

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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