

IOANNA THOMA

Die Europäisierung und
die Vergemeinschaftung
des nationalen
ordre public

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

182

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

182

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Ioanna Thoma

Die Europäisierung und die
Vergemeinschaftung des
nationalen ordre public

Mohr Siebeck

Ioanna Thoma, 1994–1998 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Athen; 1999 Magister Juris an der Universität Athen; 2000 LLM Harvard Law School; 2005 MSt University of Oxford; 2005 Promotion an der Universität Hamburg; seit 2005 Dozentin an der Universität Christ Church und Brunel University, London; Rechtsanwältin bei Bird & Bird, London.

Veröffentlicht als Dissertation, Universität Hamburg, 2005.

e-ISBN PDF 978-3-16-151367-1

ISBN 978-3-16-149351-1

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Kumpertatz + Bromann in Schenefeld gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinen Eltern, Stavros und Evi.

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2005 als Dissertation an der Universität Hamburg angenommen (*magna cum laude*). Die Arbeit beinhaltet die Entwicklung des Rechts bis zum Ende des Jahres 2004.

Mein herzlicher Dank gilt einer Reihe von Personen, die mich bei der Fertigstellung dieser Arbeit unterstützt haben. Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow für seine hilfreichen Hinweise sowie für seine Unterstützung und Geduld in verschiedenen Phasen der Dissertation. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Tilmann Repgen für seine Bereitschaft, als Zweitgutachter zur Verfügung zu stehen.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Holger Knudsen und Frau Elke Halzen-Raffel für die vielen freundlichen Gespräche und die sehr angenehme Atmosphäre im Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Privatrecht. Besonders möchte ich mich auch bei Frau Jutta de la Fuente für ihre vielseitige Unterstützung bedanken.

Für die finanzielle Unterstützung meiner Recherche in Hamburg danke ich der Alexandros S. Onassis-Stiftung und dem DAAD Programm. Für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die sprachliche Bearbeitung danke ich außerdem Frau Mariam Guellner, Referendarin bei WilmerHale in London.

Auch über die Arbeit hinaus habe ich im MPI eine schöne Zeit gehabt und viele neue Freunde gewonnen. Vielen Dank an Axel, Inci, Katarina, Laura, Lorenzo, Natasa, Pablo, Ralf, Rosario, Stefanie, Stefano, Xandra, Yesim und Wenzel. An dieser Stelle auch ein großes Dankeschön an Philipp, Cornelius, Viki und Maria für die tolle Nachbarschaft und Freundschaft in Hamburg. Nicht zuletzt möchte ich mich bei Alessandre, Alexandros, Despoina, Julia (meine Professorin und Freundin), Ilias, Ioanna und Vassiliki bedanken, die mich während der vielen Schwierigkeiten der letzten Jahre unermüdlich unterstützt haben. Ohne meine Freunde hätte ich es nie geschafft, meine Arbeit abzuschließen.

Meinen Eltern schließlich schulde ich den herzlichsten Dank. Während all der Jahre meines Lebens bin ich in jeder Hinsicht von Stavros und Evi unterstützt worden. Trotz vieler verschiedener Probleme haben wir immer als eine Einheit überlebt und alle Hindernisse zusammen überwunden.

Im Frühjahr 2007

Ioanna Thoma

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Erster Teil	
Der Vorbehalt des nationalen <i>ordre public</i> und das Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und internationalem Privatrecht	
Kapitel I: Der <i>ordre public européen</i> in der Europäischen Menschenrechts- konvention	22
Kapitel II: Der Einfluss des <i>europäischen ordre public</i> auf die nationale Vorbehaltsklausel: die Fälle Frankreichs und Deutschlands	34
Kapitel III: Die Entwicklung der Straßburger Rechtsprechung: die Geschichte eines glücklichen Zufalls	91
Kapitel IV: Eine Evaluierung: Anmerkungen und Vorschläge	106
Zweiter Teil	
Der negative und positive <i>ordre public</i> im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht und das Verhältnis zwischen Europarecht und internationalem Privatrecht	
Kapitel I: Der nationale <i>ordre public</i> im Europäischen Gemeinschaftsrecht	120
Kapitel II: Der ergänzende und eventuell modifizierende Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf den nationalen verfahrensrechtlichen <i>ordre public négatif</i>	129
Kapitel III: Der ergänzende und eventuell modifizierende Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf den nationalen materiellen <i>ordre public négatif</i>	163
Kapitel IV: <i>Ordre public positif communautaire</i> und die Identifizierung von international zwingenden EG-Vorschriften	218
Fazit	251
Literaturverzeichnis	255
Urteilsverzeichnis	276
Stichwortverzeichnis	284

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII	
Einleitung	1	
A. Historische Übersicht	4	
B. Definition und Eigenschaften der Vorbehaltsklausel	17	
Erster Teil		
Der Vorbehalt des nationalen <i>ordre public</i> und das Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und internationalem Privatrecht		21
Kapitel I: Der <i>ordre public européen</i> in der Europäischen Menschenrechts- konvention	22	
A. Der Inhalt und verfassungsrechtliche Charakter des <i>ordre public européen</i>	22	
B. Der <i>europäische ordre public</i> und die Funktion der Kollisionsregeln	31	
Kapitel II: Der Einfluss des <i>europäischen ordre public</i> auf die nationale Vorbehaltsklausel: die Fälle Frankreichs und Deutschlands	34	
A. Der Einfluss der EMRK auf die nationale Vorbehaltsklausel: die französische Variante	34	
1. Der Ursprung der akademischen Debatte in Frankreich	34	
2. Aktuelle Tendenzen in Theorie und Praxis	36	
a) <i>Pistre v. Procureur Général près de la Cour d'Appel de Toulouse</i> : anwendbares Recht gegenüber der EMRK	37	
aa) Tatbestand	37	
bb) Methodologischer Pluralismus bei der Anwendung eines ausländischen Rechts: nationaler <i>ordre public</i> und EMRK	38	
cc) Rechtsvergleichende Beispiele der Rechtsprechung bei Adoptions- verfahren	44	
b) <i>Mommeja v. Tordjeman</i> : Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils durch ein EMRK-vertragsstaatliches Gericht	45	
aa) Tatbestand	45	
bb) Methodologischer Pluralismus im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils: nationaler <i>ordre public</i> oder EMRK?	47	
cc) Vergleichende Beispiele aus der Rechtsprechung betreffend die fundamentalen verfahrensrechtlichen Rechte	52	

c)	<i>Osmar B. v. Procureur Général près la Cour d'appel de Paris: persönlicher Status von Transsexuellen in der EMRK und Eintragung ausländischer Geburtsurkunde</i>	54
aa)	Tatbestand.....	54
bb)	Methodologischer Pluralismus im Zusammenhang mit der Anerkennung von ausländischen Verwaltungsakten: die EMRK als <i>loi d'application immédiate</i>	55
cc)	Vergleichende Beispiele aus der Rechtsprechung betreffend den grenzüberschreitenden Status von Transsexuellen.....	60
3.	Zwischenergebnis: kritische Bewertung.....	62
a)	Die „extraterritoriale“ Anwendung der Konvention in der französischen Rechtsprechung	62
b)	Methodologische Integration der EMRK in die Vorbehaltsklausel oder unmittelbare Wirkung?: die französische Debatte	65
c)	Die Bestimmungen der EMRK als international zwingende Regel: ein Irrtum	69
B.	Der Einfluss der menschenrechtlichen Vorschriften des deutschen Grundgesetzes und der EMRK auf die Vorbehaltsklausel: die deutsche Variante.....	72
1.	Der Ursprung der akademischen Debatte in Deutschland.....	72
a)	Die traditionelle Diskussion vor dem Spanier-Beschluss.....	72
b)	Der Spanier-Beschluss und seine Auswirkungen	74
aa)	Tatbestand.....	75
bb)	Die Menschenrechtsvorschriften des Grundgesetzes und die ordre public-Frage.....	76
2.	Die „Grundrechtsklausel“ im deutschen ordre public	78
3.	Die EMRK-Vorschriften und die deutsche ordre public-Klausel: eine theoretische Diskussion	81
a)	Allgemeine einleitende Anmerkungen	81
b)	Funktioneller Parallelismus der Konvention	84
c)	Die Absorptionsvariante: eine implizite Alternative	85
4.	Zwischenergebnis: kritische Bewertung bzw. Erklärung der deutschen Variante	87
Kapitel III: Die Entwicklung der Straßburger Rechtsprechung: die Geschichte eines glücklichen Zufalls.....		
A.	Extraterritorialität der Konvention.....	91
B.	Die ursprüngliche Einstellung: <i>effet atténué</i> der Konvention	93
C.	Späterer Durchbruch: vorbehaltlose Geltendmachung der EMRK-Grundsätze	95
1.	Tatbestand.....	95
2.	Theoretische Reaktionen und Kritik am Fall <i>Pellegrini</i>	97
3.	Systematische Auslegung der Rechtsprechung im Falle <i>Pellegrini</i>	99
4.	Der Fall <i>Pellegrini</i> und seine Bedeutung: zur Versöhnung von zwei nebeneinanderstehenden Regimes	103
Kapitel IV: Eine Evaluierung: Anmerkungen und Vorschläge.....		
		106

Zweiter Teil

Der negative und positive <i>ordre public</i> im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht und das Verhältnis zwischen Europarecht und internationalem Privatrecht	119
---	-----

Kapitel I: Der nationale <i>ordre public</i> im Europäischen Gemeinschaftsrecht	120
---	-----

1. Der <i>ordre public</i> im primären EG-Recht.....	120
2. Die Europäisierung des internationalen Privatrechts und die Rolle des <i>ordre public</i> in den EG-Rechtsakten.....	122
3. Der Einfluss des EG-Rechts auf den nationalen <i>ordre public</i>	126

Kapitel II: Der ergänzende und eventuell modifizierende Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf den nationalen verfahrensrechtlichen <i>ordre public négatif</i>	129
--	-----

A. Nationaler verfahrensrechtlicher <i>ordre public</i> und der Fall <i>Dieter Krombach v. André Bamberski</i> : Das Recht auf einen fairen Prozess als ein gemeinsamer Maßstab der Luxemburger und Straßburger Gerichte für die Bestimmung der Vorbehaltsklausel.....	129
1. Tatbestand	129
2. Nationaler <i>ordre public procédural</i> als ein Grund für die Verweigerung der Anerkennung und seine europäische korrigierende Standardisierung.....	131
3. Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs auf den nationalen <i>ordre public procédural</i>	136
a) Freizügigkeit von Urteilen und <i>ordre public</i>	136
b) Nationaler prozessualer <i>ordre public</i> und Art. 27 Abs. 1 des Brüsseler Übereinkommens.....	138
c) Das Recht auf rechtliches Gehör und einen fairen Prozess in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	140
d) Auf dem Weg zu einer Neudefinierung des <i>ordre public</i>	142
e) Nationale Erwidern des Bundesgerichtshofs auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs: Nationalisierung des <i>ordre public communautarisé</i>	149
B. Nationale Rechtsprechung im Lichte des <i>Krombach</i> -Urteils und verfahrensrechtlicher <i>ordre public communautarisé</i>	150
1. <i>Maronier v. Larmer</i> : Übernahme des <i>Krombach</i> -Urteils	150
a) Tatbestand.....	150
b) Theoretische Bedeutung der Entscheidung gegenüber dem <i>Krombach</i> -Urteil des Europäischen Gerichtshofs.....	151
2. <i>Barnette (Montgomery) v. Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika</i> : Die Bedeutung der EMRK für die nationalen Rechtsordnungen	153
a) Tatbestand des Sachverhalts	153
b) Theoretische Bedeutung der Entscheidung gegenüber dem <i>Krombach</i> -Urteil des Europäischen Gerichtshofs.....	154
3. Rechtsvergleichende Untersuchung nationaler Rechtsprechung auf dem Gebiet des <i>ordre public procédural</i>	155
a) Begründung gerichtlicher Entscheidungen: eine französische Idiosynkrasie.....	158
b) Das Recht auf rechtliches Gehör: das Recht auf eine adäquate Verteidigung	159
c) Prozessbetrug.....	160
C. Schlussbemerkungen.....	162

Kapitel III: Der ergänzende und eventuell modifizierende Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf den nationalen materiellen <i>ordre public négatif</i>	163
A. <i>Régie Nationale des Usines Renault SA v. Maxicar SpA, Orazio Formento</i> : Abgrenzung des normativen Bereichs des nationalen <i>ordre public matériel</i> und die Bestimmung des Inhalts der Vorbehaltsklausel in Bezug auf das EG-Wettbewerbsrecht.....	163
1. Tatbestand des Sachverhalts.....	163
2. Nationaler <i>ordre public matériel</i> und Abgrenzung von dessen Inhalt unter dem normativen Einfluss des Gemeinschaftsrechts	165
3. Auswirkungen des EuGH-Urteils auf den nationalen <i>ordre public matériel</i>	169
a) Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und <i>ordre public</i> <i>matériel</i> der Mitgliedstaaten.....	169
aa) Verletzungen des Gemeinschaftsrechts und des nationalen <i>ordre</i> <i>public matériel</i> : die Negierung	172
bb) Verletzung des Gemeinschaftsrechts und des nationalen <i>ordre public</i> <i>matériel</i> : die bedingte Bestätigung.....	176
cc) Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht und den nationalen <i>ordre</i> <i>public matériel</i> : methodologische Hinweise aus der deutschen Gran- Canaria-Rechtsprechung	180
4. Auf dem Weg zum <i>ordre public communautarisé</i> : zwischen Harmonisie- rung und Fragmentierung der Vorbehaltsklausel	183
B. <i>Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV</i> : die Bestimmung des <i>ordre public matériel</i> in Bezug auf das EG-Wettbewerbsrecht im Rahmen des Aufhebungsverfahrens von Schiedssprüchen	185
1. Tatbestand des Sachverhalts.....	185
2. Der materielle <i>ordre public</i> des Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahrens von Schiedssprüchen und EG-Wettbewerbsrecht.....	187
3. Auswirkungen des Urteils auf den nationalen materiellen <i>ordre public</i>	189
a) Ex officio-Anwendung der EG-Wettbewerbsvorschriften durch die Schiedsgerichte und <i>ordre public</i> -Natur der Wettbewerbsregeln.....	189
b) EG-Wettbewerbsvorschriften als Teil eines nationalen <i>ordre public</i> gemeinschaftlichen Ursprungs.....	191
c) <i>Ordre public</i> im Wandel: national oder international?	193
d) Die Vergemeinschaftung des nationalen <i>ordre public économique</i>	196
e) Die Methode der Vergemeinschaftung	199
f) Relativierung der Auswirkungen der Vergemeinschaftung	200
C. Vergemeinschaftung des nationalen <i>ordre public économique</i>	201
1. Die Vorbehaltsklausel unter der Wirkung des Gemeinschaftsrechts: Synthese der fragmentarischen EuGH-Rechtsprechung	201
2. Besonderheiten der EG-Wettbewerbsregeln und die Ursprünge der Extraterritorialität	204
3. Methodologische Wandlung der Funktion des <i>ordre public économique</i> : die Epitome der Vergemeinschaftung	207
a) Der kollisionsrechtliche <i>ordre public</i>	208
b) Der anerkennungsrechtliche <i>ordre public</i>	209
c) Der <i>ordre public</i> bei der Aufhebung oder Vollstreckung von Schieds- sprüchen.....	210
4. EG-Wettbewerbsrecht als Bestandteil des nationalen <i>ordre public</i> nach der Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte	211
a) Bundesgerichtshof vom 27.2.1969	211
b) Oberster Gerichtshof vom 23.2.1998.....	212

c) Französische und belgische Rechtsprechung.....	213
d) Schiedsgerichte und Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts	215
D. Schlussbemerkungen: ordre public national, ordre public communautaire économique und ordre public national communautarisé.....	216
Kapitel IV: <i>Ordre public positif communautaire</i> und die Identifizierung von international zwingenden EG-Vorschriften.....	218
– <i>Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.</i> : die Charakterisierung von EG-Vorschriften als international zwingend und ihre Anwendung gegenüber Drittstaaten	218
1. Tatbestand des Sachverhalts.....	218
2. Der <i>ordre public positif</i> in der Europäischen Gemeinschaft gemäß dem <i>Ingmar</i> -Urteil des Europäischen Gerichtshofs	219
a) Definition der territorialen Reichweite der Richtlinie durch den Generalanwalt und den Gerichtshof	220
b) Parteiautonomie und Wahl des anwendbaren Rechts	221
3. International zwingende Vorschriften und der Handelsvertretervertrag im internationalen Privatrecht	222
a) Die Theorie der international zwingenden Vorschriften oder des <i>ordre public positif</i>	222
b) Der Handelsvertretervertrag im internationalen Privatrecht.....	225
aa) Definition und anwendbares Recht für den Handelsvertretervertrag: das Modell des Haager Übereinkommens über den Handels- vertretervertrag (1978).....	225
bb) Einschränkungen der Verweisung auf ein kraft Rechtswahlklausel oder Kollisionsnorm anwendbares Recht.....	227
4. Der <i>ordre public positif</i> im Gemeinschaftsrecht: das Beispiel der EWG- Ratsrichtlinie 86/653 (18.12.1986) zur Koordinierung der Rechtsvorschrif- ten der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter	228
a) Zwingende Vorschriften im Text der Richtlinie.....	228
b) Die zwingenden Vorschriften der Richtlinie als international zwingende Vorschriften: kritische Bewertung.....	230
aa) Nationale Einstellungen	230
bb) Argumentation des Gerichtshofs.....	232
cc) Anwendungsbereich der Richtlinie	232
dd) Die materiellen Zwecke der Richtlinie	235
5. Auf dem Weg zu einer Definition des <i>ordre public positif communautaire</i>	242
a) Eine Gemeinschaftsdefinition der <i>lois d'application immédiate</i>	242
b) Beispiele aus anderen sekundären gemeinschaftsrechtlichen Instrumenten	245
c) Amerikanisierung des gemeinschaftlichen internationalen Privatrechts	248
Fazit	251
Literaturverzeichnis.....	255
Urteilsverzeichnis.....	276
Stichwortverzeichnis	284

Abkürzungsverzeichnis

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
AC	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AJDA	Annuaire Juridique du Droit Administratif
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All ER Rep.	All England Reports Reprint
Am.Bus.L.J.	American Business Law Journal
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.Rev.Int'l.Arb.	American Review of International Arbitration
AP (ΑΠ)	Areios Pagos (Αρειος Πάγος)
Arm. (Αρμ.)	Armenopoulos (Αρμενόπουλος)
Art., Artt.	Artikel
ASA Bulletin	Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin
Aufl.	Auflage
AWD	Recht der internationalen Wirtschaft
BerDGV	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Calif.L.Rev.	California Law Review
CDE	Cahiers de Droit européen
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CMLRev.	Common Market Law Review
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
Columb.J.Europ.L.	Columbia Journal for European Law
D (Δ)	Deke (Δίκη)
dBGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
d.h.	das heißt
DR	European Commission of Human Rights Decisions and Reports
Drs.	Drucksache
ECHR	European Court of Human Rights Series A: Judgments & Decisions

ECLR	European Competition Law Review
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ehem.	ehemalige
ELJ	European Law Journal
EllDne (ΕλλΔνη)	Elleneke Dekaiosene (Ελληνική Δικαιοσύνη)
E.L.Rev.	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuVTO	(Europäische) Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWCA	Court of Appeal (civil division)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC QB	England & Wales High Court (Queen's Bench Division)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FS	Festschrift
GA.J.Int'L&Comp.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HausTWG	Haustür-Widerrufsgesetz
ibid.	ibidem
ICC	International Chamber of Commerce (Paris)
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
id.	idem
IJVO	Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück
Ill.L.Rev.	Illinois Law Review
I.L.Pr.	International Litigation Procedure
Int.J.Hum.R.	International Journal of Human Rights
IPR	Internationales Privatrecht

IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
IstR	Internationales Steuerrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JBl.	Juristische Blätter
JCP	Juris-classeur périodique, La semaine juridique
JDI	Journal du droit international
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
J.Int'lArb.	Journal of international arbitration
JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des Tribunaux
Jur.cl.dr.int.	Juris-classeur de droit international
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
KPD (ΚΠΔ)	Kodikas Penekes Dikonomias (Κώδικας Ποινικής Δικονομίας)
LG	Landgericht
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
MLR	Modern Law Review
NAI	Netherlands Arbitration Institute
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport
NoB	Nomiko Véma (Νομικό Βήμα)
Nr., Nrn.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAJB	Recueil annuel de jurisprudence belge
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RdW	Das Recht der Wirtschaft
Rev.arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.crit.dr.int. privé	Revue critique de droit international privé
Rev.dr.com.belge	Revue de droit commercial belge/Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht

RGDC/TBBR	Revue générale des droit civil/Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht
Riv.dir.int.priv.proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique
s., S.	siehe, Siehe; Satz; Seite
Ser.	Serie
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft
sog.	so genannt
StAZ	Das Standesamt
Tex.Int.L.J.	Texas International Law Journal
u.a.	und andere
UKHL	United Kingdom House of Lords
UNÜ	Übereinkommen vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
v.	versus; von (Name)
Virg.Jl.Int'l.L.	Virginia Journal of International Law
WBl.	Wirtschaftsrechtliche Blätter
W.L.R.	Weekly Law Reports
Y.B.Com.Arb.	Yearbook of Commercial Arbitration
YBEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZvglRWiss.	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZVölkR	Zeitschrift für Völkerrecht

Wegen weiterer verwendeter **Abkürzungen** wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert/Kastner, Fritz: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin 2003.

Einleitung

Ein chinesisches Sprichwort lautet: „Einige Sachen können gespürt, aber nicht erklärt werden“. *Albert Einstein* behauptete weiter, dass die Phantasie wichtiger als das Wissen sei, weil das Wissen begrenzt sei, während die Phantasie die ganze Welt umkreise.¹ Intuitiv zu sein, ist eine merkwürdige Eigenschaft. Vorstellungskraft und Phantasie aufzuweisen, ist eine intellektuelle Begabung. Vielleicht kommt es einem Juristen bizarr vor, dass man zuallererst auf die Intuition und die Vorstellungskraft am Anfang einer juristischen Analyse verweist. Jeder Versuch, sich dennoch mit dem kollisionsrechtlichen und anerkennungsrechtlichen *ordre public* zu befassen, bedarf einer gewissen Bereitschaft, Intuition und Phantasie zu zeigen, auch wenn man von Natur aus nicht mit diesen Eigenschaften gesegnet ist, weil es einfach um einen abstrakten Begriff geht. Die Begriffshypertrophie auf dem Gebiet des *ordre public* ergibt sich zunächst aus der Vielzahl von Charakterisierungen, die man ihm im Laufe der Jahre zugemessen hat. Der *ordre public* ist z.B. schon als „Sicherheitsventil“, „Einfallstor“, „Riegel, der das ins Ausland führende Tor notfalls verschließt“,² „absoluter Herrscher“,³ „Chamäleon“, „Störenfried“,⁴ „catch all notion“⁵ oder „a very unruly horse“⁶ gekennzeichnet worden. *Ordre public, public policy, öffentliche Ordnung, nationaler und internationaler ordre public, prozessualer und materieller ordre public, positiver und negativer ordre public, gemeineuropäischer und europäischer bzw. ordre public européen* sind ferner die meistens erwähnten Spezies der Vorbehaltsklausel.

Der kollisionsrechtliche und anerkennungsrechtliche *ordre public* wird durch die jeweiligen Grundgedanken und Gerechtigkeitsvorstellungen des ihn anwendenden Staates ausgefüllt und kann sich daher von Staat zu Staat

¹ „What Life Means to Einstein: An Interview by George Sylvester Viereck“: The Saturday Evening Post vom 26.10.1929.

² *Raape*, Deutsches internationales Privatrecht, 60.

³ *Kahn*, JherJb. 39 (1898), 1, 6.

⁴ *Simitis*, in: Beitzke, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, 267–268.

⁵ *Van Houtte*, in: Law and Justice in a multistate world – Essays in honor of Arthur Taylor von Mehren, 841.

⁶ *Richardson v. Mellish*, Court of Common Pleas vom 2.7.1824, All ER Rep. (1824–1834), 258.

wesentlich unterscheiden. Die Vorbehaltsklausel kommt zur Anwendung, wenn das Ergebnis des durch die Kollisionsnormen berufenen Rechts oder die Auswirkung der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils oder Schiedsspruchs gegen die wesentlichen Grundsätze des Forums verstoßen. Neben den nationalen Rechtsordnungen und ihren eigenen Prinzipien und Grundwerten sind in den letzten fünfzig Jahren im europäischen Raum autonome normative Rechtssysteme aufgetaucht, nämlich die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und das Recht der Europäischen Gemeinschaft (EG), die ihre eigenen fundamentalen Grundsätze enthalten. Ungeachtet der unvermeidlichen Wechselbeziehungen zwischen den beiden europäischen Rechtsinstrumenten ist ihr Einfluss auf die nationalen Rechtsordnungen und vor allem auf die kollisionsrechtliche und anerkennungsrechtliche *ordre public*-Vorbehaltsklausel der Vertrags- bzw. Mitgliedstaaten von besonderem normativen und rechtspolitischen Interesse. Sowohl die EMRK als auch die EG weisen einen eigenen „verfassungsmäßigen“ *ordre public* auf, eine spezifische öffentliche Ordnung, die aus den fundamentalen Elementen des jeweiligen Rechtssystems besteht.

Trotz des häufigen Gebrauchs des Begriffs *ordre public européen* und *europäischer ordre public* seitens der Internationalprivatrechtler für die Beschreibung des Phänomens der Europäisierung und Vergemeinschaftung der nationalen Vorbehaltsklausel⁷ stützt sich die folgende Analyse auf die Feststellung und Annahme, dass diese zwei Begriffe der kollisionsrechtlichen Realität nicht entsprechen, solange es weder ein selbständiges EMRK- oder EG-Forum juristisch oder faktisch noch ein eigenes EMRK- oder EG-Kollisionsrechtssystem gibt. Demzufolge umfasst der *europäische ordre public* bzw. *ordre public européen* den wesentlichen Kern der menschenrechtlichen Vorschriften des EMRK-Systems, wie es durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) dargestellt wurde, und entfaltet keine Funktion im Sinne der kollisionsrechtlichen oder anerkennungsrechtlichen Vorbehaltsklausel. Ebenso wenig steht der *gemeinschaftliche ordre public* bzw. *ordre public communautaire* im Zusammenhang mit der internationalprivat- und prozessrechtlichen Klausel. Wie im Falle der EMRK verkörpert der eigene *ordre public* der EG auf ähnliche Weise die wesentlichen Werte und Gerechtigkeitsvorstellungen des europäischen gemeinschaftsrechtlichen Systems.

Es wäre trotzdem ungenau und fehlerhaft zu behaupten, dass die Bestandteile des *ordre public européen* und *communautaire* keine normative Ausstrahlung auf den Inhalt, die Funktion und den Anwendungsbereich der kollisionsrechtlichen und anerkennungsrechtlichen Vorbehalte haben. Die Dar-

⁷ Baumert, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht, passim*; Blumenwitz, in: Staudinger, *Komm. zum BGB, Art. 6 EGBGB; Föhlisch, Der gemeineuropäische ordre public, passim.*

stellung der Färbung, der inhaltlichen Anreicherung und der funktionellen Wandlung des nationalen *ordre public* unter dem Einfluss der EMRK und des Gemeinschaftsrechts ist das Thema dieser Studie, d.h. die Europäisierung und Vergemeinschaftung der nationalen Vorbehaltsklausel. Dementsprechend gehört diese Arbeit zu einer Reihe früherer Doktorarbeiten, die sich mit Facetten des Themas befasst haben.⁸ Was diese Analyse von den früheren unterscheidet, ist die Tatsache, dass die gerichtlichen Instanzen der EMRK und der EG inzwischen die Gelegenheit hatten, sich zu dieser Fragestellung zu äußern. Gleichzeitig sind die nationalen Gerichte in mehreren Ländern dieser Frage direkt oder implizit nachgegangen. Angesichts dieser Tatsache wird versucht, das Phänomen der Europäisierung und Vergemeinschaftung durch eine *top-down* (Einfluss der EMRK und des EG-Rechts auf den nationalen *ordre public*) und eine *bottom-up* (Annahme des Einflusses und Beitrages von gemeinsamen ähnlichen Elementen seitens der nationalen Rechtsordnungen zu den Rechtssystemen der EMRK und der EG) rechtsprechungsbezogene Darstellung zu erläutern. Insgesamt ist die rechtsvergleichende Methode nützlich und erwünscht, wenn es um die Interpretation von Rechtsätzen geht, die in Staaten des gleichen Kulturkreises gelten.⁹

Die Darstellung beginnt mit einem geschichtlichen Überblick und einer Definition des *ordre public*. Im ersten Teil der Arbeit wird die Europäisierung der Vorbehaltsklausel behandelt, d.h. die Wirkung der EMRK auf den Inhalt und die Funktion des nationalen *ordre public* im Rahmen der Anwendung eines ausländischen Rechts oder der Anerkennung eines ausländischen Urteils. Dabei werden die nationalen Systeme von Deutschland und Frankreich nebeneinander gestellt und verglichen und im Lichte der EGMR-Rechtsprechung zu diesen Fragen bewertet. Im zweiten Teil wird der Vergemeinschaftungsprozess des *ordre public* analysiert. Zu diesem Zweck wird erstens eine Unterscheidung zwischen der *ordre public*-Beschränkung der Vertragsfreiheiten und der internationalprivatrechtlichen bzw. -prozessrechtlichen Klausel gemacht. Der nächste Schritt der Analyse betrachtet die Bereiche des materiellen und prozessualen *ordre public*, die vom Gemeinschaftsrecht bestimmt werden. Das gilt sowohl für den *ordre public négatif* als auch für den *ordre public positif*. Der Grund dafür liegt darin, dass einige Vorschriften, wie z.B. das Wettbewerbsrecht und die Menschenrechte, zu den beiden Spezies des *ordre public* gehören. Auszugehen ist davon, dass die in Frage kommenden Rechtsbereiche hauptsächlich das Prozessrecht und das Wettbewerbsrecht betreffen.

⁸ Baumert, *ibid.*; Föhlisch, *ibid.*; Renfert, Über die Europäisierung der *ordre public* Klausel, *passim*; Voltz, Menschenrechte und *ordre public* im internationalen Privatrecht, *passim*.

⁹ Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 21.

A. Historische Übersicht

Nach der Lehre des Vaters der Historischen Schule der deutschen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, *Friedrich Carl v. Savigny*,¹⁰ in der ersten Ausgabe der *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*,¹¹ gibt es keine autonome menschliche Existenz, die sich gänzlich getrennt von der Vergangenheit weiterentwickeln kann. Insofern ist die Gestaltung unserer gegenwärtigen und künftigen Existenz innerhalb der Gesellschaft, wozu auch die Gesetze gehören, zum Teil von der Vergangenheit abhängig. Eigentlich sind unsere Gegenwart und Zukunft in unauflöslicher Gemeinschaft und Verbindung mit der ganzen Vergangenheit.¹² Die Vergangenheit sollte deshalb erforscht werden, damit Gegenwart und Zukunft bewusst geformt werden können. Wenn man sich mit der aktuellen Umwandlung eines solchen dogmatischen und entscheidenden Mechanismus für die Struktur und die Funktion des kollisionsrechtlichen Systems, wie im Falle des *ordre public*, und mit seiner Entwicklung zu einem unterschiedlichen, fast neu entstehenden *ordre public européenisé* bzw. *communautarisé* befasst, ist es von besonderer Bedeutung, die elementaren und grundlegenden dogmatischen geschichtlichen Ursprünge der Vorbehaltsklausel zu präsentieren.¹³ Rück-

¹⁰ *V. Savigny* (1779–1861) hatte nicht nur ein Interesse an der historischen Entwicklung der Rechtswissenschaft, sondern auch eine Vorstellung von der Entstehung einer autonomen geschichtlichen Rechtswissenschaft. Sein Werk kombiniert die Eigenschaften eines historischen Projekts (das ist der Fall der „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“, die zwischen 1815 und 1831 verfasst und zwischen 1835 und 1851 in sieben Bänden kompiliert wurde) und diejenige einer typisch dogmatischen Analyse (wie im Falle seines wichtigsten Beitrages zur Rechtswissenschaft, d.h. „Das System des heutigen römischen Rechts“, der 1849 in Berlin geschrieben wurde). Für weitere Details s. auch: *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 382–405; *Gutzwiller*, Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, *passim*; *Jakobs*, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, *passim*; *Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Savigny, *passim*.

¹¹ *V. Savigny*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1815, 6. *Savignys* Erbe wurde von den Herausgebern der *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* im Jahre 1861 bewahrt und fortgesetzt. Diese waren der festen Überzeugung, dass die Ergebnisse der Darstellung und Analyse der historischen Entwicklung des Rechts wichtige Elemente zu dem Gesetzgebungsverfahren beitragen könnten; s. auch *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 1 (1861), 1, 2.

¹² *V. Savigny* demonstrierte in seinem *System*, dass die Hauptaufgaben eines Juristen darin bestehen, die schon existierende und gesammelte juristische Erfahrung anzupassen und sie für die aktuellen Bedürfnisse zu beleben, s. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (1815), 1, 3–6.

¹³ Unter zahlreichen Beiträgen im Bereich der Geschichte und allgemeinen Lehre des internationalen Privatrechts findet man repräsentativ die folgenden: *Arminjon*, *Précis de droit international privé* I, 71–73; *De Nova*, in: *RCADI* 118 (1966–II), 435, 447–477; *Gamillscheg's* Beitrag über IPR im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, 394–399; *Glasson*, *Histoire du droit et des institutions de la France*, 8 f.; *Guterman*,

schlüsse aus der geschichtlichen Entwicklung sind möglich für die Dogmatik des geltenden Rechts. Die aktuelle „Denationalisierung“ der Vorbehaltsklausel stützt sich methodologisch und rechtspolitisch auf die geschichtliche Lehre des reinen nationalen Charakters des *ordre public* und entwickelt ihn weiter. Insofern kann sie kaum konzipiert werden ohne Bezugnahme auf den historischen Hintergrund.

Die dogmatische Untersuchung des *ordre public* ist relativ neu.¹⁴ Das Phänomen an sich tauchte allerdings in seiner doppelten Natur¹⁵ – d.h. *ordre public positif* and *negatif* – zum ersten Mal zu Beginn des 12. Jahrhunderts auf. Seine Geburt¹⁶ fiel automatisch mit der Verwirklichung der Möglichkeit statt der territorial abgegrenzten *lex fori*,¹⁷ ein ausländisches Recht in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt anzuwenden, zusammen. Seine axiomatische Funktion als Prinzip oder sein Ausnahmecharakter hängen von der allgemeinen Konstruktion einer kollisionsrechtlichen Theorie ab, sei es territorial, persönlich oder universal.¹⁸

Das 12. und 13. Jahrhundert wurde in der Rechtswissenschaft von den *Glossatoren* dominiert. Der Problematik der Verweisung auf ein anwendbares Recht in grenzüberschreitenden Rechtsverhältnissen wurde in dieser frühen Ära noch nicht als solcher nachgegangen. Der Bologneser Magister *Aldricus* lehrte in seiner Arbeit *Dissensiones dominorum*, dass der Richter im Falle einer Streitigkeit zwischen zwei Personen verschiedener Herkunft, die sich auf unterschiedliche Gewohnheitsrechte beriefen, die *consuetudo* (*Gewohnheitsrecht*) von einem der beiden frei und nach eigenem

in: New York Law Forum 7 (1961), 131–166; *Gutzwiller*, in: RCDAI 29 (1929–IV), 287–400; *ibid.*, Geschichte des Internationalprivatrechts, *passim*; *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts, 1–126; *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 6–17; *Meijers*, in: RCADI 49 (1934–III), 543–686; *ibid.*, Contribution à l'histoire du droit international privé et pénal en France et dans les Pays-Bas aux XIIIe et XIVe siècles, 11–143; *Neumeyer*, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privatrechts und Strafrechts, Bd. 2, *passim*; *Yntema*, in: FS Ernst Rabel, Bd. 1, 513–537; *ibid.*, Am.J.Comp.L. 2 (1953), 297–327; *R. Zimmermann*, Roman law, contemporary law, European law – The civilian tradition today, 1–112.

¹⁴ *Lagarde*, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter II, 3, 3–60.

¹⁵ Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten und Formen des *ordre public* vereinfacht – trotz der späteren Einführung in die kollisionsrechtliche Lehre – das Verständnis und die Darstellung der historischen Entwicklung der Vorbehaltsklausel über die Zeit.

¹⁶ *Drouillat/Leboulanger*, Jur.cl.dr.int., Fasc. 534A, Heft 6 (1960), 4.

¹⁷ Die Begriffe *lex fori*, *ordre public positif/negatif* beziehen sich auf die heutige fachliche Terminologie, sie sind aber trotzdem nützlich und klar für die Hinweise auf ähnliche juristische Phänomene der Vergangenheit.

¹⁸ Seit dem Anfang des 20. Jahrhunderts gliedert man die Geschichte des internationalen Privatrechts nach chronologischen und dogmatischen Gesichtspunkten. Dadurch lassen sich drei Richtungen unterscheiden, nämlich das Personalitätsprinzip, das Universalitätsprinzip und das Territorialitätsprinzip; s. *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 8–10; *Lorenzen*, Selected articles on the conflict of laws, 1–19.

Ermessen wählen und anwenden konnte. Das war diejenige, die ihm überlegener und nützlicher erschien.¹⁹ In diesem frühen Zeitpunkt war die Vorstellung eines *ordre public*-Mechanismus, der als Vorbehalt gegen die Anwendung eines dagegen verstoßenden fremden Rechts funktionieren konnte, systemisch unbegrifflich. Dadurch, dass der Richter im Rahmen dieser Methodik den Inhalt des „besseren“ Rechts²⁰ prüfen musste, war es weder nötig noch notwendig, sich auf das Korrekturinstrument des *ordre public* zu beziehen. Die *Kanonisten* setzten die Entwicklung dieser Lehre fort, gingen von der regelmäßigen Anwendbarkeit des Heimatrechts des Beklagten aus und akzeptierten ausnahmsweise die Anwendung des Heimatrechts des Klägers, falls es für den Beklagten günstiger hätte sein können. *Huguccio* ging in seiner *Summa Decreti* einen Schritt weiter und vertrat die Auffassung, dass, wenn das Günstigkeitsprinzip keine Geltung finden konnte, Maßstab für die Frage des anwendbaren Rechts die „*veritas*“ der kirchlichen *lex fori* war.²¹ Einer Ansicht nach war die „*veritas*“ eine Institution der kanonischen *lex fori*, die eine Schwelle, einen minimalen Gerechtigkeitsmaßstab gegenüber einem fremden Recht setzte.²² Diese Überlegung enthielt einige Kennzeichen, die den Boden dafür vorbereiteten und potenziell dazu führten, eine Art von *ordre public*-Vorbehalt einzuführen. Nach einer anderen Auslegung hatte das kanonische Recht Vorrang vor der jeweiligen örtlichen Rechtsgewohnheit.²³ Nach 1250 hat *Johannes Faber*²⁴ die römisch-kanonische Rechtsinstitution der *restitutio in integrum* untersucht und sie von einem kollisionsrechtlichen Standpunkt aus analysiert. Falls einer der Vertragspartner in Unkenntnis (*ignorantia consuetudinis*) vom Gehalt eines auswärtigen Gewohnheits-

¹⁹ [Consuetudinem sequi debet] „Quae potior et utilior videtur; debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit“, s. *Gutzwiller*, Geschichte des Internationalprivatrechts, 14; *Spickhoff*, Der ordre public im internationalen Privatrecht – Entwicklung – Struktur – Konkretisierung, 27–28.

²⁰ Diese Denkweise, nach der das bessere Recht sich nach einem Vergleich der unterschiedlichen materiellen Lösungen ergibt, scheint der Ahne von *Robert Lefflar* und *David Cavers* amerikanischen kollisionsrechtlichen Theorien des 20. Jahrhunderts zu sein. *Cavers* hat zuerst seine geistige Affinität zu *Aldricus* erkannt, s. *Cavers*, in: *Harv.L.Rev.* 47 (1993), 173, 193. Später hat er trotzdem jede Art unmittelbarer Verbindung seiner Analyse mit den *Glossatoren* zurückgezogen und etablierte das Kriterium von *principles of reference*, s.: *Cavers*, Choice of law process, 114, 139, 146, 159, 166, 177, 181, 194. Betreffend *Lefflar* s. *Robert Lefflar*, in: *N.Y.U.L.Rev.* 41 (1966), 267–327; *id.*, in: *Calif.L.Rev.* 54 (1966), 1584–1598.

²¹ „Si consuetudo actoris magis videtur consone veritati.“

²² *Neumeyer*, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Bd. II, 119.

²³ *Kaufmann*, Zur Geschichte der international-privatrechtlichen Vorbehaltsklausel von den Glossatoren bis Bartolus, 66, 75; *Spickhoff*, Der ordre public im internationalen Privatrecht – Entwicklung – Struktur – Konkretisierung, 29.

²⁴ *Mayer*, Droit international privé, 138.

rechts einen Vertrag schloss und daraus haftete, konnte diese Ignoranz eine *laesio enormis* darstellen. In einem solchen Fall ermöglichte das römisch-kanonische Recht eine *restitutio in integrum*. Nach der Meinung einiger Historiker²⁵ enthielt diese vertragsrechtliche Regelung einige frühe Segmente, die dem später entwickelten Begriff des *ordre public* ähnelten.

Die folgende Ära der Postglossatoren und der Klassifizierung der verschiedenen Gewohnheitsrechte in *statuta* signalisierte einen bedeutenden Wendepunkt in der theoretischen Entwicklung des internationalen Privatrechts. *Bartolus de Saxoferrato* unterschied zuerst zwischen den verschiedenen *statuta*, um ihre extraterritoriale Anwendung zu rechtfertigen und zu erleuchten.²⁶ Er hat als erster die Frage gestellt, ob *statuta* eine rein territorial beschränkte Wirkung haben, d.h. auch im Falle von Ausländern gelten, die im territorialen Anwendungsbereich der *statuta* wohnhaft waren, oder ob *statuta* auch extraterritoriale Anwendung finden konnten. Im Zusammenhang mit dieser Fragestellung prüfte er, ob nur einige oder alle *statuta* eine extraterritoriale Wirkung entwickeln konnten. Er lehnte eine solche Möglichkeit für die *statuta odiosa* aufgrund ihres Gehalts und ihrer Natur ab.²⁷ Anderes galt für die *statuta favorabilia*, die auch *extra territorium* angewendet werden durften. Sein Schüler, *Baldus de Ubaldis*, klassifizierte – ebenso arbiträr – alle *statuta* in *permissiva* (erlaubende) und *prohibitiva* (verbietende). Innerhalb der letzten Gruppe machte er eine weitere Unterscheidung (ihrem Inhalt, Zweck und Bedeutung entsprechend)²⁸ in *statuta*, welche die gültige Form eines Rechtsverhältnisses regulierten, in *statuta*, welche die Erhebung einer Klage regelten und in *statuta in personam*, welche das sog. Personalstatut eines Bürgers ordneten. Diese letztere Art konnte entweder *favorabilia* sein (günstig), deren territoriale Reichweite breit war, weil sie immer absolute Anwendung fanden und der Person überall folgten, oder *statuta odiosa* (widerwärtige/abscheuliche), die aufgrund ihres Inhalts und ihrer territorial abgegrenzte Reichweite keine normative Wirkung außerhalb des Territoriums, in dem sie in Kraft getreten waren, entfalteten.

²⁵ Neumeyer, *ibid.* 119.

²⁶ *Gamillscheg*, in: FS Franz Wieacker, 235–244; *Woolf*, Bartolus de Saxoferrato – His position in the history of Medieval political thought, *passim*.

²⁷ Was den Gehalt der genannten Beispiele von *Bartolus* und *Baldus* angeht, muss bemerkt werden, dass sie dem Vertrags-, Familien- und Erbrecht angehören, s. *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 30–32.

²⁸ Im Gegensatz hat *Bartolus* behauptet, dass die Reichweite einer Regel von ihrem Wortlaut abhängig war, *Gamillscheg*, Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, 53–61.

Ein Teil der Rechtswissenschaft²⁹ erkennt in der Natur und Funktion von *statuta odiosa* den Vorgänger des *ordre public* in seinen positiven und negativen Funktionen an. Zuallererst finden einige Rechtswissenschaftler Ähnlichkeiten und Zusammenhänge der abscheulichen Gesetze (*statuta odiosa*) mit den international zwingenden Normen, d.h. mit den *lois d'application immédiate*. Die räumliche Anwendung der einseitigen international zwingenden Normen wird in Bezug auf ihren Zweck und nicht durch die kollisionsrechtliche Methode der allseitigen Regeln bestimmt. Das erinnert an die territorial beschränkte Funktion von *statuta odiosa*. Entsprechend diesem Standpunkt sind *statuta odiosa* nur ausnahmsweise anwendbar und ähneln dadurch dem *ordre public négatif*. Gegenargumente³⁰ können allerdings auf überzeugende Weise artikuliert werden. Die Theorien von *Bartolus* und *Baldus* führen nicht unbedingt zu dem Schluss, dass die *statuta odiosa* innerhalb ihres territorialen Anwendungsbereichs auch Anwendung auf im Territorium wohnhafte Ausländer finden. Dadurch ist ihre Ähnlichkeit mit den modernen *lois d'application immédiate* nicht unbestreitbar, da die international zwingenden Normen von ihrer absoluten Anwendbarkeit charakterisiert sind, aber die *statuta odiosa* nicht. Ein noch entscheidenderer Faktor ist, dass weder *Bartolus* noch *Baldus* jemals *statuta odiosa* eine außerordentliche Funktion zugeschrieben haben, da keiner von den beiden je behauptete, dass der Zweck eines *statutum odiosum* darin lag, die Anwendung einer ausländischen Regel innerhalb des territorialen Anwendungsbereichs des *statutum odiosum* zu verhindern. Diese ganze theoretische Debatte weist trotzdem auf die Bedeutung und Rolle des *statutum odiosum* zur Entwicklung des kollisionsrechtlichen Instruments des *ordre public* hin.³¹

Im 16. Jahrhundert setzte der französische Rechtsanwalt und Professor *Charles Dumoulin*³² in seinem Kommentar des *Codex Justinians* die traditionelle territoriale Analyse von *statuta* fort und leitete den Übergang von der italienischen zur französischen Schule der *statuta*-Theorie ein. Seine

²⁹ *Juenger*, Choice of law and multistate Justice, 79; *Lagarde*, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter II, 4 (1994), 3–60; *Mayer*, Droit international privé, 138; *Spickhoff*, Der ordre public im internationalen Privatrecht – Entwicklung – Struktur – Konkretisierung, 30–31.

³⁰ *Petros Vallendas*, Ε αεπεφαλκσεσ τεσ δεμοσεασ τακσεσ εσ το ιδιοτικó Διεθνεσ Δίκαιο) (*Πέτρος Βαλλήνδασ*, Η επιφύλαξις της δημόσιας τάξεως εις το Ιδιωτικó Διεθνεσ Δίκαιο), 21 (Athens, 1937); *id.*, Der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 18 (1953), 1–12.

³¹ Der äquivalente Begriff des *common law, public policy*, wurde in England schon im 15. Jahrhundert erkannt und funktioniert seit dem 18. Jahrhundert als eine Vorbehaltsklausel, welche die wesentlichen Grundsätze der lokalen Moralität und gesellschaftlichen Ordnung garantiert, s. *Murphy*, in: *GA.J.Int'L&Comp.L.* 11 (1981), 591, 591–615.

³² *Gamillscheg*, Der Einfluss Dumoulin's, 53–60.

Lehre war wie früher auf der bipolaren Unterscheidung zwischen *statuta* gegründet, die entweder der Person, wohin sie auch ging, folgte, und dementsprechend eine extraterritoriale Wirkung entfalteten, und *statuta*, welche die rechtliche Lage von Sachen regulierten und deswegen von strikt territorialer Anwendung waren. Er beschränkte die Anwendung eines ausländischen Rechts durch die Behauptung, dass die Rechtsvorschriften eines Landes, das sich im Kriegszustand gegen Frankreich befand – in diesem besonderen Fall war es die Türkei³³ – nicht gelten sollten. Dieses politische Hindernis, das die Anwendung eines ausländischen Rechts blockierte, war eine bedeutende Ausnahme, die eine äquivalente Funktion zur späteren *ordre public*-Klausel hatte.³⁴ Gleichzeitig führte dieses Hindernis dazu, dass der Wille der Parteien unbeachtlich wurde. In diesem frühen Punkt entwickelte *Dumoulin* nicht weiter seine Gedanken, sodass er keine zusätzliche Differenzierung³⁵ zwischen der Beschränkung von Privatautonomie und der Kontrolle der Kompatibilität eines ausländischen Rechts mit dem eigenen Recht für wichtig hielt. Es wäre deswegen verfehlt anzunehmen, dass diese Regeln einen *ordre public*-Charakter hatten.

Sein Zeitgenosse *D'Argentré*³⁶ entwickelte ein striktes Territorialitätsprinzip und bereitete den Weg für die in dieser Zeit auftauchende holländische Schule der *comity*. In seinen *Commentarii in patrias britonum leges, seu Consuetudines generales antiquissimi Ducatus Britanniae*³⁷ unterstützte er das absolute Territorialitätsprinzip und erkannte an, dass jeder Gesetzgeber innerhalb des Territoriums seiner Gesetzgebung den unbestreitbaren Ermessensspielraum hatte, die Anwendung eines ausländischen Gesetzes zu ermöglichen oder abzulehnen. Kollisionsregeln waren in seinem System Geschöpfe der lokalen Rechtsordnung. Er baute das absolute Territorialitätsprinzip auf der Basis der vorhandenen Unterscheidungen unter den verschiedenen *statuta* auf, stimmte der beschränkt extraterritorialen Anwendung von *statuta personalia* zu und fügte eine neue Kategorie von *statuta mixta* hinzu, die strikt territorial anwendbar – wie die *statuta realia* – waren. Im 17. Jahrhundert wurde dieser Gedanke auf übersteuernde Wei-

³³ *Lagarde*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter II, 4 (1994), 3–60.

³⁴ *Gutzwiller*, *Geschichte des Internationalprivatrechts*, 80.

³⁵ Interessanteweise hat *Dumoulin* die Idee der Parteiautonomie so aufgebaut, dass er damit auch Situationen erfasste, in denen die Parteien kein anwendbares Recht gewollt hatten.

³⁶ *Glasson*, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Bd. 8, 8–15.

³⁷ *D'Argentrés* Herkunft war die Bretagne, das damals territorial autonom, aber ständig unter französischer Bedrohung war und erst im Jahre 1532 Teil Frankreichs wurde. Er war während seines ganzen Lebens polemisch gegen alles, was französisch war, auch gegen das politische oder juristische System des Landes.