

# Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

Hausmann / Odersky

4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-76395-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

welchem Recht wird dieses Appartement vererbt? Wie wäre es, wenn E erst am 10.9.2015 verstorben wäre?

Im Ausgangsfall richtet sich die Erbfolge noch nach dem autonomen deutschen IPR. Maßgebend ist daher gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB deutsches Erbrecht, weil der Erblasser zur Zeit seines Todes die deutsche Staatsangehörigkeit innehatte. Das deutsche Erbrecht gilt nach dem Grundsatz der Nachlassseinheit an sich für den gesamten Nachlass des E. Hiervon macht jedoch Art. 3a Abs. 2 EGBGB eine Ausnahme für solche Gegenstände, die sich nicht in Deutschland befinden und die nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen. Als „besondere Vorschriften“ iS hat die deutsche Rechtsprechung aber auch Kollisionsnormen des Belegenheitsstaates anerkannt, die in diesem Staat belegene Immobilien der *lex rei sitae* unterworfen haben (→ § 2 Rn. 174 f.). Solche Kollisionsnormen enthält das internationale Erbrecht des Staates New York. Aus diesem Grunde richtet sich die Erbfolge in das dort belegene Appartement – abweichend vom Grundsatz des Art. 25 Abs. 1 EGBGB – auch aus deutscher Sicht nach dem Recht von New York. Das deutsche und das New Yorker Kollisionsrecht gelangen somit zum gleichen Ergebnis.

Ist der Erblasser hingegen erst nach dem 17.8.2015 verstorben, so bestimmt sich das anwendbare Erbrecht nach der EuErbVO. Danach wird zwar ebenfalls auf deutsches Erbrecht verwiesen, weil E seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, Art. 21 Abs. 1 EuErbVO. Das deutsche Erbrecht erfasst aber nunmehr auch das New Yorker Appartement, weil die EuErbVO den Grundsatz „Einzelstatut bricht Gesamtstatut“ auf dem Gebiet des Kollisionsrechts nicht mehr kennt.

Damit kommt es aber zu einem hinkenden Rechtsverhältnis, weil ein deutsches Gericht insgesamt deutsches, ein New Yorker Gericht hingegen auf die Erbfolge in das Appartement New Yorker Recht anwenden wird.

Schließlich kann auch eine **Rechtswahl** ein hinkendes Rechtsverhältnis zur Folge haben, und zwar insbesondere in Fällen, in denen die nach deutschem oder europäischem IPR zulässige Rechtswahl im Ausland nicht anerkannt wird.<sup>164</sup> Diese Fälle waren vor allem im bisherigen autonomen/deutschen/internationalen Erbrecht häufiger, weil die in Art. 25 Abs. 2 EGBGB zugelassene gegenständlich beschränkte Wahl deutschen Erbrechts für inländischen Grundbesitz durch ausländische Erblasser in deren Heimatstaaten zumeist nicht anerkannt wurde. Demgegenüber wird die nach Art. 22 EuErbVO nur noch zugelassene umfassende Rechtswahl des Erblassers zugunsten seines Heimatrechts nicht nur in allen Mitgliedstaaten der Verordnung anerkannt; sie führt vielmehr auch dann nicht zu einem hinkenden Rechtsverhältnis, wenn der Erblasser einem *Drittstaat* angehört, der zwar keine erbrechtliche Rechtswahl kennt, aber in seinem IPR objektiv an die Staatsangehörigkeit des Erblassers zur Zeit seines Todes anknüpft.

### 3. Vermeidung

Das Hauptproblem hinkender Rechtsverhältnisse liegt darin, dass sie erheblichen **Anreiz zum *forum shopping*** bieten. Denn jeder Beteiligte wird versuchen, die Gerichte des Staates anzurufen, die das ihm in der Sache vorteilhaftere Recht anwenden werden. Diese Möglichkeit ist freilich auf dem Gebiet des Erbrechts mit Inkrafttreten der EuErbVO in deren Mitgliedstaaten stark eingeschränkt worden, weil die Verordnung nicht nur das Kollisionsrecht, sondern auch das Recht der internationalen Zuständigkeit mit dem Ziel harmonisiert hat, dass möglichst die Gerichte nur eines Mitgliedstaats über die Erbfolge befinden sollen (näher → § 15 Rn. 13ff.). Ist dies nicht der Fall, gehört die Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse zu den vornehmsten Aufgaben einer gelungenen Rechtsgestaltung. Dies gilt auch für deutsche Notare, obwohl sie das ausländische Sach- und Kollisionsrecht anwenden müssen.

<sup>164</sup> Vgl. schon *Ferid* IPR Rn. 2–4; ferner *Schotten* FS Geimer 2002, 1013 (1020f.).

sionsrecht nicht kennen und darüber auch nicht belehren müssen. Das effektivste Mittel zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse ist die Wahrnehmung der heute auch im Familien- und Erbrecht in erheblich weiterem Umfang als früher bestehenden **Rechtswahlmöglichkeiten**.

#### 107 Beispiel:

So hätten die Ehegatten im Beispiel → Rn. 98 die unterschiedliche Anknüpfung ihrer güterrechtlichen Beziehungen durch die deutschen und die italienischen Gerichte mit einer Rechtswahl zugunsten des deutschen oder des italienischen Rechts vermeiden können. Eine solche Rechtswahl wäre sowohl nach deutschem (Art. 15 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 EGBGB; → § 9 Rn. 159 ff.) wie nach italienischem Kollisionsrecht (Art. 30 Abs. 1 S. 2 IPRG 1995) als wirksam anerkannt worden.

In gleicher Weise hätten die Ehegatten auch im Beispiel → Rn. 100 durch eine sowohl nach deutschem wie nach schweizerischem IPR (Art. 52 Abs. 1 IPRG) zugelassene Wahl des deutschen oder des schweizerischen Güterrechts die Entstehung eines hinkenden Rechtsverhältnisses von vorneherein verhindern können.

Schließlich hätte der Erblasser auch im Beispiel → Rn. 102 durch eine nach Art. 22 EuErbVO wirksame Rechtswahl zugunsten seines serbischen Heimatrechts erreichen können, dass sowohl die deutschen wie die serbischen Gerichte die Erbfolge nach dem gleichen Recht beurteilen. Denn die serbischen Gerichte erkennen zwar die getroffene Rechtswahl nicht an, weil das serbische IPR auf dem Gebiet des Erbrechts bisher keine Parteiautonomie einräumt. Sie gelangen jedoch über eine objektive Anknüpfung des Erbstatuts nach Art. 30 Abs. 1 IPRG ebenfalls zur Geltung des serbischen Heimatrechts des Erblassers.

108 Vor allem auf dem Gebiet der gewillkürten Erbfolge können hinkende Rechtsverhältnisse auch im Wege der **Auslegung** von Testamenten oder Erbverträgen vermieden werden.<sup>165</sup> Hinsichtlich der Form von Testamenten wird dieses Ziel vor allem dadurch erreicht, dass möglichst die Form nach allen Rechtsordnungen eingehalten wird, in denen Nachlassvermögen belegen ist.

#### 109 Beispiel:

Der deutsche Staatsangehörige E hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Köln, den er auch beibehalten möchte. Er ist in zweiter Ehe mit F verheiratet, die er zu seiner Alleinerbin einsetzen möchte. Seinen Sohn S aus erster Ehe möchte er auf den Pflichtteil beschränken. E besitzt Grundvermögen in Deutschland sowie ein Ferienhaus in Florida/USA. Er sucht den Notar N in Köln auf und wünscht die Beurkundung eines entsprechenden Testaments. Welche Überlegungen wird der Notar anstellen, um dem letzten Willen des E, insbesondere auch hinsichtlich des Grundbesitzes in Florida, zur Durchsetzung zu verhelfen.

Der Notar hat in erster Linie darauf zu achten, dass das von E zu errichtende Testament aus der Sicht des deutschen internationalen Erbrechts inhaltlich und formell wirksam errichtet wird. Die inhaltliche Gültigkeit des von E zu errichtenden Testaments beurteilt sich gemäß Art. 24 Abs. 1, 26 EuErbVO nach deutschem Erbrecht, weil E seinen gewöhnlichen Aufenthalt zur Zeit der Testamentserrichtung in Deutschland hat. Auch in formeller Hinsicht reicht es aus deutscher Sicht aus, wenn E die Form des deutschen Rechts durch Errichtung eines notariellen Testaments (§ 2232 BGB) einhält, Art. 75 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO, Art. 1 Abs. 1 lit. a, lit. b HTestformÜ.

Der Notar sollte den E aber auch darauf hinweisen, dass durch die wirksame Errichtung des Testaments nach deutschem Kollisions- und Sachrecht nicht gewährleistet ist, dass das Testament auch in Florida als wirksam angesehen wird. Er sollte daher in Bezug auf die Testa-

<sup>165</sup> Vgl. zur Vermeidung eines Nachlasskonflikts zwischen dem deutschen Recht und dem Recht von Florida als Belegenheitsstaat von Nachlassgrundstücken durch Auslegung der Zuwendung des Pflichtteils als Vermächtnis BGH NJW 2004, 3558; dazu *Leible/Sommer* ZEV 2006, 93.

mentsform anregen, dass bei der Beurkundung zusätzlich auch die Formvorschriften des Rechts von Florida durch Zuziehung von zwei oder drei Zeugen eingehalten werden und dass die testamentarischen Anordnungen in inhaltlicher Hinsicht so formuliert werden, dass sie sich auch in das Erbrecht von Florida übertragen lassen.<sup>166</sup> Stattdessen kann dem E auch geraten werden, ein inhaltlich übereinstimmendes Testament bezüglich des Grundvermögens in Florida noch einmal in englischer Sprache unter Beiziehung eines Rechtsanwalts in Florida zu errichten.

## E. Ordre public

### Schrifttum:

**Handbücher und Monographien:** *Frick*, Ordre public und Parteiautonomie, 2005; *Jayme*, Methoden der Konkretisierung des ordre public, 1989; *ders.*, Nationaler ordre public und europäische Integration, 2000; *Würmest*, Ordre public, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 445. **Aufsätze:** *Basedou*, Die Verselbständigung des europäischen ordre public, FS Sonnenberger 2004, 291; *Girsberger/Mráz*, Völkerrechtlicher ordre public, IPRax 2003, 548; *Kokott*, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, BerGesVR 38 (1998), 1; *Looschelders*, Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das IPR, RabelsZ 65 (2001), 463; *ders.*, Anpassung und ordre public im internationalen Erbrecht, FS von Hoffmann 2011, 266; *Lorenz*, Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher ordre public: Vergleichsmaßstab für die Ergebniskontrolle, IPRax 1993, 148; *ders.*, Renvoi und ausländischer ordre public, FS Geimer 2002, 555; *Martiny*, Die Zukunft des europäischen ordre public, FS Sonnenberger 2004, 523; *Schmalenbach*, Ordre public-Vorbehalte im Europäischen Unionsrecht, FS Posch 2011, 691; *M. Stürner*, Europäisierung des (Kollisions-)Rechts und nationaler ordre public, FS von Hoffmann 2011, 463.

### I. Begriff

Zum Schutz der inländischen öffentlichen Ordnung wird den deutschen Gerichten in Art. 6 EGBGB in Ausnahmefällen die Möglichkeit gegeben, die Anwendung einer Bestimmung des ausländischen Rechts abzulehnen, wenn deren Anwendung in einem konkreten Fall mit tragenden Prinzipien des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar wäre. Mit dem – in der amtlichen Überschrift des Art. 6 EGBGB neben der „öffentlichen Ordnung“ in Klammern hinzugesetzten – französischen Begriff „ordre public“ soll insbesondere verdeutlicht werden, dass es um mehr als die Durchsetzung bloßer Ordnungsvorschriften des deutschen Rechts geht.<sup>167</sup> Der ordre public umfasst vielmehr nach einer auch für Art. 6 EGBGB maßgebenden **Definition des EuGH** „alle nationalen Vorschriften, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation des betreffenden Mitgliedstaates angesehen wird, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich im nationalen Hoheitsgebiet dieses Staates befinden, und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben ist.“<sup>168</sup> Ähnlich sieht der deutsche Gesetzgeber den Zweck des Art. 6 EGBGB darin, „durch Kollisionsnormen berufenes fremdes Recht abzuwehren, sofern dessen Anwendung im Einzelfall zu Ergebnissen führen würde, die den Kernbestand der inländischen Rechtsordnung antasten“.<sup>169</sup> Bezugspunkt ist also nicht nur das einfache zwingende Recht (sog. „ordre public interne“), sondern es sind – wie Art. 6 S. 1 EGBGB formuliert – die „wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts“ (sog. „ordre public international“; näher → Rn. 123 ff.).<sup>170</sup>

Art. 6 EGBGB enthält eine „Vorbehaltsklausel“, die nach heutigem Verständnis reine **Abwehrfunktion** hat, nämlich ausländisches Recht von einer Anwendung durch deutsche Gerichte auszuschließen, wenn dieses zu einem Ergebnis führt, das mit grundlegen-

<sup>166</sup> Vgl. *Steiner ZEV* 2003, 145 (146); *Leible/Sommer ZEV* 2006, 93 (98).

<sup>167</sup> *MüKoBGB/v. Hein EGBGB* Art. 6 Rn. 7.

<sup>168</sup> EuGH 23. 11. 1999 – C-369/96, Slg. 1999, I-8430 (8453) Rn. 30 = *EuZW* 2000, 88 – *Arblade*.

<sup>169</sup> *BT-Drs.* 10/504, 452.

<sup>170</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung *BGHZ* 138, 331 (334f.); krit. dazu *MüKoBGB/v. Hein EGBGB* Art. 6 Rn. 8f. mwN.

den Gerechtigkeitsvorstellungen der deutschen *lex fori* unvereinbar ist.<sup>171</sup> Ziel des Art. 6 EGBGB ist es also nicht, bestimmten Wertungen des deutschen Rechts unabhängig vom Inhalt des ausländischen Rechts Geltung zu verschaffen. Diese Aufgabe kommt heute vielmehr den *Eingriffsnormen* (→ Rn. 119) zu. Auch das europäische Kollisionsrecht unterscheidet daher deutlich zwischen der negativen Funktion des *ordre public* (zB in Art. 21 Rom I-VO und Art. 26 Rom II-VO) einerseits und der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen (zB in Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO) andererseits.

## II. Rechtsquellen

### 1. EU-Recht

- 112 Auch das EU-Recht enthält durchwegs allgemeine Vorbehaltsklauseln, die es dem Gericht gestatten, die Anwendung des von dem jeweiligen Rechtsinstrument berufenen ausländischen Rechts wegen offensichtlicher Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* der *lex fori* zu versagen. Nach dem derzeitigen Stand der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts in der EU sind dies für das internationale Vertragsrecht Art. 21 Rom I-VO, für das IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse Art. 26 Rom II-VO, für das internationale Ehescheidungsrecht Art. 12 Rom III-VO (→ § 11 Rn. 163 ff.), für das internationale Güterrecht (Art. 31 EuGüVO/EuPartVO), für das internationale Unterhaltsrecht Art. 13 HUP (→ § 10 Rn. 192 ff.) und für das internationale Erbrecht Art. 35 EuErbVO (→ § 15 Rn. 340 ff.). In diesen Vorbehaltsklauseln wird nicht danach differenziert, ob das Recht eines anderen Mitgliedstaats oder das Recht eines Drittstaats zur Anwendung berufen wird. Für einen gänzlichen Verzicht auf eine *ordre public*-Kontrolle ist es im EU-Kollisionsrecht – anders als zT bei der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen innerhalb der EU (→ Rn. 121) – nach überwiegender Ansicht noch zu früh.<sup>172</sup> Dies gilt insbesondere auf den Gebieten des Familien- und Erbrechts, wo die zugrundeliegenden Wertvorstellungen – zB hinsichtlich der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen – auch zwischen den Mitgliedstaaten noch immer erheblich differieren.<sup>173</sup> Die Prüfung des *ordre public* ist ferner auch gegenüber mitgliedstaatlichem Recht von Amts wegen vorzunehmen.<sup>174</sup>
- 113 Kontrollmaßstab ist auch für die in den EU-Verordnungen enthaltenen allgemeinen Vorbehaltsklauseln nicht etwa nur das EU-Recht, sondern die **nationale öffentliche Ordnung** des jeweiligen Mitgliedstaats.<sup>175</sup> Dies schließt jedoch nicht aus, iRd Konkretisierung des *ordre public* den Zielsetzungen des Unionsrechts, insbesondere dem ihm zugrundeliegenden Integrationsgedanken, gebührend Rechnung zu tragen und nationale Wertungen in diesem Lichte abzuschwächen.<sup>176</sup> Vor allem die in der EU-Charta verankerten europäischen Grundrechte, wie zB das Diskriminierungsverbot nach Art. 21, können die Berufung auf den nationalen *ordre public* begrenzen.<sup>177</sup> Bezüglich der Schranken, die das europäische Recht dem nationalen *ordre public* zieht, sind die Grundsätze der EuGH-

<sup>171</sup> Kropholler IPR § 36 I; Kegel/Schurig IPR § 16 I; Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 8 ff.; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 2; BeckOK BGB/Lorenz EGBGB Art. 6 Rn. 4.

<sup>172</sup> Heinze FS Kropholler 2008, 105 (126); Rühl FS Kropholler 2008, 187 (207 f.); MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 23.

<sup>173</sup> Vgl. einerseits AG Nürnberg FamRZ 2011, 308 (im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe verstößt gegen den deutschen *ordre public*), andererseits App. Chambéry 22.10.2013, D. 20123, 2464 = IPRax 2014, 292 mAnm Lutz (Recht auf Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Ehe ist Bestandteil des französischen *ordre public*).

<sup>174</sup> MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 24.

<sup>175</sup> Heinze FS Kropholler 2008, 105 (121 f.); Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 43; BeckOK BGB/Lorenz EGBGB Art. 6 Rn. 9.

<sup>176</sup> MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 27; dazu näher → Rn. 128 f.

<sup>177</sup> Vgl. ErWG 25 zur Rom III-VO und ErWG 58 zur EuErbVO.

Rechtsprechung zu Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ/Art. 34 Nr. 1 EuGVVO<sup>178</sup> auch auf die *ordre public*-Klauseln in kollisionsrechtlichen EU-Verordnungen zu übertragen.<sup>179</sup> Danach ist es zwar nicht Sache des Gerichtshofs, den Inhalt der öffentlichen Ordnung eines Mitgliedstaats zu definieren; er hat jedoch über die Grenzen zu wachen, innerhalb derer sich das Gericht eines Mitgliedstaats auf den *ordre public* stützen darf, um ausländisches Recht von der Anwendung auszuschließen. Diese Befugnis folgt vor allem daraus, dass EU-Verordnungen auf der Grundlage von Art. 81 AEUV erlassen werden und ihre Bestimmungen daher im Lichte dieser Ermächtigungsgrundlage auszulegen sind. Danach dürfen die Vorbehaltsklauseln insbesondere nicht zur Erreichung von Zielen eingesetzt werden, die mit dem Unionsrecht (zB den Grundfreiheiten oder der Grundrechte-Charta) nicht in Einklang stehen.

Im Übrigen gelten für die Anwendung der Vorbehaltsklauseln im europäischen Kollisionsrecht – insbesondere was ihre restriktive Handhabung,<sup>180</sup> das Erfordernis eines Inlandsbezugs<sup>181</sup> und die Rechtsfolgen eines Verstoßes<sup>182</sup> anberuht – die anschließend zu Art. 6 EGBGB erläuterten Grundsätze weithin entsprechend.<sup>183</sup> 114

## 2. Staatsverträge

Während ältere Staatsverträge zT keine eigenen Vorbehaltsklauseln,<sup>184</sup> sondern nur Öffnungsklauseln zugunsten der Anwendung des nationalen *ordre public* der Vertragsstaaten enthielten,<sup>185</sup> sehen die jüngeren kollisionsrechtlichen Staatsverträge der Haager Konferenz durchwegs allgemeine Vorbehaltsklauseln vor, die in ihrer Formulierung mit den in EU-Verordnungen verwendeten Klauseln weitgehend übereinstimmen, insbesondere ebenfalls eine „offensichtliche“ Unvereinbarkeit des jeweiligen Anwendungsergebnisses mit der öffentlichen Ordnung der *lex fori* erfordern. Soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, haben sie gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB sowohl Vorrang vor Art. 6 EGBGB als auch vor speziellen Vorbehaltsklauseln des autonomen Rechts.<sup>186</sup> Von praktischer Bedeutung sind insbesondere die staatsvertraglichen Vorbehaltsklauseln auf den Gebieten des Erwachsenenschutzes (Art. 21 ErwSU), des Kinderschutzes (Art. 22 KSÜ) und des Unterhaltsrechts (Art. 13 HUP). Diese Klauseln dienen zwar ebenfalls in erster Linie dem Schutz der öffentlichen Ordnung des Vertragsstaats, dessen Gerichte aufgrund einer vom Staatsvertrag ausgesprochenen Verweisung ausländisches Recht anzuwenden haben; sie sind jedoch im Interesse des mit dem Staatsvertrag 115

<sup>178</sup> Vgl. EuGH 28.3.2000 – C-7/98, Slg. 2000, I-1935 Rn. 22 = NJW 2000, 1853 – Krombach; EuGH 11.5.2000 – C-38/98, Slg. 2000, I-2973 Rn. 27 ff. = NJW 2000, 2185 – Renault; EuGH 28.4.2009 – C-420/07, Slg. 2009, I-3571 Rn. 57 = NJW 2009, 1938 – Apostolides; EuGH 6.9.2012 – C-619/10, EuZW 2012, 912 Rn. 49 mAnm Bach – Trade Agency.

<sup>179</sup> Dazu allg. MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 170 f. mwN. Für Geltung dieser Schranken iRv Art. 21 Rom I-VO auch Staudinger AnwBl. 2008, 8 (15); MüKoBGB/Martiny Rom I-VO Art. 21 Rn. 3; Staudinger/Hausmann Rom I-VO Art. 21 Rn. 12; Palandt/Thorn Rom I-VO Art. 21 Rn. 4; ebenso MüKoBGB/Junker Rom II-VO Art. 26 Rn. 17 und zu Art. 12 Rom III-VO Hausmann IntEuFamR A Rn. 471.

<sup>180</sup> Vgl. zum Erfordernis eines „offensichtlichen“ Verstoßes nach Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ/Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO EuGH 28.3.2000 – C-7/98, Slg. 2000, I-1935 Rn. 37 = NJW 2000, 1853 – Krombach; EuGH 12.5.2000 – C-38/98, Slg. 2000, I-2973 Rn. 27 = NJW 2000, 2185 – Renault; EuGH 2.4.2009 – C-394/07, Slg. 2009, I-3571 Rn. 59 = NJW 2009, 1938 – Gambazzi. Vgl. auch zur Anerkennung sorge-rechtlicher Entscheidungen nach Art. 23 lit. a Brüssel IIa-VO EuGH 19.11.2015 – C-455/15 PPO, FamRZ 2016, 111 Rn. 34 ff. – P/Q.

<sup>181</sup> Dazu Siehr FS v. Hoffmann 2011, 424 ff.; M. Stürner FS v. Hoffmann 2011, 463 (480 f.).

<sup>182</sup> Vgl. Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 44; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 33.

<sup>183</sup> Vgl. MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 27 ff.

<sup>184</sup> Zur Frage, ob aus dem Fehlen einer Vorbehaltsklausel im Staatsvertrag gefolgert werden kann, dass eine Berufung auf den *ordre public* ausgeschlossen sein soll, vgl. Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 62; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 39 ff.

<sup>185</sup> So insbesondere Art. 8 Abs. 3 S. 2 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens von 1929; dazu → § 11 Rn. 16.

<sup>186</sup> OLG Hamm IPRax 1994, 33 mAnm Dörner; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 45; Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 56; BeckOK BGB/Lorenz EGBGB Art. 6 Rn. 7.

angestrebten internationalen Entscheidungseinklangs eng und unter vergleichender Berücksichtigung des Rechts der übrigen Vertragsstaaten auszulegen.<sup>187</sup>

### 3. Autonomes Kollisionsrecht

- 116 Nur soweit weder europäisches noch staatsvertragliches Kollisionsrecht zur Anwendung kommt, ist weiterhin auf die autonome Vorbehaltsklausel in Art. 6 EGBGB zurückzugreifen.

## III. Abgrenzungen

### 1. Allgemeine und spezielle Vorbehaltsklauseln

- 117 Die allgemeine Vorbehaltsklausel in Art. 6 EGBGB wird ergänzt durch spezielle Vorbehaltsklauseln des EGBGB, die in Einzelfällen die bevorzugte Anwendung deutschen Rechts vorschreiben. Sie sind nur zT Konkretisierungen des allgemeinen *ordre public* zur Sicherung von „wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts“, so zB Art. 13 Abs. 2 EGBGB (Sicherung der Eheschließungsfreiheit von Ausländern), Art. 40 Abs. 3 EGBGB (Beschränkung des Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung) oder Art. 48 S. 1 EGBGB aE (Schranke für die Wahl des in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworbenen Namens).<sup>188</sup> Teilweise korrigieren sie nicht nur das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts im Einzelfall, sondern berufen von vorneherein die deutsche *lex fori*, wie zB Art. 13 Abs. 3 S. 1 EGBGB (Grundsatz der obligatorischen Zivilehe), Art. 17 Abs. 2 EGBGB (Inlandsscheidung nur durch Urteil) oder Art. 17a EGBGB (Nutzungsbefugnis an der inländischen Ehwohnung und am Hausrat sowie damit zusammenhängende Betretungs-, Nährungs- und Kontaktverbote). Im letzteren Fall handelt es sich um sog. „Exklusivnormen“ (→ § 2 Rn. 18 f.), die zT auch als einseitige Kollisionsnormen eingeordnet werden.<sup>189</sup> *Ordre public*-Funktion hatte auch die sog. „Kappungsgrenze“ im Kollisionsrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft (Art. 17b Abs. 4 EGBGB aF (näher → § 13 Rn. 98 f.)). Demgegenüber hat die korrigierende Anknüpfung des Versorgungsausgleichs an das deutsche Recht in Art. 17 Abs. 4 S. 2 EGBGB keinen *ordre public*-Charakter (→ näher § 12 Rn. 51). Mit Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB ist die letzte Schutzklausel zugunsten deutscher Staatsangehöriger ohne *ordre public*-Gehalt mit Inkrafttreten der Rom III-VO aufgehoben worden.
- 118 Auch das **europäische Unionsrecht** arbeitet zT mit speziellen Vorbehaltsklauseln. Ein anschauliches Beispiel ist Art. 10 Rom III-VO auf dem Gebiet des internationalen Ehescheidungsrechts (näher → § 11 Rn. 46 ff.).

### 2. Ordre public und Eingriffsnormen

- 119 Zwar besteht zwischen dem *ordre public* und Eingriffsnormen durchaus eine gewisse Verwandtschaft.<sup>190</sup> Während jedoch mit Hilfe des *ordre public* das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts nur im Einzelfall korrigiert wird, setzen Eingriffsnormen bestimmte Staatsinteressen unbedingt, dh ergebnisunabhängig durch.<sup>191</sup> Maßgebend ist allein der Anwendungswille der jeweiligen Eingriffsnorm. Während es sich bei Art. 6 EGBGB um eine echte (unselbständige) Kollisionsnorm handelt, welche die Anwendung ausländischen Rechts regelt, bleiben inländische Eingriffsnormen vom Spiel der Kollisionsnormen „unberührt“ (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO, Art. 16 Rom II-VO). Die Voraussetzungen für ihre

<sup>187</sup> Kropholler IPR § 36 VI; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 46.

<sup>188</sup> Vgl. Staudinger/Hausmann EGBGB Art. 48 Rn. 32 ff.

<sup>189</sup> So Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 48.

<sup>190</sup> Dies kommt etwa darin zum Ausdruck, dass beide Aspekte in ErwG 37 zur Rom I-VO und ErwG 32 zur Rom II-VO gemeinsam angesprochen werden.

<sup>191</sup> Allg. zum Unterschied zwischen Vorbehaltsklausel und Eingriffsnormen v. Bar/Mankowski IPR I § 7 Rn. 276; Staudinger/Voltz EGBGB Art. 6 Rn. 30; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 92 f.

Anwendung sind hingegen gesetzlich nicht geregelt. Einigkeit besteht lediglich darüber, dass auch die Anwendung inländischer Eingriffsnormen eine gewisse Nähe des Sachverhalts zum Inland erfordert, vergleichbar der für eine Berufung auf den *ordre public* notwendigen Inlandsbeziehung (→ Rn. 132 ff.). Eingriffsnormen unterscheiden sich auch auf der Rechtsfolgenseite von der allgemeinen Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB, weil sie stets zur Anwendung der *lex fori* führen, während dies in Fällen der Berufung auf den *ordre public* nicht zwingend ist (→ Rn. 143). Schließlich ist für den deutschen Rechtsanwender der *ordre public* eines ausländischen Staates grundsätzlich unbeachtlich,<sup>192</sup> während eine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen – wie Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zeigt – durchaus in Betracht kommt.

### 3. Ordre public und Gesetzesumgehung

Auch das ungeschriebene Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung (→ Rn. 145 ff.) weist historisch eine gewisse Nähe zum *ordre public*-Vorbehalt auf. Daher greift die Rechtsprechung noch bis in die jüngste Zeit auf den *ordre public* zurück, um einer Gesetzesumgehung vorzubeugen.<sup>193</sup> In der heutigen Literatur wird jedoch zu Recht die Eigenständigkeit der Gesetzesumgehung als Rechtsinstitut betont. Denn umgangen werden können nicht nur deutsche, sondern auch ausländische Rechtsvorschriften, und zwar gerade mit dem Ziel, die Anwendung des günstigeren deutschen Rechts zu erreichen. Diese Konstellation der Gesetzesumgehung lässt sich aber mit der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB nicht bewältigen. 120

### 4. Kollisions- und anerkennungsrechtlicher *ordre public*

Die Vorbehaltsklausel in Art. 6 EGBGB ist schließlich auch von den Regeln in § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG zu unterscheiden, die den sog. **anerkennungsrechtlichen *ordre public*** regeln. Die gleiche Unterscheidung gilt auch im europäischen Recht, etwa im Verhältnis zwischen Art. 21 Rom I-VO, Art. 26 Rom II-VO und Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO, zwischen Art. 12 Rom III-VO und Art. 22 lit. a Brüssel IIa-VO, zwischen Art. 13 HUP und Art. 24 lit. a EuUntVO oder zwischen Art. 22 KSÜ und Art. 23 lit. a Brüssel IIa-VO bzw. Art. 23 Abs. 2 lit. d KSÜ. Der *ordre public* des Anerkennungsstaates bleibt auch vorbehalten im internationalen Insolvenzrecht (Art. 33 Eu-InsVO nF bzw. § 343 Abs. 1 Nr. 2 InsO) sowie im internationalen Schiedsverfahrensrecht (Art. V Abs. 2 lit. b New Yorker Übereinkommen,<sup>194</sup> § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO). In zahlreichen neueren Rechtsinstrumenten der EU ist das Exequaturverfahren für die Vollstreckung ausländischer Titel hingegen abgeschafft worden, so dass auch eine Kontrolle am Maßstab des *ordre public* des Vollstreckungsstaates nicht mehr stattfindet (vgl. Art. 17 ff. Eu-UntVO; Art. 40 ff. Brüssel IIa-VO; Art. 5 EuVTVO; Art. 19 EuMVVO; Art. 20 Eu-GFVO; Art. 23 EuBvKpfVO; Art. 4 EuSchutzMVO).<sup>195</sup> Dies ist auch mit der EU-Grundrechtecharta vereinbar.<sup>196</sup> Entgegen dem Vorschlag der EU-Kommission<sup>197</sup> wurde der *ordre public*-Vorbehalt allerdings in Art. 45 Abs. 1 lit. a der mit Wirkung zum 10.1.2015 neu gefassten Brüssel I-VO aufrechterhalten. Daher ist auch mit einer Beseitigung der Vorbehaltsklauseln in kollisionsrechtlichen Rechtsinstrumenten der EU vorerst nicht zu rechnen. 121

<sup>192</sup> Dazu MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 83.

<sup>193</sup> Vgl. OLG Düsseldorf ZEV 2010, 528 mAnm. *Stucke/Remplik* und *Wachter* sowie *Jakob/Uhl* IPRax 2012, 451 (zur Nichtanerkennung einer liechtensteinischen Stiftung unter Berufung auf Art. 6 EGBGB, weil deren Hauptzweck in der Hinterziehung von Steuern liege).

<sup>194</sup> New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, BGBl. 1961 II 121 = *Jayme/Hausmann* Nr. 240.

<sup>195</sup> Zur genauen Bezeichnung dieser Rechtsinstrumente und ihren Fundstellen → § 1 Rn. 54f.

<sup>196</sup> EuGH 1.7.2010 – C-211/10 PPU, FamRZ 2010, 1307 mAnm. *A. Schulz* – *Povse/Alpago* (zu Art. 42 EuEheVO).

<sup>197</sup> KOM(2010) 748 endg.

- 122 Die vorgenannten verfahrensrechtlichen *ordre public*-Klauseln umfassen neben einer Kontrolle des materiellen Ergebnisses, zu dem das ausländische Gericht in seiner Entscheidung gelangt ist, insbesondere auch die Überprüfung, ob dem Beklagten rechtliches Gehör gewährt wurde und dem Urteil auch sonst ein **faïres Verfahren** vorausgegangen ist.<sup>198</sup> Für die materiell-rechtliche *ordre public*-Kontrolle kommt es nicht darauf an, ob das ausländische Gericht das aus deutscher Sicht „richtige“ Recht angewandt hat und ob die zugrunde gelegten Vorschriften dieses Rechts auf den gleichen Prinzipien beruhen wie das deutsche Recht. Entscheidend ist allein, ob das konkrete Ergebnis einer Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Urteils im Inland zu den deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Gegensatz steht, dass es von uns für untragbar gehalten wird.<sup>199</sup> Allerdings ist im Stadium der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung bei der Kontrolle am Maßstab des *ordre public* ein *milderer Maßstab* anzulegen als bei der Anwendung ausländischen Rechts im Erkenntnisverfahren (sog. „*effet atténué*“). Denn es macht insoweit einen Unterschied, ob ein bestimmtes Anwendungsergebnis erstmals durch ein Gericht festgestellt wird oder ob es lediglich darum geht, das in einem anderen Mitgliedstaat bereits voll wirksame Urteil auf das Gebiet eines weiteren Mitgliedstaats zu erstrecken.<sup>200</sup>

#### IV. Kontrollmaßstab

##### 1. Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts

- 123 Maßstab für die *ordre public*-Kontrolle ist nicht das deutsche materielle Recht in seiner Gesamtheit, sondern es sind nur die ihm zugrundeliegenden **Gerechtigkeitsvorstellungen**,<sup>201</sup> die insbesondere durch die Grundrechte als besonders hervorgehobene Wertentscheidungen der Verfassung näher konkretisiert werden (→ Rn. 125f.). In diesem Sinne hatte der BGH schon vor der IPR-Reform von 1986 ausgesprochen, dass nicht jede Abweichung vom deutschen Gesetzesrecht gegen den *ordre public* verstoße, sondern dass es darauf ankomme, „ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es von uns für untragbar gehalten wird.“<sup>202</sup>
- 124 Durch die Anwendung des ausländischen Rechts muss der „Kernbestand der inländischen Rechtsordnung“<sup>203</sup> tangiert sein; dafür reicht es keinesfalls aus, dass nur von innerstaatlich zwingendem Recht abgewichen wird.<sup>204</sup> Daneben sind auch die von inländischen Generalklauseln in Bezug genommenen außergesetzlichen Wertmaßstäbe zu berücksichtigen, wie zB die – von Art. 30 EGBGB aF noch ausdrücklich genannten – „guten Sitten“; ihnen kommt allerdings aufgrund der weitreichenden Konstitutionalisierung des Privat-

<sup>198</sup> Zu diesem „prozessualen *ordre public*“ allg. Jüngst, Der europäische verfahrensrechtliche *ordre public* – Inhalt und Begrenzung, 2013; im familienrechtlichen Kontext Hausmann IntEuFamR K Rn. 68ff., L Rn. 55ff. und M Rn. 160ff.

<sup>199</sup> Vgl. BGHZ 140, 395 = IPRax 1999, 371 mAnm G. Schulze IPRax 1999, 342; BGHZ 123, 268 = IPRax 1994, 118 mAnm Basedow IPRax 1994, 85; BGHZ 122, 16 = IPRax 1994, 367 mAnm H. Roth IPRax 1994, 350.

<sup>200</sup> Zur abgeschwächten *ordre public*-Kontrolle im Anerkennungsverfahren BGH NJW 2015, 2800 Rn. 34; FamRZ 2015, 479 Rn. 28; BGHZ 138, 331 (334f.) = NJW 1998, 2358; dazu Fischer IPRax 1999, 450; BGHZ 118, 312 (328ff.) = NJW 1992, 3096; BGHZ 98, 70 (73ff.) = NJW 1986, 3027; OLG Karlsruhe IPRax 2005, 39 mit krit. Anm. Looschelders IPRax 2005, 28; OLG Düsseldorf IPRax 2013, 349 Rn. 19; Linke/Hau IZVR Rn. 484; Zöller/Geimer ZPO § 328 Rn. 210; Stein/Jonas/H. Roth ZPO § 328 Rn. 133; MüKoBGB/v. Hein EGBGB Art. 6 Rn. 110ff. mwN.

<sup>201</sup> Looschelders EGBGB Art. 6 Rn. 13.

<sup>202</sup> BGHZ 50, 370 (375f.); vgl. ferner BGHZ 64, 123 (130) und BGHZ 54, 132 (140); krit. dazu Erman/Stürmer EGBGB Art. 6b Rn. 15.

<sup>203</sup> BT-Drs. 10/504, 42.

<sup>204</sup> BGHZ 118, 312 (330); BeckOK BGB/Lorenz EGBGB Art. 6 Rn. 15; Palandt/Thorn EGBGB Art. 6 Rn. 4.