

Die Kosten der Rechtswahlfreiheit:

Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte

Von GIESELA RÜHL, Hamburg*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	560
B. Die Wahl ausländischen Rechts: Bedeutung de lege lata.	561
I. Rechtswahlfreiheit im deutschen Kollisionsrecht	562
II. Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht.	564
1. Internationales Schuldrecht	564
2. Internationales Familien- und Erbrecht	565
C. Die Wahl ausländischen Rechts: Kosten de lege lata	567
I. Rollenverteilung bei Ermittlung ausländischen Rechts	568
1. Nachforschungspflicht der Gerichte	569
2. Mitwirkungspflicht der Parteien	570
II. Kostenverteilung bei Anwendung ausländischen Rechts	572
D. Die Wahl ausländischen Rechts: Kosten de lege ferenda	573
I. Kollisionsrechtliche Lösung: Anwendung der lex fori.	574

* Abgekürzt werden zitiert: *Christian v. Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht² I: Allgemeine Lehren (2003); *Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann*, Zivilprozessordnung⁶⁵ (2007) (zitiert: *Baumbach/Lauterbach/Hartmann [-Bearb.]*); *Lorenz Fasttrich*, Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts: ZZP 97 (1984) 423; *Reinhold Geimer*, Internationales Zivilprozeßrecht⁵ (2005); *Trevor C. Hartley*, Pleading and Proof of Foreign Law, The Major European Systems Compared: Int.Comp.L.Q. 45 (1996) 271; *Erhard Huzel*, Zur Zulässigkeit eines »Auflagenbeschlusses« im Rahmen des § 293 ZPO: IPRax 1990, 77; *Johann Kindl*, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten: ZZP 111 (1998) 177; Münchener Kommentar zur ZPO² (2000) (zitiert: Münch. Komm. ZPO [-Bearb.]); *Heimo Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁴ (2006); *Hans-Bernd Schäfer/Katrin Lantermann*, Choice of Law in Economic Perspective, in: An Economic Analysis of Private International Law, hrsg. von *Basedow/Kono* (2006) 87; *Dirk Schellack*, Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen (1998); *Klaus Sommerlad/Joachim Schrey*, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung: NJW 1991, 1377; *Andreas Spickhoff*, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?: ZZP 112 (1999) 265; *Heinz Thomas/Hans Putzo/Klaus Reichold/Rainer Hüßtege*, Zivilprozessordnung²⁷ (2005) (zitiert: *Thomas/Putzo [-Bearb.]*); *Richard Zöllner/Reinhold Geimer*, Zivilprozessordnung²⁶ (2007) (zitiert: *Zöllner/Geimer [-Bearb.]*).

II. Zivilprozessuale Lösung I: Behandlung ausländischen Rechts als Einrede	576
III. Zivilprozessuale Lösung II: Behandlung ausländischen Rechts als Tatsache.	578
1. Einfluss auf das Verhalten der Parteien	579
2. Einbettung in das deutsche Recht	582
3. Vereinbarkeit mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht.	583
IV. Kostenrechtliche Lösung: Erhöhung der Gerichtsgebühren	584
1. Einfluss auf das Verhalten der Parteien	584
2. Einbettung in das deutsche Recht	586
a) Systemfremde Bemessungsgrundlage?	586
b) Unverhältnismäßige Belastung kleinerer Streitigkeiten?	587
c) Ungerechtfertigte Heraushebung eines Kostenfaktors?	587
3. Vereinbarkeit mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht.	588
a) Verletzung der Grundfreiheiten?	588
b) Diskriminierung der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten?	591
c) Diskriminierung der Parteien einer Rechtswahlvereinbarung?	593
d) Verletzung des Äquivalenzgrundsatzes?	593
e) Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes?	594
E. Schlussbetrachtung	595
Summary: <i>The Costs of Free Choice of Law: On the Application of Foreign Law by Domestic Courts</i>	596

A. Einleitung

Die Rechtswahlfreiheit steht seit einigen Jahren im Blickfeld der ökonomischen Analyse des Rechts. Allerdings widmen sich ihr die meisten Untersuchungen lediglich unter einem Aspekt, nämlich dem ihrer Effizienz¹. Übersehen wird dabei, dass sich im Kontext der Rechtswahlfreiheit auch andere ökonomische Probleme stellen. Eines davon findet seinen Ursprung darin, dass eine Vereinbarung über das anwendbare Recht – zumindest wenn ausländisches Recht gewählt wird – auch Kosten verursacht. Ein mit der Angelegenheit befasstes inländisches Gericht wird durch sie nämlich gezwungen, ein Recht anzuwenden, das ihm nicht bekannt ist und dessen Er-

¹ Siehe zum Beispiel *Jürgen Basedow*, *Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht*, Eine rechtsökonomische Skizze, in: *Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext*, FS Horn (2006) 229 (242); *ders.*, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, in: *An Economic Analysis of Private International Law*, hrsg. von *Basedow/Kono* (2006) 57 (66–67); *Francisco J. Garcimartín Alférez*, *El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales*, *Una aproximación económica*: *Rev. Esp. Der. Int.* 17 (1995) 11 (27–29); *Andrew T. Guzman*, *Choice of Law: New Foundations*: *Geo. L.J.* 90 (2002) 883 (913–914); *Erin A. O'Hara/Larry E. Ribstein*, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*: *U. Chi. L. Rev.* 67 (2000) 1151 (1186–1887); *Francesco Parisi/Larry E. Ribstein*, *Choice of Law*, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, hrsg. von *Newman I* (1998) 236 (238–239); *Schäfer/Lantermann* 92; *Kurt Siehr*, *Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts*, in: *FS Firsching* (1985) 269 (280).

mittlung und Anwendung dementsprechend mit erheblich größerem Aufwand verbunden ist als die Ermittlung und Anwendung inländischen Rechts. Problematisch sind diese Kosten aus ökonomischer Sicht, wenn sie sich als externe Effekte darstellen². Denn dann kommt es bei der Wahl zwischen ausländischem und deutschem Recht zu Verzerrungen, die dazu führen, dass ausländisches Recht häufiger gewählt wird als effizient wäre³. Ob sich die zusätzlichen Kosten als externe Effekte darstellen, die Verzerrungen in diesem Sinne mit sich bringen, hängt davon ab, ob sie von den Parteien nach den einschlägigen Bestimmungen über die Rollen- und Kostenverteilung bei Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts berücksichtigt und damit internalisiert werden müssen⁴. Im folgenden Beitrag soll deshalb untersucht werden, ob es nach deutschem Recht *de lege lata* zu einer Internalisierung der entstehenden zusätzlichen Kosten kommt (*infra C.*) und wie sich eine Internalisierung *de lege ferenda* sicher stellen lässt (*infra D.*). Um die Relevanz der hier aufgeworfenen Frage klar zu machen, wird allerdings zunächst ein Blick auf die Bedeutung der Rechtswahlfreiheit und die Wahl ausländischen Rechts nach deutschem und europäischem Kollisionsrecht geworfen (*infra B.*).

B. Die Wahl ausländischen Rechts: Bedeutung *de lege lata*

Die Rechtswahlfreiheit hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten einen Siegeszug angetreten, der seinesgleichen sucht. War sie noch Anfang des 20.

² Abgesehen von negativen externen Effekten können Zustände asymmetrischer Information zu Effizienzverlusten führen. Zustände asymmetrischer Information liegen immer dann vor, wenn eine Partei über die für eine Transaktion erforderlichen Informationen verfügt, während sie der anderen Partei nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand zugänglich sind. Die Figur der asymmetrischen Information kann herangezogen werden, um die Einschränkung der Rechtswahlfreiheit bei Verbraucherverträgen zu erklären. Siehe dazu auch *Giesela Rühl*, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency in: Conflict of Laws in a Globalized World, hrsg. von *Gottschalk/Michaels/Rühl/v. Hein* (im Erscheinen); *Schäfer/Lantermann* 106. Siehe auch *Wulf-Henning Roth*, Grundfragen im künftigen internationalen Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft, in: *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation*, hrsg. von *Coester/Sonnenberger* (2004) 591 (607–611).

³ Siehe zum Begriff der Effizienz und zu verschiedenen Effizienzkriterien *Robert D. Cooter/Thomas S. Ulen*, Law and Economics⁴ (2004) 15–48; *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip³ (2005) 57–55; *Jeffrey Harrison*, Law and Economics in a Nutshell² (2000) 28–39; *Thomas J. Miceli*, The Economic Approach to Law (2004) 4–7; *Richard A. Posner*, Economic Analysis of Law⁶ (2003) 12–16; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁴ (2005) 24–38.

⁴ *Parisi/Ribstein* (oben N.1) 238–239; *Schäfer/Lantermann* 92–93. Siehe allgemein zum Umgang mit negativen externen Effekten *Cooter/Ulen* 167; *Miceli* 31–32; *Schäfer/Ott* 366–368 (alle vorige Note).

Jahrhunderts sowohl hinsichtlich ihres Geltungsgrundes als auch hinsichtlich ihrer Reichweite stark umstritten⁵, gilt sie heute insbesondere im Internationalen Vertragsrecht⁶ – weltweit – nahezu unangefochten⁷. In anderen Rechtsgebieten, in denen eine Rechtswahl der Parteien noch vor wenigen Jahren undenkbar erschien – beispielsweise im Internationalen Familien- und Erbrecht –, gewinnt sie mehr und mehr an Bedeutung. Letzteres zeigt sich besonders deutlich an der Entwicklung des deutschen Kollisionsrechts in den letzten 20 Jahren. Aber auch im europäischen Kollisionsrecht, das sich noch im Werden befindet, lassen sich deutliche Tendenzen zur Ausdehnung der Rechtswahlfreiheit erkennen.

I. Rechtswahlfreiheit im deutschen Kollisionsrecht

Die Rechtswahlfreiheit nimmt im deutschen Kollisionsrecht unter den möglichen Anknüpfungspunkten einen bedeutenden Platz ein⁸. Dies zeigt sich zunächst und insbesondere im Internationalen Vertragsrecht. Hier können die Parteien in Fortführung der materiellrechtlich gewährten Vertragsfreiheit bereits seit langer Zeit nach Art. 27 I S. 1 EGBGB⁹ das anwendbare Recht im Grundsatz frei wählen¹⁰. Von Bedeutung ist die Rechtswahlfreiheit aber mittlerweile auch in Rechtsgebieten, in denen das materielle Recht Vertragsfreiheit nur in bestimmten Grenzen gewährt. Seit den Reformen des Internationalen Privatrechts von 1986 und 1999 ist es den Parteien insbesondere im Familienrecht und im außervertraglichen Schuldrecht unter be-

⁵ Siehe dazu *Frank Vischer*, Internationales Vertragsrecht (1962) 29–39; *Rainer Magold*, Die Parteiautonomie im internationalen und interlokalen Vertragsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika (1987) 49–84; *André Aloys Wicki*, Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im internationalen Privatrecht (1965).

⁶ Siehe zur Bedeutung der Rechtswahlfreiheit im Internationalen Vertragsrecht auch *Giesela Rühl*, Konvergenz im Internationalen Vertragsrecht?, Zu jüngeren Entwicklungen im US-amerikanischen und europäischen Kollisionsrecht: ZRvgl. 47 (2006) 175–183; *dies.*, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts (oben N. 2).

⁷ Siehe dazu *Ursula Einsele*, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht: RabelsZ 60 (1996) 417 (421–424).

⁸ Siehe dazu *Einsele* (vorige Note) 418; *v. Bar/Mankowski* 592; *Siehr* (oben N. 1) 280. Siehe auch *Mathias Reimann*, Conflict of Laws in Western Europe, A Guide Through the Jungle (1995) 115; *Kurt Siehr*, Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, in: FS Keller (1989) 485 (509).

⁹ Art. 27 EGBGB geht freilich auf Art. 3 des Römer Schuldvertragsübereinkommens (EVÜ) zurück und ist damit – wie alle Vorschriften des deutschen Internationalen Vertragsrechts – europäischen Ursprungs.

¹⁰ Einschränkungen erfährt die Parteiautonomie im Internationalen Vertragsrecht nach Art. 29 I und Art. 30 I EGBGB nur bei Verbraucherverträgen und Arbeitsverträgen sowie nach Art. 27 III EGBGB, wenn der Sachverhalt – abgesehen von der Rechtswahl – nur mit einem Staat verbunden ist.

stimmten Voraussetzungen und in bestimmten Grenzen gestattet, ihre Rechtsbeziehungen ausländischem Recht zu unterstellen¹¹. Im außervertraglichen Schuldrecht dürfen die Parteien beispielsweise nach Art. 42 Satz 1 EGBGB¹² Vereinbarungen über das anwendbare Recht treffen, wenn das Ereignis, durch das das außervertragliche Schuldverhältnis begründet wird, bereits eingetreten ist. Im Familienrecht können Ehegatten, von denen einer mehreren Staaten angehört, im Hinblick auf die allgemeinen Wirkungen der Ehe – und wegen Art. 17 I EGBGB auch im Hinblick auf die Scheidung und ihre Folgen – nach Art. 14 II 2 EGBGB das gemeinsame Heimatrecht wählen. Verfügen die Ehegatten über kein gemeinsames Heimatrecht, dürfen sie nach Art. 14 III Nr. 1 und Nr. 2 EGBGB das Heimatrecht eines Ehegatten vereinbaren, wenn kein Ehegatte dem Staat angehört, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder wenn die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in demselben Staat haben. Im Hinblick auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe ist es den Ehegatten nach Art. 15 II Nr. 1 und 2 EGBGB darüber hinaus gestattet, das Recht des Staates zur Anwendung zu berufen, dem einer von ihnen angehört oder in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für unbewegliches Vermögen kann außerdem nach Art. 15 II Nr. 3 EGBGB das Recht des Lageorts vereinbart werden. Im Hinblick auf den Ehenamen erlaubt Art. 10 II Nr. 1 EGBGB den Ehegatten, ihren künftig zu führenden Namen dem Heimatrecht eines Ehegatten zu unterstellen¹³. Der Familienname eines Kindes kann nach Art. 10 III Nr. 1 und Nr. 3 EGBGB schließlich nach dem Recht eines Staates bestimmt werden, dem ein Elternteil oder ein den Namen Erteilender angehört. Insgesamt haben die Parteien vor diesem Hintergrund nach deutschem Kollisionsrecht in vielfacher Hinsicht die Möglichkeit, das maßgebliche Recht zu wählen. Und auch wenn diese Möglichkeiten in ebenso vielfacher Hinsicht eingeschränkt sind, zeigt die Entwicklung der letzten Jahre und Jahrzehnte einen deutlichen Trend zu mehr Rechtswahlfreiheit.

¹¹ Im Internationalen Erbrecht besteht nach Art. 25 II EGBGB darüber hinaus für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen die Möglichkeit, deutsches Recht zu wählen. Da es im vorliegenden Beitrag aber um die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte geht, ist diese Möglichkeit der Rechtswahl hier nicht relevant. Gleiches gilt für die nach Art. 10 II Nr. 2 EGBGB eröffnete Möglichkeit der Ehegatten, den zukünftig zu führenden Namen nach deutschem Recht zu wählen, wenn einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, sowie für die Wahl des Familiennamens eines Kindes nach Art. 10 III Nr. 3 EGBGB bei gewöhnlichem Aufenthalt eines Elternteils in Deutschland.

¹² Eine vor dem Eintritt des entsprechenden Ereignisses geschlossene Rechtswahl – etwa für spätere deliktische Ansprüche – ist demgegenüber unzulässig. Siehe *Jan Kropholler, Internationales Privatrecht*⁶ (2006) 519; *v. Bar/Mankowski* 595; *Jan v. Hein, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht: RabelsZ* 64 (2000) 595 (599–603); *Bernd v. Hoffmann/Karsten Thorn, Internationales Privatrecht*⁸ (2005) 498.

¹³ Entsprechendes gilt seit dem Jahr 2001 nach Art. 17b II LPartG für eingetragene Lebenspartner.

II. Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht

Ein vergleichbarer Trend zu mehr Rechtswahlfreiheit lässt sich auch im europäischen Kollisionsrecht erkennen. Ausschlaggebend hierfür sind die zahlreichen Verordnungsvorschläge, die die Europäische Kommission in den letzten Jahren auf der Grundlage von Art. 65 I lit. c des Amsterdamer Vertrags mit dem Ziel der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts in Europa vorgelegt hat. Denn sie sind von dem Gedanken größerer Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit getragen und machen deshalb die Rechtswahlfreiheit häufig zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt.

1. Internationales Schuldrecht

Zu nennen sind in diesem Zusammenhang zunächst die geplanten Rom I- und Rom II-Verordnungen, die ab dem 1. Januar 2008 das Kollisionsrecht der vertraglichen und der außervertraglichen Schuldverhältnisse europaweit regeln sollen. Artikel 3 der geplanten Rom-I-Verordnung¹⁴, die das bislang geltende Römer Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ)¹⁵ ersetzen soll, schreibt hier im Hinblick auf vertragliche Schuldverhältnisse die bislang in Art. 3 EVÜ verankerte Möglichkeit zur Wahl des anwendbaren Rechts fort und erweitert es in Art. 3 II sogar um die Möglichkeit, international oder auf Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts zu wählen¹⁶. Art. 14 I lit. a der geplanten Rom II-Verordnung in der Fassung des Gemeinsamen Standpunktes vom 25. 9. 2006 bestimmt in Anlehnung an Art. 42 Satz 1 EGBGB, dass die Parteien nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses das Recht wählen können, dem das außervertragliche Schuldverhältnis untersteht¹⁷. Für Parteien, die einer kom-

¹⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 15. 12. 2005 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM(2005) 650 endg. Siehe dazu auch das vorausgegangene Grünbuch vom 14. 1. 2003 über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM(2002) 654 endg.

¹⁵ Römer Übereinkommen vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, ABl. EG. 1980 C 27/34 (konsolidierte Fassung).

¹⁶ Abgeschafft wird die Rechtswahlfreiheit demgegenüber nach Art. 5 I des Vorschlags für Verbraucherverträge. Entgegen dem ersten Schein bringt dies allerdings im Vergleich zum Status quo keine große Veränderung. Siehe dazu *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rom I): RabelsZ 70 (2007) 224 (Nr. 59).

¹⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und Rates vom 22. 7. 2003 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, KOM(2003) 437; Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und Rates vom 21. 2. 2006 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht,

merziellen Tätigkeit nachgehen, lässt Art. 14 I lit. b sogar den Abschluss entsprechender Vereinbarungen vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses zu. Im Vergleich zum geltenden deutschen Kollisionsrecht, das im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse nur die nachträgliche Rechtswahl gestaltet, bedeutet bereits dieser Schritt eine deutliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Rechtswahlfreiheit.

2. Internationales Familien- und Erbrecht

Der europäische Gesetzgeber plant aber eine Ausweitung der Rechtswahlfreiheit nicht nur im Bereich des Internationalen Schuldrechts. Auf seiner Agenda stehen vielmehr auch wesentliche Teile des Internationalen Familien- und Erbrechts. Weit fortgeschritten sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Pläne zum Internationalen Unterhaltsrecht und zum Internationalen Scheidungsrecht. In beiden Rechtsgebieten zeichnen sich die bisherigen Pläne des europäischen Gesetzgebers dadurch aus, dass sie im Interesse von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit in größerem Umfang als das nationale deutsche Kollisionsrecht die Wahl des anwendbaren Rechts gestatten. Insbesondere ermöglichen sie jeweils die Wahl eines Rechts, mit dem die Parteien verbunden sind, wobei die verbundenen Rechte jeweils näher spezifiziert werden. Artikel 20a I der vorgeschlagenen Verordnung zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in Ehesachen vom 17.7. 2006¹⁸ erlaubt den Ehegatten beispielsweise die Wahl des anwendbaren Rechts im Falle der Ehescheidung und der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Wählen dürfen die Parteien dabei (a) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatten¹⁹, (b) das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen²⁰, (c) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten während mindestens fünf Jahre lang ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten und (d) das

KOM(2006) 83 endg.; Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 25.9. 2006 im Hinblick auf die Annahme der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), erhältlich unter <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/06/st09/st09751-re07.fr06.pdf>>.

¹⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Rates vom 17.7. 2006 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, KOM(2006) 399 endg. Siehe auch das vorangegangene Grünbuch vom 14.3. 2005 über das anzuwendende Recht und die internationale Zuständigkeit in Scheidungssachen, KOM(2005) 82 endg. und die dazu eingegangenen Stellungnahmen, die unter <http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/divorce_matters/news_contributions_divorce_matters_en.htm> erhältlich sind.

¹⁹ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass einer der Ehegatten dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

²⁰ Für das Vereinigte Königreich und Irland kann außerdem das Recht des gemeinsamen »domicile« gewählt werden.

Recht des Mitgliedstaates, in dem der Antrag auf Scheidung oder Trennung gestellt wird. In ähnlicher Weise gestattet Art. 14 I lit. b der geplanten Verordnung über das anwendbare Recht in Unterhaltssachen vom 15.12. 2005²¹ dem Unterhaltsverpflichteten und dem Unterhaltsberechtigten²² die Wahl des auf die Unterhaltspflicht anwendbaren Rechts²³. Zur Wahl stehen hier (a) das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Vereinbarung, (b) das Recht des Landes, in dem beide ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben oder in dem der Unterhaltsberechtigte oder der Unterhaltsverpflichtete zum Zeitpunkt der Vereinbarung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und (c) das Recht, nach dem sich zum Zeitpunkt der Vereinbarung ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse bestimmen²⁴. Sowohl in Scheidungssachen als auch in Unterhaltssachen öffnen sich die geplanten europäischen Rechtsakte damit – im Vergleich zum geltenden deutschen Kollisionsrecht – für die Rechtswahlfreiheit.

Ähnliche Entwicklungen zeichnen sich im Internationalen Ehegüterrecht sowie im Internationalen Erbrecht ab. Das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht vom 1.3. 2005 deutet mit den Fragen 5–9 an, dass der europäische Gesetzgeber auch hier eine Ausdehnung der Rechtswahlfreiheit für möglich und wünschenswert hält. Gleiches gilt für das Grünbuch zum Ehegüterrecht²⁵, das mit den Fragen 5 und 6 immerhin zwei Fragen der Rechtswahlfreiheit widmet. Da sich den bislang in diesem Zusammenhang eingetragenen Stellungnahmen entnehmen lässt²⁶, dass im Grundsatz eine Ausdehnung der Rechtswahlfreiheit befürwortet wird, kann davon ausgegangen werden, dass ihr Siegeszug noch lange nicht vorbei ist²⁷.

²¹ Vorschlag für eine Verordnung des Rates vom 15.12. 2005 über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich des Unterhaltsrechts, KOM(2005) 649 endg. Siehe auch das vorangegangene Grünbuch Unterhaltsrecht vom 15. 4. 2004, KOM(2004) 254 endg.

²² Eine Ausnahme gilt bei Unterhaltsberechtigten, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben oder aus sonstigen Gründen »unterstützungsbedürftig« sind.

²³ Nach Art. 14 I lit. a können der Unterhaltsverpflichtete und der Unterhaltsberechtigte darüber hinaus bei Antragstellung das Recht des angerufenen Gerichts wählen. Diese Rechtswahlmöglichkeit ist allerdings für die Zwecke dieses Beitrags nicht von Interesse.

²⁴ Diese Möglichkeit steht nur Ehegatten im Falle der Scheidung zu.

²⁵ Grünbuch vom 17.7. 2006 zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung, KOM(2006) 399 endg.

²⁶ Siehe beispielsweise die Entschließung des Europäischen Parlaments zum Grünbuch Erb- und Testamentsrecht vom 30. 11. 2006 sowie die Stellungnahmen zum Grünbuch, die unter http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/printer/news_contributions_successions_en.htm erhältlich sind.

²⁷ Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass die Rechtswahlfreiheit mittlerweile auch in ein Rechtsgebiet einzudringen beginnt, das bislang als uneinnehmbare Festung der objektiven Anknüpfung galt: das Internationale Sachenrecht. Hier bestimmt die im Dezember 2002 von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht verabschiedete Haager

C. Die Wahl ausländischen Rechts: Kosten de lege lata

Als Folge der stetigen – und noch anhaltenden – Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Rechtswahlfreiheit sehen sich deutsche Gerichte heute in zunehmendem Maße mit der Situation konfrontiert, ein von den Parteien gewähltes ausländisches Recht anwenden zu müssen. Dabei handelt es sich zwar nicht um ein »Massenphänomen«, da die Parteien bei Berufung eines ausländischen Rechts häufig auch einen ausländischen Gerichtsstand wählen und damit für einen Gleichlauf von anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit sorgen²⁸. Letzteres ist allerdings zum einen nicht immer der Fall. Und zum anderen geht die Befugnis der Parteien, das anwendbare Recht zu wählen, nicht immer mit der Befugnis einher, eine Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit zu treffen. Beispielsweise können Ehegatten, wie oben gesehen, unter bestimmten Voraussetzungen das auf die Scheidung anwendbare Recht im Vorfeld bestimmen. Eine damit korrespondierende Möglichkeit zur Wahl des zuständigen Gerichts besteht dagegen weder nach der Brüssel-IIa-Verordnung²⁹ noch nach dem einschlägigen nationalen Recht. Die Zahl der Fälle, in denen eine Rechtswahl zu Gunsten ausländischen Rechts nicht von einer Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten ausländischer Gerichte begleitet wird, ist vor diesem Hintergrund durchaus substantiell. Ein Blick in die einschlägigen Entscheidungen belegt denn auch eindrucksvoll, dass deutsche Gerichte insbesondere im Vertragsrecht, im Eherecht und im Namensrecht häufig ein gewähltes ausländisches Recht anzuwenden haben³⁰. Da die Zahl dieser Fälle aufgrund

Konvention über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anwendbare Rechtsordnung in Art. 4 I 1, dass die Verfügung von Wertpapieren im Giroverkehr dem Recht des Staates unterliegt, dessen Rechtsordnung in der Kontovereinbarung ausdrücklich als maßgebend vereinbart wurde. Diese Rechtswahlmöglichkeit unterscheidet sich allerdings von den übrigen hier diskutierten Rechtswahlmöglichkeiten insofern, als sie sich nicht auf das Verhältnis der unmittelbar an der Transaktion – der Wertpapierübertragung – beteiligten Parteien bezieht. Die Rechtswahl wird also nicht unmittelbar zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Wertpapiers getroffen, sondern vielmehr zwischen dem Veräußerer und seiner Bank einerseits und dem Erwerber und seiner Bank andererseits. Siehe dazu *James Steven Rogers*, Conflict of Laws for Transactions in Securities held through Intermediaries: Cornell Int. L.J. 39 (2006) 285 (307–309); *Karl Kreuzer*, Innovationen in der Haager Wertpapierkonvention, in: Japanischer Brückenbauer zum deutschen Rechtskreis, FS Yamauchi (2006) 201 (220).

²⁸ Außerdem schließen deutsche Gerichte bei Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten deutscher Gerichte regelmäßig auf eine stillschweigende Wahl deutschen Rechts. Siehe aus der jüngeren Rechtsprechung nur BGH 13.9. 2004, IPRspr. 2004 Nr.28, S.66; OLG Frankfurt/Main 18.3. 1997, IPRspr. 1997, Nr.33, S.60.

²⁹ Verordnung (EG) Nr.2201/2003 des Rates vom 27.11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr.1347/2000, ABl. EG 2003, L 338/1.

³⁰ Siehe zum Beispiel BAG 20.8. 2003, IPRspr. 2003, Nr.51, S.149–151 (Rechtswahl

der europäischen Entwicklungen in Zukunft aller Voraussicht nach eher wachsen als abnehmen dürfte, drängt sich die Frage auf, ob die geltenden deutschen Vorschriften zur Anwendung ausländischen Rechts, die Partei zur Internalisierung der dadurch entstehenden zusätzlichen Kosten anhalten. Dies wiederum hängt, wie oben beschrieben, davon ab, wer für die Ermittlung ausländischen Rechts zuständig ist und wer die damit einhergehenden Kosten zu tragen hat.

I. Rollenverteilung bei Ermittlung ausländischen Rechts

Anders als in vielen anderen Rechtsordnungen steht in Deutschland die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts der Ermittlung und Anwendung der *lex fori* weitgehend gleich. Daraus folgt zweierlei: Zum einen wird ausländisches Recht nach deutschem Zivilprozessrecht tatsächlich als Recht und nicht als Tatsache behandelt³¹. Zum anderen hat der deutsche Richter getreu dem Grundsatz *iura novit curia* ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln und anzuwenden³². Die Parteien sind deshalb

zu Gunsten englischen Arbeitsvertragsrechts); OLG Celle 26.7. 2001, IPRspr. 2001 Nr.31, S.79–80 (Rechtswahl zu Gunsten des Vertragsrechts der Isle of Man); OLG Stuttgart 7.8. 2000, IPRspr. 2000, Nr.55, S.116–119 (Rechtswahl zu Gunsten griechischen Ehegüterrechts); OLG Hamburg 6.2. 1998, IPRspr. 1998, Nr.175, S.344–349 (Rechtswahl zu Gunsten schwedischen Vertragsrechts); OLG Düsseldorf 19.1. 1996, IPRspr 1996, Nr.68, S.149–152 (Rechtswahl zu Gunsten niederländischen Ehegüterrechts); BayObLG 20.10. 1995, IPRspr. 1995, Nr.193, S.392–395 (Rechtswahl zu Gunsten srilankischen Namensrechts); OLG Düsseldorf 5.5. 1995, IPRspr. 1995, Nr.68, S.128–130 (Rechtswahl zu Gunsten niederländischen Ehegüterrechts); LG Düsseldorf 31.7. 2002, IPRspr. 2002 Nr.31, S.78–86 (Rechtswahl zu Gunsten des Vertragsrechts von Kansas); LAG Frankfurt/Main 13.9. 2000, IPRspr. 2000, Nr.42, S.89–90 (Rechtswahl zu Gunsten englischen Arbeitsvertragsrechts); LG Dortmund 15.6. 2000, IPRspr. 2000, Nr.177, S.387–391 (Rechtswahl zu Gunsten türkischen Vertragsrechts); LG Krefeld 21.5. 1996, IPRspr. 1996, Nr.18, S.36–37 (Rechtswahl zu Gunsten spanischen Namensrechts); AG Langenfeld 30.4. 1998, IPRspr. 1998, Nr.31, S.63–65 (Rechtswahl zu Gunsten niederländischen Vertragsrechts).

³¹ *Geimer* 797 Rz.2577; *Zöller/Geimer (-Geimer)* §293 Rz.14; *Joachim Gruber*, Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte: ZRPol. 1992, 6; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann)* §293 Rz.6; *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht⁸ (2000) 439; *Kindl* 179; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) §293 Rz.1 und 14; *Schack* 221 Rz.625; *Eberhard Schilken*, Zur Rechtsnatur der Ermittlung ausländischen Rechts nach §293 ZPO, in: FS Schumann (2001) 373 (373–387); v. *Hoffmann/Thorn* (oben N.12) 106.

³² BGH 23.6. 2003, NJW 2003, 2685 (2686); 30.1. 2001, WM 2001, 502 (503); 19.9. 2001, NJW 2002, 1209; 15.12. 1986, WM 1987, 273 (274–275); 20.3. 1980, BGHZ 77, 32 (38); 30.3. 1976, NJW 1976, 1581 (1583); 23.6. 1964, NJW 1964, 2012; *Fastrich* 425; *Geimer* 797 Rz.2577; *Zöller/Geimer (-Geimer)* §293 Rz.7, 14; *Gruber* (vorige Note) 6; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann)* §293 Rz.6; *Huzel* 77–78; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht⁸ (2000) 439; *Kindl* 179; *Utz Küster*, Zur richterlichen Ermessensausübung bei der Ermittlung ausländischen Rechts: RIW 1998, 275; *Friedrich Stein/Martin Jonas (-Dieter Leibold)*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung²¹ (1997) §293 Rz.31; *Walter Lindacher*, Zur

weder zur Darlegung noch zum Beweis ausländischen Rechts verpflichtet³³.

1. Nachforschungspflicht der Gerichte

Obwohl deutsche Gerichte ausländisches Recht im Grundsatz ebenso gut kennen und anwenden müssen wie deutsches Recht, wird von ihnen die Kenntnis der einschlägigen ausländischen Rechtssätze nicht ohne weiteres erwartet. Erwartet wird von ihnen nach § 293 Satz 1 ZPO lediglich, dass sie den Inhalt ausländischen Rechts ermitteln, wenn und soweit ihre eigene Sachkunde nicht ausreicht³⁴. Auf welche Weise diese Ermittlung zu erfolgen hat, ist in der deutschen Zivilprozessordnung nicht geregelt. § 293 Satz 2 ZPO bestimmt nur, dass das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts nicht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise beschränkt ist, sondern auch andere Erkenntnisquellen benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anordnen darf. Nach allgemeiner Ansicht können sich deutsche Richter folgender Wege bedienen, um sich über den Inhalt ausländischer Rechtssätze Klarheit zu verschaffen³⁵: Zunächst dürfen sie den Inhalt des anzuwendenden Rechts auf eigene Faust ermitteln, beispielsweise indem sie ihnen zugängliche Literatur zum ausländischen Recht auswerten oder kompetente Personen – Kollegen, Wissenschaftler oder Praktiker – um Rat fragen³⁶. Daneben können sie sich Kenntnis über

Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, in: FS Schumann (vorige Note); Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 2 und 47; Schack 221 Rz. 626; Schilken (vorige Note) 378; Spickhoff 272–273; v. Hoffmann/Thorn (oben N. 12) 106.

³³ BGH 23. 12. 1981, NJW 1982, 1215 (1216); 24. 11. 1960, NJW 1961, 410; Geimer 801 Rz. 2588; Andreas Heldrich, Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts in der gerichtlichen Praxis, in: FS Nakamura (1996) 243 (244); Kindl 180; Winfried Kralik, Iura novit curia und das ausländische Recht: ZRvgl. 3 (1962) 75 (93); Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 51; Schack 221 Rz. 626; Stein/Jonas (-Leipold) (vorige Note) § 293 Rz. 31; v. Bar/Mankowski 417–418.

³⁴ Geimer 794–803 Rz. 2570–2595; Zöller/Geimer (-Geimer) § 293 Rz. 1–26; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann) § 293 Rz. 1–9; Kegel/Schurig (oben N. 32) 438–446; Kindl 182–192; Kropholler (oben N. 12) 645–646; Günter Otto, Der verunglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch »Beweiserhebung«: IPRax 1995, 299–305; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 15–32; Schack 221 Rz. 625; Schilken (oben N. 31) 373–387; Spickhoff 272–276.

³⁵ Die Wahl des im Einzelfall angemessenen Weges steht dabei im Ermessen des Gerichts. Siehe auch BGH 23. 6. 2003, 2686; 30. 1. 2001, 503; 19. 9. 2001, 1209 (alle oben N. 32); 13. 5. 1997, WM 1997, 1245 (1246); 30. 4. 1992, BGHZ 118, 151 (163–164); 10. 5. 1984, WM 1985, 1014 (1015); 30. 3. 1976 (oben N. 32) 1583; Fastrich 433–434; Zöller/Geimer (-Geimer) § 293 Rz. 15, 20; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann) § 293 Rz. 11; Rainer Hüßtege, Zur Ermittlung ausländischen Rechts: Wie man in den Wald hineinruft, so hallt es auch zurück: IPRax 2002, 292 (293); Huzel 78–79; Küster (oben N. 32) 275; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 16 und 31; Schack 222 Rz. 629; Sommerlad/Schrey 1379–1381.

³⁶ Zöller/Geimer (-Geimer) § 293 Rz. 20; Heldrich (oben N. 33) 245; Huzel 79; Lindacher

den Inhalt ausländischen Rechts auch auf formlose Weise verschaffen, beispielsweise indem sie um die Vorlage von Akten ersuchen und Auskünfte von Behörden, insbesondere Auslandsvertretungen und Ministerien erbiten³⁷. Handelt es sich bei dem Staat, dessen Recht zu ermitteln ist, um einen Mitgliedstaat des Europäischen Übereinkommens vom 7. 6. 1968 betreffend Auskünfte über das ausländische Recht (Londoner Übereinkommen)³⁸, besteht die Möglichkeit, ein Auskunftsersuchen nach den Bestimmungen dieses Übereinkommens in Verbindung mit dem entsprechenden deutschen Ausführungsgesetz³⁹ zu stellen⁴⁰. Schließlich kann der Inhalt ausländischen Rechts auch dadurch ermittelt werden, dass ein Sachverständiger mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt wird⁴¹.

2. Mitwirkungspflicht der Parteien

Neben den Erkenntnissen, die deutsche Gerichte aufgrund der ihnen obliegenden Nachforschungspflicht gewinnen, kann Grundlage einer Entscheidung auch der Vortrag der Parteien oder ein von den Parteien vorgelegtes Sachverständigengutachten sein. Dass die Parteien berechtigt sind, auf entsprechende Weise an der Ermittlung ausländischen Rechts mitzuwirken – und dass Gerichte verpflichtet sind, entsprechendes Vorbringen zu berücksichtigen –, steht außer Frage und folgt bereits aus dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf rechtliches Gehör⁴². Problematisch ist allerdings, ob und in welchem Umfang die Parteien von den Gerichten zur Mitwirkung – beispielsweise durch »Auflagenbeschluss«⁴³ – aufgefordert und ver-

(oben N. 32) 283; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 24; Schellack 164–171; Sommerlad/Schrey 1379.

³⁷ Zöller/Geimer (-Geimer) § 293 Rz. 20; Huzel 79; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 26; Thomas/Putzo (-Reichold) § 293 Rz. 5; Schack 223 Rz. 631; Schellack 171–179; Sommerlad/Schrey 1379.

³⁸ BGBl. II 1974 938. Siehe dazu Serge-Daniel Jastrow, Zur Ermittlung ausländischen Rechts: Was leistet das Londoner Auskunftsübereinkommen in der Praxis: IPRax 2004, 402–405.

³⁹ Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls vom 5. 7. 1974, BGBl. I 1974 1433.

⁴⁰ Das am 19. 3. 1975 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretene Übereinkommen (BGBl. 1975 II 300) sieht für Auskünfte zum ausländischen Recht ein vereinfachtes Verfahren vor. Siehe dazu Heldrich (oben N. 33) 246–247; Jastrow (oben N. 38) 402–405; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 33–46; Thomas/Putzo (-Reichold) § 293 Rz. 5; Schack 223–224 Rz. 632; Schellack 136–164; Sommerlad/Schrey 1379.

⁴¹ Siehe dazu Zöller/Geimer (-Geimer) § 293 Rz. 20; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann) § 293 Rz. 7; Heldrich (oben N. 33) 245 (247–252); Huzel 79; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 29–30; Thomas/Putzo (-Reichold) § 293 Rz. 5; Schack 223 Rz. 633–636; Sommerlad/Schrey 1379.

⁴² Zöller/Geimer (-Geimer) § 293 Rz. 16, 16a; Huzel 79; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 51.

⁴³ Siehe dazu ausführlich Huzel 80–82.

pflichtet werden können⁴⁴. Rechtsprechung und Literatur gehen überwiegend vom Bestehen einer Mitwirkungspflicht aus⁴⁵ und formulieren, die Parteien hätten das Gericht vor allem dann »nach Kräften« oder »im Rahmen des Zumutbaren« bei der Ermittlung ausländischen Rechts zu unterstützen, wenn sie sich ohne besondere Schwierigkeiten Zugang zu den Erkenntnisquellen der für das Gericht fremden Rechtsordnung verschaffen könnten⁴⁶. Unklar ist allerdings nicht nur die Grundlage, der Inhalt und der Umfang dieser angeblichen Mitwirkungspflicht⁴⁷, sondern auch die Rechtsfolgen einer Verletzung. Überwiegend wird unter Hinweis auf die fehlende Darlegungs- und Beweislast der Parteien davon ausgegangen, dass das Gericht bei unterlassener Mitwirkung allenfalls zum Nachteil der säumigen Partei davon ausgehen darf, dass durch weitere Ermittlungen keine neuen Erkenntnisse über den Inhalt des ausländischen Rechts zu gewinnen sind⁴⁸.

Ob vor diesem Hintergrund überhaupt vom Bestehen einer Mitwirkungspflicht der Parteien gesprochen werden kann, erscheint zweifelhaft. Entscheidend ist allerdings in dem hier interessierenden Zusammenhang, dass die Mitwirkung der Parteien – oder die Versagung derselben – deutsche Gerichte nicht von ihrer Amtsermittlungspflicht befreit. Die Verantwortung für die Ermittlung der einschlägigen Rechtssätze liegt bei den Gerichten und kann von diesen nicht auf die Parteien abgewälzt werden⁴⁹. Da davon auszugehen ist, dass rational handelnde Parteien⁵⁰ dies bei der Entscheidung für eine Rechtswahl berücksichtigen, folgt daraus, dass die Parteien nach geltendem deutschem Recht nicht durch die Beteiligung an der Ermittlung ausländischen Rechts zur Internalisierung der durch eine Rechts-

⁴⁴ Siehe dazu ausführlich *Lindacher* (oben N. 32) 283–294; *Schellack* 186–207.

⁴⁵ A.A. *Utz Küster*, Die Ermittlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess und ihre Kostenfolgen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1995) 51; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) §293 Rz. 6 und 51–53; *Schilken* (oben N. 31) 379. Kritisch auch *Fastrich* 426 und *Kindl* 192.

⁴⁶ BGH 30. 4. 1992 (oben N. 35) 164; 30. 3. 1976 (oben N. 32) 1583; OLG Frankfurt 17. 3. 1994, OLGR Frankfurt 1994, 120; OLG Hamm 9. 6. 1980, WM 1981, 882, 886; *Geimer* 801 Rz. 2588; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann)* §293 Rz. 3, 5; *Heldrich* (oben N. 33) 244; *Huzel* 79; *Thomas/Putzo (-Reichold)* §293 Rz. 6.

⁴⁷ So auch *Fastrich* 426; *Huzel* 80; *Lindacher* (oben N. 32) 284.

⁴⁸ BGH 30. 3. 1976 (oben N. 32) 1583; OLG Frankfurt 17. 3. 1994 (oben N. 46); OLG Hamm 9. 6. 1980 (oben N. 46) 886; *Geimer* 801–802 Rz. 2589; *Zöller/Geimer (-Geimer)* §293 Rz. 16; v. *Bar/Mankowski* 417. Für das Versäumnisverfahren ist vereinzelt angenommen worden, dass die Geständnisfiktion der §§ 331 I, 542 II ZPO zur Anwendung kommt. Siehe OLG München 23. 10. 1975, NJW 1976, 489 mit abl. Anm. *Küpers*, ebd. 489–490.

⁴⁹ BGH 15. 12. 1986, NJW 1987, 1145 (1146); *Fastrich* 426; *Stein/Jonas (-Leipold)* (oben N. 32) §293 Rz. 33; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) §293 Rz. 25; *Schack* 223 Rz. 630. Siehe auch *Kralik* (oben N. 33) 93.

⁵⁰ Die Annahme der Rationalität gehört zum so genannten ökonomischen Paradigma. Siehe dazu und zu anderen Grundlagen der ökonomischen Theorie nur *Christian Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts (1997) 12–21.

wahl anfallenden Kosten angehalten werden⁵¹. Entsprechendes kann deshalb nur dann gewährleistet werden, wenn den Parteien die dem Gericht entstehenden Kosten am Ende in Rechnung gestellt werden⁵². Denn dann werden sie über den Umweg des Kostenrechts zur Berücksichtigung der mit einer Rechtswahl verbundenen Mehrbelastung der Gerichte gezwungen.

II. Kostenverteilung bei Anwendung ausländischen Rechts

Nach § 91 I S. 1 ZPO sind die Kosten des Rechtsstreits von der unterliegenden Partei zu tragen, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind. Zu den Kosten des Rechtsstreits zählen zum einen die Gerichtskosten, zum anderen die außergerichtlichen Kosten⁵³. Die – hier allein interessierenden – Gerichtskosten unterteilen sich wiederum in Gebühren und Auslagen. Gebühren sind öffentlich-rechtliche Abgaben, die für das Tätigwerden der Gerichte erhoben werden. Auslagen sind geldwerte Aufwendungen, die die Gerichte beispielsweise für Ausfertigungen, Abschriften, Vergütung von Zeugen und Sachverständige tätigen⁵⁴. Für die Höhe der Gebühren ist nach § 3 I Gerichtskostengesetz (GKG) grundsätzlich der Streitwert maßgeblich. Die Anwendung ausländischen Rechts wirkt sich deshalb auf sie nicht aus. Anderes gilt für die Auslagen: Da sie für tatsächlich getätigte Aufwendungen des Gerichts erhoben werden, hängt ihre Höhe von dem im Einzelfall betriebenen Aufwand ab. Im Zusammenhang mit der Ermittlung ausländischen Rechts ist deshalb entscheidend, welche Maßnahmen das Gericht zur Ermittlung des ausländischen Rechts ergreift. Die Einzelheiten sind im Kostenverzeichnis (KV) zum GKG geregelt⁵⁵: Entscheidet sich der zuständige Richter, den Inhalt des ausländischen Rechts durch die Beauftragung eines Sachverständigen in Erfahrung zu bringen, hat die unterliegende Partei nach KV 9005 die Beträge zu erstatten, die nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG) für ein vom Gericht an-

⁵¹ Für die Anreizwirkung ist dabei irrelevant, ob die Kosten für die Ermittlung ausländischen Rechts tatsächlich anfallen oder nicht. Denn in dem hier interessierenden Zusammenhang kommt es allein darauf an, mit welchen Kosten die Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl ex ante rechnen müssen. Gehören dazu die Kosten für die Ermittlung des ausländischen Rechts, werden sie zu deren Internalisierung angehalten. Können die Parteien diese Kosten demgegenüber – wie nach den geltenden deutschen Vorschriften zur Ermittlung ausländischen Rechts – von Anfang an aus ihrem Kosten-Nutzen-Kalkül ausblenden, kommt es zu unerwünschten externen Effekten.

⁵² *Parisi/Ribstein* (oben N. 1) 238.

⁵³ Münch. Komm. ZPO (-Belz) Vor § 91 Rz. 2; *Thomas/Putzo (-Hüßtege)* Vorbem. § 91 Rz. 2–5.

⁵⁴ Münch. Komm. ZPO (-Belz) Vor § 91 Rz. 2; *Thomas/Putzo (-Hüßtege)* Vorbem. § 91 Rz. 4; *Dieter Meyer*, Gerichtskostengesetz⁶ (2004) § 2 Rz. 42.

⁵⁵ *Thomas/Putzo (-Hüßtege)* Vorbem. § 91 Rz. 4.

geordnetes Sachverständigengutachten zu zahlen sind⁵⁶. Beschreitet der Richter demgegenüber einen formlosen Weg zur Ermittlung des ausländischen Rechts, hat sie nach KV 9012 alle nach dem Auslandskostengesetz zu zahlenden Beträge, insbesondere alle Beträge für Amtshandlungen deutscher Auslandsvertretungen⁵⁷, sowie nach KV 9014 alle Beträge zu erstatten, die ausländischen Behörden, Einrichtungen oder Personen im Ausland zustehen. Dazu gehören auch die Kosten des Rechtshilfeverkehrs mit dem Ausland, soweit es sich nicht um Kosten handelt, die durch eine Auskunft nach dem Londoner Übereinkommen entstanden sind⁵⁸. Letztere sind nur dann von der unterliegenden Partei zu tragen, wenn im Rahmen des Ersuchens weitere Auslagen entstehen, beispielsweise durch Übersetzungen⁵⁹ oder durch die Weitergabe des Ersuchens an private Stellen⁶⁰. Entschließt sich der Richter, keine fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen und das ausländische Recht auf eigene Faust zu ermitteln, wirkt sich dies auf die von der unterliegenden Partei zu erstattenden Auslagen nicht aus. Die – zugegebenermaßen schwer zu beziffernde – Mehrbelastung der Gerichte wird ihr nicht in Rechnung gestellt⁶¹.

D. Die Wahl ausländischen Rechts: Kosten de lege ferenda

Nach geltendem deutschem Recht sind vor diesem Hintergrund die Kosten für die Anwendung ausländischen Rechts von der unterliegenden Partei nur zu tragen, soweit sie gesondert entstanden und damit klar identifizierbar sind. Die Kosten, die den Gerichten im Übrigen durch die Mehrbelastung entstehen, werden demgegenüber nicht von den Parteien, sondern von den Gerichten, dem Staat und damit im Ergebnis vom Steuerzahler getragen. Es kommt de lege lata zu einer – zumindest teilweisen – Externalisierung von Kosten, die zu Effizienzverlusten führt. Diese können allerdings de lege ferenda vermieden werden, wenn die Parteien dazu gebracht werden, die

⁵⁶ Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 70. Siehe dazu Münch. Komm. ZPO (-Belz) § 91 Rz. 53; Egon Schneider, Die Erstattungsfähigkeit von Rechtsgutachten: MDR 1988, 477–478.

⁵⁷ Peter Hartmann, Kostengesetze³⁴ (2006) KV 9012 Rz. 1; Meyer (oben N. 54) KV 9014 Rz. 67.

⁵⁸ Siehe Art. 15 I des Londoner Übereinkommens.

⁵⁹ Gruber (oben N. 31) 7; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 45 und 70.

⁶⁰ Siehe Art. 15 I in Verbindung mit Art. 6 III des Londoner Übereinkommens. In diesem Fall muss der ersuchte Staat allerdings nach Art. 6 II und III des Übereinkommens über die Übermittlungsstelle beim ersuchenden Gericht anfragen, ob das Ersuchen aufrechterhalten wird. Siehe Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 45.

⁶¹ Nicht weiter erörtert werden kann hier die Frage, ob die Kosten, die der unterliegenden Partei nach dem KV zum GKG in Rechnung gestellt werden, die tatsächlich entstandenen Kosten beispielsweise für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens abdecken.

durch ihre Rechtswahl zu Gunsten ausländischen Rechts verursachten Mehrkosten zu berücksichtigen und damit zu internalisieren. Verschiedene Ansätze kommen in diesem Zusammenhang in Betracht. Sie reichen von der Anwendung der *lex fori* auf der Ebene des Kollisionsrechts über die Behandlung ausländischen Rechts als Einrede oder als Tatsache auf der Ebene des Zivilprozessrechts bis zur Erhöhung der Gebühren für die Inanspruchnahme der Gerichte auf der Ebene des Kostenrechts.

I. Kollisionsrechtliche Lösung: Anwendung der *lex fori*

Auf der Ebene des Kollisionsrechts könnte das Problem der Externalisierung von Kosten zunächst durch die konsequente Verfolgung eines *lex-fori*-Ansatzes gelöst werden. Ein solcher Ansatz würde deutsche Gerichte verpflichten, ohne Ausnahme deutsches Recht anzuwenden und einer Rechtswahl keine Beachtung zu schenken, wenn sie sich auf ausländisches Recht bezieht. Dies hätte den offensichtlichen Vorteil, dass deutsche Gerichte stets das ihnen bekannte und vertraute deutsche Recht anwenden würden und es zu einer Mehrbelastung gar nicht erst käme. Aus verschiedenen Gründen ist allerdings die Verfolgung eines derartigen Ansatzes – der in den USA in einigen Bundesstaaten praktiziert wird und in der Literatur Anhänger gefunden hat⁶² – für das deutsche Recht nicht zu empfehlen: Zunächst widerspricht er dem System des deutschen Internationalen Privatrechts, das sich seit Friedrich Carl von Savigny für eine Gleichbehandlung deutschen und ausländischen Rechts im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs ausspricht⁶³. Darüber hinaus lässt sich ein *lex-fori*-Ansatz wegen des effektiven Ausschlusses der Parteiautonomie nicht mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in Einklang bringen. Da er die Rechtswahlmöglichkeiten des EVÜ und der übrigen auf dem Gebiet des Kollisionsrechts geplanten Verordnungen vollständig unterlaufen würde, läge ein offensichtlicher Verstoß gegen den gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz vor, der von den Mitgliedstaaten verlangt, die Vorgaben des Gemeinschafts-

⁶² Siehe zum Beispiel *Albert A. Ehrenzweig*, *The Lex-Fori-Basic-Rule in the Conflict of Law*: Mich. L. Rev. 58 (1960) 637 (637–688); *ders.*, *A Proper Law in a Proper Forum: A »Restatement« of the »Lex Fori Approach«*: Okla. L. Rev. 18 (1985) 340 (340–356); *ders.*, *Private International Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty* (1967) 92–94 und 103–110; *Stuart E. Thiel*, *Choice of Law and Home-Court Advantage: Evidence*: Am. L. Econ. Rev. 2 (2000) 291 (301). Siehe zu den Vorteilen eines *lex-fori*-Ansatzes auch *Francesco Parisi/Erin O'Hara*, *Conflict of Laws*, in: *New Palgarve Dictionary of Economics and the Law*, hrsg. von hrsg. von *Newman I* (1998) 287 (390).

⁶³ So auch *Gruber* (oben N.31) 7.

rechts bei der Anwendung nationalen Rechts zu berücksichtigen und dem Gemeinschaftsrecht praktische Wirksamkeit (*effet utile*)⁶⁴ zu verschaffen⁶⁵.

Schließlich kann ein *lex-foi*-Ansatz – trotz der Einsparungen für die Gerichte – aber auch nicht als effizient angesehen werden: Zunächst lässt er – trotz seiner bestechenden Einfachheit und Klarheit – die Parteien weitgehend im Dunkeln über das anwendbare Recht. Von dem eher seltenen Fall abgesehen, dass die Parteien wissen, vor welchem Gericht später ein Verfahren eingeleitet wird⁶⁶, haben sie keine Möglichkeit, vor Erhebung einer Klage die ihre Beziehung regelnden Vorschriften zu bestimmen. Im Vergleich zu einem Ansatz, der für die Anwendung ausländischen Rechts offen ist und die freie Rechtswahl gestattet, vergrößert ein *lex-foi*-Ansatz damit die Kosten, die mit der Unsicherheit über das anzuwendende Recht einhergehen⁶⁷. Darüber hinaus vergrößert ein *lex-foi*-Ansatz aber auch die Anreize zur strategischen Auswahl des zuständigen Gerichts (*forum shopping*)⁶⁸. Letzteres kann zwar aus ökonomischer Sicht nicht schon deswegen verurteilt werden, weil der Beklagte konstruktionsbedingt benachteiligt und die Chancengleichheit zwischen den Parteien vermindert wird. Denn die Vorteile des Klägers korrespondieren häufig mit den Nachteilen des Beklagten – zu nennen sind etwa die Entfernung zum Gerichtsort, die Sprache des Gerichts, die Zugänglichkeit von Informationen über das anzuwendende Recht

⁶⁴ Siehe zur – synonymen – Verwendung der Begriffe »praktische Wirksamkeit« und »*effet utile*« in der Rechtsprechung des EuGH *Rudolf Streinz*, Der »*effet utile*« in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: FS Everling (1995) 1491 (1495–1496).

⁶⁵ Siehe dazu *Ulrich Haltern*, Europarecht (2005) 259–260; *Jürgen Schwarze (-Armin Hatje)*, EU-Kommentar⁴ (2000) Art. 10 EGV Rz. 16–17; *Helmut Lecheler*, Einführung in das Europarecht² (2003) 142–143; *Thomas Oppermann*, Europarecht³ (2005) 161 Rz. 70; *Rudolf Streinz (-Streinz)*, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (2003) Art. 10 EGV Rz. 16, 17, 31–35; *Streinz* (vorige Note) 1500–1502.

⁶⁶ Die Parteien werden zwar häufig eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen und damit im Vorfeld mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wissen, vor welchem Gericht ein Verfahren eingeleitet werden wird. Allerdings sind Gerichtsstandsvereinbarungen nicht immer möglich. Und selbst dort, wo die Möglichkeit besteht, das zuständige Gericht zu bestimmen, machen die Parteien nicht immer davon Gebrauch. Siehe dazu oben C. und die Nachweise in N. 30.

⁶⁷ *William H. Allen/Erin A. O'Hara*, Second General Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and Beyond: Stan. L. Rev. 51 (1999) 1011 (1023); *Erin A. O'Hara/Larry E. Ribstein*, Conflict of Laws and Choice of Law, in: Encyclopedia of Law and Economics IX: Production of Legal Rules (2000) 631 (634); *O'Hara/Ribstein* (oben N. 1) 1153; *Kimberly A. Moore/Francesco Parisi*, Rethinking Forum Shopping in Cyberspace: Chi.-Kent. L. Rev. 77 (2002) 1325 (1328–1329); *Parisi/O'Hara* (oben N. 62) 390. Siehe auch *Joel P. Trachtman*, Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction: Va. J. Int. L. 42 (2001) 1 (58).

⁶⁸ *Allen/O'Hara* (vorige Note) 1024; *Parisi/O'Hara* (oben N. 62) 390; *O'Hara/Ribstein* (oben N. 67) 634; *Giesela Rühl*, Methods and Approaches in Choice of Law, An Economic Perspective: Berkeley J. Int.L. 24 (2006) 801 (808–812). Siehe auch *Trachtman* (vorige Note) 58.

–, so dass sich die strategische Auswahl eines Gerichts deshalb häufig als effizienzneutrales Nullsummenspiel darstellt⁶⁹. Bedenken an der ökonomischen Effizienz ergeben sich allerdings daraus, dass die Möglichkeit einer strategischen Auswahl des zuständigen Gerichts tendenziell kostensteigernd wirkt: Zum einen setzt sie in Verbindung mit der Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage Anreize für ein Wettrennen zu den Gerichten (race to the courthouse) und erhöht damit die Wahrscheinlichkeit, dass Rechtsstreite geführt werden, die nicht oder zumindest nicht zu diesem Zeitpunkt geführt werden müssten⁷⁰. Zum anderen hält es die Parteien dazu an, mehr Ressourcen auf einen Streit über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu verwenden und damit sowohl Informations- als auch Gerichtskosten in die Höhe zu treiben⁷¹. Auch aus ökonomischer Sicht kann ein lex-fo-ri-Ansatz deshalb nicht überzeugen.

II. Zivilprozessuale Lösung I: Behandlung ausländischen Rechts als Einrede

Scheidet eine Lösung des Problems auf der Ebene des Kollisionsrechts aus, richtet sich der Blick auf das Zivilprozessrecht. Hier könnte in Erwägung gezogen werden, ausländisches Recht – wie beispielsweise in England⁷² – nur dann zu berücksichtigen, wenn sich zumindest eine der Parteien darauf

⁶⁹ Siehe *Peter Mankowski*, Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse, in: Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, hrsg von *Ott/Schäfer* (2002) 118 (120–121); v. *Bar/Mankowski* 460.

⁷⁰ *Mankowski* (vorige Note) 123–124; *Moore/Parisi* (oben N. 67) 1328; *Parisi/O'Hara* (oben N. 62) 389; *Joseph H. Sommer*, The Subsidiary: Doctrine Without a Cause?: *Fordham L. Rev.* 59 (1990) 227 (255); *Michael J. Whincop/Mary Keyes*, Economic Analysis of Conflict of Laws in Torts Cases: Discrete and Relational Torts: *Melb. U.L. Rev.* 22 (1998) 370 (378–380); v. *Bar/Mankowski* 461–462. Siehe dazu auch *Gisela Rühl*, Methods and Approaches in Choice of Law, An Economic Perspective: *Berkeley J. Int. L.* 24 (2006) 801 (808–812).

⁷¹ *Mankowski* (oben N. 69) 123; *Moore/Parisi* (oben N. 67) 1334; *Whincop/Keyes* (vorige Note) 378–380. Maßgebliche Vergleichsgröße sind hier Situationen, in denen die Möglichkeit des forum shopping nicht oder in deutlich geringerem Maße besteht. Im Vergleich zu diesen Situationen werden die Kosten in die Höhe getrieben. Siehe dazu auch *Rühl* (vorige Note) 811–812.

⁷² Siehe dazu nur *Ascherberg*, *Hopwood & Crew Limited. v. Casa Musicale Sonzogno*, [1971] *W.L.R.* 173 (178). Siehe dazu auch *Dicey/Morris/Collins (-Briggs)*, On the Conflict of Laws¹⁴ (2006) 256 Rz. 9–003; *C.M. V. Clarkson/Jonathan Hill*, The Conflict of Laws³ (2006) 14; *J. G. Collier*, Conflict of Laws³ (2001) 33; *Richard Fentiman*, Foreign Law in English Courts (1998) 3–4; *Hartley* 282–289; *Peter North/J.J. Fawcett*, Cheshire and North's Private International Law¹³ (1999) 99–100. Rechtsvergleichende Übersichten über die Behandlung ausländischen Rechts finden sich bei *Hartley* 275–290; *Maarit Jänterä-Jareborg*, Foreign Law in National Courts, A Comparative Perspective: *Rec. des Cours* 304 (2003) 180 (272–306); *Küster* (oben N. 45) 5–29; *Gerhard Wagner*, Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie: *ZEuP* 7 (1999) 6 (9–16).

beruft. Dieser Ansatz, der in Deutschland unter dem Namen »fakultatives Kollisionsrecht« bekannt geworden ist⁷³, würde – anders als ein *lex-foi*-Ansatz – zwar nicht dazu führen, dass deutsche Gerichte stets das ihnen bekannte und vertraute deutsche Recht anwenden könnten und eine Mehrbelastung gar nicht erst entstünde. Er würde aber wohl die Anzahl der Fälle, in denen Gerichte ausländisches Recht anwenden müssten, reduzieren und die damit einhergehenden zusätzlichen Kosten senken. Denn die Vereinbarung einer Rechtswahlklausel würde nicht ausreichen, um tatsächlich das gewählte ausländische Recht zur Anwendung zu bringen. Hinzutreten müsste eine Berufung auf das ausländische Recht im Prozess durch zumindest eine Partei. Eine Lösung für das hier behandelte Problem der Externalisierung von Kosten wäre damit freilich nicht gefunden: Da die Parteien – wie nach geltendem Recht – keinen Grund hätten, den zusätzlichen Aufwand der Gerichte bei ihrer Entscheidung für eine Rechtswahl zu berücksichtigen, würde es in den Fällen, in denen sich die Parteien auf die Anwendung ausländischen Rechts berufen, nach wie vor zu einer Externalisierung der zusätzlichen Kosten kommen. Auch wenn die Behandlung ausländischen Rechts als Einrede den Parteien eine einfache und kostengünstige Möglichkeit geben würde, auf die Externalisierung dieser Kosten zu verzichten, wenn die Anwendung ausländischen Rechts im Zeitpunkt des Prozesses nicht mehr in ihrem Interesse liegt, würde die Behandlung ausländischen Rechts als Einrede deshalb aus ökonomischer Sicht das hier verfolgte Ziel verfehlen⁷⁴.

Hinzu kommt ein weiteres Problem: Der englische Ansatz, ausländisches Recht nur auf Einrede einer Partei anzuwenden – das sogenannte »pleading of foreign law« – ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht frei von Zweifeln. Unklar ist insbesondere, ob und inwiefern die fakultative Anwendung ausländischen Rechts mit den Vorgaben des EVÜ – und mit den weiteren geplanten kollisionsrechtlichen Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft – in Einklang zu bringen ist⁷⁵. Zumindest in den Fällen, in denen kollisionsrechtlich keine oder nur eine eingeschränkte Rechtswahlmöglichkeit besteht – hingewiesen sei nur auf Verträge mit Verbrauchern oder Arbeitnehmern –, dürfte das Erfordernis sich auf die Anwendung ausländischen Rechts zu berufen, dem Sinn und Zweck der Kollisionsnormen zuwiderlau-

⁷³ Siehe *Axel Flessner*, Fakultatives Kollisionsrecht: *RabelsZ* 34 (1970) 547. Siehe auch *Th. M. de Boer*, *Facultative Choice of Law, The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law: Rec. des Cours* (1996-I) 223 (303–385).

⁷⁴ Die Parteien hätten lediglich eine einfache und kostengünstige Möglichkeit, auf die Externalisierung von Kosten zu verzichten, wenn die Anwendung ausländischen Rechts im Zeitpunkt des Prozesses nicht mehr in ihrem Interesse liegt.

⁷⁵ Siehe dazu allgemein *Fentiman* (oben N. 72) 80–122; *Hartley* 290–291; *Jänterä-Jareborg* (oben N. 72) 228 und 356; *Clemens Trautmann*, *Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten: ZEuP* 14 (2006) 281 (292–295).

fen⁷⁶. Aber auch in den hier interessierenden Fällen, in denen die Bestimmung des anwendbaren Rechts ohne Einschränkung in den Händen der Parteien liegt, sind vor dem Hintergrund, dass der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz von den Mitgliedstaaten verlangt, dem Gemeinschaftsrecht und damit auch den gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechtswahlmöglichkeiten zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen⁷⁷, Zweifel angebracht⁷⁸. Aus diesem und den bereits genannten Gründen ist auch die Behandlung ausländischen Rechts als Einrede nicht für die Lösung des hier behandelten Problems geeignet.

III. Zivilprozessuale Lösung II: Behandlung ausländischen Rechts als Tatsache

Auf der Ebene des Zivilprozessrechts bietet sich allerdings eine weitere Lösung an, die mehr Erfolg verspricht als die Lehre vom fakultativen Kollisionsrecht: Ausländisches Recht könnte nicht als Recht, sondern – wie beispielsweise in England⁷⁹ – als Tatsache eingeordnet werden, die dann von den Parteien darzulegen und zu beweisen wäre⁸⁰. Dieser Ansatz würde – ebenso wie eine allgemeine Verpflichtung der Parteien zur Mitwirkung bei der Ermittlung ausländischen Rechts – den Parteien die mit der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts einhergehenden Kosten auferlegen. Da die Parteien dies vor der Wahl ausländischen Rechts berücksichtigen müssten, würden sie zur Internalisierung der entstehenden Kosten angehalten⁸¹. Problematisch ist allerdings zum einen, ob die Parteien auf einen derartigen Anreiz reagieren würden, und zum anderen, ob sich die Behandlung von ausländischem Recht als Tatsache mit dem deutschen Recht und mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vertragen würde.

⁷⁶ So auch *Fentiman* (oben N.72) 93; *Trautmann* (vorige Note) 293–295. A.A. *Hartley* 291.

⁷⁷ Siehe dazu die Nachweise oben N. 65.

⁷⁸ So auch *Trautmann* (oben N. 75) 293–295.

⁷⁹ *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161 (174), E.R. 98, 1021 (1028); *Bumper Development Corp. v. Comr. of Police*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (1368). Siehe dazu *Dicey/Morris/Collins (-Briggs)* 255–256 R.z. 9–002; *Clarkson/Hill* 13; *Collier* 33; *Fentiman* 3; *North/Fawcett* 99–101 (alle oben N. 72); *Hartley* 282–289.

⁸⁰ Diese Folgerung ist zugegebenermaßen nicht zwingend. Es gibt im deutschen Zivilprozessrecht sowohl Tatsachen, die von Amts wegen festzustellen sind, als auch Rechtssätze, deren Anwendung der Parteidisposition unterliegt. Siehe dazu *Kralik* (oben N.33) 76. Im Kern geht es in der folgenden Diskussion deshalb eher um die Frage, ob die Parteien oder die Gerichte zur Ermittlung ausländischen Rechts verpflichtet werden sollten. Siehe auch *Hartley* 272.

⁸¹ So auch *Parisi/Ribstein* (oben N. 1) 239; *Schäfer/Lantermann* 92–93.

1. Einfluss auf das Verhalten der Parteien

Die erste Frage nach der Reaktion der Parteien auf die Behandlung von ausländischem Recht berührt die voraussichtliche Wirkungsweise und damit die Effektivität einer derartigen zivilprozessualen Lösung. Würden die Parteien die Tatsache, dass sie im Falle eines Rechtsstreits das ausländische Recht ermitteln und damit die anfallenden Kosten tragen müssten, tatsächlich in ihr Kalkül mit einbeziehen? Könnten sie dies überhaupt, wenn man bedenkt, dass häufig im Zeitpunkt einer Rechtswahl noch gar nicht feststeht, wo später geklagt wird und nach welchem Recht sich die Behandlung ausländischen Rechts im Prozess richtet? An empirischen Untersuchungen zu diesen Fragen fehlt es leider. Immerhin weist die Europäische Kommission in einer Mitteilung aus dem Jahr 1998 auf eine Studie⁸² hin, nach der sich Unterschiede in den nationalen Zivilprozessrechten – negativ und damit abschreckend – auf das Verhalten von grenzüberschreitend tätigen Akteuren auswirken⁸³. Wenn dem aber so ist, dann ist auch nicht auszuschließen, dass die relevanten Akteure unterschiedliche Regelungen zur Ermittlung ausländischen Rechts in ihre Überlegungen mit einbeziehen und ihr Verhalten danach ausrichten würden. Problematischer ist allerdings, ob die Parteien die entsprechende Regelung auch richtig in ihr Kalkül einbeziehen würden. Unter der Annahme, dass die Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl alle insofern erheblichen Faktoren berücksichtigen und richtig bewerten, insbesondere mit den richtigen Wahrscheinlichkeiten versehen – also unter der Annahme der Rationalität⁸⁴ –, wäre diese Frage wohl mit Ja zu beantworten⁸⁵. Allerdings erscheint zweifelhaft, ob die Annahme der Ratio-

⁸² *Intrum Justitia*, European Late Payment Survey (1994) (zitiert nach Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament: »Wege zu einer effizienteren Erwirkung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union«, ABl. EG1998 C 33/3).

⁸³ Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament (vorige Note) 5, 12. Siehe zum potentiellen Einfluss des Zivilprozessrechts auf das Verhalten von Marktteilnehmern, insbesondere von Unternehmern und Verbrauchern auch *Dietmar Baetge*, Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen, Zu den Auswirkungen der EG-Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen auf die Verbandsklage in Deutschland: ZZP 112 (1999) 329 (331–333); *Volkmar Gessner*, Europas holprige Rechtswege: Die rechtskulturellen Schranken der Rechtsverfolgung im Binnenmarkt, in: *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, hrsg. von *Krämer/Micklitz/Tonner* (1997) 163–176; *Manfred Wolf*, Abbau prozessualer Schranken im Binnenmarkt, in: *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, hrsg. von *Grunsky/Stürmer/Walter/Wolf* (1992) 35 (39–40).

⁸⁴ Siehe dazu bereits oben C I. 2. und N. 50.

⁸⁵ Ergänzend muss die Annahme gemacht werden, dass sich abgesehen von den Gerichtskosten die Fälle, in denen ausländisches Recht angewendet wird, nicht von den Fällen unterscheidet, in denen deutsches Recht Anwendung findet. Insbesondere muss die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem Prozess kommt (p_1) und dass der Prozess verlorenggeht (p_2) unabhängig vom anwendbaren Recht sein. Denn nur dann kann die Verzerrung zwischen der Wahl ausländischen und der Wahl inländischen Rechts allein mit Hilfe der Gerichtskosten

nalität in vollem Umfang zutrifft⁸⁶. Denn verschiedene psychologische Experimente und empirische Studien weisen darauf hin, dass Parteien in vielen Zusammenhängen systematische Fehler machen und deshalb nicht in der Lage sind, Informationen richtig zu verarbeiten. Zu den wichtigsten – und hier möglicherweise relevanten – systematischen Fehlern gehören überzogener Optimismus (over optimism oder optimistic bias)⁸⁷ einerseits und Überbewertung präsender Informationen (availability bias)⁸⁸ andererseits: Aufgrund des optimistic bias schätzen Parteien die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Risikos – typischerweise eines als negativ empfundenen Risikos wie beispielsweise das Risiko eines Unfalls oder einer Erkrankung – systematisch zu niedrig ein. Als Folge des availability bias lassen Parteien Informationen, die präsent sind, stärker in ihre Entscheidung einfließen als Informationen, die weniger präsent sind. In dem hier interessierenden Zusammenhang könnten beide Phänomene dazu führen, dass die Parteien einer Rechtswahl auf eine Behandlung von ausländischem Recht als Tatsache nicht oder nicht richtig reagieren: So könnte der optimistic bias zur Folge haben, dass die Parteien die Wahrscheinlichkeit eines Prozesses systematisch unterschätzen. Der availability bias wiederum könnte bewirken, dass die im Falle eines Prozesses entstehende Pflicht zur Ermittlung ausländischen

vermieden werden. Ändert sich mit der Wahl ausländischen Rechts demgegenüber auch die Wahrscheinlichkeiten p_1 oder p_2 , führt die Veränderung der Gerichtskosten nicht notwendigerweise zu der gewünschten, jedenfalls nicht unbedingt zur vollständigen Internalisierung der zusätzlichen Kosten.

⁸⁶ Tatsächlich ist die Annahme der Rationalität innerhalb der ökonomischen Theorie im Allgemeinen und innerhalb der ökonomischen Theorie des Rechts im Besonderen stark umstritten. Siehe zu der unter dem Stichwort Behavioral Law & Economics geführten Diskussion *Christine M. Jolls/Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics: Stan L. Rev. 50 (1998) 1471*; *Daniel Kahneman, New Challenges to the Rationality Assumption: Journal of Institutional and Theoretical Economics 150 (1994) 18*; *Russell B. Korobkin/Thomas S. Ulen, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics: Cal. L. Rev. 88 (2000) 1051*; *Cass R. Sunstein, Cognition and Cost-Benefit Analysis: J. Leg. Stud. 29 (2000) 1059* sowie die Beiträge in: *Behavioral Law and Economics*, hrsg. von *Sunstein* (2000). Siehe aus der deutschsprachigen Literatur *Christoph Engel, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen: JZ 2005, 581*; *ders., Entscheidungen unter Unsicherheit*, in: *Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen*, hrsg. von *Engel/Halfmann/Schulte* (2002) 305; *Markus Englerth, Behavioral Law and Economics, Eine kritische Einführung* (2004) (Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 11) und – speziell zum Kapitalmarktrecht – *Lars Klöhn, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance* (2006).

⁸⁷ Siehe dazu allgemein *Cass R. Sunstein, Introduction*, in: *Behavioral Law and Economics* (vorige Note) 1 (4) und die grundlegenden Arbeiten von *Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Future Life Events: J. Personality & Soc. Psychol. 39 (1980) 806*; *Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Susceptibility to Health Problems: Conclusions from a Community-Wide Sample: J. Behav. Med. 10 (1987) 481*.

⁸⁸ Siehe dazu allgemein *Timur Kuran/Cass R. Sunstein, Controlling Availability Cascades*, in: *Behavioral Law and Economics* (oben N.86) 374.

Rechts als nicht präsenste Informationen in die Entscheidung für oder gegen die Wahl ausländischen Rechts nicht in ausreichendem Maße mit einbezogen wird. Beide Fehler – für sich genommen oder kombiniert – könnten damit die Anreizwirkungen, die von der Behandlung von ausländischem Recht als Tatsache ausgehen, verzerren und dazu führen, dass das Ziel der Internalisierung der zusätzlich entstehenden Kosten der Rechtswahl verfehlt wird.

Ob Parteien im Kontext einer Rechtswahl systematische Fehler der beschriebenen Art begehen, ist indes alles andere als klar. An einschlägigen empirischen Untersuchungen fehlt es jedenfalls auch hier⁸⁹. Aber selbst wenn die Parteien aufgrund von systematischen Fehleinschätzungen die Bestimmungen über die Ermittlung ausländischen Rechts tatsächlich systematisch nicht oder nicht richtig berücksichtigen, hätte dies nicht zur Folge, dass die Änderung des deutschen Rechts in der beschriebenen Weise keine effizienzsteigernde Wirkung mit sich bringen könnte. Denn die verhaltenssteuernden Effekte dürften durch verzerrte subjektive Wahrscheinlichkeiten zwar verringert, aber nicht vollständig eliminiert werden. Im Vergleich zum Status quo dürfte sich deshalb durch die Behandlung von ausländischem Recht als Tatsache unter dem Gesichtspunkt der Internalisierung der zusätzlichen Kosten eine Verbesserung erzielen lassen. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass nach geltendem Recht eine Rechtswahl – zumindest in dem insofern wichtigsten Rechtsgebiet, dem Internationalen Vertragsrecht – zu jedem Zeitpunkt und damit auch noch im Prozess möglich ist (Art. 27 II EGBGB, Art. 3 II EVÜ). Eine einmal getroffene Wahl zu Gunsten eines Rechts kann damit abgeändert oder aufrechterhalten werden, je nachdem, ob sie sich für die Parteien noch als vorteilhaft darstellt. Da zu diesem Zeitpunkt feststeht, dass es zu einem Prozess gekommen ist und das gewählte Recht zu ermitteln ist, können mögliche anfängliche Verzerrungen durch optimistic bias und availability bias wieder rückgängig gemacht und damit insgesamt abgemildert werden⁹⁰. Die Internalisierung der durch die Wahl eines ausländischen Rechts entstehenden zusätzlichen Kosten könnte damit, selbst wenn die Parteien bei ihrer Entscheidung systema-

⁸⁹ Für die hier interessierenden Fragen aus dem Bereich des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts liegen insgesamt bislang – anders als beispielsweise für den Bereich des Kapitalmarktrechts – weder zuverlässige theoretische Modelle noch empirische Untersuchungen vor, die eine systematische Berücksichtigung eventueller Fehleinschätzungen möglich machen würden.

⁹⁰ In dieser Konstellation verschiebt die Einführung einer zusätzlichen Gebühr zwar das Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Parteien, da sie die Verhandlungsposition der Partei verschlechtert, die lieber ausländisches als deutsches Recht zur Anwendung bringen würde. Dies ist allerdings aus der Sicht des an einer effizienten Regelung und der Internalisierung der Mehrkosten interessierten Gesetzgebers unerheblich. Denn die interne Verteilung der Gewinne und Verluste zwischen den Parteien stellt sich als effizienzneutrales Nullsummenspiel dar.

tische Fehler machen, durch die Behandlung ausländischen Rechts als Tatsache weitgehend sichergestellt werden.

2. Einbettung in das deutsche Recht

Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich die Behandlung von ausländischem Recht und beweisbedürftiger Tatsache ohne weiteres in das deutsche Recht, insbesondere das deutsche Zivilprozessrecht integrieren ließe. Da die Geltung der Amtsermittlungspflicht nicht ausdrücklich angeordnet wird, stünde zumindest der Wortlaut des § 293 ZPO nicht entgegen. Auch mit der Stellung des § 293 ZPO im Beweisrecht wäre eine Gleichsetzung von ausländischem Recht und Tatsachen zu vereinbaren. Und nicht nur das: Da sich das Beweisrecht nur auf Tatsachen – und nicht auf Rechtsnormen – bezieht, würde die Systematik des Gesetzes die Gleichsetzung sogar unterstützen und § 293 ZPO seine oft beschriebene Eigenschaft als Fremdkörper nehmen. Schließlich würde die Behandlung von ausländischem Recht als Tatsache auch zu einer einheitlichen Behandlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozessrecht führen⁹¹. Denn ausländische Normen und Tatsachen werden vom Bundesgerichtshof (BGH) in ständiger Rechtsprechung in der Revision im Wesentlichen gleichgestellt⁹². Trotzdem vermag eine Behandlung von ausländischem Recht als Tatsache oder – allgemeiner gesprochen – eine Verpflichtung der Parteien zur Ermittlung ausländischen Rechts für das deutsche Recht insgesamt nicht zu überzeugen⁹³. Ausschlaggebend dafür ist, dass sie der Funktion des Richters im deutschen Zivilprozess widerspricht, die eine grundsätzlich andere ist als in den Ländern, insbesondere England, in denen ausländisches Recht von den Parteien vorzutragen und zu beweisen ist. Während der Richter in Deutschland nämlich seine Tätigkeit am Ideal »unparteiischer« und »richtiger« Entscheidungen ausrichtet⁹⁴, steht in England das Interesse an einer Entscheidung in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Parteien im Vordergrund⁹⁵. Folgerichtig müssen englische Richter – anders als deutsche Richter – noch nicht einmal das heimische Recht selbständig und von Amts wegen ermitteln⁹⁶.

⁹¹ Siehe dazu auch *Kindl* 202.

⁹² BGH 23. 6. 2003 (oben N. 32) 2686; 19. 9. 1990, NJW 1991, 36 (37); 29. 9. 1982, WM 1982, 1249 (1250); *Fastrich* 435; *Kindl* 181; *Thomas Pfeiffer*, Die revisionsgerichtliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts: NJW 2002, 3306; v. *Bar/Mankowski* 416. Siehe zu den damit einhergehenden Problemen *Gruber* (oben N. 31) 7–8.

⁹³ So im Ergebnis auch *Gruber* (oben N. 31) 7–8; *Spickhoff* 291–292; *Wagner* (oben N. 72) 10. A. A. *Kindl* 201–203.

⁹⁴ So auch *Hartley* 292; *Spickhoff* 291–292.

⁹⁵ So auch *Hartley* 292.

⁹⁶ Siehe nur *Michael Zander*, *Cases and Materials on the English Legal System*⁹ (2003) 366. Unklar ist allerdings, ob und inwieweit englische Richter den Inhalt des heimischen Rechts auf eigene Faust ermitteln dürfen. Siehe dazu nur die gegensätzlichen Stellungnahmen

3. Vereinbarkeit mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht

Neben der Funktion des deutschen Richters widerspricht die Gleichsetzung von ausländischem Recht mit Tatsachen und die damit verbundene Verpflichtung der Parteien zur Ermittlung der einschlägigen Normen aber wohl auch dem Gemeinschaftsrecht⁹⁷. Zumindest sind starke Zweifel an der Vereinbarkeit der Gleichstellung mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz angebracht⁹⁸. Dies gilt – ähnlich wie im Zusammenhang mit der Lehre vom fakultativen Kollisionsrecht – ohne weiteres für die Fälle, in denen die Parteien keine oder nur eingeschränkt Vereinbarungen über das anwendbare Recht treffen können. Denn der – in diesen Fällen zwingende – Rechtsanwendungsbefehl einer europäischen Kollisionsnorm ginge ins Leere, wenn die Parteien den geforderten Beweis nicht führen wollen oder können⁹⁹. Aber auch im Hinblick auf die Fälle, in denen Rechtswahlfreiheit umfassend gewährleistet wird, bestehen Bedenken an der Vereinbarkeit mit dem Effektivitätsgrundsatz¹⁰⁰. Schließlich stellt die Ermittlung ausländischen Rechts die Parteien regelmäßig vor noch größere Schwierigkeiten als Gerichte, die im Umgang mit ausländischem Recht – zumindest was die verschiedenen Techniken der Ermittlung angeht – im Laufe der Zeit Erfahrung sammeln können. Die Aussicht, im Falle eines Rechtsstreits den Stand des ausländischen Rechts – einschließlich der ausländischen Praxis!¹⁰¹ – selbst in Erfahrung bringen zu müssen, kann deshalb die Ausübung einer gemeinschaftsrechtlich begründeten Rechtswahlmöglichkeit und damit die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht unerheblich beeinträchtigen¹⁰². Zur Lösung des

in *Goldsmith v. Sperrings Ltd.*, [1977] 1 W.L.R. 478 (486, 508) und *J.A. Jolowicz*, *On Civil Procedure* (2000) 255–256.

⁹⁷ Das Europäische Parlament spricht sich – möglicherweise vor diesem Hintergrund – in seiner im Januar 2007 vorgelegten 2. Legislativen Entschließung zu der geplanten Rom-II-Verordnung – ähnlich wie in der 1. Legislativen Entschließung vom Juli 2005 – für die Ermittlung ausländischen Rechts von Amts wegen durch den Richter aus. Siehe Abänderung 13, Erwägung 30a (neu) der 2. Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19.1.2007 zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom II«). Die Europäische Kommission hat sich zuletzt allerdings gegen die Aufnahme einer dahingehenden ausdrücklichen Bestimmung gewandt. Siehe den Geänderten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.2.2006 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom II«), KOM/2006/0083 endg. S. 7–8.

⁹⁸ Siehe dazu die Nachweise oben N. 65.

⁹⁹ Ähnlich *Fentiman* (oben N. 72) 93–94; *Trautmann* (oben N. 75) 303.

¹⁰⁰ So auch *Trautmann* (oben N. 75) 303.

¹⁰¹ Siehe dazu *Zöller/Geimer (-Geimer)* § 293 Rz. 24; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (-Hartmann)* § 293 Rz. 8; Münch. Komm. ZPO (-Prütting) § 293 Rz. 57; *Stein/Jonas (-Leipold)* (oben N. 32) § 293 Rz. 58.

¹⁰² Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die meisten europäischen Länder

hier behandelten Problems ist die Abwälzung der Ermittlungslast auf die Parteien deshalb auch aus diesem Grunde nicht zu empfehlen¹⁰³.

IV. Kostenrechtliche Lösung: Erhöhung der Gerichtsgebühren

Kann die angestrebte Internalisierung der entstehenden Kosten weder auf der Ebene des Kollisionsrechts noch auf der Ebene des Zivilprozessrechts in zufriedenstellender Weise sichergestellt werden, verbleibt nur noch eine Lösung auf der Ebene des Kostenrechts. Hier kommt insbesondere in Betracht, den Beteiligten des Rechtsstreits die Kosten der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte in Rechnung zu stellen. Dadurch würden die Parteien – wie bei der Gleichstellung von ausländischem Recht und Tatsachen – dazu angehalten werden, die durch die Wahl ausländischen Rechts zusätzlich entstehenden Kosten zu internalisieren. Fraglich ist allerdings auch hier, ob die Parteien auf einen derartigen Anreiz reagieren würden und ob sich die Erhöhung der Gerichtsgebühren mit dem deutschen Gebührenrecht und mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vertragen würde.

1. Einfluss auf das Verhalten der Parteien

Hinsichtlich der voraussichtlichen Effektivität einer kostenrechtlichen Lösung bestünden zunächst ähnliche Bedenken wie hinsichtlich der voraussichtlichen Effektivität einer Regelung, die ausländisches Recht im Prozess als Tatsache behandelt¹⁰⁴. Würden die Parteien die im Falle eines Rechtsstreits anfallenden – höheren – Gerichtskosten im Zeitpunkt der Rechtswahl tatsächlich in ihr Kalkül mit einbeziehen? Auch hier könnten die oben beschriebenen systematischen Fehler in Form von optimistic bias sowie

– mit Unterschieden im Detail – die Ermittlung ausländischen Rechts den Gerichten auferlegen. Siehe dazu die rechtsvergleichenden Übersichten bei *Hartley* 277–282, 289–290; *Jänterä-Jareborg* (oben N. 72) 272–306; *Küster* (oben N. 45) 17–28; *Spickhoff* 282–286; *Wagner* (oben N. 72) 11–16.

¹⁰³ Nur am Rande sei darauf verwiesen, dass auch die Effizienz einer Regelung, die ausländisches Recht und Tatsachen gleichstellt, keinesfalls feststeht. Zwar würde sie die Parteien zur Berücksichtigung des entstehenden Mehraufwandes anhalten und damit die Externalisierung der mit der Wahl ausländischen Rechts einhergehenden Ermittlungskosten verhindern. Allerdings wären auch beide Parteien zur Ermittlung des anwendbaren Rechts verpflichtet. Die Rechtsermittlungskosten würden dementsprechend – anders als bei der Ermittlung ausländischen Rechts durch das Gericht – nicht nur einmal, sondern zweimal anfallen. Da die Parteien vor Gericht regelmäßig unterschiedliche, um nicht zu sagen gegensätzliche Interessen verfolgen dürften, bestünden außerdem Anreize, unnötige Ressourcen auf einen Streit über den Inhalt des anwendbaren Rechts zu verwenden und damit die Ermittlungskosten zusätzlich in die Höhe zu treiben.

¹⁰⁴ Siehe dazu oben D. III. 1.

availability bias zu Buche schlagen und die Wirkungsweise der kostenrechtlichen Lösung beeinträchtigen. Da die Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr nach dem System des deutschen Gebührenrechts nur die unterliegende Partei treffen würde¹⁰⁵, könnten die Parteien sogar einer weiteren verzerrenden Fehleinschätzung unterliegen: der systematischen Voreingenommenheit zu eigenen Gunsten (self-serving bias)¹⁰⁶. Diese bringt Parteien dazu, ihre eigene Position systematisch zu gut einzustufen und damit die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Bestreitens von Verhandlungen oder Prozessen zu hoch einzuschätzen. In dem hier interessierenden Zusammenhang könnte dies dazu führen, dass die Parteien die Wahrscheinlichkeit eines Obsiegens im Prozess systematisch überschätzen und damit die Wahrscheinlichkeit, dass sie die Gerichtskosten – einschließlich der Kosten für die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts – tragen müssen, zu niedrig ansetzen. In Verbindung mit den anderen beiden Fehlern – aber auch für sich genommen – würden dann die Anreizwirkungen, die von der Erhöhung der Gerichtsgebühren ausgehen, verzerrt, was wiederum zur Folge hätte, dass das Ziel der Internalisierung der zusätzlich entstehenden Kosten verfehlt würde.

Allerdings dürfte die Erhöhung der Gerichtsgebühren – ebenso wie die Behandlung ausländischen Rechts als Tatsache – selbst dann effizienzsteigernd wirken, wenn die Parteien einer Rechtswahl tatsächlich derartigen Fehleinschätzungen unterliegen würden¹⁰⁷. Denn die verhaltenssteuernden Effekte gingen auch hier durch verzerrte subjektive Wahrscheinlichkeiten nicht vollständig verloren, sondern würden allenfalls verringert. Desgleichen ließen sich auch hier systematische Fehler durch eine nachträgliche Rechtswahl im Prozess revidieren¹⁰⁸. Insgesamt dürfte die Erhöhung der Gerichtsgebühren deshalb die weitgehende Internalisierung der zusätzlichen Kosten der Rechtswahl mit sich bringen¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Nach §91 I 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen. Siehe dazu bereits oben C. II. Siehe zur Vereinbarkeit der kostenrechtlichen Lösung mit dem deutschen Gebührenrecht unten 2. a)–c).

¹⁰⁶ Siehe dazu allgemein *Linda Babcock/George Loewenstein*, Explaining Bargaining Impasse, *The Role of Self-serving Biases*, in: *Behavioral Law and Economics* (oben N. 86) 355.

¹⁰⁷ Siehe dazu bereits oben D. III. 1.

¹⁰⁸ Siehe dazu bereits oben D. III. 1.

¹⁰⁹ Die Erhöhung der Gerichtsgebühren dürfte auch nicht zu einer Erhöhung der Transaktionskosten führen. Zwar könnte man überlegen, ob sich der Anreiz der Parteien vergrößert, Ressourcen in die Verhandlung über das anwendbare Recht zu investieren. Dies dürfte allerdings nicht der Fall sein. Denn durch die Erhöhung der Gerichtsgebühren wird der Verhandlungsspielraum der Parteien nicht vergrößert. Es bleibt dabei, dass deutsches oder ausländisches Recht gewählt werden kann. Lediglich die mit der jeweiligen Wahl einhergehenden und damit zu berücksichtigenden Kosten ändern sich.

2. Einbettung in das deutsche Recht

Zu klären ist deshalb, ob sich die Erhöhung der Gerichtsgebühren in das deutsche Recht, insbesondere das deutsche Gebührenrecht¹¹⁰, integrieren ließe. Im Gegensatz zu einer Gleichstellung von ausländischem Recht und Tatsachen oder einer allgemeinen Verpflichtung der Parteien zur Ermittlung ausländischen Rechts bestehen insofern allerdings keine Bedenken: Erforderlich wäre lediglich die Erhebung einer zusätzlichen (vollen oder anteiligen) Gerichtsgebühr, wie sie dem deutschen Gebührenrecht bereits heute bekannt ist. Mögliche Einwände gegen eine derartige Gebühr, die insbesondere unter drei Gesichtspunkten denkbar sind, greifen nicht durch.

a) Systemfremde Bemessungsgrundlage?

Nicht überzeugen kann zunächst der mögliche Einwand, dass die Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr zur Einführung einer systemfremden Bemessungsgrundlage führen würde, da Gerichtsgebühren nach deutschem Recht grundsätzlich nicht nach Aufwand, sondern nach dem in Rede stehenden Streitwert berechnet werden¹¹¹. Ausschlaggebend dafür sind zwei Gründe: Zunächst richtet sich die Höhe der zu zahlenden Gebühren im deutschen Gebührenrecht sehr wohl – zumindest in gewissem Umfang – nach dem im Einzelfall getätigten Aufwand. So sind beispielsweise für Verfahren, die durch ein streitiges Urteil beendet werden, nach KV 1210 drei volle Gerichtsgebühren zu zahlen, während für Verfahren, die durch Zurücknahme der Klage, Anerkenntnis, Verzicht oder Erledigungserklärung – und damit durch eine für das Gericht deutlich weniger aufwendige Art und Weise – ihr Ende finden, nach KV 1211 nur eine Gerichtsgebühr in Rechnung gestellt wird¹¹². Da der im Einzelfall getätigte Aufwand allerdings nur sehr schwer oder mit unverhältnismäßig hohem Aufwand festzustellen ist, wird auf den Streitwert als – zugegebenermaßen ungenauen und unzureichenden, aber am einfachsten zugänglichen – Näherungswert abgestellt¹¹³. Der Einwand der systemfremden Bemessungsgrundlage überzeugt daneben aber auch deswegen nicht, weil sich eine zusätzliche Gerichtsgebühr für die Anwendung ausländischen Rechts am Streitwert orientieren

¹¹⁰ Gemeint ist hier das zivilprozessuale Gebührenrecht.

¹¹¹ Kritisch zur zentralen Stelle des Streitwerts im deutschen Prozessrecht *Heribert Hirte*, Streitwert ade!, Ein Vorschlag im Rahmen der Justizreform: ZRPol. 1999, 182–186.

¹¹² Siehe zum Zweck dieser Ermäßigung auch *Hartmann* (oben N. 57) KV 1211 R. z. 2.

¹¹³ Ähnlich *Gottfried Baumgärtel*, Chancengleichheit vor Gericht durch Pflichtrechtsschutzversicherung oder Prozesshilfe?: JZ 1975, 425, 426. *Rüdiger Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt (1972) 174 stellt außerdem die Vermutung auf, dass Gerichte bei hohen Streitwerten mehr Zeit und Aufwand in die Entscheidung investieren als bei niedrigen.

könnte. Sie würde sich damit vollumfänglich dem geltenden System zur Berechnung von Gerichtsgebühren anpassen¹¹⁴.

b) Unverhältnismäßige Belastung kleinerer Streitigkeiten?

Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag der mögliche Einwand, dass die Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr zu einer unverhältnismäßigen Belastung kleinerer Streitigkeiten führen und damit ihre gewünschte – sozialpolitisch motivierte – Subventionierung¹¹⁵ unterlaufen würde. Denn wie bereits ausgeführt, könnte man die vorgeschlagene Gebühr ihrer Höhe nach vom Streitwert abhängig machen. Die gewünschte (Quer-)Subventionierung kleinerer Streitigkeiten durch größere bliebe damit gewahrt. Da der Anfall der Gebühr allein vom Vorliegen einer Rechtswahlklausel und damit vom Willen der Parteien abhängig wäre, würde sie die Durchsetzung kleinerer Ansprüche auch nicht unverhältnismäßig erschweren. Denn die Parteien hätten den Anfall der Gebühr selbst in der Hand und könnten die entstehenden Kosten somit vermeiden.

c) Ungerechtfertigte Heraushebung eines Kostenfaktors?

Schließlich lässt sich gegen die Erhebung einer zusätzlichen Gebühr bei Wahl eines ausländischen Rechts auch nicht einwenden, dass sie zur gebührenrechtlichen Heraushebung eines Faktors führt, der die richterliche Tätigkeit aufwendig und damit teuer macht, während andere Faktoren, die den Aufwand der richterlichen Tätigkeit – wie beispielsweise die Komplexität einer Rechtsfrage – möglicherweise in gleicher Weise beeinflussen, außen vor bleiben. Denn die Komplexität einzelner Rechtsfragen ist ex ante nicht zu bestimmen. Es lässt sich nicht sagen, dass beispielsweise die Auslegung von Verträgen oder die Anwendung bereicherungsrechtlicher Vorschriften stets schwierig ist und deshalb den Aufwand des Richters erhöht. Dies ist bei der Anwendung ausländischen Rechts anders: Hier kommt es wegen der – im Vergleich zum deutschen Recht – typischerweise fehlenden Vorkenntnisse der Gerichte in Verbindung mit dem deutlich schwierigeren Zugang zu den einschlägigen Informationen stets zu einer Erhöhung des zu tätigen Aufwandes. Die Suche der einschlägigen Normen, ganz zu schweigen von der Suche und Auswertung einschlägiger Rechtsprechung und Literatur führt hier immer und in vorhersehbarer Weise zu einem Mehraufwand, der bei Anwendung deutschen Rechts nicht anfällt. Die Heraushebung

¹¹⁴ Ergänzend sei darauf verwiesen, dass auch im öffentlichen Recht grundsätzlich die tatsächlich entstehenden Kosten verlangt werden dürfen (Kostendeckungsprinzip).

¹¹⁵ Siehe dazu *Erika Bokelmann*, »Rechtswegsperre« durch Prozeßkosten: ZRPol. 1973, 164 (167, 170); *Eberhard Dorndorf*, Prozessrecht, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hrsg. von *Görlitz* (1972) 301 (306); *Hirte* (oben N. 111) 184. Ähnlich *Baumgärtel* (oben N. 113) 426.

einzelner Kostenfaktoren, die ex ante eindeutig zu isolieren sind und damit einfach fassbar sind, ist dem deutschen Gebührenrecht im Übrigen auch nicht fremd. Bei einem Blick in die einschlägigen Vorschriften zeigt sich an verschiedenen Stellen, dass bestimmte Verfahren oder Verfahrenskonstellationen, die typischerweise mit höheren oder niedrigeren Kosten einhergehen, auch mit entsprechend höheren oder niedrigeren Gerichtsgebühren belastet werden. Hingewiesen sei nur noch einmal auf die bereits oben genannten unterschiedlichen Gebühren, die bei Beendigung eines Verfahrens durch streitiges Urteil, Zurücknahme der Klage, Anerkenntnis, Verzicht oder Erledigungserklärung fällig werden¹¹⁶.

3. Vereinbarkeit mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht

Das deutsche Gebührenrecht würde damit der Einführung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr insgesamt nicht entgegenstehen. Im Gegenteil: Seinem Bedürfnis nach differenzierter, am tatsächlich entstandenen Aufwand orientierter Kostenverteilung würde sie sogar in besonderer Weise Rechnung tragen. Aber wie wäre es mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht? Tatsächlich könnte man befürchten, dass das Gemeinschaftsrecht eine gebührenrechtliche Differenzierung zwischen in- und ausländischem Recht zumindest dann untersagt, wenn es um Rechtswahlklauseln zu Gunsten des Rechts anderer Mitgliedstaaten oder die Ausübung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechtswahlmöglichkeiten geht. Im Ergebnis lässt sich aber kein Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben feststellen.

a) Verletzung der Grundfreiheiten?

Die Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr würde insbesondere nicht die Grundfreiheiten des EG-Vertrags verletzen. Diese müssten zwar als Prüfungsmaßstab zumindest dann herangezogen werden, wenn ein ausreichender Gemeinschaftsbezug – beispielsweise in Form einer Rechtswahlklausel zu Gunsten des Rechts eines anderen Mitgliedstaates in einem Vertrag zwischen Staatsangehörigen verschiedener Mitgliedstaaten – vorliegt¹¹⁷.

¹¹⁶ Siehe dazu auch *Hartmann* (oben N.57) KV 1211 Rz.2: »Die Regelung dient der Kostengerechtigkeit. Sie stellt auf einfach faßbare Voraussetzungen einer Gebührenermäßigung ab ...«

¹¹⁷ Siehe zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten durch das Erfordernis eines Gemeinschaftsbezugs beispielsweise EuGH 28.3.1979 – Rs. 175/78 (*La Reine ./.* *Vera Ann Saunders*), Slg. 1979, 1129 Rz. 12 (Arbeitnehmerfreizügigkeit); 15.12.1982 – Rs. C-286/81 (*Oosthoek's Uitgeversmaatschappij B.V.*), Slg. 1982, 4575 Rz. 9 (Warenverkehrsfreiheit); 28.6.1984 – Rs. 180/83 (*Hans Moser ./.* *Land Baden-Württemberg*), Slg. 1984, 2539 Rz. 12–20 (Arbeitnehmerfreizügigkeit); 16.2.1995 – verb. Rs. C-29/94, Rs. C-30/94 u.a. (*Jean-Louis Aubertin, Bernard Collignon, Guy Creusot, Isabelle Diblanc, Gilles Josse, Jacqueline Martin und Claudie Normand*), Slg. 1995, I-301 Rz. 9–11 (Niederlassungsfreiheit); 16.1.1997 – Rs. C-134/95

Allerdings dürfte die hier vorgeschlagene Änderung des deutschen Gebührenrechts im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG-Vertrag) schon keine Einschränkung der Grundfreiheiten darstellen: Nach Auffassung des obersten europäischen Gerichts sind nämlich nationale Bestimmungen, die nicht speziell der Regelung des Handelsverkehrs dienen und die weder als produktbezogene Regelungen noch als Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung¹¹⁸ einzuordnen sind, regelmäßig nicht im Sinne der *Dassonville*-Formel¹¹⁹ geeignet, die Warenverkehrsfreiheit zu beeinträchtigen. Die von derartigen Bestimmungen ausgehenden Wirkungen hält der EuGH im Normalfall für »zu ungewiss und zu mittelbar«, um Relevanz zu entfalten¹²⁰. Speziell für die Vorschriften des nationalen Zivilprozessrechts, zu denen auch die Bestimmungen des Gebührenrechts gehören, hat der EuGH dies in

(*Unità Socio-Sanitaria Locale n° 47 di Biella (USSL) ./.* Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro [INAIL]), Slg. 1997, I-195 Rz. 19 (Dienstleistungsfreiheit); 5. 12. 2000 – Rs. C-448/1998 (*Jean-Pierre Guimont*), Slg. 2000, I-663 Rz. 21 (Warenverkehrsfreiheit); 9. 9. 1999 – Rs. C-108/98 (*RI.SAN. Srl ./.* Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA and Ischia Ambiente SpA), Slg. 1999, I-5219 Rz. 23 (Dienstleistungsfreiheit); 21. 10. 1999 – Rs. C-97/98 (*Peter Jägerskiöld ./.* Torolf Gustafsson), Slg. 1999, I-7319 Rz. 42–45 (Dienstleistungsfreiheit); 11. 7. 2002 – Rs. C-60/00 (*Mary Carpenter ./.* Secretary of State for the Home Department), Slg. 2002, I-6279 Rz. 28 (Dienstleistungsfreiheit).

¹¹⁸ Nach der *Keck*-Rechtsprechung sind nationale Bestimmungen, die lediglich bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Siehe EuGH 24. 11. 1993 – verb. Rs. C-267/91 und Rs. C-268/91 (*Bernard Keck und Daniel Mithouard*), Slg. 1993, I-6097 Rz. 16.

¹¹⁹ Nach der *Dassonville*-Formel liegt eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit vor, wenn eine nationale Vorschrift geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinträchtigen. Siehe EuGH 11. 7. 1994 – Rs. C-8/74 (*Staatsanwaltschaft ./.* Benoit und Gustave Dassonville), Slg. 1974, 837 Rz. 5.

¹²⁰ Siehe EuGH 7. 3. 1990 – Rs. C-69/88 (*H. Krantz GmbH & Co. ./.* Ontvanger der Directe Belastingen und Koenigreich der Niederlande), Slg. 1990, I-583 Rz. 9–11; 13. 10. 1993 – Rs. C-93/92 (*CMC Motorradcenter GmbH ./.* Pelin Baskinciogullari), Slg. 1993, I-5009 Rz. 9–12; 14. 7. 1994 – Rs. C-379/92 (*Matteo Peralta*), Slg. 1994, I-3452 Rz. 23–25; 30. 11. 1995 – Rs. C-134/94 (*Esso Española SA ./.* Comunidad Autónoma de Canarias), Slg. 1995, I-4223 Rz. 23–25; 5. 10. 1995 – Rs. C-96/94 (*Centro Servizi Spedipuerto Srl ./.* Spedizioni Marittima del Golf Srl), Slg. 1995, I-2883 Rz. 40–42; 17. 10. 1995 – verb. Rs. C-140/94, Rs. C-141/94 und Rs. C-142/94 (*DIP SpA ./.* Comune di Bassano del Grappa, *LIDL Italia Srl ./.* Comune di Chioggia and *Lingral Srl ./.* Comune di Chioggia), Slg. 1995, I-3257 Rz. 29; 18. 6. 1998 – Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France SA ./.* Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione), Slg. 1998, I-3949 Rz. 29–32; 21. 9. 1999 – Rs. C-44/98 (*BASF AG ./.* Präsident des Deutschen Patentamts), Slg. 1999, I-6269 Rz. 16. Siehe für eine ausführliche Analyse der einschlägigen Entscheidungen des EuGH *Kirsten Thönsfeuerborn*, Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der EG auf das nationale Zivilprozessrecht (2002) 154–160; *Anthony Arnall/Derrick Wyatt/Alan Dashwood*, European Union Law⁵ (2006) 601–603 Rz. 16–017.

der Rechtssache *ED Srl. ./ Italo Fenocchio* deutlich zum Ausdruck gebracht. Denn er entschied, dass eine Vorschrift der italienischen Zivilprozessordnung, nach der ein »Mahnbescheid nicht erlassen werden darf, wenn die nach Artikel 643 vorzunehmende Zustellung an den Antragsgegner außerhalb Italiens oder der unter italienischer Hoheit stehenden Gebiete zu erfolgen hätte« mit der Warenverkehrsfreiheit zu vereinbaren ist. Die Befürchtungen des vorlegenden italienischen Gerichts, dass in Italien ansässige Unternehmen Geschäftsbeziehungen mit italienischen Kunden gegenüber ausländischen Kunden vorziehen könnten, da ihnen nur gegenüber italienischen Kunden der besondere Rechtsschutz und die geringeren Kosten des Mahnverfahrens zugute kämen, teilte er nicht. Vielmehr stellte er fest, dass die Möglichkeit, »daß Bürger eines Mitgliedstaats aus diesem Grund zögern würden, Waren an Kunden in anderen Mitgliedstaaten zu verkaufen, zu ungewiß und zu mittelbar [sei], als daß die fragliche nationale Vorschrift als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern«.¹²¹ Es sei kaum vorstellbar, dass ein italienischer Unternehmer vom Abschluss grenzüberschreitender Geschäfte allein deswegen Abstand nehme, weil er im Fall einer Pflichtverletzung durch seinen ausländischen Vertragspartner seine Ansprüche nicht mit Hilfe des italienischen Mahnverfahrens durchsetzen könne.

Aus der Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarung zivilprozessualer Bestimmungen mit der Warenverkehrsfreiheit folgt, dass auch die hier vorgeschlagene zusätzliche Gebühr bei Anwendung ausländischen Rechts aufgrund einer Rechtswahlklausel unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrsfreiheit unbedenklich wäre. Denn diese würde noch nicht einmal das zivilprozessuale Verfahren oder die Zulässigkeit desselben unmittelbar regeln, sondern lediglich – dem Verfahren nachgelagert – die entstandenen Kosten verteilen. Die Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr wären deshalb noch mittelbarer als bei einer verfahrensgestaltenden Bestimmung wie sie beispielsweise der Rechtssache *ED Srl. ./ Italo Fenocchio* zugrunde lag. Da die anfallende zusätzliche Gerichtsgebühr außerdem nur von einer Partei und auch nur im Falle des Unterliegens zu tragen wäre, ist davon auszugehen, dass der EuGH der entsprechenden Änderung des deutschen Gebührenrechts erst recht die Eignung zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels absprechen und eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit ablehnen würde. Entsprechendes dürfte für die anderen Grundfreiheiten gelten. Zwar hatte der EuGH bislang keine Gelegenheit, sich zur Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39

¹²¹ EuGH 22. 6. 1999 – Rs. C-412/97 (*ED Srl. ./ Italo Fenocchio*), Slg. 1999, I-3845 Rz. 11. Siehe auch den dazugehörigen Schlussantrag des Generalanwalts Cosmas, Slg. 1999, I-3845 Rz. 50–56 und die ausführliche Darstellung der Entscheidung bei *Thönsfeuerborn* (vorige Note) 158–160.

EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) oder der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV)¹²² durch die Vorschriften des nationalen Zivilprozessrechts zu äußern. Es bestehen allerdings keine vernünftigen Zweifel daran, dass der EuGH – wie schon in anderen Bereichen – seine Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit auf die anderen Grundfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit übertragen würde¹²³. Dies wiederum hat zur Folge, dass die hier vorgeschlagene zusätzliche Gebühr bei Anwendung ausländischen Rechts aufgrund einer Rechtswahlklausel unter dem Gesichtspunkt der Grundfreiheiten insgesamt unbedenklich ist.

b) Diskriminierung der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten?

Die Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr würde auch nicht gegen Art. 12 des EG-Vertrags verstoßen. Denn diese Vorschrift verbietet im Anwendungsbereich des Vertrags¹²⁴ nur die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft deshalb lediglich, die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht anders zu behandeln als ihre eigenen und EG-Ausländer keinen anderen rechtlichen Vorschriften zu unterwerfen als Inländer. Diesen Anforderungen würde die hier vorgeschlagene zusätzliche Gerichtsgebühr ohne weiteres gerecht werden: Sie würde allein an die Wahl eines ausländischen Rechts und damit nicht an die Staatsangehörigkeit der Parteien anknüpfen. Eine offene oder unmittelbare Diskriminierung läge deshalb nicht vor¹²⁵. Aber auch eine versteckte oder mittelbare Diskriminierung, die

¹²² In der Rechtssache *ED Srl ./ Italo Fenocchio* (vorige Note) Rz. 13–14 lehnte der EuGH eine Stellungnahme zur Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ab, da keine Dienstleistung in Rede stand. In der Rechtssache *Gianfranco Perfili* brachte der EuGH lediglich zum Ausdruck, dass Vorschriften des nationalen Zivilprozessrechts die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich beeinträchtigen können. Zur Frage einer tatsächlichen Einschränkung musste er allerdings aufgrund der Formulierung der Vorlagefrage nicht Stellung nehmen. Siehe EuGH 1.2. 1996 – Rs. C-177/94 (*Gianfranco Perfili*), Slg. 1996, I-16 Rz. 16–19.

¹²³ So auch *Thönsfeuerborn* (oben N. 120) 191–192.

¹²⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für die Eröffnung des »Anwendungsbereichs des Vertrags« nicht erforderlich, dass die in Rede stehenden Fragen im EG-Vertrag geregelt sind oder eine Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft besteht. Vielmehr ist ausreichend, dass ein Sachverhalt mit Bezug zum Gemeinschaftsrecht vorliegt. Letzteres wird für das nationale Zivilprozessrecht, zu dem auch das Gebührenrecht zu zählen ist, heute regelmäßig angenommen. Siehe dazu *Rudolf Geiger*, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁴ (2004) Art. 12 Rz. 10–14; *Jürgen Schwarze* (-*Michael Houlobeck*), EU-Kommentar (2000) Art. 12 EGV Rz. 28–32; *Gerald Mäsch*, Zivilprozessrecht, in: *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, hrsg. von *Langenbucher* (2005) 374, 378–379 Rz. 11; *Streinz* (-*Streinz*) (oben N. 65) Art. 12 EGV Rz. 18–26; *Hans von der Groeben*/*Jürgen Schwarze* (-*Manfred Zuleeg*), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁴ (2003) Art. 12 EG Rz. 11–12.

¹²⁵ Siehe zum Begriff der offenen Diskriminierung *Schwarze* (-*Houlobeck*) (vorige Note)

durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als der Staatsangehörigkeit tatsächlich zum gleichen Ergebnis führt¹²⁶, wäre nicht zu befürchten. Denn eine solche setzt voraus, dass eine bestimmte Regelung typischerweise – das heißt in der großen Mehrzahl der von ihr erfassten Fälle – Angehörige anderer Mitgliedstaaten trifft, weil sie auf Unterscheidungsmerkmale abstellt, die regelmäßig nur in der Person von Ausländern erfüllt sind¹²⁷. Dies wäre bei der hier vorgeschlagenen Gebühr indes nicht der Fall: Zum einen berufen sich vor deutschen Gerichten nicht nur Ausländer, sondern auch Deutsche auf eine Rechtswahl zu Gunsten ausländischen Rechts¹²⁸. Zum anderen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass Ausländer vor deutschen Gerichten bei Streitigkeiten mit Deutschen stets unterliegen¹²⁹ und deshalb stets die Gerichtsgebühren zu tragen haben¹³⁰. Die hier vorgeschlagene zusätzliche Gebühr würde vor diesem Hintergrund Deutsche und Ausländer typischerweise gleichermaßen treffen und deshalb keine – offene oder versteckte – Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nach sich ziehen¹³¹.

Art. 12 EGV Rz. 41; *Carl Otto Lenz/Klaus-Dieter Borchard* (-*Carl Otto Lenz*), EU- und EG-Vertrag⁴ (2006) Art. 12 EGV Rz. 4; *Streinz* (-*Streinz*) (oben N. 65) Art. 12 EGV Rz. 48.

¹²⁶ Siehe dazu EuGH 13.2. 1997 – Rs. C-152/73 (*Giovanni Maria Soitgui* ./ *Deutsche Bundespost*), Slg. 1974, 153 Rz. 11; 29.10. 1980 – Rs. C-22/80 (*Boussac Saint-Frères S.A.* ./ *Brigitte Gerstenmeier*), Slg. 1980, 3427 Rz. 9; 8.5. 1990 – Rs. C-175/88 (*Klaus Biehl* ./ *Administration des contributions du Grand-duché de Luxembourg*), Slg. 1990, I-1779 Rz. 13; 23.1. 1997 – Rs. C-29/95 (*Eckehard Pastoors und Trans-Cap GmbH* ./ *Belgischer Staat*), Slg. 1997, I-285 Rz. 17.

¹²⁷ EuGH 7.7. 1988 – Rs. C-143/87 (*Christopher Stanton und S.A. Belge d'assurances* »*L'étoile 1905*« ./ *L'Inasti* (*Institut National d'Assurances Sociales Pour Travailleurs Independants*), Slg. 1988, 3877 Rz. 9; 8.5. 1990, Rz. 14; 23.1. 1997, Rz. 17 (beide vorige Note). Siehe zum Begriff der versteckten Diskriminierung auch *Schwarze* (-*Houlobeck*) (oben N. 124) Art. 12 EGV Rz. 41–43; *Lenz/Borchard* (-*Lenz*) (oben N. 125) Art. 12 EGV Rz. 5; *Streinz* (-*Streinz*) (oben N. 65) Art. 12 EGV Rz. 49; *von der Groeben/Schwarze* (-*Zuleeg*) (oben N. 124) Art. 12 EG Rz. 4.

¹²⁸ Desgleichen berufen sich nicht alle Ausländer auf die Anwendung ausländischen Rechts. Siehe dazu auch *Peter Mankowski*, Rechtsschutz im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, in: *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, hrsg. von *Rengeling/Middeke/Gellermann* (2003) 695 (739) Rz. 78: »Es existiert aber keine Regel, dass Ausländer häufiger auf der Basis ausländischen Rechts klagten als Deutsche.« Ähnlich im Hinblick auf die allgemeinen Erschwernisse bei der Anwendung ausländischen Rechts *Andreas Schwartz*, Die Ermittlung und Anwendung des Vertragsrechts anderer EU-Staaten im deutschen Zivilprozeßrecht nach § 293 ZPO, Ein besonderer Fall, in: *Recht in Europa*, FS Fenge (1996) 127 (141). Siehe auch die oben in N. 30 zitierten Entscheidungen.

¹²⁹ Siehe dazu die oben in N. 30 zitierten Entscheidungen.

¹³⁰ Die Gerichtsgebühren sind nach § 90 I 1 ZPO stets von der unterliegenden Partei zu tragen. Dies würde auch für die hier vorgeschlagene zusätzliche Gebühr gelten.

¹³¹ Selbst wenn man eine Diskriminierung annehmen wollte, ließe sich diese mit dem Hinweis auf den erhöhten Aufwand der Gerichte wohl ohne weiteres rechtfertigen.

c) Diskriminierung der Parteien einer Rechtswahlvereinbarung?

Die Einführung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr würde auch nicht den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, der zu den ungeschriebenen Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört¹³², verletzen. Zwar könnte sich ein Verstoß gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz daraus ergeben, dass die Parteien, deren Rechtsverhältnis aufgrund einer Rechtswahl ausländischem Recht unterliegt, anders behandelt werden als die Parteien, bei denen ausländisches Recht aufgrund objektiver Anknüpfung zur Anwendung gelangt. Im Ergebnis greift diese Überlegung allerdings nicht durch, da der Gleichheitsgrundsatz nur dann verletzt ist, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachlichen Grund ungleich und ungleiche Sachverhalte ohne sachlichen Grund gleich behandelt werden¹³³. Dies wäre hier aber gerade nicht der Fall: Denn während die Parteien einer Rechtswahlvereinbarung auf die Anwendung ausländischen Rechts Einfluss nehmen können, haben die Parteien, deren Rechtsstreit kraft objektiver Anknüpfung ausländischem Recht unterliegt, auf das anwendbare Recht keinen Einfluss. In dem einen Fall können die Parteien dementsprechend die Erhöhung des gerichtlichen Aufwandes vermeiden, in dem anderen nicht. Dies wiederum dürfte ein sachlicher Grund sein, der die unterschiedliche Behandlung beider Personengruppen zu rechtfertigen vermag.

d) Verletzung des Äquivalenzgrundsatzes?

Ein Verstoß gegen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ergäbe sich auch nicht aus einer Verletzung des Äquivalenzgrundsatzes, der von den Mitgliedstaaten verlangt, Gemeinschaftsrecht nicht ungünstiger zu behandeln als nationales Recht¹³⁴. Zwar leitet sich die Befugnis zur Rechtswahl im Be-

¹³² Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein, *Europarecht*⁵ (2006) 224 Rz. 601.

¹³³ EuGH 31. 5. 1995 – Rs. C-80/94 (*G. H. E. J. Wielockx ./. Inspecteur der Directe Belastingen*), Slg. 1995, I-2493 Rz. 17; 27. 6. 1996 – Rs. C-107/94 (*P. H. Asscher ./. Staatssecretaris van Financiën*), Slg. 1996, I-3089 Rz. 40. Haratsch/Koenig/Pechstein (vorige Note) 224 Rz. 601.

¹³⁴ Siehe dazu EuGH 16. 12. 1976 – Rs. C-33/76 (*Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG ./. Landwirtschaftskammer Saarland*), Slg. 1976, 1989 Rz. 5; 16. 12. 1976 – Rs. C-45/76 (*Comet BV ./. Produktschap voor Siergewassen*), Slg. 1976, 2043 Rz. 13 und 16; 14. 12. 1995 – Rs. C-312/93 (*Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS ./. Belgischer Staat*), Slg. 1995, I-4599 Rz. 12; 15. 9. 1998 – verb. Rs. C-279/96, Rs. C-280/96 und Rs. C-281/96 (*Ansaldo Energia SpA ./. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Amministrazione delle Finanze dello Stato ./. Marine Insurance Consultants Srl and GMB Srl and Others ./. Amministrazione delle Finanze dello Stato*), Slg. 1998, I-5025 Rz. 27–30; 1. 12. 1998 – Rs. C-326/96 (*B. S. Levez ./. T. H. Jennings [Harlow Pools] Ltd.*), Slg. 1998, I-7835 Rz. 41; 16. 5. 2000 – Rs. C-78/98 (*Shirley Preston and Others ./. Wolverhampton Healthcare NHS Trust and Others and Dorothy Fletcher and Others ./. Midland Bank plc.*), Slg. 2000, I-3201 Rz. 55. Siehe zum Äquivalenzprinzip auch Geiger (oben N. 124) Art. 10 EGV Rz. 44; Schwarze (-Hatje) Art. 10 EGV Rz. 16; Streinz (-Streinz) Art. 10 EGV Rz. 27 (beide oben N. 65).

reich des Internationalen Vertragsrechts bereits heute aus Vorschriften des gemeinschaftsrechtlichen *acquis communautaire* in Gestalt des EVÜ ab. Auch wird sich die Möglichkeit der Rechtswahl in Zukunft, wie oben gesehen, in vielen anderen Rechtsbereichen, namentlich im Internationalen Familien- und Erbrecht, aus Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts ergeben. Zu einer Verletzung des Äquivalenzgrundsatzes führt die Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr bei Wahl eines ausländischen Rechts allerdings deswegen nicht, weil sie unabhängig von der rechtlichen Grundlage der Rechtswahl anfallen würde. Sie würde die Parteien deshalb auch in den Fällen treffen, in denen die Befugnis zur Rechtswahl aus Vorschriften des nationalen Rechts folgt. Die Bestimmungen über den Anfall der zusätzlichen Gerichtsgebühr bei Wahl eines ausländischen Rechts wären deshalb auf gemeinschaftsrechtlich geregelte Sachverhalte nicht anders anzuwenden als auf Sachverhalte, die allein dem nationalen Recht unterliegen.

e) Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes?

Ein Konflikt mit Vorgaben des Gemeinschaftsrechts würde schließlich auch nicht aus einer Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes folgen¹³⁵. Zwar könnte man sich fragen, ob die Erhebung einer zusätzlichen, an die Wahl eines ausländischen Rechts geknüpften Gebühr, die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht – schon jetzt oder in naher Zukunft – eröffneten Rechtswahlmöglichkeiten in einer Weise einschränkt, die die Effektivität des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt. Im Ergebnis ist dies aber zu verneinen. Der Effektivitätsgrundsatz fordert nach ständiger Rechtsprechung des EuGH von den Mitgliedstaaten nämlich lediglich, dass sie die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts »nicht praktisch unmöglich machen« oder »übermäßig erschweren«¹³⁶. Da die Möglichkeit der Rechtswahl vollumfänglich erhalten bliebe, würde die Ausübung der gemeinschaftsrechtlich eröffneten Rechtswahlmöglichkeit durch eine zusätzliche Gerichtsgebühr aber nicht unmöglich gemacht. Sie würde auch nicht übermäßig erschwert. Denn die zusätzliche Gerichtsgebühr würde durch die Orientierung am Streitwert neben den ohnehin anfallenden Gebühren nicht, zumindest nicht in einer Weise ins Gewicht fallen, die die Ausübung der Rechtswahlfreiheit von Anfang an unverhältnismäßig beeinträchtigen würde¹³⁷. Dies gilt zumindest dann,

¹³⁵ Siehe dazu die Nachweise oben N. 65.

¹³⁶ Siehe zum Beispiel EuGH 20.9. 1990 – Rs. C-5/89 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaft ./. Bundesrepublik Deutschland*), Slg. 1990, I-3437 Rz. 12; 8.2. 1996 – Rs. C-212/94 (*FMC plc, FMC (Meat) Ltd, DT Duggins Ltd, Marshall (Lamberhurst) Ltd, Montelupo Ltd und North Devon Meat Ltd ./. Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*), Slg. 1996, I-389 Rz. 5 und 52.

¹³⁷ Dies folgt bereits daraus, dass die Höhe der Gerichtsgebühren auch aus ökonomischer Sicht nicht so hoch sein darf, dass sie zu einer Verzerrung zu Lasten ausländischen Rechts

wenn die zusätzliche Gebühr nicht so hoch angesetzt wird, dass sich die Wahl ausländischen Rechts bereits aus finanziellen Gründen verbietet. Dies müsste bei der Bestimmung der Gebührenhöhe selbstredend berücksichtigt werden. Auch der Effektivitätsgrundsatz stünde damit einer Erhebung einer zusätzlichen Gerichtsgebühr bei Wahl eines ausländischen Rechts nicht entgegen.

E. Schlussbetrachtung

Nach den vorstehenden Ausführungen stellt sich die hier vorgeschlagene kostenrechtliche Lösung als beste Möglichkeit zur Vermeidung externer Effekte im Kontext der Rechtswahlfreiheit dar. Sie lässt den Parteien die in Zeiten der Globalisierung immer wichtiger werdende Freiheit, das auf ihre Verhältnisse anwendbare Recht zu bestimmen, und verhindert trotzdem, dass die Wahl eines ausländischen Rechts Dritte belastet, die an der dahingehenden Entscheidung nicht beteiligt sind. Anders als das geltende deutsche Recht, das die Ermittlung des ausländischen Rechts in die Hände der Gerichte legt, ohne die Parteien zur vollständigen Tragung der damit einhergehenden Kosten zu verpflichten, stellt sich die kostenrechtliche Lösung damit insgesamt als effizient dar. Da sie sich außerdem mit dem System des deutschen Gebührenrechts und mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts vereinbaren lässt, könnte sie – anders als die übrigen hier diskutierten Möglichkeiten zur Vermeidung externer Effekte, namentlich die Verfolgung eines *lex-foi*-Ansatzes und die Behandlung von ausländischem Recht als Einrede oder als Tatsache – ohne weiteres vom deutschen Gesetzgeber übernommen werden. Dieses wiederum hätte den Vorteil, dass auch gegen eine weitere Ausdehnung der Rechtswahlfreiheit nichts einzuwenden wäre. Mehr noch: Sie wäre zu begrüßen, weil sie den Interessen der Parteien in größerem Umfang als bisher zur Durchsetzung verhilft und das Internationale Privatrecht damit um eine effiziente Strategie zur Lösung grenzüberschreitender Sachverhalte¹³⁸ bereichern würde.

führt. Denn da dies die Verzerrung zu Gunsten ausländischen Rechts durch eine Verzerrung zu Lasten ausländischen Rechts und damit die ineffizient häufige Wahl von ausländischem Recht durch die ineffizient häufige Wahl von deutschem Recht ersetzen würde, käme man damit »vom Regen in die Traufe«.

¹³⁸ Siehe dazu *Basedow*, *Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht* 242; *ders.*, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts* 66–67; *Garcimartín Alférez* 27–29; *Guzman* 913–914; *O'Hara/Ribstein* 1186–1887; *Parisi/Ribstein* 238–239; *Siehr* 280 (alle oben N. 1); *Schäfer/Lantermann* 92.

Summary

THE COSTS OF FREE CHOICE OF LAW:
ON THE APPLICATION OF FOREIGN LAW BY DOMESTIC COURTS

Free choice of law has been the focus of the economic analysis of law for several years. However, most of the contributions have concentrated on one aspect of choice-of-law clauses only, namely their efficiency. In contrast, few authors have taken note of other economic problems that free choice of law might pose. One of these problems is the fact that choice-of-law clauses – at least if they call for application of foreign law – incur significant costs. After all, domestic courts will have to apply a law that they do not know and whose application, therefore, is more expensive than the application of domestic law. In economic terms, these additional costs can be classified as negative external effects. They may result in inefficiencies unless the parties – when making their choice – consider and, thus, internalise the additional costs associated with the application of foreign law. Unfortunately, under current German law no such internalisation takes place: Courts have to determine the content of foreign law *ex officio*. And the parties neither have to support the courts in this endeavour nor to bear all the costs involved. This article, therefore, discusses several proposals for legal reform designed to provide the parties with an incentive to consider the additional costs when making their choice of law. More specifically, it discusses the economic advantages and disadvantages of adopting a *lex fori* approach, of requiring the parties to plead and prove foreign law and of increasing the court fees in cases where the parties have chosen a foreign law. It comes to the conclusion that the last option complies best with economic and legal requirements and, therefore, suggests to change German law accordingly.

