

Grundfälle zum IPR: Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 2 (Besonderer Teil)

Von Prof. Dr. Dr. Peter Scholz, Berlin*

Fortsetzung des Beitrags aus der vorhergehenden Ausgabe, ZJS 2010 185-197.

Das Eherecht, das Familienrecht und das Erbrecht der Staaten des islamischen Kulturkreises sind die Rechtsbereiche, die noch am meisten vom traditionellen islamischen Recht geprägt sind.¹ Kommt es zur Kollision derartiger Regelungen mit deutschem Recht, ist besonders häufig die Anwendung der Vorbehaltsklausel zu prüfen. Während in einem bereits veröffentlichten ersten Teil Fragestellungen der Anwendung des ordre public im Allgemeinen anhand von Fällen erörtert wurden,² sollen nunmehr Probleme fallbezogen behandelt werden, die das Eheschließungs-, das Ehescheidungs-, das Kindschafts- und das Erbrecht islamisch geprägter Staaten betreffen. Auch hier handelt es sich zumeist wieder um Fallkonstellationen, die eine grundrechtliche Prüfung erfordern.

I. Eheschließungsrecht

Fall 6:³ Brautgabeanspruch versus Gleichheitsrechte?

Die marokkanischen muslimischen Eheleute M und F leben seit vielen Jahren in Deutschland. Sie hatten in Marokko geheiratet und dabei eine Brautgabe in Höhe von umgerechnet 10.000 € vereinbart, die trotz erfolgten Ehevollzugs noch nicht ausgezahlt wurde, aber schuldbrieflich abgesichert ist. M hatte in Deutschland für einen Autozulieferer gearbeitet, aber infolge einer Wirtschaftskrise seinen Arbeitsplatz verloren. Als mittlerweile Langzeitarbeitsloser verfügt er weder über ein nennenswertes Einkommen noch über Vermögen. F hatte sich vor Jahren mit einem Frisiersalon selbständig gemacht und betreibt mittlerweile mehrere Filialen. Sie verfügt über ein recht hohes Einkommen und hat ein nicht unerhebliches Vermögen anhäufen können. Aufgrund der unterschiedlichen Lebensverhältnisse ist die Ehe in die Brüche gegangen und wurde in Deutschland geschieden. F klagt nunmehr gegen M auf Zahlung der noch nicht geleisteten Brautgabe.

Die Qualifikation der islamisch-rechtlichen Brautgabe, d.h. ihre Subsumtion unter den Anknüpfungsgegenstand einer der vorhandenen Kollisionsnormen, wird bis heute intensiv

diskutiert.⁴ Die Brautgabe in islamisch geprägten Rechten ist ein rechtlich erlaubtes Vermögensgut, das der Bräutigam seiner Braut anlässlich der Eheschließung gewährt.⁵ Vertreten wird die einheitliche schuldvertragliche (Art. 28 EGBGB), unterhaltsrechtliche (Art. 18 EGBGB), ehewirkungsrechtliche (Art. 14 EGBGB) und güterrechtliche (Art. 15 EGBGB)⁶ sowie die verfahrensbedingt unterschiedliche Qualifikation.⁷ Da das Brautgabeversprechen wesentlicher Bestandteil der Eheschließung ist und der Unterhalt in islamisch geprägten Rechten separat geregelt ist, scheiden die schuldvertragliche und die unterhaltsrechtliche Qualifikation aus.⁸ Die übrigen in Betracht kommenden Kollisionsnormen (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 15 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB) gelangen sämtlich zur Anwendung marokkanischen Rechts, das die Verweisung annimmt.⁹

Das marokkanische Personenstandsrecht ist interreligiös gespalten; für Muslime gilt das marokkanische Gesetzbuch über den Personenstand i.d.F. von 1993 nach dessen Art. 2 uneingeschränkt. Gemäß Art. 20 Nr. 3 dieses Gesetzbuchs, der Mudauwana, steht der Ehefrau mit Vollziehung der Ehe der Brautgabeanspruch in voller Höhe zu, wobei gemäß Art. 21 Abs. 2 des Gesetzbuchs die Brautgabe nach bereits erfolgtem Ehevollzug nur noch aufgrund eines Schuldbriefs verlangt werden kann.¹⁰ Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Gegen die Anwendung marokkanischen Rechts unter dem Gesichtspunkt des deutschen ordre public drängen sich Bedenken im Hinblick auf das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG und das geschlechtliche Differenzierungs-

⁴ Den derzeitigen Streitstand wiedergebend *Wurmnest*, *RabelsZ* 2007, 527 ff., und *BGH IPRax* 1988, 109 ff., jeweils m.w.N.

⁵ *Scholz*, *StAZ* 2002, 321 (330 f.); *Wurmnest*, *RabelsZ* 2007, 527 (531 ff.), jeweils m.w.N.

⁶ Zu den einzelnen Auffassungen siehe *Wurmnest*, *RabelsZ* 2007, 527 (550 ff.), *BGH IPRax* 1988, 109 (109 ff.), und *OLG Köln FamRZ* 2008, 1380 (1381), jeweils m.w.N.

⁷ *AG Memmingen IPRax* 1985, 230; weitere Nachweise bei *BGH IPRax* 1988, 109 (110).

⁸ *Wurmnest*, *RabelsZ* 2007, 527 (550 f.) m.w.N.

⁹ Vgl. Art. 8, 9 14, 15 der *Dahire* vom 12.8.1913 über den Personenstand der Franzosen und Ausländer im französischen Protektorat von Marokko, vom 1.6.1914 über den Personenstand der Spanier und Ausländer im spanischen Protektorat von Marokko und des Gesetzes vom 15.1.1924 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Ausländer in der Zone von Tanger, teilweise abgedruckt in *Kropholler u.a. (Hrsg.)*, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, 1999, S. 509 ff.; vgl. *Scholz*, *Marokko*, in: *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.)*, *Internationales Erbrecht*, 76. Aufl. 2009, Rn. 8.

¹⁰ Die Normen sind abgedruckt bei *von Ploetz/von Raumer*, *Marokko*, in: *Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.)*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht*, 6. Aufl. 1983 ff., *Loseblatt*, Stand: 2009, S. 25.

* Der Autor ist Vizepräsident des Amtsgerichts Tiergarten und Honorarprofessor der Freien Universität Berlin.

¹ *Ebert*, in: *Ende/Steinbach (Hrsg.)*, *Der Islam in der Gegenwart*, 5. Aufl. 2005, S. 199 ff.; *Scholz*, *Jura* 2001, 525 (533); *ders.*, *Islamisches Recht im Wandel*, in: *Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin (Hrsg.)*, Sommersemester 2002, *Fachbereichstag*, 2003, S. 46 ff., jeweils m.w.N.; *Ebert*, *Das Erbrecht arabischer Länder*, 2004, S. 29 ff.

² *Scholz*, *ZJS* 2010, 185-197.

³ Die Fälle 1 bis 5 werden im ersten Teil des Aufsatzes behandelt, siehe Fn. 2.

verbot des 3 Abs. 3 GG auf, weil die Brautgabe eine einseitige Verpflichtung des Mannes darstellt.¹¹

Ein staatlicher Eingriff in die grundrechtliche geschützte Position des M aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG läge mit einem den Brautgabeanspruch der F zusprechenden Urteil eines deutschen Gerichts vor, da die grundgesetzlichen Normen nach den Ausführungen zu den Fällen 1, 2 und 5 geschlechtliche Differenzierungen auch bei fiktiven Vergleichsverhalten und bei Sachverhalten mit Auslandsberührung absolut verbieten. Das gilt insbesondere für traditionelle geschlechtsspezifische Rollenverteilungen, wie sie dem System unterschiedlicher Rechte und Pflichten bei Ehegatten in islamisch geprägten Rechtsordnungen zugrunde liegt. Dieses System geht von der geschlechtlichen und wirtschaftlichen Autonomie des Mannes und der entsprechenden Schutzbedürftigkeit der Frau aus. Der Mann vertritt die Familie in der Gesellschaft und sorgt für ihren Lebensunterhalt, während die Frau für den Haushalt und das innere Familienleben zuständig ist. Der Brautgabe kommt dabei jedenfalls auch die Funktion zu, mangelnde Möglichkeiten wirtschaftlichen Erwerbs der Ehefrau auszugleichen.¹² Gegen einen Grundrechtseingriff lässt sich auch nicht einwenden, dass ein Brautgabeanspruch somit lediglich einen gerechten Ausgleich für anderweitige Benachteiligungen der Frau darstelle und daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Denn Art. 3 Abs. 2 GG stellt nicht auf eine solche Gesamtbetrachtung, sondern auf die jeweilige einzelne Maßnahme ab. Soweit die Frau in anderen Rechtspositionen benachteiligt ist, mag dies gleichfalls gegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG verstoßen.¹³

Allerdings könnte der Grundrechtseingriff im konkreten Fall möglicherweise nicht zu einem unerträglichen Ergebnis führen, nämlich wenn die Brautgabe anderweitige Benachteiligungen der Ehefrau ausgleicht. Bei der Prüfung, ob das Ergebnis der Rechtsanwendung im Einzelfall untragbar ist, ist eine Gesamtbetrachtung der rechtlichen Folgen der Eheschließung in wirtschaftlicher Hinsicht nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten. Halten sich die vermögensrechtlichen Folgen der Eheschließung für beide Ehegatten im Ergebnis die Waage oder sind die Differenzen nicht von erheblichem Gewicht, kann von einem untragbaren Ergebnis der Rechtsanwendung nicht die Rede sein und vermag die Vorbehaltsklausel nicht einzugreifen.

Die Brautgabe dient in wirtschaftlicher Hinsicht der Absicherung der Ehefrau, die sich entsprechend traditioneller Rollenteilung nicht am Wirtschaftsleben beteiligt und daher keinen Mehrwert erwirtschaften kann. Einer solchen Frau stehen nämlich im Falle einer Beendigung der Ehe nach islamisch geprägtem Recht grundsätzlich weder güterrechtliche

Ausgleichsansprüche zu, die sie am wirtschaftlichen Erfolg des Ehemannes teilhaben lässt¹⁴, noch naheheliche Unterhaltsansprüche.¹⁵ Die Ehefrau kann diese Benachteiligung nicht durch Vereinbarung eines anderen Güterstands abwenden, da dies die Rechtsordnungen regelmäßig nicht vorsehen. Wird die Ehe durch Tod des Ehemannes beendet, steht ihr zudem nur ein halb so großer Erbanteil wie dem Mann zu. Hält sich in einem solchen Falle der traditionellen Rollenverteilung die vereinbarte Brautgabe der Höhe nach im Rahmen dessen, was die Ehefrau nach deutschem Recht, d.h. unter Zugrundelegung des mutmaßlich vereinbarten Güterstands und der gesetzlichen Regelung des Ehegattenunterhalts erhalten würde, scheidet in aller Regel ein ordre-public-Verstoß aus. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die wirtschaftliche Benachteiligung der Ehefrau nicht bereits dadurch ausgeglichen wurde, dass ihr über die Berufung deutschen Rechts oder mittels Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB ein güterrechtlicher Ausgleichsanspruch oder ein nahehelicher Unterhaltsanspruch eingeräumt wurde.

Der vorliegende Fall entspricht aber in keiner Weise der traditionellen Rollenverteilung. Hier ist es der Ehemann, der aufgrund Arbeitslosigkeit wirtschaftlich notleidend ist, und die Ehefrau, die erfolgreich am Erwerbsleben teilhat. In einem solchen Fall kämen auch nach deutschem Recht keinerlei güterrechtliche Ausgleichsansprüche oder naheheliche Unterhaltsansprüche der F in Betracht. Die gerichtliche Zuerkennung des Brautgabeanspruchs würde folglich M unangemessen benachteiligen, da nicht nur ein formaler Gleichheitsverstoß vorläge, sondern dieser auch seine materielle Entsprechung durch massive wirtschaftliche Benachteiligung des M fände. Den Grundrechtseingriff möglicherweise rechtfertigende biologische Unterschiede zwischen Mann und Frau oder kollidierende verfassungsrechtliche Positionen sind nicht ersichtlich, so dass eine Verletzung der Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG und damit auch des deutschen ordre public vorläge. Rechtsfolge eines solchen Verstoßes ist, dass die den Brautgabeanspruch gewährende marokkanische Norm ersatzlos nicht zur Anwendung kommt.

Fall 7: Ausländische Zweitehe bei inländischer Erstehe

Der muslimische Marokkaner M war vor vielen Jahren als Gastarbeiter nach Deutschland gekommen. Er hatte die Deutsche D geheiratet, sich aber nach einiger Zeit wieder von ihr getrennt, allerdings ohne sich von ihr scheiden zu lassen. Auf einer Urlaubsreise nach Marokko lernte M die F kennen und ging mit ihr in Marokko in Übereinstimmung mit marokkanischem Recht wirksam die Ehe ein. Insbesondere waren die Voraussetzungen gegeben, die das marokkanische Recht für die Eingehung einer Zweitehe vorsieht. Vor allem war F mit der Zweitehe einverstanden. M und F ließen sich in Deutschland nieder. Das zuständige Regierungspräsidium Darmstadt beantragte nach § 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB vor dem zuständi-

¹¹ Die Brautgabe ist bisher nur selten unter dem Gesichtspunkt des ordre public erörtert worden. Einen Verstoß gegen den ordre public hat das LG Köln IPR-Rspr. 1980 Nr. 83 angenommen; gegen ein Eingreifen des ordre-public insbesondere OLG Köln IPRax 1983, 73 (74); *Rohe*, StAZ 2000, 161 (167); OLG Köln FamRZ 2006, 1380 (1382).

¹² *Scholz*, StAZ 2002, 321 (330 f.); *Wurmnest*, RabelsZ 2007, 527 (542 ff.).

¹³ *Scholz*, StAZ 2002, 321 (331).

¹⁴ Es geht von Gütertrennung aus, *Rauscher*, Schari'a. Islamisches Familienrecht der sunna und shi'a, 1987, S. 90.

¹⁵ *Rauscher* (Fn. 14), S. 76.

gen deutschen Gericht die Aufhebung der Ehe zwischen M und F.¹⁶

Nach § 1313 S. 1 BGB kann eine Ehe auf Antrag durch gerichtliches Urteil aufgehoben werden, wenn ein Aufhebungsgrund vorliegt. Die internationale Zuständigkeit des Gerichts folgt aus § 98 Abs. 1 Nr. 2 FamFG, da M und F ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland begründet haben. Antragsberechtigt ist nach § 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB die zuständige Verwaltungsbehörde, nach dem Sachverhalt das Regierungspräsidium Darmstadt.

Die Begründetheit des Antrags setzt das Vorliegen eines Aufhebungsgrundes voraus. Die Aufhebbarkeit einer Ehe sowie die sie rechtfertigenden Aufhebungsgründe, insbesondere Eehindernisse, richten sich nach dem Eheschließungsstatut (Art. 13 Abs. 1 EGBGB).¹⁷ Dieses ist für jeden Eheschließenden sein Heimatrecht und damit vorliegend marokkanisches Recht. Nach dem Sachverhalt lagen die Voraussetzungen des marokkanischen Rechts für die Eingehung einer Zweitehe vor. Ein Eehindernis, das die Auflösung der Ehe nach sich ziehen könnte, ist nach marokkanischem Recht nicht gegeben. Mangels Vorliegen eines Aufhebungsgrundes müsste der Aufhebungsantrag zurückgewiesen werden.

Anderes könnte sich aber unter Berücksichtigung des deutschen ordre public (Art. 6 EGBGB) ergeben. Das deutsche Recht kennt in § 1306 BGB das zweiseitige Eehindernis der Mehrehe. Ein Verstoß gegen dieses Eehindernis zählt zu den Aufhebungsgründen des § 1314 Abs. 1 BGB. Das Verbot der Mehrehe wird zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts i.S.d. Art. 6 EGBGB gezählt¹⁸, weil es als Ausfluss von Art. 6 Abs. 1 GG gesehen wird, dem grundsätzlich das abendländische Bild der Einehe zugrunde liegt.¹⁹ Art. 6 Abs. 1 GG, der Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, gibt dem Staat die Pflicht auf, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen anderer zu schützen und sie in geeigneter Weise zu fördern²⁰ und schützt unter anderem als Freiheitsgrundrecht gegen unberechtigte Eingriffe in die Ehe²¹ sowie als Institutsgaran-

tie gegen Beeinträchtigungen des verfassungsrechtlichen Ehebildes.²² Mehrehen schützt das Grundrecht bestenfalls hinsichtlich ihres Bestandes, wenn sie von allen Beteiligten im Ausland eingegangen wurden.²³ Die Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG schützt die Mehrehe hingegen nicht, da das islamische Eherecht lediglich die Rechtsbeziehungen zwischen den Menschen und nicht diejenigen zu Gott betrifft und damit nicht dem Schutzbereich der Religionsfreiheit unterfällt.²⁴

Die in Deutschland eingegangene Erstehe zwischen M und D unterfällt der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Die grundrechtliche subjektiv-rechtliche Schutzpflicht erstreckt sich jedenfalls auch auf solche Ehen mit Auslandsbezug, die in Deutschland unter Beteiligung mindestens eines deutschen Ehegatten eingegangen wurden und gelebt werden, da vor allem Deutsche im Inland Träger des abendländischen Bildes von der Ehe als Einehe sind. Dieser Schutzpflicht des Staates gegenüber D ist mittels des ordre public Rechnung zu tragen.

Dem staatlichen Schutz unterfällt auch die Einrichtung der Einehe, da Art. 6 Abs. 1 GG auch eine Einrichtungsgarantie darstellt. Diese objektiv-rechtliche Schutzpflicht setzt einen Sachverhalt voraus, der das Bild der Ehe in Deutschland als Einehe zu gefährden geeignet ist. Dafür dürfte jedenfalls der Abschluss einer Zweitehe im Ausland und die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland allein nicht ausreichen. Denn nach ganz herrschender Meinung wird zu Recht eine im Ausland wirksam geschlossene Mehrehe in Deutschland mit der Folge anerkannt, dass eine solche Ehe im Inland auch dann fortgesetzt werden darf, wenn die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland nehmen.²⁵ Tritt allerdings noch hinzu, dass die erste Ehe in Deutschland mit einer Deutschen eingegangen wurde und sich beide Ehegatten noch in Deutschland aufhalten und dass nach Abschluss der Zweitehe der Mann auch mit seiner zweiten Frau seinen Aufenthalt in Deutschland begründet, wie es im vorliegenden Sachverhalt der Fall ist, hat die inländische Duldung einer später eingegangenen ausländischen Zweitehe eine wesentlich stärkere Bedeutung. Das Bestehen einer Doppelehe in Deutschland unter Beteiligung einer Deutschen untergräbt das Vertrauen potentieller deutscher Ehepartner in den verfassungsrechtlich begründeten Schutz der Einehe.²⁶ Daher besteht in solchen Fällen auch eine objektiv-rechtliche Schutzpflichtigkeit des Staates, die mittels des ordre public durchzusetzen ist.

und Handbuch, 2002, Art. 6 GG Rn. 17; *Schmitt-Kammler* (Fn. 20), Art. 6 GG Rn. 20.

²² BVerfGE 6, 55 (72 f.); 80, 81 (92 f.); *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 GG Rn. 16; *Schmitt-Kammler* (Fn. 20), Art. 6 GG Rn. 27.

²³ *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 GG, Rn. 22; *Gröschner*, in: *Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn. 41.

²⁴ *Mankowski* (Fn. 18), Art. 13 EGBGB Rn. 252 m.w.N.; *Rohe*, StAZ 2000, 161 (163) m.w.N.

²⁵ BVerfGE 71, 228 (230 f.); BFHE 146, 39 (41 f.); *Mankowski* (Fn. 18), Art. 13 EGBGB Rn. 251 m.w.N.

²⁶ Vgl. AG Hanau FamRZ 2004, 949 (949 f.).

¹⁶ Vgl. AG Hanau FamRZ 2004, 949 (949 f.).

¹⁷ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 20 IV 3 und VII 1; *Thorn*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, Art. 13 EGBGB Rn. 6 und 11.

¹⁸ Vgl. BVerwGE 71, 228 (230 f.); *Mankowski*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2004, Art. 13 EGBGB Rn. 247 ff.; *Coester*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Art. 13 EGBGB Rn. 45, jeweils m.w.N.; *Spickhoff*, JZ 1991, 323 (326).

¹⁹ BVerfGE 29, 166 (176); 31, 58 (69); 62 323 (330); BVerwGE 71, 228 (230); *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 6 GG Rn. 8.

²⁰ BVerfGE 6, 55 (76); 87, 1 (35); 105, 313 (346); *Schmitt-Kammler*, in: *Sachs*, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 6 GG Rn. 30.

²¹ BVerfGE 80, 81 (92 f.); 93, 165 (174 f.); *Umbach*, in: *Ders./Clemens* (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar

Liegen somit die Voraussetzungen der Vorbehaltsklausel vor, kommen die Normen des marokkanischen Rechts, die die Mehrehe erlauben, nicht zur Anwendung. Wie die durch die Anwendung des *ordre public* entstandene Regelungslücke ausgefüllt werden soll, lässt sich Art. 6 EGBGB nicht entnehmen. Insoweit wird zunächst auf die Ausführungen zu Fall 2 verwiesen. Lässt der deutsche *ordre public* nur eine Lösung zu, nämlich diejenige des deutschen materiellen Rechts, ist für eine vom deutschen Sachrecht abweichende und sich am ausländischen Recht ausrichtende Sachnorm kein Raum; vielmehr entspricht die neu zu bildende Sachnorm der deutschen Sachnorm.²⁷ Da der deutsche *ordre public* vorliegend entsprechend dem deutschen Recht nur die Lösung vom Verbot der Mehrehe zulässt, ist vom Ebehindernis der Mehrehe und der Aufhebbarkeit der Mehrehe bei Verstoß gegen das Ebehindernis auszugehen.

Ist somit ein Aufhebungsgrund gegeben, liegt die Aufhebung im Ermessen. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Folgen einer Aufhebung der Ehe für die zweite Frau und gemeinsame Kinder, wie sich § 1316 Abs. 3 BGB entnehmen lässt. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt kann von einer besondere Härte begründenden Umständen nicht ausgegangen werden, so dass der Aufhebungsantrag begründet ist.²⁸

II. Ehescheidungsrecht

Auf die Fälle 1 und 4 wird verwiesen.

Fall 8: Anerkennung einer Privatscheidung

M und F, ägyptische muslimische Staatsangehörige, hatten in Kairo geheiratet. Einige Jahre später ist M nach Stuttgart gezogen, F aber in Kairo geblieben. In Deutschland lernte M die attraktive D kennen. Um sie ehelichen zu können, sandte er im September 1999 von Stuttgart aus seinem Schwiegervater in Kairo eine SMS, in der er F definitiv verstieß, und ließ die Verstoßung beim zuständigen Notar in Kairo unverzüglich amtlich bescheinigen. Der Notar veranlasste die Registrierung der Verstoßung bei der zuständigen staatlichen Stelle. Nunmehr beantragt er die Anerkennung der Privatscheidung von F bei der zuständigen Landesjustizverwaltung Baden-Württemberg.

Die Anerkennung ausländischer Ehescheidungen richtet sich, soweit sich nicht aus vorrangigen völkerrechtlichen Vereinbarungen oder Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft anderes ergibt, nach einem besonderen Verfahren, das nunmehr in den §§ 107 ff. FamFG geregelt ist. Dieses Ver-

fahren, das hier mangels entsprechender vorrangiger Rechtsakte in Betracht kommt, gilt zunächst einmal für ausländische staatliche Entscheidungen wie Gerichtsurteile und Verwaltungsakte. Vorliegend handelt es sich aber um eine Privatscheidung, bei der die Ehe aufgrund eines privatrechtlichen Gestaltungsaktes aufgelöst wird, also nicht aufgrund eines Hoheitsaktes. Nach ganz herrschender Auffassung erstreckt sich das Anerkennungsverfahren auch auf solche Privatscheidungen, an denen ausländische staatliche oder staatlich ermächtigte Stellen mitwirken.²⁹ Dabei genügt eine bloß deklaratorische Registrierung oder gerichtliche Beurkundung.³⁰ Denn auch in diesen Fällen der Privatscheidung besteht ein Bedürfnis, aus der Mitwirkung der ausländischen Behörde ergebende Zweifelsfragen hinsichtlich der Wirksamkeit der Privatscheidung rasch, konzentriert, kompetent und allgemein verbindlich zu klären, um so der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen zu begegnen.³¹ Eine solche Privatscheidung liegt hier vor. Beteiligt sind ausländische Stellen, da ein ägyptischer Notar die Verstoßung amtlich bescheinigt und eine ägyptische Behörde sie registriert hat. Ob die staatlichen Mitwirkungsakte für die Scheidung konstitutiv oder lediglich deklaratorisch sind, ist dabei ohne Belang.³²

Das Anerkennungsverfahren des § 107 FamFG ist allerdings nicht erforderlich, wenn ein Gericht oder eine Behörde des Staates entschieden hat, dem beide Ehegatten zur Zeit der Entscheidung angehört haben. Dieses sog. Heimatsstaatsprivileg ist hier einschlägig, da M und F im Zeitpunkt der amtlichen Bescheinigung und Registrierung der Scheidung in Ägypten die ägyptische Staatsangehörigkeit hatten. Nach § 108 Abs. 2 FamFG können aber Beteiligte, die ein rechtliches Interesse haben, eine Entscheidung über die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht vermögensrechtlichen Inhalts beantragen. Ein rechtliches Interesse des M ergibt sich hier daraus, dass er in Deutschland die Deutsche D ehelichen will. Zuständig für das Verfahren ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht wie im Verfahren nach § 107 FamFG die zuständige Landesjustizverwaltung (§ 107 Abs. 2 FamFG) bzw. der zuständige Präsident des Oberlandesgerichts, dem die Entscheidungsbefugnis durch Rechtsverordnung übertragen wurde (§ 107 Abs. 3 FamFG), sondern nach § 108 Abs. 3 FamFG das örtlich zuständige Gericht. Da diesem die besondere Sachkunde der Landesjustizverwaltung bzw. des zuständigen Präsidenten des Oberlandesgerichts

²⁷ Scholz, Erbrecht der maghrebischen Staaten und deutscher *ordre public*, 2006, S. 232; Kegel/Schurig (Fn. 17), § 16 VI; vgl. Sonnenberger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, Art. 6 EGBGB Rn. 95; Looschelders, Internationales Privatrecht, Art. 3-46 EGBGB, 2004, Art. 6, Rn. 32; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 36 V; Schwung, RabelsZ 1985, 407 (421).

²⁸ Anders AG Hanau FamRZ 2004, 949 (949 f.), das allerdings keine ordnungsgemäße Ermessensprüfung vorgenommen hat.

²⁹ Mankowski (Fn. 18), Art. 17 EGBGB Rn. 115 m.w.N.; BGHZ 82, 34 (41) m.w.N.; BGHZ 110, 267 (270 f.); BayObLGZ 1981, 353 (355); BayObLG NJW-RR 1994, 771; OLG Celle FamRZ 1998, 686; BayObLG NJW-RR 1998, 1538; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, Rn. 70; Richter, JR 1987, 98 (99 und 102); Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 328 Rn. 191 f.

³⁰ BayObLG IPRax 1982, 104 (105) m.w.N. und mit Anmerkung Krzywon; BayObLG NJW-RR 1994, 771; OLG Celle FamRZ 1998, 686; BayObLG NJW-RR 1998, 1538; Richter, JR 1987, 98 (102).

³¹ Vgl. BGHZ 82, 34 (44 f.).

³² Vgl. LJV Baden-Württemberg IPRax 1988, 170 f.

hinsichtlich internationaler Ehesachen nicht zur Verfügung steht, erscheint es sinnvoller, fakultative Anerkennungsverfahren wegen Eingreifens des Heimatstaatsprivilegs nicht dem Verfahren nach § 108 Abs. 2 FamFG, sondern ebenfalls dem Verfahren nach § 107 Abs. 1 FamFG zu unterwerfen.³³ Das nach § 107 Abs. 4 S. 2 FamFG erforderliche rechtliche Interesse des M an der Entscheidung liegt vor, da er beabsichtigt, die D zu ehelichen.

Die materiellen Anerkennungs Voraussetzungen ergeben sich grundsätzlich aus § 109 FamFG. Danach ist die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausgeschlossen, wenn eines der Anerkennungs Hindernisse der Nrn. 1 bis 4 vorliegt. Da aber die Regelung des § 109 FamFG auf staatliche Entscheidungen zugeschnitten ist, vermag sie – ebenso wenig wie die vor Inkrafttreten des FamFG einschlägige Regelung des § 328 ZPO³⁴ – Privatscheidungen nicht zu erfassen. Deren Anerkennungsfähigkeit richtet sich auch unter dem neuen Recht nach den einschlägigen kollisionsrechtlichen Normen,³⁵ hier Art. 17 EGBGB. Dessen Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB beruft hier ägyptisches Recht, das die Verweisung annimmt.³⁶

Nach ägyptischem Recht für Muslime – einschlägig sind Art. 1, 5, 5 bis des Gesetzes Nr. 25 von 1929 betreffend einige Fragen des Personenrechts – kann eine Ehe durch eine Verstoßung, eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Erklärung des Ehemannes, beendet werden, wobei die Verstoßung widerruflich und in bestimmten Fällen auch unwiderruflich erfolgen kann. Nach der Rechtslage bis zur Reform im Jahre 2000 musste die Verstoßung lediglich binnen 30 Tagen nach ihrer Vornahme vor dem zuständigen Notar beurkundet und anschließend registriert werden, allerdings ohne dass dies Wirksamkeitserfordernisse der Verstoßung darstellten.³⁷ Die Erklärung des M per SMS genügt den Anforderungen an die Verstoßung; eines Zugangs der Erklärung an F bedarf es mithin nicht. Die Mitwirkung des Notars und die Registrierung der Verstoßung sind gleichfalls erfolgt, so dass nach ägyptischem Recht eine rechtmäßige Verstoßung vorliegt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich die Formalia der

notariellen Mitwirkung und der Registrierung überhaupt nach dem Scheidungsstatut (Art. 17 I EGBGB) richten oder nicht vielmehr nach dem Formstatut (Art. 11 I EGBGB), da dieses die Einhaltung der Formerfordernisse des auf das materielle Rechtsgeschäft anzuwendenden Statuts genügen lässt.

Der Anwendung des ägyptischen Rechts könnte jedoch der deutsche ordre public entgegenstehen. Einschlägig sein könnte hier die besondere Vorbehaltsklausel des Art. 17 Abs. 2 EGBGB,³⁸ nach der entsprechend dem § 1564 S. 1 BGB im deutschen Sachrecht Scheidungen im Inland nur von einem deutschen Gericht vorgenommen werden können (sog. Scheidungsmonopol deutscher Gerichte). Voraussetzung ist das Vorliegen einer Inlandsprivatscheidung. Eine solche liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Ort im Inland liegt, an dem der nach dem maßgeblichen Scheidungsrecht juristisch relevante, für die Eheauflösung konstitutive Teil des Scheidungsgeschehens vorgenommen wird; besteht dieser Teil aus mehreren Akten, genügt es, wenn einer dieser Teile im Inland vorgenommen wird.³⁹ Konstitutiver Akt für die Verstoßung der D ist zumindest die Abgabe der Verstoßungserklärung, hier das Absenden der SMS. Dieser Akt ist in Deutschland erfolgt, so dass eine Inlandsprivatscheidung vorliegt, die gegen das Scheidungsmonopol deutscher Gerichte verstößt. Ob darüber hinaus auch die Beteiligung des ägyptischen Notars oder die Registrierung für die Verstoßung konstitutiv sind, kann dahinstehen. Folglich ist der Anerkennungsantrag des M mangels Anerkennungsfähigkeit der Privatscheidung unbegründet.

Fall 9: Anspruch auf rechtliches Gehör als Bestandteil des nationalen ordre public

Der muslimische Ägypter M ist mit der Deutschen D verheiratet. Die Ehe wurde in Kairo geschlossen und dort ins Heiratsregister eingetragen. Einige Zeit später ist D nach Deutschland übersiedelt, während M mit den gemeinsamen Kindern weiter in Kairo seinen Lebensmittelpunkt inne hat und die D nur ab und an besucht. Schließlich lernt M die Ägypterin F kennen. Er verstößt vor einem ägyptischen Notar in Gegenwart zweier männlicher Zeugen entsprechend ägyptischem Recht die abwesende D unwiderruflich. D wird über die erfolgte Verstoßung vom ägyptischen Notar in Kenntnis gesetzt, der auch die Registrierung der Verstoßung veranlasst. D wäre wegen der Kinder mit einer Scheidung nicht einverstanden gewesen. Auf einem Besuch in Deutschland beantragt M bei dem zuständigen bayerischen Staatsministerium der Justiz die Anerkennung der Scheidung.⁴⁰ Seit der Trennung von D sind noch keine drei Jahre verstrichen.

Nach den Ausführungen zu Fall 8 ist wiederum das Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG einschlägig, da es sich um eine ausländische Privatscheidung unter Mitwirkung einer staatlichen Stelle handelt. Materiell beurteilt sich die Anerkennung nach den einschlägigen Kollisionsnormen. Art. 17 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 EGBGB beruft ägyptisches Recht, das die Verweisung

³³ *Hau*, FamRZ 2009, 821 (825 f.); *Klinck*, FamRZ 2009, 741 (743).

³⁴ BayObLG IPRax 1982, 104 (105); LJV Baden-Württemberg IPRax 1988, 170 (171); *von Hoffmann/Thorn* (Fn. 29), Rn. 70; *Henrich*, IPRax 1982, 94; *Richter*, JR 1987, 98 (102).

³⁵ Zum alten Recht siehe *Mankowski* (Fn. 18), Art 17 EGBGB Rn. 115 m.w.N.; BGHZ 110, 267 (272 f.); BayObLG IPRax 1982, 104 (105); LJV Baden-Württemberg IPRax 1988, 170 (171); *von Hoffmann/Thorn* (Fn. 29), Rn. 70; *Henrich*, IPRax 1982, 94; *Richter*, JR 1987, 98 (102).

³⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 2 des ägyptischen Zivilgesetzbuchs, abgedruckt in Kropholler u.a. (Fn. 9), S. 17.

³⁷ Zum ägyptischen Recht siehe *Ebert/Hefny*, Ägypten, Stand 15.7.2008, in: *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, 6. Aufl. 1983 ff., Loseblatt, Stand: 2009, S. 31 ff.; *Büchler*, Das islamische Familienrecht: Eine Annäherung, 2003, S. 47 f.

³⁸ Vgl. *Kegel/Schurig* (Fn. 17), § 16 II.

³⁹ *Mankowski* (Fn. 18), Art. 17 EGBGB Rn. 87 ff., 182 ff.

⁴⁰ Vgl. BayObL IPRax 1982, 104 ff.

annimmt.⁴¹ Eine nach ägyptischem Recht wirksame Verstoßung liegt vor.⁴²

Allerdings könnten die ägyptischen Vorschriften zur Verstoßung wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre public* (Art. 6 EGBGB) nicht zur Anwendung kommen. Bei Anwendung des *ordre public* im Rahmen eines Anerkennnisverfahrens ist nicht die mögliche Anerkennnisentscheidung selbst, sondern vielmehr der möglicherweise anzuerkennende ausländische Rechtsakt am Kern der deutschen Rechtsordnung, insbesondere an den Grundrechten, zu messen. Dabei begründet die Tatsache, dass eine der Ehegatten, hier die Ehefrau, deutsche Staatsangehörige ist, nicht per se einen *ordre-public*-Verstoß. Denn nicht jede Privatscheidung eines deutschen Staatsangehörigen ist schlechthin untragbar.⁴³ Vielmehr bedarf es zusätzlicher Umstände, um einen Verstoß gegen deutsche Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen mit entsprechendem Gewicht zu begründen.⁴⁴

Die vom ägyptischen Notar bescheinigte Privatscheidung verletzt D unter Bezugnahme auf die Ausführungen zu Fall 1 und Fall 2 in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG. D wird wegen der Einseitigkeit des Verstoßungsrechts des Mannes rechtlich benachteiligt, weil sie ihm Gegensatz zu ihm viel einfacher geschieden werden kann und eine Scheidung mit dem Verlust ehelicher Rechte verbunden ist. Die geschlechtliche Benachteiligung schlägt auch wegen ihres Festhaltens an der Ehe auf das Ergebnis der Rechtsanwendung konkret durch, da ein Scheidungsgrund für die Frau nicht ersichtlich ist. Schließlich ist die Benachteiligung auch nicht aus biologischen Gründen oder wegen vorrangiger Verfassungsgüter gerechtfertigt. Die Gegenauffassung, die nur im Falle erschwerter Scheidungsmöglichkeiten für die Frau, nicht aber im Fall erleichterter Scheidungsmöglichkeiten für den Mann, einen *ordre-public*-Verstoß für möglich hält,⁴⁵ vermag nicht zu überzeugen, da sie dem Interesse eines Ehepartners am Festhalten einer Ehe jegliches schutzwürdige Interesse abspricht, dem das deutsche Recht durch die grundsätzlich erforderliche Einhaltung von Trennungsfristen (§§ 1565 Abs. 2, 1566 BGB) Rechnung trägt.

Ordre-public-widrig könnte das Ergebnis der Rechtsanwendung aber auch deswegen sein, weil D in keiner Weise am Scheidungsverfahren beteiligt war. In Betracht kommt zunächst eine Verletzung des in Art. 103 Abs. 1 GG geschützten Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dieser tragende Rechtsgrundsatz ist schon wegen seiner Nähe zum Grund-

recht der Menschenwürde⁴⁶ Bestandteil des deutschen *ordre public*.⁴⁷ Allerdings erfasst das Prozessgrundrecht,⁴⁸ das sowohl eine abwehrrechtliche als auch eine Schutzpflicht gewährende Komponente hat,⁴⁹ nur die Gewährung von rechtlichem Gehör vor staatlichen Gerichten, also nicht im Rahmen von Verfahren, die vor sonstigen öffentlichen oder privaten Stellen stattfinden.⁵⁰ Mithin ist Art. 103 Abs. 1 GG bei der hier vorliegenden Privatscheidung unter Mitwirkung eines mit Hoheitsgewalt betrauten Notars nicht einschlägig.

In Betracht kommt aber das Grundrecht der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG. Nach diesem Grundrecht, das in Art. 103 Abs. 1 GG für das gerichtliche Verfahren seine Ausprägung gefunden hat, darf der Einzelne nicht zum Objekt staatlichen Handelns werden, wie im Fall 1 näher ausgeführt wurde. Das als Menschenrecht ausgestaltete Grundrecht gilt uneingeschränkt auch in Verfahren mit Auslandsberührung, da die Menschenwürde in zahlreichen internationalen Rechtsakten⁵¹ geschützt ist.⁵² Zum Objekt in einem Verfahren wird ein Verfahrensbeteiligter dann, wenn er von dem Verfahren keine Kenntnis erlangt, sich vor einer Entscheidung im Verfahren zum Verfahrensgegenstand nicht äußern kann und/oder seine Äußerung bei der Entscheidung keine Berücksichtigung findet.⁵³ Bei einer Verstoßung muss entweder der Ehemann die betroffene Ehefrau über die beabsichtigte Verstoßung informieren, ihr Gelegenheit geben, sich dazu zu

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 7, 275 (279); 55, 1 (5 f.); 89, 28 (35); *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 103 (2006) Rn. 2; *Zierlein*, in: Umbach/Clemens (Fn. 21), Art. 103 Rn. 29; *Radtke/Hagemeyer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 4. Edition, Stand: 15.07.2009, Art. 103 Rn. 2.

⁴⁷ Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 46), Art. 103 (1988) Rn. 53; *Mankowski* (Fn. 18), Art. 17 EGBGB Rn. 122 m.w.N.; BayObLG IPRax 1982, 104 (105).

⁴⁸ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 46), Art. 103 (2006) Rn. 4; *Kunig*, in: von Münch/ders., Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 103 Rn. 2; *Radtke/Hagemeyer* (Fn. 46), Art. 103 Rn. 2.

⁴⁹ *Zierlein* (Fn. 46), Art. 103 Rn. 29; vgl. *Radtke/Hagemeyer* (Fn. 46), Art. 103 Rn. 2.

⁵⁰ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 46), Art. 103 (1988) Rn. 49 ff.; *Zierlein* (Fn. 46), Art. 103 Rn. 63; vgl. BVerfGE 101, 397 (404 f.).

⁵¹ Die Menschenwürde ist völkerrechtlich u.a. in den Präambeln der UN-Charta vom 26.6.1945, der Pakte über die Bürgerlichen und Politischen wie über die Wirtschaftlichen, Sozialen und Kulturellen Rechte vom 19.12.1966, des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 sowie in der Präambel und den Art. 1 und Art. 22 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung vom 10.12.1948 geschützt.

⁵² *Scholz*, in: Ebert/Hanstein (Hrsg.), Beiträge zum Islamischen Recht VI, 2007, S. 9 (17); *ders.*, IPRax 2008, 213 (214).

⁵³ Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 46), Art. 103 (1988) Rn. 69 ff.; *Zierlein* (Fn. 46), Art. 103 Rn. 69 ff., und BayObLG IPRax 1982, 104 (105) zum Verfahren vor einem Gericht.

⁴¹ Siehe Fn. 36.

⁴² Zum ägyptischen Scheidungsrecht vor dem Jahre 2000 siehe Fall 8; zu den im Jahre 2000 ergangenen Änderungen siehe *Ebert/Hefny* (Fn. 37), S. 31 und S. 85 f.

⁴³ BayObLG IPRax 1982, 104 (105); KG FÜR 2002, 304 f.; *Mankowski* (Fn. 18), Art. 17 EGBGB Rn. 113 m.w.N.

⁴⁴ Vgl. Präsidentin OLG Frankfurt StAZ 2003, 137 (138); *Mankowski* (Fn. 18), Art. 17 EGBGB Rn. 113 m.w.N.

⁴⁵ A.A. *Mankowski* (Fn. 18), Art. 17 EGBGB Rn. 113; *Winkler von Mohrenfels*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Art. 17 EGBGB, Rn. 100.

äußern und ihre Äußerung in seine Verstoßungsentscheidung mit einbeziehen⁵⁴ oder zumindest die beteiligte staatliche Stelle der Ehefrau das rechtliche Gehör im Rahmen des staatlichen Mitwirkungsverfahrens gewähren. Dies war vorliegend nicht geschehen.

Allerdings wäre das Ergebnis der Rechtsanwendung nach den Darlegungen zu den Fällen 3 und 4 insbesondere dann nicht untragbar, wenn die Ehe auch nach deutschem Recht hätte geschieden werden können.⁵⁵ Dies ist hier aber nicht der Fall, da D gerade nicht geschieden werden wollte und die Voraussetzungen für die Vermutung des Scheiterns der Ehe wegen der mangelnden Zustimmung der D zur Scheidung und der fehlenden dreijährigen Dauer des Getrenntlebens nicht vorliegen (§§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 2 BGB). Folglich greift die Vorbehaltsklausel ein und die Verstoßung ist nicht anerkennungsfähig. Der Antrag des M ist demnach un begründet.

III. Kindschaftsrecht

Fall 10: Sorgerechtsentscheidungen und nationaler ordre public

M und F, schiitische iranische Eheleute, die seit 10 Jahren in Hamburg leben und beide berufstätig sind, werden von einem deutschen Gericht geschieden. Das Sorgerecht für den in Deutschland aufgewachsenen und an beiden Elternteilen hängenden 10-jährigen iranischen Sohn überträgt das Gericht entsprechend dem für die Schiiten geltenden iranischen Recht dem wohlhabenden Vater, obwohl sich S eindeutig für ein Verbleiben bei der Mutter ausgesprochen hatte, weil diese in der bisherigen Wohnung im Süden Hamburgs wohnen bleiben wird, wo sich auch die Schule und die meisten Freunde des S befinden, während M im Begriff ist, in den vornehmen Westen der Stadt zu ziehen. Auch ist die Mutter nur teilzeitbeschäftigt, während der Vater beruflich sehr stark beansprucht ist und sich auch viel auf Reisen befindet. Ist die Sorgerechtsentscheidung zu Recht ergangen?

Die einschlägige Kollisionsvorschrift ist nach Art. 3 EGBGB nur dann den Art. 3 ff. EGBGB zu entnehmen, soweit nicht unmittelbar geltende Regelungen der Europäischen Gemeinschaft oder völkerrechtlicher Vereinbarungen einschlägig sind. Dies ist mit Art. 8 Abs. 3 des noch geltenden Niederlassungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17. Februar 1929, bestätigt durch das deutsch-iranische Protokoll vom 4.11.1954, der Fall.⁵⁶ Das Abkommen geht innerhalb seines Anwendungsbe-

reichs als ältere bilaterale Regelung dem Haager Minderjährigenschutzabkommen gemäß dessen Art. 18 Abs. 2 vor. Auch räumt es jenem in Art. 8 Abs. 3 S. 2 keinen Vorrang ein, da diese Klausel lediglich Ausnahmen unter dem Gesichtspunkt des ordre public betrifft.⁵⁷ Nach Art. 8 Abs. 3 S. 1 des Abkommens bleiben in Bezug auf das Personen-, Familien- und Erbrecht Parteien, die ein- und demselben Vertragsstaat angehören, ihrem jeweiligen heimischen Sachrecht unterworfen. Folglich ist hier iranisches Recht berufen, das interreligiös gespalten ist und für die hiesigen schiitischen Parteien auf das iranische Zivilgesetzbuch verweist.⁵⁸ Da dieses dem Vater die volle Gewalt über seine Kinder einräumt und lediglich der Mutter personensorgerichtliche Teilbefugnisse bis zum Alter von zwei Jahren bei Jungen und sieben Jahren bei Mädchen gewährt, steht das Sorgerecht des zehnjährigen S dem M zu.⁵⁹

Der Anwendung des iranischen Rechts könnte die Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB entgegenstehen, die gemäß Art. 8 Abs. 3 S. 2 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens zum Zuge kommen kann. Der Kernbereich des deutschen Rechts könnte in Gestalt des Grundrechts des S auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), des staatlichen Auftrags zur Überwachung der elterlichen Sorge (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) und des Rechts auf geschlechtliche Gleichberechtigung der F (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) verletzt sein, weil die gerichtliche Entscheidung nicht dem Willen des S entspricht und auf einer Anwendung des gleichheitswidrigen iranischen Sorgerechts beruht.

Das Grundrecht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der staatliche Auftrag zur Überwachung der elterlichen Sorge (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) erfordern es, dass sich die staatliche Sorgerechtsentscheidung am Kindeswohl ausrichtet. Das verfassungsmäßige Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) dient maßgeblich dem Wohl des Kindes und besteht in dessen Interesse⁶⁰, wird mithin sogar als ein treuhänderisches Recht eingestuft⁶¹, weil Pflege und Erziehung der Kinder im genannten Artikel nicht nur als das natürliche Recht der Eltern, sondern auch als die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht bezeichnet werden. Bei Interessenkollisionen zwischen Kindes- und Elternrechten kommt den Interessen des Kindes grundsätzlich der Vorrang

⁵⁴ *Mankowski* (Fn. 18), Art 17 EGBGB Rn. 123 m.w.N.; *Pauli*, Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public, 1994, S. 60.

⁵⁵ Hierzu siehe *Mankowski* (Fn. 18), Art 17 EGBGB Rn. 122 m.w.N.

⁵⁶ Zu dem Abkommen siehe ausführlich *Finger*, FuR 1999, 58 ff., 158 ff. und 215 ff.; zu seiner Fortgeltung über die Kriegszeiten, die Wiedervereinigung und die islamische Revolution im Iran hinweg siehe BGH NJW-RR 2005, 81 (82) m.w.N.

⁵⁷ *Finger*, FuR 1999, 158 (159) m.w.N.; *Rauscher*, JR 1994, 184 (184 f.) m.w.N.; vgl. *Henrich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, Art. 21 EGBGB Rn. 10 m.w.N.

⁵⁸ *Breuer*, FÜR 2005, 74 (77); *Rauscher*, JR 1994, 184 (185) m.w.N.; BGH NJW-RR 2005, 81 (82 f.) m.w.N.

⁵⁹ Vgl. §§ 1169, 1180, 1181 des iranischen Zivilgesetzbuchs, abgedruckt im Länderteil Iran, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, 6. Aufl. 1983 ff., Loseblatt, Stand 2009, S. 29 f.

⁶⁰ BVerfGE 72, 122 (137); BVerfGE NJW 1994, 1646; *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 70.

⁶¹ BVerfGE 59, 360 (377); 64, 180 (189); *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 70.

zu.⁶² Zwar richtet sich das Grundrecht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG nur gegenüber dem Staat; jedoch stellt es auch eine Gewährleistungsschranke zu Lasten der Eltern dar, die der Staat zu beachten hat.⁶³ Das staatliche Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eröffnet bei dem Kindeswohl schwer beeinträchtigendem Missbrauch oder Versagen des elterlichen Erziehungsrechts das Recht und die Pflicht des Staates zum Wohle des Kindes, aber auch nur dann, unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einzugreifen.⁶⁴ Bei Scheidung der Eltern muss eine am Kindeswohl ausgerichtete Sorgeregelung getroffen werden.⁶⁵

Während man es früher bei Sorgerechtsentscheidungen hat ausreichen lassen, dass das Kindeswohl nicht gefährdet wird (Maßstab der §§ 1666 ff. BGB), und unter dieser Prämisse auch typisierende Aufteilungen des Sorgerechts hingegenommen hat,⁶⁶ fordert die neuere Auffassung insbesondere des Bundesgerichtshofs zu Recht eine strikte Orientierung am Kindeswohl, so dass das Sorgerecht dem Elternteil zugesprochen werden muss, das voraussichtlich dem Wohl des Kindes am meisten Rechnung tragen kann.⁶⁷ Denn das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit erfordert eine Ausrichtung am Kindeswohl, dem auch die Elternverantwortung Rechnung zu tragen hat und im Falle eines etwaigen Interessenkonflikts zugunsten des Kindeswohl zurückzustehen hat.⁶⁸ Diesem Wohl des Kindes entspricht es, dass nach dem Förderungsprinzip derjenige Elternteil die elterliche Sorge erhalten soll, bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann.⁶⁹ Auch ist es von Verfassung wegen geboten, den Willen des Kindes zu berücksichtigen, soweit dies mit seinem Wohl vereinbar ist.⁷⁰ Die gegen die strikte Orientierung am Kindeswohl auch bei dessen Nichtgefährdung gerichtete Auffassung geht fehl. Soweit geltend gemacht wird, die deutsche Rechtsprechung solle nicht apodiktisch für sich in Anspruch nehmen, die einzig verträgliche Lösung zu finden,⁷¹

wird verkannt, dass auch die rigide Auffassung am Kindeswohl es nicht ausschließt, dass es mehrere mögliche Sorgerechtsentscheidungen geben kann, nämlich wenn diese gleichermaßen dem Kindeswohl entsprechen. In einem solchen Fall bleibt Raum, sorgerechtslichen Vorstellungen der ausländischen Rechtsordnung Rechnung zu tragen, allerdings nur insoweit, als diese den deutschen *ordre public* nicht anderweitig verletzen.

Ist die getroffene Sorgerechtsentscheidung die einzige, die dem Kindeswohl entspricht, ist eine etwaige Verletzung des Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG hinsichtlich des nicht berücksichtigten Elternteils aufgrund des vorrangigen Rechts des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) gerechtfertigt.⁷² Bei mehreren möglichen Sorgerechtsentscheidungen, die gleichermaßen dem Kindeswohl entsprechen, sind hingegen Gleichheitsverstöße zu beachten, so dass dadurch die Sorgerechtsentscheidung auf nur eine rechtlich mögliche reduziert werden kann.⁷³

Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Mutter dem S die größere Unterstützung für seine Entfaltung zukommen lassen kann, da sie als Teilzeitbeschäftigte mehr Zeit mit S verbringen und S in seiner gewohnten Umgebung mit Schule und Freunden bleiben kann. Zudem entspricht dies auch dem ausdrücklichen Willen des S. Folglich hätte der Mutter F das Sorgerecht zugesprochen werden müssen. Orientiert sich die vorliegende Sorgerechtsentscheidung zugunsten des Vaters somit nicht am Kindeswohl und ist dafür keine Rechtfertigung ersichtlich, ist das Recht des Kindes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt. Da die Entscheidung zudem auf gleichheitswidrigem iranischem Sorgerecht beruhte und F geschlechtlich benachteiligt hat, ohne dass sich dies rechtfertigen ließe, liegt auch eine Verletzung des Rechts der F auf geschlechtliche Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) vor.

IV. Erbrecht

Auf die Fälle 2, 3 und 5 wird verwiesen.

Fall 11: Beschränkungen der Testierfähigkeit

Der Algerier E hält sich seit fünf Jahren in Deutschland auf. Seit einem Jahr ist er aufgrund eines Sportunfalls an den Rollstuhl gefesselt. Da seine Eltern bereits verstorben sind, zwei vollbürtige Schwestern in Algerien leben und er keine Kinder hat, wird er von seiner sich ebenfalls in Deutschland aufhaltenden algerischen Halbschwester väterlicherseits N gepflegt. Zum Dank dafür verfügt er letztwillig zur Niederschrift eines deutschen Notars, dass N unter Ausschluss ihrer beider Mitschwester sein gesamtes Vermögen erben soll, das sich in Form von Wertpapieren in Deutschland befindet. Als E plötzlich und unerwartet stirbt, fragt N Rechtsanwalt R, ob und inwieweit ihr Rechte an der Erbschaft zustehen. Die beiden vollbürtigen Schwestern des E sind mit dessen letzt-

⁶² BVerfGE 61, 358 (378); 79, 203 (211); *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 79.

⁶³ *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 79; vgl. *Schmitt-Kammler* (Fn. 20), Art. 6 Rn. 59 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 25, 119 (144); 60, 79 (80); *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 78; *Uhle*, in: Beck'scher Online-Kommentar, Edition 4, Stand: 15. Juli 2009, Art. 6 Rn. 58 f.

⁶⁵ BVerfGE 31, 194 (205); 64, 180 (188); *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 78.

⁶⁶ BGH FamRZ 1970, 550; OLG Frankfurt FamRZ 1980, 79; OLG Celle FamRZ 1990, 656; OLG Bremen FamRZ 1992, 343; OLG Saarbrücken FamRZ 1992, 848.

⁶⁷ BGH JR 1994, 195 (197) = FamRZ 1993, 316 = IPRax 1993, 102 mit Anmerkungen von *Rauscher*, JR 1994, 184 ff., und *Henrich*, IPRax 1993, 81. Dieser Entscheidung folgend BGH FamRZ 1993, 1053 (1054); OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1113; *Henrich* (Fn. 57), Art. 21 EGBGB Rn. 50. Kritisch hingegen *Rauscher*, JR 1994, 184 (188).

⁶⁸ BVerfGE 37, 217 (252); BGH JR 1994, 195 (197).

⁶⁹ BVerfGE 55, 171 (181); BGH JR 1994, 195 (197).

⁷⁰ BVerfGE 55, 171 (182); BGH JR 1994, 195 (197).

⁷¹ *Rauscher*, JR 1994, 184 (188).

⁷² Vgl. BGH FamRZ 1993, 1053 (1054 f.); OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 379; *Henrich* (Fn. 57), Art. 21 EGBGB Rn. 50.

⁷³ Vgl. *Rauscher*, JR 1994, 184 (188).

williger Verfügung zugunsten der N keinesfalls einverstanden. Weitere Verwandte des E gibt es nicht.

Die Rechtsnachfolge des E von Todes wegen unterliegt nach Art. 25 Abs. 1, 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB algerischem Recht, das nach Art. 16 Abs. 1 des algerischen Zivilgesetzbuchs die Verweisung annimmt.⁷⁴ Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der Formgültigkeit letztwilliger Verfügungen, für die die Einhaltung der Formerfordernisse des Rechts des Errichtungsorts genügt (Art. 26 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB), was hier gemäß § 2231 Nr. 1 BGB durch notarielle Niederschrift des Testaments geschehen ist.

Nach algerischem Erbrecht sieht die zwingende gesetzliche Erbfolge so aus, dass die beiden vollbürtigen Schwestern zusammen mit der halbbürtigen Schwester väterlicherseits als koranische Erben zwei Drittel des Vermögens des E beerben, wobei davon die vollbürtigen Schwestern jeweils ihren koranischen Erbeil von einem Drittel erhalten und für die nachrangige halbbürtige Schwester väterlicherseits dann nichts mehr übrig bleibt (Art. 147 Nr. 3, 4, 149 Nr. 6, 164 Abs. 2 des algerischen Familiengesetzbuchs [AFG]).⁷⁵ Schöpfen die koranischen Erben den Nachlass nicht aus, wie es hier der Fall ist, erfolgt eine verhältnismäßige Anwachsung ihrer Erbteile (Art. 166 Abs. 2 AFG).⁷⁶ Eine gewillkürte Erbfolge kennt das algerische Erbrecht entsprechend dem traditionellen islamischen Recht nicht, sondern lediglich die letztwillige unentgeltliche Zuwendung von Vermögen des Erblassers (vgl. Art. 184 AFG) in Form von Vermächtnissen. Dabei darf der Erblasser entsprechend traditionellem Recht nur über ein Drittel seines Vermögens und dies zum Schutze der koranisch legitimierten Erbfolgeregelung nur zugunsten anderer als der Erben verfügen, sofern nicht die übrigen Erben nach Eintritt des Erbfalls einer weitergehenden Verfügung zustimmen (Art. 185, 189 AFG).⁷⁷ Da N faktisch von der Erbschaft ausgeschlossen ist, konnte E zu ihren Gunsten letztwillig verfügen. Die Verfügung ist aber lediglich in Höhe von einem Drittel des Nachlasses erlaubt, da die beiden vollbürtigen Schwestern mit der Verfügung des E nicht einverstanden sind. Folglich sind die beiden vollbürtigen Schwestern Erbinnen je zur Hälfte und ist N lediglich Vermächtnisnehmerin in Höhe von einem Drittel des Nachlasses geworden.

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis mit dem deutschen ordre public im Hinblick auf die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist. Bedenken könnten bestehen, weil dem Willen des Erblassers E nach algerischem Recht insoweit nicht Rechnung getragen wird, als N nicht testamentarisch zur Erbin bestimmt, sondern nur als Vermächtnisnehmerin eingesetzt und N als solche lediglich ein Drittel des Nachlasses gewährt werden kann.

Die als Menschenrecht ausgestaltete Erbrechtsgarantie schützt in Verbindung mit der Eigentumsgarantie die private Vermögensordnung, indem sie den Übergang des Privateigentums nach dem Tode des Rechtsträgers auf einen Rechts-

nachfolger gewährleistet.⁷⁸ Es stellt ein Individualrecht und eine Institutsgarantie dar,⁷⁹ deren zentrales Element die Testierfreiheit ist, d.h. die persönliche Freiheit des Eigentümers, über sein Vermögen auch über den Tod hinaus zu verfügen.⁸⁰

Diese Freiheit ist aber nur in ihrem Kernbestand verfassungsrechtlich geschützt. Der Gesetzgeber ist gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gehalten, die Testierfreiheit rechtlich auszugestalten und darf ihr auch Schranken ziehen.⁸¹ Neben der Testierfreiheit umfasst die Erbrechtsgarantie nach zutreffender Auffassung auch das Ehegatten- und Verwandtenerbrecht,⁸² und zwar nicht nur in Gestalt eines subsidiären gesetzlichen Erbrechts, das sich am objektivierten Erblasserwillen zu orientieren hat⁸³, sondern auch in Gestalt einer Mindestbeteiligung

⁷⁸ *Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 516; *Berkemann*, in: Umbach/Clemens (Fn. 21), Art. 14 Rn. 712; *Wendt*, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 193; vgl. BVerfGE 91, 346 (358); 93, 165 (173 f.); BVerfG ZEV 2005, 301 (302).

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 19, 202 (206); 67, 329 (340); 91, 346 (358); 93, 165; 99, 341 (350); BVerfG ZEV 2005, 301 (302); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Loseblatt, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004, Art. 14 Rn. 295; *Kimminich*, in: von Dolzer u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Loseblatt, Stand: 112. Aktualisierung, Juli 2004, Art. 14 Rn. 125 ff. und 128; *Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rn. 46; *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 511; *Berkemann* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 713 f.; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 65; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 194 f.; *Rittstieg*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 14/15 Rn. 143.

⁸⁰ BVerfGE 91, 346 (358); 99, 341 (350); *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 512, 515; *Berkemann* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 713 und 723; *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 47; *Wieland* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 65 und 67; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 194, 195, 197; *Sieckmann*, in: Friauf/Höfling, Art. 14 Rn. 214, 216.

⁸¹ *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 522; vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 91; vgl. BVerfG ZEV 2005, 301 (302).

⁸² Zum Verwandtenerbrecht BVerfGE 91, 346 (358 f.); 93, 165 (173); *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48; *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 517 ff.; *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 295; *Sieckmann* (Fn. 80), Art. 14 Rn. 218; *Berkemann* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 727; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 195 und 198; *LangelKuchinke*, Erbrecht. 5. Aufl. 2001, § 2 IV 2; a.A. *Wieland* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 67. – Zur Erfassung auch des Ehegatten vgl. *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 518 und 521; *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48; *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 300 f.; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 198.

⁸³ Vgl. *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 518; *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 49.

⁷⁴ Abgedruckt in Kropholler u.a. (Fn. 9), S. 31.

⁷⁵ Zum algerischen Erbrecht siehe nur *Scholz* (Fn. 27), S. 3 ff., insbesondere S. 71 f. m.w.N.

⁷⁶ Hierzu siehe *Scholz* (Fn. 27), S. 64 f.

⁷⁷ Hierzu siehe *Scholz* (Fn. 27), S. 135 ff.

naher Angehöriger am Nachlass,⁸⁴ ohne allerdings dessen rechtliche Ausgestaltung im Einzelnen vorzugeben.⁸⁵ Grundrechtsträger sind insoweit der Erblasser und der gesetzliche Erbe, letzterer jedenfalls nach Eintritt des Erbfalls.⁸⁶ In Konfliktfällen sind die verfassungsrechtlich geschützten Prinzipien der Testierfreiheit und des Ehegatten- und Verwandtenerbrechts derart miteinander zum Ausgleich zu bringen, dass einerseits das Ehegatten- und Verwandtenerbrecht unter dem Vorbehalt der Testierfreiheit steht, andererseits die Testierfreiheit eine Schranke in der Beteiligung des hinterbliebenen Ehegatten sowie der engeren Verwandten hat, die vom Gesetzgeber näher auszugestalten ist.⁸⁷

Das gesetzliche Erbrecht an Ehe und Familie hat sich am verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG zu orientieren.⁸⁸ Da dieser funktional auf die Sicherung der Reproduktion und Sozialisation des Menschen gerichtet ist⁸⁹, ist mit Familie jede enge und feste Bindung zwischen Kindern und Erwachsenen gemeint, in denen Kinder zumindest von Eheleuten aufwachsen. Dabei beschränkt sich die Familie ihrer Funktion nach – entgegen einer gewichtigen Meinung⁹⁰ – nicht nur auf die Kleinfamilie, sondern erfasst auch gelebte Großfamilien.⁹¹ Inwieweit außer den leiblichen Kindern und Eltern des Erblassers noch weitere Verwandte geschützt sind, obliegt der typisierenden und generalisierenden Entscheidung des Gesetzgebers, der dabei die soziale Häufigkeit von gelebten Großfamilien zu berücksichtigen hat; danach haben die nach der gesetzlichen Ausgestaltung geschützten Familienangehörigen einen verfassungsmäßig abgesicherten Anspruch auf Beteiligung am Nachlass.⁹²

Grundsätzlich erstreckt sich der Schutzbereich der Erbrechtsgarantie auch auf Auslandssachverhalte. Die Erbrechtsgarantie ist als Menschenrecht ausgestaltet. Das Privateigentum und die aus ihr abgeleitete Testierfreiheit sind in vielen Rechtsordnungen der Welt geschützt. Dementsprechend genügt für die hier einschlägige subjektiv-rechtliche Komponente des Grundrechts grundsätzlich eine geringe Inlandsbeziehung, um den grundgesetzlichen Schutz eingreifen zu lassen. Der Inlandsbezug sollte hinsichtlich der Testierfreiheit von der Qualität sein, dass der Betroffene in nicht unerheblichem Umfang in das deutsche Rechts- und Wertesystem durch Teilnahme am inländischen gesellschaftlichen Leben integriert ist, und in Bezug auf das Ehegatten- und Verwandtenerbrecht zudem derart beschaffen sein, dass der Grundrechtsträger familiäre Beziehungen im Inland pflegt.⁹³ Ersteres dürfte regelmäßig bereits bei schlichtem, zumindest aber bei gewöhnlichem Aufenthalt des Betroffenen im Inland der Fall sein, wie es hier auf den Erblasser E zutrifft. Letzteres ergibt sich hier daraus, dass E von N in Deutschland gepflegt wurde.

Der Ausgleich zwischen der Testierfreiheit und dem Ehegatten- und Verwandtenerbrecht ist in der algerischen Rechtsordnung entsprechend dem traditionellen islamischen Recht dergestalt vorgenommen worden, dass dem Ehegatten- und Verwandtenerbrecht durch eine zwingende gesetzliche Erbfolgeregelung Rechnung getragen wird und der Erblasser ohne Zustimmung der Erben nur über ein Drittel seines Vermögens letztwillig lediglich durch Aussetzung eines Vermächtnisses verfügen darf und dies lediglich zu Gunsten anderer Personen als den Erben. Als Folge dieses stark zu Lasten der Testierfreiheit gehenden Ausgleichs kann E die N nicht als alleinige Erbin einsetzen, sondern ihr nur ein Vermächtnis in Höhe von einem Drittel des Nachlasses gewähren. Es fragt sich, ob die algerische Ausgestaltung des Erbrechts noch einen vertretbaren Ausgleich zwischen der Testierfreiheit und dem Ehegatten- und Verwandtenerbrecht darstellt oder schon den unantastbaren Kernbereich der Testierfreiheit berührt und somit ein Eingriff in die Grundrechtsposition des E vorliegt.

Dem Erblasser ist zwar im islamisch geprägten algerischen Erbrecht eine letztwillige Erbfolge verwehrt, nicht jedoch die Aussetzung eines Vermächtnisses. Die Position des Vermächtnisnehmers ist in den islamisch geprägten Rechtsordnungen gegenüber derjenigen des Erben kaum schlechter, da das Vermächtnis im Gegensatz zum deutschen Recht keine schuldrechtliche, sondern dingliche Wirkung entfaltet und es zu erfüllen ist, bevor der verbleibende Nachlass an die Erben verteilt wird.⁹⁴ Die Möglichkeit, ein Vermächtnis auszusetzen, kann somit das Fehlen einer gewillkürten Erbfolge grundsätzlich kompensieren.

⁸⁴ *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 295; *Berkemann* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 717; *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 200; a.A. *Wieland* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 67; *Rittstieg* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 148.

⁸⁵ BVerfG ZEV 2005, 301 (303).

⁸⁶ *Berkemann* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 715; *Jarass* (Fn. 81), Art. 14 Rn. 91; vgl. BVerfGE 91, 346 (360); 93, 165 (174).

⁸⁷ *Scholz* (Fn. 52), S. 25; *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 302; vgl. *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 47 f.; *Wieland* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 67.

⁸⁸ Vgl. *Depenheuer* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 518; *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48; *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 300 f.; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 198.

⁸⁹ *Gröschner* (Fn. 23), Art. 6 Rn. 37.

⁹⁰ BVerfGE 48, 327 (339); *Schmitt-Kammler* (Fn. 20), Art. 6 Rn. 16 m.w.N.; *Umbach* (Fn. 21), Art. 6 Rn. 29; vgl. BVerfGE 76, 1 (43); vgl. *Coester-Waltjen* (Fn. 19), Art. 6 Rn. 11.

⁹¹ Wie hier *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 6; *Richter*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Fn. 79), Art. 6 Rn. 15 a; *Gröschner* (Fn. 23), Art. 6 Rn. 77 m.w.N., ferner *Scholz* (Fn. 52), S. 9 (26); *ders.* (Fn. 27), S. 239.

⁹² Vgl. *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48; *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 300 f.; *Wendt* (Fn. 78), Art. 14 Rn. 198; *Scholz* (Fn. 52), S. 9 (24 f.).

⁹³ Anders noch *Scholz* (Fn. 52), S. 25; *ders.* (Fn. 27), S. 241. Vgl. auch *Pattar*, *Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher ordre public*, 2007, S. 485 ff., der allerdings grundrechtsdogmatisch nicht überzeugt.

⁹⁴ *Scholz* (Fn. 52), S. 9 (26); *ders.* (Fn. 27), S. 144 f. und S. 164 ff.

Das die Testierfreiheit einschränkende Ehegatten- und Verwandtenerbrecht erfordert angesichts des Schutzes von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG lediglich eine angemessene Beteiligung des überlebenden Ehegatten und naher Verwandter am Nachlass, wobei die Beteiligung nicht notwendigerweise mit der Einräumung einer Erbenstellung verbunden sein muss.⁹⁵ Dies wird im deutschen Recht über das zwingende Pflichtteilsrecht gewährleistet, das aufgrund des grundgesetzlichen Schutzes von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG in seiner Ausgestaltung schon bisher allgemein als verfassungskonform,⁹⁶ nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sogar als grundrechtlich gewährleistet angesehen wird.⁹⁷ Dabei kann sich der Pflichtteil bzw. die Summe der Pflichtteile auf die Hälfte des Nachlasswertes erstrecken, nämlich wenn der Erblasser nur Pflichtteilsberechtigter hinterlässt (vgl. § 2303 BGB).

Aber auch eine Erstreckung der Pflichtteile auf zwei Drittel des Nachlasswertes würde verfassungsrechtlich noch keinen Bedenken begegnen. Die Erbrechtsgarantie schützt die private Vermögensordnung über den Tod der privaten Eigentümer hinaus. Der Bestand dieser Vermögensordnung ist gesichert, wenn privater Nachlass grundsätzlich in privater Hand verbleibt und nicht an den Staat fällt. Dem Aspekt der Privatautonomie, die erbrechtlich in der Testierfreiheit ihren Ausdruck findet, kommt dementsprechend nur eine zweitrangige Bedeutung zu. Den Bestand der privaten Vermögensordnung vorrangig über das Ehegatten- und Verwandtenerbrecht zu gewährleisten, ist daher jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn die Testierfreiheit noch in nennenswertem Umfang gewahrt bleibt. Das ist bei einem Drittel frei verfügbaren Nachlasses der Fall.⁹⁸

Die Beschränkung der Testierfreiheit in einer islamisch geprägten Erbrechtsordnung auf bis zu einem Drittel des Nachlasses begegnet demnach grundgesetzlich dann keinen Bedenken, wenn sie sich zugunsten des erbenden hinterbliebenen Ehegatten sowie solcher Erben auswirkt, die zu den Familienangehörigen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG gehören.⁹⁹ Dann wird man entsprechend dem deutschen Pflichtteilsrecht die Beschränkung der Verfügungsbefugnis auf lediglich ein Drit-

tel des Nachlasses hinzunehmen haben.¹⁰⁰ Im Übrigen aber lässt sich eine Beschränkung der Testierfreiheit nicht rechtfertigen. Dann geht das Interesse des Erblassers vor, sein Vermögen anderen Personen als seinen entfernten Verwandten zukommen zu lassen, beispielsweise weil ihm diese Personen im Leben wesentlich näher standen, er möglicherweise mit ihnen zu Lebzeiten gemeinsame Aktivitäten begonnen hat, deren Fortsetzung nach seinem Tod er mit der Zuwendung seines Vermögens sicherstellen will.¹⁰¹ Lässt sich nicht feststellen, dass der Erblasser mit der Beschränkung der Testierfreiheit einverstanden ist, liegt eine Verletzung der Erbrechtsgarantie vor, die mangels Kompensation den ordre public eingreifen lässt.¹⁰²

Für den dargelegten Fall entscheidend ist, ob Schwestern noch als Familienangehörige angesehen werden können, deren gesetzliche Erbenstellung durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sind. Der deutsche Gesetzgeber hat die gesetzliche Ausgestaltung des Verwandtenerbrechts mittels der Regelung des Pflichtteilsrechts vorgenommen und damit entschieden, dass zu den nach Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Verwandten, die neben dem Ehegatten einen verfassungsmäßig abgesicherten Anspruch auf Beteiligung am Nachlass haben, nur Abkömmlinge und Eltern gehören. Dass das algerische Erbrecht auch entfernteren Verwandten zwingende erbrechtliche Ansprüche gewährt, weil es sich an der der koranischen erbrechtlichen Regelung zugrunde liegenden Großfamilie einer Stammesgesellschaft orientiert, ist für die Ausgestaltung des deutschen Erbrechts und der Reichweite des deutschen Grundrechtsschutzes nicht von Belang. Besteht somit für ein gesetzliches Verwandtenerbrecht von Schwestern verfassungsmäßig keine Berechtigung, vermag ein solches auch nicht die verfassungsmäßig gewährleistete Testierfreiheit einzuschränken. Dass E nur ein Drittel seines Vermögens N letztwillig zuwenden kann, stellt einen Eingriff in die Testierfreiheit des E dar, die auch im konkreten Fall untragbar erscheint, weil E aufgrund der Pflege durch N ein legitimes Interesse an einer weitergehenden Zuwendung an N hat und sich die erbrechtliche Beschränkung auch zum Nachteil der N auswirkt.

⁹⁵ Scholz (Fn. 52), S. 9 (26); ders. (Fn. 27), S. 243.

⁹⁶ BVerfGE 91, 346 (359 f.); Bryde (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48. Zur bisherigen Diskussion, ob das Pflichtteilsrecht grundrechtlich gewährleistet ist, siehe beispielsweise Berkemann (Fn. 78), Art. 14 Rn. 717; Depenheuer (Fn. 78), Art. 14 Rn. 520; Bryde (Fn. 79), Art. 14 Rn. 48, jeweils m.w.N.

⁹⁷ Nach BVerfG NJW 2005, 1561 ff. = ZEV 2005, 301 ff. = FamRZ 2005, 1441 ff., wird die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet. Zustimmend die Anmerkungen von Otte, JZ 2005, 1007 ff., Schöpflin, FamRZ 2005, 2025 ff., Gaier, ZEV 2006, 2 ff.; kritisch Kleensang, ZEV 2005, 277 ff., und Stüber, NJW 2005, 2122 ff.

⁹⁸ Scholz (Fn. 52), S. 9 (27).

⁹⁹ Scholz (Fn. 52), S. 9 (27); ders. (Fn. 27), S. 236 ff.

¹⁰⁰ Scholz (Fn. 52), S. 9 (27 f.); ders. (Fn. 27), S. 244; Dörner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 733; ders., in: Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare (Hrsg.): Deutsch-Islamischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, 2001, S. 46 (88); Eule, in: Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare (Hrsg.): Deutsch-Islamischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, 2001, S. 94 (102); Stöcker, RabelsZ 1974, 57 (119); Scholz, Tunesien, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), Internationales Erbrecht, 76. Aufl. 2009, S. 14; Scholz, Ägypten, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), Internationales Erbrecht, 76. Aufl. 2009, S. 11. Zu Recht wurde auch in LG Hamburg, IPRspr. 1991 Nr. 142, ein ordre-public-Verstoß verneint. Vgl. ferner – aber grundrechtsdogmatisch nicht überzeugend – Pattar (Fn. 93), S. 495 ff.

¹⁰¹ Vgl. Scholz (Fn. 52), S. 9 (28 und 30); ders. (Fn. 27), S. 245.

¹⁰² Scholz (Fn. 52), S. 9 (28); ders. (Fn. 27), S. 244.

Mangels Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs greift der deutsche *ordre public* wegen Verletzung der Erbrechtsgarantie des E ein.¹⁰³ Rechtsfolge ist der ersatzlose Fortfall der *ordre-public*-widrigen Beschränkung, also der Ein-Drittel-Beschränkung, da es sich bei dieser entsprechend den Ausführungen zu Fall 4 um eine sog. Alternativnorm handelt, bei der nur das Gegenteil der entfallenden Rechtsfolge mit dem deutschen *ordre public* vereinbar ist.¹⁰⁴

Fall 12:

Der Tunesier E lebt mit seiner Ehefrau F und seinem Sohn S seit Jahren in Deutschland und ist in die deutsche Gesellschaft gut integriert. E hatte noch eine Schwester, die ebenfalls nach Deutschland übergesiedelt war, einen deutschen Mann geheiratet hatte und bei der Geburt von Zwillingen – einem Jungen J und einem Mädchen M – gestorben war. Als E stirbt, setzt er letztwillig zur Niederschrift eines deutschen Notars zugunsten von J und M ein Vermächtnis in Höhe eines Drittels seines Vermögens aus, wobei J „entsprechend der Tradition im Islam“ doppelt so viel erhalten soll wie M. M wendet sich an Rechtsanwalt R mit der Bitte um Klärung, welche Ansprüche sie aus dem Vermächtnis geltend machen kann. E hat Vermögen lediglich in Deutschland hinterlassen.

Die Rechtsnachfolge des E von Todes wegen richtet sich gemäß Art. 25 Abs. 1, 26 Abs. 5 EGBGB nach tunesischem Recht, das die Verweisung annimmt.¹⁰⁵ Anderes gilt lediglich hinsichtlich der Formgültigkeit der letztwilligen Verfügung, für die die Einhaltung der Formerfordernisse des Rechts des Errichtungsorts genügt (Art. 26 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Diese sind beachtet worden, da das Testament gemäß § 2231 Nr. 1 BGB notariell niedergeschrieben wurde.

Nach tunesischem Erbrecht erbt F als koranische Erbin ein Achtel und S als agnatischer Erbe den verbleibenden Rest (Art. 95, 102 Nr. 2 des tunesischen Personenstandsgesetzbuchs [PSG]). Das Vermächtnis in Höhe eines Drittels des Nachlasses und zugunsten der Nichterben J und N ist wirksam (vgl. Art. 179 PSG).¹⁰⁶ Die Regelung des F, nach der M „entsprechend der Tradition im Islam“ doppelt so viel erhalten soll wie J, begegnet im tunesischen Recht keinen rechtlichen Bedenken, da es sich um einen Verteilungsgrundsatz im tunesischen Erbrecht islamischer Provenienz handelt. Es fragt sich aber, ob eine derartige diskriminierende letztwillige Verfügung nicht wegen Verstoßes gegen das absolute Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG *ordre-public*-widrig ist.

Die Grundrechte gelten nach herrschender Auffassung im Privatrechtsverkehr nicht unmittelbar, sondern es kommt ihnen lediglich mittelbare Wirkung in der Weise zu, dass sie Maßstäbe für die Auslegung des Privatrechts setzen, vor

allem zur Konkretisierung von Generalklauseln wie den §§ 134, 138, 242, 826 BGB und unbestimmten Rechtsbegriffen wie den „guten Sitten“ in § 138 Abs. 1 BGB.¹⁰⁷ Nach neuerer und dogmatisch überzeugenderer Ansicht sind die Grundrechte im Privatrechtsverkehr nicht als objektive Wertordnung, sondern als subjektiv-rechtliche Schutzpflichten berufen, nach denen der Staat den grundrechtlichen Gütern Privater vor einer Verletzung durch andere Private einen Mindestschutz zu gewährleisten hat.¹⁰⁸ Von solchen Schutzpflichten geht der Sache nach auch das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Entscheidungen aus.¹⁰⁹

Dieser mittelbaren Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr haben die deutschen Zivilgerichte nicht nur Rechnung zu tragen, wenn deutsches Recht zur Anwendung kommt, sondern mittels der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB auch, wenn das deutsche internationale Privatrecht wie im vorliegenden Fall ausländisches Sachrecht für anwendbar erklärt, das derartige islamisch-rechtlich geprägte Verfügungen erlaubt. Dabei spricht insbesondere die internationale Geltung der absoluten Diskriminierungsverbote dafür, dass sich der Grundrechtsschutz insoweit nicht nur auf Inlands-, sondern uneingeschränkt auch auf Sachverhalte mit Auslandsbezug erstreckt; insoweit wird auf die Ausführungen zu Fall 5 verwiesen.

Private Rechtsgeschäfte wie letztwillige Verfügungen sind im deutschen Recht den Grenzen der gesetzlichen Verbote (§ 134 BGB), der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unterworfen, und zwar zumindest hinsichtlich der §§ 134, 138 BGB mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit im Falle ihrer Übertretung. Im vorliegenden Fall einer diskriminierenden letztwilligen Verfügung kommt lediglich eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB in Betracht. In einem grundrechtsrelevanten Fall wie dem hiesigen ergibt sich

¹⁰⁷ BVerfGE 7, 198, 204 ff.; 34, 269, 279 f.; 73, 261, 269; 89, 214, 229 f.; *Sachs*, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2003, Rn. 30 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht II, 12. Aufl. 2009, Rn. 70; *Lange/Kuchinke* (Fn. 82), § 35 III 2; *Otte*, JA 1985, 192 (193); *Staudinger*, Jura 2000, 467 (468 f.); *Erichsen*, Jura 1996, 527 (529 ff.); vgl. BGHZ 70, 313, 324 f.; BAGE 48, 122, 138. – Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte vertritt beispielsweise *Hager*, JZ 1994, 373 (373 ff.); vgl. auch die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wie beispielsweise BAGE 1, 185, 193 f.; 4, 240, 243. – Zu den beiden Hauptauffassungen und weiteren Nachweisen siehe auch *Mikat*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, S. 584 ff., und *Erichsen*, Jura 1996, 527 ff.

¹⁰⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37 ff. m.w.N.; *Canaris*, JuS 1989, 161 (163); ihm folgend *Bezenberger*, AcP 1996, 395 (402 f.) m.w.N.; *Classen*, AöR 1997, 65 (73); *Hager*, JZ 1994, 373 (378) m.w.N.; kritisch hingegen *Sachs* (Fn. 107), A 4 Rn. 27 ff.; gegen den subjektiv-rechtlichen Gehalt von Schutzpflichten wendet sich insbesondere *Ipsen* (Fn. 107), Rn. 109.

¹⁰⁹ BVerfGE NJW 1994, 36 (38 f.); BVerfGE NJW 1994, 647 f.

¹⁰³ *Scholz* (Fn. 52), S. 9 (30); *ders.* (Fn. 27), S. 247.

¹⁰⁴ Im Ergebnis ebenso *Pattar* (Fn. 93), S. 498.

¹⁰⁵ Art. 54, 55 des tunesischen Gesetzbuchs über das Internationale Privatrecht, abgedruckt in Kropholler u.a. (Fn. 9), S. 31.

¹⁰⁶ Zum tunesischen Erbrecht siehe *Scholz* (Fn. 27), insbes. S. 66 und S. 135 ff.; *ders.*, Tunesien (Fn. 99), insbes. Grundzüge, Rn. 34, 53; *Pattar* (Fn. 93), S. 397 ff., S. 404 ff.

die Sittenwidrigkeit aus Verstößen gegen Grundrechte, die den unbestimmten Begriff der guten Sitten wertungsmäßig ausfüllen und konkretisieren.¹¹⁰ Subjektiv ist erforderlich, dass der Erblasser diejenigen Umstände kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit, hier die Grundrechtswidrigkeit, folgt.¹¹¹ Die Sittenwidrigkeit hat sich aus ihrem Gesamtcharakter zu ergeben, der insbesondere durch Inhalt, Beweggründe und Zweckbestimmungen, also objektive wie subjektive Elemente, geprägt ist.¹¹²

Hinsichtlich der Sittenwidrigkeit diskriminierender letztwilliger Verfügungen werden in der Literatur die verschiedensten Auffassungen vertreten: Eine der älteren Ansichten sieht alle aus einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten oder auch sonstigen Motiven diskriminierenden Verfügungen als sittenwidrig an, sofern sie von solcher Schwere sind, dass sich ein durchschnittlicher Betroffener des Merkmals entledigen würde, wenn er könnte, oder sofern sie derart erniedrigend wirken, dass die Menschenwürde verletzt ist.¹¹³ Eine andere ältere Auffassung hält Verfügungen für sittenwidrig, die lediglich aus einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Motive diskriminieren,¹¹⁴ teilweise allerdings nur dann, wenn nicht noch andere Motive vorhanden sind.¹¹⁵ Weiter einschränkend wird vertreten, dass allein rassische und religiöse¹¹⁶ oder nur rassische Diskriminierungen¹¹⁷ sittenwidrig seien. Nach wiederum anderer Meinung sollen nur besonders anstößige Diskriminierungen zur Sittenwidrigkeit führen.¹¹⁸ Ferner wird noch vertreten, angesichts der Testierfreiheit sei jede diskriminierende Verfügung zulässig.¹¹⁹

¹¹⁰ Brox, *Erbrecht*, 23. Aufl. 2009, Rn. 262; *Olzen*, *Erbrecht*, 3. Aufl. 2009, Rn. 252; *Bezenberger*, *AcP* 1996, 395 (408); *Otte*, *JA* 1985, 192 (193 f.); a.A. *Canaris* (Fn. 108), S. 236, der aus den grundgesetzlichen Diskriminierungsverboten ein ungeschriebenes gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB ableitet, nach dem bei Rechtsgeschäften nicht zwischen den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen differenziert werden darf.

¹¹¹ Vgl. *Stein*, in: *Soergel*, *Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2002, § 1937 Rn. 24 und 26; *Brox* (Fn. 110), Rn. 263; *Olzen* (Fn. 110), Rn. 253; *Schlüter*, *Erbrecht*, 16. Aufl. 2007, Rn. 218; *Staudinger*, *Jura* 2000, 467 (469); *BGHZ* 94, 268, 272 f.; *BGH NJW* 1992, 310.

¹¹² *Schlüter* (Fn. 111), Rn. 217; *Olzen* (Fn. 110), Rn. 253; vgl. *BGHZ* 53, 369, 377.

¹¹³ *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, 1973, S. 302 ff.

¹¹⁴ *Von Lübtow*, *Erbrecht*, 1971, S. 17, S. 309; *Thielmann* (Fn. 113), S. 300 ff.; *Canaris* (Fn. 108), S. 236.

¹¹⁵ *Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, S. 358 f., Fn. 182.

¹¹⁶ *Mikat* (Fn. 107), S. 597 ff.

¹¹⁷ *Otte*, in: *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, 2003, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 156 f.; *ders.*, *JA* 1985, 192 (195); *Stein* (Fn. 111), § 1937 Rn. 6.

¹¹⁸ *Schlüter* (Fn. 111), Rn. 217; vgl. *Paal*, *JZ* 2005, 436 (438).

¹¹⁹ *Brox* (Fn. 110), Rn. 263; *Bezenberger*, *AcP* 1996, 416 ff.; *Grunsky*, *JZ* 1972, 766.

Der Bundesgerichtshof hat es in einer Entscheidung für zulässig erachtet, wenn bei der Errichtung einer Familienstiftung nicht männliche und weibliche Abkömmlinge gleichermaßen Nutznießer sind, sondern männliche gegenüber weiblichen Abkömmlingen insoweit begünstigt werden.¹²⁰ Die Entscheidung wird auch auf letztwillige Zuwendungen für anwendbar erachtet.¹²¹ Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung ausgeführt, dass der Erblasser aufgrund seiner Testierfreiheit von Verfassungs wegen nicht verpflichtet sei, seine Nachlassregelung an allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen oder dem Gleichheitssatz zu orientieren.¹²² Einschränkend hat es im Rahmen der Überprüfung der sog. Hohenzollern-Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹²³ dargelegt, die Grenze der Gestaltungsfreiheit des Erblassers werde allenfalls dann überschritten, wenn durch die Gestaltung des Erblasserwillens in gänzlich unzumutbarer Weise in den Kernbereich von Grundrechten potentieller Erben eingegriffen werde.¹²⁴

Ausgangspunkt der fallbezogenen Prüfung hat zu sein, dass der Erblasser E von der in Art. 14 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Testierfreiheit Gebrauch macht, wenn er letztwillig verfügt. Das Grundrecht erstreckt sich entsprechend den Ausführungen zu Fall 11 auch auf vorliegenden Sachverhalt mit Auslandsbezug, da E in das inländische gesellschaftliche Leben gut integriert ist. Es unterliegt dem in der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG enthaltenen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Zu den allgemeinen Gesetzen gehört auch die Norm des § 138 Abs. 1 BGB, nach der die Testierfreiheit ihre Grenze in der Sittenwidrigkeit findet. Diese Schranke der Testierfreiheit ist aber ebenfalls beschränkt, und zwar durch den gleichfalls verfassungsrechtlich legitimierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹²⁵ Der Begriff der Sittenwidrigkeit wird durch die einschlägigen Grundrechte materiell konkretisiert. Die Folge ist eine Grundrechtskollision, die mittels einer einzelfallbezogenen Güterabwägung durch Herstellung einer alle betroffenen Grundrechte zur größtmöglichen Wirksamkeit verhelfenden praktischen Konkordanz zu lösen ist.¹²⁶ Differenziert der Erblasser im Rahmen seiner letztwilligen Verfügung nach Geschlecht, wie es hier der Fall ist, ist das absolute Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG betroffen, das mit der Testierfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG auf Seiten des Erblassers zu einem Ausgleich zu bringen ist.

¹²⁰ *BGHZ* 70, 313 (325 f.).

¹²¹ *Otte* (Fn. 117), Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 155.

¹²² Vgl. *BVerfG NJW* 1985, 1445, 1456.

¹²³ *BGHZ* 140, 118 ff.

¹²⁴ Vgl. *BVerfG NJW* 2004, 2008 = *FamRZ* 2004, 765 mit Anmerkung *Staudinger*; ebenso *OLG Hamm ZEV* 2005, 436 (439).

¹²⁵ *Sachs* (Fn. 107), Rn. 32 ff.; jeweils m.w.N.; vgl. *BVerfGE* 81, 156 (192 ff.).

¹²⁶ Vgl. zur Verfahrensweise bei Grundrechtskollisionen *BVerfGE* 35, 202 (225); allgemein zur Grundrechtsabwägung im Privatrecht siehe *Hager*, *JZ* 1994, 373 (382 f.); zur Abwägung in privatrechtlichen Diskriminierungsfällen *Bezenberger*, *AcP* 1996, 395 (409) m.w.N.

Das Grundrecht der Testierfreiheit ist Teil der umfassenden Eigentumsgarantie, die die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete freie Entfaltung der Persönlichkeit sichert.¹²⁷ Demgegenüber weisen die absoluten Diskriminierungsverbote wegen der identitätsprägenden Bedeutung, grundsätzlichen Unveränderlichkeit oder der Bedeutung ihrer Merkmale für die Ausübung eines Freiheitsrechts einen Bezug zur Menschenwürde auf.¹²⁸ Dies spiegelt sich auch darin wider, dass die absoluten Diskriminierungsverbote im Unterschied zur Eigentumsgarantie schrankenlos gewährleistet werden. Bezieht man aber in die Betrachtung auch die Schutzrichtung ein, kommt hingegen der Wahrung der Testierfreiheit die größere Bedeutung zu.¹²⁹ Die Vornahme letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser ist unmittelbar Ausfluss der Testierfreiheit als Individualrecht, das vor staatlichen Eingriffen geschützt ist. Ein derartiger Eingriff liegt vor, wenn ein Gericht einer letztwilligen Verfügung wegen Sittenwidrigkeit die Wirksamkeit versagt. Demgegenüber geht es bei den absoluten Diskriminierungsverboten lediglich um die Gewährleistung eines Mindestschutzes im Privatrechtsverkehr, wobei der Schutzpflicht lediglich eine dem Eingriffsschutz gegenüber komplementäre Funktion zukommt. Ist die Schutzgebotsfunktion einschlägig, liegt der Vorwurf gegenüber dem Staat im bloßen Unterlassen, das dem Staat nur bei besonderen pflichtbegründenden Umständen angelastet werden kann.¹³⁰ Im Übrigen ist die Realisierung der Schutzgebotsfunktion grundsätzlich nur mit den Mitteln des einfachen Rechts möglich, hinsichtlich dessen der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum hat.¹³¹

Steht – wie es hier der Fall ist – die Ausübung des subjektiven Freiheitsrechts der Testierfreiheit der Schutzpflicht des Staates gegenüber, Private vor Diskriminierungen anderer Privater zu schützen, genießt also grundsätzlich die Ausübung der Testierfreiheit Vorrang.¹³² Davon ist allerdings nicht auszugehen, wenn der Erblasser von seiner Testierfreiheit lediglich formal Gebrauch macht, sachlich jedoch mit seiner nach einem der in Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG genannten Merkmale differenzierenden Verfügung keinerlei berechtigtes Interesse verfolgt.¹³³ Dabei sind berechnete Interessen aus subjektiver Sicht¹³⁴ nachvollziehbare Interessen des Erblas-

ers an einer Auswahl der letztwillig Begünstigten nach individuellen Eigenschaften, die die Rechtsordnung anerkennt oder zumindest nicht missbilligt. Die Interessen können rein subjektiver Natur sein oder auf objektiven Kriterien aufbauen. Der Erblasser kann nach persönlicher Sympathie oder verstandesmäßigen Überlegungen auswählen. Persönliche Sympathie beruht oft auf objektiven Kriterien. Objektiv ist die Auswahl insbesondere begründet, wenn sie sich an der Lebensführung, den Fähigkeiten, den Überzeugungen oder dem Umgang des Begünstigten mit dem Erblasser orientiert. Die Auswahl nach bestimmten objektiven Aspekten ist sogar grundrechtlich geschützt. So kann sich der Erblasser bei letztwilligen Zuwendungen nach seiner religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung auf die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 GG berufen,¹³⁵ die folglich in die Grundrechtsharmonisierung mit einzubeziehen sind.¹³⁶ Nur unter Wahrung dieser Voraussetzungen kann auch der Auffassung in Literatur und Rechtsprechung gefolgt werden, es bestehe keine Pflicht zur Gleichbehandlung gleichnaher Angehöriger¹³⁷, auch die Bevorzugung nichtehelicher vor ehelichen Abkömmlingen sei zulässig.¹³⁸

Im Rahmen der in den Rechtsordnungen der islamisch geprägten Staaten eingeschränkten Testierfreiheit kann der Erblasser beispielsweise eines von mehreren Enkelkindern letztwillig bedenken oder ihm einen größeren Anteil am Nachlass zubilligen, weil er zu diesem einen engeren Kontakt hatte, dessen Lebensführung für vorbildlich hält, dessen religiöse Überzeugungen teilt oder er es allein für geeignet hält, sein Unternehmen fortzuführen, obwohl dieses begünstigte Enkelkind im Gegensatz zu den anderen männlich oder agnatisch ist, einer anderen Religion angehört oder eine andere politische Überzeugung aufweist. Auch kann es sein, dass er der erbrechtlich benachteiligten Person bereits zu Lebzeiten etwas zugewendet hat. In allen diesen Fällen orientiert sich der Erblasser an ganz individuellen Eigenschaften des letztwillig Begünstigten; die dadurch verursachte Differenzierung nach den Merkmalen des Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG ist von ihm nicht oder jedenfalls nicht primär intendiert.¹³⁹

Eine den Kerngehalt der Differenzierungsverbote betreffende willkürliche Differenzierung, an der der Erblasser kein schützenswertes Interesse geltend machen kann, liegt hingegen vor, wenn er seine Auswahl der letztwillig Begünstigten allein nach den in Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG genannten Merkmalen und nicht nach anderen individuellen Eigenschaften vornimmt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der von

tiven Komponente, aber letztlich nicht auf sie verzichtend *Smid*, NJW 1990, 409 (410).

¹²⁷ Vgl. *Otte* (Fn. 117), Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 156.

¹²⁸ *Scholz* (Fn. 27), S. 310 f.; *ders.*, inamo 2009, 8 (10).

¹²⁹ Diese Auffassung wird vertreten von BVerfGE 67, 329 (345); BVerfG NJW 2000, 2495 f.; *Otte* (Fn. 117), Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 154.

¹³⁰ *Otte* (Fn. 117), Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 154; OLG Hamm OLGZ 1979, 425 ff.

¹³¹ *Scholz* (Fn. 27), S. 311; *ders.*, inamo 2009, 8 (10); vgl. zu sachgemäßen Verfügungen, die diskriminierenden Verfügungen zugrunde liegen können, *Otte*, JA 1985, 192 (194 f.).

¹²⁷ *Bryde* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 1; *Papier* (Fn. 79), Art. 14 Rn. 295.

¹²⁸ Siehe die Ausführungen zu Fall 5.

¹²⁹ *Scholz*, inamo 2009, 8 (10).

¹³⁰ *Canaris* (Fn. 108), S. 43 f.; *Canaris*, JuS 1989, 161 (163).

¹³¹ *Canaris* (Fn. 108), S. 43 f.

¹³² *Scholz* (Fn. 27), S. 310; *ders.*, inamo 2009, 8 (10); vgl. *Otte* (Fn. 117), Vorbem. §§ 1922 ff. Rn. 81 ff., Vorbem. §§ 2064 ff. Rn. 154 ff.; OLG Stuttgart ZEV 1998, 186.

¹³³ *Scholz* (Fn. 27), S. 310; *ders.*, inamo 2009, 8 (10); vgl. *Otte*, JA 1985, 192 (194 f.); zu weitgehend demgegenüber OLG Stuttgart ZEV 1998, 186, nach dem der Erblasser willkürlich verfügen kann.

¹³⁴ Vgl. *Lange/Kuchinke* (Fn. 82), § 34 IV 2 und 3, sowie *Otte*, JA 1985, 192 (194 f. und 199); BGHZ 140, 118 (132); dazu *Staudinger*, Jura 1985, 467 (471 f.). Kritisch zur subjek-

islamischen Rechtsvorstellungen geprägte Erblasser weiblichen Enkelkindern einen geringeren Anteil am Nachlass zubilligt als männlichen Enkelkindern, weil Frauen traditionellerweise andere Rechte und Pflichten haben als Männer. Dieser Differenzierung liegt ein diskriminierendes Frauenbild zugrunde, das die Sittenwidrigkeit der Verfügung begründet.¹⁴⁰ Davon ist hier auszugehen, weil der Sachverhalt nichts dafür hergibt, dass E M wegen individueller Eigenschaften benachteiligen will, sondern lediglich deshalb, weil dies der „Tradition im Islam“ entspricht. Die Diskriminierung der M schlägt sich auch im Ergebnis der Rechtsanwendung nieder, da M nur halb so viel wie J erhalten würde.

Die Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG gebietet es mithin, den deutschen ordre public entsprechend den Ausführungen zu Fall 2 mit der Folge eingreifen zu lassen, dass J und M gleich große Anteile erhalten, und zwar jeweils ein Sechstel des Nachlasswertes.

¹⁴⁰ Scholz (Fn. 27), S. 311 f.; ders., inamo 2009, 8 (10).