

# Einheit 6: Ermittlung u. Anwendung d. anw. mat. Rechts (1)

## Ermittlung des ausländischen Rechts (1)

### **§ 293 ZPO Fremdes Recht; Gewohnheitsrecht; Statuten**

Das **in einem anderen Staate geltende Recht**, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. **Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.**

### **§ 26 FamFG Ermittlungen von Amts wegen**

Das Gericht hat **von Amts wegen** die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen.

## Ermittlung des ausländischen Rechts (2)

**BGH NJW 2009, 916:**

**Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht seine Pflicht nach § 293 ZPO verletzt hat, zur Vorbereitung seiner Entscheidung das einschlägige niederländische Recht von Amts wegen zu ermitteln ...**

**Die richtige Anwendung des deutschen internationalen Privatrechts ist in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen (vgl. BGHZ 136, 380, 386 m.w.N.).**

## Ermittlung des ausländischen Rechts (3)

**Ist ausländisches Recht auch revisibel?**

**BGH NJW 2013, 5646 = BGHZ 198, 14:**

„Auf eine Verletzung von ausländischem Recht **kann weder die Revision noch die Rechtsbeschwerde nach dem FamFG gestützt werden**; nur eine **unzureichende oder fehlerhafte Ermittlung** des ausländischen Rechts kann mit der Verfahrensrüge geltend gemacht werden.“

## „ordre public“-Vorbehaltsklauseln (1)

- Ordre public = öffentliche Ordnung = public policy
- Die Anwendung ausl. Rechts kann zu Abweichungen von nationalen Regelungsvorstellungen führen
  - Es ist grds. unproblematisch, wenn andere Rechtsordnungen etwas auf andere Weise regeln
  - Ausprägung der Staatensouveränität
  - Es gibt aber Grenzen der eigenen Rechtsordnung, die durch die Anwendung ausl. Rechts nicht überschritten werden dürfen
- „ordre public“-Vorbehaltsklauseln korrigieren das Ergebnis der Anwendung des ausl. Rechts daher in gewissen Situationen
- Spannungsfeld zwischen Toleranz des ausländischen Rechts und Bewahrung eigener Wertvorstellungen
  - Maßvolle Abwägung zu treffen

## „ordre public“-Vorbehaltsklauseln (2)

- Zweck: Schutz wesentlicher Grundsätze des deutschen Rechts
  - **Beachte:** nur der internationale ordre public ist hier gemeint
    - Durchsetzungswille deutscher Maßstäbe international ggü. einer eigentlich anwendbaren Rechtsordnung
    - ≠ interner ordre public iSv intern zwingendem Recht
- „ordre public“-Vorbehaltsklauseln haben **Ausnahmecharakter** und sind somit zurückhaltend anzuwenden/auszulegen
- Beispiele für „ordre public“-Vorbehaltsklauseln
  - Generalklauseln
    - Art. 6 EGBGB
    - Art. 21 Rom I-VO, Art. 35 EuErbVO
    - § 109 I Nr. 4 FamFG, § 328 I Nr. 4 ZPO
  - Spezielle Ausprägungen des ordre public
    - Art. 13 II EGBGB (zum Schutz der Eheschließungsfreiheit)
    - Art. 13 III EGBGB (Verbot von Kinderehen)

## „ordre public“-Vorbehaltsklauseln (3)

### Art. 13 III EGBGB i.d.F. vom 22.7.2017:

(3) Unterliegt die Ehemündigkeit eines Verlobten nach Absatz 1 ausländischem Recht, ist die Ehe **nach deutschem Recht**

1. **unwirksam**, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte, und
2. **aufhebbar**, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte.

### BVerfG, Beschluss vom 1.2.2023 – 1 BvL 7/18, NJW 2023, 1494:

**Artikel 13 Absatz 3 Nummer 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche [...] ist [...] mit Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar. [...]**

Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB steht zwar mit den die Ehe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG prägenden Strukturprinzipien in Einklang (2 b). **Obwohl der Gesetzgeber grundsätzlich befugt ist, die inländische Wirksamkeit im Ausland geschlossener Ehen von einem Mindestalter der Beteiligten abhängig zu machen**, erweist sich Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB jedoch in seiner derzeitigen Ausgestaltung **wegen fehlender Folgeregelungen und unzureichender Möglichkeiten, die Ehe nach Erreichen der Volljährigkeit auch inländisch als wirksame zu führen, als unangemessen und ist damit nicht verhältnismäßig im engeren Sinne (2 c).**

# „ordre public“-Vorbehaltsklauseln (4)



Deutscher Bundestag

DIP Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentsmaterialien

Start

Suche

Erweiterte Suche

Expertensuche

Über DIP

Merkliste ★

Bitte geben Sie einen Suchbegriff ein



Vorgang - Gesetzgebung

## Gesetz zum Schutz Minderjähriger bei Auslandsehen

20. Wahlperiode



^ Übersicht

Initiative:

Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Fraktion der FDP

Fraktion der SPD

Zustimmungsbedürftigkeit: Nein, laut Gesetzentwurf (Drs 20/11367)

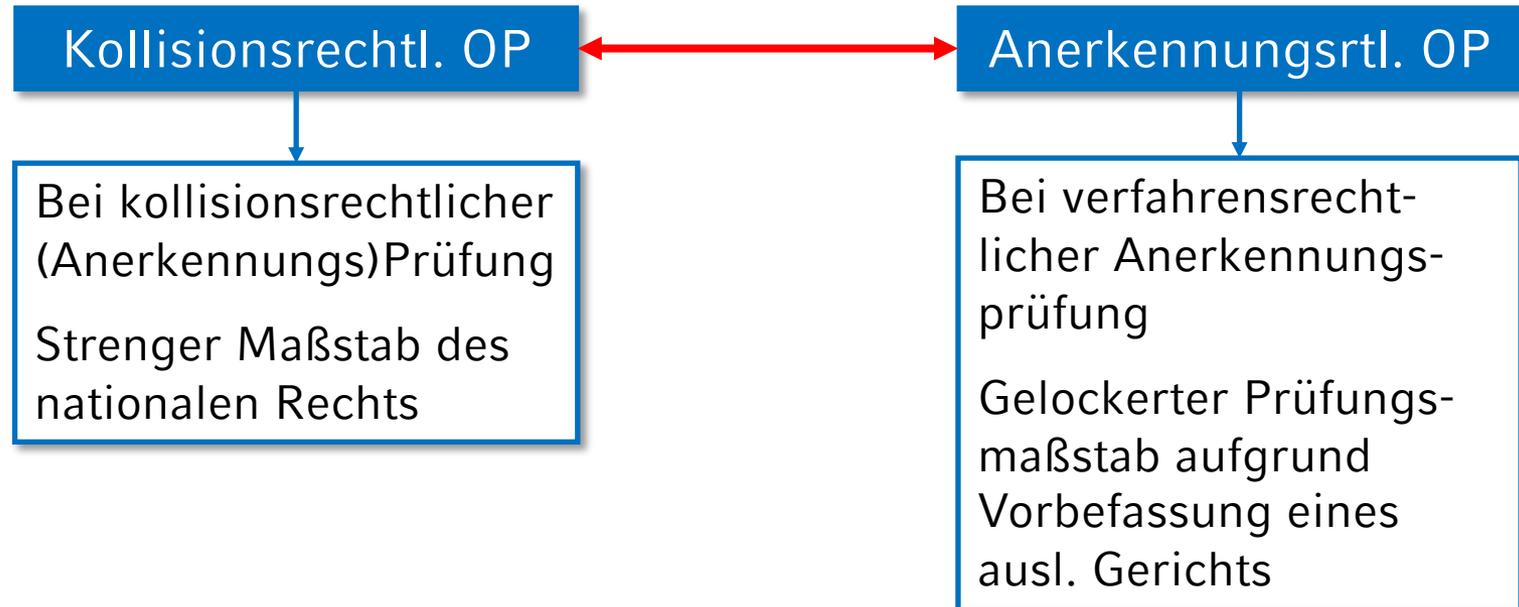
Wichtige Drucksachen

14.05.2024 [BT-Drucksache 20/11367](#) (Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Fraktion der FDP, Fraktion der SPD)

➤ Zum Gesetzesvorgang und Text geht es hier: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zum-schutz-minderjaehriger-bei-auslandsehen/311887>

## „ordre public“-Vorbehaltsklauseln (5)

- Kollisionsrechtlicher ordre public vs. anerkennungsrechtlicher ordre public (*ordre public atténué*)
  - Unterschiedlicher Prüfungsmaßstab bei verfahrensrechtlicher und kollisionsrechtlicher Anerkennung



# Allgemeine VSS der „ordre public“-Prüfung

- **Ergebnis** der Anwendung ausl. Rechts führt im **Einzelfall**
  - Keine pauschale Betrachtung ausl. Rechts, Bezug stets zum konkreten Einzelfall
  - Es kommt auf das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts an
  - Hingegen Keine Prüfung des ausländischen Rechts anhand deutscher Wertmaßstäbe
  - Einzelfallprüfung: Beispiel talaq-Scheidung
- Zu einem Ergebnis, das mit **wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts**
  - **Gute Sitten**
  - **Grundrechte**, vgl. Art. 6 S. 2 EGBGB
- **Offensichtlich unvereinbar** ist
  - **Eklatanter** Verstoß notwendig (Offensichtlichkeit)
    - Nicht schon jeder Verstoß gegen wesentliche Grundsätze genügt
  - Bedeutung des **Inlandsbezugs**
    - Je stärker der Inlandsbezug, desto bedeutender ist die Einhaltung der wesentl. Grds. des deutschen Rechts ggü. der eigentl. anwendbaren ausl. Rechtsordnung
    - Z.B. Mitwirkung eines dt. Standesbeamten an einer Eheschließung reicht für einen hinreichenden Inlandsbezug

# Rechtsfolge eines „ordre public“-Verstoßes (1)

- Nichtanwendung des ausl. Rechts
  - z.B. bei Ehe- und Erbverboten, Adoptionshindernissen etc.
- Lückenfüllung
  - Ist erforderlich wenn
    - die **Nichtanwendung eine Lücke hinterlässt** (z.B. Ungleichbehandlung von Erben aufgrund Geschlechtsunterschieds; Erfolgshonorare von Anwälten),
    - oder
    - wenn sich der **„ordre public“-Verstoß aus dem Fehlen einer Norm** ergibt (zB bei einer unverjährbaren Forderung, Ausschluss von nahehelichen Unterhaltsansprüchen)
  - **Methode** der Lückenfüllung
    - **Modifizierte Anwendung der lex causae** („geringster Eingriff“) = Angleichung der lex causae
    - **Anwendung der lex fori** (zB Art. 4 II, IV HUP, Art. 10 Rom III-VO) als Ersatzrecht (Beschränkung auf die zu schließende Lücke, keine Wirkung über die Lücke hinaus)

## Rechtsfolge eines „ordre public“-Verstoßes (2)

### **BGHZ 169, 240 (Unscheidbarkeit der Ehe):**

... Unter diesen Voraussetzungen ist es dann Aufgabe des Tatrichters, Feststellungen dazu zu treffen, ob die Anwendung des fremden Rechts im konkreten Fall angesichts eines **hinreichend starken Inlandsbezugs** zu einem Ergebnis führen würde, das aus der Sicht grundlegender deutscher Rechtsvorstellungen nicht mehr hinnehmbar ist. Ist das der Fall, und lässt sich dem maßgeblichen ausländischen Recht keine dem deutschen Rechtsverständnis entsprechende äquivalente Lösung entnehmen, wird **deutsches Recht als Ersatzrecht** anzuwenden sein

## Abschließender Beispielsfall

(nach [KG, Beschl. V. 1.8.2013, Az. 1 W 413/12](#); vgl. jetzt [BGH, Beschl. v. 10.12.2014, XII ZB 463/13](#))

A und B sind beide deutsche Staatsangehörige und haben in Deutschland eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet. Im Jahre 2010 haben beide mit der unverheirateten amerikanischen Staatsangehörigen C einen Leihmutterchaftsvertrag abgeschlossen. Hiernach sollte C ein mittels Samenspende des A und anonymer Eispende gezeugtes Kind austragen. Rechtliche Eltern des Kindes sollten ausschließlich A und B sein. Noch vor Geburt des Kindes (2011) erkannte der A die Vaterschaft des Kindes in den USA an. Im Jahre 2011 erging ein Urteil des Superior Court of the State of California, das A und B als rechtliche Eltern des Kindes anerkannte und die C als nicht gesetzlichen Elternteil des Kindes feststellte.

Ist die Elternschaft von A und B in Deutschland anzuerkennen?

## Beispielfall Lösung

- Anerkennung der **Elternschaft des A aufgrund Urteil** des Superior Court of the State of California: Die Elternschaft des A könnte in Deutschland bereits aufgrund des US-amerikanischen Urteils ergeben, da dieses A als rechtlichen Vater des Kindes ausweist. Die Anerkennung richtet sich nach §§ 108 ff. FamFG. Eine Anerkennung ist dann zu versagen, wenn ein Anerkennungshindernis gem. § 109 FamFG vorliegt. Das kalifornische Gericht ist gem. § 109 I Nr. 1 i.V.m. § 100 FamFG bei spiegelbildlicher Anwendung der deutschen Zuständigkeitsbestimmungen zuständig, da C als Beteiligte die amerikanische Staatsangehörigkeit besitzt und auch in den USA ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Fraglich ist allerdings, ob nicht die Feststellung von A als Vater des Kindes ein „ordre public“-Verstoß vorliegt und daher ein Anerkennungshindernis gem. § 109 I Nr. 4 FamFG gegeben ist, da die Vaterschaft mit der Leihmutterschaftsabrede in Verbindung steht. Zwar verstößt ein Leihmutterschaftsvertrag im Grundsatz gegen die deutschen Wertvorstellungen und ist somit „ordre public“-widrig. Die Vaterschaft des A gründet jedoch nicht ausschließlich auf dem Leihmutterschaftsvertrag. Er hat als biologischer Vater des Kindes die Vaterschaft anerkannt. Auch nach deutschen Recht kann ein Mann in die rechtliche Position des Vaters durch Vaterschaftsanerkenntnis gem. § 1592 Nr. 2 BGB einrücken, wenn nicht eine andere Vaterschaft besteht (§ 1594 II BGB). Mit wesentlichen Grundentscheidungen des deutschen Rechts ist es daher nicht unvereinbar, wenn in diesen Fällen ein Mann in die Vaterrolle einrückt.

# Beispielsfall Lösung

- Da die Leihmutter unverheiratet war, konnte auch nach deutschem Verständnis ein Vaterschaftsanerkennnis stattfinden. Ein „ordre public“-Verstoß liegt daher nicht vor. Da weitere Anerkennungshindernisse nicht ersichtlich sind, ist die das Urteil des US-Gerichts und damit die rechtliche Vaterschaft des A anzuerkennen.
- Anerkennung der **Elternschaft des B aufgrund Urteil** des Superior Court of the State of California: Mit Bezug auf die Vaterschaft des B könnte anders zu entscheiden sein, da B die Vaterschaft nicht anerkannt hat. Durch das Urteil soll zwischen B und dem Kind ohne Adoptionsverfahren (sec. 8500 ff. California Family Code) ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis allein aufgrund des Leihmutterchaftsvertrages (sec. 7960 ff. CFC) hergestellt werden. Gemäß sec. 7962 lit. f (2) begründet der Richter auf Antrag einer Partei eines ordnungsgemäß durchgeführten Leihmutterchaftsvertrages ohne weitere Anhörung oder Beweise durch Urteil oder Beschluss das Eltern-Kind-Verhältnis zwischen dem Kind und den Wunscheltern. Ein auf diese Weise begründetes Eltern-Kind-Verhältnis steht nach bislang hM zu wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts in untragbarem Widerspruch, da sich im deutschen Recht ein Eltern-Kind-Verhältnis lediglich im Wege der Abstammung (§§ 1591ff. BGB) oder durch Annahme als Kind (§§ 1741ff. BGB) begründen lässt.

# Beispielsfall Lösung

- Darüber hinaus geht aus den §§ 1591 BGB, 1 I Nr.7 ESchG, 13c AdVermG hervor, dass das deutsche Recht Leih- und Ersatzmutterchaftsverträge grundsätzlich ablehnt, was sich auch in den begleitenden Strafvorschriften widerspiegelt. Der Gesetzgeber hat mit dem Verbot insbesondere den Schutz der Menschenwürde der betroffenen Frauen und Kinder (Art. 1 I GG) bezweckt. Die „besonders geartete Beziehung des ungeborenen Lebens mit der Mutter verbiete eine Übernahme von Schwangerschaften als eine Art Dienstleistung, da die für die Entwicklung des Kindes wesentliche enge persönliche Beziehung zwischen der Schwangeren und dem Kind unter diesen Umständen kaum zustande kommen könne“. Damit ging die bislang hM davon aus, dass die Anerkennung des Urteils zu einem mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts untragbaren Widerspruch führen und somit zu versagen wäre.
- Der BGH widerspricht dem nun. Per se sei die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung an Wunscheltern, wobei ein Elternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist, kein Verstoß gegen den OP. Insb. seien die Grundrechte bei der OP-Prüfung zu berücksichtigen und letztlich die Begründung der rechtlichen Elternschaft aufgrund eines Leihmutterchaftsvertrags aus Gründen des Kindeswohls anzuerkennen, wenn das Kind bei Nichtanerkennung faktisch elternlos würde. Generell sei das Recht des Kindes zu berücksichtigen, wenn man ihm seine rechtlichen Eltern entzöge, vgl. dazu auch EGMR, 26.6.14 (Mennesson&Labassée)

## Beispielsfall Lösung

- Der Gerichtshof hat dabei die rechtliche Eltern-Kind-Beziehung als Teil der Identität eines Kindes angesehen, deren Versagung durch die nationale Rechtsordnung die Identität des Kindes innerhalb der nationalen Gesellschaft untergrabe.

Nach Gesamtschau der Umstände sei ein OP-Verstoß daher zu verneinen.

Vgl. auch die BGH-Rechtsprechung hierzu, die die o.g.

Rechtsprechungslinie fortführt [BGH, Beschl. v. 5.9.2018, XII ZB 224/17](#)

# Zusammenfassung

- „Ordre public“-Vorbehaltsklauseln (Grundlagen)
- Voraussetzungen eines „ordre public“-Verstoßes
- Spezielle „ordre public“-Vorbehaltsklauseln
- Rechtsfolgen eines „ordre public“-Verstoßes