

Stefan Leible/Hannes Unberath
(Hrsg.)

Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?

Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR

Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht

Band 43

Herausgegeben von den Professoren

Dr. Wolfgang Hau, Dr. Robert Freitag, Dr. Stefan Leible,
Dr. Dirk Looschelders, Dr. Peter Mankowski, Dr. Ansgar Staudinger,
Dr. Hannes Unberath

Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?

Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR

von

Stefan Leible/Hannes Unberath
(Hrsg.)

JWV

Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2013

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

©2013 JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH

Druck: Bookstation GmbH, Sipplingen

Satz: Societas Verlag (www.societas-verlag.de)

Printed in Germany

ISBN 978-3-86653-264-9

ISSN 1861-5619

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem)

Papier entsprechend ISO 9706

Internet: www.jwv.de

Vorwort

Immer mehr Felder des Internationalen Privatrechts werden europaweit vereinheitlicht. Den Anfang machten die Verordnungen für das Internationale vertragliche wie außervertragliche Schuldrecht (Rom I- und Rom II-VO). Mittlerweile sind Verordnungen für das Internationale Scheidungs- (Rom III-VO) sowie Unterhalts- und das Erbrecht hinzugekommen. Für weitere Rechtsgebiete liegen entsprechende Vorschläge der EU-Kommission vor. Mit dem Anwachsen der Zahl der Rechtsinstrumente nimmt aber zugleich die Sorge um die Kohärenz des europäischen Internationalen Privatrechts zu. Denn eines fehlt: Ein Allgemeiner Teil, etwa in Gestalt einer „Rom 0-VO“, der die in den besonderen Rechtsinstrumenten wiederkehrenden Fragen generell regelt. Wenigstens aber bedarf es eines Prinzipienkatalogs (General Principles of European Private International Law), der die künftige Kohärenz wahren hilft.

In jüngerer Zeit gibt es in der Wissenschaft immerhin erste Ansätze in dieser Richtung. Das Thema insgesamt ist jedoch noch wenig bearbeitet. Anliegen des Bayreuther Symposiums am 29./30. Juni 2012, aus dem dieser Tagungsband hervorgegangen ist, war es, von deutscher Seite aus einen wichtigen Impuls für die weitere europäische Rechtsentwicklung zu geben. Ob dies gelungen ist, mag der Leser beurteilen und wird die Zukunft zeigen.

Eine Tagung wie diese hätte ohne die Unterstützung von dritter Seite nicht durchgeführt werden können. Zu besonderem Dank sind wir der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung verpflichtet, die uns durch ihre Zuwendung die Durchführung der Tagung und die Veröffentlichung dieses Tagungsbandes überhaupt erst ermöglicht hat. Zu danken haben wir außerdem Herrn *Felix Wilke* und Frau *Kirstin Freitag*, die die Hauptlast der Tagungsvorbereitung zu tragen hatten, sowie allen übrigen Mitarbeitern der Lehrstühle Leible und Unberath,

die bei der Vorbereitung und Durchführung der Veranstaltung mitgewirkt und so zu ihrem Gelingen beigetragen haben. Dank gebührt schließlich auch Frau *Anne Eckert* und Herrn *Jenan Fur*, die das Sach- sowie das Abkürzungsverzeichnis für diesen Band erstellt haben.

Bayreuth, im November 2012

Die Herausgeber

Nachtrag

Hannes Unberath wird das Erscheinen dieses Tagungsbandes leider nicht mehr erleben. Er ist am 28. Januar 2013 nach langer, schwerer Krankheit im Alter von nur 39 Jahren verstorben. Es ist hier nicht der Ort für einen Nachruf auf diesen großen Juristen (dazu S. 503). Aber es liegt mir sehr am Herzen, kurz die Geschichte dieses Tagungsbandes nachzuzeichnen, weil sie eng mit den letzten Jahren von Hannes Unberath verbunden ist und den bewundernswerten Lebensmut dieses großartigen Menschen widerspiegelt.

Das erste Mal über eine gemeinsame Tagung zum Thema einer Rom 0-Verordnung und einen Finanzierungsantrag bei der Fritz Thyssen Stiftung diskutierten wir Anfang 2010. Die Erkrankung von Hannes ließ uns jedoch das Projekt im Sommer 2010 erst einmal auf Eis legen. Wieder aufgegriffen haben wir unsere Idee dann im August 2011. Die Krankheit schien überwunden und Hannes war voller Tatendrang. Bei einem wunderbaren Rotweinabend am Kamin, an den ich heute noch gerne zurück denke, konkretisierten wir unsere Pläne. Nachdem wir uns darauf verständigt hatten, keine internationale, sondern eine "deutsche" Konferenz zu veranstalten, erarbeiteten wir gemeinsam mit *Felix Wilke* einen ersten Programmwurf. Mitte Oktober 2011 erfuhr Hannes dann, dass der Kampf gegen seine Krankheit nicht gewonnen war, sondern in eine weitere Runde ging. Aber so, wie es seine Art war, ließ er sich davon nicht entmutigen und schrieb mir in einer E-Mail am 19. Oktober 2011:

"Das Konferenzprojekt kann aus meiner Sicht wie geplant so weiterlaufen, ja, im Gegenteil, ich wäre froh, wenn es sich realisieren ließe. Ich bitte daher darum, mich diesbezüglich auf dem Laufenden zu halten und ich werde mithelfen, so gut ich kann. Über Telefon zumindest kann ich mich an der Planung beteiligen. Ich hoffe, dass ich zum Sommersemester wieder voll dabei sein kann".

So sind wir dann auch verfahren. Per E-Mail und Telefon diskutierten wir über den Thyssen-Antrag, notwendige thematische Änderungen und Weiterungen des Programms, mögliche Referenten und vieles mehr. Unsere gemeinsame Arbeit war erfolgreich. Die Tagung fand am 29./30. Juni 2012 statt, aber leider ohne Hannes. Er schrieb mir am 27. Juni 2012, wie immer mit unerschütterlichem Optimismus:

”Leider kann ich an der Tagung nicht teilnehmen. Du kannst Dir vorstellen, dass mir diese Entscheidung unglaublich schwer gefallen ist, aber ... lassen mir keine Wahl als zunächst eine Woche krankgeschrieben zu werden. Ich hoffe, dass ich mich bald auf die neue Situation eingestellt habe und auch wieder in Bayreuth sein kann”.

Auch den Tagungsband bereiteten wir nach der Tagung trotz aller Fährnisse gemeinsam weiter vor. Hannes' letztes E-Mail mit Bezug zu unserer Rom 0-Tagung – wir hatten unser vorstehendes Vorwort miteinander abgestimmt – erreichte mich am 30. November 2012:

”Ich freue mich auf den Tagungsband. Ich finde Themenstellung und Inhalt sehr gelungen. ... Zur Zeit geht es leider wieder etwas schlechter, wenn ich auch immer noch stabil bin”.

Hannes hat den Kampf gegen seine heimtückische Krankheit leider verloren. Was bleibt, ist – neben vielem Anderen mehr – dieses kleine Büchlein, dessen Erscheinen Hannes trotz aller Nackenschläge vorange-trieben hat. Ich hoffe sehr, dass es seinen Weg nehmen wird und Hannes Unberaths Einsatz sich gelohnt hat.

Bayreuth, im März 2013

Stefan Leible

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	13
<i>Felix M. Wilke</i>	
Einführung	23
<i>Erik Jayme</i>	
Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR	33
<i>Rolf Wagner</i>	
Das rechtspolitische Umfeld für eine Rom 0-Verordnung	51
<i>Michael Grünberger</i>	
Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR – . . .	81
<i>Giesela Rühl</i>	
Allgemeiner Teil und Effizienz. Zur Bedeutung des ökonomischen Effizienzkriteriums im europäischen Kollisionsrecht . . .	161
<i>Helmut Heiss/Emese Kaufmann-Mohi</i>	
„Qualifikation“ Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?	181

<i>Gerald Mäsch</i>	
Zur Vorfrage im europäischen IPR	201
<i>Oliver Remien</i>	
Engste Verbindung und Ausweichklauseln	223
<i>Heinz-Peter Mansel</i>	
Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts	241
<i>Marc-Philippe Weller</i>	
Der „gewöhnliche Aufenthalt“ – Plädoyer für einen willens- zentrierten Aufenthaltsbegriff	293
<i>Martin Gebauer</i>	
Stellvertretung	325
<i>Jan von Hein</i>	
Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht	341
<i>Florian Eichel</i>	
Interlokale und interpersonale Anknüpfungen	397
<i>Hans Jürgen Sonnenberger</i>	
Eingriffsnormen	429
<i>Wolfgang Wurmnest</i>	
Ordre public	445
<i>Eva-Maria Kieninger</i>	
Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts	479
<i>Stefan Leible</i>	
Hannes Unberath †	503

Inhaltsverzeichnis

11

Autoren und Herausgeber 507

Stichwortverzeichnis 511

Abkürzungsverzeichnis

AA	Ars Aequi
a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
App. no.	Application number
Art.	Artikel

Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter; Bearbeitung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BerDGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeal
Cass. civ.	Cour de Cassation civile
ch.	chapter
cic	culpa in contrahendo
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMLRev	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb (Wochenschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dok.	Dokument
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift

Duke J. Com. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law
ebd.	ebenda
Econ. J.	The Economic Journal
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Egrd.	Erwägungsgrund
EGV	EG-Vertrag
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention von 1950
endg.	endgültig
ERA	Europäische Rechtsakademie
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuEheVO	Europäische Ehesachenverordnung
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
EuGFVO	Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGüVO	Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuMVVO	Europäische Mahnverfahrensverordnung
EuUnthVO	Europäische Unterhaltsverordnung
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuVTVO	Europäische Vollstreckungstitel-Verordnung
EuZPR /EuIPR	Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	England and Wales High Court
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende; für
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht (Zeitschrift)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gem.	gemäß

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Hk-BGB	Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar
HKK	Historisch Kritischer Kommentar BGB
Hrsg.	Herausgeber
HUntStProt	Haager Unterhaltsprotokoll
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IHR	Internationales Handelsrecht
Int' L. J.	International Law Journal
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre . . .
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
J. Priv. Int'l L.	Journal of Private International Law
JCP	Juris Classeur périodique
JDI	Journal du Droit International
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jena)
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Kommission der Europäischen Union
krit.	Kritisch
KSÜ	Übereinkommen über den Schutz von Kindern
L. Rev.	Law Review
L. J.	Law Journal
LG	Landgericht
Lib. Am.	Liber Amicorum
lit.	littera
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Ltd.	Limited
m.E.	meines Erachtens

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MPI	Max-Planck-Institut
MSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen
MüKo	Münchner Kommentar
Nachw.	Nachweis
Neubearb.	Neubearbeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NK-BGB	Nomos-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch
no.	number
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
para.	paragraph
paras.	paragraphs
PWW	Prütting/Wegen/Weinrich BGB Kommentar
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. des Cours	Recueil des Cours
Rev. crit.	Revue critique
Rev. crit. dr. i. p.	Revue critique de droit international privé (auch RC DIP)

RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
RheinZ	Rhein-Zeitung
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
ROM II-VO	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendendes Recht
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite; Satz
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
StAZ	das Standesamt (Zeitschrift)
suppl. ord.	supplemento ordinario
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Trib.	Tribunal
Tz.	Teilzeichen
u.a.	und andere; unter anderem
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
UNCITRAL	United Nations Commissions

UN	United Nations
UnthProt	Haager Unterhaltsprotokoll 2007
Urt.	Urteil
v.	vom; versus
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung
W.L.R.	The Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
YbPIL	Yearbook of Private International Law
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Ordre public

WOLFGANG WURMNEST

I.	Einleitung	446
II.	Notwendigkeit einer Ordre-public-Kontrolle im europäischen Kollisionsrecht	450
	1. Drittstaatliches Recht	451
	2. EU-Sachverhalte	451
	3. Fazit	457
III.	Grundstrukturen des ordre public	457
	1. Negative und positive Funktion des ordre public?	457
	2. Nationaler oder europäischer ordre public?	460
	3. Abstrakt-generelle Normenkontrolle vs. Ergebniskontrolle	465
	4. Inlandsbeziehung	469
IV.	Ausgewählte Einzelfragen	471
	1. Konkretisierung des Inhalts des ordre public	471
	2. Umschreibung der Wirkung des ordre public	474
V.	Zusammenfassung	477

I. Einleitung

Der *ordre public* gehört zu den elementaren Bausteinen des Internationalen Privatrechts. Kollisionsnormen sind typischerweise auf die Bestimmung des räumlich-persönlich *engsten* Rechts zugeschnitten und nicht unbedingt auf die Ermittlung des *besten* Rechts.¹ Es ist daher sowohl im nationalen² wie im europäischen³ Kollisionsrecht anerkannt, dass ein Richter bei einem Verweis auf ein ausländisches Recht, dessen Lösung in eklatanter Weise den am Ort des Forums geltenden Grundwerten widerspricht, die Anwendung des fremden Rechts verweigern darf. Auch folgen alle Haager Konventionen diesem Grundsatz.⁴ Ein solcher Vorbehalt wird allgemein als notwendig erachtet, um in materiell-rechtlicher Hinsicht gerechte Ergebnisse erzielen zu können.⁵ Die Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung, der bekannte

¹*Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 2 I; *Unberath*, in: Haedrich (Hrsg.), *Muslims im säkularen Staat – Untersuchungen anhand von Deutschland und Österreich*, 2009, S. 83 (86).

²Siehe nur Art. 21 belgisches IPRG (Gesetz vom 16.7.2004, englische Übersetzung abgedr. in *RabelsZ* 70 [2006], 358-397), Art. 6 EGBGB, Art. 16 italienisches IPRG (Gesetz vom 31.5.1995, deutsche Übersetzung abgedr. in *RabelsZ* 61 [1997], 344-362), Art. 6 österreichisches IPRG, Art. 7 polnisches IPRG (Gesetz vom 4.2.2011, deutsche Übersetzung abgedr. in *RabelsZ* 76 [2012], 639-653). Rechtsvergleichend zum *ordre public Mosconi*, *Rec. des Cours* 217 (1989-V), S. 9 (23 ff.); *Bucher*, *Rec. des Cours* 239 (1993-II), S. 9 (22 ff.). Seine rechtsgeschichtlichen Wurzeln beleuchtet prägnant *Lagarde*, in: Lipstein (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. III/1, Neudruck 2011, ch. 11-2 ff.

³Siehe nur Art. 21 Rom I-VO (Verordnung [EG] Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [„Rom I“], *Abl.* 2008 L 309/87), Art. 26 Rom II-VO (Verordnung [EG] Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [„Rom II“], *Abl.* 2007 L 99/40), Art. 35 ErbrechtsVO (Verordnung [EU] Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, *Abl.* 2012 L 201/107).

⁴Siehe nur Art. 24 des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29.5.1993, Art. 22 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und die Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996. Weitere Nachweise bei *Kreuzer*, in: *Jud/Rechberger/Reichelt* (Hrsg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, 2008, S. 1 (44 m. Fn. 157).

⁵*Gaudemet-Tallon*, *Rec. des Cours* 312 (2005), S. 9 (273): „L’exception d’ordre public ... est une manifestation élatante d’une préoccupation de justice matériel-

„Sprung ins Dunkle“ in der Diktion *Leo Raapes*,⁶ wird also niemals ohne Rettungsleine ausgeführt. Anerkannt ist allerdings, dass nicht jede geringfügige Abweichung zwischen ausländischem und inländischem Recht ausreichen kann, um die Anwendung ausländischen Rechts zu verweigern. Vielmehr soll der ordre public nur ausnahmsweise greifen, wenn die Anwendung des fremden Rechts „offensichtlich“ mit der öffentlichen Ordnung des Forums unvereinbar ist.⁷ Vorschnell darf dieses Notventil somit nicht zur Anwendung gebracht werden.⁸

Im Gefüge des Verweisungsrechts wirkt der Ordre-public-Vorbehalt freilich in gewisser Hinsicht als „Störenfried“.⁹ Seine exzessive Anwendung kann nämlich den internationalen Entscheidungseinklang erheblich beeinträchtigen und zudem das Prinzip der engsten Verbindung unterlaufen.¹⁰ *Franz Kahn* hat daher vor der Herausbildung zu vieler Vorschriften gewarnt, die „im Bettlergewand [...] einer Vorbehaltsklausel‘ durch die Straßen schleichen“ und unter der Flagge des ordre public falschen Normen zum Sieg verhelfen.¹¹ Und schon *Savigny* hatte deshalb hervorgehoben, dass die Herausarbeitung der genauen Konturen

le.“; *Kuwait Airways Corp'n v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*, [2002] 2 AC 883, 1078 at [18] (HL) per Lord Nicholls of Birkenhead: „[C]ourts [...] must have a residual power [...], to disregard a provision in the foreign law when to do otherwise would affront basic principles of justice and fairness [...]“.

⁶ *Raape*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 90.

⁷ So die Formulierung in den neueren Haager Konventionen und im vergemeinschafteten Kollisionsrecht.

⁸ *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 259; *Gaudemet-Tallon*, Rec. des Cours 312 (2005), S. 9 (274); *Cheshire, North & Fawcett*, Private International Law, 14. Aufl. 2008, S. 140.

⁹ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 16 I (unter Verweis auf Ferid); siehe auch *Mayer/Heuzé*, Droit international privé, 10. Aufl. 2010, Rn. 201 („enfant terrible du droit international privé“).

¹⁰ *Kinsch*, in: *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, 2008, S. 447. Befürchtet wird bisweilen sogar der Einsatz des ordre public zum Zweck der chauvinistischen und imperialistischen Rechtsanwendung, siehe *Chedly*, in: *Impérialisme et chauvinisme juridiques, Rapports présentés au colloque à l'occasion du 20^e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, 2004, S. 149 (167).

¹¹ *Kahn*, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd. I, 1928, S. 165 (Nachdruck der gesammelten Schriften Kahns, hrsg. von Lenel/Lewald). *Kahns* flammende Kritik gegen die Herausbildung einer breiten Klasse heimischer Normen, die sich stets gegen fremdes Recht durchsetzen sollte, war allerdings in erster Linie auf den so genannten „positiven ordre public“ gemünzt, eine Rechtsfigur, die heute mehrheitlich unter den Stichworten „Sonderanknüpfung“ bzw. „Eingriffsnormen“ behandelt wird, siehe *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 16 I sowie allg. dazu unter III 1.

des ordre public „vielleicht die schwierigste Aufgabe in dieser ganzen Lehre“ sei.¹²

Die von *Savigny* angemahnte Aufgabe ist immer noch nicht ganz abgearbeitet, wenngleich heute andere Fragen die Diskussion prägen, als sie für die genannten Nestoren des Internationalen Privatrechts moderner Prägung von Bedeutung waren. Im gegenwärtigen Diskurs werden vor allem die europäischen Einflüsse auf den ordre public sowie mögliche Einschränkungen seiner Anwendung im Verhältnis von EU-Mitgliedstaaten erörtert. Diese Fragen haben auch für eine künftige Verordnung Bedeutung, mit der ein Allgemeiner Teil des Internationalen Privatrechts (IPR) europäischer Provenienz kodifiziert werden könnte. Dass die Erarbeitung eines solchen Rechtstextes aus Gründen der Systematik, der Beseitigung von Redundanzen sowie der einheitlichen Anwendung des europäischen Kollisionsrechts an sich wünschenswert ist,¹³ steht für mich – wie wahrscheinlich für die meisten Kollisionsrechtler aus Staaten mit umfassenden IPR-Kodifikationen – außer Frage. Zudem müsste dem „Allgemeinen Teil“ ein möglichst breit gefächertes „Besonderer Teil“ beigefügt werden.¹⁴ Wie *Rolf Wagner* in seinem Beitrag zu diesem Sammelband dargelegt hat, wäre der ordre public gewissermaßen ein natürlicher Kandidat für eine solche Verordnung.¹⁵ Es verwundert daher nicht, dass auch der Vorentwurf für einen künftigen Allgemeinen Teil eines europäischen IPR-Gesetzbuchs (so genannter „Lagarde-Vorentwurf“) diesem Rechtsinstitut einen festen Platz eingeräumt hat.¹⁶

¹² *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, 1849, S. 32.

¹³ Ebenso *Kieninger*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 184 (192).

¹⁴ Befürwortet wird die Kodifizierung eines Allgemeinen Teils bzw. die Erarbeitung einer umfassenden Gesamtkodifikation auch von *Jayme/Kohler*, IPRax 2006, 537, (541); *Reichelt*, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 2007, S. 5 (7); *Siehr*, in: Jud/Rechberger/Reichelt (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union, 2008, S. 77 (93 f.); *Sonnenberger*, in: FS f. Kropholler, 2008, S. 227. Zur allg. Geschichte der Kodifikationsidee im IPR siehe *Jayme*, in: Jud/Rechberger/Reichelt (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union, 2008, S. 63 (67 f.).

¹⁵ Siehe S. 62 in diesem Sammelband.

¹⁶ Art. 135 Lagarde-Vorentwurf (abgedr. in *RabelsZ* 75 [2011], 673 ff.) lautet: „L'application du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public du for, en particulier si elle est incompatible avec les droits garantis par la charte européenne des droits fondamentaux. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for.“ Auch eine deutlich ältere Version eines umfassenden europäischen IPR-Gesetzbuches sah Regeln über den ordre pu-

Das komplexe Gefüge des bislang vergemeinschafteten Kollisionsrechts sowie der primärrechtliche Rahmen erschweren die Ausarbeitung eines Allgemeinen Teils des europäischen IPR allerdings nicht unerheblich.¹⁷ Hinzu kommt, dass Staaten wie Großbritannien, die kein umfassend kodifiziertes IPR haben, eine solche Verordnung wahrscheinlich nicht mittragen werden. Für die in diesem Beitrag behandelten Fragen ist es aber nicht unbedingt erforderlich, dass ein Allgemeiner Teil des IPR verabschiedet wird. Abgesehen von der Beseitigung von Redundanzen könnten signifikante Verbesserungen des geltenden Rechts auch durch die Reform bestehender Verordnungen erreicht werden.

Vor diesem Hintergrund soll zunächst untersucht werden, in welchem Umfang eine Ordre-public-Kontrolle im europäischen Kollisionsrecht überhaupt noch sachgerecht ist. Wie zu zeigen sein wird, ist eine Einschränkung oder gar eine Abschaffung des kollisionsrechtlichen ordre public keine Option. Deshalb sollen anschließend die wichtigsten Elemente dieser Kontrolle im europäischen IPR näher ausgeleuchtet und darauf aufbauend ausgewählte Kodifikationsfragen erörtert werden.¹⁸ Dabei wird es nicht um revolutionäre Neuerungen gehen, sondern darum, die Folgen der bereits jetzt bestehenden europäischen Einflüsse auf den ordre public klarer zu umschreiben. Bei meinen Darlegungen werde ich davon ausgehen, dass der Rechtstext, der auf dieser Konferenz als „Rom 0-VO“ bezeichnet wird, allein das Kollisionsrecht vereinheitlichen soll und nicht das Internationale Zivilverfahrensrecht, bei dem die Ordre-public-Kontrolle im Rahmen der Urteilsanerkennung natür-

blic vor, siehe *Frankenstein*, *Projet d'un code européen de droit international privé*, 1950. Der von *Frankenstein* erarbeitete Entwurf enthielt aber nicht allein eine breite Generalklausel, wie sie in heutigen IPR-Kodifikationen gebräuchlich sind. Um eine enge Auslegung des ordre public sicherzustellen, normierte Art. 12 *Frankenstein*-Entwurf den Grundsatz, dass sich ein Richter zur Abwehr ausländischen Rechts nur dann auf diesen Vorbehalt berufen kann, wenn dies durch andere Regeln des Entwurfs ausdrücklich gestattet wird. Der Entwurf nimmt dann in über 70 Artikeln (von insgesamt 816 Artikeln) auf den ordre public Bezug und normiert zudem in Art. 13 dessen Wirkungen. Zu den Vorbildern, den Hintergründen und der Ausgestaltung dieser Regelungstechnik siehe *Frankenstein*, ebd., S. 11 f.

¹⁷Siehe dazu die Ausführungen von *R. Wagner* S. 53 ff. in diesem Sammelband.

¹⁸Dabei fokussiert der Beitrag allein auf die Rom I-VO, die Rom II-VO, die so genannte Rom III-VO (siehe Fn. 36) sowie die ErbrechtsVO. Nicht behandelt wird die Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, *Abl.* 2009 L 7/1, die das anwendbare Recht nicht unmittelbar regelt, sondern diesbezüglich die Regeln des (völkerrechtlichen) Haager Unterhaltsprotokolls vom 23.11.2007 für anwendbar erklärt.

lich auch nicht zu vernachlässigen ist. Auf verfahrensrechtliche Fragen wird daher nur am Rande eingegangen.¹⁹

II. Notwendigkeit einer Ordre-public-Kontrolle im europäischen Kollisionsrecht

Zunächst zur Frage, ob und inwieweit der ordre public im europäischen Kollisionsrecht überhaupt gebraucht wird. Die Antwort auf diese Problemstellung ergibt sich aus dem Zweck dieses Vorbehalts. Er soll nichts anderes als den Rechtsfrieden sichern,²⁰ indem ausländische Vorschriften, die konträr zu grundlegenden Wertungen des im Forumstaat geltenden Rechts liegen, nicht angewendet werden.²¹ Der ordre public wirkt somit als Korrektiv im Interesse der im Inland geltenden Grundwerte.²² Er ist ein Sicherheitsventil, um unerwünschte Ergebnisse der an sich „wertungsblinden“ Verweisungstechnik zu bereinigen.²³ Aus rechtspolitischer Sicht kann man dieses sinnvolle Ventil nur aufgeben oder einschränken, wenn tragende Grundwerte des ausländischen und des inländischen Rechts zumindest sehr ähnlich sind.²⁴ Nur in einem solchen Fall steht nämlich nicht zu befürchten, dass die Anwendung ausländischen Rechts mit innerstaatlichen Wertungen kollidiert.

¹⁹Siehe zu den Versuchen der Kommission, die Ordre-public-Kontrolle bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen zurückzudrängen, *Martiny*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. II, 2009, S. 1129 (1131 f.); *Hess*, IPRax 2011, 125 (128).

²⁰*Moldovan*, L'ordre public en droit international privé, 1932, S. 10; ähnlich *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 258.

²¹*Bucher*, Rec. des Cours 341 (2009), S. 9 (172).

²²*Mosconi*, Rec. des Cours 217 (1989-V), S. 9 (30 ff.); *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 II; *Barel/Armellini*, Diritto internazionale privato, 7. Aufl. 2012, S. 89 ff.

²³*v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 74; *Unberath*, in: Haedrich (Hrsg.), Muslime im säkularen Staat – Untersuchungen anhand von Deutschland und Österreich, 2009, S. 83 (91).

²⁴Zu den dogmengeschichtlichen Wurzeln einer Abschaffung bzw. Einschränkung des Ordre-public-Vorbehalts in Bezug auf solche Rechtsordnungen, die einer bestimmten Rechtsgemeinschaft zugeschlagen wurden, siehe *Mansel*, in: Nolte u.a. (Hrsg.), Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht (BerGesVR), 2008, S. 137 (183).

1. Drittstaatliches Recht

Eine Abschaffung oder Einschränkung des ordre public für Drittstaatsverhältnisse, d.h. für Fallkonstellationen, bei denen es um die Anwendung des Rechts eines Nicht-EU-Mitgliedstaates geht, kommt daher nicht in Betracht. Die Privatrechte in den Jurisdiktionen dieser Welt sind sehr unterschiedlich ausgestaltet, so dass man drittstaatlichem Recht „nicht schlechthin einen Vertrauensvorschuss einräumen kann“.²⁵ Auch im künftigen Kollisionsrecht muss die Anwendung eines drittstaatlichen Rechts daher am ordre public gemessen werden.²⁶

2. EU-Sachverhalte

a) Abschaffung?

Nun könnte man aber überlegen, künftig die Berufung auf den Ordre-public-Vorbehalt immer dann auszuschließen, wenn ein Richter in der EU das Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates anwenden soll. Dieses Konzept fußt auf der Erwägung, dass die Privatrechtsangleichung in der EU stetig zunimmt. Bestehende Divergenzen zwischen den EU-Privatrechtsordnungen werden daher immer weiter eingeebnet.²⁷ Vor diesem Hintergrund steht die Zurückdrängung des ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, die Gerichte mit Sitz in der EU erlassen haben, sehr weit oben auf der Agenda der Kommission. Die Zurückdrängung des ordre public im Internationalen Zivilverfahrensrecht wird als Notwendigkeit dargestellt, um den freien Verkehr von EU-Judikaten im Binnenmarkt zu erleichtern.²⁸ Begründet

²⁵ v. Hein, ZEuP 2009, 6 (23); vgl. auch allg. Martiny, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 523 (541).

²⁶ Im Ergebnis ebenso v. Hein, ZEuP 2009, 6 (23); Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im europäischen Kollisionsrecht (Vorträge und Berichte des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 173), 2009, S. 67 f.

²⁷ Zur Überlagerung des nationalen Zivilrechts durch EU-Recht siehe nur die Beiträge in Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010.

²⁸ In der EuVTVO (Verordnung [EG] Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, Abl. 2004 L 143/15), der EuMahnVO (Verordnung [EG] Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, Abl. 2006 L 399/1) und der EuBagatellVO (Verordnung [EG] Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, Abl. 2007 L 199/1) wurde daher keine Ordre-public-

wird die Zulässigkeit dieses einschneidenden Schritts vor allem mit dem vorhandenen „[gegenseitigen] Vertrauen in die ordnungsgemäße Rechtspflege in den Mitgliedstaaten“. ²⁹ In jüngerer Zeit hat die Kommission zudem erste Schritte unternommen, diesen Grundsatz auf das Internationale Privatrecht zu erstrecken. Dementsprechend hat sie für das Unterhaltskollisionsrecht vorgeschlagen, den Ordre-public-Vorbehalt bei der Anwendung des Rechts eines anderen EU-Mitgliedstaates auszuschließen, ³⁰ konnte sich mit diesem Vorstoß letztendlich jedoch nicht durchsetzen. ³¹ Auch im älteren Schrifttum wurde dafür plädiert, den ordre public in einem künftigen IPR-Gesetzbuch in Bezug auf Binnenmarktsachverhalte abzuschaffen. ³²

Eine Aufgabe des ordre public für Binnenmarktsachverhalte wäre aber ein Schritt in die falsche Richtung. Zwar haben die Aktivitäten der EU in vielen Bereichen der Rechtsvereinheitlichung zugenommen, doch ist man noch weit von echter Privatrechtseinheit in Europa entfernt. ³³ Daran wird sich in der mittelbaren Zukunft nichts ändern. Insofern sind die Rechte der EU-Mitgliedstaaten nicht so ähnlich, dass vollständig auf eine Rechtsanwendungskontrolle verzichtet werden könnte. ³⁴ Besonders deutlich wird die Notwendigkeit des ordre public auf den

Klausel aufgenommen. Auch im Rahmen der Reform der Brüssel I-VO hat die Kommission versucht, den Einwand eines Verstoßes gegen den materiell-rechtlichen ordre public auszuschließen, konnte sich damit letztlich aber nicht durchsetzen.

²⁹Erwägungsgrund Nr. 18 EuVTVO, Erwägungsgrund Nr. 27 EuMahnVO.

³⁰Siehe Art. 20, S. 2 UnterhaltsVO-E Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltungspflichten vom 15.12.2005, KOM(2005) 649 endg. nebst Mitteilung der Kommission mit Erläuterungen zu den Artikeln des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltungspflichten vom 12.6.2006, KOM(2006) 206 endg., S. 5 f. Dieser Vorschlag ist auf scharfe Kritik gestoßen, siehe *G. Rühl*, in: FS f. Kropholler, 2008, S. 187 (207 f.); *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (478 f.).

³¹Der letztendlich verabschiedete Rechtstext enthält eine Vorbehaltsklausel nach herkömmlichem Muster, siehe Art. 15 EU-UnterhaltsVO i.V.m. Art. 13 Haager Protokoll von 2007.

³²*Kreuzer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 373 (445).

³³Näher dazu *R. Zimmermann*, 57 *Am. J. Comp. L.* 479 ff. (2009); *Boele-Woelki*, *Rec. des Cours* 340 (2009), S. 271 (322 ff.).

³⁴*Leible*, *Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im europäischen Kollisionsrecht*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Vorträge und Berichte, Nr. 173) 2009, S. 68 ff.; *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (478 f.).

Gebieten des Familien- und Erbrechts, für die sich in den Rechten der EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Vorstellungen über tragende Grundprinzipien feststellen lassen. Nichts zeigt dies besser, als dass bereits die Verabschiedung einer Verordnung zum Scheidungskollisionsrecht, die alle Mitgliedstaaten der EU binden sollte, daran scheiterte, dass einige Staaten das Recht auf eine schnelle und unkomplizierte Scheidung als wichtigen Wert ansahen, während andere Staaten das Institut der Scheidung an sich ablehnten.³⁵ Die so genannte Rom III-VO konnte daher nur im Wege der verstärkten Zusammenarbeit verabschiedet werden, an der sich bislang lediglich 14 EU-Mitgliedstaaten beteiligten.³⁶ Ähnlich kontrovers verliefen die Debatten bei der Ausarbeitung der ErbrechtsVO.³⁷ Und auch im Unterhaltsrecht, einem Rechtsgebiet, in dem die Kommission bei ihrem Vorschlag offenbar von einer grundsätzlichen materiell-rechtlichen Gleichartigkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ausging, bestehen sehr unterschiedliche Vorstellungen in Europa, welche Personen in welcher Höhe unterhaltspflichtig sein sollen.³⁸

Auch eine Abschaffung des ordre public für spezielle Rechtsgebiete, bei denen – wie etwa im Schuldvertragsrecht – die Vorbehaltsklausel praktisch kaum eine Rolle spielt,³⁹ ist nicht zu empfehlen. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die nationalen Privatrechte

³⁵Siehe zu den widerstreitenden Interessen bei den Verhandlungen zur so genannten Rom III-VO *Jünterä-Jareborg*, in: Basedow/Baum/Nishitani (Hrsg.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008, S. 317 (339 f.); *Kohler*, FPR 2008, 193 (195 f.); *Schurig*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 405.

³⁶Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Abl. 2010 L 343/10.

³⁷Siehe *C. Heinze*, in: FS f. Kropholler, 2008, S. 105 (126). Siehe ferner zur Kontroverse um die Durchsetzung von Pflichtteilsrechten durch den ordre public *Pfundstein*, Pflichtteil und ordre public, 2010, S. 335 ff.; sowie bezogen auf das englische Recht *Röthel*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 348 ff.

³⁸*Mansel*, in: Nolte u.a. (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht* (BerGesVR), 2008, S. 137 (183).

³⁹Auf die geringe Bedeutung des Vorbehalts im Schuldvertragsrecht weist etwa hin MünchKommBGB/*Sonnenberger*, 5. Aufl. 2010, Art. 6 EGBGB, Rn. 15. Ein Grund für die verminderte Bedeutung des ordre public ist der Umstand, dass im Kollisionsrecht für Schuldverträge eine Vielzahl besonderer Schutzinstrumente verankert wurden (spezielle Anknüpfungsregeln, Kollisionsregeln auf Basis des Günstigkeitsprinzips, Eingriffsnormen), die die Durchsetzung materieller Gerechtigkeitsvorstellungen des (heimischen) Rechts sichern sollen, so dass ein Rückgriff auf den ordre public weitgehend entbehrlich ist, siehe *v. Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 278; *Calliess/Renner*, *Rome Regulati-*

in Bezug auf spezifische Einzelfragen sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.

Im Ergebnis ist somit eine Abschaffung oder punktuelle Einschränkung des *ordre public* für Binnenmarktfälle abzulehnen. Zwar kann der *ordre public* ein System einheitlicher Kollisionsnormen aufweichen, doch muss man diesen Effekt zum Schutz der tragenden Grundwerte hinnehmen, die im Forumstaat gelten.

b) Abschwächung?

Will man nicht so weit gehen, den *ordre public* für Binnenmarktfälle vollständig oder zumindest für bestimmte Rechtsgebiete abzuschaffen, so ist in Erwägung zu ziehen, den *ordre public* gegenüber anderen EU-Mitgliedstaaten lediglich in abgeschwächter Form anzuwenden. Ein älterer Vorschlag aus dem Schrifttum ging dahin, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, Rechtssätze anderer Mitgliedstaaten nur „mit äußerster Vorsicht“ als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung einzustufen, während der Spielraum bei Rechtssätzen aus Drittstaaten diesbezüglich größer sei.⁴⁰ Eine solche Differenzierung findet aber im Wortlaut der Vorbehaltsklauseln des vergemeinschafteten Kollisionsrechts keine Stütze und kann auch nicht aus unionsrechtlichen Prinzipien abgeleitet werden.⁴¹ Rechtspolitisch macht eine pauschale Privilegierung anderer EU-Rechtsordnungen ebenfalls keinen Sinn. Bei der Ergebniskontrolle kann es im Grundsatz nicht darauf ankommen, aus welcher nationalen Jurisdiktion der zu prüfende Rechtssatz stammt. Etwas anderes gilt freilich, wenn die Bevorzugung von Rechtssätzen der EU-Mitgliedstaaten von höherrangigem Recht vorgegeben wird.⁴² Aber dann folgt die Privilegierung nicht aus dem Umstand, dass der Rechtssatz zu einem Staat

ons, 2011, Art. 21 Rome I, Rn. 2; *Rauscher/Thorn*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 10.

⁴⁰ *Von Brunn*, NJW 1962, 985 (988); ähnlich *Iversen*, in: Brödermann/Iversen (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1994, Rn. 1020.

⁴¹ *MünchKommBGB/Sonnenberger*, 5. Aufl. 2010, Einl., Rn. 208; ablehnend auch *Martiny*, in: v. Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1991, S. 211 (229) (unter Verweis auf die bestehende Vielfalt der materiellen Rechte); *Prütting/Wegen/Weinreich/Moersdorf-Schulte*, BGB, 7. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB, Rn. 8.

⁴² *Martiny*, in: v. Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1991, S. 211 (229 f.). Zu europäischen Einflüssen auf den *ordre public* nationaler Prägung siehe sogleich unter III. 2.

der gleichen Rechtsgemeinschaft im weiteren Sinne gehört, sondern daraus, dass ein ausländischer Rechtssatz kraft europäischen Rechts nicht gegen den ordre public verstößt. Außerhalb solcher Konstellationen sollte der ordre public gegenüber allen Staaten gleichermaßen mit der gebotenen Zurückhaltung angewendet werden.⁴³ Auch künftig sollte man daher die Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts nicht allein deshalb beschränken, weil es um die Anwendung einer Regel eines anderen EU-Mitgliedstaates geht.

c) Antragserfordernis?

Will man den ordre public auch nicht pauschal abschwächen, so bleibt zu klären, ob man diesen Vorbehalt nicht zumindest zur Disposition der Parteien stellen könnte. Einen solchen Vorschlag brachte der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments für die Rom II-VO ins Spiel. Nach den Vorstellungen der Abgeordneten sollte der ordre public bei EU-Sachverhalten nicht von Amts wegen geprüft werden, sondern nur, wenn dies von einer der Parteien beantragt wurde.⁴⁴ Man könnte sogar überlegen, eine derartige Rügepflicht auch für Drittstaatsverhältnisse einzuführen, um dem kulturellen Hintergrund der Streitparteien besser Rechnung tragen zu können.⁴⁵ Wenn sich etwa zwei Personen aus einem ausländischen Kulturkreis vor einem inländischen Gericht streiten und in diesem Zusammenhang einvernehmlich die Anwendung einer ausländischen Regel fordern, die mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen des Forums nicht zu vereinbaren ist, so kann man in der Tat die Frage stellen, warum sich ein Richter diesem Ansinnen verweigern soll. Als Beispiel kann die Anwendung einer diskriminierenden Regel im Erbrecht genannt werden, nach der eine Tochter unabhängig vom Willen des Erblassers aufgrund ihres Geschlechts weniger erbt als ihr Bruder. Akzeptiert die Tochter diese Grundregel aus kulturellen Gründen und streiten die Parteien nur um die Zugehörigkeit bestimmter

⁴³ *Spickhoff*, Der ordre public im internationalen Privatrecht, 1989, S. 90 (allerdings ohne die genannte Einschränkung).

⁴⁴ Bericht des Rechtsausschusses vom 27.6.2005 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), A6-0211/2005, Änderungsantrag 50, S. 36.

⁴⁵ Allg. zur Berücksichtigung des Gesichtspunktes der kulturellen Identität im IPR *Jayme*, Rec. des Cours 251 (1995), S. 9 (167 ff.); siehe auch *ders.*, IPRax 1996, 237 ff.; *ders.*, Zugehörigkeit und kulturelle Identität, 2012, S. 24 ff.; krit. zur Umsetzbarkeit dieses Ansatzes *Mankowski*, IPRax 2004, 282 ff.

Gegenstände zum Nachlass, so bedarf es einer Begründung, warum das Gericht *ex officio* tätig werden muss, um die diskriminierende Regel nicht anzuwenden.⁴⁶

Eine Begründung für die grundsätzliche Prüfung von Amts wegen lässt sich aber einfach entwickeln. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass eine Rechtsordnung die Durchsetzung fundamentaler Grundsätze nicht allein zur Disposition der Parteien stellen sollte.⁴⁷ Solche grundlegenden Werte müssen vielmehr durch die staatlichen Organe geschützt werden.⁴⁸ Zudem muss die Rechtsordnung bei einem Antragsersfordernis sicherstellen, dass die Parteien um die Möglichkeit wissen, sich auf den *Ordre-public-Vorbehalt* berufen zu können. Ein solches Wissen kann unterstellt werden, wenn sie anwaltlich vertreten sind. Aber da dies nicht in allen Verfahren der Fall ist, kann das Antragsersfordernis in Einzelfällen dazu führen, dass Parteien ohne Kenntnis ihrer Möglichkeiten ausländische Regeln akzeptieren, obwohl sie anders entscheiden würden, wenn sie um ihr Antragsrecht wüssten.⁴⁹

⁴⁶Im Zivilverfahrensrecht wird dieser Gedankengang unter anderem Vorzeichen bei der Frage der Urteilsanerkennung problematisiert. So plädiert *Geimer* dafür, eine Überprüfung eines ausländischen Urteils am Maßstab des *ordre public* nur dann von Amts wegen zu prüfen, wenn unmittelbare Staatsinteressen (z.B. Verstöße gegen das Kartell- oder Devisenrecht) berührt seien. Dagegen sollen Verstöße, die allein die Interessen der Parteien (Gerechtigkeitsinteressen) berühren, nur auf eine entsprechende Rüge der betroffenen Partei untersucht werden, siehe *Geimer/Schütze/Geimer*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 34 EuGVVO, Rn. 62 ff. Die wohl h.M. in Deutschland plädiert dagegen für eine amtswegige Prüfung aller *Ordre-public-Verstöße*, siehe *Hess*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2010, § 6 Rn. 192; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, vor Art. 33 EuGVO, Rn. 6 (jeweils bezogen auf das Rechtsbehelfsverfahren); siehe auch *Gebauer*, in: *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kapitel 27, Rn. 171; *Rauscher/Leible*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 34 Brüssel I-VO, Rn. 3, die zwar im Prinzip für ein Antragsersfordernis eintreten, hiervon aber eine Ausnahme für evidente Verstöße gegen den *ordre public* machen wollen.

⁴⁷*Mosconi*, Rec. des Cours 217 (1989-V), S. 9 (80); *Dickinson*, The Rome II Regulation, 2008, Rn. 15.11; *Rauscher/Jakob/Picht*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 2.

⁴⁸In diese Richtung *Mosconi*, Rec. des Cours 217 (1989-V), S. 9 (80); *G. Rühl*, in: FS f. Kropholler, 2008, S. 187 (207 f.); siehe auch *Stürmer*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 461 (479) (*ordre public* ist nicht individualschützend, sondern darauf gerichtet, im öffentlichen Interesse einen elementaren Kernbereich des Rechts zu schützen).

⁴⁹So die Begründung der Kommission zur Nichtübernahme des Vorschlags des Rechtsausschusses des Europaparlaments, siehe Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche

Aus diesen Erwägungen sollte man das Antragserfordernis, das letztendlich auch keinen Eingang in die Rom II-VO gefunden hat, nicht zur Grundregel des europäischen IPR erklären. Vielmehr muss es dabei bleiben, dass der Richter den ordre public von Amts wegen zu prüfen hat⁵⁰ und die Parteien im Zivilverfahren allein auf Umstände hinweisen müssen, die die Ordre-public-Kontrolle auszulösen vermögen.⁵¹

3. Fazit

Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten: Auch in einem Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts benötigen wir einen Ordre-public-Vorbehalt, der allseitig gilt und von Amts wegen geprüft werden muss. Ist ein solches Notventil im künftigen vereinheitlichten Kollisionsrecht unverzichtbar, so gilt es seine Grundstrukturen auszuloten. Dieser Problematik wird sich nunmehr zugewendet.

III. Grundstrukturen des ordre public

1. Negative und positive Funktion des ordre public?

Kernaufgabe des ordre public ist die Abwehr fremden Rechts, sofern dessen Anwendung aus Sicht des Forums zu schlichtweg untragbaren Ergebnissen führen würde. Diese Aufgabe besitzt der ordre public in

Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) (Vorlage der Kommission gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag) vom 21.2.2006, KOM(2006) 83 endg., S. 5.

⁵⁰Die amtswegige Prüfung des ordre public im bislang vergemeinschafteten IPR ist allgemein anerkannt, siehe nur MünchKommBGB/*Martiny*, 5. Aufl. 2010, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 2; *Ferrari/G. Schulze*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 5 (bezogen auf die Rom I-VO); *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 721 (731); *Rauscher/Jakob/Picht*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 2; MünchKommBGB/*Junker*, 5. Aufl. 2010, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 13; *Calliess/v. Hein*, Rome Regulations, 2011, Art. 26 Rome II, Rn. 24; *Prütting/Wegen/Weinreich/Schaub*, BGB, 7. Aufl. 2012, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 1 (jeweils bezogen auf die Rom II-VO). Für die Rom III-VO und die ErbrechtsVO kann nichts anderes gelten. Die Prüfung von Amts wegen schließt in Sonderfällen jedoch nicht aus, dass eine Regel des ausländischen Rechts, die ansonsten einen Verstoß gegen den ordre public begründen würde, angewendet wird, weil die durch diese Regel abstrakt belastete Partei damit einverstanden ist, siehe dazu III 3 a.

⁵¹*Rauscher/Jakob/Picht*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 2.

allen nationalen Kollisionsrechten⁵² und auch in den bereits verabschiedeten Rom-Verordnungen.⁵³ Diese „negative Funktion“ sollte der ordre public auch im Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts bekleiden.

Dem negativen ordre public wird bisweilen eine „positive Funktion“ zur Seite gestellt. Die positive Funktion des ordre public soll die Anwendung solcher Normen des heimischen Rechts sicherstellen, die als besonders bedeutsam angesehen werden. Diese Funktion, die sich historisch maßgeblich auf das französische Recht zurückführen lässt,⁵⁴ hat insbesondere Vorschriften im Blick, die sozial- oder wirtschaftspolitische Ziele verfolgen.⁵⁵ Im Vordergrund steht also die kompromisslose Durchsetzung heimischer Normen unabhängig von der Ausgestaltung des fremden Rechts. Die Abwehr eines ausländischen Rechtssatzes ist allein die „Folge dieses Wunsches“.⁵⁶ In der jüngeren Lehre wird die unbedingte Anwendung von Normen unter Umgehung des herkömmlichen Systems der Verweisungstechnik, jedoch mehrheitlich nicht mehr als Ausfluss des ordre public eingeordnet. Vor dem Hintergrund, dass viele Rechtsordnungen dazu übergegangen sind, den Geltungswillen solcher Normen positiv zu umschreiben, wurde die unbedingte Durchsetzung heimischer Rechtssätze vom ordre public entkoppelt und dogmatisch als Frage von Sonderanknüpfungen bzw. Eingriffsnormen aufgefasst.⁵⁷ Hierunter kön-

⁵²Siehe nur *Dicey, Morris & Collins*, *The Conflict of Laws*, 14. Aufl. 2006, Rn. 5-002 (zum englischen Recht); *Lagarde*, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, 1959, S. 2 f. (zum französischen Recht); *Pocar*, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2. Aufl. 2002, S. 43 (zum italienischen Recht); *Spickhoff*, *Der ordre public im internationalen Privatrecht*, 1989, S. 13 ff. (zum deutschen Recht). Siehe allg. auch *Bucher*, *Rec. des Cours* 239 (1993-II), S. 9 (28).

⁵³Siehe nur *Staudinger/Hausmann*, *BGB*, Neubearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 9; *Palandt/Thorn*, *BGB*, 71. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 1 (zur Rom I-VO); *MünchKommBGB/Junker*, 5. Aufl. 2010, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 1 (zur Rom II-VO). Nichts anderes kann für Art. 12 Rom III-VO und Art. 35 ErbrechtsVO gelten.

⁵⁴So *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 I. Vorläufererwägungen des positiven ordre public finden sich allerdings schon in der Statutentheorie des Mittelalters, siehe *Basedow*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 291 (297).

⁵⁵*Jayme*, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, 1989, S. 28 f.; *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 I.

⁵⁶*Basedow*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 291 (297).

⁵⁷*Jayme*, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, 1989, S. 29 f.; *Junker*, *Internationales Privatrecht*, 1998, Rn. 273; *Basedow*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 291 (298); *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 I; *Gebauer*, in: Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VII, 2012, S. 1008 (1009).

nen auch die zahlreichen Fragestellungen gefasst werden, in denen das Unionsrecht aus eigenem Anspruch heraus seine Anwendung fordert, etwa zur Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln.⁵⁸ Aber auch Konstellationen, wie sie der *Ingmar*-Entscheidung⁵⁹ zugrunde lagen, zählen zu dieser Kategorie.⁶⁰

Die Funktion, die der positive ordre public einmal innehatte, wird mittlerweile also von anderen Instituten des Kollisionsrechts wahrgenommen. Sie ist daher für den ordre public moderner Prägung praktisch bedeutungslos geworden.⁶¹ In jüngerer Zeit wollen einige Stimmen gleichwohl die positive Funktion des ordre public aufrechterhalten und verweisen darauf, dass diese Funktion benötigt werde, um das eigene Recht anzuwenden, wenn der negative ordre public die Anwendung einer fremdländischen Regel verbiete.⁶² Daran ist richtig, dass die Rechtsfolge der Berufung auf den ordre public die Anwendung der lex fori sein

⁵⁸Näher dazu *Franco/Wurmnest*, in: Basedow/Franco/Idot (Hrsg.), *International Antitrust Litigation*, 2012, S. 91 (107 ff.).

⁵⁹*EuGH*, Slg. 2000 I-9305 – *Ingmar GB Ltd./Eaton Leonard Technologies Inc.*

⁶⁰Nach hier vertretener Ansicht setzt sich zwingendes Binnenmarktsekundärrecht unter Geltung der Rom I-VO je nach Fallgestaltung nur gegen ein gewähltes (drittstaatliches) Recht durch, soweit dies Art. 9 Rom I-VO oder Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO anordnen. Eine Anwendung von Art. 21 Rom I-VO ist hingegen ausgeschlossen, hierfür aber *Siehr*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 424 (427). Da Vorschriften über den Handelsvertreterausgleich, in die es in der *Ingmar*-Entscheidung ging, nicht der Wahrung öffentlicher Interessen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO dienen, ist deren Abwahl durch eine Rechtswahlvereinbarung möglich, sofern der Sachverhalt nicht allein Bezüge zum Binnenmarkt i.S.v. Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO aufweist. Somit müsste der *Ingmar*-Fall heute anders entschieden werden, als es der *EuGH* vor Geltung der Rom I-VO tat. So *Rauscher/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Bearbeitung 2011, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 130 und 134; a.A. *Staudinger/Magnus*, *BGB*, Neubearbeitung 2011, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 40 (*Ingmar*-Konstellationen werden von Art. 9 Rom I-VO erfasst).

⁶¹*Junker*, *Internationales Privatrecht*, 1998, Rn. 273; *Martiny*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 523 (540); *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 I; *Gebauer*, in: Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VII, 2012, S. 1008 (1009); *Mansel*, in: FS f. Canaris, Bd. I, 2007, S. 809 (826). Zurückhaltender *Jayme*, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, 1989, S. 30 (Allgemeiner Ordre-public-Vorbehalt behält für „Restfälle“, in denen Eingriffsnormen nicht greifen, „neben der negativen auch noch eine positive Funktion.“).

⁶²*Rauscher/Thorn*, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Bearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 9; siehe auch *Spickhoff*, *Der ordre public im internationalen Privatrecht*, 1989, S. 115 (positive und negative Funktion des ordre public seien „zwei Seiten derselben Medaille“); *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. 2004, § 16 I (positiver und negativer Aspekt des ordre public können nicht strikt voneinander getrennt werden).

kann, so dass das gleiche Ergebnis erzielt wird, wie es der positive ordre public anstrebt. Allerdings kommt die lex fori nicht in jedem Fall zur Anwendung, wenn der negative ordre public greift.⁶³ Und selbst wenn die durch die Vorbehaltsklausel gerissene Lücke unter Rückgriff auf die lex fori zu schließen ist, kann man darin keine vornehmliche Funktion des ordre public sehen, sondern allenfalls einen Reflex des Abwehrenspruchs. Auch in einem künftigen Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts sollte man es deshalb dabei belassen, dem ordre public primär eine negative Funktion zuzuerkennen.

2. Nationaler oder europäischer ordre public?

a) Geltendes Recht

Von der Funktion nun zum Inhalt des ordre public und damit zur Debatte um die Europäisierung dieses Rechtsinstituts. Nach den allgemeinen Vorbehaltsklauseln des bislang vergemeinschafteten Kollisionsrechts kann die Anwendung einer Vorschrift versagt werden, „wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung [...] *des Staates des angerufenen Gerichts* offensichtlich unvereinbar ist.“⁶⁴ Da auf die Werte des Forumstaates abgestellt wird, betont die herrschende Lehre, dass der ordre public auch im vergemeinschafteten Kollisionsrecht ein im Kern nationales Konzept sei.⁶⁵ Demgegenüber hat *Jürgen Basedow* darauf hingewiesen, dass sich aus der allgemeinen Rechtsprechung des EuGH durchaus eine eigenständige ergänzende und korrigierende Funktion des europäischen ordre public ableiten lasse. Allerdings sei dieser europäische ordre public (noch) von fragmentarischem Charakter und müsse daher häufig „in das Gewand des nationalen ordre public schlüpfen“.⁶⁶

Meines Erachtens liegen die skizzierten Positionen nicht sehr weit auseinander, so dass der Streit nicht überzeichnet werden darf. Im derzeit vergemeinschafteten Kollisionsrecht dominieren die Bezüge auf das Recht des Forums, so dass der ordre public im Ausgangspunkt sicherlich eine nationale Angelegenheit ist. Zudem sind die Wertungen in den

⁶³Näher dazu infra IV 2.

⁶⁴Siehe Art. 21 Rom I-VO, Art. 26 Rom II-VO, Art. 12 Rom III-VO, Art. 35 ErbrechtsVO (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁵*Martiny*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 523 (531 f.); *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 724 (734); *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (464 ff.); *Palandt/Thorn*, BGB, 71. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 4; *Bamberger/Roth/Spickhoff*, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 1.

⁶⁶*Basedow*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 291 (318).

nationalen Rechtsordnungen zum Teil sehr unterschiedlich, so dass es schwerfällt, europäisch einheitliche Maßstäbe zur Konkretisierung des ordre public zu finden.⁶⁷

Dies bedeutet aber nicht, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des ordre public völlig frei wären. Insofern wird der ordre public schon heute durch europäische Wertvorstellungen geprägt. Es kommt also – was unstreitig ist – zu einer „Anreicherung“ des ursprünglich rein nationalen ordre public,⁶⁸ der gewissermaßen „europäisch aufgeladen“ und ergänzt wird.⁶⁹ Diese europäischen Werte, die der nationale Richter zu beachten hat, ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten der Europäischen Menschenrechtskonvention⁷⁰ bzw. der Europäischen Grundrechtecharta,⁷¹ den EU-Grundfreiheiten⁷² und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die der EuGH entwickelt hat.⁷³

Nun klingt es so, als ob diese Anreicherung auf der Wiese mit den Blumen der nationalen Werte noch ein paar weitere Farbtupfer europäischer Couleur hinzufügte. Ein solches Bild wäre allerdings nicht richtig.

⁶⁷ *Leible*, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im europäischen Kollisionsrecht (Vorträge und Berichte des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 173), 2009, S. 71 f.

⁶⁸ *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (464).

⁶⁹ *Leible*, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im europäischen Kollisionsrecht (Vorträge und Berichte des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 173), 2009, S. 72; siehe auch *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 271 („europäisch angereichert“); Münch-KommBGB/*Sonnenberger*, 5. Aufl. 2010, Art. 6 EGBGB, Rn. 65 f. („europäische Prägung“); *Rauscher/Thorn*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 5 („unionsrechtliche Prägung“).

⁷⁰ *Martiny*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 523 (533 ff.); *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 721 (734); *Palandt/Thorn*, BGB; 71. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 4. Eingehend zu der Überlagerung des nationalen ordre public durch die EMRK *Renfert*, Über die Europäisierung der ordre public Klausel, 2003, S. 105 ff.; *Thoma*, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public, 2007, S. 34 ff. Gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV (vormals Art. 6 Abs. 2 EU) sind die in der EMRK niedergelegten Rechte sowie die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze Teil des Unionsrechts. Sollte die EU der EMRK in der Zukunft beitreten, so würden deren Rechte unmittelbar gelten.

⁷¹ Siehe nur Erwägungsgrund Nr. 58 ErbrechtsVO sowie Art. 135 Lagarde-Vorentwurf.

⁷² *Reichelt*, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 2007, S. 5 (11); *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 721 (734); *Bamberger/Roth/Spickhoff*, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 2; siehe allg. auch *Thoma*, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public, 2007, S. 252.

⁷³ *Jayme*, Ein internationales Privatrecht für Europa, 1991, S. 37. Zu weiteren Fallgruppen der Überlagerung des nationalen ordre public durch europäische Werte siehe *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (464 ff.).

Vielmehr ziehen die europäischen Grundwerte den mitgliedstaatlichen Gerichten in Bezug auf die Anwendung des *ordre-public-Vorbehalts* durchaus auch Schranken. Die Anwendung des *ordre public* darf nämlich nicht gegen europäisches Recht verstoßen. Um im Bild zu bleiben fungiert hier das EU-Recht als Gärtner, der nationalen Wildwuchs bei der Anwendung des *ordre public* zurückzuschneiden kann. Insofern hat der *europäische* *ordre public* partiell durchaus eine korrigierende Funktion, da er den *nationalen* *ordre public* begrenzt.

Dass das europäische Recht die Außengrenzen des *ordre public* definiert, lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur *Ordre-public-Kontrolle* bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen nach der Brüssel I-VO ableiten. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Krombach* unter Berufung auf die EMRK den nationalen Richter für berechtigt erklärt, Verstöße gegen die europäischen Grundrechte als Verstoß gegen den in Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ (nunmehr Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO) niedergelegten verfahrensrechtlichen *ordre public* einzustufen.⁷⁴ Konkret wurde ein Beklagter in einem strafrechtlichen Adhäsionsverfahren in Frankreich in Abwesenheit zu Schadensersatz verurteilt. Das damalige französische Recht untersagte es, dass ein Verteidiger die Rechte des Abwesenden vor Gericht wahrnahm.⁷⁵ Der BGH wollte die Vollstreckung des Adhäsionsurteils in Deutschland wegen eines Verstoßes gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* verweigern und wurde darin vom EuGH bestätigt, der ausführte, dass nationale Gerichte berechtigt seien, Verletzungen der EMRK als *Ordre-public-Verstoß* zu bewerten.⁷⁶

Einen Schritt weiter ging der EuGH dann in der Rechtssache *Gambazzi*, in der er erstmals positiv umschrieb, wann eine Abweichung von europäischen Werten als ein Verstoß gegen den *ordre public* einzuordnen sei. In dieser Rechtssache ging es um den Ausschluss eines Beklagten wegen „Missachtung des Gerichts“ in einem Verfahren vor einem englischen Gericht. Der EuGH urteilte, dass eine derartige Beschränkung des rechtlichen Gehörs nur dann *keinen* Verstoß gegen den *ordre public* darstelle, wenn sie den „sehr hohen Anforderungen“ einer ge-

⁷⁴ *EuGH*, Slg. 2000, I-1935 – *Krombach/Baberski*. Eingehend zu diesem Fall *Jayme*, Nationaler *ordre public* und europäische Integration – Betrachtungen zum *Krombach-Urteil* des EuGH, 2000, S. 10 ff.

⁷⁵ Art. 630 Code de procédure pénal in seiner damals geltenden Fassung lautete: „Aucun avocat, aucun avoué ne peut se présenter pour l'accusé contumax“.

⁷⁶ *EuGH*, Slg. 2000, I-1935 (1969 ff.), Egrd. 39 ff. – *Krombach/Baberski*.

ordneten Rechtspflege genüge.⁷⁷ Durchzuführen sei diesbezüglich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die der Gerichtshof allerdings den nationalen Gerichten überantwortete.⁷⁸ In der *Gambazzi*-Entscheidung wird deutlich, dass der EuGH durchaus bereit ist, unter Berufung auf europäische Werte die maximale Reichweite des anerkennungsrechtlichen ordre public zu definieren. Indirekt wird dadurch natürlich auch sein Inhalt umschrieben. Diese Grundsätze hat der EuGH im Fall *Apostolides/Orams* dem Grunde nach noch einmal bestätigt.⁷⁹

Es wird allgemein erwartet, dass der Gerichtshof diese verfahrensrechtliche Rechtsprechung auf das vergemeinschaftete IPR übertragen wird.⁸⁰ Mit der stetigen Zunahme des vergemeinschafteten Kollisionsrechts wird der EuGH die Grenzen und damit indirekt auch den Inhalt des Vorbehalts der öffentlichen Ordnung immer feinmaschiger vorgeben können. Allerdings legt der EuGH bislang eine bemerkenswerte Zurückhaltung an den Tag, den (vollstreckungsrechtlichen) ordre public unter Verweis auf europäische Werte zu konkretisieren, wie die Entscheidungen in Sachen *Gambazzi* und *Apostolides/Orams* gezeigt haben. Es steht nicht zu erwarten, dass er diese Position in naher Zukunft bei der Auslegung des Kollisionsrechts aufgeben wird. Gleichwohl wird es langfristig zu einer immer stärkeren Überlagerung des nationalen ordre public kommen.⁸¹

⁷⁷ *EuGH*, Slg. 2009, I-2563 (2593), Egrd. 33 – *Gambazzi/DaimlerChrysler Canada Inc.*, CIBC Mellon Trust Company.

⁷⁸ *EuGH*, Slg. 2009, I-2563 (2593), Egrd. 33 f. – *Gambazzi/DaimlerChrysler Canada Inc.*, CIBC Mellon Trust Company.

⁷⁹ *EuGH*, Slg. 2009, I-3571 (3631), Egrd. 56 f. – *Apostolides/Orams*: „Wenngleich die Mitgliedstaaten aufgrund des Vorbehalts in Art. 34 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 grundsätzlich selbst festlegen können, welche Anforderungen sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus ihrer öffentlichen Ordnung ergeben, gehört doch die Abgrenzung dieses Begriffs zur Auslegung dieser Verordnung [...]. Auch wenn es demnach nicht Sache des Gerichtshofs ist, den Inhalt der öffentlichen Ordnung eines Mitgliedstaats zu definieren, hat er doch über die Grenzen zu wachen, innerhalb deren sich das Gericht eines Mitgliedstaats auf diesen Begriff stützen darf, um der Entscheidung eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats die Anerkennung zu versagen [...]“.

⁸⁰ Im Schrifttum werden die im Verfahrensrecht entwickelten Grundsätze weitgehend auf das vergemeinschaftete Kollisionsrecht übertragen, siehe nur *A. Staudinger*, AnwBl. 2008, 8, 15; *Calliess/Renner*, Rome Regulations, 2011, Art. 21 Rome I, Rn. 27; *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (472); *C. F. Nordmeier*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kapitel 37, Rn. 136; *Pfundstein*, Pflichtteil und ordre public, 2010, S. 337 f.

⁸¹ Ebenso *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (472).

Ein nationales Gericht, welches bei der Anwendung ausländischen Rechts keinen Verstoß gegen nationale Werte erkennen kann, muss also stets prüfen, ob dieses Ergebnis mit europäischen Vorgaben vereinbar ist. Ist dies nicht der Fall, muss es einen *ordre-public*-Verstoß wegen der Verletzung europäischer Werte feststellen.

Die europäischen Grenzen wirken natürlich – und das hören die Mitgliedstaaten immer sehr ungern – auch für den umgekehrten Fall. Wenn ein nationales Gericht die Anwendung ausländischen Rechts unter Berufung auf den nationalen *ordre public* verweigern will, muss es stets prüfen, ob dies nach europäischem Recht überhaupt möglich ist. Mit anderen Worten kann der Vorrang des Unionsrechts ein nationales Gericht zwingen, das Recht eines anderen EU-Staates anzuwenden, auch wenn dies mit den nationalen Vorstellungen eigentlich nicht zu vereinbaren wäre.⁸² Würde man beispielsweise die Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften im Erbrecht als einen Verstoß gegen europäische Grundwerte ansehen, so könnte ein Staat, dessen Recht ein Erbrecht des überlebenden gleichgeschlechtlichen Partners nicht anerkennt, die Anwendung des Rechts eines anderen EU-Mitgliedstaates, das dem überlebenden Partner ein Erbrecht einräumt, nicht unter Verweis auf den *ordre public* verweigern.

b) „Rom 0-VO“

Diese Grenzen gelten bereits in Bezug auf die diversen Rom-Verordnungen. Keine der dort genannten Vorbehaltsklauseln enthält aber einen Verweis auf das europäische Recht, obwohl zu erwarten steht, dass der europäische Einfluss durch vermehrte Vorlagen an den EuGH immer stärker zunehmen wird.⁸³ Wenn das europäische Recht den Inhalt des *ordre public* aber mitbestimmt, dann sollte sich dies

⁸²Auf eine solche Situation in EU-Binnensachverhalten weist Erwägungsgrund Nr. 58 der ErbrechtsVO hin: „Die Gerichte oder andere zuständige Behörden sollten allerdings die Anwendung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats nicht ausschließen oder die Anerkennung – oder gegebenenfalls die Annahme – oder die Vollstreckung einer Entscheidung, einer öffentlichen Urkunde oder eines gerichtlichen Vergleichs aus einem anderen Mitgliedstaat aus Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) nicht versagen dürfen, wenn dies gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot in Artikel 21, verstoßen würde.“; Siehe auch *M. Stürner*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 463 (472).

⁸³Lediglich der in der vorherigen Fußnote genannte Erwägungsgrund der ErbrechtsVO weist auf einen Teilaspekt des europäischen Einflusses hin.

auch im Verordnungstext der „Rom 0-VO“ niederschlagen, schon aufgrund der Appellfunktion für die nationalen Richter, die nicht täglich mit dem europäischen Kollisionsrecht in Berührung kommen.⁸⁴ Daher sollte man in die allgemeine Vorbehaltsklausel den Zusatz aufnehmen, dass bei der Auslegung des ordre public auch eine Verletzung europäischer Werte zu berücksichtigen ist. Konkret sollte diesbezüglich sowohl auf die europäische Grundrechtecharta als auch die EMRK verwiesen werden, da diese Rechtstexte die bedeutendsten europäischen Grundwerte normieren.⁸⁵ Dieser Zusatz würde klarstellen, dass der ordre public durch europäische Werte angereichert wird. Dass Rechtssätze europäischer Provenienz den nationalen ordre public auch beschränken können, muss dagegen nicht unbedingt in der allgemeinen Vorbehaltsklausel zum Ausdruck gebracht werden, da der nationale Richter das Recht stets europarechtskonform auszulegen und anzuwenden hat.⁸⁶ Ein entsprechender Hinweis könnte allerdings in den Erwägungsgründen der „Rom 0-VO“ verankert werden.

3. Abstrakt-generelle Normenkontrolle vs. Ergebniskontrolle

a) **Geltendes Recht**

Nach herkömmlicher Ansicht soll der ordre public eine Verweisung auf ausländisches Recht lediglich dann korrigieren, wenn dessen Anwendung in dem zu entscheidenden Fall zu untragbaren Ergebnissen führt.⁸⁷ Es erfolgt also keine abstrakte Kontrolle der ausländischen Norm. Die Folge ist, dass auch eine abstrakt unvereinbare Regel anzuwenden ist, wenn sich das Ergebnis der Rechtsanwendung im konkreten Fall als unbedenklich herausstellt. Dieses Prinzip ist bislang in allen allgemeinen Ordre-public-Vorbehalten der Rom-Verordnungen niedergelegt.⁸⁸

⁸⁴Darauf weist etwa hin *Sonnenberger*, IPRax 2011, 325 (332).

⁸⁵Ebenso *Siehr*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 424 (436); enger dagegen Art. 135 S. 1 Lagarde-Vorentwurf, der allein auf die Europäische Grundrechtecharta verweist.

⁸⁶*Basedow*, in: FS f. Sonnenberger, 2004, S. 291 (319).

⁸⁷Siehe nur *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 265; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 II 1 (jeweils zum deutschen Recht); *Mayer/Heuzé*, Droit international privé, 10. Aufl. 2010, Rn. 205-1 (zum französischen Recht).

⁸⁸Siehe nur *MünchKommBGB/Martiny*, 5. Aufl. 2010, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 5; *Staudinger/Hausmann*, BGB, Neubearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 9;

Dieser allgemein akzeptierte Grundsatz ist richtig und sollte auch künftig beibehalten werden. Bei einer Neuordnung des europäischen IPR sollte dieser Ansatz auch für eine spezielle Vorbehaltsklausel der Rom III-VO klargestellt werden. Angesprochen ist Art. 10 Rom III-VO. Dieser Vorbehalt lautet:

„Sieht das nach [dieser Verordnung anzuwendende Recht] eine Ehescheidung nicht vor oder gewährt es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung [...], so ist das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden.“

Diese spezielle Vorbehaltsklausel erklärt in zwei Konstellationen die *lex fori* für anwendbar. Zum einen für den Fall, dass das ausländische Recht keine Ehescheidung kennt. Diese Ausnahme wurde vor allem mit Blick auf die Rechtslage in Malta eingefügt, dessen (damaliges) Recht keine Scheidung vorsah.⁸⁹ Zum anderen soll heimisches Recht zur Anwendung gelangen, wenn das ausländische Recht die Scheidungsvoraussetzungen geschlechterspezifisch ausgestaltet, wie es etwa in vielen islamrechtlich geprägten Jurisdiktionen,⁹⁰ aber auch im jüdischen Recht der Fall ist.⁹¹ Dieser besondere Vorbehalt wurde neben der allgemeinen Ordre-public-Klausel (Art. 12 Rom III-VO) in der Verordnung verankert.

Seinem Wortlaut nach normiert er eine abstrakte Kontrolle, da Art. 10 Rom III-VO, anders als der in Art. 12 Rom III-VO niedergelegte allgemeine Vorbehalt, nicht auf das „Ergebnis“ der Rechtsanwendung abstellt. Auch in den Erwägungsgründen wird die Anwendung des speziellen Vorbehalts nicht ausdrücklich auf die Ergebniskontrolle eingeschränkt.⁹² Im Vorschlag der Kommission zur Rom III-VO war der

Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 11 (jeweils zur Rom I-VO); *Calliess/v. Hein*, Rome Regulations, 2011, Art. 26 Rome II, Rn. 16 (zur Rom II-VO). Nichts anderes kann für Art. 12 Rom III-VO und Art. 35 ErbrechtsVO gelten.

⁸⁹ *Jänterä-Jareborg*, in: Basedow/Baum/Nishitani (Hrsg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, 2008, S. 317 (338); *Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1771). Nach einer Volksabstimmung hat sich Malta aber mittlerweile mit Wirkung zum 1.10.2011 ein Scheidungsrecht gegeben, siehe *Pietsch*, FamRZ 2012, 426 f.

⁹⁰ Für einen Überblick über die Scheidungsrechte in verschiedenen islamischen Ländern siehe *Ebert*, Das Personalstatut arabischer Länder, 1996, S. 108 ff.

⁹¹ Für einen Überblick über das jüdische Scheidungsrecht siehe *Homolka*, Das jüdische Eherecht, 2009, S. 113 ff.

⁹² Siehe Erwägungsgrund Nr. 24 Rom III-VO.

besondere Ordre-public-Vorbehalt noch nicht vorgesehen. Allerdings verwies Erwägungsgrund Nr. 20 des Vorschlags darauf, dass in „bestimmten Fällen, in denen das anzuwendende Recht eine Ehescheidung nicht zulässt oder einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zu einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren gewährt, [...] das Recht des angerufenen Gerichts maßgebend sein [sollte].“⁹³ Im Laufe der Verhandlungen im Rat wurde der (weich formulierte) Erwägungsgrund beibehalten (Nr. 24 Rom III-VO) und zudem eine spezielle Vorbehaltsklausel in den Verordnungstext eingefügt. Das Einfügen des Vorbehalts ging wohl auf Forderungen derjenigen Staaten zurück, die geschlechterdiskriminierendes „islamisches Recht“ abwehren wollten,⁹⁴ eine Position, die bereits in den gescheiterten Verhandlungen über die Verabschiedung einer Rom III-VO im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren großen Zuspruch fand.⁹⁵

Dieser Vorbehalt kann bei falscher Auslegung zu wenig sachgerechten Ergebnissen führen, wie beispielhaft anhand der Alternative dargelegt werden soll, die die geschlechterspezifische Ausgestaltung von Scheidungsvoraussetzungen erfasst. Begreift man Art. 10 Alt. 2 Rom III-VO als abstrakten Vorbehalt, müsste ein Richter die *lex fori* anwenden, selbst wenn bei der konkreten Anwendung des fremden Rechts durchaus tragfähige Ergebnisse erzielt werden. Die Konsequenzen sollen am Beispiel der Verstoßungsscheidung (Scheidung ohne Angabe von Gründen) demonstriert werden. Dieses Recht ist in vielen islamisch geprägten Rechtsordnungen allein dem Mann vorbehalten. Eine Frau kann sich auch scheiden lassen, aber nur, wenn bestimmte Scheidungsgründe vorliegen oder wenn sie auf bestimmte vermögensrechtliche Ansprüche verzichtet.⁹⁶ Nach der tradierten und richtigen Ansicht würde ein deutsches Gericht die Eheleute unter Zugrundelegung der diskriminierenden ausländischen Regel scheiden können, wenn das Ergebnis akzeptabel wäre, etwa weil die Ehefrau mit der Scheidung einverstanden ist oder weil der Ehemann nach der *lex fori* ebenfalls

⁹³Vorschlag für eine Verordnung (EU) des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts vom 24.3.2010, KOM(2010) 105 endg.

⁹⁴*Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1772).

⁹⁵Siehe den Hinweis bei *Jänterä-Jareborg*, in: Basedow/Baum/Nishitani (Hrsg.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008, S. 317 (338 m. Fn. 10).

⁹⁶Zum Ganzen *Rohe*, *Das islamische Recht*, 2009, S. 215 ff.

die Scheidung verlangen könnte.⁹⁷ Dieses sinnvolle Vorgehen wäre bei einer abstrakten Kontrolle nicht mehr möglich. Vielmehr müsste der Richter auch in diesen Fällen die *lex fori* anwenden. Damit würde man aber das Leben der Eheleute u.U. sehr erschweren, da diese durch eine Scheidung nach ihrem Heimatrecht oftmals auch die einfache Anerkennung der Eheauflösung in ihrem Heimatstaat sicherstellen wollen.⁹⁸ Die abstrakt-generelle Kontrolle ist somit der falsche Weg.

Die Gretchenfrage lautet nun, ob man eine Ergebniskontrolle in Art. 10 Rom III-VO hineininterpretieren kann, um den Vorbehalt in Einklang mit anerkannten Prinzipien der IPR-Dogmatik auslegen zu können. Im Schrifttum ist diese Frage umstritten.⁹⁹ Meines Erachtens ist eine einschränkende Auslegung aufgrund des allgemeinen Schutzzwecks der Norm möglich. Sie soll verhindern, dass ein Ehepartner aufgrund einer Diskriminierung Nachteile erleidet, die mit hiesigen Wertvorstellungen nicht vereinbar sind. Ist dies aufgrund der Normanwendung ausnahmsweise nicht der Fall, so spricht kein Grund dafür, die ausländische Regel nicht anzuwenden.¹⁰⁰ Nur auf diese Weise kann die „Würde des IPR“ gewahrt werden, die „auf der Anerkennung des Fremden als solchem“ beruht.¹⁰¹ Daher sollte Art. 10 Rom III-VO etwa einer Verstoßungsscheidung, der die Ehefrau ausdrücklich zustimmt oder bei der der Ehemann auch nach der *lex fori* die Scheidung verlangen könnte, nicht entgegenstehen.¹⁰²

Ob diese Auslegung – die, um es noch einmal ganz deutlich zu sagen, aus dogmatischer Sicht sachgerecht wäre – vor dem Hintergrund des Wortlauts des Vorbehalts, seiner systematischen Stellung¹⁰³ und der genannten Gesetzgebungshistorie auch die Zustimmung des EuGH finden wird, ist allerdings mehr als fraglich.

⁹⁷ *Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1772) (m.w.N.).

⁹⁸ *Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1772).

⁹⁹ Für Ergebniskontrolle *Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1772); *Schurig*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 405 (410); für abstrakt-generelle Kontrolle *Siehr*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 424 (427).

¹⁰⁰ In diese Richtung auch *Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1772).

¹⁰¹ *Goldschmidt*, in: FS f. Wolff, 1952, S. 203 (213).

¹⁰² Ebenso *Helms*, FamRZ 2011, 1765 (1772).

¹⁰³ Verstünde man Art. 10 Rom III-VO als konkrete Kontrolle, so hätte dieser Vorbehalt neben der allgemeinen *ordre-public*-Klausel praktisch allenfalls die Bedeutung eines „insbesondere-Zusatzes“. Dies erkennt auch *Schurig*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 405 (410) an, der gleichwohl von einer Ergebniskontrolle ausgeht.

b) „Rom 0-VO“

Die Folgerungen für eine „Rom 0-VO“ liegen daher klar auf der Hand. Zum einen muss der Grundsatz der Ergebniskontrolle in der allgemeinen Ordre-public-Klausel unbedingt beibehalten werden. Zum anderen sollten auch spezielle Vorbehalte diesem Grundsatz weitgehend folgen. Art. 10 Rom III-VO sollte daher aus Gründen der Rechtsklarheit bei einer Reform des europäischen IPR entsprechend angepasst werden.

4. Inlandsbeziehung

a) Geltendes Recht

Nach tradierter Auffassung wird sowohl im vereinheitlichten Kollisionsrecht¹⁰⁴ als auch im autonomen IPR¹⁰⁵ die Anwendung des ordre public in Relation zum räumlichen Bezug des Rechtsverhältnisses sowie zu der Schwere des Verstoßes gesetzt.¹⁰⁶ Die Verweigerung der Anwendung ausländischen Rechts setzt somit einen hinreichenden Inlandsbezug¹⁰⁷ (*proximité de la situation avec le for*¹⁰⁸) voraus. Dieses Erfordernis wird als ein Aspekt der Relativität des ordre public aufgefasst.¹⁰⁹ Je deutlicher die Beziehung zum Inland, desto leichter können fremdartige Ergebnisse, die mit der Anwendung ausländischen Rechts einhergehen,

¹⁰⁴Siehe nur MünchKommBGB/*Martiny*, 5. Aufl. 2010, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 5; *Staudinger/Hausmann*, BGB, Neubearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 19; *Rauscher/Thorn*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 14 (jeweils zur Rom I-VO); *Calliess/v. Hein*, Rome Regulations, 2011, Art. 26 Rome II, Rn. 19; *Prütting/Wegen/Weinreich/Schaub*, BGB, 7. Aufl. 2012, Art. 26 Rom II-VO, Rn. 5 (jeweils zur Rom II-VO).

¹⁰⁵Siehe zum deutschen Recht v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 152; zu anderen nationalen Kollisionsrechten siehe *Stehr*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 424 (425) (m.w.N.).

¹⁰⁶Grundlegend *Kahn*, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd. I, 1928, S. 181 f. (Nachdruck der gesammelten Schriften Kahns hrsg. von Lenel/Lewald): „Es kommt [...] in allen [...] Fällen [...] auf eine besondere Voraussetzung an, [...] auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer besonders gearteten Anknüpfung zu der für Entstehen oder Bestehen des Rechtsverhältnisses kritischen Zeit“.

¹⁰⁷*Juncker*, Internationales Privatrecht, 1998, Rn. 279; v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 263.

¹⁰⁸*Batiffol/Lagarde*, Droit international privé, Bd. I, 8. Aufl. 1993, Rn. 359.

¹⁰⁹Ein anderer Aspekt der Relativität des ordre public ist, dass sich die Werte, die seinen Inhalt definieren, im Laufe der Zeit wandeln können, siehe *Barel/Armellini*, Diritto internazionale privato, 7. Aufl. 2012, S. 94. Allg. zum übergeordneten Aspekt der Relativität im IPR *Mills*, J. Priv. Int'l L. 4 (2008), 201 (212 ff.).

abgelehnt werden. Umgekehrt muss bei geringeren Bezügen ein höheres Maß an Toleranz gelten.¹¹⁰ Die Konkretisierung der Inlandsbeziehung ist allerdings eine Maß- und Gradfrage, die kaum exakt in eine allgemeine Regel gefasst werden kann.¹¹¹

Die Inlandsbeziehung wird traditionell als nationale Beziehung zum Forumstaat verstanden.¹¹² Dies ist insoweit richtig, als es um die Abwehr fremden Rechts unter Bezugnahme auf autonome Werte geht. Die Grenzen müssen aber weiter gesteckt werden, sofern es um die Verletzung europäischer Rechtssätze geht. Bei einem Verstoß gegen europäische Regeln kann nicht allein die räumliche Beziehung zum Forumstaat relevant sein, da diese Rechtssätze über nationale Grenzen hinweg gelten. Daher kann der *ordre public* auch greifen, wenn eine hinreichende Beziehung zum Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates besteht.¹¹³ Geht es um die Verletzung der EMRK, genügt eine solche Beziehung zu einem anderen EMRK-Vertragsstaat.¹¹⁴ Ausreichend ist somit ein europäischer Bezug, der über den eigentlichen Binnenmarkt hinausgehen kann, da die EMRK etwa auch in der Schweiz gilt. Ist etwa über die Erbfolge in Bezug auf ein Grundstück in der Bundesrepublik Deutschland zu entscheiden und ein ausländisches Erbrecht anwendbar, das der Witwe, die auf ihren Erbteil nicht verzichtet hat, nur einen Bruchteil dessen zuspricht, was der Witwer im Fall des Vorversterbens seiner Ehefrau erhalten würde, so kann es für die Anwendung des *ordre public* zur Abwehr dieser diskriminierenden Regel keinen Unterschied machen, ob die Witwe ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, Frankreich oder der Schweiz hat.¹¹⁵

¹¹⁰ *Batiffol/Lagarde*, *Droit international privé*, Bd. I, 8. Aufl. 1993, Rn. 359; *v. Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 264; *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 II 2; *v. Hoffmann/Thorn*, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 152; siehe auch *Mills*, *J. Priv. Int'l L.* 4 (2008), 201 (236).

¹¹¹ *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 II 2.

¹¹² Siehe nur *Batiffol/Lagarde*, *Droit international privé*, Bd. I, 8. Aufl. 1993, Rn. 359 (zum französischen Recht); *C. Völker*, *Zur Dogmatik des ordre public*, 1998, S. 231 (zum deutschen Recht).

¹¹³ *Prütting/Wegen/Weinreich/Moersdorf-Schulte*, *BGB*, 7. Aufl. 2012, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 4; *Calliess/v. Hein*, *Rome Regulations*, 2011, Art. 26 Rome II, Rn. 19.

¹¹⁴ *Siehr*, in: *FS f. v. Hoffmann*, 2011, S. 424 (430 f.) (auch zum Folgenden).

¹¹⁵ Beispiel nach *Siehr*, in: *FS f. v. Hoffmann*, 2011, S. 424 (430 f.).

b) „Rom 0-VO“

In einem Rechtstext zum Allgemeinen Teil sollte der Grundsatz der hinreichenden Inlandsbeziehung beibehalten werden. Auch wenn man diese Regel kaum präzise umschreiben kann, sollte man den Rechtsanwender doch auf sie hinweisen. Im derzeit geltenden EU-Kollisionsrecht wird die Relativität des ordre public weder im Wortlaut der einzelnen Vorbehaltsklauseln noch in den Erwägungsgründen der jeweiligen Verordnungen erwähnt. Das sollte man ändern.¹¹⁶ Um die Rechtssicherheit zu stärken, sollte entweder in der Vorbehaltsklausel selbst oder zumindest in den Erwägungsgründen festgehalten werden, dass die Unvereinbarkeit der Anwendung ausländischen Rechts stets in Relation zur Schwere der Verletzung und zum Bezug des Sachverhalts zum Recht eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten oder zum Recht von Vertragsstaaten der EMRK zu beurteilen ist.¹¹⁷

IV. Ausgewählte Einzelfragen

Nachdem die bedeutendsten Grundstrukturen des ordre public abgearbeitet wurden, sollen nachfolgend noch kurz einige Einzelfragen angesprochen werden, die bei einer Reform des vergemeinschafteten IPR von Bedeutung sein können.

1. Konkretisierung des Inhalts des ordre public

a) Verweis auf europäische Grundrechte

Im bislang vereinheitlichten europäischen Kollisionsrecht wird der Inhalt des ordre public in den allgemeinen Vorbehaltsklauseln nicht weiter umschrieben. Das erstaunt nicht, sind doch in der Geschichte des IPR aufgrund der Verschiedenheit der Quellen, aus denen sich die fundamentalen Werte ergeben, die am Ort des Forums Geltung beanspruchen, zahlreiche Versuche gescheitert, umfassende Definitionen des ordre pu-

¹¹⁶Als Vorbild kann Art. 21 Abs. 2 belgisches IPRG dienen. Diese Vorschrift lautet: „Cette incompatibilité s’apprécie en tenant compte, notamment, de l’intensité du rattachement de la situation avec l’ordre juridique belge et de la gravité de l’effet que produirait l’application de ce droit étranger“.

¹¹⁷Art. 135 Lagarde-Vorentwurf ist diesbezüglich zu eng, da er nur auf die Beziehung zum Forum abstellt. Überzeugend dagegen der Vorschlag von *Siehr*, in: FS f. v. Hoffmann, 2011, S. 424 (432).

blic auszuarbeiten.¹¹⁸ Viele nationale Rechte umschreiben den Inhalt des *ordre public* daher ebenfalls nicht näher.¹¹⁹ Bisweilen wird allerdings auf die Bedeutung der nationalen Grundrechte verwiesen, etwa in Art. 6 EGBGB. Einen solchen Verweis könnte man – wie bereits angesprochen – auch im vergemeinschafteten IPR verankern, in dem die allgemeine Vorbehaltsklausel auf die Europäische Grundrechtecharta und die EMRK verweist.¹²⁰ Die weitere Konkretisierung des Vorbehalts sollte allerdings Rechtsprechung und Lehre überlassen werden.

b) Spezielle Vorbehaltsklauseln und Ausnahmeregelungen

Eine zusätzliche Möglichkeit, den *ordre public* ein Stück weit greifbarer zu machen, ist das Einfügen spezieller Vorbehaltsklauseln für bestimmte Rechtsgebiete. Mit solchen speziellen Klauseln sollte man allerdings sehr behutsam umgehen, fällt mit ihnen doch „der Schatten nationaler Einseitigkeit auf ein IPR-Gesetz“.¹²¹ Allerdings wird man nicht so weit gehen dürfen, solche Vorbehalte grundsätzlich abzulehnen. Sinnvoll ist ein solcher Vorbehalt z.B. im Eherecht zur Sicherung der Eheschließungsfreiheit, wie wir ihn aus Art. 13 Abs. 2 EGBGB kennen. Aus systematischer Sicht passen solche Vorbehaltsklauseln allerdings nicht in einen Allgemeinen Teil des IPR. Solche Vorbehalte sollten daher nicht in einer „Rom 0-VO“ niedergelegt werden, sondern im jeweiligen Normzusammenhang in dem zu schaffenden „Besonderen Teil“ des europäischen IPR bzw. (falls es zu keiner umfassenden Zusammenführung der verschiedenen IPR-Rechtstexte kommt) in den einzelnen Rom-Verordnungen. Problematisch ist diesbezüglich freilich, dass viele Rechtsinstitute auch innerhalb der EU sehr unterschiedlich eingestuft werden, so dass es schwierig ist, einheitliche Vorbehalte im EU-Recht zu normieren. Als Beispiel sei auf die Behandlung von *punitive damages* hingewiesen. Während Strafschadensersatz auf dem Kontinent die

¹¹⁸Siehe dazu nur *Nußbaum*, Grundzüge des internationalen Privatrechts, 1952, S. 111 ff. Deutlich auch *Dicey, Morris & Collins*, The Conflict of Laws, 14. Aufl. 2006, Rn. 5-008: „The reservation of public policy in conflict of laws cases is a necessary one but „no attempt to define the limits of that reservation has ever succeeded“ (unter Verweis auf *Westlake*, Private International Law, 7. Aufl. 1925, S. 51); *Bucher*, Rec. des Cours 341 (2009), S. 9 (172): „Le problème de définition de l'ordre public international n'a jamais été résolu et ne le sera jamais“.

¹¹⁹Siehe etwa Art. 21 Abs. 1 belgisches IPRG, Art. 16 Abs. 1 italienisches IPRG, § 6 österreichisches IPRG, Art. 7 polnisches IPRG.

¹²⁰Siehe supra III 2 b.

¹²¹*Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 VIII.

Ausnahme ist, können solche Schäden im angelsächsischen Rechtsraum leichter zuerkannt werden.¹²² In der Rom II-VO wurde daher keine echte Vorbehaltsklausel festgelegt, sondern lediglich eine „weiche“ Regel in den Erwägungsgründen normiert, nach der überkompensatorischer Schadensersatz nicht zugesprochen werden müsse, sofern diese Art des Ersatzes gegen den ordre public des Forums verstößt.¹²³

Schließlich können auch spezifische Ausnahmeregelungen die Grenze des ordre public konkretisieren und damit die einheitliche Rechtsanwendung in Europa stärken. Bei dieser Regelungstechnik schreibt der EU-Gesetzgeber fest, dass der Rekurs auf den ordre public nicht dazu verwendet werden darf, um einen bestimmten ausländischen Rechtsatz unangewendet zu lassen. So war im Vorschlag der Europäischen Kommission für die Erbrechtsverordnung vorgesehen, dass eine Regel des ausländischen Rechts „nicht allein deshalb als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden [kann], weil sie den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts“.¹²⁴ Diese an sich sinnvolle Regel wurde im Gesetzgebungsverfahren jedoch gestrichen, da Staaten, deren Erbrechte weitreichende Pflichtteilsansprüche enthalten, sich vorbehalten wollten, diese Ansprüche auch gegenüber ausländischem Recht durchzusetzen, das kein Pflichtteilsrecht kennt.¹²⁵ Aufgrund ihrer Spezialität gehören aber auch solche Konkretisierungen nicht in den Allgemeinen Teil des europäischen IPR. Sie sollten vielmehr – wenn ein umfassendes IPR-Gesetz erarbeitet wird – in dessen Besonderen Teil niedergelegt werden oder – wenn es nicht zu einer umfassenden Kodifikation kommt – in den einzelnen Rom-Verordnungen verankert werden.

¹²²Siehe nur *Moersdorf-Schulte*, ZVglRWiss 104 (2005), 192 (207 ff.).

¹²³Erwägungsgrund Nr. 32 Rom II-VO. Zur Gesetzgebungsgeschichte siehe *Leible*, RIW 2008, 257 (263).

¹²⁴Art. 27 Abs. 2 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vom 14.10.2009, KOM(2009) 154 endg.

¹²⁵Für das Eingreifen des ordre public zum Schutz von Pflichtteilsrechten auch *Pfundstein*, Pflichtteil und ordre public, 2010, S. 338 f.; dem Vorschlag der Kommission beipflichtend dagegen *MPI*, RabelZ 74 (2010), 552 (663 ff.).

2. Umschreibung der Wirkung des ordre public

Schließlich könnte man noch überlegen, die Wirkungen des ordre public genauer zu umschreiben. Die bisherigen Vorbehalte allgemeiner Art in den Rom-Verordnungen legen lediglich fest, dass bei einem Verstoß gegen den ordre public die Anwendung des fremden Rechts „versagt werden kann“. Nicht geregelt ist, unter Rückgriff auf welches Ersatzrecht die Lücke zu schließen ist, die der ordre public gerissen hat. *Hans Jürgen Sonnenberger* hält diesen Ansatz für „konsequent, wenn man die Verordnungstexte als umfassende Bezugnahmen auf die mitgliedstaatlichen ordre public Klauseln versteht“. Gleichwohl sieht er die Gefahr divergierender Entscheidungen innerhalb des Binnenmarktes und fordert daher Rechtsprechung und Lehre auf, „nicht nur auf Präzedenzfälle aus dem eigenen nationalen Rechtsraum zu schauen“.¹²⁶ Ob hierdurch ein substantieller Harmonisierungseffekt erzielt werden kann, erscheint allerdings fraglich. Daher sollte der Unionsgesetzgeber sich bemühen, die tragenden Grundsätze der Rechtsfolgen des ordre public zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung vorzugeben.¹²⁷ Dies erscheint notwendig, da die nationalen IPR-Gesetze – abgesehen natürlich von dem Grundsatz, dass das ausländische Recht keine Anwendung findet – sehr unterschiedliche Rechtsfolgen zur Lückenfüllung vorsehen. Während einige Rechtsordnungen stets die lex fori heranziehen, ist der Richter in anderen Jurisdiktionen gehalten, zunächst eine Lösung aus dem (ggf. zu modifizierenden) ausländischen Recht zu entwickeln und die lex fori lediglich hilfsweise zu berücksichtigen.¹²⁸ Es besteht also die reale Gefahr, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte ihre bisherigen Lösungen auch unter Geltung des Gemeinschafts-IPR weiterhin anwenden.¹²⁹

¹²⁶ *Sonnenberger*, in: FS f. Kropholler, 2008, S. 227 (228).

¹²⁷ Ebenso nunmehr auch *Sonnenberger*, IPRax 2011, 325 (332), der sich dafür ausspricht, dem nationalen Richter in den Erwägungsgründen der einzelnen Verordnungen Anhaltspunkte für die Rechtsfolgen der Anwendung des ordre public zu geben.

¹²⁸ Siehe den Überblick bei *Kreuzer*, in: Jud/Rechberger/Reichelt (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union, 2008, S. 1 (45) (mit Nachweisen der nationalen Vorschriften); siehe auch *Lagarde*, in: Lipstein (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. III/1, Nachdruck 2011, Kapitel 11, Rn. 60 ff. (z. T. veraltet). Zum deutschen Recht siehe zudem *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 V; v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 154; zum englischen Recht siehe *Mills*, J. Priv. Int'l L. 4 (2008), 201 (212).

¹²⁹ v. *Hein*, ZEuP 2009, 6 (24) (bezogen auf die Rom II-VO).

Nun ist die Lückenfüllung allerdings eine diffizile Angelegenheit, da Pauschallösungen oftmals den Besonderheiten des zu beurteilenden Sachverhalts nicht gerecht werden.¹³⁰ Ausgangspunkt muss der Grundsatz sein, dass der ordre public das System des Verweisungsrechts nur insoweit durchbrechen darf, als dies zur Implementierung der im Forumstaat geltenden Werte unabdingbar ist. Daher sollte die Ermittlung des Ersatzrechts am Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs in das fremde Recht ausgerichtet werden.¹³¹ Der alleinige Rekurs auf die lex fori vermag diesem Petitum nicht gerecht zu werden, da die Wertungen des ausländischen Rechts dann überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfen. Dieser Ansatz sollte daher im europäischen Kollisionsrecht nicht übernommen werden,¹³² zumal er gewisse Anreize zum *forum shopping* setzt.¹³³ Vielmehr sollte versucht werden, die ersatzweise anzuwendende Rechtsregel so weit wie möglich unter Berücksichtigung des an sich berufenen Rechts zu bestimmen.

Die Kodifikation dieses Grundkonzepts fällt allerdings schwer, da die Rechtsfolgen des ordre public sehr unterschiedlich sein können. Bisweilen reicht es nämlich aus, den fremden Rechtssatz nicht anzuwenden und im Übrigen den Fall nach dem berufenen Recht zu lösen.¹³⁴ In anderen Fällen muss man zusätzlich zur Lückenfüllung die lex fori heranziehen, um etwa inländischen Grundrechten zum Durchbruch zu verhelfen. In wieder anderen Konstellationen kann die Lücke durch Anwendung des ausländischen Rechts geschlossen werden, dessen Rechts-

¹³⁰Der deutsche Gesetzgeber hat deshalb von einer tatbestandlichen Umschreibung der Wirkungen eines Ordre-public-Verstoßes abgesehen, um der Rechtspraxis „differenzierte Lösungen offenzuhalten“. Siehe Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drs. 10/504, S. 44.

¹³¹So der Ansatz im deutschen Recht, siehe Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drs. 10/504, S. 44 („Grundsatz möglichst weitgehender Schonung des fremden Rechts“). Unter Geltung des EU-Rechts wird dieser Ansatz vertreten von *Staudinger/Hausmann*, BGB, Neubearbeitung 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 30; *jurisPK/Ringe*, BGB, 5. Aufl. 2011, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 19.

¹³²Ebenso *Kreuzer*, in: *Jud/Rechberger/Reichelt* (Hrsg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, 2008, S. 1 (46 f.).

¹³³*Calliess/v. Hein*, *Rome Regulations*, 2011, Art. 26 Rome II, Rn. 125 (bezogen auf die Rom II-VO).

¹³⁴Dies ist etwa der Fall bei der Nichtanwendung einer ordre-public-widrigen Konkurrenzklausele. Beispiel nach *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 36 V.

satz auf den Sachverhalt bezogen abgewandelt wird.¹³⁵ Sieht das Kollisionsrecht ausnahmsweise eine Alternativanknüpfung vor, so kann die Lücke gegebenenfalls unter Rückgriff auf das alternativ berufene Recht geschlossen werden.¹³⁶ Nur wenn die Anwendung des (ggf. modifizierten) ausländischen Rechts nicht möglich ist, muss die Ersatzregel der *lex fori* entnommen werden. Aber auch hierbei ist das fremde Recht im Blick zu behalten. Der Richter sollte nämlich nicht einfach das heimische Regelwerk auf den zu entscheidenden Fall anwenden, sondern diejenige Bestimmung der *lex fori*, die der verdrängten fremden Rechtsregel am nächsten kommt. Gegebenenfalls muss er dabei das Recht ein Stück weit an das ausländische Recht anpassen.¹³⁷

Aufgrund der Komplexität des Rechtsproblems sollte man sich darauf beschränken, den Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs im *Ordre-public-Vorbehalt* oder in den Erwägungsgründen der „Rom 0-VO“ zu normieren. Diesbezüglich sollte klargestellt werden, dass der Rekurs auf die *lex fori* nur insoweit erfolgen darf, als dass die Lücke nicht unter Anwendung des ggf. abgewandelten fremden Rechts bzw. eines alternativen Rechts geschlossen werden kann.¹³⁸ Diese Ergänzungen erscheinen mir notwendig, um eine vorschnelle Anwendung des heimischen Rechts durch den nationalen Richter auszuschließen. Die weitere Konkretisierung der Wirkungen des *ordre public* sollte Rechtsprechung und Lehre überlassen werden.

¹³⁵Verstößt etwa ein vereinbartes Erfolgshonorar eines Anwalts gegen den *ordre public*, so ist die Lücke unter Rückgriff auf das ausländische Gebührenrecht zu schließen, das gelten würde, wenn die Parteien von einer Erfolgshonorarvereinbarung abgesehen hätten. Beispiel nach *BGH*, IPRspr. 1968-69, Nr. 245, 633 (638); *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 V.

¹³⁶*C. F. Nordmeier*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010, Kapitel 37, Rn. 138 (bezogen auf die Rom I-VO).

¹³⁷Zum Ganzen *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 V.

¹³⁸Ähnlich *Kreuzer*, in: *Jud/Rechberger/Reichelt* (Hrsg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, 2008, S. 1 (46 f.) unter Verweis auf den *Frankenstein-Entwurf* (*Frankenstein*, *Projet d'un code européen de droit international privé*, 1950). Dessen Art. 13 lautet: „Lorsque [...] la loi étrangère, normalement applicable, se trouve écartée, on appliquera les dispositions les mieux appropriées de la législation étrangère. Si, de cette façon, la lacune ne peut être comblée on appliquera la loi locale dans les limites de la stricte nécessité“.

V. Zusammenfassung

1. Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung gehört in den Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts. Dieses notwendige Sicherheitsventil muss universell gelten und darf auch bezogen auf Binnenmarktsachverhalte nicht von einem Antragsersfordernis abhängig gemacht werden (II 1, 2).
2. Primäre Funktion des ordre public ist die Abwehr ausländischer Rechtssätze, die in gravierender Weise denjenigen Werten widersprechen, die im Forumstaat Geltung beanspruchen. Eine positive Funktion im klassischen Sinne kommt dem ordre public nicht mehr zu (III 1).
3. Die Abwehr ausländischen Rechts darf nur möglich sein, wenn das Ergebnis der Rechtsanwendung zu untragbaren Ergebnissen führt. Der ordre public legitimiert keine abstrakte Kontrolle fremder Rechtsnormen. Dieser Grundsatz, der bislang für alle allgemeinen Ordre-public-Vorbehalte in den Rom-Verordnungen gilt, sollte auch in einer „Rom 0-VO“ niedergelegt werden. Zudem sollte der europäische Gesetzgeber bei einer künftigen Reform klarstellen, dass diese Regel auch für den speziellen Vorbehalt des Art. 10 Rom III-VO gilt (III 3).
4. Die Unanwendbarkeit fremden Rechts kann nicht nur aus einem Verstoß nationaler Werte herrühren, sondern auch aus einer Verletzung europäischen Rechts, namentlich der Grundrechte, die in der Europäischen Charta der Grundrechte oder der EMRK niedergelegt sind. Diese ergänzende Facette des europäischen ordre public sollte in der allgemeinen Vorbehaltsklausel der „Rom 0-VO“ zum Ausdruck kommen (III 2, IV 1).
5. Die Unvereinbarkeit des ausländischen Rechts ist insbesondere mit Blick auf die Schwere der Rechtsverletzung und den Inlandsbezug zu beurteilen. Sofern es um die Verletzung nationaler Werte geht, ist diesbezüglich die Beziehung zum Staat des Forums maßgeblich. Bei der Verletzung europäischer Werte kommt es auf den Bezug zur EU bzw. einem EMRK-Vertragsstaat an. Diese Verbindung sollte in der Vorbehaltsklausel zum Ausdruck gebracht werden (III 4).

6. Bezogen auf die Wirkungen des *ordre public* sollte in einer „Rom 0-VO“ das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs in das fremde Recht niedergelegt werden. Zudem sollte klargestellt werden, dass die Berufung der *lex fori* als Ersatzrecht nur insoweit statthaft ist, als dass die Lücke nicht unter Anwendung des (ggf. abgewandelten) fremden Rechts bzw. eines alternativ berufenen Rechts geschlossen werden kann (IV 2).