

Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte

Colombi Ciacchi, Aurelia

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Colombi Ciacchi, A. (2008). *Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte*. (ZERP-Diskussionspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62589-9>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
an der Universität Bremen

ZERP

Aurelia Colombi Ciacchi

**Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und
Europäische Grundrechte**

ZERP-Diskussionspapier 1/2008

IMPRESSUM

Herausgeber: Zentrum für Europäische
Redaktion: Rechtspolitik an der
Vertrieb: Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen

Schutzgebühr: € 8,- (zzgl. Versandkosten)

Nachdruck: Nur mit Genehmigung des
Herausgebers

ISSN: 0947 — 5729

ISSN (Internet): 1868 — 3797

Bremen, im Februar 2009

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
I. Europäische Grundrechte und <i>ordre public</i> im Internationalen Privatrecht: Ein vergleichender Überblick.....	2
1. Das Mehrebenen-System	2
2. EMRK-Ebene.....	4
3. Gemeinschaftsebene.....	6
a) Der <i>ordre public</i> in der EG-Gesetzgebung zum Internationalen Privatrecht.....	6
b) Der internationalprivatrechtliche <i>ordre public</i> in der EuGH-Rechtsprechung.....	13
4. Grundrechtswirkung bei der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher <i>ordre public</i> -Klauseln durch nationale Gerichte	18
a) Deutschland.....	18
b) Frankreich.....	21
5. Auslegung des internationalprivatrechtlichen <i>ordre public</i> der Mitgliedstaaten im Lichte der Europäischen Grundrechte	22
a) Deutschland.....	22
aa) Europäische Grundrechte, die zugleich internationale Menschenrechte darstellen	22
bb) Sonstige Europäische Grundrechte, Grundfreiheiten und Verfassungsprinzipien.....	30
b) Frankreich.....	31
c) Schweiz	34
II. Führen gemeineuropäische Grundrechte zu einer Konvergenz des Verständnisses des <i>ordre public</i> ?.....	37
III. Der schuldrechtliche <i>ordre public</i>	39
IV. Schlussbetrachtungen	42

Einleitung*

Kein Rechtsbereich kann sich dem Einfluss der Grund- und Menschenrechte entziehen. Dies gilt auch für das Internationale Privatrecht. Die früheren Versuche der deutschen Kollisionsrechtsdogmatik, dieses Gebiet gegen die Expansion des Gebots der materiellen Verfassungskonformität zu verteidigen, sind bereits Anfang der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts gescheitert.¹

Ein Einfallstor für die Grund- und Menschenrechtswirkung im Internationalen Privatrecht sind die *ordre public*-Vorbehaltsklauseln. Solche Klauseln ermöglichen es, ausländische Rechtsnormen nicht anzuwenden und ausländische Urteile nicht anzuerkennen bzw. zu vollstrecken, wenn ihre Auswirkungen gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Diese Abwehrfunktion des Begriffs der öffentlichen Ordnung im Sinne einer Nichtrezeption ausländischen Rechts wird traditionell als „negativer *ordre public*“ bezeichnet.²

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Rolle der Europäischen Grundrechte bei der Konkretisierung und Anwendung des internationalprivatrechtlichen *ordre public* auf nationaler und europäischer Ebene. Dabei werden nur die materiellrechtlichen, nicht die prozessualen Aspekte des *ordre public*-Vorbehalts berücksichtigt.

Mit „Europäischen Grundrechten“³ sind hier die Grundrechte gemeint, die sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedstaaten bzw. den internationalen Konventionen zum Schutz der Menschenrechte (vor

* Josef Falke, Christian Joerges und Florian Rödl danke ich für ihre Kommentare zu einer früheren Fassung dieses Beitrags.

1 Zum sog. Spanier-Beschluss des BVerfG vom 4. Mai 1971 (BVerfGE 31, 58) siehe unten, 5) a., aa. Zu den Versuchen einer Reihe von Wissenschaftlern auf dem Gebiete des IPR, „einen grundrechtsfreien Raum zu schaffen“, kritisch *Sturm*, FamRZ 1972, 16 ff. Vgl. ferner *Looschelders*, RabelsZ 65 (2001) 463, 467: „schwer verständlich, welche geringe Bedeutung Rechtsprechung und Literatur den Grund- und Menschenrechten für das deutsche IPR lange Zeit beigemessen haben.“

2 Zur Unterscheidung zwischen negativer und positiver Funktion des *ordre public* bzw. zur Relativität dieser Unterscheidung siehe *Staudinger/Blumenwitz*, EGBGB/IPR, Berlin 2003, Art. 6 EGBGB, Rn. 7 ff.; *MüKo/Sonnenberger*, Bd. 10: EGBGB, IPR, 4. Aufl., München 2006, Art. 6, Rn. 17. In der schweizerischen Literatur vgl. *Siehr*, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich u.a. 2002, 600 f.

3 Zu den Europäischen Grundrechten siehe *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, München 2007; *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union: System und allgemeine Grundrechtslehren, Wien 2006; *Jarass*, EU-Grundrechte: Ein Studien- und Handbuch, München 2005; *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2003.

allem der EMRK) ergeben und nach Art. 6 Abs. 2 EUV als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gelten.⁴

Der erste Teil dieses Beitrags gibt einen vergleichenden Überblick über den Einfluss der Europäischen Grundrechte auf den *ordre public*-Begriff im Mehrebenen-System des Internationalen Privatrechts. Dabei werden ausgewählte Beispiele aus der Rechtsprechung nationaler Gerichte, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) angeführt.

Der zweite Teil betrachtet die Heranziehung der Europäischen Grundrechte zur Auslegung des *ordre public* unter dem Aspekt der europäischen Rechtsharmonisierung. Das Ergebnis fällt nüchtern aus: Durch die Berufung auf Grundrechte, die in ganz Europa gelten, kann man im Internationalen Privatrecht sogar mehr Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten schaffen als beseitigen.

Der dritte und vierte Teil skizzieren ein Bild der Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem internationalprivatrechtlichen und dem schuldrechtlichen *ordre public*. Dabei wird die Interpretation des internationalprivatrechtlichen *ordre public* im Lichte der Europäischen Grundrechte mit der grundrechtskonformen Auslegung der schuldrechtlichen Vorbehaltsklauseln verglichen.

I. Europäische Grundrechte und *ordre public* im Internationalen Privatrecht: Ein vergleichender Überblick

1. Das Mehrebenen-System

In der Konkretisierung des internationalprivatrechtlichen *ordre public*-Begriffs zeigt sich beispielhaft die Funktionsweise des europäischen Mehrebenen-Systems.⁵ Wegen der entscheidenden Rolle der Rechtsprechung bei dieser

4 Vgl. die Rechtsprechung des EuGH (Fn. 59 unten). Zur Bedeutung von Art. 6 Abs. 2 EUV für die Anreicherung des nationalen *ordre public* um grundlegende Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts siehe MüKo/Sonnenberger (Fn. 2 oben), Einleitung IPR, Rn. 221 f.; Martiny, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 538: Die Menschenrechte der EMRK gehören, vermittelt über Art. 6 Abs. 2 EUV, zum primären Gemeinschaftsrecht.

5 Zum Internationalen Privatrecht im „europäischen polyzentrischen Mehrebenensystem“ siehe Furrer, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext: Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, Bern 2002, 157 ff. Zur EU als Mehrebenensystem und zum „Europarecht als ein Kollisionsrecht neuen Typs“ vgl. Joerges, in: Fest-

Konkretisierung tritt das System in der besonderen Ausprägung einer richterrechtlichen Mehrebenen-Regulierung (*multi-level judicial governance*) in Erscheinung. In der Definition und praktischen Handhabung der Verfassungsdimension des *ordre public* konkurrieren drei Ebenen der Gerichtsbarkeit, welche Normen aus vier Ebenen der Rechtsquellen anwenden und auslegen. Die drei Ebenen der Gerichtsbarkeit sind die nationale, die gemeinschaftsrechtliche und die EMRK-Ebene. Die vier Ebenen der Rechtsquellen sind die mitgliedstaatlichen Internationalen Privatrechte, das gemeinschaftsrechtliche Internationale Privatrecht, die nationalen Verfassungen und schließlich die europäische bzw. internationale Grund- und Menschenrechtsgesetzgebung.

Der internationalprivatrechtliche *ordre public*-Vorbehalt ist sowohl in den nationalen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten als auch im sekundären Gemeinschaftsrecht geregelt. Auf beiden Ebenen handelt es sich beim Begriff des *ordre public* um eine Generalklausel, die im Lichte der Grund- und Menschenrechte ausgelegt werden kann bzw. muss. Insofern liegt hier eine indirekte Grundrechtswirkung (Ausstrahlungswirkung) vor. Von einer direkten Grundrechtswirkung würde man dagegen sprechen, wenn die Grundrechte als Eingriffsnormen bzw. international zwingende Normen die Anwendung eines fremden Rechts unmittelbar verwehren.⁶ Diese Konstellation wird jedoch im Rahmen dieses Beitrags, der sich auf den *ordre public* beschränkt, nicht behandelt.

Hier wird bewusst nicht die Terminologie „Drittwirkung“ oder „Privatwirkung“ verwendet. Diese impliziert nämlich, dass Grundrechte direkt oder indirekt die Rechte und Pflichten der Parteien eines materiellen Privatrechtsverhältnisses bestimmen. Im Internationalen Privatrecht geht es jedoch um die vorgelagerte Frage der Bestimmung der für dieses Privatrechtsverhältnis zuständigen nationalen Rechtsordnung.

Die indirekte Grundrechtswirkung über die Auslegung des internationalprivatrechtlichen *ordre public*-Begriffs erfolgt im Rahmen der gegenseitigen Überlagerung der nationalen Verfassungen, der internationalen Konventionen zum Schutz der Grund- und Menschenrechte und des EG-Primärrechts. Auf diese Weise entsteht ein komplexes Mehrebenensystem der richterrechtlichen Regulierung in diesem Bereich, das durch das Zusammenspiel der nationalen Gerichte und der europäischen Gerichte in Straßburg und Luxemburg geprägt

schrift Reh binder 2006, 719.

6 Für die Grundrechte als Eingriffsnormen siehe *Reich*, NJW 1994, 2128. Zu den Vorteilen einer sanfteren Grundrechtswirkung durch die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts siehe *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle*, *Droit international privé*, Paris 2008, 232 ff.

ist. An die Beschreibung dieses Zusammenspiels kann man am einfachsten herangehen, indem man bei den unstrittig gemeineuropäischen Grundrechten der EMRK beginnt.

2. *EMRK-Ebene*

Die Geschichte der Konkretisierung des *ordre public*-Begriffs im Lichte der Menschenrechte auf EMRK-Ebene ist fast genauso lang wie die Geschichte der Privatwirkung der Grundrechte im deutschen, französischen und italienischen Recht: ein halbes Jahrhundert.⁷ Die Geburtsstunde des *ordre public européen* in der Menschenrechtsjudikatur schlug 1961 mit dem Fall *Österreich v. Italien*⁸:

In diesem Fall musste die Europäische Kommission für Menschenrechte darüber entscheiden, ob die EMRK auch die Verantwortung der Vertragsstaaten für Menschenrechtsverletzungen begründet, welche vor dem Inkrafttreten der Konvention stattgefunden haben. Die Kommission argumentierte, dass die EMRK mit dem Ziel abgeschlossen worden sei, „einen gemeinsamen *ordre public*⁹ der freien Demokratien Europas einzurichten, um deren gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit zu gewährleisten“. Die Konvention stütze sich nicht auf gegenseitige Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten, sondern führe ein *sui-generis*-Rechtssystem ein. Dieses bestehe aus objektiven Rechten, deren Respekt und Verwirklichung die Ziele, Ideale und Grundlagen eines *ordre public européen* aller Vertragsstaaten verkörpern. Die EMRK stelle also einen *ordre public européen* als autonome objektive Werteordnung dar.

Die Formulierung „gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit“ stammt wortwörtlich aus der Präambel der EMRK. Dieser Ausdruck legt ein Verständnis des *ordre public européen* im Sinne der klassischen Grund- und Menschenrechte erster Ge-

7 Für eine vergleichende Analyse der horizontalen Grundrechtswirkung in Deutschland, England, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Polen, Portugal, Spanien und Schweden siehe *Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé* (eds.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Vol. I: A Comparative Overview*, Cambridge 2009 (im Erscheinen).

8 *Austria v. Italy*, 11.1.1961, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961, 139, 141. Dieser Fall betrifft keinen privatrechtlichen, sondern einen strafrechtlichen Sachverhalt. Für den vorliegenden Beitrag ist er insofern von Interesse, als darin zum ersten Mal in der europäischen Rechtsprechung der Begriff „*ordre public européen*“ im Zusammenhang mit Grund- und Menschenrechten erscheint.

9 Die englische Fassung dieser Entscheidung spricht von „common public order“.

neration (Abwehrrechte, zivile und politische Freiheiten) nahe. Seit 1961 hat sich jedoch der Menschenrechtsdiskurs in rasantem Tempo fortentwickelt. Der heutige Begriff des europäischen *ordre public* auf EMRK-Ebene müsste nicht nur Menschenrechte als Abwehrrechte, sondern alle drei Generationen der Menschenrechte umfassen.¹⁰ Darunter fallen sämtliche negative wie positive Verpflichtungen zum Schutz der Menschenrechte, wie sie durch die Rechtsprechung des EGMR konkretisiert werden. In dieser weiten Auslegung stimmt der Begriff *ordre public européen* mit der tatsächlichen lebenden Rechtsordnung des EMRK-Systems überein.¹¹

Die Verfassungsdimension des *ordre public* auf EMRK-Ebene wird seit Mitte der 1990er Jahre ausdrücklich vom EGMR anerkannt. Nach seiner ständigen Rechtsprechung stellt die Konvention ein „Verfassungsinstrument des europäischen *ordre public*“ dar.¹² Oft betont das Gericht „den besonderen Charakter der Konvention als Verfassungsinstrument des europäischen *ordre public* für den Schutz von Einzelpersonen“.¹³

Die EMRK-Vorschriften korrigieren einerseits die nationalen Bestimmungen der Vertragsstaaten und füllen Gesetzeslücken der nationalen Rechtsordnungen. Andererseits ist jedoch das Grundrechte-System der EMRK als objektive Wertordnung Europas selbst nicht lückenfrei. Die *lacunae* des Konventionssystems werden mit Hilfe anderer internationaler Rechtsinstrumente und nationaler Ver-

10 Das Bild der drei Generationen von Menschenrechten geht auf Karel Vasak zurück: *Vasak*, Die allgemeine Erklärung der Menschenrechte 30 Jahre später, UNESCO-Kurier 18 (1977), 29 ff.; *ders.* (ed.), The international dimensions of human rights, Westport, 1982; *ders.*, Pour une troisième génération des droits de l’homme, in: Études sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet, Genf u.a. 1984, 837 ff. Vgl. *Riedel*, EuGRZ 1989, 9 ff.; *Barthel*, Die Menschenrechte der dritten Generation, Aachen 1991.

11 Vgl. *Thoma*, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, Tübingen 2007, 27 m.w.N.

12 *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, 23.3.1995, Ser. A, Vol. 310, ECHR Rep. 1996-VI, 2231, Rn. 75 = ZaöRV 56 (1996) 439 mit Anmerkung *Ress*, 427 ff.: “the Convention as a constitutional instrument of European public order (*ordre public*)”. Vgl. ferner *Cyprus v. Turkey*, 10.5.2001, ECHR Rep. 2001-IV, 1: “the Convention as an instrument of European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings”.

13 Siehe z.B. *Banković and others v. Belgium and 16 other Contracting States*, 12.12.2001, ECHR Rep. 2001-XII, 333: “The Court’s obligation, in this respect, is to have regard to the special character of the Convention as a constitutional instrument of *European public order* for the protection of individual human beings (...)”. Diese Formulierung fasst zwei Passagen des Urteils *Loizidou v. Turkey* (§§ 75 und 93) zusammen.

fassungsnormen gefüllt, die im Geiste der EMRK ausgelegt werden.¹⁴

Der aus der Menschenrechtsjudikatur stammende *ordre public*-Begriff hat natürlich einen viel weiteren Anwendungsbereich als die kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklauseln. Er wurde anhand von Fallkonstellationen entwickelt, die nicht das Internationale Privatrecht, sondern andere Rechtsmaterien, wie etwa das Strafrecht, betreffen. Jedoch ist diese Entwicklung auch für das Internationale Privatrecht von Bedeutung.¹⁵ Der von der Europäischen Kommission für Menschenrechte und vom EGMR gebildete *ordre public*-Begriff weist ein allgemein gültiges, verbindliches, gemeineuropäisches System von Verfassungsprinzipien und Mindeststandards im Menschenrechtsschutz auf, das alle Rechtsbereiche durchdringt und notwendigerweise prägt. So müssen unter anderem im Internationalen Privatrecht nationale und gemeinschaftsrechtliche *ordre public*-Klauseln im Einklang mit der objektiven Werteordnung der EMRK ausgelegt und angewandt werden.¹⁶

3. Gemeinschaftsebene

a) *Der ordre public in der EG-Gesetzgebung zum Internationalen Privatrecht*

Die Vergemeinschaftung des Internationalen Privatrechts schreitet rasch voran.¹⁷ Während Europa auf ein vereinheitlichtes allgemeines Privatrecht wahrscheinlich noch sehr lange warten wird, stellt das Internationale Privatrecht eine „weichere“ und daher politisch legitimiertere und viel besser durchsetzbare

14 Vgl. *Thoma* (Fn. 11 oben) 31.

15 So auch *Basedow*, Festschrift Sonnenberger 2004, 291, 295 f.

16 Vgl. *Martiny*, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 534; *Michaels*, Festschrift Kropholler 2008, 151, 166: Dass die Menschenrechte das Internationale Privatrecht beeinflussen können, insbesondere im Rahmen des *ordre public*, ist nicht neu.

17 Hierzu u.a. *von Bar* (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Köln u.a. 1991; *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991) 623; *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht, Tübingen 1994; *Fauvarque-Cosson*, *Am.J.Comp.L.* 2001, 407, 419 (Entstehung eines neuen, auf EG-Verordnungen basierendes *ius commune*); *Furrer* (Fn. 5 oben) 157 ff.; *Kadner-Graziano*, Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht, Tübingen 2002; *Mansel/Baur* (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, München 2002; *Fuchs/Muir Watt/Pataut* (eds.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris 2004; *Martiny*, Festschrift Sonnenberger 2004, 523 ff.; *Thoma* (Fn. 11 oben) 120 ff.; *Michaels*, in: Festschrift Kropholler 2008, 151.

Alternative dar.¹⁸

Vereinheitlichte *ordre public*-Vorbehaltsklauseln finden sich auf der Ebene des EG-Sekundärrechts in einer Vielzahl von Vorschriften. Im Folgenden werden lediglich diejenigen erwähnt, die nicht nur den prozessrechtlichen, sondern auch den materiellrechtlichen *ordre public* betreffen:

- Art. 34 Nr. 1 der EG-Verordnung von 2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO)¹⁹ sieht vor, dass eine Entscheidung nicht anerkannt wird, „wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Mitgliedstaats, in dem sie geltend gemacht wird, offensichtlich widersprechen würde.“²⁰ Ferner kann gem. Art. 57 Abs. 1 die Vollstreckbarerklärung öffentlicher Urkunden, die in einem Mitgliedstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, in einem anderen Mitgliedstaat nur versagt oder aufgehoben werden, „wenn die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Vollstreckungsmitgliedstaats offensichtlich widersprechen würde.“
- Art. 22 Buchst. a) der EG-Verordnung von 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung²¹ lautet: „Eine Entscheidung, die die Ehescheidung, die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder die Ungültigerklärung einer Ehe betrifft, wird nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Mitgliedstaates, in dem sie beantragt wird, offensichtlich widerspricht.“ Außerdem wird gem. Art. 23 Buchst. a) eine Entscheidung über die elterliche Verantwortung nicht anerkannt, „wenn die Anerkennung der öffentli-

18 Vgl. *Joerges*, in: *Furrer* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern 2006, 133, 147 ff.; *Kreuzer*, in: *Müller-Graf* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1. Aufl., Baden-Baden 1993, 273; *Fikentscher*, in: *Bussani/Mattei* (Hrsg.), *The Common Core of European Private Law*, Den Haag u.a. 2003, 43.

19 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 vom 11.1.2001, 1-23.

20 Diese Vorschrift hat Art. 27 Nr. 1 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) abgelöst.

21 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. L 338 vom 23.12.2003, 1-29.

chen Ordnung des Mitgliedstaats, in dem sie beantragt wird, offensichtlich widerspricht, wobei das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist.“

- Gem. Art. 26 der EG-Verordnung von 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)²² kann die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts „nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („ordre public“) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“
- Ähnlich schreibt Art. 21 der EG-Verordnung von 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)²³ vor, dass die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts nur versagt werden kann, „wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („ordre public“) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“
- Schließlich findet sich eine an die o.g. Vorschriften der Rom I- und Rom II-Verordnungen anlehrende Formulierung im Art. 20e des Entwurfes einer EG-Verordnung zum internationalen Eherecht²⁴(„Rom III“).²⁵

Im Laufe der Jahrzehnte hat sich auch dieser Bereich des Gemeinschaftsrechts sehr deutlich in Richtung „mehr Europa“ bzw. „weniger nationale Souveränität“ entwickelt. Diese Tendenz ist nicht zuletzt in den neueren Formulierungen und Auslegungen der *ordre public*-Klausel erkennbar. Der alte Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ vom 1968 ermöglichte einem Mitgliedstaat, die Anerkennung der Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten schon bei einem „einfachen“ Widerspruch mit der öffentlichen Ordnung zu verweigern. Jetzt aber – d.h. gemäß allen nach dem Jahr 2000 erlassenen, oben aufgelisteten EG-Verordnungen und Gesetzgebungsvorschlägen – muss der Widerspruch zur öffentlichen Ordnung *offensichtlich* sein. Das Erfordernis der Offensichtlichkeit schränkt Rückgriffe auf die *ordre public*-Klausel bei EU-internen Rechtskollisionen so

22 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. L 199 vom 31.7.2007, 40-49.

23 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I).

24 Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, 17. Juli 2006, KOM(2006) 399 endg.

25 Art. 20e lautet: “Die Anwendung einer Bestimmung des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur bei einem offenkundigen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts versagt werden.”

weit wie möglich ein und treibt somit die europäische Integration voran.²⁶ Auch der Tenor der Erwägungsgründe der o.g. Verordnungen und Verordnungsvorschläge legt nahe, dass den Gerichten der Mitgliedstaaten Zurückhaltung bei der Anwendung der *ordre public*-Klausel erwartet wird.²⁷

Einerseits kann die Einführung des Offensichtlichkeitsmerkmals als Rezeption der *Krombach*²⁸- und *Maxicar*²⁹-Entscheidungen des EuGH von 2000 gewertet werden.³⁰ Andererseits ist jedoch die Einschränkung des *ordre public*-Vorbehalts durch das Offensichtlichkeitsmerkmal kein rein europäisches Phänomen. Die restriktive Auffassung des *ordre public*-Begriffs scheint vielmehr eine globale Tendenz zu sein, die mit der Abwertung nationaler Abschottungen auf politischer und wirtschaftlicher Ebene einhergeht. Eine offensichtliche Unvereinbarkeit (*manifest incompatibility, incompatibilité manifeste*) mit dem *ordre public* des Forums wird nämlich in mehreren staatsverträglichen

-
- 26 Die Europäische Kommission wollte den *ordre public*-Vorbehalt im EuGVVO sogar abschaffen. Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament „Wege zu einer effizienten Erwirkung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union“, Nr. 20 ABl. EG 1998 C 33/3: Das Anerkennungshindernis des *ordre public* stehe „in einer Schiefelage im Verhältnis zum europäischen Integrationsprozess“. Hierzu *Martiny*, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 524. Für ein europäisches Internationales Privatrecht ohne Vorbehaltsklausel plädiert *Kreuzer*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, 373, 445.
- 27 Hierzu *Steindorff*, *EuR* 1981, 427, 440; *von Bar*, *Internationales Privatrecht*, Bd. 2: Besonderer Teil, München 1991, Rn. 175; *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991) 623, 661 f.; *Martiny*, in: *von Bar* (Hrsg.) (Fn. 17 oben), 227 ff.; *Basedow*, Festschrift Sonnenberger 2004, 291, 313 ff.; *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Einleitung IPR, Rn. 221 ff. m.w.N. Es wird jedoch vertreten, dass das Zurückhaltungsgebot bei der Anwendung des *ordre public* weichen muss, wenn dadurch einer Richtlinie, die fundamentale Grundsätze des Gemeinschaftsrechts regelt, horizontale Direktwirkung verschafft werden soll: vgl. *Deinert*, *Jb.J.ZivRWiss.* 1997, 257 ff., 272.
- 28 Rs. C-7/98 *Dieter Krombach gegen André Bamberski*, U. v. 28.3.2000, Slg. 2000, I-1935 = ZIP 2000, 863 m. Anm. *Geimer* = JZ 2000, 725 m. Anm. *von Bar* = IPRax 2000, 46 m. Aufs. *Piekenbrock*, 364 = Rev. crit. DIP 2000, 489 m. Anm. *Muir Watt* = EWS 2000, 456 m. Aufs. *Gundel*, 442 = ZZPInt 5 (2000) 219 m. Anm. *von Sachsen Gessaphe*.
- 29 Rs. C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA gegen Maxicar SpA und Orazio Formento*, U. v. 11.5.2000, Slg. 2000, I-2973.
- 30 Vgl. *Martiny*, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 530; GA Kokott, Schlussanträge v. 18.12.2008 – Rs. C-394/07, *Marco Gambazzi gegen Daimler Chrysler Canada Inc. und CBC Trust Mellon Company*, Rn. 37, Fn. 17, die einen Zusammenhang zwischen der Einführung des Offensichtlichkeitsmerkmals in Art. 34 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 und dem Erfordernis der Offensichtlichkeit nach den *Krombach*- und *Maxicar*-Fällen nahe legt.

Vorbehaltsklauseln vorausgesetzt.³¹ Vgl. etwa:

- Art. 16 des Übereinkommens von 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen;³²
- Art. 7 des Übereinkommens von 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht;³³
- Art. 10 des Haager Übereinkommens von 1971 über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht;³⁴
- Art. 5 Nr. 1 des Haager Übereinkommens von 1971 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen;³⁵
- Art. 11 des Übereinkommens von 1973 über das auf die Unterhaltspflichten anwendbare Recht;³⁶
- Art. 14 des Haager Abkommens von 1978 über die Schließung und Anerkennung der Gültigkeit von Ehen³⁷ und
- Art. 16 des Übereinkommens von 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.³⁸

Diese internationale Rechtslage diente dem deutschen Gesetzgeber von 1986 als Modell, als im Art. 6 EGBGB der Vorbehalt der offensichtlichen Unvereinbarkeit mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts kodifiziert

31 Hierzu *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, 257: Die in einem Staatsvertrag enthaltene Vorbehaltsklausel ist im Interesse des Entscheidungseinklanges eng auszulegen. Vgl. auch *Kokott*, BerGesVR 38 (1998) 71, 98: Die zurückhaltende Anwendung des *ordre public* entspricht dem Gebot, die Rechtsordnungen anderer Staaten der völkerrechtlichen *comity* zu achten.

32 BGBl. 1971 II 219.

33 BGBl. 1965 II 1145.

34 Dieses Übereinkommen wurde von einer Vielzahl von Ländern, jedoch nicht von Deutschland ratifiziert; vgl. <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=81>.

35 Dieses Übereinkommen trat 1979 in Kraft, wurde aber nur von den Niederlanden, Portugal, Zypern und Kuwait ratifiziert; vgl. <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=78>.

36 BGBl. 1986 II 837.

37 Diese Konvention gilt bisher nur für Australien, Luxemburg und die Niederlande; vgl. <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=88>. Hierzu *Kropholler* (Fn. 31 oben) 331 f. Die deutsche Fassung des Abkommens ist in StAZ 1977, 202 und im Schw. Jb. Int. R. 34 (1978) 456 veröffentlicht.

38 BGBl. 1986 II 810.

wurde.³⁹

Die konkreten rechtspolitischen Erwägungen, die eine restriktive Anwendung der Vorbehaltsklausel gebieten, und die Intensität des gebotenen *judicial self-restraint* scheinen im Gemeinschaftsrecht je nach Rechtsbereich zu variieren. Im internationalen Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse ist gemäß dem Erwägungsgrund 32 der Rom II-Verordnung für die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts das Vorliegen von „außergewöhnlichen Umständen“ erforderlich.⁴⁰ Dies spricht für eine Beschränkung des Vorbehalts auf wenige krasse Ausnahmefälle. Nichtsdestotrotz scheint die EU mit der Rom II-Verordnung keine Abweichung von den bestehenden Rechtsprechungstendenzen im internationalen Deliktsrecht zu verlangen. Insbesondere nimmt der Erwägungsgrund 32 Rücksicht auf die traditionelle negative Einstellung mancher Rechtssysteme Kontinentaleuropas (insbesondere Deutschlands)⁴¹ gegenüber angelsächsischen *punitive damages*-Entscheidungen.⁴²

Im Vertragsrecht beabsichtigte die EU zunächst viel strengere Schranken gegen die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts. Der Erwägungsgrund 13 des Entwurfs der Rom I-VO von 2005 lautete: „Zur Wahrung der öffentlichen Ordnung der Mitgliedstaaten bedarf es spezieller Vorschriften für Eingriffs-

39 Zu Art. 6 EGBG siehe unten, 5) a., aa. Zur Anpassung der Vorbehaltsklausel der „internationalen Rechtslage unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Rechtsklarheit“ vgl. BT-Drucks. 10/504, 42.

40 Erwägungsgrund 32 lautet: „Gründe des öffentlichen Interesses rechtfertigen es, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten unter außergewöhnlichen Umständen die Vorbehaltsklausel (*ordre public*) und Eingriffsnormen anwenden können. Insbesondere kann die Anwendung einer Norm des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts, die zur Folge haben würde, dass ein unangemessener, über den Ausgleich des entstandenen Schadens hinausgehender Schadensersatz mit abschreckender Wirkung oder Strafschadensersatz zugesprochen werden könnte, je nach der Rechtsordnung des Mitgliedstaats des angerufenen Gerichts als mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) dieses Staates unvereinbar angesehen werden.“

41 Vgl. die spezielle *ordre public*-Klausel des Art. 40 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB, die eine Anerkennung des Strafschadensersatzes verhindert. In Frankreich beabsichtigen dagegen die Verfasser des Schuldrechtsreform-Entwurfs von 2005, die *dommages-intérêts punitifs* einzuführen; vgl. P. Catala (ed.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2006: Der Strafschadensersatz ist im Art. 1371 des Entwurfs geregelt.

42 Der geänderte Vorschlag der Kommission enthielt sogar eine ausdrückliche Präzisierung, dass die *ordre public*-Klausel insbesondere dann eingreift, wenn das ausländische Recht eine „über den Ausgleich des entstandenen Schadens hinausgehenden Entschädigung in unverhältnismäßiger Höhe“ vorsieht. Dies hätte die Vorbehaltsklausel nach dem deutschen Modell des Art. 40 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB gestaltet. Hierzu *Staudinger*, *AnwBl* 2008, 8, 15.

normen und den Ordre-public-Vorbehalt. Die Anwendung dieser Vorschriften muss im Einklang mit dem EG-Vertrag erfolgen.“⁴³

Aus dieser Formulierung hätte man zwei wichtige Schlussfolgerungen ziehen können bzw. müssen. Erstens: Etwaige *ungeschriebene* nationale *ordre public*-Vorbehalte reichen nicht aus, um die Anwendung des Vertragsrechts eines anderen EU-Mitgliedstaates zu verhindern. Zweitens: Die Anwendung nationaler *ordre public*-Klauseln muss im Einklang mit den Grundfreiheiten und anderen Prinzipien des EG-Primärrechts erfolgen.⁴⁴ Dies würde wahrscheinlich bedeuten, dass die Auslegung des *ordre public*-Vorbehalts nach dem Grundsatz des *effet utile* erfolgen soll. Mit anderen Worten: grünes Licht für den *ordre public*-Vorbehalt, solange dieser die Grundfreiheiten schützt und stärkt; rotes Licht, wenn er gegen Grundfreiheiten verstößt.⁴⁵ Was aber tun, wenn die Anwendung des ausländischen Vertragsrechts zwar die Grundfreiheiten fördert, aber gegen andere kollidierende Grundrechte oder Grundwerte der Rechtsordnung des Forums verstößt?

Wenn die betroffenen Vertragsrechtsvorschriften mit den Grundfreiheiten vereinbar sind und in der ausländischen Rechtsordnung Eingriffsnormen darstellen, müssen diese im Prinzip anerkannt und angewandt werden, ohne dass ein richterlicher Beurteilungsspielraum besteht.⁴⁶ Solange jedoch die mit den Grundfreiheiten kollidierenden nationalen Grundrechte der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten oder der EMKR entsprechen, soll letztere den Vorrang genießen oder zumindest im Wege der praktischen Konkordanz gegen die Grundfreiheiten abgewogen werden.⁴⁷ Insofern müsste die Anwen-

43 Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hatte sogar für einen Verzicht auf die Ausnahmetatbestände der Eingriffsnormen und des *ordre public* plädiert. Vgl. die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Kommissionsvorschlag, ABl. C 318 vom 23. 12. 2006, 56, 59. Hierzu *Staudinger*, AnwBl 2008, 8, 9.

44 Vgl. *Föhlisch*, Der gemeineuropäische *ordre public*, Frankfurt a.M. u.a. 1997, 38, 169 und passim.

45 Vgl. *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle* (Fn. 6 oben) 237 f. Zum kollisionsrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten siehe *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991) 623, 660 ff.; *Brödermann*, in *Brödermann/Iversen* (Fn. 17 oben) 207 ff.; *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995) 1; *Gebauer*, *IPRax* 1995, 152; v. *Wilmowski*, *RabelsZ* 62 (1998) 1; *Grundmann*, *RabelsZ* 64 (2000) 457; *ders.*, *RabelsZ* 67 (2003) 246.

46 Vgl. *Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag. Die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten, Tübingen 2002.

47 Z.B. müsste das Streikrecht als Europäisches Grundrecht den Grundfreiheiten gleichrangig sein. Dies übersieht der EuGH in den *Viking*- und *Laval*-Entscheidungen (Rs. C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*, U. v. 11.12.2007; Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnad-*

dung nationaler *ordre public*-Klauseln nicht nur am Maßstab der Grundfreiheiten und anderer Sondernormen des EG-Primärrechts, sondern auch am Maßstab der Europäischen Grundrechte gem. Art. 6 Abs. 2 EUV geprüft werden.⁴⁸

Interessanterweise konnte die Europäische Kommission den o.g. Erwägungsgrund 13 des Entwurfs der Rom I-VO von 2005 nicht durchsetzen. Diese Norm hätte wohl den Spielraum der Mitgliedstaaten zu sehr eingeschränkt. Die endgültige Fassung der Rom I-VO von 2008 enthält lediglich eine an den Erwägungsgrund 32 der Rom II-VO anlehrende Formel: „Gründe des öffentlichen Interesses rechtfertigen es, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten unter außergewöhnlichen Umständen die Vorbehaltsklausel („*ordre public*“) und Eingriffsnormen anwenden können (...).“⁴⁹

b) *Der internationalprivatrechtliche ordre public in der EuGH-Rechtsprechung*

Der EuGH interpretiert den *ordre public*-Begriff des gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrechts teleologisch, von Sinn und Zweck des EuGVÜ bzw. der EuGVVO⁵⁰ ausgehend. Diese Rechtsinstrumente sollen durch ein einfaches und schnelles Vollstreckungsverfahren so weit wie möglich die Freizügigkeit von Urteilen herstellen. Der *ordre public*-Vorbehalt sei als Hindernis für die Verwirklichung dieses grundlegenden Ziels eng auszulegen.⁵¹ Nur in Ausnahmefällen könne die *ordre public*-Klausel zur Anwendung kommen.

Grundsätzlich können die Mitgliedstaaten selbst festlegen, welche Anforderungen sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus ihrer öffentlichen Ordnung ergeben. Jedoch gehöre die Abgrenzung dieses Begriffs zur Ausle-

sarbetareförbundets avdeling 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet). Hierzu *Joerges/Roedl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts. Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Viking* und *Laval*, ZERP-Diskussionspapier 2/2008. Für weitere Kommentare beider Urteile siehe *Reich*, EuZW 2007, 391 ff.; *ders.*, German L. J. 2008, 125 (<http://www.germanlawjournal.org>); *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 140; *ders.*, wbl. 2008, 63; *Schubert*, RdA 2008, 289 ff.

48 Vgl. die *Krombach*-Entscheidung des EuGH (Fn. 28 oben).

49 Erwägungsgrund 37 d Rom I-VO.

50 Die in den EuGH-Entscheidungen zum *ordre public* i.S.v. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ enthaltenen Grundsätze können ohne Weiteres auf die Auslegung der Art. 34 Nr. 1 und Art. 57 Abs. 1 EuGVVO übertragen werden.

51 C-414/92, *Solo Kleinmotoren/Boch*, U. v. 2.6.1994, Slg. 1994, I-2237, Rn. 20; *Krombach* (Fn. 28 oben); *Maxicar* (Fn. 29 oben); GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn. 30 oben) Rn. 33.

gung des EuGVÜ bzw. EuGVVO.⁵² Auch wenn es demnach nicht Sache des Gerichtshofs ist, den Inhalt der öffentlichen Ordnung eines Vertragsstaats zu definieren,⁵³ so habe er doch über die Grenzen zu wachen, innerhalb derer sich das Gericht eines Vertragsstaats auf diesen Begriff stützen darf, um der Entscheidung eines Gerichts eines anderen Vertragsstaats die Anerkennung zu versagen.⁵⁴

Nach dem EuGH kommt die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts nur dann in Betracht, wenn die Anerkennung oder Vollstreckung gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz verstößt und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats steht.⁵⁵ Zudem muss es sich bei diesem Verstoß um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln.⁵⁶ Die Grenzen, innerhalb derer sich das Gericht des Vollstreckungsstaats auf den *ordre public* berufen kann, sind, so der EuGH, jedenfalls dann nicht überschritten, wenn eine offensichtliche Verletzung von Gemeinschaftsgrundrechten vorliege.⁵⁷

Im *Krombach*-Fall legte der EuGH den Grundstein für einen gemeineuropäischen *ordre public* im europäischen Anerkennungsrecht, indem er Art. 6 EMRK maßgebliche Bedeutung für die Auslegung des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ zumaß.⁵⁸ Dieses Urteil ist im Zusammenhang mit der ständigen EuGH-Rechtsprechung zu verstehen, nach der die Grundrechte integraler Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, deren Wahrung der Gerichtshof zu si-

52 *Krombach* (Fn. 28 oben) Rn. 22; *Maxicar* (Fn. 29 oben), Rn. 27; GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 34.

53 Vgl. *Staudinger*, AnwBl 2008, 8, 15: Trotz des gemeinschaftsrechtlichen Standorts der Vorbehaltsklausel besitzen die Mitgliedstaaten die Definitionshoheit und können festlegen, welche Vorschriften zum Kreis ihrer nationalen öffentlichen Ordnungen zählen.

54 *Krombach* (Fn. 28 oben) Rn. 23; *Maxicar* (Fn. 29 oben) Rn. 28; GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 34.

55 *Krombach* (Fn. 28 oben) Rn. 37; *Maxicar* (Fn. 29 oben) Rn. 30; GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 36.

56 *Krombach* (Fn. 28 oben) Rn. 37; *Maxicar* (Fn. 29 oben) Rn. 30; GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 36.

57 So GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 38, mit Verweisen auf *Krombach* (Fn. 28 oben) Rn. 40; Rs. C-341/04, *Eurofood*, U. v. 2.5.2006, Slg. 2006, I-3813, Rn. 65 ff.

58 Vgl. *Geimer*, JZ 2000, 863; *Hess*, IPRax 2001, 301, 303; *Jayme*, Wiener Vorträge. Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Rechtsvergleichung, Kunst- und Kulturrecht, Wien 2001, 265, 276, 279; *Staudinger/Blumenwitz* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 81.

chern hat. Der EuGH lässt sich dabei von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu.⁵⁹

Auf jeden Fall dürfte daher ein innerstaatliches Gericht berechtigt sein, durch Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts einem Urteil die Anerkennung zu versagen, das unter offensichtlichem Verstoß gegen die Grundrechte zustande gekommen ist, die zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehören.⁶⁰ Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Gerichte nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sind, die Vollstreckung eines ausländischen Urteils zu verweigern, das offensichtlich die Grundrechte verletzt.⁶¹ Für eine dahin gehende Pflicht spricht, dass die innerstaatlichen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung⁶² an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind, wenn sie mit einer Sachlage befasst sind, die in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt.⁶³

Die Auffassung des EuGH hinsichtlich der Auslegung des internationalprivatrechtlichen *ordre public*-Begriffs wurde zu einem erheblichen Teil anhand von Fällen entwickelt, die nicht den materiellrechtlichen, sondern den verfahren-

59 Vgl. Rs. 29/69, *Erich Stauder gegen Stadt Ulm, Sozialamt*, U. v. 12.11.1969, Slg. 1969, 419, Rn. 7; Rs. C-274/99 P, *Bernard Connolly gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, U. v. 6.3.2001, Slg. 2001, I-1611, Rn. 37; Rs. C-283/05, *ASML Netherlands BV gegen SEMIS*, U. v. 14.12.2006, Slg. 2006, I-12041, Rn. 26; Rs. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones u. a.*, U. v. 26.6.2007, Slg. 2007, I-0000, Rn. 29; Rs. C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation gegen Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaft*, U. v. 3.9.2008, Rn. 283.

60 So GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 40.

61 GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 43; GA Kokott, Schlussanträge v. 18. 12. 2008 – Rs. C-420/07, *Meletis Apostolides gegen David Charles Orams und Linda Elizabeth Orams*, Rn. 108.

62 Rs. 201/85 und 202/85, *Marthe Klensch u. a. gegen Staatssekretär für Landwirtschaft und Weinbau*, U. v. 25.11.1986, Slg. 1986, 3477, Rn. 8 ff.; Rs. 5/88, *Hubert Wachauf gegen Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, U. v. 13.7.1989, Slg. 1989, 2609, Rn. 19; Rs. C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia und Pannellinia Omospondia Syllogon Prossopikou ERT gegen Dimotiki Etairia Pliroforissis und Sotirios Kouvelas und Nicolaus Avdellas u.a.*, U. v. 18.6.1991, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 ff.; Rs. C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich*, U. v. 12.6.2003, Slg. 2003, I-5659, Rn. 75; Rs. C-13/05, *Sonia Chacón Navas gegen Eurest Colectividades SA*, U. v. 11.7.2006, Slg. 2006, I-6467, Rn. 56.

63 In diesem Sinne u. a. *Jayme/Kohler*, IPRax 2000, 454, 460.

rensrechtlichen *ordre public* betreffen.⁶⁴ Lediglich eine einschlägige Rechtssache befasst sich mit dem materiellrechtlichen *ordre public*, die *Maxicar*-Entscheidung von 2000.⁶⁵

Herr Formento, Direktor der italienischen Firma *Maxicar SpA*, wurde von einem französischen Gericht wegen Fälschung verurteilt. Er hatte Ersatzteile für Renault-Fahrzeuge in Italien hergestellt, verkauft und nach Frankreich ausgeführt, ohne vorher eine Lizenz von der französischen Firma erhalten zu haben, die Inhaber aller gewerblichen Schutzrechte an Karosserieteilen von Renault-Fahrzeugen war. Im Adhäsionsverfahren zum Strafverfahren erhob Renault eine Zivilklage vor einem französischen Gericht. Dieses hielt im Jahre 1986 Herrn Formento für strafbar und verurteilte ihn und seine Firma auf Schadensersatz an Renault. Die Entscheidung wurde zuerst von der *Cour d'Appel de Lyon* und dann – allerdings nur teilweise – von der *Cour de Cassation* im Jahre 1988 bestätigt. Am Ende verurteilte die *Cour d'Appel de Dijon* 1990 nach Anweisung der *Cour de Cassation* Herrn Formento und seine Firma auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 FRF. Die erneute Kassationsbeschwerde gegen dieses Urteil wurde 1991 von der *Cour de Cassation* abgelehnt.

1996 beantragte Renault bei der *Corte d'Appello di Torino* die Anerkennung und Vollstreckung der französischen Entscheidung gem. Artt. 31 und 32 EuGVÜ. Herr Formento und *Maxicar* verteidigten sich mit dem Argument, dass die Entscheidung dem italienischen *ordre public* widersprach. Die *Corte d'Appello di Torino* entschied, dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, die sich auf die Auslegung der Vorbehaltsklausel in Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ im Lichte der ehemaligen Artt. 30, 36 und 86 EGV bezog. Die Hauptvorlagefrage war, ob der Begriff des *ordre public* die Grundfreiheiten des Wettbewerbs und des Warenverkehrs umfasst. Ist der Inhaber eines Schutzrechts des geistigen oder gewerblichen Eigentums dazu berechtigt, die Herstellung, den Verkauf und den Export von Karosserieteilen zu verbieten, die dann als Ersatzteile in andere Mitgliedstaaten verkauft werden könnten? Verstößt dieses Verbot nicht gegen den EGV (ehem. Art. 30 und 36)? Würde dies außerdem nicht zum Missbrauch einer überragenden Marktstellung (ehem. Art. 86 EGV) führen?

Der EuGH war 1988 (in einem anderen Renault-Fall!) schon einmal mit demselben Problem konfrontiert worden.⁶⁶ Damals hatte er die Unvereinbarkeit der Schutzrechte des gewerblichen oder geistigen Eigentums an Ersatztei-

64 Siehe vor allem die *Krombach*-Entscheidung (Fn. 28 oben). Vgl. *Basedow*, in: Festschrift Sonnenberger 2004, 291, 316 f.; *Thoma* (Fn. 11 oben) 129 ff.

65 Siehe Fn. 29 oben.

66 C-53/87, *Cicra/Renault*, U. v. 5.10.1988, Slg. 1988, 6039.

len für Kraftfahrzeuge mit der Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit, und dadurch mit dem *ordre public*, verneint. In der Zwischenzeit wurde aber das italienische Markenrecht dahingehend reformiert, dass es solche Schutzrechte an Karosserieteilen nicht mehr anerkannte.

Im *Maxicar*-Fall wurde der Gerichtshof ersucht, den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des *ordre public* nach Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ zu definieren. Der Generalanwalt *Siegbert Alber* führte in seinen Schlussanträgen aus, dass es fraglich sei, ob die Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit grundlegende Prinzipien seien, die den anerkennungsrechtlichen *ordre public* durchdringen. Der Grund dafür liege darin, dass der *ordre public* als Einschränkung der Grundfreiheiten weiter gefasst sei als der *ordre public* als Vorbehaltsklausel im Sinne des EuGVÜ.

Der EuGH entschied, das Vollstreckungsgericht dürfe sehr restriktiv und vorsichtig mit der Versagung der Anerkennung und Vollstreckung eines Urteils umgehen. Nur wenn tatsächlich ein Verstoß gegen die fundamentalen Anschauungen und Normen des Rechtssystems des Zweitstaates oder eines dort als grundlegend und wesentlich anerkannten Rechts vorliege, könne und dürfe man die Anerkennung versagen.⁶⁷ Im konkreten Fall möge zwar das französische Gericht Fehler bei der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts begangen haben: Diese angeblichen Fehler stellten aber nicht einen eindeutigen Bruch des Gemeinschaftsrechts dar, das als wesentlich in der Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates gilt. Die Anwendung des französischen Rechts gefährde in diesem Fall keine fundamentalen Werte des Gemeinschaftsrechts.

Obwohl der EuGH einen Verstoß gegen den *ordre public* verneinte, machte er trotzdem mit dem *Maxicar*-Fall einen wichtigen Schritt in Richtung Vergemeinschaftung des internationalprivatrechtlichen *ordre public*-Begriffes. Hier stellte nämlich der Gerichtshof, zum Zwecke der Definition des anerkennungsrechtlichen *ordre public* wesentliche Vorschriften des Gemeinschaftsrechts fundamentalen nationalen Rechtsgrundsätzen gleich.⁶⁸

Die Gemeinschaftsgrundrechte und die wesentlichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bilden also notwendigerweise den Inhalt des nationalen *ordre public*, zumindest insoweit der *ordre public*-Vorbehalt im sekundären Gemeinschaftsrecht geregelt ist. Es ist letztinstanzlich der EuGH, der den nationa-

67 *Thoma* (Fn. 11 oben) 165 sieht in diesem EuGH-Grundsatz eine Übertragung des traditionellen kontinentaleuropäischen Verständnisses von *ordre public* auf die EU-Rechtsordnung.

68 *Maxicar* (Fn. 29 oben) Rn. 32. Hierzu *Basedow*, Festschrift Sonnenberger 2004, 291, 314 f.; *Thoma* (Fn. 11 oben) 163 ff.

len *ordre public* in Bezug auf Europäische Grundrechte und sonstige gemeinschaftsrechtliche Grundprinzipien konkretisiert.⁶⁹ Somit erweist sich die Aussage des EuGH, er würde nicht den Inhalt des nationalen *ordre public* definieren, sondern lediglich über seine Grenzen wachen,⁷⁰ als bloße Schutzbehauptung.⁷¹

4. Grundrechtswirkung bei der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher *ordre public*-Klauseln durch nationale Gerichte

a) Deutschland

Ein interessantes Beispiel für die Auslegung gemeinschaftsrechtlicher *ordre public*-Klauseln in der deutschen Rechtsprechung bietet ein Fall, der 1999 vom BGH entschieden wurde. Er betrifft eine typisch deutsche Konstellation der horizontalen Grundrechtswirkung: die Sittenwidrigkeit ruinöser Angehörigenbürgschaften.⁷²

Ein französischer Staatsangehöriger hatte sich als 21-jähriger in Frankreich für ein Darlehen seiner Schwester in Höhe von FF 550.000 verbürgt. Später zog er nach Deutschland. Als die Schwester das Darlehen nicht tilgte, wurde er 1992 vom Landgericht Straßburg aufgrund der Bürgschaft auf Zahlung von ca. FF 462.000 zuzüglich 11,5 % Zinsen verurteilt. Die Gläubigerin beantragte die Vollstreckung des französischen Urteils. Das OLG Karlsruhe lehnte den Antrag mit dem Argument ab, das französische Urteil verstieße gegen den *ordre public* gem. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ. Jenes Urteil widerspreche nämlich den grundrechtlichen Wertungen über die Privatautonomie bei der Bürgenhaftung. Entscheidungen anderer EU-Staaten könnten nicht anerkannt werden, wenn sie in besonders eindeutiger Weise missbrauchte Privatautonomie zur Haftungsgrundlage erklärten. Im vorliegenden Fall sei der Bürge unerfahren und mit einem Nettogehalt von monatlich rund 2.200 DM fast vermögenslos gewesen. Die Haftung habe er nur wegen der verwandtschaftlichen Bindung an seine Schwester übernommen. Die Gläubigerin habe ihn nicht über die Risiken aufgeklärt.

69 *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle* (Fn. 6 oben) 237.

70 *Krombach* (Fn. 28 oben) Rn. 23; *Maxicar* (Fn. 29 oben) Rn. 28; GA Kokott, Schlussanträge *Gambazzi* (Fn 30 oben) Rn. 34.

71 Vgl. *Martiny*, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 532: „Freilich werden in dem Maße, in welchem die Grenzen definiert werden, zumindest mittelbar auch immer mehr Inhalte vorgegeben.“ Siehe auch *Gundel*, EWS 2000, 442: Der EuGH definiert den Kernbestand der öffentlichen Ordnung gem. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ europäisch.

72 BGH 24.2.1999, BGHZ 140, 395 = JZ 1999, 1117 = IPRax 1999, 371 m. Aufs. *Schulze*, 342.

Der BGH teilte die Ansicht des OLG Karlsruhe nur partiell. Es sei nicht zulässig, bei einem Antrag auf Vollstreckung eines ausländischen Urteils die Gesetzesmäßigkeit desselben zu überprüfen. Deutschland habe sich gegenüber anderen Staaten mit gleichartiger, rechtsstaatlicher und freiheitlich-demokratischer Grundordnung verpflichtet, deren Urteile ohne inhaltliche Überprüfung anzuerkennen. Die Ausgewogenheit von Verträgen nach dem Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB sei im Erkenntnisverfahren zu prüfen. Hier gehe es aber allein um die Frage, ob gerade eine Vollstreckung des französischen Urteils die Grundrechte des Bürgen verletzt. In dieser Hinsicht trügen allgemein die Unpfändbarkeitsbestimmungen der ZPO dem Gebot des Sozialstaatsprinzips weitgehend Rechnung. Hier sei zu prüfen, ob gerade die Unterwerfung des Schuldners unter das ausländische Zahlungsgebot seine Handlungsfreiheit in verfassungswidriger Weise einschränke. Derartiges könne allenfalls in besonders krassen Fällen der strukturellen Unterlegenheit in Betracht kommen, wenn der Schuldner nach dem Urteil aller billig und gerecht Denkenden zweifelsfrei zum wehrlosen Objekt der Fremdbestimmung gemacht und hierdurch auf Jahre hinaus auf das wirtschaftliche Existenzminimum der Pfändungsfreigrenzen verwiesen würde. Solche Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Gleichwohl sei eine Vollstreckung des Urteils abzulehnen, nicht aber auf der Grundlage von Art. 27 Nr. 1, sondern auf der Grundlage von Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ,⁷³ weil der Schuldner im französischen Verfahren nicht wirksam vertreten war.

Das Ergebnis, zu dem der BGH in diesem Fall gekommen ist, kann als richtig bewertet werden, jedoch vermag die Urteilsbegründung nicht ganz zu überzeugen. Bei der Anwendung des vollstreckungsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalts geht es nicht allein darum, ob die *Vollstreckung* des französischen Urteils Grundrechte des Beklagten verletzt. Das Ergebnis der Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Entscheidung i.S.v. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ umfasst gleichermaßen die Auswirkungen, wie sie sich *nach materiellem Recht und nach Vollstreckungsrecht* ergeben.⁷⁴ Der Sache nach hat aber auch der BGH in diesem Fall die Prüfung des materiellen Rechts bzw. des Vorliegens eines extremen Falles von sittenwidriger Bürgschaft vorgenommen.

Dieser Fall hat gezeigt, dass die Berücksichtigung der Grundrechte bei der Auslegung des internationalprivatrechtlichen *ordre public* nicht unbedingt in Richtung europäischer Harmonisierung führt.⁷⁵ Trotz der harmonisierten Kol-

73 Gem. Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ wird eine Entscheidung nicht anerkannt, „wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäß und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, daß er sich verteidigen konnte“.

74 In diesem Sinne Roth, JZ 1999, 1119 ff.

75 Martiny, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 530 sieht aber in diesem Urteil ein Bei-

lisionsnormen, trotz des Zurückhaltungsgebots bei der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts innerhalb der EU-Grenzen, trotz des *ordre public européen* bleibt die Auslegung des *ordre public* eine vorwiegend nationale Angelegenheit. Die nationale Grundrechtsauslegung kann die Rechtskollisionen zwischen EU-Mitgliedstaaten im Laufe der Zeit sogar verschärfen. Vor dem Bürgerschafts-Beschluss des BVerfG von 1993 wäre kaum ein deutsches Zivilgericht auf die Idee gekommen, im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts auch die Auswirkungen von Familienbürgerschafts-Urteilen unter Gesichtspunkten der materiellen Vertragsgerechtigkeit zu prüfen.⁷⁶

Ein künftiger Richtungswechsel hin zur europäischen Harmonisierung bei der Auslegung des *ordre public*-Begriffs in solchen Fällen könnte nur zustande kommen, wenn etwa die materialisierte Privatautonomie als Europäisches Grundrecht anerkannt würde und ein supranationales Gericht wie der EuGH oder der EGMR sich zuständig fühlte, den Inhalt eines solchen Grundrechts in Fällen ruinöser Familienbürgerschaften supranational festzulegen. Ob dieses Szenario positiv oder negativ zu bewerten wäre, sei hier dahingestellt. Viel spricht dafür, den Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Auslegung von Grundrechten, die (auch) das nationale Rechtssystem betreffen, zu belassen.⁷⁷

Es fragt sich, inwieweit die Einbettung der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel in einem Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft (wie etwa im Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ bzw. Art. 34 Nr. 1 EuGVVO) eine Pflicht zur Vorlage der strittigen Fragen zur Auslegung dieser Klausel an den EuGH begründet.⁷⁸ Der *Maxicar*-Fall hat gezeigt, dass die *Corte d'Appello di Torino* kein Problem darin sah, den Begriff des – eigentlich nationalen! – *ordre public* autoritativ durch den EuGH definieren zu lassen. Ähnlich verhielten sich die niederländischen Gerichte im *Eco Swiss*-Fall, der 1999 vom EuGH entschieden wurde.⁷⁹ Die deutschen Zivilgerichte waren aber bis Anfang der 1990er Jahre

spiel für die Tendenz zur äußerst engen Interpretation der Vorbehaltsklausel. Vgl. auch *Gundel*, EWS 2000, 442, 443.

76 Zur kollisionsrechtlichen Bedeutung des Bürgerschafts-Beschlusses des BVerfG siehe *Reich*, NJW 1994, 2128, 2129 ff., der dafür plädiert, in Situationen gestörter Vertragsparität Art. 34 EGBGB als „grundrechtsspezifische Eingriffsnorm“ anzuwenden, um der unterlegenen Vertragspartei den deutschen Grundrechtsschutz zu gewähren.

77 Vgl. *Staudinger/Blumenwitz* (Fn. 2 oben), § 6 EGBGB, Rn. 77: Es kommt vor allem darauf an, „ob das jeweilige Menschenrecht innerhalb des Kreises der Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum (margin of appreciation) zur Gestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung zulässt oder ob sich bereits ein gemeinsamer Mindeststandard herausgebildet hat bzw. das Grundrecht in seinem absolut geschützten Kernbereich betroffen ist.“

78 Dies bejaht *Föhlisch* (Fn. 44 oben) 146 f., 171.

79 C-126/97, *Eco Swiss/Benetton*, U. v. 1.6.1999, Slg. 1999, I-3055. Hierzu *Basedow*, Festschrift Sonnenberger 2004, 291, 309 ff.; *Thoma* (Fn. 11 oben) 185 ff.

ganz anderer Auffassung. Der BGH lehnte jede Art von Vorlage an den EuGH bezüglich der Auslegung der Vorbehaltsklausel ab. Er vertrat die Ansicht, dass diese Frage allein das nationale Recht berühre.⁸⁰ Erst im Jahre 1993 nahm der BGH, unter dem Einfluss der Kritik der Literatur,⁸¹ die Möglichkeit zur Vorlage einer Auslegungsfrage über die Kontrolle der Grenzen des *ordre public* an den EuGH in Betracht.⁸²

b) *Frankreich*

Auch in der französischen Rechtsprechung scheint eine grundrechtlich inspirierte Auslegung der *ordre public*-Vorbehaltsklausel des Art. 27 Nr. 1 EUGVÜ vor allem neue Divergenzen zwischen den Wertungen des französischen Rechts und denjenigen anderer EU-Mitgliedstaaten herbeizuführen. Exemplarisch zeigt dies ein Fall, der – genauso wie der oben besprochene deutsche Fall – im Jahr 1999 entschieden wurde und eine Bürgschaft betraf. Allerdings handelte es sich im französischen Fall um eine Prozesskostenbürgschaft:

Die *Cour de Cassation* verweigerte 1999 die Anerkennung zweier Urteile der englischen High Court of Justice wegen Verletzung des *ordre public*. Grund dafür war die von den englischen Rechtsvorschriften verlangte Bürgschaft (*bond*) zur Deckung der Prozesskosten vor den englischen Gerichten. Diese Voraussetzung hindert nämlich nach Ansicht der *Cour de Cassation* den Zugang zur Ziviljustiz und verletzt daher das Grundrecht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK.⁸³

Diesen Ansatz der *Cour de Cassation* sah die französische Literatur als durch das nur ein Jahr später gefällte *Krombach*-Urteil des EuGH bestätigt und bekräftigt.⁸⁴ Seit dem *Krombach*-Fall ist nämlich unstrittig, dass die EMRK und insbesondere ihr Art. 6 bei der Auslegung der *ordre public*-Vorbehaltsklausel im Art. 27 Nr. 1 EUGVÜ berücksichtigt werden muss.⁸⁵

80 BGHZ 75, 167, 170 f.; BGHZ 88, 17, 20.

81 *Basedow*, in: Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. I, Tübingen 1982, Kap. II Rn. 51; *Martiny*, in: von *Bar* (Hrsg.) (Fn. 27 oben), 211, 213; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Heidelberg 1993, Art. 27, Rn. 4.

82 BGHZ 123, 268 ff. Im konkreten Fall hielt aber der Gerichtshof eine Vorlage nicht für notwendig, weil Zweifel an der Auslegung des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ nicht bestanden.

83 Cass. civ., 16.3.1999, *Pordéa*, Journal du droit international 1999, 773 m. Anm. *Huet* = RTDCiv. 1999, 799 m. Anm. *Perrot* = Gaz. Pal. 2000, März 1/2, 37 m. Anm. *Niboyet*.

84 Vgl. *Muir Watts* Besprechung des *Krombach*-Urteils in Rev. crit. DIP 2000, 481; *Fauvarque-Cosson*, Am.J.Comp.L. 2001, 407, 423.

85 Siehe oben, 3) b.

5. *Auslegung des internationalprivatrechtlichen ordre public der Mitgliedstaaten im Lichte der Europäischen Grundrechte*

a) *Deutschland*

aa) *Europäische Grundrechte, die zugleich internationale Menschenrechte darstellen*

Gem. Art. 6 EGBGB ist eine Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, „wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

Diese klare gesetzliche Regel von 1986 stellt die Auswirkung der Grundrechte auf die Auslegung des deutschen *ordre public* außer Frage. Dies war nämlich unter der alten Fassung der Vorbehaltsklausel⁸⁶ strittig. Die neue Formulierung der Vorbehaltsklausel in Art. 6 EGBGB kodifiziert einen Grundsatz, dem das BVerfG im Jahre 1971 mit dem revolutionären „Spanier-Beschluss“⁸⁷ zum Durchbruch verhalf. Nach der Reform von 1986 klang der Grundrechte-Streit im deutschen Internationalen Privatrecht ab.⁸⁸

Der Spanier-Beschluss von 1971 ist für das spezifische Thema dieses Beitrages aus zwei Gründen von großer Bedeutung: Erstens spielt in der Urteilsbegründung die Auslegung des *ordre public*-Vorbehalts im Lichte der Grundrechte eine zentrale Rolle. Zweitens beschränkt sich die Argumentation des BVerfG nicht auf die Kategorien des deutschen Grundgesetzes, sondern betrachtet die nationalen Grundrechte im Zusammenhang mit den internationalen Menschenrechten, vor allem der EMRK.

86 Art. 30 EGBG a.F. lautete: „Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde“. Die Zweiteilung gute Sitten/deutsche Gesetze war jedoch missglückt: Vgl. *Kropholler* (Fn. 31 oben) 248 m.w.N.

87 BVerfGE 31, 58, dazu unten im Text. Diese ist die erste Entscheidung des BVerfG zu einem internationalprivatrechtlichen Fall: Vgl. *Neuhaus*, *RabelsZ* 36 (1972) 127.

88 *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Einleitung IPR, Rn. 339; *Looschelders*, *RabelsZ* 65 (2001) 463, 474. Zur Entwicklung der deutschen Rechtsprechung und Lehre zum Grundrechtsschutz im Internationalen Privatrecht nach dem Spanier-Beschluss siehe *Damm*, Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschem internationalen Privatrecht anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht, *Pfaffenweiler* 1993; *Hofmann*, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, *Berlin* u.a. 1994; *Kreuzer*, *Festschrift Benda* 1995, 153.

Der Spanier-Beschluss wird deswegen so genannt, weil der Beschwerdeführer ein in Deutschland lebender spanischer Staatsangehöriger war, der eine nach deutschem Recht geschiedene Deutsche heiraten wollte. Das damalige spanische Recht ließ weder die Scheidung zu⁸⁹ noch erkannte es ausländische Ehescheidungen an.⁹⁰ Deswegen verweigerten die spanischen Behörden die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses. Der Beschwerdeführer hatte in Deutschland die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses beantragt, sein Antrag war aber gescheitert. Daher legten die Verlobten nach Erschöpfung des Instanzenweges eine Verfassungsbeschwerde u.a. wegen Verletzung der Eheschließungsfreiheit gem. Art. 6 Abs. 1 GG ein. Ihre Beschwerde hatte Erfolg.

Das BVerfG stellte fest, dass nicht nur die Vorschriften des deutschen Internationalen Privatrechts als solche, sondern auch die Anwendung des durch sie berufenen ausländischen Rechts im Einzelfall an den Grundrechten zu messen sind. Dies wurde damals von der Rechtsprechung sowie von gewichtigen Stimmen in der Literatur abgelehnt.⁹¹ Der BGH vertrat die Ansicht, bei der Anwendung des durch eine deutsche Kollisionsnorm berufenen ausländischen Rechts komme es auf die Beachtung der Grundrechte grundsätzlich nicht mehr an. Immer dann, wenn die Wirkungen einer Rechtshandlung über den Geltungsbereich des Grundgesetzes hinausgehen, d.h. bei Sachverhalten mit irgendeiner Auslandsbeziehung, sollten die Grundsätze der Verfassung einschließlich der Menschenrechte nicht entgegen dem ausländischen Recht zur

89 Erst mit der Familienrechtsreform von 1981 wurde das Institut der Ehescheidung in das *Codigo civil* eingeführt.

90 Eine ganz ähnliche Konstellation wurde ein Monat später vom schweizerischen Bundesgericht entschieden (BGE 97 I 389, Urteil vom 3. Juni 1971). Diesen schweizerischen Fall könnte man „Italiener-Beschluss“ nennen, denn dort ging es um die Ehe zwischen einem italienischen Staatsangehörigen und einer geschiedenen Schweizerin. In Italien ist die Scheidung seit 1970 zulässig, auf den Sachverhalt war aber das frühere Recht anwendbar. Auch dieses schweizerische Urteil zeichnete eine Wende in der bisherigen Rechtsprechung: Es betrachtete zum ersten Mal ausländische Normen, die eine im Ausland erfolgte Scheidung nicht anerkannten und damit eine neue Eheschließung verboten, als mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbar. Die Begründung des schweizerischen „Italiener-Beschlusses“ enthielt zwar keinen Verweis auf Grund- oder Menschenrechte, dafür aber eine sehr ausführliche rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, u.a. die ausdrückliche Berücksichtigung des deutschen Spanier-Beschlusses.

91 Siehe u.a. die in *RabelsZ* 1972 veröffentlichten kritischen Besprechungen des Spanier-Beschlusses von *Jayme* (19 ff.), *Kegel* (27 ff.), der die schärfsten Worte gegen die Prüfung kollisionsrechtlicher Sachverhalte am Maßstab der Grundrechte fand; *Lüderitz* (35 ff.), *Makarov* (54 ff.), *Müller* (60 ff.) und *Neumayer* (73 ff.). Kräftige Zustimmung erhielt das BVerfG dagegen von *Sturm*, *FamRZ* 1972, 16 ff.

Anwendung kommen.⁹² Seit 1964 ließ zwar der BGH im Rahmen der Auslegung des *ordre public*-Vorbehalts gem. Art. 30 EGBGB a.F. eine gewisse Prüfung des nach Internationalem Privatrecht anzuwendenden ausländischen Rechts an der Wertordnung des Grundgesetzes zu. Jedoch lehnte das oberste Zivilgericht auch im Rahmen jener Vorschrift eine weitgehende Prüfung am Maßstab der Grundrechte ab. Es sei nicht angemessen und widerspreche völkerrechtlichen Grundsätzen, wenn die Anwendung fremder Rechtssätze von vornherein von ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz abhängig wäre. Gemäß der allgemein restriktiven Auslegung der Vorbehaltsklausel solle der deutsche *ordre public* nur eingreifen, wenn „wesentliche Verfassungsgrundsätze, die eine unverrückbare Grundlage des deutschen staatlichen oder sozialen Lebens bilden“, oder „unabdingbare Gebote des deutschen Verfassungsrechts“ verletzt werden. Diese Voraussetzung sei bei Grundrechtsverletzungen erst dann erfüllt, wenn das Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werde.⁹³

Das BVerfG verwarf diese Auffassung des BGH, weil sie dem Vorrang der Verfassung und der zentralen Bedeutung der Grundrechte nicht gerecht werde. Auch im Internationalen Privatrecht sei nämlich von der Leitnorm des Art. 1 Abs. 3 GG auszugehen, die im Geltungsbereich des Grundgesetzes alle staatliche Gewalt mit unmittelbarer Wirkung an die Grundrechte bindet. Die *ordre public*-Vorbehaltsklausel sei als „Einfallstor“ bzw. als „Einbruchstelle“ der Grundrechte in das Internationale Privatrecht“ zu verstehen.⁹⁴ Verfassungswidrige Ergebnisse können entweder (mittelbar) durch Heranziehung des *ordre public*-Vorbehalts oder unmittelbar dadurch vermieden werden, dass in den Grundrechten eine Schranke gesehen wird, die die Anwendung des durch eine Kollisionsnorm berufenen Rechts begrenzt.

Bei der Prüfung des einschlägigen Grundrechts auf Eheschließungsfreiheit setzte sich das BVerfG im Spanier-Beschluss auch ausführlich mit europäischen und internationalen Menschenrechten auseinander. Es bezog in seine Begründung Art. 12 EMRK, Art. 16 Abs. 1 S. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen und die Präambel des UN-Übereinkommens vom 10. Dezember 1962 über die Erklärung des Ehwillens, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschließungen ein.

Die Berücksichtigung der europäischen und internationalen Menschenrechte in Bezug auf privatrechtliche Fallkonstellationen ist in der deutschen Rechtspre-

92 BGHZ 41, 136, 151.

93 BGHZ 42, 7, 12 ff.

94 Dabei verweist der Spanier-Beschluss ausdrücklich auf die Lüth-Entscheidung des BVerfG von 1958 (BVerfGE 7, 198), welche die Generalklauseln des materiellen Privatrechts als Einbruchstellen der Grundrechte auffasste.

chung ganz außergewöhnlich. Im Spanier-Beschluss diente sie vor allem als zusätzliches Argument für die Ausdehnung des deutschen Grundrechtsschutzes auf einen nicht deutschen Staatsangehörigen (den spanischen Verlobten).

Es ist allgemein anerkannt, dass zu den Grundrechten oder sonstigen wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts i.S.v. Art. 6 EGBGB auch die Gemeinschaftsgrundrechte zählen, die in der EMRK kodifiziert sind.⁹⁵ In der deutschen Rechtsprechung zum Art. 6 EGBGB spielen jedoch die internationalen Quellen der Menschenrechte nur selten eine Rolle.⁹⁶ Wenn überhaupt, werden sie nur am Rande erwähnt, zur Verstärkung einer hauptsächlich durch die Auslegung des deutschen Grundgesetzes getragenen Argumentation.⁹⁷

Solange zwischen dem Inhalt nationaler und supranationaler Grundrechte Übereinstimmung herrscht, liegt kein Problem vor. Es ist z.B. klar, dass die konkreten Auswirkungen des islamischen Instituts der einseitigen Verstoßung der Ehefrau durch den Ehemann (*talaq*) u.U. zugleich mit dem nationalen, dem europäischen und dem internationalen Grundsatz der Gleichheit zwischen Mann und Frau unvereinbar sein können. In Deutschland wie in anderen Ländern Europas bilden die Urteile, welche die Anerkennung der islamischen *talaq* aus Gründen des *ordre public* verweigern, einen beträchtlichen Teil der Rechtsprechung zur Vorbehaltsklausel.⁹⁸

95 Nach dem Willen des Gesetzgebers von 1986 verweist Art. 6 EGBGB nicht nur auf Grundrechte des Grundgesetzes, sondern auch auf vergleichbare Menschenrechte aus den völkerrechtlichen Übereinkommen, welche die Bundesrepublik verpflichten: BT-Drucks. 10/504, 44. Hierzu statt vieler *Ehricke*, EuGRZ 1993, 113, 117; *Staudinger/Blumenwitz* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 74 m.w.N. Ob die Europäischen Grundrechte unter den Begriff der „Grundrechte“ im Art. 6 EGBGB Abs. 2 subsumiert werden können oder lediglich zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts gem. Art. 6 EGBGB Abs. 1 zählen, ist für die Zwecke dieses Beitrages irrelevant.

96 Sogar im Fall *Krombach*, wenige Monate nach dem Urteil des EuGH, das sich auf Art. 6 EMRK berufen hatte, stützte der BGH seine Entscheidung lediglich auf nationales Verfassungsrecht: BGH 29.6.2000, BGHZ 144, 390. Kritisch *Heß*, IPRax 2001, 301, 303; *Martiny*, Festschrift Sonnenberger 2004, 523, 535.

97 Siehe z.B. BVerfGE 100, 313, das bei der Bestimmung des Schutzes des Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 GG auf Art. 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und auf Art. 8 EMRK verweist.

98 In der deutschen Rechtsprechung siehe z.B. AG Garmisch-Partenkirchen, 19.12.2006, 1 F 0290/03, 1 F 290/03, <http://www.juris.de>: „Das einseitige Scheidungsrecht (*talaq*), welches nur dem Ehemann, nicht aber umgekehrt auch der Ehefrau zusteht und völlig willkürlich gehandhabt werden kann, widerspricht eklatant den deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen.“ Zur Vereinbarkeit der *talaq* mit dem deutschen *ordre public* siehe *Bolz*, NJW 1990, 620; *Jayme*, IPRax 1989, 223, *Staudinger/von Bar/Mankowski*, 13. Bearb., Berlin 2003, Art. 17 EGBGB Rn. 124. Zur *talaq* in der französischen Rechtsprechung siehe unten, b. In der Schweiz siehe BGE 88 I 48 (Urteil vom 8. Februar

Viel interessanter für die Zwecke des vorliegenden Beitrags sind aber die Konstellationen, in denen – wie im Spanier-Beschluss und im oben geschilderten Bürgerschaftsfall von 1999 – zwei EU-Mitgliedstaaten unterschiedliche *ordre public*-Auffassungen vertreten. Ebenfalls von großem Interesse ist die Frage, wie man den *ordre public* gem. Art. 6 EGBGB auslegen soll, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts zwar von wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts abweicht, aber mit europäischen Grundrechten bzw. mit internationalen Menschenrechten noch vereinbar ist.

Wenn die betroffenen Grundsätze des deutschen Rechts von einem supranationalen Gericht (z.B. vom EGMR) als mit europäischen Grundrechten oder internationalen Menschenrechten unvereinbar erklärt worden sind, dürfte sich die Auslegung der Vorbehaltsklausel nicht mehr auf diese Grundsätze stützen. Wenn es stimmt, dass eine vom EGMR explizit als konventionswidrig festgestellte privatrechtliche Norm oder Rechtspraxis in einem Mitgliedstaat von den deutschen Gerichten im Rahmen einer kollisionsrechtlichen Verweisung nicht mehr befolgt werden dürfte,⁹⁹ dann müsste dies auch umgekehrt gelten: Eine deutsche Norm oder Rechtspraxis, die vom EGMR explizit als konventionswidrig festgestellt wurde, kann nicht mehr im Wege der Auslegung der Vorbehaltsklausel die Anwendung eines mit europäischen Grundrechten oder internationalen Menschenrechten konformen ausländischen Rechts verhindern.

Schwieriger wird allerdings die Problematik, wenn die deutschen Rechtsgrundsätze international noch mit europäischen Grundrechten oder internationalen Menschenrechten vereinbar sind. Wie ist der deutsche *ordre public* auszulegen, wenn wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts mit ausländischen Rechtsgrundsätzen kollidieren, wobei sowohl der deutsche als auch der ausländische Rechtsansatz mit internationalen Menschenrechten als konform gelten können?

Prima facie wäre man versucht, zu behaupten, dass, solange das ausländische Recht mit europäischen Grundrechten oder internationalen Menschenrechten noch vereinbar ist, seine Anwendung keinesfalls durch die Vorbehaltsklausel verhindert werden darf. Bei genauerer Betrachtung der einschlägigen Fallkonstellationen erweist sich jedoch ein solcher Ansatz als zu pauschal bzw. als potentielle Quelle unbilliger Ergebnisse.¹⁰⁰ Dies sei hier anhand eines Fal-

1962): die Verstoßung einer Schweizer Frau durch ihren ägyptischen Ehemann ist mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbar.

99 So Staudinger/Blumenwitz (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBG, Rn. 83 m.w.N.

100 Vgl. Looschelders, RabelsZ 65 (2001) 463, 471: pauschale Lösungen im Internationalen Privatrecht helfen nicht weiter.

les exemplifiziert, der 1996 vom OLG Karlsruhe entschieden wurde:¹⁰¹

Ein in Deutschland lebendes marokkanisches Ehepaar (der Ehemann hatte die deutsche Staatsangehörigkeit erworben) beantragte die Adoption eines marokkanischen Kindes. Das Vormundschaftsgericht wies den Adoptionsantrag zurück, weil die Annahme als Kind marokkanischem Recht unterliege und nach diesem Recht eine Adoption nicht erfolgen könne. Das Landgericht wies aus dem gleichen Grund die Beschwerde der Eheleute zurück. Dagegen hielt das Oberlandesgericht ihre Beschwerde für begründet. Es stellte fest, das Vormundschaftsgericht dürfe sich nicht auf die Feststellung der grundsätzlichen Anwendbarkeit des marokkanischen Rechts beschränken. Es müsse vielmehr auch in Erwägung ziehen, ob nicht der Ausschluss der beantragten Adoption mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar sei (Art. 6 EGBGB). Sodann warf das OLG aber auch die Frage auf, ob nicht gem. Art. 20 Abs. 3 der UN-Konvention von 1989 über die Rechte des Kindes das bestehende Pflegschaftsverhältnis nach marokkanischem Recht (*kafala*) eine angemessene Form der Betreuung bildet, insoweit sie die Kontinuität der kulturellen Kindesentwicklung fördert. Dabei verwies das OLG ausdrücklich auf den Ansatz *Jaymes*, wonach die *kafala* eine der Adoption vergleichbare Institution sei und dies auch vom UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes nahegelegt werde.

Im Gegensatz zu einer in Deutschland verbreiteten Meinung¹⁰² sieht *Jayme* im Hinblick auf den Schutz der kulturellen Identität der Kinder keinen Verstoß des marokkanischen Rechts gegen den deutschen *ordre public* an.¹⁰³ Zum gleichen Ergebnis kommen auch andere Stimmen in der Literatur: In Sachverhalten, in denen beide annehmende Eheleute Ausländer sind und dem gleichen Land angehören, sei bei der Berufung auf den *ordre public* besondere Zurückhaltung geboten.¹⁰⁴

Jedoch ist in Familienrechtskonstellationen bei der Erwägung von Argumenten wie der kulturellen Identität besondere Vorsicht angebracht.¹⁰⁵ Im besprochenen Fall des OLG Karlsruhe wohnten die Eheleute in Deutschland. Der Mann war deutscher Staatsangehöriger. Beide Ehegatten wollten eine Volladoption nach deutschem Recht. Das Kind sollte in Deutschland aufwachsen.

101 OLG Karlsruhe, 25.11.1996, FamRZ 1998, 56 f.

102 Vgl. AG Hagen, 14.3.1984, IPRax 1984, 279; Palandt/*Heldrich*, BGB, 67. Aufl., München 2008, Art. 6 EGBGB, Rn. 22.

103 *Jayme*, IJVO 2 (1991/1992), 8; *ders.*, IPRax 1996, 237 ff., 242 f.

104 MüKo/*Klinkhardt*, Bd. 11, 4. Aufl., München 2006, Art. 22 EGBGB, Rn. 55 m.w.N.

105 Kritisch auch *Coester-Waltjen*, BerGesVR 38 (1998) 9, 15 f.; *Kokott*, BerGesVR 38 (1998) 71, 91; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., München 2003, 4.51. Vgl. ferner MüKo/*Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 71.

Warum sollte das arme Kind in Deutschland ohne die Rechte leben, die eine Volladoption gewährt, obwohl beide Eltern ihm diese Rechte gerade gewähren wollten? Würde hier nicht vielleicht eine strikte Anwendung des Internationalen Privatrechts und die Berufung auf Argumente wie die kulturelle Identität viel mehr Schaden als Nutzen verursachen? Die betroffenen Parteien wollten die Anwendung des marokkanischen Rechts ausdrücklich nicht. Die Anwendung dieses Rechts hätte den Parteien große Nachteile gebracht, und zwar nicht nur im Hinblick auf die Versagung der Rechte, die aus einer Volladoption folgen, sondern auch im Hinblick auf die künftige Integration des Kindes in Deutschland.

In diesem Zusammenhang erweist sich *Flessners* Ansatz des fakultativen Kollisionsrechts¹⁰⁶ als zutreffend: Das Kollisionsrecht soll nicht nur den Interessen der Staaten, sondern auch den Interessen der Parteien dienen; auf ihren Willen soll es ankommen.¹⁰⁷ Eine parteienfreundliche Korrektur der Ergebnisse der Anwendung des Internationalen Privatrechts kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Ein Weg besteht darin, dass man von der Anwendung der *lex causae* ausnahmsweise absieht, wenn die Parteien aufgrund redlicher Interessen die *lex fori* bevorzugen. Dies käme einer teleologischen Reduktion von Kollisionsnormen gleich.

Ein anderer, vielleicht noch besserer Weg wäre eine entsprechende Auslegung des *ordre public*-Vorbehalts. Dieser stellt nämlich ein „Einfallstor für materielle Interessen“ dar und bildet ein „notwendiges Korrektiv zu den internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen, die selbst nicht vorrangig auf den materiellrechtlichen Inhalt des ausländischen Rechts blicken“.¹⁰⁸ So könnte man im Rahmen der Generalklausel des *ordre public* auch den Umstand berücksichtigen, dass die Parteien die Anwendung deutscher Rechtsgrundsätze wünschen und dieser Wunsch redlichen Interessen entspricht bzw. objektiv nicht ungerechtfertigt ist.

106 *Flessner*, *RabelsZ* 34 (1970) 547; *ders.*, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen 1990.

107 Sympathie für *Flessners* Lehre vom fakultativen Kollisionsrecht zeigen u.a. *Raape/Sturm*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., München 1977, 306 f.; *Jünger*, *Mélanges F. Sturm*, 1999, 1519; *Th. De Boer*, *Mélanges F. Sturm* 1999, 1409. Vgl. *Peifers* Besprechung der *Mélanges F. Sturm* in *RabelsZ* 66 (2002), 151, 156 f.

108 So *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 2. Er weist jedoch zu Recht darauf, dass Art. 6 EGBGB dem Richter keinen Freiraum zur Nichtanwendung allen ausländischen Rechts gibt, das in seiner Vorstellung für die betroffenen Personen unzumutbar ist. Ebenso wenig darf Art. 6 EGBGB in der Weise manipuliert werden, dass unter dem Vorwand materieller Gerechtigkeitsgebote eine Veränderung geltender Kollisionsnormen in die Wege geleitet wird.

Dieser Weg kommt der Lösung nahe, die letztlich das OLG Karlsruhe dem besprochenen Fall gegeben hat. Das OLG entschied nämlich ganz weise, dass das Vormundschaftsgericht zu prüfen habe, ob die Versagung der Adoption zu einem untragbaren Widerspruch mit Grundsätzen des deutschen Rechts gem. Art. 6 EGBGB führen müsse. Hierfür sei insbesondere auf das Maß des Inlandsbezuges abzustellen, den der Sachverhalt aufweist. Beispielweise sei zu ermitteln, ob die Eheleute ihren endgültigen Aufenthalt in der Bundesrepublik genommen haben oder beabsichtigen, in ihr Heimatland zurückzukehren.¹⁰⁹

Dementsprechend ist m.E. der potentielle Konflikt zwischen deutschen Rechtsgrundsätzen und Art. 20 Abs. 3 Kinderrechtskonvention in diesem und ähnlichen Fällen zu lösen. Möchte die Familie in Deutschland bleiben, haben die wesentlichen Grundsätze des deutschen Adoptionsrechts Vorrang. Möchte die Familie dagegen nach Marokko zurückkehren, hat die Aufrechterhaltung der *kafala* als ein von der UN-Konvention anerkanntes funktionales Äquivalent zur Adoption Vorrang.¹¹⁰

Überträgt man diese Gedanken auf die allgemeine Problematik der Kollision zwischen wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts und ausländischen Rechtsgrundsätzen, die jedoch mit Europäischen Grundrechten noch vereinbar sind,¹¹¹ ist Folgendes festzustellen:

In der Regel darf der nationale *ordre public* nicht die Anwendung eines ausländischen Rechts abwehren, das mit Europäischen Grundrechten oder internationalen Menschenrechten konform ist.¹¹² Wünschen jedoch die Parteien redlicherweise die Anwendung des deutschen Rechts und ist diese Anwendung auch von einem gewissen Maß an Inlandsbezug des Sachverhalts gerechtfertigt, müsste dies bei der Handhabung des *ordre public*-Vorbehalts berücksichtigt werden. Unter Umständen könnte in solchen Fällen die Anwendung des

109 OLG Karlsruhe (Fn. 101 oben) 57.

110 Vgl. *Rauscher*, Internationales Privatrecht, Heidelberg 1999, 45: Das Staatsangehörigkeitsprinzip ist für rückkehrwillige Ausländer interessengerecht, weil es in den Grenzen des *ordre public* Identitätswahrung in persönlichen Angelegenheiten erlaubt.

111 Gerichtsentscheidungen, die in diesem Zusammenhang explizit auf Europäische Grundrechte verweisen, konnten nicht gefunden werden. Selbst die internationalprivatrechtlichen Entscheidungen zum *ordre public*, die einen potentiellen Konflikt zwischen deutschen Rechtsgrundsätzen und internationalen Menschenrechten betreffen, sind extrem rar. Das hier besprochene Urteil des OLG Karlsruhe ist wohl ein Einzelfall in der Rechtsprechung zum *ordre public*-Vorbehalt; vgl. *Staudinger/Blumenwitz* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBG, Rn. 78.

112 Vgl. *Looschelders*, *RabelsZ* 65 (2001) 463, 482: Eine moderate Anwendung der Grundrechte ist insoweit gerechtfertigt, wie diese über die international anerkannten Menschenrechte hinausgehen.

ausländischen Rechts als mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar gelten.

bb) Sonstige Europäische Grundrechte, Grundfreiheiten und Verfassungsprinzipien

Fraglich ist, ob und inwieweit die Grundfreiheiten und andere EU-Verfassungsprinzipien bei der Konkretisierung des deutschen internationalprivatrechtlichen *ordre public* berücksichtigt werden müssen. Der BGH stellte schon im Jahre 1969 fest, dass die Normen des EWG-Vertrages zu der in der Bundesrepublik geltenden öffentlichen Ordnung gehören, jedenfalls soweit sie die Grundlagen des Binnenmarktes betreffen und nicht nur aus Zweckmäßigkeits-erwägungen getroffen sind.¹¹³

In der Literatur ist allgemein anerkannt, dass der internationalprivatrechtliche *ordre public* auch wesentliche Grundsätze des Gemeinschaftsrechts umfasst.¹¹⁴ Um die Vieldeutigkeit des Begriffs „europäischer *ordre public*“¹¹⁵ zu vermeiden, spricht *Sonnenberger* von einer „europäischen Prägung des *ordre public*“ und teilt diese dann in zwei Kategorien: die EG-rechtliche Prägung und die europäische Prägung, die sich „aus den rechtsvergleichend gewonnenen grundlegenden gemeinsamen Rechtsprinzipien der einzelnen europäischen Rechtsordnungen“ ergibt („europäischer common core-*ordre public*“).¹¹⁶

113 BGH NJW 1969, 978 ff. = ZZP 84 (1971) 203 m. Anm. *Habscheid*. Dieser Fall betraf den verfahrensrechtlichen *ordre public* als Grund für die Aufhebung von Schiedssprüchen gem. § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO a.F. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen Art. 85 des EWG-Vertrages verstoßen würde.

114 *Samtleben*, *RabelsZ* 45 (1981), 243 ff.; *Steindorff*, *EuR* 1981, 426, 439; *von Bar*, *Internationales Privatrecht*, Bd. 1, München 1987, Rn. 175; *Martiny*, in: *von Bar* (Hrsg.) (Fn. 27 oben) 221 f.; *Böhm*, *Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht*, Bayreuth (Diss.) 1993, 204; *Baumert*, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht unter besonderer Berücksichtigung der sog. mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt a.M. 1994, 47 ff.; *Föhlisch* (Fn. 44 oben); *Michaels/Kamann*, *JZ* 1997, 601, 607; *Jayme*, *Nationaler ordre public und europäische Integration*, Wien 2000; *Hohloch*, *Festschrift Stoll* 2001, 533; *von Bar/Mankowski* (Fn. 105 oben) 141 f., 722; *Kropholler* (Fn. 31 oben) 250; *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 66; *ders.*, *ZvglRWiss* 95 (1996), 3, 42; *Thoma* (Fn. 11 oben) 120 ff.; *Erman/Hohloch*, Bd. 2, 12. Aufl., 2008, Art. 6 EGBGB, Rn. 23.

115 Für den europäischen *ordre public* als eigenständige kollisionsrechtliche Kategorie *Baumert* (Fn. 114 oben); *Föhlisch* (Fn. 44 oben) 28; *Michaels*, *ZfRV* 1999, 5, 7; *Basedow*, *Festschrift Sonnenberger* 2004, 291; *Staudinger/Blumenwitz* (Fn. 2 oben), § 6 EGBGB, Rn. 79 ff.

116 *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 68 f., m.w.N. In dem Sinne,

Eine teilweise ähnliche Unterscheidung nimmt *Thoma* vor, wenn sie von „Vergemeinschaftung“ und „Europäisierung“ des *ordre public* spricht.¹¹⁷ *Thoma* fasst jedoch den Begriff der „Europäisierung“ anders als *Sonnenberger*: Sie bezieht sich vor allem auf die Prägung durch die Europäische Menschenrechtskonvention. Letztere wurde in diesem Beitrag unter 2. und 5. a), aa) behandelt.

Die praxisrelevanten Problematiken der EG-rechtlichen Prägung des *ordre public* wurden oben unter 3. und 4. erörtert. Theoretisch wäre es möglich, dass die EG-Grundfreiheiten und sonstige wesentliche gemeineuropäische Grundsätze, die nicht zugleich internationale Menschenrechte darstellen, auch die Auslegung nationaler *ordre public*-Vorbehaltsklauseln prägen, die nicht in Gemeinschaftsrechtsakten enthalten sind, wie etwa Art. 6 EGBGB. In der Judikatur konnte jedoch kein entsprechendes Urteil gefunden werden.

b) *Frankreich*

Der internationalprivatrechtliche *ordre public* wird in Frankreich als *ordre public international* bezeichnet. Dieser unterscheidet sich vom *ordre public interne*, d.h. von der Gesamtheit des zwingenden französischen Rechts.¹¹⁸ Die gesetzliche Grundlage für den Begriff des *ordre public interne* bildet Art. 6 Code civil.¹¹⁹ Interessanterweise fehlt im französischen Recht ein eigenständiger gesetzlicher Tatbestand des internationalprivatrechtlichen *ordre public*, wie er etwa in § 6 EGBGB zu finden ist. Der Verweis auf den *ordre public* in Art. 6 Code civil und der ungeschriebene, in der Rechtsprechungspraxis konsolidierte internationalprivatrechtliche *ordre public*-Vorbehalt scheinen zu genügen.¹²⁰

dass das Gemeinschaftsrecht keinen eigenen internationalprivatrechtlichen *ordre public* hervorbringt, sondern lediglich den nationalen *ordre public* prägt, siehe *Jayme*, Methoden der Konkretisierung des *ordre public* im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1989, 53; *Martiny*, in: *von Bar* (Hrsg.) (Fn. 27 oben) 220 f.; *Brödermann/Iversen* (Fn. 17 oben) Rn. 746 m.w.N.; *von Bar/Mankowski* (Fn. 105 oben) 722.

117 *Thoma* (Fn. 11 oben).

118 Wollte man das Verhältnis zwischen beiden Begriffen schematisch darstellen, müsste man zwei konzentrische Kreise zeichnen: Der größere wäre der *ordre public interne*, der kleinere der *ordre public international*. So *Lossouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières*, Droit international privé, Paris 2007, Rn. 249. Zur Unterscheidung zwischen *ordre public interne* und *ordre public international* siehe auch *Stöcker*, *RabelsZ* 38 (1974), 79, 89 f.

119 *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle* (Fn. 6 oben) 221 f. Zu Art. 6 Code civil siehe unten, III.

120 Drei Versuche hat es in Frankreich gegeben, die internationalprivatrechtlichen Regeln

In der akademischen Diskussion zur Rezeption internationaler Rechtsquellen zum Schutz der Menschenrechte im internationalen Privatrecht ist Frankreich ein Vorreiter. Schon 1950 wurde dort über den Einfluss der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen auf die französischen Vorschriften des Internationalen Privatrechts debattiert.¹²¹ Im Allgemeinen bezieht sich die französische Rechtswissenschaft lieber auf die EMRK als auf nationale Grundrechte, wenn es um die Auswirkung der Grundrechte im materiellen Privatrecht und im Internationalen Privatrecht geht. Dies ist nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen, dass Frankreich – anders als Deutschland – bei der Eingliederung des Völkerrechts in das nationale Recht dem sog. monistischen Modell folgt. Internationale Konventionen, zu denen sich Frankreich verpflichtet hat, sind im innerstaatlichen Recht unmittelbar wirksam. Es wird dort allgemein anerkannt, dass die EMRK Verfassungsrang genießt.¹²²

Über die Auswirkung der EMRK auf den internationalprivatrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt hat die *Cour de Cassation* 1990 im sog. *Pistre*-Fall Stellung genommen:

Das in Frankreich wohnende französische Ehepaar *Pistre* hatte ein brasilianisches Kind nach brasilianischem Recht adoptiert. Das brasilianische Recht sah für ausländische Adoptiveltern, die nicht in Brasilien wohnten, nur die einfache Adoption vor; eine Volladoption war ausgeschlossen. Das Ehepaar ließ das brasilianische Adoptionsurteil in Frankreich anerkennen, beantragte aber dabei die Anerkennung der Adoption als Volladoption. Der Antrag hatte keinen Erfolg. In ihrer Entscheidung vom Januar 1990¹²³ prüfte die *Cour de Cassation*, ob die Anwendung *in concreto* des brasilianischen Rechts mit dem französischen *ordre public* sowie mit Art. 8 Abs. 1, 12 und 14 EMRK und Art. 23, 24 Abs. 1 und 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte übereinstimmte. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass der Ausschluss der Volladoption eines brasilianischen Kindes durch Ausländer, die nicht in Brasilien wohnen, auf der Ansicht des Gesetzgebers gegründet war, dass das Kind nicht von seinen natürlichen Bindungen und seinem Ursprung entfremdet werden sollte. Da diese Regelung dem Kindeswohl diene, stünde sie weder im

zu kodifizieren: Alle drei sind gescheitert. Vgl. *Muir Watt*, *Droits*, 1998, 149; *Fauvarque-Cosson*, *Am.J.Comp.L.* 2001, 407, 410.

121 *Lerebours-Pigeonnière*, *La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français*, in: *Etudes offertes à Georges Ripert*, Vol. I, Paris 1950, 255 ff.

122 Vgl. *Herrmann/Perfumi*, *France*, in: *Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé* (Hrsg.) (Fn. 7 oben).

123 *Cass. (1ere Chambre civile)*, 31. 1. 1990, *Rev. crit. DIP* 1990, 519 ff. mit Anmerkung *Poisson-Drocourt*.

Gegensatz zum französischen *ordre public* noch zu den Bestimmungen der EMRK und des Internationalen Pakts.

Diese Entscheidung wurde unter verschiedenen Aspekten in der Literatur kritisiert. Unter anderem wurde gerügt, dass die *Cour de Cassation* direkt die EMRK als Prüfungsmaßstab nahm, obwohl ein direkter EMRK-Bezug im Sachverhalt (brasilianisches Kind) fehlte.¹²⁴ Diese Kritik ist m.E. unbegründet. Art. 1 EMRK stellt ganz allein auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch das Gericht des Vertragsstaats ab. Jeder staatliche Richter in einem Land, in dem die EMRK gilt, muss das Internationale Privatrecht konventionskonform anwenden.¹²⁵ Es kommt also weder auf die nationale Zugehörigkeit der Parteien zu einem Mitgliedstaat noch auf einen etwaigen „regionalen“ Binnenbezug des Sachverhalts an.¹²⁶ Auch das EGMR hat sich deutlich in dem Sinne ausgesprochen, dass die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für das Handeln ihrer Organe auch dann besteht, wenn die Folgen des Handelns außerhalb des mitgliedstaatlichen Hoheitsbereichs eintreten.¹²⁷

Die verstärkte Sensibilität der *Cour de Cassation* für das Gebot der EMRK-Konformität im Internationalen Privatrecht hat in den letzten zwölf Jahren zu einer kleinen Revolution im Internationalen Familienrecht geführt. Vor 1997 wurden die Wirkungen der islamischen *talaq* als mit dem französischen *ordre public* vereinbar gewertet, solange die Verstoßung in dem betroffenen islamischen Land stattfand und die Ehefrau irgendeine finanzielle Unterstützung erhielt. Seit 1997 aber tendiert die *Cour de Cassation* dazu, die Anwendung des marokkanischen Rechts auf *talaq*-Fälle wegen Verstoß gegen den *ordre public* prinzipiell zu verweigern.¹²⁸ Dabei interpretiert das höchste Gericht den französischen *ordre public international* im Lichte des Grundsatzes der Gleichheit zwischen Ehefrau und Ehemann gem. Art. 5 des 7. Protokolls zur EMRK vom 22. November 1984.¹²⁹

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass durch den Verweis auf die EMRK die *Cour de Cassation* praktisch das französisch-marokkanische Übereinkommen von 1981¹³⁰ umgeht. Dadurch werde in methodisch fraglicher

124 Thoma (Fn. 11 oben) 38 ff.

125 Fauvarque-Cosson, Am.J.Comp.L. 2001, 407, 422.

126 So Staudinger/Blumenwitz (Fn. 2 oben), § 6 EGBG, Rn. 77 m.w.N.

127 *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)* (Fn. 12 oben) Rn. 62.

128 Cass. civ., 11.3.1997, Recueil Dalloz 1997, 400 m. Anm. Niboyet = La Semaine juridique 1997, I.101 m. Anm. Fulchiron = JDI 1998, 110 m. Anm. Ph. Kahn.

129 Niboyet/de Geouffre de La Pradelle (Fn. 6 oben) 226 m.w.N.

130 Französisch-marokkanisches Übereinkommen über das Personen- und Familienstatut sowie die gerichtliche Zusammenarbeit vom 10. August 1981 (Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coo-

Weise ein multilaterales Abkommen (die EMRK) über ein bilaterales Abkommen gesetzt, das als völkerrechtliche *lex specialis* eigentlich Vorrang haben sollte. Dies komme einer methodischen Revolution gleich, die das herkömmliche Kriterium der Normenhierarchie durch das neue Kriterium des Ranges der betroffenen Grundwerte ersetzt.¹³¹

c) *Schweiz*

Art. 17 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) von 1987 schließt die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts aus, „wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbar ist“. Eine Konkretisierung der Generalklausel des *ordre public* nimmt das Gesetz nicht vor: Sie wird somit zur Aufgabe der Rechtsprechung.

Obwohl der Wortlaut des Art. 17 IPRG auf eine „einfache“ Unvereinbarkeit mit schweizerischen Rechtsgrundsätzen zu schließen scheint, wird in der schweizerischen Literatur allgemein anerkannt, dass der *ordre public*-Vorbehalt sehr zurückhaltend anzuwenden ist.¹³² Mit dieser Zurückhaltung sei genau dasselbe gemeint, was die Vorbehaltsklauseln in den Staatsverträgen mit dem Attribut „offensichtlich“¹³³ andeuten wollten.¹³⁴ Erforderlich sei ein „unerträglicher Widerspruch zu grundlegenden schweizerischen Rechtsauffassungen“.¹³⁵

Die schweizerische Rechtsprechung hält sich an dieses Zurückhaltungsgebot, so dass die Entscheidungen, die einen Verstoß gegen den *ordre public* bejahen, sehr rar sind.¹³⁶ Man kann daher sagen, dass das gleiche Offensichtlichkeitsmerkmal, das der deutsche Art. 6 EGBGB und die o.g. Staatsverträge explizit vorsehen, in der schweizerischen Vorbehaltsklausel implizit enthalten ist bzw. als Rechtsgewohnheit gilt.

Auch die Berücksichtigung der Grundrechte erfolgt im Rahmen von Art. 17 IPRG implizit. Unter „*ordre public*“ werden grundlegende schweizerische Wertvorstellungen, d.h. „Grundrechte oder sonstige Grundwerte der schweize-

pération judiciaire).

131 Vgl. *Gannagé*, Rev. crit. DIP 2001, 1; *Fauvarque-Cosson*, Am.J.Comp.L. 2001, 407, 423.

132 Statt vieler *Siehr* (Fn. 2 oben) 606.

133 Hierzu oben im Text, I 3) a.

134 *Siehr* (Fn. 2 oben) 606.

135 *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich u.a. 2008, 137.

136 Vgl. *Siehr* (Fn. 2 oben) 606.

rischen Rechtsordnung“, verstanden.¹³⁷ Der Schweizer Richter ist, nicht anders als der deutsche Richter, an die in der schweizerischen Bundesverfassung festgeschriebenen Grundrechte gebunden. Im Rahmen von Art. 17 IPRG stellt die Nichtanwendung einer ausländischen Rechtsregel, die zu einem grundrechtswidrigen Ergebnis führen würde, eine Korrektur im Sinne einer grundrechtskonformen Rechtsanwendung dar.¹³⁸

Das Schweizerische Bundesgericht hat im 1993 einen Fall entschieden,¹³⁹ der ein Paradebeispiel für die Auswirkung der nationalen Verfassung und der EMRK bei der Konkretisierung des *ordre public*-Vorbehalts ist:

Ein Brasilianer, der sich einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen hatte, heiratete in Dänemark als Braut einen in der Schweiz heimatberechtigten Mann. Die schweizerischen Behörden verweigerten jedoch die Anerkennung dieser Ehe und ihre Eintragung in die Zivilstandsregister. Ihre Begründung bestand darin, dass es sich um eine Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen handele, die mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbar sei. Hierauf erhob die Transsexuelle Beschwerde beim Bundesgericht. Sie rügte u.a. einen Verstoß gegen die schweizerische Verfassung (Art. 54 BV) und gegen Art. 8 und 12 EMRK.

Das Bundesgericht lehnte die Beschwerde mit dem Argument ab, nach dem schweizerischen Rechtsempfinden sei die Ehe die geschlechtliche Vereinigung von zwei Menschen biologisch unterschiedlichen Geschlechts. Das so verstandene Institut der Ehe unterstehe der *ordre public*-Klausel.¹⁴⁰ Art. 54 BV sowie Art. 12 EMRK schützten nur die traditionelle Ehe zwischen Mann und Frau. Der EGMR habe nationale Rechtsvorschriften, die bei der Bestimmung des Geschlechts einer Person auf rein biologische Kriterien abstellten, als mit der Konvention vereinbar erklärt. Auch habe der EGMR einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK in Fällen verneint, in denen nationale Behörden Anträge von Transsexuellen auf Änderung der Personenstandregister ablehnten.

Diese Begründung war im Jahr 1993 vielleicht noch vertretbar.¹⁴¹ Spätestens 2002 bröckelte jedoch eine wichtige Säule der Argumentation des Bundesgerichts, d.h. sein Verweis auf die EGMR-Rechtsprechung. Im Fall *Christine Goodwin v. UK* von 2002¹⁴² vollzog nämlich der EGMR eine revolutionä-

137 *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm* (Fn. 135 oben) 136 ff.

138 So *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm* (Fn. 135 oben) 136.

139 BGE 119 II 264.

140 So auch BGE 116 II 636.

141 Das Urteil fand Zustimmung bei *Bucher*, SZIER 1994, 281 f. Kritisch dagegen *Schwander*, AJP 1993, 1265 ff. Zu dieser Diskussion *Röthel*, IPRax 2002, 496, 498.

142 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11.7.2002, ECHR Rep. 2002-VI, 1.

re Wende: Er bejahte einen Verstoß der englischen Behörden gegen Art. 8 und 12 EMRK, weil sie sich weigerten, den Personenstand einer Transsexuellen zu ändern und ihr den Zugang zur Institution der Ehe zu ermöglichen.

Heute würden schweizerische Gerichte solche Fälle wahrscheinlich anders entscheiden und einen Verstoß gegen den *ordre public* ablehnen. Dafür spricht nicht nur die neue EGMR-Rechtsprechung, sondern auch die veränderte Rechtslage in der Schweiz. Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) in Kraft getreten. Dieses Gesetz hat u.a. eine neue Vorschrift ins IPRG eingeführt, nach der eine im Ausland geschlossene Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen in der Schweiz als eingetragene Partnerschaft anzuerkennen ist.¹⁴³

Ein schweizerisches Gericht könnte sich jedoch heute auf die gesetzliche Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft berufen und dementsprechend die Anerkennung einer im Ausland eingegangenen Transsexuellen-Ehe weiterhin wegen Verstoß gegen den schweizerischen *ordre public* verweigern. Ein solches Gerichtsurteil würde m.E. aber einen Verstoß gegen die EMRK darstellen. Denn, wie oben ausgeführt, konstituieren die EMRK und ihre Auslegung durch den EGMR einen *ordre public européen* mit Verfassungsdimension.¹⁴⁴ Daraus folgt, dass der *ordre public*-Begriff in einem EMRK-Mitgliedstaat keine Grundsätze umfassen darf, die der EGMR nicht mehr als mit der Konvention vereinbar betrachtet.

Insgesamt ist festzustellen, dass die EMRK und ihre Auslegung durch den EGMR ein hohes Sprengungspotential gegenüber dem nationalen Recht aufweisen. Dies gilt sowohl auf der Ebene des Sachrechts als auch auf IPR-Ebene. Diesem Sprengungspotential folgt ein entsprechendes Angleichungspotential in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme. Insoweit führen Europäische Grundrechte, zumindest ab dem Zeitpunkt ihrer autoritativen Auslegung durch den EGMR, sowohl zu einer Angleichung der materiellen Privatrechte als auch zu einer gewissen Angleichung des Verständnisses des nationalen internationalprivatrechtlichen *ordre public*.

143 Vgl. *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm* (Fn. 135 oben) 138. Noch 2002 bemerkte *Siehr* (Fn. 2 oben, 606) Widerstand gegen die Einführung registrierter Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen. Er fragte sich: „Jedoch wie lange noch?“ Vgl. auch *Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard*, *Droit international privé suisse*, 3. Aufl., Bern 2005, 177: Die gleichgeschlechtliche Ehe könnte in der Schweiz in einer nicht zu fernen Zukunft anerkannt werden.

144 Siehe oben, I 2).

II. Führen gemeineuropäische Grundrechte zu einer Konvergenz des Verständnisses des *ordre public*?

Die im Teil I dieses Beitrags enthaltene vergleichende Analyse hat zwei gegensätzliche Tendenzen bei der Interpretation des internationalprivatrechtlichen *ordre public*-Begriffs im Lichte der Europäischen Grundrechte gezeigt:

Einerseits scheint die Globalisierung der Gesellschaft und des Rechts den allmählichen Untergang der nationalen Divergenzen bei der Auslegung des internationalprivatrechtlichen *ordre public* herbeizuführen. Der Bereich der als noch legitim angesehenen nationalen Abschottungen scheint zu schrumpfen.¹⁴⁵ Ein Beispiel dafür bietet das immer stärker betonte Zurückhaltungsgebot bei der Anwendung der *ordre public*-Klauseln gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs in Kollisionen zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten. Ein anderes Beispiel dürfte der besprochene schweizerische Fall von 1993 sein, der heute ganz anders entschieden werden würde bzw. müsste. Die Europäischen Grundrechte zwingen die EMRK-Vertragsstaaten, den Anwendungsbereich ihres nationalen *ordre public* zu verringern, um z.B. Transsexuellen-Ehen anzuerkennen.¹⁴⁶ Die EGMR-Rechtsprechung hat somit zweifellos harmonisierende Wirkung.

Andererseits aber bewirkt die progressive Eindringung der Grundrechte ins Internationale Privatrecht paradoxerweise gerade eine Renaissance des *ordre public*.¹⁴⁷ Seine Relevanz und sein Anwendungsbereich wachsen umso mehr, als immer mehr Rechtsbereichen eine Verfassungs- und Menschenrechtsdimension zugesprochen wird. Ein erstes Beispiel für diese Tendenz stellt die oben erwähnte Bürgschaftsentscheidung des BGH dar. Seit 1999 hat der nationale *ordre public*-Vorbehalt einen neuen Geltungsbereich gewonnen: Gerichtsurteile anderer EU-Mitgliedstaaten in Fällen ruinöser Familienbürgschaften können nicht mehr ohne gesonderte Prüfung in Deutschland anerkannt werden. Hier stellen die Renaissance des *ordre public* und die neuen EU-

145 Zur Globalisierung des Anerkennungsrechts *Hatzimihail/Nuyts*, in: *Nuyts/Watté*, International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States, Brüssel 2005, 1 ff.; *Hatzimihail*, *ibid.*, 595 ff.

146 Vgl. *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle* (Fn. 6 oben) 224: Wahrscheinlich werden französische Richter bald eine im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe als *ordre public*-konform bewerten.

147 Die gleiche Schlussfolgerung zieht *Hatzimihail* (Fn. 145 oben) 624 im Hinblick auf den prozessualen *ordre public*: „the reshaping of *ordre public* operates in two seemingly contradictory ways.“ Zu den wachsenden Divergenzen zwischen Rechtsordnungen als Folge der Grundrechtswirkung im Internationalen Privatrecht siehe auch *Fauvarque-Cosson*, *Am.J.Comp.L.* 2001, 407, 425.

internen Divergenzen eine Folge der Entwicklungen im nationalen Grundrechtsdiskurs dar.

In Frankreich ist es dagegen der europäische und internationale Grundrechtsdiskurs, der eine Renaissance des *ordre public*-Vorbehalts bewirkt.¹⁴⁸ Das Gebot der Menschenrechtskonformität gerichtlicher Entscheidungen lässt die traditionelle Toleranz Frankreichs gegenüber außereuropäischen, insbesondere muslimisch geprägten Rechtsordnungen abklingen. Gleichzeitig wächst auch bei innereuropäischen Rechtskollisionen die praktische Bedeutung des *ordre public*-Vorbehalts: Durch die jüngere EMRK-konforme Auslegung des *ordre public* führt die Rechtsprechung der *Cour de Cassation* zu neuen Inkompatibilitäten zwischen dem französischen Recht und anderen Rechtssystemen der EU, z.B. England.

Die Vergemeinschaftung des materiellen und Internationalen Privatrechts scheint relativ wenig Einfluss auf die Auslegung des *ordre public* auszuüben.¹⁴⁹ Das harmonisierte EG-Sekundärrecht, die Grundfreiheiten und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung können die Anwendung der Vorbehaltsklausel nur in binnenmarktrelevanten Sachverhalten einschränken.¹⁵⁰ Jedoch liegen die allermeisten Fälle, in denen der internationalprivatrechtliche *ordre public* angewandt wird, im Personen- und Familienrecht¹⁵¹ und weisen keinen Binnenmarktbezug auf. Selbst in wirtschaftsrechtlich relevanten Fallkonstellationen, wie etwa der Familienbürgerschaft, berücksichtigen die Gerichte bei der Konkretisierung des *ordre public* nach wie vor rein nationale Grundrechtsauslegungen.¹⁵²

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Auswirkungen der Europäischen Grundrechte auf den internationalprivatrechtlichen *ordre public* zwar einige Konvergenzen, vor allem aber neue, kräftige Divergenzen zwischen den Rechtsordnungen und Wertungen der EU-Mitgliedstaaten auslösen. Somit bleibt die europäische Harmonisierung in diesem Bereich ein sehr fernes Szenario.

148 Vgl. *Muir Watt*, Texas Int'l L.J. 2001, 551.

149 Anderer Auffassung *Föhlisch* (Fn. 44 oben) 171 f. und passim.

150 Vgl. *Föhlisch* (Fn. 44 oben) 38 ff.; *Völker*, Zur Dogmatik des *ordre public*: Die Vorbehaltsklauseln bei der Anerkennung fremder gerichtlicher Entscheidungen und ihr Verhältnis zum *ordre public* des Kollisionsrechts, Berlin 1998, 295 ff.; *Grundmann*, RIW 2002, 329; *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle* (Fn. 6 oben) 236.

151 Vgl. *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 15 m.w.N.; *ders.*, Einleitung IPR, Rn. 220; *Martiny*, in: *von Bar* (Hrsg.) (Fn. 27 oben) 219.

152 Vgl. *Reich*, NJW 1994, 2131: Das Gemeinschaftsrecht steht der verfassungsrechtlichen Materialisierung des Kollisionsrechts nicht entgegen.

III. Der schuldrechtliche *ordre public*

Der Begriff des *ordre public* spielt nicht nur im Internationalen Privatrecht und im Gemeinschaftsrecht, sondern auch im Schuldrecht mehrerer Mitgliedstaaten eine wichtige Rolle. Im französischen, belgischen, luxemburgischen, italienischen, spanischen und portugiesischen Vertragsrecht stellt der *ordre public* („ordine pubblico“, „orden público“, „ordem pública“) eine eigenständige kodifizierte Generalklausel neben den guten Sitten dar.¹⁵³

Das Ur-Modell des schuldrechtlichen *ordre public* ist Art. 6 des französischen Code civil von 1804, der noch heute in Frankreich, Belgien und Luxemburg gilt. Diese Vorschrift sieht vor, dass durch Sondervereinbarungen nicht von Gesetzen abgewichen werden kann, welche die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten betreffen. Im Code civil ist also der Verstoß gegen den *ordre public* kein eigenständiger, vom Verstoß gegen zwingende Gesetzesnormen getrennter Tatbestand der Unwirksamkeit von Verträgen. Vielmehr ist der *ordre public* eine Qualifikation bestimmter Gesetzesnormen, die der Privatautonomie Schranken setzen. Nicht von ungefähr spricht Art. 6 Code civil von „Gesetzen, die den *ordre public* betreffen“.¹⁵⁴

Der Code civil sah außergesetzliche Quellen von Normen und Wertmaßstäben nicht vor, weil man diese als nicht kompatibel mit dem Grundsatz der strikten Gewaltentrennung *à la Montesquieu* betrachtete. Diesem strikten Gesetzespositivismus folgt kein anderes Zivilgesetzbuch Kontinentaleuropas. In allen anderen romanischen Ländern bilden der *ordre public* und die guten Sitten eigenständige Maßstäbe der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die neben den zwingenden Gesetzesnormen als Schranken der Privatautonomie dienen. Zwingende Gesetze, öffentliche Ordnung und gute Sitten erscheinen dementsprechend als Triade im italienischen, spanischen und portugiesischen Vertragsrecht.¹⁵⁵

Die Verfasser des BGB haben sich gegen eine schuldrechtliche *ordre public*-Klausel entschieden. Außer den zwingenden Gesetzesnormen und den gu-

153 Vgl. Art. 1343 des italienischen Codice civile („La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume“); Art. 1255 des spanischen Código civil („Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público“); Art. 281 des portugiesischen Código civil („Se apena o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes“).

154 Art. 6 lautet: « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs. »

155 Siehe Fn. 153 oben.

ten Sitten ist explizit keine weitere allgemeine Schranke der Privatautonomie vorgesehen. Dementsprechend identifizierte Art. 30 EGBGB a.F. als Quellen des internationalprivatrechtlichen *ordre public* nur die guten Sitten und die deutschen Gesetze.¹⁵⁶

Das Fehlen einer allgemeinen *ordre public*-Klausel im deutschen Schuldrecht trägt neben weiteren Faktoren dazu bei, dass in Deutschland Generalklauseln wie „gute Sitten“ oder „Treu und Glauben“ einen sehr breiten Anwendungsbereich aufweisen. Diese müssen nämlich auch alle jene Tatbestände decken, für die man in den romanischen Ländern einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bejahen könnte.¹⁵⁷ Besonders evident wird dies in Fällen, in denen die deutsche Rechtsprechung ein Rechtsgeschäft wegen Verletzung ausländischer Rechtsvorschriften als sittenwidrig erachtet.¹⁵⁸ Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 138 BGB wird dem Verständnis der guten Sitten als gesellschaftliche, außerrechtliche oder zumindest außergesetzliche Wertmaßstäbe¹⁵⁹ nicht gerecht.¹⁶⁰ Viel konsequenter wäre die Annahme, dass die Beachtung ausländischer Rechtsvorschriften zum *ordre public* bei grenzüberschreitenden Rechtsgeschäften gehört.

Schon 1960 bewies *Simitis*, dass die deutsche Gute-Sitten-Klausel in Anwendungsbereich, Funktion und Wirkung dem Rechtsinstitut der *public policy* des anglo-amerikanischen Rechtskreises entspricht.¹⁶¹ Nicht nur dieser Ver-

156 In Deutschland geht der Gesetzgeber von 1986 von einer Kontinuität zwischen Art. 30 EGBGB a.F. und Art. 6 EGBGB aus. Vgl. BT-Drucks. 10/504, 43; BR-Drucks. 222/83, 43. Ebenfalls nimmt man eine inhaltliche Korrespondenz zwischen den guten Sitten, die eine Ausprägung des *ordre public* darstellen, und der Generalklausel des § 138 BGB an. Hierzu statt vieler MüKo/Sonnenberger (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 64 ff.

157 In französischen Lehrbeiträgen wird die Aufrechterhaltung der sittlichen Werte als Bestandteil des *ordre public* verstanden. Vgl. *Capitant*, *Vocabulaire juridique*, 8. Aufl., Paris 2000, *Ordre public*: „Die Gesamtheit der Einrichtungen und Regeln, die in einem Staat das gute Funktionieren der öffentlichen Verwaltung, die Sicherheit und die sittlichen Werte der Beziehungen der Individuen untereinander aufrecht zu erhalten trachten und denen sich diese bei Abschluss ihrer Verträge nicht entziehen können“ (deutsche Übersetzung von *Ganshof van der Meersch*, in: *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht*, Karlsruhe 1967, 93).

158 Hierzu Staudinger/Sack, *Allgemeiner Teil* 4, Berlin, Neubearb. 2003, § 138 Rn. 481 ff.; Mayer-Maly, *AcP* 194 (1994) 105, 140 ff.

159 Vgl. *Teubner*, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt a.M. 1971, 13 ff., 39, 65 ff., 116 ff.

160 Kritisch gegenüber der regelmäßigen Anwendung des § 138 BGB auf die Verletzung ausländischer Verbotsgesetze, die nicht unter § 134 BGB fallen, MüKo/*Armbrüster*, Bd. 1, 1. Halbb., 5. Aufl., München 2006, § 138 Rn. 17.

161 *Simitis*, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg 1960. Zum Einfluss der Lehre *Simitis*

gleich ist jedoch entscheidend. Mit Blick auf Kontinentaleuropa kann man feststellen, dass der Sittenwidrigkeitsbegriff im germanischen Rechtskreis teilweise als funktionales Äquivalent des schuldrechtlichen *ordre public* des romanischen Rechtskreises dient.

Allerdings sollte man beachten, dass gem. Art. 6 Code civil die „Gesetze, welche den *ordre public* betreffen“ mit den zwingenden Rechtsvorschriften gleich sind.¹⁶² Dagegen unterscheidet sich der schuldrechtliche *ordre public* in den anderen romanischen Ländern wie Italien, Portugal und Spanien sowohl vom zwingenden Recht als auch von den guten Sitten: Hier steht der *ordre public* sozusagen genau in der Mitte zwischen § 134 und § 138 BGB.

Alle Tatbestände der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte wegen Verstoßes gegen zwingende Gesetzesnormen, gute Sitten, Treu und Glauben oder (in den romanischen Ländern) den *ordre public* haben im Grunde eine ähnliche Funktion wie der internationalprivatrechtliche *ordre public*-Vorbehalt. In all diesen Konstellationen wird nämlich die Anerkennung, Anwendung und Vollstreckung von Normen vorbehalten, die nicht von staatlichen Organen einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt sind. Die Anerkennung, Anwendung und Vollstreckung einer nichtstaatlichen Regelung im Schuldrecht, oder einer ausländischen Norm im Internationalen Privatrecht, wird insofern verwehrt, als jene Norm bzw. die Ergebnisse ihrer Anwendung mit zwingenden Rechtsvorschriften oder allgemein anerkannten Wertmaßstäben der betreffenden Rechtsordnung kollidieren.

Im Grunde genommen sind daher die o.g. schuldrechtlichen Unwirksamkeitstatbestände nichts anderes als Vorbehaltsklauseln. Der Hauptunterschied zwischen den schuldrechtlichen und den internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklauseln besteht im Gegenstand der Rezeption: Die internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklauseln schränken die Anerkennung ausländischer Normen oder Urteile ein, während die schuldrechtlichen Vorbehaltsklauseln die Anerkennung privatautonomer Regelungen verwehren.¹⁶³

Ein wichtiges Glied der Kette, welche die enge Verwandtschaft zwischen den schuldrechtlichen und den internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklauseln

auf die deutsche Privatrechtswissenschaft des darauffolgenden Jahrzehntes, sowie für eine Kritik dieser Lehre siehe *Teubner* (Fn. 159 oben) 36 ff.

162 Die französische Zivilrechtswissenschaft verwendet den Ausdruck „*lois d'ordre public*“ als Synonym für zwingendes Recht: *Lossouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières* (Fn 118 oben) Rn. 249.

163 Vgl. *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994) 105, 115: sowohl im internationalprivatrechtlichen *ordre public* als auch im § 138 BGB zielen die guten Sitten auf die „Eliminierung nicht geltungswürdiger Regelungen“ ab.

seln belegt, bilden die Schiedssprüche. Inländische Schiedssprüche müssen – wie ausländische Gerichtsurteile – von staatlichen Organen anerkannt und vollstreckt werden. Auch im Hinblick auf die Schiedssprüche gilt der *ordre public*-Vorbehalt. Schiedssprüche beruhen auf einer vertraglichen Grundlage. Die Wesens- und Funktionsähnlichkeit der Schranken der privatautonomen Regelsetzung in Form von Rechtswidrigkeits- und Sittenwidrigkeitsklauseln einerseits und in Form eines anerkennungsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalts andererseits lässt sich kaum leugnen.

Man könnte aber noch einen Schritt weiter gehen und behaupten, Vertragsrecht als solches sei eigentlich Kollisionsrecht. Es geht im Vertragsrecht grundsätzlich *immer* um die Anerkennung und die Grenzen der Anerkennung privatautonomen Rechts. Nicht von ungefähr erklären manche Zivilgesetzbücher (wie z.B. das italienische) ausdrücklich, dass der Vertrag „Gesetzeskraft zwischen den Parteien“ hat. Dieses privatautonome Gesetz wird in der Regel vom staatlichen Recht anerkannt und durchgesetzt.¹⁶⁴ Nur in Ausnahmefällen greifen die schuldrechtlichen Vorbehaltsklauseln.

So werden auch in den modernen Internationalen Privatrechten Europas ausländisches Recht und ausländische Urteile in der Regel anerkannt und durchgesetzt. Der Verstoß einer Norm gegen zwingendes Recht, gute Sitten, Treu und Glauben oder den *ordre public* verhindert jedoch ausnahmsweise, im Vertragsrecht wie im Internationalen Privatrecht, die Anerkennung und Vollstreckung dieser Norm.

IV. Schlussbetrachtungen

Zwischen der Auswirkung der Grundrechte auf die Auslegung des internationalprivatrechtlichen *ordre public* einerseits und der schuldrechtlichen Vorbehaltsklauseln andererseits bestehen sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede. Eine Gemeinsamkeit bildet der geschichtliche und verfassungsrechtliche Rahmen. Seit dem Zweiten Weltkrieg unterliegt die Konkretisierung von

164 Dies könnte als zusätzlicher Beweis der Gleichursprünglichkeit zwischen öffentlicher und privater Autonomie gelten. Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, 50, 109 ff. Siehe ferner *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1968, 181, 185, 197; *ders.*, Festschrift Kegel 1977, 213, 217 über die Differenz zwischen Vertrag („privatem“ Recht) und Organisation („politischem“ Recht); *Calliess*, Jb.J.ZivRWiss. 2000, 94, 96, 101; *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, Baden-Baden 2000, 247, 279 ff.; *Blanke*, in: *Joerges/Teubner* (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, 125, 143; *Bachmann*, Private Ordnung: Grundlage ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006, 183 ff.

Generalklauseln wie „gute Sitten“ oder „*ordre public*“ im Schuldrecht wie im Internationalen Privatrecht einem bedeutenden Wandel. Solche Begriffe werden nunmehr auch und vor allem durch einen Rückgriff auf die neuen nationalen und supranationalen Verfassungsdokumente konkretisiert. Dies ist nicht etwa eine Mode, sondern eine notwendige Folge der Anerkennung der eigenständigen normativen Geltung der Verfassungsnormen. Die Abschottung des Privatrechts von der Verfassung war nur in Zeiten möglich, in denen die Verfassungsnormen als bloße programmatische Handlungsrichtlinien für den Gesetzgeber verstanden waren. Diese These vertritt heute in Europa niemand mehr.

Heute besteht weitgehend Konsens darüber, dass sich die Mindestschutzstandards individueller und kollektiver Belange in den EU-Mitgliedstaaten aus der jeweiligen nationalen Verfassung, den internationalen Konventionen zum Schutz der Grund- und Menschenrechte und dem Gemeinschaftsrecht ergeben. Die supranationalen Quellen der Grund- und Menschenrechte prägen immer deutlicher den Inhalt nationaler Grundrechte. Dies gilt sowohl für die schuldrechtlichen als auch für die internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklauseln.

Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Privatwirkung der Grundrechte im Schuld-, Sachen- und Familienrecht von neun EU-Mitgliedstaaten¹⁶⁵ haben unter anderem ergeben, dass die Heranziehung verfassungs- und menschenrechtlicher Quellen zur Lösung vergleichbarer Fallkonstellationen umso stärker zu einer Konvergenz der Zivilrechtsprechung innerhalb Europas führt, je deutlicher die betroffenen Rechtspositionen in den Anwendungsbereich gemeineuropäischer Grundrechte fallen.¹⁶⁶ Es fragt sich, ob dies auch für das Internationale Privatrecht gilt.¹⁶⁷ Breit angelegte rechtsvergleichende Untersuchungen über die Auswirkung der Grundrechte im Internationalen Privatrecht fehlen noch. Die wenigen in diesem Beitrag enthaltenen Beispiele zeigen höchstens dort eine Tendenz zur Harmonisierung, wo ein in der EMRK kodifiziertes Menschenrecht im Spiel ist und eine bestimmte strittige Wertungsfrage bei der Auslegung dieses Rechts schon vom EGMR entschieden wurde.

Wenn die Europäischen Grundrechte überhaupt eine gewisse Konvergenz der mitgliedstaatlichen Interpretationen der Vorbehaltsklauseln bewirken, wird

165 *Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé* (eds) (Fn. 7 oben); *diess.* (Hrsg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Vol. 2: Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, Cambridge 2009 (im Erscheinen).

166 *Colombi Ciacchi*, Concluding Remarks, in: *Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé* (eds), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Vol. 2* (Fn. 165 oben).

167 *Fauvarque-Cosson*, *Am.J.Comp.L.* 2001, 407, 421 meint, dass Europäische Grundrechte, wie sie in der EMRK und in der EU-Grundrechtecharta kodifiziert sind, in gewissem Maße zur (Wieder-)Herstellung des europäischen *ius commune* beitragen könnten.

diese jedoch nie zu einer vollständigen Harmonisierung führen, weder im Schuldrecht noch im Internationalen Privatrecht. Das Mehrebenen-System bringt zwar eine Wechselwirkung zwischen der supranationalen und der nationalen Ebene hervor, bewahrt aber zugleich die Pluralität und Vielfalt der nationalen Lösungen. Dies ist nicht zuletzt dem stetig wachsenden Einfluss der nationalen Verfassungen zu verdanken. Erstens sind nicht alle in einem Staat als Grundrechte anerkannte Rechtspositionen zugleich Europäische Grundrechte. Zweitens dürfte selbst bei der Auslegung und Anwendung der Europäischen Grundrechte u.U. ein gewisser Spielraum der Mitgliedstaaten zugelassen sein.

Der verfassungsrechtliche Rahmen, das Angleichungspotential der Europäischen Grundrechte und die Grenzen einer solchen Angleichung gestalten sich also im materiellen Privatrecht und im Internationalen Privatrecht ähnlich. Jedoch weist die Auswirkung der Grund- und Menschenrechte in diesen beiden Bereichen auch erhebliche Differenzen auf. Dies zeigt sich u.a. an der unterschiedlichen rechtspolitischen Bedeutung der verfassungskonformen Interpretation der schuldrechtlichen und der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklauseln:

Was die schuldrechtlichen Generalklauseln wie „gute Sitten“ anbelangt, ist deren Interpretation im Lichte der Verfassung und der Menschenrechte eine notwendige Folge der Demokratisierung und Säkularisierung der Rechtsethik. In der zeitgenössischen nicht homogenen, sondern wertpluralistischen Gesellschaft haben traditionelle Kontrollmaßstäbe wie das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“¹⁶⁸ für sich alleine genommen an Legitimation verloren.¹⁶⁹ Dieser Legitimationsverlust zeichnet das Ende einer Epoche, in der gesellschaftliche Wertmaßstäbe in stillschweigendem Konsens durch eine Oberschicht bestimmt wurden, aus der regelmäßig auch die Richterschaft rekrutiert wurde.¹⁷⁰ Heute fühlen sich die Richter zu Recht nicht mehr legitimiert, vom eigenen Standpunkt aus moralische Urteile über menschliches Verhalten

168 Hierzu *Teubner* (Fn. 159 oben) 18 ff.; *Staudinger/Sack* (Fn. 158 oben), § 138 Rn. 15 ff.; *MüKo/Armbrüster* (Fn. 160 oben), § 138 Rn. 14 f.

169 Die guten Sitten setzten einen Wertkonsens voraus, über den pluralistische Gesellschaften nicht mehr verfügen: Vgl. *Ott*, in: Festschrift Raiser 1974, 403, 411. Anderer Auffassung *Mayer-Maly*, JBl. 1991, 681 ff.; *ders.*, AcP 194 (1994) 105, 107.

170 Aus genau diesem Grunde plädierte der sozialistische Abgeordnete *Stadthagen* bei der Reichstagsdebatte für die Einführung des Begriffs „öffentliche Ordnung“ in das BGB, weil eine richterliche Handhabung der Gute-Sitten-Klausel „hinterrücks ein klein bißchen Klassenjustiz“ einführen würde. Vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1899, 1004 ff., 1009. Hierzu *Teubner* (Fn. 159 oben) 38. Siehe ferner *Baumbach*, Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., München 1929, 175: Darüber, was die guten Sitten seien, entscheide „das Anstandsgefühl älterer Richter in hoher Stellung“.

zu fällen. Deswegen sucht man nach demokratisch legitimierten, unbestreitbar geltenden Wertmaßstäben und findet sie in nationalen Verfassungen sowie internationalen Konventionen.¹⁷¹

Einer ganz anderen rechtspolitischen Funktion dienen jedoch die internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklauseln und ihre Interpretation. Diese Klauseln sind keine Instrumente, um Privatakte zu Fall zu bringen oder sonst das Verhalten von Individuen zu beurteilen.¹⁷² Durch den *ordre public*-Vorbehalt schützen sich vielmehr staatliche Systeme, die auf bestimmten politischen, sozialen und wirtschaftlichen Grundsätzen basieren, gegen die Einwirkung anderer – staatlicher oder nichtstaatlicher – Systeme, die solche Prinzipien nicht teilen.¹⁷³ Es geht weder um ethisch-sittliche Werte noch um soziale Normen, sondern um *policies*.¹⁷⁴ Im Rahmen des internationalprivatrechtlichen *ordre public* dürfte daher der alte Kontrollmaßstab der „guten Sitten“ in dem neuen, grundrechtlich geprägten Begriff der wesentlichen Rechtsgrundsätze aufgehen¹⁷⁵ und dadurch überflüssig werden.

Die *policy*-Überlegungen, die den internationalprivatrechtlichen *ordre public* ausmachen, bleiben auch im Zeitalter der internationalen Menschenrechte und Europäischen Grundrechte überwiegend national. Der neue Grundrechtsdiskurs im Internationalen Privatrecht scheint sogar mehr Divergenzen als Konvergenzen zwischen den Mitgliedstaaten zu bewirken. Mit den Worten *Bénédicte Fauvarque-Cossons*: „Sind Grundrechte im Spiel, nimmt die Toleranzschwelle gegenüber dem ausländischen Recht rapide ab und Institute wie der *ordre public*-Vorbehalt blühen auf.“¹⁷⁶

171 Nicht von ungefähr vertritt *Ramm*, Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I, München, 1969, G 452 f. die These, bei der Konkretisierung des § 138 BGB sei ausschließlich auf den Wertungen des Grundgesetzes abzustellen. Es gebe keinen Sittenverstoß neben dem Grundgesetzverstoß. Die h.M. kommt nicht zu diesem radikalen Schluss, sondern belässt bei der Auslegung von § 138 BGB genügend Raum für außerrechtliche Wertmaßstäbe. Vgl. *Teubner* (Fn. 159 oben) 39; 65 ff.; 116 ff. und die anderen in Fn. 168 zitierten Autoren.

172 Vgl. *MüKo/Sonnenberger* (Fn. 2 oben), Art. 6 EGBGB, Rn. 44.

173 Hierzu bereits *Kahn*, Die Lehre vom *ordre public* (Prohibitivgesetze), *JherJb* 39 (1898) 4 ff. = Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht, Bd. I, München u.a. 1928, 161.

174 In Bezug auf das materielle Privatrecht siehe *Wiethölter* (Fn. 164 oben) 197: „Nicht Moral tut hier not, sondern public policy“.

175 Vgl. *Mayer-Maly*, *AcP* 194 (1994) 105, 115, nach dem die guten Sitten mit den „Grundwerten der österreichischen Rechtsordnung“ i.S.v. Art. 6 des österreichischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (ÖBGBI. 1978/304) zu identifizieren sind.

176 *Fauvarque-Cosson*, *Am.J.Comp.L.* 2001, 407, 425.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

* siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citoyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97 *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97 *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99 *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)

- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)