

# Katharina Reb: Die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und der ordre public

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 12. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht bei Prof. Dr. Robert Magnus (Lehrstuhl Zivilrecht III – Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht) entstanden.

## A. Einführung

„Der Islam gehört zu Deutschland.“<sup>1</sup> Eine Aussage, mit der sich der ehemalige Bundespräsident Christian Wulff in seiner Rede zum 20. Jahrestag der Deutschen Einheit im Jahr 2010 deutlich für Vielfalt und Zusammenhalt in der BRD positionierte.

Heute leben zwischen 5,3 und 5,6 Millionen Menschen mit islamischem Hintergrund in Deutschland<sup>2</sup>, was auf die Gesamtbevölkerung von ca. 82 Millionen<sup>3</sup> betrachtet, etwa 6,6 %<sup>4</sup> ausmacht. Die Herkunftsländer der besagten Gruppe sind dabei höchst unterschiedlich.<sup>5</sup> Dass Deutschland und einzelne islamisch geprägte Länder, anderen Rechts- und Kulturkreisen angehören, ist nicht überraschend.

Obwohl viele Einwanderer<sup>6</sup> und Menschen mit Migrationshintergrund mit Verbindung zum Islam, bereits seit mehreren Jahren ihren Lebensmittelpunkt hierzulande haben, treten des Öfteren aufgrund verschiedener kultureller, religiöser und gesellschaftlicher Vorstellungen, soziale und rechtliche Probleme auf.

Insbesondere wenn der Fall des Ablebens eintritt, stellt sich doch für Gerichte und die Hinterbliebenen die Frage, nach welchem Recht die Nachlassverteilung abgewickelt wird.

Obleich eine Anwendung islamischen Rechts durch deutsche Gerichte auf den ersten Blick doch eigenartig erscheint, kommt dem islamischen Erbrecht in Deutschland ohne Zweifel Bedeutung zu.

In diesem Aufsatz wird im Folgenden speziell der Bereich des islamischen Erbrechts betrachtet und in diesem Rahmen analysiert, wie es zur Anwendung fremden Rechts durch deutsche Gerichte kommt. Dabei werden die wesentlichen Unterschiede zum deutschen Erbrecht herausgearbeitet. Des Weiteren wird der ordre public-Verstoß näher beleuchtet,

indem insb. erbrechtliche Fallgestaltungen erörtert werden, die im Einzelfall einen ordre public-Verstoß begründen können.

## B. Analyse der Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und des ordre public

### I. Die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte

#### 1. Rechtliche Ausgangslage

##### a) Beispielfälle zur Veranschaulichung

Um die rechtliche Ausgangslage für die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und den ordre public zu erläutern, sollen die folgenden Fälle zur Veranschaulichung dienen.

**Fall 1:** Erblasser E mit irakischer Staatsangehörigkeit und muslimischen Glaubens lebt seitdem er 20 Jahre alt ist in Deutschland und war mit einer Deutschen verheiratet. Aus der gemeinsamen Ehe gingen zwei Kinder (ein Sohn und eine Tochter katholischer Konfession) hervor. 15 Jahre vor seinem Tod entscheidet sich E, nach seinem Ableben die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem irakischen Recht abzuwickeln.<sup>7</sup>

**Fall 2:** S, mit syrischer Staatsangehörigkeit, wohnt seitdem sie pensioniert ist in Deutschland und stirbt dort im Mai 2022. Ihr Mann M lebt in einem Pflegeheim in der Nähe von Homs. Bis auf ihre Großtante T, hat S keine Familie in Deutschland. Der Rest der Familie und ihre Freunde, die sie während der Wintermonate von Oktober bis April immer besucht, leben in Syrien. Ihr geringes Vermögen befindet sich in Syrien, u. a. hat

<sup>1</sup> Wulff, 20. Jahrestag der Deutschen Einheit, [https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Christian-Wulff/Reden/2010/10/20101003\\_Rede.html](https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Christian-Wulff/Reden/2010/10/20101003_Rede.html) [Stand: 13.3.2024].

<sup>2</sup> Dernbach, Der Islam ist fast sieben Prozent von Deutschland, <https://www.tagesspiegel.de/politik/muslimische-einwanderung-der-islam-ist-fast-sieben-prozent-von-deutschland/27144646.html> [Stand: 13.3.2024].

<sup>3</sup> BAMF, Muslimisches Leben in Deutschland 2020, <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Forschung/Forschungsberichte/fb38-muslimisches-leben.pdf>, S. 22 [Stand: 13.3.2024].

<sup>4</sup> Ebd., S. 39.

<sup>5</sup> Rohe, Der Islam. Alltagskonflikte und Lösungen. Rechtliche Perspektiven, 2001, S. 61; Ebert, Das Erbrecht arabischer Länder, 2004, S. 29 f.

<sup>6</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten selbstredend für alle Geschlechter.

<sup>7</sup> Angelehnt an: OLG Hamm, Beschluss v. 28.02.2005 – 15 W 117/04, ZEV 2005, S. 436.

S ein Grundstück mit Haus in Damaskus, etwas Geld und einen Goldbarren, der in einer syrischen Bank für sie verwahrt wird.<sup>8</sup>

**Fall 3:** Der Ägypter A hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt seines Todes in Ägypten. Jegliches Vermögen des A befindet sich in Deutschland, wo er bis dreieinhalb Jahre vor seinem Tod noch gelebt hat.<sup>9</sup>

### b) Zuständigkeit deutscher Gerichte

Bei Erbsachen mit internationalem Bezug richtet sich die Zuständigkeit und das anwendbare Recht (= Erbstatut<sup>10</sup>) für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach der EuErbVO (EU-Erbrechtsverordnung).<sup>11</sup> Der zeitliche Anwendungsbereich umfasst gem. Art. 83 I EuErbVO Erbfälle am oder nach dem 15. August 2015, der sachliche Anwendungsbereich ergibt sich aus Art. 1 EuErbVO.

Bei der EuErbVO handelt es sich um eine sogenannte Mischverordnung<sup>12</sup>, in der sowohl Regelungen zur Zuständigkeit, zum anwendbaren Recht, als auch zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen enthalten sind.<sup>13</sup> Im Ergebnis ist der wesentliche Sinn und Zweck der EuErbVO, einen Gleichlauf zwischen *ius* und *forum* zu erzielen.<sup>14</sup> Das international zuständige Gericht soll, wenn durchführbar, möglichst sein eigenes Recht anwenden.<sup>15</sup>

Nach Art. 4 EuErbVO ist das Gericht des Mitgliedstaats zuständig in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Hauptanknüpfungspunkt ist mithin der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers.<sup>16</sup>

Zusätzlich verkörpert die EuErbVO ein „loi uniforme“<sup>17</sup>, sie hat demgemäß universelle Geltung inne<sup>18</sup>, was charakteristisch für das europäische Kollisionsrecht ist.<sup>19</sup> Dies wird durch Art. 20 EuErbVO verdeutlicht und hat zur Folge, dass ein Recht, auf

das durch die EuErbVO verwiesen wird, auch Anwendung finden soll, selbst wenn es sich um das Recht eines Drittstaates handelt. Ein Gleichlauf von *ius* und *forum* nach der EuErbVO erscheint hierdurch nicht immer möglich. Ein deutsches Gericht kann bspw. nach Art. 4 EuErbVO international zuständig sein und trotzdem fremdes Recht anwenden, wenn die EuErbVO auf drittstaatliches bzw. mitgliedstaatliches Recht verweist. Die örtliche Zuständigkeit wiederum ergibt sich nicht aus der EuErbVO selbst. Gem. § 2 IV IntErbRVG (Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz) ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

### c) Anwendung islamischen Rechts

Weiterhin ist nun die Frage, wie es zur Anwendung islamischen Rechts kommen kann. Bevor die EuErbVO in Kraft trat, wurde bei internationalen Erbrechtsfällen durch die Anwendung von Art. 25 EGBGB aF an die Staatsangehörigkeit angeknüpft.<sup>20</sup> Der gewöhnliche Aufenthalt war vor der Einführung der EuErbVO nicht entscheidend. Damals waren die Fälle in denen deutsche Gerichte ausländisches Recht anwenden mussten deutlich häufiger.<sup>21</sup>

Kennzeichnend für die EuErbVO ist, dass neben der allgemeinen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (Art. 21 I EuErbVO) und die Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 22 EuErbVO, eine Ausweichklausel<sup>22</sup> in Art. 21 II EuErbVO vorgesehen ist, die auf eine offensichtlich engere Verbindung abstellt.

Wichtig bleibt zu betonen, dass gem. Art. 75 I EuErbVO die Anwendung von bestehenden internationalen Übereinkommen unberührt bleibt. Im Rahmen des islamischen Rechts ist dabei insb. das deutsch-iranische Übereinkommen<sup>23</sup> und das deutsch-

<sup>8</sup> Angelehnt an: ErWG 24 und 25 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO).

<sup>9</sup> Angelehnt an: *Dörner*, EuErbVO: Die Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft, ZEV 2012, S. 505 (512).

<sup>10</sup> *Junker*, Internationales Privatrecht, 4. Auflage 2021, § 20 Rn. 4 ff.

<sup>11</sup>; ErWG 7 S. 1 EuErbVO; *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Auflage 2021, § 15 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Band 1, 6. Auflage 2020, Einleitung Fn. 1523; *Pawlytta/Pfeiffer* in: *Scherer*, Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018, § 33 Rn. 4.

<sup>13</sup> *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO, Band 12, 8. Auflage 2020, Vorbemerkung zu Art. 1 Rn. 21; *Stürner*, Familien- und Erbrecht. Die Bedeutung des *ordre public* in der EuErbVO, GPR (2014) 6., S. 317 (318).

<sup>14</sup> *Brox/Walker*, Erbrecht, 29. Auflage 2021, § 47 Rn. 22; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 2 Rn. 74.

<sup>15</sup> Vgl. ErWG 23 S. 1 EuErbVO.

<sup>16</sup> *Burandt/Schmuck* in: Beck'sche Kurzkommentare Erbrecht, 4. Auflage 2022, Art. 4 Rn. 2; *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 4 Rn. 2.

<sup>17</sup> *Dutta* in MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 20 Rn. 2; *Burandt/Schmuck* in: Kurzkommentar Erbrecht (Fn. 16), Art. 20 Rn. 1; *Ring/Olsen-Ring*, Dänemark: Bisher keine Geltung der EuErbVO, ZEV 2015, S. 573.

<sup>18</sup> *Schmidt* in: Beck Online Großkommentar BGB/EuErbVO, 2022, Art. 20 Rn. 18 [Stand: 12.9.2022]; *Loyal* in: Beck'scher Online Kommentar BGB/EuErbVO, 62. Edition 2022, Art. 20 Rn. 1 [Stand: 13.3.2024].

<sup>19</sup> *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 20 Rn. 2; *Magnus*, Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht, ZEuP 2018, S. 507 (515).

<sup>20</sup> *Siehr*, Internationales Privatrecht 2001, § 20 S. 104; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage 2006, § 51 S. 435.

<sup>21</sup> *Stürner*, GPR 2014, S. 317 (320).

<sup>22</sup> *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 21 Rn. 5f; *Junker* (Fn. 10), § 20 Rn. 24.

<sup>23</sup> RGBI. 1930 II S. 1002; *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 75 Rn. 8 f.

türkische Übereinkommen<sup>24</sup> von Bedeutung. Das anwendbare Recht richtet sich sodann nicht nach der EuErbVO, sondern nach den entsprechenden Übereinkommen.

Zu einer Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte kann es heute nur in den drei oben beschriebenen Fällen kommen. In Fall 1, wenn der Erblasser eine Rechtswahl zu Gunsten islamischen Rechts (hier: irakisch) getroffen hat (vgl. Art. 22 EuErbVO). In Fall 2 wiederum, wenn nach den Gesamtumständen eine deutlich engere Verbindung zu einem anderen als dem Staat vorliegt, in welchem der Erblasser zu seinem Todeszeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (vgl. Art 21 II EuErbVO). Oder wie in Fall 3, wenn eine der Angelegenheiten eintritt, für die das Gericht nach Art. 10 EuErbVO subsidiär zuständig ist, bzw. eine Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO vorliegt.

In den oben genannten Fällen wird somit auf das Recht von Drittstaaten verwiesen. Eine Anwendung dieses Rechts ist durch Art. 20 EuErbVO möglich.

## 2. Wesensmerkmale des islamischen Erbrechts

### a) Rechtsquellen und Grundlagen

Betrachtet man nun die Eigenheiten des islamischen Erbrechts, so fallen bereits bei den einschlägigen Rechtsquellen erhebliche Unterschiede zum deutschen Erbrecht auf. Zunächst ist festzustellen, dass das islamische Recht weitreichend ist und in einer Vielzahl von Staaten gilt.<sup>25</sup>

Primäre Rechtsquelle in den muslimischen Staaten stellt die Scharia dar,<sup>26</sup> wobei auch hier von Land zu Land differenziert werden muss. Denn in vielen Staaten treten neben das nicht-kodifizierte Recht der Scharia mittlerweile auch andere Rechtsquellen wie Gesetze und Verordnungen<sup>27</sup>, die dem westlichen Verständnis von Recht und Gesetz ähneln. Oberster

Gesetzgeber ist nicht wie in säkular geprägten Staaten ein oder mehrere Gesetzgebungsorgan(e), sondern einzig allein Gott (Allah).<sup>28</sup> Das Wort Scharia, kommt aus dem Arabischen und bedeutet übersetzt „Weg zur Tränke“ oder „deutlicher Weg“.<sup>29</sup>

Scharia ist dabei der Oberbegriff für alle Normen und Vorschriften, die aus dem Koran hervorgehen.<sup>30</sup> Das Besondere an der Scharia als Rechtsquelle bemerkt Rohe: „Die Scharia ist kein präzises Gesetzbuch, sondern ein höchst komplexes System von Normen und Regeln, welche die Auffindung und Interpretation der Normen erst möglich machen.“<sup>31</sup>

Weiter enthält die Scharia nicht nur rechtliche Normen, sondern auch Vorschriften, welche das gesellschaftliche, wirtschaftliche und religiöse Miteinander der Gläubigen regeln.<sup>32</sup> Im Laufe der Zeit haben sich zusätzlich Rechtsschulen entwickelt, welche für die Wiedergabe und die Lehre des Rechts verantwortlich sind.<sup>33</sup>

### b) Grundlegende Regelungen des islamischen Erbrechts

Zunächst gibt es wesentliche Differenzen im Rahmen des Erbrechts innerhalb des Islams zwischen Sunniten und Schiiten.<sup>34</sup> Die Schiiten stellen gegenüber den Sunniten eine Minderheit dar, weshalb die sunnitischen Regelungen dementsprechend verbreiteter sind.<sup>35</sup>

Nachfolgend wird daher speziell auf die Vorschriften und Gebote der Sunniten eingegangen. Maßgeblich sind im islamischen Erbrecht dabei die Koranverse 11, 12 und 176 des vierten Kapitels.<sup>36</sup>

Innerhalb des islamischen Erbrechts unterscheiden Sunniten, ebenso wie in Deutschland zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge.<sup>37</sup> Die Möglichkeiten des Erblassers zur gewillkürten Erbfolge sind allerdings begrenzt.<sup>38</sup> Charakteristisch ist, dass sowohl für Volljährige,

<sup>24</sup> RGBI. 1930 II S. 747; LG München I, Urteil v. 26.9.2006 – 6 O 15963/05, ZEV 2007, 436; Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 75 Rn. 16 f.

<sup>25</sup> Für Syrien: OLG Hamburg, Beschluss v. 7.10.2020 – 2 W 56/20, BeckRS 2020, 55925; für den Iran: OLG München, Beschluss v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, BeckRS 2012, 12689; für Ägypten: KG, Beschluss v. 26.2.2008 – 1 W 59/07, ZEV 2008, 440.

<sup>26</sup> Fiedler, Der Islam und die Herausforderungen der Moderne, 2020, S. 147; Khalfaoui, Islamisches Recht, Scharia und Ethik, 2022, S. 23; Pauli, Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public, 1994, S. 4.

<sup>27</sup> Ebert (Fn. 5), S. 29.

<sup>28</sup> Kamisli, Islam: Was ist die Scharia, <https://www.fr.de/politik/scharia-islam-islamisches-recht-rechtssystem-koran-frauenrechte-afghanistan-taliban-90945609.html> [Stand: 13.3.2024].

<sup>29</sup> Fiedler (Fn 26), S. 147; Begic, Zwischen Tradition und Innovation: Der Einfluss des gesellschaftlichen Wandels auf die Deutung und Anwendung der Scharia in Bosnien Herzegowina, 2018, S. 73; Steinberg, Zwischen Grundgesetz und Scharia. Der lange Weg des Islam nach Deutschland, 2018, S. 44.

<sup>30</sup> Pauli (Fn. 26), S. 4; Brütting, Was ist die Scharia, <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/inland/scharia-101.html> [Stand: 13.3.2024].

<sup>31</sup> Rohe, Das islamische Recht. Eine Einführung, 2013, S. 15.

<sup>32</sup> Steinberg, (Fn. 29), S. 44; Rohe, Islam (Fn. 5), S. 20.

<sup>33</sup> Lohker, Islam. Eine Ideengeschichte, 2008, S. 62 f; Fiedler (Fn. 26), S. 75.

<sup>34</sup> Bauwens, Religiöse Paralleljustiz, Zulässigkeit und Grenzen informeller Streitentscheidung unter Muslimen in Deutschland, 2016, S. 89; vgl. Ebert (Fn. 5), S. 97.

<sup>35</sup> Steinberg, Schiiten und Sunniten, <https://www.bpb.de/themen/naher-mittlerer-osten/iran/303490/schiiten-und-sunniten-ein-politisch-religioeser-konflikt-der-gegenwart/> [Stand: 13.3.2024].

<sup>36</sup> Kardas, Die Gleichstellung der Frau im menschenrechtlichen und islamrechtlichen Verständnis unter besonderer Berücksichtigung des Wahl- und Erbrechts, 2018, S. 267; Pauli (Fn. 26), S. 154 f.

<sup>37</sup> Vgl. Bauwens (Fn. 34), S. 88.; vgl. Ebert (Fn. 5), S. 97 ff.

<sup>38</sup> Bauwens (Fn. 34), S. 88.

Minderjährige, Männer und Frauen eine Erbberechtigung besteht.<sup>39</sup> Dennoch kommt weiblichen Erbberechtigten grundsätzlich nur der halbe Erbteil der Männer zu.<sup>40</sup> Die Männer erfahren dementsprechend eine Bevorzugung.

Bei einem Erbfall erfolgt eine Einteilung der Erben in Quoten- bzw. Koranerben<sup>41</sup> und Sekundär- bzw. Resterben (= 'asaba-Erben')<sup>42</sup>.

Den sogenannten Quotenerben steht angesichts einer vollgültigen Ehe oder einer Blutsverwandtschaft eine gewisse, durch den Koran festgelegte Erbquote zu.<sup>43</sup> Zu den koranischen Erben zählen u. a. die Eltern, der Ehegatte, die Ehegattin und die Tochter.<sup>44</sup>

Unter dem Begriff der Resterben sind die Abkömmlinge und Vorfahren zu verstehen, welche lediglich über die männliche Linie zum Erblasser eine Verbindung aufweisen.<sup>45</sup> Diese erhalten den Rest des Erbes, welcher zurückbleibt, wenn das Erbe bereits auf die Quotenerben aufgeteilt wurde.<sup>46</sup>

Des Weiteren müssen hindernde Umstände berücksichtigt werden, hinsichtlich derer die Erbfolge von vornherein ausgeschlossen ist.

Dazu zählen mitunter Personen, die nicht derselben Religion angehören, der Mörder des Erblassers und unehelicher Kinder.<sup>47</sup> Das islamische Erbrecht kennt außerdem u. a. das Konstrukt des Pflichtteilsrechts nicht<sup>48</sup>, beschränkt aber in Einzelfällen in einem sehr starken Umfang die Testierfreiheit.<sup>49</sup>

Zwar könnte man die zentrale Figur der Quotenerben mit dem deutschen Pflichtteilsrecht vergleichen, denn auch dort steht schlussendlich den Erben eine gewisse Quote des Nachlasses zu. Allerdings ist in einigen Fällen gerade nur das Geschlecht des Erben maßgeblich und auf die Familienstruktur kommt es

gerade nicht an.<sup>50</sup> So kommt es v.a. zu Benachteiligungen von Frauen und Mädchen.<sup>51</sup>

### 3. Besonderheiten des deutschen Erbrechts

Im Gegensatz zum islamischen Recht findet sich die hauptsächliche Rechtsquelle des deutschen Erbrechts nicht in einer religiösen Schrift, sondern man kann die Rechtsquelle im BGB ausfindig machen, wo die wesentlichen Normen (§§ 1922 bis 2385) im fünften Buch geregelt sind.<sup>52</sup>

Gem. § 1923 BGB kann Erbe werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt und rechtsfähig ist.<sup>53</sup> Zu beachten bleibt auch § 1923 II BGB, wonach dem nasciturus Erbfähigkeit zukommt, wenn dieser im Zeitpunkt des Erbfalls schon gezeugt wurde.<sup>54</sup>

Ein elementares Prinzip im deutschen Erbrecht stellt die Universalsukzession (§ 1922 I BGB) dar, wonach das Erbe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge als Ganzes auf den oder die Erben übergeht.<sup>55</sup>

Das Gesetz differenziert zwischen gesetzlicher<sup>56</sup> (§ 1924 ff. BGB) und gewillkürter Erbfolge (§ 1937 ff. BGB).<sup>57</sup> Allerdings greift die gesetzliche Erbfolge erst ein, wenn keine gültigen Verfügungen von Todes wegen existieren.<sup>58</sup>

Eine Billigung der Privaterbfolge erfolgt unter dem besonderen Schutz der Verfassung, durch die Erbrechtsgarantie des Grundgesetzes (Art. 14 I GG).<sup>59</sup>

Ein weiteres fundamentales Rechtsinstitut, stellt die Testierfreiheit<sup>60</sup> dar, welche auch verfassungsrechtlich durch Art. 14 GG geschützt ist.<sup>61</sup> Diese erlaubt es natürlichen Personen Verfügungen von Todes wegen (in Form von

<sup>39</sup> Ebert (Fn. 5), S. 97.

<sup>40</sup> Pauli (Fn. 26), S. 158; Bauwens (Fn. 34), S. 87.

<sup>41</sup> Ebert (Fn. 5), S. 98; Kardas (Fn. 36), S. 269; Pauli (Fn. 26), S. 153.

<sup>42</sup> Kardas (Fn. 36), S. 274; Pauli (Fn. 26), S. 153.

<sup>43</sup> Kardas (Fn. 36), S. 274; vgl. Bauwens (Fn. 34), S. 87; vgl. Müller, Recht und historische Entwicklung der Scharia im Islam, 2022, S. 375.

<sup>44</sup> Kardas (Fn. 36), S. 274; Ebert (Fn. 5), S. 98 ff.

<sup>45</sup> Ebert (Fn. 5), S. 114 f.

<sup>46</sup> Kardas (Fn. 36), S. 276; Bauwens (Fn. 34), S. 88.

<sup>47</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436; Kardas (Fn. 36), S. 273.

<sup>48</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 8; Gruber, Pflichtteilsrecht und Nachlasspaltung, ZEV 2001, S. 463 (468).

<sup>49</sup> OLG Hamburg, Beschluss v. 16.3.2021 – 2 W 17/20, ErbR 2021, 863 (868); Stürmer in: BeckOGK-BGB/EGBGB, Art. 6 Rn. 416 [Stand: 13.3.2024].

<sup>50</sup> Vgl. Schweizerisches Zentrum für Islam und Gesellschaft, Der Umgang mit dem Erbe. Positionen von Muslimen und Musliminnen in der Schweiz, 2019, S. 19.

<sup>51</sup> Vgl. ebd., S. 19.

<sup>52</sup> Lange, Erbrecht, 2. Auflage 2017, § 2 Rn. 9; Leipold, Erbrecht, 23. Auflage 2022, § 1 Rn. 3.

<sup>53</sup> Leipold (Fn. 52), § 2 Rn. 26; Schmidt in: Juris Praxis Kommentar BGB Band 5, 5. Auflage 2011, § 1923 Rn. 2.

<sup>54</sup> Schmidt in: JurisPK-BGB Band 5, § 1923 Rn. 3; Antoni in: Nomos Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 11.

<sup>55</sup> Schulze in: Nomos-Kommentar BGB Band 6, 3. Auflage 2019, § 1922 Rn. 2; Leipold (Fn. 52), § 2 Rn. 39.

<sup>56</sup> Olzen, Erbrecht, 3. Auflage 2019, 2. Kapitel § 1 Rn. 91; Zimmermann, Erbrecht, 5. Auflage 2019, B Rn. 18.

<sup>57</sup> Schmoeckel, Erbrecht, 5. Auflage 2019, § 19 Rn. 1; Michalski/Schmidt, Erbrecht, 5. Auflage 2019, § 1 Rn. 60.

<sup>58</sup> Schmoeckel (Fn. 57), § 4 Rn. 1ff; Mayer, Gewillkürte Erbfolge, FPR 2011, S. 247 (248); Michalski/Schmidt (Fn. 57), § 1 Rn. 60.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschluß vom 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, NJW 1985, 1455; vgl. Antoni in: Nomos Kommentar GG (Fn. 54), Art. 14 Rn. 11.

<sup>60</sup> Preuß in: BeckOGK-BGB (Fn. 49), § 1922 Rn. 19 [Stand: 13.3.2024]; Leipold (Fn. 52), § 9 Rn. 233.

<sup>61</sup> BVerfG, Beschluß vom 19. 4. 2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 (1563); OLG Frankfurt a. M., Beschluß v. 5.2.2019 – 20 W 98/18, NJW-RR 2019, 394 (396); Papier/Schirvani in: Dürig/Herzog-Grundgesetz Kommentar, 97. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 412.

Testament oder letztwilliger Verfügung) zu errichten, denen Wirksamkeit erst mit dem Tod des Verfügenden zukommt.<sup>62</sup>

Zentral ist ebenso, dass es in Deutschland ein Pflichtteilsrecht gibt, das insoweit die Testierfreiheit einschränkt und garantiert, dass die nahe Familie am Nachlass beteiligt wird (§§ 2303 ff. BGB).<sup>63</sup>

Eine Benachteiligung bzw. Besser- oder Schlechterstellung einzelner Erben im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge insbesondere hinsichtlich des Geschlechts oder Religion, ist im deutschen Erbrecht grundsätzlich nicht erlaubt, Ausnahmen bestehen aber bspw. für Ehegatten gem. §§ 1931, 1371 BGB.

In Verfügungen von Todes wegen, die auf den Willen des Erblassers zurückzuführen sind, kann hingegen durchaus die ein oder andere Person anders behandelt werden.<sup>64</sup> Bestimmte Grenzen erfahren Verfügungen von Todes wegen aber dennoch. Bspw. darf die Testierfreiheit nicht uneingeschränkt ausgeübt werden, wenn sie gegen gesetzliche Verbote verstößt (führt zur Nichtigkeit nach § 134 BGB)<sup>65</sup> und/oder wenn die Vorgaben zur Sittenwidrigkeit missachtet werden (§ 138 BGB).<sup>66</sup>

## II. Allgemeiner ordre public

### 1. Grundlagen

Durch den „Grundsatz der Gleichrangigkeit der Rechtsordnungen“<sup>67</sup> im IPR kommt es oft dazu, dass das eigene IPR auf fremdes Recht verweist. Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte kann häufig zur Folge haben, dass nationale Gerichte Recht anwenden müssen, was im Ergebnis dem zentralen deutschen Rechtssystem widerspricht. Sodann kommt im Einzelfall ein Verstoß gegen den sog. ordre public infrage.

Der ordre public (frz. = öffentliche Ordnung)<sup>68</sup> gilt als Korrekturinstrument, das nur in äußersten Ausnahmefällen

verwendet werden darf, um die Anwendung ausländischen Rechts zu versagen.<sup>69</sup> Dabei geht es gerade nicht darum, die Anwendung fremden Rechts zurückzuweisen, sondern lediglich darum, die inländische Rechtsordnung mitsamt ihrer wesentlichen Grundsätze durchzusetzen.<sup>70</sup>

### 2. Verschiedene Rechtsquellen des ordre public-Vorbehalts

Ferner muss zwischen den verschiedenen Rechtsquellen des ordre public-Vorbehalts abgegrenzt werden. Dabei ist zwischen dem autonomen deutschen IPR, dem staatsvertraglichen IPR und dem europäischen Kollisionsrecht zu unterscheiden.<sup>71</sup> Im autonomen deutschen IPR findet sich die Vorbehaltsklausel des ordre public in Art. 6 EGBGB. Dieser wird allerdings verdrängt durch speziellere Vorbehaltsklauseln des staatsvertraglichen IPR (bspw. Art. 22 KSÜ<sup>72</sup> oder Art. 21 ErwSÜ<sup>73</sup>) bzw. des europäischen Kollisionsrecht (vgl. bspw. Art. 21 Rom I-VO oder Art. 35 EuErbVO), wo die Vorbehaltsklauseln bereits in der kollisionsrechtlichen Verordnung selbst enthalten sind.

### 3. Voraussetzungen des ordre public

Die einzelnen ordre public-Klauseln unterliegen einer dreistufigen Prüfung. Zunächst muss das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall ermittelt werden.<sup>74</sup> Ob das ausländische Recht kodifiziert ist, ist unerheblich.<sup>75</sup> Sogleich ist zu erwägen, welche elementaren Grundprinzipien der Rechtsordnung des angerufenen Gerichtsstaats durch das ermittelte Ergebnis tangiert werden.<sup>76</sup> Bewertungsmaßstab sind bei der Anwendung fremden Rechts durch deutsche Gerichte die zentralen Grundsätze des deutschen Rechts, die sich v.a. aus den Grundrechten ergeben.<sup>77</sup>

Was genau zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen eines Staates gehört, ergibt sich durch Bestimmung des Forumstaates

<sup>62</sup> *Leipold* (Fn. 52), § 9 Rn. 233; *Krätschel* in: Handbuch der Rechtspraxis. Nachlassrecht, 11. Auflage 2019, § 7 Rn. 1.

<sup>63</sup> *Olzen* (Fn. 56.) 6. Kapitel § 1 Rn. 1022; *Schmoeckel* (Fn. 57), § 18 Rn. 1f.; *Schröder*, Pflichtteilsrecht, DNotZ 2001, S. 465 (466); *Stüber*, BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit, NJW 2005, S. 2122 (2123); *Brox/Walker* (Fn. 14), § 32 Rn. 1.

<sup>64</sup> *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 3 Rn. 34; *Leipold* in: MüKo-BGB Band 11, 9. Auflage 2022, § 1937 Rn. 10.

<sup>65</sup> *Leipold* (Fn. 52), § 9 Rn. 241 f.; *Lange* (Fn. 52), § 12 Rn. 37.

<sup>66</sup> *Lange* (Fn. 52), § 12 Rn. 46; *Leipold* (Fn. 52), § 9 Rn. 243; *Zimmermann* (Fn. 56), E Rn. 132.

<sup>67</sup> *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 1.

<sup>68</sup> *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen Kommentar zum BGB, 17. Auflage 2022, Art. 6 Rn 1 EGBGB; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Auflage 2017, § 6 Rn. 581.

<sup>69</sup> *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen-BGB/EGBGB (Fn. 68), Art. 6 Rn. 1; *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 581; *Siehr* (Fn. 20), § 53, S. 491.

<sup>70</sup> OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Kropholler* (Fn. 20), § 6 S. 244.

<sup>71</sup> *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 9 ff.; *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 583.

<sup>72</sup> Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996.

<sup>73</sup> Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000.

<sup>74</sup> *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 584; vgl. *Siehr*, (Fn. 20), § 53 Rn. 491.

<sup>75</sup> *Schmidt* in: BeckOGK-BGB/EuErbVO (Fn. 49), Art. 35 Rn. 8 [Stand: 13.3.2024]; *Baetge* in: Juris Praxis Kommentar BGB Band 6/EGBGB (Fn. 52), 6. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 42.

<sup>76</sup> *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 23; vgl. *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 587 f.

<sup>77</sup> *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen-BGB/EGBGB (Fn. 68), Art. 6 Rn. 1; *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 589.

selbst.<sup>78</sup> Ob die als unerlässlich betrachteten Wertentschließungen aus nationalem, europäischem oder internationalem Rechtsdenken hervorgehen, ist grundsätzlich gleichgültig.<sup>79</sup>

Außerdem ist ein hinreichender Inlandsbezug zu dem Staat, gegen dessen zentralen Grundprinzipien ein Verstoß in Betracht kommen könnte, erforderlich (= sogenannte Relativität des *ordre public*).<sup>80</sup> Je stärker sich dabei der Inlandsbezug des jeweiligen Sachverhaltes gestaltet, umso eher kann ein *ordre public*-Verstoß begründet werden.<sup>81</sup> Für einen ausreichenden Inlandsbezug reicht aber bspw. allein die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht aus.<sup>82</sup> Schließlich wird begutachtet, ob das Ergebnis mit den Grundsätzen der Rechtsordnung offensichtlich unvereinbar ist.<sup>83</sup>

#### 4. Rechtsfolgen eines *ordre public*-Verstoßes

Der Wortlaut des Art. 6 EGBGB ordnet lediglich an, dass die Rechtsnorm eines anderen Staates nicht angewendet werden soll. Wichtig bleibt zu betonen, dass nur der unvertretbare Teil mit der deutschen Rechtsordnung abzuwenden und folglich nicht anzuwenden ist,<sup>84</sup> was aus dem „Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs“<sup>85</sup> folgt. Sofern durch die Nichtanwendung eine Lücke entsteht, gibt das Gesetz allerdings keinen Aufschluss darüber, wie diese Lücke geschlossen werden soll. Hingegen geht aus dem Gesetzesentwurf hervor, dass der Lückenschluss den Rechtsanwendern und Praktikern überlassen wurde.<sup>86</sup>

Aus dem oben genannten Grundsatz folgt zusätzlich, dass die durch die Nichtanwendung des betroffenen Rechts entstandene Lücke (nach Möglichkeit) aus dem anwendbaren ausländischen Recht selbst geschlossen werden soll.<sup>87</sup>

Sollte dies nicht erreichbar sein, weil sich eine ausländische Ersatznorm nicht finden lässt bzw. sich deren Anwendung als nicht zufriedenstellend erweist, so ist im letzten Schritt als

Ersatzrecht deutsches Recht als *lex fori* (= geltendes Recht im Staat des angerufenen Gerichts)<sup>88</sup> anzuwenden.<sup>89</sup>

### III. *Ordre public* bei der Anwendung islamischen Erbrechts

Der *ordre public* ist insb. im internationalen Erb- und Familienrecht von erheblicher Bedeutung. Gerade wenn es zur Anwendung ausländischen Rechts kommt, das unserer weltlich, demokratisch und von Gleichberechtigung geprägten Wert- und Rechtsvorstellung entgegensteht, häufen sich die Fälle, in denen ein *ordre public*-Verstoß in Betracht gezogen werden kann. Ist der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet, muss auf die speziellere Vorbehaltsklausel des *ordre public* aus Art. 35 EuErbVO zurückgegriffen werden, wobei sich die Voraussetzungen zu Art. 6 EGBGB im Groben decken.<sup>90</sup>

#### 1. Auslegung Art. 35 EuErbVO

Da die Regelung des Art. 35 EuErbVO relativ vage formuliert ist und einige unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, muss zunächst durch Auslegung ermittelt werden, wann der *ordre public*-Vorbehalt eingreift. Dabei muss die Norm im Rahmen der Auslegung verordnungsautonom interpretiert werden.<sup>91</sup>

##### a) Wortlaut

Beachtet man zunächst nur den Wortlaut der Norm des Art. 35 EuErbVO, so fällt auf, dass die Anwendung fremden Rechtes nur versagt werden darf, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Das Wort „nur“ verdeutlicht dabei, dass der Vorschrift lediglich ein Ausnahmecharakter zukommt. Eine Verwendung ist nur spärlich und ausnahmsweise in Einzelfällen erwünscht und

<sup>78</sup> OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Bauer/Fornasier* in: Beck'sche Kurzkommentare zum internationalen Erbrecht, 2. Auflage 2021, Art. 35 Rn. 4.

<sup>79</sup> *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen-BGB/EGBGB (Fn. 68), Art. 6 Rn. 10.; vgl. *Thorn*, in: Grüneberg Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/EGBGB, 81. Auflage 2022, Art. 6 Rn. 7.

<sup>80</sup> OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Stürner* in: BeckOK/EGBGB, Art. 6 Rn. 262 [Stand: 13.3.2024]; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 132.

<sup>81</sup> OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Bauer/Fornasier* in: Kurzkommentare internationales Erbrecht, Art. 35 Rn. 6.

<sup>82</sup> *Thorn* in: Grüneberg/EGBGB (Fn. 79), Art. 6 Rn. 6; v. *Hein* in: MüKo-BGB/EGBGB (Fn. 13), Art. 6 Rn. 202.

<sup>83</sup> *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 30; *Siehr* (Fn. 20), § 53 Rn. 491.

<sup>84</sup> BT-Drs. 10/504, 44.

<sup>85</sup> *Lorenz* in: BeckOK-BGB/EGBGB, Art. 6 Rn. 17.

<sup>86</sup> BT-Drs. 10/504, 44; vgl. *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 141.

<sup>87</sup> BGH, Urteil v. 14.10.1992 – XII ZB 18/92, NJW 1993, 848 (850); *Lorenz* in: BeckOK-BGB/EGBGB (Fn. 85), Art. 6 Rn. 18; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 143; *Antomo*, Kinderehen, *ordre public* und Gesetzesreform, NJW 2016, S. 3558 (3562).

<sup>88</sup> *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage 2019, § 24 Rn. 1 f.; *Kropholler* (Fn. 20), § 7 S. 42.

<sup>89</sup> *Lorenz* in: BeckOK-BGB/EGBGB (Fn. 85), Art. 6 Rn. 18; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 144.

<sup>90</sup> *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 6.

<sup>91</sup> *Junker* (Fn. 88), § 2 Rn. 22; *Döbereiner* in: Nachlassrecht (Fn. 62), § 47 Rn. 4; vgl. *Heinig*, Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung, RNotZ 2014, S. 197 (201).

angedacht.<sup>92</sup> Das Wort „offensichtlich“ wiederum präzisiert, dass sich die Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates praktisch aufdrängen muss. Es reicht nicht aus, dass die Möglichkeit einer Unvereinbarkeit besteht, vielmehr muss die Unvereinbarkeit auf den ersten Blick ins Auge stechen. Die Anwendung muss für die nationale Rechtsordnung damit als nicht hinnehmbar erachtet werden.

Bei der Wortlautinterpretation muss außerdem bedacht werden, dass den Sprachfassungen der Verordnung in englisch, französisch und deutsch eine hohe Bedeutung zukommt, weil die EuErbVO hauptsächlich in diesen Sprachen verhandelt wurde.<sup>93</sup> So wurde der Kommissionsentwurf hauptsächlich in französischer Sprache verfasst, die Diskussion über Änderungen im Rat wurden in englischer Sprache abgehalten und der schließlich entworfene Parlamentsbericht wurde von einem deutschen Abgeordneten konzipiert.<sup>94</sup>

Wirft man einen Blick in die englische und französische Fassung der Verordnung, so fällt auf, dass die Anwendung fremden Rechtes auch nur versagt werden darf, wenn sie „manifestement incompatible“ bzw. „manifestly incompatible“ mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts ist. Der Wortlaut ist, im Vergleich zur deutschen Fassung identisch und die englische bzw. die französische Fassung können vergleichbar behandelt werden.

## b) Historie

Die umfangreichen Ziele und die Entstehungsgeschichte der EuErbVO gehen aus den zahlreichen Erwägungsgründen vor dem Verordnungstext deutlich hervor.<sup>95</sup>

Weiterhin kann mit Blick in Erwägungsgrund 58 der Verordnung festgestellt werden, dass ein Verstoß eines anderen Mitgliedstaates gegen die Charta der Grundrechte der EU, insb. gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 18, keinen ordre public-Verstoß begründet. Gesprochen wird dabei aber nur von anderen Mitgliedstaaten der EU. Aus dem argumentum e contrario ergibt sich, dass Drittstaaten dabei explizit nicht mit umfasst wurden. Daraus folgt, dass ein ordre public-Verstoß begründet werden kann, wenn die Anwendung drittstaatlichen Rechts offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung des angerufenen Gerichts unvereinbar ist. Ursprünglich war auch

im Kommissionsvorschlag verortet, die Regelung um den ordre public-Vorbehalt so zu ergänzen, dass Differenzen oder Gegensätze hinsichtlich des Pflichtteilsrecht nicht schon von vornherein einen Verstoß gegen den ordre public begründeten.<sup>96</sup> In der am Ende verabschiedeten Fassung wurde von diesem Passus allerdings abgesehen.

## c) Systematik

Aus systematischer Sicht sticht v.a. die Stellung des Art. 35 EuErbVO ins Auge. Die Norm ist in Kapitel III (Anzuwendendes Recht) verortet. Im Vorfeld gibt es Regelungen bspw. zu der allgemeinen Kollisionsnorm (Art. 21 EuErbVO) und der Rechtswahl (Art. 22 EuErbVO). Art. 35 EuErbVO ist im 3. Kapitel, d. h. beinahe am Ende zu finden. Daraus lässt sich folgern, dass nachdem das Ergebnis der Rechtsanwendung festgestellt wurde, Art. 35 EuErbVO als eine Art verbleibende Möglichkeit gehandhabt wird, um das Ergebnis der fremden Rechtsanwendung noch abzuwenden bzw. zu korrigieren. Art. 35 EuErbVO gilt infolgedessen als letzte Schranke bzw. Schutzmechanismus, um die Rechtsordnung des Forumstaates zu schützen und zu bewahren.

## d) Telos

Art. 35 EuErbVO stellt nach Sinn und Zweck, vergleichbar zu Art. 6 EGBGB, eine Generalklausel<sup>97</sup> dar. Da es aufgrund des Charakters als „loi uniforme“<sup>98</sup> der EuErbVO durchaus dazu kommen kann, dass nationale Gerichte fremdes Recht anzuwenden haben, trägt Art. 35 EuErbVO diesem Charakter Rechnung.

Die Auslegung erfolgt insb. im Rahmen von EU-rechtlichen Vorgaben wie dem Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV), den Grundfreiheiten des AEUV, den Grundrechten der europäischen Grundrechte-Charta, darüber hinaus auf Basis der nationalen Grundrechte und Verfassungsprinzipien, sowie der Menschenrechte der EMRK.<sup>99</sup> Folglich kommt es hier deshalb zu einer indirekten Grundrechtswirkung.

Die nationale Rechtsordnung und deren Wertesystem soll bewahrt werden, indem im Ergebnis die Anwendung ausländischen Rechts, welches eklatant nicht mit der nationalen öffentlichen Ordnung übereinstimmt, versagt wird. Aus Art. 20

<sup>92</sup> ErwG 58 S. 1 EuErbVO.

<sup>93</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Vorbemerkung zu Art. 1 Rn. 23; Baldus, Familien- und Erbrecht. Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung, GPR 2012, S. 312 f. Fn. 5.

<sup>94</sup> Baldus (Fn. 93), GPR 2012, S. 312 (313) Fn 5.

<sup>95</sup> Wilke, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung, RIW 2012, S. 601.

<sup>96</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 3; Döbereiner, Das unterationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil 1), MittBayNot 2013, S. 358 (364).

<sup>97</sup> Stürner in: BeckOGK-BGB/EGBGB (Fn. 49), Art. 6 Rn. 31 [Stand: 13.3.2024]; v. Hein in: MüKo-BGB/EGBGB (Fn. 13), Art. 6 Rn. 170.

<sup>98</sup> Burandt/Schmuck in: Kurzkommentare Erbrecht/EuErbVO, Art. 20 Rn. 1; Richters, Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr, ZEV 2012, S. 576 (577).

<sup>99</sup> Stürner in: Jauernig-BGB/EuErbVO, 18. Auflage 2021, Art. 20-Art. 36 Rn. 7; Thorn, in: Grüneberg/EuErbVO (Fn. 79), Art. 35 Rn. 1.

EuErbVO folgt der loi uniforme Charakter<sup>100</sup> der EuErbVO. Das Recht soll demnach v.a. einheitliche Anwendung<sup>101</sup> finden. Diese kann nur gewahrt werden, wenn vom Instrument des ordre public sparsam Gebrauch gemacht und dieser wirklich nur als letztmögliches Schutzinstrument für die nationale Rechtsordnung angesehen wird.

## 2. Mögliche Fallkonstellationen, die einen ordre public-Verstoß im islamischen Erbrecht begründen können

Hinsichtlich des islamischen Erbrechts kann es im Einzelfall vorkommen, dass bestimmte Konstellationen einen ordre public-Verstoß begründen. Wann dies der Fall ist, lässt sich nicht pauschal sagen. Es ist stetig vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Im internationalen Erbrecht kommt es regelmäßig vor, dass Divergenzen in den separaten nationalen Rechtsordnungen bestehen, die einen Verstoß gegen den ordre public nicht bereits von vornherein allgemein rechtfertigen können.<sup>102</sup>

Auch dann nicht, wenn das ausländische Recht einer Rechtsfrage keiner erbrechtlichen Qualifikation zukommen lässt (bspw. das Pflichtteilsrecht) solange sich eine angemessene Norm in einem anderen Rechtsgebiet finden lässt, die diese Regelung gewährleistet.<sup>103</sup>

Da vor dem Inkrafttreten der EuErbVO für die Rechtsnachfolge von Todes wegen die Regelungen im EGBGB maßgeblich waren und dementsprechend auf den ordre public-Vorbehalt aus Art. 6 EGBGB zurückgegriffen werden musste, kann sich an den erbrechtlichen ordre public-Ausführungen zu Art. 6 EGBGB orientiert werden.<sup>104</sup>

### a) Bevorzugung männlicher Abkömmlinge

Zunächst ist die Konstellation zu betrachten, in der der Erblasser verstirbt und er Abkömmlinge von beiden Geschlechtern hat. Nach deutschem Erbrecht erben die Kinder des Erblassers zu gleichen Teilen (§ 1924 IV BGB). Im islamischen Erbrecht kommt den männlichen Personen

grundsätzlich eine höhere Stellung als den weiblichen zu.<sup>105</sup> Die Männer nehmen die Stellung der Familienoberhäupter und Versorger der Familie ein und ihnen gebührt mithin „mehr Wert“ als den Frauen.<sup>106</sup> Es erfolgt eine Bevorzugung der männlichen Nachkommen, indem der Tochter des Verstorbenen nur die Hälfte des Anteils des Sohnes eingeräumt wird.<sup>107</sup> Durch die gesetzliche Erbregelung im islamischen Recht und die Besserstellung des Mannes kommt es zu einer Ungleichbehandlung i. S. d. Gleichheitsgrundsatzes, weswegen Art. 3 III GG, Art. 21 GRCh und Art. 14 EMRK<sup>108</sup> berührt werden und woraufhin ein ordre public-Verstoß im Raum steht.

### b) Beschränkungen der Testierfreiheit

Infrage kommt auch ein ordre public-Verstoß aufgrund einer Beschränkung der Testierfreiheit. Wie weiter oben bereits dargestellt, kommt es hier des Öfteren zu Restriktionen.<sup>109</sup>

Dies kann in Form eines kompletten Ausschlusses durch das Erbstatut erfolgen, durch eine bedeutsame Einschränkung oder wenn die Ausübung nur im diskriminierenden Rahmen erlaubt ist.<sup>110</sup> Denkbar wäre hier bspw. ein genereller Ausschluss der gewillkürten Erbfolge oder die gesetzliche Beschränkung, dass der Erblasser lediglich über einen bestimmten Anteil des Nachlasses testieren darf.

Die Testierfreiheit verdient umfassenden verfassungsrechtlichen Schutz und ist durch die Erbrechtsgarantie in Art. 14 I i. V. m. Art. 6 I GG durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt und bestätigt worden.<sup>111</sup>

### c) Interreligiöse Erbverbote

Im Einzelfall könnte ein interreligiöses Erbverbot auch einen Verstoß gegen den ordre public verkörpern.

An Beispielsfall I wird dies gut deutlich. Bei dem kompletten Ausschluss von möglichen Erben aufgrund eines interreligiösen Erbverbotes werden die Nahestehenden und Abkömmlinge des Erblassers in der Art und Weise diskriminiert, dass sie von Anfang an vom Erbe ausgegrenzt werden, weil sie anderen Glaubens als der Erblasser sind. Ein

<sup>100</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 20 Rn. 2; Heinig (Fn. 91), RNotZ 2014, S. 197 (198).

<sup>101</sup> Vgl. ErwG 57 EuErbVO.

<sup>102</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 7; vgl. zu Art. 30 EGBGB aF BFH, Urteil v. 20.12.1957 – III 250/56 U, BFH NJW 1958, S. 766 (768).

<sup>103</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 7.

<sup>104</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 6; Hausmann/Odersky (Fn. 11), § 15 Rn. 341.

<sup>105</sup> Müller (Fn. 43), S. 363.

<sup>106</sup> Müller (Fn. 43), S. 363; vgl. Bauwens (Fn. 34), S. 87.

<sup>107</sup> Frick, Ordre Public und Parteiautonomie. Der Verzicht auf das Eingreifen des ordre public, dargestellt anhand des deutschen internationalen Familien- und Erbrechts, 2005, S. 154.; Bauwens (Fn. 34), S. 87; Pauli (Fn. 26), S. 158.

<sup>108</sup> vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.5.2010 – 20 W 4/10, ZEV 2011, 135 (136).

<sup>109</sup> OLG Hamburg OLG Hamburg, Beschluss v. 16.3.2021 – 2 W 17/20, ErbR 2021, 863 (868); Stürmer in: BeckOGK-BGB/EGBGB (Fn. 49), Art. 6 Rn. 416 [Stand: 13.3.2024].

<sup>110</sup> OLG Hamburg ErbR 2021, 863 (868); Stürmer in: BeckOGK-EGBGB/, Art. 6 Rn. 416 [Stand: 13.3.2024].

<sup>111</sup> BVerfG, Beschluss v. 25.3.2009 – 1 BvR 909/08, ZEV 2009, 390; Axer in: Beck'scher Online Kommentar zum Grundgesetz, 51. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 141 [Stand: 13.3.2024].



solcher Ausschluss könnte möglicherweise Art. 3 III 1 GG antasten. Dazu bedarf es einer genauen und breiten Prüfung weiterer Aspekte. Zunächst muss festgestellt werden, ob es sich um ein staatsbürgerliches Grundrecht oder um ein alleiniges Menschenrecht handelt.<sup>112</sup>

Von Bedeutung ist außerdem, welchen Inlandsbezug der Fall aufweist.<sup>113</sup> V.a. aber ist der Wille des Erblassers selbst mit heranzuziehen. Insb. unterliegt die Testierfreiheit als spezieller Teil der persönlichen Freiheit des Erblassers, weshalb demzufolge die Ausgestaltung der Erbfolge auch seinem Willen unterliegt und nicht auf zentrale Gerechtigkeitsvorstellungen bezogen werden muss.<sup>114</sup> An die Ermittlung des Erblasserwillens müssen beachtliche Anforderungen gestellt werden, bspw. die Fortentwicklung der persönlichen Verhältnisse des Verstorbenen, welche bei stetiger Beibehaltung annehmen lassen, dass auch sein Erblasserwille konstant war.<sup>115</sup> Ein Verstoß gegen den *ordre public* kann demnach ausgeschlossen werden, wenn die Rechtsfolgen der Anwendung fremden Rechts dem Willen des Erblassers entsprechen, falls dieser positiv festgestellt werden kann.<sup>116</sup> Denn in Deutschland würde der Schutz des Willens des Erblassers durch Art. 14 GG (Testierfreiheit) gewährleistet werden.<sup>117</sup>

Diese Schlussfolgerung hätte zwar weitreichende Folgen, weil damit fast immer ein *ordre public*-Verstoß ausgeschlossen wäre. Allerdings werden hohe Anforderungen an die Ermittlung des Erblasserwillens gestellt, es dürfen insbesondere keine Zweifel bestehen,<sup>118</sup> wodurch eine Bejahung des Willens doch sehr restriktiv gehandhabt wird.

#### d) Besserstellung Witwer gegenüber Witwe

Wie bei den islamischen Regelungen rund um die Bevorzugung männlicher Abkömmlinge, wird auch der Witwer gegenüber der Witwe bessergestellt.<sup>119</sup> Nach dem Koran erbt der Witwer die Hälfte des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau,

vorausgesetzt es sind keine Kinder vorhanden.<sup>120</sup> Würde es zuerst zu einem Versterben des Ehemannes kommen, so würden der Frau lediglich ein Viertel des Vermögens ihres Ehemannes zustehen.<sup>121</sup> In Deutschland würde die ausländische Regelung gegen elementare Gerechtigkeitsvorstellungen verstoßen und Art. 3 III GG, Art. 21 GRCh und Art. 14 EMRK tangieren.

#### e) Kein Pflichtteilsrecht

An einen *ordre public*-Verstoß kann auch gedacht werden, wenn es bei der ausländischen Rechtsordnung Abweichungen zum nationalen Pflichtteilsrecht gibt. V.a. kann ein Verstoß dann begründet werden, wenn die Erben aufgrund der Nichtexistenz des Noterbrechts auf Sozialhilfe und Leistungen vom Staat angewiesen sind.<sup>122</sup>

Das BVerfG hat dem Noterbrecht (=Pflichtteilsrecht) mit Verweis auf die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 I 1 GG i. V. m. Art. 6 I GG Grundrechtscharakter im Sinne einer „unentziehbaren und bedarfsunabhängigen Mindestbeteiligung“<sup>123</sup> der Kinder am Nachlass eingeräumt.<sup>124</sup> Auch erfolgt eine Rechtfertigung des Ausschlusses des Pflichtteilsrecht nicht durch Ausübung der Testierfreiheit und des Erblasserwillens.<sup>125</sup> Gerade ein Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht, der am Ende nicht anderweitig entschädigt wird, stellt einen Verstoß gegen die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 GG und mithin gegen den *ordre public* dar.<sup>126</sup>

#### f) Benachteiligung nichtehelicher Kinder

Weiterhin könnte die nationale öffentliche Ordnung stark berührt sein, wenn das islamische Erbrecht nichteheliche Kinder gegenüber ehelichen Kindern benachteiligt.<sup>127</sup> In der deutschen Rechtsordnung kommt der Ehe und der Familie ein weitumfassender verfassungsrechtlicher Schutz zu. So sind die Kinder, die nicht aus einer Ehe hervorgehen, den ehelichen Kindern gleichzustellen (Art. 6 V GG).

<sup>112</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, S. 436 (439).

<sup>113</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, S. 436 (439); *Scholz*, Grundfälle zum IPR: *Ordre public*-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht - Teil 1 (Allgemeiner Teil), ZJS 2010, S. 185 (192).

<sup>114</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436 (441); BVerfG, Beschluss v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, NJW 1985, 1455 (1456).

<sup>115</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436 (442).

<sup>116</sup> OLG München, Beschluss v. 8.12.2020 – 31 Wx 248/20, NJW-RR 2021, 138 (139); OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, ZEV 2005, 436 (439).

<sup>117</sup> OLG München, Beschluss v. 8.12.2020 – 31 Wx 248/20 NJW-RR 2021, 138 (139); v. *Hein* in: MüKo-BGB/EGbGB (Fn. 13), Art. 6 Rn. 150.

<sup>118</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436 (442).

<sup>119</sup> OLG München, Beschluss v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, NJW-RR 2012, 1096 (1097).

<sup>120</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2008 – 3 Wx 51/08, NJW-RR 2009, 732 (733); *Frick* (Fn. 107), S. 158.

<sup>121</sup> *Frick* (Fn. 107), S. 158; *Pauli* (Fn. 26), S. 158.

<sup>122</sup> *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 8; *Gruber* (Fn. 48), ZEV 2001, 463 (468).

<sup>123</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u. 1 BvR 188/03, ZEV 2005, 301 (303).

<sup>124</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1562); *Looschelders* in: Nomos Handkommentar BGB/EuErbVO, 11. Auflage 2022, Art. 35 Rn. 22.

<sup>125</sup> BGH, Urteil v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21, BeckRS 2022, 17575.

<sup>126</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1563); *Looschelders* in: Nomos Handkommentar BGB/EuErbVO (Fn. 124), Art. 35 Rn. 22; *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 8; *Junker* (Fn. 10), § 20 Rn. 60.

<sup>127</sup> *Looschelders* in: Nomos BGB/EuErbVO (Fn. 124), Art. 35 Rn. 20; *Scherer* (Fn. 12), § 33 Rn. 11.

Aufgrund der grundlegenden Entscheidung des BVerfG wird den Kindern eine gewisse Mindestbeteiligung am Nachlass zugesprochen.<sup>128</sup> Die wirtschaftliche Mindestbeteiligung, die durch die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 I GG i. V. m. Art. 6 GG sichergestellt wird, gilt aber nicht nur für eheliche, sondern auch für nichteheliche Abkömmlinge.<sup>129</sup> Der Islam hingegen sieht uneheliche Kinder als illegitim an.<sup>130</sup>

Sollten nichteheliche Kinder durch die Anwendung islamischen Erbrechts weniger oder nichts vom Nachlass des Verstorbenen erhalten, so kann aufgrund der gerade nicht erfolgten Gleichstellung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern an einen Gleichheitsverstoß gem. Art. 3 II und III GG gedacht werden.

### g) Diskriminierung aufgrund von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften bzw. Ehen

Eine Diskriminierung, muss auch dann in Betracht gezogen werden, wenn die Betroffenen eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft bzw. Ehe führen.

Homosexualität, obwohl im Koran nicht explizit davon die Rede ist, steht der Islam grundsätzlich sehr kritisch gegenüber.<sup>131</sup> In manchen islamischen Staaten, wie bspw. im Iran und Saudi-Arabien, werden gleichgeschlechtliche Handlungen mit der Todesstrafe sanktioniert.<sup>132</sup> In der BRD hingegen sollte mit der Einführung der Ehe für alle<sup>133</sup>, die Ausdruck der gesellschaftlichen Auffassung hierzulande ist, jedenfalls eine einfachrechtliche Gleichstellung zwischen Hetero- und Homobeziehungen erzielt werden. Ein entsprechender Verfassungswandel ist denkbar.<sup>134</sup>

Hieraus ergibt sich eine deutliche Divergenz zum islamischen Recht. Grundsätzlich kann der Diskriminierung im islamischen Erbrecht aufgrund von gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft bzw. Ehe heute durchaus an Bedeutung zukommen. Mit der Einführung und dem Inkrafttreten der EuErbVO musste die Kollisionsnorm des Art. 17b I 2 EGBGB aF beseitigt werden, was dazu führen kann, dass dem Betroffenen keine gesetzlichen Rechte und

Versorgungsausgleichsansprüche zukommen.<sup>135</sup> Mithin kann daraus resultieren, dass der gleichgeschlechtliche Ehepartner im Erbfall schutzlos dasteht und auf jegliche gesetzliche Ansprüche verzichten muss.

Folgerichtig scheint es demnach, das Ergebnis mit Wertung des Grundgesetzes in einigen Fällen anzupassen.<sup>136</sup>

### h) Herkunft oder politische Gesinnung

Weitere Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen im Rahmen des islamischen Erbrechts bzgl. der Herkunft oder der politischen Gesinnung sind vorstellbar.

Exemplarisch könnte es möglich sein, dass in Kriegsgebieten Menschen vom Erbe ausgeschlossen werden, wenn sie nicht die führende Kriegspartei unterstützen oder ihr angehören.

Denkbar wäre zudem eine Diskriminierung, wenn der potentielle Erbe von einem Volk abstammt, was in dem Land, wo er lebt eine Minderheit darstellt und ihm deswegen sein eigentlich zustehendes Erbe verwehrt wird.

Grundsätzlich können alle Verstöße, die einen Eingriff in Art. 3 II oder III GG darstellen, im Rahmen eines ordre public-Verstoßes infrage kommen und müssen zumindest potentiell im Hinterkopf behalten werden.

## IV. Stellungnahme zur Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte

Auf den ersten Blick scheint es undenkbar, dass deutsche Gerichte überhaupt fremdes Recht in Deutschland anwenden können bzw. müssen. Dass dies durchaus möglich sein kann, haben die Beispielfälle gezeigt. Abstrakt betrachtet spricht einiges dafür, aber wiederum auch einiges dagegen, dass deutsche Gerichte islamisches Erbrecht anwenden und einen ordre public-Verstoß bejahen bzw. verneinen.

### 1. Nachteile der Anwendung islamischen Erbrechts

Gegen eine Anwendung des islamischen Erbrechts und eine Bejahung eines ordre public-Verstoßes spricht zunächst, dass die islamischen Länder und Deutschland nicht denselben

<sup>128</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1562); *Stürner* (Fn 13), GPR 2014, S. 317 (324).

<sup>129</sup> BVerfG, Beschluss v. 18.3.2013 – 1 BvR 2436/11, 1 BvR 3155/11, NJW 2013, 2103 (2105); vgl. BVerfG, Beschluss v. 29.1.1969 – 1 BvR 26/66, NJW 1969, 597 (599).

<sup>130</sup> *Müller* (Fn. 43), S. 363.

<sup>131</sup> *Müller* (Fn. 43), S. 365; *BPB*, Homosexualität, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/islam-lexikon/21430/homosexualitaet/> [Stand: 13.3.2024].

<sup>132</sup> *Zimmermann*, Wo Homosexuellen die Todesstrafe droht, <https://www.tagesschau.de/ausland/hintergrund-verbot-homosexualitaet100.html> [Stand 13.3.2024].

<sup>133</sup> BGG I 2017, S. 2787.

<sup>134</sup> So auch: *Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, NJW 2015, S. 3557 (3561); *Michael*, Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über)- staatlichen Ordnung. Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration, NJW 2010, S. 3537 (3541).

<sup>135</sup> *Thorn*, in: *Grüneberg/EuErbVO* (Fn. 79), Art. 35 Rn. 2; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 15 Rn. 343.

<sup>136</sup> *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 15 Rn. 343.

Kulturkreisen und Wertvorstellungen angehören. Daraus resultiert, dass auch die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit divergieren. Das islamische Rechtssystem und die Rechtsordnung sind allein schon, hinsichtlich der nicht-kodifizierten Rechtsquellen auf keinen Fall vergleichbar. Dass es infolgedessen oftmals zu einer Unvereinbarkeit der islamischen Regeln mit der deutschen Rechtsordnung kommt, verwundert hiernach nicht.

Der Koran als heilige Schrift ist gerade eben kein Gesetzbuch, sondern vorwiegend eine Glaubensschrift, die zwar rechtliche Bestimmungen und Regelungen beinhaltet, welche aber nicht im Vordergrund stehen. Im Vordergrund steht v.a. die Beziehung des Einzelnen zu Gott und seinen Mitmenschen.

Denn bemüht man sich um eine Definition eines Gesetzbuches, so würde man wohl sagen, dass man darunter eine Sammlung von Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge versteht, die abstrakt für eine Vielzahl von Fällen, Regelungen aufstellt, die durch einen Gesetzgeber oder eine Volksvertretung in regelmäßigen Abständen erneuert und angepasst wird.

Darunter wird sich der Koran wohl nur schlecht subsumieren lassen, weil dieser seit ca. 1400 Jahren festgeschrieben ist und nicht nachträglich verändert werden kann. Außerdem sind die Regelungen des Korans nicht Ausfluss der Arbeit eines Parlaments, welches die Normen auf den Weg bringt.

Des Weiteren muss bedacht werden, dass deutsche Gerichte und Behörden eben gerade nicht Experten auf dem Gebiet des islamischen Rechts sind. Die Anwendung islamischen Erbrechts könnte im Ergebnis zu grundlegenden Fehlern führen, welche das Resultat der Entscheidung erheblich beeinflussen. Außerdem sind die deutschen Richter bei der Anwendung islamischen Rechts auf Übersetzer, Gutachten und v.a. Translationen und Interpretationen ausländischen Rechts angewiesen. Die genannten Handlungen werden von Menschen ausgeführt, weshalb es völlig normal ist, dass es auch dort zu Irrtümern und Fehlern kommen kann. Mit Blick auf die Ausbildung der Richter und Mitarbeiter von betroffenen Behörden ist zusätzlich zu vermerken, dass diese überhaupt nicht für die Anwendung ausländischen Rechts ausgebildet worden sind und diesen sodann, sollten sie nicht anderweitig mit islamischen Recht in Kontakt gekommen sein, schlichtweg die nötige Erfahrung fehlt.

Obleich das betroffene Gesetz, wie bspw. die EuErbVO, gerade vorsieht und verlangt, dass ausländisches Recht

angewendet wird, so muss doch mit objektiver Beurteilung vieler Rechtsordnungen islamischer Staaten berücksichtigt werden, dass die Regelungen dort aus deutscher Sicht nicht mehr zeitgemäß sind und einer Reform bedürfen. Viele Verse im Koran als maßgebliche Rechtsquellen des islamischen Rechts können objektiv nicht wiedergegeben werden. Diese sind stark interpretationsbedürftig, was im Ergebnis zu uneinheitlichen Lösungen führen kann, je nachdem, welcher Interpretation für die Beurteilung der Rechtslage zu Grunde gelegt wird, und mithin eine Störung des Entscheidungseinklangs (=Eindeutigkeit über das Erbstatut unabhängig vom jeweiligen Gerichtsstand)<sup>137</sup> zur Folge hat.

Die Einholung von Gutachten und Expertenmeinungen stellt sich außerdem als sehr zeit-, kosten- und arbeitsintensiv heraus, was den Gerichten und betroffenen Behörden, die sich mit der Sache auseinandersetzen müssen, nicht gerade weiterhilft.

Schließlich hätte die Anwendung der *lex fori*<sup>138</sup> viele Vorteile. Um nur einige zu nennen, könnte ein schnellerer und kostengünstiger Rechtsschutz gewährleistet werden, wenn deutsches Recht, anstatt islamischen Rechts angewendet werden und ein *ordre public*-Verstoß bejaht werden würde.

## 2. Argumente für die Anwendung islamischen Erbrechts

Für die Anwendung islamischen Erbrechts spricht zunächst der Sinn und Zweck der EuErbVO als anwendbares Recht. Telos der EuErbVO als kollisionsrechtliche Verordnung ist es gerade, als *loi uniforme*<sup>139</sup>, fremdes Recht zur Anwendung kommen zu lassen. Dies geht aus Art. 20 EuErbVO direkt hervor. Damit kann in allen Staaten, die die EuErbVO auf internationale Erbfälle anwenden, ein Entscheidungseinklang erzielt werden.<sup>140</sup> Die Sicherstellung des internationalen Entscheidungseinklangs geht auch explizit aus ErwG 57 der EuErbVO hervor. Damit wird durch die Anwendung speziell des islamischen Erbrechts ein ganzheitlicher roter Faden angestrebt.

Es ist auch das allgemeine Ziel bzw. der Zweck des IPR zu berücksichtigen. Das IPR beabsichtigt gerade nicht, dass die sachlich beste Lösung auf den Sachverhalt angewendet wird, sondern zielt lediglich darauf ab, die räumlich bzw. territorial beste Lösung zu erreichen.<sup>141</sup> Weiterhin muss in die Bewertung der Anwendung islamischen Erbrechts einberechnet werden, dass egal wie „gut“ oder „schlecht“ man die Qualität der deutschen Rechtsordnung bewertet, diese auch nicht auf alle

<sup>137</sup> Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Vorbemerkung Art. 20 Rn. 2 f.; vgl. ErwG 37 EuErbVO.

<sup>138</sup> Junker (Fn. 88), § 24 Rn. 1 f.; Kropholler (Fn. 20), § 7 S. 42.

<sup>139</sup> Junker (Fn. 10), § 2 Rn. 5.

<sup>140</sup> ErwG 57 EuErbVO.

<sup>141</sup> Vgl. Thorn, in: Grüneberg/EGBGB (Fn. 79), Art. 6 Rn. 1; Junker (Fn. 10), § 5 Rn. 8.

Lebenssachverhalte angewandt werden kann. Manchmal kommt es vor, dass das Resultat nach ausländischem Recht, dem Sachverhalt eher gerecht wird als die Anwendung der eigenen Rechtsordnung.

Betont werden muss auch, dass das deutsche Rechtssystem und die nationalen Wertvorstellungen der Anwendung ausländischen Rechts gerade nicht schutzlos ausgeliefert sind. Als Schutzmechanismus kann immer noch der ordre public-Vorbehalt (wenn auch nur in äußersten Ausnahmen) konsultiert werden. Bei der Anwendung von islamischem Erbrecht könnte dies, wie oben dargestellt, durchaus in Betracht gezogen werden.

Eine Tatsache, die von deutschen Gerichten gar nicht oder zu wenig bedacht wird, ist die Entstehungszeit des Koran. Wirft man einen Blick auf die Historie des Korans, so fällt auf, dass er im Vergleich zu den deutschen Rechtsquellen deutlich älter ist. Der Koran ist ungefähr im Jahr 610-623 entstanden.<sup>142</sup>

Dass bspw. Frauen und Männer damals unterschiedlich behandelt wurden, ist auf die Geschichte zurückzuführen und dementsprechend eher zu verstehen, als wäre man nicht im Bilde, wie alt die Heilige Schrift schon existiert. So konnten auch bspw. Frauen in Deutschland bis vor knapp 100 Jahren nicht wählen und hatten weniger Rechte.<sup>143</sup> Eine Anpassung der Gleichberechtigung fand erst im Laufe der Entwicklung der Gesellschaft und der Lebensumstände statt.

Außerdem ist wie in Fall 1, in dem der Erblasser ausdrücklich eine Rechtswahl trifft, diesem ein gewisser Wille zu unterstellen, die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem ausländischen Recht zu regeln. Wenn sich der Erblasser bewusst für die Anwendung islamischen Rechts entscheidet, so ist doch stark davon auszugehen, dass er dies v.a. tat, weil er wollte, dass sein Nachlass genau nach diesen Regeln abgewickelt wird. Es wird wohl kaum einen Erblasser geben, der sich für islamisches Erbrecht entscheidet und eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO trifft, wenn die islamischen Regelungen und die Handhabung bezüglich seines Nachlasses nicht seinem Interessenbild entsprechen. Es wäre merkwürdig, wenn sich der Verstorbene für dieses Recht entscheidet und dann nicht mindestens billigend in Kauf nimmt, dass der Nachlass nach den ausländischen Regeln durchgeführt wird. Deshalb ist dem Erblasser in solchen Fällen doch eine gewisse Entscheidungssouveränität beizumessen.

Nicht vergessen werden darf außerdem, dass auch in Deutschland einzelne Normen interpretiert werden müssen. Die Interpretationsbedürftigkeit von Normen ist damit für deutsche Richter nichts Neues.

Schließlich bleibt noch anzuführen, dass die Scharia als zentrale Rechtsquelle des islamischen Rechts auch veränderbar ist und sich der modernen Welt anpassen lässt, indem auf die ständig wechselnden Wünsche und Begehren der Menschen angeknüpft wird.<sup>144</sup> Damit sollte die Scharia vielmehr als flexible Rechtsquelle verstanden werden, die sich mit den Bedürfnissen der Menschen entwickelt.

Letztendlich müssen noch die Gründe näher beleuchtet werden, weshalb im islamischen Erbrecht so stark zwischen Männern und Frauen unterschieden wird. Beim Anteil des Nachlasses kommt den Frauen von vornherein meist nur die Hälfte zu, weil die Männer nur zum Unterhalt verpflichtet sind.<sup>145</sup> Die Schlechterstellung der Männer in Unterhaltsangelegenheiten soll durch die Besserstellung beim Nachlass in Form eines Ersatzes oder Gegenwertes kompensiert werden.<sup>146</sup> Behält man dies im Hinterkopf, so erfolgt die getroffene Unterscheidung zwischen Frauen und Männern logischer.

Außerdem wird es zur Anwendung islamischen Erbrechts und damit ggf. zu einer Anwendung des ordre public-Vorbehalts wie die Beispielsfälle gezeigt haben nur noch sehr selten kommen, weil es einen Gleichlauf von Aufenthaltszuständigkeit und anwendbaren Recht gibt.<sup>147</sup> V. a. für den Fall des Art. 21 II EuErbVO müssen vorher viele Voraussetzungen erfüllt werden, um eine offensichtlich engere Verbindung zu bejahen, die erst die Anwendung fremden Rechts ermöglichen. Die Hürde ist in diesem Fall also sehr hoch.

Abschließend spricht für die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte, v.a. noch eine bedeutende Sache. In Zeiten von Globalisierung und der immer weiteren Vernetzung aller Länder schadet es nicht, dass deutsche Richter und Behörden über den eigenen Tellerrand hinausschauen und fremdes bzw. islamisches Erbrecht anwenden.

## C. Zusammenfassung und Ausblick

Schlussendlich lassen sich folgende Resultate festhalten. Das Auseinandersetzen mit der Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte hat zunächst gezeigt, wie es überhaupt zur Anwendung fremden Rechts kommt und welches Recht auf

<sup>142</sup> *Delvaux de Fenffe*, Der Koran, <https://www.planet-wissen.de/kultur/religion/islam/pwiederkoran100.html> [Stand: 13.3.2024].

<sup>143</sup> *BPB*, Frauenwahlrecht, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/314543/frauenwahlrecht/> [Stand: 13.3.2024].

<sup>144</sup> *Fiedler* (Fn. 26), S. 158.

<sup>145</sup> *Bauwens* (Fn. 34), S. 87; *Müller* (Fn. 43), S. 363.

<sup>146</sup> *Bauwens* (Fn. 34), S. 87; vgl. *Kardas* (Fn. 36), S. 301 ff.

<sup>147</sup> *Dörner* (Fn. 9), ZEV 2012, S. 505 (512).

einen internationalen Erbfall anwendbar ist. Es wurde herausgearbeitet, dass das islamische Erbrecht v.a. auf Regelungen der Scharia beruht und welche Vorschriften im islamischen Erbrecht kennzeichnend sind. Anschließend erfolgte im rechtsvergleichenden Rahmen auch eine Gegenüberstellung mit den zentralen Punkten des deutschen Erbrechts.

Hinsichtlich des *ordre public*-Vorbehaltes kann dokumentiert werden, welche Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser hat und wann im speziellen Fall des internationalen Erbrechts nach Wortlaut, Historie, Systematik und *Telos* darauf zurückgegriffen werden kann. Gerade im islamischen Erbrecht kann dem *ordre public* eine hohe Bedeutung zukommen, wenn wesentliche Abweichungen zwischen der fremden und nationalen Rechtsordnung bestehen. Dabei wurde deutlich, dass sowohl nationales und internationales, insb. europäisches Recht, als auch Zivil- und Öffentliches Recht eng miteinander verknüpft sind und zusammenhängen.

Dennoch wurden auch Grenzen aufgezeigt. Insb. bei einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft bzw. Ehe ist eine Prognose, wie ein befasstes Gericht hinsichtlich eines möglichen *ordre public*-Verstoßes entscheiden könnte, nur vage möglich, weil es, Stand jetzt, schlichtweg noch keine gerichtliche Entscheidung dazu gibt. Außerdem sind zum islamischen Erbrecht und dem *ordre public* nur wenige und

bereits vor langer Zeit entstandene Gerichtsentscheidungen vorhanden.

Möglicherweise könnte daher heute eine Entscheidung anders ausfallen, weil sich durch das Inkrafttreten der EuErbVO die Rechtslage und die wesentliche Anknüpfung grundlegend geändert hat.

Eine pauschale Regelung für die Bejahung eines *ordre public*-Verstoßes kann nicht festgemacht werden, da immer auf den speziellen Einzelfall eingegangen werden muss und Gerichte gerade das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts überprüfen.

Für die Zukunft wäre denkbar, dass Deutschland ähnlich wie Großbritannien sogenannte „Sharia Councils“<sup>148</sup> einrichtet, um die Beilegung religiöser Streitigkeiten, insb. hinsichtlich des islamischen Familien- und Erbrechts, von einer offiziellen Institution verwalten und bewältigen zu lassen.

Weiter wären auch andere Konstellationen vorstellbar, in denen fremdes Recht auf einer anderen religiösen Rechtsquelle beruht. Möglich wären hier bspw. Sachverhalte, die sich auf das jüdische Recht beziehen.<sup>149</sup> Diesen Fällen könnten in der Zukunft Bedeutung zugemessen werden.

Es bleibt allerdings abzuwarten, welche Fälle und ggf. welche Gesetzesanpassungen die Zukunft mit sich bringt.

---

<sup>148</sup> *Bauwens* (Fn. 34), S. 87.

<sup>149</sup> OLG Hamburg, Beschluss v. 16.3.2021 – 2 W 17/20, ErbR 2021, 863 (864); *Siebert*, Die Entwicklung des Erbrechts im ersten Halbjahr 2021, NJW 2021, S. 2933 (2938).