

IPR für eine bessere Welt

Herausgegeben von
KONRAD DUDEN

Mohr Siebeck

IPR für eine bessere Welt
Vision – Realität – Irrweg?



IPR für eine bessere Welt

Vision – Realität – Irrweg?

Herausgegeben von
Konrad Duden

in Gemeinschaft mit
Christiane von Bary, Kristin Boosfeld,
Florian Heindler, Nicola Kleinjohann, Tobias Lutzi,
Alix Schulz, Christine Toman, Denise Wiedemann
und Felix M. Wilke

Mohr Siebeck

Konrad Duden ist Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg und Lehrstuhlvertreter an der Universität Leipzig.

ISBN 978-3-16-161189-6 / eISBN 978-3-16-161190-2
DOI 10.1628/978-3-16-161190-2

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Am 18. und 19. März 2021 fand am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht die dritte Tagung für den deutschsprachigen Nachwuchs im Internationalen Privatrecht statt. Angesichts der Corona-Pandemie haben wir uns dafür entschieden, die Veranstaltung online durchzuführen. Dass trotzdem ein reges Interesse bestand, dokumentieren weit über 200 Anmeldungen.

Das bewusst provokant formulierte Thema „IPR für eine bessere Welt: Vision – Realität – Irrweg?“ nimmt die gesellschaftliche Bedeutung des Internationalen Privatrechts und dessen Potenzial zur Bewirkung gesellschaftlichen Wandels in den Blick. Wie bereits bei den ersten IPR-Nachwuchstagungen stieß die Ausschreibung auf reges Interesse. Wir hatten daher die schwierige Aufgabe, aus etwa 50 Bewerbungen aus dem deutsch- und englischsprachigen In- und Ausland in einem double-blind peer-review-Verfahren neun Vorträge auszuwählen.

Die ausgewählten Beiträge setzen sich aus unterschiedlichen Perspektiven mit den häufig gegenläufigen Erwartungen an ein Rechtsgebiet auseinander, das einerseits neutral sein soll, von dem sich andererseits aber auch viele die Verwirklichung politischer und gesellschaftlicher Ziele wünschen. Die Betrachtung beginnt mit generellen Überlegungen zu der Bedeutung gesellschaftspolitischer Anliegen für das Internationale Privatrecht und mündet in einer Analyse dieser Bedeutung anhand unterschiedlicher konkreter Einzelbeispiele. Die Beiträge ergänzen sich dabei zu einem vielschichtigen Gesamtbild.

Eröffnet wurde die Tagung von *Angelika Nußberger* (ehemalige Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte), die das Wechselspiel zwischen Internationalem Privatrecht und Menschenrechtsschutz diskutierte. Erstmals wurde die Nachwuchstagung zudem durch eine Podiumsdiskussion abgeschlossen, für die wir *Roxana Banu* (Queen Mary University of London), *Hans van Loon* (ehemaliger Generalsekretär der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht), und *Ralf Michaels* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) gewinnen konnten. Wir freuen uns sehr, dass wir in diesem Band Schriftfassungen des Eröffnungsvortrags und der englischsprachigen Podiumsdiskussion veröffentlichen können.

Wir danken allen Referent*innen sehr herzlich für ihre Mitwirkung an der Tagung und an diesem Tagungsband. Dankbar sind wir auch den Mitarbeiter*innen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht für die Unterstützung bei der Durchführung der Tagung und der Vor-

bereitung dieses Bandes. Weiterer Dank gilt dem Verlag Mohr Siebeck, der die Drucklegung großzügig unterstützt hat. Wir danken unseren Förderer*innen für die Bereitschaft zur finanziellen Unterstützung, die wegen der digitalen Durchführung jedoch letztlich nicht erforderlich war.

Das Anliegen der IPR-Nachwuchstagungen ist es, Nachwuchswissenschaftler*innen ein eigenes Diskussionsforum zu eröffnen und einen persönlichen Austausch über Länder- und Universitätsgrenzen hinweg zu ermöglichen. Auch zukünftig soll dieser Austausch weitergeführt werden. So wird die nächste IPR-Nachwuchstagung im Jahr 2023 in Wien stattfinden und wir würden uns freuen, zahlreiche Leser*innen dort zu sehen.

Die Herausgeber*innen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Internationales Privatrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention <i>Angelika Nußberger</i>	1
„Inner and Outer Conflicts“ – Drittstaatsverhältnisse und die Neutralität des EU-IPR <i>Christopher Reibetanz, Charlotte Wendland</i>	17
Politisierung qua Kompetenz? <i>Johanna Croon-Gestefeld</i>	35
Politisierung des IPR links und rechts des Atlantiks – Wege und Irrwege zwischen governmental interest analysis und zunehmender Politisierung des (europäischen) Kollisionsrechts <i>Christian Uhlmann</i>	51
Globale Unternehmenshaftung im Lichte des IPR – Ein Plädoyer für das kollisionsrechtliche Neutralitätsgebot <i>Joshua Blach</i>	71
Private International Law and Corporate Accountability for Human Rights Violations <i>Ekaterina Aristova</i>	89
Extraterritorialitätsauswirkungen und fehlender Privatrechtsbezug im Internationalen Datenprivatrecht – Keine bessere Welt <i>Sören Segger-Piening</i>	107
Kollisionsrecht und Geschlecht im Wandel – Die international- privatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> <i>Susanna Roßbach</i>	125

Miteinander, Gegeneinander? <i>Mutual trust</i> im europäischen internationalen Familienrecht <i>Marlene Brosch</i>	143
Weltverbesserung durch „Weltrecht“? Zur Eignung des Einheitsprivatrechts als Instrument nachhaltiger Entwicklung <i>Ben Köbler</i>	161
Panel Discussion PIL for a better world: Vision – Reality – Aberration? Opening statements <i>Ralf Michaels</i>	179
<i>Roxana Banu</i>	183
<i>Hans van Loon</i>	188
Discussion	195
Liste der Beitragenden	211

Internationales Privatrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention

Angelika Nußberger¹

Abstract: In recent years, the European Court of Human Rights had to decide in a number of cases concerning potential human rights violations brought about by the application of rules of private international law. The fact that the Court found violations in many of those cases is not indicative of a general problem of incompatibility between human rights law and international private law. Yet, differentiated solutions are necessary. Private international law cannot provide a one-size-fits-all solution, but must be seen as a building block in finding adequate responses to potential new forms of discrimination.

I. Einleitung

Lassen Sie mich mit einem Geständnis beginnen. Bei meinem Studium in München habe ich ein sehr eigenartiges Wahlfach gewählt: „Konkursrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Internationales Privatrecht.“ Das klingt nach „Resteverwertung“, Potpourri, und das war es wohl auch. Interessiert hatte mich nur Letzteres, das IPR. Aber auch das IPR habe ich schnell aufgegeben; zum letzten Mal bei meinem Zweiten Staatsexamen im Jahr 1993 habe ich mich damit beschäftigt. Und auf diesem – aus Ihrer Sicht archaischen – Stand ist mein Wissen dann auch stehengeblieben bzw. von diesem Stand aus ist es dem Vergessen anheimgefallen.

Vor fünf Jahren aber haben mich die damaligen Direktoren des Hamburger MPI, Herr Basedow und Herr Zimmermann, zu einem Werkstattgespräch nach Hamburg zum Thema „Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Privatrecht“ eingeladen. Die lebhafteste Diskussion habe ich in bester Erinnerung. Aus dem Vortrag von damals wurde eine Publikation für die *Rabels Zeitschrift*. So war auch das IPR plötzlich für mich wieder ein Thema geworden. Aber es war nur eine kurze Renaissance. Nicht nachhaltig, würde man in moderner Terminologie sagen.

¹ Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Schriftfassung des Einführungsvortrags zur Dritten IPR-Nachwuchstagung „IPR für eine bessere Welt: Vision – Realität – Irrweg“, die am 18./19. März 2021 online stattgefunden hat. Die Redeform wurde beibehalten. Auf weiterführende Literaturverweise wurde verzichtet; eingefügt wurden nur die Nachweise der wörtlichen Zitate und der Urteile.

Als Sie mich nun für die Eröffnung der heutigen Tagung angefragt haben, habe ich mir überlegt, wie sehr sich das nationale Recht und das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention in den vergangenen fünf Jahren entwickelt haben mochten. Vielleicht könnte ich Ihnen nochmals denselben Werkstattbericht geben wie damals Herrn Zimmermann und Herrn Basedow? Aber nichts bleibt im Recht bestehen, wir können Vorträge nicht zweimal halten. Der EGMR entscheidet jedes Jahr etwa 60.000 Fälle, und darunter sind auch solche, die sich mit Fragen des IPR befassen. Als Juristinnen und Juristen können wir nicht so tun, als gäbe es nichts Neues. Und manches Mal werden mit dem Neuen auch Weichen neu gestellt.

Erlauben Sie mir dennoch, den Endpunkt meiner damaligen Überlegungen an den Anfang meines heutigen Vortrags zu stellen.

Damals hatte ich gefragt, ob der EGMR zum obersten Europäischen Zivilgericht geworden ist und ob seine Rechtsprechung das Zivilrecht grundlegend oder zumindest punktuell verändert haben könnte. Ob dem Zivilrecht eine neue Zwangsjacke angelegt worden ist, wollte ich wissen, oder aber ob die Rechtsprechung des EGMR auch im Privatrecht geholfen haben könnte, verkrustete Strukturen aufzubrechen.

Aus meiner Sicht ließen sich Reibungen konstatieren:

„Aus einem System heraus überzeugend begründete Lösungen werden plötzlich aus einer völlig anderen Perspektive untersucht; die Rolle und Verantwortung des Staates wird in die der Privatautonomie unterliegenden Rechtsverhältnisse hineinprojiziert. Verantwortlichkeiten werden verschoben, neue innovative Interpretationsmethoden stellen eine Herausforderung dar.“²

Im Ergebnis fand ich aber, dass die Reibungen eher als Impulse denn als Verunsicherungen zu verstehen seien. Diese Überlegungen waren auf das Zivilrecht bezogen, schlossen das IPR aber mit ein.

Sie fragen mit dem Titel Ihrer heutigen Tagung nicht nach Reibungen und Verunsicherungen, sondern danach, ob das IPR ein Recht „für eine bessere Welt“ ist und bieten drei Optionen an: „Vision, Realität und Irrweg“. Zu diesen Fragen will ich auf der Grundlage von neueren Fällen des EGMR, insbesondere *Molla Sali v. Griechenland*³ und *Harroudj v. Frankreich*⁴, Stellung nehmen. Um zur Besprechung dieser Fälle zu gelangen, mute ich Ihnen aber eine Kaskade von Vorbemerkungen zu, zur Statistik, zum *ordre public*, zur Sonderbehandlung im Recht, zur Besetzung der Richterbank, zu Fällen mit Auslandsbezug und zur Bedeutung der Diskriminierungsthematik in der Rechtsprechung des EGMR.

² Nußberger, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Privatrecht, RabelsZ 80 (2016), 817, 849.

³ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14 – NJW 2019, 3699.

⁴ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09.

II. Vorbemerkungen

1. Vorbemerkung: Negativstatistik

Greifen wir die aus der letzten Zeit relevanten Fälle des EGMR auf, die Fragen des IPR zum Gegenstand haben, so ergibt sich folgendes Bild:

*Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*⁵: Verletzung

*Harroudj v. Frankreich*⁶: keine Verletzung

*Mennesson v. Frankreich*⁷: Verletzung

*Orlandi und andere v. Italien*⁸: Verletzung

*Molla Sali v. Griechenland*⁹: Verletzung

Fünf Fälle zum IPR (zugegebenermaßen – eine subjektive Auswahl), vier Verletzungen. Das ist keine gute Bilanz. Aber die statistischen Daten an sich sagen nichts aus. Wichtig ist, worum es im Einzelnen geht und warum wie entschieden wurde. Daraus können wir dann möglicherweise Rückschlüsse auf Konflikte zwischen IPR und Menschenrechtsschutz ziehen.

2. Vorbemerkung: *Ordre public* – *droits individuels*?

Grundsätzlich geht das IPR davon aus, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts aufgrund abstrakter Anknüpfungspunkte erfolgt und die für anwendbar erklärten Rechtsordnungen gleichwertig sind. Nur für Extremfälle hält das IPR den *ordre public* vor, mit dem die Anwendung ausländischen Rechts im Inland verweigert werden kann. Das System hat seine innere Logik, Menschenrechtsverletzungen oder Diskriminierungen figurieren darin allenfalls in den besonderen Fällen, in denen der *ordre public* bemüht wird. Aber, wie das Wort sagt, ist der Maßstab der „*ordre public*“, nicht der „*ordre individuel*“. Um individuelle Rechte geht es vom Ausgangspunkt her nicht, auch wenn ihre Missachtung ein Problem des *ordre public* sein kann.

Der EGMR misst die vom IPR vorgezeichneten Lösungen aber an einem anderen Maßstab, an der EMRK und damit insbesondere am Diskriminierungsverbot und an den anderen in der Konvention enthaltenen Menschenrechtsverbürgungen, an den Rechten der Einzelnen.

⁵ EGMR, *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*, Urteil v. 28.6.2007 – App. no. 76240/01.

⁶ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09.

⁷ EGMR, *Mennesson v. Frankreich*, Urteil v. 26.6.2014 – App. no. 65192/11.

⁸ EGMR, *Orlandi und andere v. Italien*, Urteil v. 14.12.2017 – App. nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 und 60088/12.

⁹ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14 = NJW 2019, 3699.

3. Vorbemerkung: Sonderbehandlung

Dieses neue Vermessen rechtlicher Lösungen gilt etwa für die Fälle, bei denen im Ausland erfolgte Statusänderungen (zB. Adoption, Kindschaftsfeststellung oder Eheschließung) im Inland nicht anerkannt werden. Paradigmatisch sind dafür die Fälle *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*¹⁰, *Orlandi und andere v. Italien*¹¹ und *Menesson v. Frankreich*¹², wobei es zu letzterem Fall neben den Streitentscheidungen auch ein Gutachten auf der Grundlage von Protokoll 16 gibt.¹³ Eine zweite Fallgruppe – die klassischen IPR-Fälle – sind jene, bei denen aufgrund eines besonderen Auslandsbezugs ein anderes als das inländische Recht zur Anwendung kommt. Beispielhaft dafür sind *Molla Sali v. Griechenland*¹⁴ und *Harroudj v. Frankreich*¹⁵.

Diese Fälle will ich im Folgenden aus der Logik des Menschenrechtsschutzes erläutern, wobei ich mich auf die Beeinträchtigungen des Rechts auf Achtung des Familien- und Privatlebens (Art. 8 EMRK) und des Diskriminierungsverbots konzentrieren möchte (Art. 14 EMRK).

4. Vorbemerkung: Die Richterbank

Meiner Analyse möchte ich aber gerne noch eine Anmerkung zur Richterbank voranstellen und damit zu jenen, die über diese Fälle entschieden haben und entscheiden. Die Frage des „quis iudicabit?“ wird in letzter Zeit – zurecht – immer mehr in den Vordergrund gerückt. Die Richterbank in Straßburg ist gemischt zusammengesetzt mit Richterinnen und Richtern aus allen 47 Mitgliedsstaaten, mit Frauen und Männern, mit Jüngeren und Älteren, mit jenen die im kontinentaleuropäischen Recht und jenen, die im *common law* beheimatet sind. Anwälte sind dabei und Richterinnen, Professoren und, vereinzelt auch, ehemalige *government agents*. Strafrecht und Völkerrecht waren immer als Spezialisierungsgebiete der Richterinnen und Richter prominent vertreten, manche kannten sich auch im Verwaltungsrecht besonders gut aus; es gab auch jene mit besonderen Vorkenntnissen im Wirtschaftsrecht. Aber ein Spezialist oder eine Spezialistin für Internationales Privatrecht würde mir nicht einfallen. Vielleicht mag das für Sie ein Grund sein, um noch kritischer hinzuhören und die Urteile

¹⁰ EGMR, *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*, Urteil v. 28.6.2007 – App. no. 76240/01.

¹¹ EGMR, *Orlandi und andere v. Italien*, Urteil v. 14.12.2017 – App. nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 und 60088/12.

¹² EGMR, *Menesson v. Frankreich*, Urteil v. 26.6.2014 – App. no. 65192/11.

¹³ EGMR, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother v. 10.4.2019, Request no. P16-2018-001.

¹⁴ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14 = NJW 2019, 3699.

¹⁵ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09.

jener zu zerpfücken, die an alles mit der breiten Bürste des Menschenrechtsschutzes herangehen und damit möglicherweise Unterscheidungen verwischen, die Ihnen wichtig sind.

5. Vorbemerkung Andersbehandlung von Fällen mit Auslandsbezug

Grundsätzlich befasst sich das IPR mit Sachverhalten mit Auslandsbezug.

Der Auslandsbezug kann, muss aber nicht dazu führen, dass ein anderes Recht als das Recht des Konventionsstaats, unter dessen Jurisdiktion die betroffene Person steht, zur Anwendung kommt und damit ein Fall mit Auslandsbezug im Ergebnis anders behandelt wird als ein Fall ohne Auslandsbezug: die Voraussetzungen für eine Scheidung werden nicht anerkannt, ein Eigentumstitel nicht zugesprochen, eine Adoption nicht als gültig angesehen. Eine derartige ungleiche Behandlung kann aus menschenrechtlicher Perspektive die Frage einer potentiellen Diskriminierung aufwerfen, insbesondere, wenn die Regelung der entsprechenden Rechtsfrage für die betroffene Person nachteilig ist.

Neben diesen Fallgestaltungen kann der Auslandsbezug aber auch darin begründet sein, dass eine im Ausland vollzogene Statusänderung, etwa eine Adoption oder eine Eheschließung, im Inland nicht anerkannt wird. Hier kann man argumentieren, dass eine bereits erreichte Rechtsposition weggenommen werde und damit ein Eingriff vorläge. Unter Umständen kann man aber, je nachdem, welche Vergleichsgruppen man heranzieht, auch in diesen Fällen eine Diskriminierung sehen, etwa wenn dieselben Statusänderungen, wären sie innerstaatlich begründet, anerkannt würden.

6. Vorbemerkung: Diskriminierung?

Der Umgang des EGMR mit dem Diskriminierungsverbot scheint – nun verwende ich ein sehr kritisches Wort – launisch. Nicht alle derartigen Fälle prüft der EGMR an Art. 14 EMRK, manche aber doch. Dies gilt es einleitend zu erläutern.

So verurteilt der Gerichtshof Luxemburg im Fall *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg* aufgrund von Art. 8 EMRK einerseits und Art. 8 iVm. 14 EMRK andererseits.¹⁶ Ebenso kommt im Fall *Molla Sali* Art. 14 EMRK ins Spiel, dort zusammen mit Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls.¹⁷ Dagegen argumentiert der Gerichtshof im Fall *Harroudj v. Frankreich*, im Fall *Menesson v. Frankreich*

¹⁶ EGMR, *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*, Urteil v. 28.6.2007 – App. no. 76240/01, Rn. 117 ff., 148 ff.

¹⁷ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14, Rn. 84 ff. = NJW 2019, 3699.

und im Fall *Orlandi und andere v. Italien* eine potentielle Diskriminierung sei nicht zu prüfen.¹⁸

III. Analyse der jüngsten IPR-Rechtsprechung des EGMR

1. Sachverhalte

Lassen Sie mich kurz die jeweiligen Sachverhalte schildern, die zur Entscheidung anstanden.

Im Fall *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg* ging es um eine in Peru erfolgte Adoption einer alleinstehenden Frau, die nach luxemburgischem Recht nicht anerkannt wurde, da danach nur verheiratete Paare adoptionsberechtigt waren.¹⁹

Beim Fall *Molla Sali v. Griechenland* ging es um die Gültigkeit eines Testaments und das Erbstatut. Da der Erblasser Angehöriger der muslimischen Minderheit in Griechenland war, wandten die griechischen Gerichte auf den Erbfall die Sharia an und nicht das gewöhnliche griechische Erbrecht. Damit wurde die Ehefrau nicht, wie im Testament ihres Mannes vorgesehen, Alleinerbin, sondern musste zwei Drittel des Erbes an die Schwestern des Mannes abgeben.²⁰

Im Fall *Harroudj v. Frankreich* konnte ein in Algerien geborenes und in Frankreich lebendes Kind nicht adoptiert werden, da das insoweit anwendbare algerische Recht nur die Kafala, nicht aber die Volladoption vorsah.²¹

Im Fall *Mennesson v. Frankreich* wurde um die in Frankreich eintretenden Folgen der Geburt eines Kindes aus einer Leihmutterchaftsbeziehung im Ausland gestritten.²²

Im Fall *Orlandi und andere v. Italien* ging es um im Ausland geschlossene Ehen zwischen Homosexuellen, die im Inland nicht anerkannt wurden.²³

Es sind so alles Fälle mit auffälligem kulturspezifischem Kolorit. Hinter dem Streit um die Anwendung des in- oder ausländischen Rechts verbergen sich kleinere oder größere Kulturkämpfe um die richtigen Lösungen bei aktuellen Streitthemen.

¹⁸ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09, Rn. 55; EGMR, *Mennesson v. Frankreich*, Urteil v. 26.6.2014 – App. no. 65192/11, Rn. 108; EGMR, *Orlandi und andere v. Italien*, Urteil v. 14.12.2017 – App. nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 und 60088/12, Rn. 212.

¹⁹ EGMR, *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*, Urteil v. 28.6.2007 – App. no. 76240/01, Rn. 5ff.

²⁰ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14, Rn. 8ff. = NJW 2019, 3699.

²¹ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09, Rn. 5ff.

²² EGMR, *Mennesson v. Frankreich*, Urteil v. 26.6.2014 – App. no. 65192/11, Rn. 6ff.

²³ EGMR, *Orlandi und andere v. Italien*, Urteil v. 14.12.2017 – App. nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 und 60088/12, Rn. 10ff.

2. Vergleichsgruppen

Prima facie rufen diese Fälle, wie erwähnt, eine Diskriminierungsproblematik auf, wobei es allerdings nicht immer ganz offensichtlich ist, welche Vergleichsgruppen herangezogen werden können. Aus der Sicht der Menschenrechtskonvention können Staaten nur für Ungleichbehandlungen innerhalb ihrer Jurisdiktion verantwortlich gemacht werden; die Tatsache, dass ausländisches Recht eventuell eine günstigere Regelung vorsieht, hat außer Betracht zu bleiben. So können sich etwa im Fall der im Inland verweigerten Anerkennung einer Ehe von Homosexuellen die Betroffenen nicht auf eine Diskriminierung gegenüber jenen, die in einer anderen Rechtsordnung eine entsprechende Ehe schließen können, berufen. Andernfalls würde über die Konvention ein Zwang zur Homogenisierung der Rechtsordnungen ausgeübt; dies ist nicht der Grundgedanke.

Andererseits besteht eine grundsätzliche Pflicht zur Gleichbehandlung all jener, die ein- und derselben Jurisdiktion unterworfen sind. So beschwert sich *Molla Sali* in dem griechischen Fall – im Übrigen unter Art. 6 EMRK, dem Recht auf ein faires Verfahren – der griechische Kassationsgerichtshof habe sich geweigert, in ihrem Fall das „ordinary law applicable to all Greek citizens“ anzuwenden.²⁴ Im Fall *Harroudj* führte die Antragstellerin aus, dass die Regelungen des französischen Zivilrechts, indem sie auf das die Adoption verbietende Personalstatut des Kindes verwiesen, in ungerechtfertigter Weise aufgrund von der nationalen Herkunft benachteiligten.²⁵ Damit wird die von der international-privatrechtlichen Anknüpfung bedingte Sonderstellung unmittelbar angegriffen. Im Fall *Wagner und J.M.W.L* geht es dagegen um die Anwendung des luxemburgischen Rechts auf verschiedene im selben Land adoptierte Kinder, die aber einerseits Adoptiveltern, andererseits nur eine Adoptivmutter haben und damit um eine im luxemburgischen Familienrecht, nicht im luxemburgischen IPR bestehende Benachteiligung:

„The applicants maintained in the first place that the child, who had not chosen her situation, had been the subject of unjustified discrimination. Although an adoptive mother had been designated for her in all conscience and according to a well-organised procedure by the authorities of her country of origin, the adoptive tie was denied by the Luxembourg courts. The minor child thus suffered discrimination by comparison with another Peruvian child who had been adopted by a Luxembourg married couple and whose family ties had been recognised in Luxembourg, even if the couple had subsequently separated or if one of the parents had subsequently died.“²⁶

²⁴ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14, Rn. 84 = NJW 2019, 3699.

²⁵ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09, Rn. 53.

²⁶ EGMR, *Wagner und J.M.W.L v. Luxemburg*, Urteil v. 28.6.2007 – App. no. 76240/01, Rn. 138.

3. Stellung von Art. 14 EMRK im Konventionssystem

Warum stellt der EGMR nun in manchen Fall auf den Aspekt der Diskriminierung ab und negiert seine Bedeutung in anderen Fällen, indem er judiziert, auf die insoweit aufgeworfenen Fragen bedürfe es keiner Antwort?

Dies liegt in der Bedeutung der Diskriminierungsfragen für die Rechtsprechung des EGMR begründet und ist eine Besonderheit, die von außen nicht immer wahrgenommen wird, wenn aber doch, Anlass zu Kritik ist; eine Änderung dieser Rechtsprechung für die Zukunft schließe ich nicht aus. Anders als andere Menschenrechtsverträge ist das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK kein eigenständiges Recht, sondern immer mit einem anderen Recht verbunden. So ist der Wortlaut:

„The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.“

Aufgrund der Formulierung „der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“ steigt der EGMR in die Prüfung des Art. 14 EMRK immer über ein anderes Konventionsrecht ein; der „losgelöste“ Diskriminierungsschutz nach dem 12. Zusatzprotokoll wurde schließlich nur von einer kleinen Minderheit von Staaten anerkannt. Zudem stellt der Gerichtshof, wenn sich bereits eine andere Konventionsverletzung findet, nur dann zusätzlich noch auf das Diskriminierungsverbot ab, wenn dies die besondere Qualität des Falles ausmacht. So war es insbesondere im Fall *Molla Sali v. Griechenland*²⁷, auf den es sich deshalb im Detail einzugehen lohnt.

Damit gibt es – letztlich unabhängig vom Begehren der Antragsteller – zwei unterschiedliche Ansätze zur konventionsrechtlichen Analyse dieser Fälle mit IPR-rechtlichem Auslandsbezug. Entweder man prüft, ob die entsprechende Anwendung einer besonderen Regelung auf die betreffende Person einen Eingriff in ein von der Konvention geschütztes Recht bedeutet oder aber man lässt den Eingriff dahingestellt und untersucht die Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung.

4. Anknüpfen an ein verpöntes Kriterium

Das mit Blick auf Ungleichbehandlungen verpönte Kriterium bei diesen Fällen ist entweder, wie etwa im Fall *Harroudj*, die nationale Herkunft (der Antragsteller wurde aufgrund seiner Geburt in Algerien anders behandelt)²⁸ oder auch

²⁷ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14 – NJW 2019, 3699.

²⁸ EGMR, *Harroudj v. Frankreich*, Urteil v. 4.10.2012 – App. no. 43631/09, Rn. 53: “The applicant alleged that, by referring to the child’s personal law, which did not permit adoption,

die Staatsangehörigkeit. Während erstere, wie erwähnt, im Katalog von Art. 14 EMRK explizit genannt wird, kommt die Staatsangehörigkeit nicht vor, wird aber nach der Rechtsprechung als „anderer Status“ anerkannt.

Schwierig ist zu bestimmen, inwieweit im Fall *Molla Sali* an ein verpöntes Kriterium angeknüpft wird. Nochmals zur Erinnerung – es geht um einen Erbfall, auf den die Sharia angewandt wird, da der Erblasser Moslem war. Die Antragstellerin trägt vor, sie würde wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer religiösen Minderheit anders behandelt; die Drittintervenienten stellen daneben zudem noch darauf ab, dass sie als Frau benachteiligt würde. Juristisch ist dies aber inkorrekt. Denn auch wenn *Molla Sali* ein Mann christlichen Glaubens wäre, etwa der Freund des Verstorbenen, wäre das Testament des Erblassers ungültig gewesen. Auf ihn, den Erblasser, findet die Sharia Anwendung, an seiner Religion knüpft das Recht an, nicht an die der Erben. Der Gerichtshof stellt dies klar bei seiner Interpretation von Art. 14 EMRK und definiert die Vergleichsgruppe dementsprechend.

„It thus follows, in the light of its objective and nature of the rights which it seeks to safeguard, that Article 14 of the Convention also covers instances in which an individual is treated less favorably on the basis of *another person's* status or protected characteristics [...]“²⁹

Die Betonung liegt auf der „Eigenschaft einer anderen Person“ – *Molla Sali* wird aufgrund der Religion ihres Mannes anders behandelt; diese besondere Verbindung wird als „anderer Status“ verstanden. Relevant ist nicht, dass sie selbst Muslima ist, sondern dass derjenige, dessen Erbe sie aufgrund des Testaments beansprucht, Moslem war. Dementsprechend ist die Vergleichsgruppe kompliziert konstruiert: Es geht um den Vergleich einer verheirateten Frau, die von dem Testament ihres muslimischen Ehemanns profitiert im Vergleich zu einer verheirateten Frau, die vom Testament eines nicht-muslimischen Ehemanns profitiert. Und hier besteht in der Tat ein Unterschied: Während erstere nur ein Viertel erbt, bekommt letztere alles.

Liegt eine Ungleichbehandlung von grundsätzlich Gleichem vor, ist nach der Rechtsprechung des EGMR eine Rechtfertigung notwendig. Und dies ist nun der mit Blick auf das IPR spannende Punkt. Denn das IPR spiegelt ja den Versuch, rechtliche Regelungen zu entwickeln, die für besondere Sachverhalte, für Sachverhalte mit Auslandsbezug, adäquate Lösungen zur Verfügung stellen.

Kann nun, was aus der Sicht des IPR rational und passend ist, aus der Sicht der EMRK diskriminierend und konventionsverletzend sein?

the provisions of the French Civil Code created unjustified discrimination on grounds of national origin.“

²⁹ EGMR (GK), *Molla Sali v. Griechenland*, Urteil v. 19.12.2018 – App. no. 20452/14, Rn. 134 (Hervorhebung durch Autorin) = NJW 2019, 3699.

Hier gilt es nun die unterschiedlichen Lösungen zu betrachten, einmal über die Diskriminierungsrechtsprechung, das andere Mal über die Substanzverletzungsrechtsprechung.

5. *Molla Sali*

Betrachten wir *Molla Sali*. Wie wird es gerechtfertigt, dass sie gegenüber einer mit einem nicht-muslimischen Mann verheirateten Frau benachteiligt wird? Vorgetragen werden zwei Argumente: Erstens: Griechenland habe eine internationale Verpflichtung zu erfüllen gehabt. Und zweitens: die Erfüllung dieser Verpflichtung diene dem Minderheitenschutz.

Um diese Argumentation einzuordnen ist ein Blick in die ferne Vergangenheit notwendig.

Die Geschichte der *Molla Sali* und damit die Geschichte der Enttäuschung einer Muslima aus Westthrazien über die Aberkennung des ihr vermeintlich sicher zustehenden Erbes nach ihrem Mann führt zurück in die frühe Zeit des 20. Jahrhunderts und die völkerrechtlichen Regelungen zu einer hochexplosiven Minderheitenproblematik im Vertrag von Athen aus dem Jahr 1913³⁰, dem Vertrag von Sèvres aus dem Jahr 1920³¹ und dem Vertrag von Lausanne aus dem Jahr 1923³². Mit der territorialen Neuordnung im Zuge des Auseinanderbrechens des Osmanischen Reichs war eine Umsiedlung der neu entstehenden Minderheiten vorgesehen, wobei die Religionszugehörigkeit als Kriterium für die nationale Zugehörigkeit genutzt wurde: die griechisch-stämmigen orthodoxen Christen mussten Anatolien verlassen, die dem Islam angehörende türkische Minderheit in Griechenland wurde in das türkische Stammland umsiedelt. Die Rechte der verbleibenden christlichen Minderheiten in der Türkei sowie der muslimischen Minderheiten in Griechenland wurden in eigenen, dem Minderheitenschutz gewidmeten Teilen dieser Verträge geregelt. Danach war auf das Erb- und Familienrecht der muslimischen Minderheit in Westthrazien die Sharia anwendbar; dies wurde als eine den Gleichheitssatz nicht verletzende Schutzbestimmung verstanden. Die Normen, als Schutznormen gedacht, die im Fall *Molla Sali* zur Anwendung kamen, waren so fast 100 Jahre alt.

Aber sind es auch wirklich Schutznormen? Ist es nicht fast schon zynisch, wenn man aufgrund der Anwendung der vermeintlichen Schutznorm statt des gesamten Erbes nur ein Viertel bekommt?

³⁰ The Treaty of Peace Between Turkey and Greece, 11.11.1913, abgedruckt in: Supplement to the American Journal of International Law 8 (1914) 46.

³¹ The Treaty of Sèvres, 10.8.1920, abgedruckt in: The Treaties of Peace 1919–1923, Vol. II, Carnegie Endowment for International Peace, 1924.

³² Treaty of Peace with Turkey Signed at Lausanne, 24.7.1923, abgedruckt in: The Treaties of Peace 1919–1923, Vol. II, 1924.