

Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts

Herausgegeben von
RALF MICHAELS und
JAN PETER SCHMIDT

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

145

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

145

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktorium:
Holger Fleischer, Ralf Michaels, Anne Röthel



Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts

Herausgegeben von
Ralf Michaels und Jan Peter Schmidt

Mohr Siebeck

Ralf Michaels ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Universität Hamburg, sowie Inhaber des Lehrstuhls für Global Law an der Queen Mary University London.
orcid.org/0000-0003-2143-3094

Jan Peter Schmidt ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg und Leiter des Kompetenzzentrums für die Anwendung ausländischen Rechts ebenda.
orcid.org/0000-0002-7727-7775

Die Open-Access-Publikation erfolgt mit Mitteln des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

ISBN 978-3-16-163410-9 / eISBN 978-3-16-163411-6
DOI 10.1628/978-3-16-163411-6

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. www.mohrsiebeck.com

© Ralf Michaels, Jan Peter Schmidt (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die Behandlung ausländischen Rechts im Verfahren ist ein klassisches Thema des Internationalen Privat- und Prozessrechts.¹ In Anlehnung an *Gerhard Kegel* kann sie sogar als dessen „heimlicher König“ bezeichnet werden.² Der klassische Charakter der Thematik bewirkt freilich auch, dass typischerweise immer wieder dieselben Fragen behandelt werden, auch wenn über die Antworten mittlerweile weitgehend Konsens besteht: Ist ausländisches Recht Tatsache oder Recht? (Antwort: Recht). Ist die Ermittlung des ausländischen Rechts Aufgabe des Richters oder der Parteien? (Antwort: hauptsächlich des Richters, jedenfalls in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen). Ist ausländisches Recht revisibel? (Antwort: formal gesehen nein, über den Weg der Aufklärungsrüge *de facto* ja). Wie ist ausländisches Recht auszulegen? (Antwort: im Prinzip so wie im Ausland).

Diese klassischen Fragen beruhen nun ihrerseits auf einem eher klassischen Rechtsverständnis. Nach diesem besteht eine strikte Trennung zwischen Recht und Tatsache, materiellem Recht und Prozessrecht, eine weitere strikte Trennung zwischen inländischem und ausländischem Recht, und eine weitere strikte Trennung zwischen Rechtschöpfung und Rechtsermittlung („Architekt“ und „Fotograf“, in *Goldschmidts* berühmter Gegeneinandersetzung).³

Waren diese Trennungen bei näherem Hinsehen schon früher weniger klar, als es den Anschein hatte, sind sie in jüngerer Zeit endgültig suspekt geworden: Soft Law und Normen schieben sich zwischen Recht und Tatsache; materielles und Prozessrecht vermischen sich häufig; in- und ausländisches Recht sind innerhalb der Europäischen Union, aber auch innerhalb einer transnationalisierten Welt, nicht mehr strikt voneinander zu trennen. Die Idee, dass aus dem ausländischen Recht durch bloße Ermittlung die einzig richtige Entscheidung oder auch nur die wahrscheinliche Entscheidung eines hypothetischen Richters erschlossen werden könnte, stößt sich mit Erkenntnissen des Rechtsrealismus.

¹ Vgl. nur umfassend rechtsvergleichend *Nishitani* (Hrsg.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics Towards Convergence?*, 2017; rechtstatsächlich *M. Stürner/Krauß*, *Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren*, 2018.

² *Kegel*, *Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrecht*, in: FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 453, 462, der die Aussage auf den Stand bezog, „den die Ermittlung ausländischen Privatrechts in den einzelnen Ländern erreicht hat“.

³ *Goldschmidt*, *Suma del derecho internacional privado*, 2. Aufl. 1961, 92; vgl. *Oyarzábal*, *Das Internationale Privatrecht von Werner Goldschmidt: In Memoriam*, *RabelsZ* 82 (2008), 601, 609–611.

Hinzu kommt, dass sich das, was wir ausländisches Recht nennen, in seiner Natur geändert hat. Einerseits sind wir weniger bereit als früher, den Inhalt von Recht auf den Inhalt gesetzlicher Normen zu reduzieren, oder auch auf die Rechtsprechung. Das macht die Ermittlung ausländischen Rechts schwieriger. Andererseits ist insbesondere Dank des Internets (ggf. in Verbindung mit moderner Übersetzungssoftware) und der stetig wachsenden deutschsprachigen Literatur zum ausländischen Recht dieses heute wesentlich einfacher zugänglich als früher.

In rechtstatsächlicher Hinsicht spricht einiges dafür, dass die Notwendigkeit, ausländisches Recht zu ermitteln und anzuwenden, aufgrund der stetig gewachsenen internationalen Verflechtungen heute deutlich häufiger auftritt als noch vor einigen Jahrzehnten und dementsprechend die richterliche Tätigkeit viel stärker prägt als früher.⁴ Zwar sorgt der insbesondere von den europäischen Kollisionsrechtsakten weitgehend angestrebte Gleichlauf von *forum* und *ius* dafür, dass deutsche Gerichte auch in grenzüberschreitenden Fällen häufig ihr eigenes Recht anzuwenden haben. Doch ist dieser Gleichlauf alles andere als lückenlos, wie nicht zuletzt die – praktisch höchst bedeutsamen – Streitigkeiten aus Verkehrsunfällen zeigen. Weiter verschärft haben dürfte sich damit auch das schon vor Jahrzehnten von *Ernst Rabel* beklagte Problem, dass die große, insbesondere von Gerichten ausgehende Nachfrage nach Expertise zum ausländischen Privatrecht die universitären und außeruniversitären Institute als die traditionellen Anbieter zu überfordern droht.⁵

Als im Jahre 2020 ein neues Kompetenzzentrum für die Anwendung ausländischen Rechts am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gegründet wurde, das praktische und wissenschaftliche Tätigkeit vereinen sollte, erschien es uns daher passend, den praktischen Umgang mit ausländischem Recht und insbesondere die Rolle des Sachverständigengutachtens selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion zu machen. Die zu diesem Zweck am 16. und 17. Juni 2023 am Institut veran-

⁴ Jedenfalls sind die für die „Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts“ (IPRSpr) pro Jahr erfassten Entscheidungen über die Jahrzehnte hinweg immer zahlreicher geworden. So hat sich die Zahl zwischen 1970 (147 Entscheidungen) und 2020 (365 Entscheidungen) mehr als verdoppelt.

Mittlerweile ist die IPRSpr auf eine frei zugängliche Datenbank umgestellt worden (<www.iprspr.de>), die alle Entscheidungen seit 2004 enthält.

⁵ Siehe *Rabel*, Das Kaiser Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin, in: 25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Bd. I, 1936, S. 141, 142 f.: „[...] so unterhält das Institut eine unmittelbare Verbindung mit der Praxis der Behörden und Gerichte durch Rechtsauskünfte, deren Umfang allmählich die Kräfte des Instituts in empfindlicher Weise belastet, zu denen es sich aber im Gegensatz zu den ursprünglichen Absichten verpflichtet fühlt, um einer offenbaren Notlage der Anfragenden abzuhelpen“.

staltete Tagung⁶ knüpfte auch an das einflussreiche Symposium an, das 1966 am gleichen Ort zum gleichen Thema stattgefunden hatte.⁷ Zudem bot sie die Gelegenheit, *Reinhard Ellger* für seine mehr als 20-jährige Tätigkeit als Gutachtenkoordinator des Instituts zu danken.

Der vorliegende Sammelband spiegelt den zweifachen Fokus der Konferenz wie auch des Kompetenzzentrums, indem er einen vorwiegend wissenschaftlich und einen vorwiegend praktisch ausgerichteten Teil enthält. Teil 1 bilden die Schriftfassungen der auf der Tagung gehaltenen Referate. Sie bieten zunächst einen rechtshistorischen und rechtstheoretischen Zugriff auf den Umgang mit ausländischem Recht im Verfahren und widmen sich dann einer Reihe praktisch bedeutsamer Spezialfragen.

Teil 2 des Bandes bildet das Ergebnis eines mit Vertretern und Vertreterinnen aus Wissenschaft und Praxis (insbesondere Justiz, Anwaltschaft und Notariat) abgehaltenen Workshops ab, nämlich die auf der Grundlage eines im Haus erstellten Vorentwurfs intensiv diskutierten und im Nachgang finalisierten „Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren“.⁸ Die Hamburger Leitlinien wollen Gerichten, aber auch Sachverständigen und Parteien den rechtskonformen, transparenten und effizienten Umgang mit ausländischem Recht erleichtern und bieten neben kompakter Wiedergabe des maßgeblichen Rechtsrahmens eine Vielzahl praktischer Handlungsempfehlungen, die sich aus den zum Teil jahrzehntelangen Erfahrungen der an der Abfassung beteiligten Personen speisen. Vorangestellt ist unsere bereits in der NJW erschienene Einführung in die Hamburger Leitlinien, ferner ihre Würdigung aus Sicht der Finanzgerichtsbarkeit. Dem Verlag C.H. Beck und dem Richard Boorberg Verlag danken wir jeweils für die freundliche Genehmigung zur Zweitveröffentlichung.

Dieser Band bietet die unseres Wissens erste umfassende Behandlung des Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht in deutschen Verfahren und liefert sowohl eine fundierte und kritische Bestandsaufnahme als auch konkrete Vorschläge für Verbesserungen oder doch zumindest Feinjustierungen des bestehenden Systems. Wir danken allen Teilnehmern und Teilnehmerinnen der Konferenz und des Workshops dafür, dass sie unserer Einladung gefolgt sind und sich dem Thema mit so viel Engagement und Sachkunde gewidmet haben. Die technische Vorbereitung dieses Bandes lag wie immer in den bewährten Händen der Abteilung Redaktionen, hier umgesetzt

⁶ Siehe den Konferenzbericht von *Felix Bassier*, *Christina Kottke* und *Philipp Kronier*, IPRax 2024, 257.

⁷ Siehe den Konferenzbericht von *Dierk Müller*, *RabelsZ* 30 (1966), 752 und die Tagungsbeiträge in: *Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht: Festveranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht vom 6.–8. Juli 1966*, hrsg. v. *Dierk Müller*, 1968.

⁸ Sie sind auch online zugänglich unter <www.hhleitlinien.de>.

von *Janina Jentz*. Um die redaktionelle Bearbeitung der Manuskripte haben sich *Felix Bassier*, *Lea-Christin Gläser* und *Katja Theresia Wolfschmitt* verdient gemacht. Auch ihnen allen sei herzlich gedankt.

Nicht mehr erleben konnte das Erscheinen dieses Bandes (wie auch schon die zugrunde liegende Konferenz) leider der viel zu früh verstorbene *Jürgen Basedow*. Ganz im Einklang mit seinem generellen Credo war ihm die fallbezogene Anwendung von IPR und Rechtsvergleichung stets eine Herzensangelegenheit gewesen. Als Referent hatte er zu Beginn seiner Laufbahn die Schwierigkeiten, aber auch den praktischen, pädagogischen und wissenschaftlichen Nutzen der Gutachtenerstellung unmittelbar selbst erfahren, und als Direktor setzte er sich später stets dafür ein, die Institutstätigkeit auf diesem Feld nicht allzu sehr zu Gunsten der Grundlagenforschung zurückzudrängen.⁹ Als wir das Projekt der Hamburger Leitlinien begannen, luden wir auch *Jürgen Basedow* zur Mitwirkung in unserer internen Arbeitsgruppe ein, nicht wissend, ob er sich als Emeritus überhaupt noch dafür interessieren würde. Auf der ersten Sitzung, die nur wenige Wochen vor seinem Tod stattfand, tat *Jürgen Basedow* dann jedoch gleich zu Beginn seine Begeisterung für das Vorhaben kund und sprühte in den anschließenden Diskussionen vor Ideen und Anregungen, die vielfach Eingang in die Endfassung fanden. Wir sind, bei aller Trauer über seinen Verlust, froh und dankbar, ihn so lebhaft in Erinnerung behalten zu können, und widmen diesen Band seinem Gedenken.

Hamburg, Dezember 2024

Ralf Michaels und *Jan Peter Schmidt*

⁹ Vgl. den Nachruf von *Kieninger/Michaels*, *RabelsZ* 87 (2023), 229.

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis	XI

Teil 1 – Das Gutachten im Prozess

<i>Peter Oestmann</i> Zur Geschichte der Gutachtenpraxis.....	3
<i>Ralf Michaels</i> Was ist fremdes Recht? Rechtstheoretische Grundlagen des § 293 ZPO.....	33
<i>Michael Stürner</i> Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter.....	61
<i>Anatol Dutta</i> Rechtsordnungsübergreifendes Zusammenspiel von Sachrecht und Verfahrensrecht. Ein Bericht aus der Gutachtenwerkstatt	85
<i>Jan von Hein</i> Der Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht.....	113
<i>Anton S. Zimmermann</i> „Rough Justice“. Ist der an die richterliche Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts gestellte Richtigkeits- und Vollständigkeits- anspruch überzogen?	159
<i>Denise Wiedemann</i> Haben Gerichtsentscheidungen und Gutachten zum ausländischen Recht eine Präzedenzwirkung?	187
<i>Lukas Rademacher</i> Haftung und Vergütung bei der Erstellung auslandsrechtlicher Gutachten in gerichtlichen Verfahren	207

<i>Rembert Süß</i> Der Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts	223
---	-----

Teil 2 – Die Hamburger Leitlinien

<i>Ralf Michaels/Jan Peter Schmidt</i> Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren. Entstehung, Ziele, Inhalt	235
<i>Friedrich Loschelder</i> Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts im finanzgerichtlichen Verfahren	249
Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien	265
Verzeichnis der Beitragenden	291

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuRAG	Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls
AusLJ	Australian Law Journal
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
Bd./Bde.	Band/Bände
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWNNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
Calif.L.Rev.	California Law Review
Cc	Code civil
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CPO	Reichscivilprozessordnung
DAR	Deutsches Autorecht
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DS	Die Sachverständigen
Duke J.Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law
Duke L. J.	Duke Law Journal
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ERA Forum	Journal of the Academy of European Law
ErwG	Erwägungsgründe

EStG	Einkommenssteuergesetz
EuBVO	Verordnung (EU) Nr. 2020/1783 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme)
EuBVO a.F.	Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGüVO	Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands
EuLF	The European Legal Forum
EuPartVO	Verordnung (EU) Nr. 2016/110 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften
EuUnthVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
f./ff.	folgend(e)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRB	Familien-Rechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-StrVR	Fachdienst Straßenverkehrsrecht
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FTCAM	Formulare, Textverarbeitung, Computergeeignete Arbeitsmethoden
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
HStVÜ	Haager Straßenverkehrsübereinkommen
HUP	Haager Unterhaltsprotokoll

ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
i. S. d.	im Sinne des/der
ISR	Internationale SteuerRundschau
IStR	Internationales Steuerrecht
i. V. m.	in Verbindung mit
IWB	Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JBf.	Juristische Blätter
JCL	Journal of Comparative Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JPIL	Journal of Private International Law
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das Juristische Büro
jurisPK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten
JZ	JuristenZeitung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
LQR	Law Quarterly Review
LT	Legal Theory
Maastr. J.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
m. E.	meines Erachtens
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MPI	Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. W. v.	mit Wirkung vom
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Ndr.	Neudruck
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
Pas.	Pasicrisie luxembourgeoise
PfIVAuslG	Gesetz über die Haftpflichtversicherung für ausländische Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger
QFIAB	Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
Rev. crit. DIP	Revue critique de Droit International Privé
Rev. dr. aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Satz; Seite
SchIHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sec.	Section
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVR	Straßenverkehrsrecht
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TranspR	Transportrecht
u. a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCPR 2005	New South Wales Uniform Civil Procedure Rules 2005
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil vom
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VRUG	Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz
WKRS	Wolters Kluwer Rechtsprechung
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Teil 1

Das Gutachten im Prozess

Zur Geschichte der Gutachtenpraxis

Peter Oestmann

I. Gutachtenpraxis im ungelehrten Mittelalter: Oberhofzüge	6
II. Gutachtenpraxis im gelehrten Recht.....	10
1. Konsiliatorenwesen in Italien.....	11
2. Gelehrte Syndizi und andere Ratgeber in Deutschland	15
3. Voll entfaltete Gutachtenpraxis der frühen Neuzeit.....	16
III. Ein Blick auf das 19. Jahrhundert	28
IV. Lehren aus der Geschichte?	31

Es ist ein außerordentlich beruhigendes und erfreuliches Zeichen, wenn ein Tagungsband über Rechtsgutachten zum ausländischen Recht in der Gerichtspraxis des 21. Jahrhunderts vor dem Einstieg in aktuelle, praktische und internationale Fragen den Blick bewusst zurück richtet und das Gespräch mit der Rechtsgeschichte sucht. Es gibt immer wieder Diskussionen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und geltendem Recht. In welchem Maße soll oder muss der Dogmatiker bzw. moderne Jurist selbst die Wurzeln seines Problems aufspüren oder zumindest die einschlägige Literatur zur Kenntnis nehmen?¹ Ist andererseits die Rechtsgeschichte aufgerufen, selbst Gegenwartsvergleiche anzustellen, um ihre Bedeutung für aktuelle Fragen zu untermauern?² Ist die Verzahnung von Grundlagenforschung mit der Wissen-

¹ Dazu die Stellungnahmen in der Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte: *Jansen*, Tief ist der Brunnen der Vergangenheit. Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik, ZNR 27 (2005), 202; *Grigoleit*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik, ZNR 30 (2008), 259; *Haferkamp*, Wie weit sollte man als Rechtsdogmatiker in der Geschichte zurückgehen?, ZNR 30 (2008), 272; *Looschelders*, Zum Nutzen der Rechtsgeschichte für die Dogmatik, ZNR 30 (2008), 282; *Schwintowski*, Praktische Rechtswissenschaft – entwurzelt?, ZNR 30 (2008), 289. – Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es noch ganz pathetische Titel, etwa *Mitteis*, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, 1947; *Mitteis*, Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, 1948.

² Hierzu gibt es vor allem Äußerungen in Anleitungsbüchern für rechtshistorische Exegesen: *Hattenhauer*, Die deutschrechtliche Exegese. Eine Anleitung für Studenten, 1975, S. 50–52; *Schlosser/Sturm/Weber*, Die rechtsgeschichtliche Exegese, 2. Aufl. 1993, S. 69–74, 89, 107; zurückhaltend *Keiser/Oestmann/Pierson*, Einleitung, in: Keiser/Oestmann/

schaft zum geltenden Recht vielleicht sogar eine Voraussetzung für die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft schlechthin?³ Es kommt nicht darauf an, immer wieder derartige Grundsatzdebatten zu eröffnen. Wohl allerdings kann rechtshistorisches Wissen manchmal einen kritischen Unterton in moderne Fragen einfließen lassen. Manche Probleme sind älter, als es scheint, manche Problemlösungen haben sich in bestimmten Konstellationen früher bereits bewährt oder gerade nicht bewährt. Die Form von Reflexionswissen tut beiden Diskussionspartnern gut.⁴

Die Geschichte der Gutachtenpraxis, erzählt für Juristen mit Interesse vor allem am geltenden internationalen Privatrecht, braucht sich im Folgenden nicht mit ihren vielfachen Verästelungen zu belasten. Einige Schlaglichter genügen. Sehr allgemein geht es stattdessen um einige wesentliche Weichenstellungen. Die Einholung von Rechtsrat unterscheidet sich grundlegend danach, ob sich die Beteiligten in einer ungelehrten oder einer gelehrten Rechtskultur bewegen (hierzu sogleich I.). Der Blick fällt sodann auf das frühneuzeitliche Deutschland mit seiner umfangreichen Praxis privater Rechtsgutachten und gleichzeitig gerichtlicher Aktenversendung (unten II.). Beim Blick auf das 19. Jahrhundert geht es um die Eigenständigkeit der Justiz als Staatsgewalt und damit um die Zurückdrängung von Universitäten aus der Rechtsprechung (unten III.).

Einige Kontinuitäten zur heutigen Gutachtenpraxis liegen auf der Hand. Moderne Fragen sind methodisch vielfach mit älteren Problemen verbunden, auch wenn der materiellrechtliche Rahmen und die jeweilige Gerichtsverfassung sich gewandelt haben. Die heutige amtliche Überschrift von § 293 ZPO fragt nach fremdem Recht. Der Normtext selbst, ursprünglich § 265 der CPO (Reichscivilprozessordnung) und zunächst ohne Überschrift, spricht seit 1877/79 von dem in einem anderen Staat geltenden Recht, von Gewohnheitsrechten und Statuten.⁵ Der Beweis von Rechtsnormen nimmt sich auf den ersten Blick ins Gesetz wie ein Fremdkörper in einem modernen Gerichtsver-

Pierson, Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese. Quelleninterpretation in Hausarbeiten und Klausuren, 2022, S. 30–31.

³ So die Andeutungen des Wissenschaftsrates, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drucksache 2558-12), 2012; dazu die Debatte „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ von *Grundmann*, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, *JZ* 2013, 693; *Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, 297; *Hillgruber*, Mehr Rechtswissenschaft wagen, *JZ* 2013, 700; *Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, *JZ* 2013, 704; *Rixen*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrats, *JZ* 2013, 708; *Stolleis*, Stärkung der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, 712.

⁴ Deutlicher Hinweis auf die Funktion der Grundlagenfächer bei *Möllers*, Grundlagenfächer in der Reform der Juristenausbildung, *Anwaltsblatt* 2016, 713.

⁵ § 265 CPO, in: *Reichs-Gesetzblatt* 1877, Nr. 6, S. 130.

fahren aus, das Wort Statuten ist heute nahezu ungebräuchlich, auch Gewohnheitsrechte im Plural wecken Erstaunen. Es geht um die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis, also um eine normative Beschränkung des *iura novit curia*-Grundsatzes. Hierfür sind Beweismöglichkeiten eröffnet, andere Erkenntnisquellen und das aus der Sicht des Gerichts Erforderliche sind ausdrücklich im Gesetz genannt.⁶ Ob der gesetzliche Hinweis auf die Ermittlung des unbekanntes Rechts glücklich gewählt ist, kann hier dahinstehen.⁷ § 293 ZPO als normative Klammer verbindet jedenfalls die gegenwärtige Rechtspraxis mit einer jahrhundertealten Tradition. Der Anspruch auf richterliche Rechtskenntnis kannte immer immanente Grenzen. Dasjenige Recht, das außerhalb des erwarteten Rechtswissens liegt bzw. lag, mag man als fremd oder ausländisch bezeichnen, als Tatsache oder als Ortsgewohnheit. Die prinzipielle Frage stellt sich jeweils in ähnlicher Weise. Die zeitbedingten Antworten fügen sich in den politischen Rahmen wie Gerichtssprengel und Staatsgrenzen, aber auch in die unterschiedliche Rechtsquellenlage ein.

Ein besonderer Unterschied zum modernen Recht wird beim geschichtlichen Rückblick mehrfach auftauchen und sei daher bereits hier ausdrücklich hervorgehoben. Die Frage nach fremdem, der Sache nach also nach ausländischem Recht, setzt die Unterscheidung von Inland und Ausland voraus. Frühe Rechtsordnungen folgen aber vielfach dem Personalitätsprinzip und unterscheiden Angehörige der eigenen Gruppe und Fremde,⁸ nicht aber in erster Linie Inland und Ausland. In dem Maße, in dem nach und nach Hoheitsträger Gebietsherrschaft ausübten, sprach das gelehrte Recht von *iusdicitio*, also von Gerichtsgewalt.⁹ Wo die eigene Gerichtsgewalt endete, begann im Umkehrschluss rechtliches Ausland. Angesichts der großen Zahl von Territorien im Alten Reich lässt sich die Bedeutung dieses Punktes kaum überschätzen. Es gab Dutzende im Reichstag versammelte Territorien,¹⁰ hinzu kamen weitere teilweise winzige Reichsstädte, Reichsdörfer und Aberhunderte an Reichs-

⁶ Verknüpfung von modernem Recht und seiner Vorgeschichte bei *Oestmann*, Die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis, in: Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, *Colloquia Academica* (G 1998), 1999, S. 37–81.

⁷ *Broggini*, Die *Maxima iura novit curia* und das ausländische Recht, AcP 155 (1956), 469, 497, mit dem Hinweis, dass Recht nie eines Beweises bedürfe und es um das private Wissen des Richters gehe.

⁸ *Kannowski*, Art. Personalitätsprinzip, in: HRG, 2. Aufl., 26. Lieferung 2017, Sp. 477–480; kritisch zur möglichen Rückkehr des Personalitätsprinzips *Oestmann*, Die Personalisierung des Rechts, FAZ, 11.1.2023, S. 4.

⁹ Als allgemeine Leitfrage bei *Oestmann*, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, 2. Aufl. 2021, S. 18–21.

¹⁰ Zumeist erfasst in den sog. Reichsmatrikeln, dazu *Schnettger*, Kaiser und Reich. Eine Verfassungsgeschichte (1500–1806), 2020, S. 35, 130; *Donabaum*, Art. Reichsmatrikel, in: HRG, 2. Aufl., 31. Lieferung 2024, Sp. 1623–1625.

rittern. Auch wenn das Recht nicht immer vom vormodernen Staat kam,¹¹ waren Rechtsprobleme mit Auslandsbezügen in der frühen Neuzeit kaum seltener als heute,¹² nur der Bezugsrahmen sah eben anders aus. Neben dem europäischen, römisch-kanonischen gemeinen Recht, dem *ius commune*, gab es Reichsrecht, Landesrecht und regionale Rechtsgewohnheiten. Genau hier, in dieser partikularen Vielfalt, liegt einer der Gründe, warum die Gutachtenpraxis neben Italien gerade in der deutschen Rechtsgeschichte eine so enorme Bedeutung erlangen konnte. In stärker zentralisierten vormodernen Staaten wie etwa in Frankreich spielte das eigene Recht im Vergleich zum vielfältigen fremden Recht immer eine größere Rolle, sowohl geographisch als auch inhaltlich.¹³ Unklarheiten über die Existenz von Rechtsquellen oder zweifelhafte Inhalte einzelner Normen kamen hier schlichtweg seltener vor. Positiv gewendet, zeigen sich in der Unkenntnis einschlägiger Rechtsquellen und in der Notwendigkeit, deswegen Rechtsrat einzuholen, prozessrechtliche Auswirkungen des Föderalismus und der Dezentralisierung.

I. Gutachtenpraxis im ungelehrten Mittelalter: Oberhofzüge

Das ungelehrte mittelalterliche Recht kannte keine Gutachtenpraxis im modernen Verständnis. Unter ungelehrtem Recht versteht die rechtshistorische Literatur das gewohnheitlich überlieferte Recht abseits des kirchlichen (kanonischen) Rechts und, soweit bereits bekannt, des römischen Rechts. Das ungelehrte Recht beruhte weithin auf Rechtsgewohnheiten. Dieses moderne Kunstwort soll andeuten, dass es damals einen Gegensatz zwischen abstrakt-generellen Gesetzesnormen und abstrakt-generellen gewohnheitsrechtlichen Normen gar nicht geben konnte. Das ungelehrte Recht dachte nicht abstrakt und generell, sondern konkret und individuell von Einzelfall zu Einzelfall.¹⁴ Dieser Befund ist nicht auf den deutschsprachigen Raum begrenzt. Das fran-

¹¹ Das gilt besonders mit Blick auf das römisch-kanonische Recht sowie auf partikulare Rechtsgewohnheiten, zur prozessualen Behandlung u. a. *Trusen*, Römisches und partikulares Recht in der Rezeptionszeit, jetzt in: *Trusen*, Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, 1997, S. 737.

¹² Europäisch-vergleichend zum frühneuzeitlichen Kollisionsrecht *Boosfeld*, Die Lehren von der Statutenkollision. Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht, 2023.

¹³ Frankreich kannte vergleichsweise früh eine Revision/Kassation bei Entscheidungen, die gegen Verordnungen, Gewohnheitsrecht oder das *ius scriptum* verstießen: *Bernabé/Godin*, Frankreich, in: *Decock*, Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit (Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa 3), 2021, S. 569, 580.

¹⁴ Überblick über die Diskussion innerhalb der Rechtsgeschichte *Dilcher* u. a., Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, 1992; aus eher rechtstheoretischer Beobachterperspektive *Pilch*, Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten. Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, 2008.

zösische *pays de droit coutumier* war ebenso geprägt, für Osteuropa sind ähnliche Rechtsstrukturen belegt.¹⁵ In diesem rechtsgewohnheitlichen Recht gab es viel Mündlichkeit, keine Schriftsätze der Parteien, und keine Rechtsanwendung im Sinne der Subsumtion von Tatsachen unter allgemeine Rechtsnormen. Recht wurde gefunden, und wenn man es gefunden hatte, wurde es gewiesen, wie man damals sagte.¹⁶ Voraussetzung hierfür war die Einigkeit der Gerichtsgemeinde über das im Einzelfall maßgebliche Recht.¹⁷ Diese Art von Recht prägte die Rechtspraxis an vielen Orten weit über das Ende des Mittelalters hinaus, sehr oft mindestens bis in die Zeit des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 hinein.¹⁸

In diesem ungelehrten Recht gab es immer dann einen eigentümlichen Bedarf an Rechtsrat, wenn die Gerichtsgemeinde, die sog. Dinggenossenschaft, keinen Konsens über das Recht erzielen konnte. Wenn man keine Einigkeit über das Recht feststellte, gab es überhaupt kein Recht. Mehrheitsentscheidungen waren kaum üblich.¹⁹ In dieser Pattsituation bestand die Möglichkeit, dass Richter und Schöffen sich der besseren Rechtskenntnis erfahrener Praktiker anvertrauten. Diese ganz gerichtähnliche Stelle, an die man seine Anfrage richtete, heißt mit einem spätmittelalterlichen Rechtswort Oberhof. Jakob Grimm sagte es im frühen 19. Jahrhundert romantisch zugespitzt mit diesen Worten: „man entlich das recht, wie feuer und licht bei dem nachbar.“²⁰ Etwas prosaischer definiert das Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Oberhöfe als „Rechtsbelehrungs- und Rechtsauskunftsstelle zur Unterweisung fremder Gerichte und zum Teil auch privat anfragender Einzelpersonen in Rechts- und Prozeßsachen“.²¹ Die Blütezeit dieses Oberhofwesens reichte vom späten 14. bis zum frühen 16. Jahrhundert mit letzten

¹⁵ Bühler, Art. Coutumes, in: HRG I, 2. Aufl. 2008, Sp. 907–912; Modzelewski, Das barbarische Europa. Zur sozialen Ordnung von Germanen und Slawen im frühen Mittelalter, 2011.

¹⁶ Als Forschungsbegriff wird Weisung demgegenüber teilweise enger auf sog. Weistümer bezogen, hierzu Werkmüller, Art. Rechtsweisung, in: HRG IV, 1. Aufl. 1990, Sp. 417–419.

¹⁷ Maßgeblich ist weitgehend immer noch die umfangreiche Untersuchung von Weitzel, Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter, 1985; Hinweise auch bei Oestmann (Fn. 9), S. 62–69.

¹⁸ Beispiele bei Oestmann, Zur Typologie frühneuzeitlicher Gerichte – einige norddeutsche Schlaglichter, in: Amend-Traut u. a., Unter der Linde und vor dem Kaiser. Neue Perspektiven auf Gerichtsvielfalt und Gerichtslandschaften im Heiligen Römischen Reich, 2020, S. 57–76.

¹⁹ Ausnahme für das Reichshofgericht, hierzu Battenberg, Art. Reichshofgericht, in: HRG, 2. Aufl., 31. Lieferung 2024, Sp. 1539–1544.

²⁰ Grimm, Vorrede zu Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt am Main und das fränkische Recht in Bezug auf denselben, 1841, S. XI. Kleinschreibung nach seiner persönlichen Schreibung.

²¹ Klassisch Werkmüller, Art. Oberhof, in: HRG III, 1. Aufl. 1984, Sp. 1134–1146.

Ausläufern bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts.²² Die Oberhöfe waren Kollegialgremien, je nach Region teilweise die Räte mittelalterlicher Städte oder eine Gruppe angesehenen Urteiler aus dem niederen Adel. Max Weber nannte sie Rechtshonoratioren.²³ Das Ansehen des Oberhofs beruhte auf der praktischen Erfahrung seiner Mitglieder und damit auf dem Vertrauen, das Parteien und Gerichtspersonen in dieses Gremium setzten.

Verständlich werden die Anfragen an den Oberhof, wenn man berücksichtigt, dass es kaum geschriebene Gesetze und keine Rechtswissenschaft gab. Das Recht war regional verschieden, traditionell spricht man von Rechtskreisen, gern auch von Rechtsfamilien.²⁴ In diesem romantischen Sprachbild gab es Mutterstädte, die ihr Recht an Tochterstädte weitergaben. Dies konnte durch Siedlungsbewegungen geschehen, wenn die Bewohner ihre eigenen Rechtsgewohnheiten praktisch mitbrachten, wie es im östlichen Europa mit dem sächsisch-magdeburgischen Recht oftmals geschah.²⁵ Es konnten auch Stadtherren bei Neugründungen ihren Städten durch Privilegien das Stadtrecht einer anderen Stadt verleihen.²⁶ Wenn es jetzt Rechtsunsicherheit gab, also ein Gericht keinen Konsens über das Recht finden konnte, einigte man sich oftmals darauf, genau diese offene Frage dem Oberhof vorzutragen bzw. vorzulegen. Man ging bei ihm zu Haupte, wie es teilweise zeitgenössisch hieß. Gelegentlich einigten sich sogar die Schöffen mit den Parteien im Voraus darauf, dass sie später die Weisung des Oberhofs anerkennen würden. Dann war der fehlende Konsens also zumindest bezogen auf das Verfahren wieder hergestellt.²⁷ Die Schöffen des Ortsgerichts oder eine Abordnung von ihnen reiste jetzt zum Oberhof und legte ihm den unlösbaren Rechtsfall vor, in der Frühzeit offenbar mündlich, später dann meistens in geschriebener Form. Am anfragenden Gericht, dies nur noch einmal zur Klarstellung, hatte es also noch kein Urteil gegeben, denn dafür fehlte es am notwendigen Kon-

²² Letzte Anfragen von Rostock nach Lübeck angeblich 1721: *Ebel*, Lübisches Recht I, 1971, S. 43–44; sehr guter Überblick von *Weitzel*, Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, 1981.

²³ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. Studienausgabe, 1980, S. 456–467.

²⁴ Gute Zusammenfassung bei *Dusil*, Die Soester Stadtrechtsfamilie. Mittelalterliche Quellen und neuzeitliche Historiographie, 2007, S. 21–48.

²⁵ Dazu das vielbändige Projekt von *Eichler/Lück*, Ius Saxonico-Maideburgense in Oriente. Das sächsisch-magdeburgische Recht als kulturelles Bindeglied zwischen den Rechtsordnungen Ost- und Mitteleuropas, bisher 5 Bände, 2003/21.

²⁶ Typologische Unterscheidung von Privilegienrecht und Willkürrecht in Städten bei *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte. Land- und Stadt – Bürger und Bauer im Alten Europa, 1999, S. 608–615; grundlegend *Ebel*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl. 1988.

²⁷ Beispielsfall bei *Oestmann*, Der vergessliche Fürsprecher. Fallstudie zur spätmittelalterlichen Gerichtsbarkeit, in: Falk/Luminati/Schmoeckel, Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, S. 147.

sens. Der Oberhof sollte jetzt aufgrund seiner eigenen Erfahrung das Rechtsproblem lösen. Das geschah in Form einer Weisung. Meistens ging es nicht um Endurteile, sondern um Eidesformeln oder andere Beweise, die jemand noch führen durfte,²⁸ aber das spielt hier keine Rolle. Wesentlich ist das Verfahren: Der Oberhof, in Sachsen Schöffenstuhl genannt, formulierte den Tenor der Weisung, verkündete aber nicht selbst die Entscheidung. Es handelte sich also nicht um eine zweite Instanz, ja nicht einmal um eine erste Instanz. Vielmehr nahmen die angereisten Schöffen die Weisung mit an ihr eigenes Gericht. Dort verkündete das Ausgangsgericht dann auf der Grundlage des Oberhofspruchs sein Urteil. Viele Tausende solcher Sprüche sind erhalten, besonders bekannt ist die Spruchpraxis der Oberhöfe in Ingelheim,²⁹ Lübeck³⁰ und Magdeburg.³¹

Ortsfremdes Recht spielte in den Weisungen der Oberhöfe fast nie eine Rolle. Im ungelehrten Recht ging es kaum um die Ermittlung fremder Normen, sondern immer unmittelbar um das eigene Rechtswissen. Modern gesprochen, urteilten die Oberhöfe also auf der Grundlage ihres eigenen *ius fori*.³² Wenn anfragende Gerichte auf ihre besonderen Ortsgewohnheiten hinwiesen, nahmen die Oberhöfe diese Gewohnheiten regelmäßig bewusst nicht zur Kenntnis.³³ Die Weisungen der Oberhöfe trugen bis auf wenige Ausnahmen auch keine Begründung.³⁴ Einige Oberhöfe verlangten, dass die Untergerichte die ausgegebenen Weisungen auch tatsächlich als eigene Urteile verkündeten. Dies ließ sich aber nicht durchsetzen. Es sind durchaus Beispiele bekannt, in denen anfragende Gerichte mehrere Weisungen einholten.³⁵

Auch Einzelpersonen konnte sich durch Privatanfragen im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen bei einem Oberhof über die Rechtslage informieren und auf diese Weise ihre Erfolgsaussichten abschätzen und vor allem mit maßgeschneiderten Eidesformeln gegnerische Vorwürfe zurückweisen.³⁶ Ei-

²⁸ Daher spricht man von zweizüngigen Beweisurteilen, klassisch *Brunner/Schwerin*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1928, S. 482.

²⁹ Quelleneditionen von *Loersch*, Der Ingelheimer Oberhof, 1885; *Erlers*, Die älteren Urteile des Ingelheimer Oberhofes, 4 Bände, 1952/63.

³⁰ Quellenedition bis 1550 von *W. Ebel*, Lübecker Ratsurteile, 4 Bände, 1955/67.

³¹ Quelleneditionen von *Fr. Ebel*, Magdeburger Recht, 3 Teile, 1983/95.

³² *Ebel*, Statutum und ius fori im deutschen Spätmittelalter, ZRG Germ. Abt. 93 (1976), 100.

³³ *Weitzel*, Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis, in: *La Coutume II: Europe médiévale et moderne*, 1990, S. 325.

³⁴ *Gudian*, Die Begründung in Schöffensprüchen des 14. und 15. Jahrhunderts, 1960.

³⁵ *Krey*, Die Praxis der spätmittelalterlichen Laiengerichtbarkeit. Gerichts- und Rechtslandschaften des Rhein-Main-Gebietes im 15. Jahrhundert im Vergleich, 2015, S. 551.

³⁶ Anschauliches Beispiel von *Crisman von Welmich* 1418 bei *Erlers* (Fn. 29), Bd. 3, Nr. 2257, S. 26.

nige Oberhöfe beantworteten eine Zeit lang sowohl Privat- als auch Gerichts-anfragen, konzentrierten sich dann aber immer mehr auf Gerichtsanfragen.³⁷

Trotz dieser Einbettung in ungelehrte Rechtsgewohnheiten zeigen die Oberhofzüge mehrere Gemeinsamkeiten mit der späteren Gutachtenpraxis des gelehrten Rechts. Der Oberhofspruch bzw. das Gutachten wurde zu einem Zeitpunkt eingeholt, zu dem der Ausgangsstreit noch nicht gerichtlich entschieden war. Der Oberhof erteilte dann eine Auskunft über das Recht, wobei das ungelehrte Recht hier eben nicht zwischen der abstrakten Rechtslage und der Einzelfallentscheidung differenzierte. Der Oberhof verkündete seine eigenen Auskünfte aber niemals als eigene Gerichtsentscheidungen. Die anfragenden Gerichte mussten den ausgesetzten Rechtsstreit fortführen und das Urteil verkünden, das üblicherweise inhaltsgleich, vermutlich aufgrund der Formgebundenheit des mittelalterlichen Rechts³⁸ sogar wortgleich mit der Weisung des Oberhofs war. Rechtszwang, dass dies auch wirklich geschah, gab es nicht.

Mit der zunehmenden Staatswerdung in den Territorien wurde die *iurisdic-tio*, die landesherrliche Gerichtsgewalt, mehr und mehr zum Zentrum der Landesherrschaft. Gerichtsanfragen an Oberhöfe und Schöffenstühle außerhalb des eigenen Territoriums vertrugen sich damit schlecht. Mit der Rezeption des römisch-kanonischen Prozessrechts setzte sich, beginnend im 15. Jahrhundert, die Appellation als Rechtsmittel im weltlichen Recht nach und nach durch.³⁹ Mit einem hierarchischen und mehrstufigen Instanzenzug war das mittelalterliche Oberhofwesen nicht vereinbar. Es verlor nach und nach seine Bedeutung. Die letzten Anfragen gab es augenscheinlich von Rostock nach Lübeck mindestens bis in die Zeit um 1720.

II. Gutachtenpraxis im gelehrten Recht

Eine entfaltete rechtsgelehrte Gutachtenpraxis ist eng mit der in Italien im Mittelalter entstehenden Rechtswissenschaft und mit dem Unterschied von traditionellen Gewohnheiten, Stadtrecht und römisch-kanonischem Recht verbunden. Ob es angemessen ist, im Hinblick auf die starke Veränderung von Rechtsinhalten wie auch der Arbeitsmethode von Juristen von einer Rezeption des römischen Rechts zu sprechen, ist seit einigen Jahren in die Dis-

³⁷ So Ingelheim ab etwa 1417, kurzer Hinweis bei *Krey*, Art. Ingelheimer Oberhof, in: HRG II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1214–1216.

³⁸ Allgemein zur Formstrenge in der Rechtsgeschichte *Oestmann*, Die Zwillingschwester der Freiheit. Die Form im Recht als Problem der Rechtsgeschichte, in: *Oestmann*, Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, 2009, S. 1.

³⁹ *Diestelkamp*, Die Durchsetzung des Rechtsmittels der Appellation im weltlichen Prozeßrecht Deutschlands, 1998.

kussion geraten,⁴⁰ tut hier aber nichts zu Sache. Die Entstehung der Rechtswissenschaft und die Verwissenschaftlichung von Recht und Rechtspflege mögen hier als Hinweis genügen.⁴¹ Nach wenigen Bemerkungen zu Italien (dazu 1.) nimmt der genauere Blick auf die spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Gutachtenpraxis im Alten Reich verschiedene Ausprägungen ins Visier. Rechtsgutachten spielten zum einen eine Rolle bei der Beratung territorialer Obrigkeiten durch die im Umfeld der Regierung tätigen Syndizi oder die bei Hofe beschäftigten gelehrten Räte (dazu 2.). Die Erstellung von Rechtsgutachten durch externe Konsiliatoren ist sodann danach zu differenzieren, ob es sich um Rechtsgutachten für Privatpersonen (dazu 3.a)) oder um Aktenversendung durch Gerichte handelte (dazu 3.b)). Der jeweilige Umgang mit Rechtsvielfalt verdient angesichts der heutigen Fragen nach ausländischem Recht einen besonderen Blick (dazu 3.c)).

1. Konsiliatorenwesen in Italien

Die italienische Gutachtenpraxis fällt in eine Zeit, die in der rechtshistorischen Literatur üblicherweise als Epoche der Konsiliatoren oder Kommentatoren auftaucht.⁴² Hierbei handelt es sich um die zweite große Stilrichtung der mittelalterlichen Rechtswissenschaft. Die erste Epoche, die Zeit der Glossatoren, reichte von etwa 1100 bis zur *Glossa Ordinaria* des Accursius in der Mitte des 13. Jahrhunderts. Hier ging es um die Texterschließung der großen Corpora, um Querverweise, um die Erläuterung einzelner Rechtsworte. Die Zahl der Glossen wuchs von Generation zu Generation, bei Accursius waren über 96.000 Einzelglossierungen versammelt.⁴³ Die traditionelle Einschätzung, die Glossatoren hätten insgesamt eher als Rechtslehrer und Textinterpreten gearbeitet, begegnet weiterhin unverändert auch in der neueren Literatur. Die Rede ist von der „nur sehr allmählichen Hinwendung“ der Rechtsgelehrten etwa zu prozesstaktischen Fragen oder zur Kautelarjurisprudenz.⁴⁴ Viele Glossatoren waren durchaus nicht nur Rechtslehrer, sondern zugleich Advokaten oder Rechtsbeistände für ihre Obrigkeiten bzw. Auftraggeber.⁴⁵ Ihr literarisches Werk ist davon aber nur wenig geprägt.⁴⁶ Insofern haftete der beginnenden Rechtswissenschaft durchaus etwas Theoretisches an.⁴⁷

⁴⁰ Hinweise zur Diskussion um den Rezeptionsbegriff bei *Oestmann* (Fn. 9), S. 325.

⁴¹ Bekannte Definition von *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 131.

⁴² Traditionelle Epocheneinteilung etwa bei *Wesenberg/Wesener*, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl. 1985, S. 28.

⁴³ *Kleinheyer/Schröder*, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl. 2017, S. 14.

⁴⁴ *Lange*, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. 1: Die Glossatoren, 1997, S. 445.

⁴⁵ *Lange* (Fn. 44), S. 452.

⁴⁶ *Lange* (Fn. 44), S. 464.

⁴⁷ Zum Schlagwort von der theoretischen Rezeption *Wieacker* (Fn. 41), S. 140.

Ganz anders stellte sich die Situation in der nachfolgenden Zeit der Konsiliatoren dar. Man spricht im Hinblick auf Literaturgattungen ebenfalls von der Zeit der Kommentatoren. Im 19. Jahrhundert war die leicht abschätzbare Bezeichnung Postglossatoren weithin üblich. Nach Einschätzung der Historischen Rechtsschule waren diese spätmittelalterlichen Juristen längst nicht so kreativ und originell wie die Glossatoren. Die abfällige Titulierung als Postglossatoren sollte damit bereits sprachlich den beginnenden Niveauverlust der mittelalterlichen Rechtswissenschaft anzeigen.⁴⁸ Für die hier interessierende Geschichte der Gutachtenpraxis besitzt die Konsiliatorenzeit zu Recht seit jeher zentrale Bedeutung. Anders als bei den älteren Glossatoren gerieten jetzt das regionale Recht (*ius proprium*) sowie das ungeschriebene Gewohnheitsrecht (*consuetudo*) stärker in das Blickfeld der studierten Juristen.⁴⁹ Noch entscheidender sind freilich die in großer Zahl überlieferten Konsilien und Konsiliensammlungen. Sie stellen „die maßgebliche kasuistisch-forensisch geprägte Literaturgattung“⁵⁰ der Zeit dar und belegen auf diese Weise die enge Verbindung der universitären Rechtslehrer mit der gerichtlichen Praxis. Die Gelehrten erhielten ihre Anfragen von Privatpersonen, aber auch von Gerichten bzw. städtischen Obrigkeiten. Ob die Juristen damit an ein römischrechtliches Vorbild anknüpften oder ob es sich um eine eigenständige mittelalterliche Neuerung handelte, schätzt die neuere Literatur unterschiedlich ein.⁵¹

Eine besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang das Haftungsrisiko der studierten Berufsrichter. Diese Richter waren in italienischen Städten üblicherweise mit kurzen Zeitverträgen von teilweise unter einem Jahr beschäftigt und wechselten auf diese Weise oftmals ihren Dienstherrn. Nach dem Ende der jeweiligen Vertragslaufzeit mussten sie einige Zeit vor Ort bleiben. In dieser Phase gab es für jedermann die Möglichkeit, die Richter wegen etwaiger Dienstvergehen zu verklagen. Diese Haftungsform nennt man Syndikatsprozess. Der Rechtshistoriker Woldemar Engelmann machte 1938 eindringlich auf diese Form der Amtshaftung aufmerksam.⁵² Das italienische Statutarrecht enthielt von Stadt zu Stadt verschiedene Vorgaben, wann der Richter Rechtsgutachten einholen musste, ob und unter welchen Voraus-

⁴⁸ Lepsius, Art. Kommentatoren, in: HRG II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1974–1979.

⁴⁹ Handbuchartige Zusammenstellung bei Lange/Kriechbaum, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. 2: Die Kommentatoren, S. 224–257 (Statutarrecht), S. 257–263 (Gewohnheitsrecht).

⁵⁰ Lange/Kriechbaum (Fn. 49), S. 396.

⁵¹ Überblick bei Gehrke, Art. Konsilien, Konsiliensammlungen, in: HRG III, 2. Aufl. 2016, Sp. 117, 117–118.

⁵² Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, 1938, S. 514–585; zusammenfassend und zustimmend Lange/Kriechbaum (Fn. 49), S. 397; eine der ältesten Quellen zum Syndikatsverfahren bei Lepsius, Die Statuten des Appellations- und Syndikatsrichters in Lucca aus dem Jahr 1372 (mit Edition), in: QFIAB 95 (2015), 135.

setzungen dies von Amts wegen zu geschehen hatte oder ob die Parteien die Einholung von Gutachten beantragten mussten. Um der drohenden Syndikatshaftung zu entgehen, war der Richter gehalten, den Vorgaben treu zu folgen. Falls diese Regeln die Praxis maßgeblich geprägt haben sollten, war das Motiv für die Einholung von Rechtsrat also nicht zwingend die wirkliche oder unterstellte Rechtsunkenntnis des Richters. Vielmehr ging es immer auch darum, Parteilichkeit und Korruption schon im Ansatz zu unterbinden. Es gab ein *consilium pro utraque parte*,⁵³ ein vom Gericht erbetenes Gutachten, das nicht einseitig zugunsten einer Seite ausfallen sollte.

Die moderne Frage nach der Auskunft über fremdes bzw. ausländisches Recht stellte sich unter diesem Vorzeichen ganz anders als heute. Der Gegensatz zwischen einheimischen Statuten und Gewohnheiten sowie dem universalen römisch-kanonischen Recht führte nämlich zu einer erstaunlichen Verdrehung. Vielfach kannte der Richter zwar das universale gelehrte Recht, nicht jedoch das regionale *ius fori* an seinem eigenen Gerichtsort. Der Grund hierfür lag im Vorlesungsprogramm der mittelalterlichen Universitäten. Der Richter hatte an der Universität lediglich römisches, vielleicht auch kanonisches Recht studiert.⁵⁴ Es gab durchaus häufig Rechtsanwendungsprobleme zwischen Partikularrecht und gemeinem Recht. Problematisch war hierbei allerdings jeweils, ob der Richter das einschlägige einheimische Recht überhaupt kannte. Die Rechtslehre behalf sich mit Allegations- und Beweiserfordernissen, bei allgemein bekanntem einheimischem Recht auch mit einer speziellen Lehre eines *ius commune in loco*.⁵⁵ Wenn der Richter das einschlägige einheimische Recht nicht kannte, konnte leicht ein Fehlurteil drohen. Gegen diesen Vorwurf sicherte sich der Richter durch die Einholung eines Gutachtens ab. Abgesehen von den Beweisregeln, die ohnehin die richterliche Rechtskenntnis auf das gemeine Recht und das notorisch bekannte einheimische Recht beschränkten, schützte das Rechtsgutachten den Richter zusätzlich vor späteren Haftungsklagen. Was Privatgutachten betrifft, erzielten namhafte Konsiliatoren durch ihre Gutachten ganz erhebliche Einkünfte. Von *Bartolus de Sassoferrato*, einem der berühmtesten Konsiliatoren des 14. Jahrhunderts, ist bekannt, dass er durch seine Gutachten die große Summe von 15.000 Dukaten verdient haben soll.⁵⁶

⁵³ Große und umfassende Darstellung zum Gutachtenwesen bei *Engelmann* (Fn. 52), S. 243–335; speziell auch *Lange/Kriechbaum* (Fn. 49), S. 397.

⁵⁴ In der geistlichen Gerichtsbarkeit spielte die Gutachtenpraxis nicht so eine große Rolle wie im weltlichen Recht, *Lange/Kriechbaum* (Fn. 49), S. 398.

⁵⁵ *Wiegand*, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, 1977, S. 151; *Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich, 2002, S. 9.

⁵⁶ Die Episode taucht immer wieder auf, u. a. bei *Wesenberg/Wesener* (Fn. 42), S. 28. Der Geldbetrag bezieht sich ausschließlich auf Gutachten in Erbsachen.

Wie man sich die italienische Gutachtenpraxis vorstellen kann, hat *Susanne Lepsius* an einem Fall aus Florenz vom Ende des 14. Jahrhunderts anschaulich gezeigt.⁵⁷ Ein Ehemann verlangte von seinem Schwiegervater die Auszahlung der Mitgift, obwohl die Frau kurz nach der Hochzeit bereits verstorben und die Ehe kinderlos geblieben war. Das Rechtsproblem scheint schwierig gewesen zu sein, vermutlich ging es zudem um erhebliche Vermögenswerte. Jedenfalls sind zehn Gutachten von zehn verschiedenen Rechtsgelehrten zu diesem Streit erhalten. Ob es sich um Gerichtsanfragen oder um Gutachten für die Parteien handelt, lässt sich nicht feststellen. Diese Gutachten scheinen für die Zeitgenossen allerdings eine gewisse Bedeutung besessen zu haben. Sie wurden jedenfalls vier Jahrzehnte später abgeschrieben und sind Teil einer umfangreichen Sammelhandschrift, die sich heute in der vaticanischen Bibliothek befindet. Lediglich ein Gutachten sprach dem verwitweten Ehemann den Anspruch zu, die übrigen Konsiliatoren entschieden den Fall zugunsten des Vaters der früh verstorbenen Ehefrau. Wie der gerichtliche Streit in Florenz endete, ist nicht bekannt.⁵⁸ Für den Ausgang kam es insbesondere darauf an, wie eine nicht ganz klar formulierte Vorschrift aus dem Stadtrecht von Florenz zu verstehen war. Die zeitgenössische Rechtslehre kannte hierfür einen Auslegungsgrundsatz, die sog. strikte Interpretation. Danach sollte man das Statutarrecht so auslegen, dass es möglichst wenig vom römischen Recht abwich. Ein zeitgenössischer Merksatz brachte dies auf die Formel *statuta sunt stricte interpretanda, ut minime laedant ius commune*.⁵⁹ Inwieweit die Gutachter dieser Maxime folgten, lässt sich durch einen Vergleich ermitteln. Das genaue Verfahren, wie die Gutachten entstanden und in den Prozess eingeführt wurden, bleibt dagegen weitgehend unklar.

Bekannt ist dagegen, dass eines der Gutachten von *Baldus de Ubaldis* stammte, dem Schüler des oben erwähnten *Bartolus*. *Baldus* war für seine Gutachtertätigkeit hoch angesehen. Er soll über 3.000 Gutachten angefertigt haben.⁶⁰ Der beginnende Buchdruck verbreitete die Gutachten der Gelehrten noch vor 1500 über große Entfernungen hinweg. Die Gutachten von *Baldus* erschienen erstmals 1487 im Druck, die seines Lehrers *Bartolus* bereits 1473.⁶¹ Bis ins 18. Jahrhundert hinein handelte es sich um oft zitierte Standardwerke.

⁵⁷ Weitere Fallstudie von *Lepsius*, Darf die Stadt Nocera wegen eines nicht aufgeklärten Totschlags bestraft werden?, in: Luminati/Falk/Schmoeckel, Mit den Augen der Rechtsgeschichte: Rechtsfälle – selbstkritisch kommentiert, 2008, S. 37.

⁵⁸ Gut aufbereitete Fallstudie von *Lepsius*, Die Ehe, die Mitgift und der Tod, in: Falk/Luminati/Schmoeckel (Fn. 27), S. 129.

⁵⁹ Zur strikten Interpretation *Sbriccoli*, L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale, 1969; S. 461–462; *Lange*, Ius Commune und Statutarrecht in Christoph Besold's Consilia Tubigensia, in: FS Kaser, 1976, S. 637, 646–651; *Oestmann* (Fn. 55), S. 7.

⁶⁰ *Lepsius* (Fn. 58), S. 140.

⁶¹ *Lange/Kriechbaum* (Fn. 49), S. 402.

2. Gelehrte Syndizi und andere Ratgeber in Deutschland

Beim Blick in die Region nördlich der Alpen verändert sich der Befund. Studierte Juristen waren hier im Gegensatz zu Italien kaum als Richter tätig. Im ländlichen Raum bestanden dinggenossenschaftlich organisierte Gerichte bis deutlich nach 1500 fort. In den Städten war oftmals der Rat oder eine etwas kleinere Schöffenbank zugleich das Stadtgericht. Ein Bedarf an studierten Richtern entstand hier teilweise erst dann, als rechtsgelehrte Anwälte in den Verhandlungen auftraten. Ungelehrte Urteiler waren nun nicht in der Lage, in eine angemessene fachliche Auseinandersetzung einzutreten.⁶²

In der früheren Zeit waren universitär gebildete Juristen zumeist als gelehrte Räte⁶³ oder als Syndizi bei städtischen Räten oder bei den entstehenden landesherrlichen Regierungen tätig. In dieser Funktion bestand ein Großteil ihrer Aufgaben gerade darin, für ihre jeweiligen Dienstherrn Gutachten zu verfassen. Diese Tätigkeit ist quellenmäßig gut überliefert und vor allem von *Eberhard Isenmann* in zahlreichen grundlegenden Studien näher beschrieben worden.⁶⁴ Da die Aufträge für diese Konsilien von den Stadt- und Landesoberkeiten kamen, ging es bei den Gutachten um die Beratung von Herrschaftsträgern und nicht um die Vorbereitung von Gerichtsurteilen. Das thematische Spektrum ist daher sehr breit gestreut und berührt oft auch den Grenzbereich von Recht und Politik. Je nach aufgeworfener Rechtsfrage bot sich für die Konsiliatoren die Gelegenheit, sehr große Rechtsfragen ganz grundsätzlich anzugehen. So lässt sich etwa ein vergleichsweise früher, von der späteren französischen Debatte ganz unabhängiger Diskurs über die Existenz und das Ausmaß eines echten Absolutismus im Reich nachweisen.⁶⁵ Gerade in seiner jüngsten Veröffentlichung zum Thema weist *Isenmann* eindringlich darauf hin, dass die juristisch-inhaltliche Erschließung der spätmittelalterlichen deutschen Konsilien fast vollständig aussteht.⁶⁶ Eine materielle Privatrechtsgeschichte hat es wegen der verbreiteten Skepsis gegenüber Dogmengeschichte schwer.⁶⁷ Aussagen über das juristische Niveau und mög-

⁶² Am Beispiel von Frankfurt am Main sehr anschaulich dargestellt von *Coing*, Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte, 1939, S. 91, 97, 156–157.

⁶³ *Schirmer*, Art. Gelehrte Räte, in: HRG II, 2. Aufl. 2012, Sp. 23.

⁶⁴ Kurze Zusammenfassung bei *Isenmann*, Die deutsche Stadt im Mittelalter 1150–1550. Stadtgestalt, Recht, Verfassung, Stadtrecht, Kirche, Gesellschaft, Wirtschaft, 2. Aufl. 2014, S. 427–432, weitere Literaturhinweise S. 1040.

⁶⁵ *Isenmann*, „Ich ziehe in Betracht, stimme aber nicht zu“. Aufgaben und Arbeitsweise spätmittelalterlicher Juristen, in: Bongartz u. a., Feder und Recht. Schriftlichkeit und Gerichtswesen in der Vormoderne, 2023, S. 33, 71, 73, 85.

⁶⁶ *Isenmann* (Fn. 65), S. 57, mit dem Hinweis, die Rezeption stärker rechtlich-inhaltlich zu verstehen.

⁶⁷ Programmatische Zugänge für das Mittelalter von *Dusil*, Mittelalterliche Privatrechtsgeschichte, quo vadis?, ZRG Germ. Abt. 135 (2018), 190; und für die frühe Neuzeit

licherweise typische inhaltliche Weichenstellungen sind daher kaum möglich. Klar ist dagegen, dass diese Form von Herrschaftsberatung auch in der frühen Neuzeit andauerte. Aus Lübeck etwa ist ein größerer Bestand von Rechtsgutachten für den städtischen Rat bekannt. In der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts war der jeweilige Syndikus hier weiterhin in ganz traditioneller Weise tätig.⁶⁸

Nur der Vollständigkeit halber ist ein Hinweis auf die Überlieferungsform angebracht. Die eher frühen Gutachten zur Herrschaftsberatung stammen teilweise aus der Zeit vor der Erfindung des Buchdrucks und dienen überdies internen Zwecken. Die Gutachten selbst wurden fast nie veröffentlicht. Das gilt auch für die dem 16. Jahrhundert angehörenden Konsilien städtischer Juristen. Thematisch hat man es eher selten mit Gerichtsverfahren zu tun. Universitäten oder berühmte Rechtsgelehrte waren kaum eingebunden. Möglicherweise stand die frühe Zeit des Gutachtenwesens im Alten Reich deswegen nie im Mittelpunkt eines allgemeineren Interesses.

3. *Voll entfaltete Gutachtenpraxis der frühen Neuzeit*

Neben der Gutachtertätigkeit städtischer und territorialer Räte und Syndizi entfaltete die Gutachtenpraxis in der deutschen Rechtsgeschichte vor allem Bedeutung im Rahmen von Privatgutachten sowie von Aktenversendungen. Beide Bereiche zeigen starke Berührung mit der Gerichtspraxis und liegen daher zeitlich später als die reine Herrschaftsberatung. Unabhängig von der Art der Anfrage zeigen die frühneuzeitlichen Gutachten deutlich Ähnlichkeiten im Aufbau bzw. in der Darstellungsmethode. Neben kurzen und eher schlichten Belehrungen gab es voll ausgearbeitete Gutachten in der zeitgenössischen Relationstechnik. In veränderter Weise gibt es die Relationsmethode heute immer noch. Nach Einschätzung eines beliebigen Lehrwerks liegt sie weiterhin „allen praktischen Bereichen des Zivilrechts“ bei der Entscheidungsfindung zugrunde.⁶⁹ Da es in der frühen Neuzeit keine förmlichen gerichtlichen Urteilsbegründungen gegenüber den Prozessparteien gab,⁷⁰ war

von *Amend-Traut*, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihre Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte, 2008.

⁶⁸ *Harder*, Relationen (Rechtsgutachten) für den Lübecker Rat am Ausgang des 16. Jahrhunderts, Zeitschrift des Vereins für lübeckische Geschichte und Altertumskunde 75 (1995), 175, 76 (1996), 91.

⁶⁹ *Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 15. Aufl. München 2022, S. V (Vorwort zur fünfzehnten Auflage).

⁷⁰ Zur Einführung der Entscheidungsbegründung *Günzl*, Eine andere Geschichte der Begründungspflicht. Sichtweisen des frühen 19. Jahrhunderts, 2021; ergänzend *Hocks*, Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert, 2002; zur älteren Zeit *Sellert*, Zur Geschichte der rationalen Urteilsbegründung gegenüber den Parteien insbesondere am Beispiel des Reichshofrats und des Reichskammergerichts, in: *Dilcher/Diestelkamp*, Recht, Gericht, Genossen-

die Relationsform der ausgefeilten Rechtsgutachten identisch mit den Relationen und Korrelationen, wie sie die zuständigen Richter in Kollegialorganen zu Abertausenden in der frühneuzeitlichen Gerichtspraxis verfassten. Interne Entscheidungsbegründungen, die Antwort auf Aktenversendungen und auch die Konsilien auf Privatanfragen folgten auf diese Weise demselben Muster. In diesem Modell bestand die Relation aus mehreren Abschnitten.⁷¹ Sie begann mit dem Sachverhalt, den sog. *species facti*. Hieran schloss sich, soweit es bereits ein rechtshängiges⁷² Gerichtsverfahren gab, die Prozessgeschichte an, die *historia processus*. Bei der Falllösung selbst stellte sich die Frage *Quae sit actio?*, modern gesprochen also die Suche nach der einschlägigen Anspruchsgrundlage.⁷³ Typisch am gemeinrechtlichen Relationsstil war sodann eine jeweils doppelte Lösung. Es gab zwei Beweisstationen *An probata?* und *An elisa?*, einmal für die klägerischen Behauptungen und Beweismittel und sodann für ein Einwendungen und Beweismittel des Beklagten. Die juristische Bewertung erfolgte in Form von *Rationes dubitandi* und *Rationes decidendi*, es gab Zweifelsgründe und Entscheidungsgründe. Der Referent widerlegte die Zweifelsgründe, deutete aber immerhin an, dass schwierige juristische Fragen verschiedene Lösungsmöglichkeiten hatten. Am Ende formulierte er sein Ergebnis auf der Grundlage der *Rationes decidendi*. Die *Decisio* oder *Sententia* war oftmals formuliert wie die Tenorierung einer Gerichtsentscheidung. Man unterschied ein zweigliedriges und dreigliedriges Relationsschema je nachdem, ob der Referent bzw. Gutachter in einem zusätzlichen Schritt die Argumente zugunsten der unterlegenen Rechtsposition noch einmal ausführlich widerlegte.⁷⁴ Diese Falllösungstechnik folgt unausgesprochen dem kontradiktorischen Zivilprozess. In Strafsachen gab es ebenfalls eine umfangreiche Gutachtenpraxis. Hier wurde das Relationsschema an den Inquisitionsprozess mit seinen Eigenheiten angepasst, weil es im strengen Sinne keine Prozessparteien gab.⁷⁵

schaft und Policy, 1986, S. 97; seltene Fälle aus dem ungelehrten spätmittelalterlichen Recht behandelt *Gudian*, Die Begründung in Schöffensprüchen des 14. und 15. Jahrhunderts. Ein Leitprinzip der Abfassung spätmittelalterlicher Schöffensprüche, 1960, S. 10.

⁷¹ Hierzu gibt es mehrere Veröffentlichungen von *Ranieri*, Entscheidungsfindung und Begründungstechnik im Kameralverfahren, in: Oestmann, Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, 2009, S. 165, mit weiteren Hinweisen S. 167 Anm. 6.

⁷² Zum frühneuzeitlichen Äquivalent *Schlinker*, Litis Contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert, 2008.

⁷³ Der Übergang vom älteren aktionenrechtlichen Denken zur modernen Sicht der Anspruchsgrundlage ist ganz wesentlich verbunden mit *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856.

⁷⁴ *Falk*, Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit, 2006, S. 171.

a) *Privatgutachten*

Nach dem Anlass der jeweiligen Anfragen ist wie gesagt zwischen Privatgutachten und gerichtlichen Aktenversendungen zu unterscheiden. Privatgutachten besaßen in der Praxis immer eine erhebliche Bedeutung, spielten in der rechtshistorischen Forschung aber immer eine Nebenrolle. *Ulrich Falk* spricht anschaulich von einem Markt für Rechtsdienstleistungen, auf dem man gegen Entgelt Rechtsrat einkaufen konnte.⁷⁶ Weshalb Privatleute Rechtsgutachten bestellten, ist im Einzelfall schwer festzustellen. Es scheint aber typische Motivlagen zu geben, die sich teilweise aus den einleitenden Andeutungen des Gutachters erschließen lassen. Im Vorfeld eines künftigen Prozesses konnte es darum gehen, die Rechtslage für künftige gerichtliche Auseinandersetzungen abschätzen zu können, etwa im Hinblick auf die Höhe einer Klageforderung.⁷⁷ Genau diese Motivation lässt sich auch bei Privatfragen an spätmittelalterliche Oberhöfe nachweisen. Sodann war die Einholung eines Rechtsgutachtens eine Absicherung gegen die Aufbürdung der vollen Prozesskosten am Ende eines Gerichtsverfahrens. Üblicherweise hoben frühneuzeitliche Gerichte die Verfahrenskosten aus „bewegenden Ursachen“ gegeneinander auf, wie man damals sagte.⁷⁸ Im Falle einer mutwilligen Prozessführung, bei sog. Frivolität oder bei Malition, traf die unredliche Seite dagegen die volle Kostenfolge. Wer im Vorfeld ein Privatgutachten eingeholt hatte, konnte aber gerade zeigen, dass er an die Gerechtigkeit seiner eigenen Sache glaube, keine sog. Gefährde beging und damit nicht arglistig handelte. Deswegen konnte er die volle Kostentragungspflicht auf diese Weise umgehen.⁷⁹ Überspitzt lässt sich von einer Frühform der Rechtsschutzversicherung sprechen.⁸⁰ Privatgutachten konnten außerdem die gütliche Einigung zwischen Streitparteien erleichtern. Die Urteilsquoten in der frühen Neuzeit sind nicht flächendeckend bekannt. Zumindest für die obersten Reichsgerichte gibt es belastbare Schätzungen. Beim Reichskammergericht endeten knapp 25 % der Fälle mit einem Endurteil, beim Reichshofrat vermutlich nur 2 %.⁸¹ Ge-

⁷⁵ Umfangreiche Analyse mit Quellendokumentation bei *Lorenz*, Aktenversendung und Hexenprozeß. Dargestellt am Beispiel der Juristenfakultäten Rostock und Greifswald (1570/82–1630) 1982/83, Bd. I, S. 167–168 (Überblick über die Darstellungsformen), Bde. II/1 und II/2 (Quellenedition).

⁷⁶ *Falk* (Fn. 74), S. XIX und passim.

⁷⁷ *Falk* (Fn. 74), S. 93–100.

⁷⁸ *Sellert*, Art. Prozesskosten, in: HRG, 2. Aufl., 28. Lieferung 2020, Sp. 909; zu Grundregeln der Kostentragungspflicht *Sellert*, Die Akzessorietät von Kostentragung und Prozeßerfolg. Ein historisches Problem von aktueller Bedeutung, in: Becker u. a., Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. FS Erler, 1976, S. 509.

⁷⁹ *Falk* (Fn. 74), S. 101–132.

⁸⁰ *Falk* (Fn. 74), S. 112.

⁸¹ Reichskammergericht: *Hörner*, Anmerkungen zur statistischen Erschließung von Reichskammergerichtsprozessen, in: Baumann u. a., Prozeßakten als Quelle. Neue Ansätze

richtliche wie außergerichtliche Vergleiche spielten in der Praxis eine erhebliche Rolle.⁸² Wer aufgrund eines Rechtsgutachtens die Rechtslage überblicken konnte, war in der Lage, seine eigene Verhandlungsposition bei Vergleichsverhandlungen realistisch einzuschätzen. Möglicherweise wollte der Auftraggeber durch das Gutachten eines angesehenen Konsiliators spätere Richter beeindrucken und auf diese Weise mit Autoritätsargumenten punkten.⁸³ Auf besonders subtile Art und Weise konnte dies gelingen, wenn das Privatgutachten tatsächlich so aussah, wie die vom Berichterstatter zur Entscheidungsvorbereitung anzufertigende Relation. In diesem Fall bestand die Aussicht, dass der Referent das Privatgutachten einfach unverändert für seine Urteilsfindung übernahm und sich damit viel Arbeit ersparte. Wo hier die Grenze zwischen einer erlaubten, geduldeten oder verbotenen Praxis verlief, ist in der Rückschau schwer zu bestimmen.⁸⁴ Auch zeitgenössisch gab es Debatten über Korruption,⁸⁵ zugleich jedoch lieferte die Handbuchliteratur Leitfäden, wie man dem zuständigen Richter die vorformulierten Falllösungen zukommen lassen sollte.⁸⁶ Teilweise konnte man auch über Bande spielen, im Vorfeld einer anstehenden gerichtlichen Aktenversendung ein Privatgutachten einer Juristenfakultät anfordern und dann später die Versendung genau an diese Universität wegen Befangenheit ablehnen.⁸⁷ Weitere Gesichtspunkte mochten hinzutreten.

Erfolgversprechend waren die Privatgutachten mit ihren ganz verschiedenen Zielsetzungen jeweils nur dann, wenn sie handwerklich *lege artis* gefertigt waren. Der Markt für Rechtsdienstleistungen hatte seine festen Spielre-

zur Erforschung der höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 2001, S. 69, 79; Reichshofrat: Schätzung auf der Grundlage von Stichproben durch *Tobias Schenk* bei *Oestmann*, Zur Relationstechnik am Reichshofrat, in: Rasche/Schenk, Der kaiserliche Reichshofrat. Interdisziplinäre Perspektiven auf Organisation und Funktion eines frühneuzeitlichen Zentralgerichts, im Erscheinen, Fn. 95.

⁸² So bereits die inzwischen klassische Vermutung von *Diestelkamp*, Das Reichskammergericht im Rechtsleben des 16. Jahrhunderts, in: Diestelkamp, Recht und Gericht im Heiligen Römischen Reich, 1999, S. 213, 255–259.

⁸³ *Falk* (Fn. 74), S. 147–170.

⁸⁴ Zur unterschiedlichen Situation am Reichskammergericht und am Reichshofrat im Umgang mit sog. Präokkupationslibellen *Oestmann*, Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung am Reichskammergericht, in: Amend-Traut/Czeguhn/Oestmann, Urteiler, Richter, Spruchkörper. Entscheidungsfindung und Entscheidungsmechanismen in der europäischen Rechtskultur, 2021, S. 371, 378–379; allgemein zur Zuarbeit von Anwälten bei der richterlichen Ausarbeitung der Urteile *Oestmann* (Fn. 81).

⁸⁵ *Denzler*, Über den Schriftalltag im 18. Jahrhundert. Die Visitation des Reichskammergerichts von 1767 bis 1776, 2016, S. 437; Ausstellungskatalog Die Affäre Papius. Korruption am Reichskammergericht, 2012.

⁸⁶ *Oestmann*, Zur Relationstechnik (Fn. 81), Ziff. 5: Die Frage nach dem Verfasser; *Falk*, Consilia (Fn. 74), S. 170–188.

⁸⁷ *Falk*, Consilia (Fn. 74), S. 194–213.

geln,⁸⁸ und dazu gehörte die Einhaltung der herrschenden juristischen Methode. Das Gutachten eines angesehenen Professors oder einer ganzen Juristenfakultät dürfte daher erheblich hilfreicher gewesen sein als die Ausarbeitung eines bloßen Advokaten. Daher kam es darauf an, dass gerade die Privatgutachten unter dem Namen des Erstellers in einen Rechtsstreit eingeführt wurden. Zahlreiche berühmte Gutachter, teilweise auch ihre Erben, veröffentlichten ganze Sammlungen ihrer Konsilien in der zeitgenössischen gelehrten Literatur. Auf diese Weise wurden Rechtsgutachten zu einem wesentlichen Bestandteil der sehr praktisch ausgerichteten Rechtswissenschaft des *usus modernus*.⁸⁹ Zusammen mit der Veröffentlichung gerichtlicher Urteile und Relationen sowie von Fakultätsgutachten in Aktenversendungsfällen entstand eine umfangreiche Entscheidungsliteratur mit allein im Alten Reich über 300 oft dickleibigen Werken.⁹⁰ Durch die Veröffentlichung von Privatgutachten gelang es einigen Streitparteien sogar, während eines laufenden Rechtsstreits eine Art herrschende Meinung zu erzeugen, auf die sie sich in ihren Schriftsätzen sodann beziehen konnten.⁹¹

Die Rechtsgelehrten beteiligten sich in unterschiedlicher Weise an der weit verbreiteten Praxis der Privatgutachten. Die Extrempole bildeten vermutlich *Ernst Cothmann* und *Benedikt Carpzov*. Der norddeutsche Jurist *Ernst Cothmann*, Professor in Rostock, veröffentlichte zwischen 1597 und 1619 sechs umfangreiche Bände mit insgesamt über 300 Gutachten, die zum größten Teil aus Antworten auf Privatanfragen bestanden. Um die Autorität seiner Konsilien zu erhöhen, hatte *Cothmann* im Vorfeld sog. Approbationen eingeholt, also Zustimmungen von Juristenfakultäten, die er zusammen mit seinen Gutachten abdruckte.⁹² Der eine Generation jüngere *Benedikt Carpzov*, Professor und in vielerlei Funktionen Richter bzw. Schöffe in Leipzig, scheint dagegen

⁸⁸ Der Begriff Spielregeln wurde von *Gerd Althoff* in die Geschichtswissenschaft eingeführt, um damit die Grauzone zwischen Norm und Praxis mit einem untechnischen Alltagswort zu bezeichnen, z.B. *Althoff*, Spielregeln der Politik im Mittelalter. Kommunikation in Frieden und Fehde, 1997.

⁸⁹ Stilrichtung der frühneuzeitlichen deutschen Rechtswissenschaft in Anlehnung an den Buchtitel von *Samuel Stryk*, Überblick bei *Luig*, Art. *Usus modernus*, in: HRG V, 1. Aufl. 1998, Sp. 628.

⁹⁰ Sehr hilfreiche Zusammenstellung mit Typologie von *Gehrke*, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands. Charakteristik und Bibliografie der Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen vom 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, 1974.

⁹¹ Beispiel aus dem norddeutschen Rechtsstreit *Krohn ./. Bacmeister* bei *Oestmann*, Ein Zivilprozeß am Reichskammergericht. Edition einer Gerichtsakte aus dem 18. Jahrhundert, 2009. Hier waren die von Verwandten erstellten Schriften anonymisiert und als scheinbar allgemeine Monographien getarnt.

⁹² Zu diesem Werk *Gehrke* (Fn. 90), S. 189–190 Nr. 239; *Falk* (Fn. 74), S. 156–161; allgemein zu *Cothmann Lorenz*, Ernst *Cothmann* (1557–1624) aus Lemgo in Westfalen. Ein Iurisconsultus Rostochiensis in Sachen Hexenprozeß, in: *Kintzinger* u. a., FS *Nitschke*, 1991, S. 437.

die Anfertigung von Privatgutachten grundsätzlich abgelehnt zu haben.⁹³ Nicht alle Rechtsgelehrten beteiligten sich also im Konsilienwesen in derselben Art und Weise.

b) Aktenversendungen

Bei der frühneuzeitlichen Aktenversendungspraxis verbinden sich die einheimische Tradition des Oberhofzuges mit der italienischen Praxis von Rechtsanfragen an gelehrte Konsiliatoren. Diese beiden Traditionsstränge⁹⁴ sind gelegentlich bestritten worden,⁹⁵ dürften aber gerade das typisch deutsche Gepräge im Vergleich zu italienischen Rechtswelt ausmachen. An zahlreichen territorialen Gerichten waren bis weit in die frühe Neuzeit hinein⁹⁶ zahlreiche ungelehrte, das heißt nicht studierte Richter und Urteiler tätig. Die Einholung von Rechtsgutachten im Wege der Aktenversendung erfolgte typischerweise auf drei verschiedene Arten. Erstens konnte das Gericht Rechtsrat einholen, wenn Rechtsfragen zur Beurteilung anstanden, die das Gericht nicht selbst entscheiden konnte oder wollte. Zweitens konnten die Parteien in verschiedenen Stadien des Verfahrens die gerichtliche Aktenversendung beantragen. Und drittens gab es normative Quellen, die ihrerseits die Gerichte verpflichteten, sich gutachterlich beraten zu lassen.

Aktenversendungen auf Betreiben des Gerichts wie auch Parteianträge auf Aktenversendungen erfolgten jeweils an bestimmten Weichenstellungen des Rechtsstreits. Dies betraf nicht nur das jeweilige Endurteil. Im gemeinrechtlichen Zivilprozess konnten die Aktenversendungen auch die Frage nach der Identität von Prozessparteien betreffen,⁹⁷ ebenso die Zulässigkeit oder Formulierung von Beweisurteilen. Mehrfache Aktenversendungen im selben Rechtsstreit waren in der Praxis häufig. Teilweise gab es Rechtsmittel auch gegen Zwischenurteile, etwa in Form der schillernden gemeinrechtlichen Revision.⁹⁸

⁹³ *Falk* (Fn. 74), S. 168.

⁹⁴ Hinweise bei *Falk*, Entscheidungsfindung durch Aktenversendung – ein besonders objektives Gerichtsverfahren?, in: Bongartz u. a. (Fn. 65), S. 87, 96; *Oestmann*, Art. Aktenversendung, in: HRG I, 2. Aufl. 2008, Sp. 128, 128; *Lorenz* (Fn. 75), S. 168, mit dem Ergebnis, die eher traditionell-deutschrechtliche Form sei in der Gutachtenpraxis des 16. Jahrhunderts die deutlich überwiegende Form.

⁹⁵ *Kischkel*, Die Spruchstätigkeit der Giessener Juristenfakultät. Grundlagen – Verlauf – Inhalt, 2016, S. 20–22.

⁹⁶ Vollständige Trennung des Gerichts vom Stadtmagistrat in Oldenburg sogar erst 1857, hierzu *Hülle*, Geschichte des höchsten Landesgerichts von Oldenburg (1573–1935), 1974, S. 205–206.

⁹⁷ Beispiele zum sog. Legitimationseid in einem Rechtsstreit aus Lübeck bei *Oestmann* (Fn. 91), S. 201–202 (Fakultätsurteil aus Halle 1746), S. 247 (Fakultätsurteil aus Leipzig 1747).

⁹⁸ So im Lübecker Fall von 1747: Weitere Aktenversendung aufgrund einer Revisions-einlegung: *Oestmann* (Fn. 91), S. 247.

Teilweise gab es auch den Grundsatz, dass eingeholte Gutachten mit ihren Urteilsvorschlägen⁹⁹ erst dann verbindlich waren, wenn mehrere gleichlautende Entscheidungen vorlagen. All dies eröffnete einer mehrfachen Aktenversendung Tür und Tor. Im frühneuzeitlichen Strafverfahren war es üblich, im Vorfeld eines Torturinterlokuts, also eines Zwischenurteils über die Folterung des Inquisiten, ein Fakultätsgutachten einzuholen. Lag dann ein Geständnis oder ein anderes Beweismittel vor, fand vor dem endlichen Rechtstag mit seiner förmlichen Verurteilung eine weitere Aktenversendung zur Strafhöhe statt.¹⁰⁰

Das Gericht durfte die Fakultät, bei der man um Rechtsrat nachsuchte, den Parteien nicht mitteilen, um die Beeinflussung der künftigen Gutachter auszuschließen. Die Parteien hatte aber das Recht, bestimmte Universitäten auszuschließen. In der Praxis war es zudem oftmals leicht herauszufinden, an welche Juristenfakultät die Anfrage um Rechtsrat gehen sollte. Für die Aktenversendung versandte das Ausgangsgericht entweder die Originalakte oder eine Abschrift an die Gutachter. In beiden Fällen fand ein sog. Inrotulationstermin statt, bei dem im Beisein der Parteien die Vollständigkeit der versandfertigen Unterlagen förmlich festgestellt wurde.¹⁰¹ Wohin die Akte sodann ging, entschied das erstinstanzliche Gericht.

Für das Strafverfahren enthielt die *Constitutio Criminalis Carolina*, die Halsgerichtsordnung von 1532, eine ausführliche „Erklärung bei wem, vnd an welchen orten rath gesucht werden soll“.¹⁰² Die Carolina, eines der wichtigsten Gesetze des Alten Reiches,¹⁰³ enthielt in zahlreichen Artikeln den Hinweis, dass ein Gericht bei bestimmten schwierigen Rechtsfragen „rads gebrauchen“ sollte. Das war ein Verweis auf den Schlussartikel des Gesetzes. Danach sollten die Gerichte bei Zweifeln ihre alten angestammten Oberhöfe um Rechtsrat fragen. Falls es keinen Oberhof gab, der peinliche Kläger¹⁰⁴ aber die Ratseinholung beantragte, sollte das Gericht bei der unmittelbaren Obrigkeit den Rechtsrat erbitten. Im Inquisitionsprozess dagegen, wo „ex officio vnd von ampts wegen“ prozediert wurde, sollte man „bei den nechsten

⁹⁹ Zu rechtlich verbindlichen und rechtlich unverbindlichen Sprüchen *Lück*, Die Spruchtätigkeit der Wittenberger Juristenfakultät. Organisation – Verfahren – Ausstrahlung, 1998, S. 197.

¹⁰⁰ Beispiele mit norddeutschen Quellen aus Greifswald und Rostock bei *Lorenz* (Fn. 75), S. 517–518; fünf Aktenversendungen in einem Strafprozess erwähnt bei *Falk*, In dubio pro amico? Zur Gutachtenpraxis im gemeinen Recht, *forum historiae iuris* 2000 (<<https://forhistiur.net2000-08-falk>>), Rn. 16.

¹⁰¹ Zur Schwierigkeit, die Inrotulation genau zu definieren, *Ortlieb*, Schriftlichkeit im Entscheidungsprozess. Die Relationen des Reichshofrats, in: *Bongartz u.a.* (Fn. 65), S. 345, 361.

¹⁰² Art. 219 CCC, in: *Schroeder*, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (*Carolina*), 2000, S. 127.

¹⁰³ Überblick bei *Oestmann*, (Fn. 9), S. 216; zur Entstehung *Mertens*, Gesetzgeber und Verfasser der Carolina, in: *ZRG Germ. Abt.* 138 (2021), S. 120–154.

¹⁰⁴ Zum gemeinrechtlichen Akkusationsprozess *Oestmann* (Fn. 9), S. 219.

hohe schulen, Stetten, Communen oder andern rechtuerständigen“ die Belehrung einholen, und zwar dort „da sie die vnderricht mit dem wenigsten kosten zu erlangen vermeynen“.¹⁰⁵ In der Tat sind Aktenversendungen an Regierungen bekannt.¹⁰⁶ Auch waren die Schöffentühle vor allem im sächsischen Rechtsraum mehr und mehr mit professionalisierten Juristen besetzt und konnten daher Anfragen auch zum gelehrten Recht beantworten. Ganz im Mittelpunkt stand in der Praxis aber das Ersuchen um Rechtsgutachten an Juristenfakultäten. Das betrifft nicht nur den in der Carolina geregelten strafrechtlichen Inquisitionsprozess, sondern ebenso den Zivilprozess.

An den juristischen Fakultäten war die Erstellung der Gutachten bzw. Urteilsentwürfe unterschiedlich geregelt.¹⁰⁷ Es gab jeweils einen zuständigen Referenten als Berichterstatter, aber der Entscheidungsvorschlag als solcher wurde jeweils im größeren Kreis diskutiert und dann erst verbindlich festgelegt. Hierbei bildeten entweder alle Fakultätsmitglieder gemeinsam das Spruchkollegium oder aber es gab ein verkleinertes Gremium, dem nicht sämtliche Professoren, dafür aber teilweise auch andere Juristen angehörten. Aufgrund der riesigen Massen von Anfragen und Fakultätsgutachten ist es rein praktisch ausgeschlossen, dass die Spruchkollegien über die Entscheidungsvorschläge ernsthaft diskutierten. Doch gab es spektakuläre Ausnahmen, die im Gedächtnis geblieben sind. Dazu gehört ein Fall aus Halle. *Christian Thomasius* hatte als zuständiger Referent in einem Fakultätsgutachten in der Zeit um 1700 die Folterung einer unter Hexereiverdacht stehenden Frau befürwortet. Bei der Beratung wurde er aber von seinen Fakultätskollegen überstimmt, die offenbar aus grundsätzlichen Erwägungen heraus Hexenprozessen skeptisch gegenüberstanden. Dieser Fall eines von der Fakultät nicht approbierten Gutachtens hatte weitreichende Folgen. *Thomasius* begann daraufhin über Hexenglauben und Hexenprozesse nachzudenken und wurde innerhalb weniger Jahre zu einem der wichtigsten Kämpfer gegen Folter und Hexenprozesse.¹⁰⁸ Ganz pathetisch meinte der preußische König Friedrich der Große später, *Thomasius* sei es zu verdanken, dass Frauen in Ruhe alt werden könnten.¹⁰⁹ Ein gescheitertes Rechtsgutachten entfaltete auf diese Weise erhebliche Wirkungen für einen Rechtswandel.

Ungleich häufiger waren die Fälle, in denen das Spruchkollegium den Entscheidungsvorschlag des Referenten billigte. Üblicherweise verfasste der Berichterstatter zwei Dokumente. Zum einen erstellte er einen Tenorierungs-

¹⁰⁵ Art. 219 CCC, bei *Schroeder* (Fn. 102), S. 127.

¹⁰⁶ Württemberg Oberrat, dazu *Raith*, Herzogtum Württemberg, in: Lorenz, Hexen und Hexenverfolgung im deutschen Südwesten. Aufsatzband, 1994, S. 197.

¹⁰⁷ Zur Organisation *Schott*, Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg i. Br., 1965, S. 116–133; *Lück* (Fn. 99), S. 115–172.

¹⁰⁸ Gute Textausgabe: *Thomasius*, Über die Hexenprozesse, hrsg. v. Lieberwirth, 1967.

¹⁰⁹ Erwähnt bei *Jerouschek*, Christian Thomasius, Halle und die Hexenverfolgungen, JuS 1995, 576, 577.

vorschlag. Hierbei handelte es sich um das vorformulierte Urteil, wie es das anfragende Gericht später verkünden sollte bzw. je nach den normativen Vorgaben verkünden musste. Deswegen war der Tenor auch aus der Perspektive des anfragenden Gerichts formuliert. Ganz am Ende befand sich dann ein Bestätigungsvermerk der Juristenfakultät, zumeist im Namen des Dekans und der gesamten Professoren.

In einem Beispiel einer Aktenversendung des Lübecker Rates an die Juristenfakultät Leipzig liest sich das Urteil wie folgt:

„Auf Revision Schrifft und erfolgtes rechtliches Einbringen Herrn Burgermeisters D. Johann Adolph Krohns, Beklagtens an einem, Anwalden Frauen Annen Marien von Spilckern, Klägerin andern theils, Erkennen Wir BürgerMeister und Raht der Kayserlichen freyen und des Heiligen Römischen Reichs Stadt Lübeck, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts Gelehrten vor Recht: Daß des eingewandten *remedii revisionis* ungeachtet, es bey dem am 18 *Martii* des 1746sten Jahres von Uns gegebenen Bescheids billig bleibet, jedoch, so viel Beklagtens fünftes *gravamen* betrifft, mit der Erklärung, daß Klägerin demselben, zu bestellung eines Anwalden *ad videndum jurari* vor der Königlichen Regierung zu Oldenburg, Fünf Thaler zu erlegen schuldig. Von Rechts Wegen. *Jussu consulatus publicatum* d. 3 *Martii* 1747. Daß dieses Urthel denen Rechten und Uns zugeschickten Acten gemäß, bekennen Wir, Ordinarius, Senior und andere Doctores der Juristen-Facultaet in der Universitaet Leipzig, unter Unserm Hierneben aufgedruckten Insiegel. (*Locus Sigilli*)“.¹¹⁰

Wenn ein in dieser Weise formulierter Urteilsvorschlag dem Ausgangsgericht zuzug, fand ein parteiöffentlicher Exrotationstermin statt. Hierbei stellten die Beteiligten förmlich fest, dass die Akte in derselben Vollständigkeit zurück zum Ursprungsort gelangte, wie sie sich im Zeitpunkt der Versendung befunden hatte. Entweder am selben Tag oder an einem extra dazu anberaumten Termin verkündete das erstinstanzliche Gericht sodann die Entscheidung der Juristenfakultät als eigenes Urteil. Ob es eine Rechtspflicht gab, das eingegangene Fakultätsurteil auch förmlich als Gerichtsurteil auszuurteilen, lässt sich in der Rückschau schwer sagen.¹¹¹ Die teilweise Lehre von drei übereinstimmenden Fakultätsurteilen weckt jedenfalls Zweifel. Juristenfakultäten versuchten sich ihrerseits abzusichern, indem sie die Erstellung ihrer Gutachten davon abhängig machten, dass jedes anfragende Gericht im Voraus zusicherte, die Entscheidung hinterher auch tatsächlich zu verkünden. Das war aber einerseits kaum zu kontrollieren, andererseits bedeutete jeder angenommene Auftrag zusätzliche Einnahmen für den Referenten persönlich wie für die Fakultät als ganze. Soweit es im modernen Recht eine Diskussion gibt, inwiefern Gutachter zugleich Richter über die zu entscheidende Sache sein dürfen oder sogar *de facto* sind,¹¹² stellt sich das Problem im frühneuzeitli-

¹¹⁰ Oestmann (Fn. 91), S. 247.

¹¹¹ Für grundsätzliche Verbindlichkeit Lück (Fn. 99), S. 100–101, 197.

¹¹² Hierzu der Beitrag von Stürner, Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter, in diesem Band, S. 61.

chen Gutachtenwesen ganz ähnlich. Die Abgrenzung kann nur rein formal erfolgen: Richter war derjenige, der eine Entscheidung mit Geltungsbefehl verkündete. Derjenige, der die Urteilsformel ausformuliert hatte, war damit nur Gutachter und nicht Richter, wenn er nicht zugleich an der Verkündung beteiligt war. Eine materielle Verbindlichkeit der Sprüche änderte nichts an der formal verschiedenen Rollenverteilung.

Zusammen mit dem vorbereiteten Urteilstenor sandte die Juristenfakultät auch das Fakultätsgutachten an das anfragende Gericht. Es trug jetzt den Namen *Rationes decidendi*, also Entscheidungsgründe, folgte im Aufbau aber weitgehend unverändert dem herrschenden Relationsstil. Diese Entscheidungsgründe, also die eigentliche juristische Ausarbeitung, war nicht zur Kenntnis der Parteien bestimmt. Sie wurden beim Verkündungstermin nicht verlesen und den Parteien auch nicht in Abschrift zugestellt. Das Verbot der Entscheidungsbegründung gegenüber den Parteien entfaltete auf diese Weise bis weit ins 18. Jahrhundert hinein Wirkungen. Zudem bestand ein Referentengeheimnis. Welches Fakultätsmitglied die Entscheidung vorbereitet hatte, sollten weder das Ausgangsgericht noch die Parteien wissen. In der Praxis war das Referentengeheimnis aber vielfach ausgehöhlt.¹¹³ Mit einem gewissen zeitlichen Abstand veröffentlichten zudem zahlreiche Fakultäten oder jedenfalls einzelne Fakultätsmitglieder sowohl die Gutachten als auch die Urteile in ihren dickleibigen Druckwerken.¹¹⁴ Der Herausgeber war hierbei nicht immer zwingend zugleich der Verfasser der Gutachten. Im Einzelfall ist die Autorschaft kaum festzustellen. Die große Masse der Fakultätsgutachten wurde allerdings nie veröffentlicht und lagert heute noch unerschlossen in zahlreichen Universitätsarchiven.

Nur der Vollständigkeit halber ist eine Blickerweiterung angebracht: Die frühneuzeitliche Gutachten- und Aktenversendungspraxis war nicht auf die zeitgenössische Rechtswissenschaft beschränkt. Es gab in Religionsdingen ebenso Aktenversendungen an theologische Fakultäten.¹¹⁵ Seit dem Mittelalter sind überdies medizinische Gutachten bekannt,¹¹⁶ etwa zur Ursache oder Schwere von Verletzungen und Krankheiten.¹¹⁷ Sogar gedruckte Konsiliensammlungen sind aus diesem Bereich vorhanden.¹¹⁸

¹¹³ Dies gilt ebenso für Kollegialgerichte, hierzu *Schenk*, Unbeobachtet vorübergegangen? Gerichtliches Entscheiden im Spiegel der genetischen Aktenkunde, in: Bongartz u. a. (Fn. 65), S. 313, 331.

¹¹⁴ Hierzu *Gehrke* (Fn. 90), S. 214–221 (von Fakultäten herausgegebenes Spruchmaterial), 167–213 (von einzelnen Gelehrten herausgegebenes Material).

¹¹⁵ *Kaufmann*, Die Gutachtertätigkeit der Theologischen Fakultät Rostock nach der Reformation, in: Boockmann u. a., Recht und Verfassung im Übergange vom Mittelalter zur Neuzeit II, 2001, S. 297.

¹¹⁶ Hinweis bei *Lange/Kriechbaum* (Fn. 49), S. 399.

¹¹⁷ Beispiel im Landesarchiv Speyer Best. E 6 Nr. 2660, freundlicher Hinweis von *Thorsten Süß*.

c) *Umgang mit Rechtsvielfalt*

Im modernen Recht betreffen gerichtlich eingeholte Rechtsgutachten regelmäßig Fragen des fremden Rechts. Die richterliche Rechtskenntnis des eigenen bzw. einheimischen Rechts wird normativ erwartet, Beweise sind nur in den von § 293 ZPO zugelassenen Randbereichen zulässig. In der frühneuzeitlichen Gutachtenpraxis war dieses Problem deutlich verschoben. Rechtsfragen mit Auslandsbezug kamen aufgrund der kleinteiligen territorialen Gliederung im Alten Reich oftmals vor. Hierfür gab es ein Kollisionsrecht, das in den europäischen Ländern unterschiedlich ausgestaltet war.¹¹⁹ Aus der Perspektive der richterlichen Rechtsanwendung verlief die Grenze allerdings nicht zwischen einheimischem und auswärtigem Recht, sondern zwischen gemeinem und nicht-gemeinem Recht. Das veränderte sowohl das Rechtsproblem als auch die Lösungsmöglichkeiten im Vergleich zur Moderne grundlegend. Im Rückblick lässt sich damit feststellen, dass es jeweils um einen Bereich des eigenen Rechts und einen des fremden Rechts ging, dass aber die Trennlinie je nach Ausbildung des Richters, nach Territoriumsgröße und nach der Intensität partikularer Gesetzgebung unterschiedlich gezogen war.

Aufgrund der mehrschichtigen Rechtsvielfalt aus dem gemeinen römisch-kanonischen Recht, den Partikulargesetzen sowie aus kleinräumigen Rechtsgewohnheiten konnten Rechtsanwendungsprobleme in praktisch jedem Rechtsstreit auftreten, insbesondere wenn bei Aktenversendungen die gutachtende Juristenfakultät außerhalb des Territoriums des anfragenden Gerichtes saß. Dies war aber der Normalfall. Die bereits oben kurz erwähnte Statutenlehre, in der neueren Literatur teilweise präzisiert als Statutenanwendungslehre,¹²⁰ löste Rechtsanwendungsfragen zumeist über Beweislastregeln. Sowohl die territorialen Richter, soweit sie studiert waren, wie auch die Universitätsjuristen hatten in ihrer eigenen Zeit an der Universität nur das römische und kanonische Recht kennengelernt. Rechtslehre im einheimischen Recht setzte erst ganz zaghaft und erst im 18. Jahrhundert überhaupt ein. Dies bildete die Grundlage für die verbreitete Lehre von der *fundata intentio*.¹²¹ Danach musste der Richter von Amts wegen das jeweilige gemeine Recht kennen. Für seine Anwendbarkeit sprach eine Anwendungsvermutung, die man lateinisch als *fundata intentio* bezeichnete. Wenn abweichendes partikulares Recht einschlägig war, sollte es nicht die Aufgabe des Richters sein, seinen Inhalt

¹¹⁸ *Fischer*, *Consilia medica iterum continuata, quae in usum practicum & forensem [...] illustrata sunt*, 1712.

¹¹⁹ Historisch-vergleichend *Boosfeld*, *Zu den Arten von Kollisionsnormen in der Lehre der Statutenkollision*, ZRG Germ. Abt. 138 (2021), 276–282.

¹²⁰ *Boosfeld*, *Die beiden Statutenlehren – Geschichte eines rechtshistorischen Missverständnisses*, ZRG Germ. Abt. 136 (2019), 76–93.

¹²¹ *Zu den Hintergründen Wiegand*, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „habere fundatam intentionem“*, in: FS Krause, 1975, S. 126.

zu ermitteln. Vielmehr gestaltete man dies als Beweisobliegenheit derjenigen Partei aus, die sich darauf berufen wollte. Die Existenz und der Inhalt von Partikularrecht wurden damit zu Tatsachenfragen. Die übliche Rollenverteilung zwischen Gericht und Parteien konnte man mit dem Merksatz *statutum est facti* beibehalten.¹²² Zu den praktischen Konsequenzen sowohl an verschiedenen Untergerichten als auch an den obersten Reichsgerichten des Alten Reiches gibt es inzwischen viel neuere Literatur. Für die Gutachertätigkeit der Juristenfakultäten verschob sich das Problem ein wenig. Wenn ein Rechtsfall am Untergericht einen partikularrechtlichen Einschlag hatte, handelte es sich aus der Perspektive der universitären Gutachter regelmäßig um Fragen des ausländischen Rechts. In dieser Hinsicht schuf die Aktenversendung möglicherweise erst ein neues Problem und löste es gar nicht.

Deswegen versuchten zahlreiche Prozessparteien gerade im Hinblick auf bevorstehende Aktenversendungen, die Risiken, die sich aufgrund der unklaren Territorialrechtskenntnis ergaben, abzuschwächen. So fügten sie ihren Schriftsätzen teilweise Auszüge aus einschlägigen territorialen Rechtsquellen bei bis hin zu vollständigen Druckexemplaren gesamter Stadtrechte.¹²³ Es gab auch Diskussionen, in welchem Umfang man partikularrechtliches Wissen bei den universitären Gutachtern überhaupt voraussetzen durfte. In Lübeck gab es in einem Rechtsstreit 1668 einen Schriftsatzwechsel zur Frage, ob man von den Gutachtern der Juristenfakultät Gießen die Kenntnis des lübischen Rechts erwarten konnte. Ein Anwalt meinte, in Gießen sei doch der berühmte Doktor *Tabor*¹²⁴ tätig, dem könne man solches Wissen nicht abstreiten. Wenn selbst Gießen das weiträumige lübische Recht nicht kenne, dann „würde Wien und Speyer noch viel weiter von der Stadt Lübeck abgelegen sein“, hieß es mit Blick auf den kaiserlichen Reichshofrat und das Reichskammergericht.¹²⁵ Zum lübischen Recht, einer der großräumigsten deutschen Rechtsfamilien, konnte man auf diese Weise argumentieren. Ging es aber um kleine Orte und einzelne Territorien, verschärfte sich das Problem. Die Universität Halle ging um 1730 in die Offensive und bat alle deutschen Obrigkeiten darum, ihre einschlägigen Stadt- und Landesrechte in gedruckter Form an die Juristenfakultät einzusenden. Und als in Göttingen 1737 die Universität errichtet wurde, sammelte die hannoversche Landesregierung alle einschlägigen partikula-

¹²² Dazu *Wiegand* (Fn. 55), S. 126–147.

¹²³ Beispiel zum revidierten Lübecker Stadtrecht von 1586 bei *Oestmann* (Fn. 55), S. 49, 91.

¹²⁴ *Otto Tabor* (1604–1674), zu ihm *Stintzing/Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* II, 1884, Ndr. 1978, S. 226–227; *Gehrke* (Fn. 90), Nr. 53, 260; Überblick auch im Hessischen Informationssystem/Hessische Biographie auf <<https://www.la-gis-hessen.de/pnd/100595626>>, besucht am 27. August 2024.

¹²⁵ Nachgewiesen bei *Oestmann* (Fn. 55), S. 597–598.

ren Statuten und stellte sie der Juristenfakultät zur Verfügung.¹²⁶ Schon mehrere Jahrzehnte zuvor wollte *David Mevius* Untergerichte verpflichten, bei Aktenversendungen immer ihr einschlägiges eigenes Partikularrecht an die gutachtende Juristenfakultät zu versenden.¹²⁷ Die vielen Auslandsbezüge des universitären Gutachterwesens waren eine prinzipielle Anfechtung der fürstlichen Landesherrschaft, die sich vor allem über ihre *iusdictio*, die Gerichtsgewalt, bestimmte. Gerade hier, also in der Vermeidung von Auslandsbezügen bei Aktenversendungen, lag unter anderem einer der Gründe für die Errichtung von Landesuniversitäten in der frühen Neuzeit.

III. Ein Blick auf das 19. Jahrhundert

Die juristische Gutachtenpraxis des 19. Jahrhunderts ist insgesamt nicht gut erforscht. Vor allem die Aktenversendung an Juristenfakultät wurde jetzt zunehmend beschränkt und am Ende verboten. Unter französischem Einfluss erlangte das Unmittelbarkeitsprinzip zusammen mit der Mündlichkeit immer größere Bedeutung im Gerichtsverfahren.¹²⁸ Also durfte nur noch derjenige eine Entscheidung fällen, der eine Verhandlung und auch eine Beweisführung in eigener Person wahrgenommen hatte. Dazu kam ein verfassungsrechtliches Argument. Die Verselbständigung der Gerichtsbarkeit zu einer von der Verwaltung getrennten Staatsgewalt war mit einer Einbindung staatlicher Universitäten in die Gerichtsverfassung nicht vereinbar. Vor allem die Aktenversendung ins Ausland bedeutete die Einmischung fremder Staatsgewalt in eine landeseigene Justiz. Die deutschen Bundesstaaten untersagten daher die Aktenversendung grundsätzlich oder zumindest an landesfremde Universitäten.¹²⁹ Das Bild war aber uneinheitlich. Einige Länder behielten die Aktenversendung bei. Daher erhielt die Universität Gießen etwa ihr Spruchkollegium bis 1883 aufrecht, obwohl innerhalb Hessens die Aktenversendungen

¹²⁶ *Oestmann* (Fn. 55), S. 596. Später sammelte Friedrich Esajas Pufendorf seinerseits partikularrechtliche Quellen am Oberappellationsgericht Celle: *Pufendorf*, *Observationes iuris universi*, 1744/87 (mehrbändiges Werk in zwei Auflagen, im Appendix der Einzelbände mit edierten Partikularrechten).

¹²⁷ *Oestmann*, *Der Landrechtsentwurf von David Mevius. Mecklenburgisches Partikularrecht im 17. Jahrhundert*, 2021, S. 33, 78 (Teil 1, Titel 1, Art. 4); *Molitor*, *Der Entwurf eines mecklenburgischen Landrechts von David Mevius*, *ZRG Germ. Abt.* 61 (1941), 208, 232.

¹²⁸ *Oestmann* (Fn. 9), S. 226–234; *Ahrens*, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilprozessrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung*, 2007; für die Zeit nach den Reichsjustizgesetzen *Damrau*, *Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, 1975.

¹²⁹ Überblick bei *Schott* (Fn. 107), S. 107–110; *Lück* (Fn. 99), S. 105–108.

bereits 1807/11 verboten worden war.¹³⁰ Das Ende des universitären Gutachterwesens für laufende Gerichtsverfahren kam 1877/79 mit dem Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes. Nur noch staatliche Gerichte durften danach Gerichtsgewalt ausüben.¹³¹

Diese wenigen Sätze vereinfachen indes einen uneinheitlichen Befund. Gerade am angesehensten deutschen Gericht des 19. Jahrhunderts, dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte in Lübeck, waren Aktenversendungen auf Antrag der Parteien weiterhin möglich. Da es sich um ein wissenschaftlich hoch angesehenes Gericht handelte, sprichwörtlich von *Rudolf von Jhering* als der „gelehrte Gerichtshof Deutschlands“ bezeichnet,¹³² konnte es hierbei keinesfalls um die Beratung in schwierigen Rechtsfragen gehen. Die Lübecker Richter waren teilweise namhafte Professoren und konnten juristische Probleme ohne Schwierigkeiten selbst lösen. Offenbar sollten die Aktenversendungen hier die Mitwirkungsmöglichkeiten der Parteien erweitern und auf diese Weise die Akzeptanz späterer Entscheidungen erhöhen. Wie oft diese Versendungen stattfanden, ist nicht näher bekannt. In Erinnerung geblieben ist freilich einer der zeitgenössisch aufsehenerregendsten Zivilprozesse der 1820er Jahre, der sog. Städelsche Beerbungsfall. In einem Rechtsstreit um die Frage, ob durch letztwillige Verfügung eine Museumsstiftung errichtet und gleichzeitig zum Erben eingesetzt werden konnte, entspann sich ein Verfahren vor zwei Frankfurter Gerichten sowie vor dem Oberappellationsgericht Lübeck. Sowohl vom Frankfurter Gericht als auch durch das Oberappellationsgericht Lübeck erfolgten mehrfach Aktenversendungen an verschiedene Universitäten. Insgesamt kam es zu zwölf Aktenversendungen an die Juristenfakultäten Landshut, Jena, Tübingen, Bonn, Göttingen, Leipzig, Kiel, Berlin, Gießen, Heidelberg, München sowie Halle.¹³³ Durch die zahlreichen Gutachten teilweise sehr angesehener Professoren gab es neben dem mehrjährigen Rechtsstreit zugleich eine umfassende wissenschaftliche Debatte in der juristischen Öffentlichkeit. Bereits 1827 erschienen einige Gutachten in einer umfangreichen gedruckten Materialsammlung.¹³⁴ Die Funktion der Rechts-

¹³⁰ *Kischkel* (Fn. 95), S. 166 (Verbot), 511–527 (Zusammensetzung des Spruchkollegiums zwischen 1800 und 1883).

¹³¹ § 1 GVG 1877, Reichs-Gesetzblatt 1877 Nr. 4, S. 41.

¹³² *Jhering*, Agathon Wunderlich. Ein Nachruf, [Jherings] Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 17 (1879), 145, 156; andere bekannte zeitgenössische Lobpreisungen bei *Windscheid*, Carl Georg von Wachter, 1880, S. 14–15; *Thöl*, Das Handelsrecht I, 1841, Vorrede.

¹³³ Sehr sorgfältige Nachweise mit Archivprovenienzen, teilweise Drucklegungen und den Namen der Referenten bei *Ryuichi Noda*, Zum Städelschen Beerbungsfall, ZRG Germ. Abt. 133 (2016), S. 365, 366–367, dort auch zur älteren Literatur.

¹³⁴ Actenstücke und Rechtliche Gutachten in Sachen der Städelschen Intestat-Erben gegen die Administration des Städelschen Kunst-Instituts zu Frankfurt am Main, 1827. Die Gutachten sind in dieser Edition gekürzt wiedergegeben.

gutachten war daher im Vergleich zu der Beratung ungelehrter Untergerichte vollkommen verändert.

Bezeichnend für die Diskussion im 19. Jahrhundert ist zudem ein politischer Streit um Aktenversendungen in Strafsachen. Die Abschaffung der Aktenversendung, also der Gutachtertätigkeit von Juristenfakultäten, war vor allem in politischen Strafsachen mit zunehmend harten Verurteilungen verbunden. Das betraf im Gefolge der sog. Demagogenverfolgungen im Deutschen Bund vor allem die angeblichen Umtriebe von Studenten sowie Pressevergehen in einer Zeit strenger Zensur. Hier erklärten liberale Rechtsgelehrte und Rechtspolitiker die Gutachteneinholung von Universitäten kurzerhand zum „Palladium der deutschen Freiheit“.¹³⁵ Dahinter stand eine innere Verbundenheit der Professoren mit ihren Studenten und ein allgemeiner liberaler Widerstand gegen den repressiven Obrigkeitsstaat. Die Forderungen nach einer Wiederbelebung der Aktenversendungen zeigen überdeutlich, dass es hier in keiner Weise um die rechtliche Klärung besonders schwieriger juristischer Probleme ging. Die Gutachtenpraxis sollte vielmehr indirekt zu einer Kontrolle oder Bändigung der reaktionär-repressiven Haltung der Regierungen und der von ihnen eingesetzten Richter beitragen. Politisch blieben diese Ansätze fast immer wirkungslos.

Inwieweit Gerichte im 19. Jahrhundert speziell zu Fragen des ausländischen Rechts Gutachten einholten, ist nicht näher bekannt. Allein innerhalb des Deutschen Bundes gab es 39 Mitgliedsstaaten. Fälle mit Auslandsbezug dürften damit an der Tagesordnung gewesen sein. Eine Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts von Amts wegen gab es nicht. Einheimische Gewohnheiten musste das Gericht im Anschluss an eine wegweisende Monographie *Georg Friedrich Puchtas* jedoch selbständig erforschen und anwenden.¹³⁶ Und wenn das Gericht fremdes Recht kannte, sollte es dies auch berücksichtigen. Am Oberappellationsgericht Lübeck jedenfalls besaßen die Richter auch Literatur in englischer und französischer Sprache zum internationalen Handelsrecht.¹³⁷ In der Sache ging es freilich gar nicht immer um die Ermittlung des fremden Rechts, sondern um die Konstruktion allgemeiner Rechtsprinzipien auf der Grundlage verschiedener normativer Quellen und Literaturstimmen. Die Besonderheiten des ausländischen Rechts verblassten damit möglicherweise hinter dem Bestreben, ein prinzipienfestes gemeines Recht zu konstruieren. Die Situation vor unterinstanzlichen Gerichten ist allerdings nicht näher bekannt, wie auch der große Bereich von Privatgutachten nicht

¹³⁵ *Gönner*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I, 1801, S. 78: „Immer aber bleibt die Aktenversendung ein Palladium der deutschen Freiheit.“

¹³⁶ *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht I, S. 108–110; hierzu *Oestmann*, Der Beweis von Rechtsnormen im Zivilprozeß – § 293 ZPO im Spiegel der wissenschaftlichen Diskussion des 19. Jahrhunderts, in: FS Sellert, 2000, S. 467, 486–487.

¹³⁷ *Oestmann*, Zur Gerichtspraxis im 19. Jahrhundert. Ein Schmuggeleiprozess am Oberappellationsgericht Lübeck, Bd. 1, 2019, S. 62–70.

aufgearbeitet ist. An der Universität Tübingen sollen in den nächsten Jahren Fakultätsgutachten aus dem 19. Jahrhundert in größerem Umfang erschlossen werden.¹³⁸ Es ist also zu hoffen, dass sich das Bild der neueren Gutachtenpraxis im Laufe der Zeit verfeinern wird.

IV. Lehren aus der Geschichte?

Wenn heutige Juristen, die mit Rechtsgutachten für Gerichte befasst sind, an der Vorgeschichte der Gutachtenpraxis interessiert sind, ist das eine höchst erfreuliche Grundlage für ein Gespräch zwischen der Rechtsgeschichte und dem geltenden Recht. In der Tat erweitert das Bewusstsein für die geschichtliche Dimension der eigenen Tätigkeit das Gefühl für das eigene Tun. Antworten auf heutige Fragen bietet die Geschichte dagegen kaum. Nicht zu unterschätzen ist jedoch das Irritationspotential. Rechtsgutachten von Juristenfakultäten dienen nur teilweise der Rechtsberatung anfragender Einzelgerichte. Gerade im 19. Jahrhundert waren es politische oder wissenschaftliche Gründe, die das insgesamt zurückgehende Gutachtenwesen lebendig erhielten. Die Frage nach der Kenntnis des fremden Rechts erweist sich historisch hierbei als ganz unscharf. Zum einen hing die praktische Bedeutung des Problems unmittelbar von der Größe des jeweiligen Inlandes ab. Zum anderen war über lange Zeit hinweg nicht die Kenntnis des ausländischen Rechts eine gravierende praktische Hürde bei der Rechtsanwendung. Viel schwieriger war die Kenntnis des territorialen nicht-gemeinen Rechts unter studierten Juristen und gerade auch bei auswärtigen Gutachtern. Der heutige § 293 ZPO erfasst mit seinem Hinweis auf ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht und Statuten sprachlich genau die Problemzonen, um die seit der Zeit der Postglossatoren immer wieder gerungen wurde. Die historisch je eigenen Grenzziehungen zwischen Recht und Tatsachen, zwischen der Pflicht und dem Recht des Gerichts zur Ermittlung unbekannter Normen, zeigen, wie verschieden die praktischen Auswirkungen scheinbar ähnlicher Vorschriften sein können.

Dennoch drängen sich einige Kontinuitäten auf, ohne hier in reine Dogmengeschichte abzugleiten. Seit dem mittelalterlichen gelehrten Recht erwartete der jeweilige Gerichtsherr vom Richter¹³⁹ die Kenntnis des einschlägigen Rechts. In der deutschen Tradition war dies ausweislich zahlreicher Gerichtsordnungen seit dem späten 15. Jahrhundert das universale römisch-kanonische *ius commune*, früh ergänzt durch das partikulare *ius commune in loco*, später durch Landesgesetze. Was über diese Grenzen hinausging, war fremd, mochte es sich dabei um ungelehrte Rechtsgewohnheiten, ausländische Rechts-

¹³⁸ *Stephan Dusil* bereitet hierzu ein größeres Forschungsvorhaben vor.

¹³⁹ Sehr origineller Überblick über die jeweilige Rolle des Richters bei *Döhring*, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, 1953, S. 35–110.

quellen oder anderes handeln. Man konnte die Existenz dieses fremden Rechts als Tatsachenfrage darstellen und daher Beweisregeln auf Rechtsermittlungsfragen anwenden. Diese Möglichkeit blieb erhalten, auch als im 19. Jahrhundert sämtliche Rechtsquellen unabhängig von ihrer Provenienz einheitlich als Recht anerkannt waren.¹⁴⁰ Der Richter sollte sich über den Inhalt dieser fremden und unbekanntenen Normen informieren, zunächst vor allem durch Beweisführungen der Parteien. Das gerichtliche Gutachtenwesen, vor allem die Aktenversendung an Juristenfakultäten, konnte Fragen des fremden Rechts nur schwer lösen, weil gerade Spezialprobleme des kleinräumigen partikularen Rechts auch für viele Rechtsgelehrte kaum zu beantworten waren. Das Gutachtenwesen erfüllte daher üblicherweise ganz wesentlich die Aufgabe, die Gerichte auch bei der Anwendung desjenigen Rechts zu unterstützen, dessen Kenntnis man normativ eigentlich von jedem Richter erwartete. Diese Form der Zusammenarbeit zwischen Gutachtern und Gerichten ist seit 1879 in Deutschland verboten. Für die normativen Randbereiche von § 293 ZPO hat sich die jahrhundertealte Tradition dagegen erhalten und besitzt weiterhin hohe tatsächliche Bedeutung. Für die Akzeptanz der Rechtsauskünfte und damit für den Rechtsfrieden spielt die jeweilige Expertise des Gutachters eine kaum zu überschätzende Rolle. Hier verbindet ein Traditionsstrang die ungelehrten Rechtshonoratioren des späten Mittelalters mit den frühneuzeitlichen Rechtsexperten¹⁴¹ bis hin zu den modernen Sachverständigen für einzelne Spezialrechtsordnungen.

Der große Bereich von Privatgutachten war in der frühen Neuzeit kaum anders als heute ein Markt mit guten Verdienstmöglichkeiten für denjenigen, der den Bedarf an handwerklich gearbeiteten gelehrten Konsilien erfüllen konnte. Hier drängen sich Parallelen zur Gegenwart geradezu auf. Dies ist aber ein juristisches Betätigungsfeld, das mit der Gutachtenpraxis von Max-Planck-Instituten und der richterlichen Ermittlung nach § 293 ZPO hoffentlich kaum etwas gemein hat.

¹⁴⁰ Teilweise andere Behandlung von Verkehrssitten, hierzu *Oestmann*, Die Ermittlung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, JZ 2003, 285–290.

¹⁴¹ Hierzu zuletzt *Baumann* (Hrsg.), Juristen als Experten? Wissensbestände und Diskurse von Juristen im 16. und 17. Jahrhundert, 2023.

Was ist fremdes Recht?

Rechtstheoretische Grundlagen des § 293 ZPO

*Ralf Michaels**

I.	Problemstellung.....	33
1.	Das Problem der Erkenntnis ausländischen Rechts.....	35
2.	Das Problem der Anwendung ausländischen Rechts.....	37
II.	Teilnehmer- und Beobachterperspektive zum ausländischen Recht	38
1.	„Fremdes Recht“ – ein Paradox?.....	38
2.	Fremdes Recht als Nicht-Recht?	40
3.	Fremdes Recht als nicht-fremd?.....	41
III.	Trennung von Inhalt und Anwendungsbefehl.....	43
1.	Propositionales und imperatives Element.....	43
2.	Inländischer Anwendungsbefehl und ausländische Proposition	44
3.	<i>Internal</i> und <i>external recognition</i>	45
IV.	Die Fremdheit des fremden Rechts	47
1.	Ausländisches Recht.....	47
2.	Fremder Anwendungsbefehl	48
3.	Unvertrauter Inhalt	49
V.	Zur Rollenverteilung hinsichtlich des ausländischen Rechts.....	51
1.	Die Entscheidung als notwendige Aufgabe des Richters	52
2.	Propositionaler Gehalt und Argumentation zwischen Richter und Sachverständigem.....	53
3.	Eine Rolle für den ausländischen Richter?	56
VI.	Ergebnisse	58

I. Problemstellung

Eine in Deutschland lebende Japanerin verklagt ihren ebendort wohnhaften japanischen Ehemann auf ehelichen Unterhalt.¹ Der Beklagte wehrt sich mit

* Dank für Diskussion und Hinweise gebührt Teilnehmenden der Konferenz „Das Gutachten zum ausländischen Recht im 21. Jahrhundert“ sowie des Conflicts Club am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und bei der Zweijahreskonferenz der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 2024 in Seoul. Besonderer Dank an *Philipp Kronier* und *Jan Peter Schmidt*.

¹ Zur Zuständigkeit vgl. Art. 3 EuUnthVO.

der Behauptung, die beiden seien nicht verheiratet: ihre vor Jahren in Japan geschlossene Ehe sei nicht wirksam. Was soll der Richter tun, um das zu beurteilen?

Am einfachsten wäre für ihn die Anwendung deutschen Rechts – als deutscher Richter hat er das ja studiert. Dem Laien mag das auch am gerechtesten erscheinen: als Organ der deutschen Staatsgewalt ist ein deutscher Richter ja auf das deutsche Recht verpflichtet. Hier wäre das aber unangemessen.² Das japanische Paar hat in Japan nach japanischem Recht geheiratet und sich um die Vorschriften des deutschen Eherechts zu Recht nicht gekümmert; der deutsche Gesetzgeber kann auch schwerlich Japanern vorschreiben, ob und wie sie in Japan heiraten.

Einfach wäre es für den Richter auch, seine Zuständigkeit zu verneinen und stattdessen eine Klagerhebung in Japan anzuregen.³ In vielen Rechtsbereichen, insbesondere im öffentlichen Recht, ist ein solcher Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht üblich – wo deutsches Recht nicht anwendbar ist, sind dann deutsche Gerichte nicht zuständig. Die Idee der „*lex fori in foro proprio*“ macht genau das und bestimmt die internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit vom anwendbaren Recht.⁴ In den USA erlaubt die Doktrin des *forum non conveniens* es dem Richter häufig, seine Zuständigkeit zu verneinen, wenn und weil ausländisches Recht anwendbar ist.⁵

Wo das ausländische Recht wie hier im Rahmen einer Vorfrage auftaucht, ist Gleichlauf schwierig zu erreichen.⁶ Aber selbst wo ausländisches Recht die Hauptfrage beherrscht, wäre es oft unangemessen, die Parteien darauf zu verweisen, in einem vielleicht weit entfernten Gericht zu klagen.⁷

² Vgl. etwa *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht: Besonderer Teil, Bd. II, 2019, § 4 Rn. 4; *Dicey/Morris/Collins*, The Conflict of Laws, 16. Aufl. 2022, 1-006; *Morris*, The Conflict of Laws, 10. Aufl. 2021, 1-007; *Wolff*, Private International Law, 2. Aufl. 1977, 1.

³ So das frühere englische Recht, nach dem nur *causes of action* behandelt wurden, die in England entstanden (und daher englischem Recht unterlagen); dazu und zu den Fiktionen, zu denen diese Beschränkung führte, *Sack*, Conflicts of Law in the History of English Law, in: Law. A Century of Progress, Bd. III, 1937, S. 342 ff.

⁴ Vgl. *Ehrenzweig*, A Proper Law in a Proper Forum, 18 Oklahoma L. Rev. 340 (1965); *Lando*, Lex fori in foro proprio, (1995) 2 Maastr. J. 359 ff.

⁵ Für einen ähnlichen Vorschlag für die EU, siehe *Jänträ-Jareborg*, Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective, Recueil des cours 304 (2003), 202, 323.

⁶ Die Hauptfrage (die hier deutschem Recht unterliegt, Art. 3 HUP) ist die nach dem ehelichen Unterhaltsanspruch. Da ein solcher eine wirksame Ehe voraussetzt, ist die Ehewirksamkeit eine Vorfrage. Es ist umstritten, ob eine solche Vorfrage unselbständig oder selbständig anzuknüpfen ist, ob also auf sie dasselbe Recht angewandt werden muss wie auf die Hauptfrage (also hier deutsches Recht) oder ob das anwendbare Recht nach der für das jeweilige Institut relevanten Kollisionsnorm zu bestimmen ist; das wäre hier nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB das japanische Recht. Vgl. *Mankowski*, in: Staudinger BGB, 2016, Art. 1 HUP Rn. 25 ff.

⁷ Vgl. *v. Bar/Mankowski* (Fn. 2), § 4 Rn 3.

Das moderne Internationale Privatrecht hat sich daher gegen beide Möglichkeiten gewendet. Stattdessen sieht es, wo angemessen – wie hier für die Frage der Ehwirksamkeit –, die Anwendbarkeit ausländischen, in diesem Fall japanischen Rechts, vor.⁸ Mehr noch, während die Anwendung ausländischen Rechts in Rechtsordnungen des Common Law als Ausnahme konzipiert ist, behandelt das Internationale Privatrecht kontinentaleuropäischer Prägung eigenes und fremdes Recht grundsätzlich gleich und sieht daher für Fälle mit einschlägiger Auslandsberührung häufig die Anwendbarkeit ausländischen Rechts vor. Darin liegt seine Besonderheit – nicht in der Beschränkung des Geltungsanspruchs des eigenen Rechts, sondern in der Bereitschaft, ausländisches Recht zu berufen.⁹

Wenn der deutsche Richter, wie es Rechtsprechung und Literatur fordern, das ausländische Recht so anwenden muss, wie es im Ausland wirklich gilt¹⁰ – wenn er also entscheiden muss wie ein japanischer Richter –, so stellt ihn das vor praktische und theoretische Probleme. Er ist kein japanischer Richter – wie soll er wie ein solcher entscheiden? Und er versteht nicht genug vom japanischen Recht – wie kann er dessen Kenntnis erlangen? Wie viel von seiner Entscheidung kann er auf einen Experten im japanischen Recht übertragen, wieviel kann oder muss er selbst tun? Die Antwort ist keine rein pragmatische. Insoweit sie auf der Rolle des deutschen Richters im Verhältnis zum ausländischen Recht beruht, benennt sie ein Problem der Rechtstheorie. Die Klärung dieser rechtstheoretischen Grundlagen sollte also auch bei der Beantwortung der praktischen Fragen helfen.

1. Das Problem der Erkenntnis ausländischen Rechts

„Iura novit curia“ heißt ein Grundsatz (nicht nur) des deutschen Rechts; der Richter (oder das Gericht) kennt das Recht.¹¹ Faktisch stimmt das allenfalls zum Teil:¹² einiges hat der Richter nie gelernt, anderes vergessen, für wieder anderes ist er nicht auf dem neuesten Stand. Es handelt sich insoweit nicht um einen Seins-, sondern einen Sollenssatz: die Kenntnis des Rechts, die der Richter nicht hat, muss er sich (grundsätzlich) selbst aneignen; die Parteien sind nicht verpflichtet (wohl aber berechtigt), ihm das nötige Wissen zu be-

⁸ Art. 13 EGBGB.

⁹ Vgl. *Batiffol*, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956/2002, S. 104 ff.

¹⁰ St. Rspr., siehe z.B. BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244 = IPRspr 2014-276. Dazu auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 2 Ziff. 1, § 3 Ziff. 3 und 4.

¹¹ Ausführlich *Ganuzas*, „Iura novit curia“ y aplicación judicial del derecho, 2000/2018, dort S. 98 ff. zum ausländischen Recht.

¹² *Kralik*, Iura novit curia und das ausländische Recht, ZfRv 3 (1962), 75, 83; *Spickhoff*, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?, ZZP 112 (1999), 265, 266.

schaffen.¹³ Damit besteht ein Unterschied zum Common Law, wo, jedenfalls bis zu einem bestimmten Maß, die Parteien den Richter auch über den Inhalt des Rechts informieren müssen.¹⁴

Iura novit curia gilt nicht nur für genuin deutsches Recht. Es gilt auch weiter für das Recht der Europäischen Union und das Völkerrecht, die ihrem Ursprung nach zwar nicht deutsches Recht sind, ihrer Geltung nach aber diesem zugerechnet werden. Vielmehr gilt er – wenn auch modifiziert – auch für ausländisches Recht, das in Deutschland zwar nicht gilt, wohl aber anzuwenden oder zu berücksichtigen sein kann – sei es durch kollisionsrechtliche Berufung, sei es auf anderem Wege.¹⁵ Insofern wird ausländisches Recht nicht prinzipiell anders behandelt als inländisches.¹⁶

Das ist keine universelle Wahrheit. Diese Frage wird etwa im Common Law anders beantwortet;¹⁷ freilich gilt hier *iura novit curia* auch für das eigene Recht nur eingeschränkt. Auch im deutschen Recht gibt § 293 ZPO eine nicht ganz klare Antwort. Grundsätzlich wird ausländisches Rechte genauso behandelt wie inländisches: der Richter muss dessen Inhalt von Amts wegen ermitteln und es von Amts wegen anwenden. Unterschiede betreffen lediglich die Art und Weise, in der er sich dessen Inhalt aneignen kann: Während zum deutschen Recht von ihm Kenntnis oder gegebenenfalls Selbststudium erwartet wird, kann er zum ausländischen Recht Beweis erheben und ist frei darin, die Erkenntnisquellen auszuwählen (§ 293 S. 2 ZPO).¹⁸

Der Unterschied in der Behandlung hat Gründe: Ausländisches Recht ist dem deutschen Richter, anders als deutsches, regelmäßig nicht nur unbekannt, sondern für ihn auch schwer zu ermitteln. Er hat deutsches Recht studiert,¹⁹ japanisches etwa nur im Ausnahmefall. Seine Erfahrung als Richter beruht im Wesentlichen auf Entscheidungen zum deutschen Recht; im japanischen Recht hat er keine Erfahrung. Die Anwendung ausländischen Rechts stellt ihn daher vor Probleme. Wie soll er den Inhalt des japanischen Rechts ermitteln? Und wie kann er dieses Recht angemessen anwenden?

¹³ Dazu *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 293 Rn. 55 ff.; Hamburger Leitlinien (2023), Art. 4. Präziser daher Dekretalen 2,1,6 (Alexander III): *Da mihi facta, dabo tibi ius*.

¹⁴ *Fentiman*, *Foreign Law in National Courts: A Common Law Perspective*, in *Courts and Comparative Law*, 2015, S. 79 ff.

¹⁵ Siehe die Auflistung in Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 1 Ziff. 1.

¹⁶ Vgl. *Lendl*, *Iura novit curia – auch ausländisches Recht? Ein Rechtsgrundsatz auf dem Prüfstand der Internationalisierung*, in: FS Lovrek, 2024, S. 477 ff.

¹⁷ Rechtsvergleichend *Nishitani*, *General Report*, in: *Nishitani, Treatment of Foreign Law – Dynamics Towards Convergence*, 2017, S. 3 ff.

¹⁸ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Vorbemerkung sowie Art. 2 § 2 und 3.

¹⁹ Zwei deutsche juristische Staatsexamina sind Voraussetzung für die Befähigung zum Richteramt: § 5 Abs. 1 DRiG.

Ein häufig gewähltes Erkenntnismittel ist das Heranziehen eines Sachverständigen zum ausländischen Recht.²⁰ Allerdings hat ein solcher Sachverständiger zwar oft bessere Kenntnis des ausländischen Rechts als der Richter, er ist aber selbst kein Richter, was die Frage aufwirft, wie viele der Aufgaben des Richters ihm übertragen werden können.

2. Das Problem der Anwendung ausländischen Rechts

Was kann die Rechtstheorie zu dieser Frage beitragen? Unmittelbar nicht viel – freilich nicht deshalb, weil hier keine rechtstheoretischen Fragen betroffen wären, sondern weil die Rechtstheorie sich mit fremdem Recht nur selten beschäftigt hat. Was dem Kollisionsrechtler eine Selbstverständlichkeit ist – die Anwendung ausländischen Rechts –, ist für viele andere Juristen eine schwer vorstellbare Anomalie. Dieses Unverständnis teilen sie mit großen Teilen der Rechtstheorie. Für diese sind Fragen der Geltung und Anwendbarkeit von Recht selbstverständlich zentrale Themen. Regelmäßig geht es ihr dabei aber um eigenes Recht, also das Recht der Rechtsordnung, welcher der Richter selbst angehört. Es wird gefragt, woraus die Bindung des Richters an sein eigenes Recht folgt und ob sie nur rechtlicher oder auch moralischer Natur ist. Man fragt, ob die Pflicht zur Anwendung des Rechts Ausnahmen kennt – zum Beispiel weil „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ›unrichtiges Recht‹ der Gerechtigkeit zu weichen hat“²¹ – konzentriert sich aber typischerweise auf das eigene Recht.²² Dass ein Richter sich ausländischem Recht ausgesetzt sieht, kommt in der Rechtstheorie fast nicht vor.²³ Wo es so ist, macht die Rechtstheorie ausländisches regelmäßig zu inländischem Recht.²⁴

Das ist misslich. Denn die Anwendung ausländischen Rechts stellt durchaus eigene und schwierige rechtstheoretische Probleme. Das wichtigste rechtstheoretische Problem hat mit der Position und Legitimation des Rich-

²⁰ Dazu insbesondere Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3, 5 und 8, sowie Art. 3.

²¹ So die Radbruchsche Formel: *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105.

²² Zur Anwendung der Radbruch'schen Formel im Verhältnis zu ausländischem Recht im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalt, siehe etwa *Peari*, The Foundation of Choice of Law – Choice and Equality, 2018, S. 161 ff.; *Dyzenhaus*, Not an Isolated, Exceptional, and Indeed Contradictory Branch of Jurisprudence, in: Banu/Green/Michaels, Philosophical Foundations of Private International Law, 2024, S. 78 ff. (unter Bezugnahme auf *Oppenheimer v Cattermole*, [1976] AC 249 (HL)).

²³ Vgl. *Banu/Green/Michaels*, Introduction, in: Banu/Green/Michaels, Philosophical Foundations of Private International Law, 2024, S. 1 ff. Umfassend wird die (im Wesentlichen in der Kollisionsrechtswissenschaft geführte) Diskussion aufgearbeitet bei *Schinkels*, Normsatzstruktur des IPR, 2007, S. 9 ff.

²⁴ Vgl. etwa *Kelsen*, General Theory of Law and State, 1949, S. 244; *Raz*, Incorporation by Law, (2004) 10 LT 1. Dazu noch unten II.3.

ters zu tun. Als deutscher Richter ist er Teil des deutschen Rechts, dem deutschen Recht und seiner Anwendung verpflichtet. Wie kann er da ausländisches Recht anwenden?²⁵

Eine herkömmliche Antwort ist: weil ihm das durch eine Regel des deutschen Rechts aufgetragen wird. Die Kollisionsnorm, die das japanische Recht zur Anwendung beruft, ist Teil des deutschen Rechts (auch wenn sie heute häufig im Recht der EU verankert ist). Wenn der deutsche Richter japanisches Recht anwendet, tut er das also in Anwendung deutschen Rechts, er folgt einem Anwendungsbefehl des deutschen (Kollisions-)Rechts. Mehr noch: die Anwendung deutschen Sachrechts anstelle des kollisionsrechtlich berufenen japanischen Rechts wäre ein Bruch deutschen Rechts.

Diese Antwort verlagert das Problem freilich nur. Zwar ist es richtig, dass die Anwendung japanischen Rechts durch die deutsche Kollisionsnorm vorgeschrieben wird. Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie eine Kollisionsnorm einen solchen Anwendungsbefehl sinnvoll erteilen kann, ohne dem deutschen Richter etwas aufzugeben, was nicht seiner Aufgabe und Rolle entspricht. Denn die Bindung des Richters qua Amtes an das japanische Recht gilt unmittelbar nur für japanische Richter – nur sie sind in das japanische Recht eingebunden. Eine Kollisionsnorm kann einen deutschen Richter nicht zum japanischen Richter machen, und sie kann auch nicht den japanischen Anwendungsbefehl zu einem deutschen machen.

II. Teilnehmer- und Beobachterperspektive zum ausländischen Recht

1. „Fremdes Recht“ – ein Paradox?

Das Problem fremden Rechts wird häufig auf die prozedurale Behandlung von ausländischem Recht reduziert. (Die Begriffe „fremd“ und „ausländisch“ werden also synonym verwendet – ob das berechtigt ist, wird mich später noch beschäftigen.) Insbesondere betrifft das die bekannte Diskussion darüber, ob im Prozess fremdes Recht Recht oder Tatsache ist. In Wirklichkeit ist das ein Scheinproblem: fremdes (wie auch eigenes) Recht ist selbstverständlich beides, sowohl Tatsache als auch Recht.²⁶ So ist mit der Alternative Tatsache/Recht nicht eine ontologische, sondern nur eine praktische Frage

²⁵ Mit solcher Priorität für das eigene Recht wird in der Regel die Grundfrage im Common Law gestellt; vgl. etwa *Currie*, On the Displacement of the Law of the Forum, 58 Colum. L. Rev. 964 (1958); *Krayanni/Michaels*, Is Choice of Law Biased? How Would We Know?, (2023) 179 JITE 51, 54 ff: siehe auch *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht: Allgemeine Lehren, Bd. 1, 2003, § 2 Rn. 7 f.

²⁶ *Jansen/Michaels*, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZZP 116 (2003), 3, 44 f.

gemeint, wie ausländisches Recht zu behandeln ist: etwa ob es den für Tatsachen anwendbaren Darlegungs- und Beweisregeln unterliegt oder ob seine Auslegung der Revision unterliegt. Diese praktischen Fragen können jeweils separat voneinander behandelt werden; eine einheitliche Antwort ist nicht nötig. So behandelt etwa das deutsche Recht fremdes Recht bezüglich seiner Ermittlung im Wesentlichen als Recht; es gelten also nicht die normalen Regeln zur Beweiserhebung und insbesondere zur Beweislast. Im Rahmen der Revisibilität wird ausländisches Recht dagegen wie eine Tatsache behandelt und ist nicht der Revision unterworfen. Die Inkonsistenz ist nicht schwerwiegend; die Begründung ist pragmatisch.

Rechtstheoretisch freilich ist die Unterscheidung von Recht und Tatsache von erheblicher Bedeutung, denn nur ersteres, nicht letzteres, kann normative Geltung beanspruchen. Zum Erkennen der Problematik hilft die von *H.L.A. Hart* eingeführte Unterscheidung zwischen internem und externem Standpunkt, die, mit Modifikationen, noch heute weithin anerkannt ist.²⁷ *Robert Alexy* modifizierte die (mehrdeutige) Unterscheidung zu der zwischen Teilnehmer- und Beobachterperspektive.²⁸ Die interne Position ist die des Teilnehmers am Recht. *Hart* fokussiert vor allem auf Offizielle, darunter an erster Stelle den Richter, der als Prototyp des Teilnehmers gelten kann. Der Richter mag seinem Recht kritisch gegenüberstehen – anwenden muss er es trotzdem, wenn er nicht seine Dienstpflicht verletzen will. Die externe Position demgegenüber ist die Perspektive des Beobachters. Dieser Beobachter ist nicht an das Recht gebunden (jedenfalls nicht in seiner Rolle als Beobachter), und er kann deshalb auch dem Recht affirmativ oder kritisch gegenüberstehen. Hier bleibt es bei der Beobachtung (und eventuellen Bewertung); der Beobachter nimmt nicht teil am Recht, wendet es also insbesondere auch nicht an. Ein Rechtswissenschaftler, der über das deutsche Recht schreibt, tut das aus der Beobachterperspektive – selbst wenn er, etwa als deutscher Professor, außerhalb dieser Rolle an dieses deutsche Recht gebunden ist.

Wir sehen sofort, dass diese Dichotomie auf die Anwendung ausländischen Rechts nur schwierig passt. Hinsichtlich des japanischen Rechts etwa ist der japanische Richter ein Teilnehmer, der eine interne Position annimmt. Der Experte zum japanischen Recht dagegen ist ein Beobachter mit einer externen Position. Der deutsche Richter aber, der das japanische Recht anzuwenden hat, ist beides zugleich, oder eben beides nicht wirklich. Einerseits ist er, anders als der japanische Richter, nicht wirklich ein Teilnehmer am japanischen Recht, denn er hat keinen Auftrag von der japanischen Rechtsordnung, an der Verwirklichung, der Durchsetzung des japanischen Rechts mitzuwirken. Anderer-

²⁷ *H.L.A. Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 1973 (aus dem Englischen von Alexander von Baeyer), S. 128 ff.; *Carpentier*, *Legal Statements: Internal, External, Detached*, in: *Sellers/Kirste, Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2023, S. 2045 ff.

²⁸ *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 47 f.

seits ist er aber auch nicht wirklich (nur) ein Beobachter des japanischen Rechts so wie es ein Sachverständiger wäre, weil er, anders als jener, das japanische Recht anzuwenden hat, und zwar – bis zur Grenze des *ordre public*-Vorbehalts – unabhängig davon, ob er ihm inhaltlich zustimmt. Nils Jansen und ich haben diese Perspektive einmal als Auslandsperspektive bezeichnet, um sie von Teilnehmer- und Beobachterperspektive abzugrenzen.²⁹

Und wir sehen auch, warum der Begriff des „fremden Rechts“ geradezu ein Paradox darstellt. Denn Recht im Sinne eines Normensystems, das aus sich heraus vom Unterworfenen oder vom Offiziellen Befolgung verlangt, kann – so scheint es – nur eigenes Recht sein. Wenn das wirklich so wäre, müsste einem fremden Recht entweder die normative Bindungskraft abgesprochen werden, oder es muss, um Bindungskraft zu erlangen, in eigenes Recht umgewandelt werden. Beide Strategien, die Anwendung fremden Rechts zu erklären und zu legitimieren, sind (freilich vergeblich) versucht worden, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

2. *Fremdes Recht als Nicht-Recht?*

Eine Strategie im Umgang mit fremdem Recht besteht darin, ihm seinen Charakter als Recht zu nehmen. Am deutlichsten erkenntlich wird das in der sogenannten *facts doctrine* des Common Law.³⁰ Nach dieser wendet ein englischer Richter immer nur sein eigenes, nämlich englisches, Recht an. Ausländisches Recht wird als Tatsache in den Prozess eingeführt und als solche für die Entscheidung berücksichtigt. Die *facts doctrine* wird vor allem bei der prozessualen Behandlung des ausländischen Rechts relevant.³¹ Zugrunde liegt ihr aber eine epistemische Annahme: ausländisches Recht sei kein Recht, sondern eine Tatsache.

Die *facts doctrine* ist nicht die einzige IPR-Methode, die den Rechtscharakter ausländischen Rechts leugnet. Das gleiche gilt für die Theorie der wohlerworbenen Rechte, die insbesondere in England und in den USA zu Beginn des 20. Jahrhunderts große Bedeutung hatte.³² Auch nach dieser Theorie wendet der englische Richter immer nur englisches Recht an; lediglich innerhalb dieses englischen Rechts setzt er nach ausländischem Recht erwor-

²⁹ Jansen/Michaels (Fn. 26), ZZP 116 (2003), 3, 19 ff.

³⁰ Dicey/Morris/Collins (Fn. 2), 3-002 m. w. N.

³¹ Morris (Fn. 2), 1–011 ff.; Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws, 2010, S. 112 f.; Restatement of Conflict of Laws, § 621 (1934).

³² Dicey, Book Review, (1885) 1 LQR 246; Beale, Conflicts, Bd. III, 1935, S. 1968 f.; vgl. Nadelmann, Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law in: FS Gutzwiller, 1977, S. 263, 276 ff.; Carswell, The Doctrine of Vested Rights in Private International Law, (1959) 8 ICLQ 268; v. Bar/Mankowski (Fn. 22), § 3 Rn 16 f.; auch Michaels, EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, (2006) 2 JPIL 195–242.

bene Rechte durch.³³ Ob diese Rechte erworben wurden, soll aber eine Tatsachenfrage sein.³⁴

Beide Theorien sind als nicht haltbar erkannt worden. Unbestreitbar ist ausländisches Recht auch eine Tatsache – als solche erscheint es ja auch dem Beobachter. Gleichzeitig ist aber ausländisches Recht dann nicht nur eine Tatsache, wenn es angewandt wird, denn dafür ist seine Eigenschaft als Recht notwendig. Ähnliche Einwände haben zum Niedergang der Theorie wohlervorbener Rechte geführt, die schon *Wächter* im 19. Jahrhundert widerlegte.³⁵ Ob nämlich ein subjektives Recht tatsächlich wohlervorben ist, hängt davon ab, dass das Recht, das diesen Erwerb bewirkt hat, auch anwendbar ist.

3. *Fremdes Recht als nicht-fremd?*

Umgekehrt gibt es Ansätze, die nicht den Rechtscharakter, sondern die Fremdheit des ausländischen Rechts ignorieren, die also das anwendbare Recht als eigenes behandeln. Ein Beispiel ist die Inkorporation des ausländischen Rechts, wie sie aus rechtstheoretischer Perspektive insbesondere *Joseph Raz* vorgeschlagen hat³⁶ und sie im italienischen IPR zuweilen vertreten wurde.³⁷ Danach wird die ausländische Norm durch den Anwendungsbefehl in das inländische Rechtssystem eingegliedert, die japanische Rechtsnorm also zur deutschen Rechtsnorm. *Keisuke Kondo* hat kürzlich vorgeschlagen, zu diesem Zwecke die Menge der Rechtsquellen zu erweitern und auch ausländische Rechtsnormen als Rechtsquellen zuzulassen, insoweit sie kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen sind.³⁸

Ähnlich im Ergebnis ist die Methode, die ausländische Norm nicht zu inkorporieren und stattdessen eine inhaltsgleiche Norm im inländischen Recht herzustellen. Das war *Harts* eigene Erklärung für die Anwendung von im Ursprungsland abgeschafftem Recht: Ein englischer Richter wendet nicht eine Norm des sowjetischen Rechts an, sondern kreiert ad hoc eine Norm im englischen Recht, die inhaltlich der sowjetischen entspricht.³⁹ Im IPR vertrat

³³ *Dicey/Morris/Collins* (Fn. 2) (6. Aufl., 1949) S. 12: „English judges never in strictness enforce the law of any country but their own, and when they are popularly said to enforce a foreign law, what they enforce is not a foreign law, but a right acquired under the law of a foreign country [...]“

³⁴ *Cheshire*, Private International Law, 1935, S. 40; *Dicey/Morris/Collins* (Fn. 2) (6. Aufl., 1949), S. 13.

³⁵ *Wächter*, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, Teil 2, AcP 25 (1842), 1, 3 f.

³⁶ *Raz* (Fn. 24), (2004) 10 LT 1.

³⁷ *Ago*, Teoria del diritto internazionale privato, 2019, S. 98 ff.; vgl. *Lindenau*, Die Einführung des Renvoi in das IPR Italiens, 2001, S. 69 ff.; *Schinkels* (Fn. 23), S. 22 ff.

³⁸ *Kondo*, Inter-Legality and the Sources of Law (unveröffentlichter Vortrag bei der 24. Zweijahrestagung der IVR in Seoul, Juli 2024).

³⁹ *H.L.A. Hart* (Fn. 27), S. 167.

insbesondere *Cook* eine solche Ansicht, zum internationalen Verwaltungsrecht *Neumeyer*;⁴⁰ eine neuere Version findet sich bei *Schinkels*.⁴¹ Im IPR sind solche Ansätze als „local law theory“ bekannt geworden.

Verbunden damit ist schließlich die Erweiterung der (nicht zum IPR entwickelten) sogenannten „predictive theory“ auf die Anwendung ausländischen Rechts. „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law“, sagte *Oliver Holmes*.⁴² Das bedeutet, dass es auch im Falle der Anwendung ausländischen Rechts nicht darauf ankommt, dass dieses ausländisch ist, weil nur die Entscheidung des inländischen Richters (bzw. die Voraussage dieser Entscheidung) das Recht darstellt.⁴³

Auch diese Ansätze sind freilich unbefriedigend. Die Inkorporationstheorie, nach der eine Regel japanischen Rechts zur Anwendung in das deutsche Recht inkorporiert wird, erscheint nicht nur unplausibel, sie ist auch letztlich zirkulär. Denn sie würde bedeuten, dass alle Normen der Welt potenziell Normen des deutschen Rechts sind und tatsächlich zu solchen werden, wenn sie zur Anwendung berufen werden. Während Normen des deutschen Rechts also durch ihren Ursprung dauerhaft zum deutschen Recht gehören, sind japanische Normen immer nur dann Teil des deutschen Rechts, wenn sie angewandt werden. Damit ersetzt die Methode aber einfach nur den Begriff der „Anwendung“ durch denjenigen der „Inkorporierung“.

Der *local law theory* liegt ein ähnlicher Fehler zugrunde, den *Cavers* schon früh plastisch beschrieb.⁴⁴

„Theories that explain how it is that a foreign rule isn't foreign law when it is used in deciding a case in another country might seem more useful if I could forget the way in which my son resolved a like problem when, at the age of four, he encountered tuna fish salad. 'Isn't that chicken?' he inquired after the first bite. Told that no, indeed, it was fish, he restored his world to order and concluded the matter by remarking to himself, 'Fish made of chicken.'“

⁴⁰ *Cook*, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 33 *Yale L.J.* 457, 469 (1923–24): „the forum, when con-fronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar though not identical, in scope with a rule of decision found in the system of law in force in another state or country [...]“; *Neumeyer*, *Internationales Verwaltungsrecht*, Bd. 4, 1980, S 186: „Ausländisches Recht wird in den Inhalt inländischen Rechts überführt. Der Satz aber, der aufgrund der Übernahme gebildet wird, ist ein Satz des Inlandsrechts mit allen Eigenschaften eines solchen.“

⁴¹ *Schinkels* (Fn 23), S. 141 et passim.

⁴² *Holmes*, *The Path of The Law*, 10 *Harv. L.Rev.* 457, 461 (1897).

⁴³ Vgl. *Cook* (Fn. 40), 33 *Yale L.J.* 457, 465 (1923–24).

⁴⁴ *Cavers*, *The Two "Local Law" Theories*, 63 *Harv. L. Rev.* 822, 823 (1950). See also *Dyzenhaus*, *The Janus-Faced Constitution*, in: *Bomhoff/Dyzenhaus/Poole, The Double-Facing Constitution*, 2020, S. 31 f.

Und zuletzt scheitert auch die *predictive theory*, und zwar nicht nur bei der Anwendung ausländischen Rechts, sondern insgesamt als normative Theorie. Denn während der Rechtsunterworfenen, ebenso wie der Beobachter, aus der *prediction* recht gut das geltende Recht entnehmen kann, hilft sie dem Richter nicht: er kann ja nicht gut seine eigene Entscheidung auf die Voraussage stützen, wie er selbst einen Fall wohl entscheiden wird.

III. Trennung von Inhalt und Anwendungsbefehl

1. *Propositionales und imperatives Element*

Beide Strategien scheitern also aus entgegengesetzten Gründen. Die Leugnung des Rechtscharakters führt dazu, dass die normative Bindungskraft des anzuwendenden ausländischen Rechts ignoriert werden muss. Die Leugnung der Fremdheit des ausländischen Rechts dagegen ergeht in Fiktionen, die die Anwendung ausländischen Rechts einfach als Anwendung eigenen Rechts umdeklarieren, ohne dass ein zusätzlicher Erklärungswert mit ihnen verbunden bleibt. Eine Erklärung der Anwendung fremden Rechts muss das oben angedeutete Paradox überwinden und beides verbinden – sowohl den Rechtscharakter als auch die Fremdheit des ausländischen Rechts.

Hier nun bietet es sich an, einen normtheoretischen Vorschlag aufzugreifen, den *Batiffol* in seinen *Aspects philosophiques du droit international privé* entwickelt und *Schurig* mit Hinweis auf rechtstheoretische Grundlagen fortentwickelt hat.⁴⁵ Eine Sachnorm kombiniert zwei Elemente: einen materiellen Inhalt und einen Anwendungsbefehl. *Batiffol* und *Schurig* nennen den Inhalt das rationale Element, in der Normentheorie spricht man von einem propositionalen Gehalt.⁴⁶ Der Satz „Eine Frau darf nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach der Auflösung oder der Aufhebung der früheren Ehe eine neue Ehe eingehen“⁴⁷ etwa könnte in einem Roman stehen, oder auch in einem Lehrbuch zum japanischen Recht, oder auch in einem Reisebericht. Er hätte dann, beschränkt auf seinen propositionalen Gehalt, bloß beschreibende Wirkung. Zum bindenden Recht wird er erst dadurch, dass ein Anwendungsbefehl hin-

⁴⁵ *Batiffol* (Fn. 9), S. 110 ff., 139; *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, S. 70–72. Vgl. auch v. *Mehren*, The Significance of the State for Choice of Law, in: FS Zweigert, 1981, S. 287 ff.

⁴⁶ Ich danke *Michael S. Green* für diesen Hinweis. Bei *Batiffol* kommt der Begriff des „rationalen Elements“ aus der Verbindung voluntaristisch-dezisionistischer und rationalistischer Rechtslehren, oder zwischen Rechtspositivismus und Natur- bzw. Vernunftrechtslehre (vgl. etwa *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 97–100), der hier freilich nicht genau passt).

⁴⁷ Art. 733 Abs. 1 jap. ZGB (Übersetzung nach *Kaiser*, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache, 2008).

zukommt, der ihn zu juristisch bindendem Recht macht.⁴⁸ Worauf diese Bindungskraft beruht – Autorität, ordnungsgemäßes Verfahren, inhaltliche Richtigkeit, Anerkennung durch die Rechtsanwender, etwa durch eine *rule of recognition* –, ist dabei für das Argument nicht relevant; alle diese Geltungsgründe lassen sich mit *Batiffols* Begriff des imperativen Elements erfassen.

2. Inländischer Anwendungsbefehl und ausländische Proposition⁴⁹

Innerhalb eines Rechtssystems kommt es auf die Trennung des propositionalen vom imperativen Element regelmäßig nicht an: beide müssen notwendig innerhalb des Rechts vorhanden sein.⁵⁰ Hier besteht eine Verbindung mit der Unterscheidung verschiedener Normen im Sinne *Harts*. Der propositionale Gehalt ist notwendig für primäre Normen, also Normen, die definieren, was gesollt ist und was nicht. Als solche sind sie aber noch nicht bindend. Für die Bindung bedarf es bei *Hart* einer sogenannten *rule of recognition* – der Erkenntnis also der Bindungskraft des Rechts.

Geht es dagegen um die Anwendung ausländischen Rechts, so ist die Trennung beider Elemente hilfreich, weil sie unterschiedliche Geltungsbereiche haben.⁵¹ Das imperative Element des japanischen Rechts – die *rule of recognition* – ist auf die japanische Rechtsordnung begrenzt; es macht japanische Normen nur für den japanischen Richter bindend. Für den deutschen kann es das nicht, weil der japanische Gesetzgeber dem deutschen Richter nichts vorschreiben kann, der deutsche Richter sich an das japanische Recht nicht als Teilnehmer gebunden fühlt.

Der propositionale Gehalt der japanischen Norm andererseits ist zwar seinem Ursprung nach japanisch, seinem Inhalt nach aber nicht – tatsächlich finden sich ganz ähnliche Gehalte ja in den Kodifikationen anderer Staaten. Insofern hat dieser propositionale Gehalt eine potenziell universelle Geltung, oder, genauer gesagt, er könnte durch Kombination mit einem entsprechenden imperativen Gehalten in jeder Rechtsordnung bindend werden.⁵² Einem propositionalen Element des japanischen Rechts gegenüber kann der deutsche Richter problemlos die ihm zustehende externe Position einnehmen: er kann als Beobachter versuchen, das japanische Recht möglichst genau zu verstehen.

Wenn die japanische Norm nun für den deutschen Richter anwendbar werden soll, so muss das japanische imperative Element, das auf Japan beschränkt ist, durch ein Element des deutschen Rechts ersetzt werden. Tatsäch-

⁴⁸ Unnötig weit gehend m.E. das Argument von *Schinkels* (Fn. 23), S. 79 ff., eine (ausländische) Norm ohne Anwendungsbefehl sei gar keine Rechtsnorm.

⁴⁹ Vgl. dazu *Michaels*, *Law and Recognition – Towards a Relational Concept of Law*, in: *Roughan/Halpin*, *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, 2017, S. 90.

⁵⁰ Vgl. *Schurig* (Fn. 45), S. 69 f.

⁵¹ Vgl. *Batiffol* (Fn. 9), S. 115.

⁵² *Batiffol* (Fn. 9), S. 116 ff.

lich ist das der Fall: man findet den Anwendungsbefehl in der Kollisionsnorm. Die Kollisionsnorm liefert den inländischen Anwendungsbefehl, der dem ausländischen Recht nicht entnommen werden kann.

3. *Internal und external recognition*

Allerdings droht mit diesem letzten Schritt eine Kategorienverwechslung. *Rule of recognition* und die Kollisionsnorm mögen die gleiche Funktion haben – dem propositionalen Gehalt eines Satzes bindende Kraft zu vermitteln –, sie sind aber dadurch nicht gleicher Art. *Harts rule of recognition* bewirkt die *Geltung* der Norm im Inland, aus der sich die Anwendung ergibt; die Kollisionsnorm dagegen betrifft nur die *Anwendung*, inklusive der Perspektive aus dem Ausland. Und weiter noch – die Kollisionsnorm ist ja auch der Anwendung des eigenen Rechts vorgeschaltet. Wie ist das aufzulösen?

Zunächst einmal normentheoretisch.⁵³ Kollisionsnorm und *rule of recognition* sind eben nicht das gleiche. Die *rule of recognition* bezieht sich auf die eigene Rechtsordnung – man kann insofern von einer *rule of internal recognition* sprechen. Die Kollisionsnorm, die ausländisches Recht beruft, wirkt dagegen zwischen Rechtsordnungen; sie ist eine *external rule of recognition*. Die *internal rule of recognition* betrifft Geltung und Anwendbarkeit für die eigene Rechtsordnung;⁵⁴ die *external rule of recognition* tut dies für die fremde Rechtsordnung.

Ist dann die japanische *internal rule of recognition* für den deutschen Richter irrelevant? Anders als der japanische braucht der deutsche Richter den japanischen Anwendungsbefehl ja nicht, um dem japanischen propositionalen Gehalt zu Anwendung zu verhelfen.⁵⁵ Theoretisch ist denkbar, dass eine Art deutscher Kollisionsnorm alle möglichen propositionalen Inhalte zur Anwendung beruft, ganz ungeachtet ihres eigenen Anwendungsbefehls.⁵⁶ Auch praktisch kommt es durchaus vor, dass ein Richter ausländisches Recht auch außerhalb seines eigenen Anwendungsbereichs anwendet (so etwa bei der Rechtswahl);⁵⁷ auch die Anwendbarkeit nichtstaatlichen Rechts, das keinen

⁵³ Hierzu *Michaels* (Fn. 49), S. 90 ff.

⁵⁴ Vgl. auch *Schinkels* (Fn. 23), S. 112 ff.

⁵⁵ Zur kollisionsrechtlichen (Ir-)Relevanz des ausländischen „Anwendungswillens“ *Schurig*, *Lois d’application immediate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts: Erkenntnisfortschritt oder Mystifikation?*, in: *Holl/Klinke, Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, S. 55, 69 („Verwechslung des Ansatzes bei der fremden Sachnorm mit dem Ansatz bei deren eigenem Anwendungswillen“) et passim.

⁵⁶ Für Beispiele (freilich im Rahmen der *incorporation*) siehe *Raz* (Fn. 24), (2004) 10 LT 1.

⁵⁷ *Buxbaum*, *Determining the Territorial Scope of State Law in Interstate and International Conflicts: Comments on the Draft Restatement (Third) and on the Role of Party Autonomy*, 27 *Duke J. Comp. & Int’l L.* 381, 396 ff., 401 ff. (2017).

eigenen Anwendungsbefehl hat, lässt sich so erklären.⁵⁸ Jedenfalls rechtslogisch steht dem nichts entgegen.⁵⁹

Dem Auftrag des IPR entspreche das indes regelmäßig nicht. Denn wenn der deutsche Richter das japanische Recht so anwenden soll, wie es in Japan angewandt wird,⁶⁰ dann ist der japanische Anwendungsbefehl auch für den deutschen Richter relevant. Eine Norm, die in Japan nicht angewandt wird, soll auch der deutsche Richter regelmäßig nicht anwenden. Trotzdem ist die Rolle, die der japanische Anwendungsbefehl spielt, für den deutschen Richter eine andere als für den japanischen. Der japanische Richter ist durch den japanischen Anwendungsbefehl gebunden, denn dieser Anwendungsbefehl ist die Grundlage dafür, dass der japanische Richter dem japanischen Recht in der Anwenderperspektive gegenübersteht. Der deutsche Richter ist dagegen durch das deutsche IPR gebunden, den japanischen Anwendungsbefehl als Teil des japanischen Rechts zu beobachten.⁶¹ In Anwendung der oben eingeführten Differenzierung gesagt: Die japanische *rule of internal recognition* ist also Teil des von der deutschen *rule of external recognition* umfassten Rechts.

Interessanterweise ergibt sich nun hier ein neuer Anwendungsbereich für die *predictive theory* – der Idee, dass das Recht nichts weiter ist als eine Voraussage dessen, was der Richter entscheiden wird. Bei der Anwendung des eigenen Rechts nutzt die *predictive theory* dem Richter wie oben gesehen, nichts. Bei der Anwendung fremden Rechts dagegen beschreibt sie recht genau, was er tun muss, um japanisches Recht adäquat anzuwenden: Er muss voraussagen, wie der japanische Richter entscheiden würde, und dann diese Beobachtung zur Grundlage seiner eigenen Entscheidung machen. „Prophecies of what the courts will do in fact“ beschreibt ziemlich genau die Forderung, das ausländische Recht so anzuwenden, wie es ein ausländischer Richter anwenden würde.

⁵⁸ Zur Unverbindlichkeit des Anwendungsbefehls in der Präambel der UNIDROIT-Prinzipien Michaels, Privatautonomie und Privatkodifikation: Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtprinzipien, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 613.

⁵⁹ *Batiffol* (Fn. 9), S. 114; *Vázquez*, Non-extraterritoriality, 137 *Harv. L. Rev.* 1290 (2024). A. A. *Roosevelt*, Resolving Renvoi: The Bewitchment of Our Intelligence by Means of Language, 80 *Notre Dame L. Rev.* 1821, 1872 (2005).

⁶⁰ Oben I.1.

⁶¹ Vgl. *Batiffol* (Fn. 9), S. 121. Die Implikationen dieser Überlegungen für den Renvoi bedürfen eigener Bearbeitung; für die hier gestellten Fragen sind sie nicht relevant. Klar ist, dass das ausländische internationale Privatrecht, soweit es mitberufen ist, zum ausländischen Recht zu zählen ist; vgl. *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 2 § 1 Ziff. 3.

IV. Die Fremdheit des fremden Rechts

Die Trennung zwischen Anwendungsbefehl und propositionalem Inhalt erlaubt es nun, genauer zu klären, was mit „fremdem Recht“ sinnvollerweise gemeint ist und was nicht.

1. *Ausländisches Recht*

In der Überschrift von § 293 ZPO bedeutet ‚fremd‘ ausländisches Recht, im Gegensatz zum deutschen (bzw. in Deutschland geltenden) Recht, das man eigenes Recht nennen kann. Die so getroffene Unterscheidung zwischen in- und ausländischem Recht erscheint zunächst einmal selbstverständlich, ist es aber bei näherem Betrachten keineswegs.

Zunächst einmal macht § 293 ZPO selbst deutlich, dass dies nicht die einzige relevante Unterscheidung ist. Denn die Vorschrift erstreckt sich auch auf Gewohnheitsrecht und (heute weitgehend gegenstandslos) „Statuten“,⁶² die unzweifelhaft zum deutschen Recht gehören. Hier zeigt sich der historische Ursprung der Vorschrift in der Statutenvorrangslehre – die Erwähnung der Statuten stammt aus der Frage, inwieweit der Richter neben dem *ius commune* auch etwa anwendbare Statuten kennen musste.⁶³

Daneben ist aber auch gar nicht unmittelbar ersichtlich, warum „fremd“ und „ausländisch“ das gleiche bedeuten sollen. Denn hinsichtlich des propositionalen Gehalts von Normen haben Normen wie gesehen keine Nationalität, sind sie potenziell universell.⁶⁴ Ob eine Norm, die die Voraussetzungen der Eheschließung formuliert, im japanischen ZGB steht oder im deutschen BGB, macht zunächst einmal keinen kategorialen Unterschied. Nicht selten ist ja sogar der Text derselbe – etwa als Folge von Rezeptionsprozessen –, und es ergeben sich auch in der jeweils nationalen Auslegung keine Unterschiede.⁶⁵

In diesem Sinne – bezogen auf den propositionalen Gehalt – ist *jede* Norm, die der Richter anzuwenden hat, für ihn fremd. Normen gehören zum Material, das dem Richter von außen zur Entscheidung vorgegeben wird. Das verbindet sie mit Tatsachen, oder anders gesagt: insoweit sind sie Tatsachen.⁶⁶ Was sie von diesen unterscheidet, ist nur ihre Bindungskraft, die sich aber erst aus dem Anwendungsbefehl ergibt. Ausländisches Recht ist selbstverständlich in diesem Sinne fremd. Aber auch inländische Gesetze sind insofern

⁶² Vgl. Thole (Fn. 13), § 293 Rn. 26–28.

⁶³ *Aritsune*, *Iura novit curia*. und „Fundatam intentionem habere“ als ein Niederschlag der Rezeption in Deutschland, (1985) 13 *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 1, 18 f. et passim. Vgl. *Oestmann*, Zur Geschichte der Gutachtenpraxis, in diesem Band, S. 3.

⁶⁴ Oben III.2.

⁶⁵ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 13.7.1959 – II ZR 109/57, NJW 1959, 1873 = IPRspr 1959-3 (Österreich).

⁶⁶ Zum Tatsachencharakter von Normen oben II.1.

fremd, als sie, im Rahmen der Gewaltenteilung, von einer anderen Gewalt als der des Richters erlassen wurden – dafür macht es keinen Unterschied, dass diese Gewalten Teil derselben Rechtsordnung sind. Auch Präzedenzfälle anderer Gerichte sind in diesem Sinne fremdes Recht, weil sie von anderen Institutionen erlassen wurden. Und selbst die eigenen früheren Entscheidungen des Richters sind im eigentlichen Sinne fremd. Denn soweit sie präzedenzielle Wirkung entfalten, ist der Richter an seine eigenen früheren Entscheidungen ebenso gebunden wie an die Entscheidungen anderer Gerichte: er kann sie nicht mehr abändern, sie binden ihn als Rechtsnormen. Das bedeutet aber auch, dass der Begriff der Fremdheit in diesem Sinne kein geeignetes Differenzierungskriterium darstellt.

2. *Fremder Anwendungsbefehl*

Das alles betrifft freilich nur den propositionalen Gehalt. Darüber hinaus besteht doch ein kategorialer Unterschied zwischen in- und ausländischem Recht, nämlich hinsichtlich des Anwendungsbefehls. Das inländische Recht ist vom inländischen Anwendungsbefehl umfasst – der deutsche Richter muss es – mit Zwischenschaltung des IPR – anwenden, weil es deutsches Recht ist und dessen Anwendung zu seiner Aufgabe gehört. Das ausländische Recht ist nicht unmittelbar von diesem Anwendungsbefehl umfasst. Das kann man fremd nennen.

Freilich ist auch dieser Unterschied bei näherer Betrachtung nicht so absolut. Denn einerseits wird, wenn das japanische Recht von der deutschen Kollisionsnorm berufen wird, die Bindungskraft des japanischen Anwendungsbefehls durch eben diese deutsche Kollisionsnorm ersetzt (oben III.2.). Auch japanisches Recht wird nun – insoweit es berufen wird – zur Anwendung vorgeschrieben. Und andererseits ist auch der Anwendung des deutschen Rechts die kollisionsrechtliche Frage seiner Anwendbarkeit vorgeschaltet; unmittelbar zur Anwendung berufen wird es nicht durch eine *rule of recognition* des deutschen Rechts, sondern durch die deutsche Kollisionsnorm (oben III.3.).⁶⁷

Vor allem aber kann die Frage, ob der Anwendungsbefehl dem in- oder ausländischen Recht entspringt, nicht den entscheidenden Unterschied ausmachen. Denn bei § 293 ZPO geht es ja um die Ermittlung des (propositionalen) Gehalts des ausländischen Rechts, für den der Unterschied zwischen in- und ausländischem Recht als kategorialer wie oben gesehen nicht besteht. Es geht nicht um den Anwendungsbefehl – außer insoweit, als die Geltung des ausländischen Rechts festgestellt werden muss.⁶⁸

⁶⁷ Dazu, dass das IPR auch bei reinen Inlandsfällen vorgeschaltet ist, siehe *Schurig* (Fn. 45), S. 57; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 1987, S. 4 f.

⁶⁸ Oben III.3.

Dass es auf den propositionalen Inhalt ankommt, wird übrigens auch dann deutlich, wenn ein Anwendungsbefehl nicht in Frage steht. So meinte etwa in einem Rechtsstreit um die Rechtmäßigkeit der Bewertung von Prüfungsleistungen im Zweiten Juristischen Staatsexamen das Bundesverwaltungsgericht, dass ein Sachverständigengutachten zum geprüften Rechtsgebiet eingeholt werden dürfe, weil keine Rechtsanwendung in Frage stehe.⁶⁹

3. Unvertrauter Inhalt

Wenn nun hinsichtlich des propositionalen Inhalts kein kategorialer Unterschied zwischen in- und ausländischem Recht besteht, warum trifft dann § 293 ZPO trotzdem eine solche Unterscheidung? Warum muss der Richter den Inhalt des deutschen Rechts selbst ermitteln, während er zum ausländischen Recht einen Sachverständigen bestellen kann?

Der einzig überzeugende Grund für die Unterscheidung ist ein pragmatischer. Die Kenntnis des eigenen Rechts kann vom Richter regelmäßig faktisch erwartet werden; vor allem aber kann ihm auch zugemutet werden, sich diese Kenntnis nötigenfalls selbst zu beschaffen. Die Befähigung zum Richteramt setzt umfassende Kenntnisse in vielen Rechtsgebieten des deutschen Rechts voraus sowie die Fähigkeit, sich auch in neue Rechtsgebiete einzuarbeiten. Auch der Richter in einer Zivilrechtskammer muss mehr können als nur Zivilrecht. Zum inländischen Recht darf er also grundsätzlich kein Gutachten einholen; tut er es doch, so dürfen die Gebühren dafür normalerweise nicht von den Parteien erhoben werden.⁷⁰ Das gilt grundsätzlich auch für das (deutsche) Kollisionsrecht, das zum deutschen Recht gehört und der Richter daher von Amts wegen selbst anzuwenden hat.⁷¹

Für das ausländische Recht wären eine solche Erwartung und eine solche Zumutung dagegen regelmäßig inadäquat. Der epistemologische Optimismus von Justice *Posner*, Richter könnten ausländisches Recht schon deshalb verstehen, weil sie ja Recht studiert hätten, ist deshalb nicht überzeugend, weil sich hinter dem Begriff „Recht“ Unterschiedliches verstecken kann.⁷² Der

⁶⁹ BVerwG, Beschl. v. 21.7.1998 – 6 B 44–98, NVwZ 1999, 187: „Befaßt sich ein Tatsachengericht mit Einwendungen eines Prüflings gegen die Bewertung in einer juristischen Prüfung, so wendet es daher nicht die vom Prüfling für die Fallbearbeitung herangezogenen Rechtsnormen an, sondern es würdigt den ihm unterbreiteten Sachverhalt im Rahmen der ihm nach § 108 I VwGO obliegenden Überzeugungsbildung; diese Würdigung ist keine Rechtsanwendung i.S. des Art. 20 III GG.“

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 14.3.1966 – VII ZR 171/63, NJW 1966, 296.

⁷¹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 698; *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 1 § 1 Ziff. 1.

⁷² *Bodum USA, Inc. v. La Cafetiere, Inc.*, 621 F.3d 624 (7th Cir. 2010), Rn. 633: „judges are experts on law“ (J Posner). Zu pessimistisch dagegen *Legrand*, Proof of Foreign Law in US Courts: A Critique of Epistemic Hubris, (2013) 8 JCL 343 ff. Ausgleichend *J Wood* in *Bodum USA, Inc. v. La Cafetiere, Inc.*, 621 F.3d 624 (7th Cir. 2010), Rn. 639 ff.

wesentliche Unterschied besteht also nicht zwischen Norm und Tatsache oder zwischen in- und ausländischem Recht, sondern zwischen (generell) vertrautem und unvertrautem Inhalt, bzw. danach, ob dem Richter zuzumuten ist, den Inhalt selbst zu ermitteln, oder nicht.

Das ist nun freilich ein Unterschied, der mit demjenigen zwischen in- und ausländischem Recht nicht notwendig genau zusammenfällt, und zwar weder faktisch noch normativ. Faktisch wird einerseits der Richter häufig auch das anzuwendende deutsche Recht noch nicht kennen, bevor er es erforscht. Andererseits wird es nicht so selten vorkommen, dass der deutsche Richter das anzuwendende ausländische Recht kennt – sei es, weil er es in früheren Verfahren schon einmal anwenden musste, sei es, weil er es aus anderen Gründen kennt, zum Beispiel aus einem Studienaufenthalt im Ausland oder aus dem Selbststudium.

Dass der faktische Unterschied nicht präzise ist, heißt nun noch nicht, dass normativ die Trennung zwischen in- und ausländischem Recht nicht doch im Sinne des § 293 ZPO gezogen werden könnte. Aber auch normativ ist das nicht überzeugend, wenn man Sinn und Zweck der Norm einbezieht – die korrekte Ermittlung des Rechts einerseits, die Verfahrenseffizienz andererseits.⁷³

Das ist jedenfalls im Prinzip dort anerkannt, wo der deutsche Richter das ausländische Recht kennt oder doch zumindest ohne große Schwierigkeiten selbst ermitteln könnte.⁷⁴ Insbesondere beim österreichischen oder schweizerischen Recht wird das oft der Fall sein. Hier ist im Extremfall das Ermessen des Richters im Sinne des § 293 S. 1 ZPO richtigerweise auf Null reduziert: Er darf kein Gutachten einholen, und das heißt auch, dass er anfallende Gebühren nicht den Parteien auferlegen kann, weil sie nicht notwendig waren.

Das müsste aber bedeuten, dass vieles dafür spricht, dem Richter in analoger Anwendung des § 293 ZPO auch zuzugestehen, zu solchen Rechtsfragen des deutschen Rechts ein Gutachten einzuholen, die so kompliziert sind, dass der Aufwand der eigenständigen Einarbeitung unter Umständen in keinem sinnvollen Verhältnis steht. Der BGH hat das für das Steuerrecht bejaht;⁷⁵ das Schrifttum ist gespalten.⁷⁶ Das wichtigste Gegenargument ist formaler Natur: (Deutsches) Steuerrecht ist deutsches Recht und daher Teil des vom deutschen Richter eigenständig zu ermittelnden Rechts.⁷⁷ Der BGH hat die Zuläs-

⁷³ Vgl. auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 1 § 2.

⁷⁴ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 1.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 11.11.1987 – IVa ZR 143/86, BGHR ZPO § 293 Steuerrecht 1; BGH, Urt. v. 27.11.1998 – V ZR 344-97, NJW 1999, 638.

⁷⁶ Dagegen *Tipke*, Ist Steuerrecht für die Zivilgerichte ausländisches Recht?, NJW 1976, 2199; *Nickl*, Das steuerrechtliche Sachverständigengutachten im Unterhaltsprozeß, NJW 1989, 2091; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 293 Rn. 22; *Nober*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 82. Aufl. 2024, § 293 Rn. 1; einschränkend (für äußerst spezielle und entlegene Rechtssätze) *Thole* (Fn. 13), § 293 Rn. 13.

⁷⁷ Etwa *Nickl* (Fn. 76), NJW 1989, 2091, 2093.

sigkeit eines Sachverständigengutachtens dagegen mit der besonderen Schwierigkeit des Steuerrechts – also seiner Fremdheit im hier definierten Sinne – begründet:⁷⁸

Richtigerweise lässt sich die Frage nicht kategorisch beantworten, sondern nur fallspezifisch: Es gibt viele Fragen des Steuerrechts, deren Erarbeitung man auch dem deutschen Zivilrechtler zumuten kann, aber das gilt nicht für besonders schwierige und spezielle Rechtssätze.⁷⁹

Damit lässt sich übrigens auch der Grundsatz relativieren, dass das deutsche IPR nicht Teil eines Gutachtauftrags sein könne.⁸⁰ Grundsätzlich ist das unzweifelhaft richtig. Ganz durchzuhalten ist es indes schon deshalb nicht, weil Fragen zum IPR von Fragen des ausländischen Sachrechts manchmal nicht strikt zu trennen sind, so etwa bei der Qualifikation.⁸¹ Vor allem aber sind Gutachter häufig wesentlich besser im IPR bewandert als Richter, so dass es sachdienlich sein kann, dass der Gutachter Ausführungen zu entscheidungsrelevanten Aspekten des IPR macht, die das Gericht übersehen haben könnte.⁸² Nachvollziehen sollte der Gutachter die IPR-Prüfung des Gerichts ohnehin, da bei Anwendbarkeit ein Gutachten entbehrlich wäre.⁸³

V. Zur Rollenverteilung hinsichtlich des ausländischen Rechts

Was bedeutet das alles nun konkret für die Aufgabe des Richters? Was muss er notwendig selbst tun, welche Aufgaben kann er delegieren – auf einen Sachverständigen, vielleicht sogar die Parteien? Das Ergebnis der rechtstheoretischen Analyse ist größtenteils ein Negatives: Es gibt wenige vorgegebene Grenzen. Der Richter *kann* auch in Fällen, in denen ausländisches Recht anwendbar ist, sich komplett auf seine eigene Expertise verlassen, ohne auf die Hilfe von Experten oder den Parteien zurückzugreifen (§ 293 S. 1 ZPO). Die Beibringung des Inhalts ausländischen Rechts ist nicht notwendig Aufgabe der Parteien,⁸⁴ und sie bedarf auch nicht notwendig der Hilfe durch einen

⁷⁸ BGH, Urt. v. 11.11.1987 – IVa ZR 143/86: „Das Steuerrecht hat sich heute zu einem Spezialgebiet entwickelt. Die sachgerechte Beurteilung steuerrechtlicher Fragen erfordert nicht nur wirtschaftliches Verständnis, sondern auch Kenntnis der Grundsätze des kaufmännischen Rechnungswesens. Dies kann die Zuziehung eines sachverständigen Beraters rechtfertigen und u.U. sogar als geboten erscheinen lassen.“; zust. *Huber/Rößl*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 293 Rn 2.

⁷⁹ *Thole* (Fn. 13), § 293 Rn. 17.

⁸⁰ *Oben* Fn. 71.

⁸¹ *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 3 § 4 Ziff. 4.

⁸² *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 3 § 4 Ziff. 3.

⁸³ Vgl. *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 4.

⁸⁴ *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 4; ausführlich und differenzierend *Thole* (Fn. 13), § 293 Rn. 55–61.

Experten. Der Richter *kann* sich aber auch der Hilfe von Experten oder anderer Hilfsmittel bedienen, um den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln (§ 293 S. 2 ZPO).

Diese Variabilität begründet sich dadurch, dass der Richter zum ausländischen Recht, wie oben (II.) festgestellt, gleichzeitig eine Teilnehmer- und eine Beobachterperspektive einnimmt, bzw. dass fremdes Recht sowohl Recht als auch fremd ist. Ein anderes Ergebnis der rechtstheoretischen Analyse hätte andere Implikationen. Wäre fremdes Recht Nicht-Recht, also Tatsache, so wäre begründungsbedürftig, warum es nicht wie andere Tatsachen behandelt würde – mit Strengbeweis, Beweislast, und so weiter. Wäre andererseits fremdes Recht nicht-fremd – wäre es in das deutsche Recht inkorporiert oder kopiert – so ließe sich schwierig begründen, warum es kategorisch anders zu behandeln wäre als originär inländisches Recht.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass die rechtstheoretische Analyse gar keine Implikationen hätte. Einige lassen sich formulieren.

1. *Die Entscheidung als notwendige Aufgabe des Richters*

Eine Aufgabe kann der Richter in keinem Fall delegieren: die Entscheidung des Rechtsstreits selbst.⁸⁵ Denn nur der Richter ist befugt, den Rechtsstreit selbst zu beurteilen und zu lösen, nur in seinem Namen (bzw. im Namen des Staates oder des Volkes, das er vertritt) kann er urteilen.⁸⁶ Der Justizgewährungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) ist ein Anspruch nicht nur auf eine Entscheidung, sondern auf eine gerichtliche Entscheidung (vgl. Art. 92 GG).⁸⁷ Der Staat muss diese Aufgabe durch Richter selbst erfüllen und kann sie nicht auf private Dritte wie einen Experten delegieren.⁸⁸ Das gilt unabhängig davon, ob in- oder ausländisches Recht anwendbar ist.

Damit ist noch nicht gesagt, wie weit sich diese Aufgabe erstreckt. Strenggenommen geht sie nicht weiter als dahin, dass das Urteil im Namen des Gerichts ergehen muss – eine Folge des Anwendungsbefehls, der in dieser Form nur den Richter trifft. Insoweit übernimmt der Richter notwendig die Verantwortung für das Urteil und seinen Inhalt. Wie viel er darüber hinaus zum Inhalt des Urteils selbst beitragen muss, ist damit noch nicht gesagt.

⁸⁵ Broggin, Die Maxime „iura novit curia“ und das ausländische Recht, AcP 155 (1956), 469, 469 f.

⁸⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 8.2.2001 – 2 BvF 1/00, BVerfGE 103, 111, 137: „Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist.“

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 291; Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970; Papier, § 176 – Justizgewährungsanspruch, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, Rn. 8.

⁸⁸ Burgi, § 75 – Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, Rn. 41.

Früher, im Rahmen der Aktenversendung, war es üblich, dass die mit der juristischen Bearbeitung beauftragte Rechtsfakultät das gesamte Urteil ausformulierte.⁸⁹ Heute kommt es vor, dass ein Referendar das gleiche tut. Der Gültigkeit des Urteils tut das keinen Abbruch. Mit der Aufgabe des Richters, wie wir sie heute verstehen, ist es aber kaum vereinbar. Denn diese Aufgabe besteht darin, eigenständig zu entscheiden, wie das existierende rechtliche Material auf den konkreten Fall anzuwenden ist – den propositionalen Inhalt der Rechtsnorm eigenständig in eine Fallnorm zu übersetzen. Richtigerweise ist auch das als Teil der Entscheidung zu sehen und vom Justizgewährungsanspruch umfasst, nach dem der Richter sich seine Entscheidung nicht nur formal zu eigen machen, sondern sie auch inhaltlich vertreten können muss.

Das bedeutet aber auch, dass der Richter in einer Entscheidung nicht einfach auf ein Gutachten verweisen kann, weil dieses nur Normenmaterial liefert und nicht die Entscheidung ersetzt. Vielmehr muss er sich selbst mit dem Gutachten und seiner Überzeugungskraft auseinandersetzen und es sich gegebenenfalls zu eigen machen, damit er es seiner Entscheidung zugrunde legen kann.⁹⁰ Bezüglich des Normenmaterials betrifft das die Frage, ob dieses wahrscheinlich vollständig gesammelt wurde, eine Frage, die der deutsche Richter regelmäßig nur hinsichtlich der Plausibilität überprüfen kann. Bezüglich der Argumentation aufgrund des Normenmaterials betrifft es die – rechtsvergleichend nicht einfache – Frage der Nachvollziehbarkeit.

2. *Propositionaler Gehalt und Argumentation zwischen Richter und Sachverständigem*

Damit stellt sich die Frage, wie viel der Richter auf einen Sachverständigen auslagern kann und wie viel er selbst tun muss. Das ist eine generelle Frage im Verhältnis zwischen Richter und Sachverständigem, die nicht spezifisch Gutachten zum ausländischem Recht betrifft.⁹¹ Die Gefahr, dass im Ergebnis ein Experte anstelle des Richters im Wesentlichen die Entscheidung trifft, wird auch in anderen Bereichen diskutiert, in denen Sachverständige berufen wird. Es wird gefordert, dass der Richter, wenn ihm die notwendige Expertise selbst fehlt, nicht bloß formal auf das Gutachten eines Experten verweist, sondern sich dessen Inhalt zu eigen machen muss.⁹²

⁸⁹ Vgl. *Oestmann* (Fn. 63).

⁹⁰ Vgl. *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 2 § 8 Ziff. 3.

⁹¹ Vgl. etwa *Korn-Bergmann*, Gutachter – „Heimliche Richter“ im Kindschaftsverfahren? Überblick und rechtliche Grundlagen. *FamRB* 2013, 302 ff.; *Koenen*, *Der Bausachverständige* 2021, 48 ff.

⁹² Siehe *BGH*, *Urt. v. 26.4.2955 – 5 StR 86/55*, *NJW* 1955, 1642: „Der verfahrensrechtliche Ausgangspunkt für die Beurteilung liegt darin, daß der Tatrichter zu einem eigenen *Urt.* auch in schwierigen Fachfragen verpflichtet ist. Er hat die *Entsch.* auch über diese Fragen selbst zu erarbeiten, ihre Begründung selbst zu durchdenken. Er darf sich dabei vom Sachver-

Insofern ist es ein wenig erstaunlich, wenn gerade zum ausländischen *Recht* teilweise geringere Ansprüche gestellt werden und dem Gutachter manchmal gewissermaßen die gesamte Lösung des Falls übertragen wird – jedenfalls insoweit ausländisches Recht anwendbar ist. Erstaunlich ist das, weil ja insofern nicht nur Tatsachen in Frage stehen, sondern Rechtsnormen, und die Anwendung von Recht zur Kompetenz, aber auch zur zentralen Aufgabe des Richters gehört.

Plausibel wird diese Praxis nur unter zwei Voraussetzungen. Erstens muss dem ausländischen Recht selbst mit großer Genauigkeit entnommen werden können, wie ein konkreter Fall zu entscheiden sei. Zweitens muss die Aufgabe des deutschen Richters hinsichtlich des ausländischen Rechts darauf beschränkt sein, dieses Ergebnis zu übernehmen – der Richter muss also, mit *Werner Goldschmidts* berühmtem Zitat, gegenüber dem ausländischen Recht die Rolle eines Fotografen einnehmen, nicht die eines Architekten.⁹³ Indes sind bekanntlich beide Annahmen regelmäßig unzutreffend.⁹⁴ Empirisch ist selbst das deutsche Recht nicht in dem Sinne vollständig, dass sich für jede Rechtsfrage genau eine Antwort logisch aus dem Normenbestand ableiten lässt; für die meisten ausländischen Rechte gilt das mindestens im gleichen Maße. Und normativ ist der Richter gehalten, eigenständig mit dem ausländischen Recht umzugehen. Schon vor siebzig Jahren erkannte *Broggini*, dass der inländische Richter niemals genau wie der ausländische Richter entscheiden kann, und dass er es auch keinesfalls unbeschränkt soll.⁹⁵ Das liegt nicht nur daran, dass er häufig nicht genau wissen kann, wie ein ausländischer Richter entscheiden würde. Zudem ist die Anwendung des ausländischen Rechts notwendig in das deutsche Kollisions- und Prozessrecht eingebunden. Manchmal erfordert seine Anwendung eine Anpassung der auf nationale Fälle gemünzten Norm auf den internationalen Fall, oder eine Abgleichung mit den Prozessnormen der *lex fori*. Und manchmal steht seiner uneingeschränkten Anwendung der *ordre public* entgegen. All das – Kollisions- und Prozessrecht, Angleichung, *ordre public* – sind Aspekte des deutschen Rechts, die zu Recht dem deutschen Richter zur Beurteilung zugewiesen sind und die er nicht auf einen Gutachter auslagern darf.

ständigen nur helfen lassen. Je weniger sich der Richter auf die bloße Autorität des Sachverständigen verläßt, je mehr er den Sachverständigen nötigt, ihn – den Richter – über allgemeine Erfahrungen zu belehren und mit möglichst gemeinverständlichen Gründen zu überzeugen, desto vollkommener erfüllen beide ihre verfahrensrechtliche Aufgabe.“

⁹³ *Goldschmidt*, *Suma del derecho internacional privado*, 2. Aufl. 1961, S. 92; vgl. *Oyarzábal*, *Das Internationale Privatrecht von Werner Goldschmidt*: In Memoriam, *RabelsZ* 82 (2008), 601, 609–611. Ähnlich *Batiffol* (Fn. 9), S. 108–110.

⁹⁴ Dazu ausführlich *Jansen/Michaels* (Fn. 26), *ZZP* 116 (2003), 3, 11 ff.

⁹⁵ *Broggini* (Fn. 85), *AcP* 155 (1956), 469; vgl. *Jansen/Michaels* (Fn. 26), *ZZP* 116 (2003), 3, 34–39.

Was folgt daraus für das Verhältnis zwischen Richter und Sachverständigem? Soweit die Sammlung und Erklärung des Normenmaterials⁹⁶ betroffen ist, ist die Antwort relativ einfach: Hier kann der Richter dann auf einen Experten zurückgreifen, wenn er dieses Normenmaterial selbst weder kennt noch mit zumutbarem Aufwand und hinreichender Richtigkeitswahrscheinlichkeit selbst ermitteln kann.⁹⁷ Die Überantwortung an einen Gutachter darf also kein Automatismus sein.

Schwieriger ist die Frage bezüglich der Anwendung des Normenmaterials auf den konkreten Fall. Hier kommen Fragen der relativen Kompetenz und solche der institutionellen Zuständigkeit in Frage. Die relative Kompetenz ist zwischen Richter und Gutachter geteilt. Der Gutachter wird oft besser in der Lage sein, die Normen des fremden Rechts abstrakt auszulegen. Der Richter hat demgegenüber oft die höhere Kompetenz dafür, das Recht auf einen konkreten Fall anzuwenden. Erstens hat er hier mehr Erfahrung als ein Rechtswissenschaftler, zweitens kennt er aus der Prozessleitung das Verfahren und die Parteien besser als es der Gutachter könnte und kann daher auch den Sachverhalt besser beurteilen. Die Übergänge sind fließend.

In Bezug auf die institutionelle Zuständigkeit stellt sich die Frage, wie nahe die Auslegung des Normenmaterials an der Entscheidung ist, die ja exklusiv dem Richter zugeordnet ist (V.1.). Das betrifft zum einen die Frage, inwieweit die Auslegung und Anwendung des Rechts nicht allgemeiner Natur ist, sondern nur den konkreten Fall betrifft – die Auslegung eines bestimmten Vertrags ist dafür ein Beispiel. Zum anderen betrifft es die Frage der Verstrickung des ausländischen Rechts mit Fragen des deutschen Rechts, insbesondere des Kollisions- und Prozessrechts, die der Richter ohnehin selbst beurteilen muss.

Damit sind die entscheidungsleitenden Kriterien aufgezeichnet, nicht aber deren Abwägung im Einzelfall. Das wäre so abstrakt auch nicht möglich – nicht nur weil die Abwägung für unterschiedliche Rechtsfragen unterschiedlich ausfallen dürfte, sondern auch, weil die Abwägung im konkreten Fall durchaus unterschiedlich ausfallen kann.⁹⁸ So ist einerseits die konkrete Auslegung eines Vertrags typischerweise eine Aufgabe des Richters, weil es sich um eine sachverhaltsspezifische Frage handelt.⁹⁹ (Ohnehin zeigt die Rechtsvergleichung, dass dogmatische Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtsordnungen relativ wenig Einfluss auf konkrete Ergebnisse haben).¹⁰⁰ Ist andererseits ein Schmerzensgeld zu bemessen, so kann es zwar oft ausreichen,

⁹⁶ Nach § 293 ZPO des ausländischen Normenmaterials, nach oben vertretener Ansicht in seltenen Fällen auch des deutschen Materials.

⁹⁷ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 1.

⁹⁸ Für einige Fälle siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 5.

⁹⁹ Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 5 Ziff. 1.

¹⁰⁰ *Vogenauer*, Interpretation of Contracts, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, 2012, Ziff. 1, <https://max-eup2012.mpi-priv.de/index.php/Interpretation_of_Contracts>.

dass der Gutachter dem Richter eine Schmerzensgeldtabelle zur Verfügung stellt.¹⁰¹ Inwieweit dieser Betrag aber angepasst werden muss, weil etwa der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat hat als demjenigen, dessen Recht auf seinen Anspruch anzuwenden ist,¹⁰² muss der Richter in der Regel selbst beurteilen.

3. Eine Rolle für den ausländischen Richter?

Soweit also zur Abgrenzung zwischen Richter und Gutachter. Bleibt nun noch eine Rolle für einen ausländischen Richter? Er scheint ja, wie am Anfang dieses Kapitels angedeutet, am ehesten dazu berufen, das ausländische Recht anzuwenden. Erstens nimmt er zu seinem eigenen Recht die Teilnehmerperspektive ein, die dem Richter innewohnt; zweitens ist er mit seinem eigenen Recht am besten vertraut. Indes dürfte die Abhandlung auch gezeigt haben, dass die Einschaltung des ausländischen Richters keineswegs notwendig ist. Die Teilnehmerperspektive mit dem Anwendungsbefehl lässt sich auch im deutschen Gericht ersetzen. Und die Vertrautheit mit dem Recht kann auch der Gutachter herstellen.

Der direkteste Weg, den ausländischen Richter zu betrauen, wäre es, ihm den ganzen Rechtsstreit zur Entscheidung zu überlassen; das wird indes vom IPR abgelehnt (oben I.1.) Die hier entwickelte Trennung zwischen Anwendungsbefehl und propositionalem Inhalt der ausländischen Norm erklärt auch theoretisch, warum eine solche Verweisung auf den ausländischen Richter nicht erforderlich ist: für den propositionalen Inhalt ist die Einbettung in eine Rechtsordnung nicht relevant, und den ausländischen Anwendungsbefehl kann die inländische Kollisionsnorm ersetzen.

Damit ist noch nicht gesagt, dass nicht vielleicht aus praktischen Gründen bisweilen auf den ausländischen Richter zurückgegriffen werden sollte. Das könnte zum einen so geschehen, dass der ausländische Richter nicht als Richter selbst berufen wird, sondern als Experte für das ausländische Recht. Prima facie scheint er dazu einzigartig befähigt. Denn wer wäre, im Rahmen der *predictive theory*, besser in der Lage zu sagen, wie ein ausländischer Richter eine Rechtsfrage beantworten würde, als dieser Richter selbst? Dementsprechend gibt es auch mittlerweile verstärkt Verfahren, in denen ausländische Richter zur Auskunft über ihr eigenes Recht befragt werden. Innerhalb Europas ist das im Rahmen des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen (EJN) möglich; im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ) besteht ein Haager Richternetzwerk.¹⁰³

¹⁰¹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 5 Ziff. 3.

¹⁰² Dazu ausführlich jetzt Zeh, Der internationale Schmerzensgeldanspruch, Diss. Hamburg 2024.

¹⁰³ Fornasier, Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, ZEuP 2010, 477, 493 ff.;

Diese Strukturen sind vielversprechend. Freilich sind sie der herkömmlichen Einschaltung eines Sachverständigen nicht automatisch überlegen. Erstens fungiert der ausländische Richter, der über sein eigenes Recht berichtet, nicht als Richter, sondern als Experte.¹⁰⁴ Zweitens wird sein unter Umständen überlegenes Wissen über das eigene Recht ausgeglichen von seiner mangelnden Vertrautheit mit den Bedürfnissen des deutschen Richters. Eine intrinsische Überlegenheit hat er also nicht.

Es gibt nun durchaus Mechanismen, dem ausländischen Richter die bindende Entscheidung der relevanten Rechtsfrage zu überschreiben.¹⁰⁵ In den USA existiert für das Verhältnis zwischen Einzelstaaten, vor allem aber für Fälle, in denen ein Bundesgericht einzelstaatliches Recht anzuwenden hat,¹⁰⁶ dafür das Verfahren der *certification*: Ist eine Frage im anwendbaren fremden Recht richterlich ungelöst, so entscheidet der Richter sie nicht selbst, sondern legt sie vielmehr im Rahmen eines Zertifizierungsverfahrens dem ausländischen Richter vor.¹⁰⁷ Das ähnelt dem Vorlageverfahren zum Gerichtshof der EU. Auch für die EU ist ein solches Verfahren bisweilen vorgeschlagen worden.¹⁰⁸ Die Einpassung in das einheimische Recht bleibt freilich schwierig; aus diesem Grund ist ein ähnliches Abkommen zwischen New York und New South Wales weitgehend wirkungslos geblieben.¹⁰⁹ Auch dem ausländischen Richter fehlen sowohl die Vertrautheit mit dem Verfahren als auch die Kompetenz zur Entscheidung des Rechtsstreits – er ist zwar Richter, aber eben nicht im betreffenden Verfahren.

Menne, Dialogue of Judges – Verbindungsrichter und internationale Richternetzwerke Ein innovatives Instrumentarium in grenzüberschreitenden Familiensachen, JZ 2017, 332.

¹⁰⁴ Vgl. *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay/Co.*, [1918] 2 K.B. 623, 667 („The judgment of a foreign judge [...] is not binding on an English court, but is the opinion of an expert on the fact, to be treated with respect, but necessarily conclusive“).

¹⁰⁵ Vgl. auch *Stürner*, Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter, in diesem Band, S. 61.

¹⁰⁶ *Erie Railroad Co. v. Thompson*, 30f U.S. 64 (1938); vgl. *Hay/Kern*, Einführung in das US-amerikanische Recht, 8. Aufl. 2024.

¹⁰⁷ Uniform Certification of Questions of Law Act [Rule] (1995); *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 37. In England sollte der Foreign Law Ascertainment Act 1861 ein solches Verfahren erlauben, blieb aber ungenutzt und wurde 1973 annulliert: *Fentiman*, Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law, 1992, S. 140 f.; *Schmitthoff*, England, in: *Müller*, Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 88 ff. Zur früheren Geschichte *Baker*, Ascertainment of Foreign Law: Certification to and by English Courts, (1979) 28 ICLQ 141 ff.

¹⁰⁸ *Remien*, Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten, in: Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 627.

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Spigelman*, Proof of Foreign Law by Reference to the Foreign Court, (2011) 127 LQR 208 ff.

Lässt man den ausländischen Richter eine in seinem Recht offene Frage entscheiden, so hat das den Vorteil, dass eine zuständige Institution damit die Fortbildung des eigenen Rechts betreibt und eine mögliche Präzedenzentscheidung treffen kann. Notwendig ist diese Überlassung der Entscheidung freilich nicht. Denn in dem Moment, in dem dem deutschen Richter die Anwendung ausländischen Rechts aufgegeben ist, schließt das auch die Kompetenz ein, im ausländischen Recht offene Fragen für das konkrete Verfahren zu entscheiden und sogar das ausländische Recht, wo adäquat, fortzubilden.¹¹⁰ Für das Inland kann eine solche Entscheidung eine gewisse Präzedenzwirkung haben.¹¹¹ Ob das für das ausländische Recht auch gilt, müssen hingegen die Richter jener Rechtsordnung entscheiden; den deutschen Richter geht das nicht an.¹¹²

VI. Ergebnisse

Die rechtstheoretische Analyse hat Implikationen für Praxis und Verständnis der Anwendung ausländischen Rechts. Freilich liegen diese weniger darin, dass bestimmte Ergebnisse vorgeschrieben würden, sondern umgekehrt darin, dass bestimmte Annahmen einer Notwendigkeit nicht gerechtfertigt sind. Aus rechtstheoretischer Sicht ist für den Richter die Frage, inwieweit er den Inhalt ausländischen Rechts selbst ermittelt und dieses anwendet und inwieweit er sich hierfür eines Experten bedient, im Wesentlichen seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen. Er muss keinen Experten benennen. Tut er es, so gibt es keine absoluten Grenzen dessen, wofür der Experte benannt wird, sondern Einschränkungen nur aus der relativen Kompetenz und der institutionellen Zuständigkeit. Folgen muss der Richter dem Inhalt eines Gutachtens nicht – tatsächlich darf er ihm gar nicht folgen, ohne sich selbst mit seinem Inhalt und seiner Überzeugungskraft auseinandergesetzt zu haben.

Implikationen hat die Untersuchung freilich nicht nur für das ausländische Recht. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die „Fremdheit“ des Rechts im Sinne des § 293 ZPO sinnvollerweise Unvertrautheit und Unzumutbarkeit

¹¹⁰ *Jansen/Michaels* (Fn. 26), ZJP 116 (2003), 3, 18 (Lückenfüllung), 41 ff. (Fortbildung).

¹¹¹ *Jansen/Michaels* (Fn. 26), ZJP 116 (2003), 3, 42–44; *Wiedemann*, Haben Gerichtsentscheidungen und Gutachten zum ausländischen Recht eine Präzedenzwirkung?, in diesem Band, S. 187.

¹¹² Vgl. BGE 46 II 95, 97 f. mit Verweis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts „wo diese Frage auch vom Standpunkt des schweizerischen Rechtes aus zutreffend erörtert wird“. Zum möglichen Einfluss einer englischen Entscheidung zu § 221 BGB (*City of Gotha v. Sothebys*, 9.9.1998 HC, abgedruckt in: *Carl/Güttler/Siehr*, Kunstdiebstahl vor Gericht, 2001) auf das deutsche Recht siehe u.a. *Finkenauer*, Zum Begriff der Rechtsnachfolge in § 221 BGB, JZ 2000, 241 ff.

meint. Ausländisches Recht, das dem Richter vertraut ist oder das er sich zumutbar aneignen kann, ist nicht fremd und bedarf also nicht des Beweises (§ 293 S. 1 ZPO). Umgekehrt heißt das aber sinnvollerweise auch, dass deutsches Recht, das unvertraut und nicht zumutbar ermittelbar ist, in bestimmten Fällen ebenso wie ausländisches in analoger Anwendung des § 293 ZPO durch Gutachten ermittelt werden kann. Die Gegenargumente beruhen auf einer Verkennung der Gemeinsamkeit zwischen deutschem und ausländischem Recht in den relevanten Aspekten.

Die umgekehrten Implikationen des internationalen Privatrechts für die Rechtstheorie sind nicht Thema dieses Beitrags. Immerhin dürfte sich gezeigt haben, wie unvollständig eine Rechtstheorie ist, die sich nicht auch mit der Anwendung von ausländischem Recht beschäftigt, und wie wünschenswert ein stärkeres Zusammendenken von Rechtstheorie und internationalem Privatrecht.¹¹³ Dass die Rechtstheorie mit der Anwendung ausländischen Rechts typischerweise nicht anders umgehen kann als mit der Fiktion einer Inkorporation, ist eine Schwäche. Das internationale Privatrecht bietet, gerade weil es zwischen Rechten stattfindet, einen Raum zum Erproben des Verhältnisses von Anwendungsbefehl und propositionalem Inhalt, von Teilnehmer- und Beobachterperspektive, von Beschreibung und Anwendung des Rechts. Und es bietet einen echten Anwendungsbereich für die *predictive theory* des Rechts auch für die Rechtsprechung. Was es darüber hinaus für die Rechtstheorie leisten kann, ist nicht Gegenstand dieses Textes.

¹¹³ Dazu jetzt *Banu/Green/Michaels*, *Philosophical Foundations of Private International Law*, 2024.

Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter

Michael Stürner

I.	Problemstellung.....	61
II.	Einige Präliminarien zur Stellung des ausländischen Rechts im Zivilverfahren.....	62
III.	Das Gericht als Initiator des Sachverständigenbeweises.....	64
	1. Sachverständigenbeweis als <i>ultima ratio</i> ?.....	65
	2. Der richtige Zeitpunkt für die Einschaltung des Sachverständigen	68
	3. Die Formulierung des Beweisbeschlusses	68
IV.	Der Sachverständige: heimlicher König des Verfahrens?	73
	1. Prozessuale und tatsächliche Stellung im Verfahren.....	73
	2. Ausführungen zum IPR?.....	74
	3. Die Auslegung des Beweisbeschlusses.....	74
	4. Die eigene Rechtsansicht des Sachverständigen.....	75
	5. Der Zugang des Sachverständigen zu Informationen	76
V.	Die Beweiswürdigung durch das Gericht	76
	1. Das Gericht entscheidet, nicht der Sachverständige.....	76
	2. Das unvollständige oder unvollständig gewordene Gutachten	77
VI.	Ausblick und Reformvorschläge	77
	1. Datenbanken zu verfügbaren Sachverständigen zum ausländischen Recht.....	79
	2. Bündelung und Professionalisierung des Sachverständigenbeweises	81
	3. Ersetzung des Sachverständigenbeweises durch Vorlageverfahren	82

I. Problemstellung

Im Ausgangspunkt sind die Aufgaben zwischen Gericht und Sachverständigem klar verteilt: Das Gericht bestellt, der Sachverständige liefert. In dem nach § 293 ZPO¹ zu erlassenden Beweisbeschluss formuliert das Gericht möglichst präzise die entscheidungserheblichen Rechtsfragen. Der Sachver-

¹ Im Kern gilt diese Norm auch für die weiteren Verfahrensarten, vgl. die Nachweise bei *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 293 Rn. 15. Für familiengerichtliche Verfahren und solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit umfasst der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG jedenfalls auch die Ermittlung ausländischen Rechts, offengelassen in BGH, Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15, NZG 2017, 546 Rn. 7 = IPRspr 2017-25a.

ständige beantwortet diese – und nur diese – möglichst umfassend und unter Einbeziehung der tatsächlichen Rechtswirklichkeit in der betreffenden Rechtsordnung. Der Inhalt des Gutachtens wird dann im Rahmen der freien Beweiswürdigung des Gerichts (§ 286 ZPO) als Erkenntnisquelle genutzt und dient als Grundlage der Entscheidungsfindung.

Doch bietet die Praxis vielerlei Zweifelsfragen, die ihren Ursprung letztlich in einem hermeneutischen Zirkel haben, aus dem das Gericht nur schwer ausbrechen kann: Um die richtigen Fragen zu stellen, müsste das Gericht mit der betreffenden ausländischen Rechtsordnung bereits hinreichend vertraut sein, sodass dessen Besonderheiten Berücksichtigung finden können. Das ist aber nur selten der Fall, dient das Gutachten doch gerade der Beschaffung der notwendigen Informationen hierüber. Dies wiederum führt dazu, dass die Beweisfragen zumeist sehr stark im Lichte der Dogmatik des deutschen Rechts formuliert sein werden. Dies zieht notwendig eine Interpretation durch den Sachverständigen nach sich, der damit wiederum potentiell Gefahr läuft, insoweit an die Stelle des Gerichts zu treten.

Die folgenden Ausführungen beruhen in Teilen auf einer rechtstatsächlichen Untersuchung von 2018.² Sie beginnen mit einer Standortbestimmung des ausländischen Rechts im Zivilprozess (unten II.), bevor sie dann – der Chronologie des Verfahrens folgend – zur Rolle von Gericht (unten III.) und Sachverständigem (unten IV.) im Rahmen der Ermittlung des ausländischen Rechts sowie seiner Anwendung im Rahmen der Beweiswürdigung (unten V.) eingehen. Der Beitrag schließt mit einigen Reformüberlegungen (unten VI.).

II. Einige Präliminarien zur Stellung des ausländischen Rechts im Zivilverfahren

Eine der Grundfragen der Prozessrechtswissenschaft betrifft das Verhältnis von Gericht und Parteien. Die Kernfrage lautet, wie aktiv der Richter das Verfahrensgeschehen steuert. Der deutsche Zivilprozess ist bekanntlich als liberales Modell konzipiert mit den beiden Leitsternen Dispositionsmaxime und Bebringungsgrundsatz. Danach steht den Parteien zum einen die Verfügungshoheit über das Verfahren insgesamt zu, zum anderen bestimmen sie durch ihr Tatsachenvorbringen auch den Prozessstoff. Gleichwohl obliegt die formelle und materielle Prozessleitung dem Gericht, konkret: dem Vorsitzenden. Aus Sicht des Common Law ist diese im deutschen Zivilprozess so prononciert ausgestaltet, dass man den hiesigen Prozess dort immer wieder als

² M. Stürner/Krauß, *Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren: Eine rechtstatsächliche Untersuchung*, 2018; Zusammenfassung bei M. Stürner, *Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden?*, ZVgIRWiss 117 (2018), 1.

„inquisitorisch“ bezeichnet hat,³ auch wenn das nüchtern betrachtet kaum überzeugt.⁴ Doch wird man sagen können, dass die Verantwortung für den Tatsachenstoff zwischen Gericht und Parteien immerhin geteilt wird.

In Bezug auf rechtliche Fragen liegt die Verantwortung hingegen nahezu vollständig beim Gericht: *Da mihi facta, dabo tibi ius*. Die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien umfasst zwar sämtliche Aspekte des Verfahrens; das Gericht kann die Parteien bzw. ihre Vertreter mithin auch zum Vortrag hinsichtlich konkreter Rechtsfragen auffordern. Doch bestehen insoweit keine Sanktionen, vor allem nicht das Risiko des Prozessverlustes durch schlichten Nichtvortrag: Eine Partei trägt keine Darlegungslast hinsichtlich der ihr günstigen Rechtsnormen. Wird etwa eine Forderung nur mit einer auf Verschuldenshaftung beruhenden Anspruchsgrundlage begründet und misslingt der Verschuldensnachweis, so hat das Gericht der Klage dennoch stattzugeben, wenn nach dem Tatsachenvortrag auch ein Anspruch aus Gefährdungshaftung begründet ist: Die Partei muss sich nicht explizit auch auf diese Norm stützen – *iura novit curia*.

Hinsichtlich der in Deutschland geltenden IPR-Normen gilt das ganz genauso: Die Dispositionsmaxime erstreckt sich nicht auf kollisionsrechtliche Fragestellungen; es gibt kein fakultatives Kollisionsrecht.⁵ Hiergegen spricht nicht zuletzt auch der *effet utile* der einschlägigen europäischen Verordnungen.

Der Inhalt des ausländischen Rechts wird von der ZPO keineswegs als Tatsachenfrage angesehen, sondern als Rechtsfrage. Doch geht die ZPO nicht davon aus, dass der damit betroffene Grundsatz *iura novit curia* uneingeschränkt auch hinsichtlich des ausländischen Rechts gilt. Vielmehr stellt es dem Gericht über § 293 ZPO die breitest mögliche Unterstützung bei dessen Ermittlung zur Verfügung. Kurz gesagt: Ausländisches Recht ist zwar Recht, wird aber hinsichtlich der Feststellung wie eine Tatsachenfrage behandelt. Dies aber nicht in letzter Konsequenz: Die Parteien haben auch hier keine Beweislast hinsichtlich der ihnen günstigen Normen des ausländischen Rechts.⁶ Vielmehr gilt ein Amtsermittlungsgrundsatz: Die Verantwortung für die Ermittlung des ausländischen Rechts liegt vollständig beim Gericht.⁷ Von

³ Etwa *Jacob*, *The Fabric of English Civil Justice*, 1987, S. 7.

⁴ Zutreffend für Einordnung als *adversarial* dagegen *Zuckerman*, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 1999, S. 1, 31; *Langbein*, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 823, 841 (1985).

⁵ Nachweise bei *M. Stürner*, in: *Erman*, *BGB*, 17. Aufl. 2023, Einl. vor Art. 3 EGBGB Rn. 75.

⁶ BGH, *Urt. v. 24.11.1960 – II ZR 9/60*, NJW 1961, 410 = IPRspr 1960-5; BGH, *Urt. v. 23.12.1981 – IV b ZR 643/80*; NJW 1982, 1215, 1216 = IPRspr 1981-2; BGH, *Urt. v. 25.1.2005 – X ZR 78/04*, NJW-RR 2005, 1071 = IPRspr 2005-12. Siehe auch *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 1 § 1 Ziff. 3.

⁷ BGH, *Urt. v. 21.2.1962 – V ZR 144/66*, BGHZ 36, 348, 353 = IPRspr 1962-2; BGH, *Urt. v. 20.3.1980 – III ZR 151/79*, BGHZ 77, 32, 38 = IPRspr 1980-183; BAG *Urt. v.*

ihr wird das Gericht nicht einmal dann vollständig entlastet, wenn die Parteien übereinstimmend zum ausländischen Recht vortragen.⁸ Diese rechtliche Schizophrenie ist vor allem ausländischen Beobachtern nicht immer mit der letzten Überzeugungskraft zu vermitteln. Sie wird aber in der Rechtspraxis akzeptiert und gelebt.

Die Einholung eines Rechtsgutachtens zum ausländischen Recht ist im Rahmen des § 293 ZPO statistisch gesehen wohl nicht die Regel, sondern wird vielmehr regelmäßig nur dann durchgeführt, wenn die einschlägigen Normen und ihre Auslegung nicht mit hinreichender Sicherheit auf anderem Wege festzustellen sind.

III. Das Gericht als Initiator des Sachverständigenbeweises

Dem Gericht obliegt mithin die Hauptverantwortung für die Ermittlung des ausländischen Rechts. Es kann sich dabei nach § 293 ZPO aller in Betracht kommenden Erkenntnisquellen bedienen.⁹ Die Bestellung eines Sachverständigen obliegt alleine ihm (§ 404 Abs. 1 S. 1 ZPO), auch wenn die Parteien diese Art der Beweiserhebung selbstverständlich anregen können und dies auch regelmäßig tun, indem sie Beweis antreten durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Rechtsfragen (§ 403 ZPO).¹⁰ Einigen sich die Parteien auf einen Sachverständigen, „so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben“ (§ 404 Abs. 5 ZPO); jedenfalls aber sind sie vor der Bestellung zu hören (§ 405 Abs. 2 ZPO).

4.6.1980 – 4 AZR 530/78, NJW 1981, 1006; BGH, Urt. v. 16.10.1986 – I ZR 149/84, NJW 1987, 591 = IPRspr 1986-3; BGH, Urt. v. 29.6.1987 – II ZR 6/87, NJW 1988, 647 und 648 = IPRspr 1987-2; BGH, Urt. v. 9.4.1992 – III ZR 228/90, NJW 1992, 2096, 3106 = IPRspr 1992-206; BGH, Urt. v. 2.2.1994 – XII ZR 148/9, FamRZ 1994, 434 = IPRspr 1994-77; BGH, Urt. v. 22.10.1996 – XI ZR 261/95, NJW 1997, 324 = IPRspr 1996-158; BGH, Urt. v. 25.9.1997 – II ZR 113-96, NJW 1998, 1321, 1396 = IPRspr 1997-60; BGH, Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01, NJW 2003, 2685 = IPRspr 2003-1b; BGH, Urt. v. 25.1.2005 – XI ZR 78/04, NJW-RR 2005, 1071 = IPRspr 2005-12; BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, VersR 2020, 614 = IPRspr 2020-99.

⁸ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 756; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 69. Edition, Stand: 1.2.2024, Einl. IPR Rn. 81; BGH, Urt v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21, NJW 2022, 2547 Rn. 17. Weitergehend *Thorn*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 34 sowie v. *Hein*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 323, wonach der übereinstimmende Parteivortrag in aller Regel als richtig zu unterstellen sei.

⁹ *Hüßtege*, Internetrecherche contra Sachverständigengutachten – Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, IPRax 2021, 261; Reformvorschläge bei *M. Stürner*, ZVglRWiss 117 (2018), 1.

¹⁰ Bsp.: „Nach italienischem Recht besteht insoweit eine hälftige Mitverschuldensvermutung. Beweis: Sachverständigengutachten.“

1. Sachverständigenbeweis als *ultima ratio*?

Die Ermittlung des ausländischen Rechts steht nach § 293 ZPO im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts;¹¹ dies gilt gleichermaßen für Ermittlungsart wie für Ermittlungstiefe.¹² In der Rechtsprechung des BGH hat sich eine Art dynamisches Relativitätsprinzip herausgebildet, wonach der zu betreibende Ermittlungsaufwand steigt, wenn es sich um „fremdartiges“ Recht handelt; gleiches gilt für komplexere Sach- und Rechtslagen, die ebenfalls eine gründlichere Erkundung des ausländischen Rechts fordern.¹³

Eine Konnexität dahin, dass die Kosten der Ermittlung des ausländischen Rechts nicht außer Verhältnis zum Streitwert stehen dürfen, wird man der ZPO hingegen nicht entnehmen können.¹⁴ Viel weitergehend ist hier das englische Recht, wo in Rule 1.1(2)(c) und (e) Civil Procedure Rules ein allgemeines prozessuales Verhältnismäßigkeitsprinzip postuliert wird.¹⁵ Ähnliches ist für das deutsche Recht nicht zu befürworten. Als zu groß erscheint die Gefahr, dass aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur ein Minimalaufwand zur Ermittlung des ausländischen Rechts betrieben wird. Vereinzelt lassen sich indessen instanzgerichtlichen Entscheidungen dahingehende Aussagen entnehmen. So formulierte etwa das LG Oldenburg,¹⁶ das Gericht habe zu prüfen, wie es sich die zur Beurteilung des Sachverhaltes erforderlichen Kenntnisse des ausländischen Rechts „am einfachsten, schnellsten und billigsten“ verschaffen könne.¹⁷

¹¹ BGH, Beschl. v. 25.10.2006 – VII ZB 24/06, NJW-RR 2007, 574, 575 m.N. = IPRspr 2006-161. Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 2 Ziff. 1.

¹² BGH, Ur. v. 23.4.2003 – IX ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359; BGH, Ur. v. 13.12.2005 – XI ZR 82/05, BGHZ 165, 248, 260 = IPRspr 2005-13b. Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 3.

¹³ BGH, BGHZ 165, 248, 260 = IPRspr 2005-13b; BGH, Ur. v. 30.4.1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151, 163 = IPRspr 1992-265; BGH, NJW 2022, 2547 Rn. 17.

¹⁴ So aber *Kindl*, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZZP 111 (1998), 177, 183; zust. *Lorenz* (Fn. 8), Einl. IPR Rn. 83 a. E.

¹⁵ Näher zu beiden Ansätzen *M. Stürner*, The Search for Principles: Paradigmenwechsel im englischen Zivilprozessrecht?, ZVglRWiss 103 (2004), 349, 366 ff.

¹⁶ LG Oldenburg, Beschl. v. 27.3.1984 – 5 T 217/84, IPRspr 1984-2.

¹⁷ Die Besonderheit dieser Entscheidung liegt allerdings darin, dass sich die obiter erfolgten Ausführungen zur Ermittlung ausländischen Rechts gegen den amtsrichterlichen Beweisbeschluss richteten, der ein Sachverständigengutachten deswegen eingeholt hatte, weil der einschlägige Länderbericht im *Bergmann/Ferid* [heute: *Henrich/Dutta/Ebert*] in der Gerichtsbibliothek nicht in aktueller Fassung bzw. nur lückenhaft vorhanden war. Hier sah das LG die Ermessensgrenze des § 293 ZPO als überschritten an; das Gericht habe „andere Wege zu beschreiten, um sich die benötigten Materialien zu beschaffen“. Die an das Amtsgericht gerichteten Hinweise fielen wohl auch deswegen so deutlich aus, weil sich der Beweisbeschluss generell auf die Vereinbarkeit eines Güterrechtsvertrags „mit deutschem bzw. jugoslawischen Recht“ bezogen und damit die Möglichkeiten des § 293 ZPO deutlich überspannt hatte.

Der BGH hat solchen Beschränkungen des § 293 ZPO zu Recht eine Absage erteilt:¹⁸ Sie würden entweder potentiell falsche Ergebnisse nach sich ziehen oder aber faktisch das Heimwärtsstreben begünstigen. Selbstverständlich muss das Gericht hingegen bei der Ausübung des Ermessens im Rahmen des § 293 ZPO berücksichtigen, welche Kosten durch die entsprechende Ermittlungsmethode verursacht würden. Das gebietet der Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit. Ferner muss das Gericht vor dem Hintergrund des Beschleunigungsgebots gleichermaßen der Frage Beachtung schenken, wie groß die durch die Einholung des Gutachtens bewirkte Verzögerung wäre.¹⁹ Doch besteht eine Ermessensgrenze nicht schon dann, wenn ein Gutachten ein Vielfaches des Streitwerts kosten wird.²⁰

Rechtstatsächlich ist es so, dass die Bereitschaft zur Einholung eines Sachverständigengutachtens bei den Amtsgerichten (einschließlich Familiengerichten) niedriger ist als in höheren Instanzen; vielfach wird diese Art des Erkenntnisgewinns regelrecht als *ultima ratio* angesehen. Einige Zitate aus der rechtstatsächlichen Untersuchung mögen das verdeutlichen:²¹

„Ich habe auch noch nie ein Gutachten vom Max-Planck-Institut eingeholt. Das wäre ja der letzte Rettungsanker.“

Dies wurde damit begründet, dass die Erstellung eines Gutachtens das Verfahren erheblich verzögere:²²

„Also ein halbes Jahr verzögert das Ganze schon.“

„Also dass ich ja das Max-Planck-Institut noch nicht bemüht habe, hängt sicherlich mit dem Zeitfaktor zusammen. Das ist ganz klar.“

„Die Zeit-/Leistungsverhältnisse. Also für mich kostet es ja erstmal Zeit, bis ich wieder herausgefunden habe, wer da der Ansprechpartner ist, dann schreibe ich ihn an, dann warte ich mehrere Monate, dann kriege ich eine Antwort, und die beantwortet im Zweifel meine Frage auch nicht so richtig. Das mache ich halt zwei Mal und dann lasse ich es für alle Zukunft sein.“

Anders liegen die Dinge in Verfahren vor den Landgerichten.²³ Dies hängt mit den höheren Streitwerten zusammen, die einschlägigen Verfahren zugrunde liegen. Hinzu kommt, dass landgerichtliche Verfahren im Schnitt länger dauern, sodass die sich durch die Einholung eines Gutachtens ergebende Verzögerung relativ gesehen nicht so sehr ins Gewicht fällt. Nach der

¹⁸ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244 Rn. 24 = IPRspr 2014-276.

¹⁹ Ausdrücklich etwa OLG München, Urt. v. 5.2.2010 – 10 U 4091/09, IPRspr 2010-1; OLG München, Urt. v. 18.1.2008 – 10 U 4502/07, DAR 2008, 590 = IPRspr 2008-1. Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 5.

²⁰ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244 Rn. 24 = IPRspr 2014-276.

²¹ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 197.

²² M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 198.

²³ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 355 ff.

Einschätzung der am Landgericht tätigen Richterinnen und Richter hatte die längere Bearbeitungszeit, die ein Fall mit Auslandsbezug verursacht, überwiegend keinen Einfluss auf die Ermittlungstätigkeit als solche. Auch hier seien einige Zitate aus der Studie von 2018 genannt:²⁴

„Wie das im ausländischen Recht ist, ist halt immer die Frage und deswegen tendiere ich da, wenn man einfach kein klares Ergebnis findet, schlicht einen Profi ranzulassen, der sich auskennt.“

„Ja, ich sage dann halt: Ich kann es nicht selber und ich möchte ja wissen, worum es geht. [...] Und das ist natürlich einerseits total bequem, weil wir da ja nicht irgendwie jemanden beauftragen, sondern jemanden, der und das in der Regel, weil er mal Quasi-Richter spielt, auf sehr hohem Niveau sehr gut macht.“

„Ich denke, wenn der Richter [...] einfach nicht mehr weiterkommt, egal, wie umfangreich das ist oder wie wirtschaftlich bedeutsam das ist, und dann seine Entscheidung nicht mehr vertreten kann, dann holt ein verantwortungsbewusster Richter ein Gutachten ein.“

„Weil es auch nicht realistisch wäre, dass wir quasi ein ausländisches Rechtsstudium für einen Fall absolvieren.“

Daneben scheint auch eine Rolle zu spielen, dass an Amtsgerichten außer dem Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (MPI) kaum eine einschlägige Anlaufstelle zur Einholung eines Gutachtens genannt wurde.²⁵

Dass hingegen die zeitlichen Parameter des Personalbedarfsberechnungssystems PEBB§Y den Aufwand, den Richterinnen und Richter gerade an Amtsgerichten zur Ermittlung des ausländischen Rechts betreiben, entscheidend beeinflussen, ließ sich nicht empirisch nachweisen.²⁶ Nur sehr vereinzelt wurde die pauschale Zeitbemessung von 150 Minuten pro Fall als störender Faktor angesehen; ganz überwiegend stand allein die richtige Entscheidung in der Sache im Vordergrund.

Rechtstatsächlich kaum eine Relevanz zu besitzen scheint auch der Umstand, dass in einer unzureichenden Ermittlung ein Verstoß gegen § 293 ZPO und damit ein relevanter Verfahrensfehler liegen kann. Beispielhaft hierfür steht eine Entscheidung des OLG München, das einen Verstoß darin gesehen hat, dass das Tatgericht nach der Verweigerung der Erstellung eines Gutachtens durch ein Universitätsinstitut von der Nichtermittelbarkeit der relevanten Rechtsfragen ausgegangen war.²⁷ Ein Rekurs auf die *lex fori* ist nach der

²⁴ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 355.

²⁵ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 264 ff.

²⁶ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 219 ff.

²⁷ OLG München, Urt. v. 21.10.2016 – 10 U 2372/16, NJW 2017, 338 Rn. 18 = IPRspr 2016-4: „Die Auffassung des LG, diese Rechtsfragen könnten nicht geklärt werden, ist nicht vertretbar, denn das verweigerte Universitätsgutachten des Instituts für Rechtsvergleichung hätte durch andere Beweismittel ersetzt werden können. Etwa beschafft und erteilt das Auswärtige Amt über die portugiesische Botschaft nähere Auskünfte und ver-

Rechtsprechung des BGH allerdings dann zulässig, wenn sich „keine sicheren Feststellungen treffen lassen oder Feststellungen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verzögerung ermöglicht werden könnten“.²⁸

2. *Der richtige Zeitpunkt für die Einschaltung des Sachverständigen*

Hat sich nun das Ermessen des Gerichts dahin verdichtet, dass ein Sachverständigengutachten notwendig wird, so gilt es, den richtigen Zeitpunkt für dessen Einholung zu bestimmen: Dieser könnte einerseits möglichst früh liegen, damit sich die Tatsachenfeststellung an den Normen des ausländischen Rechts und deren Gegebenheiten orientieren kann.

Andererseits sprechen auch gute Gründe für eine möglichst späte Gutach-
tenerstellung, idealerweise erst nach vollständiger Aufklärung des Sachverhalts, damit der Sachverständige keine Entscheidungsalternativen bilden muss. Aus Sachverständigensicht ist in der Tendenz letzteres zu befürworten. Ist es dem Gericht möglich, mit vertretbarem Aufwand ein gewisses Grundverständnis des anwendbaren Rechts zu erlangen, sodass im Lichte dieser Erkenntnisse die Tatsachenermittlung vorangetrieben werden kann, so erscheint eine möglichst späte Einholung des Gutachtens sinnvoll.

3. *Die Formulierung des Beweisbeschlusses*

Nachdem die Einholung des Gutachtens Teil der Beweisaufnahme ist, erfolgt die Bestellung des Sachverständigen im Rahmen eines Beweisbeschlusses.²⁹

mittelt sachkundige Einrichtungen (was der Senat im Streitfall durch einen eigenen Versuch bestätigt gefunden hat), zudem könnte eine Auskunft eines portugiesischen Gerichts oder ein Gutachten eines portugiesischen Professors für Zivil- und Zivilprozessrecht eingeholt werden (BGH, NJOZ 2001, 1). Weiterhin kann nach dem Europäischen Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7.9.1968 (Londoner Übereinkommen) eine Auskunftsanfrage an das portugiesische Justizministerium gerichtet werden (BGH, NJW 1988, 647). Bei dieser Sachlage ist unter Würdigung aller Gesamtumstände die vollständig unterlassene Beweiserhebung durch ein Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht verfahrensfelderhaft und schließt aus, dass die Beweiserhebung des Erstgerichts auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht (OLG München, BeckRS 2014, 04201). Dies gilt verstärkt, als noch nicht einmal ein Versuch unternommen wird, eigene Sachkunde darzulegen (vgl. BGH, VersR 2011, 1432; OLG München, BeckRS 2014, 06812).“

²⁸ So BGH, Urt. v. 26.10.1977 – IV ZB 7/77, BGHZ 69, 387, 393 = IPRspr 1977-98b.

²⁹ So jedenfalls die h.M., vgl. etwa BGH, Urt. v. 15.6.1994 – VIII ZR 237/93, NJW 1994, 2959 = IPRspr 1994-3; *Prütting* (Fn. 1), § 293 Rn. 29 m.w.N. Die Gegenansicht ist unter Verweis auf den im Rahmen des § 293 ZPO geltenden Freibeweis offener, vgl. etwa *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 9. Aufl. 2024, Rn. 9.14. Wenn jedoch ein Beweisbeschluss erlassen wurde, verläuft die Beweiserhebung in der Folge im Strengbeweis. Siehe auch *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 2 § 5 Ziff. 2.

Dieser enthält überdies die Beschreibung der zu klärenden Fragen des ausländischen Rechts und regelmäßig auch eine Frist, innerhalb derer das schriftliche Gutachten abzufassen ist³⁰ (§ 411 Abs. 1 ZPO). In der normalen Praxis scheint die Frist drei Monate zu betragen.

a) *Die Reichweite des § 293 ZPO*

Den rechtlichen Rahmen gibt § 293 S. 2 ZPO vor: Das Gericht ist danach befugt, jenseits der von den Parteien beigebrachten Nachweise auch „andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen“. Als erforderlich anzusehen ist von vornherein nur dasjenige, was dem Gericht unbekannt ist, dies wiederum beschränkt auf das spezifisch ausländische Recht.

Das in Deutschland geltende Recht kann vor diesem Hintergrund niemals Gegenstand eines Beweisbeschlusses sein. Immer wieder kommt es dennoch vor, dass Gerichte direkt oder indirekt Fragen zum IPR stellen, zum transnationalen Einheitsrecht wie dem CISG oder auch zu EU-Richtlinien. Dabei handelt es sich trotz der internationalen Provenienz oder Regelungssystematik der einschlägigen Normen jedenfalls strukturell um deutsches Recht. Dessen Ermittlung ist mithin nicht von § 293 S. 2 ZPO erfasst und kann daher nicht Gegenstand des Beweisbeschlusses sein.³¹ Für den Sachverständigen stellt sich dennoch die Frage, wie man sich diesbezüglich verhalten soll. Hierauf werde ich an späterer Stelle zurückkommen.³²

Dass indessen gerade kollisionsrechtliche Normen nicht per se aus dem Anwendungsbereich des § 293 S. 2 ZPO herausfallen, zeigt sich etwa am Beispiel der Eingriffsnorm: Darüber, ob eine nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO ggf. zu berücksichtigende ausländische Eingriffsnorm gegeben ist, kann der Sachverständige das Gericht durchaus informieren. Gleiches gilt für die ausländischen Sicherheits- und Verhaltensnormen i.S.d. Art. 17 Rom II-VO. Schließlich kann es sinnvoll sein, im Hinblick auf einen *ordre public*-Verstoß³³ Ausführungen zu dem etwa anzuwendenden Ersatzrecht³⁴ durch einen Sachverständigen klären zu lassen, was jedenfalls gedanklich eine Einschätzung hinsichtlich des Verstoßes selbst notwendig macht.

Nur der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass ausländisches IPR selbstverständlich Gegenstand der Ermittlungen des Sachverständigen sein kann, etwa im Rahmen der Frage, ob ein einschlägiges Rechtsproblem Gegenstand eines *renvoi* ist.

³⁰ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 1.

³¹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 1 § 1 Ziff. 1.

³² Unten IV.2.

³³ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 5 Ziff. 7.

³⁴ Dazu M. Stürner, in: BeckOGK, Stand: 1.2.2024, Art. 6 EGBGB Rn. 286 ff.

Erforderlich ist weiterhin nur die Klärung solcher Fragen, denen Entscheidungserheblichkeit zukommt. Auch vor diesem Hintergrund wäre es problematisch, das Gutachten zu einem sehr frühen Zeitpunkt einzuholen, in dem die relevante Tatsachenbasis noch unzureichende Konturen aufweist.

Schließlich enthebt § 293 ZPO das Gericht auch keinesfalls von der Anwendung des fremden Rechts auf den konkreten Fall. Teilweise gewinnt man bei der Lektüre des Beweisbeschlusses den Eindruck, der Auftrag laute eher: „Bitte schreiben Sie mir das Urteil unter Anwendung des ausländischen Rechts!“ Das Sachverständigengutachten kann jedoch die Rechtsanwendung durch das anfragende Gericht in keiner Weise ersetzen. Selbstverständlich ist dem Gericht nicht damit gedient, wenn abstrakt und losgelöst vom Fall etwa Normen des einschlägigen Haftungsrechts mitsamt relevanter Rechtsprechung referiert werden. Den konkreten Rahmen für das Gutachten gibt der zu entscheidende Fall mit seiner spezifischen Tatsachengrundlage vor. Insofern ist es Sinn und Zweck der Ausführungen des Sachverständigen, gerade die Anwendung des ausländischen Rechts auf den fallspezifischen Sachverhalt darzustellen.³⁵ Doch sollte dabei stets der Spielraum respektiert werden, den das Gericht für eine eigene Subsumtion zwingend benötigt.³⁶

Wiederum zeigen Rechtstatsachen, dass sich Gerichte dieses Zwiespalts durchaus bewusst sind:³⁷

„Du schickst es dem Herrn Soundso und der löst dir den Fall, also so umgangssprachlich, der löst dir den Fall mit allen Eventualitäten, mit allen gedanklichen Strängen, egal wer noch was sagen wird, und du kriegst es nach einem Jahr wieder und der Fall ist im Prinzip so, dass keiner mehr was zu sagen hat. Weil das halt auf wirklich gutem wissenschaftlichem Niveau im Stundenlohn ausgewertet wurde.“

„Was grundsätzlich nicht schlecht ist, ist die Möglichkeit, dass man ein Gutachten einholt. Beim MPI. Das ist eigentlich gar nicht so problematisch. Da sitzt jemand, der mir auf Deutsch ein Rechtsgutachten zu meinem Problem schreibt, das präsentiere ich den Anwälten und dann machen wir weiter. Den Weg finde ich gar nicht schlecht.“

Diese Auslagerung der Entscheidungskompetenz auf den Sachverständigen wird aber durchaus kritisch gesehen. So äußerte sich eine befragte Person aus der Perspektive der Rechtsmittelinstanz:³⁸

„Man muss halt durchaus sagen: Man hat manchmal auch das Gefühl, dass die [...] gar nicht so unglücklich sind, wenn gesagt wird: Ausländisches Recht. Dann schicken sie die Akte irgendeinem schlaunen Professor und der löst ihnen dann den Fall.“

³⁵ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 6.

³⁶ Sehr hilfreich ist insoweit die nuancierte Formulierung in Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 3 Ziff. 5.

³⁷ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 356.

³⁸ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 357.

Auch eine befragte Person, die erstinstanzlich tätig wurde, wies auf Folgendes hin:³⁹

„[...] und wenn man dann den Eindruck hat, das sind zu viele Unsicherheiten und es ist eine Frage auch von gewisser wirtschaftlicher Bedeutung, dann würde man aber möglichst zugespitzt insoweit ein Gutachten einholen, weil Sie den Sachverstand anderer Leute ja nur ausleihen dürfen, um diese Frage punktuell zu beantworten, nicht aber um den Fall zu bearbeiten, das ist ja unser ureigenes Geschäft.“

b) Sinnvolle Fragestellungen

Welche Fragestellungen sich vor diesem Hintergrund empfehlen, lässt sich nicht pauschal sagen.⁴⁰ Der Beweisbeschluss sollte jedenfalls Art und Umfang der Aufgabenstellung hinreichend präzise bestimmen (§ 404a Abs. 1 ZPO).⁴¹ Um dem Sachverständigen einen schnellen Zugriff zu ermöglichen, sollte er in jedem Fall eine Darstellung der Tatsachengrundlage enthalten, ggf. mit Anfügung von möglicherweise beweisbedürftigen Behauptungen der Parteien (vgl. § 404a Abs. 3 ZPO).⁴² Daran anschließend sind dann konkrete Rechtsfragen zu formulieren, die bei komplexen Sachverhalten durchaus in eine Vielzahl von Einzelpunkten aufgegliedert werden sollten. Vor zu großer Detailtiefe ist allerdings zu warnen, da hieraus eine gewisse Gefahr resultiert, dass das Gutachten schlicht diese Fragen rezipiert, ohne genügend auf den fallspezifischen Gesamtzusammenhang einzugehen.⁴³

Auf der anderen Seite erscheint es nicht zielführend, den Inhalt des ausländischen Rechts abstrakt durch die Perspektive des deutschen Rechts gewinnen zu wollen, etwa indem nach Äquivalenten zu § 823 Abs. 2 BGB oder danach gefragt wird, welche Schutzgesetze das ausländische Recht kennt.

c) Die Mitwirkung der Parteien

Wie sich schon aus § 293 S. 1 ZPO ergibt, wird von den Parteien erwartet, dass sie das Gericht bei der Ermittlung des ausländischen Rechts unterstützen. Das Gericht kann die Parteien daher auffordern, zum anwendbaren Recht vorzutragen.⁴⁴ Diese trifft nach der Rechtsprechung des BGH eine Mitwirkungspflicht, den Inhalt der einschlägigen Normen zu ermitteln.⁴⁵ Auch darin wird eine gewisse Nähe zur Tatsachenermittlung deutlich.⁴⁶

³⁹ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 358.

⁴⁰ Siehe auch die Hinweise in Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 2–10.

⁴¹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 4.

⁴² Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 9.

⁴³ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 6.

⁴⁴ Dazu Lindacher, Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, in: FS Schumann, 2001, S. 283. Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 2 Ziff. 2, § 3 Ziff. 2.

⁴⁵ Siehe BGH, Urt. v. 30.3.1976 – VI ZR 143/74, NJW 1976, 1581, 1583 = IPRspr 1976-2.

In der Literatur sind dogmatisches Fundament und Reichweite dieser parteilichen Inpflichtnahme umstritten. Teilweise stützt man sich auf die allgemeine Prozessförderungspflicht, aus der – in den Grenzen des § 242 BGB – auch eine Mitwirkungspflicht hinsichtlich der Ermittlung ausländischen Rechts bestehe.⁴⁷ Andere Stimmen äußern sich zurückhaltender dahin, es gebe gerade keine allgemeine Prozessförderungspflicht der Parteien, sondern lediglich „regelungsproblembezogene Förderpflichten bzw. -lasten“.⁴⁸ Die Nichtmitwirkung der Parteien entbinde das Gericht jedenfalls nicht von seiner Amtsermittlungspflicht.⁴⁹ Auch der Wortlaut des § 293 ZPO umfasse keine Verpflichtung der Parteien.⁵⁰ Die in § 293 S. 2 ZPO enthaltene Formulierung zur Mitwirkung der Parteien sei lediglich als „Obliegenheit“ zur Unterstützung des Richters aufzufassen, die jedoch nicht mit einer Mitwirkungspflicht gleichzusetzen sei.⁵¹

Die Einlassungen der Parteien sind allerdings regelmäßig nicht unkritisch zu übernehmen, da ihnen naturgemäß eine gewisse Einseitigkeit zu eigen sein dürfte. Dies gilt auch für Privatgutachten, die die Parteien hinsichtlich des anwendbaren ausländischen Rechts beibringen mögen⁵² – und die das Gericht selbstverständlich berücksichtigen muss.⁵³ Das Gericht kann seine Pflicht aus § 293 ZPO zur Ermittlung des ausländischen Rechts nicht vollständig auf die Parteien delegieren. Nur dann, wenn zur Überzeugung des Gerichts auch die Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen keinen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht, kann – auch unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots – der Parteivortrag genügen.⁵⁴

Rechtstatsächlich ist diesbezüglich aber eine große Zurückhaltung der Gerichte zu spüren.⁵⁵ Besonders pointiert ist folgende Aussage aus der Praxis der Amtsgerichte:⁵⁶

⁴⁶ Vgl. auch *Heldrich*, Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts in der gerichtlichen Praxis, in: FS Nakamura, 1996, S. 243, 244.

⁴⁷ *Hök*, Zur Mitwirkungspflicht der Prozeßparteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, JurBüro 1987, 1760; *Sommerlad/Schrey*, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377, 1380; *Becker*, in: FS Martiny, 2014, S. 619, 631 f. Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 4 Ziff. 1.

⁴⁸ *Lindacher* (Fn. 44), S. 283, 287.

⁴⁹ *Rühl*, Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, RabelsZ 71 (2007), 559, 571. Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 1 § 1.

⁵⁰ *Kindl* (Fn. 14), ZZZ 111 (1998), 177, 192.

⁵¹ *Linke/Hau* (Fn. 29), Rn. 9.6.

⁵² Vgl. *Krüger*, Zur Ermittlung ausländischen Rechts in Deutschland: Ein Bericht aus der Praxis, in: FS Nomer, 2002, S. 357, 374; *Schack* (Fn. 8), Rn. 760; siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 4 Ziff. 2.

⁵³ Sehr klar hier Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 3.

⁵⁴ Siehe etwa LG Essen, Teilurt. v. 24.3.2015 – 12 O 37/12 = IPRspr 2015-276.

⁵⁵ *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 203 ff.

„[...] das sind ja dann die Anwälte, die schreiben. Und da gehe ich in der Regel nicht davon aus, dass es stimmt.“

Doch erfordert es das Recht auf rechtliches Gehör, dass die Parteien Stellung nehmen dürfen zu den dem Sachverständigen zu unterbreitenden Beweisfragen. Das Partizipationsrecht des § 411 Abs. 4 ZPO spiegelt dies wider.

Teils nehmen Gerichte die Beteiligungsrechte der Parteien so ernst, dass sie deren Fragen ungefiltert an die Sachverständigen mit der Bitte um Erledigung weiterleiten, ohne deren Fallrelevanz näher zu prüfen. Hiervor ist nachdrücklich zu warnen:⁵⁷ Nicht nur widerspricht ein solches Vorgehen regelmäßig der Prozesswirtschaftlichkeit und dem Beschleunigungsgrundsatz, auch kann es den Rahmen sprengen, den § 293 S. 2 ZPO vorgibt: Das Gutachten muss sich im Bereich des für den Erkenntnisgewinn im konkreten Verfahren Erforderlichen halten.

IV. Der Sachverständige: heimlicher König des Verfahrens?

Eine zentrale Stellung kommt dem Adressaten des Beweisbeschlusses zu: dem Sachverständigen.

1. Prozessuale und tatsächliche Stellung im Verfahren

Er übt ein öffentliches Amt aus und muss der Bestellung nicht nur dann Folge leisten, wenn er öffentlich bestellt ist (hinsichtlich des ausländischen Rechts gibt es das nicht), sondern bereits dann, „wenn er die Wissenschaft [...], deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerb ausübt [...]“ (§ 407 Abs. 1 ZPO). Bei weiter Lesart wären sämtliche Professorinnen und Professoren mit rechtsvergleichender Venia damit geeignete Sachverständige. Allerdings bleibt eine Hintertür recht weit geöffnet: Fällt der Auftrag nicht in sein Sachgebiet oder kann das Gutachten nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden, so „hat der Sachverständige das Gericht unverzüglich zu verständigen“ (§ 407a Abs. 1 ZPO).⁵⁸ Die Folge ist eine Entbindung des Sachverständigen von der Gutachtenerstellung (vgl. § 408 Abs. 1 S. 2 ZPO).

In der Praxis werden daher oft Vorgespräche zwischen Gericht und potentiell Sachverständigem geführt, in denen die grundsätzliche Bereitschaft zur Erstellung des Gutachtens eruiert sowie zeitliche Horizonte für die Ablieferung verhandelt werden. In manchen Fällen holen sich die Gerichte eine Absage nach der anderen ein, in anderen läuft es glatt. Das eindeutige „Macht-

⁵⁶ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 204.

⁵⁷ Siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 8 Ziff. 2.

⁵⁸ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 1.

gefälle“ zwischen Gericht und Sachverständigem, das die ZPO durch den einseitig konzipierten Vorgang der Ernennung, die ordnungsgeldbewehrte Frist zur Gutachtenerstellung und die Weisungsbefugnis statuiert, wird in der Praxis markant anders gelebt und verstanden. Das mag daran liegen, dass es nur vergleichsweise wenige potentielle Sachverständige zum ausländischen Recht gibt, oder auch daran, dass die Gerichte die Freiheitsrechte der zumeist professoralen Sachverständigen respektieren, da sie auf sie angewiesen sind. Dies erklärt auch den zumeist eher selbstbewussten Umgang der Sachverständigen mit dem Beweisbeschluss. Vielfach dürfte die Priorität darin liegen, den Fall richtig zu lösen, und weniger darin, schlicht alle Fragen des Beweisbeschlusses abzuarbeiten.

2. Ausführungen zum IPR?

Vor diesem Hintergrund könnte der Sachverständige geneigt sein, bereits eine aus seiner Sicht verfehlt Anknüpfung zu korrigieren. Streng genommen steht ihm das nicht an, da sich der Sachverständigenauftrag – reziprok zu der aus *iura novit curia* folgenden Zuständigkeitssphäre des Gerichts – gerade nicht auf das deutsche Recht bezieht. Insofern empfiehlt es sich, die vom Gericht angenommene Verweisung auf das ausländische Recht im Regelfall ohne Prüfung eines Sachverständigen hinzunehmen und das auch in Gutachten entsprechend zu dokumentieren.⁵⁹

Nur in klaren Fällen, wenn das Gericht etwa eine einschlägige Kollisionsnorm offensichtlich übersehen oder falsch angewendet hat, und der Sachverständige daher Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages hegt, sollte er entsprechend § 407a Abs. 4 S. 1 ZPO unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeiführen.⁶⁰ Dies dient nicht zuletzt der Verfahrensökonomie, deren Bedeutung sich für den umgekehrten Fall der aus dem Ruder laufenden Gutachtenkosten aus § 407a Abs. 4 S. 2 ZPO ergibt.

Davon zu unterscheiden ist selbstverständlich wiederum der bereits erwähnte Fall, dass es gerade um ausländisches IPR geht, das im Rahmen einer Gesamtverweisung Relevanz gewinnt.

3. Die Auslegung des Beweisbeschlusses

Ganz ähnliche Grundsätze gelten für die Frage, inwieweit die Beweisfragen der Auslegung durch den Sachverständigen zugänglich sind. Das Hauptkenntnisinteresse ist die Ermittlung der für die rechtliche Behandlung des zu entscheidenden Falles relevanten Normen und Prinzipien des ausländischen Rechts in ihrer Auslegung durch die dortige Rechtsprechung. Insofern dürfte es regelmäßig jedenfalls implizit im Gutachtensauftrag liegen, Beweisfragen

⁵⁹ Ausführlich und differenziert dazu Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 4.

⁶⁰ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 4.

im Lichte der Erkenntnisse zum ausländischen Recht zu konkretisieren und zu schärfen.⁶¹

Weitergehende Änderungen sind regelmäßig nur mit höchster Zurückhaltung vorzunehmen, da hiermit die Gefahr verbunden ist, die Stellung des Gerichts zu usurpieren.⁶² So ist es etwa vorzugswürdig, Entscheidungsalternativen zu bilden, zwischen denen das Gericht je nach entsprechender Rechtsauffassung auswählen kann. Fragen, die klar außerhalb des Beweisbeschlusses liegen, sollte der Sachverständige grundsätzlich nicht ohne Rücksprache mit dem Gericht behandeln.⁶³

4. Die eigene Rechtsansicht des Sachverständigen

Gleichermaßen vorsichtig sollte der Sachverständige mit der eigenen Rechtsansicht sein: Er wird im Rahmen der Gutachtenerstellung zur Informierung des Gerichts über die Rechtslage in einer anderen Rechtsordnung tätig und sollte daher möglichst neutral agieren. In erster Linie geht es um die Herausarbeitung der Auslegung der einschlägigen Normen durch die ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung der relevanten Rechtsordnung.⁶⁴ Wo Leitentscheidungen nicht existieren, beginnt das vielleicht schwierigste Terrain der Tätigkeit eines Sachverständigen. Dies gilt insbesondere für die Rechtsordnungen des Common Law, in denen eine formelle Präjudizienbindung besteht. Hält der Sachverständige hier eine bestimmte Rechtsauffassung für vorzugswürdig, ist dies entsprechend kenntlich zu machen. In extremen Fällen einseitiger Rechtsauslegung könnte sogar eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit durch die Parteien drohen (§ 406 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 42 Abs. 2 ZPO).⁶⁵

Ebenfalls heikel ist die Subsumtion des Sachverhalts unter die ausländische Norm im Rahmen des Gutachtens. Einerseits wird genau diese vielfach im Interesse des anfragenden Gerichts liegen.⁶⁶ Andererseits gehört die Rechtsanwendung zu den Aufgaben des Gerichts, so dass der Sachverständige allenfalls Vorschläge zu einer möglichen Subsumtion unterbreiten kann. Diese sind stets in geeigneter Weise kenntlich zu machen („ohne der Einschätzung des anfragenden Gerichts vorgreifen zu können oder zu wollen ...“).⁶⁷

⁶¹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 7.

⁶² Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 5–6.

⁶³ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 7.

⁶⁴ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 2 Ziff. 4.

⁶⁵ Bsp.: OLG München, Beschl. v. 28.4.2008 – 24 W 122/08, VersR 2008, 944; OLG Celle, Beschl. v. 18.1.2002 – 14 W 45/01, NJW-RR 2003, 135.

⁶⁶ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 6.

⁶⁷ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 3 Ziff. 5; Art. 2 § 9 Ziff. 1.

5. *Der Zugang des Sachverständigen zu Informationen*

Wie sich der Sachverständige seinerseits Zugang zu den erforderlichen Informationen über das ausländische Recht verschafft, ist vollständig ihm überlassen.⁶⁸ Von Seiten des Gerichts wird stillschweigend vorausgesetzt, dass auch eine entsprechende Kompetenz hinsichtlich Rechtssprache und Methodik der betreffenden Rechtsordnung in der Person des Sachverständigen vorhanden ist.

Dagegen spielt die Frage, inwieweit der Sachverständige Zugang zu sonstigen Informationen, etwa über Tatsachen, bekommen sollte, im hier vorliegenden Kontext keine entscheidende Rolle. Die Verfahrensakte mitsamt allen Anlagen ist ihm zugänglich zu machen, traditionell durch Aktenversand, immer öfter nun auch in Form eines Zugangs zu einem elektronischen Aktenpiegel. Dass er, wie in anderen Verfahren, Zugang zu verfahrensrelevanten Sachen (etwa dem Unfallfahrzeug oder dem zu räumenden Grundstück) oder Personen (etwa im Rahmen des Verfahrens zur Betreuerbestellung) erlangt, ist regelmäßig nicht nötig.

Der rechtliche Rahmen ergibt sich jedenfalls aus § 404a Abs. 4 ZPO: Danach bestimmt das Gericht, soweit es erforderlich ist, „in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat“. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass der Sachverständige ohne richterliche Rücksprache nicht in Kontakt zu den Parteien treten darf.

V. Die Beweiswürdigung durch das Gericht

Mit der Rücksendung von Akte und Gutachten liegt es dann am Gericht, die gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der Beweiswürdigung zu verwerten.⁶⁹ Die Parteien sind vom Inhalt des Gutachtens in Kenntnis zu setzen und haben diesbezüglich ein Recht zur Stellungnahme (§ 411 Abs. 4 ZPO).

1. *Das Gericht entscheidet, nicht der Sachverständige*

Noch einmal betont werden sollte an dieser Stelle, dass allein das Gericht dazu berufen ist, das durch den Sachverständigen ermittelte ausländische Recht auf den Streitgegenständlichen Sachverhalt anzuwenden.⁷⁰ Das Gericht darf den Inhalt des Gutachtens nicht unkritisch übernehmen, sondern muss eine eigene Würdigung vornehmen (§ 286 ZPO), sonst liegt ein Verfahrens-

⁶⁸ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 2 Ziff. 4.

⁶⁹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 8 Ziff. 1, Art. 2 § 9 Ziff. 1.

⁷⁰ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 9 Ziff. 1, Art. 3 § 3 Ziff. 5.

fehler vor. Klar ist aber auch, dass hier vom Gericht nichts Unmögliches verlangt werden darf. Die Gefahr der Dominanz des Verfahrens durch den Sachverständigen ist in der Praxis nicht von der Hand zu weisen. Mehr als eine Plausibilitätsprüfung wird kaum ein Gericht vornehmen können, wie zwei von Amtsgerichten stammende Aussagen belegen:⁷¹

„Wie man das halt nachprüft, ja. Wenn das einigermaßen systematisch aufbereitet ist, dann spricht meine Vermutung der Richtigkeit für sich, dann guckt man natürlich nach den Fundstellen. Vielleicht nicht jede, aber die entscheidenden, ob das stimmt. Und wenn man das bestätigen kann und dann ist es halt so. Denn auf die Sekundärliteratur habe ich keinen Zugriff.“

„Also ich werde da nicht anfangen, die Entscheidung des, was weiß ich, obersten italienischen Gerichts, anzufordern und die übersetzen zu lassen, ob das alles so richtig ist. Sondern da gehe ich dann davon aus, dass das alles richtig gemacht worden ist, was mir vorgelegt worden ist.“

2. *Das unvollständige oder unvollständig gewordene Gutachten*

Doch kommt es durchaus vor, dass das Gutachten unvollständig ist. Dies kann unterschiedliche Gründe haben. Sie können schlicht darin liegen, dass der Sachverständige aus Nachlässigkeit nicht alle Fragen des Gerichts beantwortet hat. Ebenso möglich erscheint aber auch, dass das Gericht relevante Gesichtspunkte übersehen hat oder sich solche erst aus dem Gutachten selbst ergeben. Schließlich kann sich auch der Tatsachenvortrag der Parteien nachträglich ändern und neue Rechtsfragen aufwerfen. Dem Gericht stehen hier nach § 411 Abs. 3 ZPO verschiedene Möglichkeiten offen, die eine schriftliche oder – seltener – mündliche Erläuterung des Gutachtens oder eine schriftliche Ergänzung umfassen.⁷²

Die gravierendsten Eskalationsstufen nennt § 412 ZPO: Sollte das Gutachten für ungenügend erachtet werden, kann das Gericht eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen (§ 412 Abs. 1 ZPO); Letzteres gilt auch dann, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist (§ 412 Abs. 2 ZPO).

VI. Ausblick und Reformvorschläge

Zusammenfassend kann man sagen, dass in vielen Fällen die Bestellung eines Sachverständigen unvermeidlich sein wird. Diese in Deutschland vorherrschende Praxis hat sich durchaus bewährt, sie verursacht durch die Anbin-

⁷¹ M. Stürner/Krauß (Fn. 2), Rn. 202.

⁷² Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 8 Ziff. 3.

derung der Sachverständigenhonorare an das JVEG eher moderate Kosten⁷³ und bringt meist qualitativ hochstehende und vor allem sachverhaltsorientierte Auskünfte über das berufene ausländische Recht.⁷⁴

Gleichwohl operieren die einschlägigen Institute und Lehrstühle seit vielen Jahren vielfach an oder über der Belastungsgrenze.⁷⁵ Aus europäischer Sicht ist zusätzlich zu konstatieren, dass nur die wenigsten Mitgliedstaaten überhaupt über Auslandsrechtsinstitute mit nennenswerter Spezialisierung und rechtsvergleichenden Bibliotheken verfügen.⁷⁶ Vor allem für diese ist ein besserer Zugang zum ausländischen Recht zu gewährleisten, um die Effektivität der kollisionsrechtlichen Verweisung zu erhöhen.⁷⁷

Damit seien noch einige Reformvorschläge dargestellt. Sie beziehen allein auf den Sachverständigenbeweis.⁷⁸ Eine erste, recht einfach umzusetzende Maßnahme bezieht sich auf eine Verbesserung der Information zu möglichen Sachverständigen (unten 1.). Ein weiterer Vorschlag ist deutlich anspruchsvoller; er setzt bei einer weiteren Professionalisierung der potentiellen Sachverständigen zum ausländischen Recht an (unten 2.). Ein dritter Vorschlag schließlich macht den Sachverständigenbeweis herkömmlicher Prägung ganz obsolet und ersetzt ihn durch ein Rechtshilfeverfahren (unten 3.).

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass künstliche Intelligenz derzeit noch nicht in der Lage ist, die notwendigen Informationen zum ausländischen Recht hinreichend zuverlässig zu ermitteln. Das mag sich in naher Zukunft ändern, doch dürften Large Language Models wie ChatGPT vorläufig nur in einfach gelagerten Fällen den Sachverständigenbeweis vollständig ersetzen können.

⁷³ Dazu eingehend *Seibl*, Iura novit curia, Justizgewährungsanspruch und die Frage der Kostentragung für gerichtlich erholte Gutachten zum Inhalt ausländischen Rechts, ZJP 128 (2015), 431.

⁷⁴ Bereits *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 331, hielt dies für das „relativ beste Mittel [...], den Richter bei der Ermittlung ausländischen Rechts zu unterstützen“.

⁷⁵ Dies konstatiert bereits *Kegel*, Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts, in: FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 453, 465 unter Verweis auf eine ähnliche Klage *Rabels* (in: 25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Bd. I, 1936, S. 142). Siehe weiter *Neuhaus* (Fn. 74), S. 332 („Von der Zweckbestimmung der wissenschaftlichen Institute her gesehen, ist die starke Belastung mit Gutachten höchst bedenklich“). Dazu bereits *M. Stürner/Krauβ* (Fn. 2), Rn. 49 ff.

⁷⁶ Auch darin könnte ein Grund dafür sein, dass vielerorts gerne und rasch auf die *lex fori* zurückgegriffen wird, vgl. *Kegel* (Fn. 75), S. 453, 462.

⁷⁷ Speziell zu diesem Aspekt bereits *M. Stürner*, Effektivität des europäischen Kollisionsrechts und nationales Verfahrensrecht, in: FS R. Stürner, Bd. II, 2013, S. 1071.

⁷⁸ Für weitere Reformvorschläge siehe *M. Stürner/Krauβ* (Fn. 2), Rn. 457 ff. Zusammenfassung bei *M. Stürner* (Fn. 9), ZVglRWiss 117 (2018), 1, 5 ff.

1. Datenbanken zu verfügbaren Sachverständigen zum ausländischen Recht

Soweit ersichtlich gibt es keine öffentlich geführte oder auch nur zugängliche Liste mit Sachverständigen zum ausländischen Recht. Aus Notariatskreisen werden sporadisch mögliche Sachverständige veröffentlicht; die soweit ersichtlich letzte derartige Publikation datiert allerdings von 2003.⁷⁹ Eine Ausnahme besteht für den Bereich des Familienrechts. Hier besteht bereits seit 1980 das sog. FTCAM System,⁸⁰ das für 15 Bundesländer (Ausnahme: Berlin) online unter <www.ftcam.de> zur Verfügung steht.⁸¹ Dessen Ziel ist die computergestützte Erstellung von Entscheidungsentwürfen auf der Grundlage ausländischen Rechts.⁸²

Teil des FTCAM Systems ist auch eine unter <<http://sachverstaendige.ftcam.de>> abrufbare Datenbank, in der Sachverständige geordnet nach Ländern, Dienstsitz und Namen kostenfrei recherchiert werden können. Die Aufnahme der Sachverständigen erfolgt auf deren Antrag gegen Zahlung einer einmaligen Gebühr von 200 Euro.⁸³ Eine nähere Prüfung der Qualifikation durch die Betreiber der Datenbank scheint dabei nicht stattzufinden. Eine überschlägige Prüfung hat ergeben, dass sich insgesamt wohl nur etwas mehr als ein Dutzend Sachverständige in dieser Datenbank haben registrieren lassen.

Die Schaffung einer solchen Datenbank auch für das allgemeine Zivilrecht entspräche sicherlich einem breiten Wunsch der Richterschaft.⁸⁴ Allerdings bereitet die hier notwendige, großflächige Erfassung von Sachverständigen durchaus Probleme. Denn vielfach besteht nur wenig Anreiz, überhaupt solche Gutachten zu erstellen. Dies hängt zum einen mit der vergleichsweise bescheidenen Entlohnung nach dem JVEG, andererseits möglicherweise auch damit zusammen, dass manche Gerichtsverwaltungen überaus kleinlich mit den Abrechnungen umgehen.⁸⁵ Mit Privatgutachten lässt sich regelmäßig deutlich mehr verdienen. Immerhin scheint sich in der Rechtsprechung zu

⁷⁹ *Hetger*, Sachverständige für ausländisches und internationales Privatrecht, DNotZ 2003, 310, auszugsweise wiedergegeben auch in ZEV 2006, 450; siehe zuvor auch *Schütze*, Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Notare, BWNotZ 1992, 122, 124.

⁸⁰ „F“ steht für Formulare, „T“ für Textverarbeitung und „CAM“ für Computergeeignete Arbeitsmethoden, siehe *Höbbel/Seibert/Möller*, JurPC Web-Dok. 76/2012, abrufbar unter <<https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20120076>> (25.7.2023).

⁸¹ Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

⁸² Näher *Höbbel/Seibert/Möller*, Wie wirkt sich die ROM III-VO auf die Praxis aus?, FuR 2013, 28.

⁸³ Der Aufnahmeantrag ist hier verfügbar: <<http://sachverstaendige.ftcam.de/reg45mn/b83c.php>> (25.7.2023).

⁸⁴ *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 264 ff. und 401.

⁸⁵ Diese Aussage beruht lediglich, aber immerhin, auf anekdotischer Evidenz. Sie basiert nicht auf Aussagen, die in Experteninterviews gemacht worden wären.

etablieren, dass regelmäßig eine Eingruppierung in den höchsten Stundensatz nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 JVEG angemessen ist.⁸⁶

Die großen Auslandsrechtsinstitute, seien sie außeruniversitärer Natur wie das MPI in Hamburg, seien sie an Universitäten angesiedelt wie in Köln, Heidelberg, München oder Freiburg, sind hingegen zwar vielfach in der Richterschaft bekannt,⁸⁷ können aber die zahlreichen Anfragen kaum in vertretbarer Zeit bewältigen, sodass Gerichte teilweise mehrfache Anläufe unternehmen müssen, um das benötigte Gutachten zu erhalten.⁸⁸ Inhaber international ausgerichteter Lehrstühle an kleineren Universitäten hingegen verfügen zwar über Fachkompetenz, jedoch regelmäßig nicht über eine hinreichend gut ausgestattete Bibliothek, die eine seriöse Bearbeitung von Gutachtensanfragen zu mehr als einer Handvoll von Rechtsordnungen erlauben würde.⁸⁹

Davon abgesehen bleibt der Zeit- und Kostenfaktor. Gerade an Amtsgerichten zeigt sich eine große Zurückhaltung, ein Gutachten einzuholen, da sich der Rechtsstreit regelmäßig um sechs bis zwölf Monate verzögern würde.⁹⁰ An Land- und Oberlandesgerichten war die Bereitschaft durchaus höher.⁹¹ Eine Änderung der Gebührenstruktur wäre potentiellen Sachverständigen kaum vermittelbar. Auch steht zu vermuten, dass die Setzung knapper Fristen und ihre Durchsetzung bei diesen prohibitive Effekte erzeugen würde. Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts⁹² von 2016 geht bereits in diese Richtung: Hinsichtlich der dem Sachverständigen zur Übermittlung des Gutachtens zu setzende Frist besteht nunmehr kein Ermessensspielraum mehr (§ 411 Abs. 1 ZPO).⁹³ Bei Fristversäumung *soll* nunmehr ein Ordnungsgeld festgesetzt werden (§ 411 Abs. 2 S. 1 ZPO), das bis zu 3.000 Euro (statt 1.000 Euro, wie in § 6 Abs. 1 S. 1 EGStGB vorgesehen) betragen darf (§ 411 Abs. 2

⁸⁶ OLG Dresden, Beschl. v. 23.1.2019 – 3 W 652/18, NJW 2019, 1236 = IPRspr 2019-350. Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 9, 10.

⁸⁷ Dies gilt vor allem für das MPI, siehe *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 355 ff.

⁸⁸ Dass die Ablehnung der Übernahme eines Gutachtens durch den benannten Sachverständigen keine Berechtigung gibt, die Entscheidung ohne weitere Ermittlungsversuche hinsichtlich des ausländischen Rechts zu treffen, zeigt die Entscheidung OLG München, NJW 2017, 338 Rn. 18 = IPRspr 2016-4.

⁸⁹ Zu möglichen Lösungswegen unten 2. und 3. Vgl. auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 5 Ziff. 2–3.

⁹⁰ Siehe *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 198.

⁹¹ Siehe *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 355 ff.

⁹² Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016, BGBl. I, S. 2222. Siehe dazu *Lüblinghoff*, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts, NJW 2016, 3329; *Huber*, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts in der Praxis des Zivilprozesses, JuS 2017, 34.

⁹³ Siehe die Statistiken in BR-Drs. 438/15, S. 11.

S. 4 ZPO). Das hierfür erforderliche Verschulden des Sachverständigen entfällt nicht schon durch den Hinweis auf Arbeitsüberlastung.⁹⁴ Von der Verhängung eines Ordnungsgeldes kann damit nur in Ausnahmefällen abgesehen werden, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers etwa bei geringfügiger Fristüberschreitung oder geringem Verschulden des Sachverständigen.⁹⁵

Die Gerichte dürften mit diesem Instrumentarium hinsichtlich der Gutachten zum ausländischen Recht ganz überwiegend sehr behutsam umgehen. Denn auch sie sind auf die Mitwirkung der Sachverständigen angewiesen. Anderenfalls werden viele von ihnen von vornherein die Übernahme des Gutachtens unter Verweis auf § 408 Abs. 1. S. 2 ZPO ablehnen.⁹⁶ Auch von der Fristverlängerung nach § 224 Abs. 2 ZPO wird sicherlich in geeigneten Fällen durchaus Gebrauch gemacht.

2. Bündelung und Professionalisierung des Sachverständigenbeweises

Eine Studie des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung von 2011⁹⁷ schlägt unter anderem vor, auf EU-Ebene ein European Centre of Expertise einzurichten, in dem – nach dem Vorbild des Hamburger MPI oder eben des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne – Rechtsexperten aus jedem Mitgliedstaat beschäftigt sind, um Fragen zu ihrer jeweiligen Jurisdiktion zu beantworten. Die Möglichkeit, sich an diesen Centre of Expertise zu wenden, soll fakultativ sein und neben die in jedem Mitgliedstaat bestehenden Ermittlungswege treten. In Bezug auf die Kosten für eine in diesem Rahmen erteilte Rechtsauskunft wird vorgeschlagen, dass diese zumindest in erster Instanz von der Gerichtskasse getragen werden.

Für Deutschland wäre dieser Vorschlag einer Kompetenzbündelung vergleichsweise einfach umzusetzen, da die Strukturen am MPI schon vorhanden sind. Sicherlich wäre eine Verbesserung der Ressourcenausstattung notwendig. Eine Reihe weiterer Universitätsinstitute könnten ebenfalls entsprechend aufgewertet werden. Ob ein „European Centre of Expertise“ überhaupt politische Realisierungschancen hätte, steht auf einem anderen Blatt. Es steht jedenfalls zu vermuten, dass sich deutsche Gerichte mit Anfragen zum ausländischen Recht zunächst eher an die genannten deutschen Institutionen richten würden.

⁹⁴ So bereits OLG Celle, Beschl. v. 28.4.1972 – 5 W 7/72, NJW 1972, 1524. Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 11.

⁹⁵ BR-Drs. 438/15, S. 12.

⁹⁶ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 1.

⁹⁷ The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future, abrufbar unter <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c92e8d95-ac55-4c9c-91b6-36a5a7564838/language-en>> (25.7.2023). Zu ihren Inhalten *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 58 ff.

3. Ersetzung des Sachverständigenbeweises durch Vorlageverfahren

In eine ganz andere Richtung geht der Vorschlag, das einschlägige ausländische Recht im Rahmen eines formellen Vorlageverfahrens an ein Gericht des betreffenden Staates zu ermitteln. Dieses könnte in der Weise eingerichtet werden, dass jedes Gericht eines Mitgliedstaates, vor dem sich eine Rechtsfrage mit Bezug zum Recht eines anderen Mitgliedstaates stellt, die Möglichkeit hätte, diese Frage einem gleichrangigen Gericht dieses Staates vorzulegen.⁹⁸ Die Vorlageentscheidung soll keine Bindungswirkung für das vor dem vorliegenden Gericht anhängige Verfahren entfalten, sondern lediglich aufgrund der Autorität ihres Urhebers gelten. Die auslandsrechtliche Frage soll nicht isoliert anfechtbar sein, sondern im Rahmen des normalen Rechtsmittelzuges beurteilt werden. Für das Vorlageverfahren sollen keine Kosten (außer Übersetzungskosten) entstehen.

Ähnliche Vorgehensweisen werden bereits von einigen Rechtsordnungen ermöglicht. So ist im australischen Bundesstaat New South Wales seit Ende 2010 eine Regelung in Kraft,⁹⁹ die es einem Gericht ermöglicht, auf Antrag einer Partei und mit Zustimmung aller anderen Parteien hinsichtlich einer Rechtsfrage zum ausländischen Recht anzuordnen, dass ein Verfahren zur Klärung dieser Rechtsfrage vor einem ausländischen Gericht eröffnet wird.¹⁰⁰ Nachdem ein australisches Gericht aber dem Gericht eines anderen souveränen Staates nicht die Eröffnung eines Zwischenverfahrens zur Klärung einer Rechtsfrage vorschreiben kann, sind völkerrechtliche Abkommen notwendig, die diese Art der Rechtshilfe ermöglichen. Entsprechende *Memoranda of Understanding* existieren bislang zwischen dem Supreme Court of New South

⁹⁸ Vorschlag von *Remien*, *Iura novit curia* und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten, in: Basedow u. a., *Aufbruch nach Europa*, 2001, S. 617, 631; ähnlich auch *Jänterä-Jareborg*, *Foreign law in national courts: a comparative perspective*, *Recueil des cours* 204 (2003), 181, 322 f. Zustimmung zu diesem Ansatz *Flessner*, *Diskriminierung von grenzübergreifenden Rechtsverhältnissen im europäischen Zivilprozess*, *ZEuP* 2006, 737, 741; *Müller*, *Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren*, 2011, S. 195 ff.; *Rühl/v. Hein*, *Towards a European Code on Private International Law?*, *RabelsZ* 79 (2015), 701, 749. Siehe bereits zuvor *Schwartz*, *Die Ermittlung und Anwendung des Vertragsrechts anderer EU-Staaten im deutschen Zivilprozeß nach § 293 ZPO – ein besonderer Fall*, in: FS Fenge, 1996, S. 127, 145 unter Verweis auf den 1973 aufgehobenen englischen *Foreign Law Ascertainment Act 1861*. Auch *Neuhaus* (Fn. 74), S. 329, hatte die Zuziehung eines sachkundigen „*juge ad hoc*“ erwähnt, aber verworfen.

⁹⁹ New South Wales Uniform Civil Procedure Rules 2005, Part 6, Division 9. Rechtsgrundlage dafür ist sec. 125 New South Wales Supreme Court Act 1970, in Kraft getreten am 7.12.2010.

¹⁰⁰ Rule 6.44(1) UCPR 2005 lautet: „The Supreme Court may, on the application of one or more of the parties and with the consent of all of the parties, order that proceedings be commenced in a foreign court in order to answer a question as to the principles of foreign law or as to their application.“

Wales und dem Supreme Court of Singapore sowie zwischen dem Chief Justice of New South Wales und dem Chief Judge of the State of New York.¹⁰¹

Diese Art der Rechtshilfe und erst recht das genannte Vorlageverfahren könnte sicherlich gerade im Vergleich zum Londoner Übereinkommen in neue Dimensionen vorstoßen.¹⁰² Gleichwohl erscheint ungesichert, dass sich die Qualität der Rechtsauskunft entscheidend verbessern würde. Auch bei richterlicher Rechtsauskunft bleibt das Problem, dass eine mündliche Befragung des ausländischen Richters wohl weiterhin ausgeschlossen sein wird.¹⁰³ Klärungsbedürftig wäre weiterhin, ob die Parteien vor dem ausländischen Gericht irgendeine Art von rechtlichem Gehör haben sollten.¹⁰⁴ Wenn das der Fall ist, sind hohe Kosten und erhebliche Verzögerungen die Folge. Wenn nicht, dann würde der ausländische Richter schlicht als Sachverständiger tätig.¹⁰⁵ Der Fortschritt im Vergleich zum Londoner Übereinkommen hielte sich dann in engen Grenzen. Es stellt sich weiter die Frage, ob ein Vorlageverfahren obligatorisch wäre oder ob es – vorzugswürdig – nur nach richterlichem Ermessen als zusätzliche Möglichkeit der Rechtsermittlung neben die bestehenden träte. Virulent ist schließlich die Kostenfrage: Rechtshilfe beruht auf Gegenseitigkeit und wird damit von den beteiligten Staaten getragen. Für die Parteien ist das insofern begrüßenswert, fallen doch somit die Kosten für einen Sachverständigen weg.¹⁰⁶ Aus fiskalischer Sicht kann man indessen die gegenteilige Auffassung vertreten.

Derzeit erscheint unwahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten zur Einführung eines Vorlageverfahrens bereit wären.¹⁰⁷ Die gemeinsam mit der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht unternommenen Anstrengungen der EU-Kommission zur Schaffung eines „globalen Rechtsinstruments“ zur Verbesserung des Zugangs zu ausländischem Recht sind ins Stocken geraten. Die

¹⁰¹ Siehe dazu *Spigelman*, Proof of Foreign Law by Reference to the Foreign Court, 127 (2011) LQR 208; *Brereton*, Proof of Foreign Law: Problems and Initiatives, 85 (2011) AusLJ 554 sowie zu einem ersten Anwendungsfall *Nishitani*, General Report, in: Nishitani, Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?, 2017, S. 3, 52 m. w. N.

¹⁰² Deren Vorbildfunktion für eine mögliche Rechtsvereinheitlichung betonend auch *Lortie/Groff*, The Missing Link between Determining the Law Applicable and the Application of Foreign Law. Building on the Results of the Joint Conference on Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters in: FS Van Loon, 2013, S. 325, 338.

¹⁰³ § 4 AuRAG; dazu *M. Stürner/Krauβ* (Fn. 2), Rn. 44.

¹⁰⁴ Dies befürwortend *Trautmann*, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren, 2011, S. 430.

¹⁰⁵ In diese Richtung *Hay*, The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States, 62 Am. J. Comp. L. 213, 223 (2014).

¹⁰⁶ Zu diesem Punkt auch *Schwartz* (Fn. 98), S. 127, 136.

¹⁰⁷ Eine Kompetenz der EU zum Erlass eines entsprechenden Rechtsaktes könnte aus Art. 81 Abs. S. 2 lit. f AEUV folgen, so *Müller* (Fn. 98), S. 119 ff., s.a. 149 ff. zum möglichen Inhalt und S. 218 f. für einen Regelungsvorschlag. Dazu auch *Trautmann* (Fn. 104), S. 410 ff.

Empfehlungen auf der gemeinsamen Tagung der EU-Kommission und der Haager Konferenz vom Februar 2012¹⁰⁸ gingen dahin, dass ein etwaiger Rechtsakt den Zugang zum ausländischen Recht erleichtern, nicht aber die rechtliche Beurteilung des ausländischen Rechts im jeweiligen nationalen Verfahrensrecht vereinheitlichen solle (Empfehlung Nr. 3). Auch solle ein solcher Rechtsakt lediglich zusätzlich zu bereits bestehenden oder einzuführenden Möglichkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts gelten und diese nicht verdrängen (Empfehlung Nr. 4). Aus Sicht der beteiligten Staaten hatte jedoch das Judgments Project Priorität, sodass seit etwa 2014 keine weiteren Impulse mehr festzustellen sind.¹⁰⁹ Eine Weiterführung der Verhandlungen ist derzeit nicht abzusehen.

¹⁰⁸ Abrufbar unter <http://www.hcch.net/upload/foreignlaw_concl_e.pdf> (25.7.2023). Siehe *Lortie/Groff*, The Evolution of Work on Access to Foreign Law at the Hague Conference on Private International Law, in: Nishitani (Fn. 101), S. 615, 625 f. sowie *M. Stürner/Krauß* (Fn. 2), Rn. 71.

¹⁰⁹ Doc. Prel. No 14 of April 2014 – Enhancing access to foreign law and case law – Presentation of solutions by the European Union, abrufbar unter <<https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/studies/access-to-foreign-law1>> (25.7.2023).

Rechtsordnungsübergreifendes Zusammenspiel von Sachrecht und Verfahrensrecht

Ein Bericht aus der Gutachtenwerkstatt

Anatol Dutta *

I. Einleitung.....	85
II. Selten: Kollisionsrechtlicher Verweis auf ausländisches Verfahrensrecht.....	86
III. Grenzziehung zwischen Sachrecht und Verfahrensrecht.....	88
IV. Ineinandergreifen von Sachrecht und Verfahrensrecht	102
V. Schluss: Abstimmung zwischen Sachverständigem und Gericht.....	111

I. Einleitung

Das Thema dieses Beitrags schließt gut an den vorigen Beitrag von *Michael Stürner*¹ an. Auch hier soll es in erster Linie um die Abgrenzung der Aufgaben des Sachverständigen und des Gerichts gehen, zwar nicht allgemein, aber in einer nicht selten auftretenden Konstellation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass Sachrecht und Kollisionsrecht verschiedener Staaten miteinander in Einklang zu bringen sind, was eine Abstimmung von Gericht und Sachverständigem erfordert.

Vorab eine thematische Präzisierung: Dieser Beitrag hat nicht die verfahrensrechtliche Stellung ausländischen Sachrechts zum Gegenstand, etwa die Ermittlung ausländischen Rechts in Anwendung des § 293 ZPO. Vielmehr adressiert der Beitrag Spannungen, die sich dadurch ergeben, dass *forum* und *ius* auseinanderfallen und dass das Sachrecht eines Staates (vor allem dessen Privatrecht) auf das Verfahrensrecht eines anderen Staates trifft. Während die einschlägigen Kollisionsnormen das anwendbare Sachrecht festlegen, wird im Regelfall das Verfahrensrecht dasjenige der *lex fori* sein, also in einem deut-

* Ich danke *Jan Peter Schmidt* nicht nur für die kritische Durchsicht einer früheren Version und seine gedankenreichen Hinweise, die weit über diejenigen eines gründlichen Herausgebers hinausgingen, sondern auch für sein stets offenes Ohr bei kniffligen Fragen von Gutachtenwerkstatt zu Gutachtenwerkstatt.

¹ *Stürner*, Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter, in diesem Band, S. 61.

schen Verfahren unser eigenes Verfahrensrecht. Nur selten kann auch vor deutschen Gerichten ein fremdes Verfahrensrecht relevant sein (unten II.). Dann ist sogar ein nach den maßgeblichen Kollisionsnormen anwendbares deutsches Sachrecht aus Sicht des maßgeblichen Verfahrensrechts „ausländisch“, sodass ebenfalls Sach- und Verfahrensrecht verschiedener Staaten aufeinandertreffen.

Die Fallkonstellationen beim rechtsordnungsübergreifenden Zusammenspiel zwischen Sach- und Verfahrensrecht sind sehr heterogen. Der vorliegende Beitrag erhebt nicht den Anspruch auf eine dogmatische Ordnung dieses Spannungsverhältnisses, sondern möchte auf einige besondere Schwierigkeiten für Gericht und Sachverständigen beim Auseinanderfallen von anwendbarem Sach- und Verfahrensrecht hinweisen, und zwar induktiv auf Basis der eigenen Gutachtenpraxis. Daher ein Wort zur Erfahrungsbasis: Ich selbst beteilige mich seit 2014 am Gutachtengeschäft und habe seitdem rund 180 Gerichtsgutachten für deutsche und ausländische Gerichte betreut, oftmals freilich mit tatkräftiger Unterstützung jüngerer Kollegen.² Diese enge fallbezogene Zusammenarbeit bei der Gutachtenerstellung ermöglicht nicht nur eine individuelle Nachwuchsförderung im internationalen Privatrecht und der Rechtsvergleichung, sondern auch eine besonders wertvolle und inspirierende Form der rechtswissenschaftlichen Kooperation; in der Gutachtenwerkstatt entstehen mitunter sogar Ideen zu Qualifikationsprojekten und Veröffentlichungen.³ Die im folgenden verwandten Beispiele beruhen auf einzelnen Gutachten, wurden aber – da hier allein Illustrationszwecken dienend – teils abgewandelt und vereinfacht. Auf umfangreiche Nachweise habe ich bewusst verzichtet: Weder die korrekte Wiedergabe eines bestimmten ausländischen Rechts noch die Lösung allgemeiner Probleme des deutschen Kollisionsrechts soll im Mittelpunkt stehen, sondern die Kooperation von Gericht und Sachverständigem beim Auseinanderfallen von anwendbarem Sach- und Verfahrensrecht.

II. Selten:

Kollisionsrechtlicher Verweis auf ausländisches Verfahrensrecht

Ausländisches Verfahrensrecht spielt grundsätzlich eine geringe Rolle vor den inländischen Gerichten, und zwar unabhängig von der Frage, welches Sachrecht die Gerichte in einem bestimmten Verfahren durchsetzen müssen. Es ist allgemein bekannt, dass im Hinblick auf das Verfahrensrecht der *lex fori*-Grundsatz gilt und inländische Verfahren nach inländischem Recht geführt

² Vgl. nur für die hier verwandten Beispiele unten Fn. 10, 17, 21, 22, 26, 32, 61, 64, 68 und 70.

³ Vgl. etwa unten Fn. 53, 69 und 77.

werden.⁴ Dennoch existieren Ausnahmen vom *lex fori*-Grundsatz; in Einzelfällen verweist das inländische Recht auf ausländisches Verfahrensrecht.

Ein Ausnahmekomplex betrifft die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen. Rechtsfolge der Anerkennung ist bekanntlich, dass die Wirkungen der Entscheidung nach ausländischem Verfahrensrecht ins Inland zu erstrecken sind.⁵ Hierfür muss das Gericht die einschlägigen Regeln des ausländischen Verfahrensrechts ermitteln, welche diese Wirkungen definieren, etwa die Feststellungs- und Gestaltungswirkungen, aber auch den Umfang der Rechtskraft. Aber nicht nur bei der Wirkungserstreckung spielt ausländisches Verfahrensrecht eine Rolle. Bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen ist ausländisches Verfahrensrecht maßgeblich, wenn die inländischen Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln eine Verbürgung der Gegenseitigkeit voraussetzen, etwa bei uns in § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und § 109 Abs. 4 FamFG.⁶ Hier ist zu untersuchen, ob nach dem Verfahrensrecht des Ursprungsstaats eine entsprechende deutsche Entscheidung anerkannt oder vollstreckt werden würde. Ähnliche Fragen ausländischen Verfahrensrechts stellen sich auch bei der Annahme der formellen Beweiskraft ausländischer Urkunden, wie sie zunehmend das Recht der Europäischen Union vorsieht, etwa in Erbsachen (Art. 59 EuErbVO) oder in Güterrechtssachen (Art. 58 EuGüVO und EuPartVO), künftig aber vielleicht auch in Abstammungssachen⁷. Auch hier sind die Beweiswirkungen der ausländischen – meist öffentlichen – Urkunde nach dem Verfahrensrecht des ausländischen Mitgliedstaats zu beurteilen; es handelt sich um verfahrensrechtliche Kollisionsnormen.

Es existieren freilich noch weitere Konstellationen, in denen ausländisches Verfahrensrecht vor inländischen Gerichten anwendbar ist (vgl. auch unten Beispiel 10). So ist bei der Prüfung einer anderweitigen ausländischen Rechtshängigkeit nach deutschem Verfahrensrecht (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog)⁸ für den Rechtshängigkeitszeitpunkt sowie die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit das (ausländische) Verfahrensrecht desjenigen Staates heranzuziehen, um dessen frühere Rechtshängigkeit es im inländischen Verfahren geht.⁹

⁴ Etwa BGH, Beschl. v. 14.10.1992 – XII ARZ 23/92, FamRZ 1993, 307.

⁵ Zu den autonomen Anerkennungsregeln etwa BGH, Beschl. v. 20.3.2019 – XII ZB 320/17, FamRZ 2019, 890, Rn. 13 = IPRspr 2019-336; BGH, Beschl. v. 27.5.2020 – XII ZB 54/18, FamRZ 2020, 1481, Rn. 21 = IPRspr 2020-103.

⁶ Zu diesem und verwandten Beispielen auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 1.

⁷ Vgl. Art. 44 ff. des Vorschlags v. 7.12.2022 für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats, COM (2022) 695 final.

⁸ Siehe nur BGH, Urt. v. 16.6.1982 – IVb ZR 720/80, FamRZ 1982, 917.

⁹ Etwa BGH, Urt. v. 12.2.1992 – XII ZR 25/91, FamRZ 1992, 1058, 1059: „Nach der Rspr. des Senats, die sich in Übereinstimmung mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung befindet [...], ist nach der *lex fori* des ausländischen Gerichts zu beurtei-

In Einzelfällen kann auch das ausländische Anerkennungsrecht im Inland relevant werden, etwa wenn bestimmte verfahrensrechtliche Rechtsfolgen von einer Anerkennungsprognose der potentiellen inländischen Gerichtsentscheidung im Ausland abhängen. Ein Beispiel hierfür sind Art. 12 Abs. 1 EuErbVO sowie Art. 13 Abs. 1 EuGüVO und EuPartVO, die eine zuständigkeitsrechtliche Beschränkung des Verfahrens auf in der Europäischen Union befindliche Gegenstände gestatten, wenn die zu erwartende Entscheidung im inländischen Verfahren über bestimmte Vermögensgegenstände in einem Drittstaat nicht anerkannt oder für vollstreckbar erklärt werden würde.

Konstellationen, in denen ausländisches Verfahrensrecht vor inländischen Gerichten relevant wird, sind damit selten anzutreffen. Auch werfen sie keine strukturellen Probleme auf. Es drohen keine Friktionen mit dem anwendbaren Sachrecht, solange das ausländische Verfahrensrecht nicht auf sachrechtliche Regelungen Bezug nimmt (dazu noch unten IV.). Das ausländische Verfahrensrecht muss, soweit für das inländische Verfahren von Relevanz, ermittelt werden. Entscheidet sich das Gericht für einen Sachverständigenbeweis, so ist das ausländische Verfahrensrecht vom Sachverständigen aufzubereiten und vom anfragenden Gericht anzuwenden. Die Aufgabenteilung zwischen Sachverständigem und Gericht gleicht derjenigen bei der Ermittlung ausländischen Sachrechts.

In der Praxis ist die Ermittlung des ausländischen Verfahrensrechts freilich oftmals herausfordernd. Es besteht bei potentiellen Sachverständigen zum ausländischen Recht in der Regel eine geringere Kompetenz im Verfahrensrecht als im Sachrecht. Die Rechtsvergleichung – in der die meisten Sachverständigen disziplinar beheimatet sind – hat bisher das Verfahrensrecht weniger stark bearbeitet als das Sachrecht, sodass auch die Quellenlage zum ausländischen Verfahrensrecht in den meisten deutschen Bibliotheken eher dünn sein dürfte.

III. Grenzziehung zwischen Sachrecht und Verfahrensrecht

Komplexer ist die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Sachverständigem, wenn die exakte Grenzziehung zwischen dem anwendbaren Sach- und

len, ob und wann Rechtshängigkeit im Ausland eingetreten ist. Auf diese Weise wird am ehesten erreicht, daß die Frage, bei welchem Gericht die Sache zuerst rechtshängig geworden ist, von beiden Gerichten gleich beantwortet wird, wie es im Interesse des internationalen Entscheidungsgleichklangs wünschenswert ist“; siehe auch bereits BGH, Urt. v. 16.6.1982 – IVb ZR 720/80 FamRZ 1982, 917; BGH, Urt. v. 9.10.1985 – IVb ZR 36/84, NJW 1986, 662, 663; BGH, Urt. v. 18.3.1987 – IVb ZR 24/86, FamRZ 1987, 580, 581.

Verfahrensrecht unklar ist. Zwar lassen sich beide Rechtsgebiete theoretisch mithilfe der etablierten Qualifikationstechniken voneinander scheiden. Aber mitunter verschwimmen die Grenzen zwischen Sach- und Verfahrensrecht, oder die formale Zuordnung einer Regelung zu dem einen oder dem anderen Komplex wirkt eher zufällig. In den meisten betroffenen Fällen ist kollisionsrechtlich ein ausländisches Sachrecht anwendbar, zu dem das anfragende Gericht vom Sachverständigen Auskunft begehrt, ohne dass das Gericht bei Erlass des Beweisbeschlusses die erforderliche Abgrenzung zum Verfahrensrecht antizipiert.

Schwierig ist die Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrecht etwa bei der Informationsbeschaffung zwischen Privaten zur Durchsetzung bestimmter Ansprüche.

Beispiel 1 (Auskunftsansprüche nach irischem Recht): Die klagenden Fluggäste machten bereicherungsrechtliche Ansprüche auf Rückforderung von an die beklagte Fluglinie gezahlten Gebühren und Steuern geltend, soweit die Fluglinie diese aufgrund des Nichtantritts der Flüge nicht hatte abführen müssen. Das anfragende Gericht wollte in seinem Beweisbeschluss wissen, ob nach irischem Recht (das nach Ansicht des Gerichts eine etwaige ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten beherrschte) die Fluggäste gegen die Fluglinie Anspruch auf Auskunft zu den wegen des Nichtantritts des Fluges von der Fluglinie nicht entrichteten Steuern und Gebühren besitzen. – Diese Frage war in unserem¹⁰ Gutachten, jedenfalls bezogen auf das irische Sachrecht, zu verneinen, da das irische Recht bei der Informationsbeschaffung zwischen Privaten nicht mit sachrechtlichen Auskunftsansprüchen operiert. Vielmehr ist im irischen Recht das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in Dokumente wie auch sonst üblicherweise im Common Law im Prozessrecht geregelt. Das irische Recht gestattet in Zivilprozessen den Parteien noch vor der eigentlichen Verhandlung die Einsichtnahme von Dokumenten, die sich bei der Gegenseite befinden, sog. „discovery“.¹¹ Da das irische Recht bereits über die prozessualen Regelungen die Möglichkeit gewährt, Informationen zu erhalten, kennt es keine sachrechtlichen Auskunftsansprüche wie etwa das deutsche Recht. Grundsätzlich können Parteien nach irischem Prozessrecht in einem Vorverfahren („pre-trial discovery“) die Einsichtnahme in relevante Dokumente fordern, die sich im Machtbereich der anderen Partei befinden. Erfolgt keine freiwillige Offenlegung der geforderten Dokumente, hat das Gericht die Offenlegung anzuordnen. Eine Offenlegung hat zu erfolgen, wenn das Dokument für die andere Seite relevant und notwendig ist. Die Bekanntgabe von für das Verfahren relevanten Dokumenten kann nur im Ausnahmefall verweigert werden, etwa wenn die Dokumente vertraulich sind.¹² Es war daher dem anfragenden Gericht zunächst mitzuteilen, dass bei einem Verfahren in Irland die irischen Gerichte womöglich im Vorverfahren die Offenlegung von Dokumenten der Beklagten, die Rückschlüsse auf die Höhe der von der beklagten Fluglinie entrichteten Steuern und Gebühren geben, anordnen würden. Ferner war das Gericht darauf hinzuweisen, dass die Regelungen zu dieser Informationsbeschaffung im Zivilprozess nach dem *lex fori*-Grundsatz vor den deutschen Gerichten nicht anwendbar sind, wenn diese als verfahrensrechtlich zu qualifizieren sind, was Folgefragen aufwirft, auf die sogleich noch einzugehen sein wird.

¹⁰ Mitarbeit: *Tatjana Tertsch*.

¹¹ Siehe etwa *Moriarty*, *Evidence in Civil Law – Ireland*, 2015, S. 21 ff.

¹² Vgl. etwa Order 31 Rule 12 irisch. Rules of the Superior Court.

Ebenfalls zwischen Sach- und Verfahrensrecht angesiedelt sind Vermutungswirkungen im Hinblick auf Tatsachen oder Rechtsverhältnisse.

Beispiel 2 (Nachweis einer Gesellschaft nach zypriotischem Recht): Ein Gericht wollte in seinem Beweisbeschluss wissen, ob es sich bei einer der Parteien um eine nach dem Recht der Republik Zypern – das nach Ansicht des Gerichts Gesellschaftsstatut war – ordnungsgemäß gegründete Gesellschaft handelt und diese daher auch parteifähig ist. Die Partei hatte vorgetragen, sie sei wirksam als „private company limited by shares“ nach zypriotischem Recht errichtet worden. Die Gesellschaft sei im Handelsregister in Nikosia unter einer Registernummer eingetragen. Die Partei legte zum Nachweis ihrer Existenz verschiedene Dokumente der Republik Zypern in Kopie vor, unter anderem ein „certificate of incorporation“, ausgestellt vom „registrar of companies“, das bescheinigte, dass die Klägerin als „limited liability company“ errichtet wurde. – Im Gutachten war daher zunächst auf die sachrechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung einer solchen Gesellschaft nach zypriotischem Recht einzugehen. Die Regelungen zum Gesellschaftsrecht der Republik Zypern finden sich im $\text{Ο περί Εταιρειών Νόμος}$, im Gesetz über Gesellschaften. Dieses Gesetz, das ursprünglich auf Englisch im Jahr 1951 als Companies Law erlassen wurde, gilt heute in seiner griechischen – freilich mittlerweile mehrfach geänderten – Fassung. Neben einem Gesellschaftsvertrag ist nach diesem Gesetz vor allem auch die Eintragung der Gesellschaft durch den „registrar of companies“ erforderlich. Der Registrar hat dabei eine Bescheinigung über die Errichtung der Gesellschaft zu erstellen. Bemerkenswerterweise stellen die zypriotischen Registerbehörden Bescheinigungen auch in englischer Sprache aus, obwohl in der Republik Zypern nur das Griechische und das Türkische offizielle Amtssprachen sind. Eine für Zwecke des Beweisthemas bedeutsame Rechtsfolge der Bescheinigung könnte eine Vermutungswirkung sein. Eine Bescheinigung über die Errichtung der Gesellschaft („certificate of incorporation“) des Registrars erbringt nach dem erwähnten Gesetz¹³ abschließend den Beweis, dass die Gesellschaft ordnungsgemäß eingetragen wurde und alle Voraussetzungen für eine Eintragung vorlagen. Freilich erstreckt das Gesellschaftskollisionsrecht diese Vermutungswirkung nur dann ins Inland, wenn die Vermutung sach- und nicht verfahrensrechtlich zu qualifizieren ist, was zu entscheiden – wie gleich noch zu sehen sein wird – vornehmlich Aufgabe des anfragenden Gerichts ist.

Beispiel 3 (Nachweis einer Verfügung von Todes wegen nach dem Recht von Florida): Im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens bestand Unklarheit über die Formgültigkeit sowie den potentiellen Widerruf eines vom Erblasser in Florida errichteten Testaments. Zum Recht dieses US-Bundesstaats als Testamentsformstatut begehrte das Nachlassgericht Auskunft. Das Testament lag lediglich in Kopie vor. Das Original war nicht mehr auffindbar, wobei sich die Beteiligten einig waren, dass die vorliegende Kopie das Original korrekt wiedergab. Es war offenbar lediglich umstritten, ob das Original vom Erblasser willentlich vernichtet worden war. Ein Original existierte dagegen von einem dem Testament beigefügten Beglaubigungsdokument („self-proved will page“). In diesem Dokument erklärten neben dem Erblasser zwei Zeugen, dass der Erblasser das dem Gericht nur in Kopie vorliegende Testament in Anwesenheit beider Zeugen unterschrieben hatte. Das Beglaubigungsdokument war von einem „notary public“ in Florida unterzeichnet, der bestätigte, dass sich der Erblasser mit einem Führerschein ausgewiesen hatte. – Es waren damit im Gutachten zunächst die Regelungen des Rechts von Florida zu den Formanforderungen an ein Testa-

¹³ Konkret Sec. 17 Abs. 1 zypr. Gesellschaftsgesetz.

ment zu schildern. Das Testamentsrecht von Florida¹⁴ sieht für Testamente ein Schriftformerfordernis, eine Unterschrift durch den Erblasser und zwei Zeugen sowie einen bestimmten Errichtungsvorgang vor, nämlich eine gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten bei der Unterzeichnung des Testaments. Darzustellen waren auch die Wirkungen eines „self-proof of will“-Beglaubigungsvermerks. Vorliegend stellte sich nämlich die Frage, ob der Erblasser mit dem Beglaubigungsdokument zusätzlich einen „self-proof of will“ errichtet hatte, der insoweit dem Gericht – anders als das Testament – sogar im Original vorlag. Dieser Beglaubigungsvermerk könnte Einfluss auf die Formgültigkeit des Testaments haben. Die Voraussetzungen für einen „self-proof of will“ sind im Gesetz¹⁵ niedergelegt. Ein solcher „self-proof of will“ berührt allerdings nach dem Recht von Florida nicht die Formgültigkeit des Testaments unmittelbar. Selbst ohne einen solchen Beglaubigungsvermerk kann ein Testament formgültig errichtet werden. Vielmehr hat dieser Beglaubigungsvermerk nach dem Recht von Florida¹⁶ vornehmlich Beweiswirkungen im probate-Verfahren, dem Verfahren zur Nachlassverwaltung und Nachlassabwicklung, das vor allem in den vom Common Law geprägten Rechtsordnungen nach dem Erbfall grundsätzlich zwingend durchzuführen ist. Wird im probate-Verfahren ein solcher „self-proof of will“-Vermerk vorgelegt, dann muss nach dem Recht von Florida die Gültigkeit des Testaments nicht durch weitere Beweismittel nachgewiesen werden. Ohne einen solchen Beglaubigungsvermerk muss dagegen einer der Testamentszeugen oder hilfsweise ein testamentarisch eingesetzter „personal representative“ oder hilfsweise ein unparteiischer Zeuge unter Eid das Testament bezeugen. Fraglich war allerdings, ob diese Vermutungs- und Beweiswirkungen des Beglaubigungsvermerks noch vom Verweis auf das Recht von Florida – den das anfragende Gericht für die Formgültigkeit des Testaments bejahte – erfasst sind, also sachrechtlich und als Formfrage zu qualifizieren sind – eine ebenfalls vornehmlich vom anfragenden Gericht zu treffende Entscheidung, wie sogleich noch zu sehen sein wird.

Beispiel 4 (Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Verletzungserignis nach schweizerischem Recht): Das anfragende Gericht wollte im Rahmen eines Straßenverkehrshaftungsprozesses wissen, ob die von der Klägerseite behaupteten Verletzungen einen Schmerzensgeldanspruch nach schweizerischem Recht als Deliktsstatut begründen, wobei die Kausalität zwischen dem Unfallereignis und der Gesundheitsbeeinträchtigung des Klägers streitig war. – In unserem¹⁷ Gutachten wiesen wir das Gericht nicht nur darauf hin, dass nach schweizerischem Recht der Schaden in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zum schädigenden Ereignis stehen muss, sondern auch darauf, dass für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs das schweizerische Bundesgericht das Beweismaß einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen lässt: Das Bundesgericht betont, dass nach dem „Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ („la vraisemblance prépondérante“, „la verosimiglianza preponderante“) ein Beweis als erbracht gilt, „wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen“.¹⁸ Fraglich war freilich, ob diese Regeln als Teil des schweizerischen Deliktsstatuts überhaupt im deutschen Verfahren maßgeblich sind.

¹⁴ Vor allem in Sec. 732.502 Florida Statutes.

¹⁵ Sec. 732.503 Florida Statutes.

¹⁶ Vor allem nach Sec. 733.201 Florida Statutes.

¹⁷ Mitarbeit: *Felix Aiwanger*.

¹⁸ Schweiz. BG, 28.8.2006 – 4C.136/2006, BGE 132 III 715, 719 f.

Im Graubereich zwischen Sach- und Verfahrensrecht bewegt sich auch die Prozessstandschaft. Diese relativiert Wertungen des Sachrechts (Zuordnung einer Rechtsposition) im Verfahren (Zuordnung der Befugnis, über die Rechtsposition im eigenen Namen einen Rechtsstreit zu führen).

Beispiel 5 (Prozessführungsermächtigung nach englischem Recht): In einer Zivilsache stellte sich die Frage, ob eine vertragsfremde Partei aufgrund einer Prozessführungsermächtigung in einem Vertrag, der nach Meinung des Gerichts kollisionsrechtlich englischem Recht unterlag, Ansprüche aus dem Vertrag geltend machen kann. Das anfragende Gericht wollte wissen, ob der Vertrag nach englischem Recht eine wirksame Prozessführungsermächtigung enthält. – Im Gutachten war daher zunächst zu prüfen, ob eine isolierte Prozessführungsermächtigung nach englischem Recht zulässig ist, wobei im englischen anders als im deutschen Recht vor allem das Sachrecht und nicht das Verfahrensrecht diese Fragestellung adressiert. Grundsätzlich können im eigenen Namen auch nach englischem Recht vertragliche Ansprüche gerichtlich nur von einer Vertragspartei, nicht aber von Dritten geltend gemacht werden. Nach der traditionellen „doctrine of privity of contract“ kann ein nicht am Vertrag beteiligter Dritter nicht einmal eine Klausel in einem Vertrag, die ihn begünstigt, gerichtlich durchsetzen.¹⁹ Funktional am nächsten einer isolierten Prozessführungsermächtigung dürfte im englischen Recht die Übertragung des nackten Rechts zur Klage kommen: das „assignment of the bare right to action“ bzw. „of the bare right to litigate“. Allerdings war lange Zeit im englischen Recht umstritten, ob eine solche Abtretung des „bare right to action“ bzw. „bare right to litigate“ zulässig ist. Traditionell wird die Abtretung des „bare right to action“ bzw. „bare right to litigate“ als ein Verstoß gegen das Verbot von „champerty and maintenance“ angesehen, einer Doktrin des Common Law, die sich gegen leichtfertige und sinnlose Prozessführung wendet (dazu noch unten in Beispiel 9). Allerdings haben jedenfalls die englischen Gerichte seit den 1980er Jahren eine Übertragung des „bare right to action“ bzw. „bare right to litigate“ auf einen Dritten trotz des Verbots von „champerty and maintenance“ ausnahmsweise zugelassen, wenn der Dritte ein echtes wirtschaftliches Interesse („a genuine commercial interest“) am Erfolg der Klage besitzt, weil dann gute Gründe („good reasons“) für die gerichtliche Durchsetzung des fremden Anspruchs im eigenen Namen bestehen.²⁰ Hinzuweisen war das Gericht im Gutachten freilich auch auf andere Möglichkeiten, Dritte mit einklagbaren Rechten gegen eine Vertragspartei auszustatten, etwa die Begünstigung des Dritten durch Vertrag zugunsten Dritter, die Vertretung des Dritten beim Vertragsschluss, die Vertretung des Anspruchsinhabers durch Dritte bei der Durchsetzung der Forderung, die Abtretung des Anspruchs an den Dritten und die Abtretung der „Früchte“ einer Klage an einen Dritten. Fraglich war freilich, inwieweit diese Regelungen sachrechtlich und nicht verfahrensrechtlich zu qualifizieren sind, zumal das englische Recht hier vor allem auch bei der Auslegung des Vertrags relevant war.

Auch im Scheidungsrecht ist die Unterscheidung beider Gebiete oftmals schwierig, etwa beim Erfordernis eines vorigen Trennungsverfahrens oder der Anwesenheit des Antragsgegners beim Ausspruch der gerichtlichen Scheidung.

¹⁹ Siehe etwa *Beswick v. Beswick* [1967] UKHL 2 = [1968] AC 58.

²⁰ Siehe vor allem *Trendtex Trading Corporation v. Credit Suisse* [1982] AC 679 = [1981] 3 WLR 766 = [1981] 3 All ER 520.

Beispiel 6 (Trennungsverfahren und Scheidungsverfahren nach italienischem Recht): Beide Themenkomplexe waren Gegenstand einer gerichtlichen Gutachtenanfrage zum italienischen Recht, das nach Auffassung des anfragenden Gerichts Scheidungsstatut war. Der in Deutschland lebende Antragsteller begehrte Scheidung von seiner Ehefrau, die in Italien lebte. Krankheitsbedingt war sie nicht reisefähig; ob sie der Scheidung zustimmen würde, war nicht absehbar. Das anfragende Gericht wollte Auskunft zu den Voraussetzungen der Scheidung nach italienischem Recht auch hinsichtlich dieser eher verfahrensrechtlichen Fragen. – In unserem²¹ Gutachten gingen wir deshalb insbesondere auf die Voraussetzung einer mindestens einjährigen Trennung der Eheleute und hier konkret auf eventuelle Besonderheiten des Verfahrensgangs eines solchen Trennungsverfahrens sowie auf die Details der Beteiligung der Antragseinerin am Scheidungsverfahren ein, die freilich nur relevant wären, wenn – was zu entscheiden auch hier, wie noch zu sehen sein wird, primär Aufgabe des Gerichts war – diese Regelungen nicht verfahrensrechtlich zu qualifizieren sind.

Ein auch in der Gutachtenpraxis häufig auftretender Klassiker bei der Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrecht ist die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten (vor allem bei der Straßenverkehrshaftung), die teils sach- und teils verfahrensrechtlich ausgestaltet wird.

Beispiel 7 (Vorgerichtliche Anwaltskosten nach österreichischem Recht): Der Kläger verlangte als Geschädigter eines Straßenverkehrsunfalls in Österreich von der beklagten Haftpflichtversicherung Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten, konkret Anwaltskosten. Das anfragende Gericht begehrte deshalb auch insoweit Auskunft zum österreichischen Deliktsstatut. – Unser²² Gutachten wies zunächst darauf hin, dass der Gläubiger nach bürgerlichem Recht²³ vom Schuldner die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen verlangen kann, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zum eingeforderten Betrag stehen. Allerdings stellt der Anspruch aus bürgerlichem Recht nach ständiger Rechtsprechung keinen selbständigen sachrechtlichen Kostenerstattungsanspruch betreffend den Ersatz von Kosten für anwaltliche vorgerichtliche Maßnahmen dar. Vielmehr werden solche Kosten als Teil der Prozesskosten behandelt, deren Ersatz sich nach österreichischem Zivilprozessrecht und Rechtsanwaltsvergütungsrecht als *lex specialis* richtet.²⁴ Sie werden nach dem Gesetz grundsätzlich mit einem kostenrechtlichen Einheitssatz abgegolten, sind in das Kostenverzeichnis aufzunehmen und als Teil der Prozesskosten geltend zu machen. Eine Entlohnung von Nebenkosten außerhalb des Einheitssatzes kommt nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nur in Betracht, soweit die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts einen erheblichen Aufwand verursacht hat. Solange vorgerichtliche Anwaltskosten in Akzessorietät zum Hauptanspruch stehen, sind sie daher nach ständiger Rechtsprechung durch Rechtsanwälte im Kostenverzeichnis geltend zu machen; ihrer klageweisen Geltendmachung durch den Geschädigten steht nach etablierter Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs die Unzulässigkeit des Rechtswegs entgegen.²⁵ Eine Wahlmöglichkeit zugunsten einer selbständigen Geltendmachung besteht nicht, weil insoweit die öffent-

²¹ Mitarbeit: *Anna Reis*.

²² Mitarbeit: *Benjamin Lorenz* und *Joseph Rumstadt*.

²³ Konkret nach § 1333 Abs. 2 österr. ABGB.

²⁴ Konkret nach § 41 Abs. 1 und 2 österr. ZPO i. V. m. § 23 des österr. Rechtsanwaltsstarifgesetzes.

²⁵ Österr. OGH, 20.10.2005 – 3 Ob 127/05f.; österr. OGH, 29.1.2019 – 2 Ob 92/18w.

lichrechtlichen prozessualen Kostenersatzregeln vorrangig sind. Eine selbständige Geltendmachung bürgerlichrechtlicher Ansprüche im ordentlichen Rechtsweg ist nach der genannten Rechtsprechung lediglich dann zulässig, wenn der Hauptanspruch durch Erfüllung, Verzicht oder Anerkenntnis erloschen oder darüber ein Vergleich geschlossen und so die Akzessorietät zum Hauptanspruch aufgehoben worden ist. Offen ist freilich, inwieweit vor den deutschen Gerichten diese Regelungen sachrechtlich als Teil des Deliktsstatuts anwendbar sind; bei einer verfahrensrechtlichen Qualifikation durch das anfragende Gericht stellen sich Folgefragen, auf die sogleich noch einzugehen ist.

Ebenfalls schwer zwischen Verfahrensrecht und Sachrecht zu lokalisieren ist das Verbot einer Teilklage, die zwar unmittelbar die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs betrifft, aber auch materiellrechtliche Konsequenzen hat.

Beispiel 8 (Verbot der Teilklage nach italienischem Recht): In einem Straßenverkehrshaftungsprozess brachte die beklagte Versicherung vor, dass nach italienischem Recht alle Schäden aus dem Streitgegenständlichen Unfall nur einheitlich geltend gemacht werden können. Die Klägerin könne im vorliegenden Verfahren daher nicht lediglich einen Teilbetrag verlangen, insbesondere ihren Nichtvermögensschaden nicht isoliert von ihrem Vermögensschaden. Das anfragende Gericht, das von der kollisionsrechtlichen Maßgeblichkeit italienischen Rechts für die deliktische Haftung ausging, wollte daher wissen, ob nach italienischem Recht eine derartige Teilklage unzulässig sei. – Im Rahmen des Gutachtens kamen wir²⁶ zu dem Ergebnis, dass die italienische Rechtsprechung Klagen auf einen Teil des Schadens seit Langem kritisch gegenüber steht, aber sich insoweit mehrfach gewandelt hat. In einer früheren Entscheidung stützte sich der italienische Kassationsgerichtshof auf den prozessualen Ausfluss eines Prinzips der Einheit des Schadensersatzanspruchs. Nachdem eine Teilklage zwischenzeitlich für zulässig erachtet wurde,²⁷ griff das Gericht²⁸ vor einigen Jahren seine frühere Beurteilung wieder auf: Dem Gläubiger einer bestimmten Geldsumme, die kraft eines einheitlichen Schuldverhältnisses geschuldet ist, sei es nicht gestattet, die Forderung in mehrere gerichtliche Erfüllungsbegehren aufzuspalten, unmittelbar aufeinanderfolgend oder zeitlich gestaffelt. Diese Grundsätze, die das Gericht im konkreten Fall für vertragliche Ansprüche aufstellte, hat es in weiteren Entscheidungen auf außervertragliche Schadensersatzansprüche erstreckt, insbesondere auf das Verhältnis von Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden.²⁹ Zentrale Voraussetzung ist dabei, dass die Ansprüche einem einheitlichen Sachverhalt entspringen, im Falle außervertraglicher Haftung einem einheitlichen schädigenden Ereignis. Ein Verkehrsunfall dürfte regelmäßig eine solche Einheit bilden. Allerdings lässt der italienische Kassationsgerichtshof Ausnahmen zu und gestattet es etwa, eine Schadenssumme teilweise geltend zu machen, wenn ein objektives Interesse daran besteht, vor allem ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis.³⁰ Ein solches Bedürfnis ergibt sich dabei nicht schon aus der voraussichtlich schnelleren Erledigung im Hinblick auf den geltend gemachten Teilbetrag oder aus höheren prozessualen Hürden für den ausgeklammerten Teilbetrag. Die Vorteile für den Kläger müssen zudem eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten. In Betracht kommt etwa, dass – so das Gericht – bestimmte Schäden noch nicht oder nicht vollständig eingetreten sind und daher noch nicht geltend gemacht

²⁶ Mitarbeit: *Felix Aiwanger*.

²⁷ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 10.4.2000 – Nr. 108.

²⁸ In ital. Corte Suprema di Cassazione, 15.11.2007 – Nr. 23726.

²⁹ Etwa ital. Corte Suprema di Cassazione, 6.5.2020 – Nr. 8530.

³⁰ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 16.2.2017 – Nr. 4090.

werden können. Sollte eine Klage gegen das Verbot einer Teilklage nach italienischem Recht verstoßen, wäre nach den Folgen dieses Verstoßes zu fragen. Insoweit betont der Kassationsgerichtshof, dass das Verbot einer Teilklage keine Auswirkungen auf das Verfahren hat, in dem der erste Teil eines Gesamtschadens verlangt wird. Vielmehr führt eine verbotene Teilklage lediglich zur Unzulässigkeit späterer Klagen auf die verbleibenden Schadensbeträge.³¹ Ist dieses Verbot aber als Teil des italienischen Deliktsstatuts überhaupt in einem deutschen Haftungsprozess anwendbar?

Auch die Frage, inwieweit eine Abtretung möglich ist, kann das Verfahrensrecht berühren. Gerade in den vom Common Law geprägten Rechtsordnungen kann eine Abtretung ausgeschlossen sein, weil diese gegen die bereits oben erwähnten (siehe Beispiel 5) Grundsätze von „champerty and maintenance“ verstößt. Dieses Verbot ergibt sich systematisch vor allem aus dem Verfahrensrecht, das die Förderung eines fremden Verfahrens aus öffentlichen Gründen verbietet.

Beispiel 9 (Abtretungsverbot nach irischem Recht): In einer Zivilsache machte ein Kläger ihm abgetretene Ansprüche geltend, wobei das Gericht für die Abtretung von der kollisionsrechtlichen Maßgeblichkeit irischen Rechts ausging. Das Gericht bat in seinem Beweisbeschluss um Auskunft zu den Voraussetzungen für eine wirksame Abtretung. – Daher war in unserem³² Gutachten auch auf Abtretungsverbote einzugehen. Eine Abtretung kann nach irischem Recht ausnahmsweise unwirksam sein, wenn sie gegen das Verbot von „maintenance and champerty“ verstößt. „Maintenance“ bezeichnet die finanzielle Unterstützung eines Rechtsstreits durch einen Dritten ohne ein eigenes, berechtigtes Interesse an dem Rechtsstreit. „Champerty“ verlangt darüber hinaus, dass der Dritte im Gegenzug für die Prozessfinanzierung einen Teil des Erlöses aus dem Prozess erhält. „Maintenance and champerty“ stellen traditionell ein rechtlich zu missbilligendes Verhalten dar. Während in vielen anderen Rechtsordnungen, die ursprünglich diese Rechtsfigur ebenfalls kannten, wie etwa England und Wales, die Tatbestände aufgehoben wurden (vgl. oben Beispiel 5), sind die Verbote in Irland nach wie vor geltendes Recht, wie auch der irische Supreme Court bestätigt hat.³³ Ein Verstoß gegen „maintenance and champerty“ stellt zugleich einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar. Eine Unwirksamkeit wegen „maintenance and champerty“ ist bei einer Abtretung vor allem dann anzunehmen, wenn es sich um die Abtretung eines bloßen Klagerechts („bare right to litigate“ oder auch „bare causes of action“) handelt. In welchen Fällen genau lediglich ein bloßes Klagerecht abgetreten wird, ist nicht immer einfach zu bestimmen. Bei einer „debt“, einem vertraglichen Primäranspruch, handelt es sich nach allgemeiner Auffassung nicht um ein bloßes Klagerecht.³⁴ Ein solcher Anspruch kann selbst dann abgetreten werden, wenn dessen Durchsetzung eine gerichtliche Geltendmachung erfordert.³⁵ Bei einem Bereicherungsanspruch, wie er vorliegend im Raum stand, war es hingegen auch nach Sichtung der Literatur und Rechtsprechung in anderen Common-Law-Rechtsordnungen – die das Gutachten nachzeichnete – nicht klar, ob es sich um ein bloßes Klagerecht handelt; ohnehin dürften abtretungsrechtli-

³¹ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 29.6.2018 – Nr. 17019.

³² Mitarbeit: *Tatjana Tertsch*.

³³ *Persona Digital Telephony v. The Minister for Public Enterprise* [2017] IESC 27.

³⁴ *SPV Osus Ltd. v. HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd* [2018] IESC 44.

³⁵ Vgl. jedenfalls zum englischen Recht *Smith/Leslie*, *The Law of Assignment*, 2018, S. 556 ff.

che Quellen aus anderen Common-Law-Ländern für Irland insoweit weniger relevant sein, da dort „maintenance and champerty“ nicht mehr missbilligt werden. Allerdings ist bereits fraglich, inwieweit das aus „maintenance and champerty“ fließende Abtretungsverbot sachrechtlich und nicht verfahrensrechtlich zu qualifizieren ist, was – wie noch zu sehen sein wird – in erster Linie das anfragende Gericht entscheiden muss.

Ebenfalls auf der Grenze zwischen Sach- und Verfahrensrecht bewegen sich aktionenrechtlich ausgestaltete „Ansprüche“. Während die meisten Rechtsordnungen die finanziellen Scheidungsfolgen, aber auch die zwingende Nachlassbeteiligung naher Angehöriger des Erblassers im Sachrecht mithilfe dinglicher Rechtspositionen oder schuldrechtlicher Ansprüche realisieren, räumt das Gesetz in vom Common Law geprägten Rechtsordnungen mitunter dem Gericht ein Ermessen bei der Begünstigung der Ehegatten oder Angehörigen ein.

Beispiel 10 (Aktionenrechtliche Ausgestaltung des englischen Scheidungsfolgenrechts): Das anfragende Gericht kam in einer Familiensache zu dem Ergebnis, dass das deutsche Güterkollisionsrecht für den Vermögensausgleich anlässlich der Scheidung der Beteiligten auf englisches Recht verweist, und bat um Auskunft zum englischen Güterrecht einschließlich seines Kollisionsrechts; das Gericht bejahte einen Gesamtverweis durch deutsches Recht. – In dem Gutachten war das Gericht darauf hinzuweisen, dass die englischen Gerichte nach englischem Kollisionsrecht nicht nur für die Scheidung allgemein, sondern auch für die finanziellen Scheidungsfolgen – und hierzu zählt auch der Vermögensausgleich nach Scheidung – stets ihr eigenes Recht anzuwenden haben, soweit sie international zuständig sind.³⁶ Ausländisches Scheidungsfolgenrecht spielt jedenfalls im Hinblick auf die finanziellen Scheidungsfolgen, wie sie sich vor allem aus dem Matrimonial Causes Act 1973 ergeben, der nicht nur die Scheidung an sich, sondern auch die Scheidungsfolgen regelt, keine Rolle. Dieser *lex fori*-Ansatz folgt vor allem aus der aktionenrechtlichen Einkleidung des englischen Scheidungsfolgenrechts: Das Gericht erkennt keine aus dem Sachrecht vorgegebenen Ansprüche zu (sodass sich die Frage nach dem anwendbaren Recht nicht stellt). Vielmehr hat es die Aufgabe, sein durch Gesetz verliehenes Ermessen auszuüben, was das Gericht – wie bei verfahrensrechtlich ausgestalteten Rechtsbehelfen im englischen Recht allgemein – allein und ausschließlich nach der *lex fori* tut. Der Gesetzgeber folgt dem *lex fori*-Grundsatz für die finanziellen Scheidungsfolgen sogar bei Auslandscheidungen. So gestattet das Gesetz³⁷ in Ausnahmefällen auch bei einer Auslandscheidung den englischen Gerichten, finanzielle Scheidungsfolgen anzuordnen. Die einschlägigen Normen³⁸ stellen klar, dass sich insbesondere die gerichtliche Befugnis allein nach der *lex fori* richtet und nicht etwa nach dem ausländischen Recht, auf dessen Basis die Scheidung erfolgte. Es stellte sich damit die Frage, ob diese verfahrensrechtliche Ausgestaltung des englischen Scheidungsfolgenrechts bei einem Verfahren vor deutschen Gerichten „versteckt“ auf deutsches Recht zurückverweist, was – wie noch zu sehen sein wird – auch von den kollisions- und verfahrensrechtlichen Prämissen des anfragenden Gerichts abhängt.

³⁶ Etwa *Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino* [2010] UKSC 42.

³⁷ Secs. 12 ff. Matrimonial and Family Proceedings Act 1984.

³⁸ Sec. 18 Abs. 1 Matrimonial and Family Proceedings Act 1984.

Diese mitunter schwierige Grenzziehung zwischen Sach- und Verfahrensrecht belastet vor allem die Gerichte. Der Sachverständige muss lediglich das ausländische Recht, soweit es Beweisthema ist, darstellen, losgelöst von der Zuordnung der betroffenen Regelungen. Das anfragende Gericht muss dagegen mittels einer funktionalen Betrachtung entscheiden, inwieweit bestimmte Rechtsinstitute sachrechtlich oder verfahrensrechtlich zu qualifizieren sind, weil diese Entscheidung Auswirkungen auf das anwendbare Recht hat: Ist eine ausländische Regelung sachrechtlich einzuordnen, wird sie von der maßgeblichen Kollisionsnorm erfasst. Ist hingegen eine verfahrensrechtliche Qualifikation geboten, bleibt es grundsätzlich (oben II.) bei der Anwendung der *lex fori*: Selbst wenn die für die inländischen Gerichte maßgeblichen Kollisionsnormen auf ausländisches Privatrecht verweisen, umfasst dieser Verweis nicht das Verfahrensrecht, nach dem die inländischen Gerichte das ausländische Sachrecht durchsetzen. Über das Qualifikationsstatut und die relevanten Abgrenzungskriterien muss, da es sich letztlich um Fragen des in Deutschland geltenden Kollisionsrechts und Verfahrensrechts handelt, alleine das anfragende Gericht entscheiden.³⁹

Dem Sachverständigen obliegt es (abgesehen von einem etwaigen Hinweis auf die Problematik)⁴⁰ lediglich, das Qualifikationsmaterial für das Gericht aufzubereiten. Dazu gehört speziell die systematische Einordnung der betreffenden Norm im Ausland, aber auch die historischen und teleologischen Hintergründe, wobei sich die Aufgabenbereiche nicht immer trennscharf abgrenzen lassen. Hinzu kommt, dass der Sachverständige, um den Kostenaufwand gering zu halten,⁴¹ bei einer womöglich verfahrensrechtlichen Qualifikation eines ausländischen Regelungskomplexes das ausländische Recht nur insoweit darstellen sollte, als für die Qualifikationsentscheidung des Gerichts erforderlich; zugleich sollte der Sachverständige das Gericht um einen Hinweis bitten, wenn das Gericht zu einer sachrechtlichen Qualifikation kommt, um die Ausführungen zum ausländischen Recht dann gegebenenfalls vertiefen und ergänzen zu können.

So musste das Gutachten im *Beispiel 8 (Verbot der Teilklage nach italienischem Recht)* auf die Gründe für das Verbot der Teilklage eingehen, um dem anfragenden Gericht eine informierte Qualifikationsentscheidung zu ermöglichen. Der italienische Kassationsgerichtshof⁴² begründet das Verbot vor allem damit, dass sich eine Aufspaltung des Haftungsinhalts, die der Gläubiger zu seinem alleinigen Nutzen bei einseitiger Benachteiligung der Schuldnerposition bewirkt, in Widerspruch setzt sowohl zum Anstandsgefühl und Treu und Glauben als auch zum Verfassungsprinzip des fairen Verfahrens. Die Aufteilung des gerichtlichen Begehrens auf Befriedigung der gläubigerseitigen Forderung erweist sich mithin – so der Kassationsgerichtshof – als Missbrauch prozessualer Mittel, die die

³⁹ Siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 1 Ziff. 2.

⁴⁰ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 4–6.

⁴¹ Vgl. auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 4.

⁴² Ital. Corte Suprema di Cassazione, 15.11.2007 – Nr. 23726.

Rechtsordnung einer Partei im Rahmen eines angemessenen Schutzes ihrer materiellen Interessen anbietet. Nach der italienischen Rechtsprechung ergibt sich eine einseitige Belastung des Schuldners im Einzelnen daraus, dass mehrere Verfahren zu einzelnen Teilsummen im Vergleich zu einem einheitlichen Verfahren höhere Verfahrenskosten verursachen, die der Schuldner als potentiell unterliegende Partei zu tragen hätte.⁴³ Neben den höheren Kosten verursacht eine Mehrzahl von Verfahren auch generell einen höheren Aufwand für den Schuldner.⁴⁴ Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liege darin, dass mehrere Verfahren zu einem zusammengehörigen Sachverhalt die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen erhöhen.⁴⁵ Gegen das prozessuale Missbrauchsverbot und damit gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoße die Möglichkeit des Gläubigers, mittels einer Teilklage die streitwertabhängige sachliche Zuständigkeit der Gerichte zu manipulieren. Schließlich verweist der Kassationsgerichtshof auch auf das Prinzip der Prozessökonomie, das im allgemeinen Interesse dem Mehraufwand zusätzlicher Verfahren entgegensteht.⁴⁶ – Die aufgeführten Aspekte betreffen allesamt die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens, unabhängig davon, worauf sich die zugrundeliegende Haftung stützt. Entsprechend gilt das von der Rechtsprechung aufgestellte Verbot der Teilklage nicht nur speziell für deliktische Schadensersatzansprüche, sondern allgemein, etwa auch für vertragliche Ersatzansprüche. Schließlich bestehen am Verfahrensaufwand, an der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen und an der Bestimmung des zuständigen Gerichts regelmäßig nicht nur private, sondern auch staatliche Interessen, und zwar auf Seiten desjenigen Staates, der das Verfahren durchführt. Somit sprach aus unserer Sicht einiges dafür, das Verbot der Teilklage prozessrechtlich zu qualifizieren, womit die Zulässigkeit einer solchen Klage deutschem Recht als der *lex fori* unterstünde, das einer Teilklage weniger skeptisch gegenüberstehen dürfte. Die abschließende Beurteilung der Qualifikationsfrage sowie der Zulässigkeit einer Teilklage im vorliegenden Fall oblag freilich dem anfragenden Gericht.

Auch im *Beispiel 9 (Abtretungsverbot nach irischem Recht)* musste das Gutachten das Gericht über die Hintergründe der zwischen Sach- und Verfahrensrecht stehenden Regelungen zu „champerty and maintenance“ informieren, wobei die Trennlinie zwischen Darstellung des ausländischen Rechts und Qualifikationsentscheidung hier nicht einfach war. Wie bereits gesehen, war die Rechtslage in der Republik Irland unklar. Ob tatsächlich ein Fall einer Abtretung eines bloßen Klagerechts und damit ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung aufgrund „maintenance and champerty“ vorlag, musste jedoch möglicherweise gar nicht abschließend vom anfragenden Gericht entschieden werden, wenn ein Verstoß gegen „maintenance and champerty“ aus anderen Gründen nicht in Betracht kam. Eine Ausnahme könnte nämlich greifen, wenn die Regelungen zu „maintenance and champerty“ nach ihrem Sinn und Zweck gar nicht anwendbar sind. Durch das Verbot von „champerty“ sollen die irischen Gerichte vor einem Missbrauch durch Dritte geschützt werden. Der Zweck der Regelung dürfte daher nur dann eingreifen, wenn die Abtretung im Zusammenhang mit einem Gerichtsverfahren vor irischen Gerichten steht, nicht hingegen, wenn ein ausländisches Verfahren betroffen ist, wie auch die irische Rechtsprechung andeutet: Einzelne Aussagen⁴⁷ lassen darauf schließen, dass eine Unwirksamkeit der Abtretung wegen „champerty“ nur dann anzunehmen ist, wenn sich der Vertrag bzw. die

⁴³ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 26.9.2016 – Nr. 18782.

⁴⁴ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 6.5.2020 – Nr. 8530.

⁴⁵ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 26.9.2016 – Nr. 18782.

⁴⁶ Ital. Corte Suprema di Cassazione, 16.2.2017 – Nr. 4090.

⁴⁷ Etwa in *Persona Digital Telephony v. The Minister for Public Enterprise* [2017] IESC 27, Rn. 47 f.

Abtretung auf ein Verfahren in Irland bezieht. Nur in diesem Fall ist der Zweck des Verbots von „maintenance and champerty“ erfüllt und die öffentliche Ordnung der Republik Irland überhaupt berührt. Da hier die Forderungen aber vor einem deutschen Gericht geltend gemacht wurden, war dieser Bezug zum irischen Justizsystem nicht gegeben. Es war damit nicht ausgeschlossen, dass – auch wenn die Abtretung als „champertous“ angesehen würde – die Abtretung dennoch nicht unwirksam war. Diese Überlegungen waren freilich auch für die Qualifikation des Verbots von „maintenance and champerty“ relevant: Inwieweit Kläger fremde Rechte in eigenem oder fremdem Namen geltend machen können (hierum geht es letztendlich beim Verbot von „maintenance and champerty“), muss man wahrscheinlich als Frage der Prozessführungsbefugnis des Klägers verfahrensrechtlich qualifizieren, sodass – wie die Frage einer gewillkürten Prozessstandschaft (siehe auch oben Beispiel 5) – auch die Frage, ob eine Abtretung nach ausländischem Recht verfahrensrechtlich anzuerkennen ist, vor deutschen Gerichten allein deutschem Recht unterliegt. Diese Qualifikationsfrage des inländischen Kollisions- und Verfahrensrechts muss freilich allein das anfragende Gericht beantworten. Kommt es zu dem Ergebnis, dass die Prozessführungsbefugnis verfahrensrechtlich zu qualifizieren ist, käme es insoweit auf irisches Recht nicht an, sondern allein auf deutsches Recht.

Auch im *Beispiel 4 (Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Verletzungsereignis nach schweizerischem Recht)* konnte sich das Gutachten nicht mit dem Hinweis begnügen, dass das anfragende Gericht nun im Rahmen der Qualifikation klären muss, ob sich das Beweismaß nach schweizerischem Recht richtet oder als Verfahrensfrage dem deutschen Recht als *lex fori* untersteht; für eine sachrechtliche Qualifikation spricht freilich, dass Regeln zum Beweismaß gesetzlichen Vermutungen sehr ähnlich sind, die gemäß Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO dem Deliktsstatut unterfallen. Auch war das Gericht darüber zu unterrichten, dass die schweizerische Beweismaßregel eng mit der materiellen Voraussetzung der natürlichen Kausalität verbunden ist, was ebenfalls für eine sachrechtliche Qualifikation sprechen könnte.

Das Gericht muss – wie bei der Ermittlung des ausländischen Rechts allgemein – ferner auf der Rechtsfolgenseite seiner Qualifikationsentscheidung festlegen, in welchem Umfang auf das ausländische Recht verwiesen wird. Allerdings besteht im Spannungsfeld zwischen Sach- und Verfahrensrecht die Besonderheit, dass gerade die mittelbare Relevanz des ausländischen Verfahrensrechts eng mit dem deutschen Kollisions- und Verfahrensrecht verknüpft sein und von dessen Auslegung durch das anfragende Gericht abhängen kann, über welche der Sachverständige nicht zu entscheiden hat.

So musste das Gutachten im *Beispiel 10 (Aktionenrechtliche Ausgestaltung des englischen Scheidungsfolgenrechts)* zunächst die *lex fori*-Herangehensweise des englischen Rechts erläutern (siehe oben). Eine „versteckte“ Rückverweisung kommt nur in Betracht, wenn die Gerichte des Staates, auf dessen Recht das deutsche Kollisionsrecht verweist, bei gegebener eigener internationaler Zuständigkeit ihr eigenes Recht anwenden würden, weil sie für die betreffende Frage – hier also die nacheheliche Vermögensaufteilung anlässlich der Scheidung – allgemein dem *lex fori*-Grundsatz folgen und niemals ausländisches Recht anwenden. Der Beachtlichkeit einer solchen versteckten Rückverweisung liegt der Gedanke zugrunde, dass eine ausländische Rechtsordnung, die in dem betreffenden Bereich dem *lex fori*-Grundsatz folgt, kollisionsrechtlich dafür plädieren würde, dass die inländischen Gerichte, soweit sie nach dem ausländischen Verfahrensrecht international für den betreffenden Fall zuständig wären, ebenfalls ihr eigenes Recht anwenden. Denn genau das würde das

ausländische – hier englische – Recht anordnen, würde es im konkreten inländischen – hier deutschen – Verfahren angewandt. Dieser Theorie von der versteckten Rückverweisung folgen auch die deutschen Gerichte,⁴⁸ sie wurde vom Gesetzgeber anlässlich der IPR-Reform des Jahres 1986 in den Gesetzesmaterialien bestätigt⁴⁹ und auch das anfragende Gericht hatte sich, wie aus der Akte ersichtlich war, diesen Grundsätzen angeschlossen. Allerdings hatte das anfragende Gericht nicht die genauen Anforderungen an das ausländische Recht für einen versteckten Rückverweis ausbuchstabiert. Das Gutachten konnte damit für den relevanten Umfang des ausländischen Rechts nur davon ausgehen, dass die von der herrschenden Meinung für eine versteckte Rückverweisung auf das deutsche Recht aufgestellten Voraussetzungen⁵⁰ zu erfüllen sind (die freilich nicht in jedem Detail unumstritten sind): zum einen, dass die Gerichte in der ausländischen Rechtsordnung auf die betreffende Frage – hier also auf den Vermögensausgleich anlässlich der Scheidung – stets ihr eigenes Recht anwenden, wenn sie international zuständig sind; zum anderen, dass das ausländische Verfahrensrecht im konkreten Fall auch eine (ausschließliche oder womöglich auch nur konkurrierende) internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bejahen würde. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn bei spiegelbildlicher Anwendung der Zuständigkeitsregeln des ausländischen Rechts die deutschen Gerichte zuständig wären, soweit nicht das ausländische Recht an die internationale Zuständigkeit fremder Gerichte höhere Anforderungen stellt, etwa wenn es um die Anerkennung von deren Entscheidungen geht. – Unterstellt, dass auch das anfragende Gericht diesen kollisionsrechtlichen Überlegungen folgt (und verbunden mit der Bitte, eine abweichende kollisionsrechtliche Beurteilung mitzuteilen), erläuterte das Gutachten neben der *lex fori*-Herangehensweise auch die einschlägigen Zuständigkeitsregelungen für die nacheheliche Vermögensaufteilung anlässlich der Scheidung und prüfte, ob die Zuständigkeiten nach englischem Recht konkurrierend oder ausschließlich sind sowie ob das englische Recht an die Zuständigkeit fremder Gerichte bei der Anerkennung von Entscheidungen erhöhte Anforderungen stellt.

Mitunter stellen sich trotz einer – vom Sachverständigen antizipierten – verfahrensrechtlichen Qualifikation eines ausländischen Regelungskomplexes weitere schwierige Fragen im Spannungsverhältnis zwischen Sach- und Verfahrensrecht. Vor allem kann die Umsetzung bestimmter Fragestellungen bald im Sachrecht, bald im Verfahrensrecht zu vielfältigen Anpassungslagen führen, die ebenfalls eigentlich allein das anfragende Gericht auflösen muss, das für eine kollisions- oder sachrechtliche Anpassung zuständig ist.

So ergab sich im *Beispiel 1 (Auskunftsansprüche nach irischem Recht)* aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts eine Anpassungslage. Bei einem rein irischen Fall hätte die Klägerin im Vorverfahren aufgrund der prozessrechtlichen Regelung zur „discovery“ grundsätzlich die Möglichkeit, prozessrechtlich Auskunft über die Einsichtnahme von Dokumenten zu verlangen; bei einem rein nationalen deutschen Fall wiederum hätte die Klägerin potentiell einen sachrechtlichen Auskunftsanspruch gegen die Beklagte aus § 242 BGB.⁵¹ In beiden

⁴⁸ Etwa BGH, Beschl. v. 19.5.2021 – XII ZB 190/18, FamRZ 2021, 1609, Rn. 22 = IPRspr 2021-52.

⁴⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drs. 10/504, 38 f.

⁵⁰ Wie sie etwa v. Hein, in: MünchKomm. BGB, 9. Aufl. 2024, Art. 4 EGBGB Rn. 54 ff., darstellt.

⁵¹ Vgl. z. B. BGH, Urt. v. 27.9.2023 – IV ZR 177/22, NJW 2023, 3490, Rn. 30.

Fällen wäre somit eine Auskunft zu erteilen. Da hier aber nach den Prämissen des anfragenden Gerichts deutsches Prozessrecht auf irisches materielles Recht trifft, besteht weder aus prozessrechtlicher Sicht die Möglichkeit der „discovery“ noch nach dem Sachrecht ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch. Es war daher das Gericht im Gutachten darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um einen klassischen Normenmangel handeln könnte, der im Wege der Anpassung zu beheben ist.⁵² In Betracht käme es daneben, einen Auskunftsanspruch als Teil des deutschen *ordre public* anzusehen und ihn somit trotz Geltung irischen Rechts zu bejahen. Die Auflösung dieser allgemeinen Probleme des deutschen internationalen Privatrechts oblag freilich allein dem anfragenden Gericht, wobei sich ähnliche Fragestellungen auch im Güterrecht bei der Vermögensauskunft zwischen Ehegatten etwa anlässlich einer Scheidung stellen, die verschiedene Rechtsordnungen ebenfalls unterschiedlich umsetzen.⁵³

Ganz außerhalb des primär vom anfragenden Gericht zu verantwortenden Anpassungsvorgangs steht der Sachverständige allerdings nicht, da die Anpassung auch über Spielräume im ausländischen Recht erfolgen kann.

Das im *Beispiel 7 (vorgerichtliche Anwaltskosten nach österreichischem Recht)* angesprochene Verhältnis von bürgerlichrechtlichem Kostenersatzanspruch zur zivilprozessualen und rechtsanwaltsvergütungsrechtlichen Kostenerstattung wirft vor österreichischen Gerichten keine Probleme auf, wenn sowohl österreichisches Schadensrecht als auch österreichisches Kostenrecht anzuwenden ist. Zwar besteht dann kein materiellrechtlicher Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten, sie können aber im Rahmen der prozessualen Kostenerstattung mit einem Einheitssatz geltend gemacht werden. Im vom anfragenden Gericht geschilderten Fall war allerdings wegen des *lex fori*-Grundsatzes neben dem österreichischen Schadensersatzrecht deutsches Kostenrecht anzuwenden. Das deutsche Kostenrecht behandelt vorgerichtliche Anwaltskosten nicht als Teil der Prozesskosten, sondern ermöglicht einen Ersatz nur im Rahmen eines materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs.⁵⁴ Unterstellt, nach deutschem Schadensersatzrecht bestünde in vorliegender Fallkonstellation ein materiellrechtlicher Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten (was allein das anfragende Gericht zu beurteilen hätte), würde hieraus die widersprüchliche Situation entstehen, dass derselbe Sachverhalt bei isolierter Beurteilung nach österreichischem oder deutschem Recht zwar jeweils zu einem Anspruch auf Erstattung vorprozessualer Anwaltskosten führen würde, die Kombination von österreichischem und deutschem Recht aber zur Folge hat, dass ein Ersatz im Ergebnis ausgeschlossen ist. Dieses Ergebnis widerspräche somit dem übereinstimmenden Inhalt aller berufenen Rechtsordnungen, sodass das Gutachten das Gericht sinnvollerweise auf eine Anpassungsproblematik in Gestalt eines potentiellen Normenmangels hinwies. – Die Anpassung zur Beseitigung von Wertungswidersprüchen kann bekanntlich entweder auf Ebene des Kollisionsrechts oder auf Ebene des materiellen Rechts vollzogen werden. Generell ist der Weg vorzuziehen, der die geringsten Modifikationen erfordert.⁵⁵ Es bleibt dabei dem anfragen-

⁵² Siehe zur Problematik auch v. *Hein*, Der Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht, in diesem Band, S. 113.

⁵³ Siehe etwa *Dutta*, Vermögensauskunft zwischen Ehegatten im Güterrecht: Sind wechselseitige Auskunftsansprüche alternativlos?, in: FS Koch, 2019, 159.

⁵⁴ Hierzu etwa BGH, Urt. vom 24.2.2022 – VII ZR 320/21, NJW-RR 2022, 707, Rn. 17 ff.

⁵⁵ Zu den Anforderungen an die Anpassung allgemein etwa v. *Hein*, in: MünchKommBGB, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 262 ff.

den Gericht vorbehalten, eine einzelfallbezogene, möglichst gerechte und effiziente Lösung unter Berücksichtigung des Grundsatzes des geringsten Eingriffs in die beteiligten Rechtsordnungen zu wählen. Ohne insoweit einer abweichenden Beurteilung durch das anfragende Gericht vorgreifen zu wollen, schlug das Gutachten vor, auf die oben skizzierte Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs zurückzugreifen, nach welcher eine isolierte Geltendmachung vorgerichtlicher Anwaltskosten bürgerlichrechtlich nur möglich ist, wenn die Akzessorietät zum Hauptanspruch aufgehoben wurde. Insofern läge womöglich eine Auslegung nahe, nach der die Akzessorietät auch dann als aufgehoben anzusehen ist, wenn keine Geltendmachung vor einem österreichischen Gericht erfolgt, weil dann die österreichischen Kostenerstattungsregeln als *lex specialis* nicht anwendbar sind und die materiellen Kostenerstattungsregeln nicht verdrängen können. Zu betonen war freilich, dass eine solche Angleichung nur vorzunehmen ist, wenn bei hypothetischer Anwendung deutschen Schadensersatzrechts dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten zustehen würde. Andernfalls läge kein Normenmangel vor. Dies hat das anfragende Gericht zu beurteilen. Erfolgt die Angleichung über eine Aufhebung des Vorrangs prozessualer Kostenerstattungsregeln mangels österreichischen Gerichtsverfahrens, stünde dem bürgerlichrechtlichen Kostenerstattungsanspruch womöglich nichts mehr im Wege, dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen daher im Gutachten zu skizzieren waren.

Die Gutachtenpraxis zeigt, dass die anfragenden Gerichte die mitunter schwierigen kollisionsrechtlichen Fragen beim Erlass des Beweisbeschlusses häufig nicht erkennen, freilich auch nicht immer erkennen können, weil sich erst bei der Ermittlung des ausländischen Rechts durch den Sachverständigen ergibt, dass bestimmte Regelungsanliegen nicht im Sachrecht, sondern im Verfahrensrecht umgesetzt werden. Zugleich obliegt die Beantwortung der kollisionsrechtlichen Fragen nicht dem Sachverständigen, sodass der Sachverständige sich mit dem Gericht abstimmen muss (vgl. hierzu noch unten V.).

IV. Ineinandergreifen von Sachrecht und Verfahrensrecht

Vor Herausforderungen, die über die bloße Qualifikationsproblematik hinausgehen, stellen die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts Gericht und Sachverständigen, wenn ein Sachrecht aus einer Rechtsordnung und ein Verfahrensrecht aus einer anderen Rechtsordnung ineinander greifen (müssen). Zwar erfüllt das Verfahrensrecht überwiegend dienende Funktionen,⁵⁶ vor allem in allgemeinen Zivil- und Handelsachen; das Verfahrensrecht ist also neutral und funktioniert in der Regel auch, wenn Ansprüche nach einem ausländischen Sachrecht gerichtlich durchzusetzen sind. In der Regel ist das Verfahrensrecht aber ein Diener nur bzw. vor allem des eigenen Sachrechts. Dies betrifft insbesondere Verfahren in Familien- und Erbsachen, da das Gericht hier oftmals weniger als „Zuerkennender“, sondern vor allem als „Gestaltender“ tätig wird. Dann prüft das Gericht nach dem anwendbaren

⁵⁶ *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. I, 1950, S. 95.

Verfahrensrecht nicht lediglich ein Anspruchsschema, das sich grundsätzlich nach jedem Recht richten kann und bei dem die verfahrensrechtlichen Anforderungen ähnlich sind. Vielmehr gestaltet das Gericht in Familien- und Erbsachen oftmals die Rechtslage um, sodass es gelegentlich zu einer Verquickung von Verfahrensrecht und Sachrecht kommt.

Zunächst kann das anwendbare Verfahrensrecht allein auf sein eigenes Sachrecht Bezug nehmen und ausländische Institute deswegen keine verfahrensrechtliche Unterfütterung finden. So sieht das Verfahrensrecht bei Erbnachweisen oftmals vor, dass nur bestimmte erbrechtliche Positionen bescheinigbar sind, etwa die Position als Erbe (etwa § 2353 BGB) oder Testamentsvollstrecker (§ 2368 S. 1 BGB). Bei Anwendung eines ausländischen Erbrechts stellt sich dann die Frage, inwieweit ein solcher Erbnachweis auch für die darin geregelten – vergleichbaren – Rechtspositionen ausgestellt werden kann, also etwa ob bei Anwendbarkeit englischen Erbrechts ein deutscher Erbschein dem „personal representative“ oder den – eher einem deutschen Vermächtnisnehmer vergleichbaren – Begünstigten („beneficiaries“) zu erteilen ist. Ähnlich liegt die Frage, ob einem nach ausländischem Erbrecht ernannten „trustee“ oder postmortal Bevollmächtigten ein Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt werden kann.

Beispiel 11 („living trust“ und Testament nach dem Recht von Arizona): Gegenstand des Verfahrens war ein Antrag auf Erteilung eines Erbscheins. Die Erblasserin hatte mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet. So befand sich in der Akte ein mit „Last will and testament“ überschriebenes Dokument in englischer Sprache. In dieser Verfügung von Todes wegen wies die Erblasserin den Überschuss ihres Vermögens dem „trustee“ oder den „trustees“ eines „living trust“ zu, der ihren Namen trug. Ferner enthält das Testament Anordnungen zur Einsetzung eines „personal representative“. In den Akten fand sich ferner die Kopie eines ebenfalls englischsprachigen „Restatement [...] of the [Name der Erblasserin] Living Trust“. In diesem Dokument wurden unter anderem die „trustees“ eines [Name der Erblasserin] Living Trust benannt. Das Nachlassgericht wollte wissen, ob nach dem Erbrecht des US-Bundesstaats Arizona ein Testament formwirksam ist, wenn es hinsichtlich des Erben lediglich auf den „trustee“ eines „living trust“ hinweist, der jedoch nicht namentlich benannt wird, sondern dessen Identität sich erst aus einer weiteren Urkunde ergibt, die wiederum nicht den formellen Anforderungen der erbrechtlichen Vorschriften des Bundesstaats Arizona an ein Testament, genügt. – Diese isolierte Frage war im Gutachten nicht allzu schwer zu beantworten: Die testamentarische Begünstigung eines bereits zu Lebzeiten des Erblassers errichteten „living trust“ ist eine im US-amerikanischen Rechtskreis übliche Nachfolgeplanung. Der „trustee“ eines „living trust“ kann durch eine Verfügung von Todes wegen nominiert werden; erforderlich ist, dass der begünstigte „trust“ in der Verfügung benannt wird und die Bedingungen des „trust“ schriftlich niedergelegt werden. Da der „trustee“ eines (existierenden oder noch zu errichtenden) „living trust“ zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht zwangsläufig feststeht, aber die Einsetzung eines solchen „trustee“ möglich ist, kann kaum gefordert werden, dass der „trustee“ im Testament namentlich genannt wird, solange klar ist, dass der jeweilige „trustee“ eines bestimmten „living trust“ gemeint ist. Entscheidend ist schließlich nicht die Person des „trustee“, sondern die Tatsache, dass das testamentarisch zugewandte Vermögen letzt-

lich an eine Person als „trustee“ für einen bestimmten „trust“ und dessen Zwecke fällt. – Es stellte sich aber auch eine andere Frage: Ist ein testamentarisch Begünstigter nach dem Recht von Arizona ein „Erbe“ im Sinne des deutschen Erbscheinsverfahrensrechts? Anders als nach deutschem Erbrecht wird der Nachlass in den vom Common Law geprägten Rechtsordnungen – wie in Arizona und den übrigen US-Bundesstaaten – nicht nur ausnahmsweise (vgl. §§ 1975 ff. BGB), sondern stets als Sondervermögen in einem geordneten, typischerweise gerichtsnahen Verfahren abgewickelt. Der hierzu vom Erblasser ernannte oder vom Nachlassgericht bestellte „personal representative“ kehrt den Begünstigten des Erbfalls („beneficiaries“), zu denen er auch selbst gehören kann, somit nur noch den nach der Schuldentilgung verbleibenden Überschuss aus. Vor diesem Hintergrund haben die in einem Testament als Begünstigte bezeichneten Personen – also potentiell vorliegend auch der „trustee“ des „living trust“ – eher nur eine dem deutschen Vermächtnisnehmer vergleichbare Rechtsposition inne. Insbesondere sind sie nicht verwaltungs- und verfügungsbefugt und können nur Ansprüche gegen den personal representative geltend machen, nicht aber gegenüber Dritten. Vor diesem Hintergrund war es fraglich, ob der begünstigte „trustee“ des „living trust“ einem vom deutschen Erbscheinsverfahrensrecht vorausgesetzten Erben entspricht und nicht eher einem lediglich schuldrechtlich berechtigten Vermächtnisnehmer, der – anders als womöglich der „personal representative“ – keinen Erbschein beantragen kann. Diese Frage, muss, wie noch zu sehen sein wird, vor allem das anfragende Gericht entscheiden.

Oftmals fehlen im eigenen Verfahrensrecht auch gänzlich Regelungen für ein durchzusetzendes fremdes Sachrecht; dies betrifft – aus deutscher Sicht – vor allem Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. So ist bei kinschaftsrechtlichen Maßnahmen das Verfahrensrecht häufig mit dem materiellen Kinschaftsrecht abgestimmt, etwa wenn es um die Durchsetzung von Umgangsrechten geht oder Maßnahmen im Rahmen des staatlichen Wächteramts; das Verfahrensrecht geht dann stets von der Anwendbarkeit des eigenen Sachrechts aus. Gleiches gilt für die Ernennung und Überwachung von Verwaltern, etwa eines Testamentsvollstreckers, Vormunds oder Betreuers. Hier werden die anwendbaren verfahrensrechtlichen Regelungen stets auf das eigene Erb-, Kinschafts- oder Betreuungsrecht abgestimmt sein. Auch bei Statusverfahren sind Verfahrensrecht und Sachrecht häufig eng miteinander verzahnt; dies zeigt etwa ein Blick in die Verfahrensregeln für die Elternschaftsfeststellung oder Elternschaftsanfechtung, die vielfältig auf das Sachrecht Bezug nehmen. Ähnliche Lücken im anwendbaren Verfahrensrecht können sich auftun, wenn das anwendbare ausländische Erbrecht dem Nachlassgericht bestimmte Tätigkeiten auferlegt, welche das Erbrecht der *lex fori* nicht kennt.

Beispiel 12 (Einantwortung nach österreichischem Recht): In einem Erbscheinsverfahren kam das Gericht zur kollisionsrechtlichen Maßgeblichkeit österreichischen Erbrechts. Es wollte wissen, welche Verfahrensschritte nach österreichischem Recht erforderlich sind, um den Erwerb der Erbschaft durch die Erben herbeizuführen, bevor deren Position in einem deutschen Erbschein bescheinigt werden kann. – Im Gutachten war auszuführen, dass das österreichische Erbrecht beim Erwerb der Erbschaft durch die Erben nicht dem Grundsatz des Vonselbsterwerbs folgt, wonach das Vermögen des Erblassers automatisch

mit dem Tod auf die Erben übergeht. Vielmehr bedarf es eines gerichtlichen Hoheitsakts, einer „Einantwortung“, die den Erwerb der Erbschaft durch die Erben bewirkt⁵⁷ und das Verlassenschaftsverfahren abschließt.⁵⁸ Hinzuweisen war auch darauf, dass für die Einantwortung eine Erbantrittserklärung durch die Erben erforderlich ist.⁵⁹ Sowohl die Erbantrittserklärung als auch die Einantwortung können wohl nach österreichischem Recht durch Handlungen vor einem deutschen Gericht bzw. durch ein deutsches Gericht substituiert werden. Allerdings reichen hierfür ein Antrag auf einen Erbschein (als Substitut für die Erbantrittserklärung) und die Erteilung des Erbscheins (als Substitut für die Einantwortung) nicht aus, da es sich nach deutschem Recht hierbei um Handlungen und Maßnahmen mit ganz anderer Zielrichtung handelt. Vielmehr muss aus österreichischer Sicht die Erbantrittserklärung durch die Erben vor dem zuständigen Nachlassgericht vorgenommen werden und dieses Gericht muss durch Beschluss die Einantwortung des Nachlasses nach österreichischem Erbrecht vornehmen – freilich auf Basis des deutschen Verfahrensrechts, das gar keine verfahrensrechtlichen Regelungen für diese Schritte vorsieht. Diese Lücke muss das Gericht, wie noch zu sehen sein wird, füllen.

Aber auch in streitigen Zivilsachen kann das Zusammenspiel von Prozessrecht und fremdem Sachrecht schwierig sein. So sind etwa die Vorschriften zur Durchsetzung eines Pflichtteils typischerweise sachrechtsabhängig ausgestaltet. Während Systeme mit wertbezogenen Pflichtteilsansprüchen keine besonderen verfahrensrechtlichen Regelungen benötigen, da der Pflichtteil wie jeder andere Geldanspruch auch gerichtlich nach allgemeinem Verfahrensrecht durchgesetzt werden kann, besteht in Rechtsordnungen mit gegenstandsbezogenem Pflichtteil ein Bedarf für verfahrensrechtliche Spezialregeln zur Herabsetzung pflichtteilswidriger Zuwendungen, also zu einer Umgestaltung der Erbrechtslage durch das jeweils zuständige Gericht.

Beispiel 13 (Herabsetzungsklage nach schweizerischem Erbrecht): In einer streitigen Erbsache vor einem deutschen Gericht machte ein Kind des Erblassers seinen Pflichtteil geltend; die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterlag schweizerischem Recht. Das Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass ein etwaiges Pflichtteilsrecht als echtes Noterbrecht im Gewand einer Herabsetzungsklage nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch⁶⁰ durchgesetzt werden müsste, wobei eine solche gerichtliche Herabsetzung von pflichtteilswidrigen Verfügungen von Todes wegen oder lebzeitigen Zuwendungen durch richterliche Gestaltungsentscheidung dem deutschen Erbrecht und Erbverfahrensrecht freilich fremd ist.

Aber auch bei der prozessrechtlichen Umsetzung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags geht das Verfahrensrecht von bestimmten sachrechtlichen Bedingungen aus. § 322 Abs. 1 BGB, der bei einer Klage auf Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag eine Verurteilung Zug um Zug ermöglicht, wenn der Beklagte eine Einrede nach §§ 320, 321 BGB erhebt, dürfte als prozessrechtliche und nicht als vertragsrechtliche Vorschrift zu qualifizieren sein. In einem Prozess vor deutschen Gerichten gilt nach dem *lex fori*-Grundsatz

⁵⁷ § 797 Abs. 1 S. 2 österr. ABGB.

⁵⁸ § 819 S. 1 österr. ABGB.

⁵⁹ §§ 799, 800 österr. ABGB.

⁶⁰ Art. 522 ff. schweiz. ZGB.

damit § 322 BGB als Teil des deutschen Verfahrensrechts. Fraglich ist aber, unter welchen Voraussetzungen diese Vorschrift greift, wenn der gegenseitige Vertrag ausländischem Recht unterliegt.

Beispiel 14 (Zug-um-Zug-Verurteilung nach luxemburgischem Recht): Ein deutsches Gericht hatte über Ansprüche aus einem Vertrag über die Bestellung von auf Maß gefertigten Bauteilen zu entscheiden; auf den Vertrag war nach Ansicht des Gerichts luxemburgisches Recht anwendbar. Das Gericht wollte wissen, wie es zu entscheiden habe, wenn es zwar eine Zahlungspflicht der Beklagten bejaht, die Beklagte aber aus dem Vertrag ihrerseits einen Anspruch auf Lieferung gegen die Klägerin hat. Das Gericht beehrte daher Auskunft zur Frage, ob die Beklagte bei dieser Ausgangslage verlangen kann, dass die Zahlungspflicht nur Zug um Zug gegen die Lieferung der geschuldeten Ware erfüllt wird oder ob diesem Begehren materiellrechtliche Regelungen des luxemburgischen Rechts entgegenstehen. – In unserem⁶¹ Gutachten kamen wir zu dem Ergebnis, dass eine Zug-um-Zug-Verurteilung in Luxemburg – wie auch in Frankreich – nicht gesetzlich vorgesehen ist. Während in der Literatur zum französischen Zivilrecht eine Verurteilung unter der Bedingung der gleichzeitigen Leistung des Klägers für zulässig erachtet wird, konnten wir zum luxemburgischen Recht keine entsprechenden Ausführungen finden. Allerdings besteht auch nach luxemburgischem Recht eine Einrede des nicht erfüllten Vertrags („exception d’inexécution“). Der luxemburgische Code civil⁶² sieht – ähnlich wie § 320 Abs. 1 S. 1 BGB – vor, dass eine Partei die Erfüllung ihrer Verpflichtung, die die direkte Gegenleistung für die von der anderen Partei eines synallagmatischen Vertrags nicht erfüllte Verpflichtung darstellt, aussetzen kann, sofern keine abweichenden Fälligkeitsvereinbarungen getroffen wurden. Auch in der luxemburgischen Rechtsprechung⁶³ wird von einer Erfüllung „trait pour trait“, also Zug um Zug, der Verpflichtungen aus synallagmatischen Verträgen gesprochen. Fraglich war allerdings, welche Auswirkungen diese Rechtslage auf das deutsche Verfahren und die gerichtliche Entscheidung hat (dazu noch sogleich).

An einer verfahrensrechtlichen Unterfütterung des fremden materiellen Rechts fehlt es sodann oftmals bei der Auseinandersetzung von gemeinschaftlichen Vermögen, etwa im Ehegüterrecht, wenn eine Errungenschaftsgemeinschaft im gesetzlichen Güterstand anlässlich einer Ehescheidung auseinanderzusetzen ist. Hier sieht das Verfahrensrecht eines Staates, dessen materielles Güterrecht im gesetzlichen Güterstand kein gemeinsames Vermögen begründet, womöglich keine leistungsfähigen verfahrensrechtlichen Regelungen für die Auseinandersetzung solcher Vermögen vor.

Beispiel 15 (Auseinandersetzung einer Errungenschaftsgemeinschaft nach luxemburgischem Recht): In einer Güterrechtssache hatte einer der Ehegatten die Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens der Ehegatten im Rahmen einer Errungenschaftsgemeinschaft nach luxemburgischem Güterstatut beantragt. Das Gericht wollte wissen, auf welche Weise diese Auseinandersetzung nach luxemburgischem Recht konkret erfolgt und welche Aufgaben das Gericht dabei erfüllen muss. – Unser⁶⁴ Gutachten kam zu dem Ergeb-

⁶¹ Mitarbeit: *Selina Mack*.

⁶² Art. 1134-2 Cc lux.

⁶³ Etwa in luxem. Cour d’appel, commercial, 4e chambre, 31.10.2012 – Nr. 37665.

⁶⁴ Mitarbeit: *Christiane v. Bary*.

nis, dass es aus Sicht des luxemburgischen Güterrechts keiner ausdrücklichen Tenorierung der Auflösung der Gütergemeinschaft durch das Gericht bedarf. Die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft kann nach luxemburgischem Recht durch eine Einigung der Beteiligten erfolgen. Ist eine Einigung nicht möglich, erfolgt die Auseinandersetzung nach luxemburgischem Recht durch eine enge Zusammenarbeit von Notar und Richter, die im Einzelnen darzulegen war. Es stellte sich freilich die Frage, auf welcher verfahrensrechtlichen Basis diese Auseinandersetzung in der Bundesrepublik erfolgen könnte. Das deutsche Verfahrensrecht sieht eine gerichtliche Teilung zur Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft gegen den Willen eines der Beteiligten nicht vor (vgl. § 370 S. 1, § 373 Abs. 1 FamFG). Ein etwaiger sachrechtlicher Auseinandersetzungsanspruch ist nach deutschem Zivilprozessrecht nur schwer im streitigen Verfahren durchsetzbar, da nach dem Bestimmtheitserfordernis mit dem Klageantrag ein vollständiger Teilungsplan vorzulegen ist.⁶⁵

Selbst im Beweisrecht kann das Verfahrensrecht von der Maßgeblichkeit eines bestimmten Sachrechts ausgehen. So hängt etwa die Stellung des Gesellschafters einer Gesellschaft, die Partei eines Zivilprozesses ist, als Zeuge oder Partei oftmals von der genauen Stellung des Gesellschafters ab, wobei sich in Deutschland hier eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung herausgebildet hat: So soll der Kommanditist bei Prozessen der Kommanditgesellschaft Zeuge sein können.⁶⁶ Kein Zeuge ist dagegen ein vertretungsbefugter Gesellschafter oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als gesetzlicher Vertreter (dieser kann nur als Partei vernommen werden), anders als wiederum der nicht vertretungsbefugte, aber im Innenverhältnis bestimmende Mehrheitsgesellschafter.⁶⁷ Schwierige Fragen stellen sich, wenn Gesellschaftsstatut ein ausländisches Recht ist, bei dem die Differenzierungen im deutschen Verfahrensrecht nicht unmittelbar übertragbar sind.

Beispiel 16 („Shadow director“ nach englischem Gesellschaftsrecht): Vor einem deutschen Gericht stritten (vor dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union) die Parteien darüber, ob eine Person ein „shadow director“ der Klägerin und, wenn ja, im Prozess als Zeuge oder als Partei zu behandeln war. Die Klägerin war nach dem Recht von England und Wales in der Rechtsform der „Limited“ errichtet worden. Deshalb erbat das Gericht eine Stellungnahme dazu, unter welchen Voraussetzungen nach englischem Gesellschaftsrecht eine Person „shadow director“ ist. – In dem Gutachten kamen wir⁶⁸ zu dem Ergebnis, dass eine Person „shadow director“ nach englischem Recht ist, wenn sie ohne die Einhaltung der formellen Rollenverteilung innerhalb einer Gesellschaft der Geschäftsführung regelmäßig Anweisungen erteilt und diese regelmäßig befolgt werden. Eine Ausnahme besteht, wenn eine Person in ihrer beruflichen Funktion und als Teil ihrer professionellen Tätigkeit Rat erteilt. Ein „shadow director“ hat keine mit einem

⁶⁵ Vgl. für die Erbengemeinschaft etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.6.1999 – 7 W 39/99, FamRZ 2000, 1049; OLG Jena, Urte. v. 30.7.2008 – 4 U 726/06, FamRZ 2009, 458, 459.

⁶⁶ BGH, Urte. v. 27.9.1965 – II ZR 239/64, NJW 1965, 2253, 2254, und zwar selbst wenn er zugleich Prokurist ist, siehe BAG, Urte. v. 16.11.1979 – 2 AZR 1052/77, AP BGB § 154 Nr. 1.

⁶⁷ BGH, Urte. v. 27.9.1965 – II ZR 239/64, NJW 1965, 2253, 2254.

⁶⁸ Mitarbeit: *Christiane v. Bary*.

Geschäftsführer vergleichbare organschaftliche Stellung in der Gesellschaft inne, weil er nicht nach außen für die Gesellschaft auftritt, sondern ihn im Wesentlichen Haftungsfolgen treffen. Ist er aber nun nach deutschem Beweisverfahrensrecht Zeuge oder Partei? Diese Frage lädt freilich dazu ein, über Sinn und Unsinn der Unterscheidung zwischen Partei- und Zeugenaussage im deutschen Prozessrecht nachzudenken.⁶⁹

Aber auch umgekehrt kann das Sachrecht auf verfahrensrechtliche Tatbestände Bezug nehmen; auch solche Regelungen werden regelmäßig davon ausgehen, dass das eigene Verfahrensrecht anwendbar ist. Dies betrifft beispielsweise die Verjährungshemmung, die auch in der Gutachtenpraxis immer wieder eine Rolle spielt, wobei die sachrechtliche Natur der Verjährung jedenfalls aus deutscher bzw. unionsrechtlicher Sicht unzweifelhaft ist (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO; Art. 15 lit. h Rom II-VO). Es stellt sich die Frage, wie sich eine Rechtsdurchsetzung im – aus Sicht des auf die Verjährung anwendbaren Sachrechts – Ausland auf die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs auswirkt, z.B. Klagen, Mahnverfahren, Güteverfahren, Prozessaufrechnung und Streitverkündung, um nur einige Tatbestände zu nennen. Das jeweils maßgebliche Verjährungsrecht wird hier von der Anwendbarkeit des eigenen Verfahrensrechts ausgehen, nicht aber von der eines ausländischen.

Beispiel 17 (Verjährungsunterbrechung durch Auslandsklage nach österreichischem Recht): Die Parteien stritten über die Rückabwicklung von Darlehensverträgen, wobei das Gericht von der Maßgeblichkeit österreichischen Rechts ausging. Die Beklagte war eine österreichische Bank, die den in Deutschland wohnhaften Klägern Fremdwährungsdarlehen gewährt hatte. Es stand eine Verjährung der klageweise geltend gemachten Ansprüche im Raum. Die Kläger hatten zunächst die Rückabwicklung der Verträge aufgrund Widerrufs oder Rücktritts begehrt. Später stützten sie in einem Schriftsatz etwaige Rückabwicklungsansprüche ferner auf Schadensersatzansprüche wegen einer unzureichenden Aufklärung durch die Beklagte über Fremdwährungsrisiken. Schließlich begründeten die Kläger in einem weiteren Schriftsatz ihre Schadensersatzansprüche zudem mit dem Fehlen einer Aufklärung durch die Beklagte über geleistete Provisionen. Mit ihren zuletzt gestellten Anträgen verfolgten die Kläger auf dieser Grundlage weiter die Rückabwicklung der Darlehensverträge. Das Gericht wollte nun wissen, ob die Klageerhebung nach österreichischem Recht zu einer Unterbrechung, Hemmung oder einem Neubeginn der Verjährung führt, auch wenn dasselbe Anspruchsziel später auf einen anderen Lebenssachverhalt gestützt wird. – In unserem⁷⁰ Gutachten wiesen wir darauf hin, dass nach dem österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch die Verjährung unterbrochen wird, wenn derjenige, der sich auf sie berufen will, „von dem Berechtigten belangt, und die Klage gehörig fortgesetzt wird“ (§ 1497 S. 1 Hs. 2 österr. ABGB). Diese Unterbrechungswirkung durch Klage setzt demnach neben der Klageerhebung voraus, dass das Verfahren „gehörig fortgesetzt“ wird und zudem ein stattgebendes Urteil ergeht. Erst das stattgebende Urteil bildet den eigentlichen Grund der Unterbrechung, welche dann aber auf den Klagezeitpunkt zurückwirkt. Dabei ist der Zeitpunkt der „Gerichtsanhängigkeit“ entscheidend. Auf

⁶⁹ Hierzu v. Bary, Wer ist gesetzlicher Vertreter einer ausländischen Gesellschaft im Sinne von § 455 ZPO?, ZVglRWiss 120 (2021), 48.

⁷⁰ Mitarbeit: Benjamin Lorenz.

Tatbestandsebene stellt sich zunächst die Substitutionsfrage, ob auch die Klage vor einem aus österreichischer Sicht ausländischen Gericht zur Unterbrechung führen kann. Der österreichische Oberste Gerichtshof bejaht dies grundsätzlich und geht davon aus, dass „bei Anwendung österreichischen Sachrechts und Erfüllung der übrigen Voraussetzungen [...] auch eine Auslandsklage geeignet [ist], die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen“.⁷¹ Nach dem Beweisbeschluss war vor allem auf die Frage der Reichweite der Unterbrechungswirkung einzugehen, insbesondere im Hinblick auf eine etwaige Klageerweiterung oder Klageänderung durch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Die Klage unterbricht die Verjährung nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs „nur für die in ihr geltend gemachten Ansprüche“.⁷² Bei einer teilweisen Geltendmachung von Ansprüchen wird die Verjährung daher nur hinsichtlich des eingeklagten Teils unterbrochen. Daraus folgt nach der österreichischen Literatur für Fälle der Klageänderung oder Klageerweiterung, dass „für die Unterbrechungswirkung [...] nicht die Einbringung der ursprünglichen Klage, sondern das Wirksamwerden der Änderung der Klage“ maßgeblich ist, wobei eine Klageänderung dabei vorliegt bei „Änderung des Streitgegenstandes durch den Kläger nach Gerichtsanhängigkeit der Klage“.⁷³ – Unklar war aber, auf welchen Streitgegenstandsbegriff es ankommt: denjenigen des anwendbaren österreichischen Verjährungsrechts oder denjenigen des für die Auslandsklage maßgeblichen deutschen Verfahrensrechts, oder gar eines unionsrechtlichen Streitgegenstandsbegriffs?

Auch beim Ineinandergreifen von Sach- und Verfahrensrecht unterschiedlicher Staaten ist die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Sachverständigem nur theoretisch eindeutig: Der Sachverständige hat sich auf die Darstellung des ausländischen Rechts zu beschränken, sei es des Verfahrensrechts oder des Sachrechts. Dem anfragenden Gericht obliegt dagegen jedenfalls aus Sicht des deutschen Rechts die schwierige Koordination beider Regelungsgebiete, vor allem die Qualifikation, Substitution und Anpassung, ferner die Frage, inwieweit die Durchsetzung des ausländischen Sachrechts eine wesensfremde Tätigkeit darstellt. Auch hierzu kann das Gericht freilich Informationen zum ausländischen Sach- oder Verfahrensrecht benötigen, die vom Sachverständigen beizubringen sind. Teils muss aber auch der Sachverständige das ausländische Recht zur Koordination von Sach- und Verfahrensrecht befragen, vor allem wenn das kollisionsrechtlich anwendbare ausländische Sachrecht auf das Verfahrensrecht Bezug nimmt. Auch beim Ineinandergreifen von Sach- und Verfahrensrecht ist mithin eine Abstimmung zwischen Sachverständigem und Gericht erforderlich, die im Einzelnen komplex sein kann.

Die Abstimmungsschwierigkeiten verdeutlicht etwa das *Beispiel 14 (Zug-um-Zug-Verurteilung nach luxemburgischem Recht)*: Nach deutschem Verfahrensrecht dürfte der Erlass eines Zug-um-Zug-Urteils selbst im Hinblick auf Verträge in Betracht kommen, die

⁷¹ Österr. OGH, 10.3.2008 – 10 Ob 113/07a.

⁷² Österr. OGH, 19.3.1998 – 2 Ob 65/98t.

⁷³ *Dehn*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 5. Aufl. 2017, § 1497 ABGB Rn. 5.

ausländischem Recht unterliegen, sofern das ausländische Verfahrensrecht eine mit § 322 BGB vergleichbare Form der bedingten Verurteilung vorsieht oder das ausländische Einrederrecht zumindest funktional der deutschen Einrede des nicht erfüllten Vertrags entspricht. Hierbei handelt es sich um eine Frage nach der Ersetzung einer im Recht vorausgesetzten inländischen Rechtserscheinung durch eine gleichwertige ausländische Erscheinung, und diese Substitutionsfrage ist, da es letztlich um die Auslegung und Anwendung einer deutschen Rechtsnorm (§ 322 BGB) geht, in erster Linie vom anfragenden Gericht zu beantworten. Das Gutachten musste sich daher darauf beschränken, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach luxemburgischem Recht zu schildern.

Ähnliches galt auch beim Gutachten in *Beispiel 11* („living trust“ und Testament nach dem Recht von Arizona). Bei der Frage, welche Erbberechtigten nach dem Recht von Arizona die Anforderungen an einen „Erben“ nach § 2353 BGB (oder „Testamentsvollstrecker“ nach § 2368 S. 1 BGB) erfüllen, handelt es sich um eine Frage der Anwendung und Auslegung des deutschen Erbscheinsverfahrensrechts (und dessen Erben- sowie Testamentsvollstreckerbegriffs),⁷⁴ deren Beantwortung allein dem anfragenden Gericht obliegt. In jedem Fall aber sollte der Sachverständige anregen, dass das Gericht im Erbschein die Beschränkung durch den „personal representative“ nennt, der alleine im Außenverhältnis verfügungsbefugt ist.

Einer Abgrenzung der Aufgabenbereiche zwischen Gericht und Sachverständigem bedurfte es auch in *Beispiel 12* (Einantwortung nach österreichischem Recht). So stellte sich aus Sicht des deutschen Verfahrensrechts die Frage, ob die deutschen Gerichte eine solche Einantwortung wegen einer wesenseigenen Unzuständigkeit ablehnen dürfen, wie das zum Teil noch vor der FamFG-Reform von einzelnen Gerichten vertreten wurde.⁷⁵ Spätestens seit der Neuregelung des Nachlassverfahrens sprechen jedoch die besseren Argumente gegen die Annahme einer wesenseigenen Unzuständigkeit. Es stand freilich allein dem anfragenden Nachlassgericht zu, diese Frage des deutschen internationalen Verfahrensrechts zu entscheiden. Falls das anfragende Gericht die Einantwortung aufgrund einer wesenseigenen Unzuständigkeit ablehnt, müsste es allerdings wohl ohne Einantwortung einen Erbschein erteilen, wie das teils die Gerichte getan haben, die eine Einantwortung in der Vergangenheit abgelehnt haben.⁷⁶ Im Übrigen war das Gericht darauf hinzuweisen, dass sich das Verfahren zur Entgegennahme der Erbantrittserklärung der jeweiligen Erben und zum Erlass des Einantwortungsbeschlusses nach deutschem Nachlassverfahrensrecht richtet. Vorsorglich gab das Gutachten noch Auskunft zum Inhalt des nach österreichischem Erbrecht erforderlichen Einantwortungsbeschlusses und machte einen Tenorierungsvorschlag.

Auch im *Beispiel 15* (Auseinandersetzung einer Errungenschaftsgemeinschaft nach luxemburgischem Recht) konnte das Gutachten dem Gericht nur Hinweise zur Umsetzung der luxemburgischen Auseinandersetzungsregeln geben. Das Gericht war darauf hinzuweisen, dass sich nach dem vom anfragenden Gericht eigenständig zu prüfenden internationalen Privat- und Verfahrensrecht das Verfahren nach deutschem Recht richtet und nur in materieller Hinsicht das luxemburgische Güterrecht gilt. Hinsichtlich der verfahrensrecht-

⁷⁴ Zur Problematik umfassend J. P. Schmidt, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 23 EuErbVO Rn. 69 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa BayObLG, Beschl. v. 8.5.1967 – BReg. 1 a Z 95/66, BayObLGZ 1967, 197, 201 ff.; BayObLG, Beschl. v. 18.9.1967 – BReg. 1 b Z 61/67, BayObLGZ 1967, 337, 342; BayObLG, Beschl. v. 15.2.1971 – BReg. 1 Z 90/70, BayObLGZ 1971, 34, 44; BayObLG, Beschl. v. 2.2.1995 – 1Z BR 159/94, BayObLGZ 1995, 47, 52.

⁷⁶ Vgl. etwa BayObLG, Beschl. v. 8.5.1967 – BReg. 1 a Z 95/66, BayObLGZ 1967, 197, 204.

lichen Abwicklung der Auseinandersetzung ist daher das deutsche Recht anwendbar. Das deutsche Gericht muss dabei aber die nach materiellem luxemburgischem Recht vorgesehenen Maßnahmen durchführen, soweit diese nicht wesensfremd sind.⁷⁷ Danach sind insbesondere Lose zu bilden, die eine möglichst gleichmäßige Aufteilung der Gesamtgegenstände in Natur gewährleisten.

Oftmals gerät die rechtsordnungsübergreifende Abstimmung zwischen Verfahrensrecht und Sachrecht an ihre Grenzen, so etwa im *Beispiel 17 (Verjährungsunterbrechung durch Auslandsklage nach österreichischem Recht)*: Hier stellte sich, wie gesehen, die – alles andere als triviale – Frage, ob in Fällen der Unterbrechung durch eine Auslandsklage über die Reichweite der Unterbrechung anhand des Streitgegenstandsbegriffs der *lex fori* oder der *lex causae* zu entscheiden ist. Dabei dürfte es sich zunächst um eine Frage des österreichischen materiellen Verjährungsrechts handeln, die in der uns vorliegenden Rechtsprechung und Literatur allerdings, soweit ersichtlich, nicht behandelt wird. Es waren damit im Gutachten eigene Überlegungen zur Auslegung des österreichischen Verjährungsrechts anzustellen, wobei wir – auch im Lichte des europäischen Zuständigkeitsrechts (zu dessen Auslegung wiederum das anfragende Gericht berufen ist) – für eine Maßgeblichkeit des deutschen Streitgegenstandsbegriffs plädierten.

V. Schluss: Abstimmung zwischen Sachverständigem und Gericht

Das Auseinanderfallen von anwendbarem Sach- und Verfahrensrecht stellt den Sachverständigen vor Herausforderungen, auch über die Schwierigkeiten der Ermittlung eines ausländischen Verfahrensrechts (oben II.) hinaus. Mitunter bedarf es einer Rückfrage bei ausländischen Kollegen, zumal – wie auch in den Beispielen gezeigt – teils Fragen zu beantworten sind, die sich bei einer Anwendung des ausländischen Rechts vor den ausländischen Gerichten gar nicht stellen. Herausfordernd ist vor allem die Abstimmung mit dem Gericht. Wie bereits skizziert, obliegt die Prüfung der mitunter schwierigen kollisionsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Fragen in erster Linie dem anfragenden Gericht, das diese allerdings bei Erlass des Beweisbeschlusses in der Regel noch nicht beantwortet haben wird. Für den Sachverständigen ist daher häufig nicht klar, auf welche Fragen des ausländischen Sach- oder Verfahrensrechts es im Einzelnen ankommt. Auch für das Gericht ist eine Antizipierung der sich stellenden Probleme äußerst schwierig, da es das ausländische Sach- oder Verfahrensrecht noch gar nicht kennt.

Da eine saubere Trennung der Aufgabenbereiche daher nur schwer möglich ist, bietet sich eine Art hermeneutische Zusammenarbeit zwischen Gericht und Sachverständigem an. Zunächst sollte der Sachverständige den kollisionsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Kontext anreißen und für das Gericht aufbereiten, ohne ihn freilich abschließend festzustellen. Dies deckt sich

⁷⁷ Näher v. *Bary*, Auseinandersetzung einer Erben- oder Gütergemeinschaft nach ausländischem Recht in Deutschland, DNotZ 2021, 323.

auch mit den Hamburger Leitlinien für Sachverständige.⁷⁸ Im Anschluss sollte der Sachverständige das ausländische Sach- oder Verfahrensrecht darstellen und darauf hinweisen, in welchem Kontext sich die Fragen stellen und von welchen Weichenstellungen sie abhängen. Oftmals wird es sich anbieten, im Gutachten die Regelungen zum ausländischen Recht erst einmal nur im Überblick darzustellen, um dem anfragenden Gericht dort den Kontext zu vermitteln. Hier muss der Sachverständige seine Prämissen zum deutschen Kollisions- und Verfahrensrecht offenlegen, die freilich – soweit existent – auf der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre beruhen sollten, wobei auf die Relevanz abweichender Meinungen für das Prüfungsprogramm zum ausländischen Recht eingegangen werden sollte, auch wenn das anfragende Gericht aus dem Beweisbeschluss oder der Akte ersichtlich einer bestimmten Ansicht zum deutschen Kollisions- und Verfahrensrecht folgt. Dabei sollte der Sachverständige das Gericht darauf hinweisen, dass es sich lediglich um eine überblicksweise Darstellung der womöglich maßgeblichen Regelungen des ausländischen Rechts handelt. Zugleich sollte der Sachverständige – wie auch bereits in einigen der Beispiele angeklungen – das Gericht dazu anhalten, die maßgeblichen Fragen im eigenen Kollisions- und Verfahrensrecht zu entscheiden, und darum bitten, das Beweisthema gegebenenfalls zu präzisieren oder zu ergänzen. Leider zeigt jedenfalls meine Gutachtenpraxis, dass die anfragenden Gerichte auf diese Hinweise in der Regel nicht eingehen und eine zweite Runde bei problematischen Fällen des Auseinanderfallens von anwendbarem Sach- und Verfahrensrecht oft nicht gedreht wird, auch wenn § 404a ZPO hierfür eine Basis bieten würde. Hier obliegt es auch den Parteien und Beteiligten, das Gericht zu einer Ergänzung und Präzisierung anzuhalten, wobei die Bereitschaft der Partei- und Beteiligtenvertreter, sich in die komplexen Fragen einzudenken, leider oft gering zu sein scheint.

Nicht immer erfolversprechend ist dagegen – wie auch die Hamburger Leitlinien für Gerichte allgemein konstatieren⁷⁹ – eine mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens. Der Sachverständige wird in der mündlichen Verhandlung keine belastbaren ergänzenden und vertiefenden Ausführungen machen wollen (und können), sondern sich auf eine Erläuterung des bisherigen Gutachtens beschränken. Allenfalls kann die mündliche Erläuterung der Abstimmung zwischen Gericht und Sachverständigem über die noch zu klärenden Fragen dienen; allerdings sollte bereits das schriftliche Gutachten möglichst präzise darstellen, wo der Ball noch im Feld des Gerichts liegt.

⁷⁸ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 4, 5, 7.

⁷⁹ Hamburger Leitlinien (2023), Art. 1 § 8 Ziff. 3.

Der Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht

Jan von Hein

I.	Einleitung.....	113
II.	Internationale Zuständigkeit und Einleitung des Verfahrens.....	115
	1. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte.....	115
	2. Einleitung des Verfahrens.....	117
III.	Das anwendbare Recht	118
	1. Der Schadensersatzanspruch des Klägers.....	118
	2. Die maßgebenden Verkehrsvorschriften.....	126
	3. Anscheinsbeweis	128
	4. Vor- und außergerichtliche Anwaltskosten.....	134
	5. Der Anspruch auf Prozesszinsen.....	141
IV.	Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts.....	144
	1. Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen	144
	2. Gerichtliches Ermessen.....	146
	3. Gegenstand der Ermittlungspflicht.....	148
	4. Rechtshilfe	149
V.	Internationale Beweisaufnahme	150
	1. Problemstellung.....	150
	2. Sachverständige.....	151
	3. Augenschein.....	154
	4. Zeugenvernehmung	154
VI.	Zusammenfassung und Ausblick.....	157

I. Einleitung

In dem folgenden Beitrag möchte ich den Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht anhand des folgenden Beispielsfalles veranschaulichen:¹

¹ Der Sachverhalt ist angelehnt an AG Meldorf, Urt. v. 15.5.2017 – 90 C 1072/16, SchlHA 2017, 352 = IPRspr 2017-68. Der Originalsachverhalt betraf einen Verkehrsunfall in Großbritannien, der aber nunmehr wegen des Brexits spezielle Probleme aufwerfen würde, auf die hier nicht einzugehen ist; dazu näher *Staudinger*, 10 Jahre Rom II-VO und Haager Straßenverkehrsübereinkommen – Zeit für eine Bestandsanalyse im Lichte des

Der in M. (Deutschland) wohnhafte Kl. macht gegen die Bekl. Ansprüche aufgrund eines Verkehrsunfallgeschehens vom 1. August 2023 in Luxemburg geltend. Der Kl. befuhr mit seinem Pkw einen Kreisverkehr in Luxemburg-Stadt, Kirchberg, wo es zu einer Kollision mit dem Pkw der in Frankreich wohnhaften Frau D. kam. Frau D. hatte für ihr Fahrzeug bei der Bekl., einer französischen Versicherungsgesellschaft, eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Der Schaden an dem Pkw der Frau D. wurde vollständig beglichen. Der Pkw des Kl. wurde ebenfalls bei dem Unfall beschädigt. Der Kl. wandte sich an die Schadensregulierungsbeauftragte der Bekl. in Deutschland – die X AG in Köln –, durch die eine Regulierung des Unfallschadens abgelehnt wurde. Der Kl. behauptet, er habe den linken, also inneren Fahrstreifen des Kreisverkehrs mit seinem Pkw befahren, um schon rechtsblinkend den Kreisverkehr zu verlassen, als die Fahrerin des bei der Bekl. versicherten Fahrzeugs mit ihrem Pkw das von ihm geführte Auto überholt habe, das Fahrzeug geschnitten habe und dann mit ihrem Kfz das Fahrzeug des Kl., welches dieser schon zum Stehen gebracht habe, so gerammt habe, dass sie sich mit ihrem Fahrzeug um die eigene Hochachse nach rechts gedreht habe. Der Kl. beantragt beim AG M. unter anderem, die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. in näher bezifferter Höhe

- a) Ersatz für die Sachschäden an seinem Fahrzeug
- b) die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten
- c) sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

In einem solchen alltäglichen Fall sieht sich ein Gericht mit mehreren Problemen konfrontiert. Erstens stellt sich die Frage, ob deutsche Gerichte international zuständig sind, obwohl nicht nur der Wohnsitz des Unfallgegners, sondern auch der Sitz des Haftpflichtversicherers und der Unfallort in einem anderen Mitgliedstaat belegen sind (dazu II.1.). Damit verknüpft ist die Frage, wie die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten durchzuführen ist (dazu II.2.). Zweitens steht, selbst wenn die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bejaht wird, damit nicht fest, dass auch in der Sache deutsches Recht angewendet wird. Denn die für Deutschland maßgebende Rom II-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht² verweist in Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO grundsätzlich auf das Recht des Unfallortes (dazu III.1. und 2.). Jedoch bestehen insoweit zahlreiche Zweifelsfragen hinsichtlich der Abgrenzung zwischen dem materiellen Deliktsrecht und dem Verfahrensrecht, das grundsätzlich nicht von der Verordnung erfasst wird (Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO). Diese Qualifikationsprobleme werden exemplarisch anhand dreier Fallgruppen beleuchtet: der Qualifikation des Anscheinsbeweises (III.3.), der Erstattungsfähigkeit vor- und außergerichtlicher Anwaltskosten (III.4.) sowie dem auf den Anspruch auf etwaige Prozesszinsen anwendbaren Recht (III.5.).

Brexit und der angedachten EU-Erweiterung, DAR 2019, 669; *Wyles/Bouwmann*, Folgen des Brexit für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus Verkehrsunfällen, DAR 2021, 541.

² Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 1.7.2007, ABl. 2007 L 199, S. 40.

Drittens muss, soweit auf die genannten Fragen ein ausländisches Recht anzuwenden ist, dieses vom Gericht von Amts wegen ermittelt werden (§ 293 ZPO; näher IV.1.); die maßgeblichen Ermittlungswege und -methoden werden unter IV. näher geschildert. Viertens wirkt nicht nur die Bestimmung des anwendbaren Rechts, sondern auch die Feststellung des Sachverhalts besondere Probleme auf, wenn der Unfallort im Ausland belegen ist. Die Entsendung eines Sachverständigen, die Einnahme eines Augenscheins durch Gerichtsangehörige oder die Vernehmung eines Zeugen setzen möglicherweise die Inanspruchnahme internationaler Rechtshilfe voraus (dazu V.). Eine Zusammenfassung und ein Ausblick beschließen den Beitrag (unter VI.).

II. Internationale Zuständigkeit und Einleitung des Verfahrens

1. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist bei einem Unfall im Ausland gemäß Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 lit. b Brüssel Ia-VO³ eine Klage des Geschädigten an seinem Wohnsitz gegen den ausländischen Versicherer möglich.⁴

„Dem Geschädigten das Recht zu verweigern, vor dem Gericht des Ortes seines eigenen Wohnsitzes zu klagen, würde ihm nämlich einen Schutz vorenthalten, der demjenigen entspricht, der anderen ebenfalls als schwächer angesehenen Parteien in Versicherungsrechtsstreitigkeiten durch diese Verordnung eingeräumt wird, und stünde daher im Widerspruch zum Geist dieser Verordnung.“⁵

Diese *prima facie* geschädigtenfreundliche Judikatur führt bei Kfz-Unfällen allerdings regelmäßig dazu, dass der für das anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO maßgebende Unfallort und das Forum in prozessökonomisch ineffizienter Weise auseinanderfallen.⁶ Überdies hatten Gerichte mit

³ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2012 L 351, S. 1.

⁴ Grundlegend bereits zu Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b Brüssel I-VO EuGH, UrT. v. 13.12.2007 – C-463/06 (*Odenbreit*), ECLI:EU:C:2007:792; bestätigt bzw. abgegrenzt in EuGH, UrT. v. 20.7.2017 – C-340/16 (*Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft – KABEG/Mutuelles du Mans assurances – MMA IARD SA*), ECLI:EU:C:2017:576, Rn. 33 ff.; EuGH, UrT. v. 31.1.2018 – C-106/17 (*Pawel Hofsoe/LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster AG*), ECLI:EU:C:2018:50, Rn. 36 ff.

⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2007:792, Rn. 28.

⁶ Mit Recht kritisch *Basedow*, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union: Eine einleitende Orientierung in: v. Hein/Rühl, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, 2016, S. 3, 17 f.; *Jayme*, Der Klägergerichtsstand für Direktklagen am Wohnsitz des Geschädigten (Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 EuGVO): Ein Danaergeschenk des EuGH für die Opfer von Ver-

einer Reihe von Folgeproblemen zu kämpfen, die allerdings inzwischen weitgehend als geklärt betrachtet werden können. Dies betraf etwa die Frage, ob *Odenbreit* auch für juristische Personen als Opfer gilt.⁷ Ferner war umstritten, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Direktklage eines Zessionars statthaft ist. Der Arbeitgeber eines durch einen Verkehrsunfall Geschädigten, der dessen Entgelt fortgezahlt hat, darf zwar die auf ihn infolgedessen übergegangenen Ansprüche am Wohnsitzgerichtsstand einklagen.⁸ Gleiches gilt für die Erben eines Verkehrsunfallopfers.⁹ Hingegen kann ein Sozialversicherungsträger als Legalzessionar der Ansprüche des bei einem Autounfall unmittelbar Geschädigten vor den Gerichten des Mitgliedstaats seiner Niederlassung keine Klage unmittelbar gegen den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Versicherer des mutmaßlichen Unfallverursachers erheben.¹⁰ Ebenso wird diese Zuständigkeit einem Kleinunternehmer, der sich im gewerblichen Verkehr eine Forderung abtreten ließ, um sie gegen den Versicherer geltend zu machen, verwehrt.¹¹ Ferner war streitig, ob eine Aussetzung wegen anderweitiger Rechtshängigkeit in Betracht kommt, wenn der in Deutschland gegen den Haftpflichtversicherer klagende Geschädigte wiederum im Ausland durch den Versicherungsnehmer verklagt wird,¹² oder ob eine Klage gegen den Versicherten bzw. Versicherungsnehmer am Gerichtsstand der Streitgenossenschaft zulässig ist (Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO).¹³ Schließlich gab die Heranziehung der 5. Kfz-Haftpflicht-Richtlinie¹⁴ in der Rechtssache *Odenbreit* Anlass zu der Frage, ob diese Rechtsprechung auch

kehrsunfällen in: FS v. Hoffmann, 2011, S. 656; *Mansel/Thorn/R. Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts, IPRax 2013, 1, 24; keinen Handlungsbedarf sieht dagegen *Micha*, Der Klägergerichtsstand des Geschädigten bei versicherungsrechtlichen Direktklagen in der Revision der EuGVVO, IPRax 2011, 121.

⁷ Bejahend OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.6.2014 – 16 U 224/13, IPRax 2015, 148 = IPRspr 2014-210, m. Anm. *Mankowski*, IPRax 2015, 115.

⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2017:576, Rn. 33 ff.; hierzu *Dörner*, IPRax 2018, 158.

⁹ EuGH, Urt. v. 17.9.2009 – C-347/08 (*Vorarlberger Gebietskrankenkasse*), ECLI:EU:C:2009:561, Rn. 44.

¹⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2009:561, Rn. 47.

¹¹ Verneinend EuGH, ECLI:EU:C:2018:50, Rn. 36 ff.; ebenso zu Zessionsfällen bereits KG, Urt. v. 19.7.2013 – 6 U 103/11, VersR 2014, 1020; OLG Koblenz, Urt. v. 15.10.2012 – 12 U 1528/11, IPRax 2014, 537 = IPRspr 2012-199, m. Anm. *Fuchs*, IPRax 2014, 509; OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.11.2016 – 5 U 14/16, WKRS 2016, 36239.

¹² Verneinend BGH, Urt. v. 19.2.2013 – VI ZR 45/12, NZV 2013, 336 = IPRspr 2013-246.

¹³ Verneinend BGH, Urt. v. 24.2.2015 – VI ZR 279/14, NJW 2015, 2429 = IPRspr 2015-219c.

¹⁴ Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, ABl. 2009 L 263, S. 11.

auf das Lugano-Übereinkommen¹⁵ zu übertragen sei, was letztlich von den Höchstgerichten in Deutschland und der Schweiz bejaht wurde.¹⁶

Die Zulässigkeit der Direktklage beurteilt sich nach dem vom IPR der *lex fori* (Art. 18 Rom II-VO) bestimmten Recht.¹⁷ Da alle Mitgliedstaaten Art. 18 der Kfz-Haftpflichtversicherungsrichtlinie umsetzen mussten, besteht heute unionsweit – in Deutschland nach § 115 Abs. 1 Nr. 1 VVG – ein Direktanspruch gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer. Die in Art. 13 Abs. 2 Brüssel Ia-VO ausgesprochene Verweisung regelt, wie sich aus dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 lit. b Brüssel Ia-VO ergibt („Gericht des Ortes“), nicht allein die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit.¹⁸

In dem hier gebildeten Beispielsfall sind daher die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte sowie die örtliche und sachliche (§ 23 Nr. 1 GVG) Zuständigkeit des AG M. zu bejahen.

2. Einleitung des Verfahrens

Eine erhebliche Vereinfachung der Einleitung des Verfahrens wird dadurch bewirkt, dass der Schadensregulierungsbeauftragte (§ 163 VAG) im Wohnsitzstaat des Geschädigten nach der Rechtsprechung des EuGH passiv zustellungsbevollmächtigt ist.¹⁹ Zu den ausreichenden Befugnissen, über die der Schadensregulierungsbeauftragte verfügen muss, gehört nämlich die Vollmacht, die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke, die für die Einleitung eines Verfahrens zur Regulierung eines Unfallschadens vor dem zuständigen Gericht erforderlich sind, rechtswirksam entgegenzunehmen.²⁰ Damit entfällt im Kreis der Mitgliedstaaten die Notwendigkeit einer Auslandszustellung nach der EuZVO,²¹ sodass insoweit auch keine Übersetzung der Klageschrift er-

¹⁵ Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, ABl. 2009 L 147, S. 5.

¹⁶ BGH, Urt. v. 23.10.2012 – VI ZR 260/11, BGHZ 195, 166 = IPRspr 2012-225; BG, 2.5.2012 – 4A_531/2011, BGE 138 III 386, 392.

¹⁷ *Eichelberger*, in: BeckOK, Stand: 1.7.2023, Art. 13 Brüssel Ia-VO Rn. 46; *Gottwald*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2022, Art. 13 Brüssel Ia-VO Rn. 2; *Staudinger*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, Art. 13 Brüssel Ia-VO Rn. 28; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Art. 11 EuGVO, Rn. 4.

¹⁸ *Bouwmann*, Besonderheiten bei der Regulierung von internationalen Verkehrsunfällen, NJW 2018, 1866, 1867; *Staudinger* (Fn. 17), Art. 11 Brüssel Ia-VO Rn. 3.

¹⁹ EuGH (2. Kammer), Urt. v. 10.10.2013, C-306/12 (*Spedition Welter GmbH/Avanssur SA*), ECLI:EU:C:2013:650, NJW 2014, 44.

²⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2013:650, 44, Rn. 25.

²¹ Verordnung (EU) Nr. 2020/1784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken), ABl. 2020 L 405, S. 40.

forderlich ist.²² Hingegen sind die Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht nicht dazu verpflichtet, es zu ermöglichen, dass der Schadensregulierungsbeauftragte anstelle des Versicherungsunternehmens, das er vertritt, selbst vor dem nationalen Gericht verklagt werden kann, das mit einer Schadensersatzklage eines Geschädigten befasst ist.²³ Das deutsche Recht sieht eine solche Passivlegitimation des inländischen Schadensregulierungsbeauftragten nicht vor.²⁴ Der im Ausland ansässige Versicherer bleibt also stets die beklagte Partei und ist als solche auch im Rubrum entsprechend zu benennen.²⁵

Im Beispielsfall ist die richtige Beklagte folglich die französische Versicherungsgesellschaft, der die Klage aber über ihre in Köln ansässige deutsche Schadensregulierungsbeauftragte, die X-AG, zugestellt werden kann.

III. Das anwendbare Recht

1. Der Schadensersatzanspruch des Klägers

a) Fortbestehende Spaltung des Kollisionsrechts in der EU

Das auf die Ansprüche aus dem Verkehrsunfall anwendbare Recht bestimmt sich gemäß Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO vor einem deutschen Gericht nach dem Erfolgsort (Unfallort), sodass im Beispielsfall luxemburgisches Sachrecht berufen wird. Vor luxemburgischen Gerichten selbst würde die Rom II-VO hingegen durch das Haager Straßenverkehrsunfallübereinkommen vom 4.5.1971 (HStVÜ)²⁶ verdrängt.²⁷ Grundsätzlich bleiben einschlägige kollisi-

²² Bouwmann (Fn. 18), NJW 2018, 1866, 1867.

²³ EuGH, Urt. v. 15.12.2016 – C-558/15 (*Vieira de Azevedo u. a.*), ECLI:EU:C:2016:957, Rn. 27 ff.; hierzu *Nimmegern*, Keine Passivlegitimation des vom Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer im Ausland bestellten Schadenregulierungsbeauftragten, IWRZ 2017, 77 f.

²⁴ Bouwmann (Fn. 18), NJW 2018, 1866, 1867; *Jahnke*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, Vor § 1 PflVAuslG Rn. 30; *Nimmegern* (Fn. 23), IWRZ 2017, 77, 78.

²⁵ Bouwmann (Fn. 18), NJW 2018, 1866, 1867; *Nimmegern* (Fn. 23), IWRZ 2017, 77, 78.

²⁶ Abgedruckt in *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 21. Aufl. 2022, Nr. 100.

²⁷ Umfassend zum Verhältnis zwischen der Rom II-VO und dem HStVÜ *Czaplinski*, Das Internationale Straßenverkehrsunfallrecht nach Inkrafttreten der Rom II-VO – Zur Kündigung des Haager Übereinkommens über das auf Straßenverkehrsunfälle anwendbare Recht, 2015, S. 373 ff.; ferner *Kadner Graziano*, The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Tort Law – Interaction, Conflicts and Future Perspectives, NIPR 2008, 425; *Nagy*, The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with some Room for Forum Shopping – How so?, (2010) 6 JPIL 93; *Staudinger*, Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Haager Straßenverkehrübereinkommen und der Rom II-VO, in: FS Kropholler, 2008, S. 691; *Thiede/Kellner*, „Forum shopping“ zwischen dem Haager

onsrechtliche Staatsverträge von der Rom II-VO unberührt (Art. 28 Abs. 1 Rom II-VO). Die Verordnung genießt lediglich in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten Vorrang vor solchen Staatsverträgen, die *ausschließlich* zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten gelten (Art. 28 Abs. 2 Rom II-VO). Diese Ausnahme beeinträchtigt die Wirksamkeit des HStVÜ indes nicht, weil dem Übereinkommen auch Drittstaaten, z. B. die Schweiz, angehören.²⁸

Da Deutschland dem HStVÜ nicht beigetreten ist, kann das Übereinkommen im Inland unmittelbar keine Anwendung finden. Selbst im Rahmen eines Renvoi darf das HStVÜ nicht berücksichtigt werden, weil Art. 24 Rom II-VO die Befolgung einer etwaigen Rück- oder Weiterverweisung ausschließt.²⁹ Bei Straßenverkehrsunfällen muss daher ggf. ein luxemburgisches Gericht ein anderes IPR anwenden als ein deutsches Gericht.³⁰ Die Art. 24 Rom II-VO zugrunde liegende Prämisse, dass man aufgrund einer erfolgreichen europäischen Vereinheitlichung des Kollisionsrechts des Renvoi nicht mehr bedürfe, um im europäischen Rechtsraum internationalen Entscheidungseinklang zu erzielen und ein *forum shopping* zu verhindern,³¹ trifft insoweit faktisch nicht zu.³² Es besteht folglich eine beklagenswerte Zersplitterung des europäischen Delikt kollisionsrechts ausgerechnet in der praktisch wichtigen Fallgruppe der Haftung für Straßenverkehrsunfälle.³³ Hiermit droht das in ErwG 6 Rom II-VO beschworene Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs verfehlt zu werden, weil das HStVÜ und die Rom II-VO nicht stets zur Berufung desselben materiellen Rechts führen werden.³⁴

Übereinkommen über das auf Verkehrsunfälle anzuwendende Recht und der Rom-II-Verordnung: Eine Fallstudie, VersR 2007, 1624.

²⁸ Dem HStVÜ gehören die folgenden Drittstaaten an: Bosnien-Herzegowina, Marokko, Mazedonien, Montenegro, die Schweiz, Serbien, die Ukraine und Weißrussland, vgl. *Jayme/Hausmann* (Fn. 26), S. 425 Fn. 1.

²⁹ OLG Hamm, Urt. v. 19.3.2021 – I-7 U 27/19, NJW-RR 2021, 898, Rn. 19 = IPRspr 2021-2.

³⁰ Vgl. zu Polen AG Frankenthal, Urt. v. 15.10.2014 – 3 a C 158/13, NZV 2015, 391, 392 = IPRspr 2014-60; gleiches gilt für Belgien, Frankreich, Kroatien, Lettland, Litauen, die Niederlande, Österreich, die Slowakei, Slowenien, Spanien und die Tschechische Republik, vgl. *Jayme/Hausmann* (Fn. 26), S. 425 Fn. 1.

³¹ Zu diesem klassischen Argument für den Renvoiausschluss in Staatsverträgen und EU-Verordnungen näher v. *Hein*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2024, Art. 4 EGBGB Rn. 49 ff.

³² Zu denkbaren, aber sehr umstrittenen Lösungsansätzen im Rahmen des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO näher v. *Hein* (Fn. 31), Art. 4 EGBGB Rn. 120 ff.

³³ Kritisch neben den in Fn. 27 Genannten auch *Junker*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 24 Rom II-VO Rn. 6.

³⁴ Vgl. etwa den Beispielsfall von *Kadner Graziano*, Kurze Verjährungsfristen im grenzüberschreitenden Haftungsfällen: noch keine Rettung in Sicht (*de lege lata*) und fünf Lösungsoptionen (*de lege ferenda*), ZEuP 2021, 668, 674 f.

Aufgrund des verbreiteten Unbehagens an diesem Status quo wurde die Kommission nach Art. 30 Abs. 1 Nr. ii Rom II-VO dazu verpflichtet, bis zum 20.8.2011 einen Bericht über die Auswirkungen des Art. 28 Rom II-VO auf das HStVÜ zu erstellen.³⁵ Erst zehn Jahre später, im Jahre 2021, wurde vom British Institute of International and Comparative Law (BIICL) im Auftrag der Kommission eine umfassende Studie zur Anwendung der Rom II-VO vorgelegt, die auch auf das Verhältnis zwischen der Rom II-VO und dem HStVÜ eingeht.³⁶ Darin heißt es:

„Die luxemburgischen, slowakischen, slowenischen und spanischen Experten weisen zudem darauf hin, dass die Anwendung des Haager Übereinkommens sowohl von Parteien als auch von Anwälten und Richtern leicht übersehen werden kann. Die luxemburgischen und slowakischen Experten berichten von einigen Fällen, in denen fälschlicherweise die Rom II-Verordnung anstelle des Haager Übereinkommens von 1971 angewendet wurde. In den Luxemburger Fällen führte die Anwendung der Rom II-Verordnung jedoch nicht zur Anwendung eines anderen Rechts als dem, das nach dem Haager Übereinkommen von 1971 zur Anwendung gekommen wäre.“³⁷

Auch deutsche Praktiker, die vor österreichischen Gerichten auftreten, würden öfters den dortigen Vorrang des HStVÜ vor der Rom II-VO verkennen.³⁸ Als mögliche Verbesserungsvorschläge werden in der Studie die Einführung spezieller Kollisionsnormen in der Rom II-VO für bestimmte Bereiche wie mittelbar Geschädigte, Unfälle mit mehreren Fahrzeugen, Schadensbemessung bei langfristigen Gesundheitsproblemen, Zinsen, Versicherungen und Verjährungsfristen³⁹ genannt.⁴⁰

b) Materielle Unterschiede am Beispiel der franko-romanischen Rechtsordnungen

(1) Frankreich: Spezialgesetzliche Regelung in der *Loi Badinter*

Selbst in Nachbarrechtsordnungen desselben Rechtskreises bestehen in Bezug auf Straßenverkehrsunfälle z.T. erhebliche materielle Unterschiede. In Frank-

³⁵ Hierzu *Schulze/Fervers*, in: BeckOGK, Stand: 1.8.2021, Art. 30 Rom II-VO Rn. 8; *Picht*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2023, Art. 30 Rom II-VO Rn. 1; zu Reformüberlegungen *Wurmnest*, Die Rom II-VO in der deutschen Rechtspraxis – Bestandsaufnahme und Reformüberlegungen, ZVgIRWiss 115 (2016), 624, 643 f.

³⁶ *British Institute of International and Comparative Law*, Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations – JUST/2019/JCOO_FW_CIVI_0167 (2021), S. 47 f., abrufbar unter <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/11043f63-200c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1>> (10.8.2023).

³⁷ *British Institute of International and Comparative Law* (Fn. 36), S. 47.

³⁸ *British Institute of International and Comparative Law* (Fn. 36), S. 47.

³⁹ Speziell hierzu *Kadner Graziano* (Fn. 34), ZEuP 2021, 668 ff.

⁴⁰ *British Institute of International and Comparative Law* (Fn. 36), S. 48.

reich war herkömmlich für die Haftung des Halters eines Kraftfahrzeugs Art. 1384 Abs. 1 Cc a.F. (seit der Reform des Jahres 2016 inhaltlich unverändert umnummeriert zu Art. 1242 Abs. 1 Cc n.F.)⁴¹ maßgebend, der aber heutzutage weitgehend durch spezialgesetzliche Regelungen verdrängt wird. Art. 1242 Abs. 1 Cc lautet in deutscher Übersetzung:

„Man haftet nicht nur für den Schaden, den man durch eigenes Verhalten verursacht, sondern auch für denjenigen, der durch Personen verursacht wird, für die man einzustehen hat, oder durch Sachen, die man in seiner Obhut hat.“

Soweit es um die Haftung bei Straßenverkehrsunfällen unter Beteiligung eines Kraftfahrzeugs geht, werden die Regeln des allgemeinen Zivilrechts (*droit commun*) aber seit 1985 durch die speziellen Vorschriften des Gesetzes Nr. 85-677, der nach dem damaligen Justizminister benannten *Loi Badinter*, verdrängt.⁴² Dieses Gesetz war erlassen worden, um eine durch divergierende Judikate entstandene Rechtsunsicherheit zu beheben und die Stellung bestimmter, als besonders schutzbedürftig angesehener Opfergruppen zu verbessern.⁴³

Die extreme Weite der Haftung nach der *Loi Badinter* verdeutlicht eine vielbeachtete Entscheidung der Cour de cassation vom 6.2.2014, der soge-

⁴¹ Das französische Allgemeine Schuldrecht und das Vertragsrecht sind mit der Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n°26, grundlegend reformiert worden. Das Deliktsrecht blieb bislang inhaltlich unverändert; seine Vorschriften wurden lediglich neu durchnummeriert. Das neue Schuldrecht findet nach Art. 9 der Ordonnance ab dem 1.10.2016 Anwendung; zuvor abgeschlossene Verträge unterliegen weiterhin dem alten Recht.

⁴² Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, version consolidée au 28 avril 2012, <<http://www.legifrance.gouv.fr>> (10.8.2023); deutsche Übersetzung bei *Gotthardt*, in: v. Bar, Deliktsrecht in Europa, 1994, S. 76 f.; hierzu v. Bar, Neues Verkehrshaftpflichtrecht in Frankreich, *VersR* 1986, 620; *Storp*, Französisches Kfz-Schadensrecht – tiefgreifende Reformen durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, *DAR* 1986, 311; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, S. 670 f.; zu jüngeren Entwicklungen *Backu/Wendenburg*, Schadenersatz bei Verkehrsunfällen in Frankreich – 20 Jahre Entschädigungsgesetz „Loi Badinter“ und die Umsetzung der europäischen Kfz-Haftpflichtrichtlinien, *DAR* 2006, 541; *Duranel/Brenner*, KFZ-Schadenregulierung Frankreich: Überblick zur rechtlichen Grundlage, Entwicklungen bei Körperschäden und neuerer Rechtsprechung, *DAR* 2016, 685; *Lemor*, Haftungsrecht und Schadenregulierung in Frankreich, *SVR* 2008, 206; *J.-M. Müller*, Die volle gegenseitige Schadenserstattung, ähnliche Besonderheiten des französischen Rechts und ihr Verhältnis zur Direktregulierung, *DAR* 2011, 557; *Nitzsche*, Die Regulierungspraxis französischer KH-Versicherer nach einem Verkehrsunfall in Frankreich, *DAR* 2018, 548, 550 f.

⁴³ Hierzu ausführlich *Böing*, Die Haftung für Straßenverkehrsunfälle in Frankreich und Deutschland, 2007, S. 50 ff.; *Jantkowiak*, Frankreich, in: Bachmeier, Regulierung von Auslandsunfällen, 3. Aufl. 2022, Rn. 7 ff.

nannte „Kitesurfer“-Fall.⁴⁴ Der Sachverhalt war einfach: Ein Kitesurfer war von einer stürmischen Windböe erfasst und gegen ein Kfz geschleudert worden, das ordnungsgemäß auf einem öffentlichen Parkplatz abgestellt worden war. Obwohl der Versicherer des Kfz-Halters geltend machte, es handle sich um einen Sport- und nicht um einen Verkehrsunfall i.S. des Gesetzes, bejahte der Kassationshof eine Haftung des Halters. Die Haftung nach der *Loi Badinter* setzt allein die „Beteiligung“ eines Kraftfahrzeugs, aber weder eine Kausalität noch ein Verschulden voraus.⁴⁵ Der Fall macht zudem deutlich, dass höhere Gewalt, wie etwa eine unvorhersehbar starke Windböe, den Schadensersatzanspruch des Opfers nach Art. 2 der *Loi Badinter* nicht ausschließt.⁴⁶ Nach dem Entwurf des Justizministeriums für eine Reform des französischen Haftungsrechts von 2017 sollte die *Loi Badinter* in den Code civil integriert werden.⁴⁷ Der Entwurf des Senats von 2020 ist aber deutlich zurückhaltender und will nur Kapitel II der *Loi Badinter* in den Code civil überführen.⁴⁸

(2) Fortgeltung der traditionellen gardien-Haftung in Luxemburg

Andere romanische Rechtsordnungen haben die *Loi Badinter* nicht (z.B. Luxemburg) oder nur zum Teil (Belgien) rezipiert. Hier gilt weiterhin das *droit commun* in unterschiedlichen Ausprägungen. Die luxemburgische Rechtsprechung und Literatur orientieren sich im Allgemeinen noch heute sehr stark an französischen Vorbildern.⁴⁹ Dies hat nicht nur entstehungsgeschichtliche Gründe, sondern ist auch ein Ausdruck der Tatsache, dass insbesondere im Haftungsrecht die Generalklauseln des Code civil einer Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedürfen; insoweit bietet ein großes Land wie Frankreich mit ca. 60 Mio. Einwohnern ein unvergleichbar reichhaltigeres Fallmaterial als ein Kleinstaat. Gerade die Sachhalterhaftung nach Art. 1384 Abs. 1 Cc lux. ist ungeachtet ihrer schmalen gesetzlichen Stütze in Luxemburg weithin Case Law, Richterrecht reinsten Wassers.⁵⁰ Ferner hat das luxemburgische akademische Schrifttum nicht entfernt den Umfang der französischen Literatur aufzuweisen. Aus diesem Grund ist es eine gängige und allseits akzeptierte Praxis, bei Gutachten zu Fragen des luxemburgischen

⁴⁴ Cass. civ. 2e, 6.2.2014, 13-13.265, ECLI:FR:CCASS:2014:C20027; hierzu aus deutscher Sicht *Duranel/Brenner* (Fn. 42), DAR 2016, 685, 686 ff.

⁴⁵ Vgl. auch *Duranel/Brenner* (Fn. 42), DAR 2016, 685, 686.

⁴⁶ Vgl. auch *Duranel/Brenner* (Fn. 42), DAR 2016, 685, 686.

⁴⁷ *Zwickel*, Der Vorentwurf für eine Reform des französischen Haftungsrechts (responsabilité civile), RIW 2017, 104, 107 f., m. w. N.

⁴⁸ <<https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>> (10.8.2023); dieser Entwurf ist 2023 allerdings hinfällig (*caduc*) geworden. Die Zukunft der Reform ist daher unsicher.

⁴⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 42), S. 99.

⁵⁰ *Kadner Graziano/Oertel*, Ein europäisches Haftungs- und Schadensrecht für Unfälle im Straßenverkehr? – Eckpunkte de lege lata und Überlegungen de lege ferenda, ZVglR-Wiss 107 (2008), 113, 119.

Rechts auch die französische Mutterrechtsordnung heranzuziehen, insbesondere dann, wenn sich zu einem bestimmten Problem noch keine klare Position der luxemburgischen Rechtsprechung und Lehre herausgebildet hat. Hierbei ist jedoch stets im Blick zu behalten, dass in der für den Beispielsfall relevanten Frage der *gardien*-Haftung (Art. 1384 Abs. 1 Cc lux.) das luxemburgische Recht gegenüber Neuerungen zurückhaltender gewesen ist als die französische Mutterrechtsordnung, insbesondere die *Loi Badinter* nicht rezipiert hat.⁵¹

Bei reziproken Schädigungen infolge einer Kollision zweier Fahrzeuge, die sich im Unfallzeitpunkt in Bewegung befinden, geht die luxemburgische Rechtsprechung davon aus, dass die Haftungsvermutung des Art. 1384 Abs. 1 Cc lux. wechselseitig zu Lasten jedes am Unfall beteiligten *gardien* gilt: Im Falle eines Zusammenstoßes zweier Fahrzeuge kann die in Art. 1384 Abs. 1 Cc lux. normierte Haftungsvermutung gegenüber jedem *gardien* geltend gemacht werden, wobei diese sich nur durch den Beweis eines Zufalls oder einer äußeren, ihnen nicht zurechenbaren Ursache entlasten können.⁵² Diese juristische Aufspaltung eines einheitlichen Straßenverkehrsunfalls in zwei getrennt voneinander zu betrachtende Schadensereignisse, in denen die Haftungsvermutung aus Art. 1384 Abs. 1 Cc lux. wechselseitig, d.h. mit vertauschten Parteirollen, zum Tragen kommt, entspricht der traditionellen Lösung des französischen *droit commun*.⁵³ Auch dort haftet jeder Beteiligte, sofern keinem der Unfallbeteiligten ein Verschulden nachgewiesen werden kann, jeweils als *gardien* für den vollen Schaden des anderen.⁵⁴ Zwar mag dieser Ansatz aus deutscher Sicht gekünstelt, ja befremdlich erscheinen.⁵⁵ Nach deutschem Recht ist – z.B. bei Auffahrunfällen nach einem Fahrspurwechsel – im Falle einer Unaufklärbarkeit des Geschehensablaufs eine hälftige Schadensteilung

⁵¹ Näher etwa AG Landstuhl, Urt. v. 3.4.2014 – 3 C 384/11, BeckRS 2014, 126101.

⁵² Cour d'appel Luxembourg, 29.7.1936, Pas. 14, 18; Cour d'appel Luxembourg, 15.5.1956, Pas. 16, 484. In diesem Sinne auch Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 17.6.1992 – 419/92; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 9.10.1994 – 901/94; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 21.12.1994 – 1084/94; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 30.5.2003 – 128/2003 III; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 26.9.2003 – 166/2003 III; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 26.9.2003 – 1666/2003 III; Cour d'appel Luxembourg, 13.12.2006 – 30689 und 30949; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 22.4.2008 – 93/08 VIII (Nachweise bei *Ravarani*, La responsabilité des personnes privées et publiques, 3. Aufl. 2014, Rn. 806).

⁵³ Zur Entwicklung der französischen Rechtsprechung in dieser Frage eingehend *Hübner*, Die Haftung des Gardien im französischen Zivilrecht, 1972, S. 130, m.w.N. in Fn. 105; ferner *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, Rn. 2 O 321.

⁵⁴ Zum Beispiel Cour d'appel Paris, 21.11.1985, Gaz. Pal. 1.12.1985, 12 f.; eingehend *Hübner* (Fn. 53), S. 130 ff.; ferner *Storp* (Fn. 42), DAR 1986, 311 f.

⁵⁵ Siehe die Kritik bei *Hübner* (Fn. 53), S. 130 ff., der insbesondere auf den ökonomischen Fehlanreiz für die Geschädigten hinweist, zu Lasten ihrer Versicherungen den wahren Unfallhergang zu verschleiern.

vorzunehmen.⁵⁶ Die wechselseitige volle Schadenshaftung ist aber selbst vom In-Kraft-Treten der *Loi Badinter* in Frankreich unberührt geblieben.⁵⁷ Es wird sogar darauf hingewiesen, dass die *Loi Badinter* durch den Ausschluss der Haftungsentlastung im Falle höherer Gewalt oder bei einem Drittverschulden (Art. 2 *Loi Badinter*) die Situationen eher vermehrt haben dürfte, in denen jeder Halter dem anderen dessen vollen Schaden ersetzen müsse:⁵⁸ „Die Haftpflichtversicherung wird so zu einer Art gegenseitiger Schadensversicherung.“⁵⁹ Auch im Rahmen des Art. 4 der *Loi Badinter* hat die französische Rechtsprechung daran festgehalten, dass im Falle einer Kollision mehrerer Fahrzeuge jeder Fahrer einen Anspruch auf den Ersatz des von ihm erlittenen Schadens habe, soweit er nicht durch sein Verschulden zur Entstehung seines eigenen Schadens beigetragen habe.⁶⁰ Selbst im Lichte der neueren Entwicklung des französischen Straßenverkehrsunfallrechts sind daher keine Impulse aus der Mutterrechtsordnung zu verzeichnen, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass die luxemburgische Rechtsprechung die herkömmliche „distributive und kumulative Anwendung“⁶¹ des Art. 1384 Abs. 1 Cc lux. zugunsten einer einheitlichen Betrachtung des Schadensereignisses aufgeben könnte.⁶² Festzuhalten bleibt aber, dass eine wechselseitige volle Entschädigung der an einem Fahrzeugzusammenstoß beteiligten *gardiens* voraussetzt, dass keinem der beiden ein Verschulden nachzuweisen ist⁶³ (zur Frage der Beweislastverteilung näher III.3.). Letztlich kann über die Haftungsverteilung regelmäßig erst entschieden werden, wenn der Sachverhalt nach einer Beweisaufnahme feststeht (zur internationalen Beweisaufnahme näher V.).

⁵⁶ BGH, Urt. v. 13.12.2011 – VI ZR 177/10, NJW 2012, 608.

⁵⁷ Dies betont *Storp* (Fn. 42), DAR 1986, 311 f.; ebenso *Backu/Wendenburg* (Fn. 42), DAR 2006, 541, 542; *Kadner Graziano/Oertel* (Fn.50), ZVglRWiss 107 (2008), 113, 129 f.

⁵⁸ So v. *Bar* (Fn. 42), VersR 1986, 620, 625 f.

⁵⁹ v. *Bar* (Fn. 42), VersR 1986, 620, 626; vgl. auch *Backu/Wendenburg* (Fn. 42), DAR 2006, 541, 542 in Fn. 30, die darauf hinweisen, dass das französische Bonus-Malus-System in diesem Fall keine Höherstufung vorsieht.

⁶⁰ Cass. crim., 22.5.1996, D. 1997, jur. 138 note *Chabas* = RTD. civ. 1997, 153 obs. *Jourdain*; Cass. Ch. mixte, 28.3.1997, D. 1997, jur. 294 note *Groutel* = RTD civ. 1997, 681 obs. *Jourdain*.

⁶¹ Formulierung von *Hübner* (Fn. 53), S. 131.

⁶² Vgl. auch eine Entscheidung des luxemburgischen Friedensgerichts Nr. 3648/2008 vom 12.11.2008, mit der eine Aussetzung eines in Luxemburg betriebenen Verfahrens nach Art. 27 Abs. 1 Brüssel I-VO (jetzt: Art. 29 Brüssel Ia-VO) trotz der Priorität eines vor dem LG Bonn mit vertauschten Parteirollen eingeleiteten Verfahrens mangels einer Identität des Streitgegenstandes abgelehnt wird (unveröffentlicht, liegt dem Verfasser vor).

⁶³ *Ravarani* (Fn. 52), Rn. 806. Dies betont bereits (zum französischen Recht) *Hübner* (Fn. 54), S. 130.

(3) Verschuldenshaftung in Belgien

Das belgische Recht wiederum kennt keine allgemeine, § 7 StVG vergleichbare Gefährdungshaftung des Halters eines Kfz.⁶⁴ Zwar enthält auch Art. 1384 des Cc belg. die aus dem französischen Recht rezipierte Haftung des *gardien* für eine Sache, die er in seiner Obhut hat. Im Gegensatz zur Entwicklung im französischen⁶⁵ und luxemburgischen⁶⁶ Recht ist diese Anspruchsgrundlage von der belgischen Rechtsprechung aber nicht zu einer generellen, grundsätzlich verschuldensunabhängigen Haftung des Kfz-Halters ausgebaut worden.⁶⁷ Vielmehr setzt die strikte Haftung nach Art. 1384 Cc belg. aus belgischer Sicht voraus, dass das unfallverursachende Kraftfahrzeug einen Fehler bzw. einen technischen Defekt aufweist („vice de la chose“, z. B. eine fehlerhafte Beleuchtung, abgefahrene Reifen o. ä.).⁶⁸ Den Beweis für das Vorliegen eines solchen Mangels muss wiederum der Geschädigte bzw. der Kläger führen.⁶⁹ Eine besondere Form der strikten Haftung, die sich an das

⁶⁴ LG Konstanz, Urt. v. 27.8.2010 – 2 O 21/09 D, BeckRS 2013, 05613 (unter V.); *Lentz*, in: MünchKomm StVR, 1. Aufl. 2019, Belgien, Rn. 68; *Müller-Trawinski*, Belgien, in: Bachmeier, Regulierung von Auslandsunfällen, 3. Aufl. 2022, Rn. 5; *Neidhart/Nissen*, Verkehrsunfälle in Europa, 6. Aufl. 2016, Belgien, Rn. 7.

⁶⁵ Siehe hierzu aus belgischer Sicht *van Ommeslaghe*, Droit des obligations II: Sources des obligations, 2010, Rn. 803; ausführlich zur Entwicklung der französischen Rechtsprechung v. *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, 1996, § 2 Rn. 109 ff., *Gotthardt* (Fn. 42), S. 39, 41 ff.; *Hübner* (Fn. 53), S. 6 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 42), S. 664 ff.

⁶⁶ Eingehend *Ravarani* (Fn. 52), Rn. 775 ff.

⁶⁷ Vgl. Cass., 26.5.1904, Pas. I, 247; Cass., 2.9.1976, Arr. Cass. 1977, 6; Cass., 28.2.1992, Arr. Cass. 1991–92, 620; Berufungshof Antwerpen, 25.1.1999, Bull. Ass. 1999, 527; *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 803; *Kadner Graziano/Oertel* (Fn. 50), ZVglRWiss 107 (2008); 113, 119; *Lemor*, Haftungsrecht und Schadenregulierung in Belgien, SVR 2009, 55; *Lentz* (Fn. 64), Belgien, Rn. 69 f.; *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 9; die neue belgische außervertragliche Haftung wurde am 1.2.2024 vom Parlament verabschiedet. Das Gesetz sieht eine Umnummerierung sowie eine neue Formulierung der Vorschriften vor, jedoch ohne erhebliche inhaltliche Änderungen bezüglich der *gardien*-Haftung. Art. 1384 Cc belg. soll demnach Art. 6.16 werden. Das neue Livre 6 des belgischen Code civil wird am 1.1.2025 in Kraft treten. Der Text ist unter <<https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2024/02/07/2024001600/moniteur>> (20.11.2024) abrufbar.

⁶⁸ *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 943; LG Konstanz, BeckRS 2013, 05613 (unter V.); *Lentz* (Fn. 64), Belgien, Rn. 70; siehe die Zusammenstellung einschlägiger Kasuistik bei *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 9, m. w. N.; Art. 6.16 Cc belg. n.F. (siehe Fn. 67) übernimmt das Erfordernis eines „vice de la chose“ und gibt hierfür in Abs. 3 eine Legaldefinition: „Eine Sache ist mangelhaft, wenn sie aufgrund einer ihrer Eigenschaften nicht die Sicherheit bietet, die man unter den gegebenen Umständen berechtigterweise erwarten kann“.

⁶⁹ Cass., 28.2.1992, Arr. Cass. 1991–92, 620; Berufungshof Antwerpen, 25.1.1999, Bull. Ass. 1999, 527; *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 943; *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 9.

Vorbild der französischen *Loi Badinter* anlehnt,⁷⁰ sieht zwar Art. 29bis des belgischen Haftpflichtgesetzes zugunsten schwächerer Verkehrsteilnehmer vor.⁷¹ Nach dieser Vorschrift werden aber nur die Körperschäden im weiteren Sinne (einschließlich Schäden an der Bekleidung) ersetzt, welche diejenigen Personen erleiden, die nicht selbst Fahrer eines der am Unfall beteiligten Kraftfahrzeuge sind, also z. B. Beifahrer, Radfahrer oder Fußgänger.⁷² Schäden an den Unfallfahrzeugen selbst sind hingegen von dieser Deckung ausgeschlossen.⁷³

2. Die maßgebenden Verkehrsvorschriften

In Bezug auf die maßgebenden Verkehrsvorschriften bestimmt Art. 17 Rom II-VO, dass

„[b]ei der Beurteilung des Verhaltens der Person, deren Haftung geltend gemacht wird, [...] faktisch und soweit angemessen die Sicherheits- und Verhaltensregeln zu berücksichtigen [sind], die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind“.

Auch wenn beispielsweise die Haftung einer Autofahrerin mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland, die eine andere deutsche Touristin in Südafrika verletzt hat, gemäß Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO deutschem Recht unterliegt, muss das Gericht den Umstand in Betracht ziehen, dass man am Unfallort auf der linken Straßenseite fährt.⁷⁴

Nach der *local data*-Theorie,⁷⁵ die der Vorschrift in methodischer Hinsicht zugrunde liegt, verpflichtet Art. 17 Rom II-VO das Gericht lediglich dazu,

⁷⁰ Hierzu näher *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 1035, m. w. N.

⁷¹ Loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs du 21 novembre 1989, geändert durch das Gesetz vom 19.1.2001, Mon. belge vom 21.2.2001, S. 5102; die anstehende Reform des belgischen Haftungsrechts möchte dieses Gesetz unberührt lassen, siehe die Begründung in: Proposition de loi portant le livre 6 „La responsabilité extracontractuelle“ du Code civil, Doc. 55K3213/001, S. 15, abrufbar unter <<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/3213/55K3213001.pdf>> (10.8.2023).

⁷² Ebenso *Lemor* (Fn. 67), SVR 2009, 55; *Lentz*, Unfallschadensrecht in Belgien, DAR 2015, 248; *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 18.

⁷³ *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 1038; explizit auch *Lentz* (Fn. 72), DAR 2015, 248.

⁷⁴ BGH Urt. v. 10.2.2009 – VI ZR 28/08, IPRax 2010, 367, 369 = NJW 2009, 1482, 1485 = IPRspr 2009-21b; besprochen von *Seibl*, IPRax 2010, 347, 352; *Spickhoff*, LMK 2009, 280900; ebenso im Erg. zu Großbritannien AG Meldorf, IPRspr 2017-68.

⁷⁵ *Ehrenzweig*, Local and Moral Data in the Conflict of Laws: Terra Incognita, 16 Buff. L.Rev. 55 (1966); *Kay*, Conflict of Laws: Foreign Law as Datum, 53 Calif.L.Rev. 47 (1965); *Jayme*, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie, in: GS Ehrenzweig, 1976, S. 35; auch noch *Stoll*, Zum Problem der Vorfrage im internationalen Deliktsrecht, in: FS Lipstein, 1980, S. 259; für die gegenteilige Ansicht (die echte Anwendung von ausländischen Sicherheits- und Verhaltensregeln befürwortend) siehe insbesondere *Dörner*, Alte und neue Probleme

die Sicherheits- und Verhaltensregeln als Tatsachen zu berücksichtigen, nicht aber, sie als Rechtsnormen anzuwenden:⁷⁶

„Es gilt, zwischen der Berücksichtigung fremden Rechts und seiner Anwendung zu unterscheiden: Das Gericht wendet ausschließlich das durch die Kollisionsnorm bezeichnete Recht an, muss aber fremdes Recht wie ein Sachverhaltelement berücksichtigen, z.B. wenn es darum geht, zur Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes das Verschulden oder die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Schädigers zu würdigen.“⁷⁷

Im Hinblick auf die *prozessuale* Behandlung ausländischen Rechts, beispielsweise bei der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts (§ 293 ZPO), dessen Überprüfung in der Revision (§ 545 Abs. 1 ZPO) oder hinsichtlich besonderer Kompetenzen spezialisierter Gerichtskammern (z.B. der Zivilkammer 27 des LG Hamburg), müssen ausländische Sicherheits- und Verhaltensregeln dessen ungeachtet als Recht eingestuft und somit ggf. von Amts wegen ermittelt werden.⁷⁸

Schließlich erwähnt Art. 17 Rom II-VO lediglich das Verhalten des mutmaßlichen Schädigers. Jedoch können die gleichen Verkehrsregeln auch im Hinblick auf die Beurteilung des Verhaltens des Geschädigten relevant sein, z.B. wenn es darum geht, ob er unter dem Einfluss von Alkohol oder auf der richtigen Straßenseite gefahren ist. Aus Gründen der Logik und der Gleichbehandlung müssen Fragen des Mitverschuldens im Wege einer analogen Anwendung des Art. 17 Rom II-VO beantwortet werden.⁷⁹

des Internationalen Deliktsrechts, in: FS Stoll, 2001, S. 491, 498; diese nach Inkrafttreten der Rom II-VO als vorzugswürdig einstufend Stoll, Zur Flexibilisierung des europäischen internationalen Deliktsrechts. Vermittelnde Kritik aus Amerika an der „Rom II VO“, FS Reischauer, 2010, S. 389, 408.

⁷⁶ Eingehend Pfeiffer, Datumtheorie und „local data“ in der Rom II-VO – am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen, in: FS Schurig, 2012, S. 229; v. Hein, Die Behandlung von Sicherheits- und Verhaltensregeln nach Art. 17 der Rom II-Verordnung, in: FS v. Hoffmann, 2011, S. 139; Dornis, Die Theorie der local data: dogmatische Bruchstelle im klassischen IPR, SZIER 2015, 183; Dornis, Local data, in: Basedow u.a., Encyclopedia of Private International Law, 2017, S. 1166; Eckert, Die Auslegung und Reichweite des Art. 17 Rom II-VO – Zur Bedeutung privater Standards im Wintersport als local data am Beispiel der FIS-Verhaltensregeln, GPR 2015, 303; Maultzsch, Statutsfremde Sicherheits- und Verhaltensregeln (Art. 17 Rom II-VO) im Spiegel wirtschaftsrechtlicher Haftungsprobleme, in: FS Ebke, 2021, S. 653; M.-P. Weller, Das autonome Unternehmenskollisionsrecht, IPRax 2017, 167, 173; Diehl, Internationalprivatrechtliche Aspekte des grenzüberschreitenden Skiunfalles, IPRax 2018, 371; jeweils m.w.N.

⁷⁷ Begründung zum Vorschlag der Kommission vom 22. Juli 2003, COM (2003) 427 endg., S. 28.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 25.6.2019 – X ZR 166/18, NJW 2019, 3374 Rn. 20 ff. = IPRspr 2019-287b (anders noch die Vorinstanz, OLG Celle, Urt. v. 6.9.2018 – 11 U 42/18, BeckRS 2018, 20957 Rn. 30); OLG München, Urt. v. 15.12.2017 – 10 U 2443/17, BeckRS 2017, 135567 Rn. 5 ff.; OLG Saarbrücken, Urt. v. 6.2.2020 – 4 U 33/18, BeckRS 2020, 7100 Rn. 40 ff. = IPRspr 2020-104; v. Hein (Fn. 76), S. 153.

Im Beispielsfall wären daher die Vorschriften der luxemburgischen Straßenverkehrsordnung zu Spurwechseln und Überholvorgängen (Art. 117 ff. der großherzoglichen Verordnung v. 23.11.1955) näher zu prüfen.⁸⁰

3. *Anscheinsbeweis*

a) *Problemstellung*

Nach Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO ist das nach dieser Verordnung für das außervertragliche Schuldverhältnis maßgebende Recht insoweit anzuwenden, als es für außervertragliche Schuldverhältnisse gesetzliche Vermutungen aufstellt oder die Beweislast verteilt. Eine gesetzliche Vermutung i.S.d. Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO liegt vor, wenn das materielle Recht bei Vorliegen bestimmter Sachverhaltsvoraussetzungen eine Partei davon entbindet, den Nachweis für das Vorhandensein einer für sie günstigen Sach- oder Rechtslage zu erbringen.⁸¹ Der Begriff der „gesetzlichen“ Vermutungen („presumptions of law“, „présomptions légales“) ist nicht eng i. S. d. kodifizierten Rechts zu verstehen; richterrechtliche Regeln reichen nach Sinn und Zweck der Vorschrift aus.⁸² Über gesetzliche Vermutungen hinausgehend erfasst das Deliktsstatut nach Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO als materiellrechtlich zu qualifizierende Fragen der Beweislastverteilung.⁸³ Das Deliktsstatut ist folglich dafür maßgebend, wer die Beweislast trägt und unter welchen Voraussetzungen eine Beweislastumkehr eintritt.⁸⁴ Umstritten ist, ob man den Anscheinsbeweis als verfahrensrechtlich oder als materiellrechtlich qualifiziert. Im ersteren Fall kommt gemäß Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO das Recht des angerufenen Ge-

⁷⁹ OLG München, BeckRS 2017, 135567, Rn. 5; *Junker* (Fn. 33), Art. 17 Rom II-VO Rn. 25; *Ofner*, Die Rom II Verordnung – Neues Internationales Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union, ZfRV 2008, 13, 17; *Thorn*, in: Grüneberg BGB, 83. Aufl. 2024, Art. 17 Rom II-VO Rn. 5; *G. Wagner*, Die neue Rom-II-Verordnung, IPRax 2008, 1, 6; die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von *Heiss/Loacker*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl. 2007, 613, 637.

⁸⁰ In konsolidierter Fassung abrufbar unter <<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/route/20240210>> (20.11.2023).

⁸¹ *Junker* (Fn. 33), Art. 22 Rom II-VO Rn. 5; *Limbach*, in: Nomos-Kommentar BGB, 3. Aufl. 2019, Art. 22 Rom II-VO Rn. 2; *Picht* (Fn. 35), Art. 22 Rom II-VO Rn. 6.

⁸² *Spickhoff*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2022, Art. 22 Rom II-VO Rn. 2; *Kreuzer/Wagner/Reder*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 58. EL 2023, Rn. R 412; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 17. Aufl. 2022, Art. 22 Rom II-VO Rn. 2.

⁸³ OLG München, Urt. v. 1.12.2017 – 10 U 2627/17, NJW-RR 2018, 82 Rn. 30 = IPRspr 2017-2; *Spickhoff* (Fn. 82), Art. 22 Rom II-VO Rn. 2.

⁸⁴ OLG München, NJW-RR 2018, 82 Rn. 30 = IPRspr 2017-2; *Junker* (Fn. 33), Art. 22 Rom II-VO Rn. 10 ff.; *Limbach* (Fn. 81), Art. 22 Rom II-VO Rn. 2; *Picht* (Fn. 35), Art. 22 Rom II-VO Rn. 9 ff.

rechts (*lex fori*) zur Anwendung; im letzteren Fall wäre hingegen gemäß Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO wiederum das auf das außervertragliche Schuldverhältnis anwendbare Recht anzuwenden.

b) *Die herkömmliche prozessuale und die vordringende materielle Qualifikation*

Nach der herkömmlichen Auffassung handelt es sich bei dem Anscheinsbeweis um eine verfahrensrechtliche Frage, die der *lex fori* des angerufenen Gerichts unterliegt.⁸⁵ Dies wird damit begründet, dass „der prima facie-Beweis im Feld der Beweiswürdigung anzusiedeln ist und nicht bei der Beweislastproblematik“.⁸⁶ Ferner wird argumentiert, dass der Anscheinsbeweis – anders als die Beweislast – auf Erfahrungs- und nicht auf Rechtssätzen beruhe.⁸⁷ Zudem verlange der Anscheinsbeweis vom Prozessgegner nicht, wie eine materiellrechtliche Vermutung, den Beweis des Gegenteils, sondern nur die Erschütterung des Anscheins.⁸⁸

Nach einer vordringenden Meinung ist hingegen auch der Anscheinsbeweis unter Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO zu subsumieren und somit dem Deliktstatut zu unterstellen.⁸⁹ Hierfür wird argumentiert, dass der prima facie-

⁸⁵ LG Saarbrücken, Urte. v. 11.5.2015 – 13 S 21/15, NZV 2015, 488 = IPRax 2015, 567 = IPRspr 2015-47; ausführlich *Thole*, Anscheinsbeweis und Beweisvereitelung im harmonisierten Europäischen Kollisionsrecht – ein Prüfstein für die Abgrenzung zwischen *lex causae* und *lex fori*, IPRax 2010, 285, 286 f.; ebenso *Varga*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2023, Art. 22 Rom II-VO Rn. 41 ff.; *Spickhoff* (Fn. 82), Art. 22 Rom II-VO Rn. 2; *M. Stürner*, in: Erman BGB, 17. Aufl. 2023, Art. 22 Rom II-VO Rn. 3; *Altenkirch*, in: Huber, Rome II Regulation, 2011, Art. 22 Rom II-VO Rn. 9; *Lafontaine*, Richterliche Überzeugungsbildung und Lebenserfahrung im Ausland. Beweisrechtliche Probleme im Kfz-Haftpflichtprozess bei Geltung ausländischen Sachrechts, DAR 2020, 247, 250; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht 8. Aufl. 2021, Rn. 10.10; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 10.64; *Schaub* (Fn. 82), Art. 22 Rom I-VO Rn. 2; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 799 ff.; letztlich wohl auch *Limbach* (Fn. 81), Art. 22 Rom II-VO Rn. 6 ff.; vor der Rom II-VO: BGH, Urte. v. 4.10.1984 – I ZR 112/82, NJW 1985, 554; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.4.2008 – 8 U 228/06, juris, Rn. 65; IPG 1980/81 Nr. 8, Göttingen, S. 63 ff.; *Birk*, Schadensersatz und sonstige Restitutionsformen im internationalen Privatrecht, 1969, S. 153 ff.; *Eisner*, Beweislastfragen und Beweiswürdigung im deutschen und amerikanischen Zivilprozess, ZZP 80 (1967), 78, 87; *Pohle*, Zur Beweislast im internationalen Recht, in: FS Dölle, Bd. II, 1963, S. 324 f.

⁸⁶ *Birk* (Fn. 85), S. 154; ebenso *Thole* (Fn. 85), IPRax 2010, 285, 286 f.

⁸⁷ LG Saarbrücken, NZV 2015, 488, 489 f. = IPRspr 2015-47; *Birk* (Fn. 85), S. 154; ebenso *Thole* (Fn. 85), IPRax 2010, 285, 287.

⁸⁸ *Thole* (Fn. 85), IPRax 2010, 285, 287.

⁸⁹ AG Geldern, Urte. v. 27.10.2010 – 4 C 356/10, NJW 2011, 686 = IPRspr 2010-54; im Ausgangspunkt auch OLG Saarbrücken, BeckRS 2020, 7100 = IPRspr 2020-104, Rn. 37–39, das aber letztlich (Rn. 40 ff.) nach Art. 17 Rom II-VO anknüpfen will; *Bachmeier*, Grenzüberschreitende Unfallregulierung in der EU, SVR 2020, 1, 2 f.; v. *Bar/Mankowski*,

Beweis im praktischen Ergebnis doch zu einer Umverteilung der Beweislast führe und zudem eng mit der materiellrechtlichen Beweislastverteilung verknüpft sei.⁹⁰ Die Begriffe der „gesetzlichen Vermutung“ und der „Beweislast“ in Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO seien autonom auszulegen und deckten auch Rechtsfiguren ab, die in der *lex fori* als prozessrechtlich qualifiziert würden.⁹¹ So meint das OLG Saarbrücken:⁹²

„Anders als bei der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage, nach welchem nationalen Recht sich die Frage des Beweismaßes richtet [...], ist anerkannt, dass es sich bei den Regeln zur Darlegungs- und Beweislast um materielle Rechtssätze handelt, die sich nach ausländischem Sachrecht bestimmen (grundlegend BGH, Urteil vom 27.04.1977 – VIII ZR 184/75, WM 1977, 793). Bei dem Beweis des ersten Anscheins handelt es sich um eine solche Regel der Beweislastverteilung; jedenfalls enthält der Anscheinsbeweis eine Vermutung tatsächlicher Art, wie sie von Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO unmittelbar erfasst wird. Alleine die tatsächlichen Auswirkungen der Regeln über den Anscheinsbeweis auf die richterliche Beweiswürdigung genügen nicht, sie den prozessualen Beweisregeln zuzuordnen. Denn der Anscheinsbeweis erschöpft sich gerade nicht in der Beweiswürdigung im Einzelfall, sondern zielt – wie eine gesetzliche Vermutung – auf eine abstrakte Regelbildung (MünchKommBGB[-Junker], Art. 22 Rom II-VO, Rn. 8), die den Tatrichter bindet. Wird der Anscheinsbeweis nicht erschüttert, indem Tatsachen vorgetragen und bewiesen werden, die die Möglichkeit eines anderen (atypischen) Geschehensablaufs im Einzelfall begründen (Geigel, Der Haftpflichtprozess, Rn. 258; Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, § 8 StVO Rn. 68), so hat der Tatrichter das dadurch vermutete Verschulden in die Haftungsabwägung einzustellen (für den Fahrstreifenwechsel vgl. etwa Kuhnke, NZV 2018, 447 (449)).“

IPR II, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 416; *Bücken*, Internationales Beweisrecht im Europäischen internationalen Schuldrecht, 2016, S. 236 ff.; *Klöhn*, in: Calliess/Renner, Rome Regulations, 3. Aufl. 2020, Art. 22 Rom II-VO Rn. 8; *Czaplinski* (Fn. 27), S. 139; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2024, Rn. 2291; *Thorn* (Fn. 79), Art. 22 Rom II-VO Rn. 1; *Engel*, in: jurisPK BGB, 10. Aufl. 2023, Art. 22 Rom II-VO Rn. 5 ff.; *Martiny*, Europäisches Internationales Schuldrecht – Feinarbeit an Rom I- und Rom II-Verordnungen, ZEuP 2018, 218, 241; *Junker* (Fn. 33), Art. 22 Rom II-VO Rn. 8; *Staudinger*, in: MünchKommStVR, 1. Aufl. 2019, IPR/IZVR Rn. 130 ff.; *Picht* (Fn. 35), Art. 22 Rom II-VO Rn. 8; *Schacherreiter/Klumpe*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2019, Art. 22 Rom II-VO Rn. 15 ff.; *Staudinger*, Straßenverkehrsunfall, Rom II-Verordnung und Anscheinsbeweis, NJW 2011, 650; *Wurmnest*, (Fn. 35), ZVglRWiss 115 (2016), 624, 636 ff.; *Zwickel*, Der Anscheinsbeweis zwischen *lex causae* und *lex fori* im Bereich des französischen Straßenverkehrshaftungsrechts (Loi Badinter), IPRax 2015, 531, 534; im Erg. ebenso schon vor der Rom II-VO: v. *Hoffmann*, in: Staudinger BGB, 2001, Art. 38 EGBGB Rn. 49; IPG 1974 Nr. 7, Köln, S. 59; *Greger*, Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, VersR 1980, 1091, 1104; *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, 1983, Rn. 354; *Buciek*, Beweislast und Anscheinsbeweis im internationalen Recht, 1984, S. 257; *G. Brandt*, Die Sonderanknüpfung im internationalen Privatrecht, 1993, S. 111.

⁹⁰ OLG Saarbrücken, BeckRS 2020, 7100 Rn. 38 = IPRspr 2020-104; Zusammenfassung der Argumente bei *Staudinger* (Fn. 89), NJW 2011, 650 ff.

⁹¹ AG Geldern, NJW 2011, 686, 687 = IPRspr 2010-54.

⁹² OLG Saarbrücken, BeckRS 2020, 7100 Rn. 38 = IPRspr 2020-104.

Folgt man dieser Auffassung, wäre für die Grundsätze des Anscheinsbeweises, wie sie im deutschen Recht anerkannt sind, im Beispielfall von vornherein kein Raum.

c) *Lösung über Art. 17 Rom II-VO?*

Zudem wird gegen die verfahrensrechtliche Qualifikation des Anscheinsbeweises dessen enger Zusammenhang mit den Verhaltensanforderungen der jeweils maßgeblichen Straßenverkehrsordnung angeführt, da derartige Verhaltens- und Sicherheitsregeln gemäß Art. 17 Rom II-VO dem Recht des Unfallortes zu entnehmen seien.⁹³ Das OLG Saarbrücken hat in einer neueren Entscheidung, in der aufgrund des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien deutsches Recht das materielle Haftungsstatut bildete (Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO), die Frage des Anscheinsbeweises bei einem Spurwechsel sogar letztlich *nicht* nach der deutschen *lex causae* (Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO) beurteilt, sondern gemäß Art. 17 Rom II-VO den am luxemburgischen Unfallort maßgebenden Sicherheits- und Verhaltensregeln unterstellt.⁹⁴ Dieses Vorgehen erscheint allerdings selbst im Falle einer materiellrechtlichen Qualifikation des Anscheinsbeweises zweifelhaft, weil es sich insoweit bei Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO um die gegenüber Art. 17 Rom II-VO vorrangige *lex specialis* handeln dürfte.⁹⁵

d) *Praktische Folgen*

Bei der Qualifikation des Anscheinsbeweises ist zu berücksichtigen, dass Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO als eine Ausnahmenvorschrift im Verhältnis zum Verfahrensrecht restriktiv auszulegen ist.⁹⁶ Dies verdeutlicht Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO, der betont, dass diese Verordnung „unbeschadet der Artikel 21 und 22 nicht für den Beweis und das Verfahren [gilt]“. Ferner hat der EuGH in der *Odenbreit*-Entscheidung die zuvor umstrittene Erstreckung des Wohnsitzgerichtsstandes (Art. 11 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 13 Abs. 2 Brüssel Ia-VO) auf den Geschädigten nicht zuletzt mit einer Verbesserung der Rechtsstellung von Unfallopfern begründet (siehe oben II.1.). Gerade für den Geschädigten

⁹³ So *Thorn* (Fn. 79), Art. 22 Rom II-VO Rn. 1; *Junker* (Fn. 33), Art. 22 Rom II-VO Rn. 9; *Picht* (Fn. 35), Art. 22 Rom II-VO Rn. 8; *Staudinger* (Fn. 89), NJW 2011, 650, 651.

⁹⁴ OLG Saarbrücken, BeckRS 2020, 7100 Rn. 40 f. = IPRspr 2020-104; zustimmend *Kääb*, Umfang der Anwendung luxemburgischen Rechts nach Unfall in Luxemburg mit deutschen Beteiligten, FD-StrVR 2020, 429443; *Rauscher*, Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts 2019 bis 2020, NJW 2020, 3632 Rn. 60; *Staudinger/Nitkowski*, Verkehrsunfälle mit Auslandsbezug – das Spannungsfeld von Art. 4 Abs. 2 und Art. 17 Rom II-VO, DAR 2020, 471, 474.

⁹⁵ Im Erg. ablehnend auch *Lafontaine* (Fn. 85), DAR 2020, 247, 250.

⁹⁶ Anderer Ansicht *Staudinger* (Fn. 89), IPR/IZVR Rn. 130, der im Zweifel für eine extensive Auslegung plädiert, um Rechtssicherheit und -einheit im Binnenmarkt zu fördern.

dürfte es aber in der Regel günstiger sein, wenn das angerufene Gericht an seinem Wohnsitz das Beweisverfahrensrecht der *lex fori* anwenden darf, weil hierdurch die Entscheidungsfindung schneller und kostengünstiger vonstattengeht.⁹⁷ Eine Ausdehnung des Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO auf verfahrensrechtliche Beweisregeln würde hingegen dazu führen, dass das inländische Gericht in noch stärkerem Maße als bisher ausländisches Recht anwenden müsste. Hierzu merkt *Thole* kritisch an:

„Dem Richter ist es [...] nur schwer zumutbar, sich mit den Feinheiten des ausländischen Beweisrechts vertraut zu machen; dies würde das Verfahren beeinträchtigen und damit dem Effizienzpostulat einen Bärendienst erweisen. In diesem Bereich herrscht [...] bereits in den Grundzügen eine große Konvergenz, die eine Anwendung ausländischer Beweiserleichterungen zudem nicht zwingend erforderlich macht.“⁹⁸

Für die materiellrechtliche Qualifikation sprechen zwar der Entscheidungseinklang im Rahmen der Rom II-Mitgliedstaaten (ErwG 6 Rom II-VO) und das Ziel, ein *forum shopping* zu vermeiden.⁹⁹ Aber dieses Ziel wird wegen der fortbestehenden Zersplitterung der EU in Rom II-Staaten einerseits, HStVÜ-Staaten andererseits (siehe oben III.1.), ohnehin vielfach nicht erreicht.¹⁰⁰ Letztverbindlich könnte die Grenzziehung zwischen Beweislastregeln und Beweisverfahrensrecht im Rahmen des Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO der EuGH in einem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV klären;¹⁰¹ für das HStVÜ hat der EuGH jedoch keine Auslegungskompetenz. Auch nach Art. 8 HStVÜ erfasst das materielle Deliktsstatut nur die Beweislastverteilung, nicht aber die Beweisführung und Beweiswürdigung.¹⁰² Insoweit ist die Qualifikation des Anscheinsbeweises dort genauso wenig geklärt wie im Rahmen der Rom II-VO.¹⁰³ Selbst wenn ein deutsches Gericht den Anscheinsbeweis im Beispielsfall als materiellrechtlich i.S.d. Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO qualifizieren würde, bliebe daher letztlich ungewiss, ob auch die luxemburgischen Gerichte dem in Bezug auf Art. 8 HStVÜ folgen würden.

Schließlich ist die Feststellung, ob dem ausländischen Recht die Figur des Anscheinsbeweises bekannt ist, oft mit Unsicherheiten behaftet.¹⁰⁴ Das OLG Saarbrücken verwies zu weiteren Feststellungen in Bezug auf das luxembur-

⁹⁷ *Thole* (Fn. 85), IPRax 2010, 285, 287; ebenso *Lafontaine* (Fn. 85), DAR 2020, 247, 250, m.w.N.

⁹⁸ *Thole* (Fn. 85), IPRax 2010, 285, 287; ebenso *Lafontaine* (Fn. 85), DAR 2020, 247, 250, m.w.N.

⁹⁹ *Wurmnest* (Fn. 35), ZVglRWiss 115 (2016), 624, 636 ff.; *Zwickel* (Fn. 89), IPRax 2015, 531, 534, jeweils m.w.N.

¹⁰⁰ *Lafontaine* (Fn. 85), DAR 2020, 247, 250 bei Fn. 42.

¹⁰¹ *Wurmnest* (Fn. 35), ZVglRWiss 115 (2016), 624, 639.

¹⁰² *Czaplinski* (Fn. 27), S. 341, m.w.N.

¹⁰³ *Czaplinski* (Fn. 27), S. 341 in Fn. 1669.

¹⁰⁴ Siehe etwa zur Entwicklung des französischen Rechts *Zwickel* (Fn. 89), IPRax 2015, 531, 533.

gische Recht an das LG zurück;¹⁰⁵ das abschließende Urteil des LG ist allerdings, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht. Zum Anscheinsbeweis finden sich weder in dem Standardwerk von *Ravarani* zum luxemburgischen Deliktsrecht¹⁰⁶ noch in Länderberichten zum luxemburgischen Prozessrecht von *Hoscheit*¹⁰⁷ bzw. zum luxemburgischen Beweisrecht von *Bajons*¹⁰⁸ explizite Ausführungen. Die Erläuterungen *Ravaranis* legen vielmehr eher strenge Anforderungen an die Beweislast im Hinblick auf die Entlastung eines *gardien* nahe.¹⁰⁹ Zum Teil wird davon ausgegangen, dass weder das französische noch das luxemburgische Deliktsrecht einen Anscheinsbeweis im Sinne der deutschen zivilprozessrechtlichen Dogmatik kennen.¹¹⁰ Jedoch hat z.B. auch das französische Recht herkömmlich anerkannt, dass etwa bei einem Auffahrunfall zu vermuten sei, dass der Auffahrende schuldhaft den erforderlichen Sicherheitsabstand zum Vorausfahrenden nicht eingehalten habe.¹¹¹ Die neuere französische Rechtsprechung tendiert hingegen dazu, in Bezug auf ein Mitverschulden des Unfallgegners den vollen Beweis zu verlangen.¹¹² In Luxemburg wird die Mittelstellung des Beweisrechts zwischen materiellem und Verfahrensrecht betont, gerade auch im Hinblick auf die kollisionsrechtliche Qualifikation.¹¹³ Ferner wird hervorgehoben, dass das luxemburgische Recht kein bestimmtes Beweismaß wie im Common Law (*standard of proof*) kenne, sondern dass der Richter in seiner Beweiswürdigung frei bleibe, sofern er nicht die Beweislast umkehre.¹¹⁴ Die bloße Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs bzw. des Eintritts eines bestimmten Ereignisses könne die Beweisführung nicht ersetzen.¹¹⁵

¹⁰⁵ OLG Saarbrücken, BeckRS 2020, 7100 Rn. 40 ff. = IPRspr 2020-104.

¹⁰⁶ *Ravarani* (Fn. 52).

¹⁰⁷ *Hoscheit*, Culture et droit processuel – Rapport du Luxembourg aux Journées Louisiennes de l’association Henri Capitant, 2008, Rn. 22–24.

¹⁰⁸ *Bajons/Bervoets*, Luxemburg, in: Nagel/Bajons, Beweis – Preuve – Evidence, 2003, S. 371.

¹⁰⁹ *Ravarani* (Fn. 52), Rn. 1066.

¹¹⁰ Vgl. zum französischen Recht LG Saarbrücken, NZV 2015, 488, 490 unter Berufung auf *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005, S. 58 f.; *Varga* (Fn. 85), Art. 22 Rom II-VO Rn. 43.1; zum luxemburgischen Recht AG Landstuhl, Urt. v. 3.4.2004 – 3 S 384/11 (unveröff.; zit. nach LG Saarbrücken, NZV 2015, 488, 490 = IPRspr 2015-47); *Varga* (Fn. 85), Art. 22 Rom II-VO Rn. 43.1.

¹¹¹ So *Defrance/Namin/Ravayrol*, in: Code de La Route, 29. Aufl. 2012, S. 1206; zu entsprechenden Vermutungen auch *Zwickel* (Fn. 89), IPRax 2015, 531, 533.

¹¹² Cass. Ass. plén., 6.4.2007, Bull. Ass. plén., n° 5, p. 11; Cass. Ass. plén., 6.4.2007, Bull. Ass. plén, n° 6, p. 10.

¹¹³ *Menétrey*, Procédure Civile Luxembourgeoise – Approche Comparative, 2016, Rn. 459.

¹¹⁴ *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 458.

Zum belgischen Recht wird hingegen vertreten, die Vorschriften der belgischen Straßenverkehrsordnung gäben

„jedenfalls Anlass für eine ‚nicht gesetzliche Vermutung‘ des Richters gemäß Art. 1353 Code Civil [a.F.] – ein Kläger, der vorfahrtsberechtigt war, wird allein diese Tatsache belegen müssen, hier kommt sodann der ‚gesunde richterliche Menschenverstand‘ zum Tragen“.¹¹⁶

Müller-Trawinski ordnet dies letztlich als einen Fall des „Anscheinsbeweises“ ein.¹¹⁷ Auch im deutschen Recht ist grundsätzlich anerkannt, dass, wenn sich der Unfall in einem unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit einem Fahrstreifenwechsel des vorausfahrenden Verkehrsteilnehmers ereignet, der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass dieser den Unfall verursacht und verschuldet hat.¹¹⁸

4. Vor- und außergerichtliche Anwaltskosten

a) Die Ausgangslage in den franko-romanischen Rechtsordnungen

Sowohl in Frankreich als auch in Luxemburg gibt es keine Anwaltsgebührenordnung, sondern Honorare müssen frei ausgehandelt werden.¹¹⁹ Aus diesem Grund besteht im französischen Recht nach allgemeiner Ansicht kein materielle rechtlicher Anspruch auf Erstattung vor- oder außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten.¹²⁰ Die Erstattungsfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten wird auch zum luxemburgischen Recht aus deutscher Sicht

¹¹⁵ Cour d'appel Luxembourg, Urt. v. 21.12.2011 – n° 31982, Journal des tribunaux Luxembourg (J.T.L.) 2012, 119; *Poelmans*, Droit des Obligations au Luxembourg, 2013, Rn. 392.

¹¹⁶ *Bervoets*, Belgien – 2. Teil, in: Nagel/Bajons, Beweis – Preuve – Evidence, 2003, Rn. 42; *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 70.

¹¹⁷ *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 70; vgl. auch *Lentz* (Fn. 64), Belgien Rn. 954 ff.

¹¹⁸ OLG Köln, Urt. v. 10.11.2016 – 7 U 91/16, NZV 2017, 285, m. w. N.

¹¹⁹ Zu Frankreich *Jantkowiak* (Fn. 43), Rn. 198; *Jayme*, Die gleichzeitige Anwendbarkeit divergierender Rechte und das europäische Kollisionsrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Schadensersatzansprüche deutscher Urlauber bei Verkehrsunfällen im Ausland, in: FS Kohler, 2018, S. 193, 195; *Neidhart/Nissen* (Fn. 64), Frankreich, S. 41 ff., Rn. 11; zu Luxemburg *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 600 in Fn. 1203; *Neidhart/Nissen* (Fn. 64), Luxemburg Rn. 8.

¹²⁰ Cass. Civ. 2e, 8.7.2004, Nr. 03-15155, Bull. civ. 2004 II Nr. 365, S. 309; LG Saarbrücken, Urt. v. 9.3.2012 – 13 S 51/11, NZV 2013, 33, 35 = IPRspr 2012-45; IPG 2015–2017 Nr. 10 (Köln) Rn. 96 ff.; *Backu/Wendenburg* (Fn. 42), DAR 2006, 541, 545; *Jantkowiak* (Fn. 43), Rn. 199; *Jayme* (Fn. 119), S. 195; *Lemor*, Haftungsrecht und Schadenregulierung in Luxemburg), SVR 2008, 206, 208; *Neidhart/Nissen* (Fn. 64), Frankreich Rn. 12; *Nissen*, Außergerichtliche Regulierung von Auslandsunfällen: Erstattungsfähigkeit von Anwaltsgebühren, DAR 2013, 568, 570.

bislang einhellig verneint.¹²¹ In der Tat entspricht es der herkömmlichen luxemburgischen Rechtsauffassung, dass jede Partei grundsätzlich selbst sowohl für die gerichtlichen als auch außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten aufkommen muss, die ihr infolge der Beauftragung eines Rechtsanwalts entstanden sind.¹²² In Bezug auf die gerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist jedoch in jüngerer Zeit die Rechtslage im Großherzogtum in Bewegung geraten.¹²³ Diese Diskussion wurde auch dadurch gespeist, dass in der belgischen Nachbarrechtsordnung mit dem Gesetz vom 21.4.2007 die Erstattungsfähigkeit von Anwaltshonoraren und -kosten neu geregelt worden ist.¹²⁴

b) Die Entwicklung in Belgien

Der Ersatz von Rechtsanwaltshonoraren hat sich in Belgien in den vergangenen Jahrzehnten sehr wechselhaft entwickelt. Noch um die Wende zum 21. Jahrhundert galten außergerichtliche Anwaltskosten generell nicht als ersatzfähig, weil die Einschaltung eines Rechtsanwalts nicht in einem adäquat kausalen Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis stünde.¹²⁵ Für gerichtliche Anwaltskosten konnte die obsiegende Partei in einem Zivilverfahren nur eine recht niedrige Prozesskostenvergütung verlangen.¹²⁶ Diese Rechtslage änderte sich aber durch ein Grundsatzurteil der belgischen Cour de cassation vom 2.9.2004, in dem der Gerichtshof entschied, dass ein vertraglicher Schadensersatzanspruch auch die Kosten einer rechtsanwaltlichen Beratung bzw. Vertretung umfassen könne, sofern diese zur Verfolgung der Rechte des Geschädigten erforderlich war.¹²⁷ Diese Rechtsprechung wurde – nach anfänglicher Unsicherheit¹²⁸ – schon sehr bald auch auf das außervertragliche Haftungsrecht übertragen.¹²⁹

¹²¹ So *Buschbell*, in: Büchting/Heussen, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl. 2011, Rn. 374; *Lemor* (Fn. 42), SVR 2009, 129, 131; *Nissen* (Fn. 120), DAR 2013, 568, 570; *Pereira/Zenthöfer*, Einführung in das luxemburgische Recht, 2017, § 9 Rn. 14 in Fn. 187.

¹²² *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 600; *Ravarani*, Chronique de jurisprudence en matière d'indemnisation du dommage (avril 2012), Pas. 2012, 287, 303 f. Rn. 38: „Il était traditionnellement admis [...], du moins par les professionnels qui l'acceptaient comme dogme, qu'une partie au procès doit supporter les honoraires de son conseil.“

¹²³ *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 601; *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, 303 f. Rn. 38, m. w. N., spricht von einer „jurisprudence abondante“; näher unten III.4.c).

¹²⁴ Loi relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat, 21.4.2007, Mon. belge 31.5.2007, abrufbar unter <<http://www.ejustice.just.fgov.be>> (10.8.2023).

¹²⁵ Vgl. *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 1129; *Schwarz*, Unfallregulierung im Europäischen Ausland, NJW 1991, 2058, 2059.

¹²⁶ Näher *Lentz*, Das belgische Schadenersatzrecht bei Verkehrsunfällen, SVR 2005, 201.

¹²⁷ Cass., 2.9.2004 – C-01.0186.F, juridat; auf Englisch besprochen von *Durant*, European Tort Law 2004, Belgium Rn. 71 ff.

¹²⁸ Vgl. noch *Durant* (Fn. 127) Rn. 79; *Lentz* (Fn. 126), SVR 2005, 201, 202; *Neidhart*, in: Neidhardt, Unfall im Ausland, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, S. 27, Rn. 19.

Die von der belgischen Cour de cassation entwickelte Lösung, eine Erstattung von Rechtsanwaltskosten mit den Mitteln des Haftungsrechts zu ermöglichen, stieß jedoch auf heftige Kritik, die schon nach kurzer Zeit den Gesetzgeber auf den Plan rief.¹³⁰ Hierbei muss bedacht werden, dass es auch in Belgien „keine allgemein gültige Anwaltsgebührenordnung gibt, so dass von Fall zu Fall der Anwalt mit dem Mandanten eine freie Vereinbarung trifft. Die Höhe der Gebühren berechnet sich nach dem Arbeitsaufwand, der Dringlichkeit, dem Streitwert, der Komplexität der Angelegenheit sowie dem erzielten Resultat.“¹³¹ Die belgischen Anwälte wehrten sich infolgedessen heftig dagegen, in einem zivilen Rechtsstreit zur Offenlegung ihrer Honorarberechnung gezwungen zu werden;¹³² sie äußerten insbesondere im Hinblick auf das anwaltliche Berufsgeheimnis schwere Bedenken.¹³³ Auch der belgische Senatsberichtersteller kritisierte, die Rechtsprechung der Cour de cassation mache den Rechtsanwalt gleichsam zur am Ausgang des Rechtsstreits interessierten Partei und führe so zu Interessenkonflikten.¹³⁴ Zudem beschwöre der Lösungsweg der belgischen Cour de cassation einen „Prozess im Prozess“ herauf, der zu einer Verfahrensverzögerung führe.¹³⁵ Ein weiterer Einwand gegen die haftungsrechtliche Konstruktion der Anwaltskostenerstattung bestand darin, dass auf diese Weise nur der obsiegenden Partei in einem haftungsrechtlichen Prozess geholfen werden könne, während in allen anderen Verfahren (z.B. im Familien-, Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht) weiterhin keine Kostenerstattung möglich sei.¹³⁶

Mit dem Gesetz vom 21.4.2007 über die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren und -honoraren, das seit dem 1.1.2008 in Kraft ist, entschied sich der belgische Gesetzgeber daher für eine rein prozessuale, vom materiellen Recht unabhängige und rechtswegübergreifende Regelung.¹³⁷ Art. 1022 des belgi-

¹²⁹ Cass., 16.11.2006 – C.05.0124.F, juridat; Cass., 28.3.2007 – P.06.1595.F, juridat; *van Ommeslaghe* (Fn 65), Rn. 1129; offenbar übersehen in dem der Entscheidung des LG Konstanz, BeckRS 2013, 05613, sub V, zugrundeliegenden Gutachten.

¹³⁰ Ausführlich die Begründung für die „Proposition de loi relative à la répétibilité des honoraires et des frais d’avocat“, Belgischer Senat, Drucksache 3-1686/5, 30.1.2007, S. 5 ff.

¹³¹ *Lentz* (Fn. 72), DAR 2015, 248, 255.

¹³² Senat (Fn. 130), S. 5.

¹³³ Senat (Fn. 130), S. 5.

¹³⁴ Senat (Fn. 130), S. 5.

¹³⁵ Senat (Fn. 130), S. 5.

¹³⁶ Senat (Fn. 130), S. 6; *van Ommeslaghe* (Fn. 65), Rn. 1129. Freilich hätte es nahegelegen, insoweit mit der Figur des Verzugschadens zu operieren.

¹³⁷ Loi relative à la répétibilité des honoraires et des frais d’avocat, Mon. belge 31.5.2007, S. 29541; hierzu näher *Lentz*, Die Erstattungsfähigkeit der Rechtsanwalts-honore in Belgien, SVR 2008, 317 f.

schen Code judiciaire wurde geändert; die Vorschrift lautet in der heutigen Fassung wie folgt:¹³⁸

„Art. 1022 – Die Verfahrenschädigung ist eine Pauschalbeteiligung an den Honoraren und Kosten des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei.

Nachdem der König die Stellungnahme der Kammer der französischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsanwaltschaften und der Kammer der flämischen Rechtsanwaltschaften eingeholt hat, legt Er durch einen im Ministerrat beratenen Erlass die Basis-, Mindest- und Höchstbeträge der Verfahrenschädigung fest, wobei insbesondere die Art der Streitsache und ihre Bedeutung berücksichtigt werden.

Auf Antrag einer der Parteien, der eventuell nach Vernehmung durch den Richter erfolgt, kann Letzterer durch eine mit besonderen Gründen versehene Entscheidung die Verfahrenschädigung entweder herabsetzen oder sie erhöhen, ohne jedoch die vom König vorgesehenen Höchst- und Mindestbeträge zu überschreiten. Der Richter berücksichtigt bei seiner Beurteilung:

- die finanziellen Mittel der unterlegenen Partei im Hinblick auf eine Herabsetzung des Entschädigungsbetrags,
- die Komplexität der Sache,
- die für die obsiegende Partei vereinbarten vertraglichen Entschädigungen,
- die offensichtliche Unangemessenheit in der Sachlage.

Wenn die unterlegene Partei in den Genuss des weiterführenden juristischen Beistands kommt, wird die Verfahrenschädigung auf den vom König bestimmten Mindestbetrag festgelegt, außer bei offensichtlicher Unangemessenheit in der Sachlage. Der Richter muss seine Entscheidung, besonders für diesen Punkt, mit Gründen versehen.

Falls verschiedene Parteien zu Lasten derselben unterlegenen Partei in den Genuss der Verfahrenschädigung kommen, entspricht der Betrag dieser Entschädigung höchstens dem Doppelten der maximalen Verfahrenschädigung, auf die der Entschädigungsberechtigte, der zur höchsten Entschädigung berechtigt ist, Anspruch erheben kann. Die Entschädigung wird vom Richter unter die Parteien verteilt.

Keine Partei kann dazu verpflichtet werden, für das Auftreten des Rechtsanwalts einer anderen Partei eine Entschädigung zu zahlen, die den Betrag der Verfahrenschädigung übersteigt. [...]"

Die zu erstattenden Beträge werden in einer Tabelle festgelegt und folgen dem Preisindex.¹³⁹ Weist ein Fall keine Besonderheiten auf, schuldet die unterlegene Partei einen sog. „Basisbetrag“; dieser kann je nach Komplexität des Falles zu einem Maximumbetrag erhöht oder auf einen Minimumbetrag reduziert werden.¹⁴⁰ Für einen Streitwert zwischen 5.000,01 Euro und 10.000 Euro liegen derzeit der Basisbetrag bei 1.350 Euro, der Minimumbetrag bei 750 Euro und der Maximumbetrag bei 3.000 Euro.¹⁴¹

¹³⁸ Code judiciaire vom 10.10.1967 mit seither erfolgten Änderungen, in deutscher Übersetzung abrufbar unter <<https://www.scta.be/de/ubersetzungen/9034>> (10.8.2023).

¹³⁹ Die aktuelle Tabelle ist auf der Webseite der belgischen Gerichtshöfe und Gerichte abrufbar unter <<https://www.rechtbanken-tribunaux.be/fr/tarifs>> (10.8.2023).

¹⁴⁰ Näher *Lentz* (Fn. 137), SVR 2008, 317; *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 130.

¹⁴¹ Tabelle vom 1.11.2022, siehe <<https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/media/tarifs/montant-de-lindemnite-de-procedure.pdf>> (20.11.2023).

Zu klären bleibt, wie sich dieser neue, prozessuale Kostenerstattungsanspruch zu der zuvor von der belgischen Rechtsprechung entwickelten materiellrechtlichen Konstruktion verhält. Jedenfalls für die Erstattung prozessualer Anwaltskosten ist es einhellige Ansicht, dass neben der Kostentragung nach Art. 1022 Code judiciaire kein materiellrechtlicher Anspruch mehr in Betracht kommt, weil der Gesetzgeber gerade die mit dem letztgenannten Modell verbundenen Unzuträglichkeiten beseitigen wollte.¹⁴² Die Cour de cassation hat in einem Fall zum Arzthaftungsrecht („wrongful birth“) die Entscheidung der Vorinstanz bestätigt, die einen Anspruch der Klägerin auf einen symbolischen Ersatz von einem Euro Rechtsanwaltskosten abgelehnt hatte, weil das Gesetz vom 21.4.2007 eine abschließende Spezialregelung für diese Schadensposition sei.¹⁴³

In Bezug auf die Erstattung der bei einer außergerichtlichen Regulierung angefallenen Rechtsanwaltskosten ist das Meinungsbild hingegen uneinheitlich. Wiederum steht außer Zweifel, dass das Gesetz vom 21.4.2007 bei einer rein außergerichtlichen Regulierung keinen Erstattungsanspruch begründen kann.¹⁴⁴ Fraglich ist, ob es auch insoweit eine Sperrwirkung gegenüber einem Schadensersatzanspruch aus Art. 1382 Cc belg. entfaltet. Dies nimmt offenbar im Ergebnis *Müller-Trawinski* (ein auch in Brüssel zugelassener Praktiker) an, der ausführt, „außergerichtliche Honorare werden auch heute noch niemals [!] erstattet“.¹⁴⁵ Auch im belgischen Schrifttum wird die vor dem 21.4.2007 ergangene Rechtsprechung der Cour de cassation schlicht als „hin-fällig“ bezeichnet.¹⁴⁶ Ferner hat das LG Konstanz in einer Entscheidung vom 27.8.2010 eine Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Anwaltskosten nach belgischem Recht in Bezug auf einen Verkehrsunfall abgelehnt,¹⁴⁷ allerdings mit der unzutreffenden Begründung, die Rechtsprechung der Cour de cassation beschränke den Ersatz dieser Schadensposition auf das vertragliche Haftungsrecht (siehe oben bei Fn. 129).

Es finden sich aber auch differenzierende Stimmen. So meint *Lentz*, ein Praktiker in Eupen (Belgien), es sei unter Rückgriff auf die Rechtsprechung der Cour de cassation zur Erstattungsfähigkeit technischer Gutachten gerechtfertigt, dem Geschädigten auch außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten

¹⁴² Cass., 25.3.2010 – C.08.0483.N, juridat; Cour d’appel Mons, 14.1.2008 – 2006/RG/15, juridat; 14.1.2008 – 2006/RG/274, juridat; Cour d’appel Liège, 14.12.2010 – 2008/RG/1703, juridat („le législateur [...] a manifestement [...] voulu refermer la porte“!).

¹⁴³ Cass., 17.10.2016 – C.09.0414.F, englische Besprechung von *Durant*, European Tort Law 2016, Belgium, Rn. 65 ff.

¹⁴⁴ *Lentz* (Fn. 72), DAR 2015, 248, 255.

¹⁴⁵ *Müller-Trawinski* (Fn. 64), Belgien Rn. 130; ebenso *Lemor* (Fn. 67), SVR 2009, 55, 57.

¹⁴⁶ So von *Marchandise*, Traité de Droit Civil Belge, Bd. VI, La prescription, 2014, N. 427 („caduc“).

¹⁴⁷ LG Konstanz, BeckRS 2013, 05613, sub V.

zuzuerkennen, sofern das Unfallopfer auf den Beistand eines Rechtsanwalts angewiesen gewesen sei.¹⁴⁸ Ferner fasst aus deutscher Sicht *Nissen* seine Recherchen dahingehend zusammen, dass Rechtsanwaltskosten bei außergerichtlicher Schadensregulierung nach belgischem Recht zwar „grundsätzlich“ nicht erstattungsfähig seien;¹⁴⁹ es sei aber eine „Entscheidung des Gerichts erforderlich, ob Anwaltskosten im Einzelfall Bestandteil des Schadens sind“.¹⁵⁰

Es ist allerdings sehr zweifelhaft, ob aus der Rechtsprechung der belgischen Cour de cassation zur Erstattungsfähigkeit technischer Gutachten darauf geschlossen werden kann, der Gerichtshof billige im selben Ausmaß einen Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten. In der seit 2008 ergangenen belgischen Rechtsprechung wird vielmehr ausdrücklich zwischen technischen Gutachten und anwaltlicher Rechtsberatung unterschieden.¹⁵¹ In einer Entscheidung vom 1.3.2012 heißt es:

„Les frais de défense nécessaires *qui ne concernent pas l'assistance d'un avocat* mais l'assistance d'un conseil technique sont [...] pris en considération en vue d'une indemnisation en cas de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle.“¹⁵²

Daraus lässt sich *e contrario* schließen, dass der Gerichtshof Rechtsanwaltskosten offenbar gerade nicht mehr zum ersatzfähigen Schaden i. S. d. Art. 1382 Cc belg. zählen will. Insoweit überrascht es nicht, wenn auch *Lentz* trotz seiner Befürwortung eines materiellrechtlichen Erstattungsanspruchs feststellen muss, „dass die [belgischen] Versicherungsgesellschaften sich weigern, außergerichtlich eine Entschädigung für die Intervention eines Rechtsanwalts zu zahlen“.¹⁵³

c) Die Entwicklung in Luxemburg

Im luxemburgischen Recht können gerichtliche Anwaltskosten unter bestimmten Voraussetzungen über den prozessualen Kostenerstattungsanspruch (*indemnité de procédure*) nach Art. 240 NCPC ersetzt werden.¹⁵⁴ Obwohl diese Vorschrift eigentlich nur eine Ermessensentscheidung für Ausnahmefälle vorsieht, werden entsprechende Anträge von luxemburgischen Rechtsanwälten offenbar regelmäßig gestellt.¹⁵⁵ Die luxemburgische Cour de cassation

¹⁴⁸ *Lentz* (Fn. 72), DAR 2015, 248, 255.

¹⁴⁹ *Nissen* (Fn. 120), DAR 2013, 568, 570; vgl. auch *Hering*, Der Verkehrsunfall in Belgien, SVR 2009, 257, 258: „Die Kosten für eine außergerichtliche Regulierung werden üblicherweise nicht erstattet“ (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁵⁰ *Nissen* (Fn. 120), DAR 2013, 568, 570.

¹⁵¹ Cass., 1.3.2012 – C-10.0425.N, juridat; zur vertraglichen Haftung auch Cass., 24.4.2014 – C.13.0328.N, juridat.

¹⁵² Cass., 1.3.2012 – C-10.0425.N, juridat (Hvhh. hinzugefügt); zur vertraglichen Haftung ebenso Cass., 24.4.2014 – C.13.0328.N, juridat.

¹⁵³ *Lentz* (Fn. 72), DAR 2015, 248, 255.

¹⁵⁴ Cass. (Lux.), 2.7.2015 – n°60/15; *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 601.

¹⁵⁵ *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 601.

hat zudem entschieden, dass über den prozessualen Kostenerstattungsanspruch aus Art. 240 NCPC hinausgehend ein materieller Schadensersatzanspruch für die im Prozess angefallenen Rechtsanwaltskosten in Betracht kommt, sofern diese Kosten kausal mit einem Verschulden des Prozessgegners verknüpft sind.¹⁵⁶ Ein solches Verschulden wird bejaht, wenn die Verteidigung des Prozessgegners gegen seine Inanspruchnahme sich als rechtsmissbräuchlich darstellt.¹⁵⁷ Soweit ersichtlich, ist diese neuere Rechtsprechung aber bislang nicht auf außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten ausgedehnt worden.¹⁵⁸ Selbst wenn künftig eine solche Rechtsfortbildung befürwortet werden sollte, sind im Beispielsfall keine Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ersichtlich, sodass es jedenfalls am erforderlichen Verschulden fehlt. Die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten des Klägers sind daher im Beispielsfall nach luxemburgischem Recht nicht erstattungsfähig.

d) *Etwaiger Anpassungsbedarf*

Das deutsche materielle Recht kennt zwar grundsätzlich einen Anspruch des Geschädigten auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten unter dem Gesichtspunkt des Verzugs- oder des deliktischen Schadens,¹⁵⁹ bildet aber gemäß Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 15 lit. c Rom II-VO nicht das maßgebende Deliktstatut (siehe oben III.1.). Das luxemburgische Recht ist zwar in der Sache anwendbar (siehe oben III.1.), kennt indes im gegebenen Sachverhalt keinen entsprechenden materiellrechtlichen Anspruch, sondern sieht lediglich einen prozessualen Anspruch auf Ersatz von Anwaltskosten vor (siehe oben III.4.c)). Das luxemburgische Prozesskostenrecht ist wiederum von einem deutschen Gericht nicht anzuwenden, weil dieses im Einklang mit Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO insoweit nur seine eigene *lex fori* heranzieht (§ 91 Abs. 2 S. 1 ZPO i. V. m. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RVG). Da das deutsche Recht grundsätzlich ebenso wie das luxemburgische Recht (auch) einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch vorsieht, besteht im vorliegenden Fall kein Normenmangel, der ggf. im Wege der Anpassung zu beheben wäre.¹⁶⁰ Zudem geht auch das deutsche Recht im Ansatz davon aus, dass die prozessrechtliche Kostentragungsregelung einem materiellrechtlichen Anspruch grundsätzlich

¹⁵⁶ Cass. (Lux.), 9.2.2012, n°5/12, zitiert nach *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, 305 Rn. 39, m. w. N. zum vorangehenden Streitstand; ebenso *Menétrey* (Fn. 113), Rn. 601.

¹⁵⁷ Näher *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, 305 Rn. 40.

¹⁵⁸ Vgl. *Pereira/Zenthöfer* (Fn. 121), § 9 Rn. 14 in Fn. 187.

¹⁵⁹ Vgl. zu den Voraussetzungen BGH, Urt. v. 25.11.2015 – IV ZR 169/14, NJW-RR 2016, 511; BGH, Urt. v. 21.2.2017 – XI ZR 467/15, NJW 2017, 1823 Rn. 23 ff.

¹⁶⁰ Erwogen, aber im Erg. verneint von IPG 2015–2017 Nr. 10 (Köln) Rn. 101; näher zur Anpassung in Fällen des Normenmangels v. *Hein*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 268.

vorgeht,¹⁶¹ sodass die Versagung eines zusätzlichen materiellen Anspruchs auf Erstattung vorprozessualer Anwaltskosten keinen korrekturbedürftigen Wertungswiderspruch schafft.¹⁶²

5. Der Anspruch auf Prozesszinsen

a) Herkömmliche prozessuale Qualifikation

Im Beispielsfall könnte sich ein Anspruch auf Verzinsung in der beantragten Höhe von 5 % aus §§ 291 Abs. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB ab der Zustellung an die Beklagte (§ 261 Abs. 1, § 253 Abs. 1 ZPO; zur Zustellung über die deutsche Schadensregulierungsbeauftragte siehe oben II.2.) ergeben. Für Prozesszinsen ist indes streitig, ob auch bei einem Gerichtsverfahren in Deutschland die Rom II-VO das anwendbare Recht bestimmt (materielle Qualifikation) oder ob sie allein der deutschen *lex fori* zu entnehmen sind (prozessuale Qualifikation).¹⁶³ Herkömmlich wird insbesondere in der Rechtsprechung vielfach angenommen, dass die deutschen Vorschriften über Prozesszinsen (§ 291 BGB) unabhängig von dem in der Sache anwendbaren Recht für alle Inlandsprozesse maßgeblich sind.¹⁶⁴ Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Prozesszinsen zwar eine sachlich-rechtliche Folge der Rechtshängigkeit darstellen, aber gerade als Folge der prozessrechtlichen Voraussetzungen der Rechtshängigkeit vom Rechtsgrund der Schuld unabhängig und daher nach der *lex fori* zu beurteilen seien.¹⁶⁵ Ferner widerspreche es der Prozessökonomie und dem mit § 291 BGB gegenüber bloßen Verzugszinsen verfolgten

¹⁶¹ Löwisch/Feldmann, in: Staudinger BGB, 2014, § 286 BGB Rn. 241; Ernst, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2022, § 286 BGB Rn. 163; vgl. auch LG Lübeck, Urt. v. 19.5.2010 – 2 O 311/08, IPRspr 2010-53.

¹⁶² Vgl. auch LG Deggendorf, Urt. v. 28.6.2016 – 12 S 48/15, juris, Rn. 10 = IPRspr 2016-52: keine Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten nach kroatischem Recht.

¹⁶³ Ausdrücklich offengelassen von BGH, Urt. v. 12.9.2017 – X ZR 106/16, BeckRS 2017, 143192 Rn. 37 = IPRspr 2017-59; umfassend zum Streitstand U. Magnus, Prozesszinsen nach *lex fori* oder nach Sachstatut?, in: FS Martinek, 2020, S. 443.

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.1999 – 21 U 48/99, BeckRS 1999, 13568 = IPRspr 1999-35; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.5.2007 – 9 U 12/07, NJW-RR 2007, 1357, 1358 = IPRspr 2007-25; OLG Köln, Urt. v. 15.10.2013 – 3 U 209/12, RdTW 2015, 136 Rn. 24 = IPRspr 2013-62; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.1.1993 – 3/8 O 208/91, RIW 1994, 778 = IPRspr 1994-22; AG Meldorf, IPRspr 2017-68; Prell, Der Anspruch auf Prozesszinsen nach deutschem Recht bei Vorliegen eines ausländischen Vertragsstatuts, JR 2012, 179; generell für prozessuale Qualifikation von Zinsen im Rahmen der Rom II-VO Troke & Anor v. *Amgen Seguros Generales Compania De Seguros Y Reaseguros SAU* [2020] EWHC 2976 (QB) Rn. 42 ff.; anders aber (zu Verzugszinsen) Nicholls & Anor v. *Mapfre Espana Compania de Seguros y Reaseguros SA* [2023] EWHC 1031 (KB) Rn. 30.

¹⁶⁵ Zusammenfassend Prell (Fn. 164), JR 2012, 179, 180.

Vereinfachungszweck, die Entscheidung über eine Nebenforderung von der schwierigen Ermittlung ausländischen Rechts abhängig zu machen.¹⁶⁶

b) *Vordringende materielle Qualifikation*

Die vordringende und zumindest in der Lehre inzwischen wohl überwiegende Auffassung qualifiziert Prozesszinsen hingegen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I-VO bzw. Art. 15 lit. c Rom II-VO als materiellrechtlich und wendet insoweit das jeweils maßgebende Sachrecht an.¹⁶⁷

Zur Begründung hat das OLG München ausgeführt, dass

„auch der Zinsanspruch gemäß § 291 BGB ein materiellrechtlicher Anspruch ist, der lediglich durch die Rechtshängigkeit ausgelöst wird (MünchKommBGB/*Ernst*, 6. Aufl., § 291 BGB Rdnr. 5; BeckOK BGB/*Lorenz* § 291 BGB Rdnr. 3). Die Vorschrift des § 291 BGB beruht auf dem Gedanken, dass dem Gläubiger einer Geldschuld für die Vorenthaltung des Kapitals eine Entschädigung zu gewähren ist, weil dem Schuldner einer bestehenden Forderung das Eingehen eines Prozesses und dessen Verzögerung nicht zugute kommen soll. Anders als Verzugszinsen werden Prozesszinsen jedoch verschuldensunabhängig gewährt. Die Prozesszinsen sind daher ein Risikozuschlag für den Schuldner, der es auf einen Rechtsstreit ankommen lässt und in diesem unterliegt (BGH NJW 1965, 531 (532) – Verzinsung des Schmerzensgeldanspruchs). Anders als beispielsweise bei den Vorschriften zur Erstattung von Prozesskosten (§§ 91 ff. ZPO), geht es bei § 291 BGB also nicht um einen Interessenausgleich im Prozessrechtsverhältnis, sondern um eine gezielte Verschärfung der materiellen Verschuldenshaftung. Dies rechtfertigt es aber, seine Anknüpfung an das Vertragsstatut zu verlangen.“¹⁶⁸

Folgt man dieser Qualifikation, kann für das Deliktsstatut nichts anderes gelten.¹⁶⁹ Auch insoweit ist also im Beispielfall luxemburgisches Recht anzuwenden.

c) *Lex causae ohne eigenständigen Anspruch auf Prozesszinsen*

Das luxemburgische Recht kennt allerdings – ebenso wie das französische Recht¹⁷⁰ – keinen eigenständigen Anspruch auf Prozesszinsen. Der luxemburgische Code civil regelt vielmehr in Art. 1153 zwei Arten von Zinsen in Bezug auf Geldschulden aus einem Vertrag, nämlich erstens die sog. „intérêts

¹⁶⁶ *Prell* (Fn. 164), JR 2012, 179, 180.

¹⁶⁷ OLG München, Urt. v. 25.3.2015 – 15 U 458/14, BeckRS 2015, 11202, Rn. 87 f. = GWR 2015, 301 mit zust. Anm. *Ostendorf* = IPRspr 2015-43; LG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2013 – 27 O 218/09, IPRspr 2014-56a (S. 117); *M. Stürner*, in: Erman BGB, 17. Aufl. 2024, Art. 12 Rom I-VO Rn. 12; *Spellenberg*, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl 2021, Art. 12 Rom I-VO Rn. 97; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 3.165; *Magnus*, in: Staudinger BGB, 2021, Art. 12 Rom I-VO Rn. 57; *U. Magnus* (Fn. 163), S. 455 ff.

¹⁶⁸ OLG München, BeckRS 2015, 11202, Rn. 88 = IPRspr 2015-43.

¹⁶⁹ Vgl. LG Stuttgart, IPRspr 2014-56a (S. 117).

¹⁷⁰ Näher *U. Magnus* (Fn. 163), S. 451.

moratoires“ (Verzugszinsen) sowie die „intérêts compensatoires“, d.h. Zinsen zum Zwecke des (weiter gehenden) Schadensersatzes bzw. „kompensatorische Zinsen“. Die Vorschrift lautet in deutscher Übersetzung:

„Art. 1153. Bei Verbindlichkeiten, die sich auf die Zahlung einer bestimmten Summe beschränken, besteht der wegen Erfüllungsverzuges zu leistende Schadensersatz stets nur in der Verurteilung zu den gesetzlich bestimmten Zinsen, vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen für den Handel und die Bürgschaft.

Dieser Schadensersatz wird geschuldet, ohne dass der Gläubiger gehalten wäre, irgendeinen Verlust nachzuweisen.

Er wird erst von dem Tage der gerichtlichen Aufforderung an geschuldet, außer in den Fällen, in denen der Zinsenlauf kraft Gesetzes beginnt.

Der Gläubiger, dem sein in Verzug befindlicher Schuldner durch sein Verschulden einen von diesem Verzug unabhängigen Schaden zugefügt hat, kann einen von den Verzugszinsen der Forderung getrennten Schadensersatz nebst Zinsen verlangen.“

Der in Art. 1153 Abs. 1 Cc lux. genannte gesetzliche Zinssatz beträgt derzeit, d.h. für das Jahr 2024, 4,5 %.¹⁷¹ Für das Jahr 2023 lag er bei 2,25 %¹⁷² und für das Jahr 2022 bei 2 %.¹⁷³

Für außervertragliche Schuldverhältnisse fehlt es an einer entsprechenden Regelung.¹⁷⁴ Art. 1153 Cc lux. ist auf diese Ansprüche nicht anwendbar.¹⁷⁵ Auch bei außervertraglichen Schuldverhältnissen wird aber zwischen „intérêts moratoires“ und „intérêts compensatoires“ unterschieden.¹⁷⁶

Für Verzugszinsen („intérêts moratoires“) gilt Folgendes: Diese Zinsen beginnen mit dem Erlass der gerichtlichen Entscheidung zu laufen; der Lauf endet mit der Zahlung der geschuldeten Summe.¹⁷⁷ Sie unterliegen dem bereits genannten gesetzlich festgelegten Zinssatz.¹⁷⁸ Kommt es aufgrund eines Verschuldens des Schädigers zu einem über den Verzug hinausgehenden Schaden, kann auch dessen Ersatz verlangt werden; das luxemburgische Recht setzt insoweit – im Gegensatz zum französischen Recht – keine Arglist („mauvaise foi“) des Schädigers voraus, sondern lässt einfaches Verschulden („faute“) genügen.¹⁷⁹

¹⁷¹ Règlement grand-ducal du 22 décembre 2023 (Mémorial A – N°848 du 22 décembre 2022).

¹⁷² Règlement grand-ducal du 23 décembre 2022 (Mémorial A – N°679 du 23 décembre 2022).

¹⁷³ Règlement grand-ducal du 17 décembre 2021 (Mémorial A – N°896 du 20 décembre 2021).

¹⁷⁴ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 122.

¹⁷⁵ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 122 unter Berufung auf Cour d'appel Luxembourg, 13.9.1991, n° 12351 du rôle.

¹⁷⁶ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 122 ff.

¹⁷⁷ Eingehend *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 123, mit umfassenden Nachweisen.

¹⁷⁸ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 123.

¹⁷⁹ Ausführlich *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 124.

Die „*intérêts compensatoires*“ sind hingegen wie folgt zu behandeln: Ihr Zweck besteht darin, das Opfer dafür zu entschädigen, dass es nicht unmittelbar im Anschluss an den Unfall über die geschuldete Summe verfügen kann.¹⁸⁰ Hierdurch kann ihm zusätzlich zu dem bereits erlittenen Sach- oder Personenschaden ein weiterer Vermögensschaden entstehen.¹⁸¹ Dieser Schaden wird durch einen bloßen Inflationsausgleich nicht erschöpft.¹⁸² Die „*intérêts compensatoires*“ werden nicht *ex officio* zuerkannt, sondern müssen vom Kläger beantragt werden.¹⁸³ Diese Zinsen beginnen regelmäßig mit dem Tag des Unfalls zu laufen¹⁸⁴ und enden mit dem Erlass der Entscheidung, welche die Entschädigung festsetzt.¹⁸⁵ Ein Verschulden des Schädigers an der Verzögerung der Zahlung bildet keine Voraussetzung des Anspruchs.¹⁸⁶ Hinsichtlich der Zinshöhe sind die Gerichte nicht strikt an den gesetzlichen Zinssatz gebunden,¹⁸⁷ in der luxemburgischen Rechtsprechung schwankt die zuerkannte Zinshöhe zwischen 2,5 % und 4,75 %.¹⁸⁸ Lemor nennt in einer Übersicht von 2009 einen Zinssatz von 4,25 % ab Schadenseintritt.¹⁸⁹ In den allermeisten Fällen legen die Gerichte aber den gesetzlichen Zinssatz zugrunde.¹⁹⁰ Hiervon kann im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände abgewichen werden, wenn z.B. das Opfer zum temporären Ausgleich seines Schadens einen Kredit zu ungünstigeren Bedingungen aufnehmen musste.¹⁹¹

IV. Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts

1. Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen

Führt das deutsche IPR das Gericht wie im Beispielfall (siehe oben III.) zu dem Ergebnis, dass ausländisches Recht auf den Sachverhalt anzuwenden ist, so hat es dessen Inhalt nach § 293 ZPO unter Beachtung der vom BGH hierzu

¹⁸⁰ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 126.

¹⁸¹ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 126.

¹⁸² *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 126.

¹⁸³ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 126.

¹⁸⁴ Ebenso zum französischen Recht LG Saarbrücken, NZV 2013, 33, 35.

¹⁸⁵ Eingehend *Ravarani* (Fn. 52), Rn. 1254.

¹⁸⁶ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 126.

¹⁸⁷ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 127.

¹⁸⁸ Erschöpfende Kasuistik bei *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 127.

¹⁸⁹ *Lemor*, Zinsen bei Ansprüchen aus Verkehrsunfällen im europäischen Vergleich, DAR-Extra 2009, 767.

¹⁹⁰ *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, Rn. 127; so auch in Bezug auf das französische Recht LG Saarbrücken, NZV 2013, 33, 35.

¹⁹¹ So *Ravarani* (Fn. 122), Pas. 2012, 287, unter Berufung auf Cour d'appel Luxembourg, 16.6.1997, n° 198/97 V; skeptisch *Feyock/Jacobsen/Lemor*, Kraftfahrtversicherung, 3. Aufl. 2009, Abschn. XVI. Luxemburg, Rn. 2 („nur in den seltensten Fällen“).

aufgestellten Leitlinien von Amts wegen zu ermitteln.¹⁹² Da ausländische Rechtsnormen Rechtssätze und keine Tatsachen sind, finden insoweit die Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast keine Anwendung.¹⁹³ Der Amtsermittlungsgrundsatz schließt indes eine Mitwirkung der Parteien nicht aus.¹⁹⁴ Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind Parteien, die zu den Erkenntnisquellen der in Betracht kommenden ausländischen Rechtsordnung unschwer Zugang haben, dazu verpflichtet, das ausländische Recht regelmäßig konkret darzulegen.¹⁹⁵ Ferner darf das Gericht die Parteien dazu auffordern, Übersetzungen fremdsprachiger Gesetze oder rechtsvergleichende Gutachten in den Prozess einzuführen, wenn es dem Gericht an präsenten Erkenntnisquellen mangelt, die Parteien diese aber ohne weiteres beibringen können.¹⁹⁶ Das Gericht darf sich aber nicht einfach Parteivortrag zum ausländischen Recht ungeprüft zu eigen machen.¹⁹⁷

¹⁹² St. Rspr., BGH, Urt. v. 20.3.1980 – III ZR 151/79, BGHZ 77, 32, 38 = NJW 1980, 2022, 2024 = IPRspr 1980-183; BGH, Urt. v. 30.4.1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151, 162 = NJW 1992, 2026, 2029; BGH, Urt. v. 3.12.1992 – IX ZR 229/91, BGHZ 120, 334, 341 f. = NJW 1993, 1073, 1074 = IPRspr 1992-265; BGH, Urt. v. 22.9.2004 – VIII ZR 203/03, NJW-RR 2005, 357 = IPRspr 2004-1; BGH, Beschl. v. 30.4.2013 – VII ZB 22/12, NZI 2013, 763 = IPRspr 2013-286b; BGH, Beschl. v. 13.5.2015 – IV ZB 30/14, BGHZ 205, 289 = NJW 2015, 2185 Rn. 10 = IPRspr 2015-140; BGH, Beschl. v. 13.9.2016 – VI ZB 21/15, BGHZ 212, 1 Rn. 55 = NJW 2017, 564 = IPRspr 2016-281; BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, EuZW 2018, 732 Rn. 12 = IPRspr 2018-297; BGH, NJW 2019, 3374 Rn. 23 = IPRspr 2019-287b; BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, NJW-RR 2020, 802 Rn. 23 = IPRspr 2020-17; BGH, Urt. v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21, NJW 2022, 2547 Rn. 17 = 2022-106; dies gilt auch im PKH-Verfahren, BVerfG, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 BvR 3332/08, IPRspr 2010-4 = IPRspr 2010-4; für die Arbeitsgerichtsbarkeit BAG, Urt. v. 7.5.2020 – 2 AZR 692/19, AP EGBGB Art. 30 Nr. 11 Rn. 66 = IPRspr 2020-142; für die Finanzgerichtsbarkeit BFH, Urt. v. 25.6.2021 – II R 22/19, BFHE 275, 240 = IPRspr 2021-341.

¹⁹³ BGH, Beschl. v. 12.12.2007 – XII ZB 240/05, NJW-RR 2008, 586 Rn. 37 = IPRspr 2007-204; BGH, Beschl. v. 24.8.2022 – XII ZB 268/19, BGHZ 234, 270 Rn. 24, NJW-RR 2022, 1441 = IPRspr 2022-1; hierzu *Schörnig*, MDR 2023, 21, 22.

¹⁹⁴ *Geimer*, in: Zöllner ZPO, 35. Aufl. 2024, § 293 Rn. 16; *Remien*, Proof of and Information about Foreign Law, in: Schmidt-Kessel, German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, 2014, S. 223, 234; *M. Stürner*, Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden?, ZVglRWiss 117 (2018), 1, 8; *M. Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, 2018, Rn. 490 ff.

¹⁹⁵ BGHZ 118, 151, 163 f. = NJW 1992, 2026, 2029; BGH, Urt. v. 4.6.1992 – IX ZR 149/19, BGHZ 118, 312, 319 f. = NJW 1992, 3096, 3098 = IPRspr 1992-218b; BGH, Urt. v. 27.5.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, 378 = NJW 1993, 2312, 2314 = IPRspr 1993-200b; BGH, Urt. v. 25.4.1996 – IX ZR 146/95, RIW 1996, 966 = IPRspr 1996-177; BGH, NJW 2019, 3374 Rn. 24 = IPRspr 2019-287b; vgl. auch BGH, Urt. v. 28.11.1994 – II ZR 211/93, NJW 1995, 1032 = IPRspr 1994-4; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.2.2015 – 2 U 63/14, BeckRS 2015, 6774 Rn. 12 = IPRspr 2015-16; LG Detmold, Urt. v. 29.9.1994 – 9 O 57/94, NJW 1994, 3301 = IPRspr 1994-39.

¹⁹⁶ BGH, Urt. v. 23.6.1964 – VI ZR 180/63, NJW 1964, 2012 = IPRspr 1964-; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 13.12.1982 – 17 W 62/82, MDR 1983, 410; LG Detmold, NJW

2. Gerichtliches Ermessen

Im Einzelnen liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, in welcher Weise es das ausländische Recht ermittelt.¹⁹⁸ Die Tatsacheninstanz darf sich bei der Ermittlung des ausländischen Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, namentlich die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen.¹⁹⁹ Hierbei ist von entscheidender Bedeutung, wie komplex und „fremd“ das ausländische Recht im Vergleich zum deutschen ist.²⁰⁰ Die Anforderungen an die Ermittlungspflicht sind ferner umso größer, je

1994, 3301 = IPRspr 1994-39; *Huzel*, Zur Zulässigkeit eines „Auflagenbeschlusses“ im Rahmen des § 293 ZPO, IPRax 1990, 77, 80 ff.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 59 I 2; *Geimer* (Fn. 194), § 293 Rn. 16.

¹⁹⁷ BFH, Urt. v. 18.1.2023 – I R 48/19, NV, DStR 2023, 1250 Rn. 20.

¹⁹⁸ Im Einzelnen BGH, Urt. v. 13.3.1976 – VI ZR 143/74, NJW 1976, 1581; BGH, Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01, NJW 2003, 2685; BGH, Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833 Rn. 24 = IPRspr 2017-7b; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, NJW-RR 2017, 902 Rn. 14 = IPRspr 2017-304; BGH, Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15, NZG 2017, 546 Rn. 7 = IPRspr 2017-25a; BGH, EuZW 2018, 732 Rn. 12; BGH, Beschl. v. 20.12.2017 – XII ZB 333/17, BGHZ 217, 165 Rn. 26 = NJW 2018, 613 = IPRspr 2017-180b; BGH, NJW RR-2020, 802 Rn. 23 = IPRspr 2020-17; BGH, Beschl. v. 30.3.2021 – XI ZB 3/18, NJW-RR 2021, 916 Rn. 59 = IPRspr 2021-71; BGH, Urt. v. 25.1.2022 – II ZR 215/20, NZG 2022, 1030 Rn. 15 = IPRspr 2022-110; BGH, NJW 2022, 2547 Rn. 17; BAG, AP EGBGB Art. 30 Nr. 11 Rn. 66 = IPRspr 2020-142; *Sommerlad/Schrey*, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377, 1379 ff.; *Kindl*, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZZZP 111 (1998), 177, 182 ff.; *Remien* (Fn. 194), S. 230 ff.

¹⁹⁹ St. Rspr., BGH, NJW 2003, 2685; BGH, NZI 2013, 763 Rn. 39 = IPRspr 2003-1b; BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244 Rn. 15 = NZI 2014, 283 m. Anm. *Vallender*, NZI 2014, 285 = LMK 2014, 358488 Ls. m. Anm. *Magnus* = IPRax 2017, 517 m. Anm. *Kahl*, IPRax 2017, 530 = IPRspr 2014-276; hierzu auch *Krauß*, Anforderungen an die trichterliche Ermittlung ausländischen Rechts in Zivilverfahren, GPR 2014, 175; BGHZ 212, 1 Rn. 55 = NJW 2017, 564; BGH, Urt. v. 10.9.2015 – IX ZR 304/13, NZI 2016, 93 Rn. 15 = IPRspr 2015-256; BGH, NZG 2017, 546 Rn. 7 = IPRax 2019, 158 m. Anm. *Kindler/Paulus*, IPRax 2019, 229 = IPRspr 2017-25; BGH, EuZW 2018, 732 Rn. 12 = LMK 2018, 410814 Ls. m. Anm. *Gebauer*; BGH, NJW-RR 2020, 802, Rn. 23 = IPRspr 2020-17; BGH, NZG 2022, 1030 Rn. 15; BGH, NJW 2022, 2547 Rn. 17; BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 720/14, NZA 2016, 473 Rn. 99 = IPRspr 2015-68; BAG, AP EGBGB Art. 30 Nr. 11 Rn. 66 = IPRspr 2020-142; OLG Saarbrücken, Urt. v. 9.1.2014 – 4 U 405/12, NJOZ 2014, 483; OLG Saarbrücken, Urt. v. 19.12.2019 – 4 U 149/17, BeckRS 2019, 38316 Rn. 27 = IPRspr 2019-50; VG Berlin, Beschl. v. 23.12.2019 – VG 26 L 123.19, BeckRS 2019, 35845; vgl. auch zur österreichischen Praxis *Ofner*, Regeln zur Anwendung „fremden“ Rechts, ZfRV 2015, 123.

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 13.12.2005 – XI ZR 82/05, BGHZ 165, 248, 260 = NJW 2006, 762, 764 Rn. 24; BGH, NJW RR 2017, 833 Rn. 24 = IPRspr 2017-7b; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, NJW-RR 2017, 902 Rn. 14 = IPRspr 2017-304; BGHZ 217, 165 Rn. 26 = NJW 2018, 613 = IPRspr 2017-180b; BGH, NJW-RR 2020, 802 Rn. 24 =

detaillierter und kontroverser die Parteien zur ausländischen Rechtspraxis vortragen.²⁰¹ Die Parteien trifft keine prozessuale Beweisführungslast.²⁰² Selbst wenn eine Partei den Vortrag der anderen Seite zum Inhalt des ausländischen Rechts nicht bestreitet, entbindet dies das Gericht nicht schlechthin von seiner Pflicht zur Amtsermittlung;²⁰³ übereinstimmender Parteivortrag darf aber in aller Regel als richtig zugrunde gelegt werden.²⁰⁴ Bei der Ermittlung ausländischen Rechts steht dem Gericht zum einen die Möglichkeit des Freibeweises zur Verfügung, bei dem es Erkenntnisquellen aller Art benutzen kann und die Regeln des förmlichen Beweisverfahrens (§§ 355 ff. ZPO) nicht einhalten muss.²⁰⁵ Eine bloße Internetrecherche zu Reisehinweisen reicht bei einem Verkehrsunfall im Ausland aber nicht aus.²⁰⁶ Regelmäßig wird in der Rechtspraxis ein Beweisbeschluss gefasst,²⁰⁷ mit dem ein förmliches Beweisverfahren eingeleitet und etwa ein Sachverständigengutachten angefordert wird. In diesem Fall muss das Gericht nach der Rechtsprechung des BGH konsequent die Regeln der §§ 355 ff. ZPO, insbesondere die §§ 402 ff. ZPO über den Beweis durch Sachverständige, befolgen.²⁰⁸ Als Sachverständige kommen z.B. die Referen-

IPRspr 2020-17; BGH, NJW 2022, 2547 Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 19.7.2012 – 10 C 2.12, BVerwGE 143, 369 Rn. 14 = NJW 2012, 3461 = IPRspr 2012-3; OLG Köln, Urt. v. 26.2.2016 – 6 U 90/15, GRUR-RR 2016, 471 Rn. 31 = IPRspr 2016-1; OLG Köln, Urt. v. 22.11.2018 – 3 U 78/18, RdTW 2019, 136, 139 = IPRspr 2018-92.

²⁰¹ BGHZ 118, 151, 164 = NJW 1992, 2026, 2029; BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359 = IPRspr 2002-3; BGH, Beschl. v. 21.12.2011 – I ZR 144/09, TranspR 2012, 110 = BeckRS 2012, 01018 = IPRspr-2011-3; BGH, Beschl. v. 26.3.2015 – IX ZB 38/14, ZInsO 2015, 1466 = BeckRS 2015, 08847 Rn. 9 = IPRspr 2015-254; BGH, NJW-RR 2020, 802 Rn. 24 = IPRspr 2020-17; BGH, NJW 2022, 2547 Rn. 17; OLG Köln, RdTW 2019, 136, 139 = IPRspr 2018-92.

²⁰² BGH, TranspR 2012, 110 = BeckRS 2012, 01018 = IPRspr-2011-3; BAG, AP EGBGB Art. 30 Nr. 11 Rn. 67 = IPRspr 2020-142; OLG Saarbrücken, BeckRS 2019, 38316 Rn. 28 = IPRspr 2019-50.

²⁰³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.5.2003 – 2 W 11/03, GRUR-RR 2003, 359; 2011, 84 Ls. = BeckRS 2011, 01261 = IPRspr 2003-2.

²⁰⁴ BPatG, Urt. v. 1.7.2014 – 3 Ni 14/13 (EP), IPRspr 2014-147; vgl. auch BGH, NJW 2022, 2547 Rn. 17.

²⁰⁵ BGH, NJW-RR 2017, 833 Rn. 24 = IPRspr 2017-7b; BGH, NJW-RR 2017, 902 = IPRspr 2017-304; BGH, NJW-RR 2021, 916 Rn. 59 = IPRspr 2021-71; BGH, Urt. v. 28.9.2022 – XII ZR 7/22, NJW 2022, 3644 Rn. 22; BAG, Urt. v. 25.6.2013 – 3 AZR 138/11, AP Verordnung Nr. 44/2001/EG Nr. 6 Rn. 37 = IPRspr 2013-191; OLG Köln, RdTW 2019, 136, 139 = IPRspr 2018-92.

²⁰⁶ OLG München, Urt. v. 21.10.2016 – 10 U 2372/16, NJW 2017, 338 = IPRspr 2016-4.

²⁰⁷ Zu dessen Abfassung *Bendref*, Gerichtliche Beweisbeschlüsse zum ausländischen und internationalen Privatrecht, MDR 1983, 892.

²⁰⁸ BGH, Urt. v. 10.7.1975 – II ZR 174/74, NJW 1975, 2142 = IPRspr 1975-1; BGH, Urt. v. 15.6.1994 – VIII ZR 237/93, NJW 1994, 2959 = IPRspr 1994-3; krit. aber teilweise die Lehre, die sich auch insoweit – hinsichtlich der Ladung des Sachverständigen – für ein

ten des Hamburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, die Professoren und Mitarbeiter der auslandsrechtlichen Institute deutscher (oder, je nach Lage des Falles, auch ausländischer)²⁰⁹ Universitäten oder sonstige hinreichend als kompetent ausgewiesene Rechtsexperten in Betracht.²¹⁰ Die Anforderungen, die der BGH an die gutachterliche Tätigkeit stellt, sind bekanntlich ausgesprochen streng.²¹¹

3. Gegenstand der Ermittlungspflicht

Die gerichtliche Ermittlungspflicht nach § 293 ZPO erstreckt sich nur auf Rechtsfragen, nicht auf entscheidungserhebliche Tatsachen.²¹² Zulässiger Gegenstand eines Rechtsgutachtens ist streng genommen nur das ausländische Recht, nicht das deutsche und europäische IPR, welches das Gericht selbst kennen muss.²¹³ Führt das IPR der *lex fori* daher ohne weiteres zur Anwendbarkeit deutschen Sachrechts, dürfen für ein insoweit eingeholtes Gutachten keine Kosten von den Parteien erhoben werden (§ 21 Abs. 1 S. 1 GKG bzw. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG).²¹⁴ Jedoch entspricht es bewährter gutachterlicher Praxis, die Rechtsauffassung eines anfragenden Gerichts zur Anwendbarkeit eines fremden Rechts nicht ungeprüft zu übernehmen, sondern dieses ggf. auf andere Lösungswege aufmerksam zu machen.²¹⁵ Auch die maßgebenden Straßenverkehrsvorschriften, die von einem deutschen Gericht lediglich als Tatsachen berücksichtigt werden, müssen von Amts wegen ermittelt werden (siehe oben III.2.). Ob gerichtliche Entscheidungen Bindungswirkung („stare

größeres Ermessen ausspricht, etwa *Linke/Hau* (Fn. 85), Rn. 9.14; *Schack* (Fn. 85), Rn. 766 f. m. w. N. zum verfahrensrechtlichen Streitstand.

²⁰⁹ OLG München, NJW 2017, 338 Rn. 18 = IPRspr 2016-4; für eine vorrangige Beauftragung inländischer Sachverständiger *Schack* (Fn. 85), Rn. 763; dagegen *Linke/Hau* (Fn. 85), Rn. 9.12; zum pro und contra *Hüßtege*, Internetrecherche contra Sachverständigengutachten – Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, IPRax 2021, 261, 264.

²¹⁰ Vergleichend zur europäischen Rechtspraxis und zur grenzüberschreitenden Gutachterstätigkeit *Cuniberti*, L'expertise judiciaire en droit judiciaire européen, Rev. crit. DIP 104 (2015), 519.

²¹¹ Berühmt-berüchtigt ist das Urteil des BGH zur Ermittlung der Rechtslage in Bezug auf venezolanische Schiffspfandrechte: BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90, NJW-RR 1991, 1211 = RIW 1991, 514 m. Aufsatz *Sommerlad*, RIW 1991, 856 = IPRax 1992, 324 m. Aufsatz *Kronke*, IPRax 1992, 303 = IPRspr 1991-1b.

²¹² BGH, NJW 2019, 3374 Rn. 25 = IPRspr 2019-287b; BGH, NJW-RR 2021, 916 Rn. 62 = IPRspr 2021-71.

²¹³ *Linke/Hau* (Fn. 85), Rn. 9.13; ausf., auch zur Kostenfrage, *Remien* (Fn. 194), S. 223, 244; *Seibl*, Iura novit curia, Justizgewährungsanspruch und die Frage der Kostentragung für gerichtlich erholte Gutachten zum Inhalt ausländischen Rechts, ZZP 128 (2015), 431.

²¹⁴ *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, EGBGB Einl. IPR Rn. 80.

²¹⁵ So auch *Linke/Hau* (Fn. 85), Rn. 9.13: „nobile officium“.

decisis“) entfallen oder nicht, ist dem anwendbaren ausländischen Recht zu entnehmen.²¹⁶

4. Rechtshilfe

Neben der vorherrschenden Einholung von Sachverständigengutachten kommt auch eine Anfrage nach dem Londoner Übereinkommen vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht in Betracht.²¹⁷ Dieser Weg bietet sich insbesondere an, wenn es um die Beantwortung rechtstechnisch einfach gelagerter Fragen geht, etwa nach dem Inhalt ausländischer Sicherheits- und Verhaltensregeln im Straßenverkehr.²¹⁸ Im Übrigen spielt das Übereinkommen in der deutschen Praxis aber nur eine geringe Rolle, weil die Auskünfte abstrakt und nicht fallbezogen ausfallen.²¹⁹ Sie können daher eine umfassende sachverständige Begutachtung komplexerer Rechtsfragen regelmäßig nicht ersetzen, und ihre alleinige Benutzung als Quelle begründet unter Umständen einen (revisiblen) Verstoß gegen § 293 ZPO.²²⁰ Ferner kann das Europäische Justizielle Netz in Zivil- und Handelssachen für Anfragen genutzt werden;²²¹

²¹⁶ *Ofner* (Fn. 199), ZfRV 2015, 12, 124.

²¹⁷ BGBl. 1974 II 938 = *Jayme/Hausmann* (Fn. 26), Nr. 200 m.w.N. zum Ratifikationsstand.

²¹⁸ OLG München, Beschl. v. 5.3.2008 – 7 U 4969/06, DAR 2008, 590 m. Anm. *Riedmeyer* = NJW-RR 2008, 1285 = IPRspr 2008-50; OLG München, Beschl. v. 5.2.2010 – 10 U 4091/09, BeckRS 2010, 05186 = IPRspr 2010-1.

²¹⁹ Ausf. zum Londoner Übereinkommen *Schellack*, Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen, 1998; ferner *Basedow*, The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law, in: *Basedow/Pissler*, Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, 2014, S. 85, 91 ff.; *Hüftege* (Fn. 209) IPRax 2021, 261, 263; *Jastrow*, Zur Ermittlung ausländischen Rechts: Was leistet das Londoner Auskunftsübereinkommen in der Praxis?, IPRax 2004, 402; *Linke/Hau* (Fn. 85), Rn. 9.15; *Remien* (Fn. 194), S. 239 ff.; *Remien*, Die Anwendung und Ermittlung ausländischen Rechts im System des Europäischen Internationalen Privatrechts, ZVglRWiss 115 (2016), 570, 576 f.; *Requejo Isidro*, Application of Foreign Law, in: *Beaumont/Holliday*, A Guide to Global Private International Law, 2022, S. 133, 138 f.; *Schack* (Fn. 85), Rn. 762; *Looschelders*, in: *Staudinger BGB*, 2019, Einl. IPR Rn. 1290; *M. Stürner*, Effektivität des europäischen Kollisionsrechts und nationales Verfahrensrecht, in: *FS R. Stürner*, Bd. II, 2013, S. 1071, 1086 ff.; *Verhellen*, Access to foreign law in practice: easier said than done, (2016) 12 JPIL 281, 293 f., jeweils m.w.N.

²²⁰ BGH, NJW 2014, 1244 = NZI 2014, 283 m. Anm. *Vallender*, NZI 2014, 285 = LMK 2014, 358488 Ls. m. Anm. *Magnus* = IPRax 2017, 517 m. Anm. *Kahl*, IPRax 2017, 530 = IPRspr 2014-276; hierzu auch *Krauß* (Fn. 199), GPR 2014, 175.

²²¹ Hierzu *Fornasier*, Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, ZEuP 2010, 477; *Menne*, Die Arbeit der deutschen Verbindungsrichter im internationalen Familienrecht, ZEuP 2019, 472; *Menne*, Grenzüberschreitende richterliche Kooperation im internationalen Familienrecht und Verbindungsrichter, IPRax 2020, 86; *Menne*, Anm. zu AG München, Beschl. v.

Kontaktstelle in der Bundesrepublik ist das Bundesamt für Justiz in Bonn.²²² Verbindungsrichter, wie sie im Internationalen Familienrecht bereits existieren,²²³ sind allerdings gegenwärtig für das Internationale Straßenverkehrsfallrecht nicht vorhanden. Zudem können von der EU geförderte Datenbanken den Zugang zum ausländischen Recht erleichtern.²²⁴ Die Einholung eines Sachverständigengutachtens kann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn bei einem einfach gelagerten Sachverhalt hinreichende eigene Erkenntnismöglichkeiten durch verfügbare Literatur sowie Gesetzestexte bestehen und eine dem deutschen Recht verwandte Rechtsordnung anzuwenden ist, insbesondere, wenn die Parteien zum Inhalt dieses Rechts im Wesentlichen übereinstimmend vortragen.²²⁵ Bei einer überschaubaren Fragestellung kann auch die Einholung einer Botschaftsauskunft ausreichen.²²⁶ Bei widersprüchlichen Auskünften verschiedener staatlicher Stellen muss aber wiederum ein Sachverständigengutachten eingeholt werden.²²⁷

V. Internationale Beweisaufnahme

1. Problemstellung

Ist der Unfallort, wie im Beispielfall, im Ausland belegen, werfen die Entsendung eines Sachverständigen, die Einnahme eines Augenscheins durch Gerichtsangehörige oder die Vernehmung eines Zeugen besondere Probleme auf. Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuB-

29.6.2021 – 528 F 12176/20, NJW 2022, 253; *Requejo Isidro*, The Application of European Private International Law and the Ascertainment of Foreign Law, in: v. Hein/Kieninger/Rühl, How European is European Private International Law?, 2019, S. 139, 162 f.; *M. Stürner* (Fn. 219), S. 1093; *M. Stürner* (Fn. 194), ZVglRWiss 117 (2018), 1, 15 ff.; *M. Stürner/Krauß* (Fn. 194), Rn. 510 ff.; *Verhellen* (Fn. 219, (2016) 12 JPIL 281, 290 ff.

²²² Nähere Information sind abrufbar unter <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/InternationaleZusammenarbeit/Zivilsachen/Rechtshilfe/Rechtshilfe_node.html> (20.11.2023).

²²³ Näher *Menne* (Fn. 221), ZEuP 2019, 472, 483 f.

²²⁴ Näher *Requejo Isidro* (Fn. 221), S. 163 ff.

²²⁵ OLG Oldenburg, Urt. v. 11.10.2007 – 14 U 71/07, OLGR 2008, 452 = IPRspr 2007-2: Unfall mit Segelflugzeug in Dänemark; vgl. zum dänischen Namensrecht auch BGH, NJW-RR 2017, 833 Rn. 25 = IPRspr 2017-7b; OLG Köln, GRUR-RR 2016, 471 Rn. 31 = IPRspr 2016-1, zum luxemburgischen AGB-Recht; OLG Köln, RdTW 2019, 136, 139 = IPRspr 2018-92, betr. schweizerisches Vertragsrecht.

²²⁶ So zum ecuadorianischen Ehenamensrecht BGH, NJW-RR 2017, 902 Rn. 15 = IPRspr 2017-304.

²²⁷ BGHZ 217, 165 Rn. 29 = NJW 2018, 613 = IPRspr 2017-180b zur Volljährigkeit nach guineischem Recht.

VO)²²⁸ hat zum 1.7.2022 die bisher geltende EuBVO a.F.²²⁹ aus dem Jahre 2001 abgelöst.²³⁰ Die Reform der EuBVO verfolgt insbesondere den Zweck, den Einsatz moderner Technologien bei der grenzüberschreitenden Beweisaufnahme zu verbessern.²³¹ Insbesondere soll die Revision der Verordnung den Gebrauch moderner Mittel der Beweisaufnahme wie Videokonferenzen fördern. Mit dem neuen Art. 20 EuBVO soll eine häufigere und raschere Nutzung der unmittelbaren Beweisaufnahme gewährleistet werden, wenn eine Person, die sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, als Zeuge, Sachverständiger oder Partei gehört wird (siehe unter V.4.). Hingegen wurden die schon unter der alten Fassung bestehenden Unsicherheiten in Bezug auf die Tätigkeit von Gerichtssachverständigen im Ausland nicht behoben (dazu sogleich unter V.2.). Auch die Einnahme eines Augenscheins wirft in grenzüberschreitenden Fällen Fragen nach der rechtlichen Zulässigkeit auf (siehe unter V.3.).

2. Sachverständige

Es ist seit jeher umstritten, ob ein deutsches Gericht einen Sachverständigen damit beauftragen darf, Feststellungen im Ausland zu treffen, ohne zuvor die Genehmigung des ausländischen Staats einzuholen.²³² Kernpunkt des Streits

²²⁸ Verordnung (EU) 2020/1783 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme), ABl. 2020 L 405, S. 1.

²²⁹ Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28.5.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen. ABl. 2001 L 174, S. 1, ber. L 321 vom 7.11.2014, S. 11 und L 324 vom 30.11.2016, S. 19.

²³⁰ Zur Einführung *Knöfel*, Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO), RIW 2021, 247; *Fabig/Windau*, Die Neufassungen der Europäischen Zustellungs- und Beweisaufnahmeverordnungen, NJW 2022, 1977; ausführliche Kommentierung durch v. *Hein*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, EuBVO.

²³¹ Siehe insbesondere die Erwägungsgründe 7 ff. (elektronische Übermittlung von Ersuchen), 13 f. (Rechtswirkung elektronischer Schriftstücke), 21 ff. (Videokonferenzen) EuBVO.

²³² Dagegen noch § 64f Abs. 1 der Rechtshilfeordnung für Zivilsachen (ZRHO) vom 19.10.1956 (vgl. Bek. des BMJ v. 16.3.1957, BAnz. Nr. 63 S. 1), zuletzt geändert durch Bek. vom 13.12.2022 (BAnz AT 16.3.2023 B5); eingehend zur Problematik *Hau*, Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822, 823 f.; *Hau*, Der inlandsansässige Gerichtssachverständige im Ausland, DS 2004, 91, 92; *Musielak*, Beweiserhebung bei auslandsbelegenen Beweismitteln, in: FS Geimer, 2002, S. 761, 771–773 m.w.N.; siehe auch *Ahrens*, Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel. Zum Urkunden- und Augenscheinsbeweis der ZPO, in: FS Geimer, 2002, S. 1, 4–6; *Stadler*, Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in der Europäischen Union – die Zukunft

ist die Frage, ob der Sachverständige im Ausland als „verlängerter Arm des Gerichts“ (Folge: Hoheitsverletzung) oder als Privatperson tätig wird (dann zulässige Beweisbeschaffung).²³³ Der EuGH betrachtet die Einhaltung des in Art. 19 EuBVO vorgesehenen Rechtshilfeweges nur dann als zwingend geboten, wenn

„eine Untersuchung, mit der der von einem Gericht eines Mitgliedstaats ernannte Sachverständige betraut ist und zu deren Durchführung er sich in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats begeben muss, sich unter bestimmten Umständen auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt des Mitgliedstaats, in dem sie vorzunehmen ist, auswirken [kann], namentlich wenn es sich um eine Untersuchung an Orten handelt, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind oder zu denen der Zutritt oder andere Maßnahmen nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Untersuchung durchgeführt wird, verboten oder nur dazu befugten Personen erlaubt sind.“²³⁴

Hierbei vermischt der Gerichtshof aber die primäre Frage, ob der Sachverständige als Hoheitsträger des *ersuchenden* Staates anzusehen ist, mit der anders gelagerten, sekundären Problemstellung, ob er zur Durchführung seines Auftrags eine hoheitliche Hilfestellung des *ersuchten* Staates in Anspruch nehmen muss.²³⁵ Dadurch vermengt der Gerichtshof Aspekte, die nach der Konzeption des Ordnungsgebers im Rahmen der Genehmigungserteilung nach Art. 19 Abs. 4 EuBVO vom ersuchten Staat selbst zu prüfen sind (Be-

der Rechtshilfe in Beweissachen, in: FS Geimer, 2002, S. 1281, 1287; zum französischen Recht *Le Berre/Pataut*, La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond/The Gathering of Evidence in France in Support of Foreign Proceedings on the Merits, Rev. dr. aff. int. 2004, 53, 67 ff.

²³³ Statt vieler einerseits *Leipold*, Lex fori, Souveränität, Discovery: Grundfragen des Internationalen Zivilprozessrechts, 1989, S. 46–48; *Lindacher*, Befundtatsachenfeststellung durch Gerichtssachverständige im Ausland. Anmerkungen zur Beweisaufnahmewegefrage im Lichte von EuGH Rs. C-322/11 – *Prorail*, in: FS Pekcanitez, 2014, S. 231, 234; *Stadler* (Fn. 232), S. 1287; *Stadler*, Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik, ZJP 115 (2002), 515, 519 (verlängerter Arm); andererseits (Privatperson) *Daoudi*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozeß, 2000, S. 108 f., 128 ff.; *Knöfel*, in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Band III, 63. EL 2021, Einl. EG-BewVO Rn. 29; *Leitzen*, Die grenzüberschreitende Beweisaufnahme in Zivilsachen, Jura 2007, 201 f.; *Rauscher*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2022, Vor §§ 1072 ff. Rn. 9 (mit Einschränkungen); *Musielak* (Fn. 232), S. 772 f.; Schack (Fn. 85), Rn. 846; *Schütze*, Rechtsverfolgung im Ausland, 5. Aufl. 2016, Rn. 333; *Schütze*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 5. Aufl. 2023, § 1072 Rn. 11; *Geimer* (Fn. 194), § 363 ZPO Rn. 63; ebenso *Tsikrikas*, Einige Gedanken über den Anwendungsbereich der Europäischen Beweisverordnung, in: FS Simotta, 2012, S. 635, 640.

²³⁴ EuGH, Urt. v. 21.2.2013 – C-332/11 (*ProRail BV vs. Xpedys NV u. a.*), ECLI:EU:C:2013:87, IRW 2013, 380 Rn. 47; so bereits OLG Oldenburg, Beschl. v. 29.11.2012 – 8 W 102/12, IPRspr 2012-255 = MDR 2013, 547 (Ls.).

²³⁵ Mit Recht krit. zur „Verharmlosung des Sachverständigenhandelns als quasi-touristisch“ *Lindacher* (Fn. 233), S. 234; vgl. (zu einem Richter) auch VG Bremen, Urt. v. 24.4.2018 – 6 K 1528/16, juris Rn. 44 f.

dingungen für die Durchführung der unmittelbaren Beweisaufnahme) mit der vorgeflichen Problematik, ob wegen des hoheitlichen Charakters der Beweisaufnahme überhaupt eine Genehmigung vom ersuchenden Gericht beantragt werden muss.²³⁶ Hinzu kommt, dass eine unmittelbare Beweisaufnahme nach Art. 19 Abs. 2 EuBVO ohnehin nur zulässig ist, „wenn sie auf freiwilliger Grundlage und ohne Zwangsmaßnahmen erfolgen kann“. Beantragt etwa ein ersuchendes Gericht, dem von ihm ernannten Sachverständigen unter Ausübung hoheitlicher Gewalt und entgegen dem Hausrecht des Liegenschaftseigentümers den Zugang zum Betriebsgelände einer Bahn zu verschaffen, müsste nach der Sichtweise des EuGH zwar der Rechtshilfeweg des Art. 19 EuBVO eingehalten werden; die Ablehnung eines solchen Antrags wäre aber wegen Art. 19 Abs. 2 EuBVO unumgänglich.²³⁷ Es bleibt daher abzuwarten, ob der EuGH seiner recht unbestimmten „nicht unbedingt“-Formel präzisere Konturen verleihen wird.²³⁸ Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH dem nationalen Verfahrensrecht lediglich einen Anwendungsspielraum neben der EuBVO eröffnen, aber nicht selbst die für die Entsendung eines Sachverständigen ins Ausland nötige Rechtsgrundlage im nationalen Prozessrecht schaffen kann;²³⁹ insoweit bleibt es auch nach *ProRail* dabei, dass die Frage, ob außerhalb des Anwendungsbereichs der EuBVO eine Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten im Ausland ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 363 ZPO stattfinden darf, höchstrichterlich nicht entschieden und klärungsbedürftig ist.²⁴⁰ Wenngleich der Abbau traditi-

²³⁶ Deutlich wird dieser Zirkelschluss in *Secretary of State for Health v. Servier Laboratory Ltd.* [2013] EWCA Civ 1234 Rn. 101; hierzu *Cuniberti* (Fn. 210), Rev. crit. DIP 104 (2015), 519, 539; kritisch auch *Kern*, Die ausländische Partei als Zeuge im Europäischen Beweisrecht, GPR 2013, 49, 51 in Fn. 27 (zu den vorangehenden Schlussanträgen); *Lindacher* (Fn. 233), S. 234 ff.

²³⁷ *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, 2015, § 15 Rn. 72; *Schlosser*, Die Tätigkeit des gerichtlichen Sachverständigen auf fremdem Territorium, in: FS Klamaris, Bd. II, 2016, S. 685, 691.

²³⁸ Näher *Schlosser* (Fn. 237), S. 687 ff.; die „vielen Unsicherheiten“ dieser Formel beklagen auch *Kreuzer/Wagner/Häcker*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 58. EL 2023, Rn. Q III 45; *Jansen*, Explaining the Methods for Taking Evidence Abroad Within the EU and Some First Observations on the Proposal for the Evidence Regulation, NIPR 2019, 753, 761 f.; eine – nicht näher definierte – Klarstellung bei der Reform der EuBVO hatte auch die DAV-Stellungnahme Nr. 53/2018 S. 10 angeregt.

²³⁹ Zutreffend *Lindacher* (Fn. 233), S. 233 ff.; vgl. auch zu einem Richter VG Bremen, Ur. v. 24.4.2018 – 6 K 1528/16, juris Rn. 48: „Selbst wenn unterstellt würde, dass das Großherzogtum Luxemburg nichts gegen die Wahrnehmung hoheitlicher Tätigkeiten des Klägers auf seinem Staatsgebiet einzuwenden gehabt hätte, so macht dies die Genehmigungen der zuständigen deutschen Stellen nicht grundsätzlich entbehrlich.“

²⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.8.2009 – 1 BvR 2111/08, BeckRS 2009, 39174; *Thole*, Kein abschließender Charakter der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung, IPRax 2014, 255, 258.

oneller Souveränitätsvorbehalte in der EU rechtspolitisch zu begrüßen ist, wäre es zudem angebracht gewesen, diese heikle Frage dem Verordnungsgeber selbst zu überlassen und ihm nicht durch richterliche Rechtsfortbildung vorzugreifen.²⁴¹

3. Augenschein

Überdies ist fraglich, ob die Verdrängung des Art. 19 EuBVO sich allein auf Gerichtssachverständige beschränken soll oder ob sich sogar Richter selbst (Art. 19 Abs. 3 Alt. 1 EuBVO) auf diese Rechtsprechung berufen können, um im Ausland genehmigungsfrei Zeugen zu befragen oder einen Augenschein einzunehmen, sofern sie dies nur an einem allgemein zugänglichen Ort tun.²⁴² Eine solche Konsequenz wird indes selbst von Autoren für absurd gehalten, die der Auffassung des EuGH in Bezug auf Gerichtssachverständige zustimmen.²⁴³ Eine im Ausland erfolgende Augenscheinseinnahme durch die Gerichtsangehörigen selbst (§ 1073 Abs. 2 Alt. 1 ZPO) setzt deshalb weiterhin die Einhaltung des in Art. 19 EuBVO vorgesehenen Rechtshilfeweges voraus.²⁴⁴ Auch für den sog. Tele- oder Video-Augenschein, der mit Hilfe technischer Mittel (z.B. einer Kameradrohne) vom Gericht selbst eingenommen wird, muss eine Genehmigung beantragt werden.²⁴⁵

4. Zeugenvernehmung

Der EuGH hat jüngst klargestellt, dass die EuBVO das Gericht nicht daran hindert, einen Auslandszeugen darum zu bitten, Beweisfragen freiwillig schriftlich zu beantworten.²⁴⁶ Zweifelsfragen wirft aber weiterhin die Befra-

²⁴¹ In diesem Sinne *Cuniberti* (Fn. 210), Rev. crit. DIP 104 (2015), 519, 537, der drastisch von einem „petit coup d'état judiciaire“ („kleiner Richterputsch“) spricht; kritisch auch *Janal* (Fn. 237), § 15 Rn. 63, die dem EuGH ein Handeln *ultra vires* vorwirft; *Lindacher* (Fn. 233), S. 237.

²⁴² Vgl. *Janal* (Fn. 237), § 15 Rn. 74; *Lafontaine*, Die Beweisaufnahme über den EU-Auslandssachverhalt, DAR 2020, 541, 544.

²⁴³ Namentlich *Bach*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 21.2.2013 – C-332/11, EuZW 2013, 315, 316; *Galič*, Open issues concerning the non-mandatory character of the Cross-Border Taking of Evidence Regulation, ERA Forum 2017, 213, 225; offener *Lafontaine* (Fn. 242), DAR 2020, 541, 544.

²⁴⁴ Ebenso *Bach* (Fn. 243), EuZW 2013, 315, 316; vgl. auch *Tsikrikas* (Fn. 233), S. 639; kritisch *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 8.58.

²⁴⁵ Vgl. *Windau*, Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung, jM 2021, 178, 185; enger *Knöfel* (Fn. 230), RIW 2021, 247, 251.

²⁴⁶ EuGH, Beschl. v. 8.9.2022 – C-188/22 (*VP/AS*), ECLI:EU:C:2022:678 = MDR 2023, 792 f. (Ls.); hierzu *Windau*, EuGH zur Zulässigkeit einer schriftlichen Zeugenvernehmung im EU-Ausland, ZPO-Blog v. 4.1.2023, abrufbar unter <<https://anwaltsblatt.anwalt>

gung eines Zeugen im Wege einer Videokonferenz auf. Die Durchführung einer solchen unmittelbaren Beweisaufnahme war in der EuBVO a.F. nur indirekt in Art. 17 Abs. 4 S. 3 geregelt. Laut dieser Vorschrift sollte die ausländische Zentralstelle oder die zuständige Behörde den Einsatz von Kommunikationstechnologie, wie Video- und Telekonferenzen, fördern.²⁴⁷ Dieser sehr zurückhaltende Regelungsansatz führte dazu, dass „[d]as Potenzial moderner Kommunikationstechnologien, beispielsweise Videokonferenzen, die ein wichtiges Mittel zur Vereinfachung und Beschleunigung der Beweisaufnahme darstellen“, in der Rechtspraxis „nicht voll ausgeschöpft“ wurde.²⁴⁸ Bei der Neufassung der EuBVO wurde deshalb eine eigenständige Vorschrift, Art. 20 EuBVO, geschaffen. Hiermit wollte der Ordnungsgeber „eine angemessenere, häufigere und raschere Nutzung der unmittelbaren Beweisaufnahme [...] per Videokonferenz [...] gewährleisten“.²⁴⁹

Vernimmt das inländische Gericht die im Ausland weilende Auskunftsperson im Wege einer Video- oder Telekonferenz (§ 128a ZPO), während sich die Gerichtsangehörigen im Inland aufhalten, soll es sich zwar nach einer international verbreiteten Meinung um eine bloße Beweisbeschaffung handeln, für die keine Genehmigung des Staates erforderlich sei, auf dessen Territorium sich der Zeuge befinde.²⁵⁰ Richtiger Ansicht nach liegt darin aber eine unmittelbare Beweisaufnahme im Ausland, die in den Anwendungsbe- reich der Art. 19, 20 EuBVO fällt.²⁵¹ Nach dem Kommissionsvorschlag für

verein.de/de/zpoblog/schriftliche-zeugenvernehmung-ausland-eugh-c-188-22> (10.8.2023); so schon zuvor die h.L., näher v. *Hein* (Fn. 230), Art. 1 EuBVO Rn. 16, m. w. N.

²⁴⁷ Hierzu *Betetto*, Introduction and practical cases on Council Regulation (EC) No 1206/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, EuLF 2006, 137, 141; *Schulze*, Dialogische Beweisaufnahmen im internationalen Rechtshilfeverkehr, IPRax 2001, 527, 529.

²⁴⁸ Erwägungsgrund 21 S. 1 EuBVO.

²⁴⁹ Europäische Kommission, 31.5.2018, COM (2018) 378 final, S. 9.

²⁵⁰ So insbesondere die Sicht in Australien: *Matthew James Joyce vs. Sunland Waterfront (BVI) Ltd.* [2011] FCAFC 95; 195 FCR 213 (19. August 2011) = RIW 2011, 886 m. zust. Anm. *Knöfel*; *Davies*, Taking Evidence by Video-Link in International Litigation, in: GS Nygh, 2004, S. 69, 72; ferner *Geimer* (Fn. 89), Rn. 2385a; *Geimer*, Betrachtungen zur internationalen (aktiven und passiven) Rechtshilfe und zum grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, in: FS Spellenberg, 2010, S. 407, 427 (zurückhaltender aber *Geimer* [Fn. 194], Art. 20 EuBVO Rn. 1); *Knöfel* (Fn. 233), Einl. EuBVO a.F. Rn. 29; *Knöfel*, RIW-Kommentar zu *Polanski v. Condé Nast Publications Ltd*, RIW 2006, 302, 304; *Nagel/Gottwald* (Fn. 85), Rn. 9.38; *Berger*, in: Stein/Jonas ZPO, 23. Aufl. 2015, § 363 ZPO Rn. 14; zur Verhandlungsteilnahme allgemein *Hemler*, Virtuelle Verfahrensteilnahme aus dem Ausland und Souveränität des fremden Aufenthaltsstaats, *RabelsZ* 86 (2022), 905.

²⁵¹ *Betetto* (Fn. 247), EuLF 2006, 137, 143; *Fucik*, in: Fasching/Konecny, ZPO, 2. Aufl. 2008, Vor Art. 1 EuBVO a.F. Rn. 6; *Galič* (Fn. 243), ERA Forum 18 (2017), 213, 225 f.; *Huber*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Art. 1 EuBVO a.F. Rn. 46; *Hess* (Fn. 244), Rn. 8.59; *Lafontaine* (Fn. 242), DAR 2020, 541, 542; *Rauscher* (Fn. 233), Vor § 1072 ZPO Rn. 10; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl.

die Neufassung der EuBVO von 2018²⁵² hätte es sich angeboten, für die Notwendigkeit einer Genehmigung danach zu unterscheiden, ob die Aussageperson an ihrer Befragung im Wege einer Video- oder Telekonferenz freiwillig mitwirkt. Denn dieser Kommissionsvorschlag sah noch die ersatzlose Streichung des Freiwilligkeitserfordernisses für die Durchführung der unmittelbaren Beweisaufnahme (Art. 17 Abs. 2 EuBVO a.F.) vor.²⁵³ Bei diesem Regelungsansatz hätte es nahegelegen, das Genehmigungserfordernis für eine Videokonferenz auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Einsatz von Zwangsmitteln im ersuchten Staat in Betracht käme. Da die Streichung des Freiwilligkeitserfordernisses aber nicht in die Neufassung der Verordnung (Art. 19 Abs. 2 EuBVO) übernommen wurde,²⁵⁴ bietet dieses Kriterium keinen sinnvollen Ansatz für eine Differenzierung. Vielmehr bestätigt der ausdrückliche Rückverweis auf Art. 19 EuBVO in Art. 20 Abs. 1 EuBVO, dass der Ordnungsgeber von der Prämisse ausgegangen ist, nach der die Videovernehmung einer aussagebereiten Person einer vorherigen Genehmigung durch die Zentralstelle des Aufenthaltsstaates bedarf.²⁵⁵ Auch der jüngst vom BMJ vorgelegte Regierungsentwurf zur Videovernehmung und zur Reform des § 128a ZPO klammert die internationale Beweisaufnahme i.S.d. Art. 20 EuBVO bewusst aus.²⁵⁶

2024, § 128a ZPO Rn. 8; *Vofß*, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen jenseits des Rechtshilfewegs – Wunsch oder Wirklichkeit?, in: *Reuß/Windau*, Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts SoSe 2021, 2022, S. 43, 44 ff.; vgl. auch zum HBÜ *Rana v. Islam*, 2015 WL 10374195, 305 F.R.D. 53 (S.D.N.Y. 2015): Vernehmung des Botschafters von Bangladesch in Marokko nur mit Genehmigung des marokkanischen Außenministeriums.

²⁵² Zu den Hintergründen v. *Hein* (Fn. 230), Einl. EuBVO Rn. 6.

²⁵³ Europäische Kommission, 31.5.2018, COM (2018) 378 final, Art. 1 Nr. 3 lit. a; hierzu *Knöfel*, Der Kommissionsvorschlag von 2018 zur Änderung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung, RIW 2018, 712, 715 f.

²⁵⁴ v. *Hein* (Fn. 230), Art. 19 EuBVO Rn. 19.

²⁵⁵ Ebenso *Hess*, in: *Schlosser/Hess*, EU-Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2021, Art. 20 EuBVO n.F. Rn. 2; *Lafontaine* (Fn. 242), DAR 2020, 541, 550; *Vofß* (Fn. 251), S. 50; *Windau* (Fn. 245), jM 2021, 178, 181; de lege lata nun auch *Knöfel* (Fn. 230), RIW 2021, 247, 250 f. (mit rechtspolitischer Kritik); zweifelnd *Labonté/Rohrbeck*, Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen im Zivilprozess unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, IWRZ 2021, 99, 101 f., die aber die Stellung eines Ersuchens als sichersten Weg empfehlen.

²⁵⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, 24.5.2023, S. 33, abrufbar unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2022_Videokonferenztechnik.html> (11.4.2024).

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Der Arbeitskreis I des 58. Verkehrsgerichtstages hat im Jahre 2020 Empfehlungen für eine effizientere gerichtliche Bewältigung internationaler Straßenverkehrsunfälle verabschiedet, von denen die folgenden für das IPR/IZVR relevant sind:²⁵⁷

- „2. Der Zugang zu Informationen über das Schadensersatzrecht in den EU-Mitgliedstaaten ist zu verbessern. Zu diesem Zweck sollte die EU-Kommission der Rechtspraxis Hilfsmittel zur Ermittlung des ausländischen Schadensersatzrechts bereitstellen (im Anschluss an den 47. VGT 2009).
3. Der Arbeitskreis fordert, zur Unterstützung der Prozessgerichte bei der Anwendung ausländischen Straßenverkehrs- und Schadensrechts ein System nach dem Vorbild der Verbindungsrichter des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen zu schaffen.
4. Die unmittelbare Beweisaufnahme durch das Prozessgericht im Ausland sollte erleichtert werden (z.B. durch erweiterte Zulassung der Vernehmung durch Videokonferenz).
5. Zur Durchführung von Gerichtsverfahren bedarf es einer Klarstellung der Abgrenzung von materiellem und prozessuellem Recht (z. B. Beweisanforderungen, Ehegatte als Zeuge).“

Die Empfehlung Nr. 5, die Abgrenzung von materiellem und prozessuellem Recht (siehe oben III.3. bis III.5.) durch Klarstellungen zu verbessern, kann sich nur an den Verordnungsgeber richten, denn aufgrund des Grundsatzes der autonomen Qualifikation hat der nationale Gesetzgeber insoweit keine Regelungskompetenz. Es ist aber zweifelhaft, ob derartige Fragen wirklich in der Rom II-VO selbst normiert werden sollten. Bei der Abgrenzung zwischen materiellem und prozessuellem Recht handelt es sich um ein Querschnittsproblem, das sich kaum abschließend regeln lässt und das im Interesse richterlicher Flexibilität wohl auch nicht umfassend gesetzlich fixiert werden sollte. Sinnvoller erschien es, wenn die deutschen Gerichte bei einschlägigen Problemen, etwa der Qualifikation des Anscheinsbeweises oder von Prozesszinsen, nicht wie bisher einfach durchentschieden, sondern gemäß Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten würden. Dies hätte zudem den durchaus erwünschten Effekt, dem Gerichtshof die kollisionsrechtlichen Folgewirkungen seiner *Odenbreit*-Rechtsprechung (siehe oben II.1.) vor Augen zu führen.

Die Empfehlungen Nr. 2 (verbesserter Informationszugang) und Nr. 3 (Verbindungsrichter) betreffen die Ermittlung des anwendbaren Rechts. Ein Zugang zu Informationen über das Schadensersatzrecht in den EU-Mitgliedstaaten ließe sich vor allem über die Einrichtung entsprechender Datenbanken erreichen.²⁵⁸ Allerdings bestehen insoweit beträchtliche Hürden im Hinblick

²⁵⁷ Empfehlungen des 58. Deutschen Verkehrsgerichtstags 2020, NZV 2020, 142.

²⁵⁸ Vgl. auch zu Datenbanken auf dem Gebiet des europäischen IPR/IZVR v. *Hein/Imm*, Bessere Information durch öffentliche Datenbanken zum europäischen IPR und Verfahrensrecht, IWRZ 2018, 143 f.; v. *Hein*, Informierte Entscheidungen in der grenz-

auf Übersetzungserfordernisse und die fortlaufende Aktualisierung des Datenbestandes. Übersetzungsprogramme und KI-Techniken könnten die Aufbereitung fremdsprachiger Judikate aber in Zukunft beträchtlich vereinfachen. Sinnvoll erscheint ferner die in Empfehlung Nr. 3 angeregte Benennung von Verbindungsrichtern auch im Straßenverkehrsunfallrecht. Dieses Instrument hat sich bereits im Internationalen Familienrecht bewährt (siehe oben IV.4.).

Die Empfehlung Nr. 4 – erweiterte Zulassung von Videokonferenzen – ist auf europäischer Ebene bereits mit der Neufassung der EuBVO weitgehend verwirklicht worden. Schwächen bestehen hier derzeit eher im Bereich des nationalen Rechts (§ 128a ZPO). Während bei der Durchführungsgesetzgebung zur EuBVO n.F. die Gelegenheit zu einer Reform des § 128a ZPO noch nicht ergriffen worden war, sieht der im Mai 2023 vorgelegte Regierungsentwurf zur Videoverhandlung²⁵⁹ eine Neufassung dieser Vorschrift vor, über die aber aktuell noch kritisch diskutiert wird.²⁶⁰

Letztlich ließen sich die meisten der oben beschriebenen Probleme wohl am effektivsten dadurch lösen, dass die *Odenbreit*-Rechtsprechung des EuGH (siehe oben II.1.), die *Jayme* treffend als „Danaergeschenk“ an Verkehrsunfallopfer bezeichnet hat,²⁶¹ aufgegeben würde. Eine solche radikale Lösung würde aber eine Kehrtwende des EuGH erfordern, die angesichts seiner gefestigten Rechtsprechung (siehe oben II.1.) nicht zu erwarten ist. Allenfalls könnte sich bei der anstehenden Revision der Brüssel Ia-VO doch noch die Einsicht durchsetzen, dass bei Verfahren mit typischerweise geringen Streitwerten ein regelhaftes Auseinanderfallen von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht zu einem nur schwerlich vertretbaren Aufwand an Zeit und Kosten sowohl für die Ermittlung und Anwendung ausländischen Sachrechts als auch im Hinblick auf die grenzüberschreitende Beweisaufnahme führt.

überschreitenden Forderungsdurchsetzung – Vorstellung und Ergebnisse eines internationalen ForschungsprojektsInhalt, ZVgIRWiss 119 (2020), 123, 141.

²⁵⁹ Regierungsentwurf (Fn. 256).

²⁶⁰ *Windau*, Ein Gesetz zur Förderung oder Verhinderung von Videoverhandlungen?, ZPO-Blog v. 4.12.2022, abrufbar unter <<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/referententwurf-gesetz-foerderung-videokonferenztechnik>> (10.8.2023).

²⁶¹ *Jayme* (Fn. 6), S. 656.

„Rough Justice“

Ist der an die richterliche Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts gestellte Richtigkeits- und Vollständigkeitsanspruch überzogen?

*Anton S. Zimmermann**

I.	Einleitung.....	159
II.	Kontrolle der Fremdrechtermittlung in der Rechtsprechung.....	161
	1. Ausgangspunkt des BGH: Verfahrensrüge bei Ermittlungsdefiziten.....	161
	2. Ermessensleitende Kriterien.....	162
	3. Grenzen des Ermessens.....	164
III.	Kritik.....	172
	1. Fehlende Methodenehrlichkeit: Wahl-Revisibilität ausländischen Rechts?.....	172
	2. Konzeptionelles Fehlverständnis: Fremdrechtsanwendung als reine Deskription?.....	174
	3. Praktische Schwierigkeiten.....	175
IV.	Absenken der Ermittlungsmaßstäbe?.....	176
	1. Streitwertrelativität der Ermittlungstiefe?.....	176
	2. Stärkung des Selbstermittlungsrechts und Selbstermittlungspflicht?.....	179
	3. Ausländischer Richter als Entscheidungsmaßstab.....	183
	4. Insbesondere: Vereinbarkeit der Kostenbelastung mit dem Justizgewähranspruch.....	184
V.	Thesen.....	186

I. Einleitung

Ausländisches Recht ist für die Zwecke eines deutschen Zivilverfahrens nicht Tatsache, sondern Recht.¹ Insofern erscheint der Titel dieses Beitrags auf den ersten Blick vielleicht überraschend: Recht hat das Gericht richtig und voll-

* Dank für hilfreiche Anmerkungen zu dem Manuskript gebührt *Nina Benz, Victor Habrich, Jan Peter Schmidt* und *Marc-Philippe Weller*.

¹ *Arens*, Prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozeß, in: FS Zajtay, 1982, S. 7, 8. Zum internationalen Vergleich siehe etwa *Nishitani*, General Report, in: Nishitani, Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?, 2017, S. 3, 17 ff.

ständig, nicht bloß im Sinne eines Näherungswertes („rough“) zu kennen – *iura novit curia*.² Doch meint die Einordnung als Recht offenbar keine vollständige Gleichsetzung mit inländischem Recht,³ sondern nur eine Abgrenzung zu Tatsachen.⁴ So ist ausländisches Recht beispielsweise formal nicht revisibel⁵ – ein für Inlandsrecht unvorstellbarer Zustand, ist doch die Kontrolle auf fehlerhafte Rechtsanwendung das Kernelement der Revision (§ 545 ZPO).⁶ Auch die Informationsbeschaffung über ausländisches Recht unterscheidet es von deutschem Recht. Insbesondere erlaubt § 293 S. 2 ZPO es dem Gericht, sich fremder Hilfe einschließlich eines Sachverständigen zu bedienen.⁷ Ausländisches Recht ist mit den Werkzeugen der Tatsachenfeststellung zu ermittelndes Recht.⁸ Darin liegt nicht bloß ein Zugeständnis an fehlende Fremdrechtskenntnisse inländischer Gerichte, sondern eine qualitative Differenzierung.⁹

Der vorliegende Beitrag soll beleuchten, wie die Rechtsprechung diese Sonderrolle in Ermittlungsanforderungen übersetzt und ob die dabei entstandenen Vorgaben zu streng sind. Der BGH hat in seiner Entscheidungspraxis einige Leitlinien aufgestellt, die das Schrifttum teilweise kritisiert. Der Beitrag soll die Leitlinien des BGH nachzeichnen (II.), kritisch würdigen (III.) und erörtern, ob die Anforderungen an die Ermittlung ausländischen Rechts abgesenkt werden sollten (IV.).

² Zur historischen Entwicklung des Grundsatzes *Centner*, *iura novit curia* in internationalen Schiedsverfahren, 2019, S. 33 ff.

³ Vgl. auch *Remien*, Die Anwendung und Ermittlung ausländischen Rechts im System des Europäischen Internationalen Privatrechts, ZVglRWiss 115 (2016), 570, 573.

⁴ Zu den Folgen dieses Unterschieds siehe etwa *Schütze*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Bd. 4, 4. Aufl. 2013, § 293 Rn. 17; siehe auch *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 755.

⁵ BGH, Urt. v. 1.4.1987 – IVb ZR 40/86, NJW 1988, 636, 637 = IPRspr 1987-59; *Arens* (Fn. 1), S. 8.

⁶ Vgl. etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 143 Rn. 1; *Krüger*, in: *MünchKomm ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 545 Rn. 2.

⁷ Im FamFG-Verfahren hat die Rechtsprechung offengelassen, ob § 293 ZPO gilt oder ob eine entsprechende Pflicht stattdessen aus § 26 FamFG abzuleiten ist, siehe etwa BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12, juris-Rn. 25 = IPRspr 2013-2.

⁸ Krit. zu dieser hybriden Natur ausländischen Rechts *Kindl*, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten*, ZZZP 111 (1998), 177, 202 f. Siehe auch *Centner* (Fn. 2), S. 90.

⁹ Anderenfalls wäre durchaus zu erwägen, § 293 ZPO auch für entlegene Gebiete des deutschen Rechts zu öffnen (z.B. entlegene steuerrechtliche Fragen, die in einem privatrechtlichen Verfahren erheblich werden), was aber abgelehnt wird, siehe *Prütting*, in: *MünchKomm ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 293 Rn. 22; *Nickl*, *Das steuerrechtliche Sachverständigengutachten im Unterhaltsprozeß*, NJW 1989, 2091, 2093.

II. Kontrolle der Fremdrechtsmittlung in der Rechtsprechung

Die Anforderungen des BGH an die Ermittlung ausländischen Rechts gelten als hoch.¹⁰ Die jüngere Rechtsprechung bestätigt diesen Eindruck. Die Grundlage der nachfolgenden Ausführungen bilden neben klassischen Leitentscheidungen alle seit dem Jahr 2000 auf juris veröffentlichten Judikate des BGH zu § 293 ZPO.¹¹

1. Ausgangspunkt des BGH: Verfahrensrüge bei Ermittlungsdefiziten

Der BGH hat im Einklang mit §§ 549, 562 ZPO a.F.¹² seit jeher angenommen, dass die falsche Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte für sich genommen nicht revisibel ist.¹³ Trotz der fehlenden Revisibilität hat die Rechtsprechung einen Weg zur Kontrolle der Fremdrechtsanwendung gefunden: Gemäß § 293 ZPO sind gerichtliche Ermittlungen zum anwendbaren Recht von Amts wegen veranlasst.¹⁴ Wird der Tatrichter den Ermittlungsanforderungen des § 293 ZPO nicht gerecht, verletzt er deutsches Verfahrensrecht, was die Verfahrensrüge eröffnet.¹⁵

Dieses Grundmodell hat der BGH in neuerer Zeit bestätigt. Der heutige Wortlaut von § 545 ZPO und § 72 FamFG ließe zwar auch eine andere Position zu¹⁶ und Stimmen aus der Literatur fordern die Revisibilität ausländi-

¹⁰ Jansen/Michaels, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZJP 116 (2003), 3, 45.

¹¹ Ausgewertet wurden die Treffer in der Datenbank juris in der Kategorie Rechtsprechung zu den folgenden Parametern: NORM:"§ 293 zpo" DATUM:"2000 bis 2023" AUTOR:BGH. Stand der Abfrage: 10.5.2023.

¹² § 549 Abs. 1 ZPO a.F. lautete: „Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Oberlandesgerichts hinaus erstreckt.“ Dazu etwa Albers, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 58. Aufl. 2000, § 549 Rn. 6; Sommerlad/Schrey, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377, 1383.

¹³ Siehe etwa BGH, Urt. v. 24.11.1989 – V ZR 240/88, NJW-RR 1990, 248, 249 = IPRspr 1989-3) mit dem Hinweis, dass die Rüge der Verletzung von § 293 ZPO in der Revision möglich ist, „wenn damit nicht in der Sache die Überprüfung des nach §§ 549 I, 562 ZPO irrevisiblen Rechts bezweckt wird.“

¹⁴ Siehe etwa Jayme, Die Expertise über fremdes Recht, in: Nicklisch, Der Experte im Verfahren, 2005, S. 109, 110; Pfeiffer, Die revisionsgerichtliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts, NJW 2002, 3306, 3307.

¹⁵ BGH, Urt. 10.5.1984 – III ZR 206/82, NJW 1984, 2763, 2764 = IPRspr 1984-196; BGH, Urt. v. 15.6.1994 – VIII ZR 237/93, NJW 1994, 2959, 2960 = IPRspr 1994-3; BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90, NJW-RR 1991, 1211 = IPRspr 1991-1b.

¹⁶ Spellenberg, Ermittlung ausländischen Rechts – Unbegleitete Jugendliche aus Guinea, IPRax 2020, 136, 140 f.

schen Rechts schon lange.¹⁷ Dennoch hat der BGH daran festgehalten, dass ausländisches Recht nicht revisibel sei¹⁸ und in der Revision nur eine Prüfung daraufhin erfolge, ob der Tatrichter die Grenzen des § 293 ZPO überschritten habe.¹⁹ Zumindest in der Theorie verhilft also eine im Ergebnis falsche Anwendung ausländischen Rechts der Revision nicht zum Erfolg, solange diesem Ergebnis ausreichende Ermittlungen zugrunde liegen.

2. Ermessensleitende Kriterien

Für die Maßstäbe der Ermittlung ausländischen Rechts ist demnach entscheidend, welchen Anforderungen der Tatrichter im Rahmen von § 293 ZPO genügen muss.²⁰ Unstreitig kommt ihm Ermessen zu, das er pflichtgemäß auszuüben hat.²¹ Fehlen in der Entscheidung Angaben zur Methode der Fremdrechtermittlung, geht der BGH davon aus, dass diese nicht pflichtgemäß erfolgt ist.²² Zielvorgabe für die Ermittlung ausländischen Rechts und damit Ausgangspunkt für die Ermessensausübung ist nach der Rechtsprechung des BGH, dass der deutsche Richter ausländisches Recht so umsetzt, „wie es der Richter des betreffenden Landes auslegt und anwendet.“²³ Das Ermessen in § 293 S. 2 ZPO betrifft also nur den Weg, auf dem der Tatrichter zu diesem Ziel gelangen soll. Dabei ist er insbesondere nicht an die Begrenzungen des Strengbeweises gebunden, sondern kann sich auch informeller Ermittlungsmethoden bedienen.²⁴

Dem Gericht stehen vielfältige Erkenntniswege zur Verfügung, die von einer Online-Recherche über die Einholung formloser Auskünfte bis hin zur Bestellung eines Sachverständigen reichen. Diese Erkenntniswege sind unterschiedlich aufwendig und weisen eine unterschiedliche Richtigkeitsgewähr auf. Dabei korrespondiert mit höheren Kosten meist eine höhere Richtigkeits-

¹⁷ Siehe etwa *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 41; *Thole*, Anwendung und Revisibilität ausländischen Gesellschaftsrechts in Verfahren vor deutschen Gerichten, ZHR 176 (2012), 15, 64 f.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12, juris-Rn. 17 ff. = IPRspr 2013-2 (zu § 72 FamFG); BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris-Rn. 14 = IPRspr 2014-276 (zu § 545 ZPO).

¹⁹ BGH, Urt. v. 26. Juni 2001 – XI ZR 241/00, juris-Rn. 18 = IPRspr 2001-2.

²⁰ Ausgeklammert bleiben im Folgenden die speziellen Anforderungen besonderer Verfahrensarten (z.B. einstweiliger Rechtsschutz), siehe dazu etwa den Überblick bei *Kindl* (Fn. 8), ZZZ 111 (1998), 177, 184 ff.

²¹ *Kindl* (Fn. 8), ZZZ 111 (1998), 177, 182; *Arens* (Fn. 1), S. 8 f.

²² Siehe etwa BGH, Beschl. v. 30.4.2013 – VII ZB 22/12, juris-Rn. 39 = IPRspr 2013-286b; BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00, juris-Rn. 17; BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris-Rn. 17 = IPRspr 2002-3.

²³ BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12, juris-Rn. 21 = IPRspr 2013-2.

²⁴ Dazu etwa BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, juris-Rn. 14 f. = IPRspr 2017-304; *Sommerlad/Schrey* (Fn. 12), NJW 1991, 1377, 1381.

gewähr. Für Gerichte stellt sich deshalb stets die Frage, wann sie sich für einen weniger aufwendigen Weg entscheiden dürfen, ohne damit ihr Ermessen fehlerhaft auszuüben.

Der BGH greift in seiner Rechtsprechung insbesondere auf drei Kriterien zurück: *Erstens* soll die Komplexität der jeweiligen Rechtsfrage zu berücksichtigen sein. *Zweitens* soll es darauf ankommen, wie fremd das anzuwendende Recht im Vergleich zum deutschen ist. Die Kriterien der Komplexität und Fremdheit verwendet der BGH meist in einem Atemzug.²⁵

Drittens soll für den Umfang der richterlichen Ermittlungspflicht das Vorbringen der Parteien eine Rolle spielen. Welche, ist allerdings unklar.²⁶ Der BGH hat mehrfach betont, dass es eine Darlegungs- oder Beweislast im Rahmen von § 293 ZPO nicht gibt, weil die Ermittlung von Amts wegen erfolgt.²⁷ Dennoch kann das Vorbringen der Parteien nach Ansicht des BGH den Umfang der erforderlichen Ermittlungen beeinflussen.²⁸ In jüngerer Zeit hat der BGH etwa entschieden, dass Parteivorbringen – insbesondere im Gewand eines Privatgutachtens – es erforderlich machen kann, zu einem Sachverständigengutachten ein Ergänzungsgutachten einzuholen.²⁹ Umgekehrt kann auch fehlende Parteimitwirkung Folgen haben: Das zeigt ein Fall, in dem sich eine Partei auf konkrete türkische Gerichtsurteile berief, diese aber nicht vorlegte. Der BGH hielt es für rechtsfehlerfrei, dass das Berufungsgericht diesem Vortrag nicht weiter nachgegangen war.³⁰ Nach Ansicht des

²⁵ Siehe etwa BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, juris-Rn. 24 = IPRspr 2020-99; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, juris-Rn. 14 = IPRspr 2017-237: „Bei Anwendung einer dem deutschen Recht verwandten Rechtsordnung und bei klaren Rechtsnormen sind die Anforderungen geringer.“

²⁶ *Seibl*, *Iura novit curia*, Justizgewährungsanspruch und die Frage der Kostentragung für gerichtlich erholte Gutachten zum Inhalt ausländischen Rechts, ZZP 128 (2015), 431, 433. Rechtsvergleichend zur durchaus unterschiedlichen Rolle der Parteimitwirkung in anderen Ländern *Nishitani* (Fn. 1), 25.

²⁷ BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, juris-Rn. 19 = IPRspr 2018-297; BGH, Beschl. v. 24.8.2022 – XII ZB 268/19, juris-Rn. 24 = IPRspr 2022-1; BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VI ZR 105/07, juris-Rn. 8 = IPRspr 2008-44; siehe auch *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 47; *Seibl* (Fn. 26), ZZP 128 (2015), 431, 433.

²⁸ BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, juris-Rn. 24 f. = IPRspr 2020-99; BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, juris-Rn. 19 = IPRspr 2018-297.

²⁹ Setzt sich das Gericht mit entsprechendem Parteivortrag nicht auseinander, liegt zudem eine Gehörsverletzung vor, BGH, Beschl. v. 21.12.2011 – I ZR 144/09, juris-Rn. 12 f., 18 f = IPRspr 2011-3.

³⁰ BGH, Urt. v. 30.3.1976 – VI ZR 143/74, NJW 1976, 1581, 1583 = IPRspr 1976-2: „Unter diesen Umständen verletzte das BerGer. nicht sein pflichtmäßiges Ermessen, wenn es den Rechtsprechungshinweisen der Bekl. nicht nachging. Sie hatte die neuen Urteile des Türk. Kassationshofes, auf die sie sich berufen hatte, lediglich nach Datum und Aktenzeichen mitgeteilt. Weder hatte sie Abschriften der Urteile vorgelegt noch das BerGer. auf andere Weise über den Inhalt der Entscheidungsgründe jener Urteile unterrichtet. Solche Mitwirkung der Bekl., durch die jene Urteile als mögliche Quelle neuer, bisher so nicht

BGH müssen die Parteien den Tatrichter „nach ihren Kräften unterstützen“.³¹ Was genau das dogmatisch bedeutet und welche Sanktionen den Parteien bei welchen Versäumnissen drohen, ist allerdings auch in der neueren Rechtsprechung dunkel geblieben.³² In jedem Fall dürfte nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Bedeutung der Parteimitwirkung für das Ausmaß gebotener Ermittlungen nicht zu unterschätzen sein. Je kontroverser und detaillierter die Parteien vortragen, desto eher wird das Gericht einen höheren Ermittlungsaufwand in Kauf nehmen müssen.³³

3. Grenzen des Ermessens

Der BGH hat dem Ermessen des Tatrichters hinsichtlich der vorgenannten Leitprinzipien Grenzen gesetzt. Nur innerhalb dieser Mindestanforderungen bleibt Raum für gerichtliches Ermessen. Der BGH unterscheidet dabei danach, ob der Tatrichter sich eines Sachverständigen bedient oder ob er anderweitige Ermittlungen anstellt.

a) Ermessensbeschränkungen beim Sachverständigenbeweis

Der Sachverständigenbeweis gilt als Königsweg zur Erkenntnis ausländischen Rechts.³⁴ In der Praxis ist er häufig,³⁵ wofür neben der im Vergleich zu eigenen Ermittlungen höheren Richtigkeitsgewähr³⁶ auch der geringere Eigenaufwand für die chronisch überlasteten Gerichte sowie Sprachbarrieren eine Rolle spielen mögen.³⁷ Entscheidet sich der Tatrichter für die Einholung eines Sachverständigengutachtens, setzt ihm der BGH, wie zu zeigen ist, besonders enge Grenzen bei der Ausgestaltung der Beweiserhebung.

berücksichtigter Erkenntnisse über das türkische Recht ausgewiesen worden wären, dürfte das BerGer. aber, erwarten.“

³¹ BGH, NJW 1976, 1581, 1583 = IPRspr 1976-2.

³² Vgl. dazu schon *Thole* (Fn. 17), ZHR 176 (2012), 15, 32.

³³ BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, juris-Rn. 24 = IPRspr 2020-99; *Prütting* (Fn. 9), § 293 ZPO Rn. 16.

³⁴ Siehe dazu ausf. den Beitrag von *Stürner*, Die Abgrenzung der Aufgaben von Sachverständigem und Richter, in diesem Band, S. 61, insb. 65 ff.

³⁵ Siehe etwa *Lafontaine*, Die Ermittlung des ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess, in: *Liber Discipulorum für Michael Martinek*, 2021, S. 329, 331; *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 30.

³⁶ *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 32.

³⁷ Freilich ist nach der Selbsteinschätzung der Richterschaft das Sachverständigengutachten eher eine Notlösung, wo eigene Recherche nicht weiterführt, siehe *M. Stürner/Krauß*, *Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren*, 2018, Rn. 197 ff.

(I) Auswahl des Sachverständigen

Schon an die Auswahl des Sachverständigen stellt der BGH hohe Anforderungen. Zweifelhaften Ruhm hat eine Entscheidung zum venezolanischen Schiffspfand aus dem Jahr 1991 erlangt.³⁸ Die Besonderheit des Falls lag darin, dass nach den Feststellungen des BGH zu der streitentscheidenden Rechtsfrage auch in der venezolanischen Rechtswissenschaft und -praxis keine Klarheit bestand.³⁹ Das Tatgericht hatte einen Sachverständigen beauftragt, der erstmals mit venezolanischem Recht zu tun hatte und sich „auf die Auswertung der ihm zugänglichen Literatur und die Auslegung der einschlägigen Gesetze beschränkt[e].“⁴⁰ Dem BGH genügte dies nicht. Zwar sei es grundsätzlich ausreichend, ein Gutachten eines „mit den einschlägigen Fragen vertrauten wissenschaftlichen Instituts“⁴¹ einzuholen. Dies gelte, so der Leitsatz der Entscheidung, allerdings nicht, soweit „es entscheidend auf die ausländische Rechtspraxis ankomm[e].“⁴²

Das Schrifttum hat die Entscheidung teilweise kritisiert.⁴³ Nicht bestreiten lässt sich jedenfalls, dass sie für die Praxis Unsicherheit geschaffen hat.⁴⁴ In den meisten Fällen lässt sich zumindest vertretbar argumentieren, es komme letztlich entscheidend auf die ausländische Rechtspraxis an. Selbst wenn das geschriebene Recht klar erscheint, kann es durch eine abweichende Praxis vollkommen überformt sein – man denke etwa an die bis zur Einführung des MoPeG über Jahrzehnte nicht zur Praxis passenden Bestimmungen über die GbR im deutschen Recht.⁴⁵ Auch dürften die meisten im Inland erstellten Gutachten in erster Linie auf vor Ort verfügbarer Literatur beruhen. Die Entscheidung gab also Anlass zu der Sorge, dass inländische Sachverständige in Zukunft kaum noch den Anforderungen genügen würden.

Die jüngere Spruchpraxis des BGH bestätigt diese Befürchtungen nicht. Nur ausgesprochen selten finden sich Fälle, in denen der BGH die Sachverständigenauswahl beanstandete. Wo es zu Beanstandungen kam, lagen die Fälle klarer als in der Entscheidung zum venezolanischen Schiffspfand. Als

³⁸ BGH, NJW-RR 1991, 1211 = IPRspr 1991-1b.

³⁹ Krit. zu diesen Feststellungen des BGH *Samtleben*, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW 1992, 3057.

⁴⁰ BGH, NJW-RR 1991, 1211, 1212 = IPRspr 1991-1b.

⁴¹ BGH, NJW-RR 1991, 1211, 1212 = IPRspr 1991-1b.

⁴² BGH, NJW-RR 1991, 1211, Ls. 1 = IPRspr 1991-1b.

⁴³ *Samtleben* (Fn. 39), NJW 1992, 3057; v. *Hein*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2024, EinlIPR Rn. 323.

⁴⁴ *Riehm*, Vom Gesetz, das klüger ist als seine Verfasser – Zur Revisibilität ausländischen Rechts, JZ 2014, 73, 77: „berühmt-berüchtigte Entscheidung“.

⁴⁵ Treffend dazu *K. Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften?, ZHR 177 (2013), 712, 713: „Das Recht der Personengesellschaften ist Resultat einer systematischen (Neu-)Ordnung, die sich in jahrzehntelanger Rechtsfortbildung zunehmend vom positiven Recht emanzipiert hat.“

Ermittlungsdefizit hat es der BGH eingeordnet, dass ein Tatgericht sich auf das Gutachten eines Sachverständigen stützte, der nach eigenen Angaben nur auf gesetzliche Normen aufbauen und keine Aussagen zur praktischen Handhabung der Norm im Ausland (hier: Thailand) treffen konnte.⁴⁶ Selbst zur dortigen Rechtslehre hatte der Sachverständige keinen Zugang.⁴⁷ Sein Informationsstand umfasste also – anders als derjenige des Sachverständigen zum venezolanischen Schiffspfand – noch nicht einmal Literatur zum ausländischen Recht.

Anlass zur Entwarnung besteht aber nicht unbedingt. Es ist auch durchaus möglich, dass die Instanzgerichte bei der Sachverständigenauswahl schlicht strenger geworden, einschlägige Fälle nicht zum BGH gelangt oder die Entscheidungen nur nicht veröffentlicht sind. Es kommt jedenfalls in der Praxis vor, dass sich Parteien auf die Entscheidung zum venezolanischen Schiffspfand berufen, um gegen ein unliebsames Gutachten vorzugehen.

(2) Vollständiger Ermessensverlust für Verfahrensdurchführung

Mit der Entscheidung für den Sachverständigenbeweis endet zudem das Ermessen des Gerichts aus § 293 S. 2 ZPO für die Durchführung des Beweisverfahrens.⁴⁸ An seine Stelle treten nach Ansicht des BGH die §§ 402 ff. ZPO.⁴⁹ Dass der Tatrichter anderenfalls, also bei eigenen Ermittlungen zum ausländischen Recht, im Freibeweis hätte vorgehen dürfen⁵⁰ und nicht an bestimmte Formen gebunden gewesen wäre,⁵¹ lässt der BGH nicht gelten. So hat er etwa entschieden, dass das Gericht den Sachverständigen auf Antrag einer Partei zwingend zur ergänzenden Anhörung laden muss (§§ 402, 397 ZPO).⁵²

(3) Folgerung

Von den nach § 293 ZPO gewährten Freiräumen bleibt im Grunde nichts übrig, wenn sich das Gericht für einen Sachverständigen entscheidet. Stattdessen gelten die §§ 402 ff. ZPO. Bei der Auswahl des Sachverständigen bleibt dem Gericht zwar ein gewisser Entscheidungsspielraum erhalten. Die-

⁴⁶ BGH, Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01, juris-Rn. 10 f. = IPRspr 2003-1b.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01, juris-Rn. 11 = IPRspr 2003-1b.

⁴⁸ Krit. dazu *Schack* (Fn. 4), Rn. 766 f.; befürwortend hingegen *Fuchs*, Die Ermittlung ausländischen Rechts durch Sachverständige, RIW 1995, 807, 809.

⁴⁹ BGH NJW 1994, 2959, 2960 = IPRspr 1994-3: „Nachdem das BerGer. [...] die Einholung eines Rechtsgutachtens beschlossen hatte, mußte es die insoweit geltenden Vorschriften der ZPO (§§ 402 ff. ZPO) beachten, ohne daß ihm ein besonderer Ermessensspielraum eingeräumt war.“; *Bacher*, in: BeckOK ZPO, 51. Ed., Stand: 1.12.2023, § 293 Rn. 14.

⁵⁰ Zu dessen grds. Geltung *Sommerland/Schrey* (Fn. 12), NJW 1991, 1377, 1381.

⁵¹ Dazu etwa *Arens* (Fn. 1), S. 10 ff.

⁵² BGH NJW 1994, 2959, 2960 = IPRspr 1994-3; *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 36; *Fuchs* (Fn. 48), RIW 1995, 807, 809.

ser ist aber keine Restwirkung des § 293 S. 2 ZPO, sondern folgt für Sachverständige allgemein aus § 404 ZPO.⁵³ Der Tatrichter erlangt also den Sachverständigenbeweis um den Preis seiner Ermessensfreiheit aus § 293 S. 2 ZPO. Insofern besteht der Bedeutungsgehalt dieser Vorschrift darin, dass sie dem Gericht freistellt, ob es überhaupt ein Sachverständigengutachten in Auftrag gibt oder stattdessen anderweitige Ermittlungen anstellt.

b) Ermessensbeschränkungen bei Fremdrechtermittlung ohne sachverständige Hilfe

Das Gericht darf seine Erkenntnisquellen gem. § 293 S. 2 ZPO grundsätzlich frei wählen und hat auch bei der Art und Weise der Nutzung dieser Erkenntnisquellen Ermessen.⁵⁴ Die Entscheidungspraxis des BGH zeigt jedoch, dass auch diese Facette des § 293 ZPO Einschränkungen unterliegt.

(1) Londoner Übereinkommen

Eine Möglichkeit für Gerichte, ausländisches Recht ohne ein teures und zeitaufwendiges Sachverständigengutachten zu ermitteln, bietet das Londoner Übereinkommen⁵⁵. Danach richten die Mitgliedstaaten Empfangsstellen ein, die Fragen ausländischer Gerichte zur inländischen Rechtsordnung beantworten sollen (Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 des Übereinkommens).⁵⁶ Die Antworten erfolgen grundsätzlich kostenlos (Art. 6 Abs. 3 des Übereinkommens).⁵⁷

Was theoretisch vielversprechend klingt, ist praktisch leider von geringem Nutzen.⁵⁸ Im Schrifttum sind die Meinungen zur Effektivität des Übereinkommens schon lange gespalten.⁵⁹ Dem BGH haben die Auskünfte, die nach dem Übereinkommen erteilt wurden, jedenfalls oft nicht genügt:⁶⁰

⁵³ Siehe etwa *Scheuch*, in: BeckOK ZPO, 51. Ed., Stand: 1.12.2023, § 404 Rn. 2.

⁵⁴ *Bacher* (Fn. 49), § 293 Rn. 12.

⁵⁵ Europäisches Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht v. 7.6.1968.

⁵⁶ Näher zum Verfahren der Auskunftseinholung *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 293 Rn. 92 ff.

⁵⁷ *Witt*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, AllgIPR Rn. 304. *Jayme* (Fn. 14), S. 115 weist auf den Übersetzungsaufwand hin.

⁵⁸ So auch das Fazit bei *Seibl* (Fn. 26), ZJP 128 (2015), 431, 436.

⁵⁹ So meinte etwa *Wengler*, Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht, JR 1983, 221, 226, dass das Übereinkommen „offensichtlich wenig befriedigend funktioniert (soweit es überhaupt in Anspruch genommen wird)“. Ebenso *Schack* (Fn. 4), Rn. 762: „Der praktische Nutzen des Übereinkommens ist gering.“ Optimistischer (zumindest für einfache Fragen und zur Überprüfung von Sachverständigengutachten) *Thole* (Fn. 56), § 293 Rn. 99 f.; *Jastrow*, Zur Ermittlung ausländischen Rechts: Was leistet das Londoner Auskunftsübereinkommen in der Praxis?, IPRax 2004, 402, 403 und insb. 405: „rasches, kostengünstiges Instrument, um präzise und kurze Aus-

So hatte in einem Fall das Berufungsgericht sogar mehrere Auskünfte des spanischen Justizministeriums eingeholt, die aber an den gestellten Fragen vorbeigingen.⁶¹ Dass sich das Gericht gleichwohl auf die Auskünfte stützte, hielt der BGH für verfahrensfehlerhaft und legte dem Berufungsgericht die Einholung einer Auskunft eines spanischen Gerichts oder Professors nahe.⁶² In einem anderen Fall hatte das Berufungsgericht eine Auskunft des Foreign & Commonwealth Office des Vereinigten Königreichs eingeholt, die mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. „fraudulently intention“) ohne weitere Definition verwendete.⁶³ Dass das Berufungsgericht auf dieser Grundlage eine Entscheidung traf, hielt der BGH für verfahrensfehlerhaft.⁶⁴ Bemerkenswert ist an der Entscheidung vor allem, dass das Berufungsgericht ein Sachverständigengutachten erwogen, dann aber davon abgesehen hatte – wohl in Anbetracht des Missverhältnisses zwischen dessen Kosten von 3.500–4.000 Euro und dem Streitwert von unter 800 Euro.⁶⁵ Der BGH meint hingegen, der Umstand, „[d]ass ein Gutachten ein Vielfaches des Streitwerts kosten [werde], [sei] allein noch kein Grund, davon Abstand zu nehmen.“⁶⁶

(2) *Anderweitige Ermittlungen*

Grundsätzlich stehen dem Gericht alle tauglichen Ermittlungswege offen: von Anfragen bei ausländischen Botschaften bis hin zur Eigenrecherche im Internet.⁶⁷ In der Rechtsprechung des BGH haben eigene Ermittlungen allerdings selten den Anforderungen genügt.⁶⁸

künfte zu begrenzten und klar definierten Rechtsfragen zu erhalten.“ Diff. *Remien* (Fn. 3), ZVgIRWiss 115 (2016), 570, 577.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 30.1.2001 – XI ZR 357/99 = IPRspr 2001-1; BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13 = IPRspr 2014-276; *Fuchs* (Fn. 48), RIW 1995, 807, 809 will zudem Probleme im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör sehen, wenn zum konkreten Fall eine informelle Auskunft über das Übereinkommen eingeholt wird.

⁶¹ BGH, Urt. v. 30.1.2001 – XI ZR 357/99, juris-Rn. 18 f. = IPRspr 2001-1.

⁶² BGH, Urt. v. 30.1.2001 – XI ZR 357/99, juris-Rn. 20 f. = IPRspr 2001-1.

⁶³ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris-Rn. 5 und 18 f. = IPRspr 2014-276.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris-Rn. 20 = IPRspr 2014-276.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris-Rn. 5 = IPRspr 2014-276.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris-Rn. 24 = IPRspr 2014-276.

⁶⁷ Zur vermehrten Verfügbarkeit von Internetquellen siehe etwa *Remien* (Fn. 3), ZVgIRWiss 115 (2016), 570, 575: „sehr schön, wird aber bei Detailfragen wohl nicht helfen“.

⁶⁸ Vgl. auch das Fazit bei *Seibl* (Fn. 26), ZZZ 128 (2015), 431, 435, demzufolge „eine revisionssichere Ermittlung ausländischen Rechts durch den Richter selbst mit ‚Bordmitteln‘ außerhalb solcher Ausnahmefälle [= bei langjähriger Erfahrung mit der ausl. Rechtsordnung, *Verf.*] kaum je in Betracht kommen wird.“

(a) Übersetzungen

Der BGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechung mehrfach über Fälle entschieden, in denen Tatrichter ausländische Rechtsnormen selbstständig ausgelegt hatten. So hatte sich etwa in einem Fall das Berufungsgericht auf eine eigene Auslegung der von einer Partei bereitgestellten Übersetzung einer slowenischen Vorschrift gestützt. Der BGH war demgegenüber der Ansicht, „daß die Auslegung von dem ausländischen Recht angehörenden Normen nicht von deren Übersetzung auszugehen [habe], sondern der fremdsprachige Originaltext der Normen [...] zugrunde zu legen [sei].“⁶⁹ Von diesem Standpunkt aus dürfte eine eigenständige Ermittlung ausländischen Rechts anhand von Gesetzestexten allenfalls zulässig sein, wenn das Gericht über Kenntnisse der einschlägigen (Rechts-)Sprache verfügt. Nimmt man die Entscheidung beim Wort, schiebt sie insbesondere der Verwendung von mit Software übersetzten Gesetzestexten einen Riegel vor.

Selbst wenn das Gericht über Sprachkenntnisse verfügt, ist Vorsicht geboten, wie eine weitere Entscheidung zeigt: Dort hatte der Tatrichter eine ausländische Rechtsnorm selbst sinngemäß ins Deutsche übersetzt und seiner Entscheidung zugrunde gelegt.⁷⁰ Die Übersetzung wich teilweise von derjenigen der Klägerin ab.⁷¹ Dem BGH genügten diese Ermittlungsbemühungen nicht, wobei in der Entscheidung offen bleibt, ob schon die bloß sinngemäße Übersetzung ohne Konsultation weiterer Quellen oder erst die konfligierende Übersetzung des Klägers den Ausschlag dafür gegeben hat.⁷² Jedenfalls lässt sich der Entscheidung entnehmen, dass das Berufungsgericht bei seiner Übersetzung hätte genauer sein müssen. Die Entscheidung lässt sich insofern als Bestätigung und Vertiefung der sprachlichen Anforderungen verstehen.

(b) Deutschsprachige (Sekundär-)Literatur

Auch beim Umgang mit deutschsprachiger (Sekundär-)Literatur zu ausländischem Recht mahnt der BGH zur Vorsicht. In einem entschiedenen Fall zum italienischen Recht hatte das Tatgericht seine Rechtsansicht neben ausländischen Rechtsnormen vor allem mit Fundstellen in deutschen Kommentaren belegt, in denen sich nicht weiter begründete Angaben zur Behandlung des streitgegenständlichen italienischen Gesellschaftstyps fanden.⁷³ Dem BGH genügte das nicht. Er stützte seine Kritik darauf, dass eine ausführlichere deutschsprachige Schrift in eine andere Richtung gewiesen sowie auf Unsi-

⁶⁹ BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00, juris-Rn. 18 = IPRspr 2001-2.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, juris-Rn. 25 = IPRspr 2020-99.

⁷¹ BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, juris-Rn. 25 = IPRspr 2020-99: „teilweise abweichend von der von der Klägerin vorgelegten Übersetzung“

⁷² BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, juris-Rn. 25 = IPRspr 2020-99.

⁷³ BGH, Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15, juris-Rn. 9 ff. = IPRspr 2017-25a; dazu *Kindler/Paulus*, IPRax 2019, 229.

cherheiten im Meinungsstand hingedeutet hatte.⁷⁴ Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass sich die Gerichte in Zweifelsfällen nicht auf deutsche Literatur verlassen dürfen, die keine Begründung enthält. Ist das der Fall oder weist die verfügbare Literatur gar auf Unsicherheiten hin, dürfte den Anforderungen oft nur ein Sachverständigengutachten genügen.⁷⁵ Da sich der BGH aber in der Entscheidung selbst auf in einem deutschsprachigen Werk geäußerte Unklarheiten im Meinungsstand bezieht, ergibt sich aus ihr kein generelles Verbot, sich bei der Recherche zu ausländischem Recht auf deutschsprachige (Sekundär-)Quellen zu stützen.

(c) Informationen von dritter Seite

Wegen der Fehleranfälligkeit eigenständiger Recherchen ist es nachvollziehbar, dass Gerichte, auch wenn sie keinen Sachverständigen bestellen, anderweitig die Hilfe Dritter in Anspruch nehmen. Auch hier fordert der BGH allerdings einige Sorgfalt:

In einem Fall hatte das Tatgericht seine Entscheidung auf eine Norm aus dem Recht von New York gestützt, zu der es eine Auskunft eines dort tätigen Rechtsanwalts eingeholt hatte.⁷⁶ Daneben lagen Privatgutachten vor.⁷⁷ In den Details waren die Ermittlungsergebnisse freilich weniger vielversprechend: Der Inhalt der ausländischen Rechtsnorm war nicht im Einzelnen wiedergegeben, der ausländische Rechtsanwalt bezeichnete seine eigene Auskunft als eher oberflächlich und das Privatgutachten ging an der entscheidenden Rechtsfrage vorbei.⁷⁸ Dem BGH genügten diese Ermittlungen nicht.⁷⁹

Es gibt aber auch zumindest ein Positivbeispiel: Ein Tatrichter hatte in einer Frage des ecuadorianischen Ehenamensrechts die Auskunft einer Botschaft eingeholt. Zusätzlich hatte er Literatur zum spanischen Recht konsultiert, das zum selben Rechtskreis gehört wie das ecuadorianische, ohne dass sich Anhaltspunkte für Meinungsstreitigkeiten ergeben hatten.⁸⁰ Der BGH hat dieses Vorgehen gebilligt. Eine allgemeine Blaupause für die eigenständige Ermittlung ausländischen Rechts bietet das Vorgehen des Tatgerichts aber nicht: Der BGH stützt seine Entscheidung ganz wesentlich darauf, dass es sich um eine einfach gelagerte, in keiner Weise ungewöhnliche Rechtsfrage handelte.⁸¹

⁷⁴ BGH, Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15, juris-Rn. 9 ff. = IPRspr 2017-25a.

⁷⁵ BGH, Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15, juris-Rn. 11 = IPRspr 2017-25a.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris-Rn. 19, 21 = IPRspr 2002-3.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris-Rn. 21 = IPRspr 2002-3.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris-Rn. 21 = IPRspr 2002-3.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris-Rn. 20 = IPRspr 2002-3.

⁸⁰ BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, juris-Rn. 15 = IPRspr 2017-304.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, juris-Rn. 15 = IPRspr 2017-304: „Der Einholung eines vertiefenden Rechtsgutachtens bedurfte es wegen der überschaubaren und ersichtlich auch nicht außergewöhnlichen Fragestellung nicht.“

c) *Fazit: Was bleibt von Freibeweis und Ermessen?*

Die Anforderungen des BGH sind streng. Sie haben den Freibeweis und das gerichtliche Ermittlungsermessen weit zurückgedrängt.⁸² Auf den ersten Blick scheint es so, dass die Entscheidungen des BGH dem Tatrichter praktisch immer einen Verfahrensfehler vorwerfen, wenn er sich für eigene Ermittlungen entscheidet.⁸³ Wählt er deshalb notgedrungen den Sachverständigenbeweis, entfällt das Ermessen aus § 293 S. 2 ZPO vollständig und es gelten die §§ 402 ff. ZPO.

Es wäre aber wohl verfrüht, der Rechtsprechung deshalb einen Abschied von Ermessen und Freibeweis bei der Fremdrechtermittlung zu attestieren: Die Erfolgsbilanz informeller eigener Ermittlungen des Tatgerichts in den ausgewerteten Entscheidungen ist in der Tat nicht gut. Allerdings zeigen die Entscheidungen möglicherweise ein verzerrtes Bild: Fälle, die zum BGH gelangen, in denen entweder die Revision durch die Vorinstanz zugelassen wurde oder in denen die Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg hat, haben naturgemäß eine Tendenz ins Pathologische. Es ist deshalb anzunehmen, dass eine erhebliche Zahl von Fällen, in denen Gerichte informell ermittelt haben, in veröffentlichten BGH-Entscheidungen schlicht nicht auftauchen: Selbst in die eigene Entscheidungssammlung des BGH werden Nichtannahmebeschlüsse, die keine Begründung enthalten, nicht aufgenommen.⁸⁴ Fälle, in denen das Tatgericht offenbar untadelig ermittelt hat, werden vergleichsweise häufig in Nichtannahmebeschlüssen enden. Hinzu kommt, dass bei erkennbar ausreichenden eigenen Ermittlungen die Parteien auch seltener überhaupt Rechtsmittel einlegen und auf unzureichende Ermittlungen stützen werden.

Umgekehrt lässt sich aber auch nicht sagen, der BGH sei bei den Maßstäben der Fremdrechtermittlung großzügig: Wie die ausgewerteten Entscheidungen zeigen, verlangt er den Instanzgerichten einiges ab – insbesondere, wenn man sich klar macht, dass er nach eigenem Bekunden nur die Ermittlungen als solche und nicht deren Ergebnis kontrolliert. Die in der Rechtsprechung gebetsmühlenartig wiederholte Rede vom Ermessensspielraum des Tatrichters dürfte deshalb zumindest partiell an der Realität vorbeigehen.

⁸² Vgl. *Kindl* (Fn. 8), ZJP 111 (1998), 177, 194: „Insgesamt ist festzustellen, daß die vom BGH über den Tatrichter ausgeübte Kontrolle immer schärfer wird [...]“

⁸³ So *Centner* (Fn. 2), S. 93 f. In diese Richtung auch *Seibl* (Fn. 26), ZJP 128 (2015), 431, 435 und insb. 437: „in nicht ganz einfach gelagerten Fällen zumindest ein Rechtsgutachten in aller Regel erforderlich“.

⁸⁴ Siehe <https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html> (6.7.2023).

III. Kritik

Sind die Anforderungen des BGH an die Ermittlung ausländischen Rechts also zu hoch? Über Kritik erhaben ist die Linie der Rechtsprechung jedenfalls nicht. Vor allem drei Gesichtspunkte erscheinen problematisch: *Erstens* macht der BGH mit der angeblichen Nicht-Revisibilität ausländischen Rechts nicht Ernst. *Zweitens* dürfte es nicht richtig sein, wenn der BGH in der Ermittlung ausländischen Rechts eine rein deskriptive Aufgabe sieht. *Drittens* haben die Entscheidungen des BGH Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung geschaffen.

1. *Fehlende Methodenehrlichkeit: Wahl-Revisibilität ausländischen Rechts?*

Der BGH geht nach wie vor davon aus, dass ausländisches Recht nicht revisibel ist.⁸⁵ Inzwischen erweckt die Praxis allerdings den (gefestigten) Eindruck, dass die Grenzen zur Revisibilität ausländischen Rechts sehr durchlässig sind.⁸⁶ Eine klare Abgrenzung, wann ein nicht-revisibler Fehler bei der Anwendung ausländischen Rechts und wann ein revisibles Ermittlungsdefizit vorliegt, ist bislang nicht gefunden,⁸⁷ wozu nicht zuletzt die ein wenig irrliehende Rechtsprechung beigetragen hat.⁸⁸

Beispielsweise hatte das Tatgericht in einem entschiedenen Fall – freilich ohne eigene Sachkunde im anwendbaren polnischen Recht – auf Grundlage einer ihm vorgelegten Übersetzung einer Einzelnorm entschieden. Dabei hatte es sich, weil die für den Fall maßgebenden Zustellungsregeln aus der EuZustVO stammten, für die Fehlerfolgen unter anderem an deutschen und europäischen Maßstäben orientiert. Der BGH beanstandete dieses Vorgehen, weil nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden könne, dass auch das polnische Recht Rechtsverstöße der in Rede stehenden Art bei der Zustellung für unbeachtlich erkläre.⁸⁹

⁸⁵ BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12, juris-Rn. 15 ff. = IPRspr 2013-2; offen gelassen für die Arbeitsgerichtsbarkeit durch BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 720/14, juris-Rn. 41 zu § 73 ArbGG. Rechtsvergleichend ist Deutschland damit unter den Rechtsordnungen des Civil Law in der Minderheit, siehe *Nishitani* (Fn. 1), 37 f.

⁸⁶ So auch die Diagnose bei *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 42: „Der BGH benutzt in vielen Fällen den Weg über § 293 ZPO um ausländisches Recht, das nach § 549 ZPO a.F. nicht revisibel war und nach bestrittener Ansicht noch ist – nachzuprüfen und stellt – wenn ihm das Ergebnis nicht gefällt – Fehler bei der Ermittlung des Inhalts ausländischen Rechts fest.“ Siehe auch *Thole* (Fn. 17), ZHR 176 (2012), 15, 64 f.

⁸⁷ *Jansen/Michaels* (Fn. 10), ZZZ 116 (2003), 3, 46 f.

⁸⁸ In den Worten von *Thole* (Fn. 17), ZHR 176 (2012), 15, 57 ist die Rechtsprechung des BGH insoweit „einigermaßen verworren und so kasuistisch geprägt, dass sich allgemeine Grundsätze nicht erkennen“ lassen.

⁸⁹ BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, juris-Rn. 14 = IPRspr 2018-297.

In einem anderen Fall hatte das Berufungsgericht nach dem Gesellschaftsrecht von Delaware zum Nachweis der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ein *certificate of good standing* verlangt. Der BGH meinte dazu:

„Die insoweit vom Landgericht in Bezug genommenen Fundstellen [...] besagen lediglich, dass mit einem ‚*certificate of good standing*‘ belegt werden kann, dass die ‚*business corporation*‘ nach wie vor als juristische Person weiter besteht. Dies lässt vermuten, dass es sich bei einem ‚*certificate of good standing*‘ lediglich um ein Mittel zur Nachweisführung im Rechtsverkehr handelt, nicht aber um ein konstitutives Element der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft.“⁹⁰

Der BGH hat sich also nicht etwa darauf beschränkt, die herangezogenen Quellen auf ihre Eignung hin zu kontrollieren, sondern hat auf Grundlage dieser Quellen eine eigene Fremdrechtsermittlung angestellt.

Die beiden Entscheidungen zeigen m.E., dass der BGH willens ist, sich mit den Inhalten des ausländischen Rechts zu befassen. Indem er den Inhalt der Erkenntnisquellen des Tatgerichts auswertet, erfolgt im Gewand der Verfahrenskontrolle letztlich eine Ergebniskontrolle, wie sie bei revisiblem Recht vorgenommen wird.⁹¹ Zugleich bleiben aber Unterschiede zur vollen Revisibilität:⁹² Der BGH übernimmt – auch wenn er sich prinzipiell als dazu berechtigt ansieht –⁹³ die richtige Anwendung des ausländischen Rechts oft nicht selbst, wie er es bei Fehlanwendungen voll revisiblen deutschen Rechts tun würde.⁹⁴ Auch scheint der BGH – anders als bei Verletzungen deutschen Rechts – meist keine vollumfängliche Richtigkeitsprüfung vorzunehmen, sondern nur eine Plausibilitätskontrolle. Insofern verfolgt der BGH einen Mittelweg zwischen Revisibilität und Nicht-Revisibilität ausländischen Rechts, ohne dabei festen Regeln zu folgen.⁹⁵ Es entsteht der Eindruck einer Art Wahl-Revisibilität, bei der das Revisionsgericht entscheiden kann, wie weitgehend es die Fremdrechtsanwendung sachlich prüft und ob es sie selbst vornehmen oder an die Instanzgerichte zurückverweisen will.

⁹⁰ BGH, Urt. v. 25.10.2006 – VII ZB 24/06, juris-Rn. 21 = IPRspr 2006-161.

⁹¹ Deziert auch Pfeiffer (Fn. 14), NJW 2002, 3306, 3308: „Insbesondere kann von einer praktischen Bedeutung des Satzes, dass eine revisionsgerichtliche Verfahrensprüfung nicht zur Nachprüfung der Anwendung ausländischen Rechts führen darf, keine Rede mehr sein.“

⁹² Für Hinweise dazu sowie eine gewinnbringende Diskussion dankt der Verf. Prof. Dr. Michael Stürner.

⁹³ Siehe etwa BGH, Urt. v. 23.10.1963 – V ZR 146/57, juris-Rn. 22 ff = IPRspr 1963-184.

⁹⁴ Dazu Pfeiffer (Fn. 14), NJW 2002, 3306, 3308: „Hervorzuheben ist dabei allerdings, dass sich der BGH nicht zur Ermittlung ausländischen Rechts gezwungen sieht; es kann auch zur Ermittlung des ausländischen Rechts an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.“

⁹⁵ Vgl. Pfeiffer (Fn. 14), NJW 2002, 3306, 3308: „Die Aufweichung bleibt also einstweilen eine faktische und ist keine rechtliche.“

Hieraus ergibt sich indes „nur“ ein Vorwurf fehlender Methodenehrlichkeit, keine Kritik an der Strenge der Kontrollmaßstäbe des BGH. So meint etwa *Remien*, der „BGH verfolg[e] einen realistischen Kurs“⁹⁶. Ob man neben einer strengen Überprüfung des Ermittlungsverfahrens formal die Revisibilität bejahe, sei praktisch von untergeordneter Bedeutung.⁹⁷

2. Konzeptionelles Fehlverständnis: Fremdrechtsanwendung als reine Deskription?

Ein weiteres Problem besteht darin, dass sich der BGH durch seinen Fokus auf engmaschige Kontrolle des Verfahrens den Blick darauf verstellt, dass eine noch genauere Ermittlung des ausländischen Rechtszustandes bisweilen kein besseres Ergebnis zeitigt. Das lässt sich anhand des venezolanischen *Schiffspfand*-Falls illustrieren: Dort herrschte nach den Feststellungen des BGH⁹⁸ selbst unter venezolanischen Juristen Unsicherheit über die Rechtslage.

Wenn die entscheidungserhebliche Rechtsfrage im anwendbaren Recht selbst ungeklärt ist, hilft eine genauere Ermittlung und Beschreibung der ausländischen Rechtslage nicht weiter. Eine Lücke in der ausländischen Rechtsordnung bleibt eine Lücke, auch wenn man sie noch so genau beschreibt. *Jansen/Michaels* bezeichnen diese Situation treffend als eine argumentative statt einer deskriptiven Lücke.⁹⁹ Genauere Deskription ermöglicht bei argumentativen Problemen wie dem genannten bestenfalls ein statistisches Wahrscheinlichkeitsurteil, was aber zur Natur der Lücke nicht passt.¹⁰⁰ Das methodische Fehlverständnis des BGH führt dazu, dass er eine Lücke im ausländischen Recht durch höhere Anforderungen an die deskriptive Tiefe der Fremdrechtsermittlung auszugleichen versucht.

Jedoch geht es auch bei dieser Kritik im Kern nicht um eine überzogene Strenge der Anforderungen des BGH, sondern um ein Fehlverständnis der Ziele der Anwendung ausländischen Rechts, das lediglich reflexhaft zu überhöhten Ermittlungsanforderungen führt. Hinzu kommt, dass Argumentationslücken im ausländischen Recht zwar durchaus vorkommen, aber doch eher die Ausnahme sein dürften. Eine generelle Kritik an der Strenge der Ermittlungsmaßstäbe des BGH geben sie deshalb nicht her.

⁹⁶ *Remien* (Fn. 3), ZVgIRWiss 115 (2016), 570, 583.

⁹⁷ *Remien* (Fn. 3), ZVgIRWiss 115 (2016), 570, 585: „Wird die Ermittlungspflicht des § 293 ZPO vom Höchstgericht streng überprüft, so kommt es auf die Revisibilität des ausländischen Rechts nicht mehr an.“

⁹⁸ Krit. zu diesen *Samtleben* (Fn. 39), NJW 1992, 3057.

⁹⁹ *Jansen/Michaels* (Fn. 10), ZZP 116 (2003), 3, 14.

¹⁰⁰ *Jansen/Michaels* (Fn. 10), ZZP 116 (2003), 3, 14.

3. Praktische Schwierigkeiten

Zu streng erscheinen können die Vorgaben des BGH vor allem deshalb, weil sie die Gerichte, Anwälte und Parteien in der Praxis vor schwer lösbare Probleme stellen: Die Ermittlung ausländischen Rechts durch Sachverständige ist – trotz der moderaten Stundensätze des JVEG – oft teuer und langwierig.¹⁰¹ Insbesondere kann der Aufwand schnell außer Verhältnis zum Interesse der Parteien an dem jeweiligen Rechtsstreit stehen. Selbst bei einem noch so niedrigen Streitwert kann auf den Fall eine entlegene Rechtsordnung anzuwenden sein oder es können sich im ausländischen Recht Fragen stellen, die nur mit großem Nachforschungsaufwand zu beantworten sind. Damit kann die Durchsetzung eines bestehenden Anspruchs im Extremfall unwirtschaftlich werden.¹⁰² Praktiker berichten teilweise von einer – wohl aus den genannten Gründen – erhöhten Vergleichsbereitschaft der Parteien, wenn die Anwendung ausländischen Rechts im Raum steht.¹⁰³

Die Linie des BGH schafft bei den Instanzgerichten zudem Unsicherheit darüber, unter welchen Voraussetzungen ihre Entscheidungen der Aufhebung unterliegen. Eine Ermittlung mit vollständiger Richtigkeitsgarantie gibt es nicht.¹⁰⁴ Hinzu kommt, dass viele Rechtsordnungen nicht in derselben Dichte wissenschaftlich durchdrungen und auch nicht so weitreichend durch gesetzliche Vorschriften und Gerichtsentscheidungen ausgeformt sind wie die deutsche, sodass es für detaillierte Ermittlungsergebnisse keine tauglichen Quellen gibt (siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 6). Insofern muss der Tatrichter, wenn er sich für weiteren Ermittlungsaufwand entscheidet, stets auch eine Prognose dazu anstellen, ob es überhaupt noch weitere Informationsquellen gibt, die ausgeschöpft werden könnten. Es ist deshalb für Instanzgerichte oft nicht erkennbar, ob sie bereits ausreichend ermittelt haben oder nicht.

An der Realität vorbei geht es schließlich, dass der BGH den Instanzgerichten in seinen Entscheidungen teilweise einen ausländischen Sachverständigen nahelegt.¹⁰⁵ Das Auffinden eines ausländischen Sachverständigen kann schon daran scheitern, dass die Parteien und das Gericht den ihnen fremden Rechtsmarkt samt seinen Akteuren nicht überblicken und deshalb oft keine

¹⁰¹ So auch die Einschätzungen in der Praxis, *M. Stürmer/Krauß* (Fn. 37), Rn. 198 f.

¹⁰² Zutreffend weist *Thole* (Fn. 17), ZHR 176 (2012), 15, 48 darauf hin, dass teilweise der „Ermittlungsaufwand prohibitiv hoch [sei]“.

¹⁰³ Siehe dazu die Erhebung bei *M. Stürmer/Krauß* (Fn. 37), Rn. 253 ff., die darauf hinweist, dass nur (aber auch immerhin) eine Minderheit der befragten Praktiker die Vergleichsbereitschaft für signifikant erhöht hielt.

¹⁰⁴ *Jansen/Michaels* (Fn. 10), ZZP 116 (2003), 3, 18; *Thole* (Fn. 17), ZHR 176 (2012), 15, 48.

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 30.1.2001 – XI ZR 357/99, juris-Rn. 21 = IPRspr 2001-1. Zu den damit einhergehenden Schwierigkeiten, die freilich einem Gutachten eines ausländischen Sachverständigen nicht immer entgegenstehen, *Fuchs* (Fn. 48), RIW 1995, 807, 808.

sinnvolle Sachverständigenauswahl möglich ist.¹⁰⁶ Hinzu kommen der erhöhte finanzielle Aufwand infolge von Übersetzungserfordernissen und das Risiko von Missverständnissen infolge von Sprachbarrieren.¹⁰⁷ Zudem kommt es durchaus vor, dass ein Sachverständiger aus dem Ausland gefunden wird, der dann aber nicht mit den Stundensätzen des JVEG einverstanden ist. Wenn sich dann – was ebenfalls vorkommt – die Parteien gegen höhere Sätze sperren, endet die Fremdrechtermittlung in einer Sackgasse. Es mag sich im Einzelfall anbieten, einen ausländischen Sachverständigen zu bestellen (Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 5 Ziff. 4), von den Gerichten zwingend verlangen sollte man es aber nur im Ausnahmefall.

IV. Absenken der Ermittlungsmaßstäbe?

Vor allem die praktischen Schwierigkeiten bei der Fremdrechtermittlung legen den Gedanken nahe, die Anforderungen an die Ermittlungstiefe abzusenken. Dabei könnte man zunächst eine Absenkung der Anforderungen bei niedrigen Streitwerten erwägen. Ebenfalls diskussionswürdig erscheint es, die Möglichkeit der Gerichte, ausländisches Recht ohne einen Sachverständigen zu ermitteln, stärker zu betonen oder Gerichte gar zu verpflichten, zumindest in einigen Fällen zunächst selbstständig zu ermitteln. Schließlich erscheint fraglich, ob man mit dem BGH daran festhalten sollte, dass der deutsche Richter bei der Anwendung ausländischen Rechts auch wie ein ausländischer Richter entscheiden muss.

1. Streitwertrelativität der Ermittlungstiefe?

Auf den ersten Blick liegt es nahe, den Ermittlungsaufwand davon abhängig zu machen, wie groß das Interesse der Parteien an dem Rechtsstreit – in der Regel also: wie hoch der Streitwert – ist.¹⁰⁸ Der BGH hat sich dazu nicht abschließend positioniert, scheint aber skeptisch.¹⁰⁹ Zwar hat er bislang nur ausgesprochen, dass ein Missverhältnis von Streitwert und Kosten *allein*

¹⁰⁶ Vgl. *Bachmeier*, Unfallschadensregulierung bei Auslandsbeteiligung (D/EU), in: *Bachmeier*, Regulierung von Auslandsunfällen, 3. Aufl. 2022, Rn. 652.

¹⁰⁷ *Schack* (Fn. 4), Rn. 763 mit Verweis auf die Übersetzungskosten (§§ 9, 11 JVEG). Siehe auch *Bachmeier* (Fn. 106), Rn. 652.

¹⁰⁸ Siehe etwa *Arens* (Fn. 1), S. 11: „Auch die Bedeutung der zu entscheidenden Probleme für die Parteien muß es bei seiner Ermessenserwägung berücksichtigen. In Fällen des Strengbeweises wird deshalb für die Parteien mehr auf dem Spiel stehen als dann, wenn das Gericht den Freibeweis für ausreichend halten konnte.“ In diese Richtung *Jansen/Michaels* (Fn. 10), ZZZ 116 (2003), 3, 18: „Darüber hinaus sollten aber auch deskriptive Lücken im ausländischen Recht argumentativ gefüllt werden, sofern sie nicht mit vertretbarem Ermittlungsaufwand überwunden werden können.“ siehe auch ebd. 18 f. mit Fn. 66.

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris-Rn. 24 = IPRspr 2014-276.

keinen Verzicht auf ein Gutachten erlaubt (siehe auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 5). Es gibt aber keine Anhaltspunkte dazu, in Verbindung mit welchen anderen Gründen, die nicht schon selbstständig einen Gutachtenverzicht tragen, Kostenerwägungen den Ausschlag geben dürfen. Auch in der Literatur hält man eine Bindung des Ermittlungsaufwands an den Streitwert teils für problematisch.¹¹⁰

Dem Prozessrecht ist der Gedanke, die Strenge verfahrensrechtlicher Vorgaben von der Bedeutung des Streits abhängig zu machen, nicht vollkommen fremd. So erlaubt etwa § 495a S. 1 ZPO dem Gericht, bei Streitwerten bis 600 Euro das Verfahren insgesamt nach billigem Ermessen auszugestalten. Darin könnte auch ein Ansatzpunkt für Erleichterungen bei der Ermittlung ausländischen Rechts liegen: Wenn das Prozessrecht in diesen Fällen sogar von ansonsten starren Regeln der ZPO für die Verfahrensleitung freistellt, dürfte damit erst recht eine Aufweichung von Vorgaben einhergehen, die – wie § 293 ZPO – schon regulär Ermessen vorsehen. Zudem ist bei § 495a ZPO anerkannt, dass die Bedeutung des Rechtsstreits ein wesentliches Ermessenskriterium darstellt.¹¹¹ Freilich wird unterschiedlich beurteilt, ob § 495a ZPO es zulässt, dass das Gericht aus Kostengründen von der Einholung eines Sachverständigenutachtens absieht, obwohl die Vorschrift eine Absenkung des Beweismaßes nicht ausdrücklich anordnet.¹¹² Die praktischen Erleichterungen dürften aber in jedem Fall überschaubar sein: Die Betragsgrenze des § 495a ZPO liegt unterhalb der Grenze der Wertsummenberufung (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), sodass eine Urteilsaufhebung ohnehin kaum droht. Zudem hilft § 495a ZPO auch nur in Bagatellfällen überhaupt weiter, auf den Großteil der zu entscheidenden Fälle ist die Vorschrift nicht anwendbar.

Interessant ist deshalb vor allem, ob sich der Rechtsgedanke des § 495a ZPO verallgemeinern lässt, ob also auch außerhalb dieser Vorschrift der gerichtliche Aufwand der Fremdrechtermittlung – natürlich in Grenzen – mit dem Streitwert korrelieren sollte. Meines Erachtens sprechen die besseren Gründe gegen diese Annahme.¹¹³

Hohe Kosten und lange Verfahrensdauer sind kein Proprium von Fällen, die ausländischem Recht unterliegen. Man denke etwa an Streitigkeiten um Miet- oder Baumängel, die ebenfalls ein zeitlich und finanziell aufwendiges Gutachten erfordern können, ohne dass es auf den Streitwert ankäme.¹¹⁴ Die ZPO trifft verschiedentlich Vorkehrungen, um sicherzustellen, dass die

¹¹⁰ *Remien* (Fn. 3), *ZVglRWiss* 115 (2016), 570, 580: „nicht ungefährlich“; *Huber*, in: *Musielak/Voit, ZPO*, 20. Aufl. 2023, § 293 Rn. 6.

¹¹¹ *Toussaint*, in: *BeckOK ZPO*, 51. Ed., Stand: 1.12.2023, § 495a Rn. 7.

¹¹² *Krit. Deppenkemper*, in: *MünchKomm ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 495a Rn. 16 m. Nachw. zur Gegenansicht.

¹¹³ Siehe auch *M. Stürmer*, *Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden?*, *ZVglRWiss* 117 (2018), 1, 7.

¹¹⁴ Dazu, insbesondere zu verfassungsrechtlichen Vorgaben, auch noch unten IV.4.

Rechtsdurchsetzung nicht infolge des Kostenaufwands unmöglich wird: Zunächst gilt das Prinzip des § 91 ZPO, wonach die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Sachverständigenkosten trägt (§§ 1 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 9005 KV GKG i.V.m. JVEG).¹¹⁵ Sollte sich eine Partei die Zwischenfinanzierung nicht leisten können, kann Prozesskostenhilfe in Frage kommen,¹¹⁶ die auch Auslagen für Sachverständige abdeckt (§ 122 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ZPO).¹¹⁷ Schließlich bleibt es den Parteien unbenommen, den entstehenden Risiken durch den Abschluss eines Vergleichs zu entgehen.

Bei näherer Betrachtung ist die Lage der Parteien im Hinblick auf die Anwendung ausländischen Rechts sogar deutlich besser als im Hinblick auf begutachtungsbedürftige Tatsachen: Zunächst darf das Gericht wegen der bestehenden Amtsermittlungspflicht die Gutachteneinholung nicht von der Leistung eines Vorschusses abhängig machen,¹¹⁸ auch wenn die Praxis oft anders verfährt.¹¹⁹ Daneben können die Parteien die Fremdrechtermittlungen durch ihr Verhalten auch maßgeblich lenken: Zum einen können sie durch weniger kontroversen und weniger detaillierten Vortrag die Ermittlungspflichten des Gerichts verringern.¹²⁰ Darin liegt eine Verbesserung gegenüber dem Streit über Tatsachen – dort sind die Optionen binär angelegt: Eine von einer Seite behauptete Tatsache wird entweder bestritten oder (nötigenfalls kraft Fiktion, § 138 Abs. 3 ZPO) zugestanden.¹²¹ Zum anderen können die Parteien eine aufwendige Ermittlung ausländischen Rechts in vielen Fällen durch eine Rechtswahl im Prozess abwenden (Art. 3 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO, Art. 14 Abs. 1 S. 1 lit. a Rom II-VO).¹²² Das wird sich vor allem in den häufigen Fällen anbieten, in denen die Parteien vor allem um Tatsachen streiten (z.B. den Verursacher des streitgegenständlichen Unfalls) und nicht zu erwarten steht, dass sich das ausländische und das deutsche Recht erheblich unterscheiden. Auch darin liegt eine Besserstellung gegenüber Parteien, die nur über Tatsachen streiten: Soweit die Tatsache entscheidungserheblich ist,

¹¹⁵ Thole (Fn. 56), § 293 Rn. 49; Seibl (Fn. 26), ZJP 128 (2015), 431, 437.

¹¹⁶ Seibl (Fn. 26), ZJP 128 (2015), 431, 441.

¹¹⁷ Wache, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 122 Rn. 7: „Von der Zahlung aller im Rahmen der Beweisaufnahme anfallenden Auslagen und sonstigen Kosten ist die Partei befreit, ein Auslagenvorschuss darf bei ihr nicht erhoben werden.“ Ebenso Kießling, in: Saenger, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 122 Rn. 9.

¹¹⁸ Siehe etwa Huber (Fn. 110), § 293 Rn. 6; Schütze (Fn. 4), § 293 Rn. 37. A. A. wohl Schack (Fn. 4), Rn. 766 unter Verweis auf die umfassende Anwendung des Sachverständigenbeweisrechts einschließlich §§ 379, 402 ZPO, § 17 Abs. 1 GKG.

¹¹⁹ Schütze (Fn. 4), § 293 Rn. 37.

¹²⁰ Oben II.2.

¹²¹ Vgl. v. Selle, in: BeckOK ZPO, 51. Ed., Stand: 1.12.2023, § 138 Rn. 14 ff.

¹²² Martiny, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 77; Junker, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 14 Rom II-VO Rn. 24.

würde ein Nachgeben (in Gestalt des Zugestehens) stets einen zumindest teilweisen Prozessverlust bedeuten.¹²³ Schließlich steht bei einer Rechtswahl – weil das ausländische Recht ja noch unbekannt ist – *ex ante* oft noch nicht einmal fest, für welche Partei sich die Rechtslage nach deutschem Recht besser oder schlechter darstellt.

2. Stärkung des Selbstermittlungsrechts und Selbstermittlungspflicht?

Die Berechtigung der Gerichte, ausländisches Recht ohne Einschaltung eines Sachverständigen zu ermitteln, ergibt sich unmittelbar aus § 293 S. 2 ZPO.¹²⁴ Auch der BGH erkennt dies ausdrücklich an.¹²⁵ Diese Regelung ist keine Selbstverständlichkeit: Theoretisch ließe sich gegen eigene Ermittlungen so gut wie immer einwenden, dass ein Sachverständigenbeweis eine höhere Richtigkeitsgewähr mit sich bringe. Gerade weil das aber so ist, nimmt das Gesetz in § 293 S. 2 ZPO eine geringere Richtigkeitsgewähr offenbar in Kauf. Der Tatrichter darf also auch ohne einen Sachverständigen zur vollen Überzeugung vom Inhalt ausländischen Rechts gelangen. Die empirische Untersuchung von *Stürner* und *Krauß* legt nahe, dass Gerichte auch tatsächlich oft versuchen, selbst einen Zugang zum ausländischen Recht zu finden.¹²⁶

a) Selbstermittlungsrecht

Die Rechtsprechung des BGH dürfte Gerichte allerdings in Zweifelsfällen davon abschrecken, sich dieser Ermittlungsmethode zu bedienen. Ein wesentliches Problem dürfte darin bestehen, dass es praktisch keine Entscheidungen gibt, die positiv und greifbar formulieren, wann Gerichte auch ohne einen Sachverständigen hinreichend ermitteln.¹²⁷ Hier wären Maßstäbe aber dringend erforderlich. Wo konkretisiert wurde, entschied der BGH praktisch immer gegen das Ausreichen informeller Ermittlungen. Die Gerichte können deshalb

¹²³ Vgl. zum Begriff der Erheblichkeit *Fritsche*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 138 Rn. 18.

¹²⁴ *Prütting* (Fn. 9), § 293 Rn. 23, 26; *Schack* (Fn. 4), Rn. 760; *Kindl* (Fn. 8), ZZZP 111 (1998), 177, 187.

¹²⁵ Siehe bspw. BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00, juris-Rn. 17 = IPRspr 2001-2: „In welcher Weise er [= der Tatrichter; *Verf.*] sich die notwendigen Erkenntnisse verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen.“

¹²⁶ *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 187 ff. Zu Unterschieden zwischen Amts-/Familiengerichten und Landgerichten siehe etwa *M. Stürner* (Fn. 113), ZVglRWiss 117 (2018), 1, 6; zu den Landgerichten, wo Sachverständigengutachten eine größere Rolle zu spielen scheinen, siehe *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 355. Abw. Einschätzung bei *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 30: Sachverständigengutachten allgemein als die gängige Methode; auch *Seibl* (Fn. 26), ZZZP 128 (2015), 431, 432.

¹²⁷ Zur Schwierigkeit der Konkretisierung von Pflichten im Rahmen der Ermessensausübung siehe etwa *Pfeiffer* (Fn. 14), NJW 2002, 3306, 3307: „abschließende Konkretisierung kaum möglich“.

nur Fallgruppen erkennen, in denen eine informelle Ermittlung unzureichend ist – und selbst das nur im Wege einer unsicheren Abstraktion der einzelfallbezogenen Entscheidungen des BGH. Dieser Unsicherheit sollte in der Praxis entgegengewirkt werden. Gerade für einfacher gelagerte Fragen findet sich teilweise ausreichend deutschsprachige Fachliteratur, in manchen Fällen wird auch eine Recherche im Internet oder ein Rückgriff auf Gutachten der IPG-Reihe¹²⁸ weiterhelfen. Da die Problematik in erster Linie in der Unklarheit der Vorgaben des BGH liegt, dürfte es vor allem geboten sein, die Gerichte verstärkt auf die Möglichkeit eigener Ermittlungen hinzuweisen (Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 4) – und ihnen Quellen für die Eigenrecherche aufzuzeigen (Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 1, 2).

b) Keine Selbstermittlungspflicht

Das wirft die Frage auf, ob man noch einen Schritt weiter gehen und Gerichte sogar zur eigenständigen Ermittlung verpflichten sollte. Dabei kann die Verpflichtung nur darin bestehen, dass Gerichte zunächst eine eigene Recherche versuchen müssen, bevor sie einen Sachverständigen beauftragen. Für eine entsprechende Pflicht spräche jedenfalls, dass damit in einigen Fällen den Parteien der Zeit- und Kostenaufwand eines Sachverständigengutachtens erspart bliebe.¹²⁹ Gerichte müssen unnötige Kosten generell vermeiden und zu Unrecht entstandene Gerichtskosten dürfen nicht erhoben werden (§ 21 Abs. 1 S. 1 GKG).¹³⁰

Meines Erachtens überwiegen jedoch die Gründe gegen eine Selbstermittlungspflicht. Bei den Gerichten dürfte meist keine Expertise zur Fremdrechtsmittlung vorhanden sein.¹³¹ Wegen der vergleichswisen Seltenheit einschlägiger Fälle wäre es unökonomisch, müssten sich alle Richter ausführlich in die Methoden der Ermittlung ausländischen Rechts einarbeiten. Spezialspruchkörper für Auslandsfälle, die diese Schwierigkeit abmildern könnten, sind an deutschen Gerichten leider¹³² nach wie vor die Ausnahme.¹³³ Hinzu

¹²⁸ Dabei handelt es sich um eine Auswahl repräsentativer Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht, die in regelmäßigen Abständen erscheint, zuletzt 2021 für die Jahre 2018–2020. Der praktische Bekanntheitsgrad bleibt leider derzeit hinter den Wünschenswerten zurück, siehe *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 206.

¹²⁹ Zu insbesondere dem entstehenden Zeitaufwand als Motivation siehe etwa *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 198.

¹³⁰ Näher dazu mit Beispielen aus dem Sachverständigenrecht *Dörndorfer*, in: BeckOK KostR, 44. Ed., Stand: 1.1.2024, § 21 GKG Rn. 4.

¹³¹ Zu diesem Problem siehe auch *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 215 (Sprachkenntnisse) und inhaltlich-systematische Kenntnisse Rn. 232 ff.

¹³² Dafür etwa *Schack* (Fn. 4), Rn. 764; zur uneinheitlichen Meinung in der Praxis siehe *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 421 ff.

¹³³ Siehe etwa zu einer möglichen Ausgestaltung der gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung den Geschäftsverteilungsplan des LG Hamburg 2023, wo eine IPR-Kammer

treten Schwierigkeiten infolge der personellen und sachlichen Ausstattung der Justiz: Die Ermittlung ausländischen Rechts ist selbst bei vorhandener Expertise zeitaufwendig, was die allseits beklagte Überlastung der Gerichte noch verschlimmern würde.¹³⁴ Außerdem erfordert eine Recherche neben einschlägigen Sprachkenntnissen zumeist aktuelle Spezialliteratur zum ausländischen Recht oder entsprechende Datenbankzugänge,¹³⁵ weil öffentlich im Internet verfügbare Quellen schon in etwas komplizierteren Fällen oft keine oder jedenfalls keine verlässlichen Ergebnisse liefern.¹³⁶ Spezialliteratur und Datenbanken für die Gerichte dezentral verfügbar zu machen, wäre ausgesprochen teuer und kaum kosteneffizient.¹³⁷ Insofern wird wohl nur Gerichten in örtlicher Nähe zu einschlägigen Instituten eine vertiefte eigene Recherche möglich sein.¹³⁸

Selbst wenn man einmal von Fragen der Machbarkeit absieht, sollte man Gerichte nicht zur eigenen Ermittlung verpflichten: Das wesentliche Argument für eine Ermittlungspflicht läge in der Zeit- und Kostenersparnis für die Parteien. Jedoch führen gerichtseigene Ermittlungen gerade nicht zu einem Verschwinden von Kosten und Zeitaufwand, sondern legen beides nur auf einen anderen Träger um: den Fiskus und damit letztlich die Allgemeinheit. Die Gerichtsgebühren sind pauschaliert¹³⁹ und selbst in durchschnittlichen Verfahren bewusst nicht kostendeckend ausgestaltet.¹⁴⁰ Der Fiskus trägt also, teilweise querfinanziert durch Gebühren aus im Verhältnis zum Streitwert sehr einfach gelagerten

eingerichtet wurde, S. 327 (Zuständigkeiten der 27. ZK), abrufbar unter <<https://perma.cc/QLT6-CLXA>>.

¹³⁴ Vgl. dazu und insbesondere der schon jetzt ungenügenden Berücksichtigung der Fremdrechtsanwendung in der Personalbedarfsrechnung bei den Gerichten *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 219 ff.

¹³⁵ Zum fehlenden Zugang beispielsweise zu ausländischer Rechtsprechung siehe etwa *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 213 ff.

¹³⁶ Siehe auch *M. Stürner/Krauß* (Fn. 37), Rn. 65; 240. Wo eine Internetrecherche sich – und sei es zur Vorstrukturierung der Fragen an einen Sachverständigen – anbietet ist die von *Schack* bereitgestellte Linksammlung zum ausländischen Recht hilfreich, abrufbar unter <<https://www.ipvr.uni-kiel.de/de/prof-dr-haimo-schack-pens/linksammlung>> (28.7.2023).

¹³⁷ Siehe auch *M. Stürner* (Fn. 113), *ZVglRWiss* 117 (2018), 1, 15: „Angesichts knapper Justizressourcen erscheint es äußerst unwahrscheinlich, dass Lizenzen etwa innerhalb eines OLG-Bezirks oder auch nur eines Bundeslandes erworben werden.“

¹³⁸ Siehe aber auch die Einschätzung bei *Kindl* (Fn. 8), *ZZP* 111 (1998), 177, 186: „Die den deutschen Gerichten insofern zur Verfügung stehende Literatur sollte keineswegs unterschätzt werden.“

¹³⁹ Sog. Pauschalsystem mit Wertklassen, *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 6), § 83 Rn. 9.

¹⁴⁰ Treffend unter Verweis auf die Motive *Wolf*, Steuerung des Zivilprozesses durch Streitwert- und Kostenrecht, *ZZP* 128 (2015), 69, 74: „Eine volle Kostendeckung dürfe bei den Gerichtsgebühren hingegen nicht angestrebt werden, weil das gerichtliche Rechtssystem auch denjenigen, welche es nicht in Anspruch nehmen, durch seine bloße Existenz zugute kommt.“

Verfahren,¹⁴¹ im öffentlichen Interesse¹⁴² einen Teil der Kosten von Gerichtsverfahren. Je mehr Aufwand ein Verfahren bei den Gerichten verursacht, desto größer ist die Kostenbeteiligung der Staatskasse. Namentlich entstehen durch die längere Befassung von Richtern mit einem Fall Opportunitätskosten, weil sie in dieser Zeit nicht für andere Verfahren zur Verfügung stehen und damit insgesamt der Personalbedarf wächst. Diese Kosten wären bei einer regelmäßigen Pflicht zu eigenen Ermittlungen zum ausländischen Recht nicht zuletzt deshalb erheblich, weil Richter für ihre Recherche im Zweifel mehr Zeit benötigen werden als einschlägig vorgebildete Sachverständige.

Es ist nicht recht einzusehen, warum der Fiskus diesen Mehraufwand tragen sollte, während er die Kosten für jede noch so aufwendige Tatsachenermittlung durch Sachverständige als Gerichtsaufwendungen vollständig an die Parteien durchreicht.¹⁴³ Das gilt umso mehr, als die Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, wie bereits dargestellt, ohnehin in mehrfacher Hinsicht gegenüber Parteien, die um Tatsachen streiten, privilegiert sind.¹⁴⁴ Diesen Privilegien sollte man nicht noch ein weiteres hinzufügen, indem man die Gerichte zu eigenen Ermittlungen verpflichtet. Prozessrechtsdogmatisch spricht noch ein weiterer Grund gegen eine Pflicht zu eigenen Ermittlungen: Am Ende der Ermittlung muss die Überzeugung des Gerichts vom Inhalt des ausländischen Rechts stehen. Die dafür erforderliche Bewertung ist nicht vollständig objektivierbar, sondern im Kern eine Frage der subjektiven Überzeugung des Trichters.¹⁴⁵ Würde man dem Gericht vorschreiben, selbst zu ermitteln, gäbe dies nur einen Sinn, wenn man ihm zugleich vorschriebe, dass ihm die eigene Ermittlung zumindest prinzipiell zur vollen Überzeugung zu genügen hat. Der darin liegende Einschnitt in die freie Beweiswürdigung findet aber im Gesetz keine Stütze. Anders als bei deutschem Recht, wo der Richter sich eine eigene Überzeugung ohne sachverständige Hilfe bilden muss,¹⁴⁶ erlaubt § 293 S. 2 ZPO für ausländisches Recht das Einholen eines Sachverständigengutachtens.

Der Ausschluss einer Pflicht zu eigenen Ermittlungen gilt meines Erachtens auch dort, wo eine dem deutschen Recht verwandte Rechtsordnung im Raum steht. Selbst zu österreichischem oder schweizerischem Recht ist die Quellenlage bei deutschen Gerichten unzureichend, um regelmäßig eigen-

¹⁴¹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 6), § 83 Rn. 5.

¹⁴² *Wolf* (Fn. 140), ZZP 2015, 69, 74 f.

¹⁴³ Für allgemeine Abschaffung Belastung der Parteien mit Sachverständigenkosten *Pawlowski*, Zur Funktion der Prozesskosten, JZ 1975, 197, 201. Der Vorschlag, der zudem eine Abschaffung der Gerichtsgebühren vorsieht, scheint rechtspolitisch freilich kaum umsetzbar.

¹⁴⁴ Oben IV.1.

¹⁴⁵ Zur Freiheit der Beweiswürdigung im Einzelnen (zu § 286 ZPO) *Prütting* (Fn. 9), § 286 Rn. 13.

¹⁴⁶ Vgl. dazu *Centner* (Fn. 2), S. 105 ff.

ständige Ermittlungen über sehr einfach gelagerte Fälle hinaus zu ermöglichen. Zudem erscheint gerade bei dem deutschen Recht nahestehenden Rechtsordnungen eine eigene Ermittlung durch die Gerichte riskant. Denn bei einer Verwandtschaft von Rechtsordnungen besteht ein besonders hohes Risiko voreiliger Schlussfolgerungen, wenn Rechtsfiguren einander ähneln, sich bei näherer Betrachtung aber erheblich unterscheiden.¹⁴⁷

3. *Ausländischer Richter als Entscheidungsmaßstab*

Zuletzt mag man fragen, ob der Ansatz des BGH zu weit geht, der deutsche Richter müsse das ausländische Recht so anwenden, „wie es der Richter des betreffenden Landes auslegt und anwendet.“¹⁴⁸ Das ist eindeutig der Fall, wenn man darin eine Anforderung an die Richtigkeitsgewähr versteht. Dafür muss man sich nur exemplarisch vor Augen führen, welche Anforderungen das deutsche Recht an die Person stellt, die eine richterliche Entscheidung trifft: Das deutsche Recht traut dies ausweislich § 5 DRiG allein Personen zu, die zwei juristische Staatsexamina erfolgreich abgeschlossen haben; die Einstellungspraxis der Justizverwaltungen verlangt zudem in allen Bundesländern zusätzlich zum Bestehen der Prüfungen einen gewissen Mindestnotendurchschnitt. Selbst dann dürfen Berufsanfänger bestimmte Entscheidungen zunächst nicht allein treffen (vgl. etwa § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO und § 23b Abs. 3 S. 2 GVG). Die Rechtsordnungen anderer Länder werden vergleichbare Anforderungen stellen, oft sogar noch mehr Berufserfahrung fordern.¹⁴⁹ Dass ein deutscher Richter sich für seine Entscheidung – und sei es nur für ein Teilgebiet – auf ein entsprechendes Niveau in der Fremdrechtsanwendung bringt, erscheint selbst unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen begrenzt realistisch.

Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH genauer, scheint es ihm mit dem Verweis auf den ausländischen Richter aber auch weniger um eine Qualitätsanforderung denn um die Perspektive der Rechtsanwendung zu gehen.¹⁵⁰ Deutsche Richter müssen also bei der Anwendung ausländischen Rechts nicht dasselbe Maß an Richtigkeitsgewähr erreichen wie ein ausländischer Richter. Sie müssen das ausländische Recht aber aus der Perspektive eines solchen, d.h. beispielsweise mit dessen Methoden, anwenden.¹⁵¹ Der deutsche Richter

¹⁴⁷ Zu Unterschieden in Nachbarrechtsordnungen etwa v. *Hein*, Der Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht, in diesem Band, S. 113, 120 ff.

¹⁴⁸ BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris-Rn. 17 = IPRspr 2002-3.

¹⁴⁹ Vgl. *Wysk*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, § 51 Rn. 40 mit Fn. 62.

¹⁵⁰ Treffend *Prütting* (Fn. 9), § 293 Rn. 58: „Vorgehen im Geiste der ausländischen Rechtsordnung“. Siehe auch *Bacher* (Fn. 49), § 293 Rn. 18; *Geimer*, in: Zöllner, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 293 Rn. 26.

¹⁵¹ Diese Ansicht entspricht auch international der Mehrheit, auch im Common Law, siehe *Nishitani* (Fn. 1), 31.

genügt den Anforderungen des § 293 ZPO also insbesondere dann nicht, wenn er ausländische Rechtsnormen anhand deutscher – d. h. unter Ausblenden ausländischer – Maßstäbe auslegt oder fortbildet.¹⁵² Das überzeugt nicht nur wegen der Friktionen, die sich aus einem solchen Amalgam der Rechtsordnungen ergäben. Auch würde die Tragweite der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das ausländische Recht unzulässig verkürzt, die eben nicht auf den ausländischen Normtext beschränkt ist.¹⁵³

4. Insbesondere: Vereinbarkeit der Kostenbelastung mit dem Justizgewähranspruch

Gerichte können über ausländisches Recht ein Sachverständigengutachten in Auftrag geben und die Kosten voll auf die Parteien umlegen. Dadurch kann die Prozessführung in Fällen mit Auslandsbezug unwirtschaftlich werden, wo sie in einem reinen Inlandsfall wirtschaftlich gewesen wäre. Diese Hürde der Rechtsverwirklichung steht in einem Spannungsverhältnis zu dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Justizgewähr (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG).¹⁵⁴ Namentlich *Seibl* hat deshalb die Auffassung vertreten, der *status quo* der Fremdrechtermittlung sei verfassungswidrig.¹⁵⁵

Meines Erachtens fasst das die Schutzwirkung des Justizgewähranspruchs zu weit. Zwar hat das BVerfG mehrfach entschieden, dass die Kostenlast von Gerichtsverfahren zu einer Verletzung des Justizgewähranspruchs führen kann.¹⁵⁶ Jedoch hat es auch anerkannt, dass die Kosten für ein Sachverständigengutachten über Tatsachen selbst dann voll auf die Parteien umgelegt werden dürfen, wenn sie den Streitwert deutlich übersteigen.¹⁵⁷ Entscheidender Grund

¹⁵² Siehe etwa BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, juris-Rn. 17 = IPRspr 2018-297.

¹⁵³ *Nishitani* (Fn. 1), 31; *Seibl*, ZZZ 128 (2015), 431, 433. Vgl. auch *Schütze* (Fn. 4), § 293 Rn. 38 und den Hinweis auf die Bedeutung des zwingenden Charakters des Kollisionsrechts für die Fremdrechtsanwendung ebd., Rn. 3.

¹⁵⁴ Siehe etwa *W. Zimmermann*, in: Binz/Dörndorfer/Zimmermann, GKG, FamGKG, JVEG, 5. Aufl. 2021, § 3 GKG Rn. 1: „Vorschriften über Gerichtsgebühren müssen [...] der Bedeutung des Justizgewähranspruchs im Rechtsstaat Rechnung tragen.“ Siehe auch *Dörndorfer* (Fn. 130), § 3 GKG Rn. 1.

¹⁵⁵ *Seibl* (Fn. 26), ZZZ 128 (2015), 431, 441 ff., insb. 453. Im Ergebnis schlägt *Seibl* freilich keinen Verzicht auf Sachverständigengutachten, sondern einen Verzicht auf die Kostenerhebung vor, soweit die Auslagen in Verbindung mit den Gerichtsgebühren den Streitwert übersteigen, siehe ebd. 458 ff.

¹⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89, NJW 1992, 1673: „Mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungspflicht wäre es allerdings nicht vereinbar, wenn der Rechtsuchende mit einem Kostenrisiko belastet würde, das außer Verhältnis zu seinem subjektiven Interesse an dem Verfahren steht.“ Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 3.1.2007 – 1 BvR 737/04, NJW 2007, 2032.

¹⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09, NJW 2013, 2882, 2884. Das sieht freilich auch *Seibl* (Fn. 26), ZZZ 128 (2015), 431, 447.

dafür ist, dass es sich bei dem Gutachten um eine externe Leistung im Interesse der Parteien handelt.¹⁵⁸ Nun könnte man zwar argumentieren, die Entscheidung sei nicht auf die Ermittlung ausländischen Rechts übertragbar, weil diese von Amts wegen vorzunehmen ist und das Gutachten damit gerade nicht im Interesse beweisbelasteter Parteien eingeholt wird, sondern dem Gericht zur Erfüllung seiner eigenen Aufgaben dient.¹⁵⁹ Jedoch vermengt dieses Argument m. E. in unzulässiger Weise einfaches Recht und Verfassungsrecht: Die Aufgabe der Fremdrechtsermittlung ist den Gerichten nur durch einfaches Gesetz (§ 293 ZPO) zugewiesen. Einen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf, dass sich die Gerichte selbsttätig um die Fremdrechtsermittlung kümmern, gibt es nicht. Vielmehr wäre es auch verfassungsgemäß, wenn die ZPO – wie die Prozessrechtsordnungen anderer Länder es teilweise tun –¹⁶⁰ den Beweis ausländischen Rechts dem Beweis von Tatsachen gleichstellen würde. Aus Sicht des Justizgewähranspruchs stellt sich die Lage mithin wie folgt dar: Durch § 293 ZPO privilegiert das Prozessrecht die Parteien über das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß hinaus, indem es ihnen die Verantwortlichkeit und vor allem die Beweislast¹⁶¹ für die Fremdrechtsermittlung abnimmt. Dass den Parteien die Kosten für den Sachverständigen nicht abgenommen werden, bedeutet damit nur, dass der Gesetzgeber ein verfassungsrechtlich von vornherein nicht zwingendes Privileg nicht noch weiter vertieft hat. Ein Verstoß gegen den Justizgewähranspruch kann sich daraus nicht ergeben.¹⁶²

¹⁵⁸ BVerfG, NJW 2013, 2882, 2883: „Dabei ist es grundsätzlich nicht sachwidrig, dass die Kosten für diese externe Leistung – vom Sonderfall der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgesehen – letztlich nicht von der Staatskasse zu tragen sind, sondern von jenen Beteiligten aufgebracht werden müssen, die diese Leistung für die Klärung ihrer Streitigkeit benötigten. Das gilt zumal auch deshalb, weil es keinen Grundsatz des Inhalts gibt, dass im Zivilprozess der Staat dessen Kosten zu übernehmen habe [...]“

¹⁵⁹ So *Seibl* (Fn. 26), ZZZ 128 (2015), 431, 447 ff.: „Was aber durchaus überlegenswert erscheint, ist die Frage, ob Auslagenersatz auch dann in praktisch beliebiger Höhe verlangt werden können soll, wenn Gegenstand der Tätigkeit des Dritten eine Aufgabe ist, deren Wahrnehmung in den Aufgabenbereich des Gerichts fällt.“

¹⁶⁰ In anderen Prozessrechtsordnungen wird ausländisches Recht teilweise wie eine Tatsache behandelt, siehe etwa zu England *Trautmann*, Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten, ZEuP 2006, 283, 286: „question of fact of a peculiar kind“. Siehe auch ebd., 290 ff. zur Vortragslast. Siehe auch insb. zum Common Law *Nishitani* (Fn. 1), 22: „The party who pleads foreign law further needs to prove it with sufficient specificity, so that the judge can apply it.“

¹⁶¹ Darauf als entscheidenden Gesichtspunkt stellt *Seibl* (Fn. 26), ZZZ 128 (2015), 431, 448 f. ab.

¹⁶² So auch *Thole* (Fn. 56), § 293 Rn. 49. Allg. zum Verhältnis von *iura novit curia* und dem verfassungsrechtlichen Richterleitbild *Centner* (Fn. 2), S. 105 ff.

V. Thesen

1. Die Anforderungen des BGH an die Ermittlung ausländischen Rechts sind hoch. Die jüngere Rechtsprechung zeigt, dass die Ermittlung ohne Zuhilfenahme eines Sachverständigen in den meisten veröffentlichten Entscheidungen als verfahrensfehlerhaft angesehen wurde. Insbesondere Auskünfte nach dem Londoner Übereinkommen haben sich dabei nicht bewährt.
2. Bei Ermittlungen unter Bestellung eines Sachverständigen spielt das aus § 293 S. 2 ZPO abgeleitete Ermittlungsermessen nach Ansicht des BGH praktisch keine Rolle mehr. Es handelt sich dann um einen regulären Sachverständigenbeweis.
3. In dogmatischer Hinsicht ist zu kritisieren, dass der BGH entgegen seinen abstrakten Bekundungen eine revisionsähnliche inhaltliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts vornimmt. Ebenfalls wenig überzeugend ist es, dass der BGH die Anwendung ausländischen Rechts als rein deskriptive Aufgabe versteht.
4. Die Anforderungen des BGH führen zu praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung ausländischen Rechts. Eine generelle Absenkung der Maßstäbe lässt sich mit diesen Schwierigkeiten aber nicht begründen. Im Einzelnen:
 - a) Das Verhältnis des Ermittlungsaufwands zum Streitwert sollte kein entscheidendes Ermessenskriterium sein.
 - b) Das Recht der Gerichte, ausländisches Recht ohne die Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln, sollte gestärkt werden. Eine Pflicht der Gerichte zu eigenen Ermittlungen besteht nicht.
 - c) Dass deutsche Gerichte ausländisches Recht so anzuwenden haben, wie es ein ausländischer Richter tun würde, ist eine bloße Perspektivvorgabe für die Gerichte und als solche überzeugend. Eine Entscheidung mit der Richtigkeitsgewähr eines ausländischen Gerichts ist demgegenüber weder möglich noch geboten.
5. Dass den Parteien durch die Einholung von Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht erhebliche Kosten entstehen können, führt nicht zu einem Verstoß gegen den Justizgewähranspruch (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG).

Haben Gerichtsentscheidungen und Gutachten zum ausländischen Recht eine Präcedenzwirkung?

Denise Wiedemann

I.	Einführung	187
II.	Entscheidungen zum ausländischen Recht	188
	1. Rechtliche Bindungswirkung von Präjudizien	188
	2. Faktische Orientierung an Präjudizien	192
III.	Gutachten zum ausländischen Recht	196
	1. Keine Bindung an den Inhalt von Sachverständigengutachten	196
	2. Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren	197
IV.	Wissenspraxen der Gerichte	203
V.	Bilanz und Ausblick	205

I. Einführung

Um das Jahr 2020 erlebte die Stellvertreterehe in Deutschland eine Renaissance. Heiratswillige in Deutschland bevollmächtigten per notarieller Beglaubigung oder gar per Beglaubigung eines mexikanischen Honorarkonsuls zwei Stellvertreter in Mexiko, meist im Bundesstaat Baja California Sur.¹ Die Stellvertreter schlossen im Namen der Heiratswilligen dort die Ehe. Anschließend kam es bei Nachbeurkundungen der Ehen und in Verfahren um den deutschen Aufenthaltstitel in mehreren, ähnlich gelagerten Fällen vor deutschen Standesämtern und Gerichten zum Streit über die Wirksamkeit der Ehen.² In den ersten Verfahren ermittelten Gerichte das Recht von Baja Cali-

¹ Zur territorialen Rechtsspaltung im mexikanischen Familienrecht siehe *Wiedemann*, Mexiko, in: Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, Stand: 31.12.2022, S. 16.

² Veröffentlicht sind BGH, Beschl. v. 29.9.2021 – XII ZB 309/21, FamRZ 2022, 93 (m. Anm. *Krömer*, FamRZ 2022, 95 f.) = NZFam 2021, 1049 (m. Anm. *Mankowski*, NZFam 2021, 1052) = IPRspr 2021-28; VG Mainz, Beschl. v. 19.8.2020 – 4 L 434/20.MZ, FamRZ 2021, 270 = IPRspr 2020-119; dazu *Franck*, Dänemark-, Handschuh- und jetzt Online-Ehe?, JZ 2023, 21, 22; *Mayer*, Relevanz des Orts der Eheschließung für die Bestimmung des Formstatuts bei der doppelten Handschuhehe und Online-Ehe, IPRax 2022, 594; *Wiedemann*, Kollisionsrechtliche Folgefragen der Stellvertreterehe, StAZ 2021, 67.

fornia Sur über Sachverständigengutachten. In nachfolgenden ähnlich gelagerten Fällen zur Stellvertretereihe konnten sie auch auf Gerichtsentscheidungen und Sachverständigengutachten aus den vorangegangenen Verfahren zurückgreifen. In diesen nachfolgenden Verfahren stellt sich die Frage, ob den vorangegangenen (deutschen) Entscheidungen zum Recht von Baja California Sur eine Präzedenzwirkung zukommt (dazu sogleich II.). In Bezug auf Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht ist zu erörtern, ob Gutachten, die im anhängigen Verfahren eingeholt wurden, für das Gericht bindend sind und welche Bedeutung Gutachten aus anderen Verfahren für nachfolgende Verfahren haben können (sodann III.). Schließlich bleibt die Wissenspraxis der Gerichte zu beleuchten (IV.). Wie erlangen Gerichte Kenntnis von Entscheidungen und Gutachten zum ausländischen Recht? Ist die Einrichtung einer Gutachtendatenbank sinnvoll?

II. Entscheidungen zum ausländischen Recht

Zu einem Präzedenzfall oder Präjudiz kann eine Entscheidung werden, wenn sie eine Rechtsfrage behandelt hat, über die ein anderes Gericht abermals entscheiden muss.³ Im eben genannten Beispiel zur Stellvertretereihe war in mehreren Verfahren zu entscheiden, ob sich Eheschließende nach dem Recht des Bundesstaates Baja California Sur (Mexiko) bei der Abgabe ihrer Willenserklärung vertreten lassen dürfen.

1. *Rechtliche Bindungswirkung von Präjudizien*

Inwieweit deutsche Gerichte an Präjudizien gebunden sind, richtet sich – auch für Entscheidungen zu Rechtsfragen im ausländischen Recht – zunächst nach deutschem Recht. Sofern Präjudizien in einer ausländischen Rechtsordnung eine rechtliche Bindungswirkung entfalten, ist zu überlegen, ob eine deutsche Entscheidung zu diesem ausländischen Recht nach den Regeln des ausländischen Rechts ebenfalls bindend wirkt.

a) *Bindung deutscher Gerichte nach deutschem Recht*

Dem deutschen Recht ist eine Bindung an Präjudizien grundsätzlich fremd.⁴ Nur ausnahmsweise, insbesondere im Fall von Entscheidungen des Bundes-

³ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 253; *Voggenauer*, Rule of Precedent, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, 2009, Ziff. 1, <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Precedent_Rule_of>.

⁴ *Effer-Uhe*, Die Bindungswirkung von Präjudizien, 2008, S. 27 Rn. 33; *Honsell*, in: Staudinger, Einleitung zum BGB, §§ 1–14, VerschG, 18. Aufl. 2018, Einleitung BGB

verfassungsgerichts (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), sind Entscheidungen von Rechtsfragen verbindlich. Ansonsten binden vorangegangene Entscheidungen nachfolgende Gerichte – jenseits der verfahrensrechtlichen Entscheidungswirkungen (materielle Rechtskraft, Gestaltungskraft, Feststellungswirkung) – nicht. Dies gilt sowohl für Rechtsfragen im inländischen Recht als auch für Rechtsfragen im ausländischen Recht.

Zum Vergleich: Im anglo-amerikanischen Rechtsraum besagt der *stare decisis*-Grundsatz, dass Gerichte von den tragenden Feststellungen bestimmter vorangegangener Entscheidungen im Prinzip nicht abweichen dürfen.⁵ Diese Bindungswirkung erfasst allerdings nur Rechtsfragen, während Sachfragen an der Bindungswirkung nicht teilnehmen. Ausländisches Recht wird in England traditionell – anders als in Deutschland⁶ – nicht als *question of law*, sondern als *question of fact* behandelt.⁷ Entscheidungen über Fragen des ausländischen Rechts können daher – weil Sachfragen betreffend – nach dem *stare decisis*-Grundsatz nicht bindend sein. Sec. 4(2)(b) des für England und Wales geltenden Civil Evidence Act 1972 enthält jedoch eine Vermutung, dass gerichtliche Feststellungen zum ausländischen Recht tatsächlich dem ausländischen Recht entsprechen. Der Beweis des Gegenteils ist zulässig.⁸

Das deutsche Recht kennt keine mit Sec. 4(2)(b) vergleichbare Vermutung für inländische Entscheidungen zum ausländischen Recht. Auch eine Vermu-

Rn. 230; *Kodek*, *Precedents in Private Law – A Civil Law Perspective*, in: Frese/Schumann, *Precedents as Rules and Practice*, 2021, S. 195, 197; *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 254; *Vogenauer* (Fn. 3), Ziff. 3.

⁵ *König*, *Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche*, 2014, S. 10; *Vogenauer* (Fn. 3), Ziff. 2; zur Bindung oberer Gerichte an ihre eigenen Entscheidungen siehe *Honsell* (Fn. 4), Rn. 230.

⁶ *Nishitani*, *General Report*, in: *Nishitani, Treatment of Foreign Law – Dynamics Towards Convergence?*, 2017, S. 3, 17; *Thole*, in: *Stein/Jonas, ZPO*, 23. Aufl. 2018, § 293 ZPO Rn. 2.

⁷ *Fentiman*, *Current Legal Problems* 59 (2006), 391, 392; *Nishitani* (Fn. 6), S. 3, 18; *Ruiz Abou-Nigm*, in: *Nishitani, Treatment of Foreign Law – Dynamics Towards Convergence?*, 2017, S. 361, 363; *Trautmann*, *Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten*, ZEuP 2006, 283, 285 f.; *Trautmann*, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren* (2011), S. 49–52. Zur Behandlung ausländischen Rechts als „law“ in fast allen US-amerikanischen Bundesstaaten siehe demgegenüber *Nishitani* (Fn. 6), S. 3, 19.

⁸ Sec. 4(2) „Where any question as to the law of any country or territory outside the United Kingdom, or of any part of the United Kingdom other than England and Wales, with respect to any matter has been determined [...], then in any civil proceedings [...] –

(a) any finding made or decision given on that question in the first-mentioned proceedings shall, if reported or recorded in citable form, be admissible in evidence for the purpose of proving the law of that country, territory or part with respect to that matter [...];

(b) if that finding or decision, as so reported or recorded, is adduced for that purpose, the law of that country, territory or part with respect to that matter shall be taken to be in accordance with that finding or decision unless the contrary is proved [...].“

tion der Richtigkeit vorangegangener Entscheidungen von Rechtsfragen zum inländischen Recht („beschränkte Befolgungspflicht“)⁹ besteht nach überwiegender Auffassung nicht. Nur vereinzelt wird vertreten, dass Gerichte, die von vorangegangenen Entscheidungen zum inländischen Recht abweichen wollen, einer erhöhten Argumentationslast unterliegen.¹⁰ Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet die Gerichte zwar, Rechtsanwendungsgleichheit zu gewährleisten.¹¹ Um nicht zur Superrevisionsinstanz zu werden, interpretiert das Bundesverfassungsgericht den Gleichheitssatz jedoch nur als ein – auch aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3, 19 Abs. 4 GG) begründbares – objektives Willkürverbot:¹² „Die Grenze zur Willkür ist erst überschritten, wenn die Auslegung und die Anwendung einfachen Rechts unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr verständlich ist, es sich also um eine krasse Fehlentscheidung handelt.“¹³ Nicht mehr verständlich ist eine Entscheidung etwa, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder in krasser Weise missdeutet wird.¹⁴ Eine Entscheidung dagegen, die in ihrer Auslegung von einer vorangegangenen Entscheidung – auch von der eines im Rechtszug übergeordneten Gerichts – abweicht, verstößt allein deswegen noch nicht gegen das Willkürverbot.¹⁵ Auch dass ein Gericht sich einer herrschenden Meinung nicht anschließt, begründet für sich

⁹ *Honsell* (Fn. 4), Rn. 230; *Schmidt*, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz, Diss. Berlin 2017, S. 50 f.

¹⁰ Dazu *Honsell* (Fn. 4), Rn. 230; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, Habil. Tübingen 2017, S. 173 ff.; *Sagan*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, Habil. Baden-Baden 2022, S. 246 ff.; *Schmidt* (Fn. 9), S. 50 f.; *Vogenauer* (Fn. 3), Ziff. 3; siehe aber *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 254 „gewisse Vermutung für die Richtigkeit“. *Fikentscher* hat argumentiert, dass über den Wortlaut hinausgehende Rechtsfortbildungen das objektive Recht bilden und nachfolgende Gerichte damit rechtlich binden können (Fallnormtheorie), *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 249 ff.; *Fikentscher*, Präjudizienbindung, ZfRV 1985, 163; dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 133 ff., insb. 138 f. Doch auch für *Fikentscher* führt die Bindung an Fallnormen stets nur zu einer Vermutung der Richtigkeit, dazu *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 254 Fn. 165; zu *Krieles* „Theorie der präsuntiven Verbindlichkeit“ siehe *Jachmann-Michel*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 102. EL August 2023, Art. 95 GG Rn. 19.

¹¹ *Kirchhof*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 102. EL August 2023, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 182; *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 3 GG Rn. 9; *Nußberger*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 GG Rn. 124.

¹² *Boysen*, in: *Kämmerer/Kotzur*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 GG Rn. 48; *Heun*, in: *Dreier*, Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rn. 62; *Kischel* (Fn. 11), Art. 3 GG Rn. 83; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 44; *Nußberger* (Fn. 11), Art. 3 GG Rn. 125 f.; *Rennert*, Die Verfassungswidrigkeit „falscher“ Gerichtsentscheidungen, NJW 1991, 12 f.; *Sacksofsky*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz*, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 19 Rn. 67.

¹³ St. Rspr., siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 12.9.2007 – 2 BvR 2335, 2589/06, BeckRS 2007, 26568.

¹⁴ *Möllers* (Fn. 12), § 1 Rn. 44; *Nußberger* (Fn. 11), Art. 3 GG Rn. 125.

gesehen noch keinen Verstoß.¹⁶ Eine Entscheidung verstößt dementsprechend nur gegen das Willkürverbot, wenn die Entscheidung für sich gesehen auf sachfremden Erwägungen basiert und objektiv unangemessen ist.¹⁷

Auch bei der Anwendung ausländischen Rechts ist der Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit nur im Sinne eines Willkürverbots zu verstehen.¹⁸ Das Gericht setzt sich nicht bereits dann dem Vorwurf der Willkür aus, wenn es von einer vorangegangenen Entscheidung zur selben, sich in einem ausländischen Recht stellenden Frage abweicht. Willkürlich ist die Entscheidung auch noch nicht, wenn sich das Gericht nicht argumentativ mit der vorangegangenen Entscheidung auseinandersetzt.¹⁹ Vielmehr ist die Grenze zur Willkür erst dann überschritten, wenn die Argumentation für sich gesehen objektiv unangemessen ist und auf sachfremden Erwägungen beruht.

b) Keine Bindung deutscher Gerichte nach ausländischem Recht

Nach heute überwiegender Ansicht sind deutsche Gerichte nicht nur zur Auslegung des ausländischen Rechts, sondern auch zum Lückenschluss im Wege der Fortbildung des ausländischen Rechts befugt.²⁰ Bildet nun ein deutsches

¹⁵ BVerfGE 87, 273 = juris Rn. 15 f.; *Heun* (Fn. 12), Art. 3 GG Rn. 63; *Kingreen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 202. EL 2020, Art. 3 GG Rn. 298; siehe dazu auch *Sagan* (Fn. 10), S. 319–321.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 12.9.2007 – 2 BvR 2335, 2589/06, BeckRS 2007, 26568.

¹⁷ *Möllers* (Fn. 12), § 1 Rn. 44; krit. gegenüber dieser isolierten Betrachtung von Entscheidungen im Rahmen des Gleichheitssatzes *Boysen* (Fn. 12), Art. 3 GG Rn. 48: „Die Problematik dieser Rspr. besteht darin, dass die unterschiedliche Behandlung, die allein die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 begründet, einen rechtmäßig entschiedenen Parallelfall voraussetzt. Dieser wird aber im Regelfall nur unterstellt, womit die Ungleichbehandlung rein fiktiv bleibt. Selbst eine krasse Fehlentscheidung ist aber streng genommen erst dann eine ungleiche Behandlung, wenn sie von einer anderen Entscheidung desselben Gerichts über einen in wesentlicher Hinsicht gleichen Sachverhalts abweicht. Fehlt es daran, kommt nur eine Berufung auf die durch das Urteil betroffenen anderen Grundrechte in Verbindung mit dem rechtsstaatlichen Willkürverbot in Betracht.“

¹⁸ *Jansen/Michaels*, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZZZ 116 (2003), 3, 43.

¹⁹ Anders *Jansen/Michaels* (Fn. 18), ZZZ 116 (2003), 3, 43; zur Pflicht der Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen siehe aber II.2.a).

²⁰ OLG Saarbrücken, Urt. v. 16.1.2014 – 4 U 429/12, NJOZ 2014, 483, 484 = IPRspr 2014-57; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 293 ZPO Rn. 26; *Jansen/Michaels* (Fn. 18), ZZZ 116 (2003), 3, 39; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 293 ZPO Rn. 58; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 758; *Schall*, Deutsches Case Law? – zur Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO, ZZZ 122 (2009), 293, 320; *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 70 f.; anders noch *Goldschmidt*, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, in: FS Martin Wolff, 1952, S. 203, 217; *Neuhaus*, Internationales Zivilprozeßrecht und IPR, RabelsZ 20 (1955), 201, 245 f.; *Neumayer*, Fremdes Recht und Normenkontrolle, RabelsZ 23 (1958), 573, 594 f.; *Wengler*, JR 1983, 221, 225 f.

Gericht beispielsweise englisches Recht fort, stellt sich die Frage, ob in dieser Konstellation – der Schöpfung englischen Rechts durch ein deutsches Gericht – die deutsche Entscheidung zum englischen Recht als *precedent* Bindungswirkung entfalten kann.²¹ Dafür könnte sprechen, dass das deutsche Gericht von der Rechtsfortbildungskompetenz des englischen Rechts Gebrauch macht. Bei näherem Hinschauen ist eine rechtliche Bindung aber abzulehnen. Deutsche Gerichte sind keine „binding authority“ im Sinne des englischen Rechts. Sie können englischen Gerichten daher keine Vorgaben machen und dementsprechend kein Recht „für England“ setzen.²² Englische Gerichte sind daher nicht an die deutsche Entscheidung gebunden. Gleiches gilt für deutsche Gerichte: Sie sind ebenfalls nicht an die Entscheidungen anderer deutscher Gerichte zum englischen Recht gebunden, weil sie das Recht so anwenden müssen, wie es englische Gerichte anwenden würden. Jenseits einer rechtlichen Bindung würde ein englisches Gericht aber möglicherweise die deutsche Entscheidung auf tatsächlicher Ebene berücksichtigen und daran anknüpfen.²³ Ebenso können auch deutsche Gerichte den vorangegangenen Entscheidungen deutscher Gerichte für die Ermittlung ausländischen Rechts Bedeutung zumessen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine rechtliche Bindung, sondern eine tatsächliche Orientierung an Präjudizien.

2. *Faktische Orientierung an Präjudizien*

Auch wenn deutsche Gerichte rechtlich nicht an Präjudizien gebunden sind, orientieren sie sich üblicherweise an vorangegangenen Entscheidungen.²⁴ Dies gilt vor allem für die Entscheidungen höherrangiger Gerichte:

„Blickt man sich auf dem Kontinent um, so wird man feststellen, daß die Lage sich dort nicht viel anders darstellt als im Common Law. Zwar gibt es nirgendwo einen Rechtssatz, der es einem Richter zwingend vorschreibt, daß er an die Entscheidung eines obersten Gerichts gebunden sei. Die Rechtswirklichkeit sieht aber anders aus. Praktisch kann heute ein Urteil [...] des Bundesgerichtshofs in gleichem Maße auf Anerkennung durch die unteren Gerichte rechnen wie das Urteil eines englischen oder amerikanischen Berufungsgerichts.“²⁵

Hinter der Orientierung an vorangegangenen Entscheidungen stehen vor allem drei Aspekte: hierarchisch vermittelte Autorität, Prozessökonomie und tradierte Gerechtigkeits- und Gleichheitsvorstellungen der Justiz. Für Ent-

²¹ Zur Bindungswirkung im englischen Recht siehe oben II.1.a).

²² *Van Alstine*, *Stare Decisis and Foreign Affairs*, 61 *Duke L. J.* 941, 961 (2012); *Schall* (Fn. 20), *ZZP* 122 (2009), 293, 320.

²³ Siehe *van Alstine* (Fn. 22), 61 *Duke L. J.* 941, 1013 (2012) „The idea in this Article is that even without a form doctrine of stare decisis, the attractive force of a particular precedent increases as courts consistently accept and apply it in later cases.“

²⁴ *Kodek* (Fn. 4), S. 215; *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 253; *Vogenaue* (Fn. 3), Ziff. 3.

²⁵ *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 256.

scheidungen zum ausländischen Recht gelten Besonderheiten, die diese drei Aspekte überlagern.

a) *Hierarchisch vermittelte Autorität*

Die Gerichtshierarchie führt dazu, dass sich Richter typischerweise an Entscheidungen höherrangiger Gerichte orientieren. Würde ein Gericht niedrigeren Ranges einer obergerichtlichen oder höchstrichterlichen Entscheidung nicht folgen, liefe es Gefahr, in einer der folgenden Instanzen aufgehoben zu werden.²⁶

Für ausländisches Recht passt dieses Argument nicht unmittelbar. Denn die fehlerhafte Anwendung ausländischen Rechts ist nach herrschender Auffassung wegen §§ 545 Abs. 1, 560 ZPO nicht revisibel. Überprüfbar ist nur, ob das Gericht seiner Pflicht zur Ermittlung des ausländischen Rechts nachgekommen ist.²⁷ Diese Pflicht ergibt sich aus der richterlichen Pflicht zur Rechtsanwendung.²⁸ Gerichte müssen daher das ausländische Recht so ermitteln, dass sie sich bestmöglich dem Rechtszustand im Ausland annähern.²⁹ Hierzu müssen sie alle zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen.³⁰ Eine deutsche Entscheidung zu relevanten Fragen des ausländischen Rechts, die einem Gericht vorliegt, darf dieses also nicht unberücksichtigt lassen. Da es sich nur um eine Ermittlungspflicht handelt, sind Gerichte aber nicht verpflichtet, das ausländische Recht ebenso anzuwenden, wie es ein anderes Gericht getan hat.

b) *Verfahrenseffizienz*

Für Gerichte ist es effizient, die Antwort auf eine Rechtsfrage, die ein anderes Gericht schon einmal recherchiert und durchdacht hat, zu übernehmen. Das spart Zeit und Kosten. Dieser Aspekt ist im Hinblick auf ausländisches Recht besonders relevant, denn schließlich kann dessen Ermittlung bei Heranziehung eines Sachverständigen äußerst zeit- und kostenaufwendig sein.³¹ § 293 S. 2 ZPO legt die Wahl zwischen verschiedenen Ermittlungsmethoden („Wie“

²⁶ *Jachmann-Michel* (Fn. 10), Art. 95 GG Rn. 21; *Kodek* (Fn. 4) S. 217; *König* (Fn. 5), S. 20.

²⁷ Dazu *Zimmermann*, „Rough Justice“ – Ist der an die richterliche Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts gestellte Richtigkeits- und Vollständigkeitsanspruch überzogen?, in diesem Band, S. 159.

²⁸ Zur Behandlung von ausländischem Recht als Recht und nicht als Tatsache siehe bereits oben II.2.a).

²⁹ *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 35.

³⁰ BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90, NJW-RR 1991, 1211, 1212 = IPRspr 1991-1b; *Thole* (Fn. 6), Rn. 50.

³¹ *Meller-Hannich*, Die Rolle des Sachverständigen im deutschen Zivilprozess, ZZP 129 (2016), 263 f.

der Ermittlungen) in das pflichtgemäße Ermessen der Gerichte.³² Es besteht also ein Auswahlermessen. Dabei können Gerichte alle ihnen zugänglichen Erkenntnisquellen benutzen (Freibeweisverfahren).³³ Bei der Ermittlung des ausländischen Rechts sind Gerichte dementsprechend nicht auf die (förmlichen) Beweismittel des Strengbeweises (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Parteivernehmung) beschränkt. Insbesondere können sie auch vorangegangene Entscheidungen deutscher Gerichte im Freibeweis verwerten. Um nähere Informationen aus vorangegangenen Verfahren zu erlangen, können Gerichte um Vorlage von Akten ersuchen.³⁴

Grundsätzlich wird diskutiert, ob es sich bei dem Auswahlermessen um ein insofern gebundenes Ermessen handelt, als Gerichte zwischen verschiedenen Ermittlungsmethoden die verfahrenseffizienteste Methode wählen müssen (d.h. die am kosten- und zeitsparendste Methode).³⁵ Eine Beschränkung des Auswahlermessens kommt aber nur dann in Betracht, wenn zwei Ermittlungsmethoden, etwa die Verwertung einer vorangegangenen Entscheidung und die Einholung eines neuen Gutachtens, das ausländische Recht gleichermaßen vollständig erhellen. Denn nur über die Ermittlungsmethoden kann das Gericht im pflichtgemäßen Ermessen entscheiden. Das „Ob“ der Ermittlungen steht nicht im gerichtlichen Ermessen.³⁶ Vorangegangene Entscheidungen zum ausländischen Recht bringen in der Regel nur einen beschränkten Erkenntnisgewinn, zumal Gerichte die Sachkunde und die Ausführungen anderer Gerichte oft nicht überprüfen können.³⁷ Dies gilt umso mehr, wenn die Rechtsfragen nicht identisch sind oder das ausländische Recht sich geändert haben könnte und sich das Gericht nicht selbst der Geltung der ausländischen Rechtssätze für den zu entscheidenden Sachverhalt vergewissern kann. Neben der Verwertung einer vorangegangenen Entscheidung werden Gerichte daher in der Regel zusätzlich andere Erkenntnisquellen, etwa ein Sachverständigen-gutachten, heranziehen müssen, um ihrer Ermittlungspflicht zu genügen.³⁸

³² BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris Rn. 15 = IPRspr 2014-276; BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris Rn. 17 = IPRspr 2002-3; *Duden*, IPR im Ungefähr – Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts, Ersatzrechtsanwendung und Offenlassen des anwendbaren Rechts, IPRax 2023, 49, 51; *Geimer* (Fn. 20), § 293 ZPO Rn. 15; *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 38; Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 3.

³³ BGH, Urt. v. 5.11.1980 – VIII ZR 230/79, juris Rn. 59 = IPRspr 1980-41; *Prütting* (Fn. 20), § 293 ZPO Rn. 23; *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 3; *Trautmann* (Fn. 7), ZEuP 2006, 283, 296 f.; Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 1.

³⁴ *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 41.

³⁵ Dazu unten II.2.c).

³⁶ *Duden* (Fn. 32), IPRax 2023, 49, 51; *Kindl*, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZZP 111 (1998), 177, 182; *Prütting* (Fn. 20), § 293 ZPO Rn. 16; *Kahl*, Unterschiede im Umgang mit ausländischem Recht in deutscher und italienischer höchstrichterlicher Rechtsprechung, IPRax 2017, 530, 531.

³⁷ *M. Stürner*, Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden?, ZVglRWiss 117 (2018), 1, 14.

c) Gerechtigkeits- und Gleichheitsvorstellungen

Schließlich liegen der faktischen Orientierung an vorangegangenen Entscheidungen oft tradierte Gerechtigkeits- und Gleichheitsvorstellungen der Justiz zugrunde.³⁹ Gerichte gehen auch jenseits der vom Bundesverfassungsgericht im Sinne eines Willkürverbots interpretierten Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) davon aus, dass gleich gelagerte Sachverhalte gleich und ungleich gelagerte Sachverhalte ungleich entschieden werden müssen. In Auslandssachverhalten, die besonders häufig vor deutschen Gerichten landen, liegt es deshalb nahe, dass sich Gerichte nicht nur am ausländischen Recht orientieren, sondern auch eine intern, d.h. innerhalb Deutschlands, kohärente Rechtsprechung entwickeln. Eine ausdifferenzierte deutsche Rechtsprechung existierte beispielsweise früher zum türkischen Ehescheidungsrecht.⁴⁰ In ihren Entscheidungen haben sich deutsche Gerichte auf jeweils vorangegangene deutsche Entscheidungen bezogen⁴¹ oder davon abgegrenzt.⁴² Einer kohärenten Rechtsprechung innerhalb Deutschlands setzen jedoch zum einen die Pflicht zur Anwendung ausländischen Rechts und zum anderen die Pflicht zur Ermittlung des ausländischen Rechts Grenzen: Die Anwendung des ausländischen Rechts dürfen deutsche Gerichte nur in den Grenzen des *ordre public* unterlassen.⁴³ Art. 6 EGBGB und seine Pendanten im europäischen Kollisionsrecht erlauben es den Gerichten nur bei besonders krassen Widersprüchen zur inländischen Ordnung, den Anwendungsbefehl von Kollisionsnormen zu missachten.⁴⁴ Jenseits dessen ist eine „Modifikation des ausländischen Rechts durch inländische [...] Wertungen“ abzulehnen.⁴⁵ Zum anderen dürfen sich deutsche Gerichte bei der Ermittlung ausländischen

³⁸ Ob von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Einholung eines neuen Gutachtens aus Gründen der Kostenminimierung und der Verfahrensbeschleunigung Ausnahmen bestehen können, wird bei der Verwertung früherer Gutachten noch näher erörtert. Siehe unten III.2.a).

³⁹ *Kodek* (Fn. 4), S. 217; *König* (Fn. 5), S. 20; allgemein dazu *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 315.

⁴⁰ Die Entscheidungen sind heute nur noch von rechtshistorischem Wert, denn die Ehescheidung ist heute nicht mehr an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfen, sondern an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten bei Anrufung des Gerichts oder den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 8 Rom III-VO).

⁴¹ OLG Köln, Ur. v. 18.3.2003 – 4 UF 183/01, juris Rn. 11 = IPRspr 2003-79; OLG Celle, Beschl. v. 23.4.1998 – 19 UF 304/97, juris Rn. 3 f. = FamRZ 1998, 1594 = IPRspr 1998-81; AG Bayreuth, Ur. v. 18.2.2003 – 3 F 810/00, FamRZ 2003, 1669 (unter Bezugnahme auf OLG Celle, FamRZ 1998, 1594).

⁴² OLG Hamm, Ur. v. 26.1.1996 – 12 UF 296/95, FamRZ 1996, 1148 = IPRspr 1996-73 (S. 160, 161): „Der hier vorliegende Fall ist mit dem der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. [...] zugrundeliegenden Fall nicht vergleichbar.“

⁴³ Zur Prüfung eines *ordre public*-Verstoßes siehe Hamburger Leitlinien, § 5 Ziff. 7.

⁴⁴ v. *Hein*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2024, Art. 6 EGBGB Rn. 1.

⁴⁵ Anders *Jansen/Michaels* (Fn. 18), ZJP 116 (2003), 3, 43.

Rechts nicht auf den ausländischen Gesetzestext beschränken, sondern müssen etwaige Auslegungsfragen aus dem ausländischen Recht heraus und damit unter Berücksichtigung der ausländischen Rechtspraxis beantworten.⁴⁶ Von einer ausländischen Rechtspraxis dürfen deutsche Gerichte nicht abweichen, um eine intern kohärente Rechtsprechung zu formen. Ist die ausländische Rechtspraxis hingegen nicht ermittelbar (etwa, weil bestimmte Konstellationen im Ausland nicht auftreten), können deutsche Gerichte das ausländische Recht selbst auslegen und fortbilden.⁴⁷ Bei dieser Auslegung und Fortbildung des ausländischen Rechts können deutsche Gerichte sich – wie in den Fällen zum türkischen Ehescheidungsrecht geschehen – an vorangegangenen Entscheidungen deutscher Gerichte orientieren und eine intern kohärente Rechtsprechung schaffen. Dabei müssen sich Gerichte aber auf das ausländische Recht zurückbeziehen und sicherstellen, dass sie nicht gegen eine ausländische Rechtspraxis verstoßen. Will das deutsche Gericht hingegen von einer ausländischen Rechtspraxis abweichen, muss es – wie oben bereits beschrieben – auf den *ordre public*-Vorbehalt zurückgreifen.

III. Gutachten zum ausländischen Recht

Im Folgenden soll zunächst erörtert werden, ob Gerichte an den Inhalt eines im betreffenden Verfahren eingeholten Sachverständigengutachtens gebunden sind (1.). Sodann wendet sich dieser Abschnitt Gutachten aus anderen Verfahren zu (2.).

1. Keine Bindung an den Inhalt von Sachverständigengutachten

Sachverständigengutachten – auch solche zum ausländischen Recht⁴⁸ – unterliegen ebenso wie andere Beweismittel der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO). Demnach sind Gerichte an den Inhalt eines Sachverständigengutachtens nicht gebunden. Sie dürfen von einem Gutachten, von dem sie nicht überzeugt sind, abweichen.⁴⁹ Uneinheitlich wird beurteilt, ob eine Ver-

⁴⁶ St. Rspr.: BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01, juris Rn. 17 = IPRspr 2002-3: „Zu ermitteln [ist] nicht nur das ausländische Gesetzesrecht, sondern das Recht, wie es der Richter des betreffenden Landes auslegt und anwendet. Die Ermittlungspflicht des Tatrichters umfaßt daher gerade auch die ausländische Rechtspraxis, wie sie in der Rechtsprechung der Gerichte des betreffenden Landes zum Ausdruck kommt.“; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris Rn. 15 = IPRspr 2014-276; BGH, Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01, juris Rn. 9 = IPRspr 2003-1b; dazu *Jansen/Michaels* (Fn. 18), ZZZ 116 (2003), 3, 19 ff.; dazu auch *Zimmermann* (Fn. 27).

⁴⁷ Siehe oben II.1.b).

⁴⁸ OLG München, Urt. v. 14.9.2012 – 10 U 709/12, juris Rn. 24 = IPRspr 2012-4 (S. 8, 10).

⁴⁹ BGH, Urt. v. 21.1.1997 – VI ZR 86/96, NJW 1997, 1446 = juris Rn. 10; *Berger*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 412 Rn. 1; *Thole* (Fn. 6), § 286 ZPO Rn. 19; *Saenger*,

mutung zugunsten der Richtigkeit von Sachverständigengutachten besteht.⁵⁰ Im Ergebnis weichen die unterschiedlichen Auffassungen jedoch nicht voneinander ab. Denn jedenfalls bestehen besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung: Das Gericht muss in seiner Entscheidung begründen, warum es einem Gutachten folgt oder nicht.⁵¹ Angesichts der Tatsache, dass das Gericht das Gutachten aufgrund fehlender eigener Kenntnis des ausländischen Rechts eingeholt hat, muss es dabei insbesondere darlegen, welche anderen Ermittlungsergebnisse zu einem Abweichen vom Gutachten führen.⁵²

2. *Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren*

Nach § 411a ZPO kann die schriftliche Begutachtung durch die Verwertung eines Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden. Zunächst wird vor dem Hintergrund dieser Vorschrift, die die förmliche Verwertung von Gutachten aus anderen Verfahren als Unterform des Sachverständigenbeweises (§ 402 ff. ZPO) regelt, die Form der Verwertung von bestehenden Gutachten erörtert. Sodann soll es um die Frage gehen, wann Gerichte das ausländische Recht neubegutachten und wann sie auf ein bestehendes Gutachten als Erkenntnisquelle zurückgreifen können oder müssen.

a) *Form der Verwertung von Gutachten aus anderen Verfahren*

Bis 2004 konnten Sachverständigengutachten aus anderen Gerichtsverfahren nur dann als Sachverständigenbeweis einbezogen werden, wenn die Parteien der Verwertung des Inhalts zugestimmt hatten. Fehlte die Zustimmung, blieb die Einbeziehung des Gutachtens als Urkunde (§ 418 ZPO).⁵³ Seit 1.9.2004

in: Saenger, Zivilprozessordnung, 10. Aufl. 2023, § 286 ZPO Rn. 3; zur abweichenden Rechtslage im gemeinen Recht und zu den französischen Ursprüngen autonomen Stellung des Richters gegenüber dem Sachverständigen siehe *Olzen*, Das Verhältnis von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, ZZP 93 (1980), 66, 74–77.

⁵⁰ Gegen eine Vermutung zugunsten der Richtigkeit: *Berger* (Fn. 49), § 412 Rn. 1; anders: *Olzen* (Fn. 49), ZZP 93 (1980), 66, 77–82 (Einschränkung der freien Beweiswürdigung); *Pieper*, Richter und Sachverständiger im Zivilprozeßrecht, ZZP 84 (1971), 30.

⁵¹ BGH, Urt. v. 7.3.1951 – II ZR 67/50, NJW 1951, 566 = juris Rn. 19; BGH, Urt. v. 21.1.1997 – VI ZR 86/96, NJW 1997, 1446 = juris Rn. 11; *Saenger* (Fn. 49), § 286 ZPO Rn. 9; Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 9 Ziff. 3.

⁵² *Saenger* (Fn. 49), § 286 ZPO Rn. 9.

⁵³ *Berger* (Fn. 49), § 411a Rn. 1; *Gehle*, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, § 411a ZPO Rn. 1; siehe auch *Bermig*, Die urheberrechtliche Bedeutung der prozessualen Verwertung von Gutachten zivilgerichtlicher Sachverständiger in Verfahren des Zivilprozesses, Diss. Hamburg 2009, S. 113: Eine Urkunde erbringt lediglich den vollen Beweis darüber, dass die in ihr enthaltene Erklärung abgegeben wurde und nicht, welchen Inhalt sie hat. Früher musste daher oft ein neues Gutachten eingeholt werden, wenn nicht beide Parteien der Verwertung des Inhalts zugestimmt hatten.

ermöglicht § 411a ZPO⁵⁴ die Verwertung eines vorangegangenen Gutachtens als Sachverständigenbeweis auch ohne Zustimmung der Parteien. Der Gesetzgeber war bei der Einführung dieser Bestimmung insbesondere vom Grundsatz der Prozessökonomie geleitet: Er nahm an, dass die Einholung eines neuen Gutachtens „bei Prozessen, in denen der zu klärende Lebenssachverhalt im Wesentlichen der gleiche ist [...] zu einem unnötigen Mehraufwand sowohl für das Gericht als auch für die Parteien“ führt.⁵⁵ Die Verwertung von Gutachten aus anderen Verfahren soll dementsprechend Zeit und Kosten ersparen.

§ 411a ZPO ist dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung⁵⁶ nach auf alle gerichtlich eingeholten Gutachten anwendbar.⁵⁷ Gutachten zum ausländischen Recht aus einem anderen Verfahren können daher nach § 411a ZPO als Sachverständigenbeweis verwertet werden.⁵⁸ Allerdings sind Gerichte bei der Ermittlung ausländischen Rechts nicht auf die Beweismittel des Strengbeweises beschränkt, sondern können – wie bereits erläutert⁵⁹ – Erkenntnisquellen gemäß § 293 S. 2 ZPO auch in formloser Weise heranziehen. Daher war die Einführung des § 411a ZPO für die Ermittlung des ausländischen Rechts von geringerer Bedeutung als für die Ermittlung von Tatsachen. Denn im Wege des Freibeweises konnten Gerichte bereits vor der Gesetzesänderung Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren in ihre Ermittlungen einbeziehen.

Mit der Einführung des § 411a ZPO stellte sich die Frage, ob Gerichte Gutachten aus anderen Verfahren stets förmlich nach § 411a ZPO verwerten müssen oder ob noch immer eine Verwertung im Wege des Freibeweises möglich ist. Mit anderen Worten: Hat § 411a ZPO für die Form der Verwertung von Gutachten aus anderen Verfahren zwingenden Charakter? Oder eröffnet § 411a ZPO Gerichten nur die zusätzliche Möglichkeit, Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren im Wege des Strengbeweises zu verwerten?

⁵⁴ § 411a ZPO wurde eingefügt m.W.v. 1.9.2004 durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) v. 24.8.2004 (BGBl. I S. 2198); die Vorschrift wurde neugefasst durch das Zweite Gesetz zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) v. 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416), in Kraft getreten am 31.12.2006.

⁵⁵ BT-Drs. 15/1508, 20; dazu *Berger* (Fn. 49), § 411a Rn. 2; *Gehle* (Fn. 53), § 411a ZPO Rn. 2. Dem Sachverständigen entsteht kein Gebührenanspruch durch die Verwertung seines Gutachtens aus einem anderen Verfahren, dazu *Berger* (Fn. 49), § 411a ZPO Rn. 28.

⁵⁶ BT-Drs. 15/1508, 20.

⁵⁷ Zur Nichtanwendbarkeit des § 411a ZPO auf Gutachten, die in einem ausländischen Verfahren erstattet wurden siehe *Berger* (Fn. 49), § 411a ZPO Rn. 9; *Gehle* (Fn. 53), § 411a ZPO Rn. 4; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 411a ZPO Rn. 2; *Scheuch*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.12.2023, § 411a ZPO Rn. 6; a.A. *Zimmermann*, in: Münch-Komm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 411a ZPO Rn. 2.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 16.9.2014 – XI ZR 77/13, juris Rn. 38; OLG Dresden, Endurt. v. 26.5.2021 – 5 U 2119/20, BeckRS 2021, 35451 Rn. 45; *Berger* (Fn. 49), § 411a ZPO Rn. 11; *Bermig* (Fn. 55), S. 116; Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2, § 3 Ziff. 2.

⁵⁹ Siehe oben II.2.b).

Der BGH geht von der Möglichkeit einer Verwertung von Gutachten zum ausländischen Recht aus anderen Verfahren nach § 411a ZPO aus, ohne sich zum zwingenden Charakter dieser Vorgehensweise zu äußern.⁶⁰ Mehrere Instanzgerichte hielten eine förmliche Verwertung nicht für erforderlich.⁶¹ Gegen eine zwingend förmliche Verwertung spricht die Gesetzesystematik: § 411a ZPO etabliert nur einen Unterfall des Sachverständigenbeweises und ändert nichts daran, dass Gerichte bei der Ermittlung ausländischen Rechts nach § 293 S. 2 ZPO alle ihnen zugänglichen Erkenntnisquellen nutzen und damit auch im Wege des Freibeweises vorgehen können. Es bleibt daher dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob es ein Gutachten aus einem anderen Verfahren formlos einbezieht oder einen Beschluss zur Verwertung des Gutachtens nach § 411a ZPO fasst⁶² und sich so dem Strengbeweisverfahren unterwirft.⁶³

Diese Wahlmöglichkeit zwischen Strengbeweis und Freibeweis birgt jedoch eine Gefahr für die Parteien. Rechtliches Gehör ist den Parteien zwar in jedem Fall – auch im Freibeweisverfahren – zu gewähren.⁶⁴ Die besonderen Regeln des Sachverständigenbeweises, insbesondere das Recht zur Ablehnung des Sachverständigen nach § 406 ZPO und das Recht, gemäß §§ 402, 397 ZPO die Ladung des Sachverständigen zu beantragen, gelten aber an sich nur bei einer förmlichen Verwertung des Gutachtens nach § 411a ZPO.⁶⁵ Bei formlosen Ermittlungen finden die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis keine Anwendung. Es besteht daher die Gefahr, dass die Rechte der Parteien durch eine formlose Beziehung des Gutachtens unterlaufen werden. Ein vergleichbares Problem stellt sich bei der Neueinholung eines Sachverständigengutachtens einerseits und einer formlosen Anfrage andererseits. Teils wird nach dem Inhalt der Anfrage abgegrenzt: Bei Rechtsfragen zum konkreten Fall seien die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis ent-

⁶⁰ BGH, Urt. v. 16.9.2014 – XI ZR 77/13, juris Rn. 38; siehe auch OLG Dresden, Endurt. v. 26.5.2021 – 5 U 2119/20, BeckRS 2021, 35451 Rn. 45.

⁶¹ OLG Hamm, Beschl. v. 3.5.2017 – 3 U 30/17, juris Rn. 33 = IPRspr 2017-67; OLG Oldenburg, Beschl. v. 12.6.2017 – 11 U 7/17, juris Rn. 35 = VersR 2018, 605 = IPRspr 2017-83.

⁶² Beispiel für einen Beschluss zur Verwertung eines Gutachtens aus einem anderen Verfahren: AG Berlin-Hohenschönhausen, Beschl. v. 13.7.2005 – 17 C 10/05, IPRax 2006, 607 = IPRspr 2005-9.

⁶³ So auch (allgemein zur Abgrenzung von Strengbeweis und Freibeweis) *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 47.

⁶⁴ *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 54; zum rechtlichen Gehör bei § 411a ZPO: BGH, Beschl. v. 5.10.2016 – XII ZB 152/16, FamRZ 2017, 48 Rn. 8; KG, Beschl. v. 13.11.2019 – 3 UF 107/19, FamRZ 2020, 842, 845 = IPRspr 2019-197; *Berger* (Fn. 49), § 411a ZPO Rn. 16.

⁶⁵ *Berger* (Fn. 49), § 411a ZPO Rn. 2 ff. Zur Frage, ob die Verwertung eines vorangegangenen Gutachtens von der Zustimmung des Sachverständigen abhängig ist, siehe *Rademacher*, Haftung und Vergütung bei der Erstellung auslandsrechtlicher Gutachten in gerichtlichen Verfahren, in diesem Band, S. 207.

sprechend anwendbar.⁶⁶ Teils wird die Wahl des Ermittlungswegs in das Ermessen der Gerichte gestellt: Entscheidet ein Gericht sich für eine formlose Anfrage, sollen die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis nicht gelten.⁶⁷ Bei der Verwertung nach § 411a ZPO einerseits und der formlosen Verwertung andererseits scheint hingegen eine Differenzierung nach den Rechtsfolgen geboten. Im Ausgangspunkt sollte das Gericht zwischen § 411a ZPO und Verwertung im Freibeweis wählen dürfen. Die Ladung des Sachverständigen kann von den Parteien nur beantragt werden, wenn das Gutachten nach § 411a ZPO verwertet wurde. Dem Gericht ist insoweit ein Ermessen zuzugestehen, weil eine Ladung des Sachverständigen – gerade bei der Verwertung länger zurückliegender Gutachten – wenig zielführend sein kann. Demgegenüber können Ablehnungsgründe durchaus mit der Bedeutung des Gutachtens aus einem vorangegangenen Verfahren für den jetzigen Prozess zusammenhängen, einerlei, ob das Gutachten förmlich nach § 411a ZPO oder formlos einbezogen wird. Das Recht auf Ablehnung (§ 406 ZPO) ist daher bei formloser Einbeziehung eines Gutachtens entsprechend anzuwenden.

b) Pflicht zur Einholung eines neuen Sachverständigengutachtens

Aufgrund des Auswahlermessens nach § 293 S. 2 ZPO entscheiden Gerichte grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie ihr Wissen über das ausländische Recht aus einem vorhandenen Gutachten oder aus einem neuen Sachverständigengutachten schöpfen.⁶⁸ § 411a ZPO statuiert keine Verpflichtung, ein vorhandenes Gutachten zu verwerten und schränkt damit dieses Auswahlermessen nicht ein. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift als auch aus der Gesetzesbegründung.⁶⁹

Im Ermessen des Gerichts steht jedoch – wie bei der Verwertung vorangegangener Entscheidungen zum ausländischen Recht bereits beschrieben – nur das „Wie“ der Ermittlungen und nicht die aus der richterlichen Pflicht zur Rechtsanwendung folgende Pflicht zur Ermittlung („Ob“).⁷⁰ Maßstab für die

⁶⁶ *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 293 ZPO Rn. 45.

⁶⁷ *Prütting* (Fn. 20), § 293 ZPO Rn. 32; im Ausgangspunkt auch *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 47.

⁶⁸ OLG Oldenburg, Beschl. v. 12.6.2017 – 11 U 7/17, VersR 2018, 605 = IPRspr 2017-83; *Berger* (Fn. 49), § 411a ZPO Rn. 12; *Gehle* (Fn. 53), § 411a ZPO Rn. 6; *Nober*, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, § 293 ZPO Rn. 13.

⁶⁹ Siehe auch BT-Drs. 15/1508, 20: „Durch die Neuregelung *kann* [...] Mehraufwand vermieden werden, indem eine Verwertung des verfahrensfremden Gutachtens als Sachverständigenbeweis zugelassen wird.“ [Hervorhebung nicht im Original] „Ob das erkennende Gericht der Verwertung eines verfahrensfremden Gutachtens oder aber der Einholung eines neuen Sachverständigenbeweises den Vorzug gibt, obliegt seinem pflichtgemäßen Ermessen und hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, die sich genereller Normierung im Gesetz entziehen.“

⁷⁰ Siehe oben II.2.b).

Ermittlungspflicht ist die bestmögliche Annäherung an den ausländischen Rechtszustand. Nur wenn ein vorhandenes Gutachten den ausländischen Rechtszustand lückenlos aufklärt, kann das Gericht auf ein neues Sachverständigengutachten verzichten. Mit der Verwertung eines vorhandenen Gutachtens genügt das Gericht seiner Ermittlungspflicht daher nur, wenn die Rechtsfragen identisch sind und das Gericht davon ausgehen kann, dass sich die Rechtslage nicht geändert hat.⁷¹ In den eingangs erläuterten Fällen der Stellvertreterehen mussten Gerichte beispielsweise keine neuen Sachverständigengutachten einholen, sondern konnten Gutachten aus vorangegangenen Verfahren verwerten: Die Fälle waren ähnlich gelagert und die Rechtsfragen waren identisch. Zudem konnten Gerichte – etwa über online verfügbare amtliche Gesetzestexte – feststellen, dass die im Gutachten zitierten Normen noch galten. Identische Rechtsfragen stellten sich außerdem in den Rechtsstreitigkeiten um Holzinvestitionen in Brasilien, in denen Investoren die Rückabwicklung der Verträge verlangten.⁷² Die Sachverhalte glichen sich bis auf die klagenden Investoren, denn es handelte sich um dasselbe Investitionsprojekt und dasselbe Vertragsmuster. Zudem wurden die Verträge etwa zur selben Zeit abgeschlossen.

Handelt es sich dagegen nicht um identische Rechtsfragen oder kann das Gericht nicht sicher sein, dass keine Rechtsänderung eingetreten ist (insbesondere, weil es nicht über die erforderliche eigene Sachkunde verfügt), kommt es seiner Ermittlungspflicht nicht nach, wenn es lediglich ein bestehendes Gutachten verwertet.⁷³ Um der Ermittlungspflicht zu genügen, muss das Gericht entweder ein Bestätigungsgutachten oder ein gänzlich neues Gutachten einholen. Dieser Verpflichtung steht auch § 411a ZPO nicht entgegen, denn diese Vorschrift statuiert – wie oben bereits beschrieben – keine Pflicht, (nur) ein vorhandenes Gutachten zu verwerten. Die vereinzelt erhobene Kritik, § 411a ZPO konterkariere die richterliche Pflicht zur Ermittlung des ausländischen Rechts,⁷⁴ überzeugt daher nicht. Einer Pflicht zur neuerlichen Begutachtung stehen nach überwiegender Auffassung auch hohe Kosten nicht entgegen.⁷⁵ Würde die Einholung eines neuen Gutachtens das Verfahren hin-

⁷¹ *Jayme*, Verwertung eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht in einem anderen Verfahren – Zur Verfassungswidrigkeit des § 411 a ZPO, IPRax 2006, 587, 587 f.

⁷² LG Hannover, Urt. v. 2.6.2021 – 11 O 3/20, juris Rn. 91 = IPRspr 2021-134: „Die Kammer stützt sich insoweit gemäß § 411a ZPO auf das überzeugende, vom Landgericht Mainz in einem Parallelverfahren zum dortigen Az. 4 O 187/17 eingeholte Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, vom 13.2.2019 (nachfolgend: SV-Gutachten), das die Beklagte hier als Anlage B5 vorgelegt hat und das die Kläger inhaltlich nicht angegriffen haben [...]“.

⁷³ Zur Rechtsfehlerhaftigkeit der Nichteinholung eines Sachverständigengutachtens siehe *Berger* (Fn. 49), Vor § 402 ZPO Rn. 46.

⁷⁴ *Jayme* (Fn. 71), IPRax 2006, 587, 588.

gegen unangemessen verlängern, sollen Gerichte nicht verpflichtet sein, ein neues Gutachten einzuholen.⁷⁶

c) *Pflicht zur Verwertung (nur) des Gutachtens aus anderem Verfahren?*

Genügt ein vorhandenes Gutachten zur Ermittlung des ausländischen Rechts, sollte das Gericht zur Verfahrensbeschleunigung und Kostenminimierung das vorhandene Gutachten verwerten.⁷⁷ Die richterliche Ermittlungspflicht („Ob“) ist in diesem Fall erfüllt. Weil das „Wie“ der Ermittlungen im pflichtgemäßen Ermessen steht, bleibt es Gerichten jedoch grundsätzlich unbenommen, ein weiteres Gutachten einzuholen. Es besteht also ein Auswahlermessen zwischen verschiedenen Ermittlungswegen.

Zu überlegen ist, ob es sich bei diesem Auswahlermessen um ein gebundenes Ermessen in dem Sinne handelt, dass Kosten minimiert werden müssen und das Verfahren nicht unangemessen verlängert werden darf. Hierfür sprach sich insbesondere das OLG München aus.⁷⁸ Für ein gebundenes Ermessen streitet die Prozessökonomie, die einen grundlegenden Maßstab des Zivilprozesses bildet.⁷⁹ Dieser Maßstab verlangt von den Gerichten, die übrigen Ziele und Prinzipien des Zivilprozesses möglichst ressourcenschonend zu erreichen. Fraglich ist allerdings, ob in der Einholung eines weiteren Gutachtens ein Verfahrensfehler gesehen werden kann, wenn ein bestehendes Gutachten bereits alle Rechtsfragen klärt. Hier scheint eine Differenzierung geboten. Die Parteien können die Einholung eines Gutachtens nicht schon deshalb als Verfahrensfehler rügen, weil sich im Nachhinein herausgestellt, dass das Gutachten keine neuen Erkenntnisse lieferte. Denn das Gericht hat im Zeitpunkt der Ermittlungen eine Prognoseentscheidung zu treffen, welche Ermittlungsmethoden es für notwendig hält, um sich selbst von der Rechtsla-

⁷⁵ BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, juris Rn. 24 = IPRspr 2014-276; *Duden* (Fn. 32), IPRax 2023, 49, 52; a. A. *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 36: keine „Ermittlung um jeden Preis“.

⁷⁶ *Duden* (Fn. 32), IPRax 2023, 49, 52; *Thole* (Fn. 6), § 293 ZPO Rn. 36.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 16.9.2014 – XI ZR 77/13, juris Rn. 38 „Im Rahmen des nach § 293 ZPO bei der Ermittlung des ausländischen Rechts ausübenden Ermessens wird zu bedenken sein, dass zur Verfahrensbeschleunigung gem. § 411a ZPO ein bereits erstelltes Sachverständigengutachten ohne Zustimmung beider Parteien dann verwertet werden kann, wenn es in einem Gerichtsverfahren oder von der Staatsanwaltschaft eingeholt worden ist.“; *Hamburger Leitlinien* (2023), Art. 2 § 3 Ziff. 5.

⁷⁸ OLG München, Urt. v. 5.2.2010 – 10 U 4091/09, juris Rn. 11 = IPRspr 2010-1: „Das insoweit dem Landgericht eingeräumte Ermessen ist aber insofern gebunden, als es Aspekte der Verfahrensbeschleunigung und Kostenminimierung angemessen zu berücksichtigen hat.“; OLG München, Urt. v. 30.4.2010 – 10 U 3822/09, juris Rn. 9; vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.11.2019 – 26 Sch 17/18, juris Rn. 95 = IPRspr 2019-358.

⁷⁹ Zur Herleitung vgl. *Berner*, Der normative Gehalt der Prozessökonomie im Zivilprozess, ZJP 136 (2023), 23, 23 ff.

ge im Ausland zu überzeugen. Diese Prognose ist insofern nicht revisibel, als das Revisionsgericht seine eigene Ermessensentscheidung nicht an die Stelle der Ermessensentscheidung der Tatsacheninstanz setzen darf.⁸⁰ Diese Nicht-revisibilität trifft die Parteien nicht unangemessen: Die unterliegende Partei hat zwar die Kosten zu tragen, die das Gericht für angemessen hält, um die Rechtslage im Ausland zu ermitteln (§ 91 ZPO).⁸¹ Sie kann die Kosten eines zusätzlichen Sachverständigengutachtens jedoch vermeiden, indem sie rechtzeitig anerkennt.⁸²

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn sich das Verfahren aufgrund des neuerlichen Gutachtens unverhältnismäßig verlängert. Auch insoweit trifft das Gericht zwar eine Prognoseentscheidung, die nicht revisibel ist. Ist aber aufgrund der Zeit, die die Sachverständige für das Gutachten veranschlagt hat, absehbar, dass der Sachverständigenbeweis das Verfahren wesentlich verlängern wird, und stehen die Erkenntnisse, die sich das Gericht hieraus erhofft, außer Verhältnis zur Verfahrensdauer, können die Parteien eine Verzögerungsrüge erheben (§ 198 Abs. 3 GVG) und sodann auf Entschädigung klagen (§ 198 Abs. 5 GVG). Auch in einer Entscheidung über die Entschädigungsklage setzt das Gericht seine eigene Ermessensentscheidung an die Stelle der Ermessensentscheidung des Ausgangsgerichts. Es prüft nur, ob die Bestellung eines Sachverständigen angesichts der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Schwierigkeit und der Bedeutung des Verfahrens, vertretbar war.⁸³ Dabei entbinden Verzögerungen seitens des Sachverständigen das Ausgangsgericht nicht von der Pflicht, auf eine angemessene Verfahrensdauer hinzuwirken.⁸⁴

IV. Wissenspraxen der Gerichte

Um vorangegangene Gerichtsentscheidungen oder Gutachten zum ausländischen Recht verwerten zu können, müssen Gerichte Zugang hierzu haben. Dieser Abschnitt befasst sich deshalb mit den Wissenspraxen der Gerichte. Derzeit erfahren Gerichte von vorhandenen Gutachten überwiegend durch die Mitwirkung der Parteien bzw. deren Parteivertretern, die Gutachten aus ande-

⁸⁰ *Jacobs*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 547 ZPO Rn. 28, zur Revisibilität bei sachfremden Ermessenserwägungen vgl. aber ebd.

⁸¹ *Meller-Hannich* (Fn. 31), ZZZ 129 (2016), 263, 285.

⁸² So auch *Duden* (Fn. 32), IPRax 2023, 49, 52 (jedoch zur Begrenzung der Ermittlungspflicht, nicht zum Auswahlermessen).

⁸³ BGH, Urt. v. 15.12.2022 – III ZR 192/21, NJW 2023, 1578 Rn. 25–28; BGH, Urt. v. 5.12.2013 – III ZR 73/13, NJW 2014, 789 Rn. 50; *Althammer/Schäuble*, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, 1, 2.

⁸⁴ *Althammer/Schäuble* (Fn. 83), NJW 2012, 1, 2.

ren Verfahren in den Prozess einführen.⁸⁵ Außerdem enthalten in Entscheidungsdatenbanken veröffentlichte Gerichtsentscheidungen mitunter Hinweise zum Inhalt des ausländischen Rechts und zu eingeholten Sachverständigen-gutachten.⁸⁶ Dementsprechend ist es bisher eher vom Zufall abhängig, ob ein Gutachten über das Netzwerk der Anwälte und Gerichte oder aufgrund der Veröffentlichung der Entscheidung in einer Datenbank den Weg in ein weiteres Verfahren findet.

Eine Datenbank zur Sammlung von Gutachteninformationen könnte Gerichten die Recherche erleichtern.⁸⁷ Den Weg einer Gutachtendatenbank ist bereits das Deutsche Notarinstitut gegangen. Es veröffentlicht seine Gutachten online in einer für jedermann zugänglichen Volltextdatenbank.⁸⁸ Ausgewählte Gutachten werden zudem in gedruckter Form in den Bänden „Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG)“ veröffentlicht. Die Inhaltsverzeichnisse sind online verfügbar, lassen jedoch nur einen groben Rückschluss auf das Rechtsgebiet und die Rechtsordnung zu.⁸⁹ An kleineren Gerichten sind die gedruckten Bände, die die Gutachten im Volltext enthalten, oft nicht verfügbar. Die Unterschiede zwischen diesen bereits vorhandenen Veröffentlichungen zeigen auch, welche Grundentscheidungen in Bezug auf eine neue Gutachtendatenbank getroffen werden müssen: Sollte es sich um eine Volltextdatenbank oder eine Nachweisdatenbank handeln? Sollte die Datenbank gerichtsintern oder öffentlich zugänglich sein?

In die Überlegungen zur Ausgestaltung einer zukünftigen Gutachtendatenbank sollten die Chancen und Risiken der Verwertung von Gutachten aus anderen Verfahren einbezogen werden. Einerseits minimiert es die Kosten und beschleunigt das Verfahren, wenn Gerichte ihre Erkenntnisse zum ausländischen Recht aus einem bereits vorhandenen Gutachten schöpfen. Andererseits besteht das Risiko, dass ausländisches Recht nicht korrekt angewendet wird, weil die Rechtsfragen abweichen oder das ausländische Recht sich geändert hat.⁹⁰ Eine Volltextdatenbank ermöglicht es Gerichten, schnell auf Gutachten zuzugreifen, ohne erst das Gutachten anfordern zu müssen. Allerdings könnte eine Volltextdatenbank die Gefahr einer vorschnellen Übernahme von Informationen aus Gutachten mit sich bringen. Eine Nachweisdaten-

⁸⁵ So z.B. OLG Dresden, Endurt. v. 26.5.2021 – 5 U 2119/20, BeckRS 2021, 35451 Rn. 8.

⁸⁶ *Herberger*, Elektronisches Register für Sachverständigengutachten, ZRP 2021, 157, 158.

⁸⁷ Zum Vorschlag ein allgemeines, nicht nur Gutachten zum ausländischen Recht betreffende Gutachten einzurichten vgl. auch *Herberger* (Fn. 86), ZRP 2021, 157.

⁸⁸ Suchmaske zu finden unter <<https://www.dnoti.de/gutachten/>> (31.1.2024). Siehe auch *Siß*, Der Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, in diesem Band, S. 223.

⁸⁹ <<https://www.iprax.de/de/ipg/>> (1.2.2024).

⁹⁰ *Bermig* (Fn. 55), 118 ff.; *Herberger* (Fn. 86), ZRP 2021, 157, 158; *Jayme* (Fn. 71), IPRax 2006, 587, 588; *Wedde*, Der Sachverständigenbeweis, 2022, S. 153.

bank würde demgegenüber nur das Thema des Gutachtens bzw. die Fragestellungen zum ausländischen Recht und die Rechtsordnung verzeichnen. Eine Nachweisdatenbank könnte öffentlich zugänglich sein, damit auch Parteien und Anwälte mit ihr recherchieren können. Will man der Gefahr einer vor schnellen Übernahme von Informationen aus Gutachten beikommen, dann dürften die in der Nachweisdatenbank verzeichneten Gutachten nicht bei dem Gericht angefordert werden, das das Gutachten in Auftrag gegeben hat. Vielmehr müssten Gerichte beim Gutachtenersteller (oder einem anderen Gutachter) die Übernahme des Gutachtens und ggf. die Erstellung eines Ergänzungsgutachtens erfragen.

V. Bilanz und Ausblick

Eine rechtliche Bindung von Gerichten an Präjudizien besteht im deutschen Recht nicht, und auch eine Vermutung der Richtigkeit von Präjudizien wird überwiegend abgelehnt. Damit binden auch vorangegangene Entscheidungen zu Rechtsfragen im ausländischen Recht nachfolgende Gerichte nicht. Tatsächlich orientieren sich die Gerichte aber durchaus an vorgegangenen – beispielgebenden – Entscheidungen. Entscheidungen zum ausländischen Recht bieten zudem Aufschluss über Gutachten, die das Gericht eingeholt hat. Auf Gutachten aus anderen Verfahren beziehen sich Gerichte entweder im Freibeweis oder im Wege der förmlichen Verwertung nach § 411a ZPO. Holen Gerichte ein weiteres Gutachten ein, obwohl sie mit einem vorhandenen Gutachten das ausländische Recht lückenlos ermitteln könnten und das weitere Gutachten das Verfahren unangemessen verlängert, kommt wegen der Dauer des Verfahrens eine Entschädigung nach § 198 GVG in Betracht.

Für die Zukunft bedarf es auch einer Lösung für gleichzeitig stattfindende, ähnlich gelagerte Verfahren, in denen Ermittlungen zum ausländischen Recht erforderlich sind. Muss für jedes Verfahren ein Sachverständiger bestellt werden oder können Fragen zum ausländischen Recht verfahrensübergreifend geklärt werden? Der Gesetzesentwurf für ein Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) zielt unter anderem darauf ab, den Sachverständigenbeweis in Parallelverfahren bzw. Massenverfahren noch verfahrensökonomischer zu gestalten. § 148 Abs. 3 ZPO-E stellt es in das Ermessen des Gerichts, das Verfahren im Hinblick auf eine spätere Verwertung eines Gutachtens nach § 411a ZPO auszusetzen. Aus der avisierten Regelung dürften sich weitere Fragen ergeben, etwa: In welchem Verhältnis stehen richterliches Ermessen nach § 148 Abs. 3 ZPO-E und Beibringungsgrundsatz zueinander? Unter welchen Voraussetzungen handelt es sich um „gleichlautende Beweisthemen“ i. S. d. Gesetzesentwurfs?

Haftung und Vergütung bei der Erstellung auslandsrechtlicher Gutachten in gerichtlichen Verfahren

Lukas Rademacher

I.	Thema	207
II.	Haftung	208
	1. Grundlagen	208
	2. Unrichtiges Gutachten	210
	3. Qualifiziertes Verschulden	211
	4. Gerichtliche Entscheidung, Kausalität, Schaden	214
	5. Rechtsmittelobliegenheit der geschädigten Partei	215
	6. Resümee	216
III.	Vergütung	216
IV.	Verwertung des Gutachtens in anderen Verfahren	218
	1. Haftung	218
	2. Vergütung	220
V.	Zusammenfassung in Thesenform	220

I. Thema

Das Gutachten zum ausländischen Recht ist ein geistiges Erzeugnis, die Frucht einer professionalisierten Dienstleistung. Das Gericht gibt es in Auftrag und schuldet der sachverständigen Person eine Vergütung. Bei anwendbarem ausländischem Recht entscheidet der Inhalt des Gutachtens maßgeblich über den Ausgang des Verfahrens. Erweist sich das Gutachten als fehlerhaft, drohen einer der verfahrensbeteiligten Parteien empfindliche Schäden.

Für die Haftung der sachverständigen Person sieht das BGB in § 839a eine besondere Anspruchsgrundlage vor (dazu unter II.). Soweit ersichtlich ist die Vorschrift in Bezug auf auslandsrechtliche Gutachten bislang jedoch nicht praktisch erprobt. Die in der Vorschrift aufgestellten Haftungshürden sind jedenfalls hoch. In persönlichen Gesprächen erfährt man dennoch gelegentlich, dass die mögliche Haftung ein Gesichtspunkt ist, den Sachverständige bei der Übernahmeentscheidung mitbedenken.

Als Gegenleistung für die Erarbeitung des Gutachtens kann die sachverständige Person eine Vergütung von dem auftragserteilenden Gericht verlangen (dazu unter III.). Eine Besonderheit besteht dabei darin, dass sich die Höhe der Vergütung nach gesetzlichen Vorgaben bestimmt, sie also nicht zwischen Auftraggeber und Beauftragtem frei ausgehandelt wird. Es gibt keinen Marktmechanismus, der Einfluss auf die Höhe der Vergütung nimmt. Dadurch sind die Vergütungssätze statisch und werden von den meisten Sachverständigen als weniger attraktiv wahrgenommen, was die Suche des Gerichts nach geeigneten Personen erschweren kann. Die Motive für die Gutachtenübernahme sind dementsprechend oftmals andere.

Bei der Übernahmeentscheidung kann auch die Überlegung eine Rolle spielen, dass Gutachten bisweilen innerhalb von Gerichten oder zwischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten ausgetauscht oder in Datenbanken eingespeist werden und infolgedessen in weiteren Verfahren Relevanz erlangen können. § 411a ZPO sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor. Die Haftungs- und Vergütungsfrage ist deshalb auch in der besonderen Situation der Verwendung eines Gutachtens in einem anderen Verfahren als dem, für das es ursprünglich erstattet wurde, zu beleuchten (dazu unter IV.).

II. Haftung

1. Grundlagen

Mit der Bestellung der sachverständigen Person entsteht ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen ihr und dem Gericht.¹ Die Erstattung des Gutachtens ist unter den in § 407 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen Rechtspflicht, kein bloß freiwilliges Ehrenamt.² Hochschullehrerinnen und -lehrer an deutschen Universitäten³ sind zur Ausübung der Wissenschaft, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich bestellt und damit von der Vorschrift erfasst. § 407a Abs. 1 ZPO verlangt von den zu Sachverständigen Ernannten sodann, ohne schuldhaftes Zögern zu prüfen, ob der Auftrag in das eigene Fachgebiet fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer sachverständiger Personen erledigt werden kann (vgl. Hamburger Leitli-

¹ BGH, Urt. v. 20.5.2003 – VI ZR 312/02, NJW 2003, 2825, 2826; *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 5. Aufl. 2024, Vor § 402 Rn. 39, § 404a Rn. 6.

² *Spickhoff*, Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts, in: FS Heldrich, 2005, S. 419, 423; *Thönissen/Scheuch*, in: BeckOK, Stand: 1.9.2024, § 407 ZPO Rn. 1, 4.1; *Katzenmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 16. Aufl. 2024, § 407 Rn. 1.

³ Zu Sachverständigen aus dem Ausland *Hau*, Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822; *Hau*, Der auslandsansässige Gerichtssachverständige, DS 2004, 127.

nien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 2 f.). Zwar beziehen sich Lehrstuhl- oder Institutsbezeichnungen nur ausnahmsweise auf bestimmte ausländische Rechtsordnungen oder Rechtskreise. Noch seltener erteilen deutsche Fakultäten bei der Habilitation die *venia legendi* für das Recht eines ausländischen Staates. Die für Gutachten in Betracht kommenden Hochschullehrerinnen und -lehrer haben aber in aller Regel die Lehrbefugnis für Rechtsvergleichung oder Europäisches Privatrecht sowie Internationales Privatrecht erlangt, und ihre Lehrstühle und Institute sind entsprechend denominiert. Damit ist zwar keine kontinent-, geschweige denn weltumspannende Expertise in allen Detailfragen verbunden.⁴ Typischerweise konzentrieren sich die Forschungsinteressen auf ausgewählte Rechtsordnungen und einzelne Rechtsgebiete. Doch gehen damit regelmäßig die methodischen und sprachlichen Fähigkeiten einher, sich auch in andere Rechtsgebiete und verwandte Rechtsordnungen einzuarbeiten. Dennoch ist die Prüfpflicht des § 407a Abs. 1 ZPO (vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 1) ernst zu nehmen. An sie knüpft ein etwaiges für die Haftung relevantes Übernahmeverschulden an, auf das zurückzukommen sein wird. Fällt die Fachgebietsprüfung positiv aus, kommt eine Ablehnung der Gutachtenerstattung nur bei Befangenheit (§ 407a Abs. 2 ZPO), den für Sachverständige entsprechend geltenden Zeugnisverweigerungsrechten (§§ 408 Abs. 1 S. 1, 383 ff. ZPO) oder entgegenstehenden beamtenrechtlichen Vorschriften (§ 408 Abs. 2 ZPO) in Betracht. Die Gerichte haben nach § 408 Abs. 1 S. 2 ZPO aber die Möglichkeit, Sachverständige aus anderen Gründen zu entbinden, wozu vor allem die mit anderweitiger Arbeitsbelastung einhergehende, zu erwartende lange Erstellungszeit zählt (vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 8). Faktisch ist eine Entledigung vom unerwünschten Gutachtauftrag also durchaus möglich.

Mit der Bestellung der sachverständigen Person richtet sich deren Haftung allein nach § 839a BGB. Den Ausschluss anderer Anspruchsgrundlagen⁵ hält die Gesetzesbegründung von 2002 ausdrücklich fest.⁶ Zudem entfaltet das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Gericht und sachverständiger Person keine haftungsbegründende Schutzwirkung zugunsten der Verfahrensparteien.⁷ Die Haftungsvoraussetzungen sind in § 839a BGB klar benannt. Die sachverständige Person muss vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstattet haben. Darauf muss die gerichtliche Entscheidung beruhen, die sich zum Schaden einer Verfahrenspartei auswirkt. Der Haftungsaus-

⁴ Vgl. *Spickhoff* (Fn. 2), S. 424.

⁵ Vor Inkrafttreten des § 839a BGB kam eine Haftung für Vermögensschäden nur unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB sowie des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 161 Abs. 1, 154 StGB in Betracht.

⁶ BT-Drs. 14/7752, 28; zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Katzenmeier*, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839a BGB, in: FS Horn, 2006, S. 67, 68 f.

⁷ So bereits BGH, NJW 2003, 2825, 2826.

schluss nach §§ 839a Abs. 2, 839 Abs. 3 BGB greift, wenn die geschädigte Verfallenspartei es versäumt hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

In den über 20 Jahren seit dem Inkrafttreten des § 839a BGB hatte die Rechtsprechung vielfach Gelegenheit, diese Haftungsvoraussetzungen in Bezug auf medizinische Sachverständige, Bau- und Verkehrssachverständige zu konkretisieren. In den Datenbanken und Entscheidungssammlungen ist jedoch keine einzige Entscheidung nachgewiesen, die die Haftung eines Auslandsrechtssachverständigen nach § 839a BGB zum Gegenstand hat. Auch wenn bekanntlich nur ein Bruchteil aller gerichtlichen Entscheidungen publiziert wird,⁸ legt dieser Befund die Vermutung nahe, dass entsprechenden Klagen von vornherein keine Erfolgsaussichten beigemessen wurden, weil die Haftungsvoraussetzungen evident nicht erfüllt waren. Weniger wahrscheinlich erscheint dagegen, dass Sachverständige stets fehlerfrei arbeiten. Eine andere Erklärung könnte lauten, dass über entsprechende Klagen am Ende nicht entschieden wurde und eine gerichtliche oder außergerichtliche Vergleichslösung erreicht werden konnte, zumal keine Jura-Professorin und kein Jura-Professor ein Interesse daran haben wird, dass über die eigenen Arbeitsergebnisse öffentlich verhandelt und geurteilt wird. Doch bleibt all dies Spekulation. Dokumentierte Spuren hat die Auslandsrechtssachverständigenhaftung in der Gerichtspraxis bislang jedenfalls nicht hinterlassen.

2. *Unrichtiges Gutachten*

Ausgangspunkt jeder Haftung ist ein objektiv unrichtiges Gutachten.⁹ Da das Gutachten der Vorbereitung der gerichtlichen Entscheidung dient, muss es denselben Richtigkeits- und Vollständigkeitsansprüchen genügen wie die gerichtliche Entscheidung. In der Entscheidung des Gerichts ist das ausländische Recht so anzuwenden, wie es von Gerichten der betreffenden Rechtsordnung angewendet wird bzw. angewendet würde.¹⁰ Das Gutachten muss dem inländischen Gericht die dazu erforderlichen Kenntnisse verschaffen und ihm deshalb über die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis Auskunft geben. Sachverständige, die sonst wissenschaftlich arbeiten, nehmen im Rahmen der Erstellung des Gutachtens also nicht am rechtswissenschaftlichen Diskurs innerhalb der ausländischen Rechtsordnung

⁸ *Coupette/Fleckner*, Quantitative Rechtswissenschaft, JZ 2018, 379, 381 f.; *Hamann*, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 2021, 656, 657 f.

⁹ Zu den Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung *Katzenmeier* (Fn. 6), S. 72 f.

¹⁰ BGH, Urt. v. 10.9.2015 – IX ZR 304/13, NZI 2016, 93 Rn. 15 = IPRspr 2015-292; BVerwG, Urt. v. 19.7.2012 – 10 C 2/12, BVerwGE 143, 369 Rn. 14 = IPRspr 2012-3; BGH, Urt. v. 30.1.2001 – XI ZR 357/99, IPRax 2002, 302 = IPRspr 2001-1; vgl. auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 2 Ziff. 1.

teil. Sie nehmen vielmehr eine Beobachterperspektive ein und geben auf der Grundlage ihrer wissenschaftlichen Expertise die ausländische Rechtswirklichkeit informatorisch wieder. Dies gilt auch dann, wenn das ausländische Recht in dem entscheidungserheblichen Punkt eine Regelungslücke aufweist, die das deutsche Gericht rechtsfortbildend schließt.¹¹ Das Gutachten muss dann die Regelungslücke beschreiben sowie die in der betreffenden Rechtsordnung praktizierten Methoden der Lückenschließung.

Gutachtenfehler können in einer Vielzahl hier nicht abschließend ausdifferenzierender Erscheinungsformen auftreten. Das naheliegendste Beispiel ist die Darlegung einer zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung nicht mehr geltenden Rechtslage, etwa wenn die sachverständige Person eine Gesetzesreform unberücksichtigt lässt oder eine Rechtsprechungsänderung übersehen hat. Ebenso denkbar ist, dass die ausländische Rechtslage wiedergegebenen Quellen schlicht falsch verstanden wurden oder die Rechtslage allein auf der Grundlage des kodifizierten Rechts ermittelt wurde, ohne eine abweichende gerichtliche Praxis zu berücksichtigen. Die inhaltlichen Anforderungen an Gutachten bestehen unabhängig vom Streitwert des Verfahrens. Wenn wir uns nach geltender Rechtslage auch bei der gerichtlichen Anwendung ausländischen Rechts nicht mit *rough justice* begnügen,¹² dann ebenso wenig mit *rough expert opinions*.

3. Qualifiziertes Verschulden

Eine erhebliche Milderung des Haftungsrisikos für sachverständige Personen bringt indes das in § 839a Abs. 1 BGB aufgestellte qualifizierte Verschuldensfordernis. Vorsätzliche Falschgutachten zum ausländischen Recht spielen hoffentlich ohnehin nie eine Rolle, so dass der Maßstab grober Fahrlässigkeit in den Fokus rückt. Bezugspunkt der groben Fahrlässigkeit ist dabei allein die Unrichtigkeit des Gutachtens, nicht die gerichtliche Entscheidung oder der Schadenseintritt.¹³

Allgemein setzt grobe Fahrlässigkeit eine Pflichtverletzung voraus, die besonders schwer wiegt.¹⁴ Der in Anspruch genommene Sachverständige muss übersehen haben, was sich jedem anderen Fachkundigen der betroffenen Rechtsordnung hätte aufdrängen müssen. Dem liegt eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung zugrunde. Die sachverständige Person ist zwar regelmäßig zur Übernahme des Gutachtens verpflichtet, soll ihre Tätigkeit dann

¹¹ Zur Fortbildung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte *Jansen/Michaels*, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZZP 116 (2003), 3, 19 ff.

¹² *A. S. Zimmermann*, „*Rough Justice*“ – Ist der an die richterliche Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts gestellte Richtigkeits- und Vollständigkeitsanspruch überzogen?, in diesem Band, S. 159, 176 ff.

¹³ *G. Wagner*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl. 2024, § 839a Rn. 19.

¹⁴ *S. Lorenz*, in: BeckOK, Stand: 1.8.2024, § 277 BGB Rn. 2.

aber unabhängig und ohne das Damoklesschwert eines möglichen Regresses einer Partei ausüben können.¹⁵ Die Vorschrift ist also geradezu darauf ausgelegt, dass nicht jede Lückenhaftigkeit oder Fehlerhaftigkeit des Gutachtens zur Haftungs begründung geeignet ist. Die innere Freiheit der sachverständigen Person und die fehlende Kompensation einer unbeschränkten Haftung durch entsprechende Vergütungssätze rechtfertigen eine weitgehende Haftungsfreistellung. Ein Blick in die zu § 839a BGB ergangenen Entscheidungen zeigt, dass die Gerichte die darauf gestützten Klagen überwiegend abweisen und dies überwiegend mit dem fehlenden Nachweis grober Fahrlässigkeit der sachverständigen Person begründen.¹⁶

Um das Haftungsrisiko nicht weiter abzusenken, sollte bei der Bestimmung grober Fahrlässigkeit auf das Erfordernis einer subjektiven Vorwerfbarkeit¹⁷ verzichtet werden und bereits ein objektiv besonders schwerwiegender Pflichtverstoß genügen.¹⁸ Erfüllt ist dieses Erfordernis etwa, wenn die sachverständige Person naheliegende Quellen des ausländischen Rechts gänzlich unbeachtet lässt oder vollständig abwegig interpretiert oder sich auf evident unzuverlässige oder veraltete Quellen ohne nähere Prüfung verlässt.¹⁹ Etwaige Zweifel oder Uneindeutigkeit sind im Gutachten offen anzusprechen, keinesfalls zu überdecken (vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 3 Ziff. 6). Zu den Sorgfaltspflichten der sachverständigen Person zählt auch, bereits bei der Entgegennahme des Auftrags die eigenen Kenntnisse in fachlicher wie fachsprachlicher Hinsicht zu hinterfragen und den Zugang zu den maßgeblichen Quellen sicherzustellen (vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 1). Die von den Parteien vorgetragenen Rechtsansichten zum ausländischen Recht muss die sachverständige Person zur Kenntnis nehmen, auf Plausibilität prüfen und gegebenenfalls im Gutachten entkräften.

Je nach Art des Gutachtenfehlers kann ein Indiz für bloß einfache, nicht grobe Fahrlässigkeit darin liegen, dass das Gericht, das den Gedankengang des Gutachtens zumindest in seinen wesentlichen Zügen nachvollzogen haben sollte, dieses zur Grundlage seiner Entscheidung genommen hat (vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 9 Ziff. 3) und die Entscheidung auch in der Rechtsmittelinstanz²⁰ aufrechterhalten wurde.²¹ Im Vergleich zu Gutachten

¹⁵ BT-Drs. 14/7752, 28; BGH, Urt. v. 10.10.2013 – III ZR 345/12, BGHZ 198, 265 Rn. 27. Kritisch zu diesem Argument und dem Erfordernis qualifizierten Verschuldens *Katzenmeier* (Fn. 6), S. 75 f.

¹⁶ Übersicht bei *Bohlsen*, in: BeckOGK, Stand: 1.10.2024, § 839a BGB Rn. 39 m. Fn. 144.

¹⁷ Dafür *Spickhoff* (Fn. 2), S. 428.

¹⁸ *Wagner* (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 20; differenzierend *Thole*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, 2004, S. 104 ff.

¹⁹ Vgl. *Thole* (Fn. 18), S. 108 ff.

²⁰ Zwar sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zum ausländischen Recht wie tatsächliche Feststellungen für das Revisionsgericht bindend und das Revisionsgericht darf nicht prüfen, ob das ausländische Recht richtig angewendet worden ist (zu § 545 Abs. 1

etwa zu naturwissenschaftlichen Themen liegt es bei auslandsrechtlichen Sachverständigen ausbildungs- und berufsbedingt näher, dass einem Gericht manche Widersprüche und Unvollständigkeiten auffallen. Andere grob fahrlässige Gutachtenfehler werden hingegen nur für Expertinnen und Experten auf dem Gebiet der betroffenen Rechtsordnung erkennbar sein und bei einer Plausibilitätskontrolle durch ein deutsches Gericht unbemerkt bleiben.

Die nach § 407a Abs. 2 S. 2 ZPO erlaubte Einschaltung von Gehilfen bei der Gutachtenerstellung ändert nichts an der Sorgfaltsverantwortlichkeit der bestellten sachverständigen Person für das im eigenen Namen eingereichte Gutachten. Einer Verschuldenszurechnung bedarf es dementsprechend ebenso wenig wie eine Exkulpationsmöglichkeit i. S. v. § 831 Abs. 1 S. 2 eröffnet ist.²² Die fehlende oder unzureichende Prüfung eines fehlerhaften Vorentwurfs begründet bereits für sich genommen den Vorwurf grober Fahrlässigkeit.²³ Ohnehin zählen die ordnungsgemäße Auswahl und Beaufsichtigung sowie die Organisation sämtlicher Gutachtenerstellungsabläufe in den Pflichtenkreis der sachverständigen Person. Eine unmittelbare Haftung von Gehilfen gegenüber den Parteien lässt sich über § 839a BGB dagegen nicht begründen.²⁴ Hier bleibt allenfalls nur ein Rückgriff auf § 826 BGB mit seinen noch höheren Voraussetzungen.

Die Beweislast für das qualifizierte Verschulden liegt allgemeinen Grundsätzen entsprechend bei der anspruchserhebenden Partei. Dieser Nachweis kann schwerfallen, weil sich die Begutachtung auf dem Schreibtisch und in der Bibliothek der sachverständigen Person vollzieht und die anspruchserhebende Partei keinen Einblick in die relevanten Abläufe nehmen kann. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO kann das Gericht jedoch ähnlich wie bei einem Anscheinsbeweis vom äußeren Geschehensablauf auf das Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes schließen.²⁵ Aufgrund des objektiv schwerwiegenden Fehlers des Gutachtens darf dann von einer gravierenden Pflichtverletzung der sachverständigen Person ausgegangen werden. Es obliegt in diesem Fall der sachverständigen Person, ihre Arbeitsabläufe und -organisation sowie den Prozess der Entstehung des betroffenen Gutachtens offenzulegen, um entlastende Aspekte in die gerichtliche Überzeugungsbildung einfließen zu lassen.

ZPO BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12, NJW 2013, 3656 Rn. 13 ff.). Jedoch unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung die Frage, ob das Tatgericht seiner Pflicht nach § 293 ZPO nachgekommen ist, das ausländische Recht zu ermitteln.

²¹ Mit u. a. diesem Argument die Haftung eines Bausachverständigen verneinend OLG Rostock, Beschl. v. 21.3.2006 – 8 U 113/05, BeckRS 2006, 8823.

²² *Wagner* (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 23; *Thole* (Fn. 18), S. 111; *Spickhoff* (Fn. 2), S. 429.

²³ *Thole* (Fn. 18), S. 110 ff.

²⁴ *Wagner* (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 25.

²⁵ *Wagner* (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 48.

4. Gerichtliche Entscheidung, Kausalität, Schaden

Die Haftung nach § 839a BGB verlangt außerdem eine doppelte Kausalität: Erstens muss die gerichtliche Entscheidung auf dem Gutachten der bestellten sachverständigen Person beruhen. Zweitens muss die gerichtliche Entscheidung zu einem Schaden der verfahrensbeteiligten Partei führen.

Der BGH wandte § 839a BGB in einer Entscheidung von 2020 analog an, wenn die Parteien unter dem Eindruck eines unrichtigen Gutachtens einen Prozessvergleich schließen, es also nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt.²⁶ Gleiches muss dann auch für andere Formen der Verfahrenserledigung ohne gerichtliche Entscheidung wie die Klage- und Rechtsmittelrücknahme gelten.²⁷ Eine gewisse Besonderheit besteht bei Anerkenntnis- und Verzichtsurteilen, also gerichtlichen Entscheidungen, die ohne gerichtliche Prüfung des ursprünglich vorgelegten Prozessstoffs ergehen. Auch insoweit liegt eine analoge Anwendung von § 839a BGB nahe, wenn das Gutachten das Anerkenntnis oder den Verzicht veranlasst hat.²⁸ Bei einem Versäumnisurteil hingegen gilt § 839a BGB unmittelbar, denn das Gericht trifft eine Entscheidung in der Sache und prüft dabei die Schlüssigkeit des Klagebegehrens unter Verwertung des eingeholten Gutachtens.

Die Kausalität des Gutachtens für die gerichtliche Entscheidung setzt nur voraus, dass das Gutachten mitursächlich für die gerichtliche Überzeugungsbildung geworden ist. Der Nachweis ist erbracht, wenn sich die Entscheidungsgründe ausdrücklich auf das Gutachten beziehen (vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 9 Ziff. 3) oder inhaltlich mit dem Gedankengang des Gutachtens übereinstimmen.²⁹ Unterbrochen ist der Kausalzusammenhang dagegen, wenn die Entscheidung nicht anders ausgefallen wäre, denkt man das unrichtige Gutachten hinweg.

Über § 839a BGB ist der Entscheidungsschaden ersatzfähig.³⁰ Es geht um denjenigen Schaden, der auf die durch das unrichtige Gutachten beeinflusste, rechtlich falsche gerichtliche Entscheidung zurückgeht. Zu fragen ist also, wie die Entscheidung tatsächlich hätte ausfallen müssen und wie die Vermögenslage der geschädigten Partei dann aussähe. Zu den typischen Schadensposten zählen somit nicht nur ein aberkannter oder der Gegenseite zugesprochener Anspruch, sondern auch zu Unrecht auferlegte Prozesskosten oder die Kosten für ein Privatgutachten, mittels dessen die Fehlerhaftigkeit des Ausgangsgutachtens aufgedeckt wurde.

²⁶ BGH, Urt. v. 25.6.2020 – III ZR 119/19, NJW 2020, 2471.

²⁷ Wagner (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 29 f.

²⁸ BGH, Urt. v. 25.6.2020 – III ZR 119/19, NJW 2020, 2471 Rn. 14; Wagner (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 34.

²⁹ Katzenmeier (Fn. 6), S. 78 f.

³⁰ Bohlson (Fn. 16), § 839a BGB Rn. 58; Wagner (Fn. 13), § 839a BGB Rn. 35; Spickhoff (Fn. 2), S. 433.

5. Rechtsmittelobliegenheit der geschädigten Partei

§ 839a Abs. 2 BGB errichtet sodann eine zusätzliche Hürde jeder Sachverständigenhaftung, die gerade bei auslandsrechtlichen Gutachten besonders wirksam sein kann. Die Vorschrift verweist auf § 839 Abs. 3 BGB und schließt die Inanspruchnahme der sachverständigen Person aus, wenn die geschädigte Partei es schuldhaft versäumt hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Damit statuiert § 839a Abs. 2 BGB einen besonderen Fall des Mitverschuldenseinwands.³¹ Zu den Rechtsmitteln gehören nicht nur alle gegen die gerichtliche Entscheidung statthaften Rechtsbehelfe, sondern auch alle in der jeweiligen Instanz gegebenen Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst richten, wie der Antrag auf mündliche Anhörung der sachverständigen Person durch das Gericht gem. § 411 Abs. 4 ZPO oder formelle Beweisanträge auf Einholung eines weiteren Gutachtens.³²

Das Verschuldenserfordernis federt die Rechtsmittelobliegenheit kaum ab. Zwar setzt der Anspruchsausschluss Kenntnis oder Erkennbarkeit der Unrichtigkeit des Gutachtens voraus. Eine Naturalpartei wird sich regelmäßig auf die Richtigkeit des vom Gericht gebilligten Gutachtens verlassen dürfen und keine zusätzlichen Nachforschungen anstellen müssen. In Verfahren mit anwendbarem ausländischen Recht dürfte die anwaltliche Vertretung aber der Regelfall sein. Die Partei muss sich dann gem. § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden ihrer Rechtsanwältin oder ihres Rechtsanwalts zurechnen lassen. Den Verschuldensmaßstab geben dabei die objektiv-typisierten Sorgfaltsanforderungen an anwaltliches Handeln vor.³³ Bekanntlich verlangt die Rechtsprechung auch von in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten profunde Beratung zum ausländischen Recht, wenn das Mandat einen Bezug dazu aufweist; zumindest besteht die Pflicht, sich erhellende Erkenntnisquellen im Rahmen des Zumutbaren zu beschaffen.³⁴ Wenn das Gutachten, wie es Voraussetzung jeder Haftung aus § 839a BGB ist, als grob fahrlässig falsch eingestuft werden muss, dürften die Erkennbarkeitshürden für anwaltliche Prozessvertreterinnen und -vertreter regelmäßig nicht unüberwindbar sein. Aufgrund ihrer juristischen Ausbildung ist von ihnen

³¹ Thole (Fn. 18), S. 149 f.

³² Spickhoff (Fn. 2), S. 434.

³³ BGH, Beschl. v. 11.3.2020 – XII ZB 446/19, NJW-RR 2020, 940, 941; *Piekenbrock*, in: BeckOK, Stand: 1.9.2024, § 85 ZPO Rn. 17; *Althammer*, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 85 Rn. 13; *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 85 Rn. 22.

³⁴ BGH, Urt. v. 22.2.1972 – VI ZR 135/70, NJW 1972, 1044 = IPRspr 1972-167; OLG München, Urt. v. 1.10.2014 – 15 U 4551/13 Rae, BeckRS 2016, 18475; LG München I, Urt. v. 14.1.2015 – 30 O 27783/13, ZEV 2016, 152 = IPRspr 2015-1; *Schultz*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, Zivilrechtliche Anwaltshaftung Rn. 202.

zumindest eine Plausibilitätsprüfung eher zu erwarten als bei Gutachten zu komplexen technischen Zusammenhängen. Ob der Gutachtenfehler aus anwaltlicher Sicht erkennbar war, bedarf selbstverständlich einer Einzelfallprüfung, die je nach Art des Fehlers unterschiedlich ausfallen kann.

6. *Resümee*

Zusammengefasst dürfte das Haftungsrisiko für Auslandsrechtssachverständige vernachlässigbar gering ausfallen. Es verbleibt nur ein schmaler Korridor, innerhalb dessen eine Sachverständigenhaftung in Betracht kommt. In einem Regressprozess verlangt § 839a BGB von der klagenden Partei einen Vortrag an der Grenze zum Paradoxen: Für eine Haftung der sachverständigen Person muss das Gutachten zwar einerseits in grob fahrlässiger Weise falsch erstattet sein. Andererseits dürfen dem Gutachten die Fehler nicht derart auf die Stirn geschrieben sein, dass erstens die Unrichtigkeit für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten erkennbar war und zweitens das Gericht trotz der Unrichtigkeit seine Entscheidung darauf stützte. Echte Verhaltensanreize gehen von einer so konzeptualisierten Haftungsnorm kaum aus. Doch ist genau dies gesetzgeberisch intendiert, um die innere Unabhängigkeit von Sachverständigen zu wahren.

Gegen die verbleibenden Haftungsrisiken können sich Sachverständige im Rahmen einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung absichern. Der Abschluss einer solchen Versicherung, für die hohe Prämien zu leisten sind, wenn auch grob fahrlässig verursachte Schäden abgedeckt sein sollen,³⁵ lohnt sich jedoch vermutlich nur für Sachverständige, die auch außerhalb von gerichtlichen Verfahren Privatgutachten erstellen und sich entsprechend vergüten lassen. In persönlichen Gesprächen erfährt man nur ganz vereinzelt von Sachverständigen, die eine solche Versicherung abgeschlossen haben. Die Versicherer halten dafür bislang keine standardisierten Angebote vor.

III. Vergütung

Die Vergütung von Sachverständigen richtet sich nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG). Sie erfolgt zeitbasiert. Die Erstattung von Gutachten über ausländisches Recht ist auch in der zum 1.1.2021 reformierten Fassung des JVEG, Anlage 1, keiner Honorargruppe zugewiesen. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 JVEG ist die Leistung von Sachverständigen in diesen Fällen unter Berücksichtigung der allgemein für Leistungen dieser Art außergerichtlich und außerbehördlich vereinbarten Stundensätze nach billigem Ermessen

³⁵ *Littbarski*, Die Haftung des gerichtlich ernannten Sachverständigen nach § 839 a BGB und ihre versicherungsrechtlichen Konsequenzen, *VersR* 2016, 154, 160.

mit einem Stundensatz zu vergüten, der den höchsten Stundensatz nach der Anlage 1 jedoch nicht übersteigen darf. Schon nach alter Rechtslage war anerkannt, dass die Eingruppierung in die höchste Honorargruppe gerechtfertigt ist, wenn spezifische juristische Sonderkenntnisse der sachverständigen Person im ausländischen Recht und der ausländischen Rechtssprache erforderlich sind.³⁶ Der Stundensatz für die Erstellung auslandsrechtlicher Gutachten liegt dementsprechend bei 155 €.

Zudem eröffnet § 13 JVEG die Möglichkeit einer darüber hinausgehenden „Besonderen Vergütung“. Die Vorschrift setzt die Zustimmung beider Parteien bzw. Beteiligten (Abs. 1) oder einer Partei bzw. eines Beteiligten und des Gerichts (Abs. 2) voraus. Nach den Hamburger Leitlinien kommt eine Sondervergütung „bei einem sehr hohen Streitwert oder einem sehr hohen, aber im genauen Umfang nicht prognostizierbaren Arbeitsaufwand“ in Betracht (Art. 3 § 1 Nr. 10). Die auf der Hamburger Tagung versammelten Auslandsrechtssachverständigen konnten jedoch nur vereinzelt von praktischen Erfahrungen mit § 13 JVEG berichten. In aller Regel bleibt es bei dem aus § 9 Abs. 2 S. 1 JVEG folgenden Stundensatz.

Im Vergleich zu den den Kräften des Markts unterliegenden Stundensätzen anderer hochprofessionalisierter Rechtsdienstleister – man denke etwa an Partnerinnen und Partner von Großkanzleien – nimmt sich die Auslandsrechtssachverständigenvergütung damit auffällig niedrig aus. Gewiss haben Hochschullehrerinnen und -lehrer keinen Kostenapparat wie er in Großkanzleien entsteht. An den meisten Standorten ist jedoch ein Teil des erzielten Verdienstes an die jeweilige Universität abzuführen, auch weil das Gutachten als Nebentätigkeit unter Zuhilfenahme der Bibliothek und anderer universitärer Arbeitsmittel entstanden ist. Möchte die sachverständige Person zudem die in die Gutachtenerstellung involvierten Assistentinnen und Assistenten beteiligen, bleibt von dem Ausgangsbetrag von 155 € pro Stunde nicht mehr viel übrig, was dann anschließend noch als selbständiges Einkommen zu versteuern ist. Die Erstattung gerichtlicher Auslandsrechtsgutachten ist kein einträgliches Geschäft.

Vergütet wird also allein der zeitliche Aufwand. Bewusst verzichtet das JVEG auf eine gegenstandswertbezogene Vergütung, wie sie das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) vorsieht. Eine Kompensation der am Streitwert bemessenen Haftungsrisiken ist durch das JVEG nicht bezweckt. Dafür wäre der zeitliche Aufwand ohnehin kein geeigneter Maßstab. Die Vergütung bleibt dieselbe, wenn eine einfache, in drei Stunden zu recherchierende und auszuarbeitende Rechtsfrage über den Ausgang eines Rechtsstreits mit einem Streitwert 1.000 Euro entscheidet, wie wenn der Streitwert 100.000 Euro beträgt. Abstrakt gesehen fällt das Haftungsrisiko im zweiten Fall hundertmal höher

³⁶ OLG Dresden, Beschl. v. 23.1.2019 – 3 W 652/18, NJW 2019, 1236 = IPRspr 2019-350; vgl. auch Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 1 Ziff. 9.

aus als im ersten. Konkret trifft die sachverständige Person in beiden Fällen jedoch ein ausgesprochen niedriges Haftungsrisiko, zumal die Anforderungen an die anwaltliche Prüfung bei einem hohen Streitwert steigen und sich damit zugleich die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass entweder der Fehler des Gutachtens noch rechtzeitig aufgedeckt wird, bevor ein Schaden entsteht, oder dass die Verletzung der Rechtsmittelobliegenheit zum Ausschluss führt. Vor diesem Hintergrund besteht auch kein Bedürfnis, den verbleibenden Haftungsrisiken eine ausgleichende Vergütung gegenüberzustellen.

IV. Verwertung des Gutachtens in anderen Verfahren

§ 411a ZPO, der seit dem Jahr 2004 in Geltung ist, hat den Zweck, die Einholung eines Gutachtens zu ersparen und Verfahren damit zu erleichtern und zu beschleunigen. Die Vorschrift hat das zuvor zu der Verwertung von Gutachten geltende Richterrecht in Teilen kodifiziert.³⁷ Sie durchbricht den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und erlaubt die Verwertung eines Gutachtens aus einem früheren Verfahren. Die Anordnung der Verwertung erfolgt durch Beschluss.

1. Haftung

Uneinigkeit besteht aber bereits darüber, welche Auswirkungen ein solcher Beschluss auf die Person zeitigt, die das Gutachten verfasst hat. Aus der systematischen Stellung des § 411a ZPO folgt, dass es sich bei der Verwertung eines Gutachtens aus einem anderen Verfahren um einen Sachverständigenbeweis handelt, auch wenn die sachverständige Person in dem späteren Verfahren nicht gesondert bestellt wird. Als Urkundenbeweis könnte das herangezogene Gutachten lediglich darüber Auskunft geben, ob die gutachtende Person in dem vorherigen Verfahren die in dem Gutachten verkörperte Erklärung abgegeben hat.³⁸ Das Ziel eines Beschlusses nach § 411a ZPO liegt jedoch vielmehr darin, dem Gericht den Inhalt des Gutachtens und die darin vermittelte Sachkunde zugänglich zu machen.

Ob mit der Einordnung als Sachverständigenbeweis zugleich auch der Anwendungsbereich der Haftung nach § 839a BGB eröffnet ist, wird unterschiedlich beurteilt. Der Wortlaut des § 839a Abs. 1 BGB gibt nicht eindeutig vor, ob die sachverständige Person gerade für das Verfahren bestellt worden sein muss, an dem die Partei beteiligt war, der ein Schaden entsteht, oder ob eine Begutachtung in einem vorausgehenden Verfahren genügt. Gegen eine Sachverständigen-

³⁷ Ahrens (Fn. 1), § 411a ZPO Rn. 1, 3 ff.; Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 411a Rn. 19.

³⁸ Vgl. Ahrens (Fn. 1), § 411a ZPO Rn. 5.

digenhaftung in den Fällen des § 411a ZPO werden insbesondere die dadurch erhöhten Haftungsrisiken vorgebracht, zumal die sachverständige Person nicht in gleicher Weise wie bei einer unmittelbaren Beteiligung etwaige Missverständnisse des Gerichts erkennen und ausräumen könne.³⁹ Da die Haftungs Voraussetzungen jedoch ohnehin als besonders hoch einzustufen sind (dazu soeben unter II.), kann in einer Vervielfältigung des Haftungsrisikos kein ausschlaggebendes Argument liegen. Vielmehr fingiert der Verwertungsbeschluss nach § 411a ZPO die Ernennung der sachverständigen Person für das laufende Verfahren unter gleichzeitigem Erlass eines erneuten schriftlichen Gutachtens.⁴⁰ Der Anwendungsbereich des § 839a BGB ist damit für jedes weitere Verfahren eröffnet, für das das ursprüngliche Gutachten verwertet wird.⁴¹

Allein schon aus diesem Grund erscheint es angemessen, dass das Gericht die sachverständige Person über die Verwertung informiert, auch wenn keine Verfahrensvorschrift dies ausdrücklich bestimmt.⁴² Ein Widerspruchsrecht gegen die Verwertung des in einem vorigen Verfahren erstellten Gutachtens steht der sachverständigen Person jedoch nicht zu.⁴³ Selbst auf ein Gutachtenverweigerungsrecht nach § 408 ZPO, etwa weil sie mit einer der Parteien des neuen Verfahrens verwandt ist, kann sie sich nicht berufen.⁴⁴ Der Zweck des Gutachtenverweigerungsrechts, Interessenkonflikte bei der Begutachtung zu vermeiden, ist nicht erfüllt, wenn das Gutachten zu einem Zeitpunkt verfasst wurde, zu dem die sachverständige Person von der Relevanz des Gutachtens in einem späteren Verfahren, an dem eine mit ihr verwandte Person beteiligt ist, nichts ahnen konnte. Die Gegenseite kann die sachverständige Person deshalb auch nicht wegen Befangenheit ablehnen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die sachverständige Person zur mündlichen Erläuterung des Gutachtens geladen oder zur Ergänzung aufgefordert wird, nun also aktiv in das Verfahren eingreifen soll.⁴⁵

³⁹ *Spickhoff* (Fn. 2), S. 426; *Huber/Röß*, in: Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 411a Rn. 16; *Katzenmeier* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 12; *Berger* (Fn. 37), § 411a ZPO Rn. 29. Vgl. auch *Jayme*, Verwertung eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht in einem anderen Verfahren – Zur Verfassungswidrigkeit des § 411 a ZPO, IPRax 2006, 587 f.

⁴⁰ *W. Zimmermann*, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 411a Rn. 17; *Greger*, in: Zöllner, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 411a Rn. 1; *Thönissen/Scheuch* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 14.1.

⁴¹ *Zimmermann* (Fn. 40), § 411a Rn. 17; *Greger* (Fn. 40), § 411a ZPO Rn. 1; *Thönissen/Scheuch* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 14.1.

⁴² *Thönissen/Scheuch* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 14; *Katzenmeier* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 9; *Greger* (Fn. 40), § 411a ZPO Rn. 4; a. A. *Zimmermann* (Fn. 40), § 411a ZPO Rn. 14.

⁴³ *Zimmermann* (Fn. 40), § 411a ZPO Rn. 15; *Ahrens* (Fn. 1), § 411a ZPO Rn. 18; a. A. *Thönissen/Scheuch* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 16.1.

⁴⁴ *Berger* (Fn. 37), § 411a ZPO Rn. 20; differenzierend *Katzenmeier* (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 10.

⁴⁵ *Berger* (Fn. 37), § 411a ZPO Rn. 21.

Auch das Urheberrecht der sachverständigen Person steht der Mehrfachverwertung des Gutachtens in anderen Verfahren nicht entgegen. Zwar steht der sachverständigen Person grundsätzlich das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG zu, doch wird dieses durch §§ 45 UrhG, 411a ZPO beschränkt.⁴⁶ Der „Werkgenuss“ und die inhaltliche Berücksichtigung des Gutachtens stellen ohnehin keinen urheberrechtlich relevanten Vorgang dar.⁴⁷ Ein einziger, wenn gleich eher theoretisch anmutender urheberrechtlicher Ansatzpunkt, um Einfluss auf die Verwertung zu nehmen, liegt im Rückrufrecht wegen gewandelter Überzeugung nach § 42 UrhG. Dazu muss die sachverständige Person ihr früheres Gutachten nun für falsch halten und dies dem Gericht mitteilen. Allein dieser Hinweis dürfte geeignet sein, das Gericht zur Einholung eines neuen Gutachtens zu veranlassen. Für die Überzeugungsbildung des Gerichts kann das ursprüngliche Gutachten dann keine geeignete Grundlage mehr sein und eine Haftung der das Erstgutachten erstattenden Person somit ausscheiden.

2. Vergütung

Eine erneute Vergütung kann die sachverständige Person auch bei vielmaliger Verwertung des Gutachtens nicht beanspruchen. Dies folgt aus dem zeitaufwandkompensierenden Ansatz des JVEG. Das Gutachten ist bereits erstellt. Weiterer zu vergütender Zeitaufwand kann sich nur bei einer beauftragten Ergänzung oder mündlichen Erläuterung des Gutachtens im Termin einstellen.⁴⁸

Erneut zeigt sich, dass die Vergütung nicht den Zweck verfolgt, Haftungsrisiken auszugleichen.⁴⁹ Denn mit jeder Verwertung kommt abstrakt gesehen ein zusätzliches Haftungsrisiko hinzu, das womöglich deutlich über dem mit dem Ursprungsverfahren einhergehenden Haftungsrisiko liegt, wenn etwa der Gegenstandswert in dem späteren Verfahren um ein Vielfaches höher liegt. Mit Blick auf das konkret gesehen aber geringe Haftungsrisiko liegt darin keine unverhältnismäßige Belastung für Sachverständige.

V. Zusammenfassung in Thesenform

1. Die Erstellung auslandsrechtlicher Gutachten in gerichtlichen Verfahren ist weder gewinnorientiertes Geschäft noch *nobile officium*, sondern eine Rechtspflicht von Hochschullehrerinnen und -lehrern mit entsprechender fachlicher Ausrichtung.

⁴⁶ Verfassungsrechtliche Bedenken auch unter urheberrechtlichen Aspekten erhebt Jayme (Fn. 19), IPRax 2006, 587 f.

⁴⁷ Ahrens (Fn. 1), § 411a ZPO Rn. 18.

⁴⁸ Ahrens (Fn. 1), § 411a ZPO Rn. 19; Katzenmeier (Fn. 2), § 411a ZPO Rn. 11.

⁴⁹ Zimmermann (Fn. 40), § 411a Rn. 17.

2. § 839a BGB stellt nur ausnahmsweise erfüllbare Anforderungen an die Haftung bestellter auslandsrechtssachverständiger Personen, insbesondere durch das qualifizierte Verschuldenserfordernis und die Rechtsmittelobliegenheit der geschädigten Partei.
3. Die Sachverständigen nach dem JVEG zustehende Vergütung hat nicht den Zweck, die verbleibenden Haftungsrisiken der Sachverständigen relativ zum Gegenstandswert des Verfahrens zu kompensieren. Umgekehrt lassen sich die im Vergleich zu anderen hochprofessionalisierten Dienstleistern unterdurchschnittlichen Vergütungssätze mit Blick auf das geringe Haftungsrisiko rechtfertigen.
4. Die gerichtliche Verwertung des Gutachtens in anderen Verfahren kann die sachverständige Person nicht verhindern, obwohl dadurch zusätzliche (wenngleich zu vernachlässigende) Haftungsrisiken entstehen, aber keine zusätzliche Vergütung beansprucht werden kann.

Der Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Rembert Süß

I. Das deutsche Notarinstitut	223
II. Der Informationsdienst im Internationalen Privatrecht	225
III. Schluss	229
Anhang: Leistungsgrundsätze des Anfrage- und Recherchedienstes	229
Onlineformular DNotI Gutachtenanfrage	231

I. Das deutsche Notarinstitut

Am frühen Morgen des 15. März 1993 schloss Notarassessor Dr. Peter Limmer die Tür zu einem Büro im 1. Obergeschoss des Hauses Kaiserstraße 23 in Würzburg auf. Nach vielen Jahren der Vorarbeit, mit Besuchen und Praktika bayerischer Notarassessoren bei den verschiedenen CRIDON (Centres de Recherche et d'Information Notariale) in Frankreich¹ und ungezählten formellen und informellen Besprechungen auf Ebene der Landesnotarkammer Bayern wie auch der Bundesnotarkammer, begann das Deutsche Notarinstitut mit seiner Tätigkeit.

Die Gründungsgeschichte des Instituts ist mehrfach und von verschiedenen Seiten kolportiert worden.² Es zeigt sich auch hier, dass ein erfolgreiches Kind nicht nur eine liebende „Mutter“ (die Bundesnotarkammer), sondern auch viele stolze „Väter“ hat.

Entscheidender Schlüssel für das Verständnis der Arbeit und des Aufbaus des Instituts ist der Anlass zu seiner Gründung: Die Herausforderungen an die Notare in den Neuen Bundesländern, die sich ab dem 3. Oktober 1990 auf ein neues hochkomplexes Rechtssystem umstellen mussten, verlangten eine fachliche Unterstützung. Daneben hatten die Initiatoren für die Notare in den alten Bundesländern vor allem die Rechtsgebiete im Blick, die bei der Ausbildung der Notare eher am Rande behandelt werden, aus denen sich aber im Rahmen

¹ Zu diesen etwa *Löffler*, Die französischen Cridons – Organisation, Aufgaben, Finanzierung, *MittBayNot* 1991, 53; *Bourdoiseau*, Analyse critique de la prestation servie par le CRIDON, *Revue Juridique de l'Ouest* 2007, 23.

² Vgl. z. B. *Frenz*, Anfänge, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 3 ff.

der täglichen Beurkundung erhebliche Fehler- und Haftungsquellen ergeben. Das galt vor allem für das Steuerrecht, aber auch das Internationale Privatrecht, welches durch das Neuregelungsgesetz von 1986 auf eine neue Basis gestellt worden war,³ sowie das nach der deutschen Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 fortlaufend ergänzte und erweiterte Wiedervereinigungsrecht.

Dementsprechend wurden schon kurze Zeit nach Eröffnung und nach den ersten Erfahrungen mit der praktischen Bearbeitung von Anfragen spezialisierte Referate eingerichtet, auf die die Anfragen fachbezogen verteilt werden:

- Referat I für das Allgemeine Zivil-, Immobilien- und Beurkundungsrecht sowie das öffentliche Recht
- Referat II für das Handels- und Gesellschaftsrecht sowie das Steuerrecht
- Referat III für Internationales Privatrecht und ausländisches Privatrecht
- Referat IV für das Recht der Wiedervereinigung
- Referat V für Erb- und Familienrecht

Damit werden die zentralen Bereiche der notariellen Tätigkeit abgedeckt. Ausgenommen von der Beratung durch das Institut ist das notarielle Berufs- und Standesrecht. Hier haben sich die Kammern ihre weitere Zuständigkeit vorbehalten. In der neueren Zeit betrifft das z.B. die weitgreifenden Änderungen, die sich aus der Umsetzung der EU-Geldwäscherichtlinien in der notariellen Tätigkeit ergeben.

Das Recht der Wiedervereinigung spielt in der notariellen Praxis mittlerweile zahlenmäßig naturgemäß keine Rolle mehr. Das Referat wurde daher vor einigen Jahren formal eingestellt. Die noch gestellten Fragen werden je nach Schwerpunktsetzung den nun verbleibenden vier Referaten I, II, III und V zugewiesen.

Im Jahr 2022 erreichten das Deutsche Notarinstitut 7.066 Anfragen von den Notaren. Hiervon entfielen 36,57 % auf das Referat Immobilienrecht, 19,56 % auf das Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Steuerrecht, 17,53 % auf das Erb- und Familienrecht und 26,29 % – also gut ein Viertel – auf das Internationale und ausländische Privatrecht.⁴ Die besondere Bedeutung der Beratung des Instituts auf diesem Bereich zeigt sich augenfällig daran, dass nicht nur die „Anfrage Nr. 1“ am 1. Juli 1993,⁵ sondern auch die Anfrage mit dem Aktenzeichen 200.000 im Juni 2023 das internationale Privatrecht betrafen.

³ Vgl. auch *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021; ursprünglich: *Schotten*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1. Aufl. 1995.

⁴ Vgl. Die Bundesnotarkammer im Jahr 2021, DNotZ 2022, 562, 577. Dabei agiert das DNotI als rechtlich unselbständige Untereinheit (Zweigniederlassung) der Bundesnotarkammer, die ihren Sitz in Berlin hat.

⁵ *Limmer*, Die Aufbau- und Anfangsjahre des DNotI – die Zeit in der Kaiserstraße 23, Würzburg, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 11, 14.

Das Ziel, eine Sicherung und stellenweise auch Erhöhung der Qualität im gesamten Notariat zu erreichen, gebot bei der Finanzierung eine Abweichung vom System der französischen CRIDON, bei denen die Dienstleistungen einzeln abgerechnet werden. Von Beginn an gab es einen Jahresbeitrag (*flat rate*) der Notare zum Institut, dessen Höhe sich allein danach unterscheidet, ob der Notar hauptamtlicher Notar (Nur-Notar) oder Anwalts-Notar ist.⁶ Im Beitrag enthalten ist der Bezug des DNotI-Reports, der halbmonatlich erscheint und einen Überblick über aktuelle Gutachten des Instituts und notarrelevante Rechtsprechung gibt,⁷ der Abruf von Literatur und schließlich auch die Möglichkeit, rechtliche Anfragen zum Institut zu stellen. Die Anzahl der Anfragen zum Institut ist nicht beschränkt. Jeder Notar soll die Möglichkeit haben, sich immer dann, wenn er fachliche Unterstützung benötigt, an das Institut zu wenden, und zwar unabhängig vom monetären Wert des Gegenstands und der mit der Beurkundung verbundenen Gebühr. Gelegentlich gibt es sogenannte „Vielfrager“, deren Anzahl jedoch gering ist und die sich nach einem entsprechenden Hinweis durch die Geschäftsführung zumeist einsichtig zeigen.

Das fachliche Personal des Instituts umfasst 19 juristische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.⁸ Diese rekrutieren sich zum einen Teil aus Notarassessoren, die einen Teil ihrer Ausbildungszeit im Institut verbringen. Zum anderen gibt es einen Stamm von zehn „Festangestellten“. Die Mischung hat sich sehr bewährt. Die Festangestellten sorgen für die Kumulation des Wissens und die Kontinuität. Die Notarassessoren bringen den verstärkten Kontakt mit der Praxis des Notariats, individuelle spezialisierte Fachkenntnisse in das Institut und seine Arbeit und tragen nach Beendigung ihrer Zeit am Institut die fachlichen Erfahrungen aus der dortigen Tätigkeit in die notarielle Praxis zurück.

II. Der Informationsdienst im Internationalen Privatrecht

Der Informationsdienst am Deutschen Notarinstitut unterscheidet sich in einigen Aspekten mehr oder weniger erheblich von der Gutachtenerstattung des Max-Planck-Instituts und anderer Institute für die Gerichte:

1. Im gerichtlichen Beweisverfahren hat der Richter den Beweisbeschluss und den zugrunde zu legenden Sachverhalt zu formulieren.⁹ Der Notar soll

⁶ Die Beiträge zur Finanzierung des Notarinstituts werden nicht gesondert erhoben, sondern sind Teil der Gebühren, die die Notare jährlich an die Kammer abführen.

⁷ Dazu *Weber*, Der DNotI-Report und seine Berücksichtigung in der Rechtsprechung, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 55.

⁸ Stand: 31.12.2022, vgl. Die Bundesnotarkammer im Jahr 2022, DNotZ 2023, 561, 578.

⁹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 1.

zwar Sachverhalt und Fragestellung formulieren. Aufgabe der Sachbearbeiterin beim Institut ist es aber nicht nur, die Fragestellung zu beantworten, sondern dem Notar dabei zu helfen, seinen Fall richtig zu behandeln. Drängt sich daher der Verdacht auf, dass der Notar den Sachverhalt unvollständig ermittelt bzw. mitgeteilt hat oder sich das eigentliche Problem an ganz anderer Stelle verbirgt – z.B. weil die als Vermögensholding installierte „englische Limited“ tatsächlich den Sitz ihrer Hauptverwaltung in Cottbus hat oder der in Tirana lebende und dort verstorbene deutsche Diplomat nach den Anforderungen der EuErbVO in seinem Empfangsstaat wohl keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat – dann gilt es natürlich, auch die der aufgeworfenen Fragestellung vorgelagerten oder nachgelagerten Fragen zu lösen und ggf. durch Rücksprache mit dem Notar den maßgeblichen Sachverhalt abschließend zu ermitteln.

2. Das Institut informiert zu Fragen aus allen Bereichen des Rechts, also auch zu Fragen aus dem deutschen und dem europäischen Internationalen Privatrecht. Anders als im gerichtlichen Beweisverfahren¹⁰ muss die Sachbearbeiterin bei der Beantwortung der Fragen also nicht zwischen deutschem und ausländischem Recht differenzieren. Vielmehr zeigt sich, dass aufgrund des Randcharakters des IPR in der allgemeinen juristischen Ausbildung, der Pluralität der Rechtsquellen und des mit der Europäisierung des IPR rasch einhergehenden weitgreifenden Wandels des IPR gerade auch auf diesem Rechtsgebiet eine Vielzahl von Notaren der Unterstützung bedürfen, um komplexere Fälle zu bearbeiten.
3. Bisweilen geht es nicht nur darum, das anwendbare ausländische Recht und die sich hieraus ergebende materielle Rechtsfolge zu ermitteln, sondern auch darum, diese im deutschen Verfahrensrecht umzusetzen. Typische aktuelle Probleme sind die Gründung einer GmbH durch einen „Business Trust“, die Ausstellung eines Erbscheins, wenn der Nachlass auf einen „executor“ oder „administrator“ übergegangen ist, die Berechnung der gesetzlichen Erbquoten von Ehefrau und Kindern nach § 1931 BGB bei Geltung eines ausländischen Güterstands, die Gestaltung des Grundstückserwerbs, wenn der Käufer in einer Gütergemeinschaft ausländischen Rechts lebt oder der formgerechte Nachweis der Vertretung ausländischer Kapitalgesellschaften im deutschen Registerverfahren, wenn der ausländische Staat kein Handelsregister kennt. Hier gilt es, Regeln des deutschen Rechts auf Rechtsfolgen anzuwenden, die im deutschen Recht nicht vorgesehen sind, und ggf. mit dem anfragenden Notar Wege zu suchen, die ausländischen Rechtsinstitute so im deutschen Rechtssystem umzusetzen, dass der Fall für alle Verfahrensbeteiligten interessengerecht geregelt wird. Da es hier um die Anwendung, Auslegung und ggf. auch Fortbildung deutschen

¹⁰ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 4.

materiellen Rechts geht, wäre der Gutachter im gerichtlichen Verfahren dagegen an einer entsprechenden Stellungnahme gehindert.¹¹

- 4 Der Informationsdienst des Institutes ist nicht auf die Erstellung von Gutachten beschränkt.¹² Anfragen können auch telefonisch, durch Versand von Literatur oder bereits erstellten Gutachten in vergleichbaren vorangegangenen Anfragen, E-Mail-Nachrichten etc. beantwortet werden. Die Wahl der Form der Information obliegt der Sachbearbeiterin. Entscheidend sind dabei die Dringlichkeit der Angelegenheit, die Komplexität der Anfrage, der Informationsstand des Notars und weitere Faktoren. So ist z.B. eine telefonische Beantwortung dann nicht hilfreich, wenn der Notar die angefragte Berechnung der Erbquoten oder Ermittlung des Güterstands zusammen mit dem Erbscheinsantrag bzw. Grundbuchantrag dem Gericht gegenüber belegen muss, er also eine schriftliche Stellungnahme benötigt, die individuell auf seinen Fall bezogen ist. Ergibt sich aus der übermittelten Anfrage Anlass zur Annahme, dass der Fall vom Notar nicht erkannte weitere Fallstricke birgt oder der Sachverhalt unvollständig übermittelt wurde, kann dagegen ein telefonisches Gespräch, in dem der Sachverhalt umfassend geklärt und sämtliche Fragen, die sich in Zusammenhang mit dem Sachverhalt, der rechtlichen Lösung und der Suche nach dem „sichersten Weg“ zur Regelung der Angelegenheit stellen, besprochen werden, der angemessene Weg sein, um dem Notar einen Weg aufzuzeigen, wie er die ihm aufgetragene Aufgabe erfüllen kann. Auch insoweit beschränkt sich die Stellungnahme der Sachbearbeiterin nicht auf die Auskunft zum ausländischen Recht, sondern der Fall wird so weit „durchgelöst“, bis der Notar das Gefühl hat, dass er nun für die erfolgreiche Bearbeitung des ihm vorliegenden praktischen Falls keiner weiteren Information von Seiten des Instituts mehr bedarf.
5. Anfragen zum Institut werden innerhalb einer Regelbearbeitungszeit von 14 Tagen beantwortet. Bei begründeter Dringlichkeit werden Anfragen auch kürzer, erforderlichenfalls innerhalb weniger Stunden oder sofort am Telefon beantwortet. In eiligen Einzelfällen, in denen der Notar sehr umfassende Fragen stellt, kann es sich auch anbieten, dem Notar einen Weg aufzuzeigen, bei dem es auf die Beantwortung der von ihm gestellten Frage nicht ankommt.
6. Der Notar muss also dort abgeholt werden, wo er sich aufgrund seines Sach- und Informationsstandes aktuell befindet, und es sollte ihm ein Weg aufgezeigt werden, der zuverlässig zum Ziel führt. Informationen werden daher nicht nur von der objektiven Fallgestaltung her, sondern auch adressatenbezogen individuell dargeboten.

¹¹ Vgl. Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 2 Ziff. 1.

¹² So aber der Gutachter im Beweisverfahren nach Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 3.

7. Aufgrund des hohen Individualisierungsgrades sind die Gutachten des Instituts regelmäßig nicht dazu geeignet, veröffentlicht zu werden. Dennoch hat es sich bewährt, bestimmte Gutachten zu „Standardfragen“ auf einer nur den Notaren zugänglichen Datenbank zu veröffentlichen,¹³ so dass das Institut den Notaren auch Hilfe zur Selbsthilfe bietet. Ausgewählte Gutachten zu Fragen von allgemeiner oder tagesaktueller Bedeutung werden in der halbmonatlich erscheinenden Hauspostille des Instituts, dem DNotI-Report, abgedruckt.¹⁴

Inhaltlich betreffen die Anfragen an das DNotI zum internationalen Privatrecht häufig folgende rechtlichen Bereiche – wobei das gesamte Spektrum der notariellen Tätigkeit, ergänzt um die internationale Komponente, abgebildet wird:

- die Möglichkeit ehevertraglicher Vereinbarungen in grenzüberschreitenden Ehen,
- Beteiligung von Ehegatten bei Geltung ausländischen Güterrechts an inländischen Grundstücken und Gesellschaften,
- die gesetzliche Vertretung von im Ausland lebenden Minderjährigen und geschäftsunfähigen Erwachsenen,
- die Nachlassplanung und Nachlassabwicklung in internationalen Erbfällen,
- die Rechtsfähigkeit und organschaftliche Vertretung ausländischer Gesellschaften, sowie
- grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge.

Zur Bearbeitung der Anfragen können die Mitarbeiter des Instituts zunächst auf eine reichhaltige und gut gepflegte institutseigene Bibliothek zurückgreifen. Auch die Universitätsbibliothek in Würzburg steht aufgrund einer Kooperationsvereinbarung offen. Die bereits im Laufe des Institutslebens erstellten „Altgutachten“ sind vollständig in einer Datenbank erfasst und bergen für viele Anfragen einen guten Wissenspool und erleichtern den Einstieg in die konkrete Fallbearbeitung. Bei ausgefallenen Spezialfragen schließlich kann das Referat auch auf ein internationales Netzwerk zurückgreifen, in dem sich die Mitarbeiterinnen zahlreicher europäischer Notarkammern gegenseitig unterstützen.

¹³ Sog. online plus.

¹⁴ Online einsehbar unter <<https://www.dnoti.de/dnoti-report>>. Ein Abruf der auch für die nicht-notarielle Öffentlichkeit zugänglichen Gutachten ist unter <<https://www.dnoti.de/gutachten>> möglich.

III. Schluss

Das Deutsche Notarinstitut stellt den Notaren quasi ein rechtswissenschaftliches „back office“ zur Verfügung. Als Hotline für Notare geht es darum, in der Notariatspraxis anfallende rechtliche Schwierigkeiten zu bewältigen und dem Notar in angemessener Frist zu ermöglichen, für den Fall eine praktikable und sichere Lösung zu finden. Die fachliche Herausforderung liegt bei der Bearbeitung darin, nicht nur den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln, sondern zur Begutachtung deutsches und ausländisches Kollisionsrecht, ausländisches Sachrecht und deutsches materielles- sowie Verfahrensrecht zusammenzuführen. Der Sachbearbeiterin stehen dabei verschiedene Handlungsformen zur Verfügung, die sie informell und flexibel handhaben kann.

Anhang:

Leistungsgrundsätze des Anfrage- und Recherchedienstes

Fassung 1.7.2004

Das Deutsche Notarinstitut (DNotI) erfüllt seine satzungsmäßige Aufgabe der Unterstützung und wissenschaftlichen Beratung der Notare der beteiligten Notarkammern u. a. durch die Beantwortung schriftlicher Anfragen und die Durchführung von Recherchen (§ 17 Abs. 3 Ziff. 1 der Satzung der BNotK). Hierfür gelten folgende Leistungsgrundsätze:

1. Der Anfragedienst und der Recherchedienst erfolgen nur zu den notarspezifischen Rechtsfragen des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Nebengesetzen, des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Handels- und Gesellschaftsrechts, des Steuerrechts, des Internationalen Privatrechts, des Rechts der Wiedervereinigung, des Landwirtschaftsrechts, des Rechts der Europäischen Gemeinschaften, soweit es nationales Recht ändert, und des Öffentlichen Rechts. Das DNotI erstellt keine Gutachten zu Fragen des notariellen Berufsrechts und des Kostenrechts.
2. Das DNotI erfüllt seine Aufgaben in der Regel durch Stellungnahmen zu schriftlichen Anfragen im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege in Form von Gutachten. Der Anfragende sollte den maßgeblichen Sachverhalt unter Verwendung des Anfrage- oder Rechercheformulars des DNotI zusammengefasst darstellen, konkrete Rechtsfragen formulieren und die Anfrage unterzeichnen. Das DNotI beurteilt keine Vertragsentwürfe, erarbeitet keine Vertragsklauseln, begutachtet und entwickelt auch keine Vertragsgestaltungen, insbesondere nicht unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten. Das DNotI erstellt keine Prozessgutachten oder Parteigutachten. Anfragen zur Wirksamkeit oder Auslegung notarieller Urkunden eines

anderen Notars werden in der Regel nur mit Zustimmung des beurkundenden Notars bearbeitet. Anfragen mit einem Gegenstandswert über 0,5 Mio. Euro werden nur bearbeitet, wenn der Anfragende eine Haftungsfreistellung über die Gesamtsumme – auch von Gewährleistungsansprüchen Dritter – abgibt oder die Kosten für eine Einzelhaftpflichtversicherung des DNotI übernimmt.

3. Das DNotI entscheidet nach seinem Ermessen unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Anfragesituation, auf welche Weise und in welchem Umfang zu einer Anfrage Stellung genommen wird. Bei zu umfangreichen Anfragen oder Anfragen, die die Arbeitskapazität oder die vorhandene Literatur des DNotI übersteigen, kann eine Erledigung auch dadurch erfolgen, dass lediglich vorhandene Literatur übersandt wird oder Anschriften von außenstehenden Gutachtern (z.B. eines Hochschullehrers) benannt werden. Anfragen können auch nur telefonisch erledigt werden, insbesondere in Eilfällen. Das DNotI recherchiert bei der Bearbeitung einer Frage in kostenpflichtigen Datenbanken nur, wenn dies ausdrücklich gegen Kostenübernahme gewünscht wird. Anfragen werden vertraulich behandelt (§§ 18 und 69a BNotO).
4. Bei den Stellungnahmen des DNotI handelt es sich um privatrechtliche Auskünfte, die die Meinung der Gutachter wiedergeben, und nicht um eine offizielle Stellungnahme der Bundesnotarkammer. Die Anwendung der Stellungnahme auf den Einzelfall liegt in der alleinigen Verantwortung des Anfragenden. Bei streitigen oder ungeklärten Rechtsfragen muss jeder Notar selbst entscheiden, ob er der in der Stellungnahme vertretenen Rechtsmeinung folgt. Die Stellungnahmen des DNotI sollen lediglich Hilfestellungen und Anregungen für die Tätigkeit des Notars im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege bieten. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen.
5. Die Stellungnahmen des DNotI sind für den Notar und nicht zur Weitergabe an Dritte bestimmt. Die Weitergabe oder Verwendung einer Stellungnahme des DNotI ist ohne Zustimmung des DNotI nicht zulässig.
6. Die Leistungen des DNotI werden durch die Beiträge der beteiligten Notarkammern finanziert. Von den anfragenden Notaren wird grundsätzlich keine gesonderte Vergütung erhoben. Der anfragende Notar hat dem DNotI besondere Aufwendungen (z.B. Übersetzungskosten etc.) zu erstatten.

Gutachtenanfrage

Mit diesem Online-Formular können Sie, wenn Sie Notar sind und wenn die Anfrage eine Rechtsfrage Ihrer eigenen notariellen Amtstätigkeit betrifft, diese an uns richten.

Die Beantwortung von Anfragen erfolgt auf der Grundlage der jeweils gültigen Leistungsgrundsätze.

Wir bitten Sie, jeder Anfrage das vorliegende Formular ausgefüllt beizufügen.

Nachname*	Vorname*	Notarkammer	
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text" value="v"/>	
Das ist ein Pflichtfeld.		Das ist ein Pflichtfeld.	
Postleitzahl*	Ort*	Straße*	Hausnummer*
<input type="text" value="12345"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
E-Mail*	Telefon*		
<input type="text" value="max@mustermann.de"/>	<input type="text" value="030 123456789"/>		

Rechtsgebiet Bitte beachten Sie, dass das DNotI keine Gutachten zum notariellen Berufs- und Landesrecht sowie zu Kostenrecht erstellt.

Gegenstandswert* Übersteigt der Gegenstandswert bzw. das Haftungsrisiko **500.000,- €**, kann das DNotI die Anfrage nur bearbeiten, wenn der anfragende Notar eine **Haftungsfreistellung** über die **Gesamtsumme** abgibt oder die Kosten für eine Einzelfallversicherung des DNotI übernimmt. Die Haftungsfreistellung muss **auch Gewährleistungsansprüche Dritter** umfassen. Sie muss **eigenhändig** unterzeichnet sein und **per Fax** oder **elektronisch** als **Scan** (kein Faksimile) eingehen. Bei einem Gegenstandswert bzw. Haftungsrisiko ab **5 Mio. €** bitten wir darum, uns eine **eigenständig formulierte und unterschriebene Freistellungserklärung im Original** auf dem Postweg zu übersenden.

- Normale Bearbeitung (14 Tage) Eilig In eiligen Fällen erfolgt die Bearbeitung ggf. NUR durch telefonischen Rückruf.

Begründung der Eilbedürftigkeit

Bitte geben Sie unbedingt eine konkrete Erklärung der Anfrage ab. Sofern die Eilbedürftigkeit mit einem bestimmten Datum zusammenhängt („Parteien sind nur am ... im Land“; Frist des Grundbuchamts läuft am ... ab“), geben Sie bitte auch dieses Datum an. Ohne konkrete Begründung der Eilbedürftigkeit behalten wir uns vor, die Anfrage nur innerhalb der normalen Bearbeitungszeit zu bearbeiten.

Sachverhalt

Rechtsfrage(n)

Bemerkungen

Anhänge hochladen...  Dateien zum Anhängen hier ablegen

- Ich erkläre mich damit einverstanden, dass das DNotI ausgewählte Gutachten in anonymisierter Form nach eigenem Ermessen in die nur Notaren zugängliche Online Datenbank DNotI-Online-Plus einstellt oder im DNotI-Report oder im Gutachten-Abruf veröffentlicht.

Anfrage absenden

Teil 2

Die Hamburger Leitlinien

Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren

Entstehung, Ziele, Inhalt

*Ralf Michaels/Jan Peter Schmidt**

I.	Einleitung.....	236
II.	Hintergrund.....	237
	1. Rechtliche Vorgaben.....	237
	2. Praktische Probleme.....	238
	3. Die Rolle der BGH-Rechtsprechung.....	239
III.	Entstehung.....	240
IV.	Grundentscheidungen.....	242
	1. Adressaten: Gerichte, Sachverständige, Parteien.....	242
	2. Quellen: Geltendes Recht und Erfahrungen der Praxis.....	243
	3. Stil: Empfehlungen, nicht Gesetzesnormen.....	243
	4. Gliederung: Akteure und Verlauf.....	244
V.	Inhalt.....	244
	1. Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien.....	244
	2. Allgemeine Ziele und deren Konkretisierung.....	246
VI.	Ausblick.....	247

Deutsche Gerichte haben mitunter nach ausländischem Recht zu entscheiden. Über das richtige Vorgehen zu dessen Ermittlung und Anwendung und die Abgrenzung der Aufgabenbereiche bei Ernennung eines Sachverständigen herrscht oftmals Unsicherheit. Verschärft wird das Problem durch die gewachsene Zahl von Fällen mit Auslandsbezug. Die in einem intensiven Austausch zwischen Praxis und Wissenschaft erarbeiteten „Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren“ wollen Gerichte, Sachverständige und Parteien (einschließlich ihrer Bevollmächtigten) beim Umgang mit internationalen Fällen unterstützen. Sie bilden in kompakter Form den maßgeblichen Rechtsrahmen ab und geben eine Vielzahl praktischer Handlungsempfehlungen.

* Der Beitrag wurde zuerst veröffentlicht in der Neuen Juristischen Wochenschrift 2024, 24–29. Die Aufnahme in diesen Band, geringfügig aktualisiert, erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Verlags C.H. Beck.

I. Einleitung

Die Einholung von Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht hat in der deutschen Gerichtspraxis lange Tradition.¹ Verfasst werden solche Gutachten in aller Regel von deutschen Hochschullehrern oder an außeruniversitären wissenschaftlichen Einrichtungen wie dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (im Folgenden: MPI). Das Zusammenwirken von Praxis und Wissenschaft genießt grundsätzlich einen guten Ruf und wird auch im internationalen Vergleich als sehr erfolgreich eingeschätzt.²

Wer die Gutachtenpraxis aus der Innenperspektive kennt, weiß allerdings, dass das System zu Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts an manchen Stellen knirscht und ineffizient ist. Beteiligte – Gerichte, Sachverständige, Parteien – sind sich nicht immer klar über ihre jeweiligen Rollen und deren Zusammenspiel; die Abwägung von Präzision und Effizienz ist oftmals schwierig. Zu diesen alten und bekannten Problemen kommt in neuerer Zeit ein weiteres hinzu: Die stetig wachsende Zahl von Verfahren, in denen ausländisches Recht anwendbar ist – die IPRspr-Bände wurden jährlich dicker³ – führt zunehmend zur Überlastung sowohl von Gerichten als auch von Sachverständigen. Es ist nicht mehr möglich (wenn es das jemals war), jedes Mal auf Sachverständige auszuweichen, wenn ausländisches Recht anwendbar oder in anderer Weise zu berücksichtigen ist. Gleichzeitig fühlen sich Gerichte allein gelassen mit der Frage, welche Alternativen sich ihnen bieten oder wie sie in Fällen mit Auslandsbezug überhaupt vorzugehen haben.

Solche Probleme bewogen die Autoren, in Zusammenarbeit mit erfahrenen Wissenschaftlern und Praktikern die „best practices“ des Umgangs mit ausländischem Recht zu sammeln und zu kodifizieren. Das Ergebnis sind die „Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren“ (im Folgenden: Hamburger Leitlinien), die am 9.10.2023 am OLG Hamburg offiziell vorgestellt wurden. Sie sind unter der

¹ Historisch lässt sich eine Verbindung zur frühneuzeitlichen Praxis der Aktenversendung ziehen, deren Zwecke und Rahmenbedingungen allerdings etwas andere waren. Dazu *Oestmann*, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, 2. Aufl. 2021, S. 196; sowie *ders.*, Zur Geschichte der Gutachtenpraxis, in diesem Band, S. 3, 16 ff.

² Rechtsvergleichend etwa *Trautmann*, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im internationalen Zivilverfahren, 2011; *Nishitani*, General Report, in: Nishitani (Hrsg.), Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence?, 2017, S. 3, 24 f.

³ Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (jährliche Entscheidungssammlung); siehe zuletzt die Bespr. von *Hohloch*, Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 2019, *RabelsZ* 87 (2023), 374. Die IPRspr wurde ab dem Jahrgang 2020 von der Buchform auf eine Datenbank umgestellt und ist seit Herbst 2024 mit allen Entscheidungen ab 2004 unter <www.iprspr.de> frei zugänglich.

Adresse <www.hhleitlinien.de> abrufbar,⁴ existieren aber auch als Druckfassung und werden auf Anfrage zugesandt.⁵

Die Hamburger Leitlinien wollen Gerichten, aber auch Sachverständigen und Parteien (einschl. ihrer Bevollmächtigten) den rechtskonformen, transparenten und effizienten Umgang mit ausländischem Recht erleichtern (Hamburger Leitlinien Vorbemerkung). Sie bilden in kompakter Form den maßgeblichen Rechtsrahmen ab und geben praktische Handlungsempfehlungen für den Normalfall wie auch für eine Reihe von Einzelproblemen. Hier werden sie vorgestellt.

II. Hintergrund

1. Rechtliche Vorgaben

Dass deutsche Gerichte ausländisches Recht anzuwenden haben, kommt vor allem dann vor, wenn die Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) in Fällen mit Auslandsberührung auf ausländisches Recht verweisen; freilich kann ausländisches Recht auch außerhalb des IPR in zahlreichen Konstellationen relevant werden (Liste in Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 1). Dass Gerichte sich veranlasst sehen können, zum ausländischen Recht ein Sachverständigengutachten in Auftrag zu geben, beruht wiederum auf einer grundlegenden Weichenstellung des deutschen Zivilprozessrechts. Denn ausländisches Recht ist von deutschen Gerichten nach dem einhelligen Verständnis des § 293 ZPO ebenso wie inländisches Recht als *Recht* zu behandeln und nicht als bloße Tatsache, die von den Parteien dargelegt und gegebenenfalls bewiesen werden müsste.⁶ Daher muss das Gericht dessen Inhalt von Amts wegen selbst ermitteln – der Grundsatz „*iura novit curia*“ gilt mithin auch für ausländisches Recht.

Wie sich das Gericht diese Kenntnis verschafft, steht allerdings in seinem pflichtgemäßen Ermessen.⁷ Es gilt der Freibeweis – das Gericht darf sich also sämtlicher Beweismittel und Erkenntnisquellen bedienen (Liste in Hamburger Leitlinien (2023), Art. 3 § 2 Ziff. 2). Zum einen kann es eigene Recherchen anstellen, etwa mithilfe einschlägiger Literatur, Internetquellen und Übersetzungsprogrammen. Zum anderen kann es versuchen, Informationen über ausländisches Recht zum Beispiel von Botschaften und Konsulaten zu erlangen. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht ist

⁴ Permalink: <<https://doi.org/10.17617/2.3529891>>.

⁵ Kontakt: <hhleitlinien@mpipriv.de>.

⁶ Aus jüngerer Zeit etwa BGH, Beschl. v. 24.8.2022 – XII ZB 268/19, BGHZ 234, 270 = NJW-RR 2022, 1441 = IPRspr 2022-1.

⁷ Etwa BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244 = IPRspr 2014-276 = IPRax 2017, 517.

also keineswegs vorgegeben und bildet statistisch vermutlich nicht einmal den Normalfall.⁸

Jedenfalls in komplizierten Fällen oder bei entlegenen Rechtsordnungen wird das Sachverständigengutachten häufig allerdings der einzige Weg für das Gericht sein, die Vorgaben des § 293 ZPO zu erfüllen. Ein Grund liegt darin, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH das ausländische Recht so zu ermitteln und anzuwenden ist, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde.⁹ Dies kann eine detaillierte Erforschung der ausländischen Gerichtspraxis erfordern, die ein deutsches Gericht schon mangels Zugangs zu den einschlägigen Quellen im Wege der Eigenrecherche oft kaum zu bewältigen vermag.

Trotzdem entlastet die Einholung eines Sachverständigengutachtens das Gericht nicht von seinen originären Aufgaben. Dazu zählt zum einen die Ermittlung, Auslegung und Anwendung der in Deutschland geltenden IPR-Vorschriften,¹⁰ zum anderen die Entscheidung des konkreten Falls unter Anwendung ausländischen Rechts. Die Subsumtion unter das vom Sachverständigen ermittelte ausländische Recht ist also letztverantwortlich vom Gericht vorzunehmen. Die Aufgabe des Sachverständigen beschränkt sich darauf, die vom Gericht gestellten Beweisfragen zum ausländischen Recht zu beantworten.

2. *Praktische Probleme*

So klar ist die Abgrenzung der Aufgaben zwischen Gericht und Sachverständigen indes nur in der Theorie, was erfahrungsgemäß vor allem Richterinnen und Richter belastet. Viele von ihnen haben im Studium nur wenig IPR gelernt und sind in der Praxis nur selten damit konfrontiert. Einigen erscheint das Gutachten zum ausländischen Recht als willkommene Gelegenheit, Schwierigkeiten des IPR, des ausländischen Rechts und vielleicht auch noch dessen Anwendung an einen Experten abgeben zu können – Aufgaben also, die sie zum Teil gar nicht abgeben dürfen. Auch kennen sie oftmals nicht die sich stetig verbessernden Möglichkeiten, Fragen des ausländischen Rechts ohne übermäßigen Aufwand durch Eigenrecherche zu ermitteln – selbst Standardwerke, in denen ausländisches Recht für bestimmte Bereiche detailliert in deutscher Sprache dargestellt werden, sind nicht immer bekannt und/oder zugänglich.¹¹

⁸ Vgl. *M. Stürner/Krauß*, *Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren – Eine rechtstatsächliche Untersuchung*, 2018, S. 120 („ultima ratio“), ausf. dort S. 135 f.

⁹ Zuletzt BGH, Urt. v. 5.7.2023 – IV ZR 375/21, NJW-RR 2023, 1146 Rn. 24 = IPRspr 2023-320; zu rechtstheoretischen Grundlagen und Grenzen dieser „Auslandsperspektive“ siehe *Jansen/Michaels*, *Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts*, ZZP 116 (2003), 3.

¹⁰ Diese sind häufig staatsvertraglichen und insbesondere supranationalen (d.h. europarechtlichen) Ursprungs, vgl. Art. 3 EGBGB. Die Hamburger Leitlinien sprechen deshalb vom „in Deutschland geltenden IPR“ anstatt vom „deutschen IPR“.

Wo schließlich doch ein Beweisbeschluss zum ausländischen Recht erlassen werden soll, treten Zweifel hinsichtlich seiner richtigen und zielführenden Formulierung auf. Nicht selten wird er zu weit gefasst, indem er beispielsweise auch Fragen des in Deutschland geltenden IPR einschließt oder den Sachverständigen umfassend nach der Begründetheit des klägerischen Vorbringens fragt (was eine Tatsachenfeststellung und Subsumtion einschließen würde und damit originäre Aufgaben des Gerichts). Umgekehrt wird der Beweisbeschluss mitunter zu eng gefasst, etwa wenn er zu stark an die Strukturen und Begrifflichkeiten des deutschen Rechts angelehnt ist und damit die für den Fall entscheidenden Normen und Institute des ausländischen Rechts nicht zu erfassen vermag. Unvollkommen formulierte Beweisbeschlüsse stellen in der Praxis zwar meist kein unüberwindbares Hindernis dar, weil Sachverständige dem Gericht sachdienliche Hinweise geben können oder sich häufig die Freiheit nehmen, ihren Auftrag so zu interpretieren, wie es ihnen zweckmäßig erscheint. Sicher ist das indes nicht. Jedenfalls kommt es zu unnötigen Reibungsverlusten, etwa indem Folgebegründungen erforderlich werden.

Sachverständige zum ausländischen Recht haben – als „repeat players“ – häufig mehr einschlägige Erfahrung. Auch ihnen dürften aber Feinheiten, etwa zur genauen Abgrenzung ihrer Aufgabe von derjenigen des Gerichts, nicht immer bekannt sein. Hinzu kommt, dass sich auch für Sachverständige spezielle Probleme stellen können. Dies betrifft etwa den zulässigen Stundensatz und den Umgang mit Überschreitungen des vom Gericht bei den Parteien angeforderten Auslagenvorschusses. Ein Institut, an dem verschiedene Personen mit der Gutachtenerstellung befasst sind, hat bereits ein eigenes Interesse daran, wiederholt auftretende Zweifelsfragen zu klären und eine gewisse Gleichförmigkeit der Abläufe sicherzustellen. Doch ist eine solche auch zwischen Instituten erstrebenswert, nicht zuletzt im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Schließlich ist auch für Parteien und ihre Vertreter der Umgang mit ausländischem Recht wichtig. Eine Beibringungspflicht für ausländisches Recht haben sie zwar nicht. Aber inwieweit ihre Mitwirkung möglich ist und deren Verweigerung sich negativ auswirken kann, wissen sie nicht immer genau.

3. Die Rolle der BGH-Rechtsprechung

Unsicherheit erzeugt auch die Rechtsprechung des BGH. Während die Anwendung ausländischen Rechts nach ständiger, wenngleich kritizierter Rechtsprechung als solche nicht revisibel ist, unterliegt seine Ermittlung sehr wohl höchstrichterlicher Überprüfung.¹² Hier legt der BGH einen strengen, teilweise sehr strengen Maßstab an. In der Konsequenz erscheinen seine Anforder-

¹¹ Für eine Zusammenstellung praktisch nützlicher Werke zum ausländischen Privatrecht siehe <www.hhleitlinien.de/literatur>.

¹² Zu beiden Aspekten zuletzt BGH, NJW-RR 2023, 1146 = IPRspr 2023-320.

rungen an die richterliche Ermittlungspflicht mitunter so hoch, dass selbst ein Sachverständigengutachten sie regelmäßig kaum erfüllen kann. Zweifelhafte Berühmtheit hat insbesondere eine Entscheidung des BGH erlangt, in der es um Schiffspfandrechte („prendas navales“) nach dem Recht Venezuelas ging.¹³ Sie kann den Eindruck erwecken, dass ein in Deutschland ansässiger Rechtswissenschaftler prinzipiell nicht in der Lage sei, zuverlässig Auskunft über ausländische Rechtspraxis zu geben.

Doch zeigt gerade die „prendas navales“-Entscheidung mit ihrer überaus verworrenen Prozessgeschichte,¹⁴ dass die Aussagen des BGH zu den Anforderungen an die Ermittlung ausländischen Recht nur mit Vorsicht verallgemeinert werden dürfen, weil sie oftmals vor dem Hintergrund sehr spezifischer Fallkonstellationen ergangen sind. Tatsächlich hielt es der BGH selbst in verschiedenen Entscheidungen für ausreichend, dass das Instanzgericht sich auf die Auskunft einer Botschaft oder Ausführungen in der deutschsprachigen Literatur verlassen hatte.¹⁵ Und auch der „prendas navales“-Entscheidung lässt sich die Aussage entnehmen, dass Nachforschungen zur ausländischen Rechtspraxis nur bei Anzeichen eines Abweichens von der geschriebenen Rechtslage erforderlich sind.¹⁶ Es kommt also auf den Einzelfall an.

III. Entstehung

Dass die am Hamburger MPI gemachten Erfahrungen mit den skizzierten Problemen denjenigen anderswo im Land entsprechen, wissen wir durch die empirische Untersuchung von Stürner und Krauß¹⁷ sowie zahlreiche Gespräche mit Wissenschaftlern und Praktikern. Das gab uns Anlass zur Erarbeitung einer praktischen Handreichung. Deren Bezeichnung als *Hamburger Leitlinien* erklärt sich durch den Entstehungsort, das Hamburger Max-Planck-Institut, das in Nachfolge seines Vorgängers, dem Kaiser-Wilhelm-Institut, inzwischen auf eine fast hundertjährige Erfahrung in der Gutachtenerstellung zurückblickt.¹⁸ Indes wird weder nur die Praxis des Hamburger MPI dargestellt noch wollen oder gar können die Leitlinien nur in Hamburg angewandt werden. Erfahrun-

¹³ BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90, NJW-RR 1991, 1211 = IPRspr 1991-1 b.

¹⁴ Dazu detailliert und mit deutlicher Kritik am BGH *Samtleben*, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW 1992, 3057.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, NJW-RR 2017, 902 = IPRspr 2017-304; BGH, Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833 Rn. 25.

¹⁶ Unter I.1. der Entscheidungsbegründung.

¹⁷ *Stürner/Krauß* (Fn. 8).

¹⁸ *Kunze*, Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut, 2004, S. 71 ff.; *Duve/Kunstreich/Vogenauer/Magnus*, Rechtswissenschaft in der Max-Planck-Gesellschaft 1948–2002, 2023, 91, 95 ff.; vgl. auch *Kegel*, Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts, in: FS Nipperdey, Bd. I, 1965, 453.

gen aus anderen Institutionen und der Praxis sind in sie ebenso eingegangen wie von der MPI-Praxis abweichende Präferenzen von Kollegen.

Konkreter Anlass zur Erstellung der Leitlinien war die Gründung eines Kompetenzzentrums für die Anwendung ausländischen Rechts am Institut im Jahr 2020, das von Mitautor Jan Peter Schmidt geleitet wird.¹⁹ Mit dieser Gründung verband sich nicht nur eine Reorganisation und Bündelung von Zuständigkeiten, gleichzeitig sollte die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts auch zum Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung werden. Der eigentliche Entstehungsprozess der Leitlinien begann Ende des Jahres 2022. Ein von uns erstellter Vorentwurf wurde in zwei Sitzungen detailliert von einer internen Arbeitsgruppe am MPI diskutiert, deren Mitglieder teils jahrzehntelange Erfahrung auf dem Gebiet der Gutachterstellung haben.²⁰ Zwischen beiden Sitzungen wurden Stellungnahmen externer Experten eingeholt und in den Entwurf integriert.²¹ Am 16.6.2023 wurde dieser dann in einem Workshop diskutiert, an dem neben Mitarbeitern des MPI²² und Hochschullehrern²³ auch Vertreter aus Justiz, Anwaltschaft, Notariat, Standesamtswesen und Versicherungswirtschaft teilnahmen.²⁴ Dieser Workshop war verbunden mit der wissenschaftlichen Tagung „Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts“,²⁵ mit der an das einflussreiche Symposium angeknüpft wurde, das 1966 am gleichen Ort zum gleichen Thema stattgefunden hatte.²⁶ Dass beides parallel angegangen wurde, erzeugte

¹⁹ <<https://www.mpipriv.de/1265992/20>>.

²⁰ Der Arbeitsgruppe gehörten außer den Autoren an: *Jürgen Basedow*†, *Felix Bassier*, *Ruth Effinowicz*, *Mateusz Grochowski*, *Biset Sena Güneş*, *Christina Kottke*, *Dieter Martiny*, *Andrey Shirvindt*, *Antonia Sommerfeld*, *Denise Wiedemann* und *Nadjma Yassari*. Wir sind sehr dankbar, dass auch der frühere Institutionsdirektor *Jürgen Basedow* an der ersten Sitzung noch teilnehmen und dabei viele wichtige Denkanstöße geben konnte, und betrübt, dass er den Abschluss des Projekts aufgrund seines plötzlichen Todes nicht mehr miterleben konnte.

²¹ Dies waren *Anatol Dutta* (LMU München), *Heinz-Peter Mansel* (Universität Köln) und *Michael Stürner* (Universität Konstanz).

²² Außer den Autoren gehörten hierzu *Reinhard Ellger*, *Christina Kottke*, *Dieter Martiny*, *Denise Wiedemann* und *Nadjma Yassari*.

²³ Hierzu gehörten *Jan von Hein* (Universität Freiburg), *Lukas Rademacher* (Universität Kiel), *Michael Stürner* (Universität Konstanz) und *Anton S. Zimmermann* (Universität Heidelberg).

²⁴ Dies waren *Martin Illmer* (LG Hamburg), *Friedrich Loschelder* (BFH), *Carl F. Nordmeier* (LG Frankfurt a.M.), *Carolin Richter* (Standesamt Hamburg-Bergedorf), *Sandra Schwarz* (Deutsches Büro Grüne Karte eV, Berlin), *Rembert Süß* (DNotI Würzburg), *Andrea Tiedemann* (Brödermann Jahn Rechtsanwaltsengesellschaft mbH, Hamburg) und *Stephanie Zöllner* (OLG Hamburg).

²⁵ Ein Tagungsbericht von *Bassier/Kottke/Kronier* ist abgedruckt in IPRax 2024, 257.

²⁶ *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht, 1968; vgl. auch den Konferenzbericht von *Müller*, *RabelsZ* 30 (1966), 752.

Synergien: Die Leitlinien beruhen auf wissenschaftlicher Bearbeitung schwieriger Fragen, die Konferenz konnte davon profitieren, dass in den Leitlinien nicht nur das Recht, sondern auch die Praxis der Gutachtenerstellung erstmals kodifiziert ist.

Im Nachgang zur Konferenz erstellten wir schließlich die finale Fassung der Hamburger Leitlinien. Ungeachtet des kollektiven Entstehungsprozesses zeichnen wir allein also verantwortlich für den Inhalt. Zugleich sind wir allen an der Entstehung beteiligten Personen sehr dankbar für die stets konstruktiven, engagierten und fruchtbaren Diskussionen.

IV. Grundentscheidungen

1. Adressaten: Gerichte, Sachverständige, Parteien

Adressaten der Leitlinien sind diejenigen Akteure, die in der deutschen Verfahrenspraxis mit der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts zu tun haben. Das sind vor allem Richter und Sachverständige, ferner die Parteien einschließlich ihrer Bevollmächtigten. Sachlich sind die Leitlinien auf Verfahren vor Zivilgerichten zugeschnitten, im Grundsatz aber auch für andere deutsche Gerichte oder Behörden – Finanzgerichte, Strafgerichte Asylbehörden, Finanzbehörden, Standesämter – nutzbar, die ausländisches Recht anzuwenden haben.

Die Beschränkung auf Verfahren vor *deutschen* Gerichten oder Behörden scheint der rechtsvergleichenden Ausrichtung des MPI zu widersprechen, beruht indes selbst auf rechtsvergleichenden Erwägungen. Die hiezulande bestehenden Rahmenbedingungen unterscheiden sich von denen anderer Rechtsordnungen zum Teil deutlich.²⁷ So sind Rollenverteilung und Verfahren von vornherein anders, wo, wie beispielsweise in der Tradition des Common Law, ausländisches Recht als von den Parteien darzulegende und zu beweisende Tatsache behandelt und deshalb typischerweise von Parteiexperten vor das Gericht gebracht wird.²⁸ Zudem ist in Deutschland die Erstattung von Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht in höherem Maße institutionalisiert als in den meisten anderen Staaten.²⁹ Trotzdem hoffen wir, dass auch Juristen anderer Rechtsordnungen von den Leitlinien profitieren werden.

²⁷ Nishitani (Fn. 2), S. 3; Trautmann (Fn. 2), S. 17 ff.

²⁸ Für das englische Recht eingehend Trautmann (Fn. 2), S. 47 ff. Siehe ferner die Länderberichte in Nishitani (Hrsg.), *Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence?*, 2017.

²⁹ In einigen anderen Ländern gibt es immerhin Institute, deren originäre Aufgabe sogar in der Erstattung von Gutachten zum ausländischen Recht besteht, so etwa das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne (<<https://www.isdc.ch/de/>>) und das Hellenic Institute of International and Foreign Law in Athen (<<https://www.hiifl.gr/en/>>).

2. Quellen: Geltendes Recht und Erfahrungen der Praxis

Inhaltlich ruhen die Hamburger Leitlinien auf zwei Säulen. Die erste Säule ist der durch Gesetze und Rechtsprechung gebildete Rechtsrahmen.³⁰ Die Hamburger Leitlinien können und wollen diesen zwar nicht in allen Einzelheiten wiedergeben. Für ein vollständiges Verständnis erschien es dennoch nötig, die wichtigsten rechtlichen Vorgaben in die Leitlinien aufzunehmen, etwa was die richterlichen Ermittlungspflichten und die dabei zu beachtenden Maßstäbe angeht, aber auch hinsichtlich praktisch relevanter Detailfragen des Sachverständigenrechts.

Die zweite Säule sind die langjährigen praktischen Erfahrungen und Routinen der an der Entstehung der Hamburger Leitlinien beteiligten Personen und ihrer Institutionen. Sie füllen den Raum, der durch die abstrakten rechtlichen Vorgaben eröffnet wird. Insgesamt wurde angestrebt, ein relativ vollständiges und in sich schlüssiges Konzept zu entwerfen. Dabei mussten für einzelne Fragen, die von unterschiedlichen Experten unterschiedlich bewertet oder praktisch gehandhabt werden, Entscheidungen getroffen werden.

3. Stil: Empfehlungen, nicht Gesetzesnormen

Die Hamburger Leitlinien sind bewusst an den meisten Stellen nicht wie bindende und abstrakte Gesetzesnormen, sondern als Empfehlungen zur Vorgehensweise formuliert. Das scheint adäquat für ein Instrument, das keine Vorschriften fingieren, sondern praktische Hilfe leisten will, und das im Sinne seines Titels den Normalfall behandelt, ohne Abweichungen für Sonderfälle entgegenstehen zu wollen. Zweifelsfälle sollten pragmatisch und im Lichte der Rollenabgrenzung und allgemeinen Ziele des Art. 1 gelöst werden.

Zu ihrem besseren Verständnis und ihrer erleichterten Handhabung enthalten die Leitlinien unterhalb der Regelungs- oder Empfehlungsebene eine optisch abgesetzte zweite Ebene mit Erläuterungen, Illustrationsbeispielen oder einschlägigen Grundlagen in Gesetz und Rechtsprechung. Vorbild sind Restatements wie das US Restatement of Law oder die verschiedenen transnationalen Prinzipien zum allgemeinen Vertragsrecht, etwa die Principles of European Contract Law.³¹

³⁰ Sehr hilfreich für die Erfassung dieses Rechtsrahmens waren insbesondere *Hußtege*, Internetrecherche contra Sachverständigengutachten – Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, IPRax 2021, 261 und *Nordmeier*, Internationale Zuständigkeit und ausländisches Recht im Verfahrens- und Prozesskostenhilfverfahren – Vollstreckungsabwehrklage, § 293 ZPO und die Bewilligungsvoraussetzungen des § 114 Abs. 1 ZPO, IPRax 2022, 243, 245 ff.

³¹ Vgl. *Michaels*, Restatements, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of European Private Law, 2012, <<https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Restatements>>; speziell zur Form *Jansen*, The Making of Legal Authority, 2010, S. 126 ff.

4. *Gliederung: Akteure und Verlauf*

Gegliedert sind die Leitlinien, abgesehen vom kurzen Allgemeinen Teil der Grundlagen (Art. 1), nach den verschiedenen Hauptadressaten und -akteuren: Gerichten (Art. 2), Sachverständigen (Art. 3) und Parteien einschließlich ihrer Bevollmächtigten (Art. 4). Innerhalb jedes Abschnitts ist die Darstellung weitgehend am typischen zeitlichen Ablauf orientiert. Art. 2 (Leitlinien für Gerichte) etwa beginnt mit der Identifizierung des anwendbaren Rechts (§ 1), schreitet fort zu der Entscheidung darüber, wie das ausländische Recht ermittelt werden soll (§ 3), der Auswahl von Sachverständigen (§ 5) und der Formulierung des Beweisbeschlusses (§ 6), und endet mit dem Umgang mit dem erstellten Gutachten (§ 8) und der Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts (§ 9). In Art. 3 (Leitlinien für Sachverständige) ist es ähnlich. Art. 4 (Parteien) besteht wegen deren geringer Rolle nur aus einem Paragraphen.

Diese Gliederung ermöglicht es Akteuren, sich in der praktischen Arbeit auf den jeweils rollenspezifischen Artikel zu beschränken. Dass es dadurch zu partiellen Wiederholungen kommt oder eigentlich verbundene Aspekte auseinandergerissen werden, ist unseres Erachtens zu verschmerzen. Größer erscheint die Gefahr eines Tunnelblicks, wenn die Beschränkung auf den rollenspezifischen Artikel daran hindert, das Verfahren als Ganzes zu verstehen. Dagegen hilft zum einen die Lektüre des Art. 1, der für alle Akteure gilt und ihr Verhältnis zueinander definiert. Zum anderen enthalten die Leitlinien zahlreiche Querverweise zwischen Artikeln. Letztlich hoffen wir aber, dass alle Beteiligten die Hamburger Leitlinien in ihrer Gänze lesen und nutzen werden.

V. Inhalt

Die Hamburger Leitlinien wollen aus sich selbst heraus verständlich sein. Die Darstellung einiger Grundprinzipien mag aber helfen, den Gesamtzusammenhang klarzumachen (in Klammern genannte Artikel sind solche der Hamburger Leitlinien).

1. *Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien*

Die Rollenverteilung zwischen Gerichten, Sachverständigen und Parteien, die zu den zentralen institutionellen Rahmenbedingungen der Behandlung ausländischen Rechts gehört, ist in Art. 1 § 1 der Hamburger Leitlinien zusammengefasst, zieht sich aber durch die gesamten Leitlinien und hilft auch für Spezialfragen. Das betrifft zunächst die Ermittlung und Anwendung des in Deutschland geltenden IPR, denn dieses gehört zum deutschen Recht und ist daher nicht von § 293 ZPO umfasst (Art. 1 § 1). Die Auslegung der in Deutschland geltenden IPR-Normen, also zum Beispiel ob Verweisungen auf

ausländisches Sach- oder Kollisionsrecht gehen, Probleme der Qualifikation etc. – all das muss das Gericht selbst beurteilen (Art. 2 § 1). Trotzdem sollte auch der Sachverständige die IPR-Prüfung des Gerichts stets nachvollziehen und gegebenenfalls das Gericht auf Unklarheiten hinweisen (Art. 3 § 1 Ziff. 4). Darüber hinaus kann es bisweilen nützlich sein, wenn der Sachverständige Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR macht (Art. 3 § 4). Bei einigen Fragen, so etwa der Qualifikation (Art. 3 § 4 Ziff. 4) oder dem *ordre public* (Art. 3 § 5 Ziff. 7), kann die zutreffende Anwendung des eigenen IPR eine gewisse Kenntnis des ausländischen Sachrechts voraussetzen; hier muss der Sachverständige dann Stellung nehmen.

Auch die Sachverhaltsermittlung und die Subsumtion unter das anwendbare Recht verbleiben im Grunde beim Gericht, ebenso die Ausübung von Ermessen. Hier stellen sich Abgrenzungsprobleme für verschiedene in Art. 3 § 5 dargestellte Situationen, wie etwa die Auslegung von Rechtsgeschäften oder die Bemessung von Schmerzensgeld. Der Sachverständige kann hier ein Subsumtionsergebnis vorschlagen (Art. 3 § 5 Ziff. 5), das Gericht dadurch aber nicht von der Pflicht zur eigenständigen Beurteilung entbinden (Art. 2 § 9 Ziff. 1). Insgesamt gilt: Auch wo das Gericht sich das Gutachten zu eigen macht, muss es seine Entscheidung eigenständig begründen; es darf sich nicht zum „Ausführungsgehilfen des Sachverständigen“ machen.³² Insofern stellen die Hamburger Leitlinien in ihrem Art. 2 § 9 höhere Anforderungen an die eigenständige Wertung des Gerichts als sie bei Sachverständigen für andere Gebiete bestehen, wo es um Tatsachenfragen und nicht um (ausländisches) Recht geht.

Den Parteien kommt aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes keine eigenständige Aufgabe bezüglich der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts zu (Art. 1 § 1 Ziff. 3). Legen sie ein Parteigutachten vor, so wird das als Sachvortrag und nicht als Beweis behandelt (Art. 2 § 2 Ziff. 5). Ganz ohne Rolle sind sie indes nicht. Wenn das Gericht sie aufgrund ihrer Spezialkenntnisse oder ihres besseren Zugangs zu Quellen um Hilfe bei der Ermittlung bittet, kann es aus einer Weigerung unter Umständen negative Schlüsse ziehen (Art. 4 Ziff. 1). Zudem enthebt die Anwendbarkeit ausländischen Rechts die Parteien nicht automatisch davon, im ausländischen Recht vorgesehene Angriffs- und Verteidigungsmittel selbst wahrzunehmen. Inwieweit der Sachverständige hier Hinweise geben darf, die einer Seite nützen, ist ein schwieriges Abgrenzungsproblem (Art. 3 § 5 Ziff. 6).

³² Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), 547, 551 übernimmt den Begriff von Blomeyer, Der Ruf nach dem spezialisierten und sachverständigen Richter, ZRP 1970, 153, 155.

2. Allgemeine Ziele und deren Konkretisierung

Die sachgerechte Zuweisung der verschiedenen Aufgaben an die beteiligten Akteure ist noch einmal als allgemeines Ziel in Art. 1 § 2 formuliert. Sie ist dort indes nur eines von mehreren Zielen, die in den einzelnen Leitlinien konkretisiert und gegebenenfalls gegeneinander abgewogen werden. Diese Ziele können und sollen ihrerseits auch zur Auslegung der Leitlinien und zur Füllung von Lücken herangezogen werden.³³

Das erste Ziel ist die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs. Damit ist zunächst gemeint, dass Parteien auch bei Anwendung ausländischen Rechts einen Anspruch auf Entscheidung ihres Rechtsstreits durch ein Gericht und nicht einen Sachverständigen haben.³⁴ Hierher gehören aber auch Aspekte des rechtlichen Gehörs, etwa zur Frage, ob ausländisches Recht anwendbar ist und was es besagt (Art. 2 § 2 Ziff. 2), oder zur Auswahl eines Sachverständigen (Art. 2 § 5 Ziff. 1).

Eng damit verbunden ist ein weiteres Ziel: der Erlass einer Entscheidung unter zutreffender Anwendung des IPR und des gegebenenfalls anwendbaren ausländischen Rechts. Der zweitgenannte Aspekt wird insbesondere durch den (vom BGH regelmäßig bestätigten) Grundsatz konkretisiert, dass sowohl das Gericht (Art. 2 § 2 Ziff. 1) als auch der Sachverständige (Art. 3 § 2 Ziff. 4) das ausländische Recht so auslegen müssen wie die Gerichte des betreffenden Landes.³⁵

Ein drittes ausgegebenes Ziel, das sich durch die Leitlinien zieht, ist die Vermeidung unnötiger oder unverhältnismäßiger Kosten und Verzögerungen für alle Beteiligten, kurz gesagt also die Verfahrenseffizienz. Das betrifft zunächst die Frage, ob überhaupt ein Gutachten eingeholt werden soll, denn die damit verbundenen Kosten und Verzögerungen sind in aller Regel erheblich und stehen nicht selten in einem deutlichen Missverhältnis zum Streitwert (insbesondere bei Klagen aus Straßenverkehrsunfällen). Die Leitlinien erinnern das Gericht deshalb daran, dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur *ultima ratio* sein sollte (Art. 2 § 3 Ziff. 5) und ermuntern es, wo angemessen, von den alternativen Wegen zur Ermittlung ausländischen Rechts Gebrauch zu machen (Art. 2 § 3 Ziff. 1–4).

Das Ziel der Verfahrenseffizienz findet auch Ausdruck im empfohlenen Umgang mit Gutachtaufträgen. So geben die Leitlinien Gerichten Hinweise zur Suche nach geeigneten Sachverständigen (Art. 2 § 5)³⁶ sowie zur Formu-

³³ Vgl. mit einer ähnlichen Funktion § 6(2) des U. S. Restatement 2 d Conflict of Laws (1971).

³⁴ Siehe oben unter II.1.

³⁵ Dazu bereits oben bei II.1.

³⁶ Die Leitlinien bieten zwar keine Liste an, weisen aber auf einen in der bisherigen Praxis noch selten genutzten Weg hin: die Ernennung eines Sachverständigen aus der betreffenden ausländischen Rechtsordnung (Art. 2 § 5 Nr. 4). Entgegen bisweilen anzutreffender

lierung von Beweisbeschlüssen (Art. 2 § 6). Insbesondere die gerichtliche Anfertigung eines Sachverhaltsauszugs kann ein wichtiges Mittel zur Beschleunigung und Fokussierung sein (Art. 2 § 6 Ziff. 9). Sachverständige wiederum werden angehalten, Hindernisse oder Unklarheiten möglichst früh zu melden bzw. auszuräumen und dem Gericht gegebenenfalls sachdienliche Hinweise zu geben (Art. 3 § 1). Des Weiteren appellieren die Leitlinien an die Sachverständigen, über voraussichtliche Kosten und Dauer der Bearbeitung klar Auskunft zu geben, insbesondere im Hinblick auf Überschreitungen des Auslagenvorschuss und Nichteinhaltung von Fristen (Art. 3 § 6).

Das letzte Ziel, die transparente Kommunikation zwischen den Beteiligten, kommt auch den anderen Zielen – insbesondere dem der Verfahrenseffizienz – zugute. Wo es sachdienlich ist, empfehlen die Hamburger Leitlinien informelle Kommunikation (etwa Art. 3 § 1 Ziff. 11 und 12).

Zwischen den genannten Zielen kann es zu Konflikten kommen. Dies betrifft insbesondere die Richtigkeit der Anwendung ausländischen Rechts einerseits und die Verfahrenseffizienz andererseits. Die Hamburger Leitlinien sind bestrebt, solche Spannungen so gut es geht aufzulösen. Einerseits sind an die Gründlichkeit der Ermittlung ausländischen Rechts nicht allein (!) deshalb niedrigere Ansprüche zu stellen, weil der Streitwert gering ist (Art. 2 § 3 Ziff. 5). Andererseits steht ab einem bestimmten Moment der zusätzliche Aufwand weiterer Recherchen außer Verhältnis zum erwartbaren Gewinn an Sicherheit; dann kann die Recherche abgebrochen werden (Art. 2 § 3 Ziff. 6; in Bezug auf Sachverständige Art. 3 § 3 Ziff. 6). Völlige Sicherheit ist in der Regel ohnehin schon deshalb nicht einmal theoretisch möglich, weil nur wenige ausländische Rechtsordnungen ähnlich ausdifferenziert und erschlossen sind wie die deutsche.³⁷ Eine sinnvolle Begrenzung des Ermittlungsaufwands fördern die Leitlinien aber auch unabhängig vom Streitwert. Insbesondere arbeiten sie aus der BGH-Rechtsprechung diejenigen Fälle heraus, in denen es neben einer Bezugnahme auf ausländische Gesetzesvorschriften keiner weiteren Ermittlungen zur ausländischen Rechtspraxis bedarf (Art. 2 § 3 Ziff. 4).

VI. Ausblick

Die Hamburger Leitlinien sind der erste Text seiner Art. Auch wenn sie in enger Zusammenarbeit mit der Praxis entstanden sind, muss sich ihre Eignung für diese erst noch erweisen. Überdies kann bei aller Sorgfalt nicht ausgeschlossen werden, dass die erste Auflage noch Fehler und Unvollständigkeiten enthält.

Vorstellungen sind die rechtlichen Hürden für ein solches Vorgehen sehr niedrig; insbesondere bedarf es nicht eines formellen Rechtshilfeersuchens an den ausländischen Staat.

³⁷ Dazu *Jansen/Michaels* (Fn. 9), ZJP 116 (2003), 3.

Unsere Hoffnung auf wohlwollende Aufnahme und Hilfe bei etwaiger Verbesserung setzt voraus, dass die Leitlinien erst einmal bekannt und ausprobiert werden. Hilfreich dafür wäre zum einen, wenn die Fachliteratur, einschließlich der Ratgeberliteratur und der Kommentare, die Leitlinien rezipiert und dort empfiehlt, wo sie nützlich erscheinen – freilich auch dort kritisiert, wo sie mit dem Recht oder den Erfordernissen der Praxis nicht übereinstimmen. Die Veröffentlichung unter einer „Creative Commons Lizenz“ gestattet den kostenlosen Abdruck auch in Ausschnitten. Zum anderen ist unmittelbares Feedback von Lesern und Benutzern erwünscht.³⁸ Die Hamburger Leitlinien sollen ein lebendiges Instrument in dem Sinne sein, dass die mit ihnen gemachten Erfahrungen beobachtet werden und als Grundlage für eine künftige Aktualisierung dienen.

³⁸ Kontakt: <hhleitlinien@mpipriv.de>.

Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts im finanzgerichtlichen Verfahren

*Friedrich Loschelder**

I.	Das Problem: Ausländisches Recht im finanzgerichtlichen Verfahren.....	249
II.	Das Projekt: Die Entwicklung der Hamburger Leitlinien.....	250
	1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung	250
	2. Der Aufbau der Hamburger Leitlinien.....	251
	3. Der Inhalt	252
III.	Das Ergebnis: Ein nützliches Hilfsmittel, auch für das finanzgerichtliche Verfahren	264

I. Das Problem: Ausländisches Recht im finanzgerichtlichen Verfahren

Finanzrichterinnen und Finanzrichter werden mit der zunehmenden Internationalisierung des Steuerrechts immer häufiger vor die Aufgabe gestellt, sich im Rahmen der von ihnen zu treffenden Entscheidungen auch mit Fragen zur Ermittlung und zur Anwendung ausländischen Rechts zu befassen. Zum Teil geht es dabei um die Anwendung ausländischen Steuerrechts,¹ sehr oft aber auch um die Auslegung ausländischen Privatrechts im Rahmen der Anwendung inländischer Steuerrechtsnormen. Betroffen sind hiervon nicht nur das Außensteuerrecht², die Einkommensteuer³ und die Körperschaftsteuer⁴, son-

* Der Beitrag stammt, geringfügig aktualisiert, aus der Festschrift „75 Jahre Finanzgericht Hamburg – Rechtsschutz und Rechtsfortbildung“ (2024). Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Richard Boorberg Verlags.

¹ Siehe z.B. zur Besteuerung eines fiktiven Veräußerungsgewinns nach einem Wegzug ins Ausland (Österreich) unter Berücksichtigung der Behandlung einer Wertminderung nach ausländischem Steuerrecht: BFH, Urt. v. 26.7.2023 – I R 39/20, BFH/NV 2024, 166.

² Siehe Fn. 1.

³ Siehe z.B. zur Auslegung eines Filmvertriebsvertrags nach kalifornischem Recht: FG Köln, Urt. v. 11.9.2019 – 3 K 2193/17, EFG 2020, 1205 (bestätigt durch BFH, Urt. v. 14.4.2022 – IV R 32/19, BFHE 275, 543, BStBl II 2022, 832); zur Buchführungspflicht

dern auch andere Bereiche des Steuerrechts wie zum Beispiel die Erbschaftsteuer⁵ und das Außenwirtschaftsrecht⁶.

Bei dem zu ermittelnden und anzuwenden ausländischen Recht kann es sich um das Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates handeln, aber auch um außereuropäisches Recht. Die Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, können schlicht und überschaubar sein; mitunter lassen sie sich bereits durch einen Blick in die einschlägigen ausländischen Gesetze beantworten. Es kann sich aber auch um komplexe Fragen handeln, die eine intensive Auseinandersetzung mit der ausländischen Rechtsordnung und ihrer Rechtspraxis verlangen.

Steht man als Richterin oder als Richter vor einer solchen Aufgabe, muss man entscheiden, wie man am besten vorgeht: Was kann und darf man selbst ermitteln? Wie sind die Beteiligten mit einzubeziehen? Wann sollte man einen Sachverständigen hinzuziehen und was muss man dabei gegebenenfalls beachten?

II. Das Projekt: Die Entwicklung der Hamburger Leitlinien

1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung

Das Max-Planck-Institut (MPI) für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg hat im Oktober 2023 die „Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren“ (Hamburger Leitlinien) erarbeitet und herausgegeben.⁷ Am Beginn dieses Projektes

einer General Partnership nach britischem Recht: FG Baden-Württemberg, Urt. v. 30.6.2020 – 5 K 3305/17, juris (Nichtzulassungsbeschwerde unbegründet: BFH, Beschl. v. 12.1.2022 – I B 53/20, BFH/NV 2023, 1203); zur bilanziellen Behandlung einer Schlusszahlung aufgrund eines Vertriebsvertrags, für den die Parteien die Geltung kalifornischen Rechts vereinbart hatten: BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 23/14, BFHE 260, 312, BStBl II 2018, 444, und BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 37/16, BFH/NV 2018, 440. Zur Problematik des sog. Rechtstypenvergleichs siehe z.B. BFH, Beschl. v. 27.6.2023 – VIII R 15/21, BFHE 280, 552, BStBl II 2023, 903, Rn. 14: Einordnung einer Gesellschaft niederländischen Rechts als Kapitalgesellschaft.

⁴ Zum Weiterbestehen einer Gesellschaft nach luxemburgischem Recht für Zwecke der Liquidation: FG Köln, Urt. v. 17.5.2017 – 2 K 2310/13, EFG 2017, 1375 (Nichtzulassungsbeschwerde unbegründet: BFH, Beschl. v. 18.7.2018 – I B 66/17, nicht dokumentiert).

⁵ Zur Auslegung von Verträgen zur Errichtung eines Trusts nach anglo-amerikanischem Recht: BFH, Urt. v. 25.6.2021 – II R 13/19, BFHE 275, 231, BStBl II 2022, 481; BFH, Urt. v. 25.6.2021 – II R 40/18, DStR 2022, 299.

⁶ Zur Auslegung eines sog. Liefervertrags nach russischem Recht: BFH, Urt. v. 19.10.2021 – VII R 7/18, BFHE 276, 189, RIW 2022, 256.

⁷ Die Hamburger Leitlinien sind am 9.10.2023 am OLG Hamburg offiziell vorgestellt worden und können unter der Adresse <www.hhleitlinien.de> abgerufen werden; auf Anfrage werden sie auch als Druckfassung zugesandt (Kontakt: hhleitlinien@mpipriv.de).

stand der – wohl auf alle Gerichtsbarkeiten zugreifende – Befund, dass über das richtige Vorgehen zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts bei den deutschen Gerichten oftmals Unsicherheit herrscht, dass dieses Problem durch die stetig wachsende Zahl von Fällen mit Auslandsbezug verschärft wird und dass sich Gerichte, Sachverständige und Beteiligte des Verfahrens nicht immer im Klaren über ihre jeweiligen Rollen und deren Zusammenspiel sind.⁸

Aus diesem Grund hat das MPI beschlossen, zusammen mit Wissenschaftlern und Praktikern die „best practices“ des Umgangs mit ausländischem Recht zu sammeln und zu kodifizieren.⁹ Das Ergebnis dieser Bemühungen sind die Hamburger Leitlinien. Diese sollen in Form von Empfehlungen Gerichte, Sachverständige und Parteien einschließlich ihrer Bevollmächtigten beim Umgang mit internationalen Fällen unterstützen.¹⁰

Zwar sind die Hamburger Leitlinien vor allem auf das Verfahren vor den Zivilgerichten zugeschnitten. Sie richten sich aber grundsätzlich auch an andere deutsche Gerichte und Behörden, einschließlich der Finanzgerichte und der Finanzbehörden.¹¹

2. *Der Aufbau der Hamburger Leitlinien*

Die Hamburger Leitlinien sind mit einer Vorbemerkung versehen, in der das Projekt umrissen wird. Die sich daran anschließenden eigentlichen Handlungsempfehlungen sind in vier Abschnitte (Artikel) gegliedert: Art. 1 befasst sich mit den allgemeinen Grundlagen und richtet sich dementsprechend an alle Akteure. Art. 2 enthält die „Leitlinien für Gerichte“, Art. 3 die „Leitlinien für Sachverständige“ und Art. 4 schließlich die „Leitlinien für Parteien“.

Die dem jeweiligen Artikel zugeordneten Empfehlungen sind in Paragraphen gefasst. Die Darstellung orientiert sich weitgehend am typischen zeitlichen Ablauf einer Fallbearbeitung mit Bezügen zum ausländischen Recht. So beginnen die „Leitlinien für Gerichte“ in Art. 2 mit der Identifizierung des anwendbaren Rechts (§ 1) und einem Hinweis auf den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 2), benennen in der Folge die Wege zur Ermittlung ausländischen Rechts (§ 3), gehen auf Besonderheiten des Verfahrens zur Prozesskostenhilfe ein (§ 4), behandeln die Auswahl von Sachverständigen (§ 5), die Formulierung des Beweisbeschlusses (§ 6), das Problem der Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts (§ 7) und den Umgang mit dem erstellten Gutachten (§ 8) und schließen mit der gerichtlichen Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts (§ 9). Art. 3 (Leitlinien für Sachverständige) ist

⁸ *Michaels/Schmidt*, Die Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren – Entstehung, Ziele, Inhalt, NJW 2024, 24.

⁹ *Michaels/Schmidt* (Fn. 8), NJW 2024, 24, 26.

¹⁰ *Michaels/Schmidt* (Fn. 8), NJW 2024, 24, 27.

¹¹ Hamburger Leitlinien (2023), Vorbemerkung.

ähnlich aufgebaut und Art. 4 (Parteien) besteht wegen der (eher) geringen Rolle der Beteiligten nur aus einem Paragraphen.

Zusätzlich werden die einzelnen Paragraphen zum besseren Verständnis und zur Erleichterung der Handhabung noch durch Erläuterungen, Beispiele und Verweise auf Vorschriften und gerichtliche Entscheidungen ergänzt.

3. *Der Inhalt*

Im Folgenden sollen die Empfehlungen auszugsweise vorgestellt und, soweit erforderlich, im Hinblick auf ihre Relevanz für das finanzgerichtliche Verfahren erläutert werden. Dabei liegt der Schwerpunkt der Darstellung naturgemäß auf den „Leitlinien für Gerichte“.

a) *Grundlagen (Art. 1)*

Als Ausgangspunkt der Empfehlungen beschreiben die Hamburger Leitlinien in Art. 1 § 1 Ziff. 1 zunächst die Schnittstellen zwischen inländischem Recht und ausländischem Recht und betonen die Hauptverantwortung des Gerichts gegenüber den Parteien und den Sachverständigen:

„Art. 1 § 1 Ziff. 1: Ob ausländisches oder deutsches Recht anwendbar ist, ergibt sich aus dem europäischen, staatsvertraglichen und deutschen Internationalen Privatrecht (IPR) (vgl. Art. 3 EGBGB). Diese IPR-Vorschriften sind Teil des deutschen Rechts. Ihre Ermittlung, Auslegung und Anwendung ist deshalb eine originäre Aufgabe des Gerichts, die es nicht auf einen Sachverständigen übertragen kann.“

Ist der Finanzrechtsweg eröffnet (§ 33 FGO), erstreckt sich die Entscheidungskompetenz der Finanzgerichte auch auf bürgerlich-rechtliche, verwaltungs- und sozialrechtliche Vorfragen. Ob darüber hinaus auch ausländisches Recht zur Anwendung kommt, ist zunächst eine Frage des inländischen Rechts.

Zum inländischen Recht in diesem Sinne gehören auch das internationale Privatrecht¹² und das internationale Verfahrensrecht, das primäre und sekundäre Unionsrecht, die in innerstaatliches Recht transformierten Normen des Völkervertragsrechts (Art. 59 Abs. 2 GG) und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts einschließlich des Völkergewohnheitsrechts (Art. 25 S. 1 GG).¹³ Die sich in diesem Zusammenhang ergebenden Fragen können und müssen von einem deutschen Finanzgericht selbst beantwortet werden. Die zugehörigen Rechtsgebiete, die dem Gericht nicht vertraut sind, muss es sich erschließen.¹⁴ Beweise können hierzu nicht erhoben werden.¹⁵ Die Einholung von

¹² BGH, Urt. v. 25.9.1997 – II ZR 113/96, NJW 1998, 1321.

¹³ Prütting, in: MünchKomm ZPO, 6. Aufl. 2020, § 293 Rn. 8.

¹⁴ Siehe Spickhoff, *Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?*, ZZZP 112 (1999), 265, 268: „Der (cum grano salis) qualifizierte Volljurist, der als Richter eingestellt worden ist, muss nach dem Anspruch eines rechtswissenschaftlichen Studiums

Sachverständigengutachten ist insoweit unzulässig und die Kosten eines dennoch eingeholten Gutachtens dürfen nicht den Beteiligten auferlegt werden (§ 21 Abs. 1 S. 1 GKG).¹⁶

„Art. 1 § 1 Ziff. 2: Auch die Ermittlung, Auslegung und Anwendung des ausländischen Rechts ist im Grundsatz Aufgabe des Gerichts. Hierzu kann es sich einer Fülle von Erkenntnisquellen bedienen (→ unten Art. 2 § 3), darunter auch der Hilfe eines Sachverständigen.“

Von dem Grundsatz, dass das Gericht das einschlägige Recht zu kennen hat („*jura novit curia*“), macht § 293 ZPO drei Ausnahmen: Fremdes Recht, Gewohnheitsrecht und Statuten¹⁷ braucht der Richter nicht zu kennen. Die darunter fallenden Rechtssätze sind deshalb einem Beweisverfahren zugänglich. § 293 ZPO ist gemäß § 155 S. 1 FGO auch im finanzgerichtlichen Verfahren sinngemäß anzuwenden. Näheres hierzu findet sich in Art. 2 § 3 der Hamburger Leitlinien (siehe unten II.3.b)(3)).

„Art. 1 § 1 Ziff. 3: Die Parteien können das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts unterstützen, sind über ihre allgemeine Prozessförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinaus dazu aber grundsätzlich nicht verpflichtet. Da ausländische Rechtsnormen als Rechtssätze und nicht als Tatsachen behandelt werden, finden insoweit die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast keine Anwendung.“

Allerdings ändert die besondere prozessuale Rolle des ausländischen Rechts nichts an der grundsätzlichen Aufgabenverteilung zwischen dem Gericht und den Parteien. Auch ausländisches Recht ist von Amts wegen zu ermitteln. Diese Thematik wird unter Art. 2 § 2 der Hamburger Leitlinien noch einmal aufgegriffen und vertieft (siehe ebenfalls unten II.3.b)(2)).

b) Leitlinien für Gerichte (Art. 2)

(1) Identifizierung des anwendbaren Rechts (Art. 2 § 1)

Dass deutsche Gerichte ausländisches Recht anzuwenden haben, kann unterschiedliche Ursachen haben. Für das Steuerrecht sind unter anderem zwei Konstellationen von Bedeutung.

„Art. 2 § 1 Ziff. 1: In Deutschland gilt grundsätzlich deutsches Recht. Es gibt aber Fälle, in denen dieses deutsche Recht, insbesondere das IPR, es erforderlich macht, ausländisches Recht anzuwenden oder zu berücksichtigen. Das ist vor allem in folgenden Situationen der Fall:

in der Lage sein, sich in auch für ihn fremde Rechtsgebiete einzuarbeiten. Anderenfalls stellt man die Position des Richters grds in Frage.“

¹⁵ BFH, Urt. v. 8.10.2019 – XI B 49/19, BFH/NV 2020, 114, Rn. 17, und vom 6.12.2012 – I B 8/12, BFH/NV 2013, 703, Rn. 8 ff.

¹⁶ Prütting (Fn. 13), § 293 Rn. 5; Geimer, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 293 Rn. 9.

¹⁷ Autonome Satzungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten, Stiftungen etc., siehe Geimer (Fn. 16), § 293 Rn. 4.

- Das in Deutschland geltende IPR beruft ausländisches Recht zur Anwendung.
- [...]
- Im Steuerrecht wird durch sog. Korrespondenzregeln („linking rules“) der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen (z.B. Berücksichtigung von Aufwendungen als Betriebsausgaben) davon abhängig gemacht, wie der zugrunde liegende Sachverhalt nach ausländischem Steuerrecht zu bewerten ist (z.B. §§ 4i und 4k EStG).

In all diesen Fällen muss die Frage, ob es auf ausländisches Recht ankommt (im Unterschied zur Frage nach dem Inhalt des ausländischen Rechts selbst), vom Gericht selbstständig beantwortet werden (vgl. oben Art. 1 § 1 Ziff. 1).“

Zum einen gilt das auf der Privatautonomie beruhende sog. Vertragsstatut auch für das Steuerrecht. Danach sind die Beziehungen zwischen den Parteien eines schuldrechtlichen Vertrages grundsätzlich nach dem Recht zu beurteilen, von dessen Geltung die Parteien ausgegangen sind (Prinzip der freien Rechtswahl, Art. 3 Rom I-VO; früher: Art. 27 Abs. 1 S. 1 EGBGB).¹⁸ Haben die Parteien – ausdrücklich oder stillschweigend – die Geltung eines anderen Rechts vereinbart, ist die Anwendung deutschen Rechts damit ausgeschlossen. Um was für einen Vertrag es sich handelt, ob dieser Vertrag wirksam zustande gekommen ist und welchen Inhalt er hat, ist nach dem maßgeblichen ausländischen Recht zu bestimmen. Auch die bei der Auslegung des Vertrags anzuwendenden Auslegungsmethoden sind in einem solchen Fall dem ausländischen Recht zu entnehmen,¹⁹ ebenso die für das ausländische materielle Recht geltenden Beweislastregeln.²⁰

Zum anderen kommt ausländisches Recht auch dann zur Anwendung, wenn inländische steuerrechtliche Vorschriften eine (inländische) Rechtsfolge von der steuerrechtlichen Behandlung eines Sachverhalts in einem anderen Staat bzw. nach den dort maßgeblichen steuerrechtlichen Vorschriften abhängig macht.²¹ Solche Korrespondenzregelungen – oder auch *linking rules* –, mit denen ausländisches Steuerrecht in das inländische Rechtssystem inkor-

¹⁸ Siehe dazu auch *Martiny*, in: MünchKomm BGB/, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 3 Rn. 8 ff.; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 2.1 ff.

¹⁹ Siehe BFH, Urt. v. 14.4.2022 – IV R 32/19, BFHE 275, 543, BStBl II 2022, 832, Rn. 40, und BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 23/14, BFHE 260, 312, BStBl II 2018, 444, Rn. 28.

²⁰ BGH, Urt. v. 8.9.2016 – III ZR 7/15, ZEV 2017, 224 Rn. 15 m.w.N.

²¹ *Fehling/Linn/Martini*, Linking Rules, IStR 2022, 781; *Wittenstein/Hilbert*, Linking Rules/Korrespondenzregeln, IWB 2019, 52; kritisch *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 1.96: „Diese [linking rules] erschweren durch das Erfordernis einer hinreichenden Kenntnis der jeweiligen ausländischen Steuersysteme ganz erheblich die bereits a priori komplexe Rechtsanwendung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und führen zu gesteigerten Rechtsunsicherheiten.“

poriert wird, finden sich beispielsweise in § 4i EStG²² und § 4k EStG²³ (auf die auch die Hamburger Leitlinien Bezug nehmen), in § 6 Abs. 1 Nr. 5a Hs. 2 EStG²⁴ oder in § 8b Abs. 1 S. 3 KStG.²⁵

Zutreffend wird in diesem Zusammenhang, im letzten Satz von Art. 2 § 2 Ziff. 1 der Hamburger Leitlinien, noch einmal darauf hingewiesen, dass es allein Aufgabe des Gerichts ist, die Frage zu beantworten, ob es in diesen Fällen auf ausländisches Recht ankommt oder nicht und auf welches ausländische Recht es gegebenenfalls ankommt. Denn es handelt sich hierbei um eine Rechtsfrage, die nach dem im Inland geltenden Recht zu beantworten ist und daher nicht zum Gegenstand eines Sachverständigengutachtens gemacht werden darf.

(2) Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen (Art. 2 § 2)

Art. 2 § 2 der Hamburger Leitlinien konkretisiert die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen dem Gericht und den Parteien, die in Art. 1 § 1 Ziff. 3 der Hamburger Leitlinien bereits angesprochen worden ist.

„Art. 2 § 2 Ziff. 1: Das Gericht hat das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln und grundsätzlich so anzuwenden, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde.“

Der Grundsatz, dass ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln ist, gilt auch für das finanzgerichtliche Verfahren. Die Ermittlungspflicht ist Teil der Sachaufklärungspflicht der Finanzgerichte (§ 76 Abs. 1 S. 1 FGO),²⁶ die ihre Entscheidungen auf der Grundlage des objektiv richtigen Rechts treffen müssen, und diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf ausländisches Recht.²⁷ Ein Ermessen kommt den Gerichten insoweit nicht zu. Es ist vor allem auch nicht Aufgabe der Klägerseite, Einzelheiten zum entscheidungserheblichen ausländischen Recht in das Verfahren einzuführen.²⁸ Eine entsprechende Pflicht ergibt sich auch nicht aus § 90 Abs. 2 AO.²⁹

²² Vgl. etwa zur Inkorporation ausländischen Rechts durch § 4i EStG *Martini*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 2024, § 4i Rn. A 30; *Kanzler*, Das neue Abzugsverbot des § 4i EStG für Sonderbetriebsausgaben. A Farewell to Double-Dip, NWB 2017, 326.

²³ Vgl. *Loschelder*, in: Schmidt, EStG, 43. Aufl. 2024, § 4k Rn. 1 und 12 m. w. N.

²⁴ Vgl. *Brandis/Heuermann/Krumm*, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rn. 1516.

²⁵ Vgl. *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2. Aufl. 2023, § 8b Rn. 156a ff.

²⁶ Eine entsprechende Pflicht der Finanzverwaltung folgt aus § 88 AO.

²⁷ BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 37/16, BFH/NV 2018, 440, Rn. 41 m. w. N.

²⁸ BFH, Urt. v. 13.6.2013 – III R 10/11, BFHE 241, 562, BStBl II 2014, 706, Rn. 28; siehe auch BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, RIW 2018, 693, Rn. 19 m. w. N.

²⁹ BFH, Urt. v. 27.3.2019 – I R 33/16, BFH/NV 2020, 201, Rn. 53; v. 14.2.2022 – VIII R 32/19, BFHE 276, 223, BStBl II 2023, 101, Rn. 18; und v. 22.3.2018 – X R 5/16, BFHE 261, 132, BStBl II 2018, 651, Rn. 22 – jeweils m. w. N.; m. E. unzutreffend daher auch FG Münster,

Davon zu unterscheiden ist allerdings die Pflicht des Steuerpflichtigen, bei der Aufklärung des im Ausland verwirklichten Sachverhalts mitzuwirken und diesbezügliche Unterlagen vorzulegen, also beispielsweise die im Ausland abgeschlossenen Verträge, Dokumente zu vorangegangenen Verhandlungen, Nachweise über die Durchführung der Verträge oder auch Bescheinigungen der ausländischen Steuerbehörden über die *tatsächliche* steuerliche Behandlung des maßgeblichen Sachverhalts im Ausland, soweit es nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen hierauf ankommt.³⁰ Lässt sich der Sachverhalt in solchen Fällen nicht aufklären, darf das FG zu Lasten des Steuerpflichtigen entscheiden.³¹

Darüber hinaus enthält Art. 2 § 2 Ziff. 1 der Hamburger Leitlinien den weiteren, ebenfalls auch für das finanzgerichtliche Verfahren zutreffenden Hinweis, dass sich die Amtsermittlungspflicht der Finanzgerichte nicht nur auf die maßgeblichen ausländischen Bestimmungen und Rechtsgrundsätze beschränkt. Vielmehr muss das ausländische Recht so ausgelegt und angewendet werden, wie es die ausländischen Gerichte auslegen und anwenden würden („law in action“). Eine bestehende Rechtspraxis der ausländischen Gerichte muss das Finanzgericht also berücksichtigen.³²

„Art. 2 § 2 Ziff. 2: Das Gericht muss, wenn es bei der Entscheidung auf ausländisches Recht ankommt, dies mit den Parteien erörtern (rechtliches Gehör) und ihnen Gelegenheit geben, zu dessen Ermittlung und Inhalt vorzutragen. Soweit sich das Gericht, z.B. aufgrund von eigenen Recherchen, eine vorläufige Meinung zum Inhalt des ausländischen Rechts gebildet hat, teilt es diese den Parteien mit.“

Gemäß § 96 Abs. 2 S. 2 FGO darf das Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern können. Da Feststellungen zum ausländischen Recht im Wege des Freibeweises erhoben werden (siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 3), sind hierdurch sowohl die Informationspflicht des Gerichts als auch die Äußerungsrechte der Beteiligten betroffen, wenn das Gericht feststellt, dass es in dem betreffenden Fall auf ausländisches Recht ankommt. Insofern sollte es das Gericht auf keinen Fall versäumen, die Beteiligten so früh wie möglich auf die Maßgeblichkeit ausländischen Rechts hinzuweisen, soweit dies nicht ohnehin schon zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht worden ist.

Urt. v. 14.12.2010 – 1 K 4131/07 Kg, EFG 2011, 718; teilweise a. A. in Bezug auf § 4k EStG wohl *Schnitger/Haselmann*, Mitwirkungspflichten und § 4k EStG: Die Anwendung des § 4k EStG und die erweiterten Mitwirkungspflichten, ISR 2022, 13 (15).

³⁰ BFH, Urt. v. 27.3.2019 – I R 33/16, BFH/NV 2020, 201, Rn. 53 – in Abgrenzung zu BFH, Beschl. v. 15.3.2011 – I B 158/10, BFH/NV 2011, 1109, Rn. 5.

³¹ BFH, Urt. v. 26.7.2023 – I R 39/20, BFH/NV 2024, 166, Rn. 21.

³² BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 23/14, BFHE 260, 312, BStBl II 2018, 444, Rn. 28; siehe auch BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, RIW 2018, 693, Rn. 12 und 19; *Geimer* (Fn. 16), § 293 ZPO Rn. 14.

Der weitere Hinweis in Art. 2 § 2 Ziff. 2 S. 2 der Hamburger Leitlinien, das Gericht solle, soweit es sich aufgrund eigener Recherchen eine vorläufige Meinung zum Inhalt des ausländischen Rechts gebildet hat, diese den Beteiligten mitteilen, ist nicht nur zweckmäßig und verfahrensfördernd, sondern entspricht dem Erörterungsgebot des § 93 Abs. 1 FGO und hilft damit ebenfalls, sog. Überraschungsentscheidungen zu vermeiden.³³

„Art. 2 § 2 Ziff. 5: Ein von einer Partei vorgelegtes *privates Sachverständigengutachten* („Parteigutachten“) gilt als *urkundlich belegter Parteivortrag*. Das Gericht muss sich damit im Rahmen seiner Ermittlungspflicht auseinandersetzen.“

Auch diese Grundsätze sind im finanzgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Dort wird die erste Aussage sogar noch etwas deutlicher gefasst in dem Sinne, dass ein Privatgutachten, das von einem der Beteiligten eingeholt und vorgelegt worden ist, „lediglich“ als urkundlicher Parteivortrag zu werten ist.³⁴ Ein solches Gutachten kann daher nicht als Nachweis für die Richtigkeit des Beteiligtenvortrags gewertet werden³⁵ und es entbindet das Finanzgericht vor allem nicht von seiner Amtsermittlungspflicht.

Allerdings findet sich in der Rechtsprechung wiederholt die Aussage, das Finanzgericht könne ein Privatgutachten „nur dann seiner Entscheidung zugrunde legen, wenn keiner der Beteiligten substantiierte Einwendungen gegen die Richtigkeit erhebt“.³⁶ Das mag – vordergründig – zu dem Umkehrschluss verleiten, dass das Finanzgericht dem Privatgutachten dann, wenn dagegen keine substantiierten Einwendungen erhoben worden sind, ohne Weiteres folgen dürfe. Dies wäre jedoch ein Fehlschluss. Denn der Umstand, dass ein Beteiligter dem Vortrag des anderen Beteiligten nicht entgegengetreten ist, rechtfertigt nicht, auf weitere Sachverhaltsaufklärung zu verzichten; § 138 Abs. 3 ZPO gilt wegen § 76 Abs. 1 S. 1 FGO im finanzgerichtlichen Verfahren nicht. Ergeben sich in Bezug auf entscheidungserhebliche Tatsachen Zweifel, kann und muss das FG diesen auch dann nachgehen, wenn die Beteiligten darüber nicht streiten.³⁷

³³ Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1975 – I ZR 99/74, NJW 1976, 474; siehe allgemein auch *Seer* (Fn. 21), § 96 FGO Rn. 114.

³⁴ BFH, Beschl. v. 28.4.2020 – IX B 9/20, BFH/NV 2020, 904, Rn. 5, und BFH, Beschl. v. 23.2.2010 – X B 139/09, BFH/NV 2010, 1284, Rn. 12.

³⁵ *Ratschow*, in: *Gräber*, FGO, 9. Aufl. 2019, § 96 Rn. 166.

³⁶ Vgl. etwa BFH, Beschl. v. 3.5.2001 – III B 52/00, BFH/NV 2001, 1419.

³⁷ BFH, Urt. v. 24.5.2023 – X R 28/21, BFHE 280, 494, DStRE 2023, 1223, Rn. 22 m. w. N.; BFH, Urt. v. 22.3.2018 – X R 5/16, BFHE 261, 132, BStBl II 2018, 651, Rn. 29; BFH, Urt. v. 25.2.2015 – XI R 15/14, BFHE 249, 343, BStBl II 2023, 514, Rn. 84; siehe auch BFH, Beschl. v. 28.9.2011 – X B 35/11, BFH/NV 2012, 177, Rn. 10.

(3) *Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts (Freibeweis – Art. 2 § 3)*

Besonders wichtig und hilfreich – und ausführlich – sind die Hamburger Leitlinien in Bezug auf die in Art. 2 § 3 aufgezeigten Möglichkeiten, das ausländische Recht zu ermitteln. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass im Rahmen des § 293 ZPO die Grundsätze des Freibeweises gelten. Die Art und Weise, wie das Gericht der Verpflichtung, das ausländische Recht zu ermitteln, nachkommt, steht allein in seinem pflichtgemäßen Ermessen, und zwar sowohl in Bezug auf die Anwendung der Beweismittel als auch in Bezug auf die Ausgestaltung des Beweisverfahrens.

„Art. 2 § 3 Ziff. 1: Das ausländische Recht bedarf des Beweises nur insofern, als es dem Gericht unbekannt ist. Das bedeutet insbesondere, dass das Gericht den Inhalt des ausländischen Rechts auch durch eigene Recherchen, zuvörderst mithilfe von zugänglicher Literatur, Internetquellen und Übersetzungsprogrammen ermitteln darf und oft auch kann.“

Sinnvoll ist es auf jeden Fall, wenn die zuständige RichterIn bzw. der zuständige Richter zunächst selbst Ermittlungen anstellen und sich einen Überblick über das anzuwendende Recht verschaffen. In besonderem Maße gilt das, wenn sie eigene Sachkunde auf dem einschlägigen Rechtsgebiet besitzen; unter Umständen kann dann auf die Hinzuziehung eines Sachverständigen überhaupt verzichtet werden. Allerdings ist zu beachten, dass die Tatsachen, aus denen sich die eigene Sachkunde ergibt, also beispielsweise ein Auslandsstudium und eine vorangegangene juristische Auslandstätigkeit, den Beteiligten vorab mitgeteilt³⁸ und in der Entscheidung dargelegt werden müssen.³⁹

„Art. 2 § 3 Ziff. 2: Führt die eigene Recherche nicht zu einem genügend sicheren Ergebnis, etwa weil weder eine einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung noch ein eindeutiger Gesetzeswortlaut vorliegen (dazu unten Art. 2 § 3 Ziff. 4), stehen dem Gericht insbesondere folgende Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts zur Verfügung:

- die Einladung an die Beteiligten, zum ihnen bekannten oder zugänglichen ausländischen Recht konkret vorzutragen (vor allem, wenn es ihr Heimatrecht ist), z.B. Normentexte sowie gerichtliche Entscheidungen (mit Quellenangabe und ggf. einfacher Übersetzung) vorzulegen;
- die Nutzung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen“);
- die Nutzung des Europäischen Justizportals (<<https://e-justice.europa.eu>>);
- die Einholung einer Auskunft durch deutsche Botschaften, Konsulate, Ministerien oder eine Außenhandelskammer;
- die Verwertung eines Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren, das die gleiche Frage betrifft und nicht wegen seines Alters wenig vertrauenswürdig ist (§ 411a ZPO);
- die Einholung eines Sachverständigengutachtens.“

³⁸ Siehe BGH, Beschl. v. 13.1.2015 – VI ZR 204/14, NJW 2015, 1311, Rn. 5.

³⁹ BFH, Beschl. v. 21.12.2011 – VIII B 88/11, BFH/NV 2012, 600, Rn. 3 ff.; siehe auch *Ratschow*, Recht auf Sachverständigenbeweis, DStR 2018, 2100, 2103.

In Art. 2 § 3 Ziff. 2 wird eine ganze Reihe von Möglichkeiten aufgeführt, Ermittlungen zum ausländischen Recht anzustellen, die allesamt auch im finanzgerichtlichen Verfahren in Betracht gezogen werden sollten. So schließt etwa der Umstand, dass die Klägerseite nicht verpflichtet ist, zum einschlägigen ausländischen Recht vorzutragen (siehe oben II.3.b)(2)), nicht aus, dass sich das Gericht mit einer entsprechenden Bitte an die Beteiligten wendet oder dass diese von sich aus Unterlagen, die ihnen vorliegen, an das Gericht weiterreichen. Mitunter sind solche Informationen bereits ausreichend, um auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen.⁴⁰

Hinsichtlich des „Londoner Übereinkommens“ vom 7.6.1968 ist zu berücksichtigen, dass sich sein Anwendungsbereich im Wesentlichen auf Auskünfte über Zivil- und Handelsrecht, einschließlich des dazu gehörenden Verfahrensrechts und des Gerichtsverfassungsrechts beschränkt.⁴¹

Eine Nutzung des Europäischen Justizportals bietet sich an, wenn die zuständige Richterin oder der zuständige Richter die Sprache des betreffenden Landes versteht.⁴²

„Art. 2 § 3 Ziff. 3: Wie sich das Gericht die entsprechende Kenntnis vom ausländischen Recht verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das sich an den in Art. 1 § 2 genannten Zielen ausrichtet. An die Ermittlungspflicht sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je komplexer oder je fremder im Vergleich zum eigenen das anzuwendende Recht ist. Von Einfluss auf das Ermittlungsermessen können auch Vortrag und sonstige Beiträge – etwa Privatgutachten – der Parteien sein, mit denen das Gericht sich gemäß deren Detailliertheit auseinandersetzen muss.“

Die Anforderungen an den Umfang und die Intensität der Ermittlungspflicht des Gerichts hängen von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab: von dem anzuwendenden Recht bzw. der betroffenen rechtlichen Problematik einerseits und von dem prozessualen Verhalten der Beteiligten andererseits. Vor allem dann, wenn die Beteiligten detailliert und kontrovers zum ausländischen Recht oder zur ausländischen Rechtspraxis vortragen,⁴³ wird sich das Gericht regelmäßig intensiver damit befassen müssen. Der Umstand, dass das ausländische Recht sehr komplex ist, entbindet das Finanzgericht von seiner eigenen Ermittlungspflicht.⁴⁴

⁴⁰ Vgl. etwa zur Vorlage eines in englischer Sprache verfasstes Schreiben einer Londoner Anwaltskanzlei durch die Klägerseite FG Münster, Ur. v. 11.12.2013 – 6 K 3045/11 F, DStRE 2015, 1345; bestätigt durch BFH, Ur. v. 19.1.2017 – IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl. II 2017, 456, Rn. 63.

⁴¹ Siehe *Prütting* (Fn. 13), § 293 Rn. 38; *Oppermann*, Leitlinien zur Anwendung ausländischen Rechts, RIW 2024, 102, 103.

⁴² Siehe dazu auch *Oppermann* (Fn. 41), RIW 2024, 102, 103.

⁴³ Vgl. etwa BFH, Ur. v. 14.2.2022 – VIII R 32/19, BFHE 276, 223, BStBl. II 2023, m. Anm. *Jachmann-Michel*, DStR 2022, 1802.

⁴⁴ Vgl. BFH, Beschl. v. 20.9.2022 – VIII B 82/21, BFH/NV 2022, 1295, Rn. 23; BFH, Ur. v. 19.10.2021 – VII R 7/18, BFHE 276, 189, RIW 2022, 256, Rn. 65 f.; ebenso BGH,

Demgegenüber können in einfach gelagerten Fällen durchaus auch knappe Feststellungen zum ausländischen Recht genügen.⁴⁵ Das wird vor allem dann gelten, wenn entsprechende Materialien in deutscher Sprache vorliegen.⁴⁶ Zutreffend führen die Hamburger Leitlinien dazu aus:

„Art. 2 § 3 Ziff. 4: In einfachen Fällen genügt die Heranziehung der einschlägigen ausländischen Rechtsnormen, wenn weitere Informationen schwer zu erhalten sind und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die ausländische Rechtspraxis vom ermittelten Gesetzestext abweicht. Insbesondere der Einholung eines vertiefenden Rechtsgutachtens bedarf es bei einer überschaubaren und ersichtlich auch nicht außergewöhnlichen Fragestellung nicht. Das Gericht teilt die Absicht, auf dieser Grundlage zu entscheiden, den Parteien vorher mit.“

(4) Besonderheiten in Prozesskostenhilfverfahren (Art. 2 § 4)

Berücksichtigen sollte man gegebenenfalls auch, dass Fragen zum ausländischen Recht regelmäßig nicht im Verfahren der Prozesskostenhilfe, sondern im Hauptsachverfahren zu klären sind.⁴⁷

„Art. 2 § 4 Ziff. 1: Einen Antrag auf Prozesskosten- oder Verfahrenshilfe darf das Gericht nicht aufgrund summarischer Prüfung des ausländischen Rechts abweisen, sofern eine nicht ganz zu vernachlässigende Möglichkeit besteht, dass die Anwendung des ausländischen Rechts die Rechtsposition des Antragstellers stützt. Erfordert die abschließende Beurteilung die Einholung eines Sachverständigengutachtens, so soll Prozesskosten oder Verfahrenshilfe gewährt und das Gutachten im Hauptsachverfahren eingeholt werden.“

(5) Auswahl von Sachverständigen und Kontaktaufnahme (Art. 2 § 5)

Bei der Auswahl des Sachverständigen sind § 82 FGO i. V. m. §§ 404, 406 ZPO zu berücksichtigen.

„Art. 2 § 5 Ziff. 1: In der Regel empfiehlt es sich, vor Abfassung des Beweisbeschlusses zu klären, wer zum Sachverständigen ernannt werden soll (vgl. unten Art. 2 § 6 Ziff. 1). Hierfür ist eine Rücksprache mit den Parteien sinnvoll.“

Gemäß § 82 FGO i. V. m. § 404 Abs. 2 ZPO „können“ die Beteiligten zur Person des Sachverständigen gehört werden. Es empfiehlt sich aber, wenn man

Urt. v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21, BGHZ 234, 166, Rn. 17, m. Anm. *Holtz/Lorenz*, DStR 2022, 1917.

⁴⁵ Vgl. FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 15.1.2020 – 1 K 2011/15, EFG 2020, 999, Rn. 40; bestätigt durch BFH, Urt. v. 27.10.2021 – X R 11/20, BFHE 275, 52, DStR 2022, 411 Rn. 42.

⁴⁶ Siehe BFH, Beschl. v. 17.7.2019 – II B 35-37/18, BFHE 265, 14, BStBl. II 2020, 394, Rn. 17 ff.

⁴⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.7.2013 – XII ZB 34/13, HFR 2014, 174, Rn. 6 m.w.N.; *Nordmeier*, Internationale Zuständigkeit und ausländisches Recht im Verfahrens- und Prozesskostenhilfverfahren – Vollstreckungsabwehrklage, § 293 ZPO und die Bewilligungsvoraussetzungen des § 114 Abs. 1 ZPO, IPRax 2022, 243, 246.

das Verfahren beschleunigen und die Ablehnung eines ohne Rücksprache mit den Beteiligten bestellten Sachverständigen vermeiden will, vorab mitzuteilen, wen das Gericht als Sachverständigen berufen will. Auf die Möglichkeit, einen Sachverständigen aus der betreffenden Rechtsordnung hinzuzuziehen, weist Art. 2 § 5 Ziff. 4 der Hamburger Leitlinien hin.

(6) Formulierung des Beweisbeschlusses (Art. 2 § 6)

Auch wenn nach § 82 FGO i. V. m. §§ 402, 373 ff. ZPO die mündliche Gutachterstattung durch Vernehmung des Sachverständigen der gesetzliche Regelfall ist,⁴⁸ sollte in Fällen, in denen es um Ermittlungen zum ausländischen Recht geht, regelmäßig eine schriftliche Begutachtung gemäß § 82 FGO i. V. m. § 411 Abs. 1 ZPO angeordnet werden. Diese Anordnung steht im Ermessen des Gerichts; eine Zustimmung der Beteiligten ist nicht erforderlich.

Es empfiehlt sich zudem, vor Abfassung des Beweisbeschlusses einen Sachverhalt zu erstellen, der dem Sachverständigen zusammen mit dem Beweisbeschluss übermittelt werden kann. Dies erleichtert Rückfragen durch den Sachverständigen bei Unklarheiten, die sich bei abstrakten Rechtsfragen ohne Bezug zu einem konkreten Sachverhalt häufig erst im Nachhinein ergeben würden. Ohnehin bleibt die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts Aufgabe des FG als Tatsacheninstanz.

„Art. 2 § 6 Ziff. 1: Der Beweisbeschluss muss die Fragen zum ausländischen Recht, den ernannten Sachverständigen und die gesetzte Frist enthalten. Je nach Fall enthält er darüber hinaus den vom Sachverständigen zugrunde zu legenden Sachverhalt (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 9) sowie Angaben zum Auslagenvorschuss (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 11).“

Ist ein Parteigutachten vorgelegt worden, besteht die Möglichkeit, in dem Beweisbeschluss darauf Bezug zu nehmen und den Sachverständigen zu bitten, sich damit zu befassen (siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 7). In Zweifelfällen sollten die maßgeblichen Fragen zum ausländischen Recht so weit gefasst sein, dass kein Ergänzungsgutachten eingeholt werden muss (siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 6 Ziff. 8).

(7) Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts (Art. 2 § 7)

Es kommt bei alledem durchaus vor, dass nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten zur Ermittlung des ausländischen Rechts Fragen offenbleiben. Auch damit befassen sich die Hamburger Leitlinien.

„Art. 2 § 7 Ziff. 1: Die Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts berechtigt weder zur Klageabweisung noch zur Entscheidung aufgrund einer angenommenen Beweislast.“

Auch wenn Feststellungen zum ausländischen Recht nach ständiger Rechtsprechung revisionsrechtlich wie Tatsachenfeststellungen behandelt werden,

⁴⁸ Vgl. auch Greger, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 411 Rn. 1.

werden die ausländischen Rechtssätze dadurch nicht zu Tatsachen im eigentlichen Sinne (siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 1 § 1 Ziff. 3). Eine Entscheidung nach der Feststellungslast ist daher auch im finanzgerichtlichen Verfahren wegen der Amtsermittlungspflicht ausgeschlossen.⁴⁹

„Art. 2 § 7 Ziff. 2: Wenn das anwendbare ausländische Recht oder eine einschlägige Norm vollständig oder weitgehend nicht ermittelt werden kann, darf das Gericht nicht ohne Weiteres deutsches Recht als Ersatzrecht anwenden. Stattdessen hat es, ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigengutachtens, zunächst zu prüfen, ob die Lücke durch sachgerechte Fortbildung des ausländischen Rechts oder durch die Vorschriften einer sachnäheren anderen ausländischen Rechtsordnung geschlossen werden kann. Die größere Sachnähe einer anderen ausländischen Rechtsordnung kann dabei sowohl durch historisch-rechtsvergleichende als auch durch kollisionsrechtliche Erwägungen begründet werden.“

Der Rückgriff auf eine andere ausländische Rechtsordnung zur Erschließung unbekannter Normen oder Rechtsbegriffe kommt im Steuerrecht eher selten vor, ist aber nicht ausgeschlossen.⁵⁰

(8) Umgang mit dem erstellten Gutachten (Art. 2 § 8)

Das fertige Gutachten wird durch das Gericht formal und inhaltlich geprüft; sollte es erforderlich sein, kann eine Nachbesserung verlangt werden. Anschließend ist das Gutachten den Beteiligten zu übersenden. Nachfragen der Parteien sind möglich, sollten aber zunächst durch das Gericht auf ihre Relevanz hin geprüft werden (Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 8 Ziff. 2). Gegebenenfalls kann gemäß § 82 FGO i. V. m. § 411 Abs. 3 S. 1 ZPO eine mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen im Rahmen eines Erörterungstermins oder einer mündlichen Verhandlung angeordnet werden. Zudem kann das Gericht nach § 82 FGO i. V. m. § 411 Abs. 3 S. 2 ZPO eine schriftliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen. Beide Möglichkeiten werden in Art. 2 § 8 Ziff. 3 der Hamburger Leitlinien erörtert.

(9) Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts (Art. 2 § 9)

Das Gesetz ordnet den Sachverständigen als Beweismittel ein (siehe § 82 FGO i. V. m. §§ 402 ff. ZPO). Er soll dem Gericht die erforderliche Sachkunde zum Verständnis des maßgeblichen ausländischen Rechts verschaffen. Er tritt dabei aber nicht an die Stelle des Richters. Auch bei Anwendung ausländischen Rechts haben die Beteiligten einen verfassungsrechtlich gewährleis-

⁴⁹ Siehe BFH, Urt. v. 22.3.2018 – X R 5/16, BFHE 261, 132, BStBl II 2018, 651, Rn. 23; *Fehling/Linn/Martini* (Fn. 21), IStR 2023, 805, 807.

⁵⁰ Vgl. FG Hamburg, Urt. v. 16.6.2011 – 6 K 153/09, DStRE 2012, 1059; bestätigt durch BFH, Beschl. v. 20.3.2012 – I B 119/11 (nicht dokumentiert).

teten Anspruch (Art. 19 Abs. 4 GG) auf Entscheidung ihres Rechtsstreits durch ein Gericht, und nicht durch einen Sachverständigen.⁵¹

„Art. 2 § 9 Ziff. 1: Die Entscheidung unter Anwendung des ausländischen Rechts ist originäre Aufgabe des Gerichts. Das betrifft insbesondere auch die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht, unabhängig davon, ob der Sachverständige ein eigenes Subsumtionsergebnis darlegt.“

Daher sollten die Entscheidungsgründe erkennen lassen, wie das ausländische Recht ermittelt wurde und sie sollten nicht nur pauschal auf das Gutachten verweisen, sondern die entscheidungserheblichen Inhalte des Gutachtens selbst wiedergeben, damit erkennbar wird, dass und warum das Gericht sie sich zu eigen gemacht hat (siehe Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 9 Ziff. 2 und 3).

c) Leitlinien für Sachverständige (Art. 3)

Die Pflichten des Sachverständigen folgen aus § 82 FGO i. V. m. §§ 407 f. ZPO. Sie werden in Art. 3 der Hamburger Leitlinien erörtert und durch Empfehlungen ergänzt. Diese beziehen sich auf die Überprüfung des erteilten Auftrags durch den Sachverständigen und Rückfragen an das Gericht (§ 1), benennen die allgemeinen Ziele und Methoden des Gutachtens (§ 2), befassen sich mit seinem Inhalt (§ 3) und der Behandlung des in Deutschland geltenden IPR im Gutachten (§ 4), gehen auf Sonderfälle der Aufgabenabgrenzung zwischen Gericht und Sachverständigen, z. B. in Bezug auf die Auslegung von Rechtsgeschäften, ein (§ 5) und behandeln praktische Fragen wie die Überschreitung des vorgesehenen Zeit- und Kostenrahmens (§ 6).

All diese Punkte helfen auch dem Gericht, die Aufgabe des Sachverständigen besser zu verstehen, und dienen somit dazu, die Zusammenarbeit effektiver zu gestalten.

d) Leitlinien für Parteien (Art. 4)

Die Rolle der Parteien wird schließlich noch einmal in Art. 4 der Hamburger Leitlinien beschrieben. Insofern bietet es sich an, die Leitlinien gegebenenfalls auch den Beteiligten des finanzgerichtlichen Verfahrens zukommen zu lassen, um auf diese Weise die Kommunikation und die Verfahrensabläufe zu erleichtern und Unsicherheiten zu beseitigen.

⁵¹ Siehe auch *Michaels/Schmidt* (Fn. 8), NJW 2024, 24, 28.

III. Das Ergebnis: Ein nützliches Hilfsmittel, auch für das finanzgerichtliche Verfahren

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Die Hamburger Leitlinien sind eine Bereicherung für alle, die sich im Rahmen eines Rechtsstreits mit ausländischem Recht befassen müssen. Das gilt, wie zu zeigen war, auch für das finanzgerichtliche Verfahren. Daher sollten auch die Finanzgerichte diese Handreichung des MPI in ihre Arbeitsabläufe mit einbeziehen. Sie erleichtern dadurch nicht nur ihre eigene Arbeit, sondern schaffen darüber hinaus, wenn sie die Leitlinien den Beteiligten und den betroffenen Sachverständigen zukommen lassen, mehr Transparenz.

Die Initiatoren der Hamburger Leitlinien haben mit der Herausgabe die Hoffnung auf wohlwollende Aufnahme geäußert und zugleich um Hilfe bei etwaiger Verbesserung gebeten; und sie wünschen sich, dass die Leitlinien „erst einmal bekannt und ausprobiert werden“.⁵² Ein Wunsch, von dessen Verwirklichung sicherlich alle profitieren würden!

⁵² *Michaels/Schmidt* (Fn. 8), NJW 2024, 24, 29 (mit Fn. 38) – ein Feedback von Lesern und Benutzern wird ausdrücklich erwünscht, unter <hhleitlinien@mpipriv.de>.

Hamburger Leitlinien*

zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien

Vorbemerkung.....	265
Art. 1: Grundlagen.....	267
§ 1 Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien	267
§ 2 Allgemeine Ziele	267
Art. 2: Leitlinien für Gerichte	268
§ 1 Identifizierung des anwendbaren Rechts	268
§ 2 Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen.....	270
§ 3 Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts (Freibeweis)	271
§ 4 Besonderheiten in Prozesskosten- und Verfahrenshilfverfahren.....	274
§ 5 Auswahl von Sachverständigen und Kontaktaufnahme.....	274
§ 6 Formulierung des Beweisbeschlusses.....	275
§ 7 Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts	278
§ 8 Umgang mit dem erstellten Gutachten.....	279
§ 9 Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts.....	280
Art. 3: Leitlinien für Sachverständige	281
§ 1 Vorprüfung und Hinweise	281
§ 2 Allgemeine Ziele und Methoden des Gutachtens	283
§ 3 Inhalt des Gutachtens.....	284
§ 4 Behandlung des in Deutschland geltenden IPR im Gutachten.....	286
§ 5 Sonderfälle der Aufgabenabgrenzung.....	287
§ 6 Überschreitung des vorgesehenen Zeit- bzw. Kostenrahmens.....	289
Art. 4: Leitlinien für Parteien.....	289

Vorbemerkung

Die Aufgabe des Gerichts, das Recht auf den gegebenen Sachverhalt anzuwenden (*da mihi factum, dabo tibi ius*), umfasst auch ausländisches Recht, soweit dieses relevant wird. Doch muss das ausländische Recht vor der Anwendung

* Erstveröffentlichung: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hrsg.), Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien – Oktober 2023, doi:10.17617/2.3529891, Creative-Commons-Lizenz CC-BY 4.0. Im Internet abrufbar unter <www.hhleitlinien.de>.

regelmäßig erst ermittelt werden. Dazu kann das Gericht auf verschiedene Hilfsmittel zurückgreifen, darunter das Sachverständigengutachten. Hierbei stellt sich eine ganze Reihe rechtlicher und praktischer Probleme, die weder gesetzlich noch richterrechtlich voll gelöst sind oder gelöst werden können.

Die nachfolgenden Handlungsempfehlungen („Hamburger Leitlinien“) wurden in Hamburg am dortigen Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entworfen, auf einer Konferenz am 16./17. Juni 2023 mit externen Wissenschaftler*innen und Praktiker*innen diskutiert und im Nachgang dazu finalisiert. Sie wollen allen Beteiligten – insbesondere Gerichten, Sachverständigen und Parteien (einschließlich deren Vertreter*innen) – dabei helfen, den Umgang mit ausländischem Recht rechtskonform, transparent und effizient zu gestalten. Inhaltlich beruhen die Hamburger Leitlinien auf praktischen Erfahrungen aller Beteiligten, vor allem der Gerichte sowie der Institute, die regelmäßig Gutachten erstellen. Zugleich bilden sie die Vorgaben ab, die aus Gesetz und Rechtsprechung folgen, insbesondere der Rechtsprechung des BGH, die freilich oft Sonderfälle betrifft und deren Grundsätze der BGH selbst nicht immer verallgemeinert wissen will. Wegen ihrer Ausrichtung auf den Normalfall, aber auch wegen der Vielgestaltigkeit der Praxis erheben die Hamburger Leitlinien nicht den Anspruch, für jegliche Konstellation die passende Lösung bereitzuhalten. Bindend sind sie ohnehin nicht.

Nach dem für alle Beteiligten relevanten Art. 1 (Grundlagen) sind die Leitlinien zur Vereinfachung des Zugangs nach den unterschiedlichen Rollen geordnet. Die Gesamtschau aller Leitlinien ermöglicht so ein vollständiges Verständnis des Verfahrens. Der Begriff der Partei umfasst auch Beteiligte in nichtstreitigen Verfahren, vor allem solchen des FamFG.

Zum besseren Verständnis und zur erleichterten Handhabung werden die Hamburger Leitlinien punktuell durch Beispiele illustriert oder zusätzlich erläutert. Ebenso sind einschlägige Grundlagen in Gesetz und Rechtsprechung dort angegeben, wo das zum Verständnis hilfreich erscheint.

Die Hamburger Leitlinien sind auf Verfahren vor Zivilgerichten ausgerichtet, im Grundsatz aber auch auf andere Fälle anwendbar, in denen deutsche Gerichte oder Behörden (z.B. Finanzgerichte, Strafgerichte, Asylbehörden, Finanzbehörden, Standesämter) ausländisches Recht anzuwenden haben.

Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte sagen die Hamburger Leitlinien nichts, da die Gerichte diese Frage anhand der einschlägigen Rechtsquellen (z.B. Brüssel Ia-VO, Brüssel IIb-VO, §§ 97 ff. FamFG) eigenständig beantworten können und müssen.

Für Sachverständige im Singular benutzen die Hamburger Leitlinien die maskuline Form, um Einklang mit den §§ 402 ff. ZPO herzustellen.

Art. 1: Grundlagen

§ 1 Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien

1. Ob ausländisches oder deutsches Recht anwendbar ist, ergibt sich aus dem europäischen, staatsvertraglichen und deutschen Internationalen Privatrecht (IPR) (vgl. Art. 3 EGBGB). Diese IPR-Vorschriften sind Teil des deutschen Rechts. Ihre Ermittlung, Auslegung und Anwendung ist deshalb eine originäre Aufgabe des Gerichts, die es nicht auf einen Sachverständigen übertragen kann.
2. Auch die Ermittlung, Auslegung und Anwendung des ausländischen Rechts ist im Grundsatz Aufgabe des Gerichts. Hierzu kann es sich einer Fülle von Erkenntnisquellen bedienen (→ Art. 2 § 3), darunter auch der Hilfe eines Sachverständigen.

Rechtsgrundlage: § 293 ZPO.

3. Die Parteien können das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts unterstützen, sind über ihre allgemeine Prozessförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinaus dazu aber grundsätzlich nicht verpflichtet. Da ausländische Rechtsnormen als Rechtssätze und nicht als Tatsachen behandelt werden, finden insoweit die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast keine Anwendung.

Rechtsprechung: BGH, Beschl. v. 24.8.2022 – XII ZB 268/19, BGHZ 234, 270 (= IPRspr 2022-1).

§ 2 Allgemeine Ziele

Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts im Verfahren orientiert sich an folgenden Zielen:

- der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs;
- dem Erlass einer Entscheidung unter zutreffender Anwendung des IPR und des ggf. anwendbaren ausländischen Rechts;
- der Vermeidung unnötiger oder unverhältnismäßiger Kosten und Verzögerungen für alle Beteiligten;
- der sachgerechten Zuweisung der verschiedenen Aufgaben an die Beteiligten;
- der transparenten Kommunikation unter den Beteiligten.

Art. 2: Leitlinien für Gerichte

§ 1 Identifizierung des anwendbaren Rechts

1. In Deutschland gilt grundsätzlich deutsches Recht. Es gibt aber Fälle, in denen dieses deutsche Recht, insbesondere das IPR, es erforderlich macht, ausländisches Recht anzuwenden oder zu berücksichtigen. Das ist vor allem in folgenden Situationen der Fall:

- Das in Deutschland geltende IPR beruft ausländisches Recht zur Anwendung.
- Es fragt sich, ob ein Tatbestandsmerkmal einer deutschen Norm durch einen ausländischen Rechtsvorgang erfüllt werden kann („Substitution“).

Beispiel: Kann die „notarielle Beglaubigung“ i.S.d. § 129 BGB durch einen ausländischen Notar erfolgen?

- Die Parteien eines Rechtsgeschäfts (z.B. eines schuldrechtlichen Vertrages oder einer letztwilligen Verfügung) gingen von der Anwendung eines ausländischen Rechts aus, sodass dieses bei der Auslegung zu beachten ist („Handeln unter falschem [d.h. nicht anwendbarem] Recht“).
- Ausländische Verhaltensvorschriften, etwa am ausländischen Unfallort geltende Straßenverkehrsregeln, sind auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen (z.B. nach Art. 17 Rom II-VO).
- Im Rahmen eines inländischen Verfahrens muss geprüft werden, ob und wann die Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens eingetreten ist.
- Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung einer außereuropäischen Gerichtsentscheidung muss die Frage der Gegenseitigkeit i.S.d. § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO beantwortet werden.
- Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Gerichtsentscheidung ist zu prüfen, ob das ausländische Verfahren mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.
- Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Titels muss festgestellt werden, ob dieser nach dem Recht des Entscheidungsstaates rechtskräftig bzw. vollstreckbar ist (z.B. im Rahmen von behördlich titulierten Unterhaltsansprüchen).
- Im Rahmen eines Strafverfahrens ist zu klären, ob ein dem ausländischen Familienrecht unterliegender Vorgang (z.B. eine Eheschließung) ein Zeugnisverweigerungsrecht begründet.
- Im Steuerrecht wird durch sog. Korrespondenzregeln („linking rules“) der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen (z.B. Berücksichtigung von Aufwendungen als Betriebsausgaben) davon abhängig gemacht, wie der

zugrunde liegende Sachverhalt nach ausländischem Steuerrecht zu bewerten ist (z. B. §§ 4i und 4k EStG).

In all diesen Fällen muss die Frage, ob es auf ausländisches Recht ankommt (im Unterschied zur Frage nach dem Inhalt des ausländischen Rechts selbst), vom Gericht selbstständig beantwortet werden (vgl. → Art. 1 § 1 Ziff. 1).

2. Die Anwendung des in Deutschland geltenden IPR schließt auch Fragen seiner Auslegung ein, z. B. hinsichtlich der Feststellung einer „offensichtlich engeren Verbindung mit einem anderen Staat“ i. S. d. Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO. Ebenso vom deutschen Gericht zu entscheiden sind, jedenfalls im Grundsatz, Probleme der sog. Qualifikation, also z. B. die Frage, ob die Regeln über das Beweismaß oder den Anscheinsbeweis dem anwendbaren ausländischen Deliktsrecht zu entnehmen sind oder dem deutschen Prozessrecht (zur Qualifikation auch → Art. 3 § 4 Ziff. 3, 4).
3. Zu den vom Gericht zu klärenden Fragen gehört auch, ob die in Deutschland geltenden Regelungen des IPR auf ausländische Sachvorschriften verweisen (Sachnormverweisung) oder auf ausländisches IPR (Gesamtverweisung) (vgl. Art. 4 Abs. 1, 2 EGBGB). Im zweiten Fall hängt das anwendbare Recht vom Inhalt des ausländischen IPR ab; zu dessen Ermittlung und Auslegung kann sich das Gericht, anders als beim in Deutschland geltenden IPR, der Hilfe eines Sachverständigen bedienen (→ Art. 2 § 5). Die Prüfung des ausländischen IPR ist auch dann in der Entscheidung auszuweisen, wenn es keine Rückverweisung ausspricht (vgl. aber auch → Art. 2 § 1 Ziff. 5).

Beispiele:

- Hat das Kind, dessen Abstammung festgestellt werden soll, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich, so ist gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB zu prüfen, ob das französische IPR auf deutsches Recht zurückverweist oder auf das Recht eines weiteren Staates weiterverweist („Renvoi“).
- Ist der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Südafrika gestorben, ist gemäß Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 34 EuErbVO das südafrikanische IPR auf eine Rück- oder Weiterverweisung hin zu prüfen. Wie viele andere außereuropäische Rechtsordnungen unterwirft das südafrikanische IPR unbewegliches Nachlassvermögen dem Recht des Belegenheitsortes, sodass es hinsichtlich deutscher Nachlassgrundstücke zu einer Rückverweisung kommt.

Rechtsprechung: BGH, Beschl. v. 4.10.1990 – XII ZB 200/87, IPRspr 1990-73 (= NJW 1991, 3088 (3090)).

4. Verweisen die in Deutschland geltenden Regeln des IPR auf eine ausländische Rechtsordnung, die mehrere Teilrechtsordnungen enthält (vgl. Art. 4 Abs. 3 EGBGB), hat das Gericht selbst zu prüfen, ob die von ihm angewandte IPR-Regel die maßgebliche Teilrechtsordnung unmittelbar bezeichnet oder ob zunächst die internen Kollisionsnormen des ausländi-

schen Rechts zu befragen sind. Zu deren Ermittlung kann sich das Gericht der Hilfe eines Sachverständigen bedienen, ebenso wie zur Frage, ob überhaupt eine Mehrrechtsordnung vorliegt.

Beispiele:

- Für die Formgültigkeit eines schuldrechtlichen Vertrags verweist Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO auf das Recht des Abschlussortes. Lag dieser in den USA, wird damit auf das Recht eines Staates verwiesen, der viele territoriale Teilrechtsordnungen enthält (nämlich die der einzelnen US-Bundesstaaten, die das Privatrecht grundsätzlich eigenständig regeln). Gemäß Art. 22 Abs. 1 Rom I-VO gilt in diesem Fall jede Gebietseinheit als eigener Staat, sodass Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO unmittelbar auf das Recht desjenigen Bundesstaates verweist, in dem der Vertrag geschlossen wurde (also z. B. auf das Recht von Florida bei Vertragsabschluss in Miami).
 - Wird hingegen in einem Erbfall auf das Recht der USA verwiesen (z. B. weil der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in den USA gestorben ist, vgl. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO), so ist gemäß Art. 36 Abs. 1 EuErbVO zunächst zu prüfen, ob es interne Kollisionsregeln der USA gibt, die den Bundesstaat bestimmen, dessen Recht anwendbar ist. Da es solche Regeln in den USA nicht gibt, ist das anwendbare bundesstaatliche Recht über Art. 36 Abs. 2 EuErbVO zu ermitteln.
 - Das pakistanische Familienrecht ist interreligiös gespalten; Angehörige unterschiedlicher Religionen werden nach unterschiedlichem Recht behandelt. Verweist nun das deutsche IPR auf das pakistanische Recht (z. B. weil ein Pakistani eine Ehe eingegangen ist, vgl. Art 13 Abs. 1 EGBGB), so bestimmt gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB das pakistanische interpersonale Kollisionsrecht, welches religiöse Recht anzuwenden ist.
5. Wenn alle in Betracht kommenden Rechtsordnungen in der Sache zum selben Ergebnis führen, kann die Frage, welches dieser Rechte anwendbar ist, in der Regel offenbleiben. Erst die Berufungsgerichte müssen die Frage des anwendbaren Rechts grundsätzlich entscheiden, weil nur deutsches, nicht aber ausländisches Recht revisibel ist. Ausnahmsweise können auch die Berufungsgerichte die Frage offenlassen, wenn das ausländische Recht gegen den Ordre public verstieße und deutsches Recht damit jedenfalls als Ersatzrecht zur Anwendung käme.

Rechtsprechung: OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20, IPRspr 2021-3 (= IPRax 2023, 90).

Erläuterung: In FamFG-Verfahren gilt das über die Berufungsgerichte Gesagte entsprechend für die Beschwerdegerichte.

§ 2 Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen

1. Das Gericht hat das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln und grundsätzlich so anzuwenden, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde.

Rechtsgrundlage: § 293 ZPO.

Erläuterung: Die Ermittlung des in einem anderen Staat geltenden Rechts obliegt dem Tatgericht auch insoweit, als von ihm die Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union abhängt (BGH, Urt. v. 25.1.2022 – II ZR 215/20, IPRspr 2022-110).

In Ehe- und Familienstreitsachen ist § 293 ZPO über § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG entsprechend anwendbar. In nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Rechtsprechung zu § 293 ZPO ebenfalls zu berücksichtigen.

2. Das Gericht muss, wenn es bei der Entscheidung auf ausländisches Recht ankommt, dies mit den Parteien erörtern (rechtliches Gehör) und ihnen Gelegenheit geben, zu dessen Ermittlung und Inhalt vorzutragen. Soweit sich das Gericht, z.B. aufgrund von eigenen Recherchen (→ Art. 2 § 3 Ziff. 1), eine vorläufige Meinung zum Inhalt des ausländischen Rechts gebildet hat, teilt es diese den Parteien mit.
3. Im gerichtlichen Eilverfahren sind die Anforderungen an die Ermittlungspflicht grundsätzlich nicht herabgesetzt. Allerdings kann die Eilbedürftigkeit zur Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts führen (zu dieser → Art. 2 § 7).
4. Tragen die Parteien in einem vermögensrechtlichen Verfahren zum anwendbaren ausländischen Recht detailliert und übereinstimmend vor, so kann das Gericht diesen Vortrag, wenn er unter Nachvollzug der Quellen für seine Überzeugungsbildung genügt, in der Regel ohne Verletzung seiner Ermittlungspflicht als richtig zugrunde legen (allgemein zum Parteivortrag → Art. 4). In Verfahren, in denen es um Statusfragen oder Rechte Dritter geht (also insbesondere im Familienrecht), gilt das in der Regel nicht.

Rechtsprechung: BAG, Urt. v. 10.4.1975 – 2 AZR 128/74, IPRspr 1975-30b (= NJW 1975, 2160).

5. Ein von einer Partei vorgelegtes privates Sachverständigengutachten („Parteigutachten“) gilt als urkundlich belegter Parteivortrag. Das Gericht muss sich damit im Rahmen seiner Ermittlungspflicht auseinandersetzen.

§ 3 Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts (Freibeweis)

1. Das ausländische Recht bedarf des Beweises nur insofern, als es dem Gericht unbekannt ist. Das bedeutet insbesondere, dass das Gericht den Inhalt des ausländischen Rechts auch durch eigene Recherchen, zuvor-derst mithilfe von zugänglicher Literatur, Internetquellen und Übersetzungsprogrammen ermitteln darf und oft auch kann.

Erläuterung: Die eigene Recherche ist in einfach gelagerten Fällen häufig ausreichend. Selbst dort, wo sie keine abschließenden Erkenntnisse zu bringen verspricht, kann sie als Grundlage für Hinweise an die Parteien (dazu → Art. 2 § 2 Ziff. 2) und für die Formulierung eines zielführenden Beweisbeschlusses zur Einholung eines Sachverständigengutachtens dienen (dazu → Art. 2 § 6).

Eine regelmäßig aktualisierte Liste deutschsprachiger Standardwerke zum ausländischen Privatrecht findet sich *hier*.

Weitere wichtige deutschsprachige Quellen zum ausländischen Recht sind die Gutachtensammlung IPG (Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht) und die Rechtsprechungssammlung IPRspr (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts). Auch in den Entscheidungen des EuGH finden sich mitunter ausführliche Angaben zu nationalen Rechtsordnungen.

2. Führt die eigene Recherche nicht zu einem genügend sicheren Ergebnis, etwa weil weder eine einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung noch ein eindeutiger Gesetzeswortlaut vorliegen (dazu → Art. 2 § 3 Ziff. 4), stehen dem Gericht insbesondere folgende Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts zur Verfügung:

- die Einladung an die Beteiligten, zum ihnen bekannten oder zugänglichen ausländischen Recht konkret vorzutragen (vor allem, wenn es ihr Heimatrecht ist), z. B. Normentexte sowie gerichtliche Entscheidungen (mit Quellenangabe und ggf. einfacher Übersetzung) vorzulegen;
- die Nutzung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen“);
- die Nutzung des Europäischen Justizportals (<<https://e-justice.europa.eu>>);
- die Einholung einer Auskunft durch deutsche Botschaften, Konsulate, Ministerien oder eine Außenhandelskammer;
- die Verwertung eines Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren, das die gleiche Frage betrifft und nicht wegen seines Alters wenig vertrauenswürdig ist (§ 411a ZPO);
- die Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Erläuterung: Das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen“) lässt nur die Stellung abstrakter, d. h. nicht fallbezogener Fragen zu, und eine Rechtsauskunft besteht nur in der Mitteilung des Wortlauts der einschlägigen Gesetze und Gerichtsentscheidungen. Die Einholung einer Rechtsauskunft nach dem Übereinkommen empfiehlt sich daher nur dann, wenn dem Gericht die abstrakte Beantwortung einzelner Fragen genügt (siehe auch → Art. 2 § 3 Ziff. 4). Zu berücksichtigen sind zudem die anfallenden Übersetzungskosten und die häufig lange Bearbeitungszeit. Erfahrungsgemäß funktioniert die Zusammenarbeit mit einigen Ländern deutlich besser als mit anderen.

Die im Rahmen des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen ernannten Verbindungsrichter*innen können bei der Beschaffung von Gesetzestexten und ausländischen Entscheidungen behilflich sein, ihre Aufgabe besteht aber nicht in der Erstattung von Rechtsauskünften.

Zur Auskunft durch Botschaften, Handelskammern und andere Institutionen siehe BGH, Urt. v. 16.10.1986 – III ZR 121/85, IPRspr 1986-3 (= NJW 1987, 591); BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 23/14, IPRspr 2017-3, Rn. 39 (= BStBl II 2018, 444, Rn. 39); BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902).

3. Wie sich das Gericht die entsprechende Kenntnis vom ausländischen Recht verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das sich an den in → Art. 1 § 2 genannten Zielen ausrichtet. An die Ermittlungspflicht sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je komplexer oder je fremder im Vergleich zum eigenen das anzuwendende Recht ist. Von Einfluss auf das Ermittlungsermessen können auch Vortrag und sonstige Beiträge – etwa Privatgutachten – der Parteien sein, mit denen das Gericht sich gemäß deren Detailliertheit auseinandersetzen muss.

Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 30.4.1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026); BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517); BGH, Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833; BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, IPRspr 2018-297 (= EuZW 2018, 732); BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, IPRspr 2020-99, Rn. 24 (= EuZW 2020, 580).

4. In einfachen Fällen genügt die Heranziehung der einschlägigen ausländischen Rechtsnormen, wenn weitere Informationen schwer zu erhalten sind und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die ausländische Rechtspraxis vom ermittelten Gesetzestext abweicht. Insbesondere der Einholung eines vertiefenden Rechtsgutachtens bedarf es bei einer überschaubaren und ersichtlich auch nicht außergewöhnlichen Fragestellung nicht. Das Gericht teilt die Absicht, auf dieser Grundlage zu entscheiden, den Parteien vorher mit.

Erläuterung: Der BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902), ließ es bei einer Standardfrage zum ecuadorianischen Familienrecht ausreichen, dass sich das Instanzgericht im Wesentlichen auf die Auskunft der entsprechenden Botschaft verlassen hatte. In einer anderen Entscheidung ließ der BGH es genügen, dass das Instanzgericht den Inhalt des ausländischen Rechts mithilfe von Erläuterungen hierzu in der wissenschaftlichen Literatur festgestellt und auf den in der Kommentarliteratur abgedruckten und erläuterten Text des ausländischen Gesetzes zurückgegriffen hat (Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833, Rn. 25). Auch die Entscheidung BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90, IPRspr 1991-1b (= NJW-RR 1991, 1211) („prendas navales“), macht deutlich, dass vertiefende Ausführungen zur Rechtspraxis nur bei Anzeichen eines Abweichens von der geschriebenen Rechtslage erforderlich sind. In BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, IPRspr 2020-99, Rn. 24 (= EuZW 2020, 580), genügte es zwar nicht, dass das Gericht eine für die Entscheidung relevante Rechtsvorschrift des ausländischen Rechts eigenständig und lediglich sinngemäß in die deutsche Sprache übertragen hatte; dies dürfte aber nicht für Fälle gelten, in denen am Inhalt der Norm und ihrer Übereinstimmung mit der Praxis keine begründeten Zweifel bestehen.

Dass BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517) die über das Europäische Rechtsauskunftübereinkommen (→ Art. 2 § 3 Ziff. 2) erlangte Information im konkreten Fall nicht für ausreichend hielt, lag daran, dass die betreffende ausländische Behörde die gestellte Frage nicht erschöpfend beantwortet hatte.

5. Im Hinblick auf die Kosten und Verzögerungen, die ein Sachverständigen-gutachten in aller Regel mit sich bringt, sollte ein solches vom Gericht nur

dann in Auftrag gegeben werden, wenn sich das als maßgeblich identifizierte ausländische Recht nicht auf einfacheren, schnelleren und kostengünstigeren Wegen mit hinreichender Sicherheit ermitteln lässt. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist aber nicht allein aus dem Grund verzichtbar, dass seine Kosten ein Vielfaches des Streitwerts betragen.

Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517).

6. Beim Umfang der Ermittlung des ausländischen Rechts muss berücksichtigt werden, dass viele Rechtsordnungen deutlich weniger tief erschlossen sind als die deutsche, sodass auch mit erheblichem Mehraufwand oft keine eindeutige Antwort auf die konkrete Frage zu ermitteln wäre. Die bloß abstrakte Möglichkeit, dass es auch anders sein könnte, macht daher weitere Ermittlungen nicht erforderlich oder vielversprechend.

§ 4 Besonderheiten in Prozesskosten- und Verfahrenshilfeverfahren

1. Einen Antrag auf Prozesskosten- oder Verfahrenshilfe darf das Gericht nicht aufgrund summarischer Prüfung des ausländischen Rechts abweisen, sofern eine nicht ganz zu vernachlässigende Möglichkeit besteht, dass die Anwendung des ausländischen Rechts die Rechtsposition des Antragstellers stützt. Erfordert die abschließende Beurteilung die Einholung eines Sachverständigengutachtens, so soll Prozesskosten oder Verfahrenshilfe gewährt und das Gutachten im Hauptsacheverfahren eingeholt werden.
2. Für die Auslegung und Anwendung der in Deutschland geltenden Regeln des IPR sind in Prozesskosten- und Verfahrenshilfeverfahren dieselben Grundsätze wie im Hauptsacheverfahren zu beachten (→ Art. 2 § 1).

§ 5 Auswahl von Sachverständigen und Kontaktaufnahme

1. In der Regel empfiehlt es sich, vor Abfassung des Beweisbeschlusses zu klären, wer zum Sachverständigen ernannt werden soll (vgl. → Art. 2 § 6 Ziff. 1). Hierfür ist eine Rücksprache mit den Parteien sinnvoll.
2. Die Auswahl erfolgt unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften, vor allem der §§ 404, 406 ZPO. Erforderlich ist insbesondere die Fähigkeit des Sachverständigen, sich mittels Primärquellen über die relevanten Details der betreffenden Rechtsordnung zu unterrichten. Vorherige Expertise in der betreffenden Rechtsordnung ist wünschenswert, aber nicht strikt erforderlich. Ebenfalls wünschenswert sind solide Kenntnisse im IPR und in der allgemeinen Rechtsvergleichung.
3. Als Sachverständige kommen Angehörige wissenschaftlicher Institute für ausländisches Recht infrage oder einschlägig ausgewiesene Hochschulleh-

rer*innen, aber auch freie Sachverständige (etwa aus der Rechtsanwaltschaft), die über besondere Kenntnisse einer ausländischen Rechtsordnung verfügen (etwa aufgrund eines dortigen Studiums oder einer dortigen Anwaltszulassung).

4. Auch die Ernennung eines Sachverständigen aus der betreffenden Rechtsordnung selbst ist möglich. Dies kann den Vorteil haben, dass die beauftragte Person insbesondere über die Praxis ihres einheimischen Rechts schneller und zuverlässiger Auskunft geben kann als ein Sachverständiger aus Deutschland. Mögliche Nachteile der Ernennung ausländischer Sachverständiger sind Übersetzungsschwierigkeiten und mangelnde Vertrautheit mit den Anforderungen des für deutsche Gerichte maßgeblichen IPR und des deutschen Gerichtsverfahrens, insbesondere mit den formalen und inhaltlichen Standards der Gutachtenerstattung für deutsche Gerichte, ferner die fehlende Möglichkeit, Zwangsmittel gegen den Sachverständigen anzudrohen oder anzuordnen.

Erläuterung: Die Bestellung einer im Ausland ansässigen Person zur Erstattung eines schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 1 ZPO) bedarf mangels Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht des Vorgehens nach Art. 19 EU-Beweisaufnahme-VO 2022 und ist keine unzulässige Umgehung der Rechtshilfe i. S. v. § 63 ZRHO. Auch die Anordnung des Erscheinens zur Gutachtenerklärung (§ 411 Abs. 3 ZPO) bedarf keines Ersuchens, solange sie ohne Androhung von Zwangsmitteln erfolgt. Jedoch erfordert die Anhörung des ausländischen Sachverständigen per Videoschaltung gemäß § 128a Abs. 2 ZPO ein Rechtshilfeersuchen (nicht hingegen die Anhörung am deutschen Gerichtsort).

5. Hat das Gericht eine Person identifiziert, die es mit der Erstattung des Rechtsgutachtens beauftragen will, sollte es vor Erlass des Beweisbeschlusses deren grundsätzliche Bereitschaft per Brief, Telefon oder E-Mail klären. Dies erspart im Falle einer Ablehnung das Hin- und Her-senden von Gerichtsakten und eine Abänderung des Beweisbeschlusses.
6. Hat der Sachverständige seine grundsätzliche Bereitschaft erklärt, das Gutachten zu erstatten, sollte ihm zwecks Vorprüfung die Gerichtsakte übersandt werden.

Erläuterung: Die Empfehlung der Aktenübersendung hat zum einen den Hintergrund, dass das Gericht mangels Kenntnis des ausländischen Rechts nicht immer sicher wissen kann, welche Tatsachen relevant sind. Zum anderen ermöglicht es die Aktenübersendung, etwaige Befangenheitsgründe frühzeitig zu erkennen und offenzulegen (zur Befangenheit auch → Art. 3 § 1 Ziff. 2).

§ 6 Formulierung des Beweisbeschlusses

1. Der Beweisbeschluss muss die Fragen zum ausländischen Recht, den ernannten Sachverständigen und die gesetzte Frist enthalten. Je nach Fall enthält er darüber hinaus den vom Sachverständigen zugrunde zu legen-

den Sachverhalt → Art. 2 § 6 Ziff. 9) sowie Angaben zum Auslagenvorschuss (→ Art. 2 § 6 Ziff. 11).

2. Beweisfragen werden im Einklang mit der allgemeinen Aufgabenverteilung zwischen Gerichten und Sachverständigen formuliert (→ Art. 1 § 1). Dies bedeutet insbesondere, dass das Gericht dem Sachverständigen nicht die Prüfung des in Deutschland geltenden IPR aufgibt oder ihn nach der Begründetheit der Klage oder bestimmter klägerischer Ansprüche fragt (zur Subsumtion als richterlicher Aufgabe → Art. 2 § 9 Ziff. 1).
3. Bei der Formulierung der Beweisfragen ist generell zu beachten, dass die dogmatischen Strukturen des anwendbaren ausländischen Rechts sich möglicherweise von denen des deutschen Rechts unterscheiden (auch → Art. 3 § 1 Ziff. 6). Die Fragen sollten daher nach Möglichkeit offen formuliert werden.

Beispiele:

- Anstatt die Beweisfrage auf vertragliche Ersatzansprüche zu begrenzen, kann es sich empfehlen, auch außervertragliche Ersatzansprüche in die Fragestellung einzubeziehen, soweit diese von der kollisionsrechtlichen Verweisung umfasst sind. Gefragt wird dann also nicht nach „vertraglicher Haftung“, sondern offener nach „Haftung“.
- Anstatt nur zu fragen, ob eine bestimmte Handlung nach dem anwendbaren ausländischen Recht eine wirksame letztwillige Verfügung ist, kann es sich empfehlen, auch die Möglichkeit einer Schenkung in die Beweisfrage einzubeziehen.

4. Unbeschadet der Ziff. 3 sollten die Beweisfragen grundsätzlich auf die für die Fallentscheidung relevanten Aspekte des ausländischen Rechts beschränkt werden.

Beispiel: Anstatt zu fragen: „Was sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Testamente im türkischen Recht?“, sollte nach Möglichkeit spezifiziert werden, hinsichtlich welcher Aspekte Zweifel an der Wirksamkeit bestehen. So könnte etwa gefragt werden:

- „Welche Formerfordernisse sieht das türkische Recht für Testamente vor?“
- „Gestattet das türkische Recht die Errichtung des Testaments durch einen Stellvertreter?“

5. Lassen sich die entscheidungsrelevanten Aspekte des ausländischen Rechts klar bestimmen, sollte das Gericht seine Fragen abstrakt formulieren.

Beispiele:

- „Wie ist die gesetzliche Erbfolge im tunesischen Recht geregelt?“
- „Sind vorgerichtliche Anwaltskosten nach polnischem Recht ersatzfähig?“ (Dies ist freilich bei Verkehrsunfällen eine Frage, die sich aus dem deutschen Schrifttum zum polnischen Recht beantworten lässt).
- „Folgt das namibische internationale Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie oder bestimmt es das auf Gesellschaften anwendbare Recht auf andere Weise?“

6. Ist die abstrakte Fragestellung nicht ratsam, weil sie zu vieles einschliesse, was nicht entscheidungsrelevant ist, oder weil die Rechtsfrage nicht sicher auf bestimmte Aspekte des ausländischen Rechts bezogen werden kann, sollte fallbezogen gefragt werden.

Beispiel: Anstatt zu fragen: „Wie kommt nach englischem Recht ein Vertrag zustande?“, sollte die Frage lauten: „Ist nach englischem Recht bei dem vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt [vgl. → Art. 2 § 6 Ziff. 9] ein Vertrag zustande gekommen?“

Wenn möglich, sollte das entscheidungsrelevante Element noch genauer identifiziert werden: „Hat X nach englischem Recht den Vertrag bei dem vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt [vgl. → Art. 2 § 6 Ziff. 9] im eigenen Namen oder im Namen von Y geschlossen?“

Zu beachten ist, dass die Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen und die Vertragsauslegung grundsätzlich Aufgaben des Gerichts sind, obgleich Sachverständige hierzu auch ihr eigenes Ergebnis darlegen können (→ Art. 2 § 9 Ziff. 1, → Art. 3 § 3 Ziff. 5 und → Art. 3 § 5).

7. Im Beweisbeschluss kann zur Beantwortung der Frage auch die Auseinandersetzung mit einem vorgelegten Parteigutachten (→ Art. 2 § 2 Ziff. 5) oder Parteivortrag verlangt werden.

Beispiel: „Ist der Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft nach spanischem Recht weisungsgebunden? Hierzu soll sich die Rechtsauskunft auch kritisch mit dem Schreiben des Rechtsanwalts M.S. der Kanzlei T.C. vom 26.2.2019 auseinandersetzen.“

8. Die Fragen zum ausländischen Recht sollen nach Möglichkeit so umfassend sein, dass die Notwendigkeit eines Ergänzungsgutachtens vermieden wird (vgl. auch → Art. 2 § 8 Ziff. 2). In bestimmten Fällen kann es sich empfehlen, die Beweisfragen zu staffeln.

Beispiele:

- „1. Verweist das kalifornische IPR bei dem mitgeteilten Sachverhalt auf deutsches Recht zurück?
2. Bei Verneinung von Frage 1: [Frage nach den kalifornischen Sachvorschriften].“
- „1. Ist bei dem mitgeteilten Sachverhalt nach chinesischem Recht ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen?
2. Bei Bejahung von Frage 1: Sind die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des chinesischen Vertragsrechts dem Grunde und der Höhe nach ersatzfähig?
3. Bei Verneinung von Frage 1: Besteht nach chinesischem Recht eine andere Anspruchsgrundlage für den hier geltend gemachten Aufwendungs- oder Schadensersatzanspruch, und wenn ja, was sind ihre Voraussetzungen?“

9. Soweit möglich, teilt der Beweisbeschluss zwecks Klarheit und Zeiterparnis den vom Sachverständigen zugrunde zu legenden Sachverhalt mit (vgl. → Art. 2 § 6 Ziff. 1). Dabei ist zu bedenken, dass die Frage, welche Tatsachen relevant sind, vom ausländischen Recht selbst abhängen kann (→ Art. 2 § 6 Ziff. 10; zur Erstellung des Sachverhalts durch den Sachverständigen → Art. 3 § 2 Ziff. 3).

Rechtsgrundlage: § 404a Abs. 3 ZPO.

Beispiele:

- „Der Sachverständige soll von folgendem Sachverhalt ausgehen: Die Parteien schlossen am 24.6.2018 einen Vertrag über die Lieferung von Metallröhren. Die Beklagte verfehlte in der Folge die Einhaltung der vereinbarten Liefertermine. Der Vertrag trifft für diesen Fall folgende Regelung [...]. Der Beklagte ist der Ansicht, dass diese Klausel nach englischem Recht eine unwirksame Vertragsstrafebestimmung sei [...].“
- „Der Sachverständige soll unterstellen, dass der Antragsteller nicht der biologische Vater und die Antragsgegnerin nicht die biologische Mutter des Kindes ist.“

10. Hängt die Identifizierung der relevanten und ggf. noch zu ermittelnden Tatsachen vom Inhalt des ausländischen Rechts ab, kann dies im Beweisbeschluss deutlich gemacht werden.

Beispiel: „Kommt es nach französischem Recht für die Haftung darauf an, ob Kenntnis von einem bestimmten Umstand vorlag?“

11. Da ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln ist, kann das Gericht die Bestellung eines Sachverständigen nicht von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig machen.

Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 17.9.2009 – I ZR 103/07, NJW-RR 2010, 1059.

Erläuterung: In der Praxis wird häufig ein Auslagenvorschuss eingefordert und auch bezahlt.

12. Das Gericht setzt dem Sachverständigen eine angemessene Frist, innerhalb derer er das von ihm unterschriebene Gutachten zu übermitteln hat. Es empfiehlt sich, die Frist mit dem Sachverständigen vorher abzusprechen.

Rechtsgrundlage: § 411 Abs. 1 ZPO.

13. Spätestens mit seiner Ernennung ist dem Sachverständigen die Gerichtsakte zu übersenden (→ Art. 2 § 5 Ziff. 6).

§ 7 Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts

1. Die Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts berechtigt weder zur Klageabweisung noch zur Entscheidung aufgrund einer angenommenen Beweislast.
2. Wenn das anwendbare ausländische Recht oder eine einschlägige Norm vollständig oder weitgehend nicht ermittelt werden kann, darf das Gericht nicht ohne Weiteres deutsches Recht als Ersatzrecht anwenden. Stattdessen hat es, ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigengutachtens, zunächst zu prüfen, ob die Lücke durch sachgerechte Fortbildung des ausländischen Rechts oder durch die Vorschriften einer sachnäheren anderen ausländischen Rechtsordnung geschlossen werden kann. Die größere Sachnähe einer anderen ausländischen Rechtsordnung kann dabei sowohl

durch historisch-rechtsvergleichende als auch durch kollisionsrechtliche Erwägungen begründet werden.

3. Der Nichtermittelbarkeit steht es gleich, wenn Ermittlungsversuche erwartungsgemäß unverhältnismäßig lange dauern würden, insbesondere wenn zusätzliche Erkenntnisse unwahrscheinlich sind.

§ 8 Umgang mit dem erstellten Gutachten

1. Fragen zum ausländischen Recht lassen sich oftmals nicht mit letzter Sicherheit beantworten (vgl. auch → Art. 2 § 3 Ziff. 6). Gibt es keine gewichtigen substantiierten Zweifel an der Plausibilität und Korrektheit des – ggf. unter Einholung eines Sachverständigengutachtens erzielten – Ermittlungsergebnisses, kann das Gericht auf dessen Grundlage entscheiden.
2. Stellen die Parteien Nachfragen oder äußern sie Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens, reicht das Gericht diese nicht ohne Weiteres an den Sachverständigen zur Stellungnahme durch. Stattdessen prüft es zunächst, ob die gestellten Fragen entscheidungsrelevant sind, ob die Antworten bereits dem Gutachten entnommen werden können bzw. ob die geäußerten Zweifel hinreichend Substanz haben. Aussagen zum ausländischen Recht, die im Gutachten hinreichend belegt wurden, können nicht durch ein Bestreiten ins Blaue hinein erschüttert werden.

Beispiele:

- Der Parteivertreter nimmt ausführlich Stellung zum Gutachten und stellt es an verschiedenen Stellen infrage. Das Gericht fordert den Sachverständigen nicht pauschal zur Stellungnahme auf, sondern identifiziert möglichst genau die aus seiner Sicht relevanten Argumente, prüft deren Erheblichkeit und formuliert die Nachfragen nach Möglichkeit in Gestalt von Beweisfragen.
 - Im Gutachten wird ausführlich erläutert und belegt, dass das namibische internationale Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie folgt. Die Nachfrage seitens des Parteivertreters, ob ein Befolgen der Sitztheorie nicht trotzdem denkbar sei, ist unsubstantiiert, wenn sie nicht durch konkrete Anhaltspunkte gestützt wird.
3. Die mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen (ggf. per Videoschaltung, § 128a Abs. 2 ZPO) kann zur Klarstellung und Ergänzung nützlich sein, bringt häufig allerdings keine neuen Erkenntnisse. Zur Zeit- und Kostenersparnis kann es sich empfehlen, dem Sachverständigen bestimmte Fragen vorab zu übermitteln. Die ausschließlich schriftliche Erläuterung und Ergänzung funktioniert erfahrungsgemäß in der Regel gut.

Rechtsgrundlage: § 411 Abs. 3 ZPO.

Erläuterung: Ziff. 3 gilt aufgrund des dort zu beachtenden Mündlichkeitsgrundsatzes nicht für Gutachten zum ausländischen Recht im Rahmen von Strafverfahren.

4. Sofern der Sachverständige eigenständig den Sachverhalt formuliert hat, von dem er ausgeht (→ Art. 3 § 2 Ziff. 3), muss das Gericht bei Erhalt des Gutachtens prüfen, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde.

§ 9 Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts

1. Die Entscheidung unter Anwendung des ausländischen Rechts ist originäre Aufgabe des Gerichts. Das betrifft insbesondere auch die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht, unabhängig davon, ob der Sachverständige ein eigenes Subsumtionsergebnis darlegt (vgl. → Art. 3 § 3 Ziff. 5, § 5).
2. Die Entscheidungsgründe müssen erkennen lassen, wie das ausländische Recht ermittelt wurde. Das betrifft sowohl die Auswahl der Erkenntnisquellen als auch – bei verbleibenden Zweifeln zum Inhalt – die Tiefe (vgl. → Art. 2 §§ 2, 3).

Erläuterung: Gibt die angefochtene Entscheidung keinen Aufschluss darüber, dass das Tatgericht seiner Pflicht nachgekommen ist, ausländisches Recht in angemessener Weise zu ermitteln, ist revisionsrechtlich davon auszugehen, dass eine ausreichende Erforschung des fremden Rechts in verfahrensfehlerhafter Weise unterblieben ist (BGH, Urt. v. 20.7.2012 – V ZR 135/11, IPRspr 2012-23, Rn. 12 (= MDR 2012, 1077); BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – I ZB 13/15, IPRspr 2016-219, Rn. 66 (= NJW-RR 2017, 313 Rn. 66).

3. Die Entscheidungsbegründung sollte nicht nur pauschal auf das Gutachten verweisen, sondern die für das Ergebnis relevanten Inhalte des Gutachtens selbst wiedergeben und erklären, warum das Gericht sie sich zu eigen macht. Sofern der Inhalt des Gutachtens streitig ist, muss das Gericht, wie auch sonst bei der Beweiswürdigung, begründen, warum es ihm folgt oder nicht. Das Gutachten sollte unter Beachtung der Anonymisierungspflichten so genau wie möglich bezeichnet werden (z.B. mit Datum und internem Aktenzeichen des Sachverständigen).
4. In der Entscheidung sind die Primär- und Sekundärquellen, auf die das Gericht sich stützt, möglichst vollständig anzugeben und, sofern es auf den Wortlaut ankommt, im Originaltext wiederzugeben. Bei nichtgängigen Sprachen (im Zweifel allen Sprachen außer Englisch) sollte eine deutsche Übersetzung der Texte angefügt werden. Soweit möglich, sollte für beide – Originaltext und Übersetzung – auf offizielle Quellen rekurriert werden, die dann auch benannt werden. Greift das Gericht auf eine andere als eine offizielle Übersetzung zurück, sollte es dies begründen.
5. Sofern hinreichende Quellen nicht gefunden werden konnten, sollte in der Entscheidung dargelegt werden, wo und wie danach gesucht wurde.
6. Nach Abschluss des Verfahrens sollte dem Sachverständigen eine Kopie der Entscheidung übermittelt werden. Ebenso sollte eine Übermittlung an

einschlägige Sammlungen erfolgen (z.B. IPRspr, IPRax) sowie an sachrechtsspezifische Zeitschriften (z.B. FamRZ für Entscheidungen zum ausländischen Familienrecht).

Art. 3: Leitlinien für Sachverständige

§ 1 Vorprüfung und Hinweise

1. Der Sachverständige hat, nachdem er angefragt wurde (→ Art. 2 § 5), unverzüglich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden kann. Ist das nicht der Fall, so muss er das Gericht unverzüglich verständigen.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 1 ZPO.

2. Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Der Sachverständige hat dem Gericht solche Gründe unverzüglich mitzuteilen.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 2 ZPO.

Erläuterung: Insbesondere bei Rechtsordnungen, mit denen sich in Deutschland nur ein verhältnismäßig kleiner Kreis von Personen beschäftigt, kommt es häufig vor, dass der Sachverständige mit Parteivertreter*innen persönlich bekannt ist. Dies allein begründet nicht seine Befangenheit.

3. Hat der Sachverständige Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages, so hat er unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen. Erwachsen voraussichtlich Kosten, die erkennbar außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes stehen oder einen angeforderten Kostenvorschuss erheblich übersteigen, so hat der Sachverständige rechtzeitig darauf hinzuweisen.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 4 ZPO.

Erläuterungen: Die Folgen einer nicht angezeigten Unverhältnismäßigkeit regelt § 8a Abs. 3 JVEG. Zu den Folgen einer nicht angezeigten Überschreitung des Auslagenvorschusses siehe § 8a Abs. 3, 4 JVEG und → Art. 3 § 6 Ziff. 2.

Der Sachverständige braucht grundsätzlich nur einmal auf die Unverhältnismäßigkeit bzw. die Überschreitung hinzuweisen. Es ist Sache des Gerichts, die Höhe des angeforderten Kostenvorschusses unmissverständlich zu kommunizieren. Erkennt der Sachverständige nach Einholung eines zusätzlichen Kostenvorschusses, dass auch dieser nicht ausreichen wird, muss er einen weiteren Hinweis geben.

4. Der Sachverständige vollzieht die IPR-Prüfung des Gerichts nach (→ Art. 2 § 1). Kommt er zu der Auffassung, dass die Ermittlung ausländischen Rechts entbehrlich ist, weil der Fall deutschem Recht unterliegt, gibt er dem Gericht zur Vermeidung unnötiger Kosten einen entsprechen-

den Hinweis. Das Gleiche kann sich empfehlen, wenn das für die Bestimmung des anwendbaren Rechts maßgebliche Anknüpfungskriterium (z.B. der gewöhnliche Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit) nach Aktenlage ungeklärt ist.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 4 ZPO.

5. Ebenso teilt der Sachverständige dem Gericht mit, wenn der Beweisbeschluss den unter → Art. 2 § 6 genannten Anforderungen widerspricht oder nicht klar verständlich ist.

Beispiele:

- Der Sachverhalt ist sehr komplex und in vielen Punkten umstritten. Der Sachverständige bittet das Gericht um Mitteilung, von welchen Tatsachen er ausgehen soll.
- Das Gericht fragt umfassend nach den Voraussetzungen eines Vertragsschlusses im englischen Recht. Der Sachverständige gelangt nach Studium der Akte zu der Einschätzung, dass nur eine bestimmte Teilfrage entscheidungsrelevant ist (z.B. die einer wirksamen Stellvertretung), und regt beim Gericht daher eine entsprechende Eingrenzung an. Alternativ kann der Sachverständige nach → Art. 3 § 1 Ziff. 7 vorgehen.

6. Der Sachverständige prüft, ob die zum ausländischen Recht gestellten Fragen der Entscheidung des Falles dienlich sind. Kommt er, insbesondere aufgrund seiner Kenntnis des ausländischen Rechts, zu der Einschätzung, dass andere Beweisfragen zielführender wären, gibt er dem Gericht einen Hinweis.

Beispiele:

- Das Gericht fragt, ausgehend von deutschen Rechtsvorstellungen, nach Auskunftsansprüchen im ehelichen Güterrecht. Das anwendbare ausländische Ehegüterrecht kennt aber keine Auskunftsansprüche, sondern realisiert die Informationsbeschaffung auf andere Weise, z.B. durch erweiterte Ermittlungsbefugnisse des Gerichts. Der Sachverständige erläutert dies und weist das Gericht auf die Möglichkeit einer Anpassung hin.
- Das Gericht fragt, ausgehend von deutschen Rechtsvorstellungen, nach den Regeln des englischen Rechts über die Abwicklung des ehelichen Güterstands im Falle der Scheidung. Der Sachverständige weist das Gericht darauf hin, dass das englische Recht ein Ehegüterrecht nach deutscher Art nicht kennt und eine Vermögensteilhaber der Ehegatten durch Unterhaltsleistungen sowie Vermögensübertragung realisiert werden kann. Möglich wäre hier auch ein Vorgehen nach → Art. 3 § 1 Ziff. 7.

7. Geringfügige oder offenkundig sachdienliche Abweichungen vom Beweisbeschluss kann der Sachverständige ohne Rücksprache mit dem Gericht vornehmen, wenn ihm dies unproblematisch erscheint und er sein Vorgehen im Gutachten erläutert (→ Art. 3 § 2 Ziff. 2).
8. Auch wenn keine entsprechende Pflicht besteht, empfiehlt es sich, dass der Sachverständige den Stundenaufwand für die Erstellung des Gutachtens vorab möglichst genau und realistisch schätzt und dem Gericht mit-

teilt (zu den Folgen der Überschreitung eines Auslagenvorschusses → Art. 3 § 6 Ziff. 2). Kann der Sachverständige das vom Gericht gesetzte Fertigstellungsdatum voraussichtlich nicht einhalten, teilt er das ihm mögliche spätere Datum mit. Der Sachverständige berücksichtigt bei der Zeitplanung eine etwaige besondere Eilbedürftigkeit (z. B. in Sorgerechtsstreitigkeiten oder bei Kindesentführung).

9. Da die Erstellung von Gutachten zum ausländischen Recht spezifische juristische und sprachliche Kenntnisse erfordert, ist eine Eingruppierung in die höchste Honorargruppe i. S. v. § 9 Abs. 1 JVEG Anlage 1 angemessen.

Rechtsprechung: OLG Dresden, Beschl. v. 23.1.2019 – 3 W 652/18, IPRspr 2019-350 (= NJW 2019, 1236).

10. In besonders gelagerten Fällen, etwa bei einem sehr hohen Streitwert oder einem sehr hohen, aber im genauen Umfang nicht prognostizierbaren Arbeitsaufwand, kann dem Sachverständigen unter den Voraussetzungen des § 13 JVEG eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vergütung zugesprochen werden.
11. Kann der Sachverständige den Auftrag nicht übernehmen, soll er nach Möglichkeit versuchen, dem Gericht durch informelle Hinweise weiterzuhelfen. Diese Hinweise können alternative Ansprechstellen, einschlägige deutschsprachige Literatur sowie fallrelevante Aspekte des internationalen und des ausländischen Privatrechts betreffen.
12. In der Kommunikation zwischen Gerichten und Sachverständigen ist das Telefonat erfahrungsgemäß oft deutlich zielführender als der schriftliche Weg.

§ 2 Allgemeine Ziele und Methoden des Gutachtens

1. Ziel des Gutachtens ist es, die im Beweisbeschluss gestellten Fragen so zu beantworten, dass das Gericht auf der Grundlage des ermittelten ausländischen Rechts eine eigene Sachentscheidung treffen kann (vgl. → Art. 2 § 2 Ziff. 1).
2. Ist der Beweisbeschluss nach Auffassung des Sachverständigen zu weit oder aus anderen Gründen nicht zielführend formuliert, regt er seine Änderung an. Ist der Sachverständige sich sicher, im Sinne des Gerichts und der Parteien zu handeln, kann er auch ohne Rücksprache mit dem Gericht vom Beweisbeschluss abweichen, etwa indem er Fragen umformuliert oder mangels Entscheidungsrelevanz offenlässt. In diesem Fall erläutert er sein Vorgehen im Gutachten.

Beispiele:

- Das Gericht stellt verschiedene Fragen zu den Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs und ebenso zu dessen Verjährung. Der Sachverständige sieht, dass Verjährung eingetreten ist. Er zieht diese Frage deshalb vor und lässt die übrigen Fragen, deren Beantwortung sich sehr aufwendig gestalten würde, mangels Entscheidungsrelevanz offen. Er erläutert sein Vorgehen im Gutachten und stellt klar, dass auf Hinweis des Gerichts auch die weiteren Fragen noch beantwortet werden.
 - Nach wörtlicher Wiedergabe des Beweisbeschlusses folgt der Satz: „Der Sachverständige versteht die Frage des Gerichts in dem Sinne, dass es um [...] geht.“
3. Einen vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt (→ Art. 2 § 6 Ziff. 9) muss der Sachverständige seinem Gutachten zugrunde legen. Fehlt es an einer solchen Mitteilung und bittet der Sachverständige nicht um Nachreichung (vgl. → Art. 3 § 1 Ziff. 5), so ermittelt er den Sachverhalt eigenständig anhand der Akte und gibt ihn im Gutachten wieder (→ Art. 3 § 3 Ziff. 1). Das Gericht hat dann bei Erhalt des Gutachtens zu prüfen, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde.
 4. Der Sachverständige hat das ausländische Recht nach Möglichkeit so zu ermitteln und darzustellen, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde. Dies bedeutet, dass er vorrangig die Gesetzestexte (soweit vorhanden) sowie einschlägige höchstgerichtliche und ggf. untergerichtliche Rechtsprechung auszuwerten hat, und zwar unabhängig davon, ob Gerichtsentscheidungen im betreffenden Land als Rechtsquelle angesehen werden. Soweit das nicht ausreicht, sind die gestellten Beweisfragen auf der Grundlage anderer Quellen zu beantworten, insbesondere Rechtsliteratur und Behördenpraxis. Bei alledem ist zu berücksichtigen, welches Gewicht geschriebenen Rechtsnormen, Rechtsliteratur und sonstigen Quellen bzw. Argumenten in der Praxis des ausländischen Rechts zukommt.
 5. Zur Schließung von Erkenntnislücken oder zur Bestätigung gefundener Ergebnisse kann der Sachverständige Fachleute der betreffenden Rechtsordnung auf informellem Wege konsultieren. Auf diese Art erlangte Auskünfte sind im Gutachten kenntlich zu machen.

Beispiele:

- „Schriftliche Auskunft von Professorin Silvia Lopez von der Katholischen Universität Lima, Peru, vom 25.1.2021.“
- „Mündliche Auskunft des Vorsitzenden des Ahmadiyya-Schiedsgerichts in Offenbach vom 3.7.2022.“

§ 3 Inhalt des Gutachtens

1. Das Gutachten legt zunächst den vom Gericht vorgegebenen (→ Art. 2 § 6 Ziff. 9) oder vom Sachverständigen aus der Akte ermittelten Sachverhalt (→ Art. 3 § 2 Ziff. 3) dar.

2. Ausführungen zum ausländischen Recht erfolgen nur insoweit, wie sie entscheidungsrelevant oder zum Verständnis erforderlich sind. Auf schmückendes Beiwerk, etwa in Gestalt längerer historischer Ausführungen, ist zu verzichten. Abstrakt gestellte Beweisfragen (vgl. → Art. 2 § 6 Ziff. 5) werden vom Sachverständigen auf das aus seiner Sicht Wesentliche reduziert.

Beispiel: Wurde nach den tunesischen Regeln der gesetzlichen Erbfolge gefragt und sind im vorliegenden Fall Erben der ersten Ordnung vorhanden, bedarf es keiner Erörterung der nachfolgenden Erbordnungen oder im konkreten Fall nicht einschlägiger Regelungen über Eintrittsrechte.

3. Im Gutachten sind die Primär- und Sekundärquellen, auf die es gestützt ist, möglichst vollständig anzugeben und, sofern es auf den Wortlaut ankommt, im Originaltext wiederzugeben. Bei nichtgängigen Sprachen (im Zweifel allen Sprachen außer Englisch) sollte eine deutsche Übersetzung der Texte angefügt werden. Soweit möglich, sollte für beide – Originaltext und Übersetzung – auf offizielle Quellen rekurriert werden, die dann auch benannt werden. Greift der Sachverständige auf eine andere als eine offizielle Übersetzung zurück, sollte er dies begründen.
4. Sofern hinreichende Quellen nicht gefunden werden konnten, gibt das Gutachten an, wo und wie danach gesucht wurde.
5. Die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht ist Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen (→ Art. 2 § 9 Ziff. 1). Soll der Sachverständige laut Beweisbeschluss das ausländische Recht fallbezogen ermitteln (→ Art. 2 § 6 Ziff. 6) und ist der Sachverhalt unstreitig bzw. vom Gericht vorgegeben, kann es sich zur Vermeidung von Missverständnissen oder Unsicherheiten jedoch empfehlen, dass der Sachverständige mitteilt, zu welchem Ergebnis sein Gutachten im konkreten Fall führt.

Beispiele:

- Kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die fragliche Rechtsordnung einen Verkäufer für bestimmte Arten von Zusagen über die Eigenschaften der Kaufsache haften lässt, wird in der Regel das Gericht besser als der Sachverständige beurteilen können, ob die im konkreten Fall vom Verkäufer gemachten Aussagen die geforderten Voraussetzungen erfüllen. Zu dem Fall, dass von der Beantwortung einer Beweisfrage die Relevanz weiterer Beweisfragen abhängt, → Art. 3 § 3 Ziff. 7.
 - Stehen in einem Erbfall die Verwandtschaftsverhältnisse fest, legt der Sachverständige nicht nur die abstrakten Erbgregeln der betreffenden Rechtsordnung dar, sondern führt auch aus, zu welchem Ergebnis sie im konkreten Fall führen („Die Ehefrau ist Erbin zu 1/4, der Sohn Erbe zu 3/4“).
6. Lassen sich dem ausländischen Recht mit vertretbarem Aufwand keine eindeutigen Antworten auf die gestellten Fragen entnehmen, legt der Sachverständige diese Unsicherheit offen und gibt nach Möglichkeit eine auf seine Erfahrung und rechtsvergleichende Einschätzung gestützte

Prognose darüber ab, wie ein Gericht der betreffenden Rechtsordnung entscheiden würde.

7. Sieht der Sachverständige, dass die Entscheidungsrelevanz nachgeordneter Beweisfragen davon abhängt, wie das Gericht bestimmte vorgeordnete Beweisfragen beurteilt, so kommen zwei Vorgehensweisen in Betracht: Zum einen kann der Sachverständige das Gericht zunächst um Klärung der vorgelagerten Fragen bitten (ggf. auf der Grundlage eines Teilgutachtens), zum anderen kann er die Prüfung alternativ aufbauen. Welche Vorgehensweise sich empfiehlt, richtet sich nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der in → Art. 1 § 2 genannten Ziele.

Beispiel: Die Frage, ob das englische IPR in einem Erbfall auf das deutsche Recht zurückverweist, hängt davon ab, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes weiterhin sein englisches „domicile of origin“ oder vorher in Deutschland sein „domicile of choice“ begründet hatte. Die Antwort auf diese Frage erfordert die Gewichtung bestimmter objektiver und subjektiver Faktoren und kann nur vom Gericht gegeben werden.

Ob der Sachverständige in diesem Fall zunächst eine Klärung der Frage des „domicile“ herbeiführt oder im Gutachten beide Varianten abhandelt, hängt insbesondere vom Umfang der Ausführungen ab, die zum englischen Sachrecht zu machen wären. Sind sie kurz und unproblematisch, empfiehlt es sich, das Gutachten „in einem Aufwasch“ zu erledigen. Wären die Ausführungen zum englischen Sachrecht hingegen zeit- und kostenintensiv, sollte zunächst ihre Entscheidungsrelevanz geklärt werden.

8. Der Sachverständige sollte grundsätzlich die Weitergabe des Gutachtens zur Verwendung in anderen Verfahren gestatten und nur die Bedingung stellen, dass die Urheberschaft ordnungsgemäß kenntlich gemacht und das Gutachten vollständig und unverändert weitergegeben wird.

Erläuterung: Insbesondere Gerichte sollten die Möglichkeit haben, Gutachten zum ausländischen Recht zu sammeln und bei Bedarf intern weiterzugeben. Zu beachten ist freilich, dass Gutachten durch nachfolgende Rechtsänderungen obsolet werden können. Sachverständige trifft hierfür keine Verantwortung, sondern allenfalls eine Hinweispflicht.

§ 4 Behandlung des in Deutschland geltenden IPR im Gutachten

1. Da das in Deutschland geltende IPR nicht Gegenstand eines vom Gericht eingeholten Gutachtens sein kann (→ Art. 1 § 1), brauchen Sachverständige im Regelfall keine Ausführungen hierzu zu machen, auch wenn sie die IPR-Prüfung des Gerichts nachvollziehen sollen (→ Art. 3 § 1 Ziff. 4). Verschiedene Ausnahmefälle sind im Folgenden genannt; in diesen sollten Ausführungen zum inländischen IPR knapp gehalten und Meinungsstreitigkeiten dem Gericht zur Entscheidung überlassen werden.
2. Kommt es zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts auf das ausländische IPR an (insbesondere im Fall einer möglichen Rück- oder Weiterverweisung, vgl. → Art. 2 § 1 Ziff. 3), so wird es zur besseren Verständ-

lichkeit in der Regel sachdienlich sein, die Frage des anwendbaren Rechts vollständig zu behandeln und daher das Gutachten mit dem in Deutschland geltenden IPR zu beginnen, das auf das ausländische IPR verweist.

3. Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR können ferner dann sachdienlich sein, wenn der Sachverständige Grund zu der Annahme hat, dass Gericht und Parteien einen wichtigen Aspekt übersehen könnten, z. B. ein Qualifikationsproblem oder eine versteckte Übergangsvorschrift (zu Qualifikationsfragen schon → Art. 2 § 1 Ziff. 2).

Beispiele:

- Das Gericht geht offensichtlich davon aus, dass sich die Ersatzfähigkeit von Prozesszinsen nach dem anzuwendenden ausländischen Deliktsrecht (*lex causae*) bestimmt. Der Sachverständige weist darauf hin, dass auch eine prozessuale Qualifikation und damit die Anwendung deutschen Rechts in Betracht kommt.
- Der Sachverständige weist darauf hin, dass es in komplizierten Schadensfällen in Betracht kommt, bestimmte Aspekte prozessual zu qualifizieren und damit über § 287 ZPO zu lösen.

4. In der Regel unvermeidbar sind Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR, wenn seine korrekte Anwendung nicht losgelöst von dem zu ermittelnden ausländischen Sachrecht erfolgen kann. Dies kann insbesondere bei Fragen der Qualifikation der Fall sein.

Beispiel: Die Frage, ob die „institution contractuelle“ des französischen Rechts als Erbvertrag oder als Schenkung unter Lebenden zu qualifizieren ist, kann nicht ohne Vorgriff auf die Zwecke und Funktionsweise dieses Rechtsinstituts beantwortet werden.

§ 5 Sonderfälle der Aufgabenabgrenzung

1. *Auslegung von Rechtsgeschäften:* Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses die Auslegung eines Rechtsgeschäfts (z. B. eines Vertrags oder Testaments) nach einem ausländischen Recht, so beschränkt sich der Sachverständige grundsätzlich auf die Darlegung der abstrakten Regeln und Prinzipien, da deren Anwendung auf den konkreten Vertrag als Subsumtionsfrage dem Gericht obliegt (→ Art. 3 § 3 Ziff. 5). Er soll allerdings auch nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen in der ausländischen Rechtsprechung suchen und ggf. deren Bedeutung für das Auslegungsergebnis erläutern. Die Ermittlung und Beurteilung evtl. relevanter subjektiver Vorstellungen der Erklärenden ist als Tatsachenfrage Aufgabe des Gerichts.
2. *Mitverschulden:* Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses ein etwaiges Mitverschulden des Geschädigten, so beschränkt sich der Sachverständige grundsätzlich auf die Darlegung der abstrakten Regeln und Prinzipien und überlässt deren Anwendung auf den konkreten Fall und insbesondere die Bestimmung konkreter Haftungsquoten dem Gericht. Er soll allerdings

auch nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen in der ausländischen Rechtsprechung suchen und ggf. deren Bedeutung für die Bestimmung der Haftungsquoten erläutern.

3. *Schmerzensgeld*: Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses ein Anspruch auf Schmerzensgeld oder den Ersatz anderer immaterieller Schäden, gilt das zum Mitverschulden (Ziff. 2) Gesagte entsprechend.
4. *Gerichtliches Ermessen*: Stellt das ausländische Recht die Gewährung des geltend gemachten Anspruchs ganz oder teilweise in das gerichtliche Ermessen, erläutert der Sachverständige die Maßstäbe bzw. Kriterien, nach denen die Gerichte des betreffenden Landes dieses Ermessen ausüben. Ebenso sucht er nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen.
5. *Subsumtion durch den Sachverständigen*: In den in Ziff. 1–4 genannten und ähnlichen Fällen können Sachverständige eine eigene Einschätzung abgeben, bei gleichzeitiger Klarstellung, dass der Entscheidung des Gerichts hierdurch nicht vorgegriffen wird (→ Art. 3 § 3 Ziff. 5).
6. *Angriffs- und Verteidigungsmittel*: Zwecks Wahrung ihrer Unparteilichkeit erläutern Sachverständige im ausländischen Recht vorgesehene Angriffs- und Verteidigungsmittel oder daraus resultierende Handlungsoptionen der Parteien grundsätzlich nur insoweit, wie im Beweisbeschluss danach gefragt ist. Hat die fehlende Aufnahme in die gerichtliche Fragestellung ihren Grund allerdings in der unzureichenden Kenntnis des ausländischen Rechts, geben sie einen Hinweis (vgl. → Art. 3 § 1 Ziff. 6).

Beispiele:

- Fragt der Beweisbeschluss ausdrücklich nur nach vertraglichen Ansprüchen, anstatt offen zu fragen (→ Art. 2 § 6 Ziff. 3), geht der Sachverständige nicht auf außervertragliche Ansprüche ein, auch wenn sie im konkreten Fall begründet wären. Ist allerdings die ausländische Rechtsordnung so strukturiert, dass sie Schadensposten, die das deutsche Recht dem Vertragsrecht zuweist, über andere Instrumente ersatzfähig macht, z.B. solche des Deliktsrechts, regt der Sachverständige eine Erweiterung des Beweisbeschlusses an.
- Stellt der Sachverständige fest, dass der geltend gemachte Anspruch aus einem bestimmten Grund einredebehaftet sein könnte (z.B. wegen Verjährung), führt er dies nur insoweit aus, wie das Verteidigungsmittel von der Fragestellung erfasst ist. Sieht das ausländische Recht allerdings ein Verteidigungsmittel vor, das im deutschen Recht nicht bekannt ist und nach dem das Gericht deshalb auch nicht fragen konnte, gibt der Sachverständige einen Hinweis. Dabei ist zu beachten, dass die subtile Unterscheidung zwischen Einreden, die geltend gemacht werden müssen, und Einwendungen, die von Amts wegen zu beachten sind, im ausländischen Recht oft nicht oder nicht in gleicher Form existiert.
- Fragt das Gericht im Rahmen eines Anspruchs auf Herausgabe des Veräußerungserlöses danach, ob die Verfügung eines Nichtberechtigten nach ausländischem Recht wirksam war, weist der Sachverständige nicht von sich aus darauf hin, dass das ausländische Recht dem Eigentümer auch die Möglichkeit gibt, die Verfügung

des Nichtberechtigten zu genehmigen und dadurch dem Anspruch auf den Veräußerungserlös zur Entstehung zu verhelfen.

7. *Ordre public*: Ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts aus deutscher Sicht gegen den *Ordre public* verstößt, ist eine Frage des deutschen Rechts und somit vom Gericht zu beantworten. Der Sachverständige thematisiert die Frage nur insoweit, wie es zu ihrer Beantwortung auf Details des ausländischen Rechts ankommt (z. B. auf den Zweck der in Rede stehenden ausländischen Regelung). Ebenso kann der Sachverständige Stellung nehmen zu Möglichkeiten, das ausländische Recht im Einklang mit dem deutschen Recht auszulegen oder ggf. für den konkreten Fall fortzubilden.

§ 6 Überschreitung des vorgesehenen Zeit- bzw. Kostenrahmens

1. Erkennt der Sachverständige, dass er den zugesagten Fertigstellungstermin nicht einhalten kann, informiert er unverzüglich das Gericht und teilt einen neuen Fertigstellungstermin mit.
2. Erkennt der Sachverständige, dass er den eingezahlten Auslagenvorschuss erheblich überschreiten wird, informiert er unverzüglich das Gericht (siehe auch → Art. 3 § 1 Ziff. 3). Anderenfalls erhält er die Vergütung nur in Höhe des Auslagenvorschusses.

Rechtsgrundlage: § 8a Abs. 4 JVEG.

Erläuterung: Eine erhebliche Überschreitung liegt nach Ansicht des Gesetzgebers und der Rechtsprechung ab einem Wert von 20–25 % vor (siehe BT-Drs. 17/11471 (neu), 260; OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.10.2022 – 12 W 32/22, BeckRS 2022, 32993; LG Dortmund, Beschl. v. 20.5.2021 – 9 T 112/21, BeckRS 2021, 14054).

Art. 4: Leitlinien für Parteien

1. Da die Ermittlung des ausländischen Rechts Aufgabe des Gerichts ist (→ Art. 2 § 2 Ziff. 1), haben die Parteien im Grundsatz keine Beibringungspflicht, die über ihre allgemeine Verfahrensförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinausgeht. Besitzen sie aber Spezialkenntnisse zum ausländischen Recht oder können sie dieses ersichtlich wesentlich leichter ermitteln als das Gericht, so empfiehlt sich ihre Mitwirkung bei der Ermittlung des ausländischen Rechts und insbesondere die (nicht bloß selektive) Zurverfügungstellung vorhandener Quellen. Eine Unterlassung kann zur Folge haben, dass das Gericht rechtsfehlerfrei von entsprechenden weiteren Ermittlungen absehen darf.

Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 30.3.1976 – VI ZR 143/74, IPRspr 1976-2 (= NJW 1976, 1581 (1582)); BGH, Urt. v. 30.4.1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026 (2029)).

2. Parteien können ihrem Vortrag ein Parteigutachten zugrunde legen. Dieses gilt dann als Parteivortrag und nicht als Beweismittel, es hat daher nicht die Vermutung der Objektivität (vgl. → Art. 2 § 2 Ziff. 5). Ist von vornherein abzusehen, dass ein Gerichtsgutachten notwendig sein wird, so kann es sich empfehlen, sogleich dessen Einholung anzuregen und auf ein Parteigutachten zu verzichten.
3. Erweist sich die Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts als unverhältnismäßig aufwendig, kann es für die Parteien ratsam sein, die Wahl deutschen Rechts im Verfahren in Betracht zu ziehen, soweit das einschlägige IPR dies zulässt.
4. Die Parteien sollen nach Möglichkeit bei der Abfassung des Beweisbeschlusses mithelfen, um die Unbrauchbarkeit oder Unvollständigkeit des einzuholenden Gutachtens zu vermeiden.
5. Die Parteien dürfen grundsätzlich um zusätzliche Erläuterung des Gutachtens bitten. Einwendungen können allerdings nicht ins Blaue hinein gemacht werden, sondern müssen substantiiert erfolgen (vgl. auch → Art. 2 § 8 Ziff. 2). Da eine Vermutung dafür spricht, dass der Sachverständige die relevanten Primär- und Sekundärquellen ausgewertet hat (vgl. → Art. 3 §§ 2, 3), kann sich zur Substantiierung die Vorlage eines Parteigutachtens empfehlen.
6. Die Parteien können die Beiziehung eines für ein anderes Verfahren erstellten Gutachtens anregen (vgl. → Art. 2 § 3 Ziff. 2).
7. Die Parteien sehen tunlichst davon ab, den Sachverständigen direkt zu kontaktieren.

Verzeichnis der Beitragenden

Anatol Dutta

Prof. Dr., M. Jur. (Oxford), Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

Jan von Hein

Prof. Dr. iur., Direktor am Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abteilung III, der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Friedrich Loschelder

Dr., LL.M (Edinburgh), Richter am Bundesfinanzhof, München

Ralf Michaels

Prof. Dr., LL.M. (Cambridge), Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Chair in Global Law, Queen Mary University, London; Professor an der Universität Hamburg

Peter Oestmann

Prof. Dr., Professor für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte an der Universität Münster, Direktor am Käte-Hamburger-Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht“

Lukas Rademacher

Dr., M.Jur. (Oxon.), Direktor am Institut für Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Jan Peter Schmidt

Priv.-Doz. Dr., Leiter des Kompetenzzentrums für die Anwendung ausländischen Rechts am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Michael Stürner

Dr. iur., M.Juris (Oxon.), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung, Universität Konstanz sowie Richter am OLG Karlsruhe

Rembergt Süß

Dr., Rechtsanwalt, Leiter des Referats für Ausländisches und Internationales Privatrecht am Deutschen Notarinstitut in Würzburg

Denise Wiedemann

Dr., Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Anton S. Zimmermann

Dr., Nachwuchsgruppenleiter und Habilitand, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg

