

Internationales Privatrecht im Überblick

Rechtsanwalt Dr. Wolf R. Herkner, Lindlar

A.	Grundbegriffe.....	2
B.	Ermittlung des anwendbaren Rechts (Verweisung).....	3
I.	Auffinden der maßgeb. Kollisionsnorm des IPR der lex fori (Qualifikation).....	3
1.	Personenrecht.....	4
a)	Natürliche Personen.....	4
b)	Juristische Personen.....	4
c)	Rechtsgeschäfte.....	4
2.	Schuldrecht.....	5
a)	Vertragsrecht.....	5
b)	Gesetzliche Ausgleichsschuldverhältnisse.....	6
c)	Unerlaubte Handlungen.....	7
3.	Sachenrecht.....	7
4.	Familienrecht.....	8
a)	Eherecht.....	8
b)	Eingetragene Lebenspartnerschaft.....	10
c)	Kindschaftsrecht.....	10
5.	Erbrecht.....	10
a)	Erbstatut.....	10
b)	Form letztwilliger Verfügungen.....	11
II.	Klärung der Anknüpfungstatbestände.....	11
III.	Rechtsfolge – Berufung ggf. ausländischen Rechts.....	11
1.	Teilrechtsordnungen.....	12
2.	Vorrang des Einzelstatuts.....	12
3.	Sachnorm- oder Gesamtverweisung.....	12
C.	Anwendung des materiellen Fremdrechts.....	13
I.	Grundsätze.....	13
II.	Vorfragen.....	14
III.	Anpassung.....	14
IV.	Substitution.....	14
V.	Schranken.....	14
1.	Zwingende Vorschriften.....	14
2.	Öffentliche Ordnung (<i>ordre public</i>).....	15
a)	Art. 40 Abs. 3 EGBGB.....	15
b)	Art. 6 EGBGB.....	15

A. Grundbegriffe

Zur Anwendung kommt nicht stets das Zivilrecht des Staates, in dem ein Verfahren gerade stattfindet (*lex fori*), auch wenn die Gerichte dazu neigen, „heimwärts zu streben“. Es herrscht vielmehr ein Nebeneinander verschiedener nationaler Privatrechtsordnungen, die von nationalen Gerichten auf internationale Sachverhalte angewandt werden. Mit Ausnahme des Handelsverkehrs, der eine entsprechende Tendenz erkennen läßt (UN-Kaufrecht; UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts), gibt es kein einheitliches Weltprivatrecht¹. Die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ggf. ausländisches Recht „gilt“, beantwortet statt dessen das sog. internationale Privatrecht (kurz: IPR), eine etwas irreführende Bezeichnung, denn IPR ist Teil des nationalen Rechts. Es entscheidet bei problematischen Sachverhalten – solchen mit Auslandsberührung – welchen Staates Privatrecht anwendbar ist, Art. 3 Abs. 1 S. 1 des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB). Weil es also unter konkurrierenden Rechten eine Auswahl trifft, spricht man im anglo-amerikanischen Rechtsraum von *conflict of laws* und bei uns auch vom „Kollisions- oder Koordinationsrecht“. IPR ist nicht Verfahrens- sondern im weiteren Sinne materielles Recht, weil es zu diesem hinführt, ist ihm aber vorgeschaltet². Es läßt sich als Maschine verstehen: Man gibt den Fall hinein, der Apparat rattert und die Lösung fällt heraus³:

Leitgedanke beim Auffinden des „richtigen“, des „passenden“ Rechts ist das Prinzip der engsten Verbindung⁴. Die einzelne Regel des IPR, die Kollisionsnorm, setzt diesen Grundsatz um und bestimmt, welches Recht einen im Tatbestand dieser Regel abstrakt formulierten Sachverhalt (Anknüp-

fungsgegenstand) beherrscht. Zu dieser Regel findet man durch Qualifikation, also Einordnung der Rechtsfrage: Der zu beurteilende Sachverhalt wird unter den ggf. auszulegenden Systembegriff subsumiert, der im Tatbestand verwendet wird. Um alle erheblichen Beziehungen zu erfassen, hat dieser Tatbestand eine größere Abstraktionshöhe als der von Sachnormen. Vgl. etwa § 823 Abs. 1 BGB: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt“ mit Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB: „Ansprüche aus unerlaubter Handlung...“. IPR wiederholt die materiellrechtliche Kodifikation also nicht und ist somit in der Lage, alle erheblichen Beziehungen zu erfassen, weil ausländisches Recht möglicherweise andere Sachverhalte rechtlich regelt. Die sog. Verweisung wird durch das sog. Anknüpfungsmoment bestimmt, im vorgenannten Bsp. „Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat“. An diesen Handlungsort wird also „angeknüpft“, der Tatbestand (Formulierung und Verbreitung einer Beleidigung) mit einer Rechtsfolge (Tatortrecht des Handlungsortes) verbunden. Angeknüpft wird vom Wortsinn her immer ein neuer Faden an etwas Bestehendes, im IPR also die Maßgeblichkeit einer Rechtsordnung an ein Element des konkreten Sachverhalts, besagten Anknüpfungsmoment⁵. Verwiesen wird dann, Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB, entweder auf eine Rechtsordnung einschließlich deren eigenem IPR (Gesamtverweisung), was eine Rück- oder Weiterverweisung, sog. *renvoi*, möglich macht, oder, sofern der Einschluß des fremden IPR „dem Sinn der Verweisung widerspricht“, direkt auf die materiellrechtlichen Regelungen (Sachnormverweisung). Die für eine bestimmte Rechtsfrage maßgebende Rechts-

ordnung nennt man Statut, im Bsp. also „Deliktsstatut“. Der Begriff bezeichnet das Recht, das durch die auf der Rechtsfolgenseite der Kollisionsnorm ausgesprochene Verweisung berufen wird, seine eigentliche Bedeutung liegt aber in der Zusammenfassung und Kurzbezeichnung auf der Tatbestandsseite: Wurde bspw. ein beleidigender Brief in Paris verfaßt, ist – vorbehaltlich vorrangiger Anknüpfungen – französisches Recht anwendbar, d.h. alle mit diesem Delikt zusammenhängenden Fragen richten sich grds. nach jenem Recht, sog. Allzuständigkeit. Auf die Verweisung (unten B) folgt die Anwendung des ggf. fremden Rechts (C). Dieser Vorgang soll im folgenden Aufbauschema veranschaulicht werden.

B. Ermittlung des anwendbaren Rechts (Verweisung)

Der Grundsatz „*iura novit curia*“ (der Richter kennt das anwendbare Recht) gilt uneingeschränkt für das innerstaatliche Recht – auch dessen IPR. Das Kollisionsrecht ist also von Amts wegen anzuwenden und nicht etwa nur auf die Einrede der Parteien hin (so aber die Lehre vom sog. fakultativen Kollisionsrecht)⁶.

I. Auffinden der maßgebl. Kollisionsnorm des IPR der *lex fori* (Qualifikation)

Nach h.M. erfolgt die Qualifikation grds. nach der *lex fori*: Die Systembegriffe im Tatbestand einer inländischen Kollisionsnorm werden ebenso ausgelegt wie die entsprechenden Begriffe im materiellen Recht dieser *lex fori*. Anders bei völkerrechtlichen Verträgen: Der Zweck der Rechtsvereinheitlichung verbietet, daß jeder Vertragsstaat den im Vertrag verwendeten Systembegriffen durch Qualifikation *lege fori* eine unterschiedliche Bedeutung beimißt,

weshalb die Begriffe entweder im Vertrag selbst definiert oder autonom, d.h. rechtsvergleichend ausgelegt werden⁷.

Hauptquelle des kodifizierten deutschen IPR sind die Art. 1-46, 220 EGBGB. Es finden sich aber auch Normen außerhalb des EGBGB, so Art. 7-15 EGVVG. Teilbereiche sind nicht gesetzlich festgeschrieben, so das internationale Gesellschaftsrecht (unten II 1). Geprägt wird das heutige deutsche IPR durch die Reformen von 1986 (Personenstands-, Familien-, Erb- und Vertragsrecht)⁸ und von 1999 (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachenrecht)⁹.

Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen (Art. 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB) und Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften (Art. 3 Abs. 2 S. 2 EGBGB) gehen denen des EGBGB vor:

Dem Binnenmarktziel, die Freiheit des Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten zu verwirklichen, dient die Schaffung europäischen Kollisionsrechts sowie die Harmonisierung der nationalen Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten. Ursprünglich war Art. 293 EG (vormals Art. 220) die wichtigste Rechtsgrundlage zur Schaffung „europäischen Kollisionsrechts“. Er erteilte den Mitgliedstaaten den Auftrag, auf für die europäische Integration besonders bedeutsamen Gebieten Übereinkommen abzuschließen. Hervorzuheben sind das Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968 (EuGVÜ) und das Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19.6.1980 (EVÜ). Letzteres wurde mit

leicht verändertem Wortlaut als Art. 27-37 in das EGBGB gleichsam eingebaut. Infolge des Vertrages von Amsterdam, der am 1.5.1999 in Kraft trat, wechselte das IPR dann aber aus der dritten (Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres) in die erste Säule der EU (Art. 65 EG)¹⁰. So trat die VO (EG) Nr. 44/2001 v. 22.12.2000 an die Stelle des EuGVÜ, fortan „Brüssel I“. Rat wie Kommission sehen aber auch eine umfassende Kompetenz, kollisionsrechtliche Verordnungen zu erlassen: Eine das EVÜ ablösende VO („Rom I“)¹¹ sowie eine VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom II“)¹² sind in Vorbereitung. Weitere Normsetzungsprogramme sind initiiert für Scheidungssachen¹³ sowie das Erb- und Testamentsrecht¹⁴.

Die wichtigsten Kollisionsnormen sind nachfolgender Übersicht zu entnehmen, wobei dem sog. autonomen Recht das unmittelbar geltende staatsvertragliche Einheits- oder Kollisionsrecht gegenübergestellt wird.

1. Personenrecht

a) Natürliche Personen

Allg. Rechts- und Geschäftsfähigkeit (Art. 7 EGBGB: Personalstatut, ergo Heimatrecht) mit Schutz des anderen Vertragsteils (Art. 12 EGBGB); Name (Art. 10 EGBGB mit Übergangsvorschrift zu Abs. 2 in Art. 7 § 5 Familiennamensrechtsgesetz v. 16.12.1993; § 1 Transsexuellengesetz v. 10.9.1980 // Istanbuler CIEC-Übereinkommen über die Änderung von Namen und Vornamen v. 4.9.1958).

b) Juristische Personen

Das EGBGB enthält keine Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts. Es stehen jedoch zahlreiche Abkommen in Kraft¹⁵. Auf den satzungsmäßigen Sitz der Gesellschaft, sog. Gründungstheorie, stellt dabei Art. 25 Abs. 5 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags mit den USA v. 29.10.1954 ab. Als Gesellschaftsstatut wird das für die Innen- und Außenbeziehungen einer jur. Person maßgebliche Recht bezeichnet. Es bestimmt also, „unter welchen Voraussetzungen die juristische Person entsteht, lebt und vergeht“¹⁶. Der Gründungstheorie steht die in Deutschland bislang vorherrschende Sitztheorie gegenüber – nach letzterer ist an den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung anzuknüpfen, „wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“¹⁷. Dies ist allerdings im Gefolge von drei Entscheidungen des EuGH (*Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*)¹⁸ zum Einfluß insbes. der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) höchst streitig geworden^{18a}.

c) Rechtsgeschäfte

Die Tatbestandsmerkmale, insbes. die Willenserklärung, unterstehen dem Recht, das auch den Geschäftsinhalt und die Abwicklung beherrscht (sog. Wirkungsstatut). Dieses Statut bestimmt auch einen Teil der Wirksamkeitsvoraussetzungen (vgl. Art. 31 Abs. 1 EGBGB), andere werden indes selbständig angeknüpft, sog. Teilfragen, dies gilt vor allem für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit, oben a). Form: Art. 11 EGBGB vorbehaltlich zulässiger und wirksamer Rechtswahl (vgl. Art. 27 Abs. 1 EGBGB) // Haager Übereinkommen über das auf die Form

letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht v. 5.10.1961, an dem sich Art. 26 EGBGB weitgehend orientiert. Die Bestimmung des Vollmachtsstatuts ist umstritten: teils wird abgestellt auf das Recht des Staates, in dem die Vollmacht ihre Wirkungen entfalten soll (Wirkungsland), teils auf das Recht des Staates, in dem sie tatsächlich ausgeübt wird¹⁹. Die Verjährung untersteht dem Wirkungsstatut (vgl. für vertragliche Ansprüche Art. 32 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB).

2. Schuldrecht

a) Vertragsrecht

Art. 27 ff. EGBGB. Das EVÜ gilt nicht unmittelbar (siehe oben vor 1). Für den Kauf: Wiener UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf v. 11.4.1980 (engl. abgek. CISG). Güterbeförderungsverträge: Art. 28 Abs. 4 EGBGB // Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr v. 19.5.1956 (engl. abgek. CMR). Luftbeförderungsverträge: § 51 LuftVG i.d.F. v. 27.3.1999. Verbraucherverträge: Art. 29 a EGBGB. Arbeitsverträge: Art. 30 EGBGB. Versicherungsverträge: Art. 37 Nr. 4 EGBGB, Art. 7 ff. EGVVG. Wechsel und Scheck: Art. 93 ff. WG, Art. 63 ff. ScheckG. Börsentermingeschäfte: § 61 BörsG.

Es läßt sich eine gewisse Prüfungsreihenfolge im internationalen Schuldvertragsrecht festlegen:

(1) CISG einschlägig?

Die Wiener „Convention on the International Sale of Goods“ (BGBl. 1989 II, S. 588, berichtigt BGBl. 1990 II, S. 1699) ist bereits in mehr als 60 Staaten

in Kraft getreten, für Deutschland am 1.1.1991 (BGBl. 1990 II, S. 1477).

Auch UN-Kaufrecht läßt sich abwählen. In Ermangelung einer solchen Abrede: Sachlicher (Art. 1-6), räumlicher (Art. 1) und zeitlicher (Art. 100) Anwendungsbereich eröffnet? Wenn ja: Regeln zum Vertragsschluß in Art. 14 ff., zu Rechten und Pflichten der Vertragsparteien in Art. 25 ff. Wenn nein:

(2) Vertragsfreiheit (Art. 27 Abs. 1 S. 1 EGBGB)

(a) Grundsatz

Bei der „Rechtswahl“ handelt sich um die Wahrnehmung von Parteiautonomie durch Abschluß eines Vertrags eigener Art, der auf Ebene des Kollisionsrechts abgeschlossen wird. Die Parteien können im Konsens das anwendbare Recht nach eigenem Gutdünken bestimmen. Eine „Verlegenheitslösung“ ist dies nicht²⁰. Daß diese Freiheit gewährt wird, hat vielmehr seinen spezifisch kollisionsrechtlichen Grund im Rechtsanwendungsinteresse der Beteiligten. Ihre Wahl schafft Rechtssicherheit. Erfolgt sie nicht ausdrücklich (Art. 27 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 EGBGB), muß sie sich „mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben“ (Art. 27 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 EGBGB). Für letztgenannte, konkludente Variante gilt: Statt auf Indiziensuche zu gehen und Parteiverhalten im Prozeß zu deuten²¹, ist das Gericht in seine Hinweispflicht (§ 139 ZPO) zu nehmen, weil ein Erklärungsbewußtsein, ein beidseitiger Gestaltungswille, gegeben sein muß²² und ohnehin nichts leichter ist, als sich darüber zu informieren, ob im Betragen der jeweiligen Partei das Einverständnis zur Wahl des anwendbaren

(deutschen) Rechts gesehen werden dürfe²³. Materielle Wirksamkeit: Art. 27 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 i.V.m. Abs. 4, Art. 12, 31 EGBGB. Formwirksamkeit: Art. 11 oder 29 a Abs. 3 EGBGB. Eine sog. Teilrechtswahl ist zulässig, Art. 27 Abs. 1 S. 3 EGBGB. Gemäß Art. 27 Abs. 2 EGBGB ist das Statut „jederzeit“ parteiautonom wandelbar.

(b) Einschränkungen

Durch Art. 27 Abs. 3 EGBGB (bei engem Bezug nur zu einem Staat, sofern dessen zwingendes Recht berührt wird); Art. 29 Abs. 1, 29 a Abs. 1 EGBGB; Art. 30 Abs. 1 EGBGB; Art. 33 Abs. 2 EGBGB (Forderungsabtretung) und Abs. 3 (Legalzession); Art. 34 EGBGB (zwingendes deutsches Recht); Art. 7 ff. EGVVG.

(3) Falls keine Rechtswahl getroffen (objektive Anknüpfung):

Engste Verbindung zu einer Rechtsordnung (Art. 28 Abs. 1 EGBGB), für die folgende Vermutungen gelten (wenn Nr. 1-3 nicht erfüllt sind, ist wieder auf Abs. 1 zurückzugreifen): bewegliche Sachen, Art. 28 Abs. 2 EGBGB (Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder der (Haupt-) Niederlassung desjenigen, der die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat, also die Leistung, welche dem betreffende Vertragstyp seine Eigenart verleiht und seine Unterscheidung von anderen Typen ermöglicht, beim Kauf z.B. die Lieferung der Sache, bei der Miete die Überlassung der Mietsache, beim Dienstvertrag die Arbeitsleistung und beim Werkvertrag die Herstellung des Werkes²⁴); Grundstücke, Art. 28 Abs. 3 EGBGB (Recht des Lagerorts); Güterbeförderung, Art. 28 Abs. 4 EGBGB.

Gemäß Abs. 5 gelten Abs. 2-4 nicht, wenn engere Beziehungen zu einem anderen Staat bestehen.

Verbraucherverträge: Art. 29 Abs. 2 EGBGB (Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers), u.U. auch beim Anwaltsvertrag²⁵ einschl. Vergütung (BRAGO/RVG)^{25a}.

Arbeitsverträge: Art. 30 Abs. 2 EGBGB (Nr. 1: Recht des normalen Arbeitsortes, also des faktischen Mittelpunkts der Berufstätigkeit, oder, wenn sich dieser nicht finden läßt, Recht der Anstellungsniederlassung, Nr. 2).

Versicherungsverträge: Art. 11 EGVVG (Abs. 1 S. 1: Recht der engsten Verbindung mit Vermutung in Abs. 2 zugunsten der Belegenheit des Risikos).

(4) Anwendbares Recht

Es kommt innerstaatliches Recht ohne IPR zur Anwendung (Art. 35 Abs. 1 EGBGB); Spaltungen durch teilweise Rechtswahl sind zu beachten.

b) Gesetzliche Ausgleichsschuldverhältnisse

Geschäftsführung ohne Auftrag: Art. 39 EGBGB (grds. Ort der Vornahme des fremden Geschäfts); Art. 41, 42 EGBGB.

Ungerechtfertigte Bereicherung: Art. 38 EGBGB (Abs. 1: Leistungskondition wird akzessorisch dem Recht der zugrundeliegenden Leistungsbeziehung unterstellt; Abs. 2: für Eingriffskonditionen gilt das Recht am Eingriffsort; Abs. 3: für Konditionen in sonstiger Weise gilt das Recht am Ort des Bereicherungseintritts); Art. 41, 42 EGBGB.

c) Unerlaubte Handlungen

Art. 40, 41, 42 EGBGB // Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht v. 4.5.1971 sowie über das auf die Produkthaftpflicht anwendbare Recht v. 2.10.1973 nicht ratifiziert, aber im Rahmen einer Rückverweisung zu beachten. Prüfungsreihenfolge:

(1) Rechtswahl

Den Vorrang hat die Frage, ob die Parteien gemäß Art. 42 S. 1 EGBGB nach der Tat (nicht antizipiert) eine wirksame Rechtswahl getroffen haben. Art. 42 EGBGB ist die wahre *basic rule* des internationalen Deliktsrechts. Eine Rechtswahl macht die Verweisung klarer und sicherer. Zum einen bergen die objektiven Anknüpfungen des Art. 40 Abs. 1 EGBGB, welche zudem, im Gegensatz zu Art. 42 S. 1 EGBGB, unter dem Vorbehalt einer „wesentlich engeren Verbindung“ stehen (Art. 41 EGBGB), zahlreiche Schwierigkeiten wie bspw. im Bereich der Produkthaftung, bei Pressedelikten und im Internet. Zum anderen beschleunigt eine Rechtswahl das Verfahren, insbesondere dann, wenn sie zugunsten der *lex fori* getroffen wird²⁶. Die Rechtswahl wirkt nur zwischen den wählenden Parteien, Rechte Dritter bleiben also unberührt (Art. 42 S. 2 EGBGB).

(2) objektive Anknüpfung

(a) Art. 40 EGBGB

Im Falle der Verneinung einer Rechtswahl wird zweitens aber nicht sofort nach Art. 41 EGBGB geprüft, sondern es muß zunächst untersucht werden, welche Grundanknüpfung des Art. 40 EGBGB erfüllt ist. Befindet sich der gemeinsame gewöhnliche

Aufenthalt bzw. die Hauptverwaltung oder Niederlassung von Ersatzpflichtigem und Verletztem in demselben Staat, ist dortiges Recht anzuwenden (Art. 40 Abs. 2 EGBGB). Liegt diese Voraussetzung nicht vor, kommt die allgemeine Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zur Geltung. Hier wird der Tatort ubiquitär verstanden: Er kann am Handlungs- wie auch Erfolgsort belegen sein, und zwar greift gemäß Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB das Recht des Handlungsortes, sofern hier auch der Erfolg eintrat oder aber beide Lokalitäten zwar in verschiedenen Staaten liegen, der Geschädigte aber nicht oder nicht rechtzeitig für das Erfolgsortsrecht optiert hat, sog. Bestimmungsrecht (Art. 40 Abs. 1 S. 2, 3 EGBGB). Art. 40 Abs. 4 EGBGB enthält eine Sonderanknüpfung für den Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer (vgl. § 3 Nr. 1 PflVG), die sog. *action directe*: Im Sinne effektiven Opferschutzes wird der gegen den Versicherer gerichtete Anspruch je nachdem, welches der alternativ in Frage kommenden Rechte ihn vorsieht, akzessorisch an das Delikts- oder Versicherungsvertragsstatut angeknüpft.

(b) Art. 41 Abs. 1 EGBGB

Erst an dritter Stelle der Prüfungsreihenfolge steht also die Kontrolle nach Art. 41 Abs. 1 EGBGB (sog. Ausweichklausel); Regelbeispiele für eine „wesentlich engere Verbindung“ in Abs. 2.

3. Sachenrecht

Es herrscht der Grundsatz der *lex rei sitae* (Lageortsrecht), Art. 43 Abs. 1 EGBGB. Dies auch bei Geschäften, bei denen der Verkäufer den Kaufgegenstand ins Ausland zu versenden hat (sog. Versendungskauf), so daß es zu einer sukzessiven An-

wendung der am Absende- sowie Bestimmungsort geltenden Rechtsordnungen kommt. Wird über die Waren nicht bereits vor, sondern erst während des Transports verfügt, erscheint die Anknüpfung an den jeweiligen Lageort dagegen willkürlich, soweit es sich um ein bloßes Transitland handelt²⁷. Der Schutz wohlerworbener Rechte einerseits und die Verkehrsinteressen im neuen Belegenheitsstaat andererseits führen zu einer modifizierten Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Statutenwechsels: ein offener, „gestreckter“ Tatbestand (unter Geltung des alten Statuts wurden noch nicht sämtliche Voraussetzungen der dinglichen Rechtsänderung erfüllt) beurteilt sich in seiner Gesamtheit nach dem neuen Statut (Art. 43 Abs. 3 EGBGB); dagegen läßt letzteres die unter dem alten Statut entstandene Rechtslage in der Regel unberührt und übernimmt die Sache grds. in der ihr vom bisherigen Statut versehenen Prägung, sofern die Rechte kompatibel sind (Art. 43 Abs. 2 EGBGB), wobei das Empfangsstaatsrecht grds. über den Inhalt der Rechte und Pflichten entscheidet und deshalb ggf. eine sog. Transposition erfolgen muß – z.B. ist eine italienische Autohypothek als besitzloses Pfandrecht in Deutschland nach den für das Sicherungseigentum entwickelten Regeln zu verwerten²⁸. Zurückhaltend Gebrauch zu machen ist von der Ausweichklausel des Art. 46 EGBGB: Nur wenn die allg. Anknüpfungsregeln der Art. 43-45 EGBGB „zur Anwendung extrem sachferner Rechtsordnungen“ führen, empfiehlt sich eine Korrektur des Ergebnisses mit Hilfe dieser Vorschrift²⁹.

4. Familienrecht

a) Eherecht

(1) Eheschließung

Materielle Voraussetzungen: Art. 13 Abs. 1, 2 EGBGB // Haager Eheschließungsabkommen v. 12.6.1902 gilt nur noch ggü. Italien. Formelle Voraussetzungen: Art. 13 Abs. 3 EGBGB und für Eheschließung im Ausland Art. 11 EGBGB (die Voraussetzungen des Eheschließungsstatuts oder des Rechts am Ort der Eheschließung müssen erfüllt sein, so ist z.B. in Italien, Spanien und einigen mexikanischen Bundesstaaten eine sog. Handschuh-ehe, d.h. die Stellvertretung bei der Eheschließung möglich); § 1309 BGB i.d.F. des Eheschließungsrechtsgesetzes v. 4. 5.1998 (Ehefähigkeitszeugnis für Ausländer; für die Bundesrepublik steht seit 1. 11.1997 u.a. im Verhältnis zu Österreich, Luxemburg und Italien das Münchener CIEC-Übereinkommen über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen v. 5.9.1980 in Kraft); Pariser CIEC-Übereinkommen zur Erleichterung der Eheschließung im Ausland v. 10.9.1964.

(2) Allgemeine Ehwirkungen

Art. 10 Abs. 2, 14, 16 Abs. 2, 18, 220 Abs. 2 EGBGB, wobei auf Art. 14 (Abs. 1: sog. Kegelsche Leiter) auch Art. 15 Abs. 1, 17 Abs. 1, 19 Abs. 1 S. 3 und 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB verweisen // Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht v. 2.10. 1973 in Art. 18 EGBGB integriert.

(3) Ehegüterrecht

Unter das eheliche Güterrecht sind die gesetzlichen Güterstände und die Wirksamkeit von Eheverträgen zu qualifizieren. Art. 15 Abs. 1 EGBGB stellt auf das auf die allg. Ehwirkungen (Art. 14 EGBGB) im Zeitpunkt der Eheschließung anwendbare Recht ab; eine Rechtswahl ist gemäß Abs. 2 zugunsten der dort genannten Rechtsordnungen möglich. Weitere Regelungen: Art. 220 Abs. 3 EGBGB; § 1409 BGB als formelles Verweisungsverbot (Güterstand kann nicht durch Verweisung auf nicht mehr geltendes oder ausländisches Recht bestimmt werden³⁰); Gesetz über den ehel. Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen v. 4.8.1969 // Haager Übereinkommen über das auf ehel. Güterstände anwendbare Recht v. 14.3.1978 nicht ratifiziert, aber im Rahmen einer Rückverweisung zu beachten.

(4) Auflösung und Trennung

(a) Nichtigkeitserklärung und Aufhebung: Eheschließungsstatut (siehe oben (1)).

(b) Ehescheidung

Art. 17 Abs. 1, 2 EGBGB (Trennung: analog). Es kommt das Recht der allg. Ehwirkungen (Art. 14 EGBGB) im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zur Anwendung. „Kann die Ehe hiernach nicht geschieden werden“, wobei das ausländische Recht die Scheidungsmöglichkeit nicht generell verneinen muß, sondern genügt, daß im konkreten Fall die Scheidung z.B. wegen Wartezeiten zur Zeit – letzte mündliche Verhandlung – noch nicht möglich ist³¹, unterliegt die Scheidung deutschem Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte zu dieser Zeit Deutscher ist oder

dies bei der Eheschließung war (Schutzklausel des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB). In der Bundesrepublik ist eine Scheidung nur durch ein Gericht möglich, vgl. Art. 17 Abs. 2 EGBGB. Privatscheidungen können hier also nicht vorgenommen werden: Ein hier lebender israelischer Jude kann nicht durch Übergabe eines den Anforderungen seines Heimatrechts entsprechenden Scheidebriefs (*get*) an seine ebenfalls jüdische Frau in Deutschland gescheiden werden; gleiches gilt für die in einigen islamischen Rechtsordnungen mögliche Verstoßung (*talaq*). Auch die Anerkennung einer Privatscheidung gemäß § 328 ZPO oder Art. 7 § 1 FamRÄndG ist ausgeschlossen, da es sich nicht um ein Urteil, sondern ein privates Rechtsgeschäft handelt.

(c) Unterhalt und (sonstige) Scheidungsfolgen

Art. 10 EGBGB (Name); Art. 220 Abs. 3, 15 EGBGB (Ehegüterrecht, siehe oben (3)); Art. 17 Abs. 3 EGBGB (Versorgungsausgleich); Art. 18 Abs. 1 EGBGB (Trennungunterhalt: durch Veränderung des gewöhnlichen Aufenthalts des Unterhaltsberechtigten ist ein Statutenwechsel möglich, bis ein rechtskräftiger Unterhaltstitel vorliegt; danach muß die durch das neue Recht ggü. dem alten geänderte Bemessung von Art und Höhe der Unterhaltsleistung im Wege der Abänderungsklage, § 323 ZPO, geltend gemacht werden³²); Art. 18 Abs. 4 EGBGB (nachehelicher Unterhalt: entspricht dem Scheidungsstatut, ist daher unwandelbar); Art. 21 EGBGB (elterliche Sorge) // Haager Unterhaltsübereinkommen v. 2.10.1973 in Art. 18 EGBGB integriert; Haager Minderjährigenschutzübereinkommen – MSA – v. 5.10. 1961 (an dessen Stelle voraussichtlich zum 1.1.2006 das Kinderschutzübereinkommen – KSÜ – von 1996 tritt, dort Art. 51; im Verhältnis der Mitgliedstaaten der EU wird das

KSÜ allerdings von der kein IPR enthaltenden sog. Brüssel-II-VO Nr. 1347/2000 in ihrer seit 1.3.2005 in Kraft stehenden erweiterten Fassung v. 27.11.2003 Nr. 2201/2003 – Brüssel IIa – gemäß dessen Art. 61 verdrängt).

b) Eingetragene Lebenspartnerschaft

Art. 17 a EGBGB, eingefügt durch Gesetz v. 11.12.2001 (BGBl. I, S. 3513).

c) Kindschaftsrecht

Das am 1.7.1998 in Kraft getretene Kindschaftsrechtsreformgesetz (BGBl. 1997 I, S. 2942) beseitigte die zuvor bestehende Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern zugunsten deren Gleichbehandlung.

(1) Abstammung

Art. 19, 20 EGBGB // CIEC-Übereinkommen v. 12.9.1962 über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder.

(2) Wirkung des Eltern-Kind-Verhältnisses: Art. 21 EGBGB

(3) Unterhalt

Art. 18 EGBGB // Haager Kindesunterhaltsübereinkommen v. 24.10.1956, das aber weitgehend verdrängt wird durch das Haager Übereinkommen v. 2.10.1973 (siehe oben a) (2)).

(4) Kindesentführung

Sog. *legal kidnapping*, d.h. ein Elternteil, dem nicht das alleinige Sorgerecht zusteht, verbringt das Kind

in ein anderes Land: Weder das MSA noch Art. 5 Abs. 3 EGBGB bieten eine angemessene Regelung. Daher: Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationalen Kindesentführung (HKEntfÜ) v. 25.10.1980 bzw. im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zueinander Art. 11 Brüssel-IIa-VO (schränkt, was Art. 36 HKEntfÜ ausdrücklich zulässt, die Gründe, aus denen eine Rückgabe verweigert werden kann, ein) und Europ. Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses v. 20.5.1980.

(5) Adoption

Art. 22, 23 EGBGB. In deren Ergänzung verlangt § 1746 Abs. 1 S. 4 BGB bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit von Annehmendem und Kind die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Letztere zwingt zur Berücksichtigung des Kindeswohls³³ und ist deshalb entbehrlich, wenn sich die Annahme nach deutschem Recht richtet^{33a}.

(6) Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft

Art. 24 EGBGB // Haager Vormundschaftsübereinkommen v. 12.6.1902 gilt nur noch ggü. Belgien und Italien; Deutsch-österreich. Vormundschaftsabkommen v. 5.2.1927.

5. Erbrecht

a) Erbstatut

Art. 25, 3 Abs. 3 EGBGB // Art. 8 Abs. 3 des Deutsch-Iranischen Niederlassungsabkommens v. 17.12.1929; Deutsch-türkisches Nachlaßabkommen

(Anl. zu Art. 20 des Deutsch-türk. Konsularvertrags v. 28.5.1929).

Parteiautonomie ist zugelassen, Art. 25 Abs. 2 EGBGB: Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen (sogleich b)) deutsches Recht wählen. Es handelt sich um eine einseitige Kollisionsnorm, eine zur Durchsetzung inländischer Interessen und Gerechtigkeitsvorstellungen geschaffene Exklusivnorm³⁴. Für die objektive Bestimmung des Erbstatuts verweist Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf das Heimatrecht des Erblassers, was eine einheitliche Beurteilung aller Nachlaßgegenstände nach einer einzigen Rechtsordnung gewährleistet (Grundsatz der Nachlaßeinheit). Zu einer Nachlaßspaltung kommt es, wenn das IPR des Heimatstaates (Gesamtverweisung, unten III 3) rück- oder weiterverweist. Dem Sinn der kollisionsrechtlichen Verweisung widerspricht dies nicht, da der deutsche Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 3 EGBGB (Vorrang des Belegenheitsstatuts vor dem Gesamtstatut, dazu unten III 2) und eben 25 Abs. 2 EGBGB (Rechtswahl im weiteren Sinne) selbst Ausnahmen von dem Prinzip der Nachlaßeinheit vorsieht³⁵.

Eine Sonderregelung für gesetzliche Erbansprüche eingetragener Lebenspartner findet sich in Art. 17 b Abs. 1 S. 2 EGBGB, wonach subsidiär die Sachvorschriften des Registerstaates zur Anwendung berufen sind³⁶.

b) Form letztwilliger Verfügungen

Art. 26 EGBGB und § 11 KonsularG v. 11.9.1974
// Haager Testamentsformübereinkommen v. 5.10.

1961 integriert; § 16 des o.g. Deutsch-türk. Nachlaßabkommens.

II. Klärung der Anknüpfungstatbestände

Wie eingangs (A) erwähnt, knüpft das Gesetz an bestimmte Tatbestände an, z.B. den gewöhnlichen Aufenthalt einer Person, den Tatort oder die Staatsangehörigkeit. Diese Merkmale gilt es zu klären. So bestimmt sich die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem StAG v. 22.7.1913 i.d.F. v. 15.7.1999 (BGBl. I, S. 1618); Volksdeutsche: Art. 116 Abs. 1 GG; Flüchtlinge: AHK-Gesetz v. 17.3.1950. Für Mehrstaater gilt Art. 5 Abs. 1 EGBGB, für Staatenlose Art. 5 Abs. 2 EGBGB. Soweit erforderlich, sind die Anknüpfungsmomente der Kollisionsnorm (bspw. die Belegenheit der Sache oder der Parteilie) auszulegen und auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden.

Der Tatbestand kann auch ein Rechtsverhältnis voraussetzen. Bsp: Abstammung des Kindes richtet sich gemäß Art. 19 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht seines gewöhnl. Aufenthalts, dem Heimatrecht des jeweiligen Elternteils bzw. dem allg. Ehwirkungsstatut des Art. 14 Abs. 1 EGBGB (subsidiäre Anknüpfung). Voraussetzung für die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut ist jedoch, daß die Kindesmutter verheiratet ist. Die Ehe ist hier sog. Erstfrage. Da sie vom Kollisionsrecht des Forums aufgeworfen wird, hat die lex fori über deren Anknüpfung zu entscheiden (selbständige Anknüpfung)³⁷.

III. Rechtsfolge – Berufung ggf. ausländischen Rechts

Ist auf deutsches Recht verwiesen, so gilt damit sogleich dessen Sachrecht, bspw. §§ 823 ff. BGB. Bei

Verweisung auf ein ausländisches Recht gelten Besonderheiten:

1. Teilrechtsordnungen

Führt eine kollisionsrechtliche Verweisung zu dem Recht eines Staates ohne einheitliches Privatrecht (Mehrrechtsstaat), hat dies eine territoriale Rechts-spaltung zur Folge. So nicht selten in Bundesstaaten (z.B. USA, Kanada, Australien). Hier erfolgt u.U. eine Unteranknüpfung nach Art. 4 Abs. 3 EGBGB bzw. Art. 35 Abs. 2 EGBGB.

2. Vorrang des Einzelstatuts

Wie erwähnt, oben I 5 a), verdrängt gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB das sog. Einzelstatut (*lex rei sitae*) das Gesamtstatut, wenn ersteres (nicht das deutsche IPR) es so will. Die Verweisung ist also bedingt, denn dem Belegenheitsrecht, so ist Art. 3 Abs. 3 EGBGB zu verstehen, wird der Vorrang eingeräumt, wenn der Staat der Belegenheit dort befindliche Gegenstände „besonderen Vorschriften“ unterwirft. Art. 3 Abs. 3 EGBGB umfaßt alle Fälle, in denen ein familien- oder erbrechtliches Gesamtstatut einem Einzelstatut gegenübertritt. Was mit „besonderen Vorschriften“ gemeint ist, sagt nicht das Gesetz, sondern die Rechtsprechung. Es sind zum einen Sachnormen, die sich auf sog. gebundene Güter oder Sondervermögen wie z.B. Rentengüter beziehen und diese Gegenstände einer besonderen Regelung (bspw. in der Vererbung) unterstellen³⁸. Auch deutsche Sachnormen über Sondervermögen gehen einem ausländischen Gesamtstatut vor^{38a}. Besondere Vorschriften sind zum anderen ausländische Kollisionsnormen, welche alle oder gewisse Rechtsverhältnisse in Bezug auf bestimmte Gegen-

stände (meist Grundstücke) einem anderen Statut unterwerfen, als es für gleichartige Rechtsverhältnisse in Bezug auf sonstiges Vermögen gilt, so z.B. im Erbrecht die Nachlaßspaltung in Frankreich und hinsichtlich des Ehegüterrechts oder der Verwaltung von Kindes- oder Mündelvermögen (*common law*)³⁹.

3. Sachnorm- oder Gesamtverweisung

Eine Sachnormverweisung bedeutet die Anwendung des materiellen Rechts (siehe C).

Bei Gesamtverweisung ist das ausländische Kollisionsrecht vorgeschaltet: Eine Qualifikation hat im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs nach dessen Systembegriffen zu erfolgen, sofern nicht eine sog. Qualifikationsverweisung vorliegt (Bsp.: Kollisionsrecht von Ohio verweist für die Erbfolge in unbewegliches Vermögen auf das Recht des Belegenheitsorts und überläßt diesem gleichzeitig die Qualifikation, ob es sich im Einzelfall um unbewegliches Vermögen handelt)⁴⁰. Nimmt das fremde IPR die Verweisung an, ist dessen Sachrecht anzuwenden (C). Bei Rückverweisung auf deutsches Recht spielt dieses nicht „Ping-Pong“, sondern nimmt den *renvoi* an, die Verweisungskette wird abgebrochen (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Wird auf ein anderes ausländisches Recht verwiesen, ist – bei Gesamtverweisung – dessen Kollisionsrecht zu prüfen; die überw. Meinung beachtet diesen *renvoi* durch einen dritten Staat, soweit dieser nach dem IPR des erstmals weiterverweisenden Staates beachtlich ist⁴¹, eine a.A. bricht die Verweisungskette stets bei der Rechtsordnung ab, die als erste zum zweiten Mal in der Kette auftaucht^{41a}.

C. Anwendung des materiellen Fremdrechts

Schließlich gelangt man zur Anwendung des verweisungstechnisch auserkorenen, ggf. uns fremden Sachrechts.

I. Grundsätze

Nur aufgrund entsprechender Abrede hat der Anwalt ausländisches materielles Recht zu prüfen sowie auch, ob im Hinblick auf dieses Recht z.B. eine Ausübung der Option (Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB) bzw. ein von der Tatortregel abweichender Konsens (Art. 42 EGBGB) ratsam und wie auf letzteren hinzuwirken ist⁴². Dieser Pflicht genügt er bei völliger Unbekanntheit des Sachrechts am besten dadurch, einen im Ausland praktizierenden Kollegen hinzuzuziehen⁴³ und ein Privatgutachten einzuholen, wenn vom Inhalt jenes Rechts die Klageerhebung oder Vergleichsverhandlung abhängen soll. Überall dort, wo die Rechtsanwendung disponibel ist und der Partei ggü. der Geltung eines anderen Rechts keine wesentlichen Vorteile verlorengehen, wird man sich aber auf die Anwendung deutschen Rechts zu einigen suchen, denn dies spart Zeit und Kosten⁴⁴.

Die Gesetzesmaterialien sind – teils auch ins Deutsche übersetzt – in Textsammlungen und Kommentierungen verfügbar⁴⁵. Gemäß § 293 S. 2 ZPO, § 12 FGG ist das Gericht verpflichtet, im ausländischen Recht einschlägige Vorschriften zu prüfen und *modo legis causae*, d.h. so zu interpretieren und anzuwenden, wie es auch in dem betreffenden Staat geschieht⁴⁶. Ggf. ist ein Rechtsgutachten einzuholen⁴⁷. Bei anspruchsbegründenden Normen handelt es sich nicht um Tatsachen, sondern Rechtssätze und

unterliegen deshalb keinem Beweis (*ius allegitur, non probatur*). Dieses Prinzip wird lediglich gelockert, wenn § 293 ZPO in S. 1 sagt, fremdes Recht bedürfe des Beweises, was nur bedeutet, daß dem Richter die Methode (z.B. der Strengbeweis⁴⁸) offensteht, von ihm also keine positive Kenntnis erwartet wird, dafür aber, seinen Spielraum hinsichtlich Art und Weise der Ermittlung pflichtgemäß zu nutzen. Das Gericht muß also das maßgebende (ausländische) Recht und auch seinen Inhalt von Amts wegen erkunden, denn hierauf erstreckt sich die Verhandlungsmaxime nicht (da *mihi facta, dabo tibi ius*). Dabei darf es die Mitwirkung der Parteien in einem ihnen zumutbaren Umfang bei der Erforschung dieses Rechts als Obliegenheit beanspruchen. Dem zu genügen liegt, ebenso wie bereits die den Prozeß vorbereitende Erkundigung, im parteieigenen Interesse. Die Parteien sind demnach berechtigt, Nachweise über das ausländische Recht beizubringen; es gibt aber keinen Vorrang ihrer Tätigkeit. Mitunter werden zwar Beschlüsse dahingehend erlassen, ihnen aufzugeben, deutsche Übersetzungen des Gesetzestextes oder gar rechtsvergleichende Gutachten zu beschaffen⁴⁹. Mangels objektiver Darlegungslast aber darf keine Partei wegen Nichtbeibringung einen Nachteil erleiden in dem Sinne, daß die Schlüssigkeit ihres Vorbringens zu verneinen bzw. sie mit ihrem Anspruch wegen „Beweisfälligkeit“ abzuweisen wäre⁵⁰. Der Richter verletzt also, selbst wenn die Prüfung schwierig ist, seine prozeßrechtliche Officialpflicht auf nach §§ 557 Abs. 3 S. 2, 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2b ZPO (Revision) zu rügende bzw. i.S.v. § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO (Berufung) mangelhafte Weise, falls er den behaupteten Rechtssatz wegen angeblich fehlender Parteiunterstützung als schlicht-

weg nicht vorhanden ansieht oder sich mit einer wirtschaftlichen Betrachtung begnügt⁵¹.

Ist trotz aller Sorgfalt der Inhalt des fremden Rechts nicht ermittelbar und kommt auch keine Einigung über ein anderes Recht zustande, so muß das Gericht gleichwohl entscheiden (Rechtsverweigerungsverbot). Es bleibt hier nur, ein Ersatzrecht anzuwenden. Auf die *lex fori* ist nach BGH jedenfalls dann zurückzugreifen, wenn starke Inlandsbeziehungen bestehen und die Beteiligten einer Anwendung des deutschen Rechts nicht widersprechen⁵².

II. Vorfragen

„Vorfragen“ sind Fragen nach dem Bestehen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses oder Rechts, die von dem durch unsere Kollisionsnormen zur Anwendung berufenen (ausländischen) Recht aufgeworfen werden. Bsp.: Das Deliktsstatut macht den Schadenersatzanspruch vom Eigentum oder den Unterhaltsanspruch von der ehelichen Abstammung des Klägers abhängig. Die h.M. knüpft diese Vorfragen grds. selbständig an, d.h. das vorab zu klärende Rechtsverhältnis wird nach dem IPR der *lex fori* beurteilt; anders bei völkerrechtlichen Verträgen, auch wenn sie ins EGBGB inkorporiert wurden⁵³.

III. Anpassung

Anpassungsprobleme sind durch die Methode des IPR bedingt. Der Sachverhalt wird unter sachlichen bzw. zeitlichen Gesichtspunkten zerlegt, die einzelnen Rechtsfragen werden z.T. unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellt. Dadurch kann es zu einem Neben- oder Nacheinander mehrerer Rechtsordnungen kommen. Sind diese nicht aufeinander

abgestimmt, führt dies zu widersprüchlichen Ergebnissen, die im Wege der sog. Anpassung oder Angleichung durch modifizierte Anwendung entweder des eigenen Kollisionsrechts oder der beteiligten Sachrechte beseitigt werden müssen⁵⁴.

IV. Substitution

Die zur Entscheidung berufene (meist inländische) Sachnorm steht fest, aber ein Tatbestandsmerkmal dieser Norm, z.B. Auflassung oder notarielle Beurkundung, ist in einem fremden Staat (oder im Inland nach fremdem Recht) verwirklicht. Es stellt sich hier die Frage, ob die ausländische Rechtserscheinung der an sich gemeinten inländischen substituiert (ausgetauscht, ersetzt) werden darf. Über die Wirksamkeit einer solchen Substitution ist durch Auslegung der jew. Sachnorm zu befinden, wobei es entscheidend auf die Gleichwertigkeit des Rechtsvorgangs ankommt⁵⁵.

V. Schranken

Dem unter Anwendung des ausländischen Rechts gefundenen Ergebnis kann Einhalt zu gebieten sein.

1. Zwingende Vorschriften

Ein Verstoß gegen international zwingende Vorschriften des deutschen Rechts, sog. Eingriffsnormen, führt zu deren gesonderten Anknüpfung (Art. 34 EGBGB, der Art. 7 Abs. 2 EVÜ entspricht). Die bloße Unabdingbarkeit nach deutschem materiellen Recht genügt nicht. Daher können über Art. 34 EGBGB nicht etwa § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB (Treu und Glauben) angewandt werden, deren Durchsetzung ggü. dem an sich maßgeblichen ausländischen Recht nur über Art. 6

EGBGB (unten 2 b)) erfolgen kann⁵⁶. In Betracht kommen dagegen sowohl privatrechtliche wie öffentlichrechtliche Vorschriften, die insbes. im sozial- und wirtschaftspolitischen Interesse in Schuldverhältnisse eingreifen, d.h. primär Gemeinwohlziele verfolgen, bspw. Embargobestimmungen⁵⁷. In den Anwendungsbereich von Art. 34 EGBGB fallen aber nach freilich umstr. Auffassung auch Vorschriften des Verbraucherschutzes, soweit sich Art. 29 EGBGB „als lückenhaft erweist“⁵⁸, z.B. bei von dieser Kollisionsnorm nicht erfaßten Vertragstypen wie Miete. Eine Sonderanknüpfung von Schutzvorschriften für Arbeitnehmer ergibt sich dagegen bereits aus Art. 30 Abs. 1 EGBGB (oben B I 2 a)).

2. Öffentliche Ordnung (*ordre public*)

Bei der Anknüpfung werden weder der Inhalt des ausländischen Rechts noch das Ergebnis seiner Anwendung im Einzelfall berücksichtigt. Deshalb gleicht die Anwendung des durch das IPR berufenen ausländischen Rechts einem „Sprung ins Dunkle“⁵⁹. Es bedarf daher eines Korrektivs, falls ein Widerspruch besteht zu wesentlichen Grundsätzen des eigenen Rechts.

a) Art. 40 Abs. 3 EGBGB

Für Nr. 1 nennt die Gesetzesbegründung den Mehrfachschadensersatz als Beispiel⁶⁰. Rechtsfolge von Art. 40 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB ist der Ausschluß des überschießenden Teils des Ersatzanspruchs. Art. 40 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB betrifft vorrangig den Strafschadensersatz, wie ihn die USA z.B. in Produkthaftungsfällen kennen und gewähren (*punitive damages*)⁶¹. Art. 40 Abs. 3 EGBGB dient auch hier allein der summenmäßigen Begrenzung.

b) Art. 6 EGBGB

Wenn die fremde Haftungsregelung dem Grunde nach mit dem *ordre public* nicht in Einklang steht, kommt Art. 6 EGBGB zur Anwendung. Gegenstand der Kontrolle ist das Resultat der Anwendung ausländischen Rechts, nicht die Sachnorm als solche, die jedoch in der Rechtsfolge eines eingreifenden *ordre-public*-Vorbehalts nicht angewandt wird. Dies ist der Fall bei offensichtlicher Unvereinbarkeit mit wesentlichen Prinzipien des deutschen Rechts, also Antasten des Kernbestands der inländischen Rechtsordnung⁶² und so starkem Widerspruch zu den in deutschen Regelungen, besonders der Verfassung liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen, daß dies von uns für untragbar gehalten wird^{62a}. Auch vorausgesetzt ist eine hinreichende Binnenbeziehung⁶³. Bei einem Verstoß ist die Lücke zu schließen durch ausländisches Recht, hilfsweise deutsches Recht⁶⁴.

- ¹ v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 8. Aufl. 2005, § 1 Rn. 2.
- ² *Lüderitz*, IPR, 2. Aufl. 1992, Rn. 9.
- ³ *Kegel*, IPRax 1996, 309.
- ⁴ Begr. RegE 1983, BT-Drs. 10/504, S. 35.
- ⁵ *Kropholler*, IPR, 5. Aufl. 2004, § 19 I.
- ⁶ Allg. Meinung, etwa BGH v. 21.9.1995, NJW 1996, 54 f. m. Anm. *Mäsch*, 1453; a.A. *Flessner*, *RabelsZ* 34 (1970), 547 ff.
- ⁷ *Palandt-Heldrich*, BGB, 64. Aufl. 2005, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 27 f.
- ⁸ Gesetz zur Neuregelung des IPR v. 25.7.1986 (BGBl. I, S. 1142), in Kraft seit 1.9.1986.
- ⁹ Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen v. 21.5.1999 (BGBl. I, S. 1026), in Kraft seit 1.6.1999.
- ¹⁰ Vgl. *R. Wagner*, NJW 2003, 2344 ff.; *dens.*, NJW 2004, 1835 ff. und NJW 2005, 1754 ff.
- ¹¹ Vgl. das Grünbuch v. 14.1.2003, KOM (2002) 654 endg. und dazu die Beiträge von *Mankowski, Martiny* u.a., in: *Leible* (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht* (2004), sowie, auf englisch, der Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts Hamburg unter Koordination von *Basedow*, *RabelsZ* 68 (2004), 1-118.
- ¹² Vorschlag v. 22.3.2003, KOM (2003) 427 endg. und dazu *Benecke*, *RIW* 2003, 830 ff., *Leible/Engel*, *EuZW* 2004, 7 ff. und *Huber/Bach*, IPRax 2005, 73 ff.; zur Vorgeschichte *Verf.*, *Die Grenzen der Rechtswahl im internationalen Deliktsrecht* (2003), S. 231 ff.
- ¹³ Grünbuch v. 14.3.2005, KOM (2005) 82 endg.
- ¹⁴ Grünbuch v. 1.3.2005, KOM (2005) 65 endg.
- ¹⁵ Zusammenstellung bei *MünchKomm-Kindler*, *IntGesR*, 3. Aufl. 1999, Rn. 238 ff.
- ¹⁶ BGH v. 11.7.1957, BGHZ 25, 134 (144) = NJW 1957, 1433.
- ¹⁷ BGH v. 21.3.1986, BGHZ 97, 269 (272) = NJW 1986, 2194.
- ¹⁸ EuGH v. 9.3.1999 – *Centros* –, Slg. 1999 I, 1459 = NJW 1999, 2027 = IPRax 1999, 360 m. Anm. *Behrens*, 323; EuGH v. 5.11.2002 – *Überseering*, Slg. 2002 I, 9919 = NJW 2002, 3614 = IPRax 2003, 65 m. Anm. *Roth*, 117 sowie anschließendes Urteil BGH v. 13.3.2003, BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461 m. Anm. *Schulz*, 2705 = IPRax 2003, 344 m. Anm. *Weller*, 324; EuGH v. 30.9.2003 – *Inspire Art* –, NJW 2003, 3331 m. Anm. *Zimmer*, 3585 = IPRax 2004, 46 m. Anm. *Behrens*, 20.
- ^{18a} Vgl. statt aller die Nachweise bei *Palandt-Heldrich*, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 7.
- ¹⁹ Vgl. nur v. *Hoffmann/Thorn*, § 7 Rn. 50-51.
- ²⁰ Vgl. *Leible*, in: *Festschrift für Jayme* (2004), S. 485 ff.
- ²¹ Vgl. etwa BGH v. 9.12.1998, BGHZ 140, 167 = NJW 1999, 950; BGH v. 4.5.2004, NJW 2004, 2523 (2524).
- ²² Vgl. BGH v. 19.1.2000, NJW-RR 2000, 1002 (1004); *Verf.*, a.a.O., S. 126 ff.
- ²³ *Schack*, NJW 1984, 2736 (2738).
- ²⁴ Statt aller: *Palandt-Heldrich*, Art. 28 EGBGB Rn. 3.
- ²⁵ *Berger*, NJW 2001, 1530 (1533).
- ^{25a} Zur anwaltlichen Honorarvereinbarung BGH v. 24.7.2003, NJW 2003, 3486.

- ²⁶ Zu den Grenzen *Verf.*, a.a.O., S. 77 ff.
- ²⁷ MünchKomm-Kreuzer, EGBGB, 3. Aufl. 1998, Nach Art. 38 Anh. I Rn. 126; *Kropholler*, § 54 IV.
- ²⁸ BGH v. 11.3.1991, NJW 1991, 1415 = IPRax 1993, 176 m. Anm. *Kreuzer*, 157.
- ²⁹ Vgl. BT-Drs. 14/343, S. 18 f.; *Mansel*, in: Festschrift für Heldrich (2005), S. 899 ff.
- ³⁰ Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit bleibt bestehen: Ehegatten können also wirksam ein früher geltendes oder ausländisches Güterrecht vereinbaren, indem sie alle Einzelregelungen dieses Rechts in den Ehevertrag aufnehmen (MünchKomm-Kanzleiter, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1409 Rn. 1).
- ³¹ *v.Hoffmann/Thorn*, § 8 Rn. 51; MünchKomm-Winkler v. *Mohrenfels*, EGBGB, Art. 17 Rn. 55 f. Rechtsvergleichender Überblick bei *Staudinger-Mankowski*, Kommentar zum BGB, EGBGB, Neubearb. 2003, Art. 17 Rn. 20 ff. Die meisten der scheidungsfeindlichen Staaten wie Andorra, Malta und San Marino sehen indes eine Trennung von Tisch und Bett vor.
- ³² OLG Köln v. 20.7.2004, NJW-RR 2005, 876.
- ³³ Vgl. LG Osnabrück v. 12.5.1997, NJW-RR 1998, 582 = FamRZ 1998, 54.
- ^{33a} MünchKomm-Maurer, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1746 Rn. 17; *Palandt-Diederichsen*, § 1746 BGB Rn. 5.
- ³⁴ MünchKomm-Birk, EGBGB, Art. 25 Rn. 21.
- ³⁵ *Siehr*, IPRax 1987, 4 (5).
- ³⁶ Dazu *Henrich*, FamRZ 2002, 137 ff.
- ³⁷ *v.Hoffmann/Thorn*, § 6 Rn. 50, 52.
- ³⁸ Vgl. BGH v. 5.4.1968, BGHZ 50, 63.
- ^{38a} So für die Höfeordnung der ehem. Britischen Zone BGH v. 14.7.1965, MDR 1965, 818.
- ³⁹ *Kropholler*, § 26 II 2 b.
- ⁴⁰ *v.Hoffmann/Thorn*, § 6 Rn. 17, 17a.
- ⁴¹ *v.Hoffmann/Thorn*, § 6 Rn. 104 f.
- ^{41a} MünchKomm-Sonnenberger, EGBGB, Art. 4 Rn. 35; *Palandt-Heldrich*, Art. 4 EGBGB Rn. 3.
- ⁴² Vgl. *Sieg*, Internationale Anwaltshaftung (1996), S. 127, 131, 142 f.; *Heiderhoff*, IPRax 2002, 366 (369).
- ⁴³ Dies entspricht der CCBE-Standesregel Nr. 3.1.3. für Rechtsanwälte der EU; sie ist als Anlage zu § 29 Abs. 1 BO verbindlich, nachdem die deutsche Anwaltschaft insoweit Satzungscompetenz erlangt hat (§ 59 b Abs. 2 Nr. 9 BRAO), stellt aber eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar, weil ihre Beachtung zur gewissenhaften Berufsausübung gehört (*Hartung/Holl-Lörcher*, Anwaltl. BO, 2. Aufl. 2001, CCBE 3.1. Rn. 4). Ob eine Erstattung für die Kosten eines solchen Verkehrsanwalts stattfindet, richtet sich bei einem Prozeß in Deutschland nach den Maßstäben des deutschen Prozeßrechts (§§ 91 ff. ZPO), die Höhe der zugesprochenen Erstattung richtet sich dagegen grds. nach dem Recht, das auf den Vertrag zwischen der erstattungsberechtigten Partei und ihrem ausländischen Anwalt, dessen Hinzuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung geboten war, anwendbar ist, wobei der BGH die im deutschen Recht gewährten Gebühren als Obergrenze einzieht (Beschluss v. 8.3.2005, NJW 2005, 1373 [1374] m. abl. Anm. *Mankowski*, 2346 [2349: „massive Diskriminierungsprobleme“]).
- ⁴⁴ *Lüderitz*, Rn. 189 f.; zu Art. 42 EGBGB *Verf.*, a.a.O., S. 28 ff.
- ⁴⁵ So etwa *v.Bar*, Ausländisches Privat- und Verfahrensrecht in deutscher Sprache, 5. Aufl. 2004; *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Loseblatt Stand Juli 2005; *Rieck* (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, 2005.
- ⁴⁶ BayObLG v. 20.6.1972, MDR 1972, 876: „Der deutsche Richter hat sich vor einem Widerspruch zu feststehender ausländischer Praxis und Lehre zu hüten“. Vgl. BGH v. 23.6.2003, NJW 2003, 2685 = RIW 2003, 961 = VersR 2004, 70; *Zöller-Geimer*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 293 Rn. 24.

- ⁴⁷ Solche Gutachten werden ganz überwiegend von den deutschen Universitätsinstituten für internationales und ausländisches Privatrecht unter Einschluss des entsprechenden Hamburger Max-Planck-Instituts erstellt. Eine Auswahl wird im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht in Jahresbänden herausgegeben. Zuletzt erschienen: *Basedow/Kegel/Mansel* (Hrsg.), Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht 2002 (2004); der Band 2003/2004 ist für Herbst 2005 angekündigt.
- ⁴⁸ Ist ein solches Verfahren eingeleitet, so müssen wie bei einer gewöhnlichen Tatfrage die Regeln der §§ 355 ff. ZPO eingehalten werden, vgl. BGH v. 10.7.1975, IPRspr. 1975 Nr. 1 und v. 15. 6.1994, NJW 1994, 2959 (2960).
- ⁴⁹ OLG Frankfurt/Main v. 13.12.1982, MDR 1983, 410. Vgl. auch BGH v. 23.6.1964, IPRspr. 1964-65 Nr. 51: „Soweit es dem Berufungsgericht bei der Ermittlung des einschlägigen iranischen Rechts an greifbaren Erkenntnisquellen gefehlt haben sollte, hätte es die Klägerin auffordern sollen, ihm die fehlenden Nachweise zu liefern“.
- ⁵⁰ Vgl. nur BGH v. 26.10.1977, BGHZ 69, 387 (393) und Zöller-Geimer, § 293 Rn. 16a. A.A. OLG Hamm v. 9.6.1980, IPRspr. 1980 Nr. 1b und OLG Düsseldorf v. 28.5.1986, IPRspr. 1986 Nr. 43. Vorsichtiger BGH v. 30.4.1992, BGHZ 118, 151 (164) sowie v. 4.6.1992, BGHZ 118, 312 (319/320): Haben die Parteien selbst unschwer Einblick in und Zugriff auf die Quellen der ausländischen Rechtsordnung, wird man von ihnen „in der Regel erwarten können“, daß sie zum auslösenden Recht substantiiert vortragen.
- ⁵¹ Vgl. BGH v. 2.2.1995, NJW-RR 1995, 766 (767).
- ⁵² BGH v. 16.10.1977, BGHZ 69, 387.
- ⁵³ Palandt-Heldrich, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 29 f.
- ⁵⁴ Vgl. Kropholler, § 34 und v.Hoffmann/Thorn, § 6 Rn. 31 ff.
- ⁵⁵ Kropholler, § 33 I, II; Palandt-Heldrich, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 31, Art. 11 EGBGB Rn. 7.
- ⁵⁶ BGH v. 19.3.1997, BGHZ 135, 124 = NJW 1997, 1697 = IPRax 1998, 263 (L) m. Anm. Ebke.
- ⁵⁷ Palandt-Heldrich, Art. 34 EGBGB Rn. 3 m. weiteren Bsp.
- ⁵⁸ BGH v. 26.10.1993, BGHZ 123, 380 (391) = NJW 1994, 262 = IPRax 1994, 429 m. Anm. Lorenz.
- ⁵⁹ Raape/Sturm, IPR I, 6. Aufl. 1977, § 13 I 1.
- ⁶⁰ Begr. RegE 1998, BT-Drs. 14/343, S. 12.
- ⁶¹ Ein Bundesrecht gibt es hierfür nicht, da *common law* grds. nur als einzelstaatliches Recht existiert (vgl. US Supreme Court v. 25.4.1938 – Erie Railroad Co. ./ Tompkins, 58 S.Ct. 817 [1938]).
- ⁶² Begr. RegE BT-Drs. 10/504, S. 42.
- ^{62a} BGH v. 4.6.1992, BGHZ 118, 312 (330 f.) = NJW 1992, 3096 = JZ 1993, 266 m. Anm. Deutsch sowie BGH v. 16.9.1993, BGHZ 123, 268 (270) = NJW 1993, 3269 = IPRax 1994, 85 m. Anm. Basedow.
- ⁶³ Vgl. nur Palandt-Heldrich, Art. 6 EGBGB Rn. 6.
- ⁶⁴ Vgl. OLG Schleswig v. 31.5.2001, NJW-RR 2001, 1372 = FamRZ 2002, 698 (absolutes Adoptionshindernis nach türk. ZGB); OLG Zweibrücken v. 16.11.2001, NJW-RR 2002, 581 (Ehe libanesischer Staatsangehöriger islamisch-schiitischen Glaubens kann aufgrund des *ordre public* in ersatzweiser Anwendung deutschen Rechts geschieden werden).