

# Die Frühehe im Recht

Herausgegeben von  
NADJMA YASSARI  
und RALF MICHAELS

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

135

Herausgegeben vom  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann





# Die Frühehe im Recht

Praxis, Rechtsvergleich,  
Kollisionsrecht, höherrangiges Recht

Herausgegeben von  
Nadjma Yassari und Ralf Michaels

Mohr Siebeck

*Nadjma Yassari* ist Leiterin der Forschungsgruppe „Das Recht Gottes im Wandel: Rechtsvergleichung im Familien- und Erbrecht islamischer Länder“ am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.  
orcid.org/0000-0002-3857-1728

*Ralf Michaels* ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Inhaber eines Chair of Global Law an der Queen Mary University, London, und Professor für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.  
orcid.org/0000-0003-2143-3094

ISBN 978-3-16-159877-7 / eISBN 978-3-16-159878-4  
DOI 10.1628/978-3-16-159878-4

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577  
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist seit 01/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

# Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB aus der Perspektive des Europarechts

*Raphael de Barros Fritz*

I.	Einführung .....	137
II.	Die Vereinbarkeit mit der RL 2004/38/EG .....	138
1.	Bestehen einer Pflicht zur Anerkennung .....	139
a)	Die kollisionsrechtliche Anerkennung im Allgemeinen .....	139
b)	Die Pflicht zur kollisionsrechtlichen Anerkennung nach der RL 2004/38/EG ..	140
2.	Ausnahmen zur Pflicht zur Anerkennung .....	141
a)	Art. 27 RL 2004/38/EG .....	141
b)	Deutscher <i>ordre public</i> -Vorbehalt .....	147
3.	Rechtsfolge .....	149
III.	Die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 21(1) AEUV ..	151
1.	Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts .....	151
a)	Die Ansicht des EuGH .....	151
b)	Die in der Literatur vertretenen Ansichten .....	154
c)	Zwischenergebnis .....	155
2.	Rechtfertigung .....	155
a)	Deutscher <i>ordre public</i> -Vorbehalt .....	156
b)	Allgemeine Schranken des allgemeinen Freizügigkeitsrechts .....	156
3.	Rechtsfolgen .....	158
IV.	Die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18(1) AEUV .....	160
1.	Tatbestandsebene .....	161
a)	Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte .....	161
b)	Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte .....	162
2.	Rechtfertigung .....	163
3.	Rechtsfolgen .....	164
V.	Fazit .....	165

## I. Einführung

Der durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen ins EGBGB eingeführte Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB wirft nicht nur verfassungsrechtliche Fragen auf nationaler Ebene auf, die im Beschluss des BGH angesprochen werden,<sup>1</sup> sondern auch zahlreiche wichtige Fragen auf der Ebene des Europarechts. Der folgende

<sup>1</sup> BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16 (juris).

Beitrag wird diese in den Blick nehmen. Begonnen wird mit der Frage nach der Vereinbarkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB mit der Freizügigkeitsrichtlinie RL 2004/38/EG (→ II.). Anschließend wird das Primärrecht in den Vordergrund rücken und die Vereinbarkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB mit dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 21(1) AEUV (→ III.) und dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18(1) AEUV (→ IV.) diskutiert werden.

## II. Die Vereinbarkeit mit der RL 2004/38/EG

Eine Europarechtswidrigkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB könnte sich zunächst aus RL 2004/38/EG<sup>2</sup> ergeben. Diese Richtlinie regelt die Bedingungen zur Ein- und Ausreise sowie zum Aufenthalt von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen in den Mitgliedstaaten, vgl. Art. 1 RL 2004/38/EG. Ließe sich aus dieser Richtlinie die Pflicht ableiten, eine in einem anderen Mitgliedstaat eingegangene Ehe kollisionsrechtlich anzuerkennen, so hätte dies zur Folge, dass Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, der eine im Ausland geschlossene Frühehe für unwirksam erklärt, als unionsrechtswidrig anzusehen wäre.

Einer derartigen Pflicht zur Anerkennung ist der deutsche Gesetzgeber auch nicht schon deshalb nachgekommen, weil er im Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen §§ 30, 31 AufenthG geändert hat. Die Rechtstellung von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen richtet sich nämlich im Grundsatz<sup>3</sup> ausschließlich nach dem FreizügG/EU (siehe § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG), also dem Gesetz, mit dem die Vorgaben der RL 2004/38/EG umgesetzt wurden. Der Grund dafür liegt darin, dass das FreizügG/EU der Verwirklichung der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen dient und deshalb ihnen weitergehende Rechte verleiht als das AufenthG. Würde man also der RL 2004/38/EG eine Pflicht zur Anerkennung entnehmen, so müsste der drittstaatsangehörige<sup>4</sup> Ehegatte eines Unionsbürgers auch die dort vorgesehenen Rechte haben; er darf also nicht einfach auf das AufenthG verwiesen werden. Dasselbe gilt auch für die anderen (drittstaatsangehörigen)<sup>5</sup> Familienangehörigen i. S. d. Art. 2 Nr. 2 lit. c, d RL 2004/38/EG, deren Eigenschaft als Familienangehörige (und somit zugleich deren Rechte aus der RL 2004/38/EG) vom Vorliegen einer wirksamen Ehe abhängt. Mit einer ähnlichen Argumentation wurde auch die Unvereinbarkeit

<sup>2</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EU 2004 L 158/77.

<sup>3</sup> Vgl. aber § 11 FreizügG/EU.

<sup>4</sup> Nur insoweit, als der Ehegatte nicht selbst Unionsbürger ist, stellt sich nämlich das hier behandelte Problem. Denn ist der Ehegatte selbst Unionsbürger, so kann er sich schon als Unionsbürger auf seine Rechte nach der RL 2004/38/EG bzw. dem FreizügG/EU berufen; auf seine Eigenschaft als Ehegatte eines Unionsbürgers käme es also nicht mehr an.

<sup>5</sup> Erneut: Sind diese Familienangehörigen selbst Unionsbürger, so können sie sich schon aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft auf die RL 2004/38/EG berufen.

des § 3 Abs. 6 FreizügG/EU a. F. mit der RL 2004/38/EG begründet. Diese Vorschrift verwies für das Recht auf Einreise und Aufenthalt eines gleichgeschlechtlichen Lebenspartners von Unionsbürgern auf die Vorschriften des AufenthG. In diesem Verweis wurde mehrheitlich ein Verstoß gegen die RL 2004/38/EG gesehen, weil Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38/EG es gebiete, dass sich das Recht auf Einreise und Aufenthalt eines gleichgeschlechtlichen Lebenspartners von Unionsbürgern nach der RL 2004/38/EG bzw. dem FreizügG/EU richte; es genüge deshalb nicht, dass insoweit das AufenthG anwendbar sei.<sup>6</sup>

Es ist mithin festzuhalten, dass sich auch die Rechtsstellung eines drittstaatsangehörigen Ehegatten, dessen Ehe nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB unwirksam ist, nach dem FreizügG/EU richten muss und sich dementsprechend nicht nach dem AufenthG richten darf, wenn RL 2004/38/EG eine Pflicht zur Anerkennung von Auslandsehen entnommen wird. Dasselbe gilt für die anderen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, deren Eigenschaft als Familienangehörige i. S. d. Art. 2 Nr. 2 lit. c, d RL 2004/38/EG vom wirksamen Bestehen einer Ehe zwischen dem Unionsbürger und seinem Ehegatten abhängt.

### 1. Bestehen einer Pflicht zur Anerkennung

#### a) Die kollisionsrechtliche Anerkennung im Allgemeinen

Bevor man sich konkret mit der Frage auseinandersetzt, ob sich aus der RL 2004/38/EG eine Pflicht zur kollisionsrechtlichen Anerkennung ableiten lässt, erscheint es sinnvoll, kurz zu erklären, was überhaupt mit dem Begriff der „kollisionsrechtlichen Anerkennung“ gemeint ist. Die *kollisionsrechtliche* Anerkennung ist von der *verfahrensrechtlichen* und *materiellrechtlichen* Anerkennung zu unterscheiden. Bei der verfahrensrechtlichen Anerkennung geht es darum, dass gerichtliche oder behördliche Entscheidungen im Forum anerkannt werden, die einen konstitutiven Verfahrensakt mit Rechts- oder Bestandskraft oder Gestaltungswirkung enthalten. Dagegen bezieht sich die materiellrechtliche Anerkennung auf den Fall, dass die Anwendung der Kollisionsnorm der *lex fori* zur Anwendung eines ausländischen Rechts führt, dessen Voraussetzungen für die Begründung des infrage stehenden Status erfüllt sind. In anderen Worten geht es hier schlichtweg um den üblichen Vorgang der Anwendung von Kollisionsnormen. Die *kollisionsrechtliche* Anerkennung bezweckt dagegen die Anerkennung eines nach ausländischem Sachrecht wirksam begründeten Statusverhältnisses *unter Ausschaltung des IPR des Forums*.<sup>7</sup> Ein Beispiel für eine solche kollisions-

---

<sup>6</sup> Vgl. VG Darmstadt 5.6.2008 – 5 L 277/08 (juris Rn. 22); Holger Hoffmann, in: Hoffmann/Hoffmann, NomosKommentar AuslR (Baden-Baden 2008) § 3 FreizügG/EU Rn. 19; Kay Hailbronner, Die Freizügigkeit von Unionsbürgern in der neueren Rechtsprechung, JZ 2010, 398–405, 400–401; Hannah Tewocht, in: BeckOK Ausländerrecht<sup>24</sup> (München 1.11.2019) § 3 FreizügG/EU Rn. 3, 34–36.

<sup>7</sup> Vgl. in diesem Sinne sehr eindeutig Peter Mankowski/Friederike Hoffmann, Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland?, IPRax 2011, 247–254, 253 („Denn



rechtliche Anerkennung ist Art. 9 des Haager Eheschließungsübereinkommens vom 23.10.1976,<sup>8</sup> wonach eine Ehe, die nach dem Recht des Staates der Eheschließung gültig geschlossen worden ist oder die später gemäß diesem Recht gültig wird, grundsätzlich als solche in jedem Vertragsstaat angesehen wird.<sup>9</sup>

b) *Die Pflicht zur kollisionsrechtlichen Anerkennung nach der RL 2004/38/EG*

In der Literatur wird überzeugend dargelegt, dass Art. 2 Nr. 2 lit. a RL 2004/38/EG die Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat als wirksam angesehenen Ehe eines Unionsbürgers gebietet.<sup>10</sup> Zweck der RL 2004/38/EG ist es nämlich, eine einheitliche Beurteilung der Freizügigkeitsrechte in den Mitgliedstaaten entsprechend dem Herkunftslandsprinzip zu erreichen.<sup>11</sup> Diesen Zweck verfehlte man jedoch, wenn eine Person als verheiratet in einem Mitgliedstaat angesehen werden würde, nicht aber in einem anderen Mitgliedstaat. Dafür spricht auch ein Umkehrschluss aus Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38/EG, der (anders als Art. 2 Nr. 2 lit. a RL 2004/38/EG) eine Berücksichtigung der Rechtslage im Aufnahmemitgliedstaat erlaubt.<sup>12</sup> Deshalb ist Art. 2 Nr. 2 lit. a RL 2004/38/EG zu entnehmen, dass *in Fragen der Bewegungsfreiheit sowie des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat*,<sup>13</sup> d. h. in innerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2004/38/EG fallenden Fragen, keine eigenständige kollisionsrechtliche Prüfung im Zugangsstaat vorzunehmen und lediglich die im Herkunftsland wirksam entstandene Ehe anzuerkennen ist.<sup>14</sup> Dieses Ergebnis wird durch zwei Entscheidungen des EuGH bestätigt. Zum einen hat der EuGH in der Rs. *Metock u. a.*<sup>15</sup> ausgeführt,

---

er [der Grundsatz der kollisionsrechtlichen Anerkennung] würde jegliche Anwendung der Art. 13, 11 EGBGB bei Eheschließungen im EU-Ausland pulverisieren“); siehe auch *Jan v. Hein*, in: MüKo BGB<sup>7</sup> (München 2018) Art. 3 EGBGB Rn. 117.

<sup>8</sup> Nichtamtliche Übersetzung in StAZ 1977, 202–203.

<sup>9</sup> Siehe zum Begriff der kollisionsrechtlichen Anerkennung auch *Katja Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Tübingen 2009) 24–25; *Heinz-Peter Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, *RabelsZ* 70 (2006) 651–731, 712–717; MüKo BGB/v. *Hein* (Fn. 7) Art. 3 EGBGB Rn. 88–89. Zu Art. 9 des Haager Eheschließungsübereinkommens vom 23.10.1976 als Beispiel einer kollisionsrechtlichen Anerkennung siehe *Mansel*, diese Fn., 713–714.

<sup>10</sup> *Dagmar Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, *IPRax* 2006, 392–400, 395; *Christian Kohler*, Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht, in: *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert*, hrsg. von R. Freitag/S. Leible/H. Sippel/U. Wanitzek (München 2006) 9–28, 24–25; *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 184–186; *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006) 651, 715.

<sup>11</sup> Siehe *Kohler*, Einfluss (Fn. 10) 9, 25.

<sup>12</sup> In diesem Sinne auch EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 36.

<sup>13</sup> Dies betonen vor allem *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392, 396; *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 185.

<sup>14</sup> *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392, 395.

<sup>15</sup> EuGH 25.7.2008 – Rs. C-127/08 (*Metock u. a.*), Slg. 2008, I-6241.

dass Art. 3(1) RL 2004/38/EG „dahin gehend auszulegen ist, dass sich der mit einem Unionsbürger [...] verheiratete Drittstaatsangehörige, der diesen Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht, auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen kann, *unabhängig davon, wo und wann ihre Ehe geschlossen wurde*.“<sup>16</sup> Zum anderen hat der Gerichtshof in der Rs. *Coman*<sup>17</sup> im Rahmen einer analogen<sup>18</sup> Anwendung der RL 2004/38/EG entschieden, dass *zum Zweck der Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts eines Familienangehörigen*<sup>19</sup> der Zuzugsstaat eine in einem anderen Mitgliedstaat eingegangene gleichgeschlechtliche Ehe anzuerkennen habe.<sup>20</sup>

## 2. Ausnahmen zur Pflicht zur Anerkennung

Fraglich ist allerdings, ob der deutsche Gesetzgeber sich auf eine Ausnahme zur Pflicht zur Anerkennung im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB berufen kann.

### a) Art. 27 RL 2004/38/EG

Die RL 2004/38/EG sieht in ihrem Art. 27 vor, dass die Mitgliedstaaten die durch die RL 2004/38/EG gewährten Rechte der Unionsbürger oder ihrer Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>21</sup> beschränken können. Die RL 2004/38/EG zu entnehmende Pflicht der Mitgliedstaaten, eine im EU-Ausland

---

<sup>16</sup> EuGH 25.7.2008 – Rs. C-127/08 (*Metock u. a.*), Slg. 2008, I-6241, Rn. 99 (Hervorhebung durch Verfasser).

<sup>17</sup> EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385.

<sup>18</sup> Eine direkte Anwendung der RL 2004/38/EG schied deshalb aus, weil der Unionsbürger, der sich auf seine Freizügigkeitsrechte berief, sich mit seinem gleichgeschlechtlichen Partner in seinem Heimatstaat niederlassen wollte. RL 2004/38/EG gilt aber ausweislich des Art. 3(1) RL 2004/38/EG ausschließlich für solche Fälle, in denen der Unionsbürger sich in einen *anderen* als seinen Heimatstaat begeben und dort aufhalten will; vgl. zum Ganzen EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 18–27.

<sup>19</sup> Der EuGH scheint einen großen Wert darauf gelegt zu haben, klarzustellen, dass seine Entscheidung auf die Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts beschränkt ist (siehe etwa EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 36, 45, 46). Deutlich wird die beschränkte Reichweite der Entscheidung des EuGH vor allem im Rahmen der Prüfung einer Rechtfertigung des Eingriffs in das Freizügigkeitsrecht, vgl. EuGH, ebd Rn. 45. Dort hebt der EuGH hervor, dass der Zuzugsstaat nicht verpflichtet sei, allgemein gleichgeschlechtliche Ehen in seinem nationalen Recht zu erlauben. Vielmehr beschränke sich seine Pflicht darauf, eine in einem anderen Mitgliedstaat eingegangene gleichgeschlechtliche Ehe dann anzuerkennen, wenn es um die Ausübung der „aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte“ geht. In Ansehung der vorhin aufgelisteten Stellen in der Entscheidung kann es bei diesen „aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechten“ nur um solche gehen, die das Aufenthaltsrecht betreffen; so auch *Fabian Michl*, Anmerkung EuGH (*Coman*), FamRZ 2018, 1147–1148, 1148.

<sup>20</sup> Siehe EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 36–51.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu Art. 27(2) RL 2004/38/EG.

eingegangene Ehe anzuerkennen, lässt sich als ein entsprechendes Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen konstruieren. Dementsprechend ist es nur folgerichtig, den Mitgliedstaaten eine Berufung auf Art. 27 RL/2004/38/EG zu erlauben, wenn sie eine bestimmte Ehe nicht anerkennen und dadurch gegen die grundsätzlich aus RL 2004/38/EG abzuleitende Anerkennungspflicht verstoßen.

(1) *Prüfungsmaßstab des Art. 27 RL 2004/38/EG*

Für die weitere Prüfung anhand des Art. 27 RL 2004/38/EG müssen allerdings zunächst die bei dessen Anwendung zu berücksichtigenden Grundsätze herausgearbeitet werden.

(a) *Die Cassis-Formel und Art. 27 RL 2004/38/EG*

Obwohl der Wortlaut des Art. 27 RL 2004/38/EG weitestgehend demjenigen des Art. 36 AEUV entspricht, sollte auch im Rahmen des Art. 27 RL 2004/38/EG die *Cassis*-Formel angewendet werden.<sup>22</sup> Zwar wurde die *Cassis*-Formel vom EuGH im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit gerade deshalb entwickelt, um die in Art. 36 AEUV ausdrücklich genannten Rechtfertigungsgründe zu erweitern. Selbst in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit führt der EuGH allerdings die Unterscheidung zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen nicht immer konsequent durch.<sup>23</sup> Darüber hinaus sieht sich eine derartige Unterscheidung zahlreichen dogmatischen Einwänden ausgesetzt.<sup>24</sup> Deshalb sind richtigerweise im Rahmen der Prüfung einer Rechtfertigung eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nach der *Cassis*-Formel den Gründen der „öffentlichen Ordnung“ zuzuordnen.<sup>25</sup> Indem auch Art. 27 RL 2004/38/EG eine Berufung auf die „öffentliche Ordnung“ zulässt, muss auch insoweit die *Cassis*-Formel zur Anwendung kommen. Für dieses Ergebnis spricht auch die Tatsache, dass in Bezug auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art. 21(1) AEUV es anerkannt ist, dass die *Cassis*-Formel anzuwenden ist.<sup>26</sup> RL 2004/38/EG stellt aber lediglich eine be-

<sup>22</sup> Eine Entscheidung des EuGH mit einem derartigen Inhalt ist allerdings noch nicht ergangen.

<sup>23</sup> Thorsten Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV<sup>5</sup> (München 2016) Art. 36 AEUV Rn. 84.

<sup>24</sup> Vgl. etwa Sara Dietz/Thomas Streinz, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, 50–72, 71–72; Calliess/Ruffert/Kingreen (Fn. 23) Art. 36 AEUV Rn. 84–85; Peter-Christian Müller-Graff, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup> (Baden-Baden 2015) Art. 36 AEUV Rn. 28–30.

<sup>25</sup> Siehe Calliess/Ruffert/Kingreen (Fn. 23) Art. 36 AEUV Rn. 85; v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff (Fn. 24) Art. 36 AEUV Rn. 29; hierzu tendiert auch Rudolf Streinz, Europarecht<sup>9</sup> (Heidelberg u. a. 2012) Rn. 832, 838.

<sup>26</sup> Siehe unten (→ III.2.b)).

sondere Ausformung des allgemeinen Freizügigkeitsrecht dar,<sup>27</sup> in dessen Lichte sie auch ausgelegt wird.<sup>28</sup> Dementsprechend liegt es nahe, sowohl für Art. 27 RL 2004/38/EG als auch für das allgemeine Freizügigkeitsrecht dieselben Schranken anzuwenden.

*(b) Die Berücksichtigung von EU-Grundrechten im Rahmen des Art. 27 RL 2004/38/EG*

Fraglich ist, ob auch die in der EU-Grundrechtecharta verbürgten Rechte im Rahmen des Art. 27 RL 2004/38/EG zu berücksichtigen sind. Hieran könnte man deshalb zweifeln, weil nach Art. 51(1) Satz 1 GRCh die Mitgliedstaaten nur dann an die EU-Grundrechte gebunden sind, wenn sie das Recht der Union „durchführen“. Der EuGH hat sich allerdings seit jeher eines Kunstgriffs bemüht, um EU-Grundrechte im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Demzufolge „führe“ ein Mitgliedstaat Unionsrecht „durch“, wenn er in den Schutzbereich einer Grundfreiheit eingreife, da insoweit die mitgliedstaatliche Maßnahme grundfreiheitliche und somit europarechtliche Relevanz besitze.<sup>30</sup> Diese Rechtsprechung wurde inzwischen auch in Bezug auf Art. 21 AEUV bestätigt.<sup>31</sup> Mithin ist die EU-Grundrechtecharta auch bei einer in Art. 21(1) AEUV eingreifenden mitgliedstaatlichen Maßnahme zu berücksichtigen.<sup>32</sup> Dasselbe gilt nach der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die in der EMRK verbrieften Menschenrechte.<sup>33</sup> Indem RL 2004/38/EG bloß eine besondere Ausformung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts ist,<sup>34</sup> ist diese Rechtsprechung auch auf Art. 27 RL 2004/38/EG übertragbar. Dies wird bei-

---

<sup>27</sup> RL 2004/38/EG ist eine Durchführungsvorschrift i.S.d. Art. 21(1) AEUV; siehe etwa EuGH 17.11.2011 – Rs. C-430/10 (*Gaydarov*), Slg. 2011, I-11637, Rn. 29–30; vgl. auch *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, *Europarecht*<sup>5</sup> (München 2011) 262 Rn. 18–20.

<sup>28</sup> Siehe EuGH 20.5.2000 – Rs. C-424/98 (*Kommission ./ Italien*), Slg. 2000, I-4001, Rn. 35 (in Bezug auf RL 90/364/EWG und RL 90/365/EWG); *Siegfried Magiera*, in: Streinz, *EUV/AEUV*<sup>3</sup> (München 2018) Art. 21 AEUV Rn. 24.

<sup>29</sup> Vgl. zuletzt EuGH 21.12.2016 – Rs. C-201/15 (*AGET Iraklis*), ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 62–64; EuGH 30.4.2014 – Rs. C-390/12 (*Pfleger*), ECLI:EU:C:2014:281, Rn. 30–36 (siehe hierzu auch *Markus Ogorek*, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte bei der Beschränkung von Grundfreiheiten*, JA 2014, 954–956).

<sup>30</sup> Vgl. hierzu *Frauke Brosius-Gersdorf*, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte* (Berlin 2005) 22–23.

<sup>31</sup> Siehe EuGH 6.9.2017 – Rs. C-473/15 (*Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR*), ECLI:EU:C:2017:633, Rn. 18–20; *Angela Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, *Charta der Grundrechte*<sup>5</sup> (Baden-Baden/Bern/Wien 2019) Art. 51 GRCh Rn. 48.

<sup>32</sup> So im Ergebnis auch *Florentine Katharina Schulte-Rudzio*, *Minderjährigenehen in Deutschland* (Baden-Baden 2020) 163.

<sup>33</sup> Siehe EuGH 12.6.2003 – Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5694, Rn. 65 ff.

<sup>34</sup> Siehe oben Fn. 27.

spielsweise durch die Entscheidungen des EuGH in der Rs. *Rendón Marín*<sup>35</sup> und in der Rs. *Coman*<sup>36</sup> bestätigt. Festzuhalten ist also, dass auch bei der Anwendung des Art. 27 RL 2004/38/EG die EU-Grundrechte zum Tragen kommen. Hinzuweisen ist schließlich nur noch darauf, dass hierbei die EU-Grundrechte nicht bloß als Schranken-Schranken,<sup>37</sup> sondern auch als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe fungieren, auf die sich die Mitgliedstaaten berufen können.<sup>38</sup>

(2) *Anwendung im Fall des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB*

(a) *Rechtfertigungsgrund nach Art. 27 RL 2004/38/EG*

Nach dem bereits Gesagten kommt als Rechtfertigungsgrund die öffentliche Ordnung in Gestalt des Wohls der betroffenen Minderjährigen<sup>39</sup> in Betracht. Der Kindesschutz wurde vom EuGH in der Rs. *Dynamic Medien* unter Rückgriff auf Art. 24 GRCh als ein den Eingriff in eine im AEUV verbürgte Rechtsposition rechtfertigendes Schutzgut angesehen.<sup>40</sup> Indem „Kinder“ i. S. d. Art. 24 GRCh alle Personen sind, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben,<sup>41</sup> kann sich der deutsche Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB grundsätzlich auf den Kindesschutz berufen.

(b) *Ermittlung der grundrechtlich geschützten Interessen, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Schranken-Schranken zu berücksichtigen sind*

Fraglich ist, ob europäische Grundrechte im vorliegenden Fall nicht nur als Schranken fungieren, sondern auch als Schranken-Schranken.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Siehe EuGH 13.9.2016 – Rs. C-165/14 (*Rendón Marín*), ECLI:EU:C:2016:675, Rn. 66. Dort prüfte der EuGH Art. 7 GRCh und Art. 24 GRCh im Rahmen des Art. 27 RL 2004/38/EG.

<sup>36</sup> EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 48–50. Dort hat der EuGH bei einer analogen Anwendung der RL 2004/38/EG Art. 7 GRCh unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK diskutiert.

<sup>37</sup> Als Schranken-Schranken dienen die EU-Grundrechte etwa in der Entscheidung EuGH 30.4.2014 – Rs. C-390/12 (*Pfleger*).

<sup>38</sup> Vgl. hierzu EuGH 14.2.2008 – Rs. C-244/06 (*Dynamic Medien*), Slg. 2008, I-505, Rn. 36–42; Meyer/Hölscheidt/*Schwerdtfeger* (Fn. 31) Art. 51 GRCh Rn. 48; allgemein zur Funktion der EU-Grundrechte im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung siehe *Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten (Fn. 30) 21–30; *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 91.

<sup>39</sup> Siehe hierzu Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, BT-Drucks. 18/12086 vom 25.4.2017, S. 1, 14–15.

<sup>40</sup> Siehe EuGH 14.2.2008 – Rs. C-244/06 (*Dynamic Medien*), Slg. 2008, I-505, Rn. 36–42; zum Kindeswohl als Rechtfertigungsgrund siehe auch *Stefan Leible/Thomas Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (München, Ergänzungslieferung 55, Januar 2015) Art. 34 AEUV Rn. 109.

<sup>41</sup> *Hans D. Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte<sup>3</sup> (München 2016) Art. 24 Rn. 9.

<sup>42</sup> Zu dieser Funktion siehe oben (→ II.2. a)(1)(b)).

Jedenfalls *nicht* in die Güterabwägung einzubeziehen ist Art. 12 EMRK, da die Mitgliedstaaten schon nach dem Wortlaut dieser Vorschrift („im heiratsfähigen Alter“) selbst das heiratsfähige Alter festlegen können.<sup>43</sup> Dasselbe gilt für Art. 9 GRCh, der nach seinem Wortlaut („nach den einzelstaatlichen Gesetzen“) den Mitgliedstaaten ebenfalls erlaubt, das heiratsfähige Alter frei zu bestimmen.<sup>44</sup>

Zu prüfen ist allerdings, ob Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK in die Güterabwägung einzubeziehen sind.<sup>45</sup> Im Zusammenhang mit RL 2004/38/EG ist es von Bedeutung, dass die Aberkennung der Ehe nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB aufenthaltsbeendenden Charakter haben kann.<sup>46</sup> In der Rs. *Carpenter*<sup>47</sup> hat der EuGH entschieden, dass die Ausweisung des drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürgers dessen Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK verletze.<sup>48</sup> Unter Rückgriff auf diese Entscheidung könnte man deshalb argumentieren, dass Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK bei der Güterabwägung zu berücksichtigen sind.

Der EGMR hat aber in der Entscheidung *Z. H. and R. H. v. Switzerland*<sup>49</sup> ausdrücklich entschieden, dass Art. 8 EMRK nicht so verstanden werden könne, dass er die Pflicht für einen Vertragsstaat begründe, eine von einem 14-Jährigen eingegangene Ehe anzuerkennen.<sup>50</sup> Deshalb erscheint es sehr fraglich, ob Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK uneingeschränkt für eine Anerkennungspflicht der Mitgliedstaaten ins Feld geführt werden können. Die in der Entscheidung des EGMR enthaltene Aussage bezieht sich allerdings nur auf Ehen, an denen 14-Jährige beteiligt sind. Der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, ob unter Umständen Art. 8 EMRK die Anerkennung einer Frühehe gebietet, an der ein 15-Jähriger beteiligt ist. Deshalb könnte man argumentieren, dass eine Anwendung von Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK insoweit noch möglich bleibt. In Ansehung der Ent-

<sup>43</sup> Siehe *Martina Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie (Berlin 1990) 123; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (München 2016) § 22 Rn. 78; im Zusammenhang mit der Anerkennung einer Frühehe nach ausländischem Recht siehe EGMR 8.12.2015 – 60119/12 (*Z. H. and R. H. v. Switzerland*), ECLI:CE:ECHR:2015:1208JUD006011912, Rn. 44.

<sup>44</sup> Siehe *Heinrich Amadeus Wolff*, in: Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV (Tübingen 2017), Art. 9 GRC Rn. 21; *Ino Augsberg*, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup> (Baden-Baden 2015) Art. 9 GRC Rn. 9.

<sup>45</sup> Für eine Entscheidung, in der eine Anerkennungspflicht in Bezug auf das Vaterschaftsverhältnis unter Rückgriff auf Art. 8 EMRK bejaht wurde, siehe KG Berlin 23.9.2010 – 1 W 70/08 (juris).

<sup>46</sup> So setzen etwa Art. 6(2), 7(2) RL 2004/38/EG (für das deutsche Recht siehe §§ 2 Abs. 5, 3 Abs. 1, 2 Satz 4 FreizügG/EU) voraus, dass die Person ein „Familienangehöriger“ i. S. d. Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG ist.

<sup>47</sup> EuGH 11.7.2002 – Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279.

<sup>48</sup> Vgl. EuGH 11.7.2002 – Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279, Rn. 41 ff.

<sup>49</sup> EGMR 8.12.2015 – 60119/12 (*Z. H. and R. H. v. Switzerland*), ECLI:CE:ECHR:2015:1208JUD006011912.

<sup>50</sup> EGMR 8.12.2015, ebd., Rn. 44.

scheidung in der Rs. *Şerife Yiğit v. Turkey*,<sup>51</sup> wo der Gerichtshof feststellte, dass Art. 8 EMRK keine Verpflichtung beinhaltet, eine religiös geschlossene Ehe anzuerkennen, erscheint diese Argumentation allerdings zum Scheitern verurteilt.

### (c) *Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Ob dies in der Tat letztlich zutrifft, kann aber dahinstehen. Denn selbst ohne die Berücksichtigung europäischer Grundrechte als Schranken-Schranken greift Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB in unverhältnismäßiger Weise in das Freizügigkeitsrecht ein und ist deshalb europarechtswidrig. Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB sieht für die Gerichte keine Möglichkeit vor, im Einzelfall zu ermitteln, ob in der Tat die Ehe nicht auf einem freiwilligen Willensentschluss der Minderjährigen beruht oder ob den Ehegatten die für die Eingehung einer Ehe erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt.<sup>52</sup> Art. 27(2) RL 2004/38/EG stellt aber klar, dass bei einer Berufung auf die „öffentliche Ordnung“ eine vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention beruhende mitgliedstaatliche Maßnahme unzulässig ist.<sup>53</sup> So hat der EuGH etwa in der Rs. *McCarthy*<sup>54</sup> entschieden, dass eine nationale Regelung, die drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers zwingt, vor ihrer Einreise eine Einreiseerlaubnis zu beantragen, und die durch ein „systemisches Problem“ des Rechtsmissbrauchs und Betrugs gerechtfertigt wird, unionsrechtswidrig sei, weil sie keine individuelle Prüfung des Einzelfalls erlaube.<sup>55</sup> Dementsprechend muss auch eine nationale Regelung wie Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, die losgelöst vom Einzelfall aus Gründen der Generalprävention die durch die RL 2004/38/EG gewährten Rechte einschränkt, als unzulässig angesehen werden.

### (3) *Zwischenergebnis*

Mithin kann sich der deutsche Gesetzgeber nicht auf Art. 27 RL 2004/38/EG berufen.

<sup>51</sup> EGMR 2.11.2010 – 3976/05 (*Şerife Yiğit ./. Turkey*), ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD000397605.

<sup>52</sup> Kritisch insoweit auch *Michael Coester*, Kinderehen in Deutschland, FamRZ 2017, 77–80, 79; dem folgend BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16 (juris Rn. 70).

<sup>53</sup> Siehe hierzu auch EuGH 10.7.2008 – Rs. C-33/07 (*Jipa*), Slg. 2008, I-5157, Rn. 24, 27; zustimmend EuGH 17.11.2011 – Rs. C-430/10 (*Gaydarov*), Slg. 2011, I-11637, Rn. 34; EuGH 4.10.2012 – Rs. C-249/11 (*Byankov*), Rn. 41; EuGH 18.12.2014 – Rs. C-202/13 (*McCarthy*), ECLI:EU:C:2014:2450, Rn. 46; EuGH 13.9.2016 – Rs. C-165/14 (*Rendón Marín*), ECLI:EU:C:2016:675 Rn. 60; vgl. auch bereits EuGH 26.2.1975 – Rs. C-67/74 (*Bonsignore*), Slg. 1975, 297, Rn. 5–7, wo der EuGH in Bezug auf RL 64/221/EWG (d. h. eine der durch RL 2004/38/EG aufgehobenen Richtlinien) entschieden hat, dass dem in Art. 3 RL 64/221/EWG enthaltenen Erfordernis, dass das „persönliche Verhalten“ des Unionsbürgers ausschlaggebend sein müsse, zu entnehmen sei, dass eine generalpräventive mitgliedstaatliche Maßnahme unzulässig sei.

<sup>54</sup> EuGH 18.12.2014 – Rs. C-202/13 (*McCarthy*), ECLI:EU:C:2014:2450.

<sup>55</sup> EuGH 18.12.2014 – Rs. C-202/13 (*McCarthy*), ECLI:EU:C:2014:2450, Rn. 43–58.

### b) Deutscher *ordre public*-Vorbehalt

Eine Pflicht zur Anerkennung könnte aber wegen des deutschen *ordre public*-Vorbehalts zu verneinen sein. Es ist in der Literatur allgemein anerkannt, dass der (negative)<sup>56</sup> *ordre public*-Vorbehalt generell<sup>57</sup> eine Grenze zur kollisionsrechtlichen Anerkennung darstellt.<sup>58</sup> Auch das Haager Eheschließungsübereinkommen vom 23.10.1976 sieht in dessen Art. 10 Nr. 3 vor, dass eine Anerkennung nicht zu erfolgen hat, wenn das im Anerkennungsstaat erforderliche Mindestalter nicht erreicht wurde. Dementsprechend ist zu prüfen, ob der *ordre public*-Vorbehalt der Anerkennung einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates wirksam eingegangenen Frühehe entgegensteht. Hierbei erfolgt eine eigenständige *ordre public*-Kontrolle durch den Anerkennungsstaat (im Fall des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB also Deutschland) anhand seiner nationalen öffentlichen Ordnung; die *ordre public*-Kontrolle im Anerkennungsstaat ist also keine bloße Wiederholung der *ordre public*-Kontrolle, die in einem anderen Mitgliedstaat vorgenommen wurde.<sup>59</sup> Zu beachten ist aber, dass im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander

<sup>56</sup> Vgl. hierzu *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 76–78. Dementsprechend darf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, der als Eingriffsnorm angesehen wird (sehr eindeutig diesbezüglich *Marc-Philippe Weller/Chris Thomale/Ioana Hategan/Jan Lukas Werner*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen – eine kritische Würdigung, FamRZ 2018, 1289–1298, 1293; *Fabian Wall*, „Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen“ auf dem Prüfstand des Freizügigkeitsrechts – ein Beitrag zur „Anerkennung“ von Statusverhältnissen in der EU, StAZ 2019, 331–338, 333; siehe auch *Bettina Rentsch*, in: BeckOGK (München 1.8.2018) Art. 13 EGBGB Rn. 59; *Reinhard Hepting/Anatol Dutta*, Familie und Personenstand<sup>3</sup> (Frankfurt am Main/Berlin 2019) Rn. III-269), insoweit nicht als Grenze zur Anerkennungspflicht herangezogen werden.

<sup>57</sup> Also nicht nur hinsichtlich einer sich aus RL 2004/38/EG ergebenden Pflicht zur Anerkennung eines in einem anderen Mitgliedstaat wirksam begründeten Statusverhältnisses, sondern hinsichtlich jeder sich aus dem Unionsrecht ergebenden Pflicht zur Anerkennung von Statusverhältnissen; zu Art. 21(1) AEUV siehe unten (→ III.2. a)).

<sup>58</sup> Siehe etwa *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 75–80; MüKo BGB/v. *Hein* (Fn. 7) Art. 3 EGBGB Rn. 118.

<sup>59</sup> Dies betonen vor allem *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 78–80; *Mansel*, RabelsZ 70 (2006) 651, 727–728; auch *Mankowski/Hoffmann*, IPRax 2011, 247, 254 stellen auf den deutschen *ordre public* als Grenze zum Anerkennungsprinzip ab; siehe zudem Art. 22 lit. a EuEheVO (für die verfahrensrechtliche Anerkennung) und Art. 48 EGBGB, der zur Umsetzung der namensrechtlichen Rechtsprechung des EuGH erlassen wurde und der ausdrücklich einen Vorbehalt zugunsten des deutschen Rechts vorsieht. *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand (Fn. 56) Rn. II-443 gehen aber im Zusammenhang mit dem in Art. 48 EGBGB enthaltenen *ordre public*-Vorbehalt davon aus, dass dieser gleichsam unionsrechtskonform zu verstehen ist.

Aus diesem Umstand ließe sich zudem der Schluss ziehen, dass der nationale *ordre public* nicht dem Begriff der „öffentlichen Ordnung“ zuzuordnen ist, der bspw. im Art. 27 RL 2004/38/EG und in den Art. 36, 45(3) AEUV vorkommt und der gleichsam die europäische „öffentliche Ordnung“ verkörpert, sondern neben der „öffentlichen Ordnung“ einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstellt (zu Ersterem scheint allerdings der EuGH zu tendieren, vgl. EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 84). Ob dies dogmatisch zutreffend ist, kann aber letztlich dahinstehen, da die dogmatische Einordnung des natio-



wegen des mitgliedstaatlichen Kooperationsverhältnisses hohe Anforderungen an ein Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts zu stellen sind.<sup>60</sup>

Obwohl die Heranziehung des *ordre public*-Vorbehalts als Grenze zur kollisionsrechtlichen Anerkennung in der Literatur unbestritten ist, stellt sich die Frage, ob hieran nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Coman*<sup>61</sup> noch festgehalten werden darf. Dort hat der EuGH entschieden, dass rumänische Behörden eine in Belgien eingegangene gleichgeschlechtliche Ehe zum Zweck der Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts anzuerkennen hätten, obwohl das rumänische Zivilgesetzbuch in dessen Art. 277 Abs. 2 eine *ordre public*-Vorbehaltsklausel gegen gleichgeschlechtliche Ehen enthielt. Diese Entscheidung ließe sich deshalb dahingehend interpretieren, dass selbst nationale *ordre public*-Vorbehalte einer kollisionsrechtlichen Anerkennung nicht entgegengehalten werden können. Bei näherer Betrachtung ist aber zu erkennen, dass der EuGH in seiner Entscheidung nicht den Mitgliedstaaten generell eine Berufung auf den nationalen *ordre public*-Vorbehalt verwehren wollte. Denn im Rahmen seiner Rechtfertigungsprüfung bestätigte er seine Entscheidungen in den Rs. *Sayn-Wittgenstein*<sup>62</sup> und *Bogendorff*<sup>63</sup> und führte aus, dass die Mitgliedstaaten wegen Art. 4(2) EUV die Wahrung ihrer nationalen Identität, wie sie in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen<sup>64</sup> Strukturen zum Ausdruck komme, einer Anerkennungspflicht entgegenhalten könnten.<sup>65</sup> Die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Coman* ist also so zu verstehen, dass er lediglich der Ansicht ist, dass die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat eingegangenen Ehe *allein* zum Zwecke der Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts nach der RL 2004/38/EG nicht den *ordre public* eines Mitgliedstaates beeinträchtigen kann, im Übrigen aber eine Berufung auf den nationalen *ordre public*-Vorbehalt durchaus möglich bleibt,<sup>66</sup> wobei auch insoweit wegen des Grundsatzes der loyalen

---

nalen *ordre public*-Vorbehalts keine praktischen Auswirkungen hat. Hier wird aber der Übersichtlichkeit halber der nationale *ordre public* separat von dem Rechtfertigungsgrund der „öffentlichen Ordnung“ dargestellt.

<sup>60</sup> Siehe *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006) 651, 728.

<sup>61</sup> EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385.

<sup>62</sup> EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 92.

<sup>63</sup> EuGH 2.6.2016 – Rs. C-438/14 (*Bogendorff von Wolffersdorff*), ECLI:EU:C:2016:401, Rn. 73.

<sup>64</sup> Vgl. zur Konkretisierung des Begriffs der „nationalen Identität“ anhand der mitgliedstaatlichen Verfassungen *Armin Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar<sup>4</sup> (Baden-Baden/Wien/Basel 2019) Art. 4 EUV Rn. 14–16; *Stephan Schill/Christoph Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (München, Ergänzungslieferung 65, August 2018) Art. 4 EUV Rn. 24–38.

<sup>65</sup> Siehe EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 43.

<sup>66</sup> Siehe vor allem EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385, Rn. 45–46 und GA *Melchior Wathelet*, Schlussanträge in der Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:2, Rn. 41.

Zusammenarbeit nach Art. 4(3) EUV zu erwarten ist, dass der EuGH hohe Anforderungen an ein Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts stellen wird.<sup>67</sup>

Indem es hier (genauso wie in der Rs. *Coman*) ausschließlich um die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat eingegangenen Ehe innerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2004/38/EG geht, scheidet jedenfalls insoweit eine Berufung des deutschen Gesetzgebers auf den *ordre public* aus.

### 3. Rechtsfolge

Es ist mithin festzuhalten, dass sich in Fragen der Bewegungsfreiheit sowie des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat, d. h. bei in den Anwendungsbereich der RL 2004/38/EG fallenden Fragen, aus RL 2004/38/EG grundsätzlich die Pflicht ergibt, eine in einem anderen Mitgliedstaat eingegangene Ehe anzuerkennen. In Bezug auf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB kann sich der deutsche Gesetzgeber auch nicht auf die in Art. 27 RL 2004/38/EG zu verankernde Ausnahme zu dieser Pflicht berufen. Auch ein Rückgriff auf den deutschen *ordre public*-Vorbehalt scheidet aus. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen in Fällen eines Verstoßes einer nationalen Vorschrift gegen Unionsrecht haben die deutschen Gerichte deshalb zunächst zu versuchen, Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB europarechtskonform<sup>68</sup> auszulegen.<sup>69</sup> Aus RL 2004/38/EG ergibt sich in Fragen der Bewegungsfreiheit sowie des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat die Pflicht, eine in einem anderen Mitgliedstaat eingegangene Ehe anzuerkennen. Man könnte deshalb erwägen, den Begriff des „Ehegatten“ im Rahmen des FreizügG/EU dahingehend europarechtskonform auszulegen, dass er auch hinkende Ehen erfasst.<sup>70</sup> Erwä-

---

<sup>67</sup> In diesem Sinne GA *Melchior Wathelet*, Schlussanträge in der Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:2, Rn. 40.

<sup>68</sup> Indem hier die Auslegung nationalen Rechts anhand einer Richtlinie infrage steht, geht es hier um eine richtlinienkonforme Auslegung, die einen Unterfall der europarechtskonformen Auslegung darstellt, vgl. hierzu *Ulrich Ehricke*, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, *RabelsZ* 59 (1995) 598–644, 603–604.

<sup>69</sup> Zur Verpflichtung nationaler Gerichte, Vorschriften des nationalen Rechts europarechtskonform auszulegen, siehe EuGH 4.2.1988 – Rs. 157/86 (*Murphy ./. An Bord Telecom Eireann*), Slg. 1988, 673, Rn. 11; EuGH 26.9.2000 – Rs. C-262/97 (*Engelbrecht*), Slg. 2000, I-7321, Rn. 38–40; siehe auch AG Frankenthal 15.2.2018 – 71 F 268/17 (juris Rn. 11), das eine Auslegung des § 1314 BGB „im Lichte des Europarechts“ unter Berufung auf die namensrechtliche Rechtsprechung des EuGH vorgenommen hat. – Die Tatsache, dass Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB nicht der Umsetzung der RL 2004/38/EG dient, stellt zudem kein Hindernis für eine europarechtskonforme Auslegung dar, vgl. *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995) 598, 603–604.

<sup>70</sup> In Betracht zu ziehen ist *zukünftig* auch, § 3a FreizügG/EU n. F. dahingehend europarechtskonform auszulegen, dass der Ehegatte, dessen Ehe unwirksam ist, als „Lebensgefährte“ bzw. „Lebensgefährtin“ im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. c FreizügG/EU n. F. angesehen wird; zu dieser Möglichkeit (allerdings im Zusammenhang mit der Aufhebung einer Frühehe) siehe BT-Drucks. 19/21079 vom 20.7.2020, S. 4–5; zum Gesetzentwurf vgl. BR-Drucks. 263/20 vom 22.5.2020.

genswert ist es auch, im Wege der unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung<sup>71</sup> eine entsprechende Pflicht in Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB „hineinzulesen“. Dem letzten Vorschlag lässt sich auch nicht der Wortlaut des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB entgegenhalten, da der Wortlaut einer nationalen Vorschrift keine Grenze zur unionsrechtskonformen Auslegung darstellt.<sup>72</sup> Grenze der europarechtskonformen Auslegung ist aber die *ratio legis* der auszulegenden Norm.<sup>73</sup> Eine nationale Norm darf also von den Gerichten nicht entgegen dem ihr zugrunde liegenden gesetzgeberischen Willen modifiziert werden. Gegen die Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung könnte man hier anführen, dass der deutsche Gesetzgeber mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB bezweckte, Frühehen unter Beteiligung von Verlobten, die zum Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, zu verbieten.<sup>74</sup> Diesem im Wortlaut dieser Vorschrift klar zum Ausdruck kommenden Zweck würde man in eklatanter Weise widersprechen, wenn man eine Anerkennungspflicht im nationalen Recht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung konstruieren würde. Zu beachten ist indes, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt hat, dass das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verhindern solle, dass „Personen, die als Minderjährige geheiratet haben, infolge der Unwirksamkeit oder der Aufhebung ihrer Ehe asyl- und aufenthaltsrechtliche Nachteile erleiden“.<sup>75</sup> Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass eine richtlinienkonforme Auslegung (auch im Wege einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung), die zur Vermeidung von Nachteilen in Bezug auf Fragen der Bewegungsfreiheit sowie des Aufenthalts vorgenommen wird, noch vom gesetzgeberischen Willen gedeckt ist. Dies wird durch die Aussage des Gesetzgebers im Zusammenhang mit § 26 AsylG gestützt, dass „für die Gewährung von Familienasyl eine herkunftslandbezogene Betrachtung der Ehe vorzunehmen ist“.<sup>76</sup> Eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung würde hier aber gerade zu einer herkunftslandbezogenen Betrachtung der Ehe führen. Mit hin ist hier insoweit, als durch die Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB

---

<sup>71</sup> Eine unionsrechtskonforme Auslegung umfasst auch eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung; ausführlich hierzu *Carsten Herresthal*, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, *EuZW* 2007, 396–400; aus der Rechtsprechung siehe vor allem die *Quelle*-Entscheidung des BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (juris Rn. 19 ff.).

<sup>72</sup> Aus der Rechtsprechung siehe etwa BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (juris Rn. 21); BAG 17.11.2009 – 9 AZR 844/08 (juris Rn. 29); vgl. auch *Claus-Wilhelm Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Franz Bydlinski (Wien 2002) 47–103, 81–82; *Herresthal*, *EuZW* 2007, 396, 397, 399.

<sup>73</sup> Siehe *Ehricke*, *RabelsZ* 59 (1995) 598, 635–639.; *Herresthal*, *EuZW* 2007, 396, 399–400; aus der Rechtsprechung siehe BAG 17.11.2009 – 9 AZR 844/08 (juris Rn. 29).

<sup>74</sup> Siehe vor allem BT-Drucks. 18/12086, S. 15.

<sup>75</sup> Siehe BT-Drucks. 18/12086, S. 18.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/12086, S. 25.

aufenthaltsrechtliche Nachteile entstehen,<sup>77</sup> eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zu bejahen.

### III. Die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 21(1) AEUV

Darüber hinaus stellt sich außerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2004/38/EG<sup>78</sup> die Frage, ob Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB auch gegen das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 21(1) AEUV verstößt.

#### *1. Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts*

Voraussetzung hierfür ist zunächst eine Beeinträchtigung des sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden Freizügigkeitsrechts. Eine derartige Beeinträchtigung könnte in Bezug auf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB darin zu sehen sein, dass diese Kollisionsnorm dazu führt, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat wirksam eingegangene Ehe in Deutschland nicht anerkannt wird. Ob eine derartige Nichtanerkennung eine Beeinträchtigung darstellt, hängt im Wesentlichen von der Frage ab, welche Anforderungen man an eine Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts stellt.

#### *a) Die Ansicht des EuGH*

Der EuGH tendiert in zahlreichen Entscheidungen dazu, Art. 21(1) AEUV als allgemeines Beschränkungsverbot zu verstehen.<sup>79</sup> Allerdings sind die genauen Konturen des vom EuGH bejahten allgemeinen Beschränkungsverbots noch ungeklärt,<sup>80</sup> wobei er in seiner zum Namensrecht ergangenen Rechtsprechung eine

---

<sup>77</sup> Diese können bspw. im Zusammenhang mit Art. 6(2), 7(2) RL 2004/38/EG (für das deutsche Recht siehe §§ 2 Abs. 5, 3 Abs. 1, 2 Satz 4 FreizügG/EU) entstehen; siehe hierzu oben *Fn.* 46.

<sup>78</sup> Innerhalb deren Anwendungsbereichs ist dagegen RL 2004/38/EG *lex specialis* zu Art. 21(1) AEUV; siehe oben *Fn.* 27. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das allgemeine Freizügigkeitsrecht auch von den Grundfreiheiten verdrängt wird; siehe *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht* (Fn. 27) 262 Rn. 18–20. Für einen Fall, in dem das Gericht im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB nicht das allgemeine Freizügigkeitsrecht, sondern die Arbeitnehmerfreizügigkeit problematisiert hat, siehe OLG Oldenburg 18.4.2018 – 13 UF 23/18 (juris); siehe auch OLG Frankfurt 28.8.2019 – 5 UF 97/19 (juris); *Janis Leifeld*, *Das Anerkennungsprinzip* (Tübingen 2010) 81 („Sobald ein hinkendes Rechtsverhältnis negative wirtschaftliche Auswirkungen haben kann und der Anwendungsbereich der Marktfreiheiten eröffnet ist, liegt nach der Rechtsprechung des EuGH eine Beeinträchtigung vor.“).

<sup>79</sup> Siehe *Leifeld*, *Das Anerkennungsprinzip* (Fn. 78) 26–36 und *Funken*, *Das Anerkennungsprinzip* (Fn. 9), 124 für eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH.

<sup>80</sup> *Funken*, *Das Anerkennungsprinzip* (Fn. 9) 124.

bestimmte (hypothetisch festzustellende)<sup>81</sup> Schwere der nationalen Maßnahme zu fordern scheint.<sup>82</sup>

In Bezug auf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB könnte eine Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts unter Rückgriff auf die Entscheidung in der Rs. *Grunkin und Paul*<sup>83</sup> zu bejahen sein. In diesem Verfahren hat der EuGH nämlich entschieden, dass „schwerwiegende Nachteile“ dann zu bejahen seien, wenn die Behörden eines Mitgliedstaates ablehnten, den Nachnamen eines Kindes anzuerkennen, der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates bestimmt und eingetragen worden sei. Das Bestehen unterschiedlicher Familiennamen führe vor allem deshalb zu „schwerwiegenden Nachteilen“, weil viele alltägliche Handlungen im öffentlichen wie im privaten Bereich den Nachweis der Identität (etwa durch einen Reisepass) erfordern würden.<sup>84</sup> Deshalb müsse der Namensinhaber jedes Mal, wenn der in einer konkreten Situation benutzte Name nicht mit demjenigen übereinstimme, der in einem bestimmten Dokument stehe, die Zweifel an seiner Identität und den Verdacht von Falschangaben ausräumen. Zudem würde eine Divergenz zwischen in einer konkreten Situation benutztem Namen und in einem Dokument stehendem Namen Zweifel an der Echtheit des Dokuments und der Wahrheitsgemäßheit der darin enthaltenen Angaben aufkommen lassen, was zu einer Entwertung der Funktion solcher Dokumente als Beweismittel führen würde.<sup>85</sup>

Obwohl eine nichtige Ehe, welche durch die Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB hervorgerufen wird,<sup>86</sup> (anders als die Führung unterschiedlicher

---

<sup>81</sup> Der EuGH verlangt nämlich für die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit bzw. des allgemeinen Freizügigkeitsrechts lediglich, dass die mitgliedstaatliche Maßnahme potenziell geeignet ist, die Ausübung einer bestimmten Grundfreiheit bzw. des Freizügigkeitsrechts zu behindern; siehe hierzu ausführlich *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 78) 46–48; in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit siehe *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Strein*z (Fn. 40) Art. 34 AEUV Rn. 66–67; *Werner Schroeder*, in: *Strein*z, EUV/AEUV<sup>3</sup> (München 2018) Art. 34 AEUV Rn. 37–38.

<sup>82</sup> Siehe etwa EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-7639, Rn. 23 („schwerwiegenden Nachteilen beruflicher wie auch privater Art“); ebenso EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 55–56, 67; EuGH 12.5.2011 – Rs. C-391/09 (*Runevic-Vardyn*), Slg. 2011, I-3787, Rn. 76; siehe zu dieser Auslegung der EuGH-Rechtsprechung *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 160; *Carl Friedrich Nordmeier*, Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte, IPRax 2012, 31–40, 38–39; *GA Eleanor Sharpston*, Schlussanträge in der Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 40.

<sup>83</sup> EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-7639.

<sup>84</sup> Siehe EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-7639, Rn. 23–28.

<sup>85</sup> Zu diesem Aspekt siehe vor allem EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-7639, Rn. 28.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand (Fn. 56) Rn. III-199 bis III-202.

Namen) grundsätzlich<sup>87</sup> nicht Nachteile alltäglicher Natur zeitigt,<sup>88</sup> wirkt sie sich nachteilig auf unterschiedliche Rechtsfragen aus, die für das Privatleben einer Person von zentraler Bedeutung sind.<sup>89</sup> So setzt etwa das Ehegüterrecht eine wirksame Ehe voraus. Ist aber eine solche nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB von Anfang an unwirksam,<sup>90</sup> so sind sämtliche ehегüterrechtlichen Wirkungen der infrage stehenden Ehe ausgeschlossen. Dieses Problem ist auch nicht durch die Vereinheitlichung des europäischen Ehegüterkollisionsrechts beseitigt worden, da die im Rahmen des Güterrechts als Vorfrage auftretende Frage nach einer wirksamen Ehe weiterhin selbstständig angeknüpft wird.<sup>91</sup> Darüber hinaus spielt das Vorliegen einer wirksamen Ehe auch im Erb-<sup>92</sup> und Abstammungsrecht<sup>93</sup> eine

<sup>87</sup> Eine nichtige Ehe kann aber durchaus Wirkungen auf den Alltag haben. So sind die Ehegatten im Fall einer Zugewinnngemeinschaft nach Maßgabe der §§ 1365–1369 BGB in deren Verfügungsbefugnis beschränkt. Im Alltag kann vor allem § 1369 BGB von Relevanz sein, der die Verfügung über Haushaltsgegenstände regelt. Ferner müssen Ehegatten im Fall einer Gütergemeinschaft in Bezug auf das Gesamtgut noch weitergehende Einschränkungen in deren Verfügungsbefugnis hinnehmen.

<sup>88</sup> Mit dieser (zweifelhaften) Argumentation hat das VG Berlin in einer eine gleichgeschlechtliche Ehe betreffenden Entscheidung das Bestehen „schwerwiegender Nachteile“ i. S. d. *Grunkin und Paul*-Entscheidung verneint; siehe VG Berlin 15.6.2010 – 23 A 242.08 (juris Rn. 20).

<sup>89</sup> Dies räumt sogar *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 179 ein, die letztlich aber zum Schluss kommt, dass die namensrechtliche Judikatur des EuGH nicht auf andere hinkende Rechtsverhältnisse zu übertragen ist; siehe insoweit zutreffend *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 78) 83.

<sup>90</sup> Anders als die „nichtige Ehe“ i. S. d. EheG (das durch das EheschlRG aufgehoben wurde), bedarf die nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, § 1303 Satz 2 BGB ausgesprochene Nichtigkeit auch keines Gestaltungsurteils. Die nach diesen Vorschriften bestehende Nichtigkeit tritt also kraft Gesetzes von Anfang an ein; siehe hierzu *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand (Fn. 56) Rn. III-199 bis III-202.

<sup>91</sup> So etwa in Bezug auf die EuGüVO *Christoph Döbereiner*, Das internationale Güterrecht nach den Güterrechtsverordnungen, MittBayNot 2018, 405–424, 409–410; *Marie-Therese Ziereis*, Das neue internationale Güterrecht – ein Überblick über die Europäischen Güterrechtsverordnungen, NZFam 2019, 237–241, 241. – Wäre dagegen die Vorfrage unselbstständig anzuknüpfen, so könnte man erwägen, dass es innerhalb der EU keine Gefahr hinkender Ehen mehr gäbe, da sämtliche Mitgliedstaaten die Wirksamkeit der Eheschließung für güterrechtliche Fragen nach demselben Recht beurteilen würden. Indem aber das europäische Ehegüterrecht durch die EuGüVO nur teilweise vereinheitlicht wurde (an der EuGüVO nehmen nämlich nur 18 Mitgliedstaaten teil), bestünde aber selbst bei einer unselbstständigen Vorfragenanknüpfung noch die Gefahr hinkender Ehen innerhalb der EU.

<sup>92</sup> Vor allem im Hinblick auf Intestaterbrechte und Pflichtteilsrechte siehe §§ 1931, 2302 Abs. 2 BGB. Darauf hinzuweisen ist aber, dass hinkende Ehen in Bezug auf das Erbrecht im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander dann keine Rolle mehr spielen können, wenn man Ehen, die als Vorfragen im Erbrecht auftreten, im Rahmen der EuErbVO unselbstständig anknüpft. Ob eine unselbstständige Anknüpfung vorzunehmen ist, ist aber sehr umstritten; siehe etwa *Anatol Dutta*, in: MüKo BGB<sup>7</sup> (München 2018) Vorb. Art. 20 EuErbVO Rn. 50–53.

<sup>93</sup> Etwa bei der Vaterschaftsvermutung nach § 1592 Nr. 1 BGB. Im Rahmen des Art. 19 EGBGB werden nach der herrschenden Meinung Vorfragen auch selbstständig angeknüpft,

wesentliche Rolle. Hinkende Ehen verursachen deshalb für die Betroffenen „schwerwiegende Nachteile“, die (zumindest) denjenigen vergleichbar sind, die im Fall unterschiedlicher Namensführung vom EuGH bejaht wurden.<sup>94</sup> Dieses Ergebnis wird durch die vom OLG Frankfurt am 28.8.2019 getroffene Entscheidung<sup>95</sup> bestätigt, wo im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB „schwerwiegende Nachteile“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung angenommen wurden, weil die Betroffenen als unverheiratetes Paar in Deutschland infolge der Aufhebung ihrer Ehe leben müssten und ihr zweites Kind nichtehelich geboren werden würde.<sup>96</sup> Eine Beeinträchtigung des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts ist also unter Rückgriff auf die EuGH-Entscheidung in der Rs. *Grunkin und Paul* zu bejahen.

#### b) Die in der Literatur vertretenen Ansichten

Auch Leifeld erblickt in Art. 21(1) AEUV ein allgemeines Beschränkungsverbot.<sup>97</sup> Er schränkt dieses aber aus systematisch-teleologischen Erwägungen wieder ein und verlangt eine „spezifisch grenzüberschreitende Belastung“,<sup>98</sup> die erforderlich sei, um eine Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts bejahen zu können. Eine solche „spezifisch grenzüberschreitende Belastung“ sei im Zusammenhang mit hinkenden Rechtsverhältnissen<sup>99</sup> nur gegeben, wenn die Gründung des Rechtsverhältnisses in einem anderen Mitgliedstaat von einem anderen Mitgliedstaat nicht anerkannt werde. Betreffe dagegen die Nichtanerkennung lediglich die Wirkungen des Rechtsverhältnisses, so fehle es an einer „spezifisch grenzüberschreitenden Belastung“ und somit an einer Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts.<sup>100</sup>

---

siehe nur *Rainer Hüfstege*, Das Verbot der Kinderehe nach neuem Recht aus kollisionsrechtlicher Sicht, FamRZ 2017, 1374–1380, 1378.

<sup>94</sup> Ähnlich *Mankowski/Hoffmann*, IPRax 2011, 247, 254 („Dass im Rechtsverkehr der Status weniger Bedeutung hätte als der Name, kann jedenfalls kein Argument gegen ein Anerkennungsprinzip beim Status sein.“); ihnen zustimmend *Nordmeier*, IPRax 2012, 31, 39; für eine Übertragung der namensrechtlichen Rechtsprechung des EuGH auf andere Statusverhältnisse (einschließlich der Ehe) siehe *Jan Lukas Werner*, Das Coman-Urteil des EuGH – Art. 21(1) AEUV als Grundlage eines ordre public européen, ZEuP 27 (2019) 802–821, 810–813; für eine Übertragung der EuGH-Rechtsprechung im Kontext von Leihmutterverboten *Chris Thomale*, Mietmutterchaft (Tübingen 2015) 57 (der aber anschließend eine Rechtfertigung annimmt); a. A. VG Berlin 15.6.2010 – 23 A 242.08 (juris Rn. 20).

<sup>95</sup> OLG Frankfurt 28.8.2019 – 5 UF 97/19 (juris).

<sup>96</sup> Siehe OLG Frankfurt 28.8.2019 – 5 UF 97/19 (juris Rn. 14).

<sup>97</sup> *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 78) 24–37.

<sup>98</sup> Zur Herausarbeitung dieses Erfordernisses siehe *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 78) 37–45.

<sup>99</sup> Gemeint sind aber nicht alle hinkenden Rechtsverhältnisse, sondern nur registrierte Rechtsverhältnisse; siehe *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 78) 61.

<sup>100</sup> *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 78) 88–97.

Wird die von Leifeld vertretene Ansicht auf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB angewendet, so muss eine Beeinträchtigung des Art. 21(1) AEUV bejaht werden. Denn Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB betrifft die Gründung der Ehe. Dementsprechend ist die von ihm geforderte „spezifisch grenzüberschreitende Belastung“ gegeben. Mithin kommt Leifelds Ansicht bei einer Anwendung auf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB zum selben Ergebnis wie die Ansicht des EuGH.

Viel enger als der EuGH und Leifeld interpretiert dagegen Funken den Gewährleistungsgehalt des Art. 21(1) AEUV. Sie nimmt eine Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts nur dann an, wenn entweder die Ein- bzw. Ausreise oder das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers unmittelbar betroffen sei.<sup>101</sup> Darüber hinaus komme eine Beeinträchtigung allenfalls dann in Betracht, wenn die nationale Bestimmung „schwerwiegende Folgen“ hervorrufe.<sup>102</sup> Letztere seien vor allem dann zu bejahen, wenn das tatsächliche Zusammenleben von Familienmitgliedern betroffen sei,<sup>103</sup> wobei diese Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2004/38/EG kaum denkbar seien.<sup>104</sup>

Indem hier gerade ein Verstoß außerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2004/38/EG geprüft wird, würde Funken wahrscheinlich eine Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts aufgrund der durch Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB hervorgerufenen Nichtanerkennung einer im EU-Ausland eingegangenen Frühehe verneinen. Funkens restriktives Verständnis auf der Tatbestandsseite des Art. 21(1) AEUV ist aber nicht mit dem Grundsatz des *effet utile* vereinbar und widerspricht der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 21 AEUV.<sup>105</sup> Dementsprechend ist es abzulehnen.

### c) Zwischenergebnis

Die aus der Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB resultierende Nichtanerkennung einer ausländischen Ehe stellt somit eine Beeinträchtigung des sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden Rechts auf Freizügigkeit dar.<sup>106</sup>

## 2. Rechtfertigung

Fraglich ist allerdings, ob diese Beeinträchtigung gerechtfertigt ist.

---

<sup>101</sup> Funken, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 127, 179.

<sup>102</sup> Funken, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 127, 179.

<sup>103</sup> Funken, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 180.

<sup>104</sup> Funken, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 180.

<sup>105</sup> So zutreffend Thomas Spermat, Die gleichgeschlechtliche Ehe im IPR (Frankfurt am Main u. a. 2011) 149.

<sup>106</sup> Ebenso Wall, StAZ 2019, 331, 332–333; Schulte-Rudzio, Minderjährigenehen in Deutschland (Fn. 32) 389–390.



a) *Deutscher ordre public-Vorbehalt*

Wie bereits oben dargestellt,<sup>107</sup> kommt zunächst der nationale *ordre public*-Vorbehalt als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Ob allerdings eine Berufung auf den deutschen *ordre public* möglich ist, ist vom Einzelfall abhängig, sodass eine abschließende Klärung der Frage, ob sich der deutsche Gesetzgeber im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB auf den deutschen *ordre public* berufen kann, hier nicht möglich ist. Indem allerdings sowohl der EuGH als auch die Literatur hohe Anforderungen an ein Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts stellen,<sup>108</sup> ist hier noch darauf hinzuweisen, dass in den meisten Fällen der deutsche *ordre public* als Rechtfertigungsgrund wahrscheinlich ausscheiden wird.

b) *Allgemeine Schranken des allgemeinen Freizügigkeitsrechts*

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine mitgliedstaatliche Maßnahme zulässig, „wenn sie auf objektiven Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Zweck steht“.<sup>109</sup> Als Schutzgüter kommen vor allem die öffentliche Ordnung<sup>110</sup> und die nach der *Cassis*-Formel entwickelten „zwingenden Allgemeinwohlerfordernisse“<sup>111</sup> in Betracht. Die Schranken des Art. 21(1) AEUV sind als Ausnahme zum Verbot der Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger eng auszulegen,<sup>112</sup> wobei den Mitgliedstaaten auch ein Beurteilungsspielraum zu gewähren ist.<sup>113</sup> Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass (wie bereits oben dargelegt)<sup>114</sup> die EU-Grundrechte im Rahmen der Prüfung einer Rechtfertigung einer Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts sowohl als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe als auch als Schranken-Schranken zu berücksichtigen sind.

<sup>107</sup> Siehe oben (→ II.2.b)).

<sup>108</sup> Siehe oben (→ II.2.b)).

<sup>109</sup> EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin Paul*), Slg. 2008, I-7639, Rn. 29; EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 81; EuGH 2.6.2016 – Rs. C-438/14 (*Bogendorff von Wolfersdorff*), ECLI:EU:C:2016:401, Rn. 48; *Matthias Rossi*, in: BeckOK Ausländerrecht<sup>24</sup> (München 1.5.2019) Art. 21 AEUV Rn. 18.

<sup>110</sup> Vgl. EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 84; EuGH 2.6.2016 – Rs. C-438/14 (*Bogendorff von Wolfersdorff*), ECLI:EU:C:2016:401, Rn. 65–66; BeckOK Ausländerrecht/*Rossi* (Fn. 109) Art. 21 AEUV Rn. 19.

<sup>111</sup> *Martin Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (München, Ergänzungslieferung 57, August 2015) Art. 21 AEUV Rn. 36.

<sup>112</sup> Streinz/*Magiera* (Fn. 28) Art. 21 AEUV Rn. 11 m. w. N.; aus der Rechtsprechung siehe etwa EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 86 (in Bezug auf die Berufung eines Mitgliedstaats auf die öffentliche Ordnung).

<sup>113</sup> So etwa EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 87 (in Bezug auf die Berufung eines Mitgliedstaats auf die öffentliche Ordnung).

<sup>114</sup> Siehe oben (→ II.2.a)(1)(b)).

Entsprechend diesen Grundsätzen kann sich der deutsche Gesetzgeber auch im Rahmen des Art. 21(1) AEUV auf den Kinderschutz berufen.<sup>115</sup> Allerdings ist auch der Eingriff in das durch Art. 21(1) AEUV gewährte Freizügigkeitsrecht unverhältnismäßig.<sup>116</sup> Zwar lässt sich für diese Schlussfolgerung nicht die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen anführen, wo eine Verletzung des Freizügigkeitsrechts eines minderjährigen Unionsbürgers angesprochen wird.<sup>117</sup> Denn die Gesetzesbegründung bezieht sich ausschließlich auf die Härteklausel nach § 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b BGB und sogar diesbezüglich trifft sie keine klaren Aussagen.<sup>118</sup> Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB ordnet aber die Nichtigkeit der Ehe *ipso iure* an, ohne die Folgen einer solchen Nichtehe zu regeln.<sup>119</sup> Führen deshalb die nach ausländischem Recht verheirateten Minderjährigen für mehrere Jahre ein gemeinsames Leben als Ehegatten, kann die nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB anzunehmende Nichtigkeit einer solchen Ehe erhebliche nachteilige Auswirkungen für die Minderjährigen haben. Zudem sieht Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB für die Gerichte keine Möglichkeit vor, im Einzelfall zu ermitteln, ob in der Tat die Ehe nicht auf einem freiwilligen Willensentschluss der Minderjährigen beruht oder ob den Ehegatten die für die Eingehung

---

<sup>115</sup> Siehe oben (→ II.2.a)(2)(a)); so im Zusammenhang mit Art. 21(1) AEUV auch *Schulte-Rudzio*, Minderjährigenehen in Deutschland (Fn. 32) 390.

<sup>116</sup> Und zwar unabhängig davon, ob man Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK als Schranken-Schranken bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung heranzieht; zu diesem Gesichtspunkt siehe oben (→ II.2.a)(2)(b)). – In Bezug auf Art. 21(1) AEUV kommt eine Berücksichtigung der Art. 7 GRCh und 8 EMRK im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung deshalb in Betracht, weil die Nichtigkeitsanordnung nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB eine Vielzahl nachteiliger Wirkungen für die Ehegatten auslöst, vgl. hierzu oben (→ III.1.a)). Ferner kann man in solchen Fällen, in denen aus der Ehe, die nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB für nichtig erklärt wird, ein Kind hervorgegangen ist, argumentieren, dass auch dieses Eltern-Kind-Verhältnis von Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK geschützt wird (siehe zur EMRK: EGMR 26.5.1994 – 16969/90 (*Keegan ./ Irland*), ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990; zu Art. 7 GRCh siehe *Jarass/Jarass* (Fn. 41) Art. 7 GRCh Rn. 18–19; für eine Entscheidung, in der eine Anerkennungspflicht in Bezug auf das Vaterschaftsverhältnis unter Rückgriff auf Art. 8 EMRK bejaht wurde, siehe erneut KG Berlin 23.9.2010 – 1 W 70/08 (juris)). Dass die Ehe aus deutscher Sicht eigentlich niemals wirksam war, ist im Rahmen der Art. 7 GRCh und 8 EMRK unbeachtlich, da beide Vorschriften lediglich ein faktisches Zusammenleben als Familie voraussetzen (vgl. hierzu in Bezug auf Art. 7 GRCh: *Jarass/Jarass* (Fn. 41) Art. 7 GRCh Rn. 18 und in Bezug auf Art. 8 EMRK: EGMR 26.5.1994 – *Keegan*, ECLI:CE: ECHR: 1994:0526JUD001696990; EGMR 13.7.2000 – 25735/94 (*Elsholz ./ Deutschland*), ECLI:CE:ECHR:2000:0713JUD002573594).

<sup>117</sup> Siehe BT-Drucks. 18/12086, S. 17, 22.

<sup>118</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/12086, S. 17, 22, wo lediglich behauptet wird, dass eine außergewöhnliche Härte i. S. d. § 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b BGB sich daraus ergeben *könnte* (nicht „kann“!), dass die Aufhebung einer unter Beteiligung eines Unionsbürgers geschlossenen Ehe dessen Freizügigkeitsrecht verletzen würde.

<sup>119</sup> Kritisch hierzu auch *Hüßtege*, FamRZ 2017, 1374, 1378; dem zustimmend BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16 (juris Rn. 70).

einer Ehe erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt.<sup>120</sup> Dementsprechend treten die tiefgreifenden Rechtsfolgen des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB auch dann ein, wenn das Wohl der Minderjährigen (auf das sich der deutsche Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB beruft) im Einzelfall nicht einmal gefährdet ist. Die deutsche Regelung geht also zur Erreichung des von ihr verfolgten Ziels zu weit.

Dieses Ergebnis wird durch die Entscheidung des AG Nordhorn vom 29.1.2018<sup>121</sup> bekräftigt. Zwar betraf die Entscheidung ausschließlich einen Fall des Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB. Die Feststellung des Gerichts,<sup>122</sup> die Nichtanerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Statusverhältnisse führe zu einem Verstoß gegen das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht, lässt sich aber auch auf Fälle des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB übertragen.<sup>123</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Festzustellen ist somit, dass die durch Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB herbeigeführte Nichtanerkennung der im EU-Ausland geschlossenen Frühehe auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 21(1) AEUV verletzt.<sup>124</sup> Indem die Verletzung des Art. 21(1) AEUV in der Form der Nichtanerkennung einer Auslandsehe nur dadurch beseitigt werden kann, dass die Auslandsehe anerkannt wird, könnte man (genauso wie im Rahmen der RL 2004/38/EG) erwägen, eine Pflicht zur Anerkennung der ausländischen Frühehe in Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB „hineinzulesen“. Zudem könnte man erwägen, das Tatbestandsmerkmal „Ehe“ in den einschlägigen Vorschriften dahingehend auszulegen, dass sie auch hinkende Ehen erfasst. Anders als im Rahmen der RL 2004/38/EG ist hier aber Folgendes zu beachten: Im Gegensatz zu den Ausführungen zu den aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen der Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB hat der

<sup>120</sup> Kritisch insoweit auch *Coester*, FamRZ 2017, 77, 79; dem folgend BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16 (juris Rn. 70).

<sup>121</sup> Siehe AG Nordhorn 29.1.2018 – 11 F 855/17 E1.

<sup>122</sup> Vgl. AG Nordhorn 29.1.2018 – 11 F 855/17 E1 (juris Rn. 9).

<sup>123</sup> Der Schluss, dass das Gericht diese Aussage nicht auf Ehen beschränken wollte, bei denen die Verlobten zum Zeitpunkt der Eheschließung bereits das 16. Lebensjahr vollendet haben, wird durch die Tatsache untermauert, dass es in seiner Entscheidungsbegründung auf *Coester*, FamRZ 2017, 77, 79 verweist, der an der verwiesenen Stelle die Fälle der Nichtehe behandelt. – Dagegen lassen sich aus der Entscheidung des AG Frankenthal vom 15.2.2018 – 71 F 268/17 keine Schlussfolgerungen auf die Vereinbarkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB mit europäischem Recht ziehen. Zwar hat das Gericht in dem von ihm zu entscheidenden Fall eine unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 1314 Nr. 1, 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b BGB vorgenommen. Die Frage, ob das allgemeine Freizügigkeitsrecht Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB entgegensteht, hat es allerdings ausdrücklich offengelassen. Die Frage nach der Unionsrechtswidrigkeit hat auch *Hüßtege*, FamRZ 2017, 1374, 1379 dahinstehen lassen.

<sup>124</sup> Ebenfalls für eine Unionsrechtswidrigkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB eintretend *Coester*, FamRZ 2017, 77, 79; gegen eine Unionsrechtswidrigkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB dagegen *Weller/Thomale/Hategan/Werner*, FamRZ 2018, 1289, 1296–1297.

deutsche Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung an keiner Stelle ausdrücklich ausgeführt, dass die Unwirksamkeitsanordnung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB *generell* zu keinen Nachteilen für den Minderjährigen führen sollte. Zwar hat er im Zusammenhang mit § 26 AsylG erklärt, dass die „Unwirksamkeit oder Aufhebung der Ehe, die zum Schutz des minderjährigen Ehegatten erfolgt, [...] zu keinen rechtlichen Nachteilen für ihn führen“ solle.<sup>125</sup> Indem diese Aussage im Zusammenhang mit einer einzelnen Regelung des Gesetzentwurfs getätigt wurde, erscheint es fraglich, dass der Gesetzgeber damit meinte, dass *jedwede* Nachteile für den Minderjährigen vermieden werden sollten. Für diese Lesart spricht auch, dass der Gesetzgeber in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Fragen Vorschriften erlassen hat (siehe vor allem §§ 26 Abs. 1 Satz 2 AsylG, 31 Abs. 2 Satz 2 AufenthG), die gerade die Rechtsfolgen einer unwirksamen Ehe amortisieren sollen. In privatrechtlichen Fragen (wie etwa in Fragen des Erb- und Abstammungsrechts) hat er aber vom Erlass ähnlicher Vorschriften abgesehen. Deshalb stellt es sich als schwierig dar, eine generelle Pflicht zur Anerkennung einer ausländischen Frühehe im deutschen Recht zu entwickeln. Dies wird durch die Tatsache untermauert, dass der deutsche Gesetzgeber mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB bezweckte, Früehen unter Beteiligung von Verlobten, die zum Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ausnahmslos zu verbieten.<sup>126</sup> Diesem im Wortlaut dieser Vorschrift klar zum Ausdruck kommenden Zweck würde es widersprechen, eine Anerkennungspflicht im nationalen Recht zu konstruieren. Mithin bestehen hier gute Gründe, eine unionsrechtskonforme Auslegung abzulehnen.<sup>127</sup> Folge davon wäre, dass nach den allgemeinen, für Fälle der Unionsrechtswidrigkeit einer nationalen Vorschrift geltenden Grundsätzen die deutschen Gerichte Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB schlichtweg nicht anwenden dürften.<sup>128</sup>

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Bejahung einer sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden *Pflicht zur Anerkennung* nicht in sämtlichen Fällen mit der bloßen *Nichtanwendung* des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB gleichbedeutend ist. Zwar impliziert eine derartige Pflicht die Nichtanwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, da Art. 21(1) AEUV die Anerkennung einer im EU-Ausland eingegangenen Frühehe gebietet, Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB eine solche aber gerade für unwirksam erklärt. Sie *erschöpft* sich allerdings nicht darin. Denn die bloße Nichtanwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB würde dazu führen, dass Art. 13 Abs. 1 EGBGB wieder anwendbar wäre. Art. 13 Abs. 1 EGBGB führt aber dazu, dass sich die Ehemündigkeit nach dem Recht des Staates richtet, dem

---

<sup>125</sup> Siehe BT-Drucks. 18/12086, S. 25.

<sup>126</sup> Siehe vor allem BT-Drucks. 18/12086, S. 15.

<sup>127</sup> Zu zwei Entscheidungen, in denen ebenfalls eine unionsrechtskonforme Auslegung verneint wurde, siehe BAG 17.11.2009 – 9 AZR 844/08 (juris Rn. 24 ff.) (in Bezug auf § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BUrtG) und BGH 16.5.2013 – II ZB 7/11 (juris Rn. 39 ff.).

<sup>128</sup> Siehe hierzu EuGH 4.2.1988 – Rs. 157/86 (*Murphy/An Bord Telecom Eireann*), Slg. 1988, 673, Rn. 11; EuGH 26.9.2000 – Rs. C-262/97 (*Engelbrecht*), Slg. 2000, I-7321, Rn. 40.

jeder Verlobte angehört. Knüpft allerdings das Kollisionsrecht des Mitgliedstaates, in dem die infrage stehende Ehe wirksam eingegangen wurde, an ein anderes Anknüpfungsmoment für die Beurteilung der Ehemündigkeit (wie etwa den Wohnsitz der Verlobten) an, so wäre der sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden Pflicht zur Anerkennung der Ehe nicht Genüge getan, wenn nach dem Recht des Staates, dem der Verlobte angehört, die Ehe mangels Ehemündigkeit des Verlobten unwirksam, nach dem Recht des Wohnsitzes der Verlobten dagegen wirksam wäre.

Eine derartige Pflicht ließe sich aber bei Verneinung einer unionsrechtskonformen Auslegung nur dann dogmatisch reibungsfrei ins nationale Recht umsetzen, wenn der Betroffene sich in einem Rechtsstreit unmittelbar auf Art. 21(1) AEUV berufen könnte. Dies würde allerdings wiederum voraussetzen, dass Art. 21(1) AEUV auch in Privatrechtsverhältnissen eine unmittelbare Drittwirkung zukommt.<sup>129</sup> Denn eine nichtige Ehe kann weitreichende Auswirkungen auf privatrechtliche Fragen haben,<sup>130</sup> die zumindest in der Regel nur in einem Rechtsstreit zwischen Privaten relevant sein werden. Der EuGH hat sich indes bislang mit der Frage einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 21(1) AEUV noch nicht beschäftigt und in der Literatur wird hierzu nur vereinzelt Stellung genommen.<sup>131</sup> Dementsprechend muss bei Verneinung einer europarechtskonformen Auslegung im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB diese Frage zunächst vom EuGH geklärt werden, um überhaupt die Umsetzung einer sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden Pflicht zur kollisionsrechtlichen Anerkennung in das nationale Recht dogmatisch reibungsfrei zu ermöglichen.

#### IV. Die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18(1) AEUV

Schließlich muss noch die Frage behandelt werden, ob Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB in einer nicht zu rechtfertigenden Weise gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18(1) AEUV verstößt.

---

<sup>129</sup> Hier ist auch darauf hinzuweisen, dass allein die Tatsache, dass der EuGH selbst in Privatrechtsverhältnissen eine unionsrechtskonforme Auslegung zulässt (hierzu siehe nur EuGH 14.7.1994 – Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325, Rn. 26 (zur richtlinienkonformen Auslegung)), noch nicht zwangsläufig bedeutet, dass sich eine Partei im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Privaten unmittelbar auf eine unionsrechtliche Norm berufen darf.

<sup>130</sup> Siehe hierzu oben (→ III. 1. a)).

<sup>131</sup> Der Verfasser hat nur in *Marcel Haag*, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*<sup>7</sup> (Baden-Baden 2015) Art. 21 AEUV Rn. 13 Ausführungen hierzu gefunden.

## 1. Tatbestandsebene

### a) Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte

Der EuGH hat bereits mehrmals entschieden, dass das in Art. 18(1) AEUV verankerte Diskriminierungsverbot nicht nur die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte verbiete, sondern auch die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte.<sup>132</sup> Deshalb ist hier zunächst zu prüfen, ob Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB zu einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung in der Form einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte führt.

Dies könnte unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Garcia Avello*<sup>133</sup> zu bejahen sein. Denn dort hat der EuGH das Vorliegen einer derartigen Diskriminierung deshalb bejaht, weil die Anwendung des belgischen Kollisionsrechts (das eine Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB entsprechende Regelung enthielt) dazu führte, dass belgische Staatsangehörige, die neben der belgischen Staatsangehörigkeit noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besaßen, genauso wie belgische Staatsangehörige, die ausschließlich die belgische Staatsangehörigkeit hatten, einen Familiennamen entsprechend dem belgischen Sachrecht führen mussten, obwohl sie (anders als die Letztgenannten) nicht zusätzlich einen (u. U. von ihrem belgischen Familiennamen abweichenden) Familiennamen nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates führen mussten.<sup>134</sup>

Allein unter dem Gesichtspunkt, dass auch das deutsche Kollisionsrecht in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB einen Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit bei Doppelstaaten vorsieht, kann aber im Kontext des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB keine Diskriminierung nach den Grundsätzen der *Garcia Avello*-Entscheidung bejaht werden. Denn gerade wegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB kann Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB nur in solchen Fällen tatbestandlich einschlägig sein, in denen der Minderjährige *nicht* die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Besitzt er dagegen (auch) die deutsche Staatsangehörigkeit, so ist deutsches Sachrecht bereits nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB anwendbar,<sup>135</sup> sodass die Ehemündigkeit gerade nicht „ausländischem Recht“ unterliegt, vgl. Art. 13 Abs. 3 EGBGB.

Zu erwägen ist aber, folgende Parallele zu der Entscheidung in der Rs. *Garcia Avello* zu ziehen: In der Rs. *Garcia Avello* wurde eine Person, die (zumindest

---

<sup>132</sup> Vgl. EuGH 17.7.1963 – Rs. 13/63 (*Italien ./.* *Kommission*), Slg. 1963, 359, S. 384; EuGH 17.7.1997 – Rs. C-354/95 (*National Farmers' Union u. a.*), Slg. 1997, I-4559, Rn. 61; EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613, Rn. 31. Hierzu siehe auch *Walther Michl*, in: Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV (Tübingen 2017) Art. 18 AEUV Rn. 12–14; *Rudolf Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV<sup>3</sup> (München 2018) Art. 18 AEUV Rn. 46.

<sup>133</sup> EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613.

<sup>134</sup> Vgl. EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613, Rn. 30 ff.

<sup>135</sup> Ist der verlobte Minderjährige ausschließlich Deutscher, so ist nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB ohne Weiteres deutsches Sachrecht anwendbar. Bei diesem Ergebnis bleibt es wegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auch dann, wenn er neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch diejenige eines anderen Mitgliedstaates besitzt.

auch) die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besaß, derselben Rechtsordnung unterworfen, die für einen Inländer maßgebend war. Nichts anderes geschieht aber bei Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB, der einem Ehegatten, der eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, derselben Rechtsordnung unterwirft, die für einen Deutschen maßgebend ist.

Es ist aber nicht zu erwarten, dass der EuGH sich einer derartigen Argumentation anschließen wird. Denn zum einen hat der EuGH in seiner Entscheidung in der Rs. *Grunkin und Paul* ausdrücklich klargestellt, dass allein darin, dass der Name einer Person in Deutschland nach deutschem Recht bestimmt werde, keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit liege.<sup>136</sup> Dementsprechend kann auch nicht allein darin, dass die Ehe einer Person in Deutschland nach deutschem Recht bestimmt wird, eine Diskriminierung erblickt werden. Zum anderen stellte der EuGH in seinen weiteren namensrechtlichen Entscheidungen nur noch auf Art. 21(1) AEUV ab, obwohl er sich weiterhin auf die Entscheidung in der Rs. *Garcia Avello* bezog und hieraus das für Art. 21(1) AEUV maßgebende Erfordernis des Vorliegens „schwerwiegender Nachteile“ ableitete.<sup>137</sup> Dadurch gab er also zu erkennen, dass er Konstellationen wie diejenige, die der *Garcia Avello*-Entscheidung zugrunde lag, nunmehr nicht mehr über Art. 18(1) AEUV durch die Bejahung einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte lösen wird, sondern ausschließlich über Art. 21(1) AEUV.<sup>138</sup> Eine unionsrechtswidrige Diskriminierung unter Heranziehung der *Garcia Avello*-Entscheidung ist somit im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB zu verneinen.

#### b) Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte

Eine nach Art. 18(1) AEUV zu beanstandende Diskriminierung könnte hier allerdings deshalb zu bejahen sein, weil Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB zu einer Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte führt. Wie der BGH in seiner Vorlageentscheidung ausgeführt hat,<sup>139</sup> ist eine nach deutschem Sachrecht vor dem 22.7.2017 eingegangene Ehe wegen Art. 229 § 44 Abs. 1 EGBGB lediglich aufhebbar, wenn die Ehegatten gegen die Vorschriften über die Ehemündigkeit verstoßen haben. Dagegen ist eine nach ausländischem Recht vor dem 22.7.2017 eingegangene Ehe nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1, 229 § 44 Abs. 4 EGBGB unwirksam, es sei denn, eine der in Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB aufgelisteten Ausnahmen ist

<sup>136</sup> Siehe EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-7639, Rn. 20.

<sup>137</sup> Siehe EuGH 14.10.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008, I-7639, Rn. 23; EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), Slg. 2010, I-13693, Rn. 55; EuGH 12.5.2011 – Rs. C-391/09 (*Runevic-Vardyn*), Slg. 2011, I-3787, Rn. 76.

<sup>138</sup> Ebenso Frankfurter Kommentar/*Michl* (Fn. 132) Art. 18 AEUV Rn. 14; dies erwägt auch *Ferdinand Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (Tübingen 2007) 249; ebenfalls gegen die Anwendung des Art. 18(1) AEUV in Fällen einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte *Thomas Ackermann*, Court of Justice Case C-148/02, C. M. L. Rev. 2007, 141–154, 148–149 (der aber eine Anwendung des Art. 18(1) AEUV aus dogmatischen Gründen ablehnt).

<sup>139</sup> Vgl. BGH 14.11.2018 – XII ZB 292/16 (juris Rn. 79).

einschlägig. Dementsprechend werden Auslandssehen schlechter behandelt als Inlandssehen.

Wenn diese Ungleichbehandlung gerade aufgrund der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit der Betroffenen erfolgt, handelt es sich um eine direkte Diskriminierung.<sup>140</sup> Hieran könnte man deshalb zweifeln, weil Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB selbst nicht an die Staatsangehörigkeit der Ehegatten anknüpft; vielmehr bewirkt er lediglich, dass Auslandssehen so behandelt werden wie Inlandssehen. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit und damit eine direkte Diskriminierung lässt sich aber hier wie folgt begründen: Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB setzt tatbestandlich voraus, dass die infrage stehende Ehe ausländischem Recht unterliegt. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn einer der Verlobten die Staatsangehörigkeit eines anderen Landes besitzt, da Art. 13 Abs. 1 EGBGB die Staatsangehörigkeit der Verlobten als Anknüpfungsmoment benutzt. Zur Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB kann es also nur dann kommen, wenn einer der Verlobten Angehöriger eines anderen Staates ist. Die Ungleichbehandlung erfolgt also „aufgrund“ der ausländischen Staatsangehörigkeit.

Will man aber trotzdem eine sog. offene Diskriminierung mit dem Argument verneinen, dass Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB selbst nicht die Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium verwendet, sondern lediglich voraussetzt, dass die Ehemündigkeit nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB ausländischem Recht unterliegt, so muss man im vorliegenden Fall jedenfalls eine sog. versteckte Diskriminierung bejahen. Eine solche ist dann gegeben, wenn zwar nicht unmittelbar an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, das von einer Norm verwendete Differenzierungskriterium aber faktisch zu demselben Ergebnis führt, nämlich zu einer Schlechterstellung von Ausländern.<sup>141</sup> Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB setzt voraus, dass die Ehemündigkeit nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB ausländischem Recht unterliegt. Indem Art. 13 Abs. 1 EGBGB an die Staatsangehörigkeit anknüpft, hat die in Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB enthaltene Tatbestandsvoraussetzung dieselbe Wirkung wie ein Tatbestandsmerkmal, das unmittelbar auf die Staatsangehörigkeit abstellt. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist somit jedenfalls in der Form einer versteckten Diskriminierung zu bejahen.

## 2. Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des EuGH wäre die hier infrage stehende Diskriminierung dann gerechtfertigt, wenn sie „auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemess-

---

<sup>140</sup> Zu dem Begriff vgl. nur *Michael Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar<sup>4</sup> (Baden-Baden/Wien/Basel 2019) Art. 18 AEUV Rn. 11; Frankfurter Kommentar/*Michl* (Fn. 132) Art. 18 AEUV Rn. 10; Streinz/*Streinz* (Fn. 132) Art. 18 AEUV Rn. 53.

<sup>141</sup> *Armin v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (München, Ergänzungslieferung 42, September 2010) Art. 18 AEUV Rn. 10; Schwarze/*Holoubek* (Fn. 140) Art. 18 AEUV Rn. 7.



senen Verhältnis zu einem legitimen Zweck stünde.<sup>142</sup> Diese Formel gilt sowohl für offene als auch für versteckte Diskriminierungen.<sup>143</sup> Die Rechtfertigung einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung ist deshalb nach denselben Maßstäben möglich wie eine Rechtfertigung einer Beeinträchtigung des nach Art. 21(1) AEUV gewährten Freizügigkeitsrechts.<sup>144</sup> Auf die obigen Ausführungen wird hier also Bezug genommen.<sup>145</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Der EU-Ausländer hat somit nach Art. 18(1) AEUV einen Anspruch, so behandelt zu werden wie ein inländischer Verlobter.<sup>146</sup> Im konkreten Fall würde dies bedeuten, dass er verlangen könnte, dass seine Ehe lediglich aufhebbar ist. Diesen Anspruch könnten die deutschen Gerichte dadurch in das deutsche Recht umsetzen, dass sie Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB für den hier infrage stehenden Zeitpunkt unionsrechtskonform reduzieren.<sup>147</sup> Dies hätte zur Folge, dass Art. 13 Abs. 1 EGBGB auch auf Auslandsehen anwendbar wäre. Verweist dieser auf deutsches Sachrecht, so wäre wegen Art. 229 § 44 Abs. 1 EGBGB das vor dem 22. Juli 2017 geltende Sachrecht anwendbar mit der Folge, dass auch die Auslandsehe lediglich aufhebbar wäre. Eine derartige unionsrechtskonforme Reduktion würde auch nicht Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB ins Gegenteil verkehren.<sup>148</sup> Denn diese Übergangsregelung sieht zwei Ausnahmen zur Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB für den Zeitraum vor dem 22. Juli 2017 vor, sodass der Schluss gezogen werden kann, dass der Gesetzgeber selbst nicht eine uneingeschränkte Anwendung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB befürwortete.<sup>149</sup>

<sup>142</sup> EuGH 11.7.2002 – Rs. C-224/98 (*D’Hoop*), Slg. 2002, I-6191, Rn. 36; EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613, Rn. 31.

<sup>143</sup> Siehe hierzu Grabitz/Hilf/Nettesheim/v. *Bogdandy* (Fn. 141) Art. 18 AEUV Rn. 20–23.

<sup>144</sup> Siehe vor allem Frankfurter Kommentar/*Michl* (Fn. 132) Art. 18 AEUV Rn. 32; vgl. auch *Boehme-Neßler*, Pkw-Maut für EU-Ausländer?, NVwZ 2014, 97–102, 98–99.

<sup>145</sup> Siehe oben (→ III.2.).

<sup>146</sup> Zu dieser Rechtsfolge im Fall einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes *Funken*, Das Anerkennungsprinzip (Fn. 9) 109.

<sup>147</sup> Zu dieser Möglichkeit siehe EuGH 5.10.2004 – Rs. C-397 bis C-403/01 (*Pfeiffer*), Slg. 2004, I-8835, Rn. 116; aus der deutschen Rechtsprechung siehe BAG 17.11.2009 – 9 AZR 844/08 (juris Rn. 29); vgl. auch *Streinz*, Europarecht (Fn. 25) Rn. 500; *Herresthal*, EuZW 2007, 396, 397.

<sup>148</sup> Zu dieser Grenze einer unionsrechtskonformen Reduktion siehe *Herresthal*, EuZW 2007, 396, 400.

<sup>149</sup> Indem hier eine unionsrechtskonforme Auslegung diskutiert wird, stellt sich hier auch nicht die Frage, ob Art. 18(1) AEUV eine unmittelbare Drittwirkung in Privatrechtsverhältnissen zukommt (dies bejahend etwa *GA Francis G. Jacobs*, Schlussanträge in der Rs. C-92/92 und C-326/92 (*Phil Collins*), Slg. 1993, I-5145, Rn. 32–33; Grabitz/Hilf/Nettesheim/v. *Bogdandy* (Fn. 141) Art. 18 AEUV Rn. 26–28; einschränkend dagegen *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV<sup>5</sup> (München 2016) Art. 18 AEUV Rn. 40). Denn selbst dann, wenn Unionsrecht keine unmittelbare Drittwirkung in Privatrechtsverhältnissen zukommt, können (bzw. müssen) die Gerichte der Mitgliedstaaten das nationale Recht unionsrechtskon-

## V. Fazit

Aus der vorangegangenen Untersuchung ergibt sich zunächst, dass Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB der aus RL 2004/38/EG abzuleitenden Pflicht zur (kollisionsrechtlichen) Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat eingegangenen Ehe widerspricht. Die deutschen Gerichte haben also insoweit eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist allerdings wichtig zu betonen, dass diese Pflicht auf Fragen beschränkt ist, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, d. h. Fragen der Bewegungsfreiheit sowie des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat.

Es wurde ferner gezeigt, dass außerhalb des Anwendungsbereichs der RL 2004/38/EG die durch Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB herbeigeführte Nichtanerkennung der im EU-Ausland geschlossenen Frühehe auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 21(1) AEUV verletzt. Anders als in Bezug auf die RL 2004/38/EG lassen sich indes mehrere Argumente gegen eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts zum Zwecke der Beseitigung dieser Unionsrechtswidrigkeit ins Feld führen. Die Verneinung einer europarechtskonformen Auslegung würde dann dazu führen, dass sich bei der Umsetzung der sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden europarechtlichen Vorgaben eine Reihe unterschiedlicher Folgefragen stellen würden. Denn nach den allgemeinen, für Fälle der Unionsrechtswidrigkeit einer nationalen Vorschrift geltenden Grundsätzen wäre Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB von den deutschen Gerichten schlichtweg nicht anzuwenden. Die Bejahung einer sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden *Pflicht zur Anerkennung* ist allerdings nicht in sämtlichen Fällen mit der bloßen *Nichtanwendung* des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB gleichbedeutend. In Bezug auf Art. 21(1) AEUV ließe sich allerdings eine derartige Pflicht in das nationale Recht nur dann dogmatisch reibungsfrei umsetzen, wenn Art. 21(1) AEUV auch in Privatrechtsverhältnissen eine unmittelbare Drittwirkung zukäme. Der EuGH hat sich indes bislang mit der Frage einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 21(1) AEUV noch nicht beschäftigt und in der Literatur wird hierzu nur vereinzelt Stellung genommen. Dementsprechend muss bei Verneinung einer europarechtskonformen Auslegung im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB diese Frage zunächst vom EuGH geklärt werden, um überhaupt eine dogmatisch reibungsfreie Umsetzung einer sich aus Art. 21(1) AEUV ergebenden Pflicht zur kollisionsrechtlichen Anerkennung in das nationale Recht zu erreichen.

Schließlich wurde dargelegt, dass das Diskriminierungsverbot nach Art. 18(1) AEUV dem EU-Ausländer in Bezug auf Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB erlaubt, zu verlangen, dass seine Ehe lediglich aufhebbar ist. Diesen Anspruch könnten

---

form auslegen; siehe hierzu nur EuGH 14.7.1994 – Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325, Rn. 26 und *Streinz*, Europarecht (Fn. 25) Rn. 491 (beide in Bezug auf eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts und eine unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien).

die deutschen Gerichte dadurch in das deutsche Recht umsetzen, dass sie Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB für den infrage stehenden Zeitpunkt unionsrechtskonform reduzieren.