

Wandel des Internationalen Privatrechts

Ausgangspunkt

Grundlegende Änderungen in den internationalen Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen stellen auch das Rechtsanwendungsrecht, IPR, in ein neues Licht. Die im Editorial vom September 2007 umrissenen Überlegungen sollen hier etwas näher ausgeführt werden. Das IPR, wie wir es derzeit betreiben, ist zu aufwendig und auch wenig sachgerecht. Das sei an folgenden Punkten erörtert.

I. Personenstands - IPR v. Vertrags – IPR

Rechtsprechung und Lehre behandeln das IPR als einheitliches Rechtsgebiet. In Wahrheit zerfällt es aber in zwei Hauptgruppen.

1. Personenstands - IPR

In den ersten Kodifikationen des IPR liegt der Schwerpunkt auf dem Personenstands - IPR. Das ist auch heute sein wichtigster Bereich des IPR.^{1[1]} Das Personenstands - IPR beschreibt die Rechtsgewalt des Souveräns (heute: Staat), die persönlichen Verhältnisse fremder Untertanen auf seinem Gebiet, und die der eigenen auf fremden Gebiet zu regeln. Das Recht, welches sich auf Ehe, Familie, Kindschaft, Erbschaften bezieht, ist funktional öffentliches Recht. Die Brautleute können nicht vereinbaren, dass ihre Ehe durch schlichten Vertrag gültig werden soll, die Eltern nicht, dass ihr Kind einen abweichenden Familiennamen haben soll usw. In diesem Bereich will der Souverän auch dann Recht setzen, wenn sich sein Untertan außer Landes befindet. Er erwartet, dass die anderen Souveräne das respektieren; dafür ist auch er bereit, die entsprechenden Regeln der anderen Souveräne bei sich zur Geltung zu bringen, wenn deren Untertanen sich in seinem Gebiet aufhalten.

Im Personstands - IPR erzwingt der Gesetzgeber die Anwendung fremden Rechts, ggfs auch gegen den Willen der Parteien. Dann ist es folgerecht, wenn er dafür einsteht, dass das fremde Rechte ermittelt wird; § 293 ZPO.^{2[2]} Die dadurch entstehenden Kosten sind allgemeine „Rechtshaltungskosten“ und können den Parteien ebenso wenig in Rechnung gestellt werden wie etwas die Kosten für den Schönfelder oder Palandt auf dem Schreibtisch des Richters.

2. Vertrags – IPR

Im Vertragsrecht hat das IPR eine ganz andere Funktion; vgl. Art. 27 - 46 EGBGB. Hier bewirkt es eine Erweiterung der Vertragsfreiheit der Bürger, die innerhalb bestimmter, heute

^{1[1]} Die Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht, herausgegeben vom Deutschen Rat für Internationales Privatrecht, zeigen über die Jahre, dass regelmäßig über 50% der begutachteten Fälle aus dem Familien- und Erbrecht stammen.

^{2[2]} Der Amtsermittlungssatz gemäß § 293 ZPO ist keine deutsche Spezialität, er gilt zum Beispiel auch in Belgien, Italien ua vgl. Pinheiro Iprax 08, 213

meist recht weit gezogen, 3[3] Grenzen das materielle Recht irgend eines Staates frei wählen können. 4[4]

Die Freiheit der Parteien, die ihrer Disposition unterliegenden Rechtsverhältnisse einem Recht ihres Beliebens zu unterstellen, ist heute wohl als Weltrechtssatz anzusehen und folgt aus der Vertragsfreiheit.^{5[5]} Wenn die Parteien diese Freiheit nutzen, sollten sie auch die daraus sich ergebenden Folgen tragen. Dazu gehört insbesondere das Risiko, dass der zuständige Richter das von den Parteien vereinbarte Recht nicht kennt. § 293 ZPO ist seit der Erstfassung der ZPO unverändert. Er war offenbar für das Personenstands – IPR gemeint, welches damals, praktisch ausschließlich im Blickpunkt des Gesetzgebers stand. § 293 ZPO ist in seiner Allgemeinheit heute überholt und passt auf Vertrags - IPR nicht. Aus zwei Gründen.

Erstens: Die Massenhaftigkeit von grenzüberschreitenden privatrechtlichen Transaktionen war, als diese Vorschrift Gesetz wurde, nicht vorhersehbar. Zweitens gab es damals eigentlich nur 3- 4 Rechtsordnungen, welche für eine Rechtswahl unter Kaufleuten in Betracht kamen. Diese waren europäisch und sprachlich leicht zugänglich. Es damals, und noch bis etwa 1950, außerhalb der Denkmöglichkeit, dass die Parteien ihren Vertrag einem wirklich fremden Recht unterstellen würden, also etwa dem Recht Indiens, Algeriens usw - denn meisten heute existierenden Staaten gab es noch gar nicht. Heute haben wir über 200 Staaten, die sich einer eigenen Rechtsordnung berühen, welche nicht nur theoretisch von den Parteien gewählt werden können; das geschieht auch praktisch. Die verschiedenen Rechtsordnungen sind in den jeweiligen Landessprachen niedergelegt. Von keinem Richter der Welt können die entsprechenden Sprachkenntnisse verlangt werden kann.

Wenn Parteien als materielles Recht ein anderes als das der lex fori wählen, ist daher von ihnen zu verlangen, dass es sie dem Richter auch sagen, was sie da eigentlich vereinbart haben. Die Partei, welche sich auf die Geltung fremden Rechts beruft, ist also verpflichtet, dessen Inhalt darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Im Ergebnis wird also für das deutsche Recht gefordert, was im angelsächsischen Recht seit jeher gilt. Fremdes Recht wird wie eine Tatsache behandelt und muss als solche bewiesen werden. Es wird eine Neufassung von § 293 ZPO vorgeschlagen wie folgt:

Im Falle von Art. 27 und 28 EGBGB wird der Inhalt des ausländischen Rechts von den Parteien dargelegt und bewiesen.^{6[6]}

III. Heimatrecht: Staatsangehörigkeit v. Wohnsitz

Fragen des Personalstatuts werden an das Heimatrecht angeknüpft, Art. 5 EGBGB. Das deutsche Recht setzt Heimat mit dem Staat der Staatsangehörigkeit gleich, und wendet, wenn es um persönliche Dinge geht, das Recht dieses Staates an. Den zugrunde liegenden Gedanken lesen wir bei Kegel: *Jeder Mensch hat ein elementares Interesse daran, nach der*

^{3[3]} So noch Kegel in der 7. Aufl. 1995, S. 482: *irgendein anerkanntes Interesse*.

^{4[4]} Art. 3, *Abkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19. 6.1980*

^{5[5]} Begrenzungen der Rechtswahl, die etwa das chinesische IPR vorsieht, vgl. hierzu Wolf IPrax 08, 56, sind genau betrachtet keine Beschränkung der Rechtswahlfreiheit, sondern Reservatbereiche des staatlichen Rechts, welche der Disposition der Parteien überhaupt entzogen sind, ähnlich wie bei uns in Art. 34 EGBGB.

^{6[6]} Vgl. ähnlich China: *Bestimmungen des Obersten Volksgericht zu einigen Fragen der Rechtsanwendung v.11.6.07* in: IPrax 08, 76 ff

Rechtsordnung behandelt zu werden, der er am meisten verbunden ist. 7[7] Stimmt das denn? Es ist fragwürdig, aus der Staatsangehörigkeit auf eine besondere Verbundenheit zu dem so definierten Heimatrecht zu schließen. Im Zeitalter der Massenwanderungen, oft aus Staaten, die es vor 3 Generationen noch nicht oder nicht in dieser Form gab, ist es eine ideologische Verkürzung, etwa dem Ceylonesen, dessen Staat seit einiger Zeit Sri Lanka heißt, oder gar einem Staatsangehörigen des Tschad, dieselbe affektive Bindung zu dem Staat seiner Staatsangehörigkeit zuzuschreiben wie einem Dänen oder Deutschen – und auch bei diesen schwindet diese. Kropholler bemerkt zu Recht, dass die Staatsangehörigkeit im Internationalen Privatrecht zugunsten des Wohnsitzes an Bedeutung verliere.8[8]

Ab 1960 strömen massenhaft fremde Staatsangehörige nicht nur nach Deutschland. Diese wollen hier bleiben. Ist es dann sinnvoll, sie ggfs nach dem Recht eines Staates zu behandeln, welcher nicht mehr ihre Heimat ist. Es nicht integrationspolitisch widerstreitend, einem bleibeberechtigten Türken, der seine türkische Staatsangehörigkeit behalten, aber hier leben will, unter ein anderes Regime zu stellen als seine (deutschen) Nachbarn. Für das Kollisionsrecht ist die Erkenntnis nachzuvollziehen, das Deutschland Einwanderungsland sei.

Die Anknüpfung des Personalstatuts an das Recht des Landes der Staatsangehörigkeit ist auch praktisch bedenklich. Die Ermittlung des fremden Rechts (heute sehr oft: islamische geprägte Rechtsordnungen mit schwer zu ermittelnden Normen). Das kostet den deutschen Steuerzahler Beträge, die offenbar niemals jemand ausgerechnet hat. Die Feststellung des fremden Rechts über Gutachten, welche auf erst aus der Ursprache ins Englische und von dort ins Deutsche also zweimal übersetzt werden müssen, ist fehlergeneigt. Es wird daher vorgeschlagen, Art. 5 EGBGB wie folgt neu zu fassen:

Das Personalstatut folgt dem Heimatrecht. Heimat ist der Staat, in welchem sich die betreffende Person seit mehr als einem Jahre mit Bleibewillen aufhält. In anderen Fällen der Staat seiner Staatsangehörigkeit.

IV. Revisibilität fremden Rechts

1. Personenstands – IPR

Die Revision kann gemäß § 545 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechtes.... beruht. Hat der deutsche Richter übersehen, dass er ein fremdes statt des deutschen Rechts hätte anwenden müssen, dann hat er (Reichs-) Bundesrecht, das EGBGB, verletzt, und seine Entscheidung unterliegt der Revision. Hat der Richter das fremde Recht völlig falsch ausgelegt, dann bleibt es dabei, denn § 545 ZPO, bzw die Vorgängervorschriften, die aber seit Inkrafttreten der *Civilprozessordnung* 1877 wortgleich geblieben sind, wird seit jeher dahin ausgelegt, dass die unrichtige Anwendung *ausländischen* Rechts nicht revisibel sei. 9[9] In den Materialien wird zu der wortgleichen Vorschrift des Entwurfs (§ 487) zu diesem Punkt nur gesagt: *Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, dass ausländisches Recht nicht richtig angewendet sei. Diese Konsequenz hat auch das französische Recht gezogen.*10[10] Das ist dann vom Reichsgericht und auch von der älteren Literatur anscheinend kommentarlos übernommen worden.

7[7] aaO S. 135

8[8] Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 274

9[9] Zöller - Gummer , ZPO, 26. Aufl. 2007 § 545 RN 9

10[10] Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Berlin, 1880, zu § 487 , S. 359

§ 545 ZPO ist in dieser Auslegung überholt, sein Wortlaut zwingt nicht dazu. Wenn die Revision nur auf die Verletzung von Reichs- bzw Bundesrecht gestützt werden kann, dann soll eigentlich gesagt werden: Sie kann nicht auf die Verletzung von Landesrecht gestützt werden. Von ausländischen Recht ist gar nicht die Rede. Diese Vorschrift schützt den bundesstaatlichen Aufbau des Deutschen Reiches, heute der Bundesrepublik Deutschland. Die einheitliche Auslegung von kollisionsrechtlich berufenem fremden Recht berührt den bundesstaatlichen Aufbau Deutschlands überhaupt nicht.

Die Revisibilität fremden Rechts im Bereich des Personenstands – IPR ist heute eine unmittelbare Forderung aus Art. 3 GG. Rechtsnormen müssen „gerecht“, also für alle gleichartigen Fälle gleich angewendet werden. Frühere Einzelfälle lagen je unterhalb der kritischen Masse von Entscheidungen, welche erst ein Gleichheitsurteil ermöglicht. Angesichts der Masseneinwanderung von z.B. Muslimen kommen von ähnlichen Fragen bei häufig vor. Die einheitliche Anwendung des fremden Rechts für alle in betracht kommenden Ausländer ist so zu einem unmittelbares Gebot der Gerechtigkeit geworden. Diese einheitliche Rechtsanwendung kann nur durch den Bundesgerichtshof als einziger Revisionsinstanz gewährleistet werden.

Das wäre auch praktisch. Beim BGH könnte eine Datenbank aufgebaut werden, welche eine einheitliche deutsche Behandlung von Vorschriften ermöglicht, die aus dem ausländischen Recht häufiger bei uns anzuwenden sind. Der Bundesgerichtshof hätte besser als die Instanzgerichte die Möglichkeit, die erforderliche Auslegung einer fremden Rechtsnorm unmittelbar mit dem höchsten Gericht des betreffenden Landes abzustimmen. Es wird daher vorgeschlagen folgende Vorschrift in die ZPO aufzunehmen:

Wird die Revision auf die Verletzung einer ausländischen Rechtsnorm gestützt, welche kraft Kollisionsrechts anzuwenden ist, so kann das Revisionsgericht die Rechtsfrage dem Obersten Gericht des betreffenden Staates mit der Bitte um Entscheidungshilfe vorlegen. Das Revisionsgericht wird dieser Entscheidungshilfe entsprechen, es sei denn das Art. 6 EGBGB (ordre public) dagegen sprechen. Wird die Entscheidungshilfe nicht innerhalb angemessener Frist gewährt, legt das Revisionsgericht fremdes Recht in eigener Kompetenz aus.

2. Vertrags - IPR

Das Gesagte gilt nicht für Vertrags - IPR. Hier haben die Parteien es ohnehin in der Hand, welches Recht und wie angewendet wird. Tendenziell werden nichtstaatliche Rechtsordnungen als Wahlrecht zugelassen werden, wie heute schon in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. 11[11] Hier verbietet sich eine Revision aus denselben Gründen, mit denen sie bei Vertragsauslegungen versagt wird.

V. Konvergenz des Privat- und Handelsrechts: Kollisionsrechtliche Wahlfeststellung

Das IPR beruft ein fremdes Recht, weil es zu einer anderen Lösung führt als die *lex fori*. Kommen beide zu dem gleichen Ergebnis, könnte man sich die Umstände sparen, die sich aus dem IPR ergeben.

Das materielle Recht verschiedener Staaten entscheidet dieselbe Rechtsfrage nur ziemlich selten verschieden. Das gilt nicht nur für kulturell einander nahe stehende Rechtsordnungen

11[11] Aden, Internationales Privates Wirtschaftsrecht, S. 57 ff m. w. N.

wie z.B. Frankreich/Deutschland, Deutschland/Schweiz usw, sondern im auch im Vergleich zu einer strukturell besonders abweichenden Rechtsordnung wie dem angelsächsischen Gemeinen Recht.

Die rechtlichen Grundüberzeugungen auch von Völkern, die durch große Entfernungen und andersartige Kulturen von einander geschieden sind, scheinen einander viel näher zu sein, als wir geglaubt hatten. 12[12] Im Handels- und Wirtschaftrecht haben sich bereits Weltrechtssätze herausgebildet. 13[13] Dieser Prozess einer weltrechtlichen Kanonbildung im Privat- und Handelsrecht setzt sich offenbar fort. In wichtigen Bereichen des Wirtschaftsrechts werden Kernfragen nach überstaatlichen Rechtsgrundsätzen entschieden. 14[14] Dieser Prozess verstärkt durch Einstrahlungen des Völkerrechts auf die nationalen Rechtsordnungen 15[15] , insbesondere des humanitären Völkerrechts.16[16] Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte v. 28. Juni 2007 zeigt mit welcher Nonchalance überstaatliche Gerichte bereits klare Normen nationaler Gesetzgeber beiseite schieben. 17[17]

Es ist noch viel zu früh, im Privat- und Handelrecht von einem Weltrecht zu sprechen, wodurch das IPR als Rechtsgebiet sich weltweit erledigen würden. Was weltweit noch etwas entfernt ist, steht uns aber in der EU unmittelbar vor Augen. Das dispositive Recht, also das Schuld- und Vertragsrecht, der EU Staaten unterschied sich wegen der uns Europäern gemeinsamen Kultur schon früher nicht sehr. In der EU haben aber zusätzliche Schübe, etwa 20 EU - Richtlinien betreffen das Kernprivatrecht, die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsländer weiter eingeebnet. Die Versuche, einen *gemeinsamen Referenzrahmen für das europäische Privatrecht*18[18] zu entwerfen, zeigen, dass die Meinung immer mehr Anhänger findet, wonach das Privatrecht der EU-Mitgliedsländer konvergiert. Eine bereits 1997 formulierte Vermutung wird daher ausdrücklich wiederholt: Im dispositiven Recht kommen die Rechtsordnungen aller EU – Staaten zum selben Ergebnis. Die Entscheidung wird also im Zweifel gleich ausfallen, ob deutsches, italienisches, englisches usw. Recht angewendet wird. 19[19] Die Revision ist nur zulässig, wenn die angefochtene Entscheidung auf der falschen oder auf der Nichtanwendung der berufenen Rechtsnorm *beruht*. Wenn nach allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen die Lösung dieselbe wäre, kann die Feststellung des anwendbaren Rechts und seine

12[12] Aden, Chinesische Mentalitäten RIW *Chinesische Mentalitäten*, 1. Seite in: Recht der Internationalen Wirtschaft November 2006

13[13] Vgl. Aden unter www.dresaden.de : Weltrechtssätze

14[14] Vgl. den grundlegenden Aufsatz von Kaliki und Medeiros zur WTO – Praxis *Fair, Equitable and Ambiguous: What is fair and Equitable Treatment in International Law* -in: Foreign Investment Law Journal ICSID Review , 2007, 24 ff.

15[15] vgl. Benvenuti, *Eyal American Journal of International Law* 08, 241 ff: *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*.

16[16] Keenan, Patrick *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 509 ff: *Financial Globalization and Human Rights*.

17[17] *Journal du Droit International* 08, 183f : Im Falle einer ausländischen Adoption durch eine unverheiratete Luxemburgerin hat sich das Gericht auf Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung auf Familienleben) berufen, um die eindeutige Vorschrift des nach IPR berufenen luxemburgischen Rechts, wonach eine Adoption hier nicht möglich sei, beiseite zu schieben.

18[18] So der Titel eines Aufsatzes von Eidenmüller ua JZ 08, 529 ff, in welchem - wenn auch unter vielerlei Vorbehalten - dargelegt wird, bis zu welchem Grade viele Institute des Privatrechts einheitlich funktionieren. Er

19[19] vgl. Aden, *Kollisionsrechtliche Wahlfeststellung*, Deutsche Zeitschrift der Wirtschaftsrecht 1997 www.dresaden.de ;

Anwendung unterbleiben; eine Revision ist nicht statthaft. 20[20] Der deutsche Richter kann daher nach der hier und früher vertretenen Ansicht (vgl. FN 19) das eigene Recht anwenden und auf eine Ermittlung und Anwendung fremden Rechts auch dann verzichten, wenn Rechtswahl oder andere Kollisionsregeln die Anwendung des Rechts eines anderen EU – Staates ausdrücklich vorschreiben.

Es handelt sich um eine Vermutung. Die Parteien können sie entkräften, indem sie die Möglichkeit einer abweichenden Lösung nach dem kollisionsrechtlich berufenen Recht darlegen. Dann muss der Richter das kollisionsrechtlich berufene Recht ermitteln und anwenden. Es wird daher folgende Vorschrift vorgeschlagen:

Haben die Parteien ein anders EU – Recht als das lex fori vereinbart oder wäre ein solches gemäß Art. 28 EGBGB berufen, so kann der Richter gleichwohl das Recht der lex fori anwenden, es sei denn, dass eine Partei glaubhaft macht, dass jenes andere Recht zu einer anderen Lösung führen wird.

VI. Forum non conveniens – Regel auch für Deutschland?

Verfahrensfragen spielen für die Entscheidung eines Rechtsstreites, wie der Praktiker weiß, und der Wissenschaftler gelegentlich verdrängt, eine überragend wichtige Rolle. Mangels empirischer Unterlagen, kann nur geschätzt werden: 80 - 90% des Zeitaufwandes, den ein Richter bis zur Entscheidung benötigt, wird auf Verfahrensfragen verwendet. In unseren modernen Rechtsstaaten ist anscheinend alles durchnormiert - merkwürdigerweise aber die wichtigsten Fragen manchmal nicht. Keine Vorschrift des deutschen Rechtes sagt uns, dass die kollisionsrechtliche Gesamtverweisung das Verfahrensrecht nicht umfasst. Das muss der Jurist sozusagen von selbst wissen. Dieser Grundsatz ist offenbar ein Weltrechtsgrundsatz. Dadurch entsteht das klassische Problem des Internationalen Privatrechts, nämlich der Divergenz von zuständigem Gericht und anwendbarem Recht.

Diese Divergenz führt oft zu ziemlich schwierigen Rechtsfragen (Qualifikation, Angleichung). Sie dient daher eigentlich nicht den Parteien und vor allen Dingen nicht der Rechtssicherheit. Die Unterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht ist sehr schwer und meistens fehlergeneigt. Es ist daher darüber nachzudenken, ob nicht auch in Europa die im angelsächsischen Rechtskreis bekannte Rechtsfigur des *forum – non – conveniens* 21[21] aktiviert werden sollte. Es ist also über eine Vorschrift für das, bisher noch nicht positiv normierte deutsche Internationale Zivilprozessrecht nachzudenken, die folgenden Wortlaut hätte:

Hat der Richter 1. Instanz ein anderes materielles Recht anzuwenden als das der lex fori, so kann er, wenn dieses im besseren Interesse der Parteien ist, den Rechtsstreit an ein anderes erstinstanzliches Gericht innerhalb der EU verweisen, wenn dieses auch zuständig ist und wenn dieses Gericht diese Zuständigkeit annimmt.

M. A.
5.12.08

20[20] Zöller – Gummer, ZPO, 26. Aufl. 2007 § 561 RN 3; unter Berufung auf BGH NJW 56, 1155.
21[21] Vgl. Aden, Internationales Privates Wirtschaftsrecht, S. 160