

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 11: Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)

Bearbeitet von

Redakteur: Prof. Dr. Jan Hein, Die Bearbeiter des elften Bandes: Prof. Dr. Michael Coester, LL.M., Manuel Gass, Dipl.-Jur., Prof. Dr. Tobias Helms, Prof. Dr. Abbo Junker, Prof. em. Dr. Elisabeth Koch, Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp, Prof. Dr. Dieter Martiny, Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Spellenberg, und Prof. Dr. Peter Winkler von Mohrenfels

7. Auflage 2018. Buch. LX, 2206 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66550 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

der Entscheidung zugrunde gelegt werden; insoweit darf vernünftigerweise nur juristische Vertretbarkeit, aber keine absolute „Sicherheit“ verlangt werden.¹²³⁰ Gegebenenfalls muss das Gericht sich bei einer Lückenhaftigkeit des ausländischen Rechts auch um eine Rechtsfortbildung bemühen.¹²³¹ Die Korrektur eines zivilrechtlichen Ergebnisses nach Vorgaben des ausländischen Verfassungsrechts darf das deutsche Gericht aber nur insoweit vornehmen, als auch ein ausländisches Fachgericht an seiner Stelle dazu befugt wäre.¹²³²

Wenn auch unter Berücksichtigung dieser Maßgaben die Anstrengungen des Gerichts in eine Sackgasse münden, ist fraglich, wie weiter zu verfahren ist.¹²³³ Der BGH spricht sich dafür aus, grundsätzlich auf die lex fori zurückzugreifen, wenn das an sich berufene Recht nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verzögerung feststellbar sei.¹²³⁴ Dies soll jedenfalls gelten, wenn der Fall starke Inlandsbeziehungen aufweist und keine der Parteien widerspricht.¹²³⁵ Auch der BGH räumt aber ein, dass die Heranziehung der lex fori zumindest in Einzelfällen zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen führen könnte.¹²³⁶ In dieser Lage sei ggf. auf das dem an sich berufenen Recht nächstverwandte oder am wahrscheinlichsten geltende Recht zurückzugreifen.¹²³⁷ Richtigerweise sollte man das Regel-Ausnahme-Verhältnis aber umgekehrt fassen:¹²³⁸ Grundsätzlich kommt die Heranziehung eines eng verwandten Rechts dem Ziel einer möglichst realen, dem Geist des ausländischen Rechts entsprechenden Lösung am nächsten.¹²³⁹ Gerade in Rechtsordnungen, die eine Kodifikation aus einem anderen Staat rezipiert haben, zB den französischen Code Civil, ist es eine gängige Praxis, bei Auslegungszweifeln auch die Rechtsprechung in der Mutterrechtsordnung zu konsultieren.¹²⁴⁰ Auch in ehemaligen Kolonien, die durch das Common Law geprägt sind, lassen sich Zweifelsfragen bisweilen unter Rückgriff auf das englische Recht klären.¹²⁴¹ Allerdings ist hierbei, insbesondere wenn der Rezeptionsvorgang bereits länger zurückliegt, Emanzipationsprozessen der Tochterrechtsordnungen gebührend Rechnung zu tragen.¹²⁴²

Andere in der Literatur diskutierte Vorschläge haben sich bislang in der Praxis nicht durchsetzen können. So ist zum einen angeregt worden, die durch die Nicht-Ermittelbarkeit des an sich berufenen Rechts entstandene Lücke nicht aus dem Normenbestand einer der beteiligten nationalen Rechtsordnungen, sondern durch den Rückgriff auf international anerkannte, **allgemeine Rechtsgrundsätze** oder auf **internationales Einheitsrecht** zu füllen.¹²⁴³ Aber allgemeine Rechtsgrundsätze bleiben

¹²³⁰ Zu weitgehend formuliert BGH FamRZ 1982, 263 (265): Wenn der deutsche Richter nicht in der Lage sei, „eine im ausländischen Recht umstrittene, in der Rspr. noch nicht entschiedene Frage sicher [!] zu beurteilen“, sei das ausländische Recht nicht feststellbar und die lex fori als Ersatzrecht anzuwenden. Mit Recht krit. hierzu Wengler JR 1983, 221; Kropholler IPR § 31 I 2; Schack IZVR Rn. 718. Nur schwerlich haltbar ist auch die Wendung in BGHZ 69, 387 (393) = NJW 1978, 496 (498), es sei bereits auf die lex fori zurückzugreifen, „wenn sich aus wissenschaftlichen Veröffentlichungen die Ungeklärtheit der in Rede stehenden Rechtsfrage ergibt“. Dass derartige Fälle nicht mit einer Nicht-Feststellbarkeit des ausländischen Rechts gleichgesetzt werden dürfen, betont auch Bogdan, General Course, 2012, 167.

¹²³¹ Hierzu eingehend Jansen/Michaels ZZZ 116 (2003), 3 ff.; grds. wird die Möglichkeit der Rechtsfortbildung auch anerkannt von BGH FamRZ 1982, 263 (264) = NJW 1982, 1215; Remien in Schmidt-Kessel, German National Reports, 2014, 223 (247 f.).

¹²³² Jansen/Michaels ZZZ 116 (2003), 3 (31 ff.); ferner Kropholler IPR § 31 II 1; Schack IZVR Rn. 705.

¹²³³ Rechtsvergleichend hierzu Basedow in Basedow/Pissler, Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, 2014, 85 (95 ff.), mwN; vgl. auch zur Rechtslage im Strafprozess Gössl in Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger, Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, 2016, 127 (135 f.).

¹²³⁴ BGHZ 69, 387 (393 ff.) = NJW 1978, 496 (498); BGH FamRZ 1982, 263 (264 f.) = NJW 1982, 1215 (1216); dem folgend KG FPR 2002, 304 (305); OLG Stuttgart BeckRS 1984, 31394673; OLG Frankfurt/Main NJW-FER 1994, 194; OLG Frankfurt/Main BeckRS 2016, 01257; OLG Bremen BeckRS 2017, 101891.

¹²³⁵ BGHZ 69, 387 (394 f.) = NJW 1978, 496 (498); BGH FamRZ 1982, 263 (265) = NJW 1982, 1215 (1216).

¹²³⁶ BGHZ 69, 387 (394) = NJW 1978, 496 (498); BGH FamRZ 1982, 263 (265) = NJW 1982, 1215 (1216).

¹²³⁷ BGHZ 69, 387 (394) = NJW 1978, 496 (498); BGH FamRZ 1982, 263 (265) = NJW 1982, 1215 (1216).

¹²³⁸ Ebenso Matthias Weller, Europäisches Kollisionsrecht, 2015, Rn. 114; wie der BGH hingegen Bogdan, General Course, 2012, 166: „reasonable compromise“.

¹²³⁹ Linke/Hau IZVR Rn. 9.19; Nagel/Gottwald IZPR § 11 Rn. 51; Remien in Schmidt-Kessel, German National Reports, 2014, 223 (248); Schack IZVR Rn. 722.

¹²⁴⁰ Vgl. etwa zu Luxemburg Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, 99; zur Rspr. des Zweiten („Rheinischen“) Senats des RG instruktiv Geyer, Den Code Civil „richtiger“ auslegen, 2009.

¹²⁴¹ Zu Neuseeland Basedow in Basedow/Pissler, Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, 2014, 85 (96).

¹²⁴² S. zB zu Singapur Klötzel RIW 1995, 202 ff.; Küpper RabelsZ 69 (2005), 308; Respondek RIW 1995, 28 ff.; allg. Schack IZVR Rn. 719.

¹²⁴³ Namentlich Kötz RabelsZ 34 (1970), 663 ff.; Kreuzer NJW 1983, 1943 ff.; vgl. auch zum Vertragsrecht Remien in Schmidt-Kessel, German National Reports, 2014, 223 (249).

häufig vage oder nichtssagend, und Einheitsrecht anzuwenden, obwohl der betreffende Staat einer Konvention möglicherweise aus politischen Gründen bewusst nicht beigetreten ist, vermag auch nicht zu überzeugen.¹²⁴⁴

306 Abgesehen von den bereits diskutierten, am Sachrecht orientierten Methoden wird zum Teil auch ein kollisionsrechtlicher Ansatz zur Lückenfüllung, die sog. „**Ersatzanknüpfung**“, erwogen:¹²⁴⁵ So könnte man, wenn sich etwa das an die Staatsangehörigkeit angeknüpfte Recht nicht ermitteln lässt, daran denken, nicht die *lex fori*, sondern eine dritte, aufgrund eines anderen Anknüpfungspunkts (zB des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Nachlassbelegenheit) bestimmte Rechtsordnung zu berufen. Zwar wird eine Rechtsordnung, zu der nicht die engste Verbindung des Rechtsverhältnisses besteht, nicht dadurch kollisionsrechtlich sachnäher, dass das materielle Recht einer anderen, kollisionsrechtlich berufenen Rechtsordnung sich allein aus faktischen Gründen nicht ermitteln lässt.¹²⁴⁶ Man mag allerdings argumentieren, dass zu dem auf der zweiten oder dritten Sprosse einer Anknüpfungsleiter (zB nach Art. 8 lit. b oder c Rom III-VO) berufenen Recht immer noch eine größere Sachnähe bestehe als im Hinblick auf die nur letztsubsidiär (zB nach Art. 8 lit. d Rom III-VO) eingreifende *lex fori*¹²⁴⁷ und dass eine solche Lösung am besten den internationalen Entscheidungseinklang in der EU wahre.¹²⁴⁸ Jedoch mangelt es – zumindest außerhalb der Fallgruppe der Alternativanknüpfungen bzw. Anknüpfungsleitern – an klaren Anhaltspunkten dafür, nach welchen Kriterien die jeweils maßgebende Ersatzrechtsordnung mangels eines vom Gesetz- oder Verordnungsgeber zu diesem Zweck bereit gestellten Anknüpfungsmoments ausgewählt werden sollte.¹²⁴⁹

307 Auf europäischer Ebene fehlt es bislang an einer Regelung der Frage des Ersatzrechts. *Lagarde* hat sich in Art. 133 Abs. 3 seines Entwurfs für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR für die Anwendung der *lex fori* ausgesprochen, wenn es offensichtlich unmöglich sei, den Inhalt des an sich berufenen ausländischen Rechts zu ermitteln.¹²⁵⁰ Dem folgt auch Nr. IX der „*Madrid Principles*“ von 2010.¹²⁵¹ Dies dürfte schon heute der überwiegenden internationalen Praxis entsprechen.¹²⁵² Aus portugiesischer Sicht wird hingegen die im dortigen nationalen IPR verankerte Methode der Ersatzanknüpfung auch für das Unionsrecht empfohlen.¹²⁵³

308 4. Wesenseigene Zuständigkeit. Als institutionelle Grenze der Anwendung fremden Rechts gilt die sog. „wesenseigene“ Zuständigkeit eines deutschen Gerichts, dh den Gerichten darf keine Tätigkeit abverlangt werden, die aus unserer Sicht mit dem Rechtsprechungsauftrag eines staatlichen Gerichts schlechthin unvereinbar ist.¹²⁵⁴ Dies schließt aber die Anwendung religiösen Rechts, zB im Falle einer Ehescheidung durch Verstoßung nach islamischem Recht, nicht generell aus¹²⁵⁵ (sofern nicht nach heutiger Rechtslage Art. 10 Rom III-VO als spezielle *ordre-public*-Klausel eingreift.) Auch in diesem Fall muss die Scheidung wegen Art. 17 Abs. 2 EGBGB durch ein Gestaltungsurteil und nicht nur durch ein Feststellungsurteil erfolgen.¹²⁵⁶ Sofern die Mitwirkung eines geistlichen Gerichts zur Herbeiführung der erstrebten Rechtsfolge nach dem ausländischen Recht unabdingbar ist, sollte von einem deutschen Gericht nach Möglichkeit eine Koordination mit dem entsprechenden religiösen Verfahren angestrebt werden, statt die eigene Zuständigkeit schlicht aufgrund angeblicher „Wesensfremdheit“ abzulehnen.¹²⁵⁷

¹²⁴⁴ Abl. insoweit auch *Kropholler IPR* § 31 III 2c; *Nagel/Gottwald IZPR* § 11 Rn. 50; *Schack IZVR* Rn. 720.

¹²⁴⁵ *Klaus Müller NJW* 1981, 481; *Kindl ZJP* 11 (1998), 188 (198 ff.); speziell zum europäischen IPR *Trautmann, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, 2011, 394; dazu im Notfall neigend auch *Linke/Hau IZVR* Rn. 9.19.

¹²⁴⁶ *Nagel/Gottwald IZPR* § 11 Rn. 50.

¹²⁴⁷ So *Kropholler IPR* § 31 III 2b; anders *Schack IZVR* Rn. 721: Wenn man ohnehin ein anderes als das primär berufene Recht anwende, lohne sich die Mühe im Vergleich zur Berufung der *lex fori* nicht.

¹²⁴⁸ *Trautmann, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, 2011, 394.

¹²⁴⁹ Vgl. zu dem Fall, dass selbst die Anknüpfungsleiter des Art. 14 Abs. 1 EGBGB mangels gemeinsamer engster Verbindung versagt, *KG FPR* 2002, 304 (305).

¹²⁵⁰ *Lagarde RabelsZ* 75 (2011), 671 (675).

¹²⁵¹ *Esplugues Mota YbPIL* 13 (2011), 273 (297).

¹²⁵² *Bogdan, General Course*, 2012, 163.

¹²⁵³ *De Lima Pinheiro YbPIL* 14 (2012/2013), 153 (171); ebenso *Trautmann, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, 2011, 394.

¹²⁵⁴ Näher *M. Becker, FS Martiny*, 2014, 619 (623 f.); *Kropholler IPR* § 57 II.

¹²⁵⁵ BGHZ 160, 322 = *NJW-RR* 2005, 81; eingehend *Coester-Wältjen, FS Kühne*, 2009, 669 ff.

¹²⁵⁶ BGHZ 160, 322 = *NJW-RR* 2005, 81.

¹²⁵⁷ Näher *Coester-Wältjen, FS Kühne*, 2009, 669 (684 ff.); *Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, 2000, 166 ff., 242 ff.; *Kropholler IPR* § 57 II 2; verkannt von *KG FamRZ* 1994, 839.

5. Revisibilität fremden Rechts. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, die in der Lehre aber zumindest de lege ferenda vielfach kritisiert wird,¹²⁵⁸ ist ausländisches Recht in der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit nicht revisibel.¹²⁵⁹ Dies ließ sich nach § 545 Abs. 1 ZPO aF damit begründen, dass die Vorschrift nur die Revision in Bezug auf „Bundesrecht“ eröffnete. Nach der Änderung des Wortlauts in § 545 Abs. 1 ZPO nF, in dem nur noch vom „Recht“ die Rede ist, war aber zweifelhaft geworden, ob an dieser Auffassung weiter festgehalten werden kann. Während sich zahlreiche Stimmen aus der Lehre für eine Revisibilität ausländischen Rechts aussprachen,¹²⁶⁰ hat der BGH bekräftigt, dass er an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält.¹²⁶¹ Zwar betont der BGH ausdrücklich, dass auch ausländisches Recht vor deutschen Gerichten „Recht“ bleibt und nicht etwa nur als Tatsache Berücksichtigung findet.¹²⁶² Er befürwortet jedoch aufgrund einer entstehungsgeschichtlichen und systematischen (arg. e § 560 ZPO) Auslegung eine Interpretation des § 545 Abs. 1 ZPO und des § 72 Abs. 1 FamFG dahingehend, dass mit „Recht“ im Sinne dieser Normen weiterhin nur das deutsche Recht gemeint sei.¹²⁶³ Ferner verweist der BGH in teleologischer Hinsicht auf den Zweck der Revision, die Rechtseinheit im Inland zu wahren und zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen beizutragen; beide Ziele ließen sich im Hinblick auf ausländisches Recht nicht verwirklichen, „[d]enn die endgültige Klärung derartiger Rechtsfragen wäre in jedem Fall der ausländischen Rechtspraxis vorbehalten; die Instanzgerichte könnten sich auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht ohne weiteres verlassen, sondern müssten die aktuelle Rechtslage im Ausland stets aufs Neue überprüfen“.¹²⁶⁴ Auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) mag der BGH in der Verweigerung der Revisibilität nicht erkennen, weil diese Auslegung „Inländer gleichermaßen betrifft, sofern deren Rechtsbeziehungen ausländischem Recht unterliegen“.¹²⁶⁵ Selbst die in Bezug auf § 73 Abs. 1 S. 1 ArbGG abweichende Rechtsprechung des BAG, das ausländisches Recht als revisibel ansieht,¹²⁶⁶ nimmt der BGH nicht zum Anlass, seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben,¹²⁶⁷ die insoweit übrigens mit derjenigen des BSG, des BVerwG und des BFH übereinstimmt.¹²⁶⁸

Die Entscheidung des BGH ist zwar nachvollziehbar und in sich schlüssig begründet, aber im Ergebnis gleichwohl zu bedauern.¹²⁶⁹ Angesichts der zunehmenden Zahl von Fällen mit Auslandsberührung besteht vielfach ein Bedürfnis der unteren Instanzen nach der Klärung von Fragen des ausländischen Rechts, die sich im Inland in großer Zahl stellen,¹²⁷⁰ so etwa im Hinblick auf die Behandlung von Rest- oder Spaltgesellschaften nach englischem Recht.¹²⁷¹ Das Argument des BGH, dass nur die ausländischen Gerichte die entsprechenden Fragen letztverbindlich klären können, trägt der Tatsache nicht hinreichend Rechnung, dass bestimmte Konstellationen gar nicht vor die Gerichte

¹²⁵⁸ S. etwa M. Aden/E. Aden RIW 2014, 736 ff.; Adolphsen EuZVR, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn 67 ff.; Gössl in Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger, Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, 2016, 127 (136 ff.); Kropholler IPR § 59 I 3; Schack IZVR Rn. 724 ff.

¹²⁵⁹ Grundlegend BGHZ 98, 14 = JZ 2014, 102 m. abl. Aufsatz Riehm JZ 2014, 73 = NJW 2013, 3656 m. zust. Aufsatz H. Roth NJW 2014, 1224 = ZZZ 127 (2014), 241 m. abl. Anm. Jacobs/Frieling ZZZ 127 (2014), 127 = IPRax 2014, 431 m. abl. Anm. Hau IPRax 2014, 397; hierzu auch krit. Prütting, FS Schütze, 2014, 449 ff.; dem BGH nur im Erg. zust. Stamm, FS Klamaris, 2016, 769 ff.; ferner zB BGH NZI 2014, 283 Rn. 14; ZInsO 2015, 1466 = BeckRS 2015, 08847 Rn. 7; BeckRS 2016, 04505.

¹²⁶⁰ S. zB Eichel IPRax 2009, 389 ff.; Hess/Hübner NJW 2009, 3132 ff.; für die Gegenansicht namentlich Sturm JZ 2011, 74 ff.

¹²⁶¹ BGHZ 98, 14 = NJW 2013, 3656 mZn zum Streitstand.

¹²⁶² BGHZ 98, 14 Rn. 19 = NJW 2013, 3656; entscheidend auf die systematische Einordnung der Ermittlung ausländischen Rechts als Tatsachenfeststellung abhebend hingegen Stamm, FS Klamaris, 2016, 769 (780).

¹²⁶³ BGHZ 98, 14 Rn. 20 mwN = NJW 2013, 3656.

¹²⁶⁴ So BGHZ 98, 14 Rn. 21 = NJW 2013, 3656 unter Berufung auf Sturm JZ 2011, 74 (76 f.).

¹²⁶⁵ So BGHZ 98, 14 Rn. 22 = NJW 2013, 3656 gegen Flessner ZEuP 2006, 737 (738 ff.); Gotsche, Der BGH im Wettbewerb der Zivilrechtsordnungen, 2008, 161 ff.

¹²⁶⁶ BAGE 27, 99 = NJW 1975, 2160 (Ls.); BAG AP GVG § 20 Nr. 8 Rn. 59; offengelassen in BAG NZA 2016, 473 Rn. 41.

¹²⁶⁷ BGHZ 98, 14 Rn. 23 = NJW 2013, 3656; hierzu krit. Prütting, FS Schütze, 2014, 449 (452).

¹²⁶⁸ StRspr, s. aus neuerer Zeit BSG IPRspr. 2011 Nr. 1 = BeckRS 2011, 77399; BVerwG NJW 2012, 3461 Rn. 16; BFH IStR 2011, 306.

¹²⁶⁹ Eingehende Kritik bei Jacobs/Frieling ZZZ 127 (2014), 127 ff.; Hau IPRax 2014, 397 ff.; Prütting, FS Schütze, 2014, 449 ff.; Riehm JZ 2014, 73 ff.; zust. (auch rechtspolitisch) hingegen H. Roth NJW 2014, 1224 f.; im Erg. auch Stamm, FS Klamaris, 2016, 769 ff.

¹²⁷⁰ So auch Prütting, FS Schütze, 2014, 449 (453), der die teleologische Auslegung des § 545 Abs. 1 ZPO durch den BGH als „[s]ehr wenig überzeugend“ bezeichnet.

¹²⁷¹ Hierzu eingehend Thole ZHR 176 (2012), 15 ff.; s. auch bereits v. Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, 955.

der Staaten gelangen können, aus deren Recht die zu beantwortenden Fragen stammen. Wie etwa in Bezug auf das inländische Vermögen einer in England gelöschten Ltd. zu verfahren ist, wird sich in England nur schwer gerichtlich klären lassen, weil die Gesellschaft dort bereits als aufgelöst, mithin nicht mehr als parteifähig, gilt und das Heimfallrecht des englischen Fiskus in Bezug auf Gesellschaftsvermögen, das in anderen Staaten belegen ist, nicht eingreift.¹²⁷² Das Argument, dass auch Inländer Opfer der Irrevisibilität ausländischen Rechts werden können, trifft zwar formal zu, vernachlässigt aber den Umstand, dass zumindest derzeit aufgrund des im autonomen IPR noch geltenden Staatsangehörigkeitsprinzips die Gefahr, dass die Irrevisibilität fremden Rechts zum Nachteil ausländischer Staatsangehöriger ausschlägt, wohl doch größer sein dürfte als in Bezug auf deutsche Parteien. In entstehungsgeschichtlicher und systematischer Hinsicht übergeht der BGH, dass zeitgleich mit der Änderung des § 545 Abs. 1 ZPO die zuvor bestehende Berufungszuständigkeit der Oberlandesgerichte bei amtsgerichtlichen Entscheidungen mit Auslandsberührung (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b und c GVG aF), mit der eine größere Rechtssicherheit bei der Anwendung ausländischen Rechts zumindest innerhalb eines OLG-Bezirks erreicht werden sollte, abgeschafft wurde (→ Rn. 313). Diese Streichung legt jedoch die Deutung nahe, dass der Gesetzgeber für eine solche spezielle Zuständigkeit angesichts der durch die Wortlautänderung des § 545 Abs. 1 ZPO ermöglichten Revisibilität ausländischen Rechts kein praktisches Bedürfnis mehr sah.¹²⁷³

311 Hinsichtlich der Revisibilität behandelt der BGH in stRspr auch fremde AGB wie ausländisches Recht, weil sie „den Charakter einer ausländischen Rechtsordnung tragen“.¹²⁷⁴ Ebenso wenig kann die Auslegung eines einer ausländischen Rechtsordnung unterliegenden Vertrages angegriffen werden.¹²⁷⁵

312 In vollem Umfang revisibel ist hingegen eine Verletzung der Pflicht, das deutsche (einschließlich des europäischen und staatsvertraglichen) IPR von Amts wegen anzuwenden (→ Rn. 292). Revisibel ist auch eine Prüfung des ausländischen Sachrechts auf seine Vereinbarkeit mit dem deutschen ordre public (s. zur im Einzelnen diffizilen Abgrenzung → EGBGB Art. 6 Rn. 242). Ferner ist die Anwendung ausländischen Kollisionsrechts im Rahmen einer Rückverweisung auf das deutsche Recht (Art. 4 Abs. 1 EGBGB) revisibel (ausführlich → EGBGB Art. 4 Rn. 107 f.). Schließlich unterliegt auch eine fehlerhafte Ausübung des einem Gericht im Rahmen des § 293 ZPO eingeräumten Ermessens, wie es das anwendbare ausländische Recht ermittelt (→ Rn. 297), der Revision.¹²⁷⁶ Das untere Gericht trifft insoweit eine Dokumentationspflicht: Gibt die angefochtene Entscheidung keinen Aufschluss darüber, dass der Tatrichter 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.¹²⁷⁷ Im Einzelnen kommt es oft zu einer schwierigen „Gratwanderung“¹²⁷⁸ zwischen der Frage, ob das Gericht einen revisiblen Verfahrensfehler begangen hat, weil es das ausländische Recht fehlerhaft ermittelt hat, oder ob ihm allein ein nicht revisibler Fehler bei der Anwendung des (zutreffend ermittelten) ausländischen Rechts unterlaufen ist.¹²⁷⁹ Zwar sind nach § 560 ZPO für das Revisionsgericht nicht nur die Feststellungen des Berufungsgerichts zu bestehen und Inhalt des ausländischen Rechts bindend, sondern auch die Auslegung und Anwendung dieses Rechts durch den Tatrichter.¹²⁸⁰ Die Schlüssigkeit einer auf § 293 ZPO gestützten Verfahrensrüge darf das Revisionsgericht jedoch in vollem Umfang prüfen, auch wenn dies die Feststellung ausländischen Rechts voraussetzt.¹²⁸¹ Hat das Berufungsgericht zudem das nicht reversible ausländische Recht gänzlich außer Betracht gelassen und infolgedessen nicht gewürdigt, darf die Revisionsinstanz dieses Recht auch selbst ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde legen, da es sich insoweit nicht um die unzulässige Nachprüfung einer Entscheidung des

¹²⁷² Vgl. zur Problematik statt vieler Behrens, FS Ott, 2002, 313 ff.; Mansel, Liber Amicorum Kegel, 2002, 111 ff.

¹²⁷³ Vgl. zur Sinnhaftigkeit der Revisibilität ausländischen Rechts bei Divergenzen der landgerichtlichen Rspr. Prütting, FS Schütze, 2014, 449 (453).

¹²⁷⁴ S. BGHZ 112, 204 = IPRax 1991, 329 m. Aufsatz Mankowski IPRax 1991, 305 = NJW 1991, 36; BGH NJW 1994, 1408; hierzu krit. Geimer IZPR Rn. 2602.

¹²⁷⁵ BGH NJW-RR 2017, 313 Rn. 66.

¹²⁷⁶ StRspr, s. zB BGH IPRspr. 1980 Nr. 3 S. 6 f.; NJW 1984, 2763; IPRspr. 1998 Nr. 3; eingehend Fastrich ZJP 97 (1984), 423 ff.; Schack IZVR Rn. 727.

¹²⁷⁷ BGH NJW-RR 2002, 1359 (1360); NJW-RR 2007, 574 (575); NZI 2013, 763 (765); NJW-RR 2017, 313 Rn. 66.

¹²⁷⁸ Pfeiffer NJW 2002, 3306 (3307); Linke/Hau IZVR Rn. 9.22.

¹²⁷⁹ Insoweit rügt auch Stamm, FS Klamaris, 2016, 769 (781 f.) die Rechtsprechung des BGH als zum Teil „inkonsequent“.

¹²⁸⁰ BGH NJW-RR 2005, 357.

¹²⁸¹ BGHZ 122, 373 (378); BGH NJW 2002, 3335; BGH BeckRS 2016, 20537 Rn. 66.

Berufungsgerichts handelt.¹²⁸² Diese Abgrenzungsschwierigkeiten legen wiederum nahe, dass die Irreversibilität ausländischen Rechts keine zukunftsweisende Lösung darstellt und de lege ferenda überdacht werden sollte.¹²⁸³

III. Konzentration internationalrechtlicher Verfahren

Sachverhalte mit Auslandsbezug stellen inländische Gerichte in der Regel vor erhebliche Probleme 313 bei der Rechtsanwendung, weil die Gerichtsangehörigen zumeist nicht über vertiefte Kenntnisse ausländischen Rechts verfügen und insbesondere die Gerichtsbibliotheken der unteren Instanzen mit der entsprechenden Fachliteratur oft nicht hinreichend ausgestattet sind.¹²⁸⁴ Der Deutsche Rat für IPR hatte aus diesen Gründen schon vor Jahrzehnten den Gesetzgeber zu einer stärkeren **Konzentration internationalrechtlicher Verfahren** bei bestimmten Spruchkörpern aufgefordert.¹²⁸⁵ Während diese Anregungen bei der IPR-Reform im Jahre 1986 noch nicht aufgegriffen wurden,¹²⁸⁶ beugte sich der Gesetzgeber bei der ZPO-Reform im Jahre 2001 der Einsicht, dass durch die Internationalisierung des Rechts und den zunehmenden grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ein großes Bedürfnis nach Rechtssicherheit durch eine obergerichtliche Rechtsprechung bestehe.¹²⁸⁷ Deshalb wurde in § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b und c GVG aF eine besondere **funktionelle Zuständigkeit der Oberlandesgerichte** für die Berufung und Beschwerde gegen amtsgerichtliche Entscheidungen mit Auslandsberührung geschaffen.¹²⁸⁸ Diese Vorschrift wurde zwar vielfach als ein rechtspolitischer Schritt in die richtige Richtung begrüßt, gab in ihrer konkreten Ausgestaltung – insbesondere durch das Abstellen auf den ausländischen Gerichtsstand einer der Parteien als formales Anknüpfungskriterium (lit. b) – aber Anlass zu heftiger Kritik.¹²⁸⁹ Die zahlreichen Schwächen in der Konzeption und Formulierung der Norm führten zu vielen Zweifelsfragen, die sich trotz einer wahren Flut auch höchstrichterlicher Entscheidungen nicht in jeder Hinsicht befriedigend klären ließen, so dass § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG als eine „Haftungs Falle“ für Rechtsanwälte bezeichnet wurde.¹²⁹⁰ Schließlich wurde diese besondere funktionelle Zuständigkeit mit Wirkung zum 1.9.2009 ersatzlos aufgehoben.¹²⁹¹

Die Idee einer Verbesserung der Fremdrechtsanwendung durch Zuständigkeitskonzentration hat 314 sich mit diesem vorerst gescheiterten Experiment aber keinesfalls erledigt.¹²⁹² Eine örtliche Bündelung der Zuständigkeit besteht nach wie vor in internationalen **Adoptionssachen** gemäß § 187 Abs. 4 FamFG iVm § 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 AdWirkG. Auch diese Vorschrift bietet jedoch in der Rechtspraxis Anlass zu zahlreichen Zweifelsfragen. So ist etwa fraglich, ob die Konzentration bei der Anwendung ausländischen Kollisionsrechts im Rahmen der Prüfung einer Rückverweisung eingreift, ob sie bei der Anwendung ausländischen Rechts auf Vor- und Teilfragen (zB nach Art. 23 EGBGB) in Betracht kommt und ob sie bei einer Adoption Volljähriger gilt.¹²⁹³ Ferner ist in Fragen des **Kind- und Erwachsenenschutzes** auf § 12 IntFamRVG bzw. § 6 Abs. 1 Nr. 1 ErwSÜAG hinzuweisen. De lege ferenda wird schließlich die Einführung besonderer **Kammern für internationale Handelssachen** angestrebt, vor denen es möglich sein soll, die Gerichtsverhandlung in englischer Sprache zu führen.¹²⁹⁴ Hiervon verspricht man sich eine Stärkung des Gerichtsstandortes

¹²⁸² BGHZ 40, 197 (201); BGH NJW-RR 2004, 308; ebenso zur Rechtsbeschwerde BGH NJW 2015, 623.

¹²⁸³ Ebenso Schack IZVR Rn. 727.

¹²⁸⁴ S. nur Kegel/Schurig IPR § 15 II; Kropholler IPR § 59 II 1.

¹²⁸⁵ Arndt/Ferid/Kegel/Lauterbach/Neuhaus/Zweigert RabelsZ 35 (1971), 323 ff.; Deutscher Rat für IPR RabelsZ 46 (1982), 743 ff.; zur Gerichtspraxis und Reformdiskussion in den 1970-er Jahren eingehend Luther RabelsZ 37 (1973), 660 ff.; Siehr Am. J. Comp. L. 25 (1977), 663 ff.; zur Entwicklung der Diskussion seitdem s. Kropholler IPR § 59 II; Remien in Schmidt-Kessel, German National Reports, 2014, 223 (231 f.); Schellack, Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen, 1998, 251, alle mwN.

¹²⁸⁶ S. die Zusammenfassung der abl. Stellungnahmen des BMJ, des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und des BGH-Präsidenten in RabelsZ 38 (1974), 759 ff.

¹²⁸⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum ZPO-ReformG, BT-Drs. 14/6036, 118.

¹²⁸⁸ Art. 1 ZPO-Reformgesetz vom 27.7.2001, BGBl. 2001 I S. 1887.

¹²⁸⁹ Eingehend zum Verlauf der Diskussion v. Hein IPRax 2008, 112 ff. mwN.

¹²⁹⁰ ZB Drasdo NJW-Spezial 2004, 337; Mankowski RIW 2004, 587 (593); Staudinger ZGS 2004, 161.

¹²⁹¹ FGG-ReformG vom 17.12.2008, BGBl. 2008 I S. 2586 (2696); hierzu aus heutiger Sicht Schack IZVR Rn. 712.

¹²⁹² Näher Basedow in Basedow/Pissler, Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, 2014, 85 (93); Rösler ZVglRWiss 115 (2016), 533 (545 ff.); Rühl/v. Hein RabelsZ 79 (2015), 701 (746 ff.).

¹²⁹³ Ausf. Staudinger/Henrich (2014) EGBGB Art. 22 Rn. 73 mwN.

¹²⁹⁴ BT-Drs. 18/1287; zuvor bereits BT-Drs. 17/2163; hierzu umfassend Hermann Hoffmann, Kammern für internationale Handelssachen, 2011; ferner Armbrüster ZRP 2011, 102; Calliess, FS Säcker, 2011, 1045 ff.; Hau, Liber Amicorum Schurig, 2012, 49 ff.; Chr. Kern Erasmus L. Rev. 5 (2012), 187 ff.; Rösler ZVglRWiss 115 (2016), 533 (549 ff.); äußerst krit. Flessner NJOZ 2011, 1913 ff.

Deutschland im Wettbewerb mit dem englischsprachigen Ausland und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.¹²⁹⁵ Zweifelhaft ist die rechtliche Zulässigkeit einer Zuständigkeitskonzentration (§ 28 Abs. 1 S. 1 AUG), wenn eine vorrangig anzuwendende unionsrechtliche Verordnung wie die EuUnthVO (Art. 3 lit. b EuUnthVO) auch die örtliche Zuständigkeit regelt.¹²⁹⁶ Der EuGH hat insoweit entschieden, dass eine solche Zuständigkeitskonzentration zur Entwicklung einer besonderen Sachkunde beitragen könne, welche die Effektivität der Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen erhöhe und zugleich eine ordnungsgemäße Rechtspflege gewährleiste sowie den Interessen der Parteien des Rechtsstreits diene.¹²⁹⁷ Allerdings könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Zuständigkeitskonzentration eine effektive Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in grenzüberschreitenden Situationen einschränke.¹²⁹⁸ Dies setze aber eine konkrete Prüfung der in dem betreffenden Mitgliedstaat bestehenden Situation durch die nationalen Gerichte voraus.¹²⁹⁹ Der deutsche Gesetzgeber hat angesichts dieser offenen Formel mit Recht an der bisherigen Rechtslage festgehalten.¹³⁰⁰ Wünschenswert wäre eine klare Regelung auf Unionsebene.¹³⁰¹ Schließlich wird die Bildung spezieller Auslandsrechtskammern bei grenznahen Gerichten vorgeschlagen,¹³⁰² auch diese Anregung bedürfte aber näherer Abstimmung mit den vielfach europarechtlich vorgegebenen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit.¹³⁰³

K. Nachbargebiete des IPR

I. Privatrechtliche Nachbargebiete

- 315 1. Internationales Einheitsrecht.** Ein wichtiges Nebengebiet des IPR bildet das **Internationale Einheitsrecht**, genauer: das Internationale Einheitssachrecht, zB das Wiener UN-Kaufrecht (CISG).¹³⁰⁴ Dieses wird im vorliegenden Kommentar in Bd. 3 eingehend kommentiert und ist daher an dieser Stelle nicht zu behandeln.¹³⁰⁵ Zur Abgrenzung einheitsrechtlicher Anwendungs- von gewöhnlichen Kollisionsnormen → Rn. 96 ff. Von privaten Arbeitsgruppen erstellte Regelwerke wie die Unidroit-Prinzipien für internationale Handelsverträge oder die European Principles of Contract Law stellen kein „Recht“ dar und können folglich nicht kollisionsrechtlich als Vertragsstatut vereinbart werden;¹³⁰⁶ auch die Geltung einer von staatlichen Rechtsordnungen unabhängigen sog *lex mercatoria* ist zweifelhaft.¹³⁰⁷
- 316 2. Internationales Zivilverfahrensrecht.** Ein weiteres bedeutendes Nebengebiet des IPR, zu dem vielfältige inhaltliche Verbindungen bestehen, ist das Internationale Zivilverfahrensrecht (IZVR), das ebenso wie das IPR in zunehmendem Maße europäisiert wird. Während in Deutschland IPR und IZVR traditionell jeweils getrennt und unabhängig voneinander kodifiziert wurden – das IPR im EGBGB, das IZVR der vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der ZPO und das IZVR der familienrechtlichen Fragen im FamFG –, stellt sich die Situation im europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht anders dar: Hier unterscheiden die EU-Verordnungen nicht mehr streng zwischen IPR und IZVR. Vielmehr begreifen sie beide Teilgebiete als funktional komplementäre Bestandteile einer einheitlichen Materie „Europäisches IPR/IZVR“. Die Integration von IPR und IZVR findet dabei in verschiedenen Abstufungen statt: In relativ milder Form werden IPR und

¹²⁹⁵ BT-Drs. 18/1287, 2; erneut im Lichte des „Brexite“ Pika IWRZ 2016, 206 ff.; Rühl EuZW 2016, 761.

¹²⁹⁶ S. zu § 28 Abs. 1 S. 1 AUG den Vorlagebeschluss des AG Karlsruhe NJW 2014, 1840.

¹²⁹⁷ EuGH ECLI:EU:C:2014:2461 = NJW 2015, 683 Rn. 45 ff. – Sanders und Huber.

¹²⁹⁸ EuGH ECLI:EU:C:2014:2461 = NJW 2015, 683 Rn. 46 – Sanders und Huber.

¹²⁹⁹ EuGH ECLI:EU:C:2014:2461 = NJW 2015, 683 Rn. 46 – Sanders und Huber.

¹³⁰⁰ BT-Drs. 18/5918, 23 f.; näher Hau ZVglRWiss 115 (2016), 672 (680 f.); Rösler ZVglRWiss 115 (2016), 533 (547 ff.); vgl. auch Mansel/Thorn/Wagner IPRax 2016, 1 (10 f.).

¹³⁰¹ Hau ZVglRWiss 115 (2016), 672 (681); Rühl/v. Hein RabelsZ 79 (2015), 701 (748).

¹³⁰² Witz, Mélanges Jacquet, 2013, 457 (470); vgl. auch den Vorschlag von M. Aden/F. Aden RIW 2014, 736 (739), den grenznahen Spruchkörpern Richter des Nachbarstaates mit beratender Stimme zuzuordnen.

¹³⁰³ Skeptisch insoweit Remien ZVglRWiss 115 (2016), 570 (581 f.).

¹³⁰⁴ Zum Verhältnis Einheitsrecht-IPR s. die umfassenden Haager Vorlesungen von Boele-Woelki, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Conflict of Laws* (Pocketbook edition), 2010; Pamboukis Rec. des Cours 330 (2007), 9–474.

¹³⁰⁵ Zu Stand und Perspektiven des Einheitsrechts siehe allgemein Basedow RabelsZ 81 (2017), 1 ff.; zum UN-Kaufrecht Schroeter RabelsZ 81 (2017), 32 ff.; zum Kreditsicherungsrecht Huber RabelsZ 81 (2017), 77 ff.; zum Warentransport Maurer RabelsZ 81 (2017), 117 ff.; zum Immaterialgüterrecht Peukert RabelsZ 81 (2017), 158 ff., alle mwN.

¹³⁰⁶ Ausf. Rauscher/v. Hein EuZPR/EuIPR, 2016, Rom I-VO Art. 3 Rn. 49 ff. mwN.

¹³⁰⁷ Näher Rauscher/v. Hein EuZPR/EuIPR, 2016, Rom I-VO Art. 3 Rn. 50 ff. mwN.

IZVR dadurch miteinander verzahnt, dass die Erwägungsgründe ausdrücklich zu einer harmonischen, rechtsaktübergreifenden Auslegung aufrufen (zB Erwägungsgründe 7, 15, 17 und 24 Rom I-VO, Erwägungsgrund 7 Rom II-VO). In einer stärkeren Form werden IPR und IZVR durch eine inhaltliche Koordination zweier Regelwerke und eine Norm mit „Scharnierfunktion“ verknüpft, so die verfahrensrechtliche EuUnthVO über Art. 15 EuUnthVO mit dem kollisionsrechtlichen HUP. Am stärksten ist die Verbindung von IPR und IZVR in Rechtsakten wie der EuInsVO, der EuErbVO und der jüngst verabschiedeten EuGüVO¹³⁰⁸ ausgeprägt. Diese regeln sowohl das IPR als auch das IZVR für insolvenz-, erb- bzw. güterrechtliche Fragen zusammenfassend in jeweils ein- und derselben Verordnung. S. hierzu im vorliegenden Kommentar die Erläuterungen zum internationalen Unterhalts-, Erb- und Insolvenzrecht. Im Übrigen muss für das europäische IZVR auf weiterführende Darlegungen an anderer Stelle verwiesen werden.¹³⁰⁹

3. Interlokales Privatrecht. Hierzu s. Art. 4 Abs. 3 EGBGB (→ EGBGB Art. 4 Rn. 166 ff.). 317

4. Interpersonales Privatrecht. Hierzu s. Art. 4 Abs. 3 EGBGB (→ EGBGB Art. 4 Rn. 239 ff.). 318

5. Intertemporales Privatrecht. Zu den Folgen eines Kollisionsnormenwechsels → Rn. 84; s. im Übrigen Art. 220 EGBGB (s. 5. Aufl. 2010, EGBGB Art. 220 Rn. 1 ff.). 319

6. Rechtsvergleichung.

Schrifttum: Basedow, Hundert Jahre Rechtsvergleichung – Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, JZ 2016, 269; Basedow/Rühl/Ferrari/de Miguel Asensio, Encyclopedia of Private International Law, 2017; Cuniberti, Conflict of Laws – A Comparative Approach, 2017; Fauvarque-Cosson, Droit international privé et droit comparé: Brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe, Liber amicorum Gaudemet-Tallon, 2008, 43; Flessner, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung im Kollisionsrecht, in Gamper/Verschraegen, Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, 2013, 1; Flessner, Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht – Neue Akzente in einer alten Beziehung, FS Magnus, 2014, 403; v. Hein, EUPILLAR – Einführung in ein internationales Forschungsprojekt, ZVglRWiss 115 (2016), 483; Jayme, Rechtsvergleichung im IPR, Eine Skizze, FS Schwind, 1978, 103 = Gesammelte Schriften, Bd. 2, 2000, S. 45; Jayme, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 2000, S. 62; Kadner Graziano, Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht, 2002; Kischel, Rechtsvergleichung, 2015; Harald Koch, Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht – Wider die Reduktion des IPR auf sich selbst, RabelsZ 61 (1997) 623; Kropholler, Die vergleichende Methode und das Internationale Privatrecht, ZVglRWiss 77 (1978) 1; Loussouarn, Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français, Rev. crit. dr. int. pr. 68 (1979) 307; v. Mehren, The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law, Am. J. Comp. L. 26 (1978, Supplement) 31; Pirrung, Internationale und europäische Einflüsse auf die IPR-Reform von 1986, IPRax 2017, 124; Reichelt, Die rechtsvergleichende Methode und das Internationale Privatrecht, in: Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien und Österreichische Gesellschaft für Rechtsvergleichung durch Fritz Schwind, Österreichische Landesreferate zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Budapest 1978 (1979), 9; Rühl, Rechtsvergleichung und europäisches Kollisionsrecht: Die vergessene Dimension, in Zimmermann, Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, 2016, 103; Sonnenberger, La fonction du droit comparé en droit international privé européen – une esquisse, Mélanges Jauffret-Spinozi, 2013, 977; Symeonides, Codifying Choice of Law Around the World – An International Comparative Analysis, 2014.

Die **Rechtsvergleichung** ist für das IPR nicht nur ein Nebengebiet, sondern hat für die Ausgestaltung und Handhabung des Kollisionsrechts eine zentrale Bedeutung.¹³¹⁰ Erstens können die Kollisionsnormen verschiedener Länder miteinander verglichen werden, zweitens kommt die Vergleichung verschiedener Sachrechte in Betracht. 320

Die **Kollisionsrechtsvergleichung** ist in erster Linie für den nationalen oder europäischen **Gesetzgeber** sowie bei der Ausarbeitung von Staatsverträgen relevant, indem sie es ermöglicht, Modelle, die in der Rechtspraxis einzelner Länder bereits erprobt worden sind, auf ihre Tauglichkeit im Hinblick auf die Schaffung neuer Kollisionsnormen zu vergleichen.¹³¹¹ Denn in der Regel ist die Annahme begründet, dass kollisionsrechtliche Lösungen, die sich in einer Mehrzahl von Staaten 321

¹³⁰⁸ Verordnung (EU) 2016/1103 vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterrechts, ABl. EU 2016 L 183, 1.

¹³⁰⁹ S. statt vieler MüKoZPO, Bd. III, 4. Aufl. 2013; Kropholler/v. Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, mZn.

¹³¹⁰ Statt vieler Basedow JZ 2016, 269 (277 ff.); Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 1 Rn. 42 ff.

¹³¹¹ Symeonides, Codifying Choice of Law Around the World – An International Comparative Analysis, 2014; ferner zB zum Internationalen Deliktsrecht eingehend Kadner Graziano GemEuIPR, 2002, 26 ff.; speziell zur Vorbereitung des EGBGB von 1986 Pirrung IPRax 2017, 124 (128 f.); der Rom II-VO v. Hein Tul. L. Rev. 82 (2008), 1663 (1704 ff.).

bewährt haben, zumindest als Ausgangspunkt eine tragfähige Grundlage für die internationale Rechtsvereinheitlichung bilden.¹³¹² Gesetzesvorschläge des **Deutschen Rates für IPR** beruhen daher stets auf ausführlichen rechtsvergleichenden Gutachten.¹³¹³ Für die **gerichtliche Praxis** ist die Kollisionsrechtsvergleichung vor allem von Bedeutung, wenn ein Gericht im Rahmen einer Rück- oder Weiterverweisung ausländisches IPR prüfen und insoweit zB darüber entscheiden muss, wie ein dem eigenen IPR unbekanntes Anknüpfungsmoment (etwa das „domicile“ des Common Law, → EGBGB Art. 5 Rn. 127 ff.) zu konkretisieren ist. Ferner ist die Berücksichtigung der kollisionsrechtlichen Praxis anderer Staaten unabdingbar, wenn eine einheitliche Auslegung von Kollisionsnormen europäischer oder staatsvertraglicher Provenienz gelingen soll (→ EGBGB Art. 3 Rn. 141 ff.). Erst recht gilt dies für die Ausfüllung von **Regelungslücken**. Beispielfall sind insoweit die Schlussanträge des Generalanwalts *Szpunar* in der Rechtssache *Nikiforidis*, in der die Frage der Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen unter Auswertung des deutschen, belgischen, polnischen, litauischen, tschechischen, englischen und schweizerischen IPR untersucht wird.¹³¹⁴ Hierbei können internationale Datenbanken wie zB EUPILLAR, über die kollisionsrechtliche Rechtsprechung aus Belgien, Italien, Polen, Spanien und dem Vereinigten Königreich abrufbar ist, Hilfe leisten.¹³¹⁵ Schließlich setzt die **Evaluation** der von der EU geschaffenen Verordnungen in der Rechtspraxis genaue vergleichende Untersuchungen der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung voraus, die auch bereits in mehreren internationalen Forschungsverbünden erfolgt.¹³¹⁶ Der vereinzelt erhobene Vorwurf, über der Europäisierung des Kollisionsrechts sei die Rechtsvergleichung „vergessen“ worden,¹³¹⁷ vermag daher in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen.

322 Die Sachrechtsvergleichung ist für die praktische Handhabung des IPR und des von diesem berufenen Auslandsrechts in mehrfacher Hinsicht unentbehrlich.¹³¹⁸ Erstens kann eine funktional-teleologische Qualifikation von Rechtsinstituten, die dem eigenen Recht unbekannt sind (wie etwa die Morgengabe islamischen Rechts) nur auf einer gesicherten rechtsvergleichenden Grundlage erfolgen (→ Rn. 118 ff.). Zweitens ist bei der Frage, ob im Rahmen einer Substitution eine funktionale Gleichwertigkeit zB eines ausländischen Notars mit einem deutschen Amtsträger vorliegt, ohne rechtsvergleichend gewonnene Daten nicht möglich (→ Rn. 235 ff.). Auch bei der Anpassung ausländischer Sachrechte ist die Rechtsvergleichung unverzichtbar (→ Rn. 242 ff.). Drittens muss bei Alternativanknüpfung ein Günstigkeitsvergleich zwischen den potenziell berufenen Rechten angestellt werden (→ Rn. 64). Entsprechendes gilt bei der Eröffnung von Rechtswahlmöglichkeiten für die Rechtsberater der wahlberechtigten Partei(en); ihr (bzw. ihnen) müssen die Vor- und Nachteile einer zu treffenden Rechtswahl deutlich vor Augen geführt werden.¹³¹⁹ Schließlich kann die Rechtsvergleichung bei der Konkretisierung des ordre public ebenso hilfreich sein (→ EGBGB Art. 6 Rn. 181) wie bei der Bestimmung des anwendbaren Ersatzrechts im Falle eines ordre-public-Verstoßes (→ EGBGB Art. 6 Rn. 210 ff.). Letzteres gilt auch im Falle der Nicht-Ermittelbarkeit des an sich berufenen Rechts (→ Rn. 303 ff.).

II. Internationales Öffentliches Recht

Schrifttum: *Basedow/v. Hein/Janzen/Puttfarcken*, Foreign Revenue Claims in European Courts, YbPIL 6 (2004), 1; *Camus*, La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois, 2015; *Dutta*, Keine zivilrechtliche Durchsetzung ausländischer Zölle und Steuern durch US-amerikanische Gerichte, IPRax 2004, 446; *Dutta*, Die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch deutsche Gerichte, 2006; *Dutta*, Vollstreckung in öffentlichrechtliche Forderungen ausländischer Staaten, IPRax 2007, 117; *Dutta*, Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Durchsetzung ihrer öffentlichrechtlichen Forderungen, EuR 2007, 744; *Frank*, Öffentlich-rechtliche Ansprüche fremder Staaten vor inländischen Gerichten, RabelsZ 34 (1970), 56; *van Hecke*, Nochmals: Der ausländische Staat als Kläger, IPRax 1992, 205; *v. Hein*, Eintreibung europäischer Steuern und

¹³¹² Zu den theoretischen Grundlagen für rechtsvergleichende Werturteile eingehend *Posner/Sunstein* The Law of Other States, Stan. L. Rev. 59 (2006), 131 (136); daran für das Kollisionsrecht anknüpfend *v. Hein* Tul. L. Rev. 82 (2008), 1663 (1705 f.).

¹³¹³ Vgl. zB jüngst zum internationalen Stellvertretungsrecht *Spickhoff* RabelsZ 80 (2016), 481 ff. sowie den daraufhin ergangenen Beschluss des Deutschen Rates für IPR, IPRax 2015, 578 mit einer Einf. durch *v. Hein*.

¹³¹⁴ GA *Szpunar* ECLI:EU:C:2016:281 = BeckRS 2016, 80665, insbes. in Fn. 22; vgl. allgemein zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Arbeit der Generalanwälte im europäischen IPR/IZVR *Basedow* JZ 2016, 269 (278), mwN.

¹³¹⁵ Abrufbar unter <https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/#/home>.

¹³¹⁶ ZB im Rahmen von „EUPILLAR“ (JUST/2013/JCIV/AG/4635), hierzu näher *v. Hein* ZVglRWiss 115 (2016), 483 ff.

¹³¹⁷ So *Rühl* in Zimmermann, Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, 2016, 103 ff.

¹³¹⁸ Hierzu *Basedow* JZ 2016, 269 (277 ff.); *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 1 Rn. 42 ff.; *Koch* RabelsZ 61 (1997), 623 ff.

¹³¹⁹ Hierzu näher *Flessner*, FS Magnus, 2014, 403 (408 ff.).