

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 138

**Selbstermittlung  
oder ausländische Auskunft  
unter dem europäischen  
Rechtsauskunftsübereinkommen**

Von

**Dirk Schellack**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**DIRK SCHELLACK**

**Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter  
dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 138**

**Selbstermittlung  
oder ausländische Auskunft  
unter dem europäischen  
Rechtsauskunftsübereinkommen**

**Von**

**Dirk Schellack**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Schellack, Dirk:**

Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen  
Rechtsauskunftsübereinkommen / von Dirk Schellack. – Berlin :

Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 138

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09316-X

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-09316-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

***Meiner Familie***



Τις ποθεν εις ανδρων;  
ποθι τοι πολις ηδε τοκηες;

*Homer, Odyssee I, 170*

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit entstand im Rahmen des durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft geförderten Graduiertenkollegs *Internationalisierung des Privatrechts* der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. Den beteiligten Professoren, im besonderen Herrn Professor Dr. Dieter Leipold, und den Kollegiaten sei für die interessanten Anregungen und spannenden Diskussionen herzlich gedankt. Außerordentlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rolf Stürner, welcher mit einem herausragenden Engagement das Fortkommen der Arbeit durch Rat und Tat förderte. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens ist Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Peter Schlechtriem besonders zu danken, ebenso wie der Deutschen Forschungsgemeinschaft für ihre freundliche Unterstützung. Die Stoffsammlung war im wesentlichen bis Ende des Jahres 1996 abgeschlossen. In dieser Hinsicht ist außerdem Herrn Barz vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg zu danken. Bedeutenden Aktualisierungen konnte noch vor der Drucklegung in den Fußnoten Rechnung getragen werden.

Denjenigen, die die Arbeit und mich in dieser Zeit mit väterlichen Ratsschlägen, mütterlicher Fürsorge sowie freundschaftlicher Verbundenheit und liebevoller Zuneigung begleitet haben, fühle ich mich persönlich zutiefst zu Dank verpflichtet.

Berlin, 1997

*Dirk Schellack*



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung</b> .....	23
<b>B. Rechtsvergleichende Darstellung</b> .....	27
I. Schweiz .....	27
1. Die Verteilung der Ermittlungsaufgabe .....	28
2. Die Mitwirkung der Parteien .....	29
3. Die Ermittlung ausländischen Rechts .....	30
4. Die Bedeutung des Europäischen Rechtsauskunftsbereinkommens.....	32
5. Die Behandlung der Nichtermittelbarkeit .....	33
6. Das ausländische Recht vor dem Bundesgericht .....	33
II. Österreich .....	34
1. Die Zuweisung der Ermittlungsaufgabe .....	35
2. Die Mitwirkung der Parteien .....	36
3. Die Erkenntnisquellen und das Europäische Rechtsauskunftsbereinkommen .....	36
4. Die Nichtermittelbarkeit und Behandlung ausländischen Rechts durch den OGH .....	38
III. Italien .....	39
1. Die Rechtslage vor der Reform des IPR .....	39
2. Die Zuweisung der Ermittlungsaufgabe .....	43
3. Die Folgen für die Ermittlung und das Europäische Rechtsauskunftsbereinkommen .....	44
4. Die Mitwirkung der Parteien .....	45
5. Die Konsequenzen der Nichtermittelbarkeit .....	46
6. Ausländisches Recht vor dem Kassationshof .....	47

IV. Frankreich .....	47
1. Die Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 NCpc und deren Wirkung für die Anwendung ausländischen Rechts .....	48
2. Die Verteilung der Ermittlungsaufgabe .....	50
3. Die Erkenntnismittel zur Feststellung ausländischen Rechts .....	52
4. Das Europäische Rechtsauskunftübereinkommen .....	55
5. Ausländisches Recht vor der Cour de Cassation .....	56
V. England .....	57
1. Die Behandlung ausländischen Rechts .....	57
2. Der Einfluß internationaler Übereinkommen .....	59
3. Der Beweis ausländischen Rechts .....	61
4. Das Europäische Rechtsauskunftübereinkommen .....	64
VI. Zusammenfassende Stellungnahme .....	66
<b>C. Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß .....</b>	<b>70</b>
I. Historische Entwicklung .....	72
1. Vorläufer in historischen Prozeßordnungen .....	72
2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	75
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	75
II. Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts von Amts wegen .....	76
1. § 293 ZPO als Grundlage der Amtsermittlungspflicht .....	77
2. Amtsermittlungspflicht als Konsequenz der normativen Qualität ausländischen Rechts .....	79
3. Amtsermittlung als notwendige Folge des Rechtsanwendungsbefehls ..	81
a) Die materiellrechtliche Verweisung .....	83
b) Die Behandlung eines Auslandssachverhalts .....	84
c) Die Prozeßkostensicherheit des Ausländers, § 110 Abs. 1 ZPO .....	85
4. Zwischenergebnis .....	87
III. Gegenstand des ausländischen Rechts .....	88
1. Völkerrecht und Recht der Europäischen Gemeinschaften .....	90

Inhaltsverzeichnis	11
a) Völkervertragsrecht und allgemeine Regeln des Völkerrecht .....	90
b) Europarecht .....	92
aa) EG-Richtlinie als Gegenstand des § 293 ZPO .....	94
bb) Alternatives Verfahren: EG-Richtlinie als Gegenstand der Vor- abentscheidung .....	96
2. Nichtstaatliches Einheitsprivatrecht .....	97
3. Das Recht der ehemaligen DDR .....	98
4. Berücksichtigung ausländischer Rechtsquellen .....	99
a) Ausländisches Gewohnheitsrecht .....	100
b) Brauchtum und religiöse Vorschrift .....	102
aa) Gruppenspezifische Bräuche .....	102
bb) Religiöse Rechte .....	103
c) Die fremde Verkehrssitte und der ausländische Handelsbrauch .....	104
aa) Die Ermittlung eines inländischen Handelsbrauchs .....	107
bb) Die Behandlung des ausländischen Handelsbrauchs durch die Rechtsprechung .....	109
cc) Fazit .....	110
d) Die ausländische Rechtsprechung .....	112
5. Konsequenzen für das Erkenntnismittel .....	117
6. Ausländisches Recht zwischen Rechtsnorm und Tatsache .....	118
<b>D. Die Ermittlung ausländischen Rechts</b> .....	<b>121</b>
I. Reichweite der richterlichen Ermessensfreiheit .....	121
1. Auswahlermessen .....	121
2. Verfahrensrechtliche Erweiterung des Beweisbegriffs .....	123
3. Der sogenannte Freibeweis und die Ermittlung ausländischen Rechts ..	128
4. Konflikt zwischen förmlichem und formlosen Vorgehen .....	132
II. Die einzelnen Erkenntnisquellen und ihre prozessuale Behandlung .....	136
1. Das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen .....	136
a) Entstehungsgeschichte und Motive .....	137

b)	Der Mechanismus des Übereinkommens .....	140
aa)	Aufgabe der staatlichen Verbindungsstellen.....	140
bb)	Anforderungen an ein Auskunftersuchen .....	143
cc)	Die anfallenden Kosten .....	146
dd)	Die Unzulässigkeit der Vernehmung, § 4 AuRAG .....	149
c)	Haftung des Auskunftspflichtigen.....	154
d)	Bewertung und Verbesserungsvorschläge .....	156
2.	Gerichtsinterne Selbstermittlung .....	164
a)	Verbesserte Kommunikationstechniken .....	166
b)	Zwischenergebnis .....	168
c)	Problembewältigung durch organisatorische Maßnahmen .....	170
3.	Die Einholung von Auskünften im formlosen Verfahren .....	171
a)	Ausländische Vertretungen im Inland .....	171
b)	Deutsche Auslandsvertretungen .....	173
c)	Auskünfte von vorgesetzten Justizbehörden .....	174
d)	Direkte Anfragen an ausländische Gerichte .....	175
e)	Die prozessuale Behandlung einer amtlichen Rechtsauskunft .....	177
4.	Mitwirkung der Parteien .....	179
a)	Grundlagen der Parteibeteiligung .....	180
b)	Behandlung des Parteivorbringens .....	182
c)	Mitwirkungspflicht der Parteien .....	186
aa)	Parteivortrag im Säumnisverfahren und einstweiligem Rechts- schutz .....	198
bb)	Wirkung einer prozeßleitenden Verfügung .....	202
(1)	Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Verwaltungs- verfahren .....	203
(2)	Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	205
(3)	Stellungnahme .....	206
III.	Verhältnis der Erkenntnisquellen .....	207

1. Kriterien für die Auswahl des Erkenntnismittels durch das Gericht .....	207
a) Verbindung zwischen Schwierigkeitsgrad und Auskunftstiefe .....	208
b) Prozeßökonomische Kriterien .....	210
c) Stellungnahme .....	211
2. Abgrenzung zwischen Fehlern im Ermittlungsvorgang und Rechtsanwendungsfehlern .....	212
a) Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht durch Ermessensunterschreitung .....	214
b) Überschreitung der Ermessensgrenzen durch den Abbruch weiterer Ermittlungsbemühungen .....	215
c) Bindung an verfahrensrechtliche Vorschriften .....	218
d) Kausalität .....	218
e) Stellungnahme .....	219
<b>E. Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts .....</b>	<b>221</b>
I. Feststellbares ausländisches Recht bei kontroverser Rechtslage .....	225
1. Fortbildung ausländischen Rechts .....	227
2. Relative Nichtermittelbarkeit .....	233
II. Folgen der Nichtermittelbarkeit .....	235
1. Anwendung der lex fori als Ersatzrecht .....	237
2. Die Anwendung des nächst verwandten Rechts .....	239
3. Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und internationalen Einheitsrechts .....	240
4. Kollisionsrechtliche Ersatzanknüpfung .....	242
III. Stellungnahme .....	242
<b>F. Schlußbetrachtung .....</b>	<b>249</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>253</b>
<b>Anhang .....</b>	<b>269</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>277</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases (English Law Reports)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
All E.R.	All England Law Reports
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuRAG	Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens vom 7.Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls (Auslands-Rechtsauskunftgesetz)
AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Bd.4 1958-Bd.20 1974, vgl.RIW)
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	Bundesanzeiger
Bayer. JMBI.	Bayerisches Justizministerialblatt
Bayer.PO	Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten für das Königreich Bayern, 1869
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen

BB	Der Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Bundesgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
Bspr.	Besprechung
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre civile
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cass.civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
Cass.com.	Cour de Cassation, Chambre commerciale
Cc	Codice civile
CC.	Code Civile
CCBE	Consultative Committee of the Bars and Law Societies of the European Community
C.C.R.	County Court Rules
c.d.	combinato depositato
ch.	chapter
Ch.	Chancery Division (Law Reports Third Series)
Clunet	Journal du Droit International, begründet von Clunet
Cpc	Codice di procedura civile
CPO	Civilprozeßordnung
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe

DIP	Droit International Privé
D.i.p.	Diretto internazionale privato
disp.att.cod.proc.pen.	disposizioni di attuazione del codice di procedura penale
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
D.P.R.	Decreto del Presidente della Repubblica
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, (Montanunion)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
Entw.	Entwurf
E.R.	English Reports
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, v. 27.9. 1968
EuR	Europarecht
EuRAÜ	Europäisches Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht
EV	Einigungsvertrag, v. 31.8.1990
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR -Abk.	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Ex./Exch.	English Exchequer Reports (Welsby, Hurlstone & Gordon)

f., ff.	folgend (-e)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FN.	Fußnote
Foro pad.	Il Foro padano
FS	Festschrift
Gaz. uff.	Gazzetta ufficiale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
H.L.C.	(Clark's) House of Lords Cases
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HZPrÜbk	Haager Übereinkommen über den Zivilprozeß v.1.3. 1954
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
insb.	insbesondere
Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int.J.L.L.	International Journal of Law Libraries
IPG	Gutachten zum internationalen und ausländischen Privat- recht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRE	Österreichische Entscheidungen zum internationalen Pri- vatrechts, (hrsg. von M. Schwimann)
IPRSpr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des inter- nationalen Privatrechts
i. S.	im Sinne
i. V.m.	in Verbindung mit

IWF-Abk.	Bretton-Woods-Abkommen über den Internationalen Währungsfond vom 1.-22.7.1944
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jbl.	Juristische Blätter (Zeitschrift Österreich)
J.C.P.	Juris Classeur Périodique, édition générale, la semaine juridique
Jhb.	Jahrbuch
Jhb.f.ital.R.	Jahrbuch für italienisches Recht
Jhg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
Kap.	Kapitel
K.B.	King's Bench (Law Reports Third Series)
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
LdR.	Lexikon des Rechts
lit.	litera
L.J.	Lord Justice
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports (seit 1951), [1919-1950: Lloyd's List Law Reports]
LM	Nachschlagewerk des BGH, hrsg. v. Lindenmaier und Möhring
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
MPI	Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
M.R.	Master of the Rolls

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NCpc	Nouveau Code de procédure civile
NJB	Nederlands Juristenblad
Nordd. Entw.	Entwurf einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, 1870
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OAG	Oberappellationsgericht
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Schweiz)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
Ord.	Order
ORG	Oberstes Rückerstattungsgericht
österr.	österreichisch (es/-en)
OT	Obertribunal
P.	Probate Division (Law Reports Third Series)
Q.B.	Queen's Bench (Law Reports Third Series)
r (-r).	rule(s)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev.crit.dr.int.pr.	Revue critique de droit international privé
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
Riv.dir.int .	Rivista di Diritto internazionale
Riv.dir.int.priv.proc.	Rivista di Diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (zwischen 1958-1974 Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters)
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
R.S.C.	Rules of the Supreme Court
RWS	Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern

RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
s.	section(s)
S.	Seite
schweiz.	schweizerisch (es/-en)
Seufferts Arch.	Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, hrsg. v. J.A. Seuffert
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
Sp.	Spalte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Striethorsts Arch.	Archiv für Rechtsfälle des königlichen Obertribunals, hrsg. v. Striethorst
S.U.	Sezioni Unite
Suppl.ord.	Supplemento ordinario
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TGI	Tribunal de Grande Instance
T.L.R.	Times Law Reports
TranspR	Transport- und Speditionsrecht
u.	und
v.	versus (against)
v.	von (-m)
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vor./ Vorbem.	Vorbemerkung
WeimRVerf	Weimarer Reichsverfassung, v. 11.8.1919
W.L.R.	Weekly Law Reports
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Württ.CPO	Civilprozeßordnung Königreich Württemberg von 1869

Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	(schweizerisches) Zivilgesetzbuch
zgl.	zugleich
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRHO	Rechtshilfeordnung in Zivilsachen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß



## A. Einführung

Durch das schrittweise Zusammenwachsen des europäischen Wirtschaftsraumes und infolge der Intensivierung der internationalen wirtschaftlichen Beziehungen nehmen Privatrechtsverhältnisse mit Auslandsberührung zu. Neben internationalen Geschäftsverbindungen sind der Zuzug von Ausländern, die Anstellung von ausländischen Arbeitnehmern sowie der Auslandstourismus ursächlich dafür, daß sich die deutschen Gerichte in steigendem Maße mit ausländischem Recht beschäftigen<sup>1</sup>.

Dem liegen der grenzüberschreitende Austausch von Waren und Dienstleistungen sowie die Freizügigkeit zugrunde, wie sie unter anderem durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages gewährleistet werden. Auf Störungen, die aus dem grundsätzlich ungesteuerten Nebeneinander der Privatrechtsordnungen resultieren, reagiert die Europäische Union zunehmend mit Harmonisierungsbestrebungen, so daß man zu einem Teil europäischen Privatrechts in den Bereichen gelangt, die der Zuständigkeit der Gemeinschaft unterliegen. Keinesfalls kann die Einführung partieller Regelungsbereiche aber zu einer Ersetzung der nationalen Rechtsordnungen führen. Dies kommt insbesondere durch das Subsidiaritätsprinzip deutlich zum Ausdruck<sup>2</sup>. Die Rechtsangleichung ändert aber ebensowenig das grundsätzliche Nebeneinander der staatlichen Rechte. In vielen Fällen bleibt ein Unterschied bestehen, weil den Mitgliedstaaten häufig Spielräume und Wahlmöglichkeiten für die inhaltliche Gestaltung ihres Rechts gelassen werden<sup>3</sup>. Infolgedessen verliert die Anwendung nationalen, autonomen Rechts auch angesichts europäischer Vereinheitlichungstendenzen nicht an Gewicht, sondern besitzt weiterhin eine ungebrochene Aktualität.

---

<sup>1</sup> Denkschrift zum Übereinkommen in BT-Drucks. VII Nr. 992; *Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze - Pirrung* Bd. I A I, S. 380 1; *Volken*, Rechtshilfe, Kap. 4 Rn. 48; *Hetger*, DNotZ 1994, S. 88; *ders.*, FamRZ 1995, S. 654; *Sommerlad/Schrey*, NJW 1991, S. 1377; *Fastrich*, ZZZ 97 (1984), S. 423; *Otto*, FS Firsching, S. 209; *ders.*, Jhb.f.ital.R. Bd. 4 (1991), S. 139; *Ferid*, FS Möhring, S. 1; *Luther*, RabelsZ 37 (1973), S. 660.

<sup>2</sup> Art. 3 b EG-Vertrag; *Jayme/Kohler*, IPRax 1992, S. 346, 347; vgl. *Küster*, S. 1.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 189 Abs. 3 EG-Vertrag; *Kohler*, IPRax 1992, S. 277, 280; *Jayme/Kohler*, IPRax 1992, S. 346, 347.

Darüber hinaus hat das deutsche internationale Privatrecht im Jahre 1986 eine Neuregelung erfahren. Während zuvor weitgehende Möglichkeiten mehrfacher Anknüpfung existierten, sind nunmehr Mehrfachanknüpfungen nur noch bei Personen mit mehreren Staatsangehörigkeiten möglich. Die Reduzierung der Anknüpfungsmomente auf einige Grundtatbestände, wie die (gemeinsame) Staatsangehörigkeit, der (gemeinsame) gewöhnliche Aufenthalt oder die engste Bindung an einen Staat führen desgleichen dazu, daß deutsche Gerichte in zunehmendem Maße ausländisches Recht anzuwenden haben<sup>4</sup>.

Mit der wachsenden Anzahl an Auslandsrechtsfällen gewinnt daher die Frage an Bedeutung, wie die Feststellung des berufenen ausländischen Rechts im inländischen Verfahren zu erfolgen hat. Im Rahmen der Untersuchung wird dabei den Unsicherheiten und Schwierigkeiten zu begegnen sein, die sich bei der systematischen Einordnung der vielfältigen Erkenntnisquellen in die von der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung ergeben. Daneben ist zu bedenken, daß die praktizierte Rechtsanwendung der allgemeinen Lage einer zunehmenden Auslandsberührung Rechnung zu tragen hat. Ein noch so perfektes und differenziertes Verweisungssystem hängt in der Luft, wenn das zur Anwendung bestimmte Recht nicht hinreichend ermittelt werden kann<sup>5</sup>.

Vor diesem Hintergrund wird es überwiegend als ein vordringliches Ziel des IPR verstanden, einen möglichst hohen Grad an internationalem Entscheidungseinklang zu erreichen, so daß ein Rechtsstreit bei feststehendem Sachrecht, unabhängig in welchem Staat er anhängig ist, inhaltlich übereinstimmend entschieden wird<sup>6</sup>. Die umfassende Kenntnis des Auslandsrechts, die ein ausländisches Gericht regelmäßig besitzt, wäre sicherlich wünschenswert, scheint aber, von Ausnahmen abgesehen, aus praktischen Gründen kaum erzielbar zu sein. Dafür fehlen teils die personellen, teils die organisatorischen, zumindest die sachlichen Voraussetzungen<sup>7</sup>. Darüber hinaus wird es dem Tatrichter zweifellos schwerfallen, eine ausländische Vorschrift im Einklang mit der gesamten ausländischen Rechtsordnung auszulegen, wenn ihm diese in ihrer Gesamtheit nicht bekannt ist. Ebenso große Schwierigkeiten scheint eine gezielte Ermittlung der einschlägigen Vorschrift des ausländischen Rechts oh-

<sup>4</sup> *Ranke*, Praktische Erfahrungen mit den IPR-Gesetzen, S. 125, 141.

<sup>5</sup> *Ferid*, FS Möhring, S. 1; *Schmyder*, Anwendung, S. 2; *Jessel-Holst*, StAZ 1982, S. 357.

<sup>6</sup> *v.Bar*, IPR Bd. 1, Rn. 374; *Kegel*, IPR § 15 III, S. 365; *Schack*, IZVR, Rn. 209; *Kropholler*, IPR § 31 I.2. u. § 59 I.; *Firsching/v.Hoffmann*, IPR, § 3 Rn. 140; *Otto*, FS Firsching, S. 209, 214; *Müller*, Kolloquium MPI, S. 66, 68; *Kralik*, ZfRV 1962, S. 75, 81; krit. *Broggini*, AcP 155 (1956), S. 469, 471; *Neuhaus*, RabelsZ 20 (1955), S. 201, 244 f.

<sup>7</sup> *Otto*, IPRax 1995, S. 299, 301; *Fastrich*, ZZZ 97 (1984), S. 423, 431 f.; *Volken*, Rechtshilfe, Kap. 4 Rn. 3, S. 140.

ne Kenntnis der Rechtssystematik aufzuwerfen<sup>8</sup>. Aufgabe des Ermittlungsverfahrens muß es dementsprechend sein, dem Gericht die Kenntnisse zu verschaffen, um die einschlägige Problemstellung im ausländischen Recht zu erkennen und unter Berücksichtigung des ausländischen Rechtssystems zu lösen. Während über den Gegenstand des ausländischen Rechts im Grundsatz Einigkeit besteht, fehlt es an einer Konkretisierung der daraus resultierenden Anforderungen an das Verfahren der Ermittlung<sup>9</sup>.

Die Gerichtspraxis beharrt größtenteils auf ihrer Angewohnheit, Sachverständigengutachten im Inland über den Inhalt ausländischen Rechts einzuholen<sup>10</sup>. Erst vor kurzer Zeit stieß die Entscheidung des zweiten Senats des BGH<sup>11</sup>, nach der die Einholung eines inländischen Institutsgutachten nicht ausreichte, um den Nachweis über venezolanische Schiffspfandrechte zu führen, auf heftige Reaktionen<sup>12</sup>, die zu einer weiteren Auseinandersetzung mit den übrigen Erkenntnismitteln anregen. In seinem Urteil hielt der BGH das Gutachten zum Nachweis ausländischen Rechts für unzureichend, weil es nur auf der Auswertung der zur Verfügung stehenden Literatur beruhte, nicht aber die ausländische Praxis berücksichtigt hätte.

Im Anschluß daran drängt sich insbesondere die Frage auf, ob nicht vielmehr ausländische Stellen besser geeignet erscheinen, entsprechende Auskünfte über ihr Recht zu erteilen. Grenzüberschreitende Sachverhalte führen häufig zu einer Inanspruchnahme ausländischer Behörden. Eine allgemeine internationale Rechtshilfe ist notwendigerweise Ausdruck territorial begrenzter Hoheitsgewalt. Nicht nur die eigene sowie fremde Gerichtsgewalt, sondern auch die damit in der Regel verbundene Rechtskenntnis machen an den Staatsgrenzen halt; anders die privaten Interessen, deren Schutz der Zivilprozeß dient. Für eine angemessene Rechtsverwirklichung bedarf es daher vielfach einer internationalen Kooperation, die auch Grundlage des Europäischen Rechtsauskunftsübereinkommens ist<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> *Fastrich*, ZZZ 97 (1984), S. 423, 428 f.; *Broggini*, AcP 155 (1956), S. 469, 470.

<sup>9</sup> *Fastrich*, ZZZ 97 (1984), S. 423, 428; vgl. *Geisler*, ZZZ 91 (1978), S. 176, 190 u. 192.

<sup>10</sup> *Otto*, FS Firsching, S. 209, 219 u. 228; *Hetger*, DNotZ 1994, S. 88; *ders.*, DRiZ 1983, S. 233; *Kegel*, FS Hübner, S. 504, 515 f. u. 520; *ders.*, FS Nipperdey, S. 453, 465; *Fastrich*, ZZZ 97 (1984), S. 423, 432; *Brendref*, MDR 1983, S. 892, 894; *ders.*, DRiZ 1983, S. 145; *Simits*, StAZ 1976, S. 6, 7; *Jayme*, StAZ 1976, S. 358, 360; *Schütze*, DIZPR, S. 118.

<sup>11</sup> BGH NJW 1991, 1418 = NJW-RR 1991, 1211.

<sup>12</sup> *Samtleben*, NJW 1992, S. 3057, 3059 f.; *Sommerlad*, RIW 1991, S. 856; *Kronke*, IPRax 1992, S. 303; 304; *Thode*, WuB VII A. § 293 ZPO 2.91, S. 929, 931; *Schütze*, EWS 1991, S. 372, 373; *Hanisch*, IPRax 1993, S. 69, 72.

<sup>13</sup> *Volken*, Rechtshilfe, Kap. 4 Rn. 26 f.; *Schack*, IZVR, Rn. 168 ff.