der Anerkennungsmethode kann am Beispiel der Minderjährigenehen zwischen Unionsbürgern nach deutschem Recht demonstriert werden. Einen paradigmatischen Fall hat dazu das OLG Frankfurt a. M.<sup>141</sup> Mitte 2019 entschieden. Den Streitgegenstand bildete ein behördlicher Antrag auf Aufhebung einer Ehe zwischen einer 16-jährigen Bulgarin und einem volljährigen Bulgaren, die die beiden 2018 in Bulgarien geschlossen hatten. Gemäß Art. 13 Abs. 3 EGBGB ist auf Minderjährigenehen deutsches Recht anzuwenden, selbst wenn die Ehemündigkeit eines Verlobten gemäß Abs. 1 ausländischem Recht unterliegt. Es handelt sich dabei um eine spezielle *ordre public*-Klausel mit Sachnormcharakter,<sup>142</sup> da sie – anders als eine Eingriffsnorm – nicht die Verweisungsmethode ausschaltet, sondern das Verweisungsergebnis korrigiert.<sup>143</sup>

Sachrechtlich folgt daraus die Einleitung eines Aufhebungsverfahrens, da die Ehemündigkeit eines Ehegatten fehlt. Es besteht ein Aufhebungsgrund gemäß § 1314 Nr. 1 BGB. Allerdings kann die Aufhebung der Ehe nach der Härtefallklausel des § 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b) BGB ausgeschlossen sein. Darunter sollen ausweislich der Gesetzesbegründung eine schwere und lebensbedrohliche Erkrankung oder die Suizidneigung des minderjährigen Ehegatten<sup>144</sup> fallen; der Gesetzgeber zählt auch eine Verletzung des Freizügigkeitsrechts bei Aufhebung einer unter Beteiligung eines minderjährigen Unionsbürgers geschlossenen Ehe dazu.<sup>145</sup>

Vor diesem Hintergrund bejahte das OLG zunächst einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 21 AEUV aufgrund der Einleitung des Aufhebungs-

<sup>141</sup> OLG Frankfurt am Main 28.8.2019 – 5 UF 97/19, BeckRS 2019, 20844 = NZFam 2019, 1021; vgl. auch AG Nordhorn 29.1.2018 – 11 F 855/17 E1, FamRZ 2018, 750 mit OLG Oldenburg 18.4.2018 – 13 UF 23/18, NZFam 2018, 609; AG Frankenthal 15.2.2018 – 71 F 268/17, FamRZ 2018, 749.

<sup>142</sup> Vgl. Makowsky, „Minderjährigenehe“ im deutschen IPR (Fn. 14) 582; v. Bar / Mankowski, IPR II (Fn. 49) § 4 Rn. 89; Trüten, Entwicklung des IPR in der EU (Fn. 115) 497; vgl. für eine rechtsvergleichende Einordnung des Art. 13 Abs. 3 EGBGB: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Die Frühehe im Rechtsvergleich: Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht, RabelsZ 84 (2020) 705–785, 748 ff.

<sup>143</sup> Vgl. umfassend und überzeugend Makowsky, „Minderjährigenehe“ im deutschen IPR (Fn. 14) 580 ff.; Staudinger / Looschelders (Fn. 1) Einl. IPR Rn. 667; MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 6 EGBGB Rn. 54; Gerhard Hohloch, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>17</sup>, Bd. II (2017) Art. 13 EGBGB Rn. 1, 41a; Bettina Gausing / Christiaan Wittebol, Die Wirksamkeit von im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen, DÖV 2018, 41–50, 42; Juliana Mörsdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (Stand: 1.5.2020) Art. 13 EGBGB Rn. 26; vgl. auch BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16, NZFam 2019, 65, 69, Rn. 54: „spezielle Regelung des ordre public, die der allgemeinen Regelung in Art. 6 EGBGB vorgeht“.

<sup>144</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, BT-Drs. 18/12086 vom 25.4.2017, S. 17, 22.

<sup>145</sup> Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/12086 (Fn. 144) 17; vgl. dazu auch Max-Planck-Institut, Die Frühehe im Rechtsvergleich (Fn. 142) 760–761; krit. Josef Bongartz, Zur gebotenen rechtlichen Behandlung von Ehen unter Beteiligung Minderjähriger, NZFam 2017, 541–546, 544.

verfahrens.<sup>146</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH sichert Art. 21 AEUV jedem Unionsbürger ein subjektives Recht auf Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu.<sup>147</sup> Für einen Eingriff bedarf es schwerwiegender Nachteile administrativer, persönlicher oder beruflicher Art. Als Begründung führte das OLG hier u.a. an, dass es den Eheleuten im Falle der drohenden Aufhebung verboten sei, ihren Aufenthalt in Deutschland als verheiratetes Paar zu wählen; alternativ würde gegen sie ein gerichtliches Aufhebungsverfahren eingeleitet. Im Fall der Aufhebung der Ehe käme das zweite Kind der Ehegatten unehelich zur Welt, so dass eine gesonderte Vaterschaftsfeststellung notwendig würde. Ein Verstoß gegen den *ordre public* der Bundesrepublik Deutschland sei hingegen abzulehnen. Insbesondere fehle es in dem konkreten Fall an der Schutzbedürftigkeit der Ehefrau, die der Gesetzgeber bei der Einführung der Aufhebungsvorschriften im Sinn hatte. Die Freizügigkeit der Ehegatten sei also verletzt, wenn man ihre Ehe aufhebt.

Die Entscheidung offenbart eine weitere Funktion der Anerkennungs-methode: Das OLG Frankfurt a. M. hat die Anwendung der deutschen speziellen *ordre public*-Klausel, die zunächst die Anwendbarkeit ausländischen Rechts durch Inlandsrecht ersetzte, über höherrangiges Primärrecht korrigiert. In Art. 13 Abs. 1 EGBGB wird mittels Gesamtverweisung über die Staatsangehörigkeit auf das ausländische Recht verwiesen. Nimmt das ausländische Recht die Verweisung an, wird das ausländische Recht die Ehe in der Regel als wirksam ansehen. Die Wirksamkeit einer Ehe, an der ein unter 18-jähriger Ehepartner beteiligt ist, wird sodann über den speziellen *ordre public* zugunsten des deutschen Rechts korrigiert. Die Ehe ist je nach Alter des nach deutschem Recht minderjährigen Ehepartners entweder nichtig (Nr. 1) oder aufhebbar (Nr. 2). Das entsprechende Ergebnis des deutschen Rechts, das zunächst das Auslandsrecht korrigiert hat, ist sodann einzelfallbezogen (!) am Maßstab des Primärrechts zu messen. Damit entsteht ein kollisionsrechtliches Pingpong, indem die Inlandsrechtsanwendung unter den Vorbehalt des Primärrechts gestellt wird. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, wenn das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen<sup>148</sup> als „gesetzgeberischer Furor“<sup>149</sup> bezeichnet wird. Das Primärrecht korrigiert damit auch rechtspolitisch diskussionswürdige Entscheidungen des Gesetzgebers.

<sup>146</sup> Zudem sah das Gericht die Rechte auf Arbeitnehmerfreizügigkeit und Aufenthalt nach Art. 45 Abs. 3 lit. b und c AEUV als betroffen an.

<sup>147</sup> EuGH 17.9.2002 – Rs. C-413/99 (*Baumbast*), ECLI:EU:C:2002:493, Rn. 80, 84; EuGH 19.10.2004 – Rs. C-200/02 (*Zhu und Chen*), ECLI:EU:C:2004:639, Rn. 26; *Winfried Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV<sup>3</sup> (2016) Art. 21 AEUV Rn. 4.

<sup>148</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017, BGBl. 2017 I 2429.

<sup>149</sup> *Antomo*, Verbot von Kinderehen (Fn. 14) 81–82; *Löhnig*, Anm. zu AG Frankenthal 15.2.2018 – 71 F 268/17 (Fn. 14) 750; *Coester-Waltjen*, Wider den „gesetzgeberischen Furor“ (Fn. 14) 127 ff.; vgl. auch *M.-P. Weller / Thomale / Hategan / Werner*, Kritische Würdigung (Fn. 14) 1289 ff.; vgl. auch *Makowsky*, „Minderjährigenehe“ im deutschen IPR (Fn. 14) 578.

## c) Zwischenbilanz: Anerkennungsmethode weiter im Vordringen

Dieser Überblick über den Wettbewerb der Identitäten zeigt, dass die Anerkennungsmethode infolge Freizügigkeit weiter im Vordringen begriffen ist. Es ist abschbar, dass die Anerkennung auch die Bereiche des Internationalen Familienrechts erfassen wird. Darauf hat sich das IPR einzustellen.

Der Grund für das Vordringen der Anerkennungsmethode liegt in der EuGH-Rechtsprechung. Der EuGH legt strenge Maßstäbe an die Eignung der mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Freizügigkeit an, indem er hohe Anforderungen an die Beweislast stellt und die Rechtfertigungsgründe eng auslegt. Dadurch setzt er das mitgliedstaatliche Recht unter Rechtfertigungsdruck. Beispielsweise reicht nach der Auffassung des EuGH in *Inspire Art* das Informationsmodell für einen hinreichenden Gläubigerschutz aus, ohne dass es auf ein Mindestkapital zwingend ankomme. Ebenso ist das inländische Verbot eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen und registrierten Doppelnamens des Kindes im BGB primärrechtswidrig, sofern die Eltern getrennte Namen führen; der EuGH erkannte die von der Bundesregierung angeführten – eher pauschalen – Erwägungen als Rechtfertigungsgründe für die Einschränkung der Freizügigkeit nicht an.<sup>150</sup> Gleichfalls sind den nationalen Gesetzgebern Grenzen bei der Einschränkung der Freizügigkeit in Statusfragen gesetzt. Dies belegen der *Coman*-Fall und die Gerichtsentscheidungen zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen.

All diesen Entscheidungen ist gemein, dass regelmäßig der EuGH nationale Regelungen *ex post* korrigiert und somit Anpassungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erforderlich gemacht hat. Die nachträgliche Korrektur der Anwendung inländischen Rechts durch das Primärrecht hat erhebliches rechtsreformatorisches Potenzial, um dogmatische eigentümliche Lösungen des mitgliedstaatlichen Rechts auf den Prüfstand zu stellen.<sup>151</sup>

## VII. Prospektive Anerkennung von Rechtslagen: Ein Beispiel aus dem Internationalen Sachenrecht

Eine eigenständige Prüfung des Unionsrechts, ohne die Frage dem EuGH vorzulegen, haben nationale Gerichte – soweit ersichtlich – nicht vorgenommen. Eine solche Form einer prospektiven Anerkennungsmethode war bislang nicht bekannt. Kürzlich hat der österreichische OGH in einem international-sachenrechtlichen Fall die primärrechtliche Anerkennungsmethode prospektiv, das heißt vorausschauend und damit ohne Vorlage an den EuGH, angewendet.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> EuGH 14.10.2008 – *Grunkin Paul* (Fn. 7) Rn. 30 ff.

<sup>151</sup> Begriff nach *Peter-Christian Müller-Graff*, Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht (1989) 59 f.

<sup>152</sup> OGH 23.1.2019 – 3 Ob 249/18s, IPRax 2019, 548 ff. m. Anm. *Brigitta Lurger*, Aus

Den Hintergrund der Entscheidung bildet der schon lange diskutierte<sup>153</sup> Einfluss des Primärrechts auf das Internationale Sachenrecht. Rechtsangleichungsvorhaben sind bisher nicht verabschiedet worden, weswegen Kieninger das Sachenrecht ebenfalls „als Stiefkind der Europäischen Privatrechtsangleichung“<sup>154</sup> bezeichnet hat. Bis vor Kurzem hatte sich aber weder die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten noch die des EuGH mit dem Einfluss des Primärrechts auf das internationale Sachenrecht auseinandergesetzt.<sup>155</sup> Jedoch hat die Debatte womöglich einen neuen Impuls durch eine kürzlich ergangene OGH-Entscheidung erhalten.<sup>156</sup> Sie betraf die Beurteilung einer Sicherungsübereignung an einer beweglichen Sache nach deutschem Recht, die nach Österreich verbracht wurde.<sup>157</sup> Die Überführung der beweglichen Sache nach Österreich führt damit zu einem Statutenwechsel. Allerdings

---

einem hypothetischen Verstoß gegen die Grundfreiheiten folgt: Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzüberschritt nach Österreich nun doch, IPRax 2019, 560–565.

<sup>153</sup> *Eva-Maria Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten (1996) 122 ff., 157 ff.; *dies.*, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 208 (2008) 182–226, 189–190; *Peter von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht (1996) 77 ff., 84 ff., 94 ff.; *ders.*, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 62 (1998) 1–37; *Wulf-Henning Roth*, Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht – Zur Entwicklung internationaler Sachnormen für europäische Sachverhalte, ZEuP 2 (1994) 5–33, 23; *ders.*, Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation, in: The Future of Secured Credit in Europe, hrsg. von Horst Eidenmüller / Eva-Maria Kieninger (2008) 36–67; vgl. auch *Jürgen Basedow*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, RabelsZ 59 (1995) 1–55, 41 ff.; *Anne Röthel*, Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt, JZ 2003, 1027–1035; ferner *Stefan Bruinier*, Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht (2003) 125 ff.; *Axel Flessner*, Rechtswahl im internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa, in: FS Helmut Koziol (2010) 125–146; *Staudinger / Mansel* (Fn. 43) Art. 43 EGBGB Rn. 131 ff., vgl. auch die Diskussion bei *Torsten Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004) 530 ff., 626 ff.; vgl. auch das ausländische Schrifttum in: Divergences of Property Law: An Obstacle to the Internal Market?, hrsg. von Ulrich Drobnig / Henricus Joseph Snijders / Eric-Jan Zippro (2006); *Bram Akkermans / Eveline Ramaekers*, Free Movement of Goods and Property Law, European Law Journal 2013, 237–266; *Bram Akkermans*, Property Law and the Internal Market, in: The Future of European Property Law, hrsg. von Sjef van Erp / Arthur Salomons / Bram Akkermans (2012) 199–246, 204 ff.; *Eveline Ramaekers*, European Union Property Law (2013) 45 ff.

<sup>154</sup> *Eva-Maria Kieninger*, Perspektiven für ein Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht, ZEuP 24 (2016) 201–214.

<sup>155</sup> *Staudinger / Mansel* (Fn. 43) Art. 43 EGBGB Rn. 133; vgl. auch *ders.*, Französisches internationales Sachenrecht und Sicherungsübereignung nach deutschem Recht – Wirkungskontinuität bei einem Statutenwechsel nach der französischen Sachenrechtsreform?, in: Gedächtnisschrift Ulrich Hübner (2012) 705–716.

<sup>156</sup> OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 548.

<sup>157</sup> Vgl. ausführlich *Judith Schacherreiter*, Publizitätsloses Sicherungseigentum im deutsch-österreichischen Grenzverkehr, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 2005, 173–184; *Moritz Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (2011) 323 ff.

handelt es sich um einen abgeschlossenen Tatbestand, da sich die dingliche Rechtsänderung nach deutschem Recht vollzogen hatte.

Im Folgenden soll aufbauend auf den sachrechtlichen Differenzen bei der Publizität zunächst die bisherige kollisionsrechtliche Behandlung deutschen Sicherungseigentums nach österreichischem Recht dargestellt werden, bevor diese einer primärrechtlichen Prüfung auf Basis der Grundfreiheiten unterzogen werden soll. Abschließend ist das aktuelle Urteil des OGH im Lichte der Anerkennungsmethode zu würdigen.

### 1. Sachrechtliche Differenzen bei der Publizität

Der Kern des Problems besteht in vermeintlich unterschiedlichen Publizitätsvorstellungen bei Sicherungseigentum. Dies überrascht nicht, handelt es sich doch bei der Publizität um einen Bereich des Sachenrechts, in dem sich die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erheblich unterscheiden.<sup>158</sup> Das deutsche Sachrecht akzeptiert besitzloses Sicherungseigentum; gerade die Möglichkeit, Sicherungseigentum mittels Einigung und Vereinbarung eines Besitzkonstituts zu begründen und dem Sicherungsgeber die Nutzungsmöglichkeit zu belassen, macht das Sicherungseigentum zum tauglichen Sicherungsmittel für Geldkreditgeber.<sup>159</sup> Demgegenüber lehnt das österreichische Recht ein besitzloses Sicherungseigentum mittels Besitzkonstitut ab.<sup>160</sup> Eine Sicherungsübereignung muss die pfandrechtlichen Publizitätserfordernisse erfüllen. Das Faustpfandprinzip des § 451 ABGB lässt alle Formen der Übergabe und Übergabesurrogate ausreichen mit Ausnahme des Besitzkonstituts gemäß § 428 Alt. 2 ABGB;<sup>161</sup> folglich reicht das Besitzkonstitut zur Begründung von Sicherungseigentum nicht aus. Die Sicherungsübereignung ist daher für die österreichische Praxis irrelevant, da sie für diese Fälle auch ein Pfandrecht bestellen kann. Allerdings kennt das österreichische Sachenrecht den besitzlosen Eigentumsvorbehalt.<sup>162</sup>

<sup>158</sup> Kieninger, Perspektiven (Fn. 154) 208.

<sup>159</sup> Jürgen Baur / Rolf Stürmer, Sachenrecht<sup>18</sup> (2009) § 57 Rn. 8; Jürgen Oechsler, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, Bd. VIII (2020) Anh. §§ 929–936: Sicherungseigentum / Sicherungsübereignung, Rn. 2; Fabian Klinck, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.10.2020) § 930 BGB Rn. 69 ff.

<sup>160</sup> OGH 14.12.1983 – 3 Ob 126/83, Juristische Blätter (JBl) 1984, 550 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1984, 1330.

<sup>161</sup> OGH 5.7.1961 – 5 Ob 188/61, Österreichische Richterzeitung 1962, 38; Brigitta Lurger / Martina Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) § 6 Rn. 23.

<sup>162</sup> Dietmar Czernich, Internationales Kreditsicherungsrecht im Geschäftsverkehr der Banken, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2000, 1067–1075, 1073.



## 2. Bisherige kollisionsrechtliche Behandlung deutschen Sicherungseigentums in Österreich

Diese Intoleranz gegenüber dem Sicherungseigentum qua Besitzkonstitut zeigte sich auch in der bisherigen kollisionsrechtlichen Behandlung von Sicherungseigentum in Österreich, das nach deutschem Recht begründet wurde.<sup>163</sup> Der Grundsatz der wohlerworbenen Rechte für den Statutenwechsel wird durch § 7 IPRG<sup>164</sup> festgeschrieben; ein Wechsel des Lageorts beeinflusst abgeschlossene Tatbestände nicht. Dabei gilt § 7 IPRG als allgemeine Regel für alle wandelbaren Statuten wie auch das Internationale Sachenrecht. Ebenso wie das deutsche Recht in Art. 43 Abs. 2 EGBGB sieht § 31 Abs. 2 IPRG<sup>165</sup> vor, dass im Ausland entstandene Sachenrechte mit inländischen im Einklang stehen müssen. Damit trifft das österreichische Recht eine funktional äquivalente Lösung wie das deutsche Recht in Art. 43 EGBGB, wonach der Schutz wohlerworbener Rechte nach dem alten Statut mit den Verkehrsinteressen des neuen Statuts und dem staatlichen Interesse am *numerus clausus* der Sachenrechte des neuen Statuts abzuwägen ist.<sup>166</sup>

Die Anwendung dieser Normen würde auf den ersten Blick jedoch nicht zu einem Problem führen: Gemäß § 7 IPRG wäre das Sicherungseigentum nach deutschem Recht entstanden. Es widerspricht auch nicht § 31 Abs. 2 IPRG, denn das dingliche Recht „Eigentum“ als solches und auch das Sicherungseigentum sind dem österreichischen Recht bekannt.<sup>167</sup> Der durch § 31 Abs. 1 IPRG durchgesetzte Typenzwang ist damit nicht betroffen. Folglich besteht Sicherungseigentum nach deutschem Recht grundsätzlich auch in Österreich.

Allerdings stellte der OGH fest, dass das Fortbestehen ausländischen Sicherungseigentums im Inland an die inländischen pfandrechtlichen Publizitätserfordernisse geknüpft ist. Die Entstehungsvoraussetzungen des österreichischen Rechts für das Sicherungseigentum werden als Eingriffsnorm

<sup>163</sup> OGH 14.12.1983 (Fn. 160); OGH 19.1.1989 – 7 Ob 723/88, Wirtschaftsrechtliche Blätter 1989, 224 = Österreichische Entscheidungen zum Internationalen Privatrecht 3/97; Michael Schwimann, Internationales Privatrecht<sup>3</sup> (2001) 141; Bea Verschraegen, Internationales Privatrecht (2012) 163, 167; Schacherreiter, Publizitätsloses Sicherungseigentum (Fn. 157) 173.

<sup>164</sup> § 7 IPRG – Statutenwechsel: „Die nachträgliche Änderung der für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden Voraussetzungen hat auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluß.“

<sup>165</sup> § 31 IPRG – Allgemeine Regel: „(1) Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden. (2) Die rechtliche Gattung der Sachen und der Inhalt der im Abs. 1 genannten Rechte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen befinden.“

<sup>166</sup> Christiane Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup>, Bd. XII (2018) Art. 43 EGBGB Rn. 5 ff.; Basedow, Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Fn. 39) 254 ff.

<sup>167</sup> Anm. Michael Schwimann, JBl 1984, 552; ders., IPR (Fn. 163) 141; Lurger/Melcher, Handbuch IPR (Fn. 161) § 6 Rn. 23.



definiert.<sup>168</sup> Der Grund für die Sonderanknüpfung liegt in dem „Schutz der Gläubigerordnung im Inland“.<sup>169</sup> Da die Begründung des deutschen Sicherungseigentums diesen Entstehungsvoraussetzungen (strenges Faustpfandprinzip bei der Begründung von Sicherungseigentum; siehe oben) nicht entsprach, erkannten die österreichischen Gerichte das deutsche Sicherungseigentum nicht an. Stattdessen wurde das strengere Lageortrecht angewendet, das das Sicherungseigentum nach dem Grenzübertritt nach Österreich vernichtete.

### 3. Europarechtskonformität der bisherigen Lösung

Die grundlegende Entscheidung zur Nichtanerkennung deutschen Sicherungseigentums fällt der OGH vor dem EU-Beitritt Österreichs, das der EU am 1. Januar 1995 beigetreten ist. Kurz nach dem Beitritt sah sich die Rechtsprechung nicht nur dogmatischer Kritik aus dem Inland, sondern auch europarechtlichen Vorbehalten ausgesetzt.<sup>170</sup> Denn das hinkende Sicherungseigentum sei in der Pauschalität womöglich mit den Grundfreiheiten unvereinbar.<sup>171</sup> Es stellt sich also die Frage, ob die bisherige österreichische Eingriffsnorm-Lösung gegen die Warenverkehrs- und gegebenenfalls auch die Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit verstößt.<sup>172</sup>

Mit der Nichtanerkennung des Sicherungseigentums ist die Mobilität des Sicherungsguts für seinen Inhaber erheblich eingeschränkt. Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit ist damit zu bejahen. Jedoch könnte die Beschränkung gerechtfertigt sein, wenn der Schutz der Gläubiger durch eine strenge Publizität dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen würde. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung. Schon die Eignung der Eingriffsnorm zur Sicherung entsprechenden Gläubigerschutzes ist fragwürdig. Das österreichische Recht kennt mit dem Eigentumsvorbehalt ein Mobiliarsicherungsrecht, das keinen strengen Publizitätsschutz vorsieht. Ein Eigentumsvorbehalt lässt also kei-

<sup>168</sup> OGH 14.12.1983 (Fn. 160).

<sup>169</sup> OGH 14.12.1983 (Fn. 160); krit. *Schwind*, IPR<sup>3</sup> (1990) Rn. 393; *ders.*, Hinkendes Eigentum im österreichisch-deutschen Rechtsverkehr – ein juristischer Alptraum, in: FS Gerhard Kegel (1987) 599–604; *Thomas Rauscher*, Sicherungsübereignung im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, JBl 1985, 321–328, 324, 327; *Lurger / Melcher*, Handbuch IPR (Fn. 161) § 6 Rn. 23.

<sup>170</sup> *Schwimmann*, Anm. (Fn. 167) 552; *Rauscher*, Sicherungsübereignung (Fn. 169) 324, 327; *Basedow*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten (Fn. 153) 41 ff.; *v. Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht (Fn. 153) 97 ff.; *Hans Stoll*, Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Art. 43–46 EGBGB, IPRax 2000, 259–270, 262–263; *Czerlich*, Int. Kreditsicherungsrecht (Fn. 162) 1073; *Lurger / Melcher*, Handbuch IPR (Fn. 161) § 6 Rn. 22 f.

<sup>171</sup> So *Fritz Schwind*, Juristischer Alptraum (Fn. 169) 599 ff.: „hinkendes Eigentum“.

<sup>172</sup> OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 551 ff.; *Lurger / Melcher*, Handbuch IPR (Fn. 161) § 6 Rn. 22.

nen Rückschluss auf die Eigentumslage zu.<sup>173</sup> Damit ist die strenge Durchführung des Publizitätsgrundsatzes im österreichischen Recht selbst schon nicht vorgesehen. In der Anerkennung besitzlosen Eigentums aufgrund des Eigentumsvorbehalts nach eigenem Recht und der Nichtanerkennung ausländischen Sicherungseigentums liegt ein Widerspruch bei der Verfolgung des Gläubigerschutzes als eines grundsätzlich legitimen Rechtfertigungsgrunds. Mit der Nichtanerkennung ausländischen Sicherungseigentums widerspricht das österreichische Recht also dem oben erwähnten Kohärenzgebot. Die Sonderanknüpfung zum Schutz der inländischen Gläubiger ist damit nicht geeignet, ihr Ziel zu erreichen. Der Verkehrsschutz kann die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit demnach nicht rechtfertigen, da in Österreich auch niemand auf die Publizität als Rechtsschein für das Eigentum absolut vertrauen darf. Mithin kann die Beschränkung der Grundfreiheiten durch den Schutz der Gläubiger nicht gerechtfertigt werden.

In diesen Überlegungen zeigt sich auch wieder die Funktion der Anerkennung, da sie „nationale Eigentümlichkeiten“ zum vermeintlichen Schutz des inländischen Rechtsverkehrs korrigiert. Das Primärrecht dient dazu, Diskrepanzen zwischen Toleranz nach innen und Ablehnung nach außen aufzudecken und gegebenenfalls zu korrigieren. Auf das österreichische Sachenrecht übertragen bedeutet dies: Die Toleranz nach innen gegenüber dem Eigentumsvorbehalt als publizitätsloser Mobiliarsicherheit offenbart, dass die Abwehr der deutschen Sicherungsübereignung nur ein rechtspolitisch ungewünschtes Ergebnis verhindern will. Diese Argumentation kann aber weder dogmatisch noch primärrechtlich überzeugen.

#### 4. Änderung der Rechtslage durch den OGH

Der OGH hat die bereits dargestellte Lösung gewählt, ohne entscheidungstragend auf das Primärrecht abzustellen. Das österreichische Recht habe das in Deutschland entstandene Sicherungseigentum nach seinem Import als vollendeten Tatbestand hinzunehmen. Ein anderes Ergebnis widerspräche dem Schutz wohlverworbener Rechte, wie er in Art. 7 IPRG zum Ausdruck kommt.<sup>174</sup> Die Konsequenz sei eine Vollrechtsübertragung (Eigentum), die das österreichische Recht auch kennt; ein Widerspruch zum österreichischen Typenzwang bestehe nicht.<sup>175</sup>

Diese Überlegungen des OGH finden auch Rückhalt in der Rechtssache *Kubicka*, in der der EuGH u. a. Stellung zur Behandlung von polnischen

<sup>173</sup> OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 552–553 unter Anschluss an *Czernich*, Int. Kreditsicherungsrecht (Fn. 162) 1073.

<sup>174</sup> OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 553 unter Anschluss an *Rauscher*, Sicherungsübereignung (Fn. 169) 324.

<sup>175</sup> OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 551 unter Anschluss an *Schwimann*, Anm. (Fn. 167) 552.

Vindikationslegaten in der deutschen Rechtsordnung nehmen musste.<sup>176</sup> Aufgeworfen war die Frage, ob das Vindikationslegat als dingliches Vermächtnis in den Anwendungsbereich der EuErbVO oder unter die Ausnahme vom Anwendungsbereich in Art. 1 Abs. 2 lit. k oder l EuErbVO fallen könnte. Danach ist die „Art der dinglichen Rechte“ dem Internationalen Sachenrecht und nicht der EuErbVO zuzuordnen.<sup>177</sup> Ebenso wie Art. 31 Abs. 2 IPRG sieht Erwägungsgrund 15 EuErbVO die Achtung des nationalen *numerus clausus* der Sachrechte vor. Fremde Sachenrechtstypen muss sich eine mitgliedstaatliche Rechtsordnung nicht aufdrängen lassen. Für den EuGH handelt es sich bei Vindikations- und Damnationslegat nur um Modalitäten der Übertragung des Eigentums.<sup>178</sup> In der Anerkennung von Eigentum als Konsequenz des Vindikationslegats liegt kein Widerspruch zum nationalen Typenzwang; Eigentum als solches kennen alle Rechtsordnungen innerhalb der EU. Der Zuordnungsvorgang ist hingegen in Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO geregelt.<sup>179</sup> In *Kubicka* zeigt sich, dass zwischen der Existenz von Eigentum als Konsequenz von Übertragungsvorgängen und den Modalitäten der Übertragung zu unterscheiden ist. Ebenso wie die Modalitäten der Übertragung sind auch die Wirkungen einmal begründeter dinglicher Rechte von dem Inhalt des Rechts als solchem zu trennen. Nur Letzteres unterfällt dem *numerus clausus*. Dieser Gedanke entspricht auch der Trennung von Statusfragen und den Wirkungen des Status.<sup>180</sup> Ebenso liegt in der Begründung von Sicherungseigentum qua Besitzkonstitut kein *ordre public*-Verstoß.<sup>181</sup> Denn das österreichische Recht kennt Mobiliarsicherheiten wie den Eigentumsvorbehalt, für den es keiner erhöhten Publizitätsanforderungen bedarf.<sup>182</sup>

Der OGH weicht damit von der bisherigen Rechtsprechung ab und gestaltet das eigene Recht primärrechtskonform. Dabei hat die Entscheidung auch Bedeutung über den konkreten Sachverhalt hinaus. Obwohl der OGH seine Entscheidung aufgrund seiner vorausschauenden Berücksichtigung des primärrechtlichen Einflusses dem EuGH nicht vorgelegt hat, hat er damit indirekt alle Rechtsordnungen unter Druck gesetzt, die die publizitätslose Sicherungsübereignung nach deutschem Recht nicht anerkennen, aber selbst den einfachen Eigentumsvorbehalt als publizitätsloses Sicherungsrecht kennen, der als „Vollrecht“ Eigentum angesehen wird.<sup>183</sup>

<sup>176</sup> EuGH 12.10.2017 – C-218/16 (*Kubicka*), ECLI:EU:C:2017:755; vgl. auch *Lurger*, Anm. (Fn. 152) 561–562.

<sup>177</sup> *Anatol Dutta*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, Bd. XII (2020) Art. 1 EuErbVO Rn. 53.

<sup>178</sup> EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 176) Rn. 49.

<sup>179</sup> MüKo BGB / *Dutta* (Fn. 177) Art. 1 EuErbVO Rn. 53.

<sup>180</sup> *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip (Fn. 1) 722; siehe auch oben III.3.

<sup>181</sup> OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 553.

<sup>182</sup> *Rudolf Welser / Andreas Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts<sup>15</sup>, Bd. I (2018) Rn. 1317; vgl. auch OGH 23.1.2019 (Fn. 152) 553.

<sup>183</sup> Vgl. *Kieninger*, Perspektiven (Fn. 154) 209.

Die Rechtsprechung des OGH belegt, dass das Europarecht auch dogmatische Eigentümlichkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen korrigieren oder zumindest einen Anstoß zur Korrektur oder Reform liefern kann, die ohne Europarecht womöglich nicht oder nur sehr zögerlich erfolgen würden. Die primärrechtliche Anerkennung kann dazu dienen, prospektiv Inkonsistenzen im mitgliedstaatlichen IPR aufzudecken. Sie entfaltet damit rechtsreformatorisches Potenzial.<sup>184</sup>

## VIII. Funktionen der Anerkennung von Rechtslagen

Im Folgenden sollen aus den bisherigen Anwendungsfeldern der Anerkennungsmethode sowie aus den neuen Anwendungsfeldern im Internationalen Familienrecht und im Internationalen Sachenrecht verschiedene Funktionen der Anerkennung für das IPR, für das nationale Sachrecht und für die Harmonisierung herausdestilliert werden.

### 1. Funktion für das Kollisionsrecht: Korrekturen der Inlandsrechtsanwendung

Das Anerkennungsprinzip bildet ein Korrektiv der Verweisungsmethode.<sup>185</sup> Es korrigiert die Anwendung des Inlandsrechts im Einzelfall, sofern die Grundfreiheiten und die Freizügigkeit dies gebieten.<sup>186</sup> Es entsteht aber kein zweites Kollisionsrechtssystem, sondern nur ein zweites Korrektiv der Verweisung neben der herkömmlichen Kontrolle durch den *ordre public*. Das Stiefkind wird damit zum Korrektiv.

Die Anerkennungsmethode betrifft aber einen anderen Kontrollgegenstand als der *ordre public*. Sie erfasst das Inlandsrecht und ist damit kein *ordre public* im anderen Gewand.<sup>187</sup> Auch wenn es sich ebenfalls um eine Ergebniskorrektur handelt, so wird sie als Abwehrinstrument primär gegenüber eigenem und nicht gegenüber fremdem Recht in Stellung gebracht. Anders als der *ordre public* bekleidet sie eine hybride Position zwischen beiden Rechtsordnungen, da das Primärrecht Bestandteil beider involvierter Rechtsordnungen ist.<sup>188</sup> Für das IPR folgt damit im Geltungsbereich des Unionsrechts ein doppelter Ergebnisvorbehalt, je nachdem ob als Ergebnis der Verweisungsmethode ausländisches oder inländisches Recht zur Anwendung kommt.

<sup>184</sup> Vgl. Müller-Graff, Binnenmarktziel und Rechtsordnung (Fn. 151) 59–60.

<sup>185</sup> Jayme / Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2001 (Fn. 1) 502.

<sup>186</sup> Ebenso den Einzelfall betonend MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 146.

<sup>187</sup> Werner, Das Coman-Urteil des EuGH 2019 (Fn. 66) 817.

<sup>188</sup> Werner, Das Coman-Urteil des EuGH (Fn. 66) 817–818: „Mittlerstellung“.

Bei der Korrektur des Inlandsrechts durch das Primärrecht kann es zu einer Verzahnung beider Kontrollebenen kommen. Gelangt man über die Verweisungsnormen zur Anwendung deutschen Rechts in einem EU-Binnensachverhalt, kann das konkrete Ergebnis an der Freizügigkeit zu messen sein. Damit beschränkt zunächst das Primärrecht die Anwendung des Inlandsrechts. In einem zweiten Schritt kann der *ordre public* aber als Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung des Primärrechts dienen. Der *ordre public* erhält damit eine zweite Funktion im materiellen IPR, die ähnlich der *ordre public*-Kontrolle bei der Urteilsanerkennung noch korrigierend eingreifen kann.<sup>189</sup> Im Ergebnis kann dies zu einem primär- und kollisionsrechtlichen Pingpong führen, sofern der nationale *ordre public* als Schranke des Primärrechts dient.

Es besteht ein doppelter Ergebnisvorbehalt im europäischen IPR. Die Anerkennung wird zu einem integralen Bestandteil der Methoden des europäischen IPR.<sup>190</sup> Dennoch gilt: Die Verweisungsmethode ist die primäre, aber nicht die exklusive Methode im Europäischen IPR.

## 2. Funktion für das nationale Kollisions- und Sachrecht: Rechtsreformatorisches Potenzial und prospektive Anerkennungsmethode

Ferner kann die Anerkennungsmethode auch Anstöße für Korrekturen im nationalen Kollisions- und Sachrecht geben. Hier lassen sich grob zwei Fallgruppen unterscheiden: zum einen die Reformierung des Sachrechts, wie sie sich im Gesellschaftsrecht gezeigt hat. Die Anerkennung von EU-Auslandsgesellschaften hat nicht nur zur Einführung der Gründungstheorie für EU-Auslandsgesellschaften geführt, sondern auch den Gesetzgeber dazu gebracht, das nationale Sachrecht zu reformieren und andere Gesellschaftsrechtsordnungen anzupassen. Ebenso hat der Einfluss des Primärrechts die jahrelange Nichtanerkennung von in Deutschland begründetem Sicherungseigentum nach österreichischem Recht beendet und eine Korrektur der kollisionsrechtlichen Lösung nach österreichischem IPR nach sich gezogen. Dabei hat der OGH in einer neuartigen Form der prospektiven Anerkennungsmethode das dogmatische Ergebnis des Inlandsrechts vor dem Hintergrund des Unionsrechts korrigiert.

Zum anderen kann die Anerkennungsmethode auch „rechtspolitische Schnellschüsse“ wie die Aufhebungsvorschriften im Recht der Minderjährigenehe einschränken. So fungiert hier Art. 21 AEUV als Einschränkung

<sup>189</sup> Vgl. aber zu dem größeren Spielraum des anerkennungsrechtlichen *ordre public* jüngst BGH 5.9.2018 – XII ZB 224/17, NJW-RR 2018, 1473, 1474; Michael Stürmer, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.8.2020) Art. 6 EGBGB Rn. 160; MüKo BGB/v. Hein (Fn. 3) Art. 6 EGBGB Rn. 111.

<sup>190</sup> M.-P. Weller, Vom Staat zum Menschen (Fn. 1) 775.

der Aufhebungsvorschriften. Sie führt zu der Einzelfallprüfung, wie sie bereits vor der Neuregelung der Minderjährigenehen vorgesehen war. Die primärrechtliche Anerkennung hat also auch erhebliches rechtsreformatorisches Potenzial.<sup>191</sup>

### 3. Funktion für die Harmonisierung

Angesichts der potenziellen Reichweite der Urteilsanerkennung und der primärrechtlichen Anerkennung von Rechtslagen stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit der Harmonisierung des IPR.<sup>192</sup> Für einen weiteren Ausbau des kollisionsrechtlichen *acquis* auf Basis der Verweisungsmethode streiten Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit als Prinzipien des europäischen IPR. Dieser Weg wäre die ideale Vorgehensweise im Europäischen IPR.

Allerdings bietet die Anerkennung eine Methode zur Beschleunigung der Rechtsangleichung außerhalb von Richtlinien und Verordnungen.<sup>193</sup> Dies gilt gerade in Bereichen, in denen es an Harmonisierungskompetenz fehlt oder in denen eine Harmonisierung nur auf Basis der verstärkten Zusammenarbeit i. S. v. Artt. 326 ff. AEUV erfolgen kann, das heißt gerade im Internationalen Familienrecht, wo die Einstimmigkeit zur Harmonisierung in Art. 81 Abs. 3 AEUV vorgesehen ist. Solange keine Rechtsvereinheitlichung im IPR erreicht ist, führt die primärrechtliche Anerkennung zu einer inkrementellen Lösung,<sup>194</sup> wenngleich diese nur punktuell ist. Sie überwindet das „Europäische Kollisionsrecht der zwei Geschwindigkeiten“.<sup>195</sup> Dahinter verbirgt sich die Unterscheidung zwischen Mitgliedstaaten, die sich an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen, und den übrigen Mitgliedstaaten. Es wird auch zukünftig EU-Mitgliedstaaten geben, die sich der Harmonisierung des Internationalen Familienrechts verweigern (wie schon bei den Güter- und Partnerrechts-VO oder der Rom III-VO zum Scheidungsrecht). Die Anerkennung hat nicht nur eine Ermöglichungs-, sondern auch eine Beschleunigungsfunktion. Hier zeigt sich auch die politische Funktion des Anerkennungsprinzips: Es verschafft den Rechten des Unionsbürgers Geltung und setzt die Mitgliedstaaten unter Rechtfertigungsdruck.<sup>196</sup>

---

<sup>191</sup> Vgl. Müller-Graff, Binnenmarktziel und Rechtsordnung (Fn. 151) 59–60.

<sup>192</sup> Lagarde, Développements futurs (Fn. 1) 229.

<sup>193</sup> Vgl. NK-BGB / Freitag (Fn. 21) Art. 3 EGBGB Rn. 55.

<sup>194</sup> Vgl. Mankowski, Primärrechtliche Anerkennungspflicht? (Fn. 1) 585; Werner, Das Co-man-Urteil des EuGH (Fn. 66) 814.

<sup>195</sup> Heinz-Peter Mansel / Karsten Thorn / Rolf Wagner, Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts, IPRax 2013, 1–36.

<sup>196</sup> Grünberger, Alles obsolet? (Fn. 1) 160.

Inhaltlich sollte sich die Harmonisierung an die bisherige IPR-Politik der EU anlehnen. Ziel ist die Stärkung der beschränkten Parteiautonomie, indem der integrationsfördernde gewöhnliche Aufenthalt als objektiver Anknüpfungspunkt gewählt wird;<sup>197</sup> gleichzeitig sollte die Staatsangehörigkeit als beschränkte Rechtswahloption eröffnet werden. In einer solchen Bestimmung der Anknüpfungsmomente liegt eine integrationsfördernde rechtspolitische Entscheidung, die den primärrechtlichen Vorgaben entspricht.<sup>198</sup> Eine dementsprechende Ausgestaltung des Kollisionsrechts würde den Einfluss des Primärrechts auf das IPR reduzieren.

#### 4. Integration des Stiefkindes

Die Korrektur des konkreten Ergebnisses des Verweisungsvorgangs ist für das IPR nichts Neues, wie die Entwicklung nach der *Spanier*-Entscheidung des BVerfG belegt.<sup>199</sup> Erweiterte damals die Beachtung der Grundrechte die Diskussion im IPR,<sup>200</sup> führt die Fortführung der Anerkennungsmethode zu der Konsequenz, dass das Primärrecht eine ähnlich gewichtige Rolle im nationalen Kollisionsrecht einnimmt wie die Grundrechte.

Entscheidend gegen die Anerkennungsmethode als primäre Methode streitet auch die Auslegung des EuGH in der Rechtssache *Freitag*. Da der Freizügigkeit nur rechtmäßige Statusverhältnisse unterliegen, kommen die Gerichte des Zweitstaats nicht umhin, die Rechtmäßigkeit des ausländischen Status nach ausländischem Recht zu prüfen. Dies schließt die Prüfung des ausländischen IPR mit ein, wie der BGH-Fall zum Doppelnamen aus

<sup>197</sup> Jan Kropholler, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2006) § 10 I 2; vgl. auch MüKo BGB / v. Hein (Fn. 3) Art. 3 EGBGB Rn. 145.

<sup>198</sup> Dagmar Coester-Waltjen, „Totgesagte leben länger“ – gilt dies auch für das klassische Internationale Privatrecht?, in: Politik und Internationales Privatrecht, hrsg. von Susanne Gössl (2017) 1–18, 2–3; Lukas Rademacher, Die Abwehr anstößigen Familien- und Erbrechts: Zwischen Toleranz und Geschlechtergleichstellung, in: IPR zwischen Tradition und Innovation, hrsg. von Caroline Rupp (2019) 121–140, 127.

<sup>199</sup> BVerfG 4.5.1971 – 1 BvR 6361/68, BVerfGE 31, 58. Leitsatz 2 des Beschlusses lautet: „Die Vorschriften des deutschen Internationalen Privatrechts und die Anwendung des durch sie berufenen ausländischen Rechts im Einzelfall sind an den Grundrechten zu messen.“

<sup>200</sup> Dieter Henrich, Die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung fremden Rechts, RabelsZ 36 (1972) 2–18; Erik Jayme, Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und Wiederheirat geschiedener Ausländer, ebd. 19–26; Gerhard Kegel, Embarras de richesse, ebd. 27–34; Alexander Lüderitz, Grundgesetz contra Internationales Privatrecht?, ebd. 35–53; Alexander N. Makarov, Art. 6 I Grundgesetz und die Anwendung spanischen Eherechts, ebd. 54–59; Klaus Müller, Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public, ebd. 60–72; Karl H. Neumayer, Zur Zivilehe eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen, ebd. 73–92; Kurt Siehr, Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und internationales Privatrecht, ebd. 93–115; Wilhelm Wengler, Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Eheschließungsfreiheit und den Schutz der Familie für das internationale Privatrecht, ebd. 116–126; Paul Heinrich Neuhaus, Bundesverfassungsgericht und internationales Privatrecht, ebd. 127–140.

Frankreich offenbart hat. Die primärrechtliche Anerkennung kommt also ohne das IPR nicht aus. Es gilt das Primat der Verweisungsmethode.

Das IPR sollte daher seine Feindogmatik nicht preisgeben, sondern mit seiner Flexibilität die Grundfreiheiten in die kollisionsrechtliche Methode integrieren.<sup>201</sup> Die Anerkennung wird aber weiter als Liberalisierungsvehikel dienen, indem sie die Anwendung des Inlandsrechts unter den Vorbehalt der Primärrechtskonformität stellt. Die Verweisungsmethode muss die primäre Methode des Kollisionsrechts bleiben. Unter diesen Voraussetzungen bleibt die Hoffnung, dass das Stiefkind der Anerkennung in die IPR-Familie aufgenommen werden kann.

## IX. Zusammenfassung in Thesen

1. Der Begriff der Anerkennung hat im IPR und IZVR verschiedene Bedeutungen: die Urteilsanerkennung, die Urkundenanerkennung, die „kollisionsrechtliche Anerkennung“ und die primärrechtliche Anerkennung von Rechtslagen. Für die Anerkennung von Statusverhältnissen treffen die Urteilsanerkennung und die Anerkennung von Rechtslagen materiell-rechtliche Aussagen, während die Urkundenanerkennung dem Nachweis der Förmlichkeiten dient. Die Urteilsanerkennung genießt Vorrang.

2. Der EuGH legt den Schutzbereich der Freizügigkeit weit aus und verlagert die Diskussion um die Anerkennung auf die Ebene der Rechtfertigung. Dabei setzt er den Mitgliedstaaten enge Grenzen. Rechtfertigungsgründe bilden die nationale Identität und der nationale *ordre public*.

3. Die individuelle Identität des einzelnen Unionsbürgers, die von den Grundfreiheiten und der Freizügigkeit geschützt wird, steht der nationalen Identität des Mitgliedstaats gegenüber. Dies führt zu einem Konflikt der Identitäten.

4. Die Anerkennung steht unter dem Vorbehalt der Rechtmäßigkeit des Statusverhältnisses nach dem Recht des Ausgangsstaats. Dies schließt die Prüfung des IPR des Ausgangsstaats mit ein.

5. Der häufig vertretene pauschale Ausschluss des Internationalen Familienrechts aus der Anerkennungsmethode überzeugt nicht. Vielmehr handelt es sich dabei um den Bereich, in dem die Anerkennungsmethode die potenziell größte Rolle einnehmen kann.

6. Ein kürzlich ergangenes Urteil des österreichischen OGH zum Internationalen Sachenrecht belegt, dass das Europarecht auch dogmatische Eigentümlichkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen korrigieren oder zumindest einen Anstoß zur Korrektur oder Reform liefern kann, die ohne Europarecht womöglich nicht oder nur sehr zögerlich erfolgen würden. Die primärrechtliche Anerkennung kann dazu dienen, prospektiv In-

---

<sup>201</sup> Vgl. M.-P. Weller, Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung (Fn. 4) 193.



konsistenzen im mitgliedstaatlichen IPR aufzudecken. Sie entfaltet damit rechtsreformatorisches Potenzial.

7. Im Kollisionsrecht der europäischen Mitgliedstaaten besteht ein doppelter Ergebnisvorbehalt: der *ordre public* für das Auslandsrecht und die primärrechtliche Anerkennung von Rechtslagen für das Inlandsrecht. Die Anerkennung entwickelt sich zu einem integralen Bestandteil der Methoden des europäischen IPR. Jedoch gilt das Primat der Verweisungsmethode.

8. Die Anerkennungsmethode gibt ferner Anstöße für Korrekturen im Sachrecht. Sie dient auch zur Beschleunigung der Rechtsangleichung außerhalb von Richtlinien und Verordnungen. Die Anerkennung fördert damit die Harmonisierung.