

ZUR ERMITTLUNG AUSLAENDISCHEN RECHTS
IN DEUTSCHLAND:
EIN BERICHT AUS DER PRAXIS

Prof. Dr. Hilmar KRÜGER*

Mit dem grossen türkischen Kollisionsrechtler Ergin Nomer bin ich seit 1966 befreundet und schulde ihm vielen Dank für Diskussionen juristischer Probleme und für seine vielen Mühen, mir stets alles Wichtige aus dem Bereich des türkischen Rechts nach Köln zu schicken. Als Zeichen meines bescheidenen Dankes beteilige ich mich deshalb gern an der Festschrift anlaesslich seiner Emeritierung.

Ergin Nomer hat als eine seiner ersten grösseren Veröffentlichungen vor rund 30 Jahren ein Buch über „Auslaendisches Recht im Verfahren“ (Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972) auf breiter rechtsvergleichender Grundlage – selbstverstaendlich unter Einschluss des deutschen Rechts – publiziert. Auch in der jüngsten Auflage seines hervorragenden IPR-Lehrbuchs (Devletler Hususi Hukuku, 11. Aufl. İstanbul 2002) widmet er sich auf S. 164 – 175 gründlich diesem Problembereich.

Da das Thema der Ermittlung und Anwendung auslaendischen Rechts in jüngster Zeit anscheinend auch von den Zivilprozessualisten in Deutschland „entdeckt“ worden ist¹, mag für

* Universitaet zu Köln, Institut für internationales und auslaendisches Privatrecht.

¹ Siehe zum Beispiel LINDACHER, *Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung auslaendischen Rechts*, in: Festschrift für Ekkehard Schumann, Tübingen 2001, 283 – 294; SCHILKEN, *Zur Rechtsnatur der Ermittlung*

Ergin Nomer eine kurze Skizze hierzu aus deutscher Sicht von Interesse sein, weil er, wie ich von ihm weiss, gelegentlich auch für türkische Gerichte Gutachten über Rechtsfragen erstattet. Um meinen Beitrag nicht allzu lang werden zu lassen, beschränke ich mich auf die Frage der Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte. Das Problem der Lückenfüllung bei nicht ermittelbarem ausländischen Recht bleibt beiseite; denn dies wäre ein eigenes Thema.

A. Vorbemerkung

Auffällig bei den neuesten Darstellungen der deutschen Zivilprozessualisten ist, dass sie – in gewisser Weise verständlich – sehr stark in verfahrensrechtlichen Fragen verhaftet bleiben, weil ihnen anscheinend die Praxis zumindest teilweise fehlt; denn die Last der Ermittlung ausländischen Privatrechts – durch die Erstellung von Rechtsgutachten für die Gerichte – tragen in Deutschland seit alters her die auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung und des Kollisionsrechts arbeitenden Professoren sowie ihre Mitarbeiter in den auslandsrechtlichen Forschungsinstituten. Begonnen wurde damit in den 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts im Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in

ausländischen Rechts nach § 293 ZPO, ebenda 373 – 388; PRÜTTING, Ermittlung und Anwendung von ausländischem Recht in Japan und Deutschland, in: Festschrift für Akira Ishikawa, Berlin 2001, 397 – 408. – Im Nachstehenden gebe ich in den Fussnoten immer nur einige wenige Hinweise, denn das Problem der Ermittlung und Anwendung fremden Rechts wird ganz selbstverständlich in jedem deutschen Lehrbuch oder Kommentar zum IPR oder IZPR dargestellt. Vollständigkeit wird nicht angestrebt, weil nicht erforderlich. Im übrigen gebe ich absichtlich keine Hinweise auf Quellen, von denen ich weiss, dass sie in der Türkei nicht ohne weiteres zur Verfügung stehen. – Zu den Abkürzungen der Bezeichnungen deutscher Gerichte: AG = Amtsgericht, LG = Landgericht, OLG = Oberlandesgericht, KG = Kammergericht (der traditionelle Name des OLG in Berlin), BayObLG = Bayerisches Oberstes Landesgericht, BGH = Bundesgerichtshof. - IPG = Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht. – Die in der Türkei – und insbesondere Ergin Nomer – bekannten deutschen Zeitschriften werden mit der üblichen Abkürzung zitiert.

Berlin unter der Leitung des genialen Juristen Ernst Rabel (1874 – 1955)².

PRÜTTING erwähnt beispielsweise in seiner Darstellung, auf welche Weise ein Gericht das von ihm aufgrund des deutschen Kollisionsrechts anzuwendende ausländische Recht ermitteln kann, die Gutachten der Institute für internationales und ausländisches Privatrecht mit keinem einzigen Wort³. Ihm scheint dieses Verfahren, das sich seit Jahrzehnten erfolgreich eingespielt hat, nicht sonderlich vertraut zu sein. Dies ist auch deshalb erstaunlich, weil zumindest in den beiden größten deutschen Bundesländern, das heisst in Bayern und in Nordrhein-Westfalen, Erlasse der Landesjustizministerien bereits seit 1958 und 1966 bestehen, in denen bestimmt wird, dass sich die Gerichte in Nordrhein-Westfalen wegen Auskünften über ausländisches Recht primär an das Institut für internationales und ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln sowie die Gerichte in Bayern an das Ergin Nomer sehr gut bekannte Institut für internationales Recht – Rechtsvergleichung – der Universität München wenden sollen⁴.

PRÜTTING nennt in seinem Beitrag auch nicht die Möglichkeit der Gerichte, aufgrund des Europäerischen Übereinkommens vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht⁵, Informationen über ausländische Rechtsfragen von staatlichen

² Siehe zum Beispiel KEGEL, *Zum heutigen Stand des IPR: Stoffbewältigung*, in: Festschrift für Heinz Hübner, Berlin 1984, 505 – 520 (515); näher zu Rabel KEGEL, *Ernst Rabel – Person und Werk*, *RabelsZ* 54 (1990), 1 – 23.

³ PRÜTTING (Fn. 1), 401 f. Ihm ist jedoch die Erstattung von Gutachten durch auslandsrechtliche Institute bekannt; siehe seine Kommentierung des § 293 ZPO im Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (2. Aufl. München 2000), § 293 ZPO Randnummer 30.

⁴ Für Nordrhein-Westfalen Rundverfügung des Justizministeriums vom 23.8.1966; für Bayern Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 4.11.1958; auch veröffentlicht in der Zeitschrift „Das Standesamt“ 1959, 40; in Bayern existiert eine weitere Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz aus dem Jahre 1979 (Nachweis bei LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3. Aufl. Köln 2001, 122 Fn. 29).

⁵ PRÜTTING (Fn. 3), § 293 ZPO Randnummern 33 – 46, kennt dieses jedoch selbstverständlich auch.

Stellen im Ausland zu erhalten⁶. In der Praxis hat sich dieses Übereinkommen übrigens nur bei einfach zu beantwortenden Rechtsfragen bewährt, weil den ausländischen Stellen nicht die Gerichtsakten übersandt, sondern nur abstrakte Rechtsfragen gestellt werden. Im allgemeinen stellen die ausländischen Justizministerien oder Behörden lediglich die Texte von Vorschriften ohne Interpretation zur Verfügung, was bei schwierigeren Problemen fast nie ausreicht⁷.

B. Gerichtliche Anfragen nach Sachgebieten

Da ich seit sehr vielen Jahren von deutschen (und gelegentlich auch von österreichischen) Gerichten beauftragt werde, Gutachten über Fragen ausländischer Rechtsordnungen zu erstatten, habe ich inzwischen umfangreiche praktische Erfahrungen. Dies gilt vornehmlich, jedoch sicherlich nicht ausschliesslich, für das türkische Recht, die Rechte aller Mitgliedstaaten der Arabischen Liga sowie für den Iran und Afghanistan. Deshalb berichte ich vornehmlich aus meiner Gutachtenpraxis.

Mitgeteilt sei, dass im Vordergrund der Anfragen der deutschen Gerichte Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechts nebst den damit zusammenhängenden internationalprivat- und internationalverfahrensrechtlichen Problemen stehen. Die Ursache hierfür ist recht eindeutig zu bestimmen, denn aufgrund des deutschen internationalen Privatrechts (normiert primär in Art. 3 – 46 EGBGB) ist das Personalstatut das Recht des Staates, dem die betreffenden Personen angehören. An das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts wird nur hilfsweise angeknüpft (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Die internationalprivatrechtlichen Staatsverträge auf dem Gebiet des Familienrechts (mit der zunehmenden Tendenz der Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts) können in diesem Zusammenhang beiseite bleiben.

⁶ Näher beispielsweise KEGEL/SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl. München 2000, 445 f.

⁷ Siehe jüngst BGH 30.1.2001, IPRax 2002, 302 (betreffend spanisches Recht der Verzugszinsen), sowie den Besprechungsaufsatz von HÜSSTEGE, *Zur Ermittlung ausländischen Rechts*, IPRax 2002, 292 – 294. – Näher unten Abschnitt D II 3 b.

Anfragen von Gerichten zu den Deliktsrechten ausländischer Staaten zeigen angesichts der jetzt geltenden Regelung in Art. 40 EGBGB eine stark abnehmende Tendenz, weil aufgrund des deutschen internationalen Privatrechts das Recht des Tatorts nicht mehr im Vordergrund steht.

Gerichtliche Anfragen zum Schuldvertrags- und Handelsrecht waren und sind auch heute recht selten. Sie kommen jedoch gelegentlich vor. Für türkisches Recht zum Beispiel gilt dies insbesondere für Ansprüche aus Verträgen, die von in Deutschland lebenden türkischen Staatsangehörigen in der Türkei geschlossen wurden, damit meist türkischem Recht unterliegen und aufgrund derer hier geklagt wird. Nach türkischem Kaufrecht wird von den Gerichten immer wieder einmal gefragt, wenn ein deutscher Tourist nach dem Kauf eines Teppichs im Bazar von Istanbul oder in einer anderen türkischen Stadt nach seiner Rückkehr nach Deutschland vom Kaufvertrag zurücktreten will. Das Gleiche gilt auch für die Rechte anderer Mittelmeerstaaten, die häufig von deutschen Touristen besucht werden⁸. Bei diesem Personenkreis ist übrigens kaum etwas auszuschließen. So musste ich mich beispielsweise 1992 in einer Stellungnahme für das Landgericht München I mit der Frage der Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen nach dem Recht des Jemen befassen.

Immobiliarsachenrechtliche Fragen fremder Rechtsordnungen gelangen nur gelegentlich im Zusammenhang mit dem Kauf von Grundstücken vor deutsche Gerichte. Dies geschieht jedoch selten, weil insoweit wohl fast immer die Gerichte am Lageort der Immobilie international zuständig sind. Ein recht häufig vorkommendes Thema im Bereich des Mobiliarsachenrechts ist das Problem des gutgläubigen Erwerbs von in Deutschland gestohlenen Autos im Ausland. Dasselbe gilt für die Wirkungen eines Eigentumsvorbehalts nach fremdem Recht.

Das aus meiner Erfahrung Mitgeteilte spiegelt sich – allgemein gültig – recht genau in den in der Reihe „Gutachten zum internationalen und

⁸ Siehe beispielsweise einige türkischen Fälle LG Limburg 2.5.1990, NJW 1990, 2206; LG Düsseldorf 5.12.1990, NJW 1991, 2220; OLG München 22.6.1990, NJW-RR 1991, 122; BGH 12.6.1991, Zeitschrift „Betriebs-Berater“ 1991, 2040; LG Hamburg 18.2.1999, NJW-RR 2000, 595.

ausländischen Privatrecht“ (IPG) veröffentlichten Gutachten der führenden deutschen auslandsrechtlichen Forschungsinstitute wider, die seit 1968 (mit den Gutachten aus den Jahren 1965/1966) vom Deutschen Rat für internationales Privatrecht herausgegeben werden. Der bisher letzte Band mit den Gutachten aus dem Jahre 1998 ist 2001 erschienen. In die jeweiligen Bände der IPG wird normalerweise ein typischer Ausschnitt der Gutachten veröffentlicht, die in dem betreffenden Jahr von den Instituten erstattet wurden. Aufgenommen werden ausschließlich sogenannte Institutsgutachten; das heisst solche, die meist von einem wissenschaftlichen Mitarbeiter vorbereitet und von dem jeweiligen Institutsdirektor abschliessend bearbeitet werden. Privatgutachten der an den Instituten tätigen Professoren – ohne Mitwirkung von Assistenten – werden in den IPG üblicherweise nicht publiziert.

Hat man es dagegen mit Gutachten für Unternehmen oder ihre Rechtsberater zu tun, so verschiebt sich das Bild; denn hier geht es durchgängig um Probleme des Schuldvertrags-, Handels- oder Wirtschaftsrechts wiederum einschliesslich der kollisions-, schieds- und internationalzivilprozessrechtlichen Bezüge. Dies wird nicht erörtert; denn hier wird es lediglich das Problem der Ermittlung ausländischen Rechts durch die deutschen Gerichte dargestellt. Die Gutachten für Unternehmen etc. werden übrigens in aller Regel allein von dem beauftragten Professor als sogenannte Privatgutachten erstellt.

C. Grundsatz der Ermittlung ausländischen Rechts

In Deutschland gilt aufgrund der völlig einhelligen Rechtsprechung zu § 293 ZPO (für die Türkei sind insoweit Art. 2 Abs. 1 MÖHUK und Art. 76 HUMK massgebend), dass die Gerichte das in einem Rechtsstreit anzuwendende ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln haben. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies „Aufgabe und Pflicht des Tatrichters“⁹.

⁹ Die oft zitierte Leitenscheidung ist BGH 24.11.1960, NJW 1961, 410: „Die Gerichte sind ... verpflichtet, das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln.“ (Betrifft afghanisches Wechselrecht im Jahre 1937); aus der letzten Zeit zum Beispiel BGH 30.1.2001, IPRax 2002, 302 (303; spanisches Zinsrecht); KG 27.6.2001, FamRZ 2002, 166 (167; afghanisches Eherecht).

Dabei hat er alle Erkenntnisquellen auszuschöpfen und die Normtexte in der Form anzuwenden, wie sie von der Rechtspraxis und -lehre des betreffenden Staates entwickelt wurden. Das Gericht hat in jedem Stand des Verfahrens ausländisches Recht zu ermitteln und anzuwenden, wenn es aufgrund des deutschen Kollisionsrechts oder - zum Beispiel im Bereich des internationalen Schuldvertrags- und Handelsrechts - von den Parteien vereinbart wurde. Dies gilt grundsätzlich für alle Verfahrensarten. Besondere Verfahrensarten, wie zum Beispiel Eilfalle oder das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, bleiben ausser Betracht.

Ausländisches Recht ist nicht nur dann zu berücksichtigen, wenn dies eine Partei oder ein sonstiger Verfahrensbeteiligter im Rechtsstreit ausdrücklich beantragt¹⁰; denn die Lehre vom „fakultativen“ Kollisionsrecht wird von der deutschen Rechtsprechung nicht akzeptiert¹¹.

Das Gesetz (§ 293 Satz 2 ZPO) geht zwar (ähnlich wie Art. 2 I Satz 2 MÖHUK in der Türkei) davon aus, dass die Parteien an der Ermittlung des massgebenden ausländischen Rechts mitwirken sollen. Dies ist jedoch lediglich eine Obliegenheit und keine Verpflichtung, die Sanktionen enthält. Die Pflicht des Gerichts steht völlig im Vordergrund¹². Allerdings dürfen sich die Gerichte von den Parteien helfen lassen (beispielsweise durch Vorlage eines im Inland nicht zugänglichen Gesetzestexts, durch das Gutachten eines ausländischen Professors oder Rechtsanwalts oder durch die von einer Partei vorgelegte Auskunft eines ausländischen Gerichts¹³). Werden sie in einem Rechtsstreit vom Richter dazu aufgefordert, so müssen

¹⁰ Statt aller KEGEL/SCHURIG (Fn. 6), 438 – 441 mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; JUNKER, *Internationales Privatrecht*, München 1998, 223 f.; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. Köln 2001, 772 f.

¹¹ Nachweise zum Beispiel bei JUNKER (Fn. 10), 22; siehe im übrigen dazu KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl. Tübingen 2001, 44 - 46.

¹² Siehe beispielsweise LINKE (Fn. 4), 120; HUZEL, *Zur Zulaessigkeit eines „Auflagenbeschlusses“ im Rahmen des § 293 ZPO*, IPRax 1990, 77 – 82 (79 – 82).

¹³ So zum Beispiel OLG Hamm 21.3.1994, IPRax 1996, 33 (35): Stellungnahme des mauretanischen Kassationshofs hinsichtlich der Sicherheitsleistung für Prozesskosten von Ausländern in Mauretanien.

sie es tun¹⁴. Dies kommt vornehmlich in den Faellen vor, in denen eine der Parteien (zum Beispiel ein auslaendisches Unternehmen, das in Deutschland klagt) leichten Zugang zu den Quellen seines eigenen Rechts hat. Die zur Unterstuetzung des Gerichts aufgeforderte Partei traegt insoweit jedoch keine „Beweislast“, so dass der Richter keine Beweislastentscheidung treffen kann, denn diese Regeln gelten in diesem Zusammenhang nicht¹⁵.

Wenden deutsche Gerichte auslaendische Rechtsvorschriften an, so bleiben sie für uns Recht und sind – anders als beispielsweise in einer ganzen Reihe von „jurisdictions“ im Rechtskreis des Common Law (England, die meisten Einzelstaaten der USA) oder im Mittleren Osten in Bahrain¹⁶ - keine blossen Tatsachen; denn der Verweis der deutschen Kollisionsnormen auf auslaendische Rechtsvorschriften führt nicht dazu, dass sie ihren Rechtscharakter verlieren. Auslaendische Normen sind auch für den deutschen Richter Recht. Sie sind Anspruchsgrundlage, nicht jedoch Voraussetzung eines Anspruchs. Dies ist vor allem für das Problem des Beweises von Bedeutung¹⁷.

-
- ¹⁴ Statt aller BGH 30.6.1976, NJW 1976, 1581 (1583: zum türkischen Personenbeförderungswesen mit Gutachten der Professoren Hirsch und Karayalçın); BGH 15.12.1986, IPRax 1988, 26 (27: zum Seehandelsrecht von Sri Lanka); KEGEL/SCHURIG (Fn. 6), 440; ausführlich zuletzt LINDACHER (Fn. 1), insbesondere 285 - 289.
- ¹⁵ So schon BGH 24.11.1960, NJW 1961, 410; OLG Hamm 21.3.1994, IPRax 1996, 33; aus der Rechtsliteratur beispielsweise JUNKER (Fn. 10), 225; KROPHOLLER (Fn. 11), 602; SCHÜTZE, *Deutsches internationales Zivilprozessrecht*, Berlin 1985, 120; jüngst PRÜTTING (Fn. 1), 404.
- ¹⁶ Urteil des High Court Second Circuit (1990): „... the invocation of foreign law in a dispute raises a question of fact that must be proved by proper evidence.“; auszugsweise mitgeteilt in Middle East Executive Reports, March 1990, 10. In dem Fall ging es um den Nachweis der saudi-arabischen Normen über den „performance bond“. - Im übrigen ist zu erwarten, dass in Bahrain aufgrund Art. 7 ZGB, Gesetz Nr. 19/2001, in Kraft seit dem 1.9.2001, demnaechst ein IPR-Gesetz verkündet wird.
- ¹⁷ Völlig unstrittig; statt aller GEIMER (Fn. 10), 775 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Fn. 21; KROPHOLLER (Fn. 11), 601 f. Dasselbe gilt für die Türkei: NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 11. Aufl. Istanbul 2002, 167, 170. - Zur Ermittlung fremden Rechts in einer Reihe von anderen Staaten als Deutschland siehe zum Beispiel NAGEL/GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. Münster 1997, 381 - 386.

Auslaendisches Recht hat ein deutsches Gericht in derselben Weise – und zwar auf dem letzten Stand zur Zeit der Entscheidung – anzuwenden wie ein auslaendischer Richter. Dabei hat er sich an die Rechtsquellenlehre in dem jeweiligen Staat zu halten: Staatsvertragliches Recht, Gesetze und Verordnungen, Handels- und anderes Gewohnheitsrecht, Rechtsprechung sowie Rechtsliteratur. Gelten die Urteile der Gerichte, wie im Bereich der Common Law-Staaten, als eine der primaeren Rechtsquellen, so haben diese mit im Vordergrund zu stehen. Die Verfassungsmaessigkeit einer auslaendischen Norm kann oder muss ein deutsches Gericht nur dann prüfen, wenn dies auch der auslaendische Richter könnte oder sogar müsste¹⁸.

Grundsatzlich geschieht dies alles auch immer, wenn das Gericht ein Gutachten eines wissenschaftlichen Instituts anfordert (dazu unten Abschnitt D II 2 d). Ein kompetenter Gutachter steigt ganz selbstverstaendlich in die Tiefe, um dem Gericht alles Erforderliche auf dem letzten Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Rechtsliteratur mitzuteilen, damit es seine Entscheidung treffen kann.

„Ausreisser“ sind nach meinem Kenntnisstand selten, wenngleich sie nie völlig auszuschliessen sind. Zwei Beispiele seien genannt: Es ist selbstverstaendlich ein Unding, wenn sich ein glücklicherweise nicht genannter Gutachter in seiner Auskunft für ein deutsches Familiengericht bei der Auslegung türkischer kindschaftsrechtlicher Normen allein auf schweizerisches Recht stützt und mitteilt, er habe keine Kenntnisse der türkischen Judikatur und Rechtslehre¹⁹.

Bedenklich ist insoweit auch die Leitentscheidung des BGH zur Ermittlung auslaendischen Rechts in der Sache Sfindex ./ Rheinmetall aus dem Jahre 1960²⁰. In ihr wird auf der Grundlage

¹⁸ Statt aller KEGEL/SCHURIG (Fn. 6), 443; GEIMER (Fn. 10), 780 f.; KROPHOLLER (Fn. 11), 209.

¹⁹ Die zweite Instanz, OLG Düsseldorf 24.4.1996, FamRZ 1996, 1154 f., nennt dieses Gutachten mit Recht unzu-laenglich und bestand auf der Erstellung eines weiteren Gutachtens durch ein sachkundiges Institut. – Zur Problematik des Rückgriffs auf schweizerisches Recht in der Türkei naeher KRÜGER, *Eheanfechtung wegen Drohung nach türkischem Recht*, in: Melanges Fritz Sturm, Liege 1999, 1229 – 1238 (1229 f.).

²⁰ Nachweis oben in Fn. 9.

eines Gutachtens, das vom Hamburger Max-Planck-Institut erstellt wurde, gesagt, dass in Afghanistan 1937 keine wechselrechtlichen Normen existiert hätten und deshalb könne nicht festgestellt werden, ob ein damals dort ausgestellter Wechsel formgültig war. Diese Annahme ist zumindest sehr zweifelhaft. Ein Blick in eine allgemein zugängliche Quelle²¹ hätte den Gutachter stutzig machen müssen; denn es gab in Afghanistan bereits seit 1922 eine Verordnung über den Shari'a-Gerichtshof in Handelssachen²². In ihr wurde teilweise auch das materielle Wechselrecht geregelt, bevor 1955 ein Handelsgesetzbuch – auf der Grundlage des alten türkischen Handelsgesetzbuches von 1926 – in Kraft gesetzt wurde, das in seinen Art. 471 – 548 auch Bestimmungen über den Wechsel enthält.

Im Bereich des türkischen Rechts zum Beispiel gilt nach dem Vorstehenden für die deutschen Gerichte damit folgende Reihenfolge der Rechtsquellen: Staatsvertragliches Recht, Gesetze, die Rechtsprechung des Kassationshofs (insbesondere auch deshalb nur dessen Entscheidungen, weil die Urteile der erstinstanzlichen Gerichte in der Türkei kaum jemals veröffentlicht werden) und die Rechtsliteratur. Nur gelegentlich kann es in türkischen Fällen auch auf das dortige Gewohnheitsrecht ankommen.

D. Formen der Ermittlung ausländischen Rechts

I. Allgemeines

Die Ermittlung der auf einen Fall anzuwendenden ausländischen Bestimmungen ist „eine Kernfrage und eine Art, heimlicher König des

²¹ BECK/GROBBA, (*Laenderbericht*) *Afghanistan*, in: *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Band 1, Berlin 1929, 289 – 310 (307 f.).

²² Zuerst ist dies in der deutschen Rechtsliteratur wohl gesagt worden von WOHLGEMUTH, *Kambodschanisches Kindschaftsrecht vor deutschen Gerichten heute*, Zeitschrift „Das Standesamt“ 1981, 41 – 50 (41 Fn. 1); siehe auch FERID, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. Frankfurt 1986, 157; BURGEI, *Der Einfluss des kontinental-westeuropäischen Rechts auf den Allgemeinen Teil des afghanischen Handelsgesetzbuches von 1955*, Diss. Hamburg 1970, 51. – Im übrigen geht die IPR-Literatur – anscheinend ohne näher zu prüfen – von der Korrektheit der Entscheidung des BGH aus.

IPR²³; denn wird das ausländische Recht nicht ermittelt, weil wir dies aus objektiven Gründen überhaupt nicht zu leisten vermögen, so liefern unsere Kollisionsnormen, aufgrund derer fremde Rechtsregeln angewandt werden sollen, ins Leere. Dann könnte man naemlich gleich gesetzlich anordnen, dass stets die deutsche lex fori massgebend sein soll. Diesem Problem hat sich deshalb jeder Richter in einem Fall mit Auslandsbezug zu stellen und darf nicht aus Indolenz, Bequemlichkeit oder Unwilligkeit auf deutsches Recht zurückgreifen²⁴, auch wenn einer ganzen Reihe von ihnen das „Heimwaertsstreben“ (NUSSBAUM) nach deutschem Recht sicherlich nicht unangenehm ist; denn dessen Regeln sind ihnen vertraut. Der in unseren IPR-Normen enthaltene gesetzliche Befehl, ausländisches Recht anzuwenden, ist von jedem Richter zu befolgen.

Auf welche Weise die Gerichte das anzuwendende ausländische Recht ermitteln, liegt in ihrem pflichtgemaessen Ermessen; es gilt der Grundsatz des sogenannten Freibeweises. Dabei hat der Richter alle ihm erreichbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Es gibt hierfür keine generellen Regeln. Die Umstaende des einzelnen Falles sind nach richterlichem Ermessen zu berücksichtigen. Das kostengünstigste Verfahren geht vor, sofern es erfolgversprechend ist. Die Anforderungen sind zweifelsfrei in den Faellen, in denen die Rechtslage schwierig ist und das anzuwendende Recht vom deutschen Recht erheblich abweicht, höher als in normalen Sachen. Hier hat der Richter mehr zu tun als in einem einfachen Routinefall, in dem sich die Rechtslage zum Beispiel unmittelbar aus einer ausländischen Gesetzesnorm ergibt²⁵. Es ist festzuhalten, dass ein Gericht gegen § 293 ZPO verstösst, wenn es ausländisches Recht nicht in gehörigem

²³ So treffend KEGEL, *Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München 1965, Band 1, 453 – 470 (462); zustimmend zitiert von NOMER (Fn. 17), 166.

²⁴ Für den Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gilt meines Erachtens dasselbe; KRÜGER, *Fragen des Schiedsrechts in arabischen Staaten*, in: Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit (RPS) Nr. 2/01, Beilage Nr. 7 zu der Zeitschrift „Betriebs-Berater“ Heft 43/2001, 2 – 11 (3).

²⁵ Statt aller BGH 24.3.1987, IPRax 1988, 227 (227 f.) mit Besprechungsaufsatz von GOTTWALD ebenda 210 - 212; BGH 29.6.1987, IPRax 1988, 228 (229); BGH 30.4.1992, IPRax 1993, 87 (91). – Für die Türkei gilt die gleiche Situation: NOMER (Fn. 17), 170.

Umfang ermittelt²⁶. Verletzt es diese von der Rechtsprechung aus der genannten Vorschrift abgeleitete Ermittlungspflicht, so liegt ein revisibler Gesetzesverstoss vor (§ 545 ZPO; bis 2001: § 549 ZPO)²⁷.

II. Möglichkeiten der Ermittlung auslaendischen Rechts

In welcher Weise auslaendisches Recht ermittelt wird, überlassen die Parteien nach meinem Kenntnisstand üblicherweise dem Gericht, das insoweit nur gelegentlich Anregungen von den Parteien erhaelt²⁸. Grundsätzlich kann ein Richter jede Erkenntnisquelle heranziehen. Dabei bestehen im wesentlichen folgende Möglichkeiten:

1. Gerichtsinterne Ermittlungen

a) Eigene Kenntnisse des Richters

Kennt der Richter das auslaendische Recht, weil er zum Beispiel auch an einer Universitaet in dem Staat studiert hat, dessen Recht er in einem Fall anzuwenden hat, so braucht er keinen Dritten zu befragen. Dies kommt heute zweifellos haeufiger vor als früher. Primaer gilt dies wahrscheinlich für England, Frankreich und die USA.

b) Kenntnisverschaffung durch Literaturstudium

Des weiteren kann sich ein Richter Kenntnisse durch das Studium einschlaegiger Rechtsliteratur verschaffen. Insbesondere stehen für das auslaendische Familien- und Erbrecht die umfangreichen Loseblattsammlungen von Bergmann/Ferid und Ferid/Firsching zur Verfügung. Aehnliches gilt beispielsweise für das Handelsvertreterrecht (Detzer/ Zwernemann) oder für das auslaendische Wirtschaftsrecht (Wittenstein/ Böckl). Hilfreich sind in vielen Faellen auch die in den IPG veröffentlichten Gutachten oder die Quellennachweise in „Auslaendisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache“: Buch und CD-ROM

²⁶ BGH 29.6.1987, IPRax 1988, 228 (229); BGH 30.4.1992, IPRax 1993, 87 (90).

²⁷ Zum Beispiel BGH 10.5.1984, IPRax 1985, 158 (159); BGH 28.11.1994, RIW 1995, 156 (157).

²⁸ Ebenso NAGEL/GOTTWALD (Fn. 17), 370.

(von Bar). Für das internationale Verfahrensrecht sollte man zuerst einen Blick in die Loseblattsammlung „Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen“ (Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze) werfen. Eine andere nützliche Loseblattsammlung auf diesem Gebiet ist das „Handbuch der internationalen Zwangsvollstreckung“ (Weissmann/Riedel). Die Normtexte ausländischer Kollisionsrechte findet man handlich zusammengestellt in „IPR-Gesetze in Europa“ (Riering) sowie in „Aussereuropäische IPR-Gesetze“ (Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr). Des Weiteren gibt es heute eine Vielzahl von Darstellungen ausländischer Rechtsordnungen in Deutschland²⁹.

Das Problem, das sich hierbei stellt, ist wohl das Vorhandensein derartiger Quellen in den Büchereien der Gerichte. Vielfach wird dies wahrscheinlich aus Kostengründen nicht der Fall sein. In den Bibliotheken der internationalrechtlichen Institute (Praesenzbibliotheken) stehen die Bücher jedoch meist zur Verfügung und können dort auch von Richtern benutzt werden. Auf gerichtliche Anfrage werden die massgeblichen Teile der einschlägigen Publikationen im übrigen auch in Kopie übersandt. Ein kurzes Schreiben reicht zu diesem Zweck aus.

c) Internetrecherchen

Schliesslich existiert heute auch die Möglichkeit, sich über das Internet Zugang zu ausländischen Datenbanken zu verschaffen. Ob man über das Internet Zugang zu Rechtsquellen erlangen kann, hängt selbstverständlich zum einen davon ab, ob dem betreffenden Richter der Zugang zu diesen Quellen technisch möglich ist. Daran wird es in vielen Gerichten leider noch immer fehlen, weil die Justizverwaltung hierfür – nach Auskunft von Richtern – keine ausreichenden Mittel zur Verfügung stellt. Recherchieren im Internet setzt allerdings voraus, dass der betreffende Richter mit diesem

²⁹ Mit Recht wird gesagt, dass die Ermittlung ausländischen Rechts durch Richter mutmasslich häufiger vorkommt, als vielfach angenommen wird; HELDRICH, *Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts in der gerichtlichen Praxis*, in: Festschrift für Hideo Nakamura, Tokio 1996, 243 – 252 (245). Dies gilt zumindest für familien- und erbrechtliche Sachen, die in der Praxis im Vordergrund stehen.

neuen Medium vertraut ist, um damit erfolgreich arbeiten zu können.

Das naechste Problem ist dann, ob man über das Internet Zugang zu den gesuchten Quellen findet. Für die Staaten der Europaeischen Union, Nordamerika und Australien ist dies oft möglich. Auch für Lateinamerika gilt, dass man in einer Vielzahl von Datenbanken zumindest die Texte der wichtigsten Gesetze ermitteln kann. Ähnliches gilt für einen Teil der ASEAN-Staaten (zum Beispiel Singapur, Malaysia). Auch für die Türkei laesst sich inzwischen Vieles im Internet ermitteln. Es gibt auch ganz überraschend erfreuliche „Verrücktheiten“. So habe ich kürzlich das neue Zivilgesetzbuch der Mongolei von 2002 bereits im Internet nicht nur in deutscher, sondern (in einer anderen Datenbank) sogar in spanischer Übersetzung gefunden. Problematisch bleiben insoweit jedoch vielfach die Staaten des Nahen und Mittleren Ostens sowie die afrikanischen Laender. Hier ist recht selten etwas Brauchbares im Internet zu finden, weil die Entwicklung dort noch nicht so weit vorangeschritten ist wie in Nordamerika oder Europa.

Es ist jedoch grundsatzlich davon auszugehen, dass man in den Datenbanken die massgeblichen Texte nicht in deutscher Übersetzung, sondern – eigentlich selbstverstaendlich – in der Amtssprache des betreffenden Landes findet. Ausnahmen sind sehr rar. Man muss also, um ein Beispiel zu nennen, spanische oder englische Rechtstexte verstehen, um die Möglichkeiten, die das Internet eröffnet, nutzen zu können. An der Hürde der Fremdsprache wird es in vielen Faellen mutmasslich scheitern³⁰. Recht steht heute jedenfalls nicht mehr nur in Gesetzblaettern oder in Büchern. Diese bleiben als Erkenntnisquellen jedoch nach wie vor im Vordergrund.

Im übrigen wird es sich, wenn man im Internet erfolgreich recherchiert hat, stets empfehlen, den gefundenen Text sofort auszudrucken, denn nach meinen Erfahrungen kann keineswegs immer davon ausgegangen werden, dass der ermittelte Text ein paar Monate oder gelegentlich nur Wochen spaeter noch an derselben Stelle zu finden ist. Die ins Internet gestellten Informationen sind flüchtig und unter-

³⁰ Hinweise auf die Möglichkeit der Nutzung des Internet sind in der deutschen Rechtsliteratur bisher rar. Sie ist entweder nicht bekannt oder man unterschätzt sie wahrscheinlich; siehe aber immerhin LINKE (Fn. 4), 122; PRÜTTING (Fn. 1), 407.

scheiden sich dadurch grundlegend von Büchern oder Gesetzblättern. Im übrigen sollte immer auf den zeitlichen Stand des Textes geachtet werden. Vielfach werden nämlich Vorschriften nur zur Zeit ihrer Verkündung in eine Datenbank gestellt. Das „updating“ von Internet-Informationen lässt, wie oft zu sehen, sehr zu wünschen übrig. Dies insbesondere dann, wenn sie nicht von einem Ministerium, einer Behörde oder einem Gericht, sondern zum Beispiel von Universitäten, Zeitschriften oder nichtstaatlichen Organisationen etc. ins Internet gestellt werden³¹.

2. Hilfe durch Dritte

a) Kontakte zu sachkundigen Wissenschaftlern

Bestehen, wie nicht sehr selten, Kontakte des erkennenden Richters (insbesondere der in Berufungsgerichten) zu deutschen oder gelegentlich auch zu ausländischen Wissenschaftlern, so können diese völlig formlos befragt werden, um zumindest eine Erstinformation über die Rechtslage in dem zu entscheidenden Fall zu erhalten. Dies geschieht, wie ich aus eigener Erfahrung weiss, immer wieder einmal durch Richter, die häufiger auslandsrechtliche Fälle zu entscheiden haben.

Nach dem Inkrafttreten des neuen türkischen Zivilgesetzbuches, Gesetz Nr. 4721, am 1.1.2002 bin ich beispielsweise vielfach insbesondere von Familienrichtern angerufen worden, die sich einen summarischen Überblick über das neue Recht in der Türkei verschaffen wollten, ohne dass sie einen konkreten Fall zu entscheiden hatten; denn das türkische Familienrecht spielt angesichts der Vielzahl der in Deutschland lebenden türkischen Staatsangehörigen eine ganz erhebliche Rolle in der Praxis der deutschen Familiengerichte³². Eine Reihe der Fragen betraf übrigens auch das intertemporale Privatrecht aufgrund des Gesetzes über das Inkrafttreten und die Anwendung des türkischen Zivilgesetzbuches (Gesetz Nr. 4722). Nach

³¹ Siehe zu dem Abschnitt D I 1 insgesamt statt aller auch LINKE (Fn. 4), 122; aus türkischer Sicht zu den gerichtsinternen Ermittlungen NOMER (Fn. 17), 170 f.

³² Siehe jüngst STURM, NJW 2002, 2222 f. (Rezension der IPRspr. 1999).

Auskunft des Vorsitzenden des Familiensenats eines Oberlandesgerichts sind rund 40% der Faelle, in denen er auslaendisches Recht anzuwenden hat, Türken-Faelle. Nicht selten fragt ein Richter auch telefonisch, ob sich der Rechtszustand gegenüber einer ihm vorliegenden Quelle (zum Beispiel in einem in den IPG veröffentlichten Gutachten) in der Zwischenzeit geaendert hat; denn es ist selbstverstaendlich, dass von den Gerichten das zur Zeit der Verkündung der Entscheidung massgebliche Recht anzuwenden ist.

b) Auskünfte von Botschaften oder Konsulaten

Von wenig routinierten Richtern werden nicht selten Botschaften oder Konsulate auslaendischer Staaten in Deutschland um Rechtsauskünfte gebeten. Dies führt nach meinen Erfahrungen – übereinstimmend mit der in der Rechtsliteratur allgemein vertretenen Ansicht – nur höchst selten zu brauchbaren Ergebnissen, weil ihnen vielfach nicht einmal das Gesetzblatt ihres Heimatstaates zur Verfügung steht und zum anderen dort sehr selten ein sachkundiger Jurist taetig ist. Mitunter ist eine gegebene Auskunft auch schlicht und einfach falsch³³. Im übrigen haben Auslandsvertretungen – völlig eindeutig - andere Aufgaben³⁴.

Auch wenn man sich im Wege der Amtshilfe an eine deutsche Botschaft in einem auslaendischen Staat wendet, führt dies in vielen Faellen nicht zum Erfolg. Gelegentlich ist erfreulicherweise ein an dem Recht des fremden Staates interessierter Jurist an einer deutschen Auslandsvertretung taetig, der – unerlaessliche Voraussetzung - auch die Landessprache beherrscht und das fremde Rechtssystem kennt. Die Regel ist dies jedoch keineswegs. Vielfach

³³ Siehe zum Beispiel in einer eherechtlichen Sache die Verbalnote des türkischen Aussenministeriums an die deutsche Botschaft in Ankara vom 16.4.1973 (abgedruckt in der Zeitschrift „Das Standesamt“ 1973, 283), in der eine personenstandsrechtliche Sollvorschrift als Mussvorschrift ausgegeben wurde. Naehere zu diesem Fall KRÜGER, Eheschliessung von Türken im Ausland, Zeitschrift „Das Standesamt“ 1974, 60 – 63. - NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl. Tübingen 1976, 330, nennt dies mit Recht „ein krasser Beispiel amtlicher Fehlinterpretation“.

³⁴ Ebenso beispielsweise KROPHOLLER (Fn. 11), 611; FERID (Fn. 22), 156, warnte bereits vor vielen Jahren mit Recht vor Stellungnahmen von Botschaften.

muss die deutsche Botschaft ihren Vertrauensanwalt befragen. Ob sie dies tut und wann der betreffende Anwalt antwortet (und welche zusätzlichen Kosten durch dessen Einschaltung entstehen), damit die Botschaft seine Rechtsauskunft an das anfragende deutsche Gericht weiterleitet, steht oft in den Sternen. Mir sind sogar einige Fälle bekannt, in denen ich in Köln – gleichsam qua Rückverweisung – von deutschen Botschaften im Ausland gebeten wurde, doch die gestellte Frage zu beantworten. Für einfache familien- oder personenstandsrechtliche Fragen mag dieser Weg gelegentlich angezeigt sein, jedoch nicht für komplexe Probleme³⁵.

c) *Auskünfte ausländischer Juristen*

Ausländische Juristen (Professoren, Richter oder Rechtsanwälte) werden nur extrem selten unmittelbar von einem deutschen Gericht um eine Rechtsauskunft gebeten. Dies ist nicht weiter verwunderlich, denn es ist ein reiner Zufall, ob der erkennende Richter einen kompetenten Juristen in dem betreffenden Staat kennt.

Das Problem von Auskünften ausländischer Juristen stellt sich in anderem Zusammenhang, denn insbesondere deutsche Rechtsanwälte, die auch in den USA oder in England studiert haben, legen nach dortigem Vorbild seit einiger Zeit deutschen Gerichten

³⁵ Nach meinen Erfahrungen führen Anfragen von Gerichten bei deutschen Auslandsvertretungen nicht einmal in familienrechtlichen Angelegenheiten stets zum Erfolg. In einer nicht allzu komplizierten Personenstandsangelegenheit war zum Beispiel eine vom AG Münster von der deutschen Botschaft in Riad erbetene Auskunft über saudi-arabisches Personenstandsrecht kaum hilfreich, so dass sich das Gericht schliesslich an mich wandte (AG Münster – 22 III 200-201/99 – 18.7.2000). In dem Beschluss des Gerichts wird formuliert: „Nachdem weitere Bemühungen des Gerichts, Aufklärung ... nach saudi-arabischem Recht ... zu erhalten trotz Mitwirkung ... der deutschen Botschaft in Riad erfolglos geblieben sind, hat das Gericht ein schriftliches Rechtsgutachten ... eingeholt.“ – Nach NOMER (Fn. 17), 171, befolgen die türkischen Gerichte bei der Ermittlung ausländischen Rechts im allgemeinen den Weg, über das Justizministerium Rechtsauskünfte von ausländischen Botschaften in der Türkei oder von türkischen Botschaften im Ausland einzuholen. Ein kurzer Hinweis dazu findet sich auch bei TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Aufl. İstanbul 2002, 39.

häufiger Parteigutachten in schuld- oder handelsrechtlichen Streitigkeiten vor, die dann neumodisch als „legal opinions“ bezeichnet werden. Dabei bleibt die Sachkunde des ausländischen Rechtsanwalts oft im Dunkeln³⁶. Die Rechtsauskünfte ausländischer Rechtsanwälte durch Parteigutachten halte ich inzwischen am ungeeignetesten, denn es wird im Zweifel nicht objektiv, sondern ausschliesslich aus der Sicht der Partei vorgetragen, die den Anwalt beauftragt und bezahlt³⁷.

Ein Beispiel aus eigener Erfahrung im Frühjahr 2001 sei mitgeteilt. In einem Rechtsstreit eines kuwaitischen Steuerberaters gegen ein deutsches Unternehmen, in dem ich von einem Landgericht als Gutachter bestellt worden war, legte der kuwaitische Kläger das Gutachten eines kuwaitischen Rechtsanwalts vor, in dem unter anderem gesagt wurde, dass Professor Krüger nicht die geringste Kenntnis vom kuwaitischen Recht habe. Das Gericht bat mich dann auf Antrag des Klägers gemäss § 411 ZPO zur mündlichen Erläuterung meines schriftlich erstatteten Gutachtens. Den entscheidenden Punkt hatte ich in dem Gutachten ganz kurz abgehandelt, weil aufgrund des kuwaitischen Handelsgesetzbuches, Gesetz Nr. 68/1980, und einiger Nebengesetze alles bare Selbstverständlichkeiten waren. In der mündlichen Verhandlung ging es dann um die Widerlegung der Rechtsansichten des kuwaitischen Rechtsanwalts. Dies war alles sehr einfach, denn ich habe mir das massgebliche Lehrbuch des kuwaitischen Handelsrechts zum Gerichtstermin mitgenommen und die massgeblichen Passagen in der mündlichen Verhandlung wörtlich übersetzt und erläuternd vorgelesen. Das Ganze war für den deutschen Anwalt des Klägers recht peinlich, denn es stellte sich heraus, dass die kuwaitische Kanzlei durch einen angestellten US-amerikanischen oder englischen Rechtsanwalt ein durch und durch parteiisches Gutachten erstellt hatte, das ausschliesslich Fehlinterpretationen des kuwaitischen Rechts enthielt. Die Klage wurde daraufhin abgewiesen³⁸. Seither bin ich gegenüber Parteigutachten von ausländischen Rechtsanwälten noch skeptischer, als ich es ohnehin stets war.

³⁶ Siehe zum Beispiel auch KROPHOLLER (Fn. 11), 611.

³⁷ Ebenso SCHÜTZE (Fn. 15), 117; HELDRICH (Fn. 29), 250.

³⁸ Das Urteil ist inzwischen veröffentlicht: LG Essen 20.6.2001, RIW 2001, 943.

d) Gutachten wissenschaftlicher Institute

Damit komme ich hinsichtlich der Ermittlung ausländischer Rechtsquellen zu dem in Deutschland üblichsten – längst institutionalisierten – Verfahren; das heisst, zur Erstattung von Gutachten über ausländisches Recht durch wissenschaftliche Institute. Diese sind nach Ansicht von Richtern, der beizupflichten ist, grundsätzlich „die sicherste Erkenntnisquelle“³⁹. Im übrigen handelt es sich bei dieser hier seit 1926 befolgten Methode, ausländische Rechtsfragen für Gerichte zu klären, um keine deutsche Besonderheit. Zumindest in Griechenland (seit 1939), Südafrika (seit 1964) und in der Schweiz wird nicht selten in derselben Weise verfahren⁴⁰; für Österreich gilt dies teilweise auch.

Rechtsgutachten werden vielfach von den Gerichten erbeten. Sie stehen völlig im Vordergrund bei der Ermittlung ausländischen Rechts durch die Gerichte. In jedem Fall muss der Richter ein Gutachten einholen, wenn ihm Kenntnisse des anzuwendenden Rechts fehlen und er aus den ihm zugänglichen Quellen nicht selbst ein sicheres Urteil gewinnen kann⁴¹. Dasselbe gilt, wenn eine der streitenden Parteien die Einholung eines Gutachtens beantragt⁴².

Die Hauptlast der Gutachten für die Gerichte – „eine Knochenarbeit, aber eine stolze“⁴³ – tragen das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sowie die beiden

³⁹ So LINKE (Fn. 4), 122. - Aus anwaltlicher Sicht wird von der „in der Praxis beliebtesten Methode“ gesprochen; SCHÜTZE (Fn. 15), 118. - NOMER (Fn. 17), 171, sieht in dieser Methode auch in der Türkei „den zuverlässigsten und tauglichsten Weg“, ausländisches Recht zu ermitteln.

⁴⁰ BENDERMACHER-GEROUSSIS, *Revue hellénique de droit international* 1969, 201 f. (Rezension der IPG 1965-66); JACOBS, *The Comparative and International Law Journal of South Africa* 3 (1970), 147 f. (Rezension der IPG 1965-66); HOYER, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1972, 312 – 314 (Rezension der IPG 1965-66 und 1967-68).

⁴¹ Zum Beispiel BGH 12.10.1993, IPRax 1995, 38 (39).

⁴² Zum Beispiel BGH 5.11.1980, IPRax 1981, 130 (134); BGH 10.5.1984, IPRax 1985, 158 (159).

⁴³ So KEGEL, *50 Jahre Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin 1978, 302 – 312 (310).

internationalprivatrechtlichen Universitaetsinstitute in Köln (primaer für Nordrhein-Westfalen) und München (primaer für Bayern). Dementsprechend stammen rund 75% der in den IPG veröffentlichten Gutachten aus diesen drei Instituten. Die beiden Universitaetsinstitute in Freiburg und Heidelberg (primaer für Gerichte in Baden-Württemberg) liegen mit der Zahl der erstellten Gutachten etwa in der Mitte. Danach folgen in alphabetischer Reihenfolge die Institute in Bayreuth, Berlin, Bonn, Göttingen, Kiel, Leipzig, Münster, Osnabrück und Passau, die normalerweise (Ausnahmen bestaetigen, wie immer, die Regel) nur gelegentlich Gutachten über auslaendisches Recht für Gerichte erstatten. In keinem Fall haben sie jedoch einen so regelmaessigen Durchlauf von Gerichtsakten wie die drei an erster Stelle genannten Institute. Mitunter kann man den Eindruck gewinnen, dass die am meisten befragten Institute eine Art Gericht in auslandsrechtlichen Faellen sind.

Nicht ausser Betracht bleiben soll schliesslich, dass seit einiger Zeit auch das Deutsche Notarinstitut (DNotI) in Würzburg Gutachten erstattet; dies gilt vornehmlich für das Ehegüter-, Erb-, Immobiliarsachen- und Gesellschaftsrecht. Dasselbe gilt für die Bundesagentur für Aussenwirtschaft (BfAI; bis August 2001 Bundesstelle für Aussenhandelsinformation) in Köln für handels- und wirtschaftsrechtliche Probleme sowie über zoll- und steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Exportgeschaeften deutscher Unternehmen. Aber selbst über das Anwaltsgebührenrecht in Hongkong musste die BfAI kürzlich ein umfangreiches Gutachten für ein Landgericht in Nordrhein-Westfalen erstatten, nachdem das zuerst befragte Institut (nicht Köln) den Auftrag abgelehnt hatte.

Im Schrifttum wird, soweit ich sehe, gelegentlich vorgebracht, dass auch die grossen Institute „zuweilen sehr schnell an die Grenze ihres Bücherwissens stossen“⁴⁴. Selbstverstaendlich sind die Kenntnisse der Institute – mathematisch formuliert – endlich. In den meisten Faellen reichen die zur Verfügung stehenden Quellen jedoch aus. Deshalb kann in einer Reihe von Beispielen, die von STURM genannt werden, leicht entgegengehalten werden, dass es in den zu beurteilen

⁴⁴ Zum Beispiel STURM, *RabelsZ* 47 (1983), 386 – 398 (393) in seiner Rezension der IPG 1977 und 1978.

Sachverhalten nicht mehr zu ermitteln gab, als in den Gutachten mitgeteilt wurde.

Zwei Beispiele – sie könnten vermehrt werden – seien ziemlich wahllos herausgegriffen: Wenn moniert wird, dass in einem Fall, in dem es um iranisches internationales Deliktsrecht ging (IPG 1977 Nr. 6/Köln), hilfsweise auch auf eine strafrechtliche Quelle zurückgegriffen wurde, so gilt folgendes: Das internationale Deliktsrecht war (und ist) im Iran nicht gesetzlich normiert. Des weiteren gab es zu jener Zeit, wie im Gutachten dargestellt, noch kein iranisches IPR-Lehrbuch, das das Problem zumindest kurz anriss. Auch heute findet man in einem 1998 in Teheran erschienenen zweibändigen Studienbuch nicht allzu viel spezifisch Iranisches über das internationale Deliktsrecht, jedenfalls keinen Hinweis auf eine veröffentlichte Entscheidung des iranischen Kassationshofs. Anders herum würde ein Schuh daraus: Das Gutachten hätte deshalb gelobt werden müssen, weil sich der Verfasser die Mühe gemacht hat, wenigstens einen Anhaltspunkt, wenn auch aus einer strafrechtlichen Quelle, zum iranischen Deliktsstatut herauszufinden. Um dieses zu ermitteln, hat sich das Kölner Institut damals unendliche Mühe gegeben, um der Sache näher zu kommen. Im Iran tätige Juristen, von denen mehrere befragt wurden, passten angesichts des Fehlens einer gesetzlichen Norm, soweit ihnen die Tragweite der Anfrage überhaupt bewusst wurde. Immerhin war das Ergebnis der Recherchen unter anderem, dass von einer Teheraner Anwaltskanzlei eine englische Übersetzung des iranischen Gesetzes über die unerlaubten Handlungen von 1960, die nicht im Rahmen des Zivilgesetzbuches normiert sind, gefertigt und nach Köln übersandt wurde.

Zu IPG 1978 Nr. 16 (Hamburg) in einer Angelegenheit, die auch das Währungs- und Devisenrecht des afrikanischen Staates Angola betrifft, ist ganz einfach zu sagen: Wenn nicht einmal die angolische Regierung ihren Verpflichtungen gegenüber dem International Monetary Fund nachkommt und zu jener Zeit keinen Bericht für den „Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions“ lieferte, weil sie anscheinend selbst nicht recht wusste oder nicht kund tun wollte, welche Regeln auf diesem Gebiet angewandt werden, so kann man vom Hamburger Max-Planck-Institut füglich nicht erwarten, dass es mehr Erkenntnisse besitzt als die

Regierung in Luanda. Das hat wahrlich nichts damit zu tun, dass auch die „deutschen Grossinstitute sehr schnell an die Grenzen ihres Bücherwissens stossen“. Einem nackten Mann kann man bekanntlich nicht in die Tasche greifen. - Inzwischen enthalten die „Exchange Restrictions“ des IMF im übrigen auch einen Bericht über die devisenrechtliche Situation in Angola.

Des weiteren wirft STURM den Instituten vor, sie arbeiteten zu langsam; die Betroffenen müssten oft länger als ein Jahr auf das erbetene Gutachten warten⁴⁵. Zumindest für das Kölner Institut gilt dies nicht, und für alle anderen wohl auch nicht. Man muss dabei folgendes berücksichtigen: In Einzelfaellen kann ein Gutachten nur von einem Spezialisten erstellt werden, der die betreffende Sprache liest und die massgeblichen Quellen zur Verfügung hat. Dabei kann es bei einer Vielzahl von Gutachten, die zur selben Zeit erbeten werden, sicher gelegentlich laenger dauern; insbesondere dann, wenn Quellen aus fernen Laendern beschafft werden müssen, weil sie nicht einmal in den vorzüglich ausgestatteten Bibliotheken des Hamburger und Heidelberger Max-Planck-Instituts zur Verfügung stehen⁴⁶.

Einige Beispiele: Wer ausser in Hamburg oder Köln kann zum Beispiel, wenn es wirklich Ernst wird, ein Gutachten über türkisches Recht erstatten? An welches Institut ausser Heidelberg kann man sich wenden, wenn es ernstlich um aegyptisches Recht geht? Wer ausser Hamburg vermag gründlich über die Rechte der

⁴⁵ RabelsZ 47 (1983), 386; aehnlich PFISTER, *Zeitschrift „Das Standesamt“* 1983, 331 f., der in seiner Rezension der IPG 1973 bis 1979 von „einem nicht unerheblichen Zeitaufwand“ spricht. Dies wird teilweise in der Kommentarliteratur nachgebetet; siehe BAUMBACH/LAUTERBACH (-HARTMANN), *Zivilprozessordnung*, 60. Aufl. München 2002, § 293 ZPO Randnummer 7; die Kommentierung der internationalrechtlichen Teile der ZPO durch Hartmann ist ohnehin schwach. Wenn zum Beispiel in der Übersicht über die Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht einmal alle allgemein zugaenglichen Zeitschriften ausgewertet werden, hört die Gemütlichkeit auf; denn diesen Kommentar benutzt jeder Anwalt oder Richter zuerst. - So dramatisch, wie von den in dieser Fussnote Genannten - und gelegentlich von Rechtsanwaelten - behauptet, ist der Zeitaufwand jedoch nicht, wenn man die Dauer der Verfahren vor deutschen Gerichten berücksichtigt.

⁴⁶ Siehe dazu bereits die Replik von KEGEL (Fn. 2), 516.

südamerikanischen Staaten zu berichten? Wo – ausser in Bayreuth – sind genügend Materialien zum Recht der schwarzafrikanischen Länder vorhanden? Wo – ausser in Köln und vielleicht in Heidelberg – gibt es ausreichende Erkenntnisse zum Recht Saudi-Arabiens? Und was macht man, wenn der Rechtszustand in einem der sogenannten Transformationsstaaten in Osteuropa oder Zentralasien zu ermitteln ist, deren Rechtentwicklung sich seit Jahren in stetigem Fluss befindet, so dass einem selbst das zuständige Justizministerium einer zentralasiatischen Republik gelegentlich höchst widersprüchliche Angaben macht? Dies hat man bei Klagen über die Dauer der Bearbeitung stets zu berücksichtigen. Dass es in diesen Fällen bei der Häufung von Anfragen bei einem Spezialisten gelegentlich längere Zeit dauern muss, ist evident, jedoch keinesfalls die Regel.

In jedem „normalen“ oder Routinefall dauert die Erstattung eines Gutachtens im Zweifel nicht länger als drei oder vier Monate; meist braucht man dazu nicht einmal diese Zeit. Es geht oft auch schneller; denn es hängt ganz einfach von der Belastung des Gutachters ab. Geht es um sehr spezielle Fragen, die auch nicht nach deutschem Recht einfach zu klären wären, benötigt man im Einzelfall aus objektiven Gründen mehr Zeit. In Erinnerung habe ich beispielsweise zwei Gutachten über das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung nach den Rechten von Saudi-Arabien und der Vereinigten Arabischen Emirate. Längere Fristen benötigt man im Zweifel nur für Rechtsordnungen in bestimmten überseeischen Regionen sowie im Nahen und Mittleren Osten. Man kann dies nicht – wie STURM - verallgemeinern; denn Kenner dieser Materien sind in Deutschland extrem dünn gesät, so dass sie nicht stets gleichsam auf Abruf zur Verfügung stehen.

Im übrigen ist immer die Quellenlage zu bedenken. Materialien zum schweizerischen, englischen oder italienischen Recht sind fast immer und überall ausreichend auf dem jüngsten Stand vorhanden; für Kolumbien oder Saudi-Arabien beispielsweise gilt dies dagegen nicht generell. Im Zweifel wird jeder verantwortungsbewusste Gutachter dem Gericht mitteilen, dass das angeforderte Gutachten aus den genannten Gründen nicht von heute auf morgen erstellt werden kann. Dafür hat jeder Richter oder Parteivertreter Verständnis. Ich habe jedenfalls noch nie anderes erlebt. Im Gegenteil: Oft ist das

anfragende Gericht heilfroh, dass auch sein schwieriger Fall umfassend auf dem jüngsten Rechtsstand gutachtlich geklärt wird.

Was also spricht für die Erstattung vom Rechtsgutachten über fremdes Recht durch wissenschaftliche Institute für deutsche Gerichte? Die Frage ist im Zusammenhang mit dem Erscheinen der ersten Baende der IPG⁴⁷ intensiv diskutiert worden⁴⁸. Geändert hat sich seither - mit Recht - nichts an diesem Zustand, denn besser geht es eigentlich nicht, wenn man nicht auf das „expensive U.S. system of proof“ ausländischen Rechts⁴⁹ zurückgreifen will; denn wir liegen mit unserer Methode „im Weltvergleich vorn“⁵⁰. Die Anforderung eines Gutachtens bei einem wissenschaftlichen Institut, um den Richter bei seiner Entscheidungsfindung zu helfen, ist sicher das „relativ beste Mittel“⁵¹. Mitentscheidend für den Vorzug dieser Methode der Ermittlung ausländischen Rechts ist sicher auch die Unparteilichkeit des Gutachters⁵².

Der Gutachter erstattet seine Stellungnahme vor dem Hintergrund des deutschen Rechts, das jedem Richter vertraut ist. Voraussetzung für die Erstellung eines zuverlässigen und für das Urteil brauch-

⁴⁷ Hierbei handelt es sich weltweit um eine einzigartige Publikation von auslandsrechtlichen Gutachten. Auch aus französischer Sicht zum Beispiel sind die IPG „une source d'informations remarquable sur le droit étranger“ und „une collection unique en son genre“, so BATIFFOL, *Rev.crit.d.i.p.* 1974, 863 – 865 (Rezension von IPG 1969 und 1970); aus österreichischer Sicht „eine Grosstat“, so HOYER, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1976, 232 f. (Rezension der IPG 1974). Die Belege aus der ausländischen Rechtsliteratur könnten leicht vermehrt werden.

⁴⁸ Siehe insbesondere SIMITIS, *Über die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht*, *Zeitschrift „Das Standesamt“* 1976, 6 – 15; und die Entgegnung von JAYME, *Nochmals: Über die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht*, ebenda 1976, 358 – 360.

⁴⁹ So zum Beispiel VAGTS, *American Journal of International Law* 78 (1984), 287 (Rezension der IPG 1979).

⁵⁰ KEGEL (Fn. 2), 519.

⁵¹ Zum Beispiel KROPHOLLER (Fn. 11), 608.

⁵² Statt aller HELDRICH (Fn. 29), 250; aus ausländischer Sicht unter anderem COHN, *Int.Comp.L.Q.* 20 (1971), 380 f. (Rezension der IPG 1967-68); HOYER, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1974, 312 – 314 (Rezension der IPG 1971).

baren Gutachtens ist allerdings, dass dem Gutachter die vollständigen Gerichtsakten (nebst Beiakten, in denen man gelegentlich Wichtigeres als in der Hauptakte findet) übersandt werden; denn es geht nie um die Beantwortung abstrakter Rechtsfragen, sondern um die Klärung eines konkreten Falls. Daran halten sich die deutschen Gerichte nach meiner langjährigen Erfahrung inzwischen fast immer. Fehlt ein Teil der Akte, so wird sie auf Nachfrage unverzüglich übersandt. Eine bloße abstrakte Anfrage kann schon deshalb in vielen Fällen nicht weiterführen, weil es nach dem anzuwendenden ausländischen Recht entscheidend auf ein ganz anderes Problem ankommen mag als nach deutschem Recht, das sich erst durch das Aktenstudium ergibt. Beantwortet man lediglich eine abstrakte Frage, so gäbe man dem Richter und den Parteien des Verfahrens zweifellos nicht selten Steine statt Brot⁵³. Man betrachte in diesem Zusammenhang allein die rechtlichen Systemunterschiede zwischen Deutschland und den Staaten des Common Law-Rechtskreises. Ausländische Gutachter werden nach meinem Kenntnisstand fast nie benötigt, um den Rechtsstand in einem ausländischen Staat zu ermitteln. Das mag in einzelnen Fällen lediglich dann einmal erforderlich sein, wenn es auf eine bestimmte Praxis ankommt, die sich (noch) nicht in veröffentlichten Gerichtsentscheidungen niedergeschlagen hat.

Das Gutachten eines wissenschaftlichen Instituts reicht – nach der Rechtsprechung des BGH – zur Ermittlung ausländischen Rechts grundsätzlich aus⁵⁴. In dem genannten Fall, in dem es um Schiffspfandrechte (*prendas navales*) in Venezuela ging, hat der BGH allerdings geurteilt, dass dies durch Ausschöpfung von Gesetzen und Schrifttum in einem Obergutachten des Hamburger dann nicht der Fall ist, wenn Rechtsprechung fehlt, die Rechtslehre unsicher und die Registerpraxis konfus ist. Hier bestand der BGH, obwohl bereits in den Instanzen wahre Gutachtenschlachten geschlagen wurden, auf einem zusätzlichen Obergutachten. Die Gutachten waren alle von Sachkennern erstattet worden. Diese Entscheidung hat erstaunlicherweise Beifall von Rechtsanwälten erhalten; jedoch

⁵³ Besonders deutlich FERID (Fn. 22), 155; ebenso beispielsweise RAAPE/STURM, *Internationales Privatrecht*, Band 1, 6. Aufl. München 1977, 309; KEGEL (Fn. 2), 515; HELDRICH (Fn. 29), 247.

⁵⁴ BGH 21.1.1991, IPRax 1992, 324 (325).

schwerlich mit Recht, denn mehr als ermittelt wurde, waere wahrscheinlich auch nicht durch ein weiteres Gutachten herauszufinden gewesen. Die Parteien haben schliesslich vor dem OLG Bremen einen Vergleich geschlossen. Führt man die Ermittlungspflicht der Gerichte so weit, wie es der BGH in diesem Fall anscheinend wollte, so kann man auslaendisches im Zweifel nie ermitteln und könnte dann im Interesse der Parteien gleich die *lex fori* anwenden. Man kann es übertreiben⁵⁵.

Es werden immer wieder einmal Bedenken geaeussert, dass bei unserem Verfahren die Richter von den Gutachtern übermaessig abhaengig sind⁵⁶. Dies scheint mir masslos übertrieben. Die Richter fühlen sich im Zweifel viel weniger abhaengig, als Internationalrechtler anzunehmen geneigt sind, und sind es faktisch auch nicht. Argumentiert man schlüssig - auch für einen Richter, der nicht taeglich mit auslandsrechtlichen Sachen zu tun hat - in verstaendlicher Form und gibt im Gutachten ausreichend deutsche Übersetzungen aller in Betracht kommenden einschlaegigen auslaendischen Normtexte und/oder von Auszügen aus Gerichtsentscheidungen, so kann er die Rechtslage naemlich ohne weiteres nachvollziehen, kann deshalb unabhaengig entscheiden und fragt bestenfalls bei Verstaendnisproblemen „exotischer“ Rechtsordnungen oder -institute einfach einmal nach, ob er alles korrekt verstanden hat. Sehr gelegentlich wird dann bei einer nicht zweifelsfreien Formulierung im Gutachten um eine zusaetzliche schriftliche Erlaeuterung gebeten; fast immer reicht ein kurzes Telefonat, wenn dieser Fall überhaupt einmal vorkommt. Ich habe ihn bisher jedenfalls nur ein einziges Mal in meiner Praxis erlebt.

Man sollte die fachliche Kompetenz und Souveraenitaet deutscher Richter nicht unterschuetzen. Ein Richter ist im Zweifel von einem Rechtsgutachten - also einer Auskunft aus seinem Fachgebiet - viel weniger abhaengig als von einem Gutachten über technische oder

⁵⁵ Siehe dazu statt aller KRONKE, *Beweisrechtliche Havarie*, IPRax 1992, 303 - 305; HELDRICH (Fn. 29), 247 - 252; und insbesondere SAMTLEBEN, *Der unfaehige Gutachter und die auslaendische Rechtspraxis*, NJW 1992, 3057 - 3062; seiner Kritik ist voll und ganz zuzustimmen.

⁵⁶ Zum Beispiel besonders heftig RAAPE/STURM (Fn. 53), 307; erheblich moderater KROPHOLLER (Fn. 11), 609.

medizinische Probleme. Im übrigen ist kein Gericht an ein Gutachten gebunden. In den meisten Faellen wird der Richter es zwar befolgen. Er hat jedoch stets die Freiheit, anders zu entscheiden als der Gutachter argumentiert, und kann sich aus weiteren Quellen informieren, falls ihm die Auskunft nicht plausibel erscheint. Dass dies in der Praxis kaum jemals vorkommt, steht auf einem anderen Blatt; denn üblicherweise folgen die Gerichte dem Inhalt der erstatteten Gutachten, ohne jedoch von ihnen gleichsam sklavisch abhaengig zu sein, wie in der Rechtsliteratur gelegentlich suggeriert wird.

Geht es um Fragen auslaendischen materiellen Rechts, so stellt sich das Problem der richterlichen Abhaengigkeit im Grunde nach meinen Erfahrungen selten, denn dies kann das Gericht mit dem deutschen ohne weiteres vergleichen und rasch herausfinden, ob das Gutachten etwas taugt oder nicht. Das Problem wird eigentlich nur dann relevant, wenn ein Gutachter kollisionsrechtliche „Klimmzüge“ veranstaltet, die bestenfalls einige seiner Kollegen nachvollziehen können, weil er das anzuwendende auslaendische Recht nicht ermitteln kann und sich kollisionsrechtlich zu helfen versucht. KEGELS Wort, dass der Stand der Ermittlung auslaendischen Rechts der „heimliche König des IPR“⁵⁷ ist, bestaetigt sich dabei immer wieder.

Im übrigen fragen kluge Richter (sowie Rechtsanwaelte und Notare) vor der Beauftragung eines Gutachters in komplizierteren Fragen auslaendischen Rechts, wie ich immer wieder erfahre, zunaechst telefonisch an, ob ausreichende Materialien zur Verfügung stehen, um das Gutachten erstatten zu können. Auf diese Weise kann man gegebenenfalls auf ein besser ausgestattetes Institut oder einen kompetenteren Gutachter verweisen. Die Richter gehen in vielen Faellen durchaus behutsam mit der Aktenversendung um, um nicht an einen möglicherweise inkompetenten Gutachter zu geraten.

Bevor ein Institut einen Gutachtenauftrag annimmt, sollte immer sofort gründlich geprüft werden, ob man die mit Recht vom Gericht erwartete Tiefe der Ermittlung auslaendischer Normen etc. aufgrund der zur Verfügung stehenden Quellen und wegen etwaiger Sprachprobleme überhaupt leisten kann. Ich bin dabei stets sehr vor-

⁵⁷ KEGEL (Fn. 23), 462.

sichtig. Antwortet man in einem schriftlichen Gutachten gleichsam „hier stehe ich, ich kann nicht mehr als ausgeführt, Hamburg, Köln oder wer auch immer helfe weiter“, so macht dies bei dem Richter nicht nur einen miserablen Eindruck, sondern er zweifelt mit Recht die Qualifikation des Gutachters und die Brauchbarkeit seiner Auskunft an⁵⁸.

Sehr unklug ist es selbstverstaendlich, auf Befragen des Gerichts – zum Beispiel in der mündlichen Verhandlung zur Erlaeuterung des Gutachtens - zu erklaren, man habe erstmals eine Auskunft über die vom Gericht gestellte Frage erteilt; denn für die Qualitaet des Gutachtens wird es darauf nur höchst selten ankommen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Gutachter das Rechtssystem des betreffenden Landes gründlich kennt und innerhalb dessen Normen schlüssig argumentieren kann. Man hat nicht taeglich mit sehr speziellen Fragen von insbesondere überseeischen Rechtsordnungen zu tun. Kennt man jedoch die fremde Rechtsordnung gut, so lassen sich auch besondere Probleme bei ausreichender Quellenlage ohne weiteres lösen. Dabei kommt es wahrlich nicht darauf an, ob man dies erstmals oder regelmaessig tut⁵⁹.

Befremdlich ist die Ansicht von STURM, dass auslandsrechtliche Gutachten unter Umstaenden deshalb nicht als Grundlage der Entscheidung herangezogen werden sollten, weil Aufgaben der Gerichte damit „in die Haende mehr oder minder abhaengiger Wissenschaftler gelegt werden“⁶⁰. KEGEL hat dazu bereits die richtige Antwort gegeben⁶¹. Von wem in aller Welt sollte der Gutachter abhaengig sein? Weder vom Gericht, noch von den Parteien, noch von ihren Rechtsvertretern, noch von der Fakultaet, noch von der Universitaetsverwaltung. Man erhaelt die Akten und erledigt die Anfragen – meist in der Reihenfolge ihres Eingangs – unparteiisch sine ira et studio zur Unterstützung der Aufgaben des Richters. Das ist alles. Welcher Gutachter haette denn ein Interesse am Ausgang des konkreten Falls? Sollte er persönlich betroffen sein, eine Partei oder ihren Rechtsvertreter persönlich kennen, mit ihnen

⁵⁸ Siehe dazu die in Fussnote 19 genannte Entscheidung des OLG Düsseldorf.

⁵⁹ Ebenso HELDRICH (Fn. 29), 248 f.

⁶⁰ RAAPE/STURM (Fn. 53), 307 und in *RabelsZ* 47 (1983), 386.

⁶¹ KEGEL (Fn. 2), 518.

verwandt sein etc., so hat er den Auftrag abzulehnen, um sich nicht in irgendeine Abhängigkeit zu begeben. Dieses Argument STURMS liegt damit völlig neben der Sache, so dass dazu nichts weiter gesagt zu werden braucht.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass das Verfahren, Gutachten von wissenschaftlichen Instituten oder sachkundigen Professoren anzufordern, sehr wahrscheinlich am besten geeignet ist, die Gerichte bei ihrer Aufgabe, ausländisches Recht anzuwenden, zu unterstützen. Es hat sich seit Jahrzehnten praktisch bewährt, und weshalb sollte man Bewährtes über Bord werfen? Einige Gutachter stöhnen zwar gelegentlich über die vielen Anfragen, die – gern zugegeben – keine Lust, sondern eher Last sind, aber ein gewisser Kontakt zu den Gerichten ist gerade für Internationalrechtler, die teilweise die Bedeutung ihres geliebten IPR in der Rechtspraxis überschätzen, stets nützlich. Im übrigen erfährt man durch die Bearbeitung von Anfragen durch die Gerichte (für alle anderen Anfrager gilt dasselbe), wo der Schuh drückt und welche Probleme in der Rechtspraxis eine Rolle spielen. Manches Gutachten ist dann bei vielen Autoren auch die Grundlage eines Aufsatzes oder Beitrages zu einer Festschrift geworden.

Zusammengefasst: Die Gutachten wissenschaftlicher Institute besitzen den grossen Vorteil, einen konkreten Fall zu klären. Die Abhängigkeit des Richters vom Gutachter hält sich in überschaubaren Grenzen und ist „das kleinere Übel gegenüber den Gefahren der falschen Entscheidung wegen unzulänglicher Ermittlung des Inhalts des anzuwendenden Rechts“⁶².

Im übrigen ist dieses Verfahren kostengünstig oder sogar billig, denn die nach § 3 des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen zu zahlenden Gebühren (bis Ende 2001 durchschnittlich 100 DM; seit dem 1.1.2002 52 EUR pro Arbeitsstunde) sind im Grunde minimal, wenn man sie mit den Gebühren vergleicht, die ein Rechtsanwalt für ein Gutachten gemäss § 21 in Verbindung mit § 12 der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung oder ein Notar gemäss § 147 der Kostenordnung von seinem Auftraggeber fordern kann. Man gebe nur einmal sein Auto in die Werkstatt, um eine

⁶² So mit Recht SCHÜTZE (Fn. 15), 119.

Inspektion durchführen zu lassen und vergleiche den Stundensatz eines Kfz-Mechanikers mit denen eines gerichtlichen Sachverstaendigen. Es gibt kaum noch Unterschiede⁶³.

3. Rechtshilfe

Schliesslich können deutsche Gerichte Auskünfte auch im Wege der Rechtshilfe bei auslaendischen Institutionen einholen. Es bestehen derzeit zwei Staatsverträge. Dies ist für uns nichts Neues, denn Abkommen über die Erteilung von Rechtsauskünften bestanden mit den drei Staaten Bulgarien (1926), Österreich (1923) und Polen (1924) bereits vor dem Zweiten Weltkrieg. Sie wurden nach 1945 jedoch nicht wieder wirksam.

a) Deutsch-marokkanischer Vertrag über Rechtshilfe und -auskunft

Zuerst sei der bilaterale Vertrag vom 29.10.1985 über die Rechtshilfe und Rechtsauskunft in Zivil- und Handelssachen zwischen Deutschland und Marokko genannt, der seit dem 23.6.1994 in Kraft ist⁶⁴. Aufgrund dessen Art. 19 – 26 können Gerichte über das Bundesministerium der Justiz um Auskünfte des marokkanischen Justizministeriums über das dortige Zivil- und Handelsrecht sowie prozessuale Bestimmungen ersuchen. Der Bitte um Auskunft ist eine Darstellung des Sachverhalts beizufügen (Art. 22). Die zuständige marokkanische Behörde (das marokkanische Justizministerium) hat in objektiver Weise – ohne die Berechnung von Gebühren oder Auslagen (Art. 26) – über das dort geltende Recht zu unterrichten. Texte der massgeblichen Bestimmungen oder Gerichtsentscheidungen sollen je nach den Umstaenden des Falles beigefügt werden.

⁶³ Die Ansichten von STURM, *RabelsZ* 47 (1983), 387, und PFISTER (Fn. 41), 331, liegen neben der Sache; siehe dazu bereits KEGEL (Fn. 2), 517.

⁶⁴ Bundesgesetzblatt 1988 II 1054 – 1058 und 1994 II 1192 (Datum des Inkrafttretens); die Denkschrift des Bundesjustizministeriums ist in der Bundestags-Drucksache 11/2026 veröffentlicht. In Marokko ist das Ratifikationsgesetz (Dahir Nr. 1-94-295) vom 15.2.2001 nebst dem Staatsvertrag erst im Bulletin Officiel Nr. 4918 vom 19.7.2001 veröffentlicht worden.

Erkenntnisse über die Praxis liegen mir bisher nicht vor. Deutsche Gerichte, die ich bei ihren Bitten um Erstattung eines Gutachtens auf die Möglichkeit, eine amtliche Auskunft über das marokkanische Recht erhalten zu können, hinwies, haben bisher immer auf einem Gutachten bestanden. Dabei ging es in den letzten Jahren stets um Fragen des marokkanischen Erbrechts. Ein Nachlassrichter sagte mir ganz offen, als ich ihn auf die recht komplizierte Regelung des marokkanischen gesetzlichen Erbrechts (eine Kodifikation des islamischen Recht der malikitischen Rechtsschule) hinwies, er wolle dies besser von mir in einem Gutachten erlautert haben und nicht nur die blossen Texte aus Rabat erhalten, die ich ihm übrigens auch aus Köln hätte übersenden können.

Immerhin besteht jetzt die Möglichkeit, auf staatsvertraglicher Basis amtliche Auskünfte über das marokkanische Recht zu erhalten. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten, wenngleich mit ziemlicher Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass das Abkommen praktisch keine allzu grosse Rolle spielen wird. Dazu sind die deutsch-marokkanischen Wirtschaftsbeziehungen zu gering, und die Anzahl der in Deutschland lebenden Marokkaner hält sich in erträglichem Grenzen.

b) Europäisches Übereinkommen über Rechtsauskünfte

Bekannter und erheblich wichtiger als der genannte deutsch-marokkanische Vertrag ist zweifellos das Europäische Übereinkommen vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, das für Deutschland am 19.3.1975 (für die Türkei am 20.3.1976) in Kraft getreten ist⁶⁵. Ihm gehören inzwischen mehr als 30 europäische Staaten (darunter auch eine ganze Reihe osteuropäischer

⁶⁵ Veröffentlicht im Bundesgesetzblatt 1974 II 937 – 944 und 1975 II 300 (Datum des Inkrafttretens); ausführlich SCHELLACK, *Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen*, Berlin 1998, 136 – 164; aus richterlichen Sicht insbesondere OTTO, Die gerichtliche Praxis und ihre Erfahrungen mit dem Europäischen Übereinkommen vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, in: Festschrift für Karl Firsching, München 1985, 209 – 232 (220 – 229). – Aus türkischer Sicht ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Aufl. İstanbul 2000, 159 – 161; kurz auch NOMER (Fn. 17), 168.

Staaten bis hin nach Transkaukasien) sowie Costa Rica an. Die Art. 19 – 26 des genannten deutsch-marokkanische Vertrages von 1985 sind übrigens den Europäischen Übereinkommen nachgebildet worden.

Auf den Inhalt des Vertrages (insbesondere die Verfahrensfragen) will ich nicht im einzelnen eingehen, denn er ist in Deutschland und in der Türkei allgemein bekannt. Er ermöglicht Gerichten (Art. 3) – anscheinend nach dem Vorbild der französischen „certificats de coutumes“⁶⁶ – im Rahmen seines sachlichen Geltungsbereichs (Art. 1) Auskünfte insbesondere über zivil-, handels- und prozessrechtliche Fragen von einer staatlichen Stelle im Ausland einzuholen. Die Rechtsfrage, zu der eine Auskunft erbeten wird, ist genau zu bezeichnen; eine Darstellung des Sachverhalts, soweit zum Verständnis erforderlich, ist beizufügen (Art. 4). Das Verfahren ist sehr kostengünstig (Art. 15). Die sogenannte Empfangsstelle im Ausland ist verpflichtet, die Frage innerhalb einer angemessenen Frist zu beantworten (Art. 10 – 12). Sie soll objektiv und unparteiisch sein und kann über die Mitteilung von Gesetzestexten und Gerichtsentscheidungen hinaus Erläuterungen enthalten (Art. 7). Die gegebene Antwort bindet das anfragende Gericht nicht (Art. 8). Die zuständige Behörde im Ausland ist verpflichtet, die Frage zu beantworten (Art. 10).

Über den praktischen Nutzen des Übereinkommens für deutsche Gerichte streitet man. In keinem Fall ist es generell der bessere Weg, fremdes Recht zu ermitteln, als die anderen dargestellten Möglichkeiten. Es mag im Einzelfall sicher geeigneter sein⁶⁷, jedoch nicht in jedem Fall⁶⁸.

Es sollen pro Jahr nur etwa 20 bis 50 Anfragen deutscher Gerichte an ausländische Empfangsstellen gerichtet werden⁶⁹. Das ist nicht

⁶⁶ Hierzu zum Beispiel BATIFFOL/LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Band 1, 8. Aufl. Paris 1993, 542 f.; AUDIT, *Droit international privé*, 2. Aufl. Paris 1997, 240 f.; FERID (Fn. 22), 156.

⁶⁷ Zum Beispiel in dem vom BayObLG 6.8.1998, IPRax 1999, 387 mit Anmerkung von MANSEL (zum bosnischen Adoptionsrecht). In diesem Fall mag es angezeigt gewesen sein, statt nur eine beim Landesjugendamt verfügbare Gutachtensammlung zu konsultieren, wegen der Ermittlung der massgeblichen Rechts, das sich in Bosnien-Herzegowina – wie bekannt – in jüngster Zeit häufiger geändert hat, eine amtliche Auskunft einzuholen.

⁶⁸ Siehe jüngst BGH 30.1.2001, IPRax 2002, 302 (zu spanischem Zinsrecht).

⁶⁹ PRÜTTING (Fn. 3), § 293 ZPO Randnummer 46.

mehr als der berühmte Tropfen auf dem heißen Stein. Wäre das Übereinkommen von den deutschen Gerichten wirklich akzeptiert worden, so müsste die Zahl der Anfragen bei den wissenschaftlichen Instituten seit seinem Inkrafttreten erheblich zurückgegangen sein. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Mir sind im Gegenteil Fälle bekannt, in denen mich ein Gericht nach Vorliegen der Auskunft der zuständigen ausländischen Behörde um ein Gutachten über das Recht des betreffenden Staates gebeten hat, weil ihm diese – aus ganz unterschiedlichen Gründen – nicht genügte. Entweder war die Frage nicht ausführlich oder aus der Sicht des Gerichts nicht genau genug beantwortet worden⁷⁰.

Der entscheidende Punkt scheint zu sein, dass in dem Übereinkommen lediglich die Beantwortung abstrakter Rechtsfragen vorgesehen ist. Im Gutachten antwortet man dagegen einem Gericht, wie oben ausgeführt (Abschnitt D II 2 d), fallbezogen und damit im Zweifel besser oder zumindest brauchbarer. Aufgrund des Übereinkommens können sicher einzelne Fragen (zum Beispiel Beginn oder Dauer einer Verjährungsfrist, Höhe der Verzugszinsen, Volljährigkeitsalter, Rechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft, Zulaessigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments) ohne weiteres für das anfragende Gericht sinnvoll beantwortet werden. Insoweit liegen den Gerichten – insbesondere in familienrechtlichen Sachen – anscheinend auch positive Erfahrungen vor. Aber sobald es schwieriger wird und auf Interpretationen von Gesetzestexten, die Vertragsauslegung usw. ankommt, versagt diese Methode, wie bereits oben (Abschnitt A) gesagt ist; denn es erfolgt keine Begutachtung des Falls⁷¹. Dies dürfte in Deutschland weitgehend unstrittig sein. Hinzu kommt, worauf KROPHOLLER mit Recht hinweist, die Gefahr von Missverständnissen wie bei allen Rechtsauskünften aus dem Ausland⁷². Die wissenschaftlichen Institute im Inland argumentieren dagegen, wie bereits erwähnt, vor dem Hintergrund des dem Gericht

⁷⁰ Dies ist exakt dieselbe Fallkonstellation wie in der Entscheidung des BGH vom 30.1.2001 (Fn. 68).

⁷¹ Zum Beispiel MANSEL, IPRax 1999, 387. – Nach HELDRICH (Fn. 29), 246, hat sich das Übereinkommen „nicht sonderlich bewährt“; ähnlich JUNKER (Fn. 10), 226 („nur bei einfach zu beantwortenden Rechtsfragen bewährt“); KEGEL/SCHURIG (Fn. 6), 446.

⁷² KROPHOLLER (Fn. 11), 610.

bekanntem deutschen Rechts, so dass diese Gefahr kaum jemals besteht.

Es bleibt damit festzuhalten, dass die Ermittlung ausländischen Rechts aufgrund des Europäischen Übereinkommens im Geltungsbereich seiner Mitgliedsstaaten die Tätigkeit der wissenschaftlichen Institute nur in Einzelfällen – bei einfachen Rechtsfragen oder vielleicht (!) bei der Feststellung der Praxis, wenn sie im Inland nicht ermittelbar ist – ersetzen kann. Wird es rechtlich schwieriger, so hilft es nach meinen Erfahrungen und Auskünften von Richtern nicht weiter. Für die Staaten, in denen es nicht in Kraft gesetzt ist, spielt es ohnehin keine Rolle. Sinnvoll mag das Übereinkommen für die Mitgliedstaaten sein, welche die Praxis der Erstattung von Gutachten durch wissenschaftliche Institute nicht kennen; denn wenig ist mehr als gar nichts. Für Deutschland bringt es nicht allzu viel.

c) Rechtshilfe bei staatsvertragslosem Zustand

Die Erteilung von Rechtsauskünften durch ausländische Ministerien oder Behörden entspricht aufgrund internationaler Courtoisie der zwischenstaatlichen Praxis im Verhältnis Deutschlands zu anderen Staaten. Ist diese Verpflichtung jedoch nicht – wie bilateral mit Marokko – staatsvertraglich vereinbart, so kann die Erteilung von Auskünften ohne weiteres grundlos verweigert werden und hängt im übrigen sehr stark von der Hilfsbereitschaft und dem Interesse der befragten Beamten ab. Besonders hilfreich ist diese Methode in vielen Fällen damit nicht. Soweit ich sehe, existiert immerhin eine gewisse Ausnahme. In den Staaten des Common Law-Rechtskreises kann man sich nämlich an den jeweiligen Attorney-General mit Ersuchen um Rechtsauskünfte wenden⁷³. Nicht selten erhält man daraufhin zumindest Kopien der massgeblichen Gesetzestexte oder Gerichtsentscheidungen. Mit Anfragen an den Attorney-General der Republik Zypern in Nicosia habe ich in der Vergangenheit zum Beispiel sehr gute Erfahrungen gemacht. Aber allzu viele Hoffnungen sollte man sich von dieser Methode generell nicht machen. Für Gerichte ist sie wohl nur in besonderen Ausnahmefällen brauchbar.

⁷³ Genannt wird dies auch von SCHÜTZE (Fn. 15), 118.

E. Zusammenfassung

1. Das Problem der Ermittlung ausländischen Rechts für deutsche Gerichte wird seit langer Zeit in der deutschen Literatur über das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht erörtert. Jetzt scheint es auch ein Thema für Zivilprozessualisten zu werden (Abschnitt A).
2. Im Vordergrund der gerichtlichen Anfragen an wissenschaftliche Institute stehen Probleme des ausländischen materiellen Familien- und Erbrechts nebst den internationalprivat- und -verfahrensrechtlichen Bezügen. Die anderen Gebiete bleiben dahinter zurück (Abschnitt B).
3. Deutsche Gerichte haben ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln (Abschnitt C). In welcher Weise sie dies tun, steht in ihrem pflichtgemässen Ermessen (Abschnitt D I).
4. Soweit möglich und zumutbar, können Richter Normen des ausländischen Rechts gerichtsintern ermitteln. Dabei bestehen mehrere Möglichkeiten (Abschnitt D II 1).
5. Hilfe durch Dritte ist in vier Formen möglich: Kontakte zu sachkundigen Wissenschaftlern, Auskünfte durch Auslandsvertretungen, durch ausländische Juristen oder durch Gutachten deutscher wissenschaftlicher Institute. Bei den Gutachten handelt es sich um ein seit Jahrzehnten bewährtes Verfahren, das im Zweifel – auch aus richterlicher Sicht – die sicherste Erkenntnisquelle bildet (Abschnitt D II 2).
6. Im übrigen können Gerichte im Wege der Amtshilfe auch ausländische Behörden aufgrund eines Staatsvertrages oder im Rahmen der internationalen Courtoisie auf staatsvertragloser Grundlage um Rechtsauskünfte ersuchen. Im Vordergrund steht hierbei das Europäerische Übereinkommen über Rechtsauskünfte, das nicht nur Vorteile hat und in der deutschen Gerichtspraxis keine allzu grosse Rolle spielt (Abschnitt D II 3).
7. Einen „Königsweg“, ausländisches Recht zu ermitteln, gibt es nicht. Die befolgte Methode hängt stets von den Umständen des zu entscheidenden Falls ab. Am sinnvollsten ist jedoch im Zweifel

die Einholung des Gutachtens durch ein wissenschaftliches Institut. Alles andere sind Zufallstreffer, auch wenn dies teilweise (insbesondere von einigen Anwaelten vornehmlich in vertragsrechtlichen Streitigkeiten) anders gesehen wird.