

# Staatszerfall und Internationales Privatrecht

Von NADJMA YASSARI, Hamburg

## Inhaltsübersicht

I. <i>Syrien als Beispiel eines zerfallenden Staates</i> . . . . .	945
1. <i>Militärische Situation</i> . . . . .	945
2. <i>Faktische Rechtsspaltung</i> . . . . .	946
II. <i>Vorfragen</i> . . . . .	948
1. <i>Staatsbegriff und völkerrechtliche Anerkennung</i> . . . . .	948
2. <i>Faktische Geltung von Privatrechtsnormen</i> . . . . .	950
3. <i>Anknüpfungsmomente</i> . . . . .	952
III. <i>Die Ermittlung des faktisch geltenden Rechts</i> . . . . .	952
1. <i>Die Ermittlung des faktisch geltenden Rechts         über normative Anknüpfungspunkte</i> . . . . .	953
2. <i>Die Ermittlung des faktisch geltenden Rechts         über territoriale Anknüpfungspunkte</i> . . . . .	954
IV. <i>Die Anwendung des faktisch geltenden Rechts</i> . . . . .	956
1. <i>Maßstab für die inhaltliche Ermittlung des faktisch geltenden Rechts</i> . . . . .	956
2. <i>Beschreibung und Auslegung des ausländischen Rechts</i> . . . . .	957
V. <i>Ersatzrechte</i> . . . . .	960
1. <i>Materiellrechtliches Ersatzrecht</i> . . . . .	960
a) <i>Interne Lösung: Suche nach Normensystemen             innerhalb des zerfallenden Staates</i> . . . . .	960
b) <i>Externe Lösung: Suche nach Normensystemen             außerhalb des zerfallenden Staates</i> . . . . .	963
2. <i>Kollisionsrechtliche Lösungswege</i> . . . . .	967
a) <i>Grundlage</i> . . . . .	967
b) <i>Kollisionsrechtliche Ersatz- oder Hilfsanknüpfungen</i> . . . . .	969
3. <i>Ergebnis</i> . . . . .	970
VI. <i>Zusammenfassung in Thesen</i> . . . . .	970
<i>Summary: Failing States and Private International Law</i> . . . . .	971

Dass Staaten zerfallen und neue entstehen, ist kein ungewöhnliches Phänomen. Die Entwicklungen auf der Krim, die Sezessionsbestrebungen Schottlands und Kataloniens oder das Unabhängigkeitsreferendum im kurdischen Autonomiegebiet im Nordirak sind beredte Beispiele für eine po-

tenzielle territoriale Diskontinuität in der Gegenwart. Solche Entwicklungen berühren auch das Internationale Privatrecht, wenn inländische Kollisionsnormen auf das Recht eines zerfallenen oder sich im Zerfall befindlichen Staates verweisen. Ausführlich diskutiert worden sind dabei insbesondere solche Fälle, in denen eine staatliche Macht einer anderen gegenüberstand, wenn etwa durch Annexion die Gebiete eines Staates einem anderen Staat zugeeignet wurden – so die Annexion Ostjerusalems durch Israel 1967 oder die der baltischen Staaten durch die Sowjetunion 1940 – oder ein Gesamtstaat in Teilgebiete zerfallen ist, die sich dann ebenfalls staatlich organisiert haben – wie etwa der Zerfall der Sowjetunion oder Jugoslawiens in den 1990er-Jahren. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage, wie das Internationale Privatrecht darauf reagiert oder reagieren sollte, wenn ein Staat innerlich zerfällt und neue Wirkungseinheiten innerhalb seines Gebiets entstehen.<sup>1</sup> Es soll hier also um sogenannte *failing* oder *collapsed states* gehen, also im Zerfall befindliche oder gescheiterte Staaten, in denen ein Machtzerfall zu Rechtszerfall<sup>2</sup> geführt hat, zumindest des staatlichen Rechts. Dies soll anhand des Beispiels von Syrien erläutert werden.

Der erste Abschnitt umreißt die faktische und rechtliche Situation in Syrien und hebt ihre Besonderheiten hervor. Sodann sind einige völker- und internationalprivatrechtliche Vorfragen bei der Anwendung des Rechts eines zerfallenden Staates zu klären. Im dritten und vierten Teil wende ich mich dem Fragenkomplex der Ermittlung und Anwendung des Rechts des zerfallenden Staates zu, um im abschließenden Abschnitt Überlegungen zur Heranziehung von Ersatzrechten anzustellen.

## I. Syrien als Beispiel eines zerfallenden Staates

### 1. Militärische Situation

Syrien ist ein Staat mit multiethnischer und –religiöser Bevölkerung, die sich mehrheitlich aus Arabern, Kurden, Armeniern und Tscherkessen sowie Flüchtlingen aus dem Irak und Palästina zusammensetzt. Etwa 87 Prozent der Bevölkerung sind Muslime, zehn Prozent Christen und drei Prozent

---

<sup>1</sup> Internationalverfahrensrechtliche Probleme bleiben hier außer Betracht; vgl. dazu *Gerhard Hohloch*, Staatsexistenz und Internationale Zuständigkeit, IPRax 2000, 96 ff.

<sup>2</sup> *Gerhard Hohloch*, The Failed State – Der Wegfall effektiver Staatsgewalt und das IPR, in: Daniel Thürer / Matthias Herdegen / ders., Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“ (1996) 87, 118; zur Definition des *failing state* vgl. *Kilian Bälz*, „Failing States“ im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 2015, 257; vgl. auch *Jonathan E. Hendrix*, Law without State: the Collapsed State Challenge to Traditional International Enforcement, Wisconsin International Law Journal 24:2 (2006) 587–626.

Drusen.<sup>3</sup> Vereinzelt leben auch Juden in Damaskus und Aleppo. Zu Beginn des Krieges 2011 lag die Bevölkerungszahl bei ungefähr 22 Millionen Menschen, von denen mittlerweile etwa 20 Prozent ihre Heimat verlassen haben.<sup>4</sup> Seit Jahren hat die politische und militärische Kontrolle des Assad-Regimes in Teilen Syriens, wenngleich in wechselhaftem Maße, abgenommen. Einzelne Regionen sind oder waren zeitweilig nicht mehr unter staatlicher Kontrolle.<sup>5</sup> Stattdessen haben unterschiedliche lokale Oppositionsgruppen, die von diversen Rebellen Gruppen militärisch unterstützt werden, sowie mehrheitlich kurdische Bündnisse und der sogenannte „Islamische Staat“ (IS) zentrale Gebiete eingenommen. Die genauen Grenzverläufe verschieben sich unter den anhaltenden militärischen Auseinandersetzungen, nichtsdestotrotz lassen sich bestimmte Hochburgen der einzelnen Akteure ausmachen.<sup>6</sup> Ganz generell kann man vier Teilzonen unterscheiden: (i) die Gebiete, die unter der Herrschaft des Assad-Regimes stehen, (ii) jene, in denen unterschiedliche Oppositionsfraktionen regieren, (iii) das Gebiet, das der sogenannte „Islamische Staat“ (IS) eingenommen hat, und (iv) mehrere Distrikte, die von den syrischen Kurden kontrolliert werden. Aktuell schwindet der Einflussbereich des IS in Syrien weiter. Bis 2017 hielt er noch die nordsyrische Stadt Raqqa, momentan umfasst das selbst ernannte „Kalifat“ nur noch wenig besiedelte Wüstengebiete im Osten Syriens. Eine klare Verortung der Machtsphären ist jedoch nicht immer möglich, da die Grenzen zwischen allen Akteuren fließend sind.

## 2. Faktische Rechtsspaltung

Das Besondere am syrischen Fall ist, dass diese konkurrierenden Wirkungseinheiten sich nicht nur militärisch gegenüberstehen, sondern sich auch die Hoheit über das Recht streitig machen. Formell ist Syrien ein Gesamtstaat mit einheitlicher Rechtsordnung, über den das Assad-Regime die Rechtshoheit beansprucht. Insofern besteht die Gesetzeslage von vor 2011 auch weiterhin fort. Gleichwohl haben sowohl die Kurden als auch die Machthaber des IS neues Recht geschaffen und zum Teil das staatliche Recht

<sup>3</sup> Vgl. <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/589723/umfrage/verteilung-der-bevoelkerung-in-syrien-nach-konfessionen/>>: 74 Prozent Sunniten; 12 Prozent Aleviten; Ismailiten und Schiiten zusammen 2 Prozent; Drusen, Jesiden und Juden zusammen 2 Prozent.

<sup>4</sup> Vgl. Informationsportal zur gegenwärtigen Rechtslage in Syrien, abrufbar unter <[www.famsyr.de](http://www.famsyr.de)>.

<sup>5</sup> Siehe *Lena-Maria Möller*, Überblick über das syrische Familienrecht, StAZ 2017, 298–303.

<sup>6</sup> Für eine Karte mit Stand Februar 2018 siehe *Ben Bubbar/Jugal K. Patel*, Why Is the Syrian Civil War Still Raging?, New York Times online vom 8.2.2018, <<https://www.nytimes.com/interactive/2018/02/08/world/middleeast/war-in-syria-maps.html>>.

für außer Kraft gesetzt erklärt. Weniger aktiv sind hier die oppositionellen Gruppen, wobei auch sie eigene strukturelle Organisationsformen errichtet haben und in ihren Gebieten die Rechtspflege kontrollieren. Zudem ist zu beobachten, dass die jeweiligen Wirkungseinheiten sehr intensiv neues von ihnen geschaffenes Recht über unterschiedliche Kanäle in die Welt hinausbringen: Gerade der IS nimmt für sich in Anspruch, in seinem selbst erklärten islamischen Kalifat<sup>7</sup> endlich dem „wahren islamischen Recht“ Geltung zu verschaffen. So hat der IS nicht nur vor Ort Behörden geschaffen, die Recht setzen, sondern auch Gerichte gebildet, die sich durch Rechtsgutachten (Fatwas) und Rechtsschöpfung seitens lokaler Geistlicher speisen.<sup>8</sup> Über Internetkanäle, YouTube-Videos und andere Medien verbreitet er vor allem zu Propagandazwecken seine Rechtsauffassungen unter anderem auch zu Fragen des Privatrechts.

Aber auch die anderen Machthaber legiferieren im Bereich des Privatrechts. So gibt es in den *de facto* autonomen kurdischen Provinzen im Norden des Landes („Demokratische Föderation Nordsyrien“) seit 2013 die Institution der Zivilehe, die unabhängig von der religiösen Zugehörigkeit der Nupturienten vor den dortigen kurdischen Ämtern geschlossen werden kann.<sup>9</sup> Die Zivilehe scheint sich inzwischen auch in anderen kurdisch verwalteten Provinzen durchgesetzt zu haben.<sup>10</sup> Hier steht die Errichtung einer eigenen kurdisch-supranationalen Einheit im Vordergrund, die zum einen als Gegengewicht zu dem vom IS propagierten Recht zu verstehen ist und zum anderen eine Autonomiebekundung gegenüber dem Assad-Regime darstellt. Das belegt auch der im März 2014 durch die selbst ernannte demokratisch-autonome Verwaltung der Föderation Nordsyrien (kurdisch *Rojava*) verabschiedete „Gesellschaftsvertrag“, in dem Ausrichtung, Gestaltung und Kompetenz der Behörden festgelegt sind.<sup>11</sup> In Art. 87 des Vertrages ist festgelegt, dass die in Syrien geltenden Gesetze nur dann angewandt werden, wenn sie nicht im Widerspruch zum „Gesellschaftsvertrag“ stehen. Im Juli 2017 haben die Kurden in Qamishli zudem eine Verfassung mit 85 Artikeln erlassen, die jedoch weder von den anderen Konfliktparteien noch von den Regierungen in Washington und Moskau anerkannt worden ist.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Vgl. *Dinah Elisa Khwais*, Die Terrororganisation „Islamischer Staat“ als globale sicherheitspolitische Bedrohung, *Argumentation Kompakt* 5 (2014), <[www.hss.de](http://www.hss.de)>.

<sup>8</sup> Vgl. *Volker Perthes*, Viel mehr als eine Terrormiliz, *Süddeutsche Zeitung* vom 25.9.2014, <[www.sueddeutsche.de/politik/kampf-gegen-is-viel-mehr-als-eine-terrormiliz-1.2144142](http://www.sueddeutsche.de/politik/kampf-gegen-is-viel-mehr-als-eine-terrormiliz-1.2144142)>: „dschihadistisches Staatsbildungsprojekt“.

<sup>9</sup> Vgl. <<https://blog.francetvinfo.fr/expressions-syriennes/2015/09/30>> zur ersten zivilrechtlichen Eheschließung durch die Behörden in Qamishli.

<sup>10</sup> *Möller*, *StAZ* 2017, 298, 302.

<sup>11</sup> Abdruck in deutscher Sprache unter <<http://civaka-azad.org/wp-content/uploads/2014/03/info7.pdf>>.

<sup>12</sup> Der Text der Verfassung findet sich auf der Webseite der kurdischen Zeitung *Awîna*, <<http://www.awene.com/ar/2016/07/02/3598>>.

Schließlich war auch die Regierung in Damaskus seit 2011 gesetzgeberisch aktiv. So legte sie 2014 inmitten der Kriegswirren eine neue Zivilprozessordnung vor.<sup>13</sup> Noch erstaunlicher ist ein 2015 erlassenes Gesetz zur Regelung des Mietrechts für Wohnräume, Ferienwohnungen und Geschäftsgebäude.<sup>14</sup> Im Februar 2017 veränderte die Regierung große Teile des Personenstandsgesetzes.<sup>15</sup> Zugleich hat sie auch auf die rechtlichen Tätigkeiten des IS reagiert und durch islamische Gutachten (Gegenfatwas) deren Recht für null und nichtig erklärt.<sup>16</sup>

So ist in den letzten Jahren ein Flickenteppich an gelebtem Privatrecht entstanden, das faktisch regional Geltung beansprucht. Der Staat ist *de facto* in unterschiedliche Machtgebiete zerfallen, die zeitweilig geografisch eingegrenzt werden können und in denen die einzelnen Wirkungseinheiten oder De-facto-Regime Rechtshoheit beanspruchen. Daneben gibt es einige Gebiete, in denen weder die jeweilige Machtsphäre noch die Rechtsgrenzen noch die dort geltenden Normensysteme eindeutig definiert werden können. Dies hat zu einer „Entstaatlichung des Staates“ geführt.<sup>17</sup> Ergeht nun aus den inländischen Kollisionsnormen ein Rechtsanwendungsbefehl in das Recht eines solchen Staates, stellt sich eine Reihe von Fragen. Da Kollisionsnormen regelmäßig auf das *Recht* eines Staates verweisen, ist zu fragen, ob die im zerfallenden Staat entstehenden Wirkungseinheiten überhaupt *Staaten* sind und was unter dem Begriff *Recht* subsumiert werden darf.

## II. Vorfragen

### 1. Staatsbegriff und völkerrechtliche Anerkennung

Können im Rahmen der Verweisung überhaupt Normensysteme von völkerrechtswidrig entstandenen, nicht anerkannten staatsähnlichen Gebilden Anwendungsgehorsam außerhalb finden?<sup>18</sup> Für den konkreten Fall stellt sich also die Frage, ob etwa die Normensysteme der Kurdengebiete oder der unter IS-Herrschaft stehenden Gebiete Berücksichtigung finden dürfen oder ob es nur auf das staatliche Recht ankommt, da nur dieses von einem

<sup>13</sup> *Qānūn uṣūl al-muḥākamāt al-madanīya*, das Gesetz findet sich auf der Webseite des syrischen Justizministeriums, <[www.moj.gov.sy/index.php?option=com\\_content&view=article&id=48:2014-07-20-14-12-19&catid=16:2013-08-15-09-29-42&Itemid=22](http://www.moj.gov.sy/index.php?option=com_content&view=article&id=48:2014-07-20-14-12-19&catid=16:2013-08-15-09-29-42&Itemid=22)>.

<sup>14</sup> Bericht der staatlichen syrischen Nachrichtenagentur SANA, <[www.sana.sy/?p=295227](http://www.sana.sy/?p=295227)>.

<sup>15</sup> *Qānūn al-aḥwāl al-madanīya*, das Änderungsgesetz findet sich auf der Webseite des syrischen Premierministers, <<http://bit.ly/2gFRggZ>>.

<sup>16</sup> Vgl. <[www.shaatimes.net/news-detailz.php?id=46761](http://www.shaatimes.net/news-detailz.php?id=46761)> gemäß Abruf im März 2016.

<sup>17</sup> Daniel Thürer, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“, in: ders./Herdegen/Hohloch, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt (Fn. 2) 9, 12.

<sup>18</sup> Vgl. Hohloch, Failed State (Fn. 2) 94.

völkerrechtlich anerkannten Staat emaniert. Mit anderen Worten, soll dem faktisch geltenden Recht oder dem Recht des legitimen Gesetzgebers Vorrang gegeben werden?<sup>19</sup>

Die Definition des Staates hängt von der jeweiligen Wissenschaftsdisziplin ab.<sup>20</sup> Im Völkerrecht hat sich die von Georg Jellinek entwickelte Drei-Elemente-Lehre durchgesetzt. Danach besteht der Staat aus drei Faktoren: dem Staatsgebiet, dem Staatsvolk und der Staatsgewalt.<sup>21</sup> Bei Staaten handelt es sich demnach, unabhängig von Regierungs- und Wirtschaftsform oder demokratischer Legitimation, um territoriale Herrschaftsverbände. Dabei kommt es für die Völkerrechtslehre vor allem auf die Stabilität der Staatsgewalt, nicht auf ihre Legitimität an.<sup>22</sup> Ein zerfallender Staat liegt somit dann vor, wenn die organisatorischen Strukturen der Staatsgewalt (Regierung, Behörden, staatliche Einrichtungen) weitgehend weggebrochen sind und der Staat als solcher strukturell unregierbar geworden ist. Mit anderen Worten: Staatszerfall bedeutet hier nicht die Aufgabe von Rechtsfähigkeit, sondern von Handlungsfähigkeit.<sup>23</sup> Auch aus völkerrechtlicher Sicht bleibt der zerfallende Staat ein Staat.<sup>24</sup>

In diesem Sinne handelt es sich bei Syrien um einen im Zerfall befindlichen Staat, in dem unterschiedliche Wirkungseinheiten entstanden sind, die weitgehend die Voraussetzungen der Drei-Elemente-Lehre erfüllen. Unstreitig üben diese Einheiten Staatsgewalt aus,<sup>25</sup> herrschen über Teile der Bevölkerung und sind geografisch weitgehend abgrenzbar und in weiten Teilen auch stabil.<sup>26</sup> Zwar ist es in der völkerrechtlichen Lehre umstritten, ob die völkerrechtliche Anerkennung von De-facto-Regimen deklaratorische oder konstitutive Wirkung hat.<sup>27</sup> Für die deutsche Privatrechtslehre

<sup>19</sup> Vgl. *Wilhelm Wengler*, Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts, in: FS Hans Lewald (1953) 615, 620.

<sup>20</sup> *Mehrdad Payandeh*, Allgemeine Staatslehre, in: Grundlagen des Rechts<sup>2</sup>, hrsg. von Julian Krüper (2013) 89, 93 Rn. 8.

<sup>21</sup> *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1959) 394–434.

<sup>22</sup> *Payandeh*, Allgemeine Staatslehre (Fn. 20) 95 f. Rn. 12; vgl. auch den Fall *Fürstentum Sealand*, VG Köln 3.5.1978 – 9 K 2565/77, DVBl. 1978, 510, 511 f.

<sup>23</sup> *Thürer*, Wegfall der Staatsgewalt (Fn. 17) 42.

<sup>24</sup> *Bälz*, RIW 2015, 257, 258.

<sup>25</sup> Vgl. auch *Christoph Engel*, Die Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das Internationale Privatrecht, in: FS Dietrich Rothoef (1994) 87, 92, 94, der eine „konkrete Effektivität“ der Rechtsordnung des nicht anerkannten Regimes fordert. Diese liege dann vor, wenn sich dieses Regime „selbst als Staat“ sieht. Ebenso *Daniel Busse*, Staatenabsplattung und kollisionsrechtliche Verweisung, IPRax 1998, 155, 156. Diese Voraussetzungen sind jedenfalls beim IS und den kurdischen Gebieten gegeben.

<sup>26</sup> Vgl. dazu BVerwG 26.1.1999 – 9 B 655.98, NVwZ 1999, 544 (zur Frage der Stabilität der Herrschaft unterschiedlicher Machthaber im Afghanistan der 1990er-Jahre); zur Stabilität der „Staatsmacht“ des IS 2014/2015 *Ralph Janik*, Wie der „Islamische Staat“ unser Staatsdenken in Frage stellt, Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht, <[www.juwiss.de/6-2015](http://www.juwiss.de/6-2015)>.

<sup>27</sup> Vgl. *Hans-Joachim Heintze*, Wann ist eine staatsähnliche Einheit ein Staat?, Die Friedens-Warte 84 (2009) Nr. 3, S. 11, 13 f.

steht indes mittlerweile fest, dass die völkerrechtliche Anerkennung eines Staates keine entscheidende Rolle spielen kann.<sup>28</sup> Die h. M. geht davon aus, dass keine zwingende Verbindung zwischen völkerrechtlicher Anerkennung und internationalprivatrechtlicher Handhabung gesetzter Normen besteht.<sup>29</sup> Kollisionsrechtliche Begriffe sind gegenüber dem Völkerrecht autonom zu betrachten.<sup>30</sup> Die Völkerrechtskonformität eines Staates hat keinen Einfluss auf die Rechtsbeziehungen von Privaten im Rechtsverkehr: Während für das Völkerrecht politische Entscheidungen im Vordergrund stehen, ist das Privatrecht und in seiner Verlängerung das internationale Privatrecht an Rechtsverhältnissen Privater interessiert und fragt, welche Rechtsordnung am geeignetsten ist, einen Sachverhalt zu regeln.<sup>31</sup> Begreift man das Kollisionsrecht also als Technik zur Bewältigung privatrechtlicher Sachverhalte, braucht es keine Anbindung an eine völkerrechtliche Anerkennung. Für die Zwecke des Rechtsanwendungsrechts ist vielmehr auf die tatsächliche Geltung des jeweiligen Privatrechts abzustellen.<sup>32</sup>

## 2. Faktische Geltung von Privatrechtsnormen

Für das Kollisionsrecht steht somit die faktische Geltung von Privatrechtsnormen im Mittelpunkt. Dafür werden vor allem zwei Gründe ange-

---

<sup>28</sup> *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> (2004) § 1 IV, S. 21; *Busse*, IPRax 1998, 155; vgl. auch *Engel*, Völkerrechtliche Anerkennungen (Fn. 25) 91, der insoweit auch keine völkerrechtlichen Gründe zu erkennen vermag, die fehlende Anerkennung auf das IPR durchschlagen zu lassen; *Peter Mankowski*, Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im IPR und IZVR, IPRax 2017, 347, 348; *Jürgen Basedow*, The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations (2013) 306 ff., mit Verweis auf die unterschiedlichen politischen Gründe, die eine völkerrechtliche Anerkennung oder Nichtanerkennung motivieren.

<sup>29</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 104; kein Junctim zwischen völkerrechtlicher Anerkennung und IP-rechtlicher Handhabung gesetzter Normen; *Jan von Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2018) Einl. IPR Rn. 51; *Helge Großerichter/Frank Bauer*, Unwandelbarkeit und Staatenzerfall – Zur Präzisierung von Verweisungen auf die Rechtsordnung zerfallener Staaten, RabelsZ 65 (2001) 201, 204; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht, in: ders./Hans von Mangoldt, Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht (1988) 9, 22; *Christian von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I<sup>2</sup> (2003) § 3 Rn. 28, S. 126.

<sup>30</sup> *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2016) § 8 II 1, S. 54; MüKo BGB/von Hein (Fn. 29) Einl. IPR Rn. 48.

<sup>31</sup> *Busse*, IPRax 1998, 155, 156; *Kropholler*, IPR (Fn. 30) § 8 II 1, S. 55; *Basedow*, Law of Open Societies (Fn. 28) 309 Rn. 379 mit weiteren Verweisen.

<sup>32</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 102; diese Frage war in der Vergangenheit durchaus umstritten; vgl. *Wengler*, Faktizität und Legitimität (Fn. 19) 623, mit Verweis auf die Rechtsprechung vor 1953.

führt. Zum einen wird aus dem Wesen der kollisionsrechtlichen Verweisung selbst argumentiert: Das anwendbare Recht eines Staates erfasst „grundsätzlich alles in diesem Land faktisch geltende, d. h. gegenüber den Normadressaten wirksam durchgesetzte Recht“.<sup>33</sup> Das faktische Recht ist somit bereits durch den Rechtsanwendungsbefehl erfasst. Zum anderen wird – gerade für den Fall des zerfallenden Staates – auf die Tatsache abgestellt, dass sich die Menschen dem vor Ort faktisch geltenden Recht – *faute de mieux* – nicht haben entziehen können.<sup>34</sup> Das Postulat der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit gebiete es, auf das Interesse der am Rechtsverhältnis Beteiligten abzustellen und das Recht anzuwenden, von dessen faktischer Geltung sie ausgehen könnten.<sup>35</sup>

Daraus folgt richtigerweise, dass das wesentliche Kriterium für die Anwendung von Recht die Bejahung seiner faktischen Verbindlichkeit ist. Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen der Schutz des Vertrauens der Beteiligten in ihr rechtliches Wirken und die Vermeidung von hinkenden Rechtsverhältnissen, insbesondere bei Statusverhältnissen.

Auch kann der von Wilhelm Wengler geprägte Begriff einer „Vorbehaltsklausel der Humanität“<sup>36</sup> fruchtbar gemacht werden. Wengler lehnte – entgegen der hier vertretenen Ansicht – zwar die Anwendung einer völkerrechtswidrigen Rechtssetzung, die durch die okkupierende Macht erfolgt ist, grundsätzlich ab. Diesen Grundsatz wollte er jedoch durch eine Generalklausel durchbrechen und die Anwendung des faktisch geltenden Rechts in dem Umfang erlauben, „wie dies durch humanitäre Rücksichten auf die Belange der unter dem illegitimen Gesetzgeber lebenden Menschen notwendig“ sei.<sup>37</sup> So könne die Anwendung des faktisch geltenden Rechts in Anlehnung an den *ordre public*, der einen Vorbehalt zugunsten öffentlicher Interessen formuliert, als eine Vorbehaltsklausel zugunsten privater Interessen verstanden werden. Die Ähnlichkeit mit dem *ordre public* zeigt sich auch darin, dass ein solcher Vorbehalt zugunsten privater Interessen ja nur dann zur Geltung kommt, wenn das betreffende Lebensverhältnis eine sehr enge

<sup>33</sup> Kropholler, IPR (Fn. 30) § 8 II 2, S. 55; Kegel / Schurig, IPR (Fn. 28) § 1 IV, S. 23.

<sup>34</sup> von Bar / Mankowski, IPR (Fn. 29) § 3 Rn. 32, S. 129; Mankowski, IPRax 2017, 347, 348.

<sup>35</sup> Vgl. Hohloch, Failed State (Fn. 2) 100, zur Frage der Anwendung des Rechts des Besatzerstaates als des faktisch geltenden Rechts, so etwa bei der Anwendung des völkerrechtswidrig eingeführten deutschen Rechts im Zweiten Weltkrieg, des sowjetischen Rechts in den baltischen Ländern oder des israelischen Rechts in Ostjerusalem. Zu den Lösungsansätzen in der Nachkriegszeit siehe Christoph Ann, Notehen aus der Zeit des Kriegsendes – eine bis heute kaum bewältigte Kriegsfolge, FamRZ 1994, 135, 139; zur Beurteilung der „gelebten Nichtehe“ zudem Reinhard Hepting, Der letzte Schritt zur Vollwirksamkeit nichtstandesamtlicher Eheschließungen: Kommt die Heilung mit Statusfolge?, IPRax 1994, 355–360; zur Behandlung von sowjetischen Ehen nach Zerfall der Sowjetunion Cornelia Schmellenkamp, Ermittlung des Güterrechtsstatuts nach Staatenzerfall – Vermeidung unliebsamer Überraschungen im Erbfall durch Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB, RNotZ 2011, 530–536.

<sup>36</sup> Wengler, Faktizität und Legitimität (Fn. 19) 629 f.

<sup>37</sup> Wengler, Faktizität und Legitimität (Fn. 19) 629.

Beziehung zu dem gegenständlichen Gebiet aufweist, was ja gerade für das faktisch geltende Recht im zerfallenden Staat charakteristisch ist.

Das internationale Privatrecht reagiert somit auf die realen Verhältnisse in einem Land mit der Verleihung normativer Autorität für das Faktische. Ist also auch beim zerfallenden Staat der Rechtsanwendungsbefehl grundsätzlich zu befolgen, stellt sich als weitere Vorfrage, ob die Anknüpfungsmomente des internationalen Privatrechts in Bezug auf zerfallende Staaten weiterhin greifen.

### 3. Anknüpfungsmomente

Der Verweis über die Kollisionsnormen des inländischen internationalen Privatrechts erfolgt in aller Regel über Anknüpfungspunkte, die entweder normativ sind, wie die Staatsangehörigkeit, oder aber faktisch, das heißt territorial, wie die Anknüpfung über den gewöhnlichen Aufenthalt, den Handlungs- oder Erfolgsort oder den Eheschließungsort. Für den normativen Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit drängt sich zunächst die Frage auf, ob der zerfallende Staat noch Staatsangehörige hat. Geht man von der völkerrechtlichen Definition aus, dass auch der zerfallende Staat, der sich intern nicht mehr durchsetzen kann, seine Staatlichkeit weiterhin beibehält (siehe oben II.1.), so bleibt die Bevölkerung weiterhin zugehörig zu diesem Staat.<sup>38</sup> Denn anders als in den Fällen der Annexion oder revolutionärer Umbrüche, die mit einer Ausbürgerung und der Oktroyierung einer Staatsangehörigkeit verbunden sein können, ist dies – in einem Staat, der sich im Bürgerkrieg befindet – typischerweise nicht der Fall.<sup>39</sup> So kann also überall dort, wo das Kollisionsrecht auf die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt abstellt, diese zumindest die erste Stufe der Anknüpfung bilden.<sup>40</sup> Die faktischen Anknüpfungspunkte, wie der gewöhnliche Aufenthalt, sind in aller Regel unproblematischer und bleiben auch beim zerfallenden Staat weiterhin zunächst anwendbar.

## III. Die Ermittlung des faktisch geltenden Rechts

Nach diesen Vorüberlegungen gilt es nun, das faktische Recht über diese Anknüpfungstechniken zu ermitteln. Zur Veranschaulichung soll ein fiktiver Beispielfall gebildet werden. In den späten 1990er-Jahren lernen sich eine syrische Frau und ein syrischer Mann, beide kurdischer Volkszugehö-

<sup>38</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 104.

<sup>39</sup> Vgl. *Busse*, IPRax 1998, 155, 161, zur Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, wenn sich diese bei Staatenabspaltung ändert (zu Ex-Jugoslawien).

<sup>40</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 104.

rigkeit, während ihrer Facharztausbildung in Deutschland kennen. Der Mann kauft eine kleine Studentenwohnung in Deutschland. Nach ihrer Ausbildung gehen sie in ihre jeweilige Heimat zurück. Sie verlieren sich aus den Augen und treffen sich nach Ausbruch der Kämpfe zufällig im syrischen Kurdengebiet wieder, wo sie 2013 in Qamishli die von den kurdischen Behörden vor Ort eingeführte Zivilehe eingehen. Danach beziehen sie ihren Aufenthalt im Grenzgebiet zwischen dem Irak und Syrien, das später unter IS-Herrschaft kommt. Anfang 2015 eskaliert die Situation, die Ehefrau flieht nach Deutschland, der Ehemann, der etwas später folgen soll, kommt 2016 in jenem Grenzgebiet ums Leben. Die Ehefrau stellt einen Antrag auf einen Erbschein. Das Gericht muss nun ermitteln, nach welchem Recht sich die Nachfolge von Todes wegen richtet. Gleichzeitig muss es als Vorfrage prüfen, ob zwischen der Ehefrau und dem Erblasser eine wirksame Ehe bestand, die sie zur Erbfolge berechtigt. Für die materiellen und formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe sind Art. 13 und 11 EGBGB einschlägig: Nach Art. 13 unterliegen die Voraussetzungen der Eheschließung für jeden Verlobten seinem Heimatrecht. Nach Art. 11 EGBGB muss die Ehe nach Orts- oder Geschäftsrecht wirksam sein. Die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO)<sup>41</sup> verweist in Art. 21(1) für die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

### 1. Die Ermittlung des faktisch geltenden Rechts über normative Anknüpfungspunkte

Wird das anwendbare Recht wie bei den materiellen Ehevoraussetzungen nach Art. 13 EGBGB über die Staatsangehörigkeit berufen, so gilt diese Verweisung zunächst auf die Rechtsordnung als solche. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Staatsangehörigkeit immer ein Merkmal des Gesamtstaates ist und nicht dessen einzelner Einheiten.<sup>42</sup> Der Verweis führt also zunächst in die syrische Rechtsordnung. Zugleich ist zu beachten, dass diese Rechtsordnung *de facto* in mehrere Geltung erheischende Teilrechtsordnungen aufgespalten ist, die miteinander konkurrieren. Vor diesem Hintergrund genügt die Verweisung in den Gesamtstaat nicht, um den Sachverhalt unter die faktisch geltende Teilrechtsordnung zu subsumieren, es müssen vielmehr „ausfüllende Unteranknüpfungen für die Staatsangehörigkeit ge-

<sup>41</sup> 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, ABl. 2012 L 201/107.

<sup>42</sup> *von Bar / Mankowski*, IPR (Fn. 29) § 4 Rn. 157, S. 314.

bildet“ werden.<sup>43</sup> Enthält das Recht der verwiesenen Rechtsordnung kein interlokales Recht, kann für die Konkretisierung des anwendbaren Teilrechts Art. 4 Abs. 3 Alt. 2 EGBGB analog herangezogen werden.<sup>44</sup> Nach Art. 4 Abs. 3 Alt. 2 EGBGB kommt bei einer Verweisung auf das Recht eines Mehrrechtsstaates, welches die maßgebende Teilrechtsordnung nicht selbst durch interlokales Recht bezeichnet, das Recht der Teilrechtsordnung zur Anwendung, mit welcher der Sachverhalt am engsten verbunden ist.

Grundgedanke hierbei ist, dass der De-facto-Mehrrechtsstaat, der ja keine interlokalen Regeln hat, dem in Teilrechtsordnungen zerfallenden Staat gleicht: Hier kann aus der eigenen kollisionsrechtlichen Wertung nach Art. 4 Abs. 3 Alt. 2 EGBGB analog das Recht der engsten Verbindung ermittelt werden. Steht also die Wirksamkeit einer Ehe auf dem Prüfstand, so sind die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Eheschließung dem Teilrecht zu unterstellen, mit dem der Sachverhalt (im konkreten Fall die Ehegatten) jeweils am engsten verbunden ist. Zur Ermittlung der engsten Verbindung müssen die konkreten Umstände, welche die betreffenden Personen mit den verschiedenen in Betracht kommenden Teilrechtsordnungen verbinden, berücksichtigt und abgewogen werden.<sup>45</sup> Die Flexibilität des unbestimmten Rechtsbegriffes der engsten Verbindung erlaubt es gerade bei Statusverhältnissen, ihre Kontinuität zu gewährleisten.<sup>46</sup> Im Beispielsfall sind die Ehegatten Syrer kurdischer Abstammung, der Eheschließungsort ist das kurdisch kontrollierte Gebiet in Syrien, die Ehe wurde nach den neuen kurdischen Normen zur Zivilehe geschlossen. Es besteht somit eine sehr enge Verbindung zum kurdischen Recht, die die Anwendung der materiellen Normen des kurdischen Eheschließungsrechts rechtfertigt.

## 2. Die Ermittlung des faktisch geltenden Rechts über territoriale Anknüpfungspunkte

Erfolgt die Verweisung hingegen über eine faktische, geografische Anknüpfung, wie den gewöhnlichen Aufenthalt, den Handlungs- oder Erfolgsort, den Belegenheits- oder den Eheschließungsort, so bedeutet dies bereits eine territoriale Zuordnung.<sup>47</sup> Denn durch die Verweisung auf einen

<sup>43</sup> von Bar / Mankowski, IPR (Fn. 29) § 4 Rn. 157, S. 314.

<sup>44</sup> So etwa in Behandlung der durch den Zerfall Jugoslawiens entstehenden Teilrechtsstaaten; siehe *Großrichter / Bauer*, RabelsZ 65 (2001) 201, 213f.; vgl. auch *Marianne Andrae*, Güterrechtsstatut ehemals jugoslawischer Staatsangehöriger, IPRax 2016, 578–582.

<sup>45</sup> Vgl. etwa OLG Düsseldorf 20.12.1994 – 1 UF 76/94, FamRZ 1995, 1203, 1204.

<sup>46</sup> *Großrichter / Bauer*, RabelsZ 65 (2001) 201, 216; zur Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Bestimmung der engsten Beziehung ebd. 219.

<sup>47</sup> So schon *Gerhard Kegel*, Die Anwendung des Rechts ausländischer Staaten mit räumlicher Rechtsspaltung, in: FS Karl Arnold (1955) 61, 78; ebenso BT-Drucks. 10/504 vom 20.10.1983, S. 40: „Bei anderen Anknüpfungen, etwa an den gewöhnlichen Aufenthalt oder

bestimmten geografischen Ort durch das eigene Kollisionsrecht wird das Recht an ebendiesem Ort berufen, sodass weder ein möglicherweise vorhandenes interlokales Recht noch eine analoge Anwendung von Art. 4 Abs. 3 Alt. 2 EGBGB bemüht werden müssen, um die anwendbare Teilrechtsordnung zu eruieren.<sup>48</sup> Auch europäische Kollisionsakte berufen im Fall von Mehrrechtsstaaten bei einer territorialen Anknüpfung direkt das Recht der jeweiligen Teilrechtsordnung, so etwa Art. 14 Rom III-VO, Art. 22 Rom I-VO, Art. 25 Rom II-VO oder Art. 36 EuErbVO. Gegen eine solche Betrachtung könnte eingewandt werden, dass dort, wo das Anknüpfungsmoment nicht auf einen bestimmbaren Ort als solchen, sondern auf den *Aufenthaltsstaat* verweist, dem Wortlaut nach keine Lokalisierung vorgenommen wird. Dies wird aber mehrheitlich abgelehnt. Auf den Wortlaut der Kollisionsnorm (Recht eines *Ortes* oder *Staates*) soll es nicht ankommen.<sup>49</sup> Auch würde diese Unterscheidung im Falle der Verweisung in den in mehrere örtliche Wirkungseinheiten zerfallenden Staat nicht greifen. So muss gerade für diese Fälle die Verweisung in das Staatsgebiet als eine Verweisung in das Recht der jeweiligen örtlichen Wirkungseinheit verstanden werden.

Für die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe muss nach Art. 11 EGBGB die Ehe nach Orts- oder Geschäftsrecht wirksam sein. Da die Ehe in Qamishli geschlossen wurde, sind ebenfalls die kurdischen Normen heranzuziehen. Ist danach die Ehe wirksam geschlossen, ist für die Berufung zur Erbfolge die EuErbVO zu befragen. Der Art. 21(1) EuErbVO verweist für die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Hier präzisiert Art. 36(2) lit. a EuErbVO, dass der Verweis auf den gewöhnlichen Aufenthalt als Bezugnahme auf das Recht der Gebietseinheit zu verstehen ist, in der der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Für die Erbfolge wäre somit auf das Recht im IS-Gebiet als dem lokalisierten Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes abzustellen. Da tendenziell im europäischen Kollisionsrecht faktische, auf ein bestimmtes Territorium Bezug nehmende Anknüpfungspunkte, allen voran der gewöhnliche Aufenthalt, auf dem Vormarsch sind und die einschlägigen Akte diese Lokalisierung auch explizit normieren, ist davon auszugehen, dass die kollo-

---

den Lageort von Vermögensgegenständen, wird die anwendbare Teilrechtsordnung unmittelbar berufen“; ebenso *Hans Stoll*, Kollisionsrechtliche Fragen bei räumlicher Spaltung des anwendbaren Rechts, in: FS Max Keller (1989) 511, 516; MüKo BGB/von Hein (Fn. 29) Art. 4 EGBGB Rn. 184.

<sup>48</sup> So auch *Busse*, IPRax 1998, 155, 159, zum internationalen Deliktsrecht.

<sup>49</sup> MüKo BGB/von Hein (Fn. 29) Art. 4 EGBGB Rn. 185; *von Bar/Mankowski*, IPR (Fn. 29) § 4 Rn. 156; *Kropholler*, IPR (Fn. 30) § 29 II 2; *Stoll*, Kollisionsrechtliche Fragen (Fn. 47) 517.

sionsrechtliche Ermittlung des faktisch geltenden Rechts weniger Schwierigkeiten bereiten wird.

Weitaus schwieriger sind sicherlich die Ermittlung und Anwendung des Normenmaterials des solcherart berufenen Rechts. Zudem stellt sich die Frage, wann der Inhalt des faktisch geltenden Rechts nicht ermittelbar ist und wie dann vorzugehen ist.

#### IV. Die Anwendung des faktisch geltenden Rechts

##### 1. Maßstab für die inhaltliche Ermittlung des faktisch geltenden Rechts

Auf der Ebene der Rechtsanwendung können sich mehrere Probleme ergeben. Auf der einen Seite kann es vorkommen, dass der Inhalt des berufenen Rechts, also das maßgebende Normenmaterial, nicht eruierbar oder unzugänglich ist.<sup>50</sup> Auf der anderen Seite kann es sein, dass trotz grundsätzlicher Ermittlung der einschlägigen Rechtssätze die konkrete Einzelfrage, die es zu beantworten gilt, umstritten, nicht geregelt oder nicht höchstrichterlich entschieden ist. Es stellt sich somit die Frage der „Demarkationslinie von ermittelbarem und nicht ermittelbarem Recht“.<sup>51</sup> Wann, ist also zu fragen, liegt der Fall der Nichtermittelbarkeit vor? Nur bei einem völligen Fehlen jedes Anhaltspunktes? Oder auch, wenn das Recht ermittelbar ist, die Einzelfrage aber kontrovers diskutiert wird und durch die ausländische Praxis und Lehre noch nicht entschieden ist, also ein unvollständiger Aufschluss über den Inhalt des ausländischen Rechts besteht? Gerade das Recht neuer De-facto-Wirkungseinheiten ist potenziell unvollständig und noch nicht bis ins letzte Detail ausjudiziert.

Einig sind sich Schrifttum und Rechtsprechung jedenfalls, dass die inländischen Gerichte grundsätzlich alle potenziellen Erkenntnisquellen auswerten müssen, um eine gesicherte Kenntnis des ausländischen Rechts zu erlangen.<sup>52</sup> Der Punkt der Nichtermittelbarkeit, so der BGH, ist erreicht, wenn

<sup>50</sup> Kreuzer nennt diese Situation „absolute Nichtermittelbarkeit“ im Gegensatz zur „relativen Nichtermittelbarkeit“, eine Situation, die dann vorliegt, wenn das ausländische Recht nicht binnen angemessener Frist und/ oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten ermittelt werden kann; *Karl Kreuzer, Einheitsrecht als Ersatzrecht – Zur Frage der Nichtermittelbarkeit fremden Rechts*, NJW 1983, 1943.

<sup>51</sup> *Christoph Thole, Anwendung und Revisibilität ausländischen Gesellschaftsrechts in Verfahren vor deutschen Gerichten*, ZHR 176 (2012) 15, 34.

<sup>52</sup> BGH 27.4.1976 – VI ZR 264/74, NJW 1976, 1588, 1589 (zur Heranziehung der Rechtsprechung als Erkenntnisquelle); BGH 29.6.1987 – II ZR 6/87, NJW 1988, 647, 648 (zum belgischen Recht zum Betreiben einer Spielbank); BGH 21.1.1991 – II ZR 50/90, NJW 1991, 1418, 1419 (zum Schiffspfandrecht nach venezolanischem Recht); BGH 23.6.2003 – II ZR 305/01, NJW 2003, 2685, 2686 (zum thailändischen Deliktsrecht); BVerwG 19.7.2012 – 10 C

sich über das anwendbare Recht keine sicheren Feststellungen treffen lassen oder Feststellungen nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand und erheblicher Verfahrensverzögerung ermöglicht werden können.<sup>53</sup> Über den Zeitpunkt, wann eine solche Situation erreicht ist, hat die Rechtsprechung unterschiedlich geurteilt: Teilweise wurde Nichtermittelbarkeit bei Unzugänglichkeit der Rechtsquellen angenommen,<sup>54</sup> zum Teil aber bereits, wenn eine entsprechende Rechtsprechung der ausländischen Gerichte nicht ausgemacht werden konnte,<sup>55</sup> zuletzt auch bei Widersprüchen über den Inhalt des ausländischen Rechts.<sup>56</sup> Der Stand der Ermittlung des ausländischen Rechts bleibt somit – wie Kegel es prägnant formulierte – der „heimliche König“ des internationalen Privatrechts.<sup>57</sup>

## 2. Beschreibung und Auslegung des ausländischen Rechts

Zur Konkretisierung der Demarkationslinie sind in der Literatur unterschiedliche Vorschläge unterbreitet worden. Überzeugend ist der Gedanke, eine Unterscheidung zwischen der deskriptiven Ebene, also der tatsächlichen Ermittlung des Gesetzesrechts, der Rechtssätze des ausländischen Rechts, der Rechtsprechung usw., auf der einen Seite und der interpretativen Ebene, also der Auslegung des ermittelten ausländischen Rechts, auf der anderen Seite zu treffen.<sup>58</sup> Freilich kann die Abgrenzung zwischen der Beschreibung und der Interpretation des ausländischen Rechts fließend und im

---

2/12, NJW 2012, 3461, 3462 (zum indischen Eherecht); BGH 14.1.2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244, 1245 (zum englischen Insolvenzrecht); BGH 24.5.2017 – XII ZB 337/15, NJW-RR 2017, 902, 903 (zum ecuadorianischen Namensrecht); BGH 9.2.2017 – V ZB 166/15, DNNotZ 2017, 702, 703 (zum italienischen Gesellschaftsrecht).

<sup>53</sup> BGH 26.10.1977 – IV ZB 7/77, NJW 1978, 496 (Wirksamkeit eines Vaterschaftsanerkennnisses nach tunesischem Recht); BGH 23.12.1981 – IVb ZR 643/80, NJW 1982, 1215, 1216 (zur Ehelichkeit im türkischen Recht).

<sup>54</sup> So BGH 24.11.1960 – II ZR 9/60, NJW 1961, 410, 411 (zum afghanischen Wechselrecht).

<sup>55</sup> So BGH 23.12.1981, NJW 1982, 1215, 1216 (zur Ehelichkeit im türkischen Recht); kritisch *Wilhelm Wengler*, Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht, JR 1983, 221–227.

<sup>56</sup> Vgl. OLG Bremen 7.2.2017 – 5 UF 99/16, FamRZ 2017, 1227, 1228 (zur Volljährigkeit nach gambischem Recht).

<sup>57</sup> *Gerhard Kegel*, Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts, in: FS Hans Carl Nipperdey (1965) 453, 462.

<sup>58</sup> So bereits *Gerhard Kegel*, Die Ermittlung ausländischen Rechts, in: Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, bearb. von Dierk Müller (1968) 157, 174ff.: Unterscheidung zwischen „Teilerweislichkeit“ und „Nichterweislichkeit“ des ausländischen Rechts mit unterschiedlichen Folgen; *Nils Jansen / Ralf Michaels*, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZZP 116 (2003) 3, 9; ähnlich argumentiert *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 47, der den Fall der Nichtermittelbarkeit als „Inlandsproblem“ und die Auslegung und Fortentwicklung des ausländischen Rechts als „Auslandsproblem“ bezeichnet; zur

Einzelfall nicht immer eindeutig zu greifen sein.<sup>59</sup> Dennoch kann dieser Gedanke als Ausgangspunkt fungieren. Ist das anwendbare Recht ermittelt, wird aber die konkrete Frage nicht beantwortet, entsteht ein Auslegungs- bzw. Fortbildungsproblem. Diese Situationen sind keine Fälle der Nichtermittelbarkeit des Rechts, denn die Verweisung greift zunächst dem Grunde nach: Es handelt sich vielmehr um ein argumentatives Auslegungsproblem des ausländischen Rechts, das der inländische Richter lösen muss.<sup>60</sup>

Hierin unterscheidet sich die Situation des zerfallenden Staates nicht grundsätzlich von solchen, in denen das Recht eines stabilen Staates anzuwenden ist, dessen Rechtssätze zwar vorliegen, aber unklar sind, weil sie umstritten sind, die Frage nicht höchstrichterlich entschieden ist, die Quellenlage dürftig ist oder sich die Gutachter widersprochen haben. Solche Lücken sind durch den Richter zu füllen nach jenen Maßstäben, die für den Richter in der fremden Rechtsordnung gelten.<sup>61</sup> Entscheidend ist somit die – wie Thole sie nennt – „Auslandsperspektive“.<sup>62</sup> Dieser Ansatz bleibt im Falle des zerfallenden Staates aber problematischer; eine Einschätzung, wie der ausländische Richter mit dieser Lücke umgehen würde, ist schwer zu treffen, da ausländische Rechtsprechung oder Lehrmeinungen ja gerade fehlen. Hier können für die Zwecke der Auslegung des ausländischen Rechts jene Ansätze fruchtbar gemacht werden, die das Schrifttum für den Fall der Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts entwickelt hat. Während dort vor allem darüber diskutiert wird, welches externe Ersatzrecht herangezogen werden sollte, um das eigentlich anwendbare Recht zu ersetzen (siehe unten V.1.b)), geht es hier aber nicht um Ersatz, sondern um Auslegung. So erfolgt die Lückenfüllung in der *lex causae* durch rechtsvergleichende Argumentation bzw. Rechtsfortbildung.<sup>63</sup> Verwandte Rechtsordnungen oder Rechtssätze werden herangezogen, nicht um diese als Sachrecht anzuwenden, sondern um mit ihrer Hilfe das anwendbare Recht auszulegen

---

Fortentwicklung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte siehe AG Charlottenburg 13.1.1981 – 176 F 8469/80, IPRax 1983, 128 (zum türkischen Recht).

<sup>59</sup> Vgl. *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 48; *Clemens Trautmann*, Anwendung ausländischen Rechts, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, hrsg. von Jürgen Basedow / Klaus J. Hopt / Reinhard Zimmermann (2009) 83, 85.

<sup>60</sup> *Jansen / Michaels*, ZZP 116 (2003) 3, 13 ff.

<sup>61</sup> So schon *Hans Dölle*, Über die Anwendung fremden Rechts, GRUR 1957, 56, 60; *Michael Becker*, Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in der deutschen Rechtspraxis, in: FS Dieter Martiny (2014) 619, 633 f.

<sup>62</sup> *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 51.

<sup>63</sup> Vgl. AG Charlottenburg 13.1.1981, IPRax 1983, 128 (Auslegung und Fortbildung des türkischen Rechts durch Heranziehung des schweizerischen Rechts); ähnlich OLG Oldenburg 23.7.1981 – 12 WF 62/81, NJW 1982, 2736; zur Heranziehung der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre durch türkische Gerichte siehe *Christian Rumpf*, Zur „Fortbildung“ türkischen Unterhaltsrechts durch deutsche Gerichte – Prozeßkostenvorschußpflicht unter türkischen Ehegatten, IPRax 1983, 114, 116.

und zu konkretisieren.<sup>64</sup> Das verwandte Recht ist als Auslegungstütze zu verstehen, um die bestehende Lücke zu schließen.<sup>65</sup> Das ist insbesondere dort plausibel, wo das maßgebliche Recht Rechtsmaterialien anderer Rechtsordnungen, Rechtsprechung und Schrifttum bei der Rechtsanwendung weitgehend verwertet.<sup>66</sup> So gehen etwa die Regelungen des syrischen Zivilgesetzbuches auf jene des ägyptischen zurück, syrische Höchstgerichte ziehen ägyptische Kommentierungen und Rechtsprechung zurate. Bei der Anwendung des syrischen Schuldrechts könnten die ägyptischen Regelungen als Auslegungshilfe herangezogen werden.<sup>67</sup> Für die Auslegung familienrechtlicher Regelungen ziehen syrische Gerichte die Kadri-Pasha-Kompilation, eine Rechtskompilation familienrechtlicher Regelungen von 1875, heran.<sup>68</sup> Für die Auslegung des faktisch geltenden Rechts hieße dies sodann, dass die ermittelten Regelungen bei Unvollständigkeit oder Lücken durch diese Auslegungshilfe vervollständigt würden. Dass weiterhin auch die Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung fließend sein kann, bleibt unbestritten, genauso wie die Tatsache, dass dieser Ansatz die inländischen Gerichte vor eine große Herausforderung stellt. Dies ist indes das Schicksal jeder Anwendung ausländischen Rechts. Sie ist, selbst bei Anwendung des Rechts stabiler Staaten, immer ein Stück weit unvollkommen.<sup>69</sup> Letztes Kontrollinstrument bleibt weiterhin der *ordre public*-Vorbehalt, der sowohl bei der Anwendung legitim gesetzten als auch faktisch geltenden Rechts zu prüfen ist.<sup>70</sup> Hierbei ergeben sich insofern keine Änderungen oder Anpassungen.

Erst wenn auch unter Heranziehung dieser Hilfsmittel und nachhaltiger Bemühungen, das anwendbare Recht auszulegen und anzuwenden, kein Ergebnis erzielt werden kann, ist der Fall der Nichtermittelbarkeit des an-

<sup>64</sup> Vgl. Thole, ZHR 176 (2012) 15, 50.

<sup>65</sup> Jansen / Michaels, ZZP 116 (2003) 3, 16; im Ansatz auch schon Klaus Müller, Zur Nichtfeststellbarkeit des kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Rechts, NJW 1981, 481, 482.

<sup>66</sup> Siehe LG Hamburg 24.3.1976 – 5 O 265/74, IPRspr. 1976 Nr. 160, S. 456 (Heranziehung des Rechts des Bundesstaates Alabama zur Auslegung des Rechts des Bundesstaates Florida); BayObLG 19.3.1970 – 1b Z 70/69, IPRspr. 1970 Nr. 65, S. 206 ff. (Anwendung des Rechts der orientalischen Kirche auf syrische Jakobiner); anders noch BGH 16.6.1969 – VII ZR 119/67, IPRspr. 1968/69 Nr. 3: „[...] selbst die Anwendung wörtlich übereinstimmender, in verschiedenen Ländern geltender Vorschriften nach ihrem Zusammenhang mit anderen Sachnormen der jeweiligen Rechtsordnung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann“ (hier zur Gleichsetzung von Auslegungsnormen im deutschen und norwegischen Recht).

<sup>67</sup> So auch schon BGH 15.11.1967 – VIII ZR 50/65, BGHZ 49, 52: Heranziehung der ägyptischen Lehre zur Auslegung der syrischen Zivilprozessordnung aufgrund der Entsprechung der ägyptischen mit den syrischen Normen.

<sup>68</sup> Nachweise bei Hans-Georg Ebert, Die Qadrî-Pâshâ-Kodifikation – Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule (2010) 20.

<sup>69</sup> Vgl. dazu auch ausführlich Gerardo Brogini, Die Maxime „iura novit curia“ und das ausländische Recht – Ein Beitrag zur Präzisierung des § 293 ZPO, AcP 155 (1956) 469, 483 f.

<sup>70</sup> Ebenso Mankowski, IPRax 2017, 347, 350.

wendbaren Rechts eingetreten. Hierbei ist zu beachten, dass auch bei der festgestellten Nichtermittelbarkeit weiterhin ein Entscheidungszwang besteht,<sup>71</sup> der seinen Rechtsgrund im verfassungsrechtlichen Verbot der Rechtsverweigerung hat.<sup>72</sup> Die vor allem in der älteren Literatur zeitweise vertretene Ansicht, dass bei Nichtermittlung des ausländischen Rechts die Klage abzuweisen sei,<sup>73</sup> wird von niemandem mehr ernstlich vertreten,<sup>74</sup> sodass die Frage nach einem Ersatzrecht im Raume steht. Mangels gesetzlicher Vorgaben, wie im Falle von Rechtsanwendungsschwierigkeiten vorzugehen ist, kann sich diese Suche weit gestalten. Sie kann auf der materiellrechtlichen Seite erfolgen, durch interne Lösungen, also durch Heranziehung von Normensystemen innerhalb des zerfallenden Staates, oder durch externe Lösungen, somit durch die Heranziehung von Normensystemen außerhalb des zerfallenden Staates. Die Lösung kann aber auch auf kollisionsrechtlicher Ebene angesiedelt sein. In jedem Fall indes bleibt das Ersatzrecht immer nur Notlösung.

## V. Ersatzrechte

### 1. Materiellrechtliches Ersatzrecht

#### a) Interne Lösung: Suche nach Normensystemen innerhalb des zerfallenden Staates

Intern kann nach Normensystemen gesucht werden, die als Teil der anzuwendenden zerfallenden Rechtsordnung gedacht werden und diese substituieren. Das Schrifttum hat dafür eine Palette von Möglichkeiten eronnen, die im Folgenden betrachtet werden sollen.

(1) *Krankes Recht*. – Eine erste Option besteht darin, das Recht zur Anwendung zu bringen, das vor dem Zerfall des betroffenen Staates geltendes Recht war. Die Anwendung dieses – in der Lehre „altes Recht“ genannten – Rechts beruht auf der Idee, dass seine Geltung nicht schon durch das zeitweise Ruhen staatlicher Verwaltungssysteme und der Rechtspflege beseitigt sei. Deren Stillstand setze die Geltung von Rechtsnormen für sich genommen nicht

<sup>71</sup> Vgl. Müller, NJW 1981, 481, 483; Hanns Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO<sup>4</sup> (2013) § 293 ZPO R.n. 59.

<sup>72</sup> Kreuzer, NJW 1983, 1943, 1945.

<sup>73</sup> Vgl. Müller, NJW 1981, 481, mit weiteren Verweisen.

<sup>74</sup> Allenfalls im Eilverfahren; vgl. Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>6</sup> (2014) § 14 R.n. 717; ausführlich dazu Clemens Trautmann, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren (2011) 184ff.; vgl. auch OLG Köln 10.12.1993 – 6 U 208/93, OLGR Köln 1994, 110, 111 (zur ersatzweisen Anwendung der *lex fori* bei Nichtermittlung des bahrainischen Rechts und des Rechts der VAE im Eilverfahren).

schon außer Kraft.<sup>75</sup> Typischerweise besteht eine Unsicherheit über die tatsächliche Anwendung des Rechts, weil es weder förmlich aufgehoben noch ersetzt worden ist. Insofern kann man auch von krankem oder unsicherem Recht sprechen.<sup>76</sup> Seine Anwendung gründet in der Annahme, dass es vermutlich weiterhin gilt.<sup>77</sup>

(2) *Totes Recht*. – Des Weiteren wird auch für die Anwendung von bewusst aufgehobenem Recht, also sogenanntem toten Recht, plädiert. Danach soll gerade für die Zwecke einer Verweisung von außerhalb des zerfallenden Staates (also bei einem Verweisungsbefehl einer Kollisionsnorm) das Privatrecht, das vor dem Zerfall galt, auch dann Anwendung finden, wenn es ersatzlos aufgehoben worden ist. Namentlich im Bereich des Familien- und Erbrechts soll das tote Recht bedeutend sein, weil, so etwa Hohloch, es noch am ehesten das „Personalstatut der Betroffenen“ verkörpere und eine Unterwerfung unter ein mögliches neues „Unrechtsregime“ verhindert werden soll.<sup>78</sup>

Dieser Ansatz soll zudem aus Gründen des Vertrauensschutzes, insbesondere bei einer unwandelbaren Anknüpfung, Sinn ergeben. Dabei soll nicht nur das Anknüpfungsmoment auf einen bestimmten Zeitpunkt versteinern, sondern auch das zu diesem Zeitpunkt geltende materielle Recht, unter Hintanhaltenden etwaigen intertemporalen Rechts.<sup>79</sup> Dies wird vor allem dann vertreten, wenn es um Rechtsverhältnisse in annektierten Gebieten geht. Hier sei es aufgrund des Parteiinteresses und aus Gründen der Gerechtigkeit angezeigt, das neue, durch die Besatzer gesetzte Recht nicht zur Anwendung kommen zu lassen, sondern das aufgehobene (tote) Recht.<sup>80</sup>

(3) *Erbtes Recht*. – Eine weitere Alternative ist die Anwendung vorstaatlichen Rechts, in Form von lokalen Regeln und Bräuchen und Gewohnheitsrecht. Ein solcherart „erbtetes“ Recht soll vor allem bei Statusverhältnissen

<sup>75</sup> *Arno Wohlgenut*, Kambodschanisches Kindschaftsrecht vor deutschen Gerichten heute – Probleme bei brachliegender Zivilrechtspflege im Ausland, StAZ 1981, 41, 42.

<sup>76</sup> *Wohlgenuth*, StAZ 1981, 41, 44, nennt dieses Recht „law in suspense“.

<sup>77</sup> *Martin Wolff*, Das Internationale Privatrecht Deutschlands (1954) 88: Anwendung des „wahrscheinlich geltenden Rechts“; *Alexander Makarov*, Grundriß des internationalen Privatrechts (1970) 80; ähnlich *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 113 ff., der dem alten Recht Vorzug vor der *lex fori* und sonstigen Volksbräuchen geben will. Dieser Ansatz ist in der Rechtsprechung nicht rezipiert worden; vgl. BGH 24.11.1960, NJW 1961, 410, 412: „Ein nur wahrscheinlich geltendes Recht, das in keiner anderen Rechtsordnung Niederschlag gefunden zu haben braucht und möglicherweise lediglich in der Vorstellung einer Partei besteht, kann nicht angewandt werden.“

<sup>78</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 115, zum Recht Kambodschas vor 1980.

<sup>79</sup> Gegen diesen Ansatz *Busse*, IPRax 1998, 155, 159.

<sup>80</sup> A. A. *Mankowski*, IPRax 2017, 347 ff., kritisch zu OLG München 18.12.2015 – 12 UF 1239/15, NJW-RR 2016, 196 ff., das die Anwendbarkeit des israelischen Rechts in Ostjerusalem verneinte.

und bei der Frage, ob etwaige Formvorschriften eingehalten worden sind, zur Anwendung kommen. Ist der Staat im Zerfallen begriffen und können etwa die staatlichen Eheschließungsformen nicht umgesetzt werden und haben sich die Menschen althergebrachter Traditionen oder neuer in der Not geborener Ersatzformen bedient, so müssten diese anzuerkennen sein, um das Scheitern der grund- und menschenrechtlichen Eheschließungsfreiheit zu vermeiden.<sup>81</sup>

(4) *Bewertung.* – Gegen die Anwendung des kranken und des toten Rechts spricht zunächst, dass Kollisionsnormen ganz grundsätzlich auf *geltendes* Recht verweisen und bei beiden Rechten dies nicht oder nicht sicher zutrifft. Krankes und totes Recht sind zudem schwer auszulegen oder anzupassen, da sie ihre Lebendigkeit eingebüßt haben.<sup>82</sup> Bei unwandelbaren Anknüpfungen widerspricht das Verharren im toten Recht überdies der Maxime, dass auch bei zeitlicher Unwandelbarkeit der Anknüpfung immer auf *geltendes* Recht verwiesen wird.<sup>83</sup> Für das tote Recht besteht zudem kein Geltungswille der ausländischen Rechtssetzungsordnung, beim kranken Recht ist dieser Wille höchst zweifelhaft.<sup>84</sup> Ganz grundsätzlich sind für beide Ansätze große Rechtsunsicherheit und Rechtsanwendungsprobleme zu konstatieren.<sup>85</sup> Aber wie man zu diesen Ansätzen auch steht, es haftet ihnen jedenfalls der Mangel an, dass sie in ihrer Suche nach einer internen Lösung im Grunde den Rechtszerfall außer Acht lassen.<sup>86</sup> Dies genügt dem Interesse der Parteien, die im zerfallenden Staat leben und rechtlich wirken, nicht.

Bei der Anwendung vorstaatlichen bzw. ererbten Rechts ist die Prämisse eine andere: Das durch die Gewohnheit oder die Ersatzform ausgedrückte Recht wird als Folge des Zerfalls begriffen.<sup>87</sup> Aber auch hier können sich große Rechtsanwendungsschwierigkeiten ergeben. Wie etwa das Beispiel Afghanistans zeigt, greifen die Menschen oftmals auf Normen und Verfahrensarten zurück, die auf einer oralen und schwer zugänglichen Tradition beruhen.<sup>88</sup> Von gesicherten Erkenntnissen zum afghanischen Gewohnheits-

<sup>81</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 118.

<sup>82</sup> So auch *Busse*, IPRax 1998, 155, 158; vgl. *Paul Heinrich Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts<sup>2</sup> (1976) 295 f.

<sup>83</sup> Vgl. *Großrichter / Bauer*, RabelsZ 65 (2001) 201, 203, mit Bezug zum Zerfall des jugoslawischen Gesamtstaates; gegen eine Versteinierung auch *Busse*, IPRax 1998, 155, 159.

<sup>84</sup> *Müller*, NJW 1981, 481, 483.

<sup>85</sup> *Kreuzer*, NJW 1983, 1943, 1945 f.; so auch *Johann Kindl*, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZZP 111 (1998) 177, 199: „Missachtung des Verweisungsbefehls“.

<sup>86</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 118.

<sup>87</sup> *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 118.

<sup>88</sup> Zum gelebten Recht im bürgerkriegserschütterten Afghanistan siehe *Nadjma Yassari*, Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan, in: *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law*, hrsg. von ders. (2005) 45–60.

recht, das vielfältig geprägt und in aller Regel für den Rechtsvergleicher nicht oder nur sehr schwer zugänglich ist, kann nicht ausgegangen werden.

Weiterhin ist auch fraglich, ob das islamische Recht – in seiner vormoderne Ausprägung – zumindest in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten als Auffangsystem fungieren kann. Denn auch vor dem Hintergrund, dass das religiöse Recht das Fundament beider Rechtsgebiete in der Mehrheit der islamischen Länder bildet, wird islamisches Normenmaterial nur durch eine Konkretisierung seitens der Rechtsanwender gewonnen. Dies erfolgte in der Vormoderne durch die Rechtsgelehrten, die islamischen Richter und die Muftis und im modernen Nationalstaat durch den Gesetzgeber und die Gerichte.<sup>89</sup> Ein Rückgriff auf etwaige „allgemeine Grundsätze des islamischen Rechts“ kann somit immer nur dann erfolgen, wenn das Recht einer Konkretisierung zugeführt werden kann. Ohne Rechtsanwendungspersonal bleibt das islamische Recht als solches programmatisch und aufgrund seiner Vielfältigkeit und Auslegungsbedürftigkeit nicht erfassbar. Abstrakte Grundsätze des islamischen Rechts bilden keine ausreichende Grundlage für die Beantwortung konkreter rechtlicher Einzelfragen.

Erweist sich also die interne Suche als unergiebig, muss die Suche auf Normensysteme außerhalb des zerfallenden Staates erweitert werden.

#### b) Externe Lösung: Suche nach Normensystemen außerhalb des zerfallenden Staates

(1) *Lex fori*. – Außerhalb des zerfallenden Staates stellt die *lex fori* das vornehmliche Ersatzrecht dar. So greifen die deutsche Rechtsprechung und Teile des Schrifttums mangels expliziter gesetzlicher Regelung im Fall der Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts regelmäßig auf die *lex fori* als primäre Auffangrechtsordnung zurück.<sup>90</sup> In anderen europäischen IPR-Gesetzen ist diese Lösung gesetzlich vorgeschrieben. So ordnen etwa das

<sup>89</sup> Vgl. *Wael B. Hallaq*, An Introduction to Islamic Law (2009) 7–30; zur Rechtsfortbildung im Familienrecht islamischer Länder siehe: *Changing God’s Law – The Dynamics of Middle Eastern Family Law*, hrsg. von Nadjma Yassari (2016).

<sup>90</sup> BGH 26.10.1977, NJW 1978, 496, 498; *lex fori* nur bei einem starken Inlandsbezug und fehlendem Widerspruch durch die Parteien; ähnlich BGH 23.12.1981, NJW 1982, 1215, 1216; Erstes Ersatzrecht ist die *lex fori*, nur im Ausnahmefall kann eine verwandte Rechtsordnung herangezogen werden; KG Berlin 27.6.2001 – 3 UF 3906/00, FamRZ 2002, 166 ff.; Anwendung der *lex fori*, wenn sich ausländisches Recht (hier afghanisches Scheidungsrecht) nicht „vollständig feststellen“ lässt, Vermutungen über seinen wahrscheinlichen Inhalt sind nicht anzustellen; OLG Köln 6.2.2014 – 18 U 89/08, IPRspr. 2014 Nr. 238, S. 610–618; *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 42, erklärt die Triebfeder zur Heranziehung der *lex fori* damit, dass es „möglicherweise besser“ sei, „den Rechtsstreit im ‚falschen‘ Recht sorgfältig zu entscheiden, als im ‚richtigen‘ Recht zu dilettieren“; dagegen *Jansen / Michaels*, ZZP 116 (2003) 3, 15: „Die ‚richtige‘ Anwendung des (kollisionsrechtlich) falschen Rechts kann nicht besser sein als die unvollkommene Anwendung des richtigen Rechts.“

belgische,<sup>91</sup> das österreichische,<sup>92</sup> das polnische,<sup>93</sup> das türkische<sup>94</sup> oder das finnische<sup>95</sup> Recht die automatische Anwendung der *lex fori* bei Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts an. In Frankreich<sup>96</sup> ist die Anwendung der *lex fori* wie in Deutschland durch die Rechtsprechung entwickelt worden. Auch für das europäische Kollisionsrecht, das einen allgemeinen Teil noch nicht kodifiziert hat, wird die Heranziehung der *lex fori* befürwortet. So formuliert Paul Lagarde in seinem Vorschlag über einen künftigen allgemeinen Teil des europäischen IPR-Gesetzbuches die *lex fori* als primäre Aufgangrechtsordnung, wenn es offensichtlich unmöglich ist, den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln.<sup>97</sup>

Sicherlich sprechen für die *lex fori* ihre Praktikabilität und die Prozessökonomie, da bis zum *non liquet*-Zeitpunkt schon viel Zeit verstrichen ist und Kosten verursacht wurden und es für die Parteien unzumutbar wäre, noch länger zu warten. Die Anwendung der *lex fori* führt daher zu einem Effizienzgewinn durch Vermeidung von weiteren Sach- und Transaktionskosten. Auch kommt es dadurch zu einem Gleichlauf von Forum und anwendbarem Recht.<sup>98</sup>

Gegen die Anwendung der *lex fori* wird jedoch eingewandt, dass ihr keine primäre Ersatzfunktion im deutschen IPR zukomme. Zudem sei die *lex fori* vielfach ganz anders gestaltet und die Annahme, dass das ausländische und inländische Recht im Zweifel identisch seien, eine „wirklichkeitsfremde Fiktion“.<sup>99</sup> Auf das letztere Argument ließe sich entgegen, dass ohne Kenntnis des anwendbaren Rechts keine Grundlage für einen Vergleich besteht,<sup>100</sup> es sprechen aber andere gewichtige Gründe gegen eine alternativlose, automatische Anwendung der *lex fori* in Fällen, wo das eigentlich anwendbare Recht nicht ermittelt werden kann. Erstens verstößt die Anwendung der *lex fori* als Ersatzrecht gegen das fundamentale Postulat der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit, da sie eine Rechtsordnung zur Anwendung bringt, die keinen sachlich relevanten Bezug zum Sachverhalt

<sup>91</sup> Art. 15 Abs. 2 belgisches IPR-G.

<sup>92</sup> § 4 Abs. 2 österreichisches IPR-G.

<sup>93</sup> Art. 10 Abs. 2 polnisches IPR-G.

<sup>94</sup> Art. 2 Abs. 2 türkisches IPR-G.

<sup>95</sup> Kap. 1/3 finnische ZPO.

<sup>96</sup> Vgl. *Samuel Fulli-Lemaire / Daniel Rojas Tamayo*, France, in: *Application of Foreign Law*, hrsg. von Carlos Esplugues / José Luis Iglesias / Guillermo Palao (2011) 185, 192: „application of French law by default“.

<sup>97</sup> *Paul Lagarde*, *Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé*, RabelsZ 75 (2011) 673, 675: „Le droit du for est applicable lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger.“

<sup>98</sup> *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 43.

<sup>99</sup> *Hein Kötz*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht*, RabelsZ 34 (1970) 663, 669; *Hohloch*, *Failed State* (Fn. 2) 119.

<sup>100</sup> Ähnlich *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 49; eine Wahrscheinlichkeitsprognose braucht eine Grundlage, eine Deskription des ausländischen Rechts, die gerade nicht vorliegt.

hat und das Interesse der Parteien, den Sachverhalt der sachgerechteren Rechtsordnung zu unterstellen, nicht erfüllen kann.<sup>101</sup> Der automatische Rückfall auf die *lex fori* bedeutet somit eine Abkehr von der *Maxime*, das am engsten verbundene Recht zu finden, und birgt die Gefahr, dass nicht mehr die bestmögliche Verfolgung kollisionsrechtlicher Interessen gewährleistet ist. Er entspricht daher nicht der *raison d'être*, dem grundlegenden Prinzip des Kollisionsrechts, auf Sachverhalte mit Auslandsberührung das angemessene – und nicht das beste – Recht anzuwenden.<sup>102</sup> Zweitens ist es fraglich, ob eine allgemeine, pauschale Regelung für alle Fälle der Nichtermittelbarkeit des berufenen Rechts sinnvoll ist.<sup>103</sup> Denn die Nichtermittlung des ausländischen Rechts kann unterschiedliche Gründe haben, sie berührt die diversesten Sachverhalte und betrifft alle Rechtsmaterien und potenziell eine Vielzahl von Rechtsordnungen. Es ist also angezeigt, sich Gedanken über mögliche Alternativen zu machen. Ob die Ermittlung von verwandten Ersatzrechtsordnungen eine solche ist, soll als Nächstes geprüft werden.

(2) *Verwandte Ersatzrechte*. – Zum Teil wird in Schrifttum und Rechtsprechung vertreten, dass das durch die Nichtermittelbarkeit des anwendbaren Rechts entstehende Vakuum zunächst aus dem „Umfeld“ der berufenen Rechtsordnung zu füllen ist.<sup>104</sup> So sollen sogenannte verwandte Rechtsordnungen, sei es aus dem regionalen Umfeld, sei es aus dem gemeinsamen Rechtskreis, also der Mutterrechts- oder Vorbildrechtsordnung, als materielles Ersatzrecht herangezogen werden.<sup>105</sup>

Welche Rechtsordnung mit welcher verwandt ist, ist indes nicht immer so eindeutig zu beurteilen,<sup>106</sup> und die Unschärfe der Rechtskreistheorie erlaubt keine sichere Handhabe.<sup>107</sup> Vielfach wird dieser Ansatz für Rechtsordnun-

<sup>101</sup> So schon *Dölle*, GRUR 1957, 56, 60; ebenso *Andreas Heldrich*, Heimwärtsstreben auf neuen Wegen, in: FS Murad Ferid (1978) 209, 218; *Müller*, NJW 1981, 481, 484. Gegen die *lex fori* als Primärsatzrecht auch *Becker*, Ermittlung und Anwendung (Fn. 61) 633; *Hartmut Linke / Wolfgang Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>6</sup> (2015) Rn. 9.19.

<sup>102</sup> *Kreuzer*, NJW 1983, 1943, 1946, geht sogar so weit, den sofortigen Rückgriff auf die *lex fori* gar als „Sünde wider den Geist der IPR-Gerechtigkeit“ zu bezeichnen.

<sup>103</sup> Gegen eine pauschale Lösung auch MüKo ZPO / *Prütting* (Fn. 71) § 293 ZPO Rn. 65; ebenso *Linke / Hau*, IZVR (Fn. 101) Rn. 9.19.

<sup>104</sup> So etwa im älteren Schrifttum *Leo Raape*, Internationales Privatrecht<sup>5</sup> (1961) 123; *Hohloch*, Failed State (Fn. 2) 119; „inhaltlich stimmiger und räumlich [...] richtiger“ als die Anwendung der *lex fori*.

<sup>105</sup> Vgl. BGH 24.11.1960, NJW 1961, 410, 411 f., wo die Heranziehung verwandter Rechte als Ersatzrecht als Möglichkeit genannt wird; siehe auch BGH 26.10.1977, NJW 1978, 496, 498, wonach die Möglichkeit, verwandte Rechte heranzuziehen, dann erwogen werden kann, wenn die Anwendung der *lex fori* „äußerst unbefriedigend wäre“; ebenso BGH 23.12.1981, NJW 1982, 1215 ff.; *Schack*, IZVR (Fn. 74) § 14 Rn. 719; *Heldrich*, Heimwärtsstreben (Fn. 101) 216.

<sup>106</sup> So schon *Dölle*, GRUR 1957, 56, 60; *Kreuzer*, NJW 1983, 1943, 1946.

<sup>107</sup> *Kötz*, RabelsZ 34 (1970) 663, 674.

gen vertreten, die eine andere, bekannte Rechtsordnung rezipiert haben.<sup>108</sup> Dieser Ansatz lässt aber unberücksichtigt, dass sich Rechtsordnungen – selbst wenn sie von der gleichen Grundlage ausgehen – durchaus unterschiedlich entwickeln können und mitunter für bestimmte Rechtsinstitute die „Verwandtschaft“ verändern oder aufgeben.<sup>109</sup> Gerade im Fall des zerfallenden Staates können die herkömmlichen Parameter der Zuordnung zu einem Rechtskreis versagen: Denn die Grundlage der „Verwandtschaft“ ist regelmäßig eine gemeinsame Rechtstradition, die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des anderen Staates oder gemeinsame Rechtsquellen. Dies hat der zerfallende Staat in seiner ursprünglichen, vor dem Zerfall bestehenden Rechtsordnung mit seinen Verwandten im jeweiligen Rechtskreis gemein: In seiner jetzigen Ausgestaltung kann dies aber, eben weil das faktisch geltende Recht nicht ermittelt werden kann, nicht festgestellt werden. Wir wissen, dass es einen Bruch gegeben hat; welche Auswirkungen dies auf die jeweilige Rechtsordnung hat, bleibt jedoch spekulativ. Würde man verwandte Rechtsordnungen als Ersatzrecht heranziehen, wäre die Grundlage entweder das kranke (also das frühere, in seiner Geltung unsichere) Recht der ursprünglichen staatlichen Rechtsordnung oder ein totes (also das durch die neuen Machthaber aufgehobene) Recht. Nachdem bereits die Anwendung des kranken oder toten Rechts selbst zweifelhaft ist, können sie schwerlich als Grundlage für die Heranziehung möglicherweise verwandten Rechts dienen.<sup>110</sup>

Der Vollständigkeit halber ist auch auf jene Stimmen zu verweisen, die allgemeine Rechtsgrundsätze<sup>111</sup> oder Einheitsrecht<sup>112</sup> als Ersatzrecht heranziehen möchten. Gleichwohl können diese immer nur dort greifen, wo es solche auch gibt.<sup>113</sup>

Während also die Heranziehung der *lex fori* vor allem aus Praktikabilitäts- und Effizienzerwägungen erfolgen soll, beruht die Heranziehung verwandter Ersatzrechte auf einer angenommenen Nähe des Ersatzrechts zum eigentlich anwendbaren Recht. Diese Ersatzrechtssuche verläuft somit regelmäßig auf der Grundlage des vermuteten Inhalts des Originals und des Ersatzes, ein Vergleich, der immer wieder scheitern oder jedenfalls hinken wird. Ein alternativer, möglicherweise fruchtbarer Weg, ein Ersatzrecht zu

<sup>108</sup> Vgl. Raape, IPR (Fn. 104) 123; siehe Kegel / Schurig, IPR (Fn. 28) § 15 V, S. 513, mit Beispielen und Belegen aus der deutschen Rechtsprechung; MüKo BGB / von Hein (Fn. 29) Einl. IPR Rn. 304.

<sup>109</sup> Müller, NJW 1981, 481, 484; Kindl, ZZP 111 (1998) 177, 183; interessant auch Thole, ZHR 176 (2012) 15, 43, der die ersatzweise Anwendung verwandter Rechtsordnungen gerade wegen ihrer Nähe zum eigentlich anwendbaren Recht ablehnt.

<sup>110</sup> Gegen die Heranziehung verwandter Rechte als materielles Ersatzrecht auch Müller, NJW 1981, 481, 484.

<sup>111</sup> Vgl. Kötz, RabelsZ 34 (1970) 663, 671; Broggin, AcP 155 (1956) 469, 483.

<sup>112</sup> So etwa Kreuzer, NJW 1983, 1943, 1947.

<sup>113</sup> Thole, ZHR 176 (2012) 15, 44.

ermitteln, besteht darin, die Suche auf der kollisionsrechtlichen Ebene anzusiedeln und bestehende kollisionsrechtliche Hilfsanknüpfungen (analog) heranzuziehen.

## 2. Kollisionsrechtliche Lösungswege

### a) Grundlage

Die Heranziehung kollisionsrechtlicher Ersatzanknüpfungen ist keine neue Idee. Ausdrücklich angeordnet ist diese Variante etwa im italienischen IPR-Gesetz: Art. 14 Abs. 2 sieht ein zweistufiges Verfahren bei der Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts vor: Kann der Inhalt des anzuwendenden Rechts nicht ermittelt werden, ist das Recht anzuwenden, das durch andere Anknüpfungskriterien in der einschlägigen Kollisionsnorm zur Anwendung berufen ist. Ansonsten wird die *lex fori* angewandt.

Grundlage der Heranziehung von Ersatzanknüpfungen – wie sie auch im deutschen Schrifttum vertreten wird – ist eine Analogie, die von einer Gleichsetzung des Falles der Nichtermittelbarkeit des anwendbaren Rechts und der Fälle des Nichtvorhandenseins bzw. Fehlens der Beweisbarkeit der relevanten Anknüpfungsmomente ausgeht.<sup>114</sup> Bei Nichtermittelbarkeit des berufenen Rechts versagt die Verweisung ebenso wie bei der Nichtfeststellbarkeit des relevanten Anknüpfungsmoments.<sup>115</sup> In beiden Fällen läuft die Verweisung ins Leere. Da die kollisionsrechtliche Verweisung nicht zu einer anwendungsfähigen Rechtsordnung führt, bedarf sie einer Ergänzung.<sup>116</sup> Ähnliche Probleme bestehen, wenn das Kollisionsrecht auf das Recht eines Ortes verweist und der Ort staatsfreies Gebiet ist.<sup>117</sup> Auch hier wird anstelle des Ortes als Anknüpfungspunkt eine Ersatzanknüpfung gesucht.

Die Notwendigkeit einer Ergänzung wird implizit auch im Schrifttum und in der Rechtsprechung beim Rückgriff auf die *lex fori* anerkannt. Deren Heranziehung, für die es – wie oben erwähnt – keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im deutschen Kollisionsrecht gibt, wird mit der Annahme eines impliziten subsidiären sekundären Rechtsanwendungsbefehls zu ihren Gunsten gerechtfertigt. Lässt sich die Kollisionsnorm praktisch nicht durchführen, so empfehlen etwa von Bar und Mankowski dem Richter, „eine

---

<sup>114</sup> Trautmann, Europäisches Kollisionsrecht (Fn. 74) 257; Kreuzer, NJW 1983, 1943, 1946f.

<sup>115</sup> Müller, NJW 1981, 481, 484, spricht vom Entfall der „rechtlichen Relevanz der kollisionsrechtlichen Anknüpfung schlechthin“; so auch die Regelung in Portugal (und in seinen ehemaligen Kolonien), wo beide Situationen explizit gleichgestellt werden; vgl. Art. 23 Abs. 2 portugiesisches ZGB.

<sup>116</sup> Müller, NJW 1981, 481, 483; ähnlich Kindl, ZZP 111 (1998) 177, 200; a. A. Großrichter / Bauer, RabelsZ 65 (2001) 201, 211.

<sup>117</sup> Beispiele bei Kegel / Schurig, IPR (Fn. 28) § 1 IV, S. 18.

andere Kollisionsnorm zu entwickeln“.<sup>118</sup> Zwar soll diese nach von Bar und Mankowski regelmäßig eine Verweisung auf die *lex fori* sein, aber Alternativen sind grundsätzlich denkbar. Auch die Argumentationsstränge der deutschen Rechtsprechung zur Heranziehung der *lex fori* als Ersatzrecht lassen sich für eine kollisionsrechtliche Lösung fruchtbar machen: So beruft sich der BGH regelmäßig auf eine starke Inlandsbeziehung, um bei Nichtermittlung des an sich anwendbaren Rechts die *lex fori* als Ersatzrecht heranzuziehen.<sup>119</sup> Die Ratio des Gerichtes gründet auf der Annahme, dass die Nähe des Sachverhaltes zum Inland eine (implizite) Verweisung auf das deutsche Recht (also die *lex fori*) begründe.<sup>120</sup> Wenn aber ein starker Inlandsbezug reicht, um das Anknüpfungsmoment zu variieren und so zu einer Rechtsordnung zu gelangen, die angewendet werden kann, ist damit auch gesagt, dass das Problem der Nichtfeststellbarkeit des berufenen Rechts jedenfalls auch ein kollisionsrechtliches ist und auf dieser Ebene gelöst werden kann.

Der kollisionsrechtliche Ansatz hat grundsätzlich den Vorzug, dass die Lösung innerhalb des Verweisungssystems erfolgt und dabei die kollisionsrechtlichen Wertungen berücksichtigt werden. Er verwirklicht noch am ehesten das Gebot, das am engsten verbundene Recht zu eruieren. Denn im Gegensatz zu den Ansätzen, die eine Lösung in einem anderen materiellen Ersatzrecht suchen, das mit dem eigentlich anwendbaren *Recht* verwandt oder eng verbunden ist, vermittelt der Ersatzanknüpfungspunkt eine größere Nähe zum gegenständlichen *Sachverhalt*. Die Heranziehung von Ersatzanknüpfungen erlaubt somit eine kollisionsrechtliche Lösung, die dem Interesse der Parteien insofern gerechter wird, als sie in eine Rechtsordnung verweist, die eine Sachnähe zum Sachverhalt aufweist und somit dem Parteieninteresse besser entspricht.<sup>121</sup> Selbst wenn diese Lösung ihre Grenzen dort findet, wo keine einschlägigen Ersatz- oder Hilfsanknüpfungen bestehen<sup>122</sup> oder sich auch keine Analogien bilden lassen, und sie überdies nur ergiebig ist, wenn sie nicht ihrerseits in das nicht ermittelbare Recht des zerfallenden Staates verweist, hat sie immer noch den Vorzug, dass sie den

---

<sup>118</sup> von Bar / Mankowski, IPR (Fn. 29) § 5 R.n. 104; vgl. auch Becker, Ermittlung und Anwendung (Fn. 61) 633, der die Anwendung der *lex fori* bei „absoluter Unaufklärbarkeit ausländischen Rechts“ mit einer „verdeckten Rückverweisung“ gleichsetzt.

<sup>119</sup> Vgl. Verweise in Fn. 90.

<sup>120</sup> Vgl. dazu ausführlich Müller, NJW 1981, 481, 485: Anwendung der *lex fori* bei gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland und Versagung der Anknüpfung über die ausländische Staatsangehörigkeit; siehe auch AG Salzgitter-Bad 15.12.1969 – VII 3783, IPRspr. 1968/1969 Nr. 153, S. 384, 385 (anwendbares afghanisches Recht nicht ermittelbar, Rückgriff auf *lex fori* unter Bezug auf nach deutschem Recht rechtswirksame Ehe).

<sup>121</sup> Ähnlich Siegfried Schwung, Das Ersatzrecht bei einem Verstoß des ausländischen Rechts gegen den ordre public, RabelsZ 49 (1985) 407, 424, bei der Frage der Lückenfüllung durch ein Ersatzrecht im Falle eines ordre public-Verstoßes.

<sup>122</sup> So auch Klaus Sommerlad / Joachim Schrey, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377, 1383.

Geltungsanspruch und die Wertungen des Kollisionsrechts am besten achtet,<sup>123</sup> die Rechtssicherheit erhöht und für die Gerichte praktikabler ist.<sup>124</sup>

#### b) Kollisionsrechtliche Ersatz- oder Hilfsanknüpfungen

Diese notwendige kollisionsrechtliche Ergänzung kann auf unterschiedliche Weise entwickelt werden. Haben die Parteien etwa eine Rechtswahl zugunsten eines zerfallenden Staates getroffen und kann dieses Recht nicht ermittelt werden, kann als Hilfsanknüpfung auf die objektiven Anknüpfungskriterien zurückgegriffen werden. So könnte man bei einer Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht analog die objektive Anknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO heranziehen und etwa Kaufverträge über bewegliche Sachen dem Recht des Staates unterwerfen, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Versagt auch diese Verweisung, weist also auch die Hilfsanknüpfung in das Recht des zerfallenden Staates, könnte auf der letzten Stufe nach Art. 4(4) Rom I-VO der Vertrag dem Recht des Staates zu unterstellen sein, zu dem er die engste Verbindung aufweist.

Erfolgt die Regelanknüpfung über die Staatsangehörigkeit und führt sie in ein nicht ermittelbares Recht, kann in analoger Anwendung von Art. 5 Abs. 2 EGBGB die Anknüpfung an das Heimatrecht durch das Aufenthaltsrecht ersetzt werden.<sup>125</sup> Zwar ist die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment auf dem Rückzug, sie ist aber bei einem Staatszerfall, der typischerweise große Migrationsströme evoziert und bei dem familienrechtliche Statusverhältnisse eine große Rolle spielen, immer noch von Bedeutung.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, bestehende subsidiäre Hilfsanknüpfungen heranzuziehen.<sup>126</sup> Solche Anknüpfungen werden in unterschiedlichen europäischen Kollisionsakten als Regelungstechnik angeboten. Sie kommen immer dann zum Zuge, wenn die Voraussetzungen der primären Verweisungsnorm nicht erfüllt sind, weil der bezeichnete Anknüpfungspunkt nicht vorliegt und nicht nachgewiesen werden kann.<sup>127</sup>

Führen auch die Hilfs- und Ersatzanknüpfung in das Recht eines Staates, das nicht ermittelt werden kann, stoßen wir langsam an unsere Grenzen. Denn die Bildung weiterer kollisionsrechtlicher Hilfsanknüpfungen im Wege der Rechtsfortbildung zur Feststellung, zu welchem Recht der Sachverhalt einen Bezug hat, also die Erzeugung einer neuen Anknüpfungsleiter,

<sup>123</sup> So auch *Trautmann*, Europäisches Kollisionsrecht (Fn. 74) 257.

<sup>124</sup> *Kropholler*, IPR (Fn. 30) § 31 III, S. 218.

<sup>125</sup> So auch *Busse*, IPRax 1998, 155, 159.

<sup>126</sup> So etwa *Thole*, ZHR 176 (2012) 15, 44f., zur Heranziehung der Sitztheorie als Hilfsregel im internationalen Gesellschaftsrecht bei Nichtermittelbarkeit des ausländischen Gründungsrechts.

<sup>127</sup> Beispiele sind etwa Art. 8, 14 EGBGB, Art. 12, 10(2) Rom II-VO, Art. 8 Rom III-VO.

ist meines Erachtens abzulehnen.<sup>128</sup> Die Grenze ist somit dort zu ziehen, wo jeder Richter aufgerufen wäre, bei Fehlen einschlägiger gesetzlicher Hilfsanknüpfungen im Wege der Rechtsfortbildung neue Anknüpfungen zu entwickeln. Während bei einer analogen Heranziehung bestehender Hilfsanknüpfungsleitern der kollisionsrechtlichen Wertung der Verweisungsnorm noch Genüge getan wird, bereitet die Fortbildung der Kollisionsnorm durch den Richter enorme Anwendungsprobleme. Da die allgemeine Tendenz des europäischen internationalen Privatrechts zu einem Paradigmenwechsel zugunsten des gewöhnlichen Aufenthaltes geführt hat, ist etwa die Ersetzung eines faktischen Anknüpfungspunktes durch einen normativen, wie den der Staatsangehörigkeit, nur schwer zu vertreten.

### 3. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass ein automatischer Rückgriff auf die *lex fori* abzulehnen ist. Damit werden der *lex fori* ihre offensichtlichen Vorteile nicht abgesprochen, die Suche nach dem räumlich richtigen Recht soll allerdings nicht vorschnell aufgegeben werden. Es empfiehlt sich daher, zunächst nach Hilfsanknüpfungen zu suchen, um anhand dieser die nächstengste Rechtsordnung zu identifizieren. Dies gilt auch, wenn die Verweisung in das gewählte Recht versagt. Auch eine analoge Heranziehung von Art. 5 Abs. 2 EGBGB erscheint sinnvoll, wenn die Staatsangehörigkeitsanknüpfung ins Leere führt. Eine Fortbildung der Kollisionsnormen durch Richterrecht ist indes abzulehnen. Erst am Ende der Anknüpfungsleiter steht die *lex fori* als Ultima Ratio, da in jedem Fall ein Entscheidungszwang besteht.

## VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Für die Zwecke des Rechtsanwendungsrechts im zerfallenden Staat ist auf die tatsächliche Geltung des jeweiligen Privatrechts, nicht aber auf die völkerrechtliche Anerkennung der emanierenden Rechtssetzungsordnung abzustellen.

2. Die Anwendung des faktisch geltenden Rechts ist aus dem Postulat der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit abzuleiten.

3. Die kollisionsrechtliche Ermittlung des faktisch geltenden Rechts erfolgt über die gewohnten Anknüpfungspunkte des autonomen bzw. des europäischen Kollisionsrechts, die insofern keine Modifikation im Falle des zerfallenden Staates erfahren.

---

<sup>128</sup> So aber Müller, NJW 1981, 481, 485.

4. Es ist zwischen der Nichtermittelbarkeit und der Auslegung des faktisch geltenden Rechts zu unterscheiden.

5. Zur Auslegung des ermittelten Rechts sind alle Hilfsmittel heranzuziehen, die auf der argumentativen Ebene eine Entscheidungsfindung ermöglichen. Dazu gehören insbesondere Rechtssätze, Lehrmeinungen und Judikatur aus verwandten Rechtsordnungen und Normensystemen.

6. Bei Nichtermittelbarkeit des Inhalts des anwendbaren Rechtsmaterials ist die Lösung auf der kollisionsrechtlichen Ebene zu suchen, nicht auf der Ebene eines materiellen Ersatzrechts. Primär heranzuziehen sind Ersatz- und Hilfsanknüpfungen. Erst wenn diese versagen, kann auf die *lex fori* als Ultima Ratio zurückgegriffen werden.

### Summary

#### FAILING STATES AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Conflict-of-law rules generally refer to the law of a foreign state. If, however, such state is in a condition of disarray and potential dissolution, tricky questions arise. Which normative orders are meant by the term “law”? Is a failing state still a state? This article shows that for the sake of regulating private relations, the focus must be placed on the factually operative norms, regardless of whether the non-state entity from which those norms have emanated is recognized under public international law. This hypothesis is tested in relation to the example of Syria. Ravaged by a fierce civil war since 2011, Syria has seen the emergence of new power entities competing not only over territory but also over legal authority.

Whereas the standard connecting factors of private international law (i.e. normative factors such as nationality, or geographic locating factors such as habitual residence) operate in their usual manner in a failing state with only minor adaptation, more serious problems arise with regard to the detection and interpretation of the factually operative law and its application in a concrete case. Where the relevant norms cannot be found or where a meaningful interpretation and application of those norms cannot be supported, a solution – it is argued – must be sought on the level of private international law rather than on the level of substantive law. In particular, the application of *lex fori* should be considered only where all other options have been exhausted.

