

THOMAS ROGOZ

Ausländisches Recht
im deutschen und englischen
Zivilprozess

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht
200*

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

200

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Thomas Rogoz

Ausländisches Recht im deutschen
und englischen Zivilprozess

Mohr Siebeck

Thomas Rogoz, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften und der Betriebswirtschaftslehre in Erlangen-Nürnberg; 2008 Promotion; seit 2007 Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth.

e-ISBN PDF 978-3-16-151385-5

ISBN 978-3-16-149656-1

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen.

Die Arbeit an einer Dissertation gleicht in mancherlei Hinsicht einer Pilgerreise: Am Ende des einen Tages blickt man erschöpft aber dankbar zurück auf gewonnene Erkenntnisse und zurückgelegte Strecke. Schon am nächsten Morgen denkt man darüber nach, die Reise wegen der anstehenden Strapazen abzubrechen. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. jur. Mathias Rohe M.A. für die vorbildliche Betreuung des Promotionsverfahrens. Mit Hilfe seiner fundierten Fachkenntnisse sowie seiner wahrhaft ansteckenden wissenschaftliche Begeisterung und Neugier konnte ich die Reise zu Ende führen. Auch meiner Frau Carolin möchte ich an dieser Stelle meinen tiefsten Dank aussprechen für ihre unendliche Geduld und den seelischen Beistand, den sie mir zuteil haben ließ.

Grundlage für die Erörterung des englischen Rechts war ein mehrmonatiger Forschungsaufenthalt am Institute of Advanced Legal Studies in London. Ich möchte mich bei der Einrichtung, namentlich bei Mr. Jules Winterton, herzlich für die Möglichkeit bedanken, die unschätzbar wertvollen Bestände zu nutzen.

Zu danken habe ich auch Professor Dr. jur. Reinhold Greger für die rasche Zweitkorrektur der Arbeit.

Das Forschungsprojekt wurde durch ein Promotionsstipendium der Hanns-Seidel-Stiftung aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung gefördert.

Hersbruck, im Februar 2008.

Thomas Rogoz

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	3
A. Rechtsstreitigkeiten im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung	3
B. Der Vergleich mit England	5
C. Gang der Untersuchung	6
Erster Teil: Gründe für die Anwendung ausländischen Rechts..	8
A. Der Beginn des Kollisionsrechts	8
B. Die niederländische Schule	10
C. Entwicklung des englischen Kollisionsrechts	13
I. Die späte Geburt des Kollisionsrechts in England	13
II. Der Einfluss Hubers auf Lord Mansfield	14
III. Das moderne englische Kollisionsrecht	14
D. Von Savigny und das Prinzip der Sachnähe	17
I. Der Bruch mit dem Souveränitätsgedanken	17
II. Anwendungsgründe der klassischen Lehre	18
E. Zwischenergebnis	20
Zweiter Teil: Überblick über den englischen Zivilprozess	21
A. Die englische Zivilgerichtsbarkeit	21
I. Die Gerichte	21
II. Präzedenzfallwirkung	23
B. Die neuen Civil Procedure Rules (CPR)	24

I. Inkrafttreten und Rechtsnatur der CPR	25
II. Gründe für die Reform	26
III. Kern der Reform	28
IV. Beurteilung der Woolf-Reformen	31
C. Englisches Rechtsmittelrecht	32
I. Reichweite der review-Prüfung	37
II. Reichweite der rehearing-Prüfung	38
III. Kriterien für die Anordnung eines rehearing	38

Dritter Teil: Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Zivilgerichten..... 40

A. Inland und Ausland	40
I. Bundesrepublik Deutschland und DDR	40
II. England, Great Britain, United Kingdom und British Isles	40
B. Recht und Tatsachen	42
I. Deutschland	42
II. England.....	51
III. Zusammenfassung	58
C. Ausländisches Recht – Recht, Tatsache oder tertium genus?	59
I. Deutschland	59
II. England.....	62
III. Zusammenfassung	68
D. Einführung ausländischen Rechts in den Prozess	69
I. Deutschland	69
II. England.....	100
E. Der Sachverständigenbeweis	117
I. Deutschland	117
II. England.....	134
III. Zwischenergebnis	151
F. Sonderfälle des Beweises.....	152
I. Präzedenzfälle und “Präzedenzgutachten”	153
II. Das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen	161
III. Evidence (Colonial Statutes) Act 1907	163
G. Gerichtsinterne Ermittlungen	164
I. Deutschland	165
II. England.....	167
III. Zusammenfassung	169
H. Die materielle Anwendung ausländischen Rechts.....	169
I. Deutschland	170
II. England.....	176
III. Zusammenfassung	182

I. Der Einfluss ausländischer <i>lex causae</i> auf Zuständigkeitsfragen	182
I. Europa.....	183
II. Deutschland	183
III. England	185
J. Revisibilität ausländischen Rechts	188
I. Deutschland	188
II. England.....	202
Vierter Teil: Schlussbetrachtungen	215
A. Wesentliche Ergebnisse	215
B. Ausblick.....	217
Anhang	221
Literaturverzeichnis	225
Entscheidungsverzeichnis	239
Stichwortverzeichnis.....	243

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX

Einleitung	3
------------------	---

A. Rechtsstreitigkeiten im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung.....	3
B. Der Vergleich mit England.....	5
C. Gang der Untersuchung	6

Erster Teil: Gründe für die Anwendung ausländischen Rechts.. 8

A. Der Beginn des Kollisionsrechts.....	8
B. Die niederländische Schule.....	10
C. Entwicklung des englischen Kollisionsrechts	13
I. Die späte Geburt des Kollisionsrechts in England	13
II. Der Einfluss Hubers auf Lord Mansfield.....	14
III. Das moderne englische Kollisionsrecht	14
D. Von Savigny und das Prinzip der Sachnähe.....	17
I. Der Bruch mit dem Souveränitätsgedanken.....	17
II. Anwendungsgründe der klassischen Lehre	18
E. Zwischenergebnis	20

Zweiter Teil: Überblick über den englischen Zivilprozess 21

A. Die englische Zivilgerichtsbarkeit	21
I. Die Gerichte.....	21
1. County courts und High Court.....	21

2. Court of Appeal, House of Lords und Privy Council	22
II. Präzedenzfallwirkung.....	23
B. Die neuen Civil Procedure Rules (CPR).....	24
I. Inkrafttreten und Rechtsnatur der CPR.....	25
II. Gründe für die Reform.....	26
III. Kern der Reform	28
1. Das Overriding Objective	28
2. Case Management.....	29
3. Drei Verfahrensarten	29
IV. Beurteilung der Woolf-Reformen	31
C. Englisches Rechtsmittelrecht.....	32
I. Reichweite der review-Prüfung	37
II. Reichweite der rehearing-Prüfung.....	38
III. Kriterien für die Anordnung eines rehearing	38

Dritter Teil: Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Zivilgerichten..... 40

A. Inland und Ausland	40
I. Bundesrepublik Deutschland und DDR	40
II. England, Great Britain, United Kingdom und British Isles	40
B. Recht und Tatsachen	42
I. Deutschland	42
1. Die Bedeutung der Abgrenzung.....	42
2. Die Kriterien für die Abgrenzung von Recht und Tatsachen.....	45
a. Logisch-begriffliche Revisionsmethode	47
b. Teleologische Methode	48
c. Stellungnahme	49
II. England.....	51
1. Die Bedeutung der Abgrenzung.....	51
a. Der jury trial und seine Auswirkungen auf die Trennung von Recht und Tatsachen.....	52
b. Iura novit curia im englischen Recht?	53
c. Rechtsmittelrecht	54
2. Abgrenzungstheorien	54
a. Der „Trained lawyer“-Ansatz der Rechtsprechung	55
b. Abgrenzungstheorien in der Literatur.....	55
III. Zusammenfassung	58
C. Ausländisches Recht – Recht, Tatsache oder tertium genus?	59
I. Deutschland	59
1. Die Kategorisierung ausländischen Rechts als „Recht“	59

a. Wortlautargument	60
b. Systemargument	60
c. Die „Eigenart der Anwendung“ ausländischen Rechts	61
2. Neuere Betrachtungen zum ausländischen Recht.....	62
3. Stellungnahme	62
II. England.....	62
1. Die Kategorisierung ausländischen Rechts als Tatsache.....	62
2. Ausländisches Recht als „matter of fact of a peculiar kind“	65
3. Stellungnahme	67
III. Zusammenfassung	68
D. Einführung ausländischen Rechts in den Prozess.....	69
I. Deutschland	69
1. Zwingendes Kollisionsrecht.....	69
a. Anwendung des Kollisionsrechts von Amts wegen	70
b. „Fakultatives Kollisionsrecht“	71
c. Faktisches „fakultatives Kollisionsrecht“	73
2. Der Grundsatz der Amtsermittlung ausländischen Rechts	74
a. Die Begründung der Amtsermittlungspflicht durch die „ständige Rechtsprechung“	76
b. Die Begründung der Amtsermittlung durch die Literatur	78
aa. Das Wortlautargument	79
bb. Der dogmatische Ansatz	79
cc. Der kollisionsrechtliche Ansatz	80
dd. Stellungnahme.....	80
c. Entstehungsgeschichte und Gesetzesbegründung des § 293 ZPO	82
d. Grammatikalische Auslegung des § 293 ZPO	85
e. Stellungnahme	87
3. Ausländische Rechtsquellen und Rechtsanzeichen	87
4. Allgemeine Anforderungen an die Ermittlung ausländischen Rechts.....	89
5. Sonderfälle.....	92
a. Art. 40 Abs. 1 S. 2, 3 EGBGB	92
b. Eilverfahren	93
c. Versäumnisverfahren	94
6. Die Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts	96
a. Das Vorliegen von Nichtermittelbarkeit.....	96
b. Auswege aus der Nichtermittelbarkeit	97
c. Stellungnahme	99
II. England.....	100
1. Principle of voluntary pleading	101
a. Dogmatische Grundlagen	102
b. Ausnahmen vom principle of voluntary pleading und	

der Identitätsvermutung.....	105
aa. Zwingendes Kollisionsrecht in England?	106
bb. British Law Ascertainment Act 1859.....	109
cc. Schottisches und nordirisches Recht vor dem House of Lords	110
dd. Notoriety	110
ee. Die Nichtanwendung englischen Rechts	111
2. Die Anforderungen an das pleading	114
3. Zwischenergebnis	116
E. Der Sachverständigenbeweis	117
I. Deutschland	117
1. Freibeweis- oder Strengbeweisverfahren?	118
2. Sachverständigengutachten	121
a. Subsidiarität des Sachverständigengutachtens?	121
b. Verfahren und Auswahl des Sachverständigen.....	122
c. Sachverständige Ausführungen zum Kollisionsrecht.....	126
d. Kosten	127
3. Mitwirkung der Parteien.....	129
a. Privatgutachten und andere Formen der Mitwirkung.....	131
b. Auswirkung der Mitwirkung auf die Ermittlungspflicht des Gerichts.....	133
4. Stellungnahme	133
II. England.....	134
1. Oral evidence im englischen Zivilprozess	135
a. Der Zeugenbeweis.....	136
b. Expert Evidence.....	137
aa. Woolf-Reformen im Bereich der expert evidence	138
bb. Qualifizierung des Experten	143
2. Besonderheiten des Beweises ausländischen Rechts mittels expert evidence.....	143
a. Qualifizierung des Experten im ausländischen Recht.....	144
b. Single joint expert und ausländisches Recht	145
c. Verfahren.....	147
d. Beweislast und mangelhafter Beweis	148
III. Zwischenergebnis	151
F. Sonderfälle des Beweises	152
I. Präzedenzfälle und “Präzedenzgutachten”	153
1. England: Section 4(2) des Civil Evidence Act 1972	153
2. Deutschland: § 411a ZPO	157
3. Stellungnahme	160
II. Das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen	161
III. Evidence (Colonial Statutes) Act 1907	163
G. Gerichtsinterne Ermittlungen.....	164

I. Deutschland	165
II. England.....	167
III. Zusammenfassung	169
H. Die materielle Anwendung ausländischen Rechts	169
I. Deutschland	170
1. (Un-)Abgrenzbarkeit von Ermittlung und Anwendung.....	170
2. Anwendung und Auslegung wie „der Richter des betreffenden Landes“	171
3. Einzelfragen.....	172
a. Bindung an die ausländische Rechtsprechung?	172
b. Fortbildung ausländischen Rechts.....	173
c. Verfassungsmäßigkeit ausländischen Rechts.....	175
II. England.....	176
1. Unbestrittener Rechtsvortrag.....	176
2. Entscheidung nach Beweislast.....	177
3. Einzelfragen.....	179
a. Bindung an ausländische Rechtsprechung.....	179
b. Fortbildung ausländischen Rechts.....	180
c. Verfassungsmäßigkeit ausländischen Rechts.....	181
III. Zusammenfassung	182
I. Der Einfluss ausländischer lex causae auf Zuständigkeitsfragen.....	182
I. Europa	183
II. Deutschland	183
1. Internationale Zuständigkeit.....	183
2. Sachliche Zuständigkeit: § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. c GVG	184
III. England	185
1. Forum non conveniens	185
2. Sachliche Zuständigkeit und Allocation	188
J. Revisibilität ausländischen Rechts.....	188
I. Deutschland.....	188
1. Der Standpunkt der Literatur.....	190
2. Entwicklung der Rechtsprechung	191
a. Ausnahmen vom Grundsatz der Irrevisibilität	191
aa. Rückverweisung	192
bb. Gegenseitigkeitsprüfung.....	192
cc. Internationale Zuständigkeit.....	193
dd. Erstmalige Feststellung und Anwendung ausländischen Rechts	195
b. Prüfung ausländischen Rechts aufgrund Verfahrensrüge.....	197
aa. Revisionsfähigkeit des § 293 ZPO	197
bb. Verfahrensverstoß und Ermittlungsergebnis	198
cc. Reaktionen in der Literatur	201
3. Zwischenergebnis	201

II. England.....	202
1. Überprüfung von Tatsachenfeststellungen durch den appeal	203
a. Einführung neuer Tatsachen.....	203
b. Kontrolle der tatgerichtlichen Feststellungen.....	204
2. Bindung des Appeal-Gerichts an die Feststellung ausländischen Rechts.....	207
a. Guaranty Trust Corp. of New York v. Hannay	207
b. Parkasho v. Singh	208
c. MCC Proceeds Inc. v. Bishopsgate Investment Trust plc.	209
d. Morgan Grenfell v. SACE	212
3. Zwischenergebnis	213
Vierter Teil: Schlussbetrachtungen	215
A. Wesentliche Ergebnisse	215
B. Ausblick.....	217
Anhang	221
Literaturverzeichnis	225
Entscheidungsverzeichnis	239
Stichwortverzeichnis.....	243

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AC	The Law Reports (Third Series): Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
All ER	All England Law Reports
All ER (D)	All England Law Reports (Digest)
App.Cas.	The Law Reports (Second Series): Appeal Cases
AuRAG	Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls
Beav.	Beavan (Old Reports)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
B/L/A/H	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: Kommentar der Zivilprozessordnung
BT Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestags
Burr.	Burrow's King's Bench Reports (Old Reports)
B.Y.B.I.L.	British Year Book of International Law
CA	Court of Appeal
C.B.	Manning's and Scott's Common Bench (Old Reports)
Ch.	Chapter
Ch. D	The Law Reports (Third Series): Chancery Division
CJQ	Civil Justice Quarterly
Cl. & Fin.	Clark & Finley (Old Reports)
CLC	Commercial Law Cases
C.P.L.R.	Civil Practice Law Reports
CPR	Civil Procedure Rules
Cowp.	Cowper, 1 & 2 (Old Reports)
De G. & Sm.	De Gex & Smale's Chancery Reports (Old Reports)
D.J. & S.	De Gex, Jones & Smith's Chancery Reports (Old Reports)
Doug.	Douglas, 1 – 4 (Old Reports)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
EvPro	International Journal of Evidence and Proof
EWCA Civ.	Court of Appeal (Civil Division)
EWHC (Comm.)	England and Wales High Court (Commercial Court)
EWHC (Ch.)	England and Wales High Court (Chancery Division)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
F.L.R.	Family Law Reports
FS	Festschrift
HL	House of Lords

ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IntlCompLQ	International & Comparative Law Quarterly
IntlEncyclCompL	International Encyclopedia of Comparative Law
IPG	Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht
JR	Juristische Rundschau
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
JZ	Juristenzeitung
KB	King's Bench (The Law Reports, Third Series)
Latch	Latch's King's Bench Reports (Old Reports)
LJ	Lord bzw. Lady Justice of Appeal
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
LQR	The Law Quarterly Review
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, begründet von Lindenmaier/Möhring
L.T.I.	Law Times Newspaper (Zeitschrift)
L.T.	Law Times Reports
MLR	Modern Law Review (Zeitschrift)
Moo.& S.	Moore & Scott's Common Pleas Reports (Old Reports)
MPI	Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLJ	New Law Journal
para.	Paragraph
P	The Law Reports (Third Series): Probate
PC	Privy Council
PD	Practice Directions der Civil Procedure Rules
P. WMS	Peere Williams (Old Reports)
QB	The Law Reports (Third Series): Queen's Bench (The Law Reports, Queen's Bench (Old Reports))
Q.B.	Queen's Bench (Old Reports)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rolle	Rolle's King's Bench Reports (Old Reports)
R.P.C.	Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Russ.	Russell, 1 – 5 (Old Reports)
SJE	Single Joint Expert
Stan.J.Int'l L.	Stanford Journal of International Law
TLR	Times Law Reports
WLR	Weekly Law Reports
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZRHO	Rechtshilfeordnung für Zivilsachen
ZuSEG	Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International: Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts

„Proof of foreign law is often treated as a procedural matter of little importance. In fact its importance can hardly be overstated. The choice of law rules, and the underlying purpose of private international law, can only be effectively implemented if the applicable foreign law is adequately proved or otherwise ascertained.“

(Sykes & Pryles, Australian Private International Law, S. 278)

Einleitung

A. Rechtsstreitigkeiten im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung

Der internationale Handel blüht, und Deutschland profitiert hiervon als größtes Land der Europäischen Union überdurchschnittlich. 2007 wurde die Bundesrepublik zum fünften Mal in Folge „Exportweltmeister“.¹ Bei aller politischen Kontroverse um diesen Begriff steht fest, dass in den vergangenen Jahren kein anderes Land eine so hohe Warenausfuhr zu verzeichnen hatte wie Deutschland. Der Binnenhandel innerhalb der Europäischen Union wächst weiter. Aber auch die Globalisierung kommt trotz aller Warnungen der Welthandelsorganisation (WTO) nicht aus dem Tritt. Allein zwischen Europa und Nordamerika wird sich der Warenaustausch Schätzungen zufolge von 437 Mrd. Euro im Jahr 2004 auf 512 Mrd. Euro im Jahr 2008 erhöhen.²

Aber nicht nur Deutschlands Wirtschaft, auch seine Menschen werden internationaler: Während 1980 ca. 4,6 Mio. Ausländer in der Bundesrepublik lebten, waren es Ende 2006 schon 7,3 Mio.³ Und der Trend wird nicht abreißen. Im Gegenteil: Deutschland ist wegen der anhaltenden Alterung seiner Gesellschaft auf Zuwanderung angewiesen.⁴

In Deutschland führt diese „Internationalisierung der Lebensverhältnisse“⁵ unter anderem dazu, dass inländische Zivilgerichte ihren Urteilen zunehmend ausländisches Recht zugrunde legen müssen. Davon geht – wie selbstverständlich – Art. 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB aus:

„Bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates bestimmen die folgenden Vorschriften, welche Rechtsordnungen anzuwenden sind (Internationales Privatrecht).“

¹ FAZ v. 29.12.2007, Deutsche Exporteure halten Spitzenposition, S. 12.

² Quelle: Grafik v. vom 12.10.2006 unter <http://www.faz-net.de/s/Rub050436A85B3A4C64819D7E1B05B60928/Doc>.

³ Quelle: Statistisches Bundesamt, veröffentlicht unter http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_jb01_jahrtab2.asp.

⁴ Vgl. *Miegel*, Die deformierte Gesellschaft, S. 51.

⁵ *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 1 Rn. 2.

Ein Blick in die „folgenden Vorschriften“ offenbart, dass das deutsche Internationale Privatrecht recht großzügig ausländische Rechtsordnungen zur Anwendung kommen lässt. So unterliegen etwa die allgemeinen Wirkungen der Ehe in erster Linie dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Nur subsidiär wird an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten angeknüpft (Nr. 2). Als Grundsatzkollisionsnorm strahlt Art. 14 EGBGB auf viele Teilbereiche des Internationalen Ehe- und Kindschaftsrechts aus, die auf die Vorschrift verweisen.⁶ Auch Fragen der Rechtsnachfolge von Todes wegen werden nach dem Recht des Staates beurteilt, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte (Art. 25 Abs. 1 EGBGB).⁷

Doch nicht nur der deutsche Gesetzgeber steht ausländischem Recht offen gegenüber. Auch aus Brüssel wird die Anwendung ausländischen Rechts maßgeblich gefördert. So unterliegt beispielsweise gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens (EuSchVÜ) vom 19.6.1980 ein Vertrag, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, dem Recht des Staates, zu dem er die engsten Verbindungen aufweist.⁸ Indiz hierfür ist aber nicht, dass im Inland die Klage zulässigerweise erhoben wurde. Art. 4 Abs. 2 EuSchVÜ stellt vielmehr die widerlegbare Vermutung auf, dass die engste Verbindung zu jenem Staat besteht, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen muss, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bedenkt man, dass Art. 2 Abs. 1 EuGVVO vorsieht, dass grundsätzlich das Gericht am Sitz des Beklagten international zuständig sein soll, folgt aus dem Zusammenwirken von EuSchVÜ und EuGVVO, dass in den häufigen Fällen, in denen der Sachleistende, also der Verkäufer oder Dienstleister, auf Zahlung der Vergütung klagt, Gerichtszuständigkeit (Beklagtenstaat) und anwendbares Recht (Klägerstaat) auseinanderfallen.⁹ Daran wird im Übrigen auch die lang erwartete sog. „Rom I“-Verordnung nichts ändern, soweit der Vorschlag der Kommission vom 15.12.2005 übernommen wird.¹⁰

Vor diesem Hintergrund wird *Heldrichs* Ausspruch, wonach die Konfrontation mit fremdem Recht zu einer „Alltagserscheinung in der gericht-

⁶ *Palandt-Heldrich*, EGBGB, Art. 14, Rn. 1.

⁷ Einen „Paradigmenwechsel“ hin zur Anknüpfung an einen verfestigten gewöhnlichen Aufenthalt fordert *Rohe*, in: FS Rothoefl (1994), S. 1, 27; ders., in: JZ 2007, 801, 803.

⁸ In Deutschland wurde diese Regelung in Art. 28 EGBGB umgesetzt.

⁹ *Schwartze*, in: FS Fenge (1996), S. 127, 129.

¹⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (KOM (2005) 650 endgültig).

lichen Praxis“¹¹ geworden sei, in Juristenkreisen kaum auf Widerspruch stoßen. Beim juristischen Laien ruft die These hingegen nach wie vor Skepsis, ja Unverständnis hervor: Warum müsse ein deutscher Richter, der schon mit der deutschen und europäischen Gesetzesflut überfordert sei, auch noch ausländisches Recht sprechen? Wie sei dies praktikabel, wenn er die entscheidenden Rechtsvorschriften nicht einmal sprachlich verstehe? Und sei der deutsche Gesetzgeber etwa von seinen eigenen Gesetzen nicht überzeugt, sodass er ausländische Gesetze als im Einzelfall besser oder gar gerechter ansehe? Verweist man darauf, dass sich der Richter zur Klärung der ausländischen Rechtsordnung eines Gutachters bedienen könne, folgt unumwunden die Frage, was es rechtfertige, den ohnehin als kompliziert, teuer und aufwendig empfundenen Zivilprozess durch weitere Gutachten aufzublähen.

Der Hinweis auf das vor knapp 160 Jahren von *Savigny* entwickelte Prinzip der Sachnähe, wonach die international-privatrechtliche Gerechtigkeit der materiellrechtlichen vorgehe, vermag allenfalls erste Zweifel auszuräumen. Um zu überzeugen, ist aber der Beweis zu erbringen, dass mit ausländischem Recht im Prozess trotz knapper Ressourcen und trotz aller Sprach- und Verständnisschwierigkeiten vernünftig umgegangen werden kann. Die vorliegende Abhandlung unternimmt den Versuch, diesen Beweis zu liefern.

B. Der Vergleich mit England

Rechtsvergleichung im Bereich des Prozessrechts liegt nicht gerade auf der Hand. Die strukturellen Unterschiede zwischen Regeln, an die sich Richter halten müssen sind nicht selten so groß, dass man Gefahr läuft, sprichwörtlich Äpfel mit Birnen zu vergleichen. Schon der Blick nach England lässt dies befürchten, denkt man nur an „whigs“, „case law“ und „jury trials“. Was rechtfertigt es also, die Frage der Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozess mit Blick auf die Usancen der Engländer zu beantworten?

Dass Rechtsvergleichung auch im Bereich des Prozessrechts durchaus ihre Berechtigung hat, begründete *Jolowicz* differenziert mit den Worten:

„Comparative legal study provides a tool for lawyers to gain some insight about the things they themselves take for granted about their legal system and which they do not articulate [...] There is no suggestion here that comparative study in the field of procedure will provide us with solutions to particular problems which we can simply transplant into our own law. On the contrary, even for the practical purposes of reform, there is more to be learned from the study of the procedural law of developed countries whose

¹¹ *Heldrich*, in: FS Nakamura (1996), S. 243, 244.

legal traditions are different from our own than from those whose legal traditions are the same. It is questions for which we should be looking, not for answers. Once we know what are the questions, we can and must work out the answers for ourselves."¹²

Jolowicz ist zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass Gegensätze nicht selten anziehend sind. Tatsächlich ist England neben Irland das einzige Common law-Land in Europa. Alle anderen Rechtsordnungen gehören der sog. römisch-germanischen Rechtsfamilie an.¹³ Dem entspricht auch, dass England einen scheinbar völlig entgegengesetzten Ansatz zur Lösung des hier gegenständlichen Problems verfolgt.

Insbesondere fühlt sich das Common law nicht an das oben skizzierte Prinzip der Sachnähe gebunden. Vielmehr ging die Frage, wie mit ausländischem Recht umzugehen sei, stets Hand in Hand mit einem Souveränitätsproblem: Verpflichtet man die Gerichte nämlich ausländische Rechtsätze anzuwenden, unterwirft man sich zwangsläufig dem Willen eines fremden Gesetzgebers. So überraschte es auch nicht, dass – im Gegensatz zu Deutschland – ausländisches Recht als beweisbedürftige Tatsache angesehen wird.

Umso interessanter ist es zu untersuchen, ob die zu erwartenden Unterschiede, die aus dieser dogmatisch entgegengesetzten Weichenstellung folgen müssten, in der Praxis wirklich vorzufinden sind. Mit anderen Worten: Halten die Gerichte beider Länder ihren Ansatz konsequent durch oder treffen sie sich in einem oder mehreren Punkten auf halber Strecke? Ohne die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung vorwegnehmen zu wollen, wird letzteres häufiger der Fall sein, als es der Leser zum jetzigen Zeitpunkt vermutlich erwartet.

C. Gang der Untersuchung

Zunächst wird im ersten Teil der Abhandlung das Augenmerk auf die rechtshistorischen Hintergründe der Anwendung ausländischen Rechts gerichtet. Zu untersuchen sind die beiden sehr unterschiedlichen Traditionen, in denen deutsche bzw. englische Richter stehen, wenn sie dem Willen eines fremden Gesetzgebers Folge leisten und dessen Recht anwenden.

Das englische Common law unterscheidet sich nicht nur materiell erheblich von den so genannten Civil law-Rechtsordnungen, zu denen auch die deutsche zählt. Auch prozessual sind, wie bereits erwähnt, erhebliche Unterschiede festzustellen. Bevor daher im dritten Teil der Umgang deut-

¹² *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 4.

¹³ Das schottische Rechtssystem wird als Mischung von Common law und römisch-germanischem Recht angesehen, vgl. *Eddey & Darbyshire on the English Legal System*, para. 1-018 ff.