

tate von Autoren zu finden sind,<sup>10</sup> in englischen kaum<sup>11</sup> und in französischen keine,<sup>12</sup> ist der Dialog zwischen Gerichten und Wissenschaft in deutschsprachigen Ländern transparent, offen und respektvoll. An dieser Diskussion hat der Basler Kommentar zum IPRG maßgebend teilgenommen. Ihm ist zu wünschen, dass es mit seiner 4. Auflage weiterhin so bleibe.

Hamburg

KURT SIEHR

*Harms, Charlotte*: Neuaufgabe der Datumtheorie im Internationalen Privatrecht. (Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2017) – Tübingen: Mohr Siebeck 2019. XX, 256 S.

1. Die von Marc-Philippe Weller betreute Heidelberger Dissertation über die Neuaufgabe der Datumtheorie liefert in der Einleitung zunächst einmal keine Erklärung, was mit der etwas ungewöhnlich klingenden „Neuaufgabe“ und was mit „der“ Datumtheorie gemeint ist. *Charlotte Harms* steuert vielmehr sogleich auf einen bestimmten Ansatz zu, nämlich die dogmatische Verortung des Vorgangs der „Berücksichtigung“. Letztere soll, wie teilweise vertreten wird, eine eigenständige Methode sein, angesiedelt zwischen kollisionsrechtlicher Anknüpfung und Sachrechtsanwendung.<sup>1</sup> Danach ist im Rahmen der Verweisung eine Kollisionsnorm anzuwenden, die zu einem bestimmten Sachrecht führt. Freilich bestehen neben dem jeweiligen Statut noch andere, Einfluss verlangende statutsfremde Normen. Somit stellt sich die Frage ihrer Berücksichtigung.

Das Implantieren eines eigenen umfassenden Berücksichtigungsansatzes wirft eine Reihe von Problemen auf. Hält man ein solches Vorgehen für berechtigt, so ist es in das bestehende, überwiegend befolgte System einzufügen, jedenfalls zu erklären. Dabei ist bei der Eingrenzung eine erhebliche Anzahl von Problemen des Allgemeinen Teils zu bewältigen, vor allem die Frage, ob es sich bei dem Berücksichtigungsvorgang noch um Kollisionsrecht oder eine sachrechtliche Frage handelt oder um beides. Ist das „Datum“ als Sachverhaltselement zu beachten? Schließlich müssen die Voraussetzungen des Eingreifens und die jeweiligen Folgen eingegrenzt werden. Zur Erklärung besteht schon bislang ein bunter Strauß von Auffassungen, die von Teilanknüpfung, Sonderanknüpfung

<sup>10</sup> Vgl. Art. 118 Abs. 3 des Regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368 (Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie = Einführungsgesetz zur italienischen ZPO: EGZPO): „In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.“ In Titel III (Erkenntnisverfahren) 3. Teil (Entscheidung des Rechtsstreits) des italienischen EGZPO heißt es: „In jedem Fall ist jegliche Zitierung von rechtswissenschaftlichen Autoren zu unterlassen“ (dt. Übers. aus: Italienische Zivilprozeßordnung<sup>2</sup>, hrsg. und übers. von Max W. Bauer (1996) 623).

<sup>11</sup> Früher hieß es, man müsse erst tot sein, um zitiert zu werden.

<sup>12</sup> Zitate finden sich jedoch in den Urteilsvorschlägen der *avocats généraux*.

<sup>1</sup> Siehe dazu *Marc-Philippe Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue „kopernikanische Wende“?, in: Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, hrsg. von Stefan Arnold (2016) 133–162, 160–161; *ders.*, Vom Staat zum Menschen: Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit, *RabelsZ* 81 (2017) 747–780, 775 ff.

fung, Bildung eines Nebenstatuts bis hin zur modifizierten Anwendung von Sachrecht gehen.

2. Die Einführung in das Thema beschreibt zunächst den Untersuchungsgegenstand. Eine eigens vorangestellte Begriffsklärung soll den Zugang zu der zwar viele Beispiele nennenden, aber weitgehend doch begrifflich angelegten Arbeit erleichtern (S. 8). Im „Problemaufriss“ des ersten Teils (S. 1–44) wird die als defizitär empfundene klassische Verweisungsmethode kritisiert, die mit ihren Verweisungsnormen zu einem bestimmten Sachrecht führt und anderes Recht ausschließt (S. 11). Die Sorge, dass in dem Dualismus von Verweisungs- und Sachnorm wesentliche statutsfremde Elemente verloren gehen könnten, hat auch schon andere bei der Suche nach einem „dogmatischen Ventil“ für die Beachtung an sich nicht anwendbaren Rechts bewegt (S. 132 ff., 136 ff., 168, 218). Unter den die Praxis beschäftigenden Berücksichtigungsvorgängen werden die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen, sodann die Berücksichtigung von Sicherheits- und Verhaltensregeln im Deliktsrecht nach Art. 17 Rom II-VO sowie die Schadensberechnung (ErwG 33 der Rom II-VO) angeführt (S. 13 ff.). Diese und andere von der Verfasserin genannten Beispiele sind zwar anschaulich. Da ihre einzelnen Aspekte aber immer wieder in dem jeweiligen Argumentationszusammenhang der Verfasserin an unterschiedlichen Stellen auftauchen, ist die Lektüre und die Suche nach einem Endresultat gleichwohl nicht immer einfach.

Der Begriff der Eingriffsnorm wird erklärt und anhand von Beispielen wie den Feindhandelsverboten, aber auch dem Einfluss der griechischen Spargesetze auf arbeitsvertragliche Ansprüche sowie der verschiedenen Ansätze für den Umgang mit solchen Normen erläutert (S. 14 ff.). Da auch dort, wo das nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, der Auslandsbezug des Sachverhalts in Betracht zu ziehen ist, wird dem Spannungsverhältnis zwischen Verweisungsmethode und Berücksichtigung nachgegangen (S. 31). Ist die Berücksichtigung statutsfremder Eingriffsnormen dem Kollisionsrecht oder dem Sachrecht zuzuordnen (S. 34–35)? Zugestanden wird, dass die Berücksichtigung „hybrid“ ist und sowohl sachrechtliche als auch verweisungsrechtliche Funktionen haben kann (S. 125). Ergebnis des ersten Teils ist hauptsächlich, dass eine Einordnung des Berücksichtigungsvorgangs unumgänglich ist.

3. Unter dem Motto „tertium datur“ geht es im zweiten Teil (S. 45–124) um die dogmatische Einordnung der Datumtheorie als Berücksichtigungsmethode. Hierbei wird die Berücksichtigung als sachrechtlicher Subsumtionsvorgang dargestellt (S. 47 ff.). In einer Auseinandersetzung mit der verweisungsrechtlichen Sonderanknüpfung wird argumentiert, dass diese keine ausreichende Basis für eine über Eingriffsnormen hinausgehende Berücksichtigung sei (S. 54). Bei der Suche nach dem Anwendungsbefehl heißt es, dass es bei Fehlen einer geschriebenen Berücksichtigungsanordnung auf die Auslegung der verweisungsrechtlich anwendbaren Sachnorm ankomme (S. 58). Eine allgemeine Zwei-Stufen-Theorie des IPR wird allerdings nicht als Stütze für geeignet gehalten (S. 154 ff.).

*Harms* hält die bisherigen Abgrenzungen für unzureichend. Sie fragt nach der Funktion der jeweiligen Sachnorm und sucht nach einem verweisungsrechtlichen Element der Berücksichtigung (S. 58 ff.). Dabei soll es darauf ankommen, ob von der Sachnorm Aufgaben des Verweisungsrechts übernommen werden,

da die Auslegung der Sachnorm funktional kollisionsrechtlich sein kann. Die Datumtheorie, das heißt der Berücksichtigungsansatz der Verfasserin, steht im Spannungsfeld zwischen sachrechtlich-subsumtiver Form und verweisungsrechtlicher Funktion (S. 84 ff.). Für die Ansiedlung der Berücksichtigung auf der Ebene des Verweisungsrechts oder des Sachrechts geht sie zwar von einem kollisionsrechtlich verursachten Vorgang aus. Die Berücksichtigung erfolgt für sie jedoch auf der sachrechtlichen Ebene. Dass statutsfremdes Recht gerichtlich berücksichtigt wird, wird mit zulässiger Rechtsfortbildung *praeter legem* gerechtfertigt (S. 37 ff., 126 ff.). Dabei wird die Verfasserin nicht müde zu erklären, dass zu berücksichtigendes Recht nicht als Tatsache angesehen werden kann (S. 117 ff., 125, 204). Vielmehr werden diese Rechtsnormen wie ausländisches Recht behandelt (S. 203 ff.).

Verdienstvoll ist die Untersuchung der Herkunft und der einzelnen Spielarten der Datumtheorie bzw. -theorien (S. 84 ff.) mit der ursprünglich beabsichtigten Korrektur der *lex fori*-Anwendung.<sup>2</sup> Als *local data* kommen auch in Albert A. Ehrenzweigs facettenreichem Ansatz insbesondere Verkehrsregeln in Betracht. Schwerer einzugrenzen sind die methodische Vorgaben und Wertungen betreffenden, aber nur kurz angesprochenen *moral data*. Gleichfalls geschildert werden die Anklänge im deutschen Internationalen Privatrecht, vor allem Erik Jaymes Überlegungen (S. 94 ff.). Im Ergebnis stellt Harms richtig fest, dass es keine einheitliche Datumtheorie gibt (S. 97 ff.). Dies hindert sie freilich nicht daran, den von ihr eingeschlagenen Weg als Neuauflage der Datumtheorie zu bezeichnen.

In Art. 17 Rom II-VO ist eine „Berücksichtigung“ von statutsfremden Sicherheitsvorschriften vorgesehen. Nach wohl h. M. handelt es sich um eine materiellrechtliche Hilfsnorm für die Anwendung des bereits bestimmten Statuts.<sup>3</sup> In die gleiche Richtung geht die Verfasserin, für die Art. 17 Rom II-VO das zu behandelnde Recht nicht als Tatsache ansieht, sondern den Weg zu einer „flexiblen Einbeziehung“ statutsfremden Rechts öffnet (S. 117–118). Die von Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO vorgesehene Berücksichtigung des Ortsrechts für die Erfüllungsmodalitäten wird nur kurz angesprochen (S. 118–119).

4. Die Verfasserin unterscheidet zwei Fallgruppen, in denen es zu einer Berücksichtigung kommen kann. Im einen Fall liegt eine gesetzliche Berücksichtigungsanordnung vor, insbesondere im europäischen Kollisionsrecht, die sie – vor allem für Eingriffsnormen und Art. 17 Rom II-VO – respektieren will (S. 49 ff.). Zu einer Berücksichtigung kommt es aber nicht nur dann, wenn eine Norm dazu besonders auffordert. Auch bei Fehlen einer besonderen Berücksichtigungsnorm kann der Berücksichtigungsansatz bei Auslegung der anwendbaren Sachnorm im Einzelfall zur Anwendung kommen (S. 57–58, 122). Dazu bedarf es zunächst einmal einer Rechtfertigung, sodann aber auch einer Klärung der Voraussetzungen und Folgen, das heißt einer näheren Konturierung. Die Berücksichtigung statutsfremden Rechts soll bei einer Zuordnung zu einer

<sup>2</sup> Zu früheren Auseinandersetzungen um „Anwendung“ und „Berücksichtigung“ siehe auch Martin Gebauer, Zur sogenannten Wertneutralität des klassischen IPR, in: FS Erik Jayme (2021) 35–74, 42–44.

<sup>3</sup> Abbo Junker, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, Bd. XIII (2020) Art. 17 Rom II-VO Rn. 2.

bestimmten Rechtordnung verweisungsrechtliche Aufgaben übernehmen und daher funktional kollisionsrechtlicher Natur sein (S. 59 ff.).

Der dritte Teil der Arbeit legt dar, wie die Datumtheorie, und mithin auch der Berücksichtigungsansatz der Verfasserin, im Anschluss an frühere Bemühungen zur methodischen Offenlegung und Konkretisierung der Berücksichtigung genutzt werden kann (S. 125). Hier wird zunächst der Berücksichtigungsansatz als verfassungsrechtlich zulässige „Rechtsfortbildung der Verweisungsregeln“ eingeordnet (S. 176). Es erfolgt eine Abgrenzung zu anderen, im Einzelnen freilich recht unterschiedlichen verweisungsrechtlichen „Auflockerungsmechanismen“, nämlich unter anderem zu Ausweichklausel, Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen, Teilfrage, Erstfrage und Vorfrage sowie zum *ordre public*-Vorbehalt (S. 141 ff.). Als anerkannte Auflockerungsmethoden auf Sachrechtsebene werden sodann Substitution, Transposition, Handeln unter fremdem Recht und sachrechtliche Anpassung angesprochen (S. 154 ff.). Diese Instrumente sollen den Berücksichtigungsvorgang auf Sachrechtsebene jedoch nicht überflüssig machen. Bei der richterlichen Berücksichtigung soll zwar kein Ermessen, wohl aber ein Auslegungsspielraum bestehen (S. 196 ff.).

Als eine Voraussetzung für die Anwendung der Berücksichtigungsmethode wird die „Importoffenheit“ der in- oder ausländischen Sachnorm postuliert (S. 169 ff.). Entscheidend soll sein, ob ein auslegungsbedürftiger „normativer“ Begriff, wie eine Generalklausel, die Berücksichtigung der statutsfremden Norm verlangt. Die Nichtigkeit aufgrund von Verbotsgesetz (§ 134 BGB) soll allerdings nicht dazugehören (S. 171 ff.). Im Einzelfall muss bei der Berücksichtigung der statutsfremden Norm zudem eine enge Verbindung mit dem Sachverhalt bestehen (S. 178 ff.). Eine Präzisierung dieses auch von den Sonderanknüpfungslehren verwendeten Elements findet sich allerdings nicht.

Ferner erfolgt eine inhaltliche Einschränkung der berücksichtigungsfähigen Bezugsobjekte auf Sachrechtsebene, etwa für Generalklauseln (S. 187 ff.). Gegenstand des Berücksichtigungsansatzes sind nämlich lediglich gesetzliche Normen und Rechtsprechungsgrundsätze. Nichtstaatliche Normen (*soft law*) und Tatsachen werden lediglich als Fragen der sachrechtlichen Auslegung angesehen (S. 88, 187 ff.). Auch *moral data* ohne Normcharakter werden nicht zum Gegenstand der normorientierten Berücksichtigungslehre gemacht (S. 193–196). Vieles vom Reiz einer vom Richter ausgehenden Beurteilung, die über die eigentliche *lex fori* hinaus viele Umstände in Betracht zieht, ist damit freilich entschunden. Die Normorientierung lässt auch in den Hintergrund treten, dass man ja bei der Beachtung ausländischen Eingriffsrechts im Allgemeinen nicht dieses selbst anwenden möchte, sondern von der tatsächlichen Zwangslage ausgeht, in der sich der ihm ausgesetzte Schuldner befindet, wie die Verfasserin an sich auch zugesteht (vgl. S. 73 ff.). Vorgeschlagene Differenzierungen zwischen drohendem und tatsächlichem Zwang dürften freilich nur schwer durchzuführen sein (vgl. S. 78 ff.).

Die Rechtsfolgen der Berücksichtigung entnimmt *Harms* der verweisungsrechtlich anwendbaren Norm (S. 196 ff.). Anwendungsermessen soll dabei nicht bestehen. Dass beispielsweise die Beachtung des Linksfahrgebots in Südafrika auch bei Anwendung deutschen Haftungsrechts zwingend ist, ist evident. Zur Erklärung zieht die Verfasserin ihren Berücksichtigungsansatz heran. Dass das Falschfahren auch grobfahrlässig ist, will sie ebenfalls dem südafrikanischen

Recht entnehmen (S. 211) – freilich ohne dieses Zusammentreffen unterschiedlicher Rechtsregeln näher zu klären.

Der Mehrwert einer berücksichtigungstheoretischen Erklärung der bekannten *Nikiforidis*-Entscheidungen (vorgestellt schon S. 21 ff.) wird nicht recht deutlich. Wegen des fehlenden griechischen Erfüllungsorts verbot der EuGH den deutschen Gerichten, die eine Gehaltskürzung vorsehenden griechischen Eingriffsnormen in Deutschland „unmittelbar oder mittelbar“ anzuwenden. Der Gerichtshof ließ jedoch das Schlupfloch offen, die drittstaatlichen Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO „als tatsächliche Umstände zu berücksichtigen“, soweit das auf den Arbeitsvertrag anwendbare deutsche Recht dies erlaube.<sup>4</sup> Die Verfasserin, welche die Berücksichtigung von Recht als Tatsache ablehnt, will nicht zugestehen, dass der EuGH hier entgegen ihrem Ansatz argumentiert hat (S. 119–120). Jedenfalls soll die Auslegung des deutschen Schuldrechts erklären, dass man seinem Arbeitnehmer unter Hinweis auf die eigene Mittelknappheit und eine ausländische Norm nicht einfach das Gehalt kürzen kann (S. 208–209). Das sah das Bundesarbeitsgericht auch so.<sup>5</sup>

Da es im *Nikiforidis*-Fall gerade nicht zur Anwendung des drittstaatliche Eingriffsnormen betreffenden Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO kam, behandelt *Harms* die „Wirkungsverleihung“ für das Eingriffsrecht nach dieser Bestimmung (in der die „Berücksichtigung“ nur ein Tatbestandsэлеment ist) nicht abschließend (vgl. S. 13 ff.). Immerhin räumt sie ein, dass es sich um einen Fall von Sonderanknüpfung handelt (S. 207). Auch die Behandlung drittstaatlicher Eingriffsnormen nach nationalem IPR wird mehrfach angesprochen (S. 14 ff.). Offenbar soll die Lösung im Rahmen der richterrechtlichen „Berücksichtigung“ der anwendbaren Sachnorm gefunden werden (S. 122). Eine Ähnlichkeit mit der klassischen Schuldstatutstheorie ist dabei unverkennbar.

5. Einer eigenständigen Kodifikation ihrer Datumtheorie kann die Verfasserin *de lege ferenda*, außer einer Lenkung des richterlichen Ermessens unabhängig vom anwendbaren Sachrecht, wenig Vorteile abgewinnen (S. 217 ff.). Abschließend werden die Ergebnisse der Arbeit in Thesenform zusammengefasst (S. 223–228). Insgesamt bietet die Arbeit nicht nur eine eingehende Untersuchung der unzähligen Versuche, Sachrechts- und Kollisionsrechtsanwendung für unterschiedliche Fallgestaltungen in Einklang zu bringen. Dem „Berücksichtigungsvorgang“ wird mit Engagement nachgegangen. Mit Detailgenauigkeit werden die Vorzüge seiner Etablierung geschildert und die Untiefen anderer Ansätze ausgelotet. Die nahezu universell propagierte „Berücksichtigung“ wird immerhin einer Reihe von Vorbedingungen unterworfen und flexibel ausgestaltet. Angesichts des weit gespannten Anwendungsbereichs der vorgeschlagenen komplexen Methode werden freilich nicht immer unbedingt eindeutige Ergebnisse erzielt. Der ehrgeizige Versuch, einen zusätzlichen verweisungsrechtlichen Weg allgemein zu etablieren und handhabbar einzugrenzen,

<sup>4</sup> EuGH 18.10.2016 – Rs. C-135/15 (*Nikiforidis*), ECLI:EU:C:2016:774, Rn. 50–52.

<sup>5</sup> BAG 26.4.2017 – 5 AZR 962/13, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2018, 86, m. Aufs. *Kurt Siehr*, Griechische Spargesetze und Arbeitsverträge, die deutschem Recht unterliegen, ebd. 44–46. – Bei einem griechischen Vertragsstatut wurde die Gehaltskürzung dagegen gebilligt; siehe BAG 18.9.2019 – 5 AZR 81/19, Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 157.

regt jedenfalls zu einem erneuten Durchdenken einer Fülle von Fragen des Allgemeinen, aber auch des Besonderen Teils an.

Hamburg

DIETER MARTINY

Gray, *Jacqueline*: Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession. – Cambridge: Intersentia 2021. XXVI, 350 pp. (European Family Law Series. 49.)

1. In den letzten zwei Jahrzehnten ist die früher geradezu verpönte (Kegel: „Verlegenheitslösung“) Parteiautonomie vor allem auch außerhalb des internationalen Schuldvertragsrechts zu einem rechtspolitischen Schlager aufgestiegen.<sup>1</sup> Auf ihrem Wege des Aufstiegs hat die Parteiautonomie nach heute mehrheitlicher Einschätzung die innere Rechtfertigung verändert: von der kollisionsrechtlichen Anknüpfungslokalisation zur materiellrechtlichen Freiheitsausübung. Auch die vorliegende Arbeit – ein unter der Aufsicht von Katharina Boele-Woelki innerhalb des Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) entstandenes Werk – spiegelt diese Entwicklung wider. In Teil I (S. 1–65) werden zunächst die Grundlagen der Rechtswahl gelegt und das hinter der Parteiautonomie stehende Konzept der Willensfreiheit analysiert. Ihre europarechtliche Stütze findet diese Idee in dem 1999 verkündeten Grundsatz der EU als eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und der Gerechtigkeit. Das damit einhergehende erhöhte Maß an Bewegungsfreiheit stößt nach Meinung der Verfasserin indes auf drei Arten von Hindernissen: mangelnde Gewissheit über das anwendbare Recht (Rechtsunsicherheit), fehlende Vertrautheit mit dem anwendbaren Recht sowie praktische Hindernisse beim Zugang zu Gerichten.

2. Nach dem konzeptionellen Einleitungsteil wendet sich die Verfasserin den inhaltlichen und persönlichen Reichweiten der Rechtswahl in familienrechtlichen Zusammenhängen zu (Teil II, S. 69–130). Zu diesen zählen Scheidung und Trennung, vermögensrechtliche Beziehungen zwischen Ehegatten oder eingetragenen Partnern, Unterhaltsverpflichtungen, elterliche Verantwortung und Erbfolge. Diese Kapitel werden wie alle anderen durch eine „Synthesis“ mit einer Zusammenfassung, ferner der Darlegung des Zusammenspiels zwischen verwandten Sachfragen sowie der ausfüllungsbedürftigen Lücken abgeschlossen.

Zu den Zentralbegriffen der Rechtswahl, die die Verfasserin anschließend diskutiert, gehört „Gericht“, wobei dessen Bedeutungsumfang gegenüber anderen Spruchkörpern (religiöse Instanzen, Schiedsgerichte) abgegrenzt wird. Als zweiten Fokalbegriff untersucht die Verfasserin den Gehalt des „anwendbaren Rechts“ (*applicable law*) im Hinblick auf seine charakteristischen Merkmale (staatlicher Charakter des Rechts, Wählbarkeit auch eines Rechts außerhalb der EU, Ausschluss des *Renvoi*).

---

<sup>1</sup> In diese Richtung andeutungsweise schon im Jahre 1973: *Gunther Kühne*, Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht – Die Parteiautonomie: eine „basic rule“ des Kollisionsrechts?, *Juristenzeitung* 1973, 403–407. Vgl. auch *Jan von Hein*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>7</sup>, Bd. XI (2018) Einl. IPR EGBGB Rn. 34: „Parteiautonomie als zweiter Eckpfeiler des IPR“.

