

Familien- und Erbrecht

Die Bedeutung des ordre public in der EuErbVO

Prof. Dr. Michael Stürner, Konstanz

I. Die Rolle des ordre public im Europäischen Kollisionsrecht

Wohl kein Kollisionsrechtssystem verlässt sich allein auf das System seiner Verweisungen. Zwar tragen diese einen eigenen Gerechtigkeitsgehalt in sich, indem sie Rechtsverhältnisse derjeni-

gen Rechtsordnung zuweisen, mit der die engste Verbindung besteht. Jedoch ist die Prämisse der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen, auf dem dieser kollisionsrechtliche Verteilungsmechanismus beruht, eine reine Fiktion, im Einzelfall können sehr wohl Friktionen mit dem heimischen Recht entstehen. Folglich muss das Kollisionsrecht Instrumente bereitstellen, mit denen in

besonderen Fällen ein Ausgleich geschaffen werden kann. Eines davon ist der *ordre public*.¹ Er funktioniert als Kontrollinstanz für alle Verweisungen und korrigiert das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts, wenn dieses mit wesentlichen Grundsätzen der *lex fori* offensichtlich unvereinbar ist. Da diese Korrektur quer liegt zum fein ausdifferenzierten System der kollisionsrechtlichen Verweisungen, wurden dem *ordre public* viele wenig freundliche Attribute verliehen: Man hat ihn etwa als Fremdkörper,² als Störenfried,³ als *enfant terrible*⁴ oder auch – etwas freundlicher – als „zwar nützliches, aber ungeliebtes Kind des IPR“⁵ bezeichnet.

Auch das europäische Kollisionsrecht kommt nicht ohne den im Hintergrund moderierenden *ordre public* aus. Sämtliche Verordnungen und -entwürfe enthalten eine fast durchweg inhaltsgleiche Vorbehaltsklausel. Gleichwohl ist eine starke Tendenz zur Zurückdrängung des *ordre public* zu beobachten. Besonders deutlich manifestiert sich diese in den EU-Verordnungen zum internationalen Verfahrensrecht. Bereits seit mehr als einer Dekade steht die Abschaffung des Anerkennungs-*ordre public* auf der rechtspolitischen Agenda. Dies hat sich bereits in einer Reihe von Rechtsakten manifestiert. Den Anfang machte die EuVTVO; es folgten die EuMahnVO und die EuBagatellVO.⁶ Der ganz große Wurf scheiterte freilich: Die Intention der EU-Kommission, das Modell dieser sektoriell beschränkten Rechtsakte auf die EuGVVO auszudehnen, und vor allem den materiellrechtlichen *ordre public* abzuschaffen,⁷ fand politisch keine Mehrheit. Die revidierte EuGVVO verzichtet nunmehr zwar auf das Exequatur-Verfahren, behält aber die *Ordre-public-Kontrolle* in Art. 45 Abs. 1 lit. a unverändert bei.

Anstrengungen in Richtung einer Zurückdrängung oder gar Abschaffung des *ordre public* auch im Kollisionsrecht gab es ebenfalls. Dies betraf etwa die Entstehung der Rom II-VO. Hier wurde seitens des EU-Parlaments vorgeschlagen, dass der *ordre public* im Falle eines Binnenmarktsachverhaltes nur auf Antrag der Parteien Berücksichtigung finden könne.⁸ Im Zuge der Beratungen zur EuUnthVO wurde gar ein Ausschluss der Berufung auf den *ordre public* für den Fall diskutiert, dass das anwendbare Recht das Recht eines Mitgliedstaates ist.⁹ In eine ähnliche Richtung ging auch der Kommissionsvorschlag für die Ehegüterrechtsverordnung.¹⁰ Hinter diesen Tendenzen steht die Erwägung, dass der *ordre public* in Binnenmarktfällen bestenfalls ohnehin obsolet ist, möglicherweise aber sogar ein Hindernis für den Binnenmarkt darstellt.¹¹

In allen verabschiedeten Verordnungen finden sich indessen konventionell formulierte Vorbehaltsklauseln. Das verdient Zustimmung. Obwohl der *ordre public* in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum mit einer gemeinsamen Werteordnung vielleicht mit einer noch größeren Berechtigung als Fremdkörper angesehen werden kann als gegenüber Drittstaaten, so dürfte die Lösung dieses Spannungsverhältnisses nicht in einer (vorschnellen) Abschaffung des *ordre public* liegen. Trotz aller Harmonisierungsbestrebungen und -tendenzen bestehen doch weiterhin teilweise gravierende Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die einem Verzicht auf den Vorbehalt des *ordre public* entgegenstehen. Gleichzeitig erscheint aber eine zurückhaltende Anwendung der Vorbehaltsklausel in Binnenmarktkonstellationen angezeigt. Dies ergibt sich bei richtiger Vorgehensweise im Rahmen der Konkretisierung der Vor-

behaltsklausel schon daraus, dass auch die dem jeweiligen nationalen *ordre public* zugrunde liegenden Normen und Grundwerte ihrerseits eine Europäisierung erfahren haben, so dass in aller Regel ein *Ordre-public-Verstoß* in Binnenmarktfällen ohnehin ausscheidet.¹²

Auch die EuErbVO, die ab dem 17. August 2015 Anwendung finden wird, enthält eine Vorbehaltsklausel. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Rolle, die der *ordre public* im System des kommenden Erbkollisionsrechts zu spielen vermag. Zunächst werden dazu einige für die Themenstellung wesentliche Strukturmerkmale der EuErbVO erläutert (unten II.). Dabei geht es vor allem um den Gleichlauf von *forum* und *ius*, den diese Verordnung anstrebt. In der Folge wird der Inhalt des *ordre public* im Erbrecht dargelegt (unten III.). Dieser ist – wie in anderen Bereichen auch – in hohem Maße von europäischen Werten bestimmt. Auf dieser Grundlage wird es dann um die verbleibenden Anwendungsfälle der Vorbehaltsklausel gehen (unten IV.). Schließlich sind noch kurz die Rechtsfolgen eines Verstoßes darzustellen (unten V.).

II. Strukturmerkmale der EuErbVO

Als erste Verordnung verwirklicht die EuErbVO den Gedanken der *convention double* vollständig: Sie enthält gleichermaßen Regelungen zur internationalen Zuständigkeit sowie zur Anerkennung und Vollstreckung wie auch kollisionsrechtliche Vorschriften. Diesem Prinzip folgte bereits die EuUnthVO, die aber

¹ Daneben verfolgen insbesondere das Institut der Anpassung bzw. Angleichung, die Sonderanknüpfung für Eingriffsnormen sowie auch die Qualifikation ähnliche Ziele.

² Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, S. 248-251.

³ Ferid, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, Rn. 3-13.

⁴ Raape, Deutsches Internationales Privatrecht I, 1938, S. 60.

⁵ Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 16 II (S. 520).

⁶ Innerhalb des Anwendungsbereichs dieser Verordnungen stellt sich die Frage, ob gleichsam durch die Hintertür des nationalen Rechts (etwa über § 826 BGB) eine anstößige ausländische Entscheidung abgewehrt werden kann. Das ist regelmäßig abzulehnen; siehe für die EuVTVO etwa M. Stürner, Rechtsschutz gegen fehlerhafte europäische Vollstreckungstitel, GPR 2010, 43; ebenso nun deutlich BGHZ 201, 22 und dazu Kramme, Keine *Ordre-Public-Überprüfung* von Europäischen Vollstreckungstiteln!, GPR 2014, 296.

⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), KOM (2010) 748 endg. Vorausgegangen war ein Grünbuch zur Überprüfung der EuGVVO vom 21.4.2009, KOM(2009) 175 endg. Dazu etwa Schlosser, The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review?, IPRax 2010, 101; Beaumont/Johnston, Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?, IPRax 2010, 105.

⁸ Bericht des Rechtsausschusses vom 27.6.2005, A6-0211/2005, Änderungsantrag 50 zu Art. 22, 36.

⁹ Art. 20 S. 2 des Entwurfs, KOM (2005) 649 endg.

¹⁰ Erwägungsgrund Nr. 25 S. 2 des Vorschlags der Kommission vom 16.3.2011 für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des ehelichen Güterrechts, KOM(2011) 126 endg.

¹¹ Zu Einzelheiten M. Stürner, Europäisierung des (Kollisions-)Rechts und nationaler *ordre public*, in: Festschrift für v. Hoffmann, 2011, S. 463, 478 f.

¹² Siehe auch unten III. Näher dazu Basedow, Die Vorseibständigkeit des europäischen *ordre public*, in: Festschrift für Sonnenberger, 2004, S. 291; M. Stürner, in: FS v. Hoffmann (Fn. 11), S. 463, 477 ff.

hinsichtlich des Kollisionsrechts lediglich auf das Haager Unterhaltsprotokoll 2007¹³ verweist. Dadurch wird jedenfalls strukturell ein höheres Maß an Kohärenz ermöglicht, als das wegen der unterschiedlichen Überarbeitungsperioden etwa im Verhältnis von EuGVVO und den Verordnungen Rom I und Rom II der Fall ist.¹⁴

1. Die Grundentscheidung für den gewöhnlichen Aufenthalt

Vielleicht die aus deutscher Sicht grundlegendste Neuerung betrifft die Grundanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers. Dies betrifft zunächst die internationale Zuständigkeit, aber insbesondere auch das anwendbare Recht. Das Staatsangehörigkeitsprinzip, dem Art. 25 Abs. 1 EGBGB bislang folgt, tritt demgegenüber in den Hintergrund. Die Argumente für die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt (und damit gegen ein Staatsangehörigkeitsprinzip) sind hinlänglich bekannt, beide haben Vorzüge und Nachteile.¹⁵ Es ist also letztlich eine rechtspolitische Entscheidung, welchem Anknüpfungskriterium man den Vorzug gibt. Der Logik des Binnenmarktes scheint die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt besser zu entsprechen. Die Wandelbarkeit und Unbestimmtheit dieses Anknüpfungskriteriums führen jedoch zu Schwierigkeiten und möglichen Divergenzen bei der Rechtsanwendung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte. Die Regelzuständigkeit der Gerichte desjenigen Mitgliedstaates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 4 EuErbVO) ist unitarischer Natur, umfasst also den gesamten Nachlass; sie trennt auch nicht zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹⁶

Nach Art. 21 EuErbVO unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Wie Art. 20 EuErbVO ausdrücklich klarstellt, kann dies auch das Recht eines Drittstaates sein. Das autonome mitgliedstaatliche Erbkollisionsrecht wird damit nach Inkrafttreten der EuErbVO vollständig von dieser verdrängt. Auch für die Vorbehaltsklausel aus Art. 6 EGBGB ist kein Raum mehr. Die EuErbVO geht im Grundsatz von der Nachlassseinheit aus. Allerdings gelten auch hier Ausnahmen. So lässt die Verordnung selbst unabhängig vom Erbstatut die Anwendung solcher nationaler Vorschriften zu, die die Rechtsnachfolge in bestimmte Vermögenswerte aus „wirtschaftlichen, familiären oder sozialen Erwägungen beschränken oder berühren“ (Art. 30 EuErbVO). Dies kann insbesondere landwirtschaftliche Sondererfolgen auf der Ebene des Sachrechts betreffen, nicht aber zu einer Nachlassspaltung durch Sonderbehandlung auf kollisionsrechtlicher Ebene führen, etwa wenn vom Recht eines Drittstaates die Erbfolge in bewegliches und unbewegliches Vermögen unterschiedlich angeknüpft wird (Erwägungsgrund Nr. 54).¹⁷ Pflichtteilsansprüche fallen nicht unter Art. 30 EuErbVO, für sie kommt lediglich der *ordre public* in Art. 35 EuErbVO in Betracht.¹⁸

Unabhängig davon kann allerdings die Anwendung fortgeltender bilateraler Abkommen (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO) wie das deutsch-türkische Nachlassabkommen von 1929 oder der deutsch-sowjetische Konsularvertrag von 1958 nach wie vor zu einer Nachlassspaltung führen. Schließlich kann auch die An-

wendung drittstaatlichen Rechts eine Nachlassspaltung bewirken – Rück- und Weiterverweisungen werden insoweit nach Art. 34 Abs. 1 EuErbVO akzeptiert, auch wenn dies die Verordnung nicht ausdrücklich sagt.¹⁹ Die Zulassung des *renvoi* dient dem internationalen Entscheidungseinklang, wie Erwägungsgrund Nr. 57 EuErbVO ausdrücklich festhält. Festzustellen ist allerdings auch, dass der Anwendungsbereich des *renvoi* denkbar schmal sein dürfte. Eine Verweisung auf drittstaatliches Recht kann nach der Logik der Verordnung nur dann vorkommen, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Drittstaat hatte oder wenn er – als Staatsangehöriger dieses Drittstaates – dieses Recht gewählt hat. Nachdem Art. 34 Abs. 2 EuErbVO für den Fall der Rechtswahl eine Sachnormverweisung ausspricht, bleibt nur die Aufenthaltsanknüpfung. Für diesen Fall besteht jedoch regelmäßig keine internationale Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte. Der *renvoi* kommt folglich im Ergebnis nur dann zum Tragen, wenn die subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO oder die Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO eingreifen.²⁰

2. Der Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht

Zentrale Bedeutung für das Funktionieren der EuErbVO kommt dem Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht zu. Hiervon werden nur einige wenige Ausnahmen zugelassen.

a) Parallele Anknüpfung

Nachdem das Kriterium des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers sowohl für die internationale Zuständigkeit als auch für das anwendbare Recht maßgeblich ist, wird sich in aller Regel ein Gleichlauf von *forum* und *ius* ergeben. Deutlich sagt dies Erwägungsgrund Nr. 27 S. 1 EuErbVO: „Die Vorschriften dieser Verordnung sind so angelegt, dass sichergestellt wird, dass die mit der Erbsache befasste Behörde in den meisten Situatio-

¹³ Dazu eingehend *Lehmann*, Das neue Unterhaltskollisionsrecht – im Irrgarten zwischen Brüssel und Den Haag, GPR 2014, 342 (in diesem Heft).

¹⁴ Zur Problematik der rechtsaktübergreifenden Auslegung *Lüttringhaus*, *RabelsZ* 77 (2013), 31; *Rühl*, GPR 2013, 122; *Würdinger*, *RabelsZ* 75 (2011), 102.

¹⁵ Überblick und Nachweise bei *M. Stürner*, Deutsch-italienische Erbfälle unter der kommenden Europäischen Erbrechtsverordnung, *JbItalR* 26 (2013), 59, 62 ff.

¹⁶ Dies ergibt sich aus der weiten Definition des Begriffs „Gerichte“ in Art. 3 Abs. 2 sowie aus Erwägungsgrund Nr. 20 EuErbVO.

¹⁷ Siehe dazu *Palandt/Thorn*, BGB, 73. Aufl. 2014, Art. 30 EuErbVO Rn. 2; *Pawlytta/Pfeiffer*, Internationales Erbrecht und die Europäische Erbrechtsverordnung, in: Scherer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 33 Rn. 189.

¹⁸ *Palandt/Thorn* (Fn. 17), Art. 30 EuErbVO Rn. 2. Näher dazu unten IV. 1.

¹⁹ So *Richters*, Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr, *ZEV* 2012, 576, 578 (das dort gegebene Beispiel führt indessen nicht zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte); *Pawlytta/Pfeiffer*, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Fn. 17), § 33 Rn. 206; *Mansel*, Movable or immovable – Zur Qualifikation eines vererbten Miterbenanteils im deutsch-englischen Erbrechtsverkehr, in: Festschrift für Schurig, 2012, S. 181, 182; siehe zum *renvoi* im Entwurf der EuErbVO auch *Solomon*, Die Renaissance des *renvoi* im Europäischen Internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Schurig, 2012, S. 237, 252 ff.

²⁰ Dazu näher sogleich unter 2. c).

nen ihr eigenes Recht anwendet.²¹ Mithin entfällt in aller Regel die aufwändige und mitunter zeitraubende Ermittlung ausländischen Rechts.

Dieser Gleichlauf findet sich bereits in anderen Rechtsbereichen.²² Er wird vom europäischen Kollisionsrecht auch insoweit begünstigt, als eine an sich nur begrenzt mögliche Rechtswahl zugunsten des Forums regelmäßig zulässig ist, so explizit durch Art. 5 Abs. 1 lit. d Rom III-VO oder auch durch Art. 15 EuUnthVO i.V.m. Art. 7 HUUnthProt 2007. In Verbraucher- und Arbeitsachen werden vielfach auch Rechtswahl und Forum parallel liegen: Erwägungsgrund Nr. 12 zur Rom I-VO liefert ein Indiz für die konkludente Rechtswahl zugunsten des Rechts des forum prorogatum.²³ Regelmäßig führt hier aber auch die objektive Anknüpfung zu einem Gleichlauf von forum und ius.

b) Koppelung von Rechtswahl und Prorogationsmöglichkeit

Nach Art. 22 Abs. 1 S. 1 EuErbVO kann der Erblasser sein Heimatrecht wählen und damit möglichen Unsicherheiten bezüglich der Aufenthaltsanknüpfung ausweichen. Dies gilt nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO ebenfalls für Verfügungen von Todes wegen und damit auch für gemeinschaftliche Testamente und nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO auch für Erbverträge. Doppel- und Mehrstaater haben die Wahl zwischen sämtlichen Rechtsordnungen, denen sie angehören. Eine Beschränkung auf die effektive Staatsangehörigkeit ist nicht zu fordern.²⁴ Gehören die Ehegatten unterschiedlichen Staaten an, so ist – wiederum den Rechtsgedanken des Art. 25 Abs. 3 EuErbVO aufgreifend – davon auszugehen, dass das Recht beider Staaten zur Wahl steht. Die Rechtswahlmöglichkeit, die die EuErbVO dem Erblasser bietet, gestaltet sich damit großzügiger als die bisherige deutsche Lösung in Art. 25 Abs. 2 EGBGB, geht aber nicht so weit wie andere Rechtsordnungen, etwa die italienische.²⁵ Die beschränkte Rechtswahlmöglichkeit ist indessen weniger ein kollisionsrechtliches Spiegelbild der durch das Sachrecht gewährten Testierfreiheit des Erblassers, sondern dient eher der Sicherung einer gewissen Verbindung zwischen dem Erblasser und dem zur Anwendung berufenen Erbrecht, wie dies Erwägungsgrund Nr. 38 S. 2 EuErbVO ausdrückt. Gleichzeitig soll dadurch vermieden werden, dass der Erblasser ein Recht in der Absicht wählt, „die berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln“.

Weil die Rechtswahlmöglichkeit des Erblassers den Gleichlauf von forum und ius stören würde, greift die EuErbVO mit Art. 22 Abs. 1 S. 1 korrigierend ein, indem sie den beteiligten Parteien die Möglichkeit einer auf die Rechtswahl des Erblassers bezogenen Gerichtsstandsvereinbarung zur Verfügung stellt.²⁶ Der Erblasser selbst kann also letztwillig gerade keine Prorogation anordnen.²⁷ Gegen eine solche an sich konsequente Ausweitung der Testierfreiheit sprach die Befürchtung, der Erblasser könne damit eine für die Erben wenig kalkulierbare, wenn nicht sogar schikanöse Entscheidung treffen.²⁸

Die von der Verfügung von Todes wegen betroffenen Parteien können nach Art. 5 EuErbVO dann, wenn der Erblasser – abweichend von der Regelanknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt – das Recht eines Mitgliedstaates gewählt hat, eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte dieses Mitgliedstaates treffen. Auf diese Weise kann ein Gleichlauf zwi-

schen anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit hergestellt werden. Diese Prorogationsmöglichkeit wird den Parteien damit also nicht im Interesse einer privatautonomen Selbstbestimmung gegeben, sondern letztlich aus fiskalischen Gründen, um nämlich die Ermittlung und Anwendung fremden Rechts auszuschließen.²⁹ Hier werden sich vielfach Probleme stellen, etwa hinsichtlich der Bestimmung der „beteiligten Parteien“, diese stehen oft zum Zeitpunkt einer möglichen Prorogation noch gar nicht fest. Was passiert, wenn etwa nach Verfahrensbeginn ein weiterer Beteiligter auftaucht, der der Prorogation widerspricht, gilt der Grundsatz der perpetuatio fori oder ist am regulär zuständigen Gericht des gewöhnlichen Aufenthaltes zu prozessieren? Wie ist in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) zu verfahren, etwa im Rahmen eines Verfahrens zur Erbscheinserteilung?³⁰

c) Durchbrechungen des Gleichlaufgrundsatzes

Durchbrechungen des Gleichlaufs können sich jedoch in drei Fallkonstellationen ergeben.³¹

aa) Gescheiterte Prorogation

Misslingt die Prorogation, aus welchen Gründen auch immer, so folgt daraus eine Durchbrechung des Gleichlaufs von forum und ius: Die internationale Zuständigkeit besteht bei den Gerichten des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. In diesem Verfahren ist jedoch das vom Erblasser gewählte Heimatrecht anzuwenden.³²

²¹ Siehe auch Erwägungsgrund Nr. 43 S. 1 EuErbVO.

²² Siehe die Fallgruppen bei J. Müller, Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren, 2011, S. 63 ff.

²³ Dazu Rauscher/von Hein, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (2011), Art. 3 Rom I-VO Rn. 20 ff.

²⁴ Siehe für die internationale Zuständigkeit nach Art. 3 EuEheVO II EuGH, 16.7.2009, Rs. C-168/08 – Laszlo Hadadi [Hadady] ./. Csilla Marta Mesko, verh. Hadadi [Hadady], EuZW 2009, 619.

²⁵ Eingehend dazu Nordmeier, Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbrVO, GPR 2013, 148.

²⁶ Zur Möglichkeit der Prorogation im Erbrecht R. Magnus, Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht?, IPRax 2013, 393.

²⁷ Siehe zu entsprechendem Überlegungen aber Hess/Jayme/Pfeiffer, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Europäische Erbrechtsverordnung vom 16.1.2012, S. 17 ff. (abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=DE&file=67453>). Für eine solche Möglichkeit nachdrücklich R. Magnus, IPRax 2013, 393, 396 f.

²⁸ Daher auch für eine Beschränkung auf die Gerichte solcher Mitgliedstaaten, zu denen der Erbfall eine enge Verbindung aufweist R. Magnus, IPRax 2013, 393, 397 (insbesondere Aufenthaltsstaat oder Heimatstaat, mit Ordre-public-Kontrolle nach Art. 35 EuErbVO).

²⁹ Das geltende deutsche nichtstreitige Erbverfahrensrecht (§§ 343 ff. FamFG) kennt keine Prorogation. § 38 ZPO, der für Streitige Verfahren gilt, setzt Kaufmannseigenschaft voraus, die für Erbverfahren regelmäßig nicht gegeben sein dürfte.

³⁰ Dazu R. Magnus, IPRax 2013, 393, 395.

³¹ Dazu auch Bajons, Die EU-ErbrechtsVO: Gleichlauf und Auseinanderfallen von forum und ius im Wechselspiel mit Drittstaaten, in: Festschrift für Rüßmann, 2013, S. 751.

³² Looschelders, Anpassung und ordre public im Internationalen Erbrecht, in: Festschrift für v. Hoffmann, 2011, S. 266, 282; Dörner, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme, ZEV 2010, 221, 226.

bb) Subsidiäre Zuständigkeit

Bei gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers außerhalb der Mitgliedstaaten besteht nach Art. 10 EuErbVO eine subsidiäre Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates, in dem sich Nachlassgegenstände befinden, sofern (1) der Erblasser die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates besaß oder (2) zumindest seinen vorherigen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat hatte, sofern dies zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts (Art. 14 EuErbVO) nicht länger als fünf Jahre zurücklag. Die Gründe für die Zuständigkeitserklärung sollen nach Erwägungsgrund Nr. 30 EuErbVO zwingend und abschließend sein, damit eine einheitliche Handhabung der mitgliedstaatlichen Gerichte möglich ist. Nicht von der Hand zu weisen sind in diesem Zusammenhang mögliche Konflikte mit der internationalen Zuständigkeit drittstaatlicher Gerichte. Jedenfalls hat das nach Art. 10 EuErbVO international zuständige mitgliedstaatliche Gericht nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers anzuwenden,³³ es kommt zu einem Auseinanderfallen von *forum* und *ius*.

cc) Notzuständigkeit (*forum necessitatis*)

Art. 11 EuErbVO möchte einer möglichen Rechtsverweigerung vorbeugen, deren sich die Erben ausgesetzt sehen könnten, indem die Norm ein Forum in einem Mitgliedstaat eröffnet. Die Voraussetzungen hierfür sind: (1) Unzumutbarkeit der Verfahrensführung im Drittstaat. Dies kann etwa bei Bürgerkrieg im Drittstaat der Fall sein oder bei sonstiger Unzumutbarkeit (Erwägungsgrund Nr. 31 EuErbVO), sowie (2) ein ausreichender Bezug zu diesem Mitgliedstaat. Die Tatbestandsmerkmale sind so formuliert, dass die hohe Hürde hinsichtlich der Annahme eines *forum necessitatis* hinreichend deutlich wird. Dies bringt auch Erwägungsgrund Nr. 31 EuErbVO nochmals zum Ausdruck, der von einem „Ausnahmefall“ spricht.³⁴ Auch hier wird regelmäßig ein Auseinanderfallen von *forum* und *ius* die Folge dieser internationalen Zuständigkeit sein.

3. Folgerungen für den *ordre public*

Wegen des in aller Regel vorliegenden Gleichlaufs von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht kommt dem Vorbehalt des *ordre public* damit innerhalb des Anwendungsbereichs der EuErbVO regelmäßig keine Bedeutung mehr zu: Wenden die mit der Erbsache befassten Gerichte immer ihr eigenes Recht an, so bedarf es naturgemäß keiner Vorbehaltsklausel mehr. Unter dieser Prämisse sind die folgenden Ausführungen zu verstehen.

III. Nationaler, europäischer oder europäisierter *ordre public*?

1. *Ordre public* des Forumstaates

Art. 35 EuErbVO enthält den aus anderen Verordnungen bekannten Vorbehalt des *ordre public*: Danach darf die Anwendung des berufenen Rechts nur versagt werden, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts

offensichtlich unvereinbar ist. Ein genuin europäischer *ordre public* wird damit nicht geschaffen. Weitergehende Ansätze enthielt noch der Entwurf der EuErbVO vom 14.10.2009.³⁵ Der *ordre public* bestimmte sich zwar in Art. 27 Abs. 1 EuErbVO-E nach der jeweiligen *lex fori*. In Erwägungsgrund Nr. 27 S. 2 hieß es jedoch: „Die Gerichte sollten die Anwendung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats [...] auf der Grundlage dieses *Ordre-public-Vorbehalts* allerdings *nur dann* versagen dürfen, wenn dies gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot in Artikel 21, verstoßen würde.“ In Binnensachverhalten wäre danach der *ordre public* vollkommen europäisiert gewesen.

Der Vorschlag für eine EuErbVO enthielt daneben eine Bereichsausnahme in Art. 27 Abs. 2 EuErbVO-E.³⁶ Danach konnte der Verstoß gegen den *ordre public* nicht allein darauf gestützt werden, dass das von der Verordnung berufene Erbstatut eine von der *lex fori* abweichende Regelung des Pflichtteilsanspruchs kennt.³⁷ Im Unterschied zum eben erwähnten Erwägungsgrund Nr. 27 betraf diese Bereichsausnahme auch Drittstaatenfälle. Ihr Zweck war es zu verhindern, dass Gerichte durch eine großzügige Auslegung des *ordre public* die erbrechtlichen Grundsätze des Forums durchsetzen und dadurch die vom Verordnungsvorschlag vorgesehene Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers unterminieren.³⁸

Keine der beiden Besonderheiten findet sich in der jetzigen Fassung der EuErbVO wieder. Der *ordre public* in Art. 35 EuErbVO enthält keine besondere Bestimmung mehr für den Pflichtteilsanspruch. Erwägungsgrund Nr. 58 enthält zwar Aussagen zum *ordre public*, diese sind aber im Vergleich zum Kom-

³³ Eine Ausnahme könnte dann bestehen, wenn der Erblasser nach Art. 22 EuErbVO sein Heimatrecht gewählt hat und dieses Heimatrecht erst nach Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO die subsidiäre Zuständigkeit zu begründen vermochte. In allen anderen Fällen dürfte es schwierig sein, den Gleichlauf über die Ausweichklausel des Art. 21 Abs. 2 EuErbVO herzustellen.

³⁴ Die EuErbVO unterscheidet sich damit von der in der zeitlich nahezu parallel diskutierten Revision der EuGVVO. Während der Entwurf der Kommission vom 14. Dezember 2010 (Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), KOM (2010) 748 endg.) ebenfalls Subsidiär- und Notzuständigkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte enthielt, wurden diese in der Ende 2012 verabschiedeten EuGVVO II (VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABL. EU Nr. L 351, S. 1) nicht mit aufgenommen. Zu groß war offenbar die Sorge, solche Regelungen könnten aus drittstaatlicher Sicht als exorbitant und als Zuständigkeitsmaßnahme aufgefasst werden.

³⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM(2009) 154 endg.

³⁶ Dazu *Pfundstein*, Pflichtteil und *ordre public*, 2010, Rn. 559 ff.

³⁷ Gegen eine Sonderanknüpfung bereits *Mansel*, Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze, in: Festschrift für Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, 2006, S. 185, 192, 216 f.

³⁸ In der Stellungnahme des *MPI*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RebelsZ* 74 (2010), 552, 664 wird die Bereichsausnahme als akzeptabel bezeichnet.

missionsentwurf deutlich anders formuliert: Die Anwendung des *ordre public* darf *nicht dazu führen*, dass dies gegen die Grundrechtecharta und das Diskriminierungsverbot verstößt. Darin liegt ein fundamentaler Unterschied. Der *ordre public* ist damit nicht europäisch zu sehen, sondern es wird nur die Selbstverständlichkeit wiedergegeben, dass die Konkretisierung des mitgliedstaatlichen *ordre public* natürlich unter Berücksichtigung insbesondere europäischer Normen und Werte zu erfolgen hat. Angesichts einer gemeinsamen Wertebasis insbesondere in EMRK und nun auch der GrCh kann der *ordre public* mittlerweile als weitgehend europäisiert bezeichnet werden.³⁹ So dürften es oftmals Konflikte mit drittstaatlichem Recht sein, die eine Ordre-public-Kontrolle notwendig werden lassen.

2. Schranken

a) Eingeschränkte Anwendung des *ordre public* in Binnenmarktfällen?

Gegenüber dem Recht anderer Mitgliedstaaten kommt angesichts des in weiten Bereichen ähnlichen oder gar identischen Wertemaßstabes innerhalb der EU eine Anwendung des *ordre public* nur selten in Betracht. Ausgeschlossen ist dies regelmäßig dann, wenn dieser Wertemaßstab aus EMRK oder GrCh folgt. Stünde etwa die Diskriminierung eines Erben wegen Geschlechts oder Religion in Rede, so wäre dieser Verstoß – soweit nach deren Maßstäben möglich – bereits im Rahmen der *lex causae* zu korrigieren; einer Anwendung des *ordre public* bedürfte es in diesem Fall nicht. Ähnlich liegen die Dinge dann, wenn ein fremdes Rechtsinstitut der *lex causae* anzuwenden ist, soweit das betreffende Rechtsinstitut der EuErbVO bekannt ist: So darf etwa ein Staat, dessen Rechtsordnung den Erbvertrag nicht kennt (z.B. Italien) die *lex causae* nicht über den *ordre public* in der EuErbVO abwehren, wenn nach dem dortigen Recht der Erbvertrag wirksam geschlossen wurde.⁴⁰ Besteht hingegen kein gemeinsamer Wertemaßstab, wie das auch innerhalb der EU etwa hinsichtlich des Pflichtteilsrechts der Fall ist, so scheidet eine Anwendung des *ordre public* nicht bereits deswegen aus, weil er sich gegen das Recht eines Mitgliedstaates wendet.

b) Keine Auswirkung des Verstoßes

Eine immanente Schranke der Anwendung des *ordre public* gegenüber diskriminierenden gesetzlichen Erbfolgeregelungen kann allerdings dann vorliegen, wenn die anstößige Rechtsfolge dem Willen des Erblassers entspricht, dieser aber eine entsprechende letztwillige Verfügung deswegen unterlassen hat, weil bereits die gesetzliche Erbfolge des Erbstatuts seinem Willen entsprach.⁴¹ Dies soll jedenfalls dann gelten, „wenn der Wille sich in einer nach deutschem Recht wirksam errichteten letztwilligen Verfügung niedergeschlagen hat“, nicht aber bei einem Abschluss von Pflichtteils- und Noterbrechten.⁴²

IV. Verbleibende Anwendungsfälle des *ordre public*

Im Folgenden sind einige Anwendungsfälle des *ordre public* als Grenze erbrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten darzustellen,

dies immer unter der Prämisse, dass unter Durchbrechung des Gleichlaufprinzips ausländisches Recht überhaupt Anwendung findet.⁴³ Auch greifen Verstöße nur dann durch, wenn ein hinreichender Inlandsbezug besteht.⁴⁴ Schließlich gilt, dass der *ordre public* nicht bereits dann berührt ist, wenn das ausländische Recht vom deutschen abweichende Regelungen enthält, etwa wenn solche Fragen, die im Inland als erbrechtlich angesehen werden, nach der *lex causae* außerhalb des Erbrechts, insbesondere im Güter- oder im Unterhaltsrecht angesiedelt sind. Für die sachgerechte Lösung solcher Fälle dient vorrangig das Instrument der Qualifikation oder aber die Anpassung.⁴⁵

1. Entzug des Pflichtteilsrechts

a) Derzeitige Rechtslage

Nicht alle Rechtsordnungen kennen ein Pflichtteilsrecht. So erfolgt etwa in England oder manchen US-Bundesstaaten (etwa Florida) die Absicherung der übergangenen Erben über unterhaltsrechtliche Mechanismen. Kann nach derzeit geltendem deutschem Erbkollisionsrecht das deutsche Recht nicht „abgewählt“ werden (außer bei Wechsel der Staatsangehörigkeit), so kam wenigstens eine Pflichtteilsdämpfung in Betracht, d.h. die Verkleinerung desjenigen Teils des Nachlasses, der für die Pflichtteilsberechnung relevant ist.

Kennt das Ausland „besondere Vorschriften“ für dort belegenes Vermögen, so haben diese Vorrang (Art. 3a Abs. 2 EGBGB). Die *lex rei sitae* setzt sich also durch, soweit im Belegenheitsstaat für die dort befindlichen Nachlassgegenstände besondere Bestimmungen gelten. Solche Vorschriften sind nach h.M. nicht nur Sachnormen, sondern auch Kollisionsnormen, welche die Erbfolge nach der Belegenheit anknüpfen.⁴⁶ Das deutsche Recht weicht zurück; es kommt zur Nachlassspaltung. So unterliegt die Erbfolge nach einem deutschen Erblasser mit französischem Grundbesitz bezüglich dieses Grundbesitzes dem französischen Recht. Für das bewegliche Vermögen bleibt es aus deutscher Sicht hingegen bei der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit. Der jeweilige Teilnachlass wird als selbständiger Nachlass angesehen und nach dem jeweiligen Erbstatut so abgehandelt, als ob er der gesamte Nachlass wäre. Da der Pflichtteilsanspruch nach dem Erbstatut bestimmt wird, nimmt der Spaltnachlass an der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs nicht teil. In der Recht-

³⁹ Siehe dazu M. Stürner, in: FS v. Hoffmann (Fn. 11), S. 463, 473 ff.

⁴⁰ Dazu Hausmann, Verfügungen von Todes wegen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung, JbItalR 27 (2014), im Erscheinen (unter IV.).

⁴¹ OLG Hamm IPRax 2006, 481; Looschelders, Begrenzung des *ordre public* durch den Willen des Erblassers, IPRax 2009, 246, 247 f. Ebenso bereits Stöcker, Der internationale *ordre public* im Familien- und Familienerbrecht, RabelsZ 38 (1974), 79, 117 ff.

⁴² Looschelders, IPRax 2009, 246, 247 f.

⁴³ Zu Tendenzen der Ausweitung des *ordre public* im Erbrecht (vor Inkrafttreten der EuErbVO) Hohloch, Internationales Erbrecht und Ordre public – Stand, Bedeutung und Perspektiven, in: Festschrift für Leipold, 2009, S. 997.

⁴⁴ NomosKommentar-BGB/Schulze, 2. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 38 ff. m.N.

⁴⁵ MüKo-BGB/Birk, 5. Aufl. 2010, Art. 25 EGBGB Rn. 112; BeckOK-BGB/S. Lorenz, 32. Ed. (Stand: 1.8.2014), Art. 25 EGBGB Rn. 58.

⁴⁶ Siehe nur Palandt/Thorn (Fn. 17), Art. 3a EGBGB Rn. 6.

sprechung des BGH ist diese Gestaltungsmöglichkeit anerkannt.⁴⁷ Der *ordre public* ist erst berührt, wenn im Erbstatut überhaupt keine Partizipation von Abkömmlingen vorgesehen ist.⁴⁸

b) Neuerungen unter der EuErbVO

Art. 3a Abs. 2 EGBGB wird im Anwendungsbereich der EuErbVO verdrängt, so dass die Verlagerung von Nachlassanteilen in pflichtteils-, „arme“ Staaten keine taugliche Strategie mehr sein dürfte. Ausnahmen bestehen insbesondere in dreierlei Hinsicht:⁴⁹ (1) im Rahmen des engen Anwendungsbereichs von Art. 30 EuErbVO; (2) im Anwendungsbereich des deutsch-türkischen Nachlassabkommens oder des deutsch-sowjetischen Konsularvertrags und (3) bei Beachtlichkeit eines *renvoi* nach Art. 34 Abs. 1 EuErbVO.

Es dürfte daher eher einer sinnvollen Pflichtteilsvermeidungsstrategie entsprechen, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen Staat verlagert, in dem das Erbstatut keinerlei Pflichtteilsansprüche für nahe Angehörige kennt, wie dies etwa im englischen Recht oder in einigen spanischen Foralrechten der Fall ist.⁵⁰ Die Rechtsprechung des BVerfG, das den Kindern des Erblassers grundsätzlich eine unentziehbare Mindestbeteiligung am Nachlass gewährt,⁵¹ spricht dafür, den Pflichtteil zum deutschen *ordre public* zu zählen.⁵² Erwägungsgrund Nr. 58 EuErbVO könnte wohl kaum hiergegen ins Feld geführt werden. Denn es ist nicht anzunehmen, dass aus der Nichtanwendung des berufenen pflichtteilsfeindlichen Rechts ein relevanter Verstoß gegen die Grundrechtecharta folgen würde (erst recht nicht gegen das Diskriminierungsverbot). Gewichtiger könnte sein, dass die EuErbVO den Schutz der Pflichtteilsberechtigten offenbar bereits dadurch ausreichend gewahrt sieht, dass sie die Rechtswahlmöglichkeiten des Erblassers auf sein Heimatrecht beschränkt hat (so ausdrücklich Erwägungsgrund Nr. 38 S. 2 EuErbVO). Auch lässt das deutsche Sachrecht den Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) gerade zu. Im Übrigen muss stets sorgsam geprüft werden, ob das Fehlen des Pflichtteilsanspruchs nicht durch Ersatzmechanismen abgemildert wird, etwa durch Noterbrechte oder Unterhaltsansprüche; in solchen Fällen scheidet ein Verstoß gegen den *ordre public* aus.⁵³

2. Geschlechterdiskriminierungen

Die weiteren Fallgruppen des *ordre public* werden unter der neuen Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wohl an Bedeutung verlieren, da sie regelmäßig voraussetzen, dass der Erblasser eine Rechtswahl zugunsten seines Heimatrechts trifft. Ausgeschlossen ist das freilich nicht. Insofern ist darauf zu achten, dass die Rechtswahl nicht leer läuft. Verstöße gegen den deutschen *ordre public* kommen insbesondere in Betracht, wenn eine Rechtsordnung berufen wird, die eine diskriminierende Erbfolge vorsieht. So hat etwa das OLG Frankfurt a. M. entschieden, dass „die Bestimmung des ägyptischen Erbrechts, dass beim Tod eines Ehegatten eine Ehefrau weniger erbt als ein Ehemann, [...] einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* darstellen [kann]“.⁵⁴ Dies ist kritikwürdig, da Ehemann und Ehefrau nie gleichzeitig erben können, der Verstoß also abstrakt bleibt. Das

Ergebnis der Anwendung ausländischen (hier: ägyptischen) Rechts, die geringere Erbquote, vermag aber für sich genommen noch keinen Grundrechtsverstoß zu begründen.⁵⁵ Überdies wäre auch nach deutschem Recht eine testamentarische Erbeinsetzung dahin möglich, dass ein weiblicher Abkömmling weniger erbt als ein männlicher.⁵⁶

3. Religiöse Diskriminierungen

Ähnliche Erwägungen gelten für religiöse Diskriminierungen. So ist nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf „ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* [...] auch wegen eines Erbausschlusses aufgrund von Religionsverschiedenheit gegeben. Die Rechtsfolge dieses Verstoßes besteht darin, dass der Erbausschlussgrund unbeachtet bleibt.“⁵⁷

4. Benachteiligungen gleichgeschlechtlicher Lebenspartner

Der deutsche *ordre public* kann ebenfalls betroffen sein, wenn der überlebende eingetragene Lebenspartner vom Erbstatut (etwa mangels Anerkennung der Lebenspartnerschaft) nicht berücksichtigt wird. Hierfür spricht das in Erwägungsgrund Nr. 58

⁴⁷ BGH NJW 1993, 1920, 1921 (Umgehung des Pflichtteilsrechts durch Nachlassspaltung möglich); OLG Köln FamRZ 1976, 170; siehe auch Gruber, Pflichtteilsrecht und Nachlassspaltung, ZEV 2001, 463, 467 ff.; Everts, Pflichtteilsdämpfung bei Überlassungsverträgen durch flankierende Maßnahmen, insbesondere des Gesellschafts- und Familienrechts, in: J. Hager (Hrsg.), Vorweggenommene Vermögensübertragung unter Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen, 2013, S. 34, 61 ff.; Hüttche/Deininger, Das deutsche Pflichtteilsrecht im Lichte des internationalen Erbfalls, ErbR 2007, 116; Pfundstein, Pflichtteil und *ordre public*, 2010, S. 350 f.

⁴⁸ Siehe nur Hohloch, in: FS Leipold (Fn. 43), S. 997, 1005.

⁴⁹ Dazu bereits oben II. 1.

⁵⁰ Dazu die Ausführungen bei Everts, in: Vorweggenommene Vermögensübertragung (Fn. 47), S. 34, 65; ders., Neue Perspektiven zur Pflichtteilsdämpfung aufgrund der EuErbVO?, ZEV 2013, 124, 126.

⁵¹ BVerfGE 112, 332.

⁵² In diesem Sinne nunmehr die ganz überwiegende Ansicht, vgl. KG IPRax 2009, 263, 265; Palandt/Thorn (Fn. 17), Art. 6 EGBGB Rn. 30 m.N.; MüKo-BGB/Birk (Fn. 45), Art. 25 EGBGB Rn. 113; BeckOK-BGB/S. Lorenz (Fn. 45), Art. 25 EGBGB Rn. 60; S. Lorenz, Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit, ErbR 2012, 39, 48; Looschelders, in: FS v. Hoffmann (Fn. 32), S. 266, 280; eher zurückhaltend Buschbaum/Kohler, Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa, GPR 2010, 162; Simon/Buschbaum, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2012, 2393, 2395; ebenso auch OLG Hamm IPRax 2006, 481.

⁵³ Dazu Hohloch, in: FS Leipold (Fn. 43), S. 997, 1005 f.

⁵⁴ OLG Frankfurt a. M. ZEV 2011, 135; ebenso OLG Düsseldorf IPRax 2009, 520; Derstadt, Die Notwendigkeit der Anpassung bei Nachlassspaltung im internationalen Erbrecht, 1998, S. 111 f. Anders noch OLG Hamm, IPRax 1994, 49 (kritisch Dörner, Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik Deutschland verstorbenen Iraners, IPRax 1994, 33).

⁵⁵ So Rauscher/Pabst, Die Rechtsprechung zum Internationalen Privatrecht 2010-2011, NJW 2011, 3547, 3550.

⁵⁶ Daher keinen Verstoß gegen den *ordre public* annehmend: LG Hamburg IPRspr. 1991, Nr. 142 (S. 264).

⁵⁷ OLG Düsseldorf IPRax 2009, 520; tendenziell auch OLG Hamm IPRax 2006, 481 sowie Hohloch, in: FS Leipold (Fn. 43), S. 997, 1008; BeckOK-BGB/S. Lorenz (Fn. 45), Art. 25 EGBGB Rn. 59 m. w. N.; siehe auch Dörner, IPRax 1994, 33, 35 ff.

EuErbVO niedergelegte Diskriminierungsverbot.⁵⁸ Bisher gilt hierfür die Sonderanknüpfung des Art. 17b Abs. 1 S. 2 EGBGB. Mit Inkrafttreten der EuErbVO wird diese Vorschrift allerdings obsolet.

5. Benachteiligungen nichtehelicher Abkömmlinge

Auch die Benachteiligung nichtehelicher Abkömmlinge durch das Erbstatut kann zu einem Verstoß gegen den deutschen ordre public führen. So hat das Kammergericht entschieden, dass „bei einem Erbausschluss des nichtehelichen Kindes [...] Art. 6 EGBGB anwendbar [ist]. Durch die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG wird eine grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass gewährleistet.“⁵⁹ Allerdings hat das Kammergericht „bei entsprechend eindeutiger Willensäußerung des Erblassers [den] Verstoß gegen den ordre public durch Gewährung des nach deutschem Recht unentziehbaren Pflichtteilsanspruchs oder eines im ausländischen Recht vorgesehenen äquivalenten Ausgleichsanspruchs geheilt [...]“.

V. Rechtsfolgen des Verstoßes

Liegt ein Verstoß gegen den ordre public vor, ist die Norm, aus der die anstößige Rechtsfolge folgt, im konkreten Fall unanwendbar.⁶⁰ Die Unanwendbarkeit der ausländischen Norm im konkreten Einzelfall bedeutet nicht, dass die Verweisung in das ausländische Recht grundsätzlich hinfällig sein soll. Die Schranke des ordre public richtet sich von vornherein nur gegen das Ergebnis der Anwendung. Wenn die Verweisung aber bestehen bleiben soll, so müssen andere Wege gefunden werden, um eine Entscheidungsgrundlage für den Rechtsfall zu bekommen. Es gilt der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in das ausländische Recht: Die Verweisung soll möglichst nur soweit korrigiert werden, wie nötig ist, um den Verstoß gegen den deutschen ordre public zu verhindern.⁶¹ Hierfür streitet letztlich auch das Postulat des effet utile der EuErbVO.

1. Lückenfüllung durch lex causae

Ist das Ergebnis nur in einem einzelnen Punkt anstößig, so ist zwar der ausländische Rechtssatz von seiner Anwendung im Inland ausgeschlossen, doch muss im Übrigen weiterhin die Verweisung befolgt und die ausländische lex causae angewendet werden. Die durch die Anwendung des ordre public entstandene Lücke wird also in erster Linie mit ausländischem Recht gefüllt. Der Rechtsfall ist zu entscheiden unter der hypothetischen Annahme, dass diejenige Rechtsnorm, die aus deutscher Sicht zu einem anstößigen Ergebnis führt, unangewendet bleibt.⁶² Dies kann etwa dadurch geschehen, dass auf die der inkriminierten Vorschrift zugrunde liegende, allgemeine Norm zurückgegriffen wird. Alternativ kann die betreffende Norm „geltungserhaltend reduziert“ werden. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn es um quantitativ zu bestimmende Rechtsfolgen geht, etwa das

Zusprechen von Schadensersatz: Sind nach der lex causae punitive damages zuzusprechen, so fordert der ordre public eine Reduzierung der Höhe des Schadensersatzes auf eine Höhe, die nach dem Recht des Forums gerade noch angemessen erscheint.⁶³ Für die hier relevanten erbrechtlichen Fälle könnte eine Lösung des Ordre-public-Verstoßes darin liegen, dass die diskriminierend niedrige Erbquote erhöht wird.⁶⁴

2. Lückenfüllung durch Ersatzrecht (lex fori)

Ist eine solche Lösung nicht möglich, so ist ein Ersatzrecht anzuwenden. Regelmäßig wird das die lex fori sein. Auch insoweit bestehen keine Besonderheiten.⁶⁵

Summary

The article deals with the public policy exception under Article 35 of the EU Succession Regulation No 650/2012. That Regulation seeks to ensure that the competent court will in most situations be applying its own law. As the public policy exception comes into play only where foreign law is to be applied, its scope of application will be fairly limited. The public policy exception is mainly determined by national law, which, in turn, takes into account European values such as the Human Rights Convention or the European Charter of Fundamental Rights. Consequently, within the EU a violation of public policy will only rarely happen. An example may be the frustration of the legitimate expectations of persons entitled to a reserved share.

Résumé

L'article s'occupe de l'ordre public selon l'article 35 du règlement N° 650/2012 en matière de succession. Ce règlement vise à assurer que la cour compétente va, dans la plupart des cas, appliquer son droit national. Vu que l'ordre public ne peut être considéré que dans le cas où le droit étranger s'applique, son champ d'ap-

⁵⁸ Eingehend *Coester*, Das Erbrecht registrierter Lebenspartner unter der EuErbVO, ZEV 2013, 115, 117; zustimmend Palandt/*Thorn* (Fn. 17), Art. 35 ErbVO Rn. 2; PWW/*Martiny/Freitag*, 9. Aufl. 2014, Anh. I zu Art. 26 EGBGB Rn. 88.

⁵⁹ KG IPRax 2009, 263. In diesem Sinne auch *Hohloch*, in: FS Leipold (Fn. 43), S. 997, 1008; in diese Richtung auch BeckOK-BGB/S. *Lorenz* (Fn. 45), Art. 25 EGBGB Rn. 59. Anders noch *Stöcker*, RabelsZ 38 (1974), 79, 117 ff.

⁶⁰ *Looschelders*, Anwendbarkeit des § 1371 Abs. 1 BGB nach Korrektur einer ausländischen Erbquote wegen Unvereinbarkeit mit dem ordre public, IPRax 2009, 505.

⁶¹ OLG Düsseldorf IPRax 2009, 520; siehe auch *Schwung*, Das Ersatzrecht bei einem Verstoß des ausländischen Rechts gegen den ordre public, RabelsZ 49 (1985), 407.

⁶² Siehe etwa OLG Frankfurt a. M. ZEV 2011, 135 Rn. 15: Unbeachtlichkeit des Erbhindernisses der Religionsverschiedenheit.

⁶³ Und nicht etwa auf die Höhe, die unter Anwendung deutschen Rechts zuzusprechen wäre, vgl. BGHZ 44, 183, 190 und Art. 26 Rom II-VO i.V.m. Erwägungsgrund Nr. 32 (siehe auch Art. 40 Abs. 3 EGBGB).

⁶⁴ OLG Düsseldorf IPRax 2009, 520, Rn. 41.

⁶⁵ Teilweise wird generell eine Lückenfüllung durch die lex fori befürwortet, vgl. etwa NK-BGB/*Schulze* (Rn. 44), Art. 6 EGBGB Rn. 53 ff. m.N.

plication sera assez limité. L'ordre public reste, en principe, un concept national, tout en prenant en considération de valeurs européens comme la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte européenne des droits fondamentaux. Il

en suit que, à l'intérieur de l'UE, une violation de l'ordre public sera donnée dans très peu de cas. Un exemple pourrait être la frustration des attentes légitimes des héritiers réservataires.