



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

BAND II/28

Felix Dörfelt, LL.M. (Pepperdine)

# GESETZGEBUNGSZIELE IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT

Eine theoretische und praktische Betrachtung



BUCERIUS LAW SCHOOL

---

PRESS

# **Schriften der Bucerius Law School**

**Herausgegeben von**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Thomas Rönna

Prof. Dr. Michael Fehling

Band II/28

Felix A.R. Dörfelt, LL.M. (Pepperdine)

**Gesetzgebungsziele  
im  
Internationalen Privatrecht**

Eine theoretische und praktische Betrachtung

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg

Autor:

Felix Dörfelt

Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Thomas Rönnau,

Prof. Dr. Michael Fehling

1. Auflage 2017

Herstellung und Auslieferung:

tr edition GmbH, Grindelallee 188, 20144 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-089-4 (Hardcover) / 978-3-86381-088-7 (Paperback)

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

DIE BUCERIUS  
LAW SCHOOL IST EINE  
GRÜNDUNG DER



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2015 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 9. Juni 2015 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Mai 2013 berücksichtigt werden.

Ganz herzlich möchte ich an erster Stelle meinem Doktorvater Professor Dr. Karsten Thorn, LL.M. (Georgetown) danken. Von ihm stammt nicht nur die Anregung für das Thema der Arbeit, er hat mich zudem während der gesamten Doktorarbeit umfassend unterstützt. Die Zeit an seinem Lehrstuhl habe ich durchweg als Bereicherung empfunden.

Professor Dr. Stefan Kröll, LL.M. danke ich für das zügige Erstellen des Zweitgutachtens.

Meinen Freunden und Kollegen Frau Professor Dr. Maria von Tippelskirch, LL.M. (Columbia), Herrn Dr. Philipp Egler, LL.M. (Miami) und Herrn Dr. Paul Hauser, LL.M. (Kings College) danke ich für die angenehme Begleitung sowie die wertvollen Anregungen und Diskussionen, Frau Dr. Sarah Nietner und Herrn Dr. Mathäus Mogendorf, LL.M. (Berkeley) für das Korrekturlesen und die hilfreichen Anmerkungen.

Meiner Ehefrau möchte ich für die liebevolle Unterstützung in jeder Hinsicht danken.

Danken möchte ich schließlich meinen Eltern, ohne sie wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

# Inhalt

## **Vorwort**

## **Einleitung**

*A. Problemaufriss*

*B. Ziel der Arbeit und Gang der Darstellung*

## **Erster Teil: Kollisionsrechtliche Kodifikationsziele**

*A. Internationaler Entscheidungseinklang*

I. Inhalt

II. Begründung

III. Verwirklichung

1. Rechtsetzung

a. International

b. National

2. Rechtsanwendung

IV. Kritik

V. Zusammenfassung

*B. Innerer Entscheidungseinklang*

I. Inhalt

II. Begründung

III. Verwirklichung

IV. Zusammenfassung

*C. Materielle Harmonie*

I. Inhalt

II. Begründung

III. Verwirklichung

IV. Zusammenfassung

## *D. Rechtssicherheit*

- I. Inhalt
- II. Begründung
- III. Verwirklichung
- IV. Kritik
- V. Zusammenfassung

## *E. Einzelfallgerechtigkeit*

- I. Philosophische Betrachtungen der Gerechtigkeit
  1. Plato
  2. Aristoteles
  3. Thomas Hobbes
  4. David Hume
  5. John Rawls
  6. Radbruch
  7. Zusammenfassung
- II. Materielle Gerechtigkeit
  1. Inhalt
  2. Begründung
  3. Zusammenfassung
- III. Internationalprivatrechliche Gerechtigkeit
  1. Inhalt
    - a. Kegels Interessenjurisprudenz
    - b. Flessners Interessenjurisprudenz
    - c. Buchers Anknüpfungsgerechtigkeit
    - d. Hirse
  2. Zusammenfassung und Bewertung
- IV. Verhältnis von materieller und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit
  1. Modelle
    - a. Gutzwiller
    - b. Bucher
    - c. Hirse
  2. Bewertung
  3. Eigenes Modell



- a. Inhalt
  - b. Begründung
  - c. Abgrenzung zu anderen Modellen
  - d. Zusammenfassung
- V. Bedeutung für die Einzelfallgerechtigkeit als Kodifikationsziel
- VI. Zwischenergebnis
- F. Zusammenfassung Gesetzgebungsziele*

## **Zweiter Teil: Die Berücksichtigung der Kodifikationsziele in ausgewählten Gesetzgebungen**

### *A. Überleitung*

### *B. Art. 4 Haager Unterhaltsprotokoll*

- I. Regelungsgehalt
- II. Bewertung
  - 1. Internationaler Entscheidungseinklang
  - 2. Innerer Entscheidungseinklang
  - 3. Materielle Harmonie
  - 4. Rechtssicherheit
  - 5. Einzelfallgerechtigkeit
    - a. Anknüpfungsmoment
    - b. favor alimenti
    - c. Gleichberechtigung
      - aa. Differenzierung zwischen den Gruppen
      - bb. Differenzierung innerhalb der Gruppen
- III. Zusammenfassung

### *C. Art. 21 Abs. 2 KSÜ*

- I. Regelungsgehalt
- II. Bewertung
  - 1. Normsetzungsgeschichte
  - 2. Verwirklichte Gesetzgebungsziele
  - 3. Vernachlässigte Gesetzgebungsziele
  - 4. Kritik
- III. Zusammenfassung

### *D. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO*

- I. Regelungsgehalt
  1. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB
  2. Art. 10 Rom III-VO
- II. Bewertung
  1. Internationaler Entscheidungseinklang
  2. Innerer Entscheidungseinklang
  3. Materielle Harmonie
  4. Rechtssicherheit
    - a. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB
    - b. Art. 10 Rom III-VO
  5. Einzelfallgerechtigkeit
    - a. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB
    - b. Art. 10 Rom III-VO
      - aa. Allgemein
      - bb. Unscheidbarkeitsvariante
      - cc. Diskriminierungsvariante
- III. Zusammenfassung

*E. Ergebnis*

## **Gesamtschau**

*A. Internationalprivatrechtliche Gesetzgebungsziele*

*B. Anwendung*

## **Thesen**

*A. Theoretische Betrachtung*

*B. Praktische Betrachtung*

## **Abkürzungen**

## **Literaturverzeichnis**

# Einleitung

## **A. Problemaufriss**

Das Internationale Privatrecht hat in den letzten Jahren große Veränderungen erfahren. Innerhalb der Europäischen Union wechselte die Gesetzgebungskompetenz von den Nationalstaaten zur Union. Die Union hat von diesen Befugnissen umfangreich Gebrauch gemacht und insbesondere auf dem Gebiet der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse Verordnungen erlassen. Vor allem die mit den Entwürfen für die Rom II-VO einhergegangene Grundsatzdiskussion zwischen der Kommission und dem Parlament hat Anstoß zu dieser Arbeit gegeben.

Trotz diesen Veränderungen hat sich an der kontinentaleuropäischen Lehre des Internationalen Privatrechts wenig geändert. Der von *von Savigny* entwickelte Grundgedanke der engsten Verbindung blieb erhalten und bildet weiterhin das Kernstück des kontinentaleuropäischen Verständnisses des Internationalen Privatrechts. Ebenso unverändert blieb der Kanon der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele.

Im Rahmen der umfangreichen Gesetzgebungsarbeiten wäre es erstrebenswert gewesen, dass der Gesetzgeber die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele kritisch hinterfragt und ihre Beachtung in den Gesetzgebungsvorhaben genau prüft.

## **B. Ziel der Arbeit und Gang der Darstellung**

Ziel dieser Arbeit soll es sein, diese Gesetzgebungsziele auf ihre weiterdauernde Gültigkeit zu untersuchen und insbesondere dem Ziel der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit mehr Kontur zu verschaffen. Im Rahmen dieser Arbeit soll auch die moderne Funktion des

Internationalen Privatrechts untersucht werden, um das Ziel der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit entsprechend dieser Funktion auszulegen.

Dabei soll ein besonderes Augenmerk auf die zunehmende „Materialisierung“ des Internationalen Privatrechts geworfen werden. Inwiefern lässt sich die „Materialisierung“ des Internationalen Privatrechts vor dem Hintergrund der Funktion des Internationalen Privatrechts rechtfertigen? Falls diese Tendenz grundsätzlich mit dem Wesen des Internationalen Privatrechts vereinbar ist, wo liegen ihre Grenzen? Die Tendenz der „Materialisierung“ des Internationalen Privatrechts hat innerhalb der Europäischen Union vor allem ihren Ursprung im Verbraucherschutzrecht und erfordert eine neue Beleuchtung der Funktion des Internationalen Privatrechts.

Diese Aufgabe soll in zwei Teilen angegangen werden. Im ersten Teil sollen die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele einzeln abstrakt dargestellt werden und auf ihre Funktion und Verwirklichungspotential hin untersucht werden. Ihre Interdependenz und ihr Zusammenspiel sollen dabei nicht vernachlässigt werden.

Im zweiten Teil der Arbeit wird dann die Verwirklichung dieser internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele in modernen Kodifikationen untersucht. Dabei wird der Schwerpunkt auf innovative gesetzgeberische Lösungen gelegt, die möglicherweise eine Weiterentwicklung des Internationalen Privatrechts darstellen. Innerhalb dieser Untersuchung wird auch auf die Berücksichtigung und Darstellung der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele im Gesetzgebungsverfahren und im Normgestaltungsprozess eingegangen.

Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst und die Thesen gesondert dargestellt.

## Erster Teil: Kollisionsrechtliche Kodifikationsziele

Die Bestimmung und Definition der kollisionsrechtlichen Kodifikationsziele könnte man grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen. Ihm obliegt es, die Zielsetzung seiner Gesetzgebung festzulegen. Dabei kann die Legislative über ihre Ziele frei bestimmen. Der europäische Gesetzgeber, um den es in dieser Arbeit primär geht, ist jedoch in diesem Bereich einigen Einschränkungen unterworfen.

Die Union hat sich gemäß Art. 3 des Vertrags über die Europäische Union zum Ziel gesetzt, Europa als einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu erhalten und weiterzuentwickeln, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist und in dem Rechtssuchende sich in jedem Mitgliedstaat ebenso einfach wie in ihrem eigenen an Gerichte und Behörden wenden können, um ihre Rechte geltend zu machen.<sup>1</sup> In diesem Zusammenhang soll der Erlass von Verordnungen auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes fördern, insbesondere den freien Verkehr gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Der freie Verkehr gerichtlicher Entscheidungen basiert auf deren gegenseitiger Anerkennung durch die Mitgliedstaaten.<sup>2</sup> Das Maßnahmenprogramm der Europäischen Kommission und des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung<sup>3</sup> sieht die Reduzierung und letztlich die Aufhebung der Maßnahmen vor, welche zur Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung erforderlich sind. Die Aufhebung der Zwischenmaßnahmen basiert jedoch auf einem bestimmten Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten. Wie wichtig diese Vertrauensbasis für die gegenseitige Anerkennung ist, zeigt sich an den Reaktionen auf die Abschaffung der *ordre public-Kontrolle* bei der Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen.<sup>4</sup> Diese

Vertrauensbasis soll durch die Anwendung von einheitlichen Kollisionsnormen gestärkt werden.

Erklärtes Ziel der Europäischen Kommission bei dem Erlass von Verordnungen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts ist die Vereinheitlichung der kollisionsrechtlichen Bestimmungen auf dem Gebiet der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse des Zivil- und Handelsrechts.<sup>5</sup> Aufgrund der Rechtsvereinheitlichung soll sich mit Hilfe der Verordnungen unabhängig vom Gerichtsstand mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen, welches Recht auf ein bestimmtes Schuldverhältnis anzuwenden ist. Demnach würden der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit Vorschub geleistet. Statt die mitunter stark divergierenden Kollisionsnormen aller Mitgliedstaaten, deren Gerichte in einer bestimmten Sache zuständig sein könnten, zu prüfen, reicht es aus, die einheitlichen Kollisionsnormen heranzuziehen. Die Europäische Kommission erhofft sich von dieser Maßnahme, dass das in einem konkreten Fall anwendbare Recht berechenbarer wird. Die Kosten einer Rechtsstreitigkeit sollen hierdurch ebenfalls sinken, da die Parteien sich nicht mit unterschiedlichen Kollisionsnormen beschäftigen müssen und – eine einheitliche Anwendung vorausgesetzt – auch nicht mehr mit unterschiedlichen materiellen Rechten, die potentiell auf den Rechtsstreit Anwendung finden könnten. Dieser Umstand soll die Anreize für *forum shopping* verringern.

Der Europäische Gesetzgeber erhofft sich darüber hinaus von der gesteigerten Vorhersehbarkeit, dass die Verordnungen zur Erleichterung der außergerichtlichen Streitbeilegung beitragen.<sup>6</sup> Hauptanreize zur Führung von Prozessen sind, neben dem Glauben Recht zu haben, die damit verbundenen Erfolgsaussichten. Wenn die Parteien aufgrund der höheren Rechtssicherheit ihre eigene Situation besser beurteilen können, fällt ihnen das Bemühen um eine einvernehmliche Regelung leichter. Die Bewertung der Erfolgsaussichten hängt vor allem vom anwendbaren Sachrecht ab. Die gesteigerte Sicherheit bei dessen Bestimmung erleichtert die Bewertung zu einem großen Teil.

Nach der Vorstellung der Europäischen Kommission soll die Harmonisierung der Kollisionsnormen zudem dazu beitragen, die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer und Bürger zu gewährleisten,

die im Binnenmarkt an einem Streitfall mit grenzüberschreitendem Bezug beteiligt sind.<sup>7</sup> Wenn Unternehmen unabhängig von ihrem Sitz, also dem Ort, an dem sie in jedem Fall verklagt werden können, in einer konkreten Streitigkeit demselben materiellen Recht unterworfen werden, kann dies Wettbewerbsverzerrungen verhindern.

Die Europäische Kommission hat sich somit bei ihren Entwürfen zu kollisionsrechtlichen Verordnungen unterschiedliche Ziele auf die Fahnen geschrieben: Rechtsvereinheitlichung, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sowie die Gleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern und die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung.

In diesem Kapitel sollen jedoch nicht die vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziele übernommen, sondern unabhängig davon die wichtigsten kodifikatorischen Ziele für kollisionsrechtliche Gesetzgebung herausgearbeitet und die vorhandenen Gesetze und Gesetzgebungsvorschläge auf die Erfüllung dieser überprüft werden. Dazu sollen die wichtigsten gesetzgeberischen Ziele aus der kollisionsrechtlichen Literatur herausgearbeitet und ihre Begründung sowie ihre Verwirklichungsmöglichkeiten dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

## **A. Internationaler Entscheidungseinklang**

Der internationale Entscheidungseinklang ist wohl das bedeutendste Gesetzgebungsziel des internationalen Privatrechts.<sup>8</sup> Dieses Ideal wird häufig auch als Entscheidungsgleichheit oder Konfliktminimum<sup>9</sup> bezeichnet, früher wurde es ungenau Entscheidungsharmonie<sup>10</sup> genannt. *von Savigny* hat das gemeinte Ideal mit den Worten umrissen, dass „die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde“.<sup>11</sup>

### *I. Inhalt*

Schon aus der Beschreibung *von Savignys* ergibt sich, dass das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs keine eigene Aussage

kollisionsrechtlichen Inhalts hat. Die Entscheidungsgleichheit schreibt kein bestimmtes Anknüpfungsmoment vor. Sie macht dem Rechtsanwender oder Gesetzgeber beispielsweise keine Vorschriften, ob er die persönlichen Verhältnisse eines Menschen nach seinem Wohnsitzrecht oder nach dem Recht seiner Staatsangehörigkeit beurteilen soll. Sie besagt lediglich, dass möglichst überall das gleiche Recht maßgeblich sein soll. Dabei sind vor allem die Rechte derjenigen Staaten zu berücksichtigen, die ebenfalls potentiell über das strittige Rechtsverhältnis entscheiden könnten. Diese sind natürlich nicht immer trennscharf zu bestimmen, da aufgrund extensiver Zuständigkeitsregelungen<sup>12</sup> die Zahl der in Frage kommenden Staaten groß ist. Jedoch lassen sie sich zumindest in dem Zuständigkeitssystem der Europäischen Gemeinschaft aufgrund der Brüssel I-VO eingrenzen.

Dabei ist es jedoch nicht Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs als kollisionsrechtlichem Ideal, dass die gerichtliche Entscheidung, egal in welchem der sich für zuständig erklärenden Staaten sie fällt, überall das materiell gleiche Ergebnis hat. Angestrebt wird z.B. nicht, dass die Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes in allen Staaten gleich ist. Der internationale Entscheidungseinklang ist ein kollisionsrechtliches Ziel; somit beschränkt es sich darauf, dass in allen potentiell beteiligten Staaten die Gerichte den Sachverhalt nach dem gleichen materiellen Recht beurteilen. Unterschiede in den Ergebnissen können sich weiterhin insbesondere aus der Verschiedenheit des anwendbaren Prozessrechtes und dort wiederum bei der Beweiswürdigung ergeben. Diese Unterschiede zu beseitigen, ist nicht Aufgabe des internationalen Privatrechts und somit auch nicht Bestandteil des Ideals des internationalen Entscheidungseinklangs.

Aus dem Gesagten könnte man schließen, dass die Vorgabe des internationalen Entscheidungseinklangs vom Gesetzgeber recht einfach zu erfüllen ist. Er müsse lediglich nach empirischen Erhebungen diejenige Anknüpfung bestimmen, die unter den betroffenen Staaten am meisten verbreitet ist und dieser folgen. Schon *Wengler* wies darauf hin, dass diese Methode nicht bei neu auftretenden Rechtsfragen gangbar sei.<sup>13</sup> Denn es liegt auf der Hand, dass dann, wenn jeder Staat nur nach diesem Grundsatz vorgehen, also stets auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts durch



den anderen warten würde, niemals Gewissheit über das anwendbare Recht vorhanden wäre.

Auf Gebieten, auf denen hinreichend bestimmte Kollisionsnormen bereits vorhanden sind, kann der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs eine tragende Bedeutung haben. Hier hat der Gesetzgeber sich wirklich nur an den bereits vorhandenen kollisionsrechtlichen Regelungen zu orientieren. Eine solche Vorgehensweise birgt aber die Gefahr, dass sie zum Stillstand des Kollisionsrechts führen könnte. Wenn der Gesetzgeber sich in neuen Kodifikationen jeweils nur an althergebrachten Lösungen orientieren kann und darf, gibt es keinen Raum mehr für innovative Lösungsmöglichkeiten. Das Internationale Privatrecht kann und sollte sich nicht der allgemeinen Rechtsentwicklung verschließen. Insbesondere im Rahmen der Globalisierung und infolge der vereinfachten Möglichkeiten der Kommunikation durch das Internet haben sich die internationalen Kontakte verstärkt. Die Welt scheint kleiner geworden zu sein. Auch deshalb hat das Internationale Privatrecht bisweilen neue Wege zu beschreiten. Es ist somit nicht zu vermeiden, dass zunächst einzelne Länder oder Ländergruppen eine bisher vorherrschende Lösung aufgeben und eine temporäre Disharmonie in Kauf nehmen.<sup>14</sup> Damit wird der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs aber nicht zur Bedeutungslosigkeit verdammt; ganz im Gegenteil: Bei der Neubildung von Kollisionsnormen sollte das Ideal als Leitlinie für einen in Zukunft bestehenden Einklang, wie *Kropholler*<sup>15</sup> vorschlägt, im Sinne des kategorischen Imperativs von *Kant* verstanden werden: „Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne!“<sup>16</sup>

Die Geschichte des Internationalen Privatrechts zeichnet sich gerade auch durch ein Streben nach immer differenzierteren Regeln aus. „Kunstvoller werden die Einzellösungen und gestaltungsreicher die Grundsätze.“<sup>17</sup> So verbietet der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs nicht Differenzierungen der Anknüpfung für deliktische Haftung, die fast überall nach der *lex loci delicti commissi* beurteilt wird.

Deshalb hat das Institut de Droit International schon im Jahre 1952 den Grundsatz aufgestellt: „Die Vorschriften des Internationalen Privatrechts

sollen im allgemeinen Kriterien verwenden, die einer Internationalisierung fähig sind, nämlich der Aufnahme in internationale Konventionen, um nichtübereinstimmende Lösungen eines konkreten Falles in verschiedenen Ländern zu vermeiden.“<sup>18</sup> Demnach würden nur bewusst einseitige, nur an den Interessen der eigenen Staatsbürger ausgerichtete Regelungen, die von vornherein keine Aussicht auf Verbreitung haben, gegen den Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs verstoßen.

## II. Begründung

Schon von Savigny war der Meinung, dass einheitliche Lösungen das eigentliche Anliegen des Internationalen Privatrechts seien.<sup>19</sup> Dieses Ziel wurde von Kahn später als „Gesetzesharmonie“<sup>20</sup> bezeichnet und von Wengler<sup>21</sup> im Sinne der konkreten Entscheidungsgleichheit verfeinert. Zweigert bezeichnet es gar als Endziel des Kollisionsrechts.<sup>22</sup> Die Bedeutung des Grundsatzes des internationalen Entscheidungseinklangs für das Internationale Privatrecht ergibt sich jedoch erst aus einer Gesamtschau.

Wengler, beispielsweise, hat neben diesem Grundsatz fünf weitere Grundsätze herausgearbeitet. Nach dem Grundsatz des *ordre public*<sup>23</sup> sollen inhaltlich missbilligte ausländische Sachnormen bei bestehender „Binnenbeziehung“ nicht angewandt werden. Der Grundsatz der materiellen Harmonie<sup>24</sup> - heute als interner Entscheidungseinklang bezeichnet - gebiete, eine Rechtsfrage sei so zu entscheiden, dass die Entscheidung mit anderen, tatsächlichen oder möglicherweise innerhalb desselben Staates zu treffenden Entscheidungen inhaltlich im Einklang steht.

Daneben gelte der Grundsatz des Zwecks der Sachnorm.<sup>25</sup> Demnach sei diejenige Anknüpfung zu wählen, die dem Zweck der Sachnormen am besten entspreche. Der Grundsatz der Durchsetzbarkeit der Entscheidung<sup>26</sup> besage, dass das Recht desjenigen Staates sei anzuwenden, der am ehesten in der Lage sei, seinen kollisionsrechtlichen Standpunkt faktisch durchzusetzen. Letztlich gebe es noch den Grundsatz des politischen Interesses.<sup>27</sup> Eigenes materielles Recht solle angewandt werden, wenn das

eigenen politischen Interessen entspreche, die in Gesetzen oder in der Rechtsprechung anerkannt werden.

Diese sechs Grundsätze des Internationalen Privatrechts hat er in ein Verhältnis zueinander gesetzt. Dabei misst *Wengler* dem internationalen Entscheidungseinklang eine geringe Priorität zu, deutet aber sogleich an, dass dieser Grundsatz „das tägliche Brot für den Richter bei der Ergänzung unvollkommener positiver Kollisionsrechte“ sei.<sup>28</sup> Zudem stellt er fest, dass die anderen Grundsätze – bis auf den Grundsatz der Durchsetzbarkeit der Entscheidung – nur Ausnahmefälle als Konzessionen an das materielle Ergebnis im konkreten Fall darstellen. In diesem Punkt stimmt ihm *Zweigert* zu Recht zu.<sup>29</sup> Richtigerweise stellt *Wengler* fest, dass die vier verbleibenden Grundsätze keine wahren Grundsätze sind, sondern vielmehr – häufig von der materiellen Lösung herkommende – Kompromisse im konkreten Fall.

*Zweigert* geht noch weiter und spricht auch dem Grundsatz der Durchsetzbarkeit der Entscheidung die Qualität eines Gesetzgebungsziels ab. Dem ist zuzustimmen. Der Grundsatz der stärksten Rechtsordnung beruht lediglich auf praktischen Erwägungen. Welches Land kann aufgrund seiner faktischen Stellung seine kollisionsrechtliche Lösung am besten durchsetzen? Dies wird insbesondere bei der Geltung der *lex rei sitae* deutlich. Die Sache hat ihre Belegenheit in einem Staat und jede gerichtliche Entscheidung wäre auch in diesem Staat zu vollstrecken. Die Anerkennung dieser Erwägung gipfelt beispielsweise in der ausschließlichen Zuständigkeit für Klagen wegen dinglicher Rechten an Immobilien in Art. 22 Nr. 1 Brüssel I-VO. Auch bei der Ausgestaltung der Kollisionsnorm für ausländische Eingriffsnormen in der Rom I-VO hat dieser Gedanke eine tragende Rolle gespielt.<sup>30</sup> Somit handelt es sich auch bei diesem Grundsatz um eine Ausnahmekonstellation, die sich nicht allgemein auf das Kollisionsrecht übertragen lässt. Nach *Kegel* ist dieser Grundsatz sogar auf den internationalen Entscheidungseinklang zurückzuführen,<sup>31</sup> dieser sei wiederum Ausdruck tatsächlicher oder äußerer Ordnungsinteressen.<sup>32</sup>

Der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs hat praktische Auswirkungen. Wie von der Europäischen Kommission betont<sup>33</sup>, dient dieser Grundsatz der Bekämpfung und Eindämmung des *forum shopping*.

Natürlich ist diese Wirkung begrenzt. Der internationale Entscheidungseinklang nimmt dem Kläger lediglich den Anreiz, sich das Forum auf Basis des anwendbaren materiellen Rechtes auszusuchen. Das Phänomen des *forum shopping* beruht jedoch auf vielfältigen Erwägungen, von denen das anwendbare Recht nur eine ist. Darauf wird später noch im Detail einzugehen sein.<sup>34</sup>

Der internationale Entscheidungseinklang erfüllt auch das Bedürfnis, die Nachteile, die aus der Verschiedenheit der Internationalen Privatrechte entstehen, zu beschränken. Er ist deshalb besonders zu beachten, wenn ein Sachverhalt in verschiedenen Ländern zu beurteilen ist. Schon *Wengler* führt an, dass wenn „die Entstehung einer Schuld übereinstimmend in dem Staat des Schuldners und des Gläubigers, im Staat des Vertragsschlusses und im Staat des Erfüllungsortes gemäß einem bestimmten Recht, über das sich die Kollisionsrechte aller dieser Staaten einig sind, verneint [wird], so kann sie nicht unter Anwendung eines anderen Rechts bejaht werden, nachdem die angebliche Forderung zediert und – aus welchem Grund auch immer – nunmehr in dem Heimatstaat des bis dahin vollkommen unbeteiligten neuen Gläubigers eingeklagt wird.“<sup>35</sup> Durch eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung desselben Falles von Land zu Land bestehe die Gefahr einer Pflichtenkollision, wenn nämlich das eine Urteil gebiete, was das andere verbiete. Zudem leiden das Ansehen des Rechts und das Vertrauen auf seine internationale Unverbrüchlichkeit in besonderem Maße.<sup>36</sup>

Nach *Braga* handelt es sich daher nicht nur um ein Gebot der Rechtssicherheit, sondern zugleich um eine Gerechtigkeitsfrage.<sup>37</sup> Der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs ließe sich deshalb auch aus einem dem Grundsatz „*ne bis in idem*“ verwandten Rechtsgedanken ableiten. Dieser verböte, dass ein und derselbe Sachverhalt mehrmals zu einem bestimmten Zweck erfasst werde und zu verschiedenen Rechtsfolgen führe. Zwar sei die Gesetzeskonkurrenz eine im Privatrecht – zumindest im deutschen – alltägliche Erscheinung: Eine Vertragsverletzung z.B. kann zugleich einen Deliktstatbestand erfüllen und dadurch inhaltlich verschiedene Schadensersatzansprüche und sonstige Rechtsfolgen nach sich ziehen. Jedoch werden die Rechtsfolgen notfalls aufeinander abgestimmt, z.B. wird Schadensersatz nur einmal gewährt.

*Braga* betont, dass dieser Gerechtigkeitsgedanke auf der internationalen Ebene weder an Wirksamkeit verlieren könne noch dürfe, auch wenn er zunächst ein materiellrechtliches Prinzip darstelle.<sup>38</sup>

Darüber hinaus verhindert die Beachtung dieses Grundsatzes das Entstehen hinkender Rechtsverhältnisse. Diese werden von den Betroffenen häufig als besonders misslich empfunden und finden sich vor allem bei Statusfragen wieder. Beispiele dafür sind die nicht in sämtlichen betroffenen Ländern anerkannten Ehe- oder Kindschaftsverhältnisse.

Der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs ist jedoch, wie oben schon beschrieben, nicht nur bei der Beurteilung eines konkreten Falles zu beachten, sondern auch bei der Entscheidung von gleich gelagerten Fällen, damit die Parteien des einen Falles nicht anders behandelt werden als die des anderen. Insofern ließe er sich rechtstheoretisch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ableiten.<sup>39</sup> Dies ist jedoch hinsichtlich gleich gelagerter Fälle nicht zutreffend. Der allgemeine Gleichheitssatz richtet sich jeweils an einen Gesetzgeber. Dieser muss die ihm vorliegenden Sachverhalte gleich behandeln, sofern keine Umstände vorliegen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Wenn jetzt aber ein englischer Richter einen Fall nach französischem Recht entscheidet und ein deutscher Richter einen gleich gelagerten Fall nach spanischem Recht beurteilt, hat sich weder der deutsche noch der englische Staat eine Ungleichbehandlung zu Schulden kommen lassen, da der deutsche Staat nicht den englischen Richter und der englische Staat nicht den deutschen Richter beeinflussen kann. Selbst international verankerte Gleichheitsgrundsätze können nationale Gesetzgeber nicht daran hindern, im Rahmen ihres gesetzgeberischen Ermessens gleich gelagerte Fälle diesem oder jenem Recht zu unterwerfen. Es gibt auf der Ebene des Internationalen Privatrechts nicht nur eine vertretbare Lösung. Somit sind lediglich die Parteiinteressen an einer Gleichbehandlung gleicher Fälle verletzt und damit das individuelle Gerechtigkeitsgefühl der Beteiligten. Dies stellt keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz dar. Jedoch ist dies als Verstoß gegen einen übernationalen Gleichheitsgedanken zu werten und ist sicherlich ein Verstoß gegen das Gerechtigkeitsempfinden.

### *III. Verwirklichung*

Das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs lässt sich sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung verwirklichen.

#### 1. Rechtsetzung

Die Rechtsetzung scheint das effektivste Mittel zu sein, um internationalen Entscheidungseinklang zu erreichen. Dabei soll an dieser Stelle zwischen internationaler, durch völkerrechtliche Verträge oder supranationale Organisationen, und nationaler Rechtsetzung unterschieden werden.

##### a. International

Schon *von Savigny* hat die Bedeutung von völkervertraglichen Übereinkommen für das Erreichen des Ideals des internationalen Entscheidungseinklangs betont.<sup>40</sup> Er selbst glaubte jedoch noch, dass wenn „diese bereits angefangene Entwicklung des Rechts nicht durch unvorhergesehene äußere Umstände gestört [wird], so lässt sich erwarten, dass sie zuletzt zu einer völlig übereinstimmenden Behandlung unserer Lehre in allen Staaten führen wird.“<sup>41</sup> Diese Prophezeiung hat sich leider nicht verwirklicht. Jedoch ist *von Savigny* zuzustimmen, dass das effektivste Mittel zur Verwirklichung des äußeren Entscheidungseinklangs international vereinheitlichtes Kollisionsrecht ist. Aufgrund eines umfassenden völkerrechtlichen Übereinkommens wären die Gerichte aller Unterzeichnerstaaten gehalten, auf gleich gelagerte Fälle das gleiche materielle Recht anzuwenden.

Bei Vereinheitlichungen im europäischen Kontext ist zu fragen, ob hier wirklich, wie von den Europäischen Institutionen postuliert, der internationale Entscheidungseinklang gefördert wird. Grundsätzlich stimmt der Ansatz mit der oben entwickelten Definition überein. Durch die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts wird eine Entscheidung in allen Mitgliedstaaten – außer in Dänemark – unabhängig vom Gerichtsstand durch dasselbe materielle Recht beurteilt. Jedoch ergibt sich daraus allein noch kein internationaler Entscheidungseinklang. Vielmehr muss hier von

einem innereuropäischen Entscheidungseinklang gesprochen werden, der direkt durch die Europäische Gesetzgebung entsteht. Ob darüber hinaus auch eine Signalwirkung für andere Länder entsteht, diese Regelungen zu übernehmen, um wahrlich internationalen Entscheidungseinklang zu erwirken, ist fraglich. Jedoch hat beispielsweise das Oberste Volksgericht in Ausgestaltung des chinesischen Internationalen Vertragsrechts eine Verordnung erlassen, in deren Art. 5 die Vermutungsregelungen des Art. 4 Rom I-VO weitestgehend übernommen wurden.<sup>42</sup> Letztlich ist schon hier festzuhalten, dass einheitliche europäische Gesetzgebung nicht automatisch internationalen Entscheidungseinklang bewirkt, sondern lediglich innereuropäischen Entscheidungseinklang.

#### b. National

Nationale Gesetzgebung hingegen scheint auf den ersten Blick ein Feind des internationalen Entscheidungseinklangs zu sein. Wenn jeder Staat sein eigenes IPR-Gesetz verabschiedet, kann man nicht erwarten, dass dies nennenswert zum internationalen Entscheidungseinklang beiträgt. Vielmehr ist zu befürchten, dass jeder Staat eine eigene Lösung findet und es so zu einer Zerstückelung des Internationalen Privatrechts kommt. Zudem ist Gesetzeswerk eine relative starre Materie. Die deutsche Kodifikation galt beispielsweise mit wenigen Änderungen fast ein Jahrhundert lang in der Fassung von 1896. Die Vorarbeiten für die IPR-Reform von 1986 reichen dabei bis in die fünfziger Jahre zurück. Demnach ist zu befürchten, dass nationale Kodifikationen sich nicht an aktuelle internationale Trends anpassen können.

Positiv auf den internationalen Entscheidungseinklang wirken sich nationale Kodifikationen jedoch aus, wenn sie von anderen Gesetzgebern übernommen werden. Schon *Wengler* betonte, dass „vor allem in kleineren Staaten mit unausgebildeten gesetzlichen Kollisionsnormen und geringer Judikatur bei Internationalprivatrechtsfällen immer wieder auf die Vorbilder der entwickelten Staaten zurückgegriffen wird.“<sup>43</sup> Ein Beispiel ist das ägyptische Zivilgesetzbuch von 1948, das einen beachtlichen Siegeszug in den Mitgliedstaaten der Arabischen Liga unternommen hat.

Dennoch ist diese Entwicklung in Hinblick auf den internationalen

Entscheidungseinklang bedenklich. Die Vertreter von nationalen internationalprivatrechtlichen Kodifikationen hingegen sehen darin keinen Widerspruch.<sup>44</sup> Nach ihnen erfüllt das Streben nach der besten und gerechtesten Kollisionsnorm automatisch das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs. Nachdem die bestmögliche Regelung in einem Staat gefunden ist, wird sich die internationale Anerkennung ganz automatisch einstellen und alle Staaten (der Welt!) werden dieser Regelung folgen.<sup>45</sup> Das Ideal vom internationalen Entscheidungseinklang wäre erfüllt. Die Realität sieht jedoch anders aus. Die Erfahrung zeigt, dass gute Vorschläge auf verbreitetes Interesse stoßen, aber der Ruf nach noch besseren Vorschlägen ebenfalls erhält.<sup>46</sup> Ein bestimmtes Gesetz oder Projekt wird nicht Vorbild für eine Neuregelung. Vielmehr sucht der Gesetzgeber sich aus allen bestehenden Kodifikationen die ihm am gelungensten erscheinenden Normen heraus, um daraus eigenständig etwas noch Neueres und Besseres zu entwickeln.<sup>47</sup> Auf dem Weg in eine bessere Zukunft erscheint es geradezu unausweichlich, dass die Anknüpfungsregeln immer differenzierter werden. *Kropholler* sieht darin sogar den einzigen Ausweg, denn „eine bessere Methode als ein verfeinertes Kollisionsrecht ist nicht in Sicht.“<sup>48</sup> Dies mag zwar zu einem besseren Internationalen Privatrecht beitragen, aber sicherlich nicht zur Erfüllung des Ideals des internationalen Entscheidungseinklangs. Somit ist nationale Kollisionsgesetzgebung im Hinblick auf den internationalen Entscheidungseinklang im Ergebnis eher kontraproduktiv.

## 2. Rechtsanwendung

Neben der Rechtsetzung ist der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs auch bei der Rechtsanwendung von Bedeutung. Hierauf soll jedoch nur kurz eingegangen werden, weil sich diese Arbeit primär mit den Fragen der Rechtsetzung beschäftigt. Bei der Rechtsanwendung lässt sich auf zwei Ebenen ansetzen.

Zum einen ist das Ideal des Entscheidungseinklangs bei der Anwendung des inländischen Kollisionsrechts zu berücksichtigen, in der Form, dass dabei mit dem fremden Kollisionsrecht eine gewisse Koordinierung anzustreben ist. Dies ist vor allem bei der rechtsvergleichenden



Qualifikation der Fall.<sup>49</sup> Zu beachten ist dabei meist nur diejenige fremde Rechtsordnung, die nach inländischem Kollisionsrecht an sich maßgebend ist, z.B. beim *renvoi*<sup>50</sup> und der unselbständigen Anknüpfung der Vorfrage<sup>51</sup>. Denn nach inländischer Auffassung steht diese Rechtsordnung dem Sachverhalt am nächsten. Jedoch gibt es auch die Rücksichtnahme auf eine nach inländischer Sicht nicht zuständige Rechtsordnung. Diese Konstellation wird beim Vorrang des Einzelstatuts nach Art. 3a II EGBGB deutlich. Jedoch führen alle diese Berücksichtigungen nicht zu völligem Entscheidungseinklang, sie können die Widersprüche lediglich verringern. Allgemein lässt sich sagen, dass man von widersprechenden nationalen Kollisionsnormen aus nicht zu widerspruchsfreien, einheitlichen Ergebnissen gelangen kann.<sup>52</sup>

Zum anderen kann der internationale Entscheidungseinklang auch bei der Anwendung des inländischen materiellen Rechts angestrebt werden. Die Möglichkeit, die Beurteilung einer aufgrund des inländischen Rechts nicht anwendbaren, aber durch den Sachverhalt berührten ausländischen Rechtsordnung, zu berücksichtigen, bietet sich auch im Sachrecht.<sup>53</sup> Verschiedene sachrechtliche Gründe, insbesondere die Anwendung generalklauselartiger Begriffe, wie Unbilligkeit oder Kindeswohl, eröffnen dazu die Möglichkeit. Sie ermöglichen dem Rechtsanwender, ein Ergebnis zu erzielen, das zu einer Harmonisierung des anwendbaren inländischen Rechts mit dem durch das Kollisionsrecht verdrängten ausländischen Recht führt. Die Grenzen, in deren Rahmen dies möglich ist, setzt dabei das inländische materielle Recht.<sup>54</sup>

Beide Möglichkeiten der Berücksichtigung des internationalen Entscheidungseinklangs bei der Rechtsanwendung führen nicht zu der Verwirklichung dieses Gesetzgebungsziels, aber es sind Schritte in die richtige Richtung.

#### IV. Kritik

Wo die Mehrheit der deutschen Kollisionsrechtler die Bedeutung des Grundsatzes des internationalen Entscheidungseinklangs betont, halten andere die Erreichung dieses Ziels für eine bloße Utopie. Besonders *Juenger* hat sich als Kritiker des Ideals des internationalen

Entscheidungseinklang profiliert.<sup>55</sup> Seiner Ansicht nach sei dieses Ideal Ausgangspunkt und Grundlage für *von Savignys* These vom Sitz des Rechtsverhältnisses gewesen.<sup>56</sup> Jedoch habe gerade der Erfolg von *von Savignys* These viele Gelehrte von prozessualen Überlegungen abgehalten: Jene, die *von Savignys* These, dass uniformes Internationales Privatrecht eines Tages internationalen Entscheidungseinklang herbeiführen würde, folgen, hätten ihre Augen vor den weltweit überlappenden Jurisdiktionen verschlossen, welche die Haupthürde für die Verwirklichung dieses Ideals bilden.<sup>57</sup> Formeln wie die von der „engsten Verbindung“ oder die Theorie von internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit seien lediglich Spielarten von *von Savignys* „Sitz des Rechtsverhältnisses“. Beschäftigung mit solchen illusorischen Konzepten habe die Forschung nach dem Verhältnis von Internationalem Prozessrecht und Privatrecht nicht gefördert.

*Juenger* führt weiter aus, dass selbst bei international einheitlichem Kollisionsrecht kein internationaler Entscheidungseinklang erreicht werde, vor allem das *forum shopping* nicht unterbunden würde.<sup>58</sup> Nach seinen praktischen Erfahrungen, er führt hier insbesondere den Fall *Paris Air Crash*<sup>59</sup> an, sei nicht das anwendbare Recht, sondern seien vielmehr die prozessualen Besonderheiten ausschlaggebend für die Wahl des Forums und das *forum shopping*. Die USA seien für ausländische Kläger vor allem wegen *pre-trial discovery*, Erfolgshonoraren und Jury-Prozessen attraktiv.

*Juenger* meint, dass weder nationale internationalprivatrechtliche Kodifikationen noch internationale Übereinkommen auf dem Gebiet des Kollisionsrechtes bislang in der Lage waren, internationalen Entscheidungseinklang herzustellen.<sup>60</sup> Der einzige richtige Ansatzpunkt zur Bekämpfung von *forum shopping* sei die Abgrenzung der internationalen Zuständigkeiten der einzelnen Länder untereinander. Dies würde letztlich auf *Ehrenzweigs* These der *lex fori in foro proprio* hinauslaufen.<sup>61</sup> Wenn jedoch nur ein Gericht für die Beurteilung eines Sachverhalts zuständig ist, stellt sich das Problem des internationalen Entscheidungseinklangs auch nur noch sehr begrenzt, nämlich bei Statusfragen, die immer wieder als Grundlage von Prozessen auftauchen. Aber gerade in diesem Bereich spielt es eine bedeutende Rolle, so dass eine prozessuale Lösung über die Harmonisierung der internationalen Zuständigkeit allein die Problematik nicht löst. Die Verwirklichung einer

weltweit abschließenden Zuständigkeitsabgrenzung ist jedoch noch unrealistischer als die eines weltweit vereinheitlichten Internationalen Privatrechts. Die Verhandlungen über eine Haager Konvention über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen darf man wohl inzwischen für gescheitert erklären. Aber auch auf nationaler Ebene halten sich die Aktivitäten zur Begrenzung internationaler Zuständigkeiten im Rahmen: Zwar sind im Bereich der Europäischen Union im Rahmen der Brüssel I-VO die exorbitanten Zuständigkeiten beschnitten worden, jedoch nur im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander.<sup>62</sup> Auch in den USA wurde die exorbitante internationale Zuständigkeit, die lediglich auf der Zustellung der Klage im Ausland beruht, noch 1990 vom *Supreme Court* bestätigt.<sup>63</sup> Zudem ist ein Nebeneinander von allgemeinen und besonderen Gerichtsständen gerade im internationalen Kontext wünschenswert, da dort die Gerechtigkeitserwägungen für besondere Gerichtsstände – häufig die Beweisnähe – besonders zu Geltung kommen.

Aus dem Umstand, dass weder internationalprivatrechtliche Regeln noch prozessuale Ansätze internationalen Entscheidungseinklang herbeiführen können, folgert *Juenger*, dass der internationale Entscheidungseinklang nicht das Ziel des Internationalen Privatrechts sein kann: „*Decisional harmony is neither possible nor entirely desirable.*“<sup>64</sup>

*Juengers* Kritik ist jedoch aus zwei Gründen nicht zuzustimmen. Zum einen verkennt er die Reichweite des Grundsatzes des internationalen Entscheidungseinklangs. Zum anderen gibt es keinen Grund ein Ziel, nur weil es sich im Augenblick nicht praktisch verwirklichen lässt, gänzlich aufzugeben.

*Juenger* sieht den Entscheidungseinklang nur verwirklicht, wenn ein Fall in unterschiedlichen Jurisdiktionen identisch entschieden wird. Wenn A also B aus einem Autounfall auf Schadensersatz verklagt, sei der Entscheidungseinklang nur gewahrt, wenn A bei Klage in seinem Heimatstaat exakt die gleiche Summe an Schadensersatz und Schmerzensgeld zugesprochen bekäme wie bei einer Klage im Heimatstaat von B. Dieses Ziel ist wahrlich utopisch. Es ist nach praktischen Erfahrungen schon unwahrscheinlich, dass ein Fall von zwei verschiedenen Kammern eines Gerichtes gleich entschieden würde. Sobald

ein Richter Ermessen hat, ist absolute Identität der Entscheidungen nicht realisierbar. Divergenzen können beispielsweise bei der Bewertung von Beweisen oder der Höhe des zugesprochenen Schmerzensgelds auftreten. Dies ist unvermeidbar.

Divergenzen bei den gerichtlichen Entscheidungen sind auch angesichts der Unterschiede in den nationalen Prozessrechten zu erwarten. Das Beweisrecht ist hier nur ein Beispiel. Während man im Common Law im Rahmen der *disclosure* die Vorlage von Unterlagen von der Gegenpartei verlangen kann,<sup>65</sup> gilt in Deutschland der Beibringungsgrundsatz. Inwiefern der neue § 142 ZPO hier eine Angleichung erreichen wird, ist noch abzuwarten. In Frankreich sind die Parteien sogar gänzlich auf ihre Unterlagen angewiesen, da der Zeugenbeweis fast keine Bedeutung hat.<sup>66</sup> In Deutschland hingegen spielt dieser im Prozess eine bedeutende Rolle. All diese Unterschiede führen dazu, dass internationaler Entscheidungseinklang aus kollisionsrechtlicher Sicht lediglich die Anwendung gleichen Rechts auf einen Sachverhalt bedeuten kann.

Aber es ist auch realistischerweise anzunehmen, dass, wenn ein Internationalprivatrechtler von internationalem Entscheidungseinklang spricht, dieser lediglich die Anwendung gleichen Rechts auf einen Fall meint. Schon *von Savigny* ist dies zu entnehmen, wenn er von seiner Hoffnung spricht, dass „...die bereits angefangene Entwicklung des Rechts [...] zuletzt zu einer völlig übereinstimmenden Behandlung unserer Lehren in allen Staaten führen wird.“<sup>67</sup> *Juenger* scheint dieser Verwechslung vor allem deshalb zu erliegen, da er die Bekämpfung des *forum shopping* mit dem Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs gleichsetzt. Dies ist jedoch nur begrenzt richtig. Der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs kann einen Beitrag zur Verringerung des *forum shopping* liefern, aber es, wie oben dargestellt, nicht gänzlich verhindern.

Auch *Juengers* zweiter Begründungsansatz überzeugt nicht. Der Umstand, dass bislang weder nationale noch internationale Kodifikationen auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs verwirklichen konnten, zwingt nicht dazu, dieses Ziel gänzlich aufzugeben. Es spricht eher dafür, diesem Ziel noch mehr und verstärkt Aufmerksamkeit zu schenken, um die derzeit bestehenden Nachteile zu beseitigen.

In diese Richtung geht auch die Kritik anderer Autoren, die dabei vor allem den nationalen Gesetzgeber im Blick haben.<sup>68</sup> Zum einen wisse man nicht, was andere Staaten tun und schon gar nicht, was sie tun werden. Je nach Lage könne man lediglich mit einem einzigen, mit mehreren und nur selten mit allen Staaten Einklang erzielen. Daraus wird gefolgert, dass es besser sei „nach möglichst gerechter Ausbildung des eigenen IPR“ zu streben und das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs außer Acht zu lassen.<sup>69</sup>

Doch auch diesen Kritikern ist das oben Gesagte entgegenzuhalten. Das bisherige Versagen, völligen internationalen Entscheidungseinklang zu erreichen, darf und kann die Bedeutung dieses Zieles für das Internationale Privatrecht nicht schmälern. Dabei richtet sich dieses Ideal auch an den nationalen Gesetzgeber. Für diesen hat der internationale Entscheidungseinklang vor allem in seiner Form als „kategorischer Imperativ“ Bedeutung. Solche Anknüpfungen, die von vornherein nicht internationalisierungsfähig scheinen, haben zu unterbleiben. Auch ist im Zweifel für den internationalen Entscheidungseinklang zu entscheiden: Werden neue Lösungen vorgeschlagen, deren kollisionsrechtlicher Wert von Anfang an zweifelhaft erscheint, so ist diejenige Lösung zu wählen, die das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs fördert. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Regelungen in der Rom I-VO zum Schutz der Verbraucher (Art. 6 Rom I-VO) und Arbeitnehmer (Art. 8 Rom I-VO) zweifelhaft, da sie allein den Interessen der Staaten dienen, die auf diesem Gebiet ein hohes Schutzniveau aufweisen und nicht jenen, die im Bestreben, ihre Wirtschaftsentwicklung zu forcieren, ein niedriges Schutzniveau gewählt haben.

## *V. Zusammenfassung*

Der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs stammt aus der Zeit vor den großen nationalen Kodifikationen. Dadurch scheint es eine überkommene Vorstellung zu sein, die durch diese nationalen Kodifikationen an Bedeutung verloren hat. Festzuhalten ist, dass internationale Übereinkommen nicht *per se* den internationalen Entscheidungseinklang fördern, sondern – ähnlich wie nationale Kodifikationen – sich daran messen lassen müssen, inwiefern ihre

Lösungen auch für Nicht-Signatare akzeptabel sind. Dabei ist den Kritikern dieses Grundsatzes zuzustimmen, dass der internationale Entscheidungseinklang bislang noch nicht erreicht wurde und dieser wahrlich nur durch ein weltweit vereinheitlichtes Kollisionsrecht geschaffen werden kann, dennoch ist dieses Ideal für das Internationale Privatrecht wichtig wie eh und je.<sup>70</sup> In seiner heutigen Ausformung wäre freilich der ursprünglich von *Wengler* vorgebrachte Begriff des Konfliktminimums treffender.<sup>71</sup>

## **B. Innerer Entscheidungseinklang**

Dem Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs steht das Ideal des inneren Entscheidungseinklangs gegenüber, welches früher auch als materielle Harmonie<sup>72</sup> bezeichnet wurde.

### *I. Inhalt*

Der Grundsatz des inneren Entscheidungseinklangs besagt, dass eine Rechtsfrage so zu entscheiden ist, dass die Entscheidung mit anderen, tatsächlich oder möglicherweise innerhalb desselben Staates zu treffenden Entscheidungen inhaltlich im Einklang zu stehen habe.

### *II. Begründung*

Ebenso wie für den internationalen Entscheidungseinklang als Begründung die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen in verschiedenen Ländern angeführt wurde, kann für den internen Entscheidungseinklang die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen im Inland angeführt werden. Die unterschiedliche Beurteilung ein und derselben Rechtsfragen in ein und derselben Rechtsordnung ist einem juristischen Laien nur schwer zu vermitteln. Dies wird insbesondere bei Statusfragen deutlich. Die Frage der Gültigkeit einer Ehe, beispielsweise, sollte in einem Staat immer gleich beantwortet werden. Dies ist jedoch in Deutschland bei Mehrehen nicht der Fall. Diese werden zwar grundsätzlich anerkannt: Es gelten alle Kinder als ehelich und allen „Ehefrauen“ wird im Todesfall ein Erbanspruch

zugesprochen.<sup>73</sup> Ausnahmen werden jedoch gemacht, wenn es um die Möglichkeit des Nachzuges aufgrund einer bestehenden Ehe geht.<sup>74</sup>

Im Grundsatz lässt sich das Ideal des Entscheidungseinklangs auf das Prinzip der Vorhersehbarkeit zurückführen; dies unter der Prämisse, dass nach dem Prinzip der Vorhersehbarkeit der jeweils Betroffene in der Lage sein muss, von seinem Standpunkt aus die mögliche Entscheidung abzuschätzen. Ergibt jetzt in einem Staat eine Entscheidung, dann darf der Betroffene annehmen und wird es auch, dass eine weitere Entscheidung in diesem Staat nicht zu einem anderen Ergebnis führen wird. Wird jedoch der Grundsatz des inneren Entscheidungseinklangs vernachlässigt, könnten gerade widersprechende Entscheidungen das Ergebnis sein. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Abschaffung des Anerkennungsvorbehalts der Anwendung eines anderen Kollisionsrechts sowohl in der ZPO als auch der Brüssel I-VO. Dies kann dazu führen, dass widersprechende ausländische Entscheidungen im Inland anerkannt werden müssen. Diese Überlegungen verdeutlichen, dass der innere Entscheidungseinklang nicht losgelöst von dem Prinzip der Vorhersehbarkeit betrachtet werden kann.

Jedoch ist fraglich, ob das Prinzip der Vorhersehbarkeit auch des inneren Entscheidungseinklangs zu seiner Verwirklichung bedarf. Nach den obigen Ausführungen ist es schwer vorstellbar, das Ideal des inneren Entscheidungseinklangs losgelöst von dem Prinzip der Vorhersehbarkeit zu betrachten. Die Erwartung ist verständlich, dass die Entscheidung einer Rechtsfrage nicht mit anderen Entscheidungen dieser Rechtsfrage in einem Staat kollidiert. Jedoch ist diese Erwartung nicht zwingend; auch innere Entscheidungswidersprüche sind vorhersehbar. Dass ein und dieselbe Rechtsfrage nicht immer gleich entschieden wird, ist in Deutschland im Gesetz sogar berücksichtigt worden. Dieser Umstand ist der Grund für das Institut der Streitverkündung gemäß §§ 72 ff. ZPO.<sup>75</sup> Hierbei soll verhindert werden, dass der Streitverkünder einen doppelten Prozessverlust in den Fällen erleidet, in denen er wegen der materiellrechtlichen Abhängigkeit der im Erst- und Folgeprozess geltend gemachten Ansprüche jedenfalls in einem Prozess obsiegen müsste.<sup>76</sup> Folglich ist dem Juristen aufgrund der Relativität der Entscheidungen die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen nicht fremd. Ob sie

wiederum vorhersehbar ist, ist eine Frage der Ausgestaltung der anwendbaren Normen, worauf erst später eingegangen werden soll. Jedoch ist festzuhalten, dass die Vorhersehbarkeit keineswegs inneren Entscheidungseinklang vorschreibt.

Auch deshalb wird dem Grundsatz des inneren Entscheidungseinklangs bei weitem nicht dieselbe Bedeutung zugemessen wie dem internationalen Entscheidungseinklang. Schon *Wengler* erkennt, dass dieser Grundsatz lediglich in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangt.<sup>77</sup> Dennoch schreibt *Wengler* ihm eine Vorrangstellung gegenüber dem internationalen Entscheidungseinklang zu, sofern eine hinreichende Inlandsbeziehung bestehe und die andernfalls entstehenden Widersprüche unerträglich wären.<sup>78</sup> *Zweigert* geht hingegen weiter, wenn er feststellt, dass das Ideal des inneren Entscheidungseinklangs kein echtes Prinzip des Internationalen Privatrechts ist, sondern lediglich eine Konzession an das materielle Ergebnis im Einzelfall.<sup>79</sup> Meines Erachtens geht *Zweigert* dabei zu weit. Zwar ist diese Schlussfolgerung von seinem Standpunkt aus nachvollziehbar, doch lässt sich aus der geringen Bedeutung des Prinzips des inneren Entscheidungseinklangs nicht ableiten, dass es nicht ein eigenständiges Prinzip des Internationalen Privatrechts ist.

### *III. Verwirklichung*

Der Grundsatz des inneren Entscheidungseinklangs wirkt sich vor allem auf die Frage aus, ob eine Vorfrage selbstständig oder unselbstständig angeknüpft werden soll. Während die selbständige Anknüpfung, also die Beurteilung nach dem Kollisionsrecht des Forums, dem inneren Entscheidungseinklang Vorschub leistet, begünstigt eine unselbständige Anknüpfung, also nach dem Kollisionsrecht der *lex causae*, den internationalen Entscheidungseinklang.

*Wengler* weist darauf hin, dass „[s]tets und überall materielle Harmonie zu fordern, hieße, dass von den Gerichten eines Staates immer nur ein und dasselbe Recht angewendet wird, denn nur ein geschlossenes nationales Recht kann die einzelnen Sachnormen so aufeinander abstimmen, dass die Entscheidungen restlos miteinander harmonisieren.“<sup>80</sup> *Wenglers* Vorstellung von der Verwirklichung des inneren Entscheidungseinklangs



geht jedoch zu weit und fußt vermutlich in der Vermengung des Grundsatzes des inneren Entscheidungseinklangs und der materiellen Harmonie. Die Anwendung nur eines Rechts auf einen Lebenssachverhalt durch die Gerichte eines Staates ist nicht erforderlich. Vielmehr ist lediglich erforderlich, dass ein Rechtsverhältnis immer durch dasselbe Recht beurteilt wird. Beispielsweise reicht es zur Erreichung des inneren Entscheidungseinklangs aus, dass die Ehe zwischen zwei griechischen Staatsangehörigen, A und B, immer nach griechischem Recht beurteilt wird. Selbst wenn man die Forderung nach innerem Entscheidungseinklang von gleichen auf nur gleich gelagerte Fälle ausdehnt, ändert sich daran nichts. Dafür ist natürlich die Abgrenzung von gleich gelagerten Fällen und anders gelagerten Fällen entscheidend. Ein gleich gelagerter Fall liegt vor, wenn es um alle Ehen zwischen griechischen Staatsangehörigen geht. Wenn beispielsweise alle Ehen zwischen zwei griechischen Staatsangehörigen nach griechischem Recht beurteilt werden, ist auch so der innere Entscheidungseinklang zu erreichen. Entscheidend für die Verwirklichung des inneren Entscheidungseinklangs ist indes, dass die Ehe zwischen zwei griechischen Staatsangehörigen immer nach griechischem Recht beurteilt wird, unabhängig davon, in welchem Zusammenhang sich die Frage nach der Wirksamkeit der Ehe stellt: ob als Vorfrage, Erstfrage oder Teilfrage, ob im Delikt-, Vertrags- oder Ehestatut. Geht es jedoch um die Ehe zwischen einem deutschen und einer griechischen Staatsangehörigen, so handelt es sich um einen anders gelagerten Fall, so dass zur Erfüllung des inneren Entscheidungseinklangs die Anwendung griechischen Rechts nicht erforderlich ist.

#### *IV. Zusammenfassung*

Es lässt sich zusammenfassen, dass es sich auch bei dem Ideal des inneren Entscheidungseinklangs um einen Grundsatz des Internationalen Privatrechts handelt. Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit verlangt jedoch nicht nach innerem Entscheidungseinklang, auch widersprüchliche Entscheidungen können vorhersehbar sein. Die Verwirklichung des Grundsatzes des inneren Entscheidungseinklangs läuft vor allem bei der Frage der Anknüpfung der Vorfrage dem Ideal des internationalen

Entscheidungseinklangs entgegen. In welchem Verhältnis diese Grundsätze zueinander stehen, ist noch zu klären.

### **C. Materielle Harmonie**

Schon oben wurde auf den Grundsatz der materiellen Harmonie hingewiesen. Damit wurde früher der Grundsatz des inneren Entscheidungseinklangs bezeichnet, doch hat sich inzwischen eine eigenständige Bedeutung herauskristallisiert.

#### *I. Inhalt*

Das Leitbild der materiellen Harmonie ist bestrebt, den gesamten Lebenssachverhalt einer einheitlichen Rechtsordnung zu unterstellen und ihn nicht in verschiedenen Rechtsbeziehungen aufzugliedern, die möglicherweise unterschiedlichen Rechtsordnungen unterfallen.<sup>81</sup> Diesem Leitbild wurde beispielsweise noch im *Restatement 1st of Conflict of Laws* in den USA entsprochen, dem die *depeçage* weitestgehend unbekannt war.<sup>82</sup>

#### *II. Begründung*

Der Grundsatz der materiellen Harmonie begründet sich somit auch hauptsächlich aus den Schwierigkeiten, welche sich aufgrund der allgemein praktizierten *depeçage* ergeben. Dieses Kodifikationsziel ist bemüht, Qualifikations- und Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, die sich durch die gleichzeitige Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf einen Lebenssachverhalt ergeben. Das Ziel der materiellen Harmonie will Normenmangel oder Normenhäufung verhindern, die durch die Anwendung mehrere Rechtsordnungen entstehen, weil im Zweifel nur die Rechtsnormen einer Rechtsordnung so aufeinander abgestimmt sind, dass es nicht zu Wertungswidersprüchen kommt. Ein Beispiel hierfür ist die Ausweitung der vertraglichen Haftung im deutschen Recht, man denke nur an die *Culpa in Contrahendo*, den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, die positive Forderungsverletzung und die Kombination dieser Institute, um die Schwächen des deutschen Deliktsrechts – kein Ersatz

reiner Vermögensschäden sowie die nur beschränkte Haftung für Hilfspersonen – zu kompensieren.

Der Grundsatz der materiellen Harmonie ist die Fortsetzung des Ideals des inneren und internationalen Entscheidungseinklangs auf der materiellen Ebene. Auf Ebene des Kollisionsrechts sorgt der Entscheidungseinklang dafür, dass ein und dasselbe Rechtsverhältnis immer derselben Rechtsordnung unterworfen wird. Würde ein Rechtsverhältnis in unterschiedlichen Ländern oder abhängig von dem Zusammenhang, in dem es betrachtet wird, verschiedenen Rechtsordnungen unterworfen, bestünde die Gefahr, dass es zu Wertungswidersprüchen kommt. Eine Rechtsordnung könnte das Rechtsverhältnis als bestehend ansehen, wohingegen die andere Rechtsordnung die Wirksamkeit verneint. Ein solches Ergebnis – häufig in Form widersprüchlicher Entscheidungen bzw. hinkender Rechtsverhältnisse – wäre dem Rechtsunterworfenen nur schwer zumutbar.

Diesen Gedanken setzt das Ideal der materiellen Harmonie auf Ebene des materiellen Rechts fort. Auch wenn der Entscheidungseinklang erfüllt ist und immer dieselbe Rechtsordnung auf ein Rechtsverhältnis angewandt wird, können sich auf materieller Ebene Widersprüche ergeben, die sich aus dem Vergleich der Behandlung des Lebenssachverhalts – der häufig aus verschiedenen Rechtsverhältnissen besteht – in den betroffenen Rechtsordnungen ergeben. Ein beispielhafter Lebenssachverhalt wäre ein Fall der Gehilfenhaftung für die Verletzung von Eigentum, bei dem das vertragliche Rechtsverhältnis englischem Recht und das deliktische Rechtsverhältnis deutschem Recht unterliegt. Nach englischem Vertragsrecht beschränkt sich die vertragliche Haftung auf die Erfüllung der Hauptleistungspflicht.<sup>83</sup> Angenommen, das Eigentum wurde trotz ordnungsgemäßer Erfüllung der Hauptleistungspflicht verletzt, somit besteht nach englischem Vertragsrecht keine Haftung des Geschäftsherrn. Nach deutschem Deliktsrecht wird eine Haftung für den Gehilfen regelmäßig an der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB scheitern. Dies ist im Deliktsrecht auch grundsätzlich nicht gravierend, da die vertragliche Haftung nach deutschem Recht sich auch auf Nebenpflichtverletzungen erstreckt und in diesem Rahmen auch die wesentlich strengere Haftungszuordnung von § 278 BGB gilt. Aus der Kombination der Anwendung von englischem Vertragsrecht und deutschem Deliktsrecht

würde man somit keine Haftung begründen können, obgleich bei der Unterwerfung des gesamten Lebenssachverhalts unter englisches oder deutsches Recht eine Haftung jeweils zu bejahen wäre.

Die von dem Ideal der materiellen Harmonie bevorzugte Unterwerfung des gesamten Lebenssachverhalts unter nur eine Rechtsordnung würde diese Widersprüche vermeiden. Problematisch erscheint daran jedoch, dass gerade die mit der *depeçage* verbundene Ausdifferenzierung internationalprivatrechtlicher Anknüpfungen – wie bei der Bildung von Teilfragen – als Errungenschaft zur Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit angesehen wird. Diesem Prozess ist das Ideal der materiellen Harmonie gegenläufig.

Widersprüche können sich aber auch mit dem internationalen Entscheidungseinklang ergeben. So soll beispielsweise die akzessorische Anknüpfung deliktischer Ansprüche an das Vertragsstatut der materiellen Harmonie Vorschub leisten. Dabei wurde die akzessorische Anknüpfung bewusst als Sachnormverweisung ausgestaltet, was die Gefahr birgt, dass die Rechtsordnung des Vertragsstatuts eine Weiterverweisung des Deliktstatuts vorgenommen hätte, was zu einer unterschiedlichen Behandlung des Lebenssachverhalts in zwei Staaten führt, so dass hierdurch letztlich der internationale Entscheidungseinklang beeinträchtigt werden kann.

### *III. Verwirklichung*

Materielle Harmonie lässt sich auf unterschiedliche Weisen verwirklichen. Die effektivste ist die Unterwerfung eines ganzen Lebenssachverhalts unter nur eine Rechtsordnung. Dies ist jedoch, wie oben schon erwähnt, bezüglich der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit und der damit verbunden ausdifferenzierten Anknüpfung bedenklich. Traditionell betont wird die materielle Harmonie bei Ausweichklauseln, die als Regelfall ihrer Anwendung eine akzessorische Anknüpfung vorschlagen.<sup>84</sup> Neben der akzessorischen Anknüpfung von einem Rechtsverhältnis an ein anderes lässt sich materielle Harmonie auch durch Ausweitung eines Statuts erreichen. So wurde beispielsweise in der Rom I-VO das Vertragsstatut auf die Verjährung (Art. 12 I d) Rom I-VO) und auf die Folgen der

Nichtigkeit (Art. 12 I e) Rom I-VO) ausgedehnt, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Auch die Anpassung beabsichtigt durch die Auflösung von Normenwidersprüchen zwischen mehreren anwendbaren Rechtsordnungen materielle Harmonie herzustellen. Dies gilt sowohl für den Fall des Normenmangels – die berufenen Rechtsordnungen haben den Lebenssachverhalt im jeweils der anderen Rechtsordnung unterworfenen Statut geregelt – als auch für die Normenhäufung – die berufenen Rechtsordnungen haben den Lebenssachverhalt im jeweils ihrer Rechtsordnung unterworfenen Statut geregelt. Zur Lösung dieser Problematik werden sowohl ein kollisionsrechtlicher als auch ein materiellrechtlicher Ansatz vorgeschlagen.<sup>85</sup> Normenwidersprüche werden kollisionsrechtlich beseitigt, indem der gesamte Lebenssachverhalt einer Rechtsordnung unterstellt wird, was häufig durch eine entsprechende Qualifikation erwirkt wird. Materiellrechtlich bietet sich nur die Schaffung neuer Sachnormen durch den Richter an. Gegen dieses Vorgehen bestehen Bedenken, da dem Richter für die Schaffung neuer Sachnormen keine Methode vorgegeben ist. Jedoch sind beide Lösungsansätze gleichermaßen geeignet, Normenwidersprüche im Sinne der materiellen Harmonie aufzulösen.

#### *IV. Zusammenfassung*

Das Ideal der materiellen Harmonie gewinnt durch immer ausdifferenziertere Kollisionsregeln an Bedeutung. Diese ausdifferenzierten Kollisionsregeln führen bei Anwendung unterschiedlichster Rechtsordnungen zwangsläufig zu Wertungswidersprüchen auf der Ebene des materiellen Rechts. Diesem Prozess will das Ideal entgegenwirken. Somit stellt es sich als Kind des modernen Internationalen Privatrechts dar. Es handelt sich jedoch um die Fortsetzung von den dem Entscheidungseinklang zu Grunde liegenden Gedanken auf der Ebene des materiellen Rechts. Dabei gerät es mit seinen Forderungen jedoch gerade mit diesen Idealen in Konflikt.<sup>86</sup>

#### **D. Rechtssicherheit**

Das Ideal der Rechtssicherheit geht auf die Aufklärung zurück.<sup>87</sup> Das wirtschaftlich erstarkende Bürgertum erhoffte so, die Macht des Adels zu begrenzen. Ziel war es, die Willkür des Staates zurückzudrängen und dem einzelnen Bürger einen gesicherten Freiraum zu schaffen. Folglich bildete die Rechtssicherheit einen bis 1918 im Wesentlichen unbestrittenen Bestandteil der Konzeption des liberalen Staates.<sup>88</sup> War die Rechtssicherheit ursprünglich primär im Verwaltungsrecht von Bedeutung, so gewann sie mehr und mehr an Einfluss im Privatrecht. Im deutschen Zivilrecht ist die Rechtssicherheit ein häufig betontes Ideal.<sup>89</sup> Bisweilen wird es sogar in absolute Höhen erhoben.<sup>90</sup> Dabei ist die Rechtssicherheit, ihrem Ursprung entsprechend, auch im deutschen Verfassungsrecht verwurzelt. Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder betont, dass der Vertrauensschutz im Rechtsstaatsprinzip verankert sei.<sup>91</sup> Auch der EuGH hat die Rechtssicherheit als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt und häufig in seiner Rechtsprechung bemüht.<sup>92</sup> Im Internationalen Privatrecht spielt die Rechtssicherheit ebenfalls eine große Rolle. Insbesondere *Karl Firsching* betonte ihre Bedeutung.<sup>93</sup>

### I. Inhalt

Der Inhalt des Prinzips der Rechtssicherheit wird unterschiedlich dargestellt. *Wiedemann* unterteilt das Prinzip der Rechtssicherheit in drei Teilelemente:<sup>94</sup> Rechtsbestimmtheit und damit verbundene Vorhersehbarkeit, Rechtsfrieden und Stabilität einer einmal eingeführten Ordnung und Rechtsmacht i.S.v. praktischer Durchsetzung der geltenden Verhaltensregeln. Vorhersehbarkeit bedeute dabei, dass der Rechtsanwender *a priori* bei Kenntnis aller rechtlich relevanten Umstände das anwendbare Recht ermitteln könne. Der Rechtsfrieden sei Ausdruck des Vertrauensprinzips und Basis des Vertrauensschutzes und damit verbunden sei beispielsweise das Rückwirkungsverbot. Rechtsmacht gehe auf das staatliche Gewaltmonopol zurück und bringe den Gedanken zum Ausdruck, dass eine Ordnung keine Sicherheit schaffe, wenn ihre Regeln nicht effektiv durchgesetzt werden können.

*Dietzi* nimmt eine ähnliche Unterteilung vor, sieht aber in der Rechtssicherheit nur zwei Komponenten enthalten.<sup>95</sup> Die erste

Komponente, welche sich aus der Sicht des Rechtssubjekts ergibt, bezeichnet er die Inhaltsbestimmtheit des Rechts als Orientierungssicherheit.<sup>96</sup> *Dietzi* differenziert dabei zwischen dem Rechtsunterworfenen und dem Rechtsanwender. Der Rechtsunterworfene wolle wissen, wie er sich gesetzestreu zu verhalten habe und umgekehrt, welches Verhalten er von anderen erwarten dürfe.<sup>97</sup> Dadurch werde die freiwillige Beachtung der Rechtsordnung gefördert.<sup>98</sup> Für den Rechtsanwender sei wesentlich, dass er den Inhalt einer Bestimmung unmittelbar aus dem Gesetz ableiten könne.<sup>99</sup> Hier seien als Beispiele nur die rechtsuchende Partei und deren Anwalt genannt, für die die Vorhersehbarkeit der Entscheidung für die Frage der Klageerhebung und des Weiterzugs durch die Instanzen von großer Bedeutung ist. Als zweite Komponente identifiziert *Dietzi* die Realisierungssicherheit. Darunter versteht er die Garantie, dass das geltende Recht angewandt und durchgesetzt werde.<sup>100</sup>

Dieses Element betont auch *Vischer*, wenn er feststellt, dass Rechtssicherheit im Allgemeinen bedeute, dass sich der Einzelne auf die Geltung der Gesetze verlassen könne.<sup>101</sup> Dies sei ein grundsätzliches, fast existentielles, menschliches Bedürfnis in einer sich ständig ändernden Welt.<sup>102</sup> Nur so könnten die geschützten Rechte und Interessen garantiert und durchgesetzt sowie die rechtlichen Pflichten des Einzelnen hinreichend bestimmt werden.<sup>103</sup> Rechtssicherheit werde gebraucht, damit die Entscheidungen staatlicher Gerichte vorhersehbar und die Maßnahmen der Richter und der Staatsbeamten im Vornherein beschränkt seien.<sup>104</sup>

Ähnlich argumentiert *Basedow*, der bei der Rechtssicherheit zwischen einem subjektiven und einem objektiven Element unterscheidet.<sup>105</sup> Das subjektive Element der Rechtssicherheit sei ein Annex der subjektiven Rechte und drücke sich in einem subjektiv gefärbten Vertrauensschutz aus.<sup>106</sup> Rechtssicherheit bedeute somit in erster Linie Sicherheit der Rechte des Einzelnen. Das objektive Element der Rechtssicherheit sieht *Basedow* als allgemeines Streben nach Widerspruchsfreiheit und Stabilität, Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit oder Berechenbarkeit des Rechts.<sup>107</sup> Bei diesen Betrachtungen stellt *Basedow* zutreffend fest, dass sich die objektiv verstandene Rechtssicherheit vom individuellen Vertrauensschutz ablösen und sogar gegen ihn wenden könne.<sup>108</sup>

Letztlich stimmen alle vier Autoren inhaltlich weitestgehend überein. *Wiedemann* unterteilt lediglich die Realisierungssicherheit in Rechtsfrieden und Rechtsmacht. *Vischers* Ansicht ist historisch verwurzelt, da er das Zurückdrängen der staatlichen Willkür betont. *Basedow* ist jedoch insoweit hervorzuheben, als dieser die innere Antinomie der Rechtssicherheit verdeutlicht.

## II. Begründung

*Blaurock* geht in seiner Begründung für die Bedeutung der Rechtssicherheit auf die grundsätzlichen Zwecke des Rechts ein.<sup>109</sup> Das Recht stelle allgemeine Verhaltensregeln auf, mit dem Ziel, Konflikte zu vermeiden.<sup>110</sup> Dazu müssten Parteien in der Lage sein, ihre Pflichten *a priori* zu bestimmen und *ex ante* die bevorstehende Beurteilung der Streitigkeit durch einen Richter vorauszusagen.<sup>111</sup> Bestehen beispielsweise keine sicheren Anhaltspunkte, welche Rechtsordnung der Richter von seiner retrospektiven Warte aus dem Vertrag zugrunde legen wird, können die Parteien dies nicht leisten.<sup>112</sup> *Wengler* spitzt dies zu und stellt die Frage, wie jemand seine Pflichten erfüllen solle, wenn er noch nicht einmal wisse, von welcher Rechtsordnung sie bestimmt würden.<sup>113</sup> So könne das Ziel der allgemeinen Konfliktvermeidung nicht erreicht werden. Darüber hinaus wird die Gewährleistung der Vorhersehbarkeit auch von der Schule der ökonomischen Analyse des Rechts betont.<sup>114</sup> Die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse erlaube deren gezielte Bewertung und entsprechend einen rationaleren Umgang mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen.

## III. Verwirklichung

Die Verwirklichung der Rechtssicherheit ist eine Aufgabe der gesamten Rechtsordnung.<sup>115</sup> Alle drei Gewalten können und müssen dazu einen Beitrag leisten: Die Legislative durch die Positivierung des Rechts in möglichst klare und präzise Gesetze, die Judikative durch deren konsistente Anwendung unter Verzicht auf Kasuistik und die Exekutive durch die Einengung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen mittels



weitestgehender Selbstbindung. In dieser Arbeit sollen aufgrund der Themensetzung nur die Beiträge der Legislative betrachtet werden. Dabei scheint die Legislative die Rechtssicherheit auf den ersten Blick am besten durch klare und starre Regeln verwirklichen zu können.<sup>116</sup> Ob dies sich auf den zweiten Blick bestätigt, ist umstritten. Vor allem Befürworter von Ausweichklauseln tragen vor, dass schon die bloße Kodifikation einer Abweichungsmöglichkeit mehr Vorhersehbarkeit und somit mehr Rechtssicherheit bringe.<sup>117</sup> Es ist zuzugeben, dass der Hinweis der Abweichung von der Regelanknüpfung den Überraschungseffekt mindert. Ob dies den Schluss zulässt, dass vorhersehbare Unvorhersehbarkeit der Vorhersehbarkeit und somit der Rechtssicherheit gleichsteht, ist zu bezweifeln.

Einen sehr interessanten Standpunkt zur Verwirklichung der Rechtssicherheit nimmt *Farago* ein.<sup>118</sup> Basierend auf der Grundüberlegung, dass ein System abgeschlossen und vollständig sein muss, um absolute Rechtssicherheit zu bieten, untersucht er die theoretische Möglichkeit absoluter Rechtssicherheit. Darin kommt er zu dem Ergebnis, dass absolute Rechtssicherheit schon theoretisch unmöglich sei.<sup>119</sup> Im Laufe seiner Abhandlung setzt er sich auch mit der These der rechtlichen Realisten auseinander, dass Rechtssicherheit nicht theoretisch, sondern nur praktisch vorhanden sein müsse, man also lediglich vorhersagen können müsse, wie sich der Richter verhalten werde.<sup>120</sup> Dabei stellen die rechtlichen Realisten auf die Besonderheiten im *Common Law* ab, dass der Richter und die Anwälte die Entwicklung des Rechts im Wesentlichen mittragen. *Farago* bezeichnet dies als die selbst referierende Eigenschaft des Rechts.<sup>121</sup> Der Richter ist an das Recht gebunden, gestaltet es über das *Common Law* aber mit. *Farago* lehnt jedoch den Ansatz der Realisten mit der Begründung ab, dass man das Recht in der Praxis auch nur vorhersagen könne, wenn man in der Theorie festgelegt habe, wie es aussehen solle.<sup>122</sup> *Farago* ist im Ergebnis seiner Untersuchung zuzustimmen. Theoretische Rechtssicherheit kann es nicht geben. Kein System kann alle Fragen abschließend und vor allem nicht aus sich selbst heraus beantworten. Auch perfekte Rechtssicherheit im Sinne einer absoluten Vorhersehbarkeit kann und wird es nie geben.<sup>123</sup> Rechtssicherheit kann immer nur graduell als Wahrscheinlichkeitsgrad

gemessen werden.<sup>124</sup> Dennoch ist das Erreichen eines höheren Wahrscheinlichkeitsgrades ein wichtiges Ziel des Internationalen Privatrechts.

#### *IV. Kritik*

Manche Autoren messen der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht eine besonders entscheidende Rolle bei.<sup>125</sup> Der Rechtsanwender bedürfe der Rechtssicherheit, damit er sein Verhalten an die geltenden Regeln anpassen und im Vertrauen auf ihre Geltung über seine Rechte disponieren könne. Das Internationale Privatrecht habe diesbezüglich als Metarecht eine besonders gewichtige Stellung.<sup>126</sup> *Hirse* begründet dies in Anlehnung an *Wiedemann*<sup>127</sup> mit der ordnenden Funktion des Kollisionsrechts.<sup>128</sup> Das Internationale Privatrecht diene der Zuordnung der Sachverhalte zur jeweiligen Sachrechtsordnung, welche den materiellen Entscheidungsmaßstab stelle. Somit handele es sich um ein Rechtsgebiet, welches einen Rechtsverlust oder eine Zuordnung von Rechten oder Rechtsverhältnissen regelt.<sup>129</sup> In diesen Rechtsgebieten sei nach rechtstheoretischen Grundsätzen der Rechtssicherheit ein größeres Gewicht beizumessen.<sup>130</sup> *Blaurock* führt dies weiter aus und spricht in diesem Zusammenhang von einer qualitativ anderen Unsicherheit.<sup>131</sup> Die Unsicherheit der Parteien über das anwendbare Recht führe zu völliger Rechtsunsicherheit.<sup>132</sup> *Blaurock* illustriert diese Auffassung mit einem Beispiel:<sup>133</sup> Will sich eine Partei von einem Vertrag lösen, weiß sie aber nicht, welches Recht auf den Vertrag anwendbar ist, und sehen die möglicherweise einschlägigen Rechtsordnungen unterschiedliche Voraussetzungen vor (einmal wird eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, aber kein wesentlicher Vertragsbruch verlangt, im anderen Fall keine Fristsetzung, aber ein wesentlicher Vertragsbruch), dann sieht sie sich mit einer Unsicherheit konfrontiert, die qualitativ anders sei als wenn es nur um die Frage gehe, ob es sich um einen wesentlichen Vertragsbruch handelt.<sup>134</sup>

Aus der Warte der Prozessrisikoanalyse kann dies jedoch nicht bestätigt werden.<sup>135</sup> Betrachtet man das Internationale Privatrecht als erste Gabelung in einem Entscheidungsbaum mit vielen Variablen, führt die

Möglichkeit der Geltung unterschiedlicher Rechte lediglich zu einer Vervielfachung der möglichen Ergebnisse. Jedoch ist dies das Ergebnis jeder weiteren Entscheidungsgabel. Vergleichbar wäre es, wenn unklar ist, ob der Vertragspartner Verbraucher ist. Auch hier können grundsätzlich verschiedene gesetzliche Regelungen anwendbar sein. Eine qualitativ andere Unsicherheit lässt sich aus dieser Perspektive nicht erkennen.

Der von *Blaurock* erkannte qualitative Unterschied ergibt sich aus einer praktischen Betrachtung der Umstände, insbesondere der begrenzten Fähigkeiten der Juristen. Juristen auf der ganzen Welt sind nur in einer Rechtsordnung zu Hause.<sup>136</sup> Sucht der Rechtsanwender einen heimischen Juristen auf, kann dieser das Ergebnis, und somit den Entscheidungsbaum, nur für das heimische Recht aufzeigen. Kommt jetzt noch die Geltung von mehreren anderen Rechtsordnungen in Frage, dann müssen weitere Juristen zu Rate gezogen werden.<sup>137</sup> Dies erhöht die Kosten und den Zeitaufwand ganz wesentlich, insbesondere dann, wenn schon der erste Jurist die anzuwendende Rechtsordnung nicht hinreichend genau bestimmen kann. Das Erfordernis mehrerer Auskunftgeber erhöht die Unsicherheit und die Transaktionskosten. Folglich ist festzustellen, dass der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht mehr Gewicht als im materiellen Recht zukommt. Der von *Blaurock* angeführte qualitative Unterschied lässt sich somit in der Praxis bestätigen. In der Rechtssicherheit findet sich auch das von der Europäischen Kommission ausgerufene Ziel der Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, welche aufgrund der Vorhersehbarkeit lediglich ein Nebeneffekt der gesteigerten Rechtssicherheit ist, aber kein eigenständiges Gesetzgebungsziel.

Andere Autoren sehen die Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht als weniger bedeutend an. Dabei wird häufig auf die weit verbreitete Möglichkeit der Rechtswahl verwiesen.<sup>138</sup> Damit stehe es den Parteien frei, Rechtssicherheit herzustellen. Insbesondere im Internationalen Vertragsrecht ist die Rechtswahl in fast allen Jurisdiktionen anerkannt. Wenn die Parteien von dieser Möglichkeit der Herstellung der Rechtssicherheit keinen Gebrauch machten, könnte man nur schließen, dass ihnen das anwendbare Recht egal sei. Rechtssicherheit sei somit nicht entscheidend. Dieses Argument trägt bei genauer Betrachtung nicht. Eine

fehlende Rechtswahl kann grundsätzlich auf drei Umständen basieren: Unwissenheit - die Parteien wussten nicht, dass potentiell unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung kommen können oder sie wussten nichts von ihrer Rechtswahlmöglichkeit. Vergesslichkeit – sie haben vergessen eine Rechtswahl zu treffen. Oder fehlender Konsens - die Parteien konnten sich nicht auf ein Recht einigen und haben deshalb diesen Punkt offen gelassen.<sup>139</sup> Da grundsätzlich alle Möglichkeiten gleich wahrscheinlich sind, fehlt der obigen Annahme der empirische Beweiswert.

Als empirischen Beweis könnte die Verwendung der *lex mercatoria* oder die Befugnis der Entscheidung *ex aequo et bono* in der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ins Feld geführt werden. In diesen Fällen überlassen es die Parteien den Schiedsrichtern, sich nachträglich Überlegungen zur gerechten Lösung des Falles zu machen. Jedoch bilden diese Fälle in der Praxis die absolute Ausnahme.<sup>140</sup> Zudem ist die Ursache für eine Verwendung solcher Prinzipien für die Entscheidung des Falles eine andere. Die Parteien haben sich nicht auf ein anwendbares nationales Recht einigen können und wollten einen nationalen neutralen Entscheidungsstandard. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass wenige nationale Rechte besondere Regeln für internationale Handelsgeschäfte vorhalten. Die Parteien waren der Meinung, dass die existierenden nationalen Regelwerke – abgesehen vom UN-Kaufrecht – die Streitigkeit nicht interessengerecht entscheiden könnten. Zudem haben die Parteien die Möglichkeit, selbst ihre Schiedsrichter zu bestellen; damit haben sie Einfluss auf den Entscheidungsprozess und können Schiedsrichter aufgrund ihrer Gerechtigkeitsvorstellungen aussuchen. Sie sind nicht den Zufällen des Geschäftsverteilungsplans des zuständigen Gerichts ausgesetzt. Diese Faktoren sind die Hauptgründe für die Wahl außergesetzlicher Entscheidungsmaßstäbe und nicht die Gleichgültigkeit der Parteien gegenüber dem anwendbaren Recht.

Zudem ist Rechtssicherheit auch bei der Einräumung der Rechtswahl erforderlich. Die Parteien müssen wissen, welches Recht ohne Rechtswahl anwendbar wäre. Der *status quo* ist Ausgangspunkt jeder Verhandlung über eine mögliche Rechtswahl. Dies verringert die Transaktionskosten, da die Parteien einen Anhaltspunkt für die Verhandlungen haben und sich anhand dessen leichter eine Lösung finden lässt. Der Gesetzgeber muss

einen Referenzrahmen für Verhandlungen schaffen. Unsicherheit bezüglich des anwendbaren Rechts macht Verhandlungen in jedem Fall erforderlich und steigert somit die Transaktionskosten.

Die Bedeutung der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht wird weiter verringert mit dem praktischen Argument, dass sich die Parteien, auch wenn sie anwaltlich vertreten sind, häufig keine Gedanken über das anwendbare Recht machen.<sup>141</sup> Aus diesem Umstand folgert *Schwind*, dass die Sicherheit über das anwendbare Recht wohl keinen so hohen Stellenwert habe, wie er ihr oft theoretisch beigemessen wird.<sup>142</sup> Häufig bestehe auch keine Sicherheit darüber, wie die Entscheidung bei Anwendung des berufenen Rechts ausfallen wird.<sup>143</sup> In ihrer Unwissenheit gehen die Parteien ganz natürlich davon aus, dass die *lex fori* auf den Streitfall anwendbar ist. So erklärt sich auch die extensive Rechtsprechung zur konkludenten Rechtswahl im Prozess durch einseitiges Vortragen zum heimischen Recht.<sup>144</sup> Dies hat hauptsächlich zwei Gründe: Erstens kennen die Rechtsanwälte nur ihr heimisches Recht und zweitens haben sie häufig keine oder keine ausreichenden Kenntnisse ihres heimischen Internationalen Privatrechts, um potentielle Problemstellungen bzw. Auslandsberührungen zu erkennen. Dies ist jedoch mehr beschämend für den Berufsstand des Anwalts als ein Indiz dafür, dass den Parteien das anwendbare Recht egal ist, umso weniger wenn der Unterschied zwischen den anwendbaren Rechten streitentscheidend ist.

*Kropholler* will bei der Bedeutung der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht zwischen unterschiedlichen Teilgebieten differenzieren.<sup>145</sup> Im Bereich des Vermögensrechts ist für ihn die Vorhersehbarkeit vorrangig, damit die Parteien verlässlich disponieren können.<sup>146</sup> Dies, meint *Kropholler*, werde vor allem durch die Zulassung der Privatautonomie gefördert.<sup>147</sup> Speziell für Schuld- und Handelsverträge schätze man es besonders, wenn die Entscheidungen berechenbar seien und Prozesse vermieden werden könnten.<sup>148</sup> Dem ist zuzustimmen. Jedoch führt *Kropholler* weiter aus, dass es den Beteiligten im Falle des Prozesses weniger auf den Inhalt der Entscheidung als die Tatsache der Entscheidung ankommt.<sup>149</sup> Da darüber hinaus die Frage des anwendbaren Rechts meist nur in einem Prozess zwischen den unmittelbaren Parteien von Bedeutung ist, besteht seines Erachtens in diesem Prozess kein Bedürfnis für

Rechtssicherheit.<sup>150</sup> Unklar bleibt dabei jedoch, wie *Kropholler* das Auseinanderfallen von vorprozessualer und innerprozessualer Vorhersehbarkeit konsolidieren will. Vorprozessuale Vorhersehbarkeit stellt auf die Vorhersagbarkeit der gerichtlichen Entscheidung ab.<sup>151</sup> Somit kann vorprozessuale Vorhersehbarkeit nur durch innerprozessuale Vorhersehbarkeit erreicht werden. Selbst wenn man der ursprünglichen These *Krophollers* folgen würde, dass innerprozessuale Vorhersehbarkeit nicht eigenständig wichtig sei, so gewinnt sie doch dadurch an Bedeutung, dass sie der einzige Garant für vorprozessuale Rechtssicherheit ist.

Nach *Kropholler* bedarf es auch auf dem Gebiet des Personen- und Familienrechts eindeutiger Regelungen, da es sich hier überwiegend um zwingendes Recht und oft um absolute und weit in die Zukunft wirkende Rechtsverhältnisse handele, insbesondere bei Statusverhältnissen.<sup>152</sup> Jedoch identifiziert *Kropholler* dieses Gebiet als besonders empfindlich gegen unbillige, durch rein mechanische Anknüpfungen bedingte Entscheidungen. Den Beweis dafür liefern seiner Ansicht nach die vielfachen gesetzlichen Durchbrechungen des Staatsangehörigkeitsprinzips, die zahlreichen Kombinationen mehrerer Anknüpfungsmomente und die häufigere Anwendung der Vorbehaltsklausel des *ordre public*.<sup>153</sup> Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass die gesetzlichen Durchbrechungen des Staatsangehörigkeitsprinzips durch den Gleichheitsgrundsatz geboten seien und die häufige Anwendung der Vorbehaltsklausel des *ordre public* notwendige Folge der häufigen Anwendung ausländischen Rechts sei.<sup>154</sup> Letztlich wird die Wahrheit wohl in der Mitte liegen. Eine empirische Untersuchung der These *Krophollers* würde den Rahmen dieser Arbeit indes sprengen.

Dagegen wird im Internationalen Deliktsrecht das Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit heruntergespielt. Die Argumentation baut auf dem Gedanken auf, dass das Delikt an sich nicht vorhersehbar sei und sich die Parteien somit keinerlei Gedanken über das anwendbare Recht machen würden. Folglich stehe hier die Rechtssicherheit nicht der Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit entgegen. Dieser Argumentation kann man jedoch nur bezüglich der Parteien und nur bezüglich einer begrenzten Auswahl deliktsrechtlicher Konstellationen zustimmen. Grundsätzlich

kann im Bereich der Unfälle, insbesondere der Verkehrsunfälle, nicht davon gesprochen werden, dass die Parteien die Anwendung eines bestimmten Rechtes, ausgenommen die lokalen Verhaltensregelungen, erwarten. Jedoch muss man bedenken, dass, insbesondere im Bereich der Verkehrsunfälle, die Parteien häufig kein eigenes Interesse an dem Ausgang des Verfahrens haben. Die endgültig Haftenden sind meist Versicherungen. Diese bestimmen ihre Prämien auf Grundlage komplizierter Wahrscheinlichkeitsrechnungen. Je genauer sich einzelne Variablen bestimmen lassen, umso genauer können Versicherungen ihre Prämien berechnen. Somit bedarf es auf den zweiten Blick auch auf diesem Gebiet der Vorhersehbarkeit.<sup>155</sup> Auf anderen Gebieten des Deliktsrechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, kann man von vornherein nicht von einer verminderten Bedeutung der Rechtssicherheit sprechen.<sup>156</sup> Dem einzelnen Wettbewerber ist es wichtig zu wissen, nach welcher Rechtsordnung sein Verhalten oder das seiner Mitbewerber beurteilt wird, um entweder sein Verhalten daran auszurichten oder das Verhalten seiner Mitbewerber einzuschränken. Folglich lässt sich weder für das Internationale Deliktsrecht allgemein, noch für bestimmte Gebiete sagen, dass hier die Rechtssicherheit *per se* eine untergeordnete Stellung einnimmt.

Für die Bedeutung der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht wird teilweise auch ganz praktisch argumentiert. Der Richter habe selten mit Fällen mit Auslandsbezug zu tun.<sup>157</sup> Folglich hätten das Studium und die Kenntnisse des Internationalen Privatrechts auch für die Richter grundsätzlich keine besondere Bedeutung; dementsprechend sei häufig auch ihr Wissensstand auf diesem Gebiet rudimentär. Das Ergebnis, welches sich einem klassischen Kollisionsrechtler aufdrängt, kann für einen Richter sehr fernliegend sein. Deshalb bräuchten die Richter klare Regeln zur Führung.<sup>158</sup>

*Neuhaus* verfolgt diese Idee weiter und konstatiert, dass die Parteien bei transnationalen Sachverhalten ganz besonders auf die Hilfe von Anwälten und Richtern angewiesen sind, da die Parteien in unterschiedlichen Rechtssystemen leben und deshalb keine gemeinsamen rechtlichen oder außerrechtlichen Gebräuche und Erwartungen haben. Folglich mag eine Referenz auf den Grundsatz von Treu und Glauben im nationalen Recht

Sinn machen, im Internationalen Privatrecht bedarf es aber präziserer Regeln.<sup>159</sup> Dem mag man im Ergebnis zustimmen können, jedoch ist die Grundannahme von *Neuhaus* anzuzweifeln. Insbesondere bei transnationalen Wirtschaftstransaktionen haben sich sehr schnell internationale Bräuche herausgebildet. Dabei ist nur an die *lex mercatoria* oder die *Incoterms* zu denken. Teilweise hat man den Eindruck, dass der nationale Richter eher als Fremdkörper empfunden wird, weil er auf die Besonderheiten des internationalen Falles nur unzureichend eingehen kann. Die Parteien weichen in diesen Fällen auf die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit aus. Treffen hingegen grundsätzlich nationale Sachverhalte auf einen für die Sachentscheidung nachrangigen internationalen Bezug, beispielsweise bei einem Autounfall eines Deutschen im Urlaub in Kalifornien mit einem US-Amerikaner, so fehlt es den Parteien wirklich an gemeinsamen rechtlichen oder außerrechtlichen Gebräuchen und Erwartungen.

Betrachtet man Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht, so vernachlässigt man häufig den Umstand, dass Kollisionsregeln immer national oder supranational beschränkt sind. Die Rechtssicherheit ist somit von vornherein nur eine bedingte.<sup>160</sup> Die Vorhersehbarkeit einer Kodifikation ist immer auf Foren in ihrem Anwendungsbereich beschränkt. Dem Kläger stehen trotz fortschreitender Eindämmung exorbitanter Gerichtsstände meist mehrere Gerichtsstände zur Auswahl.<sup>161</sup> So könnte man schlussfolgern, dass erhöhte Rechtssicherheit in nationalen Internationalen Privatrecht lediglich die Voraussetzungen des *forum shopping* verbessert. Der Kläger kann aufgrund der gesteigerten Vorhersehbarkeit noch besser seine Wahl des anzurufenden Gerichtes an dem Ergebnis der Anwendung nationaler Kollisionsregeln ausrichten und noch zielgenauer das ihm vorzugswürdig erscheinende materielle Recht wählen. Demzufolge steigern einzelne Kodifikationen die Vorhersehbarkeit aus Sicht des Beklagten nicht die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts für ein bestimmtes Rechtsverhältnis. Die Rechtsposition des Beklagten würde dadurch geschwächt. Somit wäre erhöhte Rechtssicherheit im jeweiligen Internationalen Privatrecht nicht erstrebenswert.

Diese Argumentation hält einer Überprüfung nicht stand. Zutreffend ist, dass die Vorhersehbarkeit im Internationalen Privatrecht dem potentiellen



Kläger das *forum shopping* erleichtert. Dies ist jedoch nicht *per se* verwerflich.<sup>162</sup> Vor dem Prozess steht die Möglichkeit des *forum shopping* ja beiden Parteien offen, man denke da nur an die italienischen Torpedos. Zudem verringert die gesteigerte Vorhersehbarkeit die Zahl der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen. Jede Streitigkeit hat nur Berührungen zu einer begrenzten Anzahl von Staaten. So besteht bei einem vom im Staat A Ansässigen im Staat C begangenen Delikt, dessen Erfolg im Staat B eintritt, wobei der Geschädigte im Staat D wohnhaft ist, die Möglichkeit der Anwendung von vier verschiedenen Rechtsordnungen: A, B, C und D. Angenommen, Gerichtsstände bestehen nur in A und B und diese lassen alternativ die Anwendung der *lex fori* oder der *lex loci delicti* zu. Ohne jegliche Vorhersehbarkeit könnte jede Rechtsordnung dieser Staaten in jedem potentiellen Forum zur Anwendung kommen. Steigert jetzt nur ein Staat die Vorhersehbarkeit seiner Kollisionsregeln, verringert sich die Zahl der potentiell anwendbaren Rechte nicht. Wenn in dem Beispiel A sein Kollisionsrecht dahingehend ändert, dass nur noch das Recht des Handlungsortes anzuwenden ist, kann der Rechtsstreit – abhängig vom Forum – immer noch vier verschiedenen Rechtsordnungen unterworfen werden. Realistischer ist jedoch, davon auszugehen, dass aufgrund der Kollisionsregeln pro Forum nur eine geringe Anzahl Rechtsordnungen in Betracht kommt. So ist das Beispiel konstruiert. Sowohl A also auch B berufen nur jeweils drei potentielle Rechtsordnungen. Schließt A die Anwendung der *lex fori* aus, unterfällt der Rechtsstreit nur noch drei potentiell anwendbaren Rechtsordnungen. Die Begrenzung der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen stellt somit einen Gewinn für beide Seiten dar, da die aufgrund der Vorhersehbarkeit ausgeschlossenen Rechtsordnungen nicht mehr in die rechtliche Analyse einfließen und somit die Transaktionskosten gesenkt werden. Dies beruht natürlich auf der Annahme, dass sich in den potentiellen Foren ähnliche Kollisionsregeln herausgebildet haben. Wendet jedes Forum die jeweilige *lex fori* an, ist dies zwar ein Gewinn an Rechtssicherheit, jedoch sinken die Transaktionskosten nur insofern, als die Suche nach dem anwendbaren Recht erleichtert wird. Folglich sind die Auswirkungen der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht nicht auf den Geltungsbereich des jeweiligen IPR-Gesetzes begrenzt und der obige Einwand gegen die Rechtssicherheit trägt nicht.

## V. Zusammenfassung

Die Rechtssicherheit ist ein grundlegendes Konzept des Rechts. Auch im Internationalen Privatrecht spielt es eine große Rolle. Die damit verbundene Planungssicherheit hat vor allem die Senkung von Transaktionskosten zur Folge, da bei Kenntnis der anwendbaren Rechtsordnung nur ein Jurist beschäftigt werden muss. Einwände gegen die Bedeutung der Rechtssicherheit können nicht überzeugen, jedoch nimmt die Rechtssicherheit keineswegs eine absolute Stellung ein, sondern ist nur ein Ziel unter mehreren.

### E. Einzelfallgerechtigkeit

Aus der Sicht des Gesetzgebers stellt die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit eine besondere Herausforderung dar. Ausgehend von dem Dogma, dass alle Menschen verschieden sind, also als Individuum einzigartig, stellt sich Gerechtigkeit, iSd Gerechtigkeit als Gleichheit, als Übel dar. Diese Gerechtigkeit basiert auf dem Vergleich. Schon der Vergleich beraubt das Individuum seiner Einzigartigkeit. Er erfordert Abstraktion. Das Gesetz kann realistischweise ebenfalls nicht jeden Einzelfall regeln und bedarf der Abstraktion. Die notwendige Folge dessen ist die Nichtberücksichtigung von individuellen Umständen.

Einzelfallgerechtigkeit ist jedoch gleichzeitig Bestandteil der Gerechtigkeit an sich. Die Verwirklichung der Gerechtigkeit ist eine der Kernaufgaben des Rechts. Eine erschöpfende Behandlung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Bei der Darstellung der Einzelfallgerechtigkeit als Kodifikationsziel sollen zunächst unter Rückgriff auf philosophische Arbeiten einige grundsätzliche Überlegungen zur Gerechtigkeit aufgezeigt werden. Im Internationalen Privatrecht wird zwischen materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Gerechtigkeit unterschieden.<sup>163</sup> Diese beiden Spielarten der Gerechtigkeit sollen anschließend untersucht werden. Abschließend soll festgestellt werden, welche Auswirkungen die unterschiedlichen Feststellungen zur Gerechtigkeit auf die Einzelfallgerechtigkeit als internationalprivatrechtliches Gesetzgebungsziel haben.

## I. Philosophische Betrachtungen der Gerechtigkeit

Philosophen haben sich schon seit der Antike mit der Bedeutung und dem Inhalt der Gerechtigkeit beschäftigt. „Was ist gerecht?“ ist schon fast eine philosophische Urfrage. An dieser Stelle soll ein kurzer Überblick über die wichtigsten Ideen zur Gerechtigkeit in der Philosophie verschafft werden, um eine Ausgangsbasis für die weiteren Überlegungen zur Gerechtigkeit zu schaffen. Die philosophischen Überlegungen werden dabei in chronologischer Reihenfolge dargestellt.

### 1. Plato

In seinem Buch „Der Staat“ entwickelt *Plato* ein grundlegendes Konzept der Gerechtigkeit. Als einer der frühesten griechischen Philosophen versucht er, auf den Ideen des *Sokrates* aufzubauen und sie weiter zu abstrahieren. Um den Leser sein Konzept von Gerechtigkeit näher zu bringen, benutzt *Plato* einen Dialog zwischen *Sokrates* und dessen Freunden. Zu Beginn dieses Dialogs wird *Sokrates* von seinen Freunden herausgefordert, Gerechtigkeit als eine der vier Tugenden zu erklären. Im Verlauf des Gesprächs spielen seine Freunde *advocati diaboli* und suggerieren, dass Gerechtigkeit nur für seinen Anschein gelobt werden kann, aber letztlich keinen eigenen Wert hat. Dabei gehen sie davon aus, dass man nur gerecht sei, damit andere einem gleichfalls kein Unrecht tun. Basierend auf dieser Analyse gehen Kommentatoren davon aus, dass *Platos* Konzept der Gerechtigkeit frühe Ideen der Sozialvertragstheorie widerspiegelt.<sup>164</sup>

*Plato* verwirft diese Behauptung jedoch und entwickelt ein Konzept der Gerechtigkeit, welches einen eigenen Wert hat und nicht auf den äußeren Anschein angewiesen ist. *Platos* Konzept ist auf den Staat fokussiert.<sup>165</sup> Nach *Plato* besteht der ideale Stadt-Staat aus drei Klassen: den Herrschern, die die Regierung stellen, den Kriegern, welche die Stadt bewachen und den Bürgern, die arbeiten und handeln. Auf diesem Betrachtungslevel definiert *Plato* Gerechtigkeit als die Akzeptanz und Ausführung seiner Rolle eines jeden Einzelnen.<sup>166</sup>

Die oben genannten drei Klassen einer Gesellschaft finden sich auch in der

menschlichen Seele wieder: das Vernünftige, das Begehrende<sup>167</sup> und das Eifrige.<sup>168</sup> Auch hier hat jedes Element eine besondere Aufgabe. Laut *Plato* soll das Vernünftige mit Weisheit und Voraussicht für die ganze Seele herrschen. Das Eifrige soll es unterstützen, während das Begehrende sich unterordnet. Nach *Plato* ist ein Mann auf dieselbe Weise gerecht wie der Staat.<sup>169</sup> Somit bestimmt *Plato* Gerechtigkeit auch hier als den Zustand, in dem jeder Teil der Seele seine ihm zugewiesene Aufgabe erfüllt. Folglich handeln Menschen nicht gerecht, um ihrerseits gerecht behandelt zu werden oder Vergeltung in Form von ungerechter Behandlung zu entgehen, sondern um ein ausgeglichenes Leben zu führen. Nichtsdestotrotz führt *Plato* aus, dass es im Durchschnitt besser sei, gerecht zu sein. Ansonsten müsse man befürchten, dass die anderen das ungerechte Verhalten entdecken und dementsprechend reagieren werden. Somit sei der ungerechte Mensch Ängsten ausgesetzt, welche dem Gerechten erspart blieben.

*Plato* wurde für sein Konzept der Gerechtigkeit kritisiert. Dabei wird ihm vorgeworfen, dass es sich bei seinem Gerechtigkeitskonzept nicht um eine wahre Diskussion dieser Idee handle, sondern dass es vielmehr ein verdeckter Versuch sei, das Konzept der Aristokratie wieder einzuführen.<sup>170</sup> Lediglich um es im demokratischen Griechenland attraktiver zu machen, hätte *Plato* es mit dem Titel der Gerechtigkeit bedeckt. Selbst wenn dies zuträfe, so handelt es sich doch bei *Platos* Konzept um einen wertvollen Beitrag zur Gesamtdiskussion über Gerechtigkeit.

Während *Platos* Konzept von Gerechtigkeit vor allem durch seine Klarheit besticht, so scheint es doch keine Hilfe zur Bestimmung von Gerechtigkeit im Recht zu geben. *Plato* erklärt Gerechtigkeit im Staat und Gerechtigkeit im Einzelnen, lässt es aber aus, ein weiterreichendes Konzept von Gerechtigkeit zu entwickeln, mit Hilfe dessen Gerechtigkeit in zwischenmenschlichen Interaktionen gemessen werden könnte. *Platos* Konzeption der zwischenmenschlichen Gerechtigkeit basiert auf innermenschlicher Harmonie und hat somit einen individuellen Fokus.

## 2. Aristoteles

*Aristoteles* hat sich in seinem philosophischen Werk zur Aufgabe gemacht, alle Tugenden zu definieren.<sup>171</sup> Bezüglich der Gerechtigkeit musste er sich zwei Herausforderungen stellen. Zum einen hatte *Aristoteles* die Theorie, dass jede Tugend das Mittel zwischen zwei Extremen ist<sup>172</sup> und diese Theorie versuchte er auch auf die Gerechtigkeit anzuwenden. Zum anderen versuchte er, seine Theorien mit mathematischen Formeln zu rechtfertigen. *Raphael* bezweifelt, dass *Aristoteles* diese Hürde erfolgreich gemeistert hat.<sup>173</sup>

*Aristoteles* unterscheidet zwischen universeller und spezieller Gerechtigkeit. Die Aufgabe der universellen Gerechtigkeit sei es, Tugend zu unterstützen und Sünde zu verhindern. Darüber hinaus ist Gerechtigkeit aber auch eine eigene Tugend, dies jedoch nur bezüglich der Mitmenschen. Gerechtigkeit ist das Gut der anderen.<sup>174</sup> Innerhalb seines Konzepts von spezieller Gerechtigkeit unterscheidet *Aristoteles* wiederum zwischen zwei Formen von Gerechtigkeit: Verteilungsgerechtigkeit und Ausgleichsgerechtigkeit.<sup>175</sup> Verteilungsgerechtigkeit betreffe die Verteilung von Macht und kann auf die Formel gleiche Anteile für gleiche und ungleiche Anteile für ungleiche kondensiert werden. Ausgleichsgerechtigkeit sei vergleichbar mit dem, was man heute als Zivilrecht bezeichnet. *Aristoteles* erklärt seine Theorie wie folgt:<sup>176</sup> Vor jedem Ereignis, also dem Vertragsbruch oder dem Delikt, seien die Parteien gleich. Das Ereignis verursache nun eine Ungleichheit, welche durch die Gerechtigkeit wieder ausgeglichen werden müsse. Damit die Parteien wieder gleich sind, müsse dem Schädiger entweder seine Bereicherung genommen oder der Schaden der Gegenseite ausgeglichen werden. Ausgehend von diesem Verständnis kritisiert *Aristoteles* die früheren Konzepte von auf Vergeltung basierender Gerechtigkeit, die häufig eine Überkompensation des Opfers als Abschreckung für künftige Täter vorsahen.<sup>177</sup> Grundvoraussetzung für Gerechtigkeit ist dabei nach *Aristoteles* die Gleichheit als Mittel zwischen den Extremen.

Gleichzeitig beschäftigt sich *Aristoteles* auch mit der Austauschgerechtigkeit. Auch hier kommt er zu dem Schluss, dass Gerechtigkeit auf Gleichwertigkeit beruht. Jedoch könne die Gleichwertigkeit nicht durch das Urteil der Parteien bestimmt werden, weil die Parteien ihre Ansicht ändern könnten; häufig ändere sich die

Wertschätzung vor und nach Abschluss eines Vertrages. Da die privaten Interessen und Bedürfnisse der Parteien unterschiedlich sein könnten, geben es kein gemeinsames Maß für die Berechnung des Wertes. Folglich argumentiert *Aristoteles*, dass die Gerechtigkeit eines Austauschgeschäfts von der öffentlichen Nachfrage abhängig sei.<sup>178</sup> Dieser Teil seiner Ausführungen ist jedoch unklar: Ist *Aristoteles* zu dem Schluss gekommen, dass Gerechtigkeit ein objektiver Maßstab ist, oder war dies seine Ausgangsthese? Für ersteres spricht, dass er die Beurteilung der Parteien als zu subjektiv für einen Bewertungsmaßstab verwarf. Dennoch ist es wohl wahrscheinlicher, dass *Aristoteles* diesen Bewertungsmaßstab verworfen hat, weil dieser ihm zu unbeständig war und nicht, weil er der Ansicht war, dass Gerechtigkeit ein objektiver Maßstab sei. Somit kann festgestellt werden, dass *Aristoteles* Gerechtigkeit von objektiven Faktoren abhängig machen will anstatt einen subjektiven Standpunkt einzunehmen.

*Aristoteles* führt dieses Verständnis von Gerechtigkeit weiter aus, wenn er zwischen Natur- und Gesetzesrecht unterscheidet. Gesetzesrecht ist die Gerechtigkeit, wie sie im Gesetz festgelegt ist. Das Gesetz kann jedoch in verschiedenen Staaten unterschiedlich sein. Folglich sei Gerechtigkeit veränderbar. Jedoch erkennt *Aristoteles* gleichzeitig ein Konzept des Naturrechts, welches überall gleich sei und überall die gleiche Geltung beanspruche.<sup>179</sup> *Aristoteles* unterscheidet auch zwischen Billigkeit<sup>180</sup> und Gerechtigkeit, das damalige Gerichtssystem reflektierend. Er erkennt, dass Billigkeit und Gerechtigkeit verbunden, aber nicht identisch sind.<sup>181</sup> Die Billigkeit komme zur Anwendung, wenn die Wortlaut orientierte Anwendung des Gesetzes zu einem unfairen Ergebnis kommt und das Gericht dann den Wortlaut dehnt, um ein gerechtes Ergebnis zu erreichen.<sup>182</sup> Dies kann noch heute in Gerichten auf der ganzen Welt, egal ob *Common law* oder *Civil law*, beobachtet werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass *Aristoteles* Gleichheit als eine der Grundfesten der Gerechtigkeit betrachtet. Folglich ermittelt er Austauschgerechtigkeit auch über den Vergleich mit dem weitestgehend objektiven Marktpreis. Hier bemüht er externe Faktoren, um ein Austauschgeschäft (einen Vertrag) auf seinen Gerechtigkeitsgehalt hin zu überprüfen. Gerechtigkeit lässt sich somit nach *Aristoteles* als Gleichheit feststellen, welche mit Hilfe externer Faktoren überprüft wird.

### 3. Thomas Hobbes

Von *Aristoteles* zu *Hobbes* Gerechtigkeitskonzept ist es ein großer zeitgeschichtlicher Schritt, auch deshalb eröffnet das Konzept von *Hobbes* ganz neue Perspektiven. Um *Hobbes* Idee von Gerechtigkeit zu verstehen, muss man sich zuerst seine politischen Theorien ins Bewusstsein rufen. Laut *Hobbes* beruht der Staat auf einem Sozialvertrag. Ein Staat kann entweder durch Einrichtung oder durch Aneignung (Eroberung) gegründet werden. *Hobbes* argumentiert, dass selbst im totalitären Staat der Herrscher auf den Gehorsam einer großen Gruppe seiner Untertanen angewiesen sei, um seine Macht effektiv ausüben zu können. Es sei schlichtweg unmöglich, die Herrschaft nur auf Gewalt und Furcht zu stützen. Die Idee des Sozialvertrages ist somit das Herz des politischen Denkens von *Hobbes*. Folglich baut auch seine Theorie zur Gerechtigkeit auf dieser Idee auf. *Hobbes* definiert Gerechtigkeit als den Zustand, in dem alle Menschen ihre Verträge/Zusagen erfüllen.<sup>183</sup>

Neben einem auf seinen politischen Ideen basierenden Konzept der Gerechtigkeit beschäftigt *Hobbes* sich auch mit *Aristoteles*' Konzept der Austauschgerechtigkeit. *Hobbes* lehnt das Konzept von *Aristoteles* ab, vor allem mit dem Argument, dass es nicht ungerecht sei, Waren für einen höheren Preis zu verkaufen als man sie gekauft hat. Der Wert der Waren sei abhängig von dem Willen der Kontrahierenden. Folglich könne jede Vereinbarung gerecht sein, so lange sie freiwillig eingegangen wurde. Somit verfolgt *Hobbes* eine gänzlich subjektive Bewertung von Gerechtigkeit in Verträgen. *Raphael* meint dazu, der wahre Wert von *Aristoteles* Ausführungen zur Austauschgerechtigkeit sei die Erklärung, wie wirtschaftlicher Wert entstehe und nicht, wie *Aristoteles* selbst intendierte, eine Rechtfertigung für die eine Art des Austauschgeschäfts gegenüber der anderen.<sup>184</sup> *Hobbes* schließt, dass der gerechte Wert in einem Vertrag das sei, was die Vertragsparteien bereit sind zu geben.<sup>185</sup> Folglich ist das Gerechtigkeitskonzept von *Hobbes* sehr subjektiv, geht aber weiter als die bloße Erfüllung von Verträgen.

### 4. David Hume

*Hume* präsentiert eine sehr enge Idee von Gerechtigkeit. Für ihn besteht

Gerechtigkeit aus zwei Elementen: dem Eigentumsrecht und den Obligationen. Im Gegensatz zu den oben erwähnten griechischen Philosophen glaubt *Hume*, dass es sich bei der Gerechtigkeit um eine künstliche Tugend handle. Sie basiere auf Konventionen, die im Rahmen des Erwachsenwerdens durch das soziale Umfeld gelehrt werden. *Hume* veranschaulicht diese Idee, indem er Gerechtigkeit mit einer Mauer vergleicht. Diese Mauer würde von vielen Händen gebaut und wüchse um jeden Stein, der verwendet wird. Somit steigere sie sich proportional zu der Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt jedes Arbeiters.<sup>186</sup> *Hume* schlussfolgert, dass Gerechtigkeit Unparteilichkeit sei, wobei er sich auf den unparteilichen Richter konzentriert.<sup>187</sup>

Nach *Hume* hängt Gerechtigkeit direkt mit gesellschaftlichem Nutzen zusammen. In seinen Worten: „*public utility is the sole origin of justice, and that reflections on the beneficial consequences of this virtue are the sole foundation of its merit*“. <sup>188</sup> Es entstehe aus der Kombination zweier Faktoren: Der eine liege im Charakter der Menschen, ein dominanter Egoismus gepaart mit begrenzter Großzügigkeit, der andere im natürlichen Umfeld, eine relative Knappheit der Güter zur Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse. *Hume* argumentiert, dass es bei unbegrenzten Ressourcen kein Bedürfnis für Eigentum gebe; genauso obsolet wäre es, wenn die Menschen das christliche Ideal erfüllen und ihre Nachbarn lieben würden wie sich selbst.

Demnach hat Gerechtigkeit für *Hume* vor allem eine stabilisierende und befriedende Funktion, wobei sie für die inhaltliche Ausgestaltung der Gesetze grundsätzlich keine Vorgaben aufstellt.

## 5. John Rawls

*John Rawls* Beitrag zur Diskussion über Gerechtigkeit wurde als ein sehr wichtiger gelobt, jedoch sind wenige Philosophen bereit, seine Schlussfolgerungen als eine umfassende Abhandlung zur Gerechtigkeit zu akzeptieren. Trotzdem hat sein Hauptwerk „*A Theory of Justice*“<sup>189</sup> viel Aufmerksamkeit erhalten, da es eine neue Methode verwendet und somit den Diskussionsgegenstand in einem anderen Licht präsentiert.



*Rawls'* Arbeit beschäftigt sich damit, wie eine gerechte Gesellschaft aufgebaut sein sollte. Dabei unterscheidet er zwischen „*strict compliance*“ und „*partial compliance theory*“.<sup>190</sup> Erstere beschäftigt sich mit den Prinzipien der Gerechtigkeit, die eine gut organisierte Gesellschaft regeln würde, in der man davon ausgeht, dass jeder gerecht handeln würde und das ihm Mögliche tue, um die gerechten Institutionen aufrechtzuerhalten. Letztere geht es darum, wie die Gesellschaft mit Unrecht umgeht, also dem Strafrecht. *Rawls* behandelt nur den ersten Aspekt der Gerechtigkeit. *Rawls* definiert Gerechtigkeit als die Art, wie die wichtigsten gesellschaftlichen Institutionen Grundrechte und –pflichten anerkennen und die Früchte der gesellschaftlichen Zusammenarbeit verteilen.<sup>191</sup>

In seinem Buch erklärt *Rawls* zuerst, warum der Utilitarismus keine Erklärung für Gerechtigkeit geben könne. Der Utilitarismus könne die Strenge der Gerechtigkeit nicht erklären.<sup>192</sup> *Rawls* führt als Alternative den Intuitionismus an.<sup>193</sup> Der Intuitionismus habe jedoch zwei Nachteile: Zum einen könne er nicht erklären, weshalb man seinen Prinzipien folgen sollte und zum anderen habe er keine Lösung im Fall der Kollision von Prinzipien. Die Frage, welches Prinzip sich durchsetzen soll, bleibe unbeantwortet. Hinsichtlich des ersten Nachteils eröffnet *Rawls* neue Einblicke. Er schlägt vor, einen hypothetischen Vertrag als Grundlage für die Gewinnung von Prinzipien zu verwenden und nicht Intuition. *Rawls* meint, dass die Vertragsdoktrin die Strenge der Gerechtigkeit erklären könne, da die Prinzipien aus einer Vereinbarung von freien und unabhängigen Personen entspringen. Folglich spiegele sich darin die Integrität und die Souveränität der rationalen Vertragsparteien wieder. Die Entscheidung würde von allen rationalen Individuen zusammen gefällt, die dabei in einer entsprechend definierten ursprünglichen Situation gleich gestellt sind. Eine der wesentlichen Eigenschaften dieser Situation sei es, dass keiner seine Position in der Gesellschaft oder sein Los bei der Verteilung von natürlichen Gaben und Talenten kenne. *Rawls* bezeichnet dies als das „veil of ignorance“.<sup>194</sup>

Dabei arbeitet *Rawls* zwei Grundsätze der Gerechtigkeit heraus: 1. Jedermann solle ein gleiches Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist. 2. Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten sind

so zu gestalten, dass vernünftigerweise zu erwarten sei, dass sie jedermanns Vorteil dienen und mit Positionen und Ämtern verbunden sind, die jedem offen stehen.<sup>195</sup>

*Rawls* versucht ebenfalls, den zweiten Nachteil des Intuitionismus zu beheben, indem er die Grundsätze in eine lexikalische Ordnung bringt.<sup>196</sup> Laut *Rawls* sollte der Grundsatz der gleichen Freiheit für alle an erster Stelle stehen. An zweiter Stelle käme sein zweiter Grundsatz der Gerechtigkeit (Chancengleichheit und Differenzprinzip) und an dritter Stelle der Grundsatz der Nutzenmaximierung. Dabei gelingt ihm jedoch keine erschöpfende Beurteilung der Rangverhältnisse. Letztlich ist die Theorie der Gerechtigkeit von *Rawls* eine Spielart der Vertragstheorie und *Rawls* lehnt den von ihm eingeführten Intuitionismus ab.

Während *Rawls* sich mit dem Aufbau einer gerechten Gesellschaft beschäftigt, nähert er sich auch der Idee der prozessualen Gerechtigkeit.<sup>197</sup> Laut *Rawls* könne ein Prozess nur dann gerecht sein, wenn es objektive Kriterien gebe, um die Gerechtigkeit des Ergebnisses festzustellen. Dann sei es auch möglich einen Prozess zu entwerfen, der gerechte Ergebnisse garantiere. Doch diese objektiven Kriterien würden fehlen. *Rawls* nimmt den Strafprozess als Beispiel für unerreichte prozessuale Gerechtigkeit. Das Ziel des Strafprozesses sei es, den Angeklagten für schuldig zu befinden, wenn er die angeklagte Tat begangen hat. Das Strafprozessrecht sei darauf ausgerichtet, dieses Resultat zu erreichen, aber es sei unmöglich Regeln zu finden, die dieses Ergebnis garantieren. Selbst unter Anwendung des besten Strafprozessrechts und bei einem fairen Gerichtsprozess sei es möglich, zu einem Fehlurteil zu gelangen. Ein Unschuldiger könnte verurteilt, ein Schuldiger könnte freigesprochen werden. Somit lehnt *Rawls* die Ansicht ab, dass prozessuale Gerechtigkeit materielle Gerechtigkeit garantieren könne. Dennoch erkennt er an, dass prozessuale Gerechtigkeit notwendig ist, um eine gerechte Verteilung zu gewährleisten.<sup>198</sup>

Letztlich fällt auf, dass es auch *Rawls* misslingt, ein autonomes System der Gerechtigkeit aufzubauen.<sup>199</sup> In seinem Werk findet man an verschiedenen Stellen Bezugnahmen auf externe Bewertungsstandards für die Frage, was denn gerecht wäre. Teilweise verweist er auf die intuitive Entscheidung<sup>200</sup> oder auf die Überzeugungen des gemeinen Verstandes.<sup>201</sup> Darin

bewahrheitet sich die Aussage *Farago's*,<sup>202</sup> der bewies, dass es kein abgeschlossenes System der Rechtssicherheit geben kann, hier bezogen auf ein System der Gerechtigkeit. Somit benötigt auch ein System wie das von *Rawls* einen externen Standard um seinen Erfolg zu beweisen, nämlich ob es wirklich gerecht ist.

## 6. Radbruch

*Gustav Radbruch* hat den Gerechtigkeitsbegriff in Deutschland ganz entscheidend mitgestaltet. Dabei ist er der Ansicht, dass die Gerechtigkeit ein absoluter, d.h. ein aus keinem anderen Wert ableitbarer, Wert sei.<sup>203</sup> *Radbruch* definiert eine Gerechtigkeit, an der sich das positive Recht zu messen habe.<sup>204</sup> Gerechtigkeit in diesem Sinne bedeute Gleichheit. Dabei unterscheidet *Radbruch* ebenso wie *Aristoteles* zwischen austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit. Erstere versteht er als gleiche Behandlung gleicher und entsprechender ungleiche Behandlung verschiedener Menschen und verschiedener Verhältnisse. Letztere erfordere eine verhältnismäßige Gleichheit wie man sie beispielsweise im Steuerrecht finden könne.

*Radbruch* stellt dabei jedoch fest, dass die so von ihm definierte Gerechtigkeit nicht in der Lage sei, die inhaltliche Ausformung des Rechts zu bestimmen, da sie keine Antwort auf die Frage: „Was ist gleich und was ist ungleich?“ bereithalte. Folglich bemüht er die Zweckmäßigkeit um diese Frage zu beantworten.<sup>205</sup> Die Hauptleistung von *Radbruch* ist jedoch seine sogenannte Radbruch'sche Formel:<sup>206</sup>

„Der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“

In dieser kehrt *Radbruch* vom Positivismus ab und bringt einen wichtigen Grundsatz der Gerechtigkeit zum Ausdruck. Gerechtigkeit ist nicht die Gesamtheit des Gesetzes- und Richterrechts. Gerechtigkeit ist

übergesetzlich.

## 7. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Philosophen keine umfassende Antwort auf die Frage haben, was Gerechtigkeit ist. Aber es lassen sich Elemente in fast allen Ansätzen wiederfinden, die sehr gut das Gerechtigkeitsgefühl oder –empfinden beschreiben. Zum einen bringt diese Betrachtung zum Ausdruck, dass Gerechtigkeit subjektiv ist. Gerechtigkeit lässt sich weder verobjektivieren und lassen sich allgemein gültige Standards herausarbeiten. Somit ist Gerechtigkeit eine Frage des Betrachters. Angefangen mit *Aristoteles* lässt sich dabei beobachten, dass Gleichheit ein wichtiges Element der Gerechtigkeit ist. Gleichheit beinhaltet zwei Kernaussagen. Gleiches muss gleich behandelt werden und Ungleiches muss ungleich behandelt werden. Jedoch gibt Gerechtigkeit keine Antwort auf die Frage, was gleich und was ungleich ist. Bei allem fehlt der Vergleichsmaßstab. Subjektivität und Gleichheit geben der Ausgestaltung der Gerechtigkeit oder für die Frage, was gerecht ist, wenig inhaltliche Konturen. Jedoch sind es Vorgaben, an denen sich die Verwirklichung der Gerechtigkeit messen lässt.

## II. Materielle Gerechtigkeit

Nachdem die Frage untersucht wurde, was Philosophen als Gerechtigkeit betrachten, stellt sich die Frage, was Juristen unter Gerechtigkeit, und zwar ganz speziell unter materiellrechtlicher Gerechtigkeit, verstehen.<sup>207</sup> Die materiellrechtliche Gerechtigkeit ist eine Wortschöpfung der Internationalprivatrechtler, die einzig und allein der Abgrenzung zur internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit dient. Dennoch verdient sie als Begriff der juristischen Gerechtigkeit eine kurze Betrachtung.

### 1. Inhalt

Materiellrechtliche Gerechtigkeit hat die gerechte Regelung von Sachverhalten zur Aufgabe. Nach *Neuhaus* ist sie bestrebt, die beste – gerechte und zweckmäßige – sachliche Lösung zu finden.<sup>208</sup> Diese Definition ist ein Zirkelschluss, da die materiellrechtliche Gerechtigkeit nicht mit Hilfe des Wortes „gerecht“ zu definieren ist. Jedoch ist es so, dass man Gerechtigkeit nicht abschließend definieren kann.<sup>209</sup> Folglich muss man sich für die Definition eines Zirkelschlusses behelfen. Materiellrechtliche Gerechtigkeit wird häufig als die Gerechtigkeit verstanden, welche der Gesetzgeber durch seine Gesetze zu verwirklichen versucht. Dabei beschränkt man sich jedoch nicht auf die durch das Gesetz hergestellte Gerechtigkeit, dies wäre reiner Positivismus, sondern bezeichnet vielmehr die vom Gesetzgeber angestrebte Gerechtigkeit.<sup>210</sup> *Braun* fasst es sehr treffend, wenn er die Gerechtigkeit mit einem Fluchtpunkt vergleicht.<sup>211</sup> Der Fluchtpunkt stammt aus der Malerei. Er bezeichnet einen fiktiven Punkt, der sich mit dem Standort des Betrachters ändert, aber immer nach einem bestimmten Prinzip Richtung und Ordnung unserer Wahrnehmung bestimmt. Die Gerechtigkeit sei nach *Braun* gewissermaßen der Fluchtpunkt des Rechts. Auf ihn hin müsse alles Recht ausgerichtet und interpretiert werden, um als Recht verstanden werden zu können. Dabei verwendet *Braun* Gerechtigkeit als Maßstab, wogegen Gerechtigkeit auch häufig im Sinne einer Tugend erfasst wird.<sup>212</sup>

In eine ähnliche Richtung geht die Betrachtung von *Osterkamp*. Danach

könne nur eine Rechtstheorie und eine Rechtsdogmatik, welche sich von überkommenen Gegensätzen löse und den naturrechtlichen Anspruch auf eine ethisch-moralische Legitimation des Rechts mit den positivistischen Geltungskriterien von hoheitlicher Setzung und sozialer Wirksamkeit verbinde, eine adäquate Begründung juristischer Gerechtigkeit leisten.<sup>213</sup> Er erkennt, dass es sich bei der Unterscheidung von Gerechtigkeit und Recht im Prinzip um Aporien handelt, die sich auch durch eine höhere Abstraktion nicht auflösen lassen.<sup>214</sup>

Darin zeigt sich, dass – wie schon angedeutet – der Begriff der materiellen Gerechtigkeit sich vor allem durch seine Abgrenzungsfunktion zur internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit auszeichnet. Mithilfe dieser Abgrenzungsfunktion lässt sich der Begriff auch definieren. Das Streben nach materieller Gerechtigkeit beinhaltet alle Gerechtigkeitserwägungen, die sich nicht mit der Frage nach dem anwendbaren Recht beschäftigen.

## 2. Begründung

Auch wenn sich materielle Gerechtigkeit durch Gesetze nicht immer erreichen lässt, so ist doch unstrittig, dass die Verwirklichung der Gerechtigkeit Ziel eines jeden Gesetzes sein sollte.<sup>215</sup> Dies lässt sich auch begründen. Jede Gesellschaft basiert auf dem freiwilligen Mitwirken eines Großteils seiner Mitglieder. Gesetze als Regeln in einer Gesellschaft basieren demnach ebenfalls auf der freiwilligen Befolgung. Die Freiwilligkeit wird durch Anstreben von Gerechtigkeit gewährleistet, dies gilt insbesondere für die Rechtsanwender.<sup>216</sup> Wären sich die Rechtssubjekte darüber bewusst, dass ein Gesetzessystem nicht die Herstellung von Gerechtigkeit als Ziel hat, würden sie diesem System nicht mehr folgen. Eine Revolution, die von der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung getragen würde, könnte man nur schwer niederschlagen. Dieser Begründungsansatz ist sehr vereinfacht. Doch trifft er einen wahren Kern. Das Streben nach Gerechtigkeit oder die Suggestierung des Strebens nach Gerechtigkeit tragen zum Funktionieren des Systems ganz wesentlich bei.

Nach *Braun* geht die Bedeutung der Gerechtigkeit so weit, dass auch der Rechtsanwender, allen positiven Bindungen zum Trotz, sein Bild des

geltenden Rechts nicht ohne die Vision einer gerechten Welt entwerfen kann.<sup>217</sup> In dieser Beobachtung endet auch die Arbeit von *Osterkamp*, der daraus folgert, dass ein Kompromiss zwischen positivem Recht und „unendlicher Gerechtigkeit“ unausweichlich sei.<sup>218</sup> Jedoch schließt er damit, dass die Notwendigkeit eines Kompromisses nicht im Verharren auf dem *status quo* enden sollte, sondern vielmehr ein Grund sei, die Suche nach einem besseren Recht, einer besseren Gerechtigkeit und schließlich einer besseren Theorie von Recht und Gerechtigkeit fortzusetzen.<sup>219</sup> Dies kann hier nicht geleistet werden und deshalb sei abschließend auf die schon oben dargestellten philosophischen Betrachtungen der Gerechtigkeit verwiesen.<sup>220</sup>

### 3. Zusammenfassung

Über die materielle Gerechtigkeit lässt sich letztlich wenig sagen. Sie strebt nach der besten sachlichen Lösung, ohne sich mit der Frage nach dem anwendbaren Recht zu beschäftigen. Die Begriffsschöpfung hat hauptsächlich eine Abgrenzungsfunktion, welche es dem Internationalprivatrechtler erleichtert, sich mit der – für ihn häufig am interessantesten – Frage nach der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit zu beschäftigen. Die daneben interessante Frage, ob Erwägungen der materiellen Gerechtigkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechtes zu berücksichtigen sind und somit das Erreichen materieller Gerechtigkeit als ein eigenständiges internationalprivatrechtliches Gesetzgebungsziel auftreten kann, soll an anderer Stelle noch behandelt werden.

#### *III. Internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*

Die internationalprivatrechtliche oder kollisionsrechtliche Gerechtigkeit dient ebenfalls meist der Abgrenzung. Der Begriff wird auf *Kegel* zurückgeführt,<sup>221</sup> doch auch *Zweigert* sprach schon von unterschiedlichen Graden der Gerechtigkeit.<sup>222</sup> Auch die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit wird über eine Negativ-Definition von der materiellrechtlichen Gerechtigkeit abgegrenzt. Letztlich gibt es jedoch nur eine Gerechtigkeit.<sup>223</sup> Die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit

beleuchtet dabei nur einen Teil der Suche nach Gerechtigkeit an sich.

## 1. Inhalt

Dieser Teil ist – wie schon oben erwähnt – der für den Internationalprivatrechtler wichtigste. Dabei handelt es sich um eine relativ moderne Begriffsschöpfung, die auf *Kegel* zurückgeht.<sup>224</sup> Dieser führte diese Wortschöpfung ein, um seine Theorie der internationalprivatrechtlichen Interessenjurisprudenz begrifflich zu unterfüttern.

### a. Kegels Interessenjurisprudenz

Nach *Kegel* beruht dabei die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit, genauso wie die materiellprivatrechtliche, auf Feststellung, Bewertung und Abwägung von Interessen.<sup>225</sup> Da *Kegel* aber der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit einen anderen Gerechtigkeitsgehalt als der materiellrechtlichen zuweist, müssen auch die Interessen andere sein. *Kegel* stellt drei Gruppen internationalprivatrechtlicher Interessen auf, ausdrücklich ohne Anspruch auf Vollständigkeit<sup>226</sup>: Parteiinteressen, Verkehrsinteressen und Ordnungsinteressen.

*Kegels* Parteiinteressen sind letztlich nur ein Interesse: „Jedermann hat ein Interesse daran, daß seine *persönlichen Verhältnisse* einem Recht unterstellt werden, mit dem er verbunden ist.“<sup>227</sup> Die Verkehrsinteressen bezeichnet *Kegel* korrekter als Verkehrserleichterungsinteressen.<sup>228</sup> Der internationale Rechtsverkehr sei besonderen Herausforderungen ausgesetzt, die sich in daraus resultierenden Verkehrserleichterungsinteressen niederschlagen. *Kegel* sieht den Verkehrsschutz als den Schutz des Rechtsgeschäfts gegen Angriffe des Vertragspartners oder Dritter. Auf einer anderen Ebene lägen hingegen die Ordnungsinteressen.<sup>229</sup> Hierunter fasst *Kegel* den inneren und äußeren Entscheidungseinklang. Daneben identifiziert *Kegel* noch zwei Ausnahmen von der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit: die materiellrechtliche Gerechtigkeit in Form des *ordre public* und die Macht



des eigenen Staates.<sup>230</sup> Diese, hier sehr verkürzt dargestellten, Interessengruppen sind, wie *Kegel* selbst erkennt, zu grob. Folglich sieht er es auch als Aufgabe für die Zukunft an, die Interessen durch Ausdifferenzierung weiterzuentwickeln.<sup>231</sup> Die Differenzierung wiederum sieht er im Aufspüren und Bewerten der Interessen im Einzelfall, also bei der Auslegung und Fortbildung der einzelnen Normen des Internationalen Privatrechts. *Kegels* Ausführungen sind richtigerweise nicht nur auf ein positives Echo gestoßen,<sup>232</sup> nichtsdestotrotz haben sie einen wichtigen Beitrag in der kollisionsrechtlichen Diskussion geleistet.

Sie wurden auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>233</sup> zur Frage der Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Internationalen Privatrecht bestätigt. Nach dieser Rechtsprechung kann auch die Ungleichbehandlung im Internationalen Privatrecht eine Benachteiligung darstellen, wenngleich die potentiell anwendbaren Rechtsordnungen zum gleichen oder besseren materiellrechtlichen Ergebnis führen.<sup>234</sup> Ausschlaggebend sei allein, dass das Internationale Privatrecht einer Person seine Rechtsordnung vorenthalte, welche auf Personen dieser Nationalität ausgerichtet und ihr typischerweise vertrauter sei. Somit lässt sich auch das Gesetzgebungsziel der Europäischen Kommission – die Gleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern – als Ausprägung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit identifizieren.

#### b. Flessners Interessenjurisprudenz

*Kegels* Ansatz wurde an verschiedenen Stellen kritisiert. Die bedeutendste Kritik und Erweiterung findet man bei *Flessner*.<sup>235</sup> *Flessner* untersucht in seiner Kritik einleitend die Wirkung der von *Kegel* angestoßenen Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht. Dabei legt er sein Hauptaugenmerk auf die „großen Aufgaben“, denen sich das Internationale Privatrecht in den Jahren 1954 bis 1989 gestellt hat: die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Kollisionsrecht, die sogenannte Spanier-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die privatrechtliche Stellung der Ausländer im Inland und die gesetzliche Reform des Internationalen Privatrechts.<sup>236</sup> *Flessner* stellt fest, dass an keiner Stelle eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den Interessen im

Sinne der Interessenjurisprudenz stattgefunden habe.<sup>237</sup> Selbst *Kegel* ließe diese in seinen Stellungnahmen zu den Themen vermissen.<sup>238</sup> Nach *Flessner* beruht die geringe Wirkungskraft der Interessenjurisprudenz von *Kegel* auf deren Konzeption selber.<sup>239</sup> Die von *Kegel* herausgearbeiteten Interessen hätten eine Hang zum Abstrakten, Pauschalen, Irrealen ja sogar Fiktiven und seien in erster Linie darauf gerichtet, eine Rechtfertigung für das schon bestehende System zu liefern.

Auf dieser Bilanz aufbauend, fordert *Flessner* die Weiterentwicklung der internationalprivatrechtlichen Interessenjurisprudenz durch eine realistische Wahrnehmung von konkret feststellbaren Interessen.<sup>240</sup> Aus seiner Orientierung an realen Interessen leitet er eine notwendige Differenzierung zwischen Normbildung und Normanwendung ab.<sup>241</sup> Bei der Normbildung sollen typische, generalisierte Interessen berücksichtigt werden, bei der Normanwendung konkrete. *Flessners* Hauptkritik an *Kegels* Ansatz ist letztlich, dass dieser nur Interessen als kollisionsrechtlich relevant berücksichtigt, die auf die Anwendung von Rechtsordnungen an sich gerichtet sind, gleich welchen Inhalt sie haben.<sup>242</sup> Zwar erkennt *Flessner* an, dass es solche Interessen geben könne, insbesondere wenn die Beteiligten sich keine oder keine hinreichenden Vorstellungen über den Inhalt der anwendbaren Rechtsordnungen machten. Jedoch sieht er diese Begrenzung als unvereinbar mit einer realistischen Interessenbetrachtung an. Er hält es für realistischer, dass diese Interessen im konkreten Fall von einem Interesse an der Anwendung oder Nichtanwendung einer Rechtsordnung verdrängt werden, wobei das Interesse an der Anwendung dieser Rechtsordnung durch den Inhalt der Sachnormen oder dem erwarteten sachlichen Ergebnis hervorgerufen werden.<sup>243</sup> Aufgrund dieser Überlegung sieht er es für notwendig an, den Begriff der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit bei vollständiger Interessenerfassung zu erweitern: „*Es ist dasjenige Recht anzuwenden, an dessen Anwendung als Ganzes oder im einzelnen, abhängig oder unabhängig von seinem Inhalt legitime und vorzugswürdige Interessen der Beteiligten oder der Allgemeinheit bestehen.*“ Dabei sei das Entscheidende die Bewertung solcher vorhandenen und vorstellbaren Interessen. Im gleichen Atemzug verweist *Flessner* darauf, dass es weder Ziel seiner Arbeit sei, den von *Kegel* aufgestellten Katalog von Bewertungskriterien zu überprüfen, noch einen

eigenen aufzustellen.<sup>244</sup> Dies ist natürlich zu bedauern. Jedoch demonstriert *Flessner* im weiteren Teil seiner Abhandlung anhand ausgewählter Einzelfragen, wie eine realistische Interessenbetrachtung die Bewertungseinstellung klären und verändern kann.

Mit der Erweiterung des internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsbegriffs lehnt *Flessner* gleichzeitig das weit verbreitete Bild der „engsten Verbindung“ – überspitzt: des räumlich besten Rechtes – ab, welches räumliche Qualitäten des Rechts suggeriere.<sup>245</sup> Laut *Flessner* müsse auch die Gerechtigkeit des Internationalen Privatrechts in der bestmöglichen Befriedigung realer menschlicher Interessen bestehen und nicht in der Honorierung räumlicher oder sonstiger Beziehungen zwischen Sachverhalten und Rechtsordnungen.

Bei der Betrachtung von Alternativanknüpfungen und Günstigkeitsprinzip geht *Flessner* davon aus, dass die positive Nutzung internationaler Rechtsvielfalt ein Gerechtigkeitsziel des Internationalen Privatrechts sei.<sup>246</sup> Zur Begründung zieht er die Parallele zum Internationalen Zivilprozessrecht und den dort vorhandenen konkurrierenden Gerichtsständen. Diese würden nicht nur aus mangelnder Koordinierung, sondern auch im Interesse der Rechtsinteressenten bestehen und international anerkannt werden. Daraus schließt er für das Internationale Privatrecht, dass Alternativanknüpfungen bei sachlicher Bewertung entsprechender Interessen als Mittel zur legitimen Nutzung der durch Internationalität gebotenen Rechtsvielfalt dienen können. An dieser Ansicht ist insbesondere die Begründung zu kritisieren.

Der Vergleich zwischen Alternativanknüpfungen und konkurrierenden Gerichtsständen hält einer näheren Betrachtung nicht stand. Das Internationale Zivilprozessrecht ist von dem Grundgedanken des *actor sequitur forum rei* geprägt.<sup>247</sup> Dieser stellt den Ausgangspunkt dar, welcher nur ausnahmsweise Erweiterungen erfährt, wenn dies mit der Interessenlage der Parteien vereinbar ist. Hier spielen vor allem Fragen der Beweisnähe, der faktischen Durchsetzbarkeit von Entscheidungen und das Handeln des Beklagten eine Rolle, sie sind gleichsam dem Beklagten mühsam abgerungene Zugeständnisse an den Kläger. Die besonderen Gerichtsstände sind somit die grundsätzlich wünschenswerteren, jedoch wird der Beklagtensitz als Gerichtsstand aus der Überlegung offen

gehalten, dass es dem Kläger frei stehen soll, sich im Zweifel den Nachteil aufzubürden, beim Beklagten zu klagen, da es für den Beklagten grundsätzlich nicht nachteilig sein könne. Dass das Gegenteil gerade der Fall sein kann, wird selten berücksichtigt.<sup>248</sup> Somit ergeben sich die konkurrierenden Gerichtsstände im Internationalen Zivilprozessrecht nicht auch im Interesse der Rechtsinteressenten, sondern vielmehr aus einer Vielzahl von Berührungspunkten und einer darauf aufbauenden Verlegenheit, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Zwar mögen alternative Anknüpfungen auch im Internationalen Privatrecht ihre Berechtigung haben, aber diese mit einem Verweis auf die konkurrierenden Gerichtsstände im Internationalen Zivilprozessrecht zu begründen, geht fehl. Die Berechtigung einer solchen Anknüpfungstechnik muss vielmehr für jede Norm individuell begründet werden.

Des Weiteren befasst sich *Flessner* mit dem Verhältnis von Ordnungsinteressen und Parteiinteressen.<sup>249</sup> Dabei stellt er in Kontinentaleuropa einen ständigen Kodifizierungsdruck fest, welcher jedoch hauptsächlich von Juristen ausgehe, deren Interessen nicht berücksichtigt werden dürften, weil „Recht als objektive Ordnung seinen eigenen Schöpfer und Verwalter dennotwenig in dienender, nicht eigeninteressierter Funktion voraussetzen muss.“<sup>250</sup> Dieser pauschale Ausschluss der Juristen aus dem Kreis der Interessenten im Sinne einer realistischen Interessentheorie erscheint jedoch unangebracht. *Flessner* schränkt diesen Ausschluss auch zugleich mit der Begründung ein, dass der Regelungsbedarf der Juristen ein Allgemeininteresse der Personen und Institutionen widerspiegeln, welche mit internationalen Sachverhalten zu tun haben. Dabei erkennt er die Nachteile seines Ausschlusses nur ungenau. Der Jurist als Rechtsanwender ist in den meisten Fällen der Vermittler zwischen wirklich Interessierten und dem Recht. Dabei spielt er bei den Ordnungsinteressen, insbesondere der Rechtssicherheit, eine entscheidende Rolle. Wenn das Recht für den Juristen einfach und vorhersehbar ist, wirkt sich das unmittelbar auf den Rechtsbetroffenen aus, da dieser präziser und schnelleren – häufig deshalb auch günstigeren – Rechtsrat erhalten kann. Somit ist der Rechtsanwender gerade im Bereich der Ordnungsinteressen ein genuin Interessierter, da sich seine Rechtsvertrautheit oder Orientierung direkt auf das Rechtssubjekt auswirkt.

Die Vernachlässigung der konkreten Interessen zugunsten der Ordnungsinteressen führt *Flessner* auf die Natur der internationalprivatrechtlichen Normen zurück. Diese seien in zweifacher Hinsicht abstrakt: Zum einen bezeichnen sie mit einem Anknüpfungspunkt ganze Rechtsgebiete in den Rechtsordnungen der ganzen Welt und zum anderen treffen sie diese Verweisungen in der Regel ohne Rücksicht auf den Inhalt der so heranzuziehenden Sachnormen.<sup>251</sup> *Flessner* stellt hier – mit *Schurig*<sup>252</sup> – einen Interessenschwund zwischen Aufstellung und Anwendung der Kollisionsnorm fest. Diesen führt er hauptsächlich darauf zurück, dass der Normgeber nur rein internationalprivatrechtliche – auf die Anwendung einer Rechtsordnung als ganzes gerichtete – Interessen berücksichtige, wogegen das Anwendungsinteresse des Beteiligten ausschließlich sachrechtlich motiviert sein könne.<sup>253</sup>

An dieser Stelle soll zunächst von den materiellrechtlich motivierten Anwendungsinteressen abgesehen werden. Der Konflikt löst sich jedoch auch bei der Betrachtung rein internationalprivatrechtlicher Anwendungsinteressen nicht auf. Die traditionell herrschende Meinung nimmt hier nur im seltenen Ausnahmefall Korrekturen mittels Ausweichklausel oder teleologischer Reduktion vor. Dies wird mit der notwendigen Typisierung begründet, der sich im individuellen Fall anders lautende Interessen fügen müssten. *Flessner* kritisiert auch dies und beurteilt das Verhalten als aus Sicht der Interessenjurisprudenz unbefriedigend. Von diesem Standpunkt aus fordert er, die legitimen Interessen der konkreten Beteiligten so weit zu berücksichtigen, wie es ohne Schaden für das Ordnungsinteresse möglich ist.<sup>254</sup> Dabei solle die Korrektur im Fall des klaren Interessenschwundes keine Ausnahme, sondern vielmehr die Regel bilden. Eine Grenze bestehe nur dort, wo das Vertrauen der Beteiligten oder der Allgemeinheit schützenswert ist. Laut *Flessner* lässt sich das Vertrauen der Allgemeinheit jedoch wohl vernachlässigen, da sich dieses immer nur für zukünftige Fälle und nicht für den konkreten Fall feststellen ließe.<sup>255</sup> Dieser Schluss geht fehl. Das Interesse der Allgemeinheit ist zwar grundsätzlich auf die Zukunft gerichtet, manifestiert sich jedoch auch in jedem konkreten Fall, da die Abweichung von der Kollisionsnorm im konkreten Fall die Möglichkeit der Abweichung in der Zukunft bedeutet.<sup>256</sup> Somit stellt gerade die Anwendung im Einzelfall das Fundament für die Ordnungsinteressen der

Zukunft dar. Demnach kann man *Flessner* nicht folgen.

Dennoch ist *Flessners* Kritik und Weiterführung des Ansatzes von *Kegel* bemerkenswert. Insbesondere die Ablehnung der Formel von der „engsten (räumlichen) Verbindung“ als inhaltsleer ist ein mutiger Schritt. Jedoch gelingt es ihm nicht, mit seiner realistischen Interessenbetrachtung ein funktionierendes Gegenmodell aufzustellen. Er liefert nicht hinreichend Material für die Frage nach der Identifizierung von legitimen Interessen und der anschließenden Bewertung dieser legitimen Interessen. Leider hat sich bislang auch noch kein Nachfolger gefunden, der *Flessners* Arbeit weitergeführt hat. Zudem ist *Flessners* Drang zum fakultativen Kollisionsrecht<sup>257</sup> nicht nachvollziehbar, da er die Interessen Dritter dabei weitestgehend unberücksichtigt lässt. Hier ist die Ausweitung der Rechtswahlmöglichkeit, wie sie auch in der Rom II-VO und der Rom I-VO geschehen ist, der bessere Weg. So kann ein sinnvoller Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien an Flexibilität und Mitbestimmung sowie dem Schutz am konkreten Rechtsstreit unbeteiligter Dritter besser verwirklicht werden.

### c. Buchers Anknüpfungsgerechtigkeit

Einen ebenfalls sehr interessanten schon früheren Beitrag hat *Bucher*<sup>258</sup> zur Diskussion über die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit geleistet. Aufbauend auf *Kegels* Unterscheidung konstatiert *Bucher*, dass es sich bei internationalprivatrechtlicher und materiellrechtlicher Gerechtigkeit letztlich nur um eine Gerechtigkeit handele.<sup>259</sup> Entscheidend dabei ist, dass *Bucher* die Gerechtigkeit nicht als absoluten Wert, sondern als Maßstab betrachtet.<sup>260</sup> Die Gerechtigkeitsidee gewinne erst durch Anwendung dieses Maßstabs auf verschiedene Sachverhalte und Rechtsfragen ihren Gehalt.

Auf dieser Betrachtung aufbauend erklärt *Bucher* die Unterscheidung in internationalprivatrechtliche und materiellrechtliche Gerechtigkeit.<sup>261</sup> Die Rechtsfragen im Internationalen Privatrecht und materiellen Recht unterscheiden sich. Zwar gebe es im Internationalen Privatrecht Zielvorstellungen, die auch im materiellen Recht ihre Berechtigung hätten, jedoch treten im Internationalen Privatrecht zusätzliche Elemente auf.

Daraus resultiere ein eigenständiger Gerechtigkeitsbegriff. Die Besonderheit beruhe darauf, dass die internationalen Sachverhalte nicht automatisch einem sie abschließend regelnden materiellen Recht zugehören, sondern einem solchen zuzuordnen sind. *Bucher* schließt, unausgesprochen auf dem Gleichheitsprinzip fußend, dass die gerechte Behandlung eines internationalen Sachverhalts die Berücksichtigung des internationalen Elementes erfordere. Er könne nicht unbesehen mit rein innerstaatlichen und damit ungleichen Sachverhalten gleichgestellt werden. Somit habe die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsidee die besondere Aufgabe, über die Ermittlung der Kriterien zu wachen, nach denen die Zuordnung solcher Sachverhalte zu einem bestimmten materiellen Recht zu erfolgen hat. Der materiellen Gerechtigkeit obliege die Aufgabe, einen Bereich zu regeln, in dem ein vorhandenes internationales Element hinsichtlich der Frage der Zuordnung keine Rolle mehr spielt. Darin sieht *Bucher* das Unterscheidungsmerkmal der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit.

*Bucher* beschäftigt sich jedoch auch mit den Auswirkungen des sozialpolitischen Rechtsverständnisses auf den methodischen Ansatz des Internationalen Privatrechts.<sup>262</sup> Dabei beobachtet er, dass sich die Aufgabe des Privatrechts verändert hat. Die klassische Konzeption des Privatrechts sah vor, eine Rahmenordnung für den Verkehr zwischen Privaten zu stellen. Im Laufe der Zeit entwickelte sich das Privatrecht immer mehr zum Ordnungsrecht und zielt nunmehr auf die Gestaltung des Verhaltens des Einzelnen als Teil der Gesellschaft ab. Aus diesem Wandel des Privatrechts folgert *Bucher*, dass „unwillkürlich“ zum Gegenstand einer jeden so verstandenen Sachnorm ein bestimmter umgrenzter räumlicher Bereich gehören müsse, auf deren Ordnung die konkrete rechtliche Regelung ausgerichtet sei.<sup>263</sup> Das Anklingen einer statistischen Theorie relativiert er jedoch sofort wieder. Es ginge eher darum, die aus sozialpolitischer Sicht zu beurteilende Integration der konkreten Sachverhalte in der inländischen Gemeinschaft für die Abgrenzung des Anwendungsanspruchs der betreffenden Rechtsordnung in den Vordergrund zu rücken. In diesem Zusammenhang ruft er mit *Francescakis* auf, die einzelstaatliche Verflechtung der sozialen und rechtlichen Ordnung vor einem übermäßigen Eindringen fremder Elemente zu bewahren.<sup>264</sup> Zum Glück bleibt dieser Aufruf ein isolierter.

Auch unter Berücksichtigung der sozialen Ausrichtung des Privatrechts kommt *Bucher* zu dem Schluss, dass sich die nationale Rechtsordnung in der Kollision mit anderen Rechtsordnungen nicht automatisch durchsetze.<sup>265</sup> Vielmehr bedürfe die internationale Interdependenz und Verflechtung des Rechtsverkehrs eines Ausgleichs der einzelstaatlichen Rechtsanwendungsansprüche.

Letztlich wird nicht ganz klar, ob *Bucher* mit seiner Theorie der sozialen Einbindung von Rechtsverhältnissen eine neue Theorie gegen *von Savignys* Ansatz vom Sitz der Rechtsverhältnisse stellen möchte, oder ob er die soziale Integration als Ausdruck der Verankerung des Sitzes des Rechtsverhältnisses sieht. Deutlich wird lediglich, dass er trotz Betonung des intendierten Anwendungsbereichs des „sozialen Privatrechts“ nicht ein statistisches Verständnis des Kollisionsrechts befürwortet. Dabei ist die soziale Einbindung des Lebenssachverhalts ein zentraler Bestandteil seines Verständnisses von internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit.

#### d. Hirse

Der Beitrag von *Hirse* muss als Übernahme und Weiterentwicklung von *Buchers* Analyse der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit verstanden werden. *Hirse* kommt in seiner Abhandlung zu der Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht zu dem Schluss, dass es sich bei der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit lediglich um ein heuristisches Hilfsmittel handle.<sup>266</sup> Unter diesem Begriff sollen alle Erwägungen zusammengefasst werden, die bei der gerechten Zuordnung eines internationalen Sachverhalts zu einer Rechtsordnung bestimmend sind. Für den Gedanken der engsten Verbindung ließen sich diese mit Hilfe der Wertungsjurisprudenz gewinnen. Wertungsgegenstand seien dabei allein die realen Interessen der beteiligten Privatpersonen als auf die Anwendung einer Rechtsordnung gerichteten Begehrensvorstellungen. Die Gesichtspunkte für ihre Bewertung seien die in der Rechtsgemeinschaft unmittelbar aus der Rechtsidee abgeleiteten Gerechtigkeits- und Wertvorstellungen. Dem Begriff der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit komme somit eine lediglich formelle Rolle zu. Er solle dazu dienen, über die Ermittlung der Kriterien zu wachen, anhand derer die Zuordnung des Sachverhalts zu einer Rechtsordnung vorgenommen



wird.<sup>267</sup> Damit schließt sich *Hirse* den Schlussfolgerungen *Buchers* an.

Bei seiner Bewertung spricht sich *Hirse* deutlich gegen eine Gleichstellung von internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit und dem Prinzip der engsten Verbindung aus.<sup>268</sup> Dem Prinzip der engsten Verbindung gelänge es mit Blick auf die fortschreitenden Kodifikationen des Kollisionsrechts nicht mehr, die bei der Anknüpfung entscheidenden Erwägungen umfassend zu repräsentieren.<sup>269</sup> Dabei erkennt *Hirse* richtigerweise die durchaus sehr beschränkte Aussage des Prinzips der engsten Verbindung. Er konstatiert, dass es immer noch der konstitutive Gedanke für das kontinentaleuropäische Kollisionsrecht sei. Das Prinzip bilde die Grundlage für eine überwiegende Zahl der Einzelbestimmungen, ohne jedoch selbst als subsumierbarer Rechtssatz zu erscheinen.<sup>270</sup> Diese Aussage ist in sich widersprüchlich. Wie kann ein nicht subsumierbarer Rechtssatz die Grundlage für Einzelbestimmungen bilden? Und wie lässt sich dies verifizieren? Die Aussage von *Hirse* ist insofern richtig, als dass das Prinzip der engsten Verbindung häufig als Grundlage von Einzelbestimmungen bemüht wird. Ob das Prinzip wirklich die Grundlage bildet, lässt sich jedoch häufig nicht feststellen. Entscheidend ist jedoch, dass das Prinzip der engsten Verbindung den Gedanken repräsentiert, dass das „räumlich beste“ Recht gleichzeitig das sachlich angemessene Recht sei. Dieser Grundgedanke dominiert in vielen modernen Kollisionsnormen nicht mehr.<sup>271</sup> Daraus schließt *Hirse*, dass eine Gleichstellung von Anknüpfungsgerechtigkeit und Prinzip der engsten Verbindung nicht mehr gerechtfertigt sei.

## 2. Zusammenfassung und Bewertung

Die Diskussion zur internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit erinnert an die Diskussion zu der Frage nach Gerechtigkeit an sich, ist jedoch entschieden anders. Internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit kam als Begriff erst relativ spät auf. Bis heute wird *Kegel* als der Schöpfer dieses Begriffes dargestellt. Jedoch hat es *Kegel* mit der Einführung dieses Begriffes nicht erreicht, eine speziell internationalprivatrechtliche Interessenjurisprudenz zu erschaffen.<sup>272</sup> Zu omnipräsent ist das Prinzip der engsten Verbindung in der kontinentaleuropäischen

internationalprivatrechtlichen Diskussion. Jedoch hat sich das moderne kontinentaleuropäische Verständnis der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit inzwischen so weit von dem Prinzip der engsten Verbindung entfernt, dass ihr eine gänzlich eigenständige Funktion zukommt. *Bucher* und *Hirse* sehen ihre Aufgabe darin, über die Kriterien zu wachen, die zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für einen internationalen Sachverhalt ausschlaggebend sind. Diese Kriterien bleiben in der Diskussion jedoch vage. Deutlich kommt nur die negative Abgrenzungsfunktion der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit zum Ausdruck. Nicht zu den relevanten Kriterien zählen ganz einvernehmlich die materiellen Ergebnisvorstellungen oder der Inhalt der potentiell zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen.<sup>273</sup> Dies erklärt sich aus seiner Entstehungsgeschichte. Die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit war berufen, um eigenständige Gerechtigkeitserwägungen zu benennen, die zur Bestimmung des anwendbaren Rechtes entscheidend sein sollten, ohne die Entscheidung des konkreten Streitfalls im Auge zu haben, welches die Aufgabe des materiellen Rechts sein sollte. Diese neue Aufgabe ließ sich damals nur negativ definieren und auch heute ist man über diese negative Definition leider nicht weit hinausgekommen. Die angebotenen positiven Definitionen sind so vage, wie man es von Definitionen von Gerechtigkeit erwartet. Im Folgenden sollen die positiven Kriterien der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit weiter konkretisiert werden, so dass sich auch der Rechtsanwender an ihnen orientieren kann.

#### *IV. Verhältnis von materieller und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit*

Im Anschluss an die obige Feststellung stellt sich die Frage, ob die negative Definition der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit heute noch Gültigkeit beanspruchen kann bzw. sollte. Genauer: Beinhalten die Überlegungen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit auch Überlegungen zur materiellrechtlichen Gerechtigkeit? Wie ist das Verhältnis zwischen den beiden Gerechtigkeiten? Sind es wirklich zwei verschiedene Gerechtigkeiten oder letztlich nur eine Gerechtigkeit? Zur Untersuchung dieser Fragestellung soll auf die Ergebnisse zur materiellen Gerechtigkeit zurückgegriffen werden. Nach der gängigen Definition soll

die materielle Gerechtigkeit die gerechte Entscheidung eines Streitfalles gewährleisten. Sollte das Bestreben nach der gerechten Entscheidung eines Streitfalles auch ausschlaggebend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts sein? Diese Frage wird seit der sogenannten US-amerikanischen *conflicts revolution* lebhaft diskutiert. Im folgenden Abschnitt sollen einige Modelle, die eine Berücksichtigung der materiellen Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht befürworten, vorgestellt werden und anschließend aufbauend auf einer Analyse der Funktion des Internationalen Privatrechts ein eigenes Modell entwickelt werden.

## 1. Modelle

Zu einer Betrachtung der Rolle der materiellen Gerechtigkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts und somit der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit soll auf eine Reihe von Vorschlägen aus der kontinentaleuropäischen Wissenschaft eingegangen werden. Die Berücksichtigung des materiellen Gehalts der potentiell anwendbaren Rechte wird vor allem in US-amerikanischen Jurisdiktionen befürwortet und teilweise praktiziert.<sup>274</sup> Auf diese Ansätze soll an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden, da ihnen ein gänzlich anderes Verständnis des Internationalen Privatrechts zu Grunde liegt. Hier soll lediglich das Verhältnis von materieller und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit auf Basis des kontinentaleuropäischen Verständnisses des Internationalen Privatrechts untersucht werden.

### a. Gutzwiller

Das vermutlich älteste kontinentaleuropäische Modell<sup>275</sup> vom Verhältnis zwischen materieller und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit stammt von *Gutzwiller*. Es handelt sich um eine kontinentaleuropäische Rezeption der US-amerikanischen Vorschläge im Rahmen der *conflicts revolution* und basiert hauptsächlich auf dem Ansatz von *Cavers*<sup>276</sup>. *Gutzwillers* Vorschlag zeichnet sich insofern aus, als dass er dazu antritt, die US-amerikanischen Vorschläge mit den Grundvorstellungen des kontinentaleuropäischen Kollisionsrechts zu vereinbaren.

Zu Anfang seiner Abhandlung definiert *Gutzwiller* das Gerechtigkeitsziel des Internationalen Privatrechts als rational befriedigenden Ausgleich der Interessen von Parteien und betroffenen Rechtsgemeinschaften.<sup>277</sup> Auf dieser Definition aufbauend, kritisiert er das traditionelle zweistufige Verfahren:<sup>278</sup> Es könne nicht befriedigen, weil Gehalt und Sinn der einer Entscheidung potentiell zu Grunde zu legenden materiellen Rechtsgrundsätze und das Rechtsanwendungsinteresse<sup>279</sup> der zur Entscheidung berufenen Rechtsordnung erst in einem Stadium berücksichtigt werden, in dem die wesentlichste Entscheidung schon getroffen sei. Zudem widerspreche dieser Aufbau der natürlichen Denkweise von Laien und Juristen, welche unwillkürlich vom materiellrechtlichen Ergebnis einer Entscheidung her denken würden.<sup>280</sup> Dies setzt natürlich voraus, dass der Laie oder Jurist dieses Ergebnis in allen potentiell anwendbaren Rechtsordnungen kennt. Die Grundannahme des Internationalen Privatrechts, dass alle materiellen Rechte gleichwertig sind und deshalb eine kollisionsrechtliche Berücksichtigung des Inhalts der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen nicht Ziel und Aufgabe des Internationalen Privatrechts ist, sei wegen der Unterschiede der nationalen materiellen Rechte nicht haltbar.<sup>281</sup> Vielmehr sei diese Fiktion der Äquivalenz das Produkt einer vorläufigen, noch mangelhaften Methodik und Gesetzgebungstechnik.<sup>282</sup> Folglich sollten die materiellen Wertungen des potentiell anwendbaren Rechts schon bei der Bestimmung desselben berücksichtigt werden.<sup>283</sup>

Leider sieht sich *Gutzwiller* nicht in der Lage zu beschreiben, wie dabei vorzugehen ist. Er stellt fest, dass es zurzeit keinen befriedigenden Wertungsmaßstab gebe, um das vorzugswürdige Recht zu ermitteln.<sup>284</sup> Deshalb greift er als vorläufige Lösung auf die *lex fori* zurück. Die *lex fori* sei dabei nicht das Recht des urteilenden Staates, sondern das Recht eines am Ausgang des Streites materiell direkt interessierten Staates.<sup>285</sup> Jedoch konstatiert er, dass die Suche nach rational akzeptablen Maßstäben nicht gänzlich aussichtslos sei und glaubt, mit dem Grundsatz des nationalen Entscheidungseinklangs auch schon einen solchen gefunden zu haben.<sup>286</sup> Aus diesem allein lasse sich jedoch noch kein Wertungsmaßstab ableiten.

*Bucher* beschäftigt sich, hauptsächlich auf *Gutzwiller* aufbauend, mit der Berücksichtigung der materiellen Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht. Dabei ist er jedoch in der komfortablen Lage, die weiteren Strömungen des Internationalen Privatrechts berücksichtigen zu können.

In seiner Analyse folgert *Bucher*, dass die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsidee die besondere Aufgabe habe, über die Ermittlung der Kriterien zu wachen, nach denen die Zuordnung solcher Sachverhalte zu einem bestimmten materiellen Recht zu erfolgen hat.<sup>287</sup> Der materiellen Gerechtigkeit obliege die Aufgabe, einen Bereich zu regeln, in dem ein vorhandenes internationales Element hinsichtlich der Frage der Zuordnung keine Rolle mehr spielt.

An diese Unterscheidung anschließend, kritisiert *Bucher* die damals und wohl auch noch heute herrschende Meinung, dass der Inhalt der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen nicht berücksichtigt werden dürfe.<sup>288</sup> Er sieht in diesem Vorgehen einen Missbrauch des Gerechtigkeitsbegriffes. Das Kollisionsrecht könne nicht ein Recht zur Entscheidung berufen und die Anwendung eines anderen ablehnen, ohne dabei ein Urteil über die unterschiedlichen materiellen Regelungen zu fällen. Dem ist zu widersprechen. Die Berufung eines Rechts zur Anwendung auf einen internationalen Sachverhalt enthält keine Aussage über den Inhalt dessen Vorschriften. Dieser so häufig kritisierte Sprung ins Dunkle zeichnet gerade das klassische kontinentaleuropäische Internationale Privatrecht aus und wird durch den Einsatz des *ordre public* ausgeglichen. Folglich ist das materiellrechtliche Ergebnis für die kollisionsrechtliche Fragestellung nach dem klassischen Verständnis irrelevant. Die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt sich auch, wenn beide potentiell anwendbaren Rechtsordnungen zu dem gleichen Ergebnis<sup>289</sup> kommen.

*Bucher* attestiert dem Internationalen Privatrecht und materiellen Recht im Weiteren funktionale Überschneidungen.<sup>290</sup> Diese sind nicht von der Hand zu weisen. Das materielle Recht bestimmt sowohl die Qualifikation als auch die Systembegriffe, unter denen Kollisionsnormen geschaffen werden. Ein Rechtssystem, welches beispielsweise das Rechtsinstitut der ungerechtfertigten Bereicherung nicht kennt, wird auch keine Kollisionsnormen für diese Rechtsfigur bereithalten.<sup>291</sup> Daraus folgert *Bucher*, dass die Verwirklichung der Zwecksetzung der Sachnormen der

beteiligten Rechtsordnungen bei der Frage nach der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit beachtet werden müsse. In diesem Zusammenhang spricht er sehr anschaulich von der „internationalprivatrechtlichen Ausstrahlungskraft des Inhalts des materiellen Rechts.“<sup>292</sup> Darauf aufbauend kritisiert er den Ausschluss von Wertsetzungen, die auf die sozialen Bedürfnisse der Lebenswirklichkeit abgestimmt sind, welche sich in den Normen des materiellen Rechts widerspiegeln, sofern dieser Ausschluss nicht strukturbedingt ist.<sup>293</sup> Auch hier ist ihm nicht zuzustimmen. Zum einen lässt *Bucher* leider unerwähnt, wann ein solcher Ausschluss strukturbedingt ist. Zum anderen lässt sich *Buchers* Schlussfolgerung aus seiner Grundbeobachtung nicht logisch ableiten. Die Beeinflussung der Ausgestaltung des Internationalen Privatrechts erfordert nicht die Berücksichtigung der Inhalte der potentiell anwendbaren Rechte bei der Suche nach demselben. *Buchers* Grundbeobachtung ist hingegen uneingeschränkt zuzustimmen. Die Diskussionen um die Rom II-VO und dort insbesondere zur Kodifikation des Bereicherungsrechts sprechen Bände.

Als gelungenes Beispiel für eine sinnvolle Berücksichtigung des potentiell anwendbaren materiellen Rechts führt *Bucher* die sogenannten „Neumeier-Rules“<sup>294</sup> aus dem US-amerikanischen Kollisionsrecht an.<sup>295</sup> Die „*Neumeier-Rules*“ sind deliktsrechtliche Kollisionsregeln, die sich mit der Frage der Geltung von sogenannten „*guest-statutes*“ bei Verkehrsunfällen beschäftigen. Die „*Neumeier-Rules*“ wurden vor dem Hintergrund von Kollisionen der Rechte unterschiedlicher Bundesstaaten entschieden. Zum besseren Verständnis muss man sich ins Gedächtnis rufen, dass das jeweilige auf dem *common law* basierende Deliktsrecht der einzelnen Bundesstaaten weitestgehend gleich war. Doch erließen zu der damaligen Zeit einige Staaten sogenannte „*guest-statutes*“, welche die deliktische Haftung zwischen Fahrer und Mitfahrern grundsätzlich ausschlossen. Diese Gesetzgebung wurde unterschiedlich aufgenommen und diskutiert. Von den Versicherungen wurde sie begrüßt, da sie den Versicherungsbetrug bekämpfen sollte. Von anderer Seite wurden sie jedoch als ungerecht kritisiert, da sie den Beifahrer gänzlich anspruchlos stellten. Dies erschien insbesondere vor dem Hintergrund der mangelnden allgemeinen Krankenversicherungspflicht und den schon damals hohen Behandlungskosten als unverhältnismäßige Benachteiligung der Beifahrer.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung wurden Regeln aufgestellt, die speziell festlegen, in welchem Fall der Haftungsausschluss der „*guest-statutes*“ anwendbar sei.<sup>296</sup>

Diese Regeln zeichnen sich durch zweierlei aus. Erstens beschäftigen sie sich nur mit einem kleinen Teilbereich des anwendbaren Rechts, nämlich der Frage der Haftung zwischen Fahrzeugführer und Mitfahrern. Zweitens berücksichtigen sie den materiellen Inhalt der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen, ohne eine Aussage über den Ausgang des Rechtsstreits zu treffen. Grundsätzlich sind diese Regeln begrüßenswert, da sie eine weitere Ausdifferenzierung des Kollisionsrechts darstellen. Jedoch können sie nicht als ein verallgemeinerungsfähiges Beispiel dienen. Ihr internationalprivatrechtlicher Regelungsgehalt ist zu gering und funktioniert nur vor dem Hintergrund der im Übrigen gleichen Deliktsrechte in den US-amerikanischen Bundesstaaten. *Bucher* kann somit in keinem seiner Argumente für eine Berücksichtigung des Inhalts des materiellen Rechts bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts gefolgt werden; trotzdem ist sein Beitrag insofern wichtig, als er die Wechselwirkung zwischen materiellem Recht und Internationalem Privatrecht näher beleuchtet.

### c. *Hirse*

Der Beitrag von *Hirse* baut auch bezüglich dieser Fragestellung im Wesentlichen auf den Erkenntnissen von *Bucher* auf, geht aber darüber hinaus. Wie schon oben erwähnt, bezeichnet *Hirse* die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit als heuristisches Hilfsmittel.<sup>297</sup> Es gebe nur eine Gerechtigkeit, die auf die gerechte Entscheidung des Lebenssachverhalts und seiner streitigen Rechtsfragen abziele.<sup>298</sup> Darauf ziele auch das Internationale Privatrecht, folglich müsse auch die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit Erwägungen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts erfassen, die auf dessen Inhalt und das materielle Ergebnis bezogen sein können. *Hirse* führt Beispiele an, in denen im klassischen Internationalen Privatrecht die Anknüpfung durch gewisse materiellrechtliche Ergebnisvorstellungen beeinflusst wird.<sup>299</sup> All diese Beispiele haben gemein, dass eine lediglich abstrakte materielle Gerechtigkeitsvorstellung verfolgt wird. Aber *Hirse* spricht sich auch für

die Berücksichtigung privater Rechtsanwendungsinteressen aus, die im Wesentlichen durch den materiellen Inhalt eines bestimmten Rechts, also eine bestimmte Erwartungshaltung bezüglich des Rechtsanwendungsergebnisses, motiviert sind.<sup>300</sup> Dies begründet er mit dem Grundsatz der Interessenjurisprudenz, die realen Lebensbedürfnisse der Menschen rechtlich zu erfassen. Sie nur als typisierte Interessen oder gar nicht zu berücksichtigen, ginge an den realen Bedürfnissen der Praxis vorbei. Die Typisierung scheitere schon an der Sachrechtsorientierung. Welche realen Bedürfnisse der Praxis eine Berücksichtigung solcher Interessen erforderlich machen, lässt er leider unerwähnt.

Nach *Hirse* sei davon auszugehen, dass die an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt beteiligten Privatpersonen sich vor allem im konkreten Streitfall den Inhalt potentiell anwendbarer Sachrechte vergegenwärtigen werden, so dass ihre konkreten Rechtsanwendungsinteressen im Einzelfall häufig sachrechtsmotiviert sein werden.<sup>301</sup> Diese Interessen seien dann vor allem im Rahmen der Kollisionsnormanwendung zu berücksichtigen.<sup>302</sup> Nicht zu berücksichtigen im Rahmen der gerechten Anknüpfung des Lebenssachverhalts seien jedoch Rechtsanwendungsinteressen, die allein auf die Abwehr der Anwendung einer bestimmten materiellrechtlichen Regelung des nach der Regelanknüpfung berufenen Rechts abzielen.<sup>303</sup> Hier sei der *ordre public* einschlägig und nur unter dessen Voraussetzungen sei diesen Abwehrinteressen nachzugeben. Die verbleibenden, vom Inhalt der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen motivierten, Rechtsanwendungsinteressen ließen sich jedoch unter Umständen in der Ausweichklausel berücksichtigen.<sup>304</sup> *Hirse* stellt zwar fest, dass die materiell motivierten Rechtsanwendungsinteressen bei mehreren Beteiligten grundsätzlich gegenläufig seien und deshalb nur selten bei der Anwendung der Ausweichklausel zu einer von der Regelanknüpfung abweichenden Recht führen sollten, jedoch dürften diese Interessen nicht schlechterdings unbeachtet gelassen werden.<sup>305</sup>

## 2. Bewertung

Die hier vorgestellten Ansätze zeichnen sich durch eine fundierte



Auseinandersetzung mit den Gerechtigkeitserwägungen des Internationalen Privatrechts aus. Entscheidend für die Berücksichtigung materiellrechtlicher Erwägungen bei der Suche nach dem anwendbaren Recht ist die Unterscheidung von zwei grundsätzlich verschiedenen Formen der Berücksichtigung. Es ist zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen ein materielles Ziel oder ein materielles Ergebnis Einfluss auf die Erwägungen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts ausübt. Es ist also zwischen der abstrakten und der konkreten Berücksichtigung von materieller Gerechtigkeit im Rahmen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit zu unterscheiden. Diese Unterscheidung wird in der bisherigen Diskussion leider nicht so klar getroffen.<sup>306</sup>

Ein Beispiel für die Berücksichtigung eines materiellen Ziels ist die alternative Anknüpfung in Art. 11 Rom I-VO (*favor negotii*). Hier versucht der Gesetzgeber mittels einer alternativen Anknüpfung ein materielles Ziel, die Formgültigkeit von internationalen Verträgen, zu erreichen. Dabei muss der Gesetzgeber nicht erfolgreich sein. Alle potentiell anwendbaren Rechtsordnungen können für einen Vertrag die Schriftform erfordern, so dass dieser trotz alternativer Anknüpfung nichtig ist.<sup>307</sup> Eine ähnliche Zielbestimmung findet sich in Art. 4 II Haager Unterhaltsprotokoll<sup>308</sup>, welcher über Art. 15 Rom III-VO<sup>309</sup> anwendbar ist. Nach Art. 3 findet grundsätzlich das Recht des Staates anwendbar, in dem der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ausnahmsweise findet bei bestimmten Personengruppen nach Art. 4 II die *lex fori* Anwendung, sofern das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts keinen Unterhaltsanspruch vorsieht. Materielles Ziel ist es, dem in Art. 4 I bestimmten Personenkreis möglichst einen Unterhaltsanspruch zu gewähren. Jedoch kann, wenn weder die *lex fori* noch die *lex causae* einen Unterhaltsanspruch vorsehen, der Kläger auch leer ausgehen.

Davon unterscheidet sich beispielsweise das Günstigkeitsprinzip, welches sich in Art. 40 I EGBGB im allgemeinen Deliktsrecht und in Art. 8 Rom II-VO für Umweltdelikte finden ließ bzw. lässt. Das Günstigkeitsprinzip ermöglicht es dem Verletzten ganz konkret, das für ihn jeweils vorteilhaftere Recht zu wählen. Dabei kann sich dieser von unterschiedlichen materiellrechtlichen Erwägungen leiten lassen: dem Haftungsrahmen, dem Haftungsmaßstab, den Beweiserfordernissen usw.

Diese Erwägungen unterscheiden sich von den obigen, da sie ein ganz bestimmtes materielles Ergebnis herbeiführen und dieses nicht bloß zum Ziel haben.

Dazwischen anzusiedeln sind Kollisionsnormen, die ein materielles Ziel verfolgen und dabei auch gleichzeitig ein bestimmtes materielles Ergebnis herbeiführen. Ein Beispiel für die Berücksichtigung eines materiellen Ziels ist die besondere *ordre public* Klausel in Art. 17 I 2 EGBGB.<sup>310</sup> Danach unterliegt die Scheidung deutschem Recht, wenn der Scheidungswillige Deutscher ist oder bei Eheschließung war und das Scheidungsstatut nach Art. 17 I 1 EGBGB keine Scheidungsmöglichkeit vorsieht. Materielles Ziel ist die Verwirklichung der in Art. 6 GG verankerten Ehefreiheit, welche die negative Ehefreiheit einschließt.<sup>311</sup> Dabei wird gleichzeitig, da das deutsche Recht eine Scheidungsmöglichkeit in § 1564 BGB grundsätzlich vorsieht, diesbezüglich auch ein materielles Ergebnis erzielt, nämlich dass die Ehe geschieden wird, sofern die Voraussetzungen nach den §§ 1564 ff. BGB vorliegen. Art. 17 I 2 EGBGB greift jedoch nur ein, wenn die Ehe grundsätzlich nicht geschieden werden kann. Es reicht nicht aus, dass beispielsweise das ausländische Recht eine längere Trennungsfrist oder ein förmliches Trennungsverfahren vorsieht.<sup>312</sup> Folglich bewirkt Art. 17 I 2 EGBGB nur punktuell ein bestimmtes materielles Ergebnis. Hinsichtlich der Scheidungsvoraussetzungen erhält es keine Regelung. Jedoch ist die Kollisionsnorm allein wegen des Zusammenwirkens mit dem deutschen materiellen Scheidungsrecht der zweiten Gruppe zuzuordnen. Dies würde sich ändern, sobald die Scheidung in Deutschland abgeschafft würde. Das materielle Ergebnis ergibt sich nur aus dem anwendbaren materiellen Recht. Da jedoch die Kollisionsnorm bewusst vor dem Hintergrund des deutschen materiellen Rechts geschaffen wurde, bezweckt sie die Verwirklichung eines materiellen Ergebnisses.

Vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung sollen noch einige Kritikpunkte an den bisherigen Modellen aufgegriffen werden. Der Vorschlag von *Gutzwiller* ist insofern unbefriedigend, als dass *Gutzwiller* für die Berücksichtigung von materiellen Gerechtigkeitserwägungen keinen Wertungsmaßstab ermitteln kann und somit immer die Anwendung der *lex fori* wünscht. Dabei werden jedoch die Interessen der Beteiligten

und die damit verbunden materiellen Gerechtigkeitserwägungen außer acht gelassen, so dass sich sein Vorschlag gerade der Kritik ausgesetzt sieht, die *Gutzwiller* veranlasste, das traditionelle internationalprivatrechtliche Modell zu verlassen.

Die Kritik an dem Modell von *Bucher* hingegen ist eher formeller Natur. *Bucher* beschäftigt sich zwar mit der Frage, ob materiellrechtliche Erwägungen Einfluss auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts haben sollen und bejaht dies. Ihm fehlt jedoch die hier eingeführte Unterscheidung und er lässt somit den Leser im Ungewissen, wann er eine solche Berücksichtigung befürwortet. Dies ist von entscheidender Bedeutung, da eine Beurteilung seines Modells ins Blaue hinein wenig fruchtbar ist.

Die dezidierteste Auseinandersetzung mit der hier aufgeworfenen Frage findet sich bei *Hirse*. Dieser befürwortet die Berücksichtigung von materiellrechtlichen Erwägungen auf allen Ebenen. *Hirse* schlägt für die Berücksichtigung konkreter materieller Ergebnisse sogar den methodischen Weg über die Ausweichklausel vor. Diese Möglichkeit schränkt er jedoch zugleich wieder insoweit ein,<sup>313</sup> dass kaum noch eine praktische Situation denkbar sei, in der diese Rechtsanwendungsinteressen zu einer Abweichung von der gesetzlich vorgegeben Anknüpfung führen könnten. Somit verbleibt bei *Hirses* Ausführungen lediglich ein methodischer Mehrwert. Dabei ist *Hirses* Argumentation erdenklich einfach und logisch nachvollziehbar. Seine Grundthese ist, dass man als Interessenjurist alle Interessen berücksichtigen muss. Bei realistischer Interessenbetrachtung stellt er fest, dass die Parteien ein am Inhalt des potentiell anwendbaren Rechts orientiertes konkretes Rechtsanwendungsinteresse haben.<sup>314</sup> Daraus schlussfolgert er konsequent, dass dieses berücksichtigt werden muss. Kritik muss man an seiner Grundthese, dass in der Interessenjurisprudenz alle Interessen zu berücksichtigen sind, üben. Dagegen spricht, dass es auch in der Interessenjurisprudenz systemimmanente Beschränkungen gibt.<sup>315</sup> Nicht alle Interessen sind zu berücksichtigen. An dieser Stelle ist gerade die Frage zu klären, ob die am Inhalt der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen orientierten Interessen zu berücksichtigen sind. Der Verweis darauf, dass alle Interessen berücksichtigt werden müssen, ist

hierfür wenig hilfreich.<sup>316</sup>

### 3. Eigenes Modell

Ob der Inhalt der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen bei der Suche nach dem anwendbaren Recht berücksichtigt werden muss, bleibt letztlich unbeantwortet. Die Frage nach dem Gerechtigkeitsgehalt des Internationalen Privatrechts lässt sich am besten unter Berücksichtigung der Aufgabenstellung des Internationalen Privatrechts beantworten. Laut EGBGB besteht die Aufgabe des Internationalen Privatrechts in der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnungen auf Sachverhalte mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates (Art. 3 I EGBGB). Das Internationale Privatrecht wird dabei auch häufig als Kollisionsrecht bezeichnet, da es aufgrund von Berührungspunkten zu unterschiedlichen Rechtsordnungen zu einem Anwendungskonflikt kommen sollte.<sup>317</sup> Dieses Verständnis hält einer genaueren Betrachtung jedoch nicht stand. Das nationale materielle Recht ist nicht auf alle Sachverhalte mit Auslands- und Inlandsberührung, sondern jeweils nur auf den Binnensachverhalt zugeschnitten.<sup>318</sup> Nur in ganz seltenen Ausnahmefällen berücksichtigen nationale Gesetzgeber ausländische Berührungspunkte bei ihrer Gesetzgebung. Der Ausgangsfall des Gesetzgebers bei Abwägung der zu berücksichtigenden Interessen ist ein reiner Binnensachverhalt. Zwar mag der nationale Gesetzgeber sich eine möglichst universelle Anwendung seines Rechts auch in Fällen mit Auslandsberührung wünschen, doch werden die besonderen Interessen, die durch die Auslandsberührung entstehen, im Gesetzgebungsprozess nicht berücksichtigt. Somit herrscht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung kein Anwendungskonflikt zwischen nationalen Rechtsordnungen, sondern vielmehr ein rechtliches Vakuum. Dieses Vakuum zu füllen, ist Aufgabe des Internationalen Privatrechts.

Da ein Sachverhalt mit Auslandsberührung nicht einem Inlandssachverhalt gleicht, folgt aus dem Gleichheitssatz die Aufgabe des Internationalen Privatrechts, die Unterschiede zwischen nationalen und internationalen Sachverhalten in einer dem Gleichheitssatz entsprechenden Weise zu berücksichtigen.<sup>319</sup> Diese Aufgabe kann der Gesetzgeber durch die Schaffung eines eigenen neuen materiellen Rechts für jeden Sachverhalt

mit internationalen Elementen bewältigen, welches die Existenz der internationalen Elemente hinreichend berücksichtigt. Das Resultat dessen wäre materielles Internationales Privatrecht.<sup>320</sup> Ein Beispiel dafür ist das UN-Kaufrecht; eine Kodifikation, die sich speziell mit Sachverhalten mit Auslandsberührung beschäftigt und für diese ein Regelwerk bereithält. Jedoch überfordert es den Gesetzgeber schon vielerorts, Gesetze für rein nationale Sachverhalte zu erlassen. Darüber hinaus auch noch spezielle Regelwerke für die Beurteilung von internationalen Sachverhalten zu kreieren, übersteigt die Ressourcen eines jeden Gesetzgebers. Es ist letztlich unmöglich angesichts der Mannigfaltigkeit der internationalen Sachverhalte, deren Auslandsbezug unterschiedlich intensiv ist.<sup>321</sup> Um diesem Dilemma zu entgehen, werden über die Verweisungsnormen des Internationalen Privatrechts ausländische Rechtsnormen zur Anwendung berufen. Dabei ist die Anwendung ausländischer und inländischer nationaler Rechtsnormen jeweils nur eine Verlegenheitslösung.

#### a. Inhalt

Seit *von Savigny* gilt die Anwendung nationalen Rechts als Königsweg des Internationalen Privatrechts. Jeder Sachverhalt, jedes Rechtsverhältnis habe seinen Sitz in einer ganz bestimmten nationalen Rechtsordnung. Diese Rechtsordnung sei auch von Richtern anderer Jurisdiktionen anzuwenden. Dieser Königsweg ist jedoch nur eine aus praktischen Bedürfnissen entspringende Verlegenheitslösung. Zudem ist die Realität weit von einer konsequenten Umsetzung entfernt. Zwar wird über das Internationale Privatrecht eine nationale Rechtsordnung zur Anwendung berufen, jedoch handelt es sich dabei nicht um genuines ausländisches Recht, sondern lediglich um ausländische Rechtsnormen, die im System des Internationalen Privatrechts angewandt werden. Anstatt seiner Aufgabe gerecht zu werden und speziell auf den internationalen Sachverhalt zugeschnittenes materielles Recht zu schaffen, behilft sich der Gesetzgeber durch die Substitution mit inländischen oder ausländischen Rechtsnormen. Dadurch schafft er jedoch ebenfalls neues materielles Recht für den jeweiligen internationalen Sachverhalt. Dieses setzt sich aus vier Elementen zusammen: den Rechtssätzen des berufenen Rechts oder der berufenen Rechte, den vom Forum berufenen Eingriffsnormen

(inländischen wie auch ausländischen), dem *ordre public* des Forums und dem Zusammenspiel mit dem Prozessrecht des Forums. Internationales Privatrecht ist die Schaffung und nicht die bloße Anwendung materiellen Rechts.<sup>322</sup> Das moderne Internationale Privatrecht besteht aus zwei Elementen: den klassischen Verweisungsnormen und den materiell orientierten Rechtsdurchsetzungsnormen. Deren Zusammenspiel führt, realistisch betrachtet, zur Schaffung eines neuen Rechtsgebildes.

## b. Begründung

Das moderne Internationale Privatrecht schafft für jeden internationalen Sachverhalt neues materielles Recht. Die Verweisung im Internationalen Privatrecht führt nicht zu der Anwendung ausländischen Rechts, sondern lediglich zu der Anwendung eines ausländischen „Rechtskörpers“.<sup>323</sup> Kombiniert mit weiteren praktischen und rechtlichen Faktoren stellt dies bei realistischer Betrachtungsweise einen Rechtsschaffungsprozess dar.

Eine authentische Wiedergabe der ausländischen Rechtsanwendung im Inland ist fast unmöglich. Die Rechtsanwendung fußt vor allem auf der im jeweiligen Land herrschenden Rechtstradition. Rechtsnormen lassen sich nicht unabhängig von der ihnen zugrundeliegenden Rechtstradition verstehen oder authentisch anwenden.<sup>324</sup> Neben den geschriebenen Rechtssätzen gibt es viele ungeschriebene Rechtssätze. Diese ungeschriebenen Rechtssätze oder Grundannahmen bilden die Basis der Rechtsanwendung. Ihre Unkenntnis führt zu einer Verfälschung der Rechtsanwendung.<sup>325</sup> *Kahn-Freund* spricht in diesem Zusammenhang sehr anschaulich von den „*riddles of metamorphosis which law must of necessity undergo when it is in the hands of a foreign judge*“<sup>326</sup>, denn “*the law of A in the courts of B is always something very different from the law of A in the courts of A.*”<sup>327</sup> Diese, dem Recht zugrunde liegenden Annahmen, lassen sich sehr anschaulich in den divergierenden nationalen Rechtsprechungen zum UN-Kaufrecht wiederfinden.<sup>328</sup>

Neben diesen ungeschriebenen Rechtssätzen spielt das Rollenverständnis der Beteiligten bei der Rechtsanwendung eine entscheidende Rolle. Das beinhaltet sowohl die Rolle des Richters und der Parteivertreter als auch die Rolle der Rechtswissenschaftler. In England beispielsweise werden

Rechtswissenschaftler in Urteilen nur in äußerst seltenen Fällen zitiert und häufig auch nur nach ihrem Ableben.<sup>329</sup> Andernfalls könnten sie ja noch ihre Meinung ändern. Dies steht im Gegensatz zu Deutschland, wo die Meinung der Rechtswissenschaft bei der Urteilsfindung eine große Rolle spielt. Richter und Anwälte sehen sich im *common law* - Rechtskreis stärker in der Rolle des Rechtsgestalters als in Deutschland. Rechtsanwendung funktioniert nicht losgelöst von diesem Rollenverständnis. Ebenfalls wichtig sind die juristische Ausbildung und Fachliteratur. Diese sind ganz vorwiegend national erstellt und das wiederum beeinflusst die Rechtsanwendung. *Basedow/Diehl-Leistner* bezeichnen dies als den Einfluss der „juristischen Infrastruktur“ auf die Rechtsanwendung.<sup>330</sup>

Diese praktischen Faktoren führen dazu, dass ausländische Rechtsnormen nur verfälscht im Inland angewandt werden. Zwar gibt es beispielsweise in Deutschland Gutachter,<sup>331</sup> die in der Lage sind, die Rechtslage in einem anderen Land sehr authentisch wiederzugeben, jedoch entscheidet letztlich der Richter. Somit kommt es – rein praktisch betrachtet – nicht zu einer authentischen Anwendung ausländischen Rechts. Vielmehr werden nur ausländische Rechtsnormen und Rechtssätze angewandt.

Dagegen könnte man einwenden, die Unterscheidung sei eine theoretische und eine semantische; die Anwendung ausländischer Rechtsnormen und Rechtssätze ist die Anwendung ausländischen Rechts. Wie oben aufgezeigt, ist dies nicht richtig. Recht besteht aus Rechtsnormen und Rechtssätzen, ist aber in seiner Gesamtheit wesentlich mehr. Die äußeren Rahmenbedingungen spielen genauso eine Rolle wie die zugrunde liegenden Gesellschaftsstrukturen. Somit kann die Anwendung ausländischer Rechtsnormen und Rechtssätze nicht mit der Anwendung ausländischen Rechts gleichgesetzt werden.

Bei dieser Feststellung sollte man es jedoch nicht belassen. Die nichtauthentische Anwendung ausländischer Rechtsnormen ist unbefriedigend. Gerade im Sinne des internationalen und des nationalen Entscheidungseinklangs sollte weiterhin nach einer möglichst unverfälschten Anwendung ausländischen Rechts gestrebt werden. Der Umstand, dass man Perfektion nicht erreicht, entledigt nicht von dem Anspruch danach.

Neben diesen praktischen Faktoren, die für eine realistische Betrachtungsweise des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsprozess sprechen, treten wesentlich bedeutendere rechtliche Umstände. Einer dieser Umstände ist die von BGH<sup>332</sup> und herrschender Lehre<sup>333</sup> vertretene grundsätzliche selbständige Anknüpfung von Vorfragen. Diese führt zu einer unterschiedlichen Anwendung des Rechts auf der Ebene des Internationalen Privatrechts, wenn die Kollisionsnormen der *lex causae* und der *lex fori* auf unterschiedliche Rechtsordnungen verweisen. Dabei kommt es zu einer künstlichen Involvierung einer eigentlich unbeteiligten Rechtsordnung, nämlich der *lex fori*. Diesem Umstand könnte durch eine empfehlenswerte Abänderung der Rechtsprechung abgeholfen werden.<sup>334</sup>

Andere Umstände sind jedoch tiefer im modernen Internationalen Privatrecht verwurzelt; einer davon ist die *dépeçage*. Dieser Vorgang ist Ausdruck der analytischen Methode des Internationalen Privatrechts. Jeder Lebenssachverhalt mit Auslandsberührung wird in unterschiedliche Gesichtspunkte unterteilt, die wiederum unterschiedlichen Kollisionsnormen unterfallen.<sup>335</sup> Diese Rechtsfragen können unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellt werden. Folge ist ein Nebeneinander von mehreren Rechtsordnungen. Die *dépeçage* ist dabei abhängig von der Verästelung der Kollisionsnormen. Der Anwendungsbereich der Kollisionsnormen ist wiederum – wie schon oben dargestellt – stark durch das nationale materielle Recht geprägt. Somit wird das Prinzip der Bildung neuen materiellen Rechts sehr anschaulich. Durch die Anwendung unterschiedlicher Rechte auf einen Sachverhalt wird in der Gesamtheit neues materielles Recht geschaffen, das es so nicht gibt.<sup>336</sup> Lediglich die Einzelteile setzen sich aus materiellen Rechtsnormen zusammen, die in unterschiedlichen Rechtsordnungen zu finden sind.

Eng verbunden mit der *dépeçage* ist der Vorgang der Anpassung. Die *dépeçage* kann zu Normenmangel oder Normenhäufung führen. Normenmangel und Normenhäufung zeichnen sich dadurch aus, dass ein bestimmtes materiellrechtliches Ergebnis bei der ganzheitlichen Anwendung jeder beteiligten Rechtsordnung erreicht würde, bei der Kombination der Rechtsordnungen aber entfällt. Dieses Problem löst man mit Hilfe der Anpassung.<sup>337</sup> Von Hoffmann/Thorn weisen zu Recht darauf



hin, dass sich das Problem selten stellt,<sup>338</sup> jedoch dient es zur weiteren Illustration der hier vorgestellten Ansicht. Für die Lösung dieser Problematik werden unterschiedliche Vorschläge gemacht. Grundsätzlich lässt sie sich kollisionsrechtlich oder materiellrechtlich lösen.<sup>339</sup> Bei der kollisionsrechtlichen Lösung wird anhand einer Wertentscheidung einer der beteiligten Rechtsordnungen der Vorzug gegeben. Bei der materiellrechtlichen Lösung kommt es zur Schaffung neuer Sachnormen durch den Richter, welche sich an den Normen der anwendbaren Rechtsordnungen orientieren sollten. Dies solle jedoch *ultima ratio* sein, wenn eine kollisionsrechtliche Lösung nicht erreichbar ist.<sup>340</sup> In der Literatur wird eingestanden, dass die Schaffung einer neuen Sachnorm den Nachteil hat, dass diese eine in keiner der beteiligten Rechtsordnungen vorgesehene Kunstgebilde ist.<sup>341</sup> Dabei wird aber übersehen, dass schon die Anwendung zweier Rechtsordnungen auf einen Lebenssachverhalt ein Kunstgebilde ist, welches in seiner Gesamtheit ebenfalls in keiner der beteiligten Rechtsordnung existiert.<sup>342</sup> Die Probleme der Normenhäufung und des Normenmangels sind nur logische Folgen dieser Konstruktion und bestärken die These, dass über die Gesamtheit der internationalprivatrechtlichen Normen neues materielles Recht geschaffen wird.

Neben diesen drei Umständen, welche sich aus der Methodik des Internationalen Privatrechts ergeben, treten noch weiter spezifischere Umstände. Die Konstruktion eines neuen materiellen Rechts wird deutlich, wenn man sich die punktuelle Wirkung von Eingriffsnormen ins Gedächtnis ruft. Eingriffsnormen sind politische wie wirtschaftspolitische Vorschriften, die nicht der Gerechtigkeit zwischen Privaten, sondern den Interessen des Staates dienen.<sup>343</sup> Dabei ist zwischen inländischen und ausländischen Eingriffsnormen zu unterscheiden. Inländische Eingriffsnormen sind immer zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen ist noch umstritten, aber ihre Anwendung scheint sich durchzusetzen.<sup>344</sup> Ob dieser Trend zu begrüßen ist, kann hier dahinstehen. Festzuhalten bleibt, dass die Berücksichtigung inländischer und eventuell auch ausländischer Rechtsnormen dazu führt, dass das letztlich angewandte Recht richtigerweise als ein neues materielles Recht zu betrachten ist.

Einen weiteren Beitrag dazu leistet der *ordre public*. Auch dieser verändert die anwendbaren Rechtsnormen und führt somit dazu, dass die Grundgedanken der *lex fori* und die in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen integraler Bestandteil des im konkreten Fall angewandten Rechts werden. Ursprünglich als Korrektur der Anwendung des ausländischen Rechts konzipiert, stellt der *ordre public* eine weitere gekünstelte Eigenheit des angewandten Rechts dar. Dies ist auch konsequent. Wenn das Internationale Privatrecht der Schaffung neuen materiellen Rechts dient, gibt es keinen Grund, die für das nationale materielle Recht geltenden Grundvorstellungen außer acht zu lassen.

Zwar kommen *ordre public* und Eingriffsnormen nicht in jedem Fall mit Auslandsberührung zum Tragen, jedoch verdeutlichen sie anhand des Einzelfalls die generelle Funktion des Internationalen Privatrechts. Diese besteht darin, durch über Verweisungsnormen berufene Rechtsnormen ein neues Rechtsgefüge zu konstruieren, welches den Sachverhalt mit internationalen Elementen regelt. Schon 1971 glaubte *Joerges* anhand dieser Faktoren einen heimlichen Strukturwandel im Internationalen Privatrecht zu beobachten.<sup>345</sup> In dem Maße, in dem das Internationale Privatrecht die regulative Funktion von Rechtsnormen bei der Ausformung seiner Verweisungsnormen berücksichtige, verliesse es seinen methodischen Ausgangspunkt beim Rechtsverhältnis und nähere sich einem statistischen Ansatz. *Joerges* erkennt zwar sehr aufmerksam den Wandel im Internationalen Privatrecht, jedoch gelingt ihm die Einordnung nicht. Die Berücksichtigung der Gesetzeszwecke ermöglicht erst eine dem Gleichheitsgrundsatz entsprechende Regelung des internationalen Sachverhalts, da vor allem anhand des *Telos* eine passende Anwendung beurteilt werden muss, so dass weiterhin der Fokus auf dem Rechtsverhältnis liegt.

Auf einen weiteren Umstand, welcher etwas jenseits des Internationalen Privatrechts liegt, weist *Schwind* hin. Um eine wirklich authentische Anwendung fremden Rechts zu gewährleisten, müsse die Grenze zwischen „anwendbarem Privatrecht und angeblich unanwendbarem öffentlichem Recht“ fallen.<sup>346</sup> Zwar meint *Schwind*, dass dies hauptsächlich prozessuale Vorschriften betreffe, aber der Grundgedanke reicht weiter. Unter Umständen können auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften den

Ausgang einer zivilrechtlichen Streitigkeit beeinflussen. Als Beispiel sollen hier nur die normkonkretisierende Funktion von öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Deliktsrecht und die Legalisierungsfunktion öffentlichrechtlicher Genehmigungen genannt werden. Die Nichtanwendung der prozessualen Vorschriften ist praktisch sicherlich von entscheidender Bedeutung.

Als letzter Umstand ist deshalb die Vernetzung von materiellen und prozessualen Vorschriften zu nennen. Die Anwendung von materiellem Recht außerhalb dessen prozessualen Rahmens kann nicht als die Anwendung ausländischen Rechts bezeichnet werden. Zwar werden ausländische Rechtsnormen angewandt, doch ergibt sich der besondere Gehalt einer nationalen Rechtsordnung nicht allein aus dem materiellen Recht, sondern vielmehr aus dem Zusammenspiel von materiellem und Prozessrecht. Die Besonderheiten, die beispielsweise US-amerikanische Gerichte als Prozesstandort für deliktische Klagen so interessant machen, sind vorwiegend prozessualer Natur und weniger im materiellen Recht verankert.<sup>347</sup> Somit mögen die ausländischen Rechtsnormen zwar buchstabengetreu angewandt werden, doch kommt der nationale Richter zu einem anderen Ergebnis als der ausländische Richter, in dessen Jurisdiktion das Rechtsverhältnis ja seinen Sitz haben soll. Die Kombination von materiellem und Prozessrecht bildet den eigentlichen Gehalt einer Rechtsordnung. Bei der Kombination inländischen Prozessrechts mit ausländischen materiellen Rechtsnormen wird der Gehalt der ausländischen Rechtsordnung verändert. Somit hat die grundsätzliche Anwendung inländischen Prozessrechts einen direkten Einfluss auf den Gehalt der anwendbaren materiellen Normen. Folglich stellte diese Kombination die Schaffung neuartigen materiellen Rechts dar.

Deshalb muss man bei einer realistischen Betrachtung der Gesamtheit der internationalprivatrechtlichen Vorschriften von der Schaffung neuen materiellen Rechts ausgehen.<sup>348</sup> Die Fokussierung auf die Anwendung ausländischen Rechts ist eine überkommene Betrachtungsweise, die dem bislang herrschenden Verständnis des Internationalen Privatrechts entspricht. Zwar werden ausländische Rechtsnormen und Rechtssätze verwendet, doch werden sie durch die Gesamtheit der Umstände so weit verfremdet, dass man nicht mehr von der Anwendung ausländischen

Rechts sprechen kann. Dieses ernüchternde Ergebnis soll jedoch nicht das Streben nach einer möglichst authentischen Anwendung ausländischer Rechtsnormen in Frage stellen. Die Feststellung, dass dieses Unterfangen mit Hindernissen behaftet ist, soll vielmehr den Ehrgeiz des Rechtsanwenders bestärken. Dies gebietet schon die Rechtssicherheit. Jedoch kann dieses Bestreben nicht die strukturellen Hindernisse überwinden, so dass auch bei Eliminierung der praktischen Hürden nicht von einer Anwendung ausländischen Rechts gesprochen werden kann. Vielmehr muss man bei realistischer Betrachtung feststellen, dass es durch die Gesamtheit der internationalprivatrechtlichen Normen zur Schaffung eines neuen Rechtsgebildes für den internationalen Sachverhalt kommt, wobei ausländische Rechtssätze durchaus das Gerüst bilden können. Auch der Einschlag der *lex fori* kann sehr unterschiedlich ausgeprägt sein, ist aber immer vorhanden. Vor diesem Hintergrund sollte man bezüglich des Internationalen Privatrechts nicht mehr von Rechtsanwendungsrecht, sondern von Rechtsschaffungsrecht sprechen.

Die Anwendung ausländischen Rechts ist der Fokus des Internationalen Privatrechts gewesen. Dies lässt sich auch vor dem historischen Hintergrund verstehen. Ursprünglich ging es im Internationalen Privatrecht ausschließlich um die Zuordnung eines Lebenssachverhalt zu nur einer Rechtsordnung. Dies zeigt sich deutlich im dem *1st Restatement of Conflicts* zugrunde liegenden „*vested rights approach*“, wonach es weniger um die Anwendung einer fremden Rechtsordnung ging, sondern lediglich ob ein schon im Ausland bestehendes Rechtsverhältnis im Inland anerkannt wurde. Die *depeçage* war diesem Ansatz noch gänzlich unbekannt. Auch das kontinentaleuropäische Internationale Privatrecht hat sich erst im Laufe der Zeit ausdifferenziert, was auch mit einem Wandel des Privatrechtsverständnisses einherging.<sup>349</sup> Ursprünglich wurde dessen Aufgabe allein in der Regelung widerstreitender Interessen Privater gesehen. Mit dem Wandel zum Sozialstaat hat sich dessen Aufgabe auch in ordnender Hinsicht deutlich erweitert. Das Privatrecht als Ordnungsrecht wurde dabei mit weiteren Gesetzgebungsvorgaben, wie dem Verbraucherschutz, aufgeladen. Diesem Wandel hat das Internationale Privatrecht durch immer ausdifferenziertere Anknüpfungen und insbesondere durch die Entdeckung der Vor-, Teil- und Hauptfrage entsprochen. Daneben bildeten sich die materiellen

Gerechtigkeitsvorstellungen auch immer weiter im Internationalen Privatrecht ab. *Jayme* verortet diese Entwicklung in das letzte Viertel des 20. Jahrhunderts.<sup>350</sup> Diese Entwicklung habe ihre Anfänge in den Kollisionsnormen der EU-Richtlinien, die einen Abschied vom Gedanken der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen markierten.<sup>351</sup> Der Zweck der Sachnorm sei in den Vordergrund getreten und alternative, ergebnisorientierte Kollisionsnormen waren die Folge. Beispielhaft sei hier Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO angeführt, nach dem durch eine Rechtswahl dem Verbraucher nicht der Schutz des zwingenden Recht seines Aufenthaltsstaates entzogen werden kann. Dies kann zur Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen auf einen Lebenssachverhalt führen, die sich überlappen und ergänzen. Der Fokus auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts verliert im Internationalen Privatrecht somit immer mehr an Bedeutung.<sup>352</sup>

Nach der hier begründeten realistischen Betrachtungsweise sollte das Internationale Privatrecht sich neu orientieren. Das heutige Internationale Privatrecht hat längst erkannt, dass sich ein Lebenssachverhalt nicht mehr nur einer Rechtsordnung zuordnen lässt. Der *Savigny'sche* Sitz ist eine Fiktion. Vielmehr hat ein Lebenssachverhalt Standbeine in vielen Rechtsordnungen und dem wird das moderne Internationale Privatrecht gerecht. Lediglich die Theorie muss jetzt nachziehen und erkennen, dass die Basis des Internationalen Privatrechts nicht die Rechtsanwendung, sondern die Rechtsschaffung ist. Natürlich spielt die Rechtsanwendung noch eine Rolle im Internationalen Privatrecht, jedoch nicht mehr eine eigenständige, sondern nur eine Rolle als Hilfsmittel der Rechtsschaffung. Diese Neuordnung der Rollen kennzeichnet das moderne Internationale Privatrecht. Es ist Rechtsschaffungsrecht.

Aus dieser Erkenntnis ergeben sich unmittelbare praktische Konsequenzen. Der Gerichtsstand ist auch vor dem Hintergrund von vereinheitlichtem Kollisionsrecht weiterhin von überragender Bedeutung. Entscheidend wird nicht sein, aus welchen Rechtsnormen das Gericht das anwendbare Recht zusammensetzt, sondern vor welchem Gericht verhandelt wird. Somit sollte der Rechtsanwender auch unter dem vereinheitlichten Kollisionsrecht der Rom I und II-Verordnung den Gerichtsstand überlegt wählen, entweder durch *forum shopping* oder durch

eine Gerichtsstandsklausel.

### c. Abgrenzung zu anderen Modellen

Das hier vorgestellte Modell der realistischen Betrachtung soll zum besseren Verständnis von anderen Modellen abgegrenzt werden, die ebenfalls im Rahmen des Internationalen Privatrechts nicht von einer Anwendung ausländischen Rechts ausgehen, sich jedoch von der hier vorgestellten Betrachtungsweise unterscheiden.

In der US-Amerikanischen IPR-Lehre vertritt *Walter Wheeler Cook* eine Auffassung, welche in die hier vorgestellte Richtung geht.<sup>353</sup> *Keller/Siehr* beschrieben seine Ansicht als eine Unterart der „*local law theory*“ und meinen, dass *Cook* der Ansicht war, dass auch bei Sachverhalten mit Auslandsberührung das inländische Gericht stets die eigene *lex fori* anwende, diese aber identisch oder zumindest sehr ähnlich mit der Entscheidungsnorm der ausländischen Rechtsordnung sei, auf die verwiesen werde.<sup>354</sup> Diese Analyse lässt sich jedoch so nicht bestätigen. Man muss sich an dieser Stelle ins Gedächtnis rufen, dass *Cook* seine Arbeit zu einer Zeit veröffentlichte, in der man zumindest in den USA von der „*vested rights theory*“ ausging. Nach der im *Restatement 1<sup>st</sup> of Conflict of Laws* verankerten „*vested rights theory*“ entstehen Rechte in jeweils einem Land und das ausländische Gericht hat diese Rechte so hinzunehmen, wie sie im Land ihrer Entstehung bestehen.<sup>355</sup>

Grundlage der Feststellung von *Cook* war, dass die US-amerikanischen Gerichte jede Verweisung als Sachnormverweisung auffassten und die Geltung des *renvoi* ablehnten.<sup>356</sup> Das ausländische Recht beinhaltet jedoch jeweils internationalprivatrechtliche Regelungen. Da die Gerichte diese außer Acht lassen, wenden sie nicht ausländisches Recht an, sondern inländisches, welches mit den ausländischen Regeln für reine Inlandsfälle übereinstimmt.<sup>357</sup> Somit lässt sich die Ansicht von *Cook* von dem hier vorgestellten Modell abgrenzen. Zwar stimmt er in einer Aussage überein, nämlich, dass nationales Recht nur für rein nationale Sachverhalte geschaffen wurde.<sup>358</sup> Jedoch basiert seine Aussage nicht auf einer realistischen Betrachtung der Umstände, sondern vielmehr auf der damals fehlenden Beachtung des *renvoi* durch die US-amerikanischen Gerichte.

Dies ist jedoch bei den kontinentaleuropäischen Gerichten nicht der Fall, so dass sich diese Beobachtung nicht übertragen lässt und somit auch in diesem Punkt von dem hier vorgestellten Modell abweicht.

In der italienischen IPR-Theorie war die Lehre vom „*rinvio recettizio*“ eine Zeit lang vorherrschend. Diese Lehre beschäftigte sich mit der Funktion der Verweisungsnorm. Danach berufen die internationalprivatrechtlichen Normen nicht ausländisches Recht zur Anwendung, sondern transformieren dieses in inländisches. Als inländisches Recht komme es dann zur Anwendung bei Fällen mit Auslandsberührung. Dieses inländische Recht habe lediglich formell den gleichen Wortlaut wie das Recht eines anderen Staates. Das nationale Recht beziehe sich auf dieses jedoch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen anstatt es Wort für Wort zu wiederholen. Diese Theorie des „*rinvio recettizio*“ ist heute richtigerweise überwunden.<sup>359</sup>

Auch dieser Ansatz hat mit dem hier vorgestellten Modell wenig gemein. Die Schaffung neuen materiellen Rechts – das Ergebnis der realistischen Betrachtung – enthält keine Aussage darüber, ob es die Aufgabe des Internationalen Privatrechts ist, ausländisches in inländisches Recht zu transformieren. Die Theorie des „*rinvio recettizio*“ versucht lediglich ein Erklärungsmodell für die Anwendung ausländischen Rechts im Inland zu liefern, geht aber gleichwohl von der Anwendung ausländischen Rechts aus und hat verkannt, dass neues materielles Recht geschaffen wird. Mit dieser Erkenntnis ist die Transformation auch hinfällig.

#### d. Zusammenfassung

Daraus folgt, dass das Internationale Privatrecht richtigerweise als Materie zu betrachten ist, welches zur Schaffung neuen materiellen Rechts führt und nicht lediglich Rechtsordnungen zur Anwendung auf Sachverhalte mit internationalen Elementen beruft. Diese Betrachtung erlaubt grundsätzlich die Berücksichtigung materiellrechtlich motivierter Rechtsanwendungsinteressen. Zur Beantwortung der Frage, in wie weit materiellrechtlich motivierte Rechtsanwendungsinteressen bei der Einzelfallgerechtigkeit berücksichtigt werden sollen, ist auf die oben eingeführte Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten

Rechtsanwendungsinteressen zurückzugreifen.

#### *V. Bedeutung für die Einzelfallgerechtigkeit als Kodifikationsziel*

Die Berücksichtigung abstrakter materiellrechtlich motivierter Rechtsanwendungsinteressen ist als materiellrechtliche Zielvorgabe Bestandteil des heutigen Internationalen Privatrechts. Ein Beispiel dafür ist der *favor negotii*.<sup>360</sup> Materiellrechtliche Zielvorgabe ist dabei die Formwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Ein weiteres Beispiel ist der zunehmende Schutz der vermeintlich schwächeren Vertragspartei im Internationalen Privatrecht. Die Rom I-VO sieht sowohl für den Verbraucher (Art. 6 Rom I-VO) als auch für den Arbeitnehmer (Art. 8 Rom I-VO) eine besondere Anknüpfung mit dem Ziel vor, diesen Gruppen ein höchstmögliches Schutzniveau zu garantieren. Diesbezüglich sind auch keine methodischen Einwände zu erheben. Die Aufgabe der Gesetzgebung besteht gerade in der Berücksichtigung abstrakter Interessen, bei der Schaffung materiellen Rechts natürlich auch von materiellrechtlich motivierten Rechtsanwendungsinteressen. Somit bestehen aus methodischer Hinsicht keine Bedenken gegen deren Berücksichtigung im Internationalen Privatrecht.

Fraglich ist, ob dies auch für die Berücksichtigung konkreter Rechtsanwendungsinteressen, die vom konkreten materiellen Ergebnis motiviert sind, gilt. Diese Frage ist zu verneinen. Der Berücksichtigung konkreter Rechtsanwendungsinteressen begegnen zum einen methodische Einwände zum anderen stehen dem auch die übrigen Gesetzgebungsziele des Internationalen Privatrechts entgegen.

In erster Linie erscheint die Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Gerechtigkeit problematisch. Konkrete Rechtsanwendungsinteressen sind immer aus der *ex post* Perspektive gefasst. Die Streitfrage ist also schon aufgeworfen und die Parteien sind sich bewusst, dass die Anwendung des einen oder anderen Rechts unweigerlich das Obsiegen der einen oder anderen Partei nach sich zieht. Würde das Gericht jetzt bei widerstreitenden Rechtsanwendungsinteressen die Interesse des einen gegenüber denen des anderen bevorzugen, würde es direkt den Rechtsstreit entscheiden. Natürlich ist es die genuine Aufgabe



des Gerichts und damit des Richters, den Rechtsstreit zu Gunsten der einen und zu Ungunsten der anderen Partei zu entscheiden, doch ist die endgültige Entscheidung Aufgabe des materiellen Rechts. Der Richter soll anhand der Normen des materiellen Rechts einen Rechtsstreit entscheiden und nicht durch die vorherige Bestimmung der letztlich streitentscheidenden Normen. Demnach ergeben sich schon methodische Bedenken.

Für die Frage, ob diese Bestand haben, ist die Funktion des Richters von entscheidender Bedeutung. Im Rahmen des materiellen Rechts kann der Richter entscheiden, ob ein Ergebnis bzw. die Anwendung bestimmter Normen gerecht ist, oder ob sie beispielsweise im deutschen Recht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt. In diesem Zusammenhang sind dem Richter jedoch enge Grenzen gesetzt. Diese Grenzen würden *a priori* bei der Berücksichtigung konkreter Rechtsanwendungsinteressen im Internationalen Privatrecht nicht bestehen, so dass der Richter sich dem Vorwurf richterlicher Willkür aussetzen würde. Der Richter verlässt seine neutrale Rolle als Konfliktentscheider anhand vorgefasster Regeln und greift direkt in den Rechtsstreit ein.<sup>361</sup> Dies hat besonderes Gewicht, da – worauf *Hirse* schon zu Recht hinwies<sup>362</sup> – im kontradiktorischen Verfahren die konkreten Rechtsanwendungsinteressen im Zweifel gegenläufig sind und sich somit aufheben.

Dieser Gesichtspunkt greift die schon geäußerte Kritik an den Befürwortern der Berücksichtigung materiell motivierter Rechtsanwendungsinteressen auf. Es lässt sich kein objektiver Maßstab der Berücksichtigung finden. Der Richter hätte nach seinem eigenen Gerechtigkeitsempfinden zu entscheiden. Im Rahmen der philosophischen Theorien zur Gerechtigkeit wurde festgestellt, dass Gerechtigkeit sich vor allem durch zwei Merkmale auszeichnet: ihre Subjektivität und dem Bedürfnis nach Gleichbehandlung.<sup>363</sup> Das Bedürfnis nach Gleichbehandlung setzt einen Vergleichsmaßstab voraus. Der einzige Vergleichsmaßstab, der einem Richter im Normalfall zur Verfügung steht, ist das heimische Recht und die dort angeordnete Lösung des Falls. Der Richter kennt grundsätzlich nur sein nationales Recht. Folglich würde er zur gerechten Lösung des Falls die angestrebten Lösungsvorschläge mit der Lösung seines heimischen Rechts vergleichen und somit in der Regel

dieses Recht anwenden, jedoch zumindest das dem heimischen Recht ähnliche. Dies würde zu einem wenig wünschenswerten Heimwärtsstreben führen.

Neben diesen methodischen Einwänden spricht auch die Rechtssicherheit gegen eine Berücksichtigung konkreter Rechtsanwendungsinteressen. Dies liegt hauptsächlich daran, dass konkrete Rechtsanwendungsinteressen sich immer an der strittigen Rechtsfrage orientieren. Bei einem Kaufvertrag kann Käufer K auf die Anwendung seines Heimatrechts dringen, weil nur nach diesem ein Vertrag zustande gekommen ist. Verkäufer V hat daraufhin an K die Kaufsache geliefert und dieser behauptet, dass sie mangelhaft ist. Kommt es nach der Feststellung des angerufenen Gerichts zu Streitigkeiten über die Vertragsmäßigkeit der Waren, könnte es wiederum für K opportun sein, das Kaufrecht von V anzuwenden, wenn dieses käuferfreundlicher ist. In dem Beispielsfall ändert sich das Rechtsanwendungsinteresse des K mit der strittigen Rechtsfrage. Es fehlt dem konkreten Rechtsanwendungsinteresse somit schon an Konstanz, um ein bestimmtes ausländisches Recht für einen Lebenssachverhalt zu berufen.

Gegen die Berücksichtigung von materiell motivierten Rechtsanwendungsinteressen des Einzelfalls spricht auch die oben festgestellte Rolle des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsrecht. Im Rechtsschaffungsprozess können und dürfen nur abstrakte Interessen berücksichtigt werden. Bei der Suche nach dem anwendbaren Recht ist die Rolle des Richters mit der des Gesetzgebers vergleichbar. Auch dieser darf und kann keine konkreten Rechtsanwendungsinteressen berücksichtigen. Nachdem das anwendbare Recht festgestellt ist, tritt der Richter wieder in die Rolle des Rechtsanwenders und kann auf die Gerechtigkeitserfordernisse des Einzelfalles eingehen. Dies geschieht dann nur noch auf der sachrechtlichen Ebene, da der Rechtsschaffungsprozess bereits abgeschlossen ist.

Somit muss man unter Beachtung der Natur des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsrecht und der weiteren internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele die Berücksichtigung von Rechtsanwendungsinteressen ablehnen, die vom konkreten materiellen

Ergebnis motiviert sind.

## *VI. Zwischenergebnis*

Die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit ist für den Gesetzgeber die größte Herausforderung, weil er im Gesetzgebungsprozess nur abstrakte Interessen des Normalfalls einstellen kann. Für all diese Fälle lässt sich Einzelfallgerechtigkeit herstellen. Der Sonderfall jedoch bleibt bei der Interessenabwägung außen vor. Damit der Gesetzgeber auch in diesem Fall zu einer interessengerechten Lösung kommt, müsste er eine Sonderregelung treffen oder dem Rechtsanwender hinreichend Spielraum lassen, um diese Sonderkonstellation berücksichtigen zu können. Eine Sonderregelung hätte den Nachteil, dass hier der Gesetzgeber auch nur den Normalfall des Sonderfalles normieren könnte und es auch Abweichungen von dem Normalfall der Ausnahme geben kann. Diese Konstellation würde unberücksichtigt bleiben und wiederum Anlass zur Regelung geben. Hier könnte sich eine unendliche Schleife ergeben, was wenig wünschenswert ist, da ansonsten keine Kodifikation je fertig gestellt würde. So muss der Gesetzgeber an einer Stelle diese Schleife durchbrechen und die Herstellung der verbleibenden Einzelfallgerechtigkeit den Rechtsanwendern überlassen oder diese Ungerechtigkeit als Konsequenz der Endlichkeit seines Handelns akzeptieren.

Zur Einzelfallgerechtigkeit als Gesetzgebungsziel im Bereich des Internationalen Privatrechts lässt sich festhalten, dass es für das Erreichen dieses Ziels zwar erforderlich ist, neben den spezifischen kollisionsrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen auch abstrakte, vom Inhalt der materiellen Rechts motivierte, Rechtsanwendungsinteressen zu berücksichtigen, nicht aber konkrete, auf den Ausgang des Einzelfall gerichtete, Rechtsanwendungsinteressen.

## **F. Zusammenfassung Gesetzgebungsziele**

Die Gesetzgebungsziele im Internationalen Privatrecht sind mannigfaltig. Sie reichen von Stärkung des Verbraucherschutzes, der Rechtsanpassung

bis zur Verhinderung des *forum shopping*. Letztlich lassen sie sich jedoch auf fünf Gesetzgebungsziele reduzieren: internationaler Entscheidungseinklang, innerer Entscheidungseinklang, materielle Harmonie, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit.

Der Internationale Entscheidungseinklang kennzeichnet das Streben, auf einen Lebenssachverhalt immer das gleiche Recht anzuwenden. Dieses Gesetzgebungsziel scheint sich durch internationale Rechtsetzung wie die Rom I - und Rom II - Verordnung am besten verwirklichen zu lassen. Dabei muss man jedoch beachten, dass europäische Normsetzung allenfalls europäischen Entscheidungseinklang erzwingen kann und es einer weiteren Prüfung bedarf, ob nicht der internationale Entscheidungseinklang dabei vernachlässigt wird, weil der Gesetzgeber vorrangig anstrebt einen innereuropäischen Kompromiss zu ermöglichen, anstatt in der ganzen Welt verallgemeinerungsfähige Normen für das Internationale Privatrecht zu schaffen.

Der europäische Entscheidungseinklang ist somit auch besser als eine Sonderkonstellation des inneren Entscheidungseinklangs einzuordnen. Der innere Entscheidungseinklang bestrebt, widersprüchliche Entscheidungen innerhalb eines Staates zu verhindern. Der europäische Rechtsraum, der sich diesem Ziel verschrieben hat ohne allzu viel Wert auf die Sicherstellung des internationalen Entscheidungseinklangs zu legen, kann mit dem früherer Nationalstaaten verglichen werden. Der innere Entscheidungseinklang steht dem internationalen Entscheidungseinklang nicht diametral entgegen, doch führen internationalprivatrechtliche Normen, die die Anwendung immer desselben Rechts auf einen Lebenssachverhalt unabhängig vom Zusammenhang anstreben, nicht zwangsläufig auch zu verallgemeinerungsfähigen Normen.

Die materielle Harmonie, die beabsichtigt den gesamten Lebenssachverhalt einer Rechtsordnung zuzuweisen, um materielle Widersprüche zu vermeiden, steht sowohl internationalem als auch innerem Entscheidungseinklang grundsätzlich neutral gegenüber. Jedoch kollidiert ihr Bestreben, den gesamten Lebenssachverhalt einer Rechtsordnung zu unterwerfen, sowohl mit dem internationalen als auch mit dem inneren Entscheidungseinklang, sobald der Lebenssachverhalt in einem anderen Zusammenhang zu beurteilen ist.

Auch mit dem Ziel der Rechtssicherheit, welches die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts garantieren soll, treten in diesen Fällen Konflikte auf. Die Abhängigkeit vom gesamten Lebenssachverhalt führt bei einem Wechsel des Gesamtzusammenhangs für den Teillebenssachverhalt zwangsläufig zu einer Anwendung anderen Rechts, was die Vorhersehbarkeit beeinträchtigen kann. Mit dem internationalen oder inneren Entscheidungseinklang läuft die Rechtssicherheit hingegen weitestgehend parallel. Rechtssicherheit spielt im Internationalen Privatrecht eine besondere Rolle, da der durchschnittliche Rechtsanwender nur in einer Rechtsordnung zu Hause ist und die Möglichkeit der Anwendbarkeit verschiedener nationaler Rechtsordnungen zwangsläufig zu der Notwendigkeit der Konsultation mehrerer Juristen führt.

Die Rechtssicherheit kollidiert am meisten mit der Einzelfallgerechtigkeit, wonach dem Gleichheitssatz folgend für jeden internationalen Sachverhalt das diese Elemente am ehesten berücksichtigenden Recht angewandt werden muss. Aufgrund der unendlichen Möglichkeit der Kombination von internationalen Elementen in einem Sachverhalt ist die vollständige Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit nicht ohne Abstriche bei der Rechtssicherheit möglich. Dabei dürfen bei dem Streben nach Einzelfallgerechtigkeit neben der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit auch materiellrechtliche Erwägungen berücksichtigt werden, sofern sie abstrakt sind und sich nicht am konkreten Streitfall orientieren.

Die Gesetzgebungsziele sind die Messlatte für den Gesetzgeber und für jede internationalprivatrechtliche Kodifikation. Die von ihnen gegebenen Vorlagen zu erfüllen, wird wegen der aufgezeigten Spannungen keiner Gesetzgebungsmethode gelingen. Dennoch sind es Ziele, die anzustreben sind. Es scheint schwierig, Rechtssicherheit zu schaffen und gleichzeitig in jedem Fall die Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten. Auch internationaler und innerer Entscheidungseinklang laufen nicht parallel. Häufig werden sie bei der Abwägung zwischen verschiedenen Lösungen sogar gegenübergestellt. Auch das Ziel der materiellen Harmonie reiht sich nicht widerspruchlos in die Reihe der Gesetzgebungsziele ein. Somit besteht die eigentliche Aufgabe des Gesetzgebers nicht darin, die Vorgaben der einzelnen Ziele zu erfüllen, sondern darin, den besten Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Zielen zu finden.

## Zweiter Teil: Die Berücksichtigung der Kodifikationsziele in ausgewählten Gesetzgebungen

### A. Überleitung

Die Kodifikationsziele des Internationalen Privatrechts stellen keine rein akademischen Übungen dar, sondern sollten in der Gesetzgebungspraxis auch ihren Niederschlag finden. Dabei kann man zwischen dem Gesetzgebungsprozess und den daraus folgenden Kollisionsnormen differenzieren. Hier sollen im Folgenden Normen des Internationalen Familienrechts an den soeben entwickelten Kodifikationszielen gemessen werden, wobei ein besonderer Augenmerk auf solche Kollisionsnormen gelegt werden soll, die aus der Reihe der klassischen Anknüpfungsnormen herausstechen. Im Rahmen der Analyse sollen zuerst die Normen und ihre Voraussetzungen knapp dargestellt und in einer anschließenden Bewertung die von ihnen verwirklichten sowie vernachlässigten Gesetzgebungsziele herausgearbeitet werden. Diese Analyse soll dann als Grundlage für eine umfassende Kritik verwendet werden. Bei der Auswahl der Normen wurde ein Schwerpunkt auf die Arbeiten der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht gelegt, da diese mit ihren 72 Mitgliedern – 71 Staaten und die Europäische Union – einen Querschnitt der weltweit vertretenen Rechtstraditionen bildet und somit zugleich einen Schmelztiegel der Gesetzgebungspraxis darstellt.

### B. Art. 4 Haager Unterhaltsprotokoll

Grundsätzlich ist das Haager Protokoll über das auf Unterhaltsverpflichtungen anzuwendende Recht von 23. November 2007 (HUntProt)<sup>364</sup> völkerrechtlich noch nicht in Kraft getreten. Dennoch hat es seit dem 18. Juni 2011 Art. 18 EGBGB sowie die

Vorgängerübereinkommen, das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (HUÜ 1956)<sup>365</sup> und das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 (HUÜ 1973)<sup>366</sup>, abgelöst. Gemäß Art. 15 der vom Rat der Europäischen Union am 18. Dezember 2008 erlassenen Verordnung Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (EuUntVO)<sup>367</sup> vom 10. Januar 2009 ist für die Frage des anwendbaren Rechtes für die Mitgliedstaaten, die daran gebunden sind, das HUntProt maßgeblich. Bei der folgenden Bewertung sollen die objektiven Anknüpfungen in Art. 3 und 4 HUntProt, welche eine direkte Weiterentwicklung der Vorgängerübereinkommen sind, im Mittelpunkt stehen. Neben der objektiven Anknüpfung führen die Art. 7 und 8 HUntProt noch die Möglichkeit einer Rechtswahl ein. Diese sollen jedoch bei der nachfolgenden Betrachtung (ebenso wie die Sonderregelungen für Ehegattenunterhalt in Art. 5 und 6 HUntProt) außer Acht gelassen werden. Die in den Art. 7 und 8 HUntProt enthaltenen Rechtswahlmöglichkeiten fußen im großen Maße auf den Besonderheiten im Unterhaltsrecht und lassen so wenige Rückschlüsse auf die grundsätzliche Verwirklichung der kollisionsrechtlichen Gesetzgebungsziele zu.

### *I. Regelungsgehalt*

Das HUntProt geht auf zwei Vorgängerübereinkommen zurück und stellt gleichzeitig eine Weiterentwicklung dieser Übereinkommen dar. Im ersten Übereinkommen, dem HUÜ 1956 wurde nach Art. 1 HUÜ 1956 grundsätzlich das Recht des Staates berufen, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Davon wurde in Art. 2 HUÜ 1956 eine Ausnahme zugelassen, die die Anwendung der *lex fori* vorsah, sofern der Unterhaltsanspruch vor einer Behörde dieses Staates erhoben wurde, das Kind und der Unterhaltsverpflichtete die Staatsangehörigkeit dieses Staates besaßen und der Unterhaltspflichtige obendrein noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat hatte. Art. 3 HUÜ 1956 sah unter der Bedingung, dass die nach Art. 1 oder Art. 2 HUÜ 1956 berufenen Rechtsordnungen dem Kind keinen Unterhaltsanspruch gewähren, die

Anwendung des Internationalen Privatrechts der *lex fori* zur Bestimmung des anwendbaren Rechts vor. Damit konnte sich ein Kind unter Umständen auf drei verschiedene Rechtsordnungen zur Bestimmung der Unterhaltsansprüche berufen. Dies wird jedoch relativ selten gewesen sein, da klassischerweise entweder an die Staatsangehörigkeit oder den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wurde und diese beiden Optionen schon durch Art. 1 und 2 HUÜ 1956 abgedeckt waren.

Der Nachfolger – das HUÜ 1973 – nahm in Art. 4 – 6 eine ähnlich abgestufte Anknüpfung vor. In erster Linie wurde nach Art. 4 HUÜ 1973 an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten angeknüpft. Allein für den Fall, dass nach diesem Recht kein Unterhaltsanspruch bestünde, wurde nach Art. 5 HUÜ 1976 an die gemeinsame Staatsangehörigkeit von Verpflichtetem und Berechtigtem angeknüpft. Für den Fall, dass diese beiden Rechtsordnungen keine Unterhaltspflicht vorsahen, konnte gemäß Art. 6 die *lex fori* zur Anwendung kommen.

Diese abgestufte bzw. bedingte Anknüpfung wurde in Art. 4 HUntProt noch weiter verfeinert. Nach dem HUntProt sind grundsätzlich drei Konstellationen zu unterscheiden.

In der ersten Konstellation handelt sich um eine nicht privilegierte Unterhaltspflicht. Diese wird nach Art. 3 Abs. 1 HUntProt dem Recht des Staates unterworfen, in dem die berechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die zweite Konstellation tritt ein, wenn nach Art. 4 Abs. 1 HUntProt eine privilegierte Unterhaltspflicht vorliegt. Gemäß Art. 4 Abs. 1 HUntProt sind folgende Unterhaltspflichten privilegiert: Eltern gegenüber ihren Kindern, anderer Personen als der Eltern gegenüber Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, mit Ausnahme der Unterhaltspflichten aus den in Artikel 5 genannten Beziehungen (Unterhaltspflichten bezüglich Ehegatten und früherer Ehegatten) und der Kinder gegenüber ihren Eltern. Hier wird primär nach Art. 3 Abs. 1 HUntProt an den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person angeknüpft. Sekundär wird unter der Bedingung, dass das nach Art. 3 Abs. 1 HUntProt berufenen Recht keinen Unterhaltsanspruch gewährt, die *lex fori* angewandt. Nach Art. 4 Abs. 4 HUntProt wird auf dritter Stufe das Recht des Staates der gemeinsamen Staatsangehörigkeit angewandt, sofern



weder das nach Art. 3 Abs. 1 noch das nach Art. 4 Abs. 2 HUntProt berufene Recht einen Unterhaltsanspruch vorsieht.

Die dritte Konstellation baut auf der zweiten auf. Die Unterhaltspflicht ist nach Art. 4 Abs. 1 HUntProt privilegiert und die berechtigte Person hat die zuständige Behörde des Staates angerufen, in dem die verpflichtete Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Hier findet primär gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 1 HUntProt die *lex fori* Anwendung. Sekundär und unter der Bedingung, dass nach der *lex fori* kein Unterhaltsanspruch besteht, wird nach Art. 4 Abs. 3 S. 2 HUntProt das Rechts des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person angewandt. Auf dritter Stufe greift auch hier Art. 4 Abs. 4 HUntProt, sofern auch das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts keinen Unterhaltsanspruch vorsieht, und verweist auf das Rechts des Staates der gemeinsamen Staatsangehörigkeit.

Die Anknüpfung in Art. 4 Abs. 4 HUntProt ist somit in den Konstellationen 2 und 3 jeweils doppelt bedingt und setzt zudem voraus, dass die berechtigte und verpflichtete Person eine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben. Damit wurde im HUntProt der *favor alimenti* bei einer gleichzeitigen Stärkung der *lex fori* übernommen. Die Bedingung knüpft jeweils an das materielle Ereignis an, dass nach dem in erster oder zweiter Linie berufenen Recht dem Berechtigten kein Unterhaltsanspruch gegen den Verpflichteten zusteht. Diese Bedingung soll erfüllt sein, wenn das anwendbare Recht einen Unterhaltsanspruch überhaupt nicht kennt oder wenn die Anspruchsvoraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt sind.<sup>368</sup> Ob Ansprüche gegen Dritte bestehen, ist dabei unerheblich. Nicht ausreichen soll es hingegen, dass der Unterhaltsanspruch wegen mangelnder Leistungsfähigkeit des Verpflichteten oder mangelnder Bedürftigkeit des Berechtigten entfällt oder nur in geringerer Höhe oder mit kürzerer Laufzeit besteht. Die Nichtanwendbarkeit des *favor alimenti* in diesen Fällen war unter den Delegierten umstritten, da eine Unterscheidung der Fallgruppen schwierig sei, jedoch hat sich die Mehrheit der Delegierten gegen die Anwendbarkeit des *favor alimenti* für diese Fälle ausgesprochen.<sup>369</sup>

## II. Bewertung

Die dargestellte Anknüpfungsleiter soll im Folgenden daraufhin untersucht werden, welche internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt und im HUntProt verwirklicht wurden. Dabei sollen die relevanten Normen an den einzelnen internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen gemessen werden. In einer anschließenden Bestandsaufnahme soll das Augenmerk auf diejenigen internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele gerichtet werden, die im Haager Unterhaltsprotokoll nicht hinreichend Berücksichtigung fanden. Zusammenfassend soll dies vor dem Hintergrund der Bedeutung der einzelnen Gesetzgebungsziele und ihres Zusammenspiels kritisch bewertet werden.

Zum Gesetzgebungsverfahren sind leider nur die Vorentwürfe<sup>370</sup> zu dem Bonomi-Report zu erhalten. Insofern können daraus wenige Rückschlüsse auf die im Gesetzgebungsverfahren angestrebten Ziele gezogen werden. Jedoch werden einige Erwägungen ausdrücklich angeführt. Da es sich um eine Revision der Vorgängerübereinkommen handelte, zielte die Haager Konferenz darauf ab, die kritischen Beobachtungen zu den existierenden Übereinkommen sowie die Ansichten der neuen Mitglieder der Arbeitsgruppe einzuarbeiten.<sup>371</sup>

## 1. Internationaler Entscheidungseinklang

Darüber hinaus sollte ein Übereinkommen geschaffen werden, was für möglichst viele Staaten akzeptabel ist. Mit letzterem verfolgt die Konferenz die Verwirklichung des internationalen Entscheidungseinklangs, ohne dies explizit zu sagen. Letztlich ist dies ohnehin das erklärte Ziel der internationalprivatrechtlichen Rechtsvereinheitlichung, wie sie von der Haager Konferenz betrieben wird. Durch die Schaffung internationaler Übereinkommen auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts soll auf den Gedanken von *von Savigny* beruhend der internationale Entscheidungseinklang verwirklicht bzw. zumindest gefördert werden. Durch die Anwendung derselben Kollisionsnormen soll sichergestellt werden, dass unabhängig vom entscheidenden nationalen Gericht das gleiche Recht angewandt wird.

Durch die Stärkung der *lex fori* wurde das Haager Unterhaltsprotokoll für

*common law* - Jurisdiktionen annehmbarer,<sup>372</sup> da diese für Unterhaltsfragen traditionell an die *lex fori* anknüpfen<sup>373</sup> und die Vorentscheidung somit den Zuständigkeitsregelungen überlassen. Dies ist eine grundsätzlich begrüßenswerte Entscheidung, da bislang keine *common law* - Jurisdiktion eins der Vorgängerübereinkommen ratifiziert hatte<sup>374</sup> und durch dieses Entgegenkommen insofern eine Trendwende möglich wäre, welche sich positiv auf den internationalen Entscheidungseinklang auswirken würde. Zu bedenken ist indes, dass die ausschließliche Anwendung der *lex fori* in den *common law* - Jurisdiktionen mit prozessualen Besonderheiten – häufig standardisierte, vereinfachte Verfahren – verbunden ist,<sup>375</sup> so dass diese Veränderung allein vermutlich nicht ausreichen wird, um das Haager Unterhaltsprotokoll für *common law* Jurisdiktionen annehmbar zu machen. So hat diese Veränderung bislang nicht zu einer Ratifizierung durch *common law* Jurisdiktionen geführt.

Zu kritisieren ist jedoch, dass die Anknüpfungsleiter einen Kompromiss darstellt, der so in nationalen Rechtsordnungen nicht zu finden ist und nicht auf internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen fußt, sondern vielmehr eine Mischung aus den drei dominierenden Anknüpfungsmomenten, der Staatsangehörigkeit, dem gewöhnlichen Aufenthalt und der *lex fori*, darstellt. Somit kann diese Anknüpfung nur schwer ein Vorbild für weitere nationale Kodifikationen darstellen, was aber im Sinne des internationalen Entscheidungseinklangs erstrebenswert wäre. Diese Kritik muss man jedoch hinnehmen, da ein internationales Übereinkommen nur schwer in der Lage sein wird, den Grundsatzstreit nach der richtigen Anknüpfung im Unterhaltsrecht zu lösen. Zu unversöhnlich stehen sich hier die drei unterschiedlichen Ansätze gegenüber. Während das Staatsangehörigkeitsprinzip von Auswanderungsstaaten bevorzugt wird, setzen Einwanderungsstaaten auf den gewöhnlichen Aufenthalt. In *common law* - Jurisdiktionen wird verbreitet auf die *lex fori* zurückgegriffen.

Die Haager Konferenz hat sich auch bei der Ausgestaltung der Verweisungen des Haager Unterhaltsprotokolls als Sachnormverweisungen gemäß Art. 12 HUntProt gegen den internationalen Entscheidungseinklang entschieden. Der Ausschluss des

*renvoi* sichert zwar die übereinstimmende Beurteilung der Unterhaltsansprüche innerhalb des Anwendungsbereichs des Haager Unterhaltsprotokolls und vermeidet eine Störung des Gleichgewichts der Anknüpfungsleiter durch eventuelle Rück- oder Weiterverweisungen. Jedoch gehen diese Vorteile auf Kosten des internationalen Entscheidungseinklangs. Auch internationale Rechtsvereinheitlichungsprojekte sollten den internationalen Entscheidungseinklang mit Nichtsignataren nicht vernachlässigen.<sup>376</sup> Hauptargument für die Gesamtnormverweisung ist gerade die Förderung des internationalen Entscheidungseinklangs.<sup>377</sup>

Der internationale Entscheidungseinklang gegenüber den Nichtsignataren wird nur teilweise durch die Ausgestaltung des Haager Unterhaltsprotokolls als *loi uniforme* in Art. 2 HUntProt gefördert. So verhindert das Haager Unterhaltsprotokoll eine unnötige Rechtsspaltung innerhalb der unterzeichnenden Staaten und fördert gleichsam durch die Anwendung seiner Kollisionsnormen auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten den internationalen Entscheidungseinklang.

## 2. Innerer Entscheidungseinklang

Der innere Entscheidungseinklang hingegen wird im Normschaffungsverfahren nicht erwähnt. Dies ist jedoch gänzlich unschädlich. Internationale Übereinkommen auf Teilgebieten des internationalen Familienrechts können nur einen Ausschnitt des betreffenden Rechtsgebietes regeln und folglich auch nur einen geringen Beitrag zum inneren Entscheidungseinklang leisten. Aufgrund ihres häufig sehr begrenzten Anwendungsbereichs wirken sich internationale Übereinkommen auf den inneren Entscheidungseinklang sogar häufig negativ aus. Dies ist beim Haager Unterhaltsprotokoll nicht anders.

Die Ausgestaltung als *loi uniforme* sorgt zumindest dafür, dass im Anwendungsbereich des Protokolls der innere Entscheidungseinklang gewährleistet wird. Dem inneren Entscheidungseinklang wirkt entgegen, dass Statusfragen nicht in Art. 11 HUntProt in den Geltungsbereich des anwendbaren Rechts mit aufgenommen wurden. Gemäß Art. 1 II HUntProt werden Statusfragen auch aus dem Geltungsbereich der

Entscheidungen, die auf Basis des HUntProt ergangen sind, ausgenommen.

Eine für den inneren Entscheidungseinklang wichtige Frage – die Art der Anknüpfung von Erst- und Vorfragen – wird im Haager Unterhaltsprotokoll nicht geregelt. Eine selbständige Anknüpfung würde dabei den inneren Entscheidungseinklang begünstigen.

Grundsätzlich ist bei der Beurteilung dieser Frage zwischen Erst- und Vorfrage zu differenzieren. Erstfragen sind Fragen nach dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, das im Tatbestand einer inländischen Kollisionsnorm – hier dem Haager Unterhaltsprotokoll – vorausgesetzt wird.<sup>378</sup> Vorfragen werden hingegen erst vom ausländischen Internationalen Privatrecht oder dem anwendbaren materiellen Recht aufgeworfen.<sup>379</sup> Im Rahmen des Haager Unterhaltsprotokolls können aufgrund der Sachnormverweisung Vorfragen nur vom anwendbaren materiellen Recht aufgeworfen werden.

Vorfragen sind im Rahmen von internationalen Übereinkommen grundsätzlich unselbständig anzuknüpfen.<sup>380</sup> Davon ist auch für das Haager Unterhaltsprotokoll keine Ausnahme zu machen.<sup>381</sup> Gleiches gilt auch für die Anknüpfung der Vorfrage. Dadurch mag der innere Entscheidungseinklang vernachlässigt werden, dies ist aber mit Hinblick auf die gleichzeitige Förderung des internationalen Entscheidungseinklangs hinzunehmen.

### 3. Materielle Harmonie

Ebenso verhält es sich mit dem Grundsatz der materiellen Harmonie. Auch dieser findet im Normschaffungsprozess keine Erwähnung. Dies ist jedoch dadurch bedingt, dass internationale Übereinkommen aufgrund ihres Strebens nach möglichst weiter Verbreitung nur Teilbereiche regeln, um zumindest dort einen tragbaren internationalen Kompromiss zu erreichen. Dies führt zwangsläufig zu der der materiellen Harmonie widerläufigen *depeçage*. Die Folgen – Normenhäufung und Normenmangel – lassen sich auf der Ebene der Normschaffung nicht begegnen.<sup>382</sup>

#### 4. Rechtssicherheit

Ein weiteres Kodifikationsziel des Internationalen Privatrechts – die Rechtssicherheit – bleibt ebenfalls im Normsetzungsverfahren unerwähnt, doch wird es in Haager Unterhaltsprotokoll zumindest teilweise verwirklicht. Die Anknüpfungsregelungen sind grundsätzlich klar und erlauben kein richterliches Ermessen. Auch auf eine allgemeine Ausweichklausel, deren Anknüpfungselemente häufig unklar sind, wurde verzichtet, so dass das anwendbare Recht mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden kann. Lediglich für Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten, früheren Ehegatten oder Personen, deren Ehe für ungültig erklärt wurde, wurde eine spezielle Ausweichklausel in Art. 5 HUntProt eingeführt.

Unbefriedigend ist hingegen, dass die Hilfsanknüpfungen unter eine materielle Bedingung gestellt werden – das Fehlen eines Unterhaltsanspruchs nach dem primär oder sogar sekundär anwendbaren Recht – und diese Bedingung nicht hinreichend klar definiert wird. Grundsätzlich herrscht Einigkeit darüber, dass es für den Bedingungseintritt nicht erforderlich ist, dass dem anwendbaren Recht ein Unterhaltsanspruch des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten gänzlich unbekannt ist, sondern die Bedingung auch eintritt, wenn bestimmte Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind,<sup>383</sup> etwas wegen des Erreichens einer Altersgrenze des Berechtigten oder des Verstreichens einer Klagefrist gegen den nichtehelichen Vater.<sup>384</sup> Ob es aber auch für den Bedingungseintritt ausreichen soll, dass das Unterhaltsstatut dem Berechtigten den Unterhaltsanspruch gegen den Verpflichteten aus wirtschaftlichen Gründen – wegen fehlenden Bedarfs oder fehlender Leistungsfähigkeit – verweigert, war schon während des Normsetzungsprozesses zwischen den Delegierten umstritten.<sup>385</sup>

In Deutschland ist diese Frage schon zu dem Vorgängerübereinkommen von 1973 von der Rechtsprechung verneint worden.<sup>386</sup> So hat beispielsweise der BGH entschieden, dass eine fehlende Unterhaltspflicht aufgrund von persönlichen und wirtschaftlichen Gründe, etwa fehlende Bedürftigkeit des Berechtigten oder mangelnde Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, nicht ausreicht, um die Bedingung eintreten zu lassen und

die subsidiäre Anwendung einer weiteren Rechtsordnung zu eröffnen.<sup>387</sup> In diese Richtung ging auch die Meinung der Mehrheit der Delegierten.<sup>388</sup> In der Literatur wird hingegen auch die gegenteilige Auffassung vertreten.<sup>389</sup> Ungeklärt ist auch die Frage des Bedingungseintritts bei einem Unterhaltsverzicht<sup>390</sup> oder hinsichtlich eines Anspruchs auf Prozesskostenhilfe<sup>391</sup>. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass rein theoretisch auch in diesen Fällen der Unterhaltsanspruch von dem Unterhaltsstatut verneint werde, da eine Tatbestandsvoraussetzung nicht erfüllt sei, so dass eine Abgrenzung zu den obigen Fällen schwierig sei.<sup>392</sup> Zwar lassen sich eine Abgrenzung vornehmen oder Fallgruppen bilden,<sup>393</sup> doch wäre es für die Rechtssicherheit zuträglich gewesen, wenn dies schon im Rahmen der Haager Konferenz oder zumindest im *Bonomi-Report* geschehen wäre. Besonders schwer wiegt, dass der Eintritt der Bedingung die Anwendbarkeit einer weiteren Rechtsordnung eröffnet und somit für die Begutachtung möglicher Ansprüche ein weiterer Jurist zu Rate gezogen werden muss. Dies steigert die Transaktionskosten und ist für den Berechtigten, der seinen Anspruch aus einer Situation wirtschaftlicher Schwäche heraus geltend macht, eine zusätzliche finanzielle Belastung. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass bis zu drei verschiedene Rechtsordnungen anwendbar sein können und Unterhaltssachen grundsätzlich keine hohen Streitwerte mit sich bringen, so dass die aufgewendeten Ressourcen gering sein werden.

Auch die Erhebung des gewöhnlichen Aufenthalts zum primären Anknüpfungsmoment gegenüber der Staatsangehörigkeit wird als Schwächung der Rechtssicherheit aufgefasst. Dies gilt umso mehr als das Haager Unterhaltsprotokoll eine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts vermissen lässt, worauf schon in den Vorgängerübereinkommen bewusst verzichtet wurde, weil dies schon immer so gehandhabt wurde.<sup>394</sup> Dies ist äußerst bedenklich, da der gewöhnliche Aufenthalt eine Schlüsselrolle im Haager Unterhaltsprotokoll einnimmt. Zwar haben die unterschiedlichen nationalen Gerichte und die Literatur Kriterien zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts ermittelt, doch wäre im Sinne der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtssicherheit eine Definition im Haager Unterhaltsprotokoll selbst vorzugswürdig gewesen. Insbesondere da das Protokoll in unterschiedlichsten Rechtsordnungen gelten soll und nicht garantiert ist, dass Staaten wie beispielsweise China, das an den

Beratungen teilnahm, von der Rechtsprechung in den anderen Vertragsstaaten Kenntnis nimmt oder umgekehrt. Auch vor dem Hintergrund, dass diese Staaten sehr unterschiedlichen Rechtstraditionen entstammen, wäre eine gemeinsame Definition anzuraten gewesen. Dies wäre sicherlich kein leichtes Unterfangen geworden, jedoch ist es bedauerndswert, dass es noch nicht einmal versucht wurde. Einen gemeinsamen Gerichtshof, der – ähnlich wie der EuGH – über eine einheitliche Auslegung wacht, gibt es nicht und ist auch nicht geplant. Die Staatsangehörigkeit wäre als Primäranknüpfung eine rechtssichere Variante gewesen. Zudem wäre sie vor Manipulationen sicher gewesen. Jedoch darf die Manipulationsgefahr und somit die Gefahr für die Rechtssicherheit nicht überbewertet werden. Zum einen lässt sich der gewöhnliche Aufenthaltsort in der Praxis ziemlich sicher bestimmen. Zum anderen ist es sehr unwahrscheinlich, dass der Berechtigte, welcher grundsätzlich finanziell bedürftig ist, aufgrund seiner Kenntnisse vom vergleichenden Unterhaltsrecht in den Vertragsstaaten bewusst seinen gewöhnlichen Aufenthalt wechselt und die zusätzlichen Kosten eines Umzugs und der Verlagerung seines persönlichen Lebensmittelpunktes mit den sozialen Folgen auf sich nimmt, um die Anwendung eines für ihn günstigeren Unterhaltsrechts herbeizuführen.<sup>395</sup> Auch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit könnte nicht mit absoluter Rechtssicherheit aufwarten, da es in diesem Zusammenhang Probleme bei der Bestimmung der effektiven Staatsangehörigkeit von Mehrstaatern, die immer häufiger werden, gibt, sowie der Umgang mit Staatenlosen im Rahmen des Protokolls ungeklärt geblieben ist.

Folglich wäre eine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts für die Rechtssicherheit förderlich gewesen, erforderlich letztlich nicht. Schwerer wiegen die Unsicherheiten bei der Bestimmung des Bedingungseintritts. Hier sollte man in Zukunft die Chance nutzen und diesen in zukünftigen Übereinkommen anhand von Fallgruppen näher eingrenzen.

## 5. Einzelfallgerechtigkeit

Hinsichtlich der Einzelfallgerechtigkeit fällt die Bewertung differenzierter aus. Zu unterscheiden ist zwischen der Wahl des Anknüpfungsmomentes (aa), der Verwirklichung des *favor alimenti* (bb) und der damit



verbundenen Differenzierung zwischen den verschiedenen Fallgruppen (cc). Prüfungsmaßstab ist dabei die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit als die Berücksichtigung aller Rechtsanwendungsinteressen, die nicht auf den Ausgang des Einzelfalls gerichtet sind.<sup>396</sup>

#### a. Anknüpfungsmoment

Grundsätzlich kommen drei verschiedene Anknüpfungsmomente in Betracht: der gewöhnliche Aufenthalt des Berechtigten, die Staatsangehörigkeit des Berechtigten und der gewöhnliche Aufenthalt des Verpflichteten.

Für die in dem Haager Unterhaltsprotokoll dominierende Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts wurde in der Haager Konferenz angeführt, dass der Unterhaltsanspruch dem Berechtigten das Bestreiten seines Lebensunterhalts ermöglichen solle, so dass diese Frage am adäquatesten vom Recht des Staates beantwortet werden könne, in dem der Berechtigte lebe.<sup>397</sup> Der Lebensbedarf des Berechtigten bestimme sich nach den Lebensumständen seines gewöhnlichen Aufenthalts, denen wiederum das Rechts des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts am ehesten gerecht werde. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten schließt zudem eine Berücksichtigung des Wohlstandes des Verpflichteten nicht aus, insbesondere wenn zwischen dem gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten und des Verpflichteten ein strukturelles Wohlstandsgefälle besteht – wie beispielsweise zwischen einem Entwicklungsland und einem Industriestaat. Der gewöhnliche Aufenthalt stelle eine reale Beziehung des Berechtigten zu der Rechtsordnung her im Vergleich zur rein rechtlichen Verbindung der Staatsangehörigkeit.<sup>398</sup> Diese Begründung bemüht Erwägungen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit.<sup>399</sup>

Auch eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wäre denkbar gewesen. Diese befindet sich jedoch auch wegen des europäischen Diskriminierungsverbots auf dem Rückzug,<sup>400</sup> ein Trend, der nicht für alle Regionen der Welt gilt.<sup>401</sup> Für dieses Anknüpfungsmoment spricht, dass häufig eine starke kulturelle Verwurzelung in Heimatstaat und Heimatrecht besteht.<sup>402</sup> Insbesondere im Rahmen eines zunehmenden

Zusammenwachsens der Welt stellt für viele die Staatsangehörigkeit ein identitätsstiftendes Merkmal dar. Zudem spricht die Demokratieüberlegung für sie.<sup>403</sup> Ausgehend von einem politischen Wahlrecht habe der Angehörige eines Staates die Möglichkeit, durch die Teilnahme an den Parlamentswahlen die Legislative mitzuformen und so indirekt Einfluss auf das geltende Unterhaltsrecht zu nehmen. Allein dieser von ihm politisch als Wahlberechtigter mitgestalteten Rechtsordnung sei er folglich auch in privatrechtlicher Hinsicht zu unterwerfen. Dies gelte jedoch nur dort, wo abweichende andere Interessen, insbesondere materielle Schutz- und Gleichstellungsinteressen, fehlen. Darüber hinaus ist – wie schon oben erwähnt – die Staatsangehörigkeit leichter zu ermitteln, stabiler und schwieriger zu manipulieren als der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts.<sup>404</sup>

Andererseits steigt beispielsweise in Deutschland mit der erhöhten Mobilität und der Globalisierung der Kulturen der Anteil von Einwohnern mit ausländischer Staatsangehörigkeit. Globalisierung und Mobilität der Menschen führt auch zu vermehrt überinternationalen Lebensläufen, Transnationalität oder Bikulturalität. Hierbei zeigt sich eine zwiespältige tatsächliche Entwicklung.

Zum einen werden durch die aktuell immer intensiver geförderte Integration großer Teile dieser Bevölkerungsgruppen in die Mehrheitsgesellschaft deren Verbindungen zu ihrem Heimatstaat immer schwächer.<sup>405</sup> Daneben seien sogar zunehmend transnationale Lebensläufe zu beobachten, bei denen eine feste Verwurzelung einer Person zu einem bestimmten Staat gänzlich fehlt.

Zum anderen trete aber auch das Modell des de-territorialiserten Nationalstaates auf. Dieses Modell beschreibt das Phänomen, dass Emigranten in ihrem Auswanderungsstaat einen engeren Kontakt zu ihrem Heimatstaat haben, indem sie in bestimmten Vierteln zusammenwohnen und dort ihre heimischen Sitten und Gebräuche pflegen.

Dabei kann die angesprochene Bikulturalität positive und negative Ausformungen annehmen. Ein Kind aus einer gemischt deutsch-niederländischen Familie, die im Grenzgebiet wohnt, kann positiv bikulturell sein, in dem Sinne, dass es sich mit beiden Kulturen verbunden

fühlt. Die Biculturalität kann in ihrer negativen Ausformung auch zu einer Entfremdung von beiden Kulturen führen, was sich in der 2. oder 3. Generation türkisch stämmiger Gastarbeiter in Deutschland gut beobachten lässt. Während sie in Deutschland als Türken angesehen werden, was zum größten Teil auch ihrer Staatsangehörigkeit entspricht, sind sie doch so stark von ihrer Sozialisierung in Deutschland geprägt, dass man sie in der Türkei als Deutsche ansieht.<sup>406</sup> Diese Entfremdung von Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt geht häufig mit einer Zuwendung zu einem neuen identitätsstiftenden Abgrenzungsmerkmal einher, beispielsweise der Religion.

Letztlich sprechen unter Berücksichtigung der Funktion des Unterhaltsrechts die besseren internationalprivatrechtlichen Gründe für eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit kommt schnell an ihre Grenzen, wenn es sich um einen Mehrrechtsstaat handelt insbesondere bei einem ohne einheitliches Internationales Privatrecht.<sup>407</sup> Aufgrund der zunehmenden internationalen Bewegungsfreiheit (in der Europäischen Union der Freie Personenverkehr) und der mit der fortschreitenden Technologisierung verbundenen Mobilität verliert die Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die soziale und kulturelle Verwurzelung an Bedeutung.<sup>408</sup> In Deutschland trat ein restriktives Staatsangehörigkeitsrecht hinzu, welche sich in der Vorstellung Deutschlands als klassisches Auswanderungsland am *Ius Sanguinis* orientierte,<sup>409</sup> obgleich viele Kinder der Gastarbeitergeneration in Deutschland geboren, aufgewachsen und sozialisiert wurden und nur noch lose Verbindungen in die Heimatstaaten ihrer Eltern bestanden. In diesem Zusammenhang übernimmt die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt zu Recht eine Integrationsrolle, bringt aber zugleich zum Ausdruck, dass innerhalb eines Staates eine Rechtsgemeinschaft besteht, der man sich mit Wahl seines gewöhnlichen Aufenthalts auch zu unterwerfen hat. Der damit verbundene Anpassungsdruck ist durchaus zu begrüßen.

Letztlich bleibt die Staatsangehörigkeit das prägende Merkmal der sozialen und kulturellen Identität und sollte erst den Abschluss einer erfolgreichen Integration bilden und nicht deren Anfang. Jedoch spielt die soziale und kulturelle Identität für die Anknüpfung der Unterhaltspflicht

nur eine untergeordnete Rolle. Insbesondere die Frage, ob Unterhaltspflichten anerkannt werden, hat mehr mit dem sozial-kulturellen Umfeld zu tun als mit der Staatsangehörigkeit. Unterhaltspflichten sind Ausdruck einer Einstandspflicht bzw. einer Mindestsolidarität gegenüber der berechtigten Person. Dieser Pflichtenkreis wird maßgeblich durch das staatliche Sozialsystem bestimmt. Dort wo der Staat die Unterhaltspflichten vergemeinschaftet hat, tritt die individuelle Unterhaltspflicht aufgrund einer anderen Beziehung häufig zurück. Kurz gesagt, der Rückhalt der Großfamilie wird durch das Sozialamt ersetzt. Somit spielt das bestehende staatliche Sozialsystem eine größere Rolle bei der Beurteilung der Anknüpfung von Unterhaltspflichten.

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gewährleiste somit auch eine Gleichbehandlung aller in einem Staat lebenden Berechtigten.<sup>410</sup> Dies ist aus zweierlei Gründen zu begrüßen. Zum einen ist eine Ungleichbehandlung allein aufgrund der Staatsangehörigkeit in diesem speziellen Fall nur schwer zu begründen. Zum anderen gewährleistet dies auch eine gerechte Verteilung der Sozialleistungen. Sofern kein Unterhaltsanspruch nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts besteht, gewähren viele Staaten Sozialleistungen, um ein Minimum an Lebensstandard zu gewährleisten. Dieser Anspruch richtet sich in der Regel ebenfalls nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts – nämlich dem örtlichen Sozialrecht – und nicht nach der Staatsangehörigkeit. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit würde hier einen wünschenswerten Gleichlauf stören und somit dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts die Koordinierung seiner staatlichen Leistungen erschweren.

Zudem ermögliche die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt auch einen Gleichlauf zwischen materiellem und prozessuellem Recht,<sup>411</sup> da der Berechtigte im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts häufig auch einen Gerichtsstand für Klagen gegen den Verpflichteten haben und diesen auch nutzen werde, da dieser für ihn am bequemsten und am kostengünstigsten zu erreichen ist. Somit sei die Anspruchsverfolgung einfacher und kostengünstiger, da ausländisches Recht nicht über teure Gutachten ermittelt werden müsse.<sup>412</sup> Dieses Argument habe in Unterhaltssachen besonderes Gewicht, da es sich im Regelfall um geringe Streitwerte

handele und folglich die Ressourcen zur Ermittlung ausländischen Rechts gering seien.<sup>413</sup> In diesem Zusammenhang lässt sich die Haager Konferenz von Argumenten aus der ökonomischen Analyse des Rechts leiten, ohne auf diesen Zusammenhang näher einzugehen. Mit der Vermeidung der Anwendung ausländischen Rechts im Forum strebt die Haager Konferenz gleichzeitig nach materieller Harmonie, da durch den Gleichlauf Widersprüche zwischen materiellem und Prozessrecht von Anfang an ausgeschlossen sind. Dieses Ergebnis würde freilich auch bei einer Anknüpfung an die *lex fori* erreicht.

Denkbar wäre auch eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Verpflichteten. Dies wäre im Interesse des Verpflichteten, da dieser primär seine Leistungsfähigkeit im Auge hat, welche sich am ehesten an den Umständen und dem Recht seiner Umwelt orientiert.<sup>414</sup> Jedoch hat sich die Haager Konferenz zu Recht dafür entschieden, die Interessen des Verpflichteten hinter denen des Berechtigten zurücktreten zu lassen. Dafür sprechen vor allem das Sozialstaatsargument und der Umstand, dass der Berechtigte als Bedürftiger die Hauptfigur des Unterhaltsrechts und er im Verhältnis zum Verpflichteten auch der wirtschaftlich Schwächere ist. Darauf, dass der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren auch ein legitime internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsüberlegung ist, wird im Rahmen der Bewertung des *favor alimenti* noch näher eingegangen.

#### b. favor alimenti

Art. 4 HUntProt statuiert eine Anknüpfungskaskade, die oben näher vorgestellt wurde. Materiellrechtliches Ziel der Regelung ist der Schutz des Berechtigten. Ihm sollen im Extremfall bis zu drei verschiedenen Rechtsordnungen zur Verfügung gestellt werden, um einen Unterhaltsanspruch gegen den Verpflichteten realisieren zu können.<sup>415</sup> Dieser Schutzgedanke beruht auf der Überlegung, dass der Berechtigte im Verhältnis zum Verpflichteten der strukturell Unterlegene sei.

Die Konstruktion ist jedoch bedenklich, da sie entgegen der Grundprinzipien des Internationalen Privatrechts auch auf den Inhalt der in Betracht kommenden Sachnormen im Sinne einer Bedingung Rücksicht nimmt.<sup>416</sup> Die subsidiären Anknüpfungen stehen nämlich unter der

Bedingung, dass das nach der Primäranknüpfung anwendbare Recht keine Unterhaltsansprüche gewährt. Es handelt sich um eine Korrektivanknüpfung oder korrigierende Anknüpfung.<sup>417</sup> Insofern unterscheidet sich die Anknüpfungskaskade von der Alternativanknüpfung in Art. 11 Rom I-VO. Diese knüpft gleichrangig an mehrere verschiedenen Rechtsordnungen an, um möglichst eine Formnichtigkeit des Vertrages zu verhindern und beinhaltet keine materielle Bedingung. Das von der primär berufenen Rechtsordnung erzielte materiellrechtliche Ergebnis wird durch eine subsidiäre weitere Anknüpfung verändert. Davon abzugrenzen ist das Günstigkeitsprinzip, das bei Mehrfachanknüpfungen vorliegt, bei denen der Richter oder eine der Parteien zwischen mehreren bezeichneten Rechtsordnungen, die grundsätzlich gleichrangig nebeneinander stehen, eine nach einer materiellrechtlichen Ergebnisvorgabe aussuchen darf.<sup>418</sup>

Dennoch führen die Anknüpfungsnormen des HUntProt kein materielles Ergebnis herbei; auch nach Durchlauf der gesamten Anknüpfungskaskade kann es sein, dass der Berechtigte keinen Unterhaltsanspruch gegen den Verpflichteten hat. Sie verfolgen lediglich ein materiellrechtliches Ziel, was, wie oben festgestellt,<sup>419</sup> mit den Grundsätzen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit grundsätzlich vereinbar ist. Jedoch bedarf es hierfür, wie *Kropholler* richtig feststellt, einer besonderen Rechtfertigung.<sup>420</sup> Während sich diese hinsichtlich Art. 11 Rom I-VO aus den Besonderheiten des internationalen Rechtsverkehrs ergibt,<sup>421</sup> drängt sich eine solche Rechtfertigung im Unterhaltsrecht nicht auf. Diese ergibt sich auch nicht aus der Schutzbedürftigkeit des Berechtigten.<sup>422</sup> *Kropholler* weist darauf hin, dass materiell motivierte Begünstigungen im Internationalen Privatrecht besonders bedenklich seien, wenn die materielle Bevorzugung nur auf einer Verallgemeinerung rein inländischer Zielvorstellungen beruht, denen abweichende Zielvorstellungen in anderen Rechtsordnungen gegenüberstehen.<sup>423</sup> Dieser Vorbehalt greift vorliegend jedoch nicht, da es sich um ein internationales Übereinkommen handelt.

Die Korrektivanknüpfung ist auch deshalb bedenklich, da sie die Validität der Primäranknüpfung in Frage stellt. Wenn die durch die Primäranknüpfung berufene Rechtsordnung unter internationalprivatrechtlichen Gesichtspunkten den Lebenssachverhalt am besten regelt, warum ist dies nicht mehr der Fall, wenn sie keinen

Unterhaltsanspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten vorsieht? Sämtliche internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsabwägungen, die oben für die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten diskutiert werden, werden durch die Korrektivanknüpfung wieder in Frage gestellt. Den internationalprivatrechtlichen Erwägungen wird im internationalen Familienrecht zwar keine so große Bedeutung eingeräumt wie beispielsweise im wesentlich differenzierteren internationalen Vertragsrecht. Auch führen im internationalen Familienrecht unterschiedliche Anknüpfungen häufig zum selben Ergebnis. Dennoch besteht die Gefahr, dass die getroffenen Wertungen hinterfragt werden.

Die internationalprivatrechtlichen Erwägungen, die zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten zur Primäranknüpfung geführt haben, werden sogar gänzlich negiert, nur weil die primär berufenen Rechtsordnung das gewünschte materielle Ergebnis nicht liefert. Leider wird diese Problematik in dem Normsetzungsverfahren nicht diskutiert. Als Rechtfertigung für die Negierung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsabwägungen der Primäranknüpfung kann allein die Schutzbedürftigkeit des Berechtigten angeführt werden. Doch handelt es sich dabei nicht um eine spezifisch internationalprivatrechtliche Erwägung. Mit anderen Worten, die Schutzbedürftigkeit des Berechtigten wird nicht dadurch erhöht, dass der Sachverhalt internationale Elemente beinhaltet. In einem rein nationalen Sachverhalt ist der Berechtigte ebenso bedürftig und somit schutzbedürftig. Man könnte allein darauf abstellen, dass sich der Berechtigte in einem internationalen Sachverhalt grundsätzlich höheren Rechtsverfolgungskosten ausgesetzt sieht. Jedoch überzeugt das nicht. Nach der Primäranknüpfung wird das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten angewandt, was auch damit begründet wurde, dass ihm eine einfache und effektive Durchsetzung seiner Ansprüche ermöglicht werden soll. Zudem eröffnen ihm die meisten Rechtsordnungen einen Klägergerichtsstand, wie beispielsweise Art. 3 lit b) EuUnt-VO.<sup>424</sup> Somit schlagen höchstens höhere Gerichtskosten für eine Zustellung im Ausland und Übersetzungskosten zu Buche. Diese kann der Berechtigte jedoch in der Regel im Obsiegsfall vom Verpflichteten ersetzt verlangen. Folglich sind sie nicht so gewichtig, dass sie eine Begünstigung des Berechtigten rechtfertigen könnten. Zudem ist nicht

ersichtlich, dass zur Kompensation dieser einmaligen Kosten dem Berechtigten ein Unterhaltsanspruch über längere Zeit zugesprochen werden muss.

Ansatzpunkt für die korrigierende Anknüpfung könnte höchstens das vermeintliche Vertrauen oder die Erwartung des Berechtigten sein, dass sein Unterhaltsanspruch nach einer bestimmten Rechtsordnung beurteilt wird. Hier ist jedoch schon fraglich, ob ein solches Vertrauen überhaupt existiert oder lediglich eine Fiktion ist. Selbst innerhalb einer Parallelgesellschaft entsteht die Erwartung, dass die Unterhaltsansprüche an die Staatsangehörigkeit angeknüpft werden, nicht von selbst. Meines Erachtens ist es realistischer, anzunehmen, dass man als Ausländer grundsätzlich erwartet, vom Staat rechtlich genauso wie alle anderen behandelt zu werden. Dazu gehört die Erwartung, dass man auch den zivilrechtlichen Regelungen des Aufenthaltstaates unterworfen wird. Im Übrigen erscheint es nicht schützenswert, wenn der Berechtigte selbst durch den Wechsel seines gewöhnlichen Aufenthalts den Statutenwechsel herbeiführt. Zudem rechtfertigt es nicht die Anwendung mehrerer Unterhaltsrechte. Der Berechtigte vertraut ja nur auf die Anwendung eines bestimmten Unterhaltsrechts, so dass auch dieser Argumentationsansatz nicht zur Rechtfertigung des *favor alimenti* bemüht werden kann.

Auch *Wagner* kritisiert die doppelte Hilfsanknüpfung, da sie den Berechtigten zu sehr begünstige.<sup>425</sup> In dieselbe Richtung geht die Kritik von *G. Schmidt*, der das Verhältnis von Berechtigtem und Verpflichtetem mit dem zwischen Unternehmer und Verbraucher vergleicht und dabei feststellt, dass kein vergleichbares strukturelles Ungleichgewicht gegeben sei.<sup>426</sup> Der Verpflichtete selbst könne in vielen Situationen als Verbraucher oder Arbeitnehmer die schwächere Partei sein. Die subsidiäre Anknüpfung führe zu einer ungerechtfertigten Störung des Gleichgewichts der Beteiligten.<sup>427</sup> Ob man bei Berechtigtem und Verpflichtetem wirklich nicht von einem strukturellen Ungleichgewicht sprechen kann, erscheint fraglich. Zum einen besteht zumindest ein finanzielles Ungleichgewicht oder wird ein solches vorgetragen, da dies immer Anknüpfungspunkt für einen Unterhaltsanspruch ist. Der Verpflichtete steht wirtschaftlich besser da als der Berechtigte. Zudem wird man ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Eltern und Kindern annehmen müssen. Gleich dürfte für den Fall



des berufstätigen Ehegatten gegenüber seiner den Haushalt führenden Ehefrau und umgekehrt gelten.

Durch die Bevorzugung des Berechtigten besteht eine Störung des Gleichgewichts. Der Vergleich mit dem Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer passt nicht, da die Schutzbedürftigkeit immer situativ erfasst wird – der Unternehmer wird zum Verbraucher, sobald er privat einkauft. Die Bevorzugung des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten ließe sich sowohl mit einem finanziellen als auch einen Ungleichgewicht an Lebenserfahrung begründen. Jedoch erscheint dieses Ungleichgewicht nicht hinreichend ausgeprägt, um eine Bevorzugung des Berechtigten zu gerechtfertigen.

Folglich sprechen die besseren internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen gegen den *favor alimenti*. Jedoch kann man ihm nicht den Vorwurf machen, nur auf einer Verallgemeinerung rein inländischer Zielvorstellungen zu beruhen, denen abweichende Zielvorstellungen in anderen Rechtsordnungen gegenüber stehen und somit im besonderen Maße gegen die internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen zu verstoßen, da dies durch den internationalen Charakter der Haager Konferenz nahezu ausgeschlossen ist. Jedoch lässt sich der Vorwurf nicht gänzlich entkräften, dass der *favor alimenti* zwar nicht auf einer Verallgemeinerung rein nationaler aber doch regionaler (westlicher) Zielvorstellungen beruht. Dies zeigt sich zum einen an den verhaltenen Ratifizierungserfolgen des Haager Unterhaltsprotokolls und seiner Vorgängerübereinkommen in bestimmten Regionen der Welt und zum anderen in der unterschiedlich intensiven Mitarbeit einzelner Länder an deren Ausarbeitung.

Letztlich ist es überzeugender die materielle Wertung der primären Anknüpfung zu akzeptieren und keine Korrektivanknüpfung vorzunehmen. Für ein solches Vorgehen spricht die Mehrzahl der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsvorstellungen. Vor allzu ungerechten Ergebnissen schützt auch in diesen Fällen der *ordre public* gemäß Art. 13 HUntProt.

### c. Gleichberechtigung

Als letztes ist zu untersuchen, ob die Aufspaltung der Anknüpfungen für die unterschiedlichen Personengruppen im Haager Unterhaltsprotokoll sowie die unterschiedliche Behandlung innerhalb der einzelnen Gruppen vor dem Hintergrund des Gleichheitsgebotes zu rechtfertigen sind. Zwar wurde der *favor alimenti* und die damit verbundenen Korrektivanknüpfungen soeben *de lege ferenda* kritisiert. Für die Untersuchung in diesem Teil soll er jedoch *de lege lata* akzeptiert und lediglich seine unterschiedliche Anwendung diskutiert werden.

#### aa. Differenzierung zwischen den Gruppen

Das Haager Unterhaltsprotokoll sieht eine Differenzierung zwischen Gruppen von Berechtigten vor. Gemäß Art. 4 I HUntProt sind lediglich die Unterhaltsansprüche von Kindern gegenüber ihren Eltern, von Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, gegenüber anderen Personen als ihrer Eltern ausgenommen Ehegatten und frühere Ehegatten, sowie von Eltern gegenüber ihren Kindern durch die Anknüpfungskaskade privilegiert. Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten, früheren Ehegatten und Personen, deren Ehe für ungültig erklärt wurde, unterfallen einer besonderen Ausweichklausel gemäß Art. 5 HUntProt, sofern sich eine der Parteien gegen die Anwendung des nach Art. 3 HUntProt berufenen Rechts wendet und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, zu der betreffenden Ehe eine engere Verbindung aufweist. Eine dritte Gruppe sieht sich einer besonderen Verteidigungsmöglichkeit gemäß Art. 6 HUntProt ausgesetzt: Außer bei Unterhaltspflichten gegenüber einem Kind, die sich aus einer Eltern-Kind-Beziehung ergeben, und den in Art. 5 HUntProt vorgesehenen Unterhaltspflichten kann die verpflichtete Person gegen den Anspruch einwenden, dass für sie weder nach dem Rechts des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts noch gegebenenfalls nach dem Rechts des Staates, dem die Parteien gemeinsam angehören, eine solche Pflicht besteht. Diese Verteidigungsmöglichkeit steht somit auch teilweise innerhalb der nach Art. 4 HUntProt privilegierten Gruppen – nämlich bei Unterhaltsansprüchen von Eltern gegen ihre Kinder und von Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, gegenüber anderen als ihren Eltern (Art. 4 Abs. 1 b) und c) HUntProt).

Die Ausnahme vom *favor alimenti* für Ehegatten und frühere Ehegatten wurde damit begründet, dass einige Staaten – vor allem die skandinavischen Staaten – nahehelichem Unterhalt sehr kritisch gegenüber stehen und deshalb die Anwendung des *favor alimenti* als exzessiv empfinden würden.<sup>428</sup> Darüber hinaus würde die Möglichkeit eines Ehegatten, durch seinen Wohnsitzwechsel das anwendbare Recht einseitig bestimmen zu können, dem anderen Ehegatten gegenüber unfair sein. Dessen berechnigte Interessen und Erwartungen würden beeinträchtigt, wenn nach gemeinsamer im Staat A verbrachter Ehe der unterhaltsberechnigte Ehegatte durch Umzug in Staat B, mit dem die Ehegatten bisher keinerlei Verbindungen hatten, dafür sorgt, dass der Unterhaltsanspruch dem Recht des Staates B und nicht dem des Staates A unterfallen würde. An dieser Stelle ist auf die schon oben geäußerte Kritik zu verweisen, dass der Fall, in dem der unterhaltsberechnigte Ehegatte mit Rücksicht auf das vergleichende Unterhaltsrecht seinen Lebensmittelpunkt in einen besonders vorteilhaften Staat verlagert, wohl äußerst selten sein wird.

Dem gegenüber scheint der Gedanke des Vertrauensschutzes auf den ersten Blick valide zu sein. Der Unterhaltsverpflichtete kann eine berechnigte Erwartung haben, dass sich die nahehelichen Unterhaltsansprüche nach dem Recht des Staates richten, in dem beide während der Ehe ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Dieses Argument trägt jedoch dann nicht, wenn ein Ehegatte diesen Aufenthalt nur zur Durchführung der Ehe, also dem anderen Ehegatten zuliebe, aufgenommen hat und nach Beendigung der Ehe wieder in das Land seines vormaligen gewöhnlichen Aufenthalts zurückkehrt. Dies wird in der Praxis eine nicht seltene Konstellation sein. Eine Türkin heiratet einen in Deutschland lebenden Deutschen mit türkischen Vorfahren. Nach der Heirat zieht die Türkin zu ihrem Ehemann nach Deutschland, wo sie ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Nach Ende dieser Ehe kehrt die Türkin wieder in die Türkei zurück. Warum in dieser Konstellation bei dem Ehegatten ein berechnigtes Vertrauen bestehen soll, dass seine Unterhaltsverpflichtungen sich nach deutschem Recht richten, ist nicht ersichtlich. Diesen Wertungswiderspruch hat auch die Haager Konferenz gesehen und für solche und ähnliche Konstellationen mit Art. 5 HUntProt eine Ausweichklausel geschaffen, auf die sich einer der

Ehegatten berufen kann.

Allein der Wunsch nach einem Gleichlauf aller Scheidungsfolgen unter einer Rechtsordnung – also der Gedanke der materiellen Harmonie – vermag die Ausnahme vom *favor alimenti* zu rechtfertigen. Dies ist jedoch ausweislich der Normsetzungsunterlagen keine ausschlaggebende Erwägung gewesen. Dies ist zu bedauern, da die Ausweichklausel in Art. 5 HUntProt gerade eine akzessorische Anknüpfung ermöglicht und so die materielle Harmonie fördern kann. Dies hätte in einer so wichtigen Anwendungshilfe wie dem *Bonomi*-Report erwähnt werden müssen.

Der oben geäußerten Kritik trägt das Haager Unterhaltsprotokoll dadurch Rechnung, dass die Ausweichklausel zum einen nur als Einrede einer Partei und nicht von Amts wegen anzuwenden ist und dass sie zum anderen offen gestaltet ist und das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts nur als Regelbeispiel genannt ist. Dadurch wird es dem Rechtsanwender ermöglicht, die Einzelfallgerechtigkeit besonders zu berücksichtigen. Folglich kann die Ausnahme vom *favor alimenti* eingeschränkt überzeugen.

Auch ausgenommen vom *favor alimenti* sind die nicht in Art. 4 HUntProt privilegierten Unterhaltsansprüche. Dies geschieht wiederum mit einem Blick auf die unterschiedlichen nationalen materiellen Regelungen. Die internationalprivatrechtliche Ungleichbehandlung wird mit einer uneinheitlichen Regelung in dem materiellen Recht der unterschiedlichen Staaten begründet.<sup>429</sup> Zu denken wäre da beispielsweise an den Geschwisterunterhalt im italienischen Recht gemäß Art. 433 Codice Civile. Weitere Begründungen werden nicht geliefert.

Ebenso verhält es sich mit der Begründung für die besondere in Art. 6 HUntProt verankerte Verteidigung.<sup>430</sup> Dies gilt für alle nicht nach Art. 4 Abs. 1 a) oder Art. 5 HUntProt privilegierten Unterhaltspflichten. Die Normsetzungsmaterialien verweisen zur Begründung auf den offensichtlichen Widerspruch zur Privilegierung der Unterhaltspflichten aus Art. 4 Abs. 1 b) und c) HUntProt darauf, dass es sich um einen Kompromiss handele.<sup>431</sup> Art. 6 HUntProt statuiert eine Regelung, die der aus dem Bereich des internationalen Deliktsrechts des *common law* bekannten *double actionability rule*<sup>432</sup> ähnelt. Der Berechtigte muss gegen

den Verpflichteten einen Unterhaltsanspruch nicht nur nach der *lex causae*, sondern auch nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verpflichteten oder gegebenenfalls nach dem Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit haben. Diese kumulative Anknüpfung beschränkt die Einredemöglichkeit des Verpflichteten, sofern eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besteht.<sup>433</sup> Hat der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Staat A und macht dort einen Unterhaltsanspruch gegen den Verpflichteten geltend, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Staat B hat, so kann der Verpflichtete sich nicht erfolgreich verteidigen, wenn zwar nach dem Recht des Staates B kein Unterhaltsanspruch besteht, aber nach dem Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit.

Neben der oben erwähnten Begründung soll diese Einschränkung des *favor alimenti* den Umstand ausgleichen, dass die Möglichkeit fehlt, Vorbehalte gegen das Protokoll zu erklären, da es schon selbst optionalen Charakter hat.<sup>434</sup> Darüber hinaus solle die Verteidigungsmöglichkeit auch einen Ausgleich schaffen für die einseitige Manipulationsmöglichkeit des anwendbaren Rechts durch den Berechtigten bei ihrer Art nach ungewöhnlichen Unterhaltspflichten, die nur in relativ wenigen Rechtsordnungen bestehen.<sup>435</sup> Im HUÜ 1976 wurde eine ähnliche Regelung damit begründet, dass vielen Rechtsordnungen gesetzliche Unterhaltspflichten in diesen Fällen unbekannt seien und die Einschränkung dem materiell rechtlichen Prinzip der Gegenseitigkeit der Unterhaltsverpflichtungen Rechnung trage.<sup>436</sup> Dieses Argument trifft für Art. 6 HUntProt nur teilweise zu, da im Eltern-Kind-Verhältnis nur das Kind und nicht die Eltern sich auf die Einrede berufen können.<sup>437</sup> Auch deshalb wird die Regelung kritisiert, da sie den *favor alimenti* in diesen Fällen zu stark einschränke und die Ungleichbehandlung von Unterhaltsansprüchen von Kindern gegen ihre Eltern auf der einen Seite und Unterhaltsansprüchen von Eltern gegen ihre Kinder auf der anderen Seite nicht mehr zu rechtfertigen sei.<sup>438</sup> Dennoch hat das Argument Berechtigung, dass ein Schutz vor unüblichen Unterhaltspflichten erforderlich ist. Auch hier ging es der Konferenz in erster Linie um einen möglichst tragfähigen Kompromiss, der zu einer verbreiteten Annahme des Protokolls führen sollte. Man handelte also vordergründig im Sinne des internationalen Entscheidungseinklangs. Der Verweis auf einen Kompromiss ist allerdings allein keine tragfähige

internationalprivatrechtliche Begründung. Naheliegender ist es, Art. 6 HUntProt als besondere *ordre public* Klausel anzusehen, deren Berechtigung in den materiellrechtlichen Unterschieden des Unterhaltsrechts zu sehen ist und die einen Schutz des Verpflichteten vor ihm unbekanntem oder auch aus seiner Sicht unüblichen Unterhaltspflichten gewährt.

Noch bedenklicher als die Ungleichbehandlung der verschiedenen Gruppen von Unterhaltsberechtigten ist die Hauptbegründung, dass die Verpflichteten vor – aus rechtsvergleichender Sicht – unüblichen Unterhaltsverpflichtungen geschützt werden müssen. Hier verlässt das Internationale Privatrecht seine grundsätzlich postulierte Neutralität gegenüber dem Inhalt des materiellen nationalen Rechts und bevorzugt ein „besseres“ Recht aufgrund materieller Erwägungen. Zwar ist die Berücksichtigung des materiellen Inhalts der nationalen Rechtsordnungen unter dem Postulat des Internationalen Privatrechts als Rechtschaffungsrecht zulässig, jedoch bedarf es hierfür mit Rücksicht auf die übrigen internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele einer besonderen Rechtfertigung. An dieser fehlt es hier. Schon oben wurde aufgezeigt, dass der Wunsch nach einer möglichst breiten Akzeptanz des Haager Unterhaltsprotokoll in der internationalen Gemeinschaft nicht jeden Kompromiss im Namen des internationalen Entscheidungseinklangs rechtfertigt, da die Divergenzen zu bestehenden und entstehenden nationalen Kollisionsrechtskodifikationen zu groß sind. Anders als beispielsweise bei Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO (Verbraucherschutz) kann dies auch nicht mit dem Schutz des Verpflichteten begründet werden. Das Haager Unterhaltsprotokoll selbst sieht den Verpflichteten nicht als schutzwürdig an. Vielmehr wird die Grundanknüpfung in Art. 3 HUntProt mit der Schutzbedürftigkeit des Berechtigten begründet. Der Verpflichtete wird durch die materiellen Regelungen in der Regel hinreichend geschützt. Dies wird durch die international einheitliche Sachnorm in Art. 14 HUntProt bestärkt, wonach die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person sowie etwaige der berechtigten Person anstelle einer regelmäßigen Unterhaltszahlung geleisteten Entschädigungen zu berücksichtigen sind.

Ein weiteres Argument gegen die Einrede in Art. 6 HUntProt ist, dass sie zu einer unnötigen Verkomplizierung der Prüfung des

Unterhaltsanspruches führt und somit das Ziel der Konferenz, eine möglichst einfache und kostengünstige Durchsetzung der Unterhaltsansprüche zu ermöglichen, konterkariert. Im Extremfall muss das Gericht bis zu vier Rechtsordnungen prüfen. Wenn beispielsweise ein Elternteil, welches im Staat A seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, im Staat B einen Unterhaltsanspruch gegen sein Kind, welches im Staat C seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wobei sowohl Berechtigter als auch Verpflichteter die Staatsangehörigkeit des Staates D haben, geltend macht, so muss das Gericht zuerst prüfen, ob ein Unterhaltsanspruch nach dem Recht des Staates A besteht (Art. 3 Abs. 1 HUntProt). Ist dies nicht der Fall, so wird subsidiär nach Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 c) HUntProt geprüft, ob ein Unterhaltsanspruch nach dem Recht des Staates B besteht. Ist dies der Fall, so kann das Kind als Verpflichteter nach Art. 6 HUntProt einwenden, dass weder nach dem Recht des Staates C, seinem gewöhnlichen Aufenthalt, noch dem Recht des Staates D, der gemeinsamen Staatsangehörigkeit, eine solche Unterhaltsverpflichtung besteht.

Zwar mag eine solche Konstellation rechtspraktisch selten sein,<sup>439</sup> jedoch ist schon das Internationale Privatrecht nur für eine Minderheit der Fälle geschaffen worden und sollte deshalb umso mehr bemüht sein, für diese Konstellationen eine einfache und kostengünstig umsetzbare Lösung zu finden. Dies gelingt im Haager Unterhaltsprotokoll nicht.

Darüber hinaus führt die von Art. 6 HUntProt bezweckte Anknüpfungskumulation zu einer Benachteiligung des Berechtigten bzw. einer Bevorzugung des Verpflichteten gegenüber einer einfachen abweichenden Anknüpfung, beispielsweise an den gewöhnlichen Aufenthalt des Verpflichteten.<sup>440</sup> Durch die Kumulation der Anknüpfung wird die Hürde für den Anspruch verdoppelt. Diese Benachteiligung bzw. Bevorzugung bedarf einer Rechtfertigung. Bedauernswerterweise wird diese weder im HUntProt noch in den Materialien zum Normsetzungsverfahren gegeben. Sie fehlt.

Folglich kann weder die Ungleichbehandlung der einzelnen Fallkonstellationen noch deren Begründung überzeugen. *De lege ferenda* wäre es überzeugender und konsequenter, die Anwendungsfälle des Art. 6 HUntProt aus dem Anwendungsbereich des *favor alimenti* des Art. 4

HUntProt auszuklammern<sup>441</sup> und das besondere Mittel zur Verteidigung in Art. 6 HUntProt gänzlich abzuschaffen. Hier hat die Haager Konferenz eine Chance verpasst, das Kollisionsrecht übersichtlicher und dogmatisch fundierter zu gestalten.

#### bb. Differenzierung innerhalb der Gruppen

Die Wahl der Anknüpfungselemente für den *favor alimenti* des Art. 4 HUntProt und das besondere Verteidigungsmittel des Art. 6 HUntProt führen auch innerhalb der einzelnen Gruppen zu Ungleichbehandlungen.

Schon oben wurde darauf hingewiesen, dass der *favor alimenti* eine Ungleichbehandlung der reinen Inlandsfälle gegenüber den Fällen im Anwendungsbereich des Haager Protokolls darstellt. Seine eigentliche Ungleichbehandlung entfaltet der *favor alimenti* aber erst, wenn alle seine Voraussetzungen erfüllt sind, es also zur subsidiären Anwendung von mehreren Rechtsordnungen kommt. Dabei hängt es oft vom Zufall ab, ob der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einer weiteren Rechtsordnung hat oder der Berechtigte im Ausland klagen kann und dieses Rechtsordnungen deshalb subsidiär berufen werden können.

So kann die Anknüpfung nach Art. 4 Abs. 2 HUntProt nur erfolgen, wenn der Berechtigte die Möglichkeit hat, in einem anderen Staat als dem seines gewöhnlichen Aufenthalts zu klagen. Ansonsten würde nämlich die *lex causae* mit der *lex fori* übereinstimmen. Somit wird derjenige Berechtigte bevorzugt, der die Möglichkeit hat, von ihm aus gesehen im Ausland zu klagen. Innerhalb Europas ist dies gemäß Art. 3 EuUntVO grundsätzlich nur am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten oder Verpflichteten möglich, jedoch erlauben Art. 3 lit c) und d) EuUntVO über Nebenverfahren noch weitere Gerichtsstände. Andere Staaten erlauben jedoch deutlich mehr Gerichtsstände.

Zwar wird es häufig in Fällen mit internationalem Bezug vorkommen, dass der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat hat und der Berechtigte deshalb nach dem Grundsatz des *actor sequitur forum rei* in diesem Staat klagen können wird. Jedoch ist dies für den internationalen Bezug nicht erforderlich. Dieser kann sich auch aus der abweichenden Staatsangehörigkeit des Verpflichteten ergeben. Diese



Bevorzugung des ausländischen Klägers gegenüber dem inländischen Kläger ist insbesondere bedenklich, da Art. 4 Abs. 2 HUntProt keine Differenzierung nach der Begründung des Gerichtsstandes vorsieht. Somit hat der Berechtigte auch über exorbitante Gerichtsstände die Möglichkeit des *forum shopping* und auch die Wahl des anwendbaren Rechts. Dass diese Möglichkeit auch genutzt werden wird, ist weitaus wahrscheinlicher als die Manipulationsmöglichkeit durch die Wahl des gewöhnlichen Aufenthalts, dennoch wurde sie im Normsetzungsverfahren nicht berücksichtigt.

Diese Privilegierung von Berechtigten, die die Möglichkeit haben, in einem anderen Staat als dem ihres gewöhnlichen Aufenthalts zu klagen, ist auch unter ökonomischen Gesichtspunkten bedenklich. Zum einen führt sie in der Grundanknüpfung des Art. 3 Abs. 1 HUntProt zu einem Auseinanderfallen von Gerichtsstand und anwendbarem Recht, was die Rechtsverfolgung teuer und langsam werden lässt. Internationalprivatrechtliche Anreize, vor einem Gericht im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten zu klagen, werden nicht gesetzt. Zum anderen bevorzugt sie solche Berechtigten, die sich eine Klage im Ausland leisten können, obgleich in diesen Fällen der Schutzgedanke des *favor alimenti* wohl nur vermindert eingreift. Dies gilt unter Berücksichtigung von Regelungen zur Prozesskostenhilfe oder erfolgsabhängigen Anwaltsgebühren natürlich nur eingeschränkt. Der Berechtigte, der sich eine Klage im Ausland und die damit verbundenen erhöhten Transaktionskosten leisten kann, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Unterhaltsrechts weniger schützenswert, da letzteres nur auf die wirtschaftliche Bedürftigkeit abstellt. Er wird aber aufgrund der subsidiären Anknüpfung an die *lex fori* besser gestellt.

Die subsidiäre Anknüpfung lässt sich auch nicht mit anderen Erwägungen rechtfertigen. Die Haager Konferenz sah die subsidiäre Anknüpfung an die *lex fori* als Zugeständnis an die Staaten an, die grundsätzlich in Unterhaltssachen nur die *lex fori* anwenden. Ziel dieses Zugeständnisses war es, mehr Anreize für die Ratifikation des Haager Unterhaltsprotokolls zu schaffen. Die Ablehnung des HUÜ 1973 von Staaten, die der *lex fori-Lösung* folgen, wurde mit der Notwendigkeit überhaupt ausländisches Recht in Unterhaltssachen anzuwenden, begründet.<sup>442</sup> Dieser Umstand wird durch die subsidiäre Berufung der *lex fori* nicht geändert. Schon im

Normsetzungsverfahren haben die Vertreter der *lex fori-Lösung* wenig Kompromissbereitschaft gezeigt,<sup>443</sup> so dass nicht zu erwarten ist, dass die Veränderungen zu einer höheren Akzeptanz des Haager Unterhaltsprotokoll im *common law*-Jurisdiktionen führen wird. Somit lässt sich die aufgezeigte Ungleichbehandlung auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Förderung des internationalen Entscheidungseinklangs begründen.

Nach Art. 4 Abs. 4 HUntProt wird subsidiär an das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit angeknüpft. Diese Regelung wurde schon im Normsetzungsverfahren kritisiert.<sup>444</sup> Sie diskriminiere die Berechtigten, die mit dem Verpflichteten keine gemeinsame Staatsangehörigkeit aufweisen. Dies seien in der Regel nichteheliche Kinder. Nach vielen nationalen Staatsangehörigkeitsrechten orientiert sich die Staatsangehörigkeit des nichtehelichen Kindes bei einem Auseinanderfallen der Staatsangehörigkeit der Eltern an der Staatsangehörigkeit der Mutter. Zudem habe die gemeinsame Staatsangehörigkeit keine signifikante Verbindung zu dem Unterhaltsanspruch, wenn diese sowohl vom gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten als auch des Verpflichteten abweiche.<sup>445</sup> Dies erscheint zweifelhaft, da die Staatsangehörigkeit einen starken kulturellen Bezug zu einem Land und dessen Rechtsordnung herstellt und für die Beteiligten das gelebte Recht darstellen kann. Aber gerade nur bei einem Abweichen von dem gewöhnlichen Aufenthalt kommt der gemeinsamen Staatsangehörigkeit eine eigenständige Bedeutung zu. Die Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit führt zudem zu einem Auseinanderfallen von anwendbarem Recht und Forum, was dazu führt, dass das ausländische Recht umständlich ermittelt werden muss, was wiederum das Unterhaltsverfahren verlängert und verteuert. So sieht beispielsweise die EuUntVO keinen Gerichtsstand für den Fall einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit vor. Darüber hinaus wird angeführt, dass die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungselement über die Jahre an Bedeutung verloren habe. Während die Staatsangehörigkeit 1973 noch in vielen Europäischen Staaten eine zentrale Rolle spielte, wurde sie über die Jahre vom gewöhnlichen Aufenthalt immer weiter zurückgedrängt. Dies schlug sich auch in internationalen Übereinkommen nieder. So wurde beispielsweise auf dem Feld des Kindesschutzes vom

Staatsangehörigkeitsprinzip im Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen<sup>446</sup> zum gewöhnlichen Aufenthalt als Anknüpfungsmoment im Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern<sup>447</sup> übergegangen. Die Abkehr vom Staatsangehörigkeitsprinzip sei im Unterhaltsrecht unter Berücksichtigung dessen Wesens als ererbtes Recht umso mehr gerechtfertigt.<sup>448</sup>

Dieser Kritik ist zuzustimmen. Wenngleich die Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit isoliert betrachtet für das Unterhaltsstatut noch vertretbar erscheinen mag, so führt sie in der Kumulation zu einem nicht mehr zu vertretenden Ungleichgewicht.

Zum einen konterkariert die Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts als Grundanknüpfungsmoment. Die gemeinsame Staatsangehörigkeit hat keinerlei Einfluss auf die tatsächlichen Lebensumstände des Berechtigten, für die er Unterhalt fordert. Somit ergibt sich keine Beziehung zu der von ihm vorgebrachten Bedürftigkeit. Ebenso hat die Staatsangehörigkeit keinerlei Beziehung zu der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, so dass es auch diesbezüglich an einer Verbindung zum Unterhaltsrecht mangelt. Zwar mögen die Beteiligten aufgrund ihrer gemeinsamen Staatsangehörigkeit eine kulturelle Bindung zu dem Unterhaltsrecht ihrer gemeinsamen Staatsangehörigkeit haben, jedoch tritt für die Bestimmung des Unterhaltsrechts die kulturelle Bindung an einen Staat gegenüber der realen Bindung an einen Ort in den Hintergrund. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass es auf kollisionsrechtlicher Ebene um die Frage nach dem anwendbaren Recht geht und nicht um die Höhe der Unterhaltskosten. Folglich haben beiden Parteien kein genuines Interesse an der Anwendung des Rechts ihrer gemeinsamen Staatsangehörigkeit auf den Unterhaltsanspruch.

Auch führt die Anknüpfung zu einer Ungleichbehandlung von Unterhaltsberechtigten in einem Staat. Es erscheint nicht plausibel, dass ein Berechtigter, nur weil er die gleiche Staatsangehörigkeit wie der

Verpflichtete besitzt, sich neben dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts und dem des gewöhnlichen Aufenthalts des Verpflichteten noch auf dieses Recht zur Begründung eines Unterhaltsanspruchs berufen können soll. Demgegenüber hat der Berechtigte ohne diese Eigenschaft das Nachsehen. Dies wiegt umso schwerer, wenn sich die fehlende gemeinsame Staatsangehörigkeit aus dem Umstand ergibt, dass es sich bei dem Berechtigten um ein nichteheliches Kind handelt. Diese werden bedauerlicherweise rechtlich auch noch häufig an anderen Stellen benachteiligt und sind so im besonderen Maße schutzwürdig. Sie gegenüber den ehelichen Kindern zu benachteiligen, kann nicht im Sinne des Haager Unterhaltsprotokoll sein. Jedoch verbessert die Ablehnung der subsidiären Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit die Lage der nichtehelichen Kinder nicht, so dass dieses Argument hinfällig ist.

Zum anderen ist sie der Entwicklung im internationalen Unterhaltsrecht gegenläufig. Die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungselement ist rückläufig. Auch im Normsetzungsverfahren sprachen sich im Fragebogen zu Frage 7 fünfzehn Staaten gegen die gemeinsame Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment aus.<sup>449</sup> Lediglich sechs Staaten sprachen sich für die Beibehaltung dieses Anknüpfungsmoments für die subsidiäre Anknüpfung aus. Nur ein Staat favorisierte die gemeinsame Staatsangehörigkeit als Grundanknüpfung. Die Ausnahme der gemeinsamen Staatsangehörigkeit als subsidiäres Anknüpfungsmoment stellt einen Kompromiss zwischen diesen Auffassungen dar.<sup>450</sup>

Die Bevorzugung von Berechtigten mit einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit gegenüber solchen ohne eine solche Verbindung zu dem Verpflichteten lässt sich internationalprivatrechtlich im Unterhaltsrecht nur schwer rechtfertigen. Auch als Kompromiss, welcher den internationalen Entscheidungseinklang fördert, erscheint er angesichts der internationalen Entwicklung und der überwiegenden Ansicht in den an der Konferenz teilnehmenden Staaten nicht erforderlich gewesen zu sein.

Insgesamt bevorzugt die Anknüpfungskaskade in Art. 4 HUntProt an einigen Stellen einzelne Berechtigte, die aufgrund von Umständen, die kein Verhältnis zu dem Unterhaltsanspruch haben – ausgenommen der gemeinsamen Staatsangehörigkeit –, eine weitere Verbindung zum Verpflichteten haben oder über weitere Gerichtsstände verfügen. Diese

Bevorzugungen überzeugen nicht und lassen sich wohl nur aus der geschichtlichen Entwicklung des Anknüpfungsmoments des Unterhaltstatus erklären. Aus kollisionsrechtlicher Sicht überzeugt dieser Kompromiss nicht und kann die Ungleichbehandlung der Berechtigten auch nicht rechtfertigen.

Die Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppen setzt sich in Art. 6 HUntProt fort. Danach können sich Unterhaltsverpflichtete, sofern sie einen vom Berechtigten abweichenden gewöhnlichen Aufenthalt aufweisen, auf dieses Recht als Verteidigung berufen, falls es einen Unterhaltsanspruch nicht vorsieht. Besitzt der Verpflichtete jedoch auch noch dieselbe Staatsangehörigkeit wie der Berechtigte, muss zur erfolgreichen Verteidigung auch diese Rechtsordnung einen Unterhaltsanspruch verneinen. Die Norm soll der Verbreitung von materiell seltenen Unterhaltsansprüchen vorbeugen und wurde als Ausgleich zu der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Haager Unterhaltsprotokolls eingeführt.<sup>451</sup> Dabei hatte man vor allem Unterhaltsansprüche zwischen in der Seitenlinie Verwandten und Verschwägerten im Blick.<sup>452</sup>

Diese Regelung bevorzugt in erster Linie den Verpflichteten, der einen vom gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten verschiedenen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dieser soll vor für ihn überraschenden Unterhaltsansprüchen geschützt werden. Diese Bevorzugung führt zu einer Ungleichbehandlung von Berechtigten in einem Staat. Zum anderen eröffnet es für den Verpflichteten eine Manipulationsmöglichkeit. Er kann durch die Wahl seines gewöhnlichen Aufenthalts dem gegen ihn gerichteten Unterhaltsanspruch entkommen. Dies mag zwar ebenso wie von Seiten des Unterhaltsberechtigten selten vorkommen, jedoch ist es ein Umstand, der bei der Normentstehung gänzlich vernachlässigt wurde – anders als die umgekehrte Manipulationsmöglichkeit des Berechtigten. Dies wiegt umso schwerer, da der Verpflichtete aufgrund einer größeren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit anders als der Berechtigte eher über die Ressourcen verfügt, um einen solchen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts vorzubereiten und durchzuführen. Man könnte diese Manipulationsmöglichkeit als Ausgleich zu der auf Seiten des Berechtigten bestehenden sehen bzw. als Interessenausgleich auf

kollisionsrechtlicher Ebene, da hier die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten stärker in den Fokus gerückt wird. Dies wäre jedoch nicht nötig, da dies schon in der international einheitlichen Sachnorm des Art. 14 HUntProt gewährleistet wird.

Im Übrigen erscheint der Umstand, ob der Verpflichtete einen vom Berechtigten abweichenden gewöhnlichen Aufenthalt hat, zufällig. Dem Verpflichteten aufgrund dieses Zufalls ein durchaus wirksames Verteidigungsmittel an die Hand zu geben, überzeugt nicht. Die Möglichkeit einer Verteidigung auf Basis der Rechtsordnung des gewöhnlichen Aufenthalts des Verpflichteten belastet zudem das Sozialsystem des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten, da dieses im Fall der Versagung des Unterhaltsanspruchs in der Regel für den Unterhalt des Berechtigten aufkommen muss.<sup>453</sup> Dabei stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung in diesem Widerstreit die Oberhand behalten sollte. Das HUntProt hat sich hier für die Rechtsordnung des Aufenthaltsortes des Verpflichteten entschieden, weil es augenscheinlich den Schutz des Verpflichteten vor ihn überraschenden Unterhaltspflichten für wichtiger erachtet als die Entlastung des Sozialsystems des Aufenthaltsstaates des Berechtigten. Dies kann man vor dem Hintergrund, dass Lasten grundsätzlich kollektiv leichter zu tragen sind als individuell, begrüßen. Dem Aufenthaltsstaat des Berechtigten steht es frei, seine eigene Unterstützungsverpflichtung adäquat zu begrenzen.

Trotzdem lässt sich auch im Rahmen von Art. 6 HUntProt die Ungleichbehandlung der Berechtigten nicht unter internationalprivatrechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen. Es wäre wünschenswerter gewesen, den gewöhnlichen Aufenthalt des Verpflichteten in Art. 6 HUntProt nicht als Anknüpfungsmoment aufzunehmen.

Die Benachteiligung der Berechtigten ohne gemeinsame Staatsangehörigkeit mit dem Verpflichteten verfestigt sich durch das Zusammenspiel der beiden Normen. Die Kombination von Art. 4 Abs. 2 HUntProt als subsidiäre Anknüpfung und Art. 6 HUntProt führt zu einer dominierenden Rolle der Staatsangehörigkeit, sofern eine gemeinsame bei Berechtigtem und Verpflichtetem besteht. Unabhängig vom Gerichtsstand kann der Berechtigte seinen Unterhaltsanspruch auf die gemeinsame

Staatsangehörigkeit stützen, wobei aufgrund der kumulativen Anknüpfung in Art. 6 HUntProt dem Verpflichteten jegliche Verteidigungsmöglichkeit verwehrt bleibt. Dies führt zu einer doppelten Privilegierung des Berechtigten mit gemeinsamer Staatsangehörigkeit. Zum einen kann er sich auf eine weitere Rechtsordnung für das Bestehen seines Unterhaltsanspruchs berufen. Zum anderen wird dem Verpflichteten aufgrund der gemeinsamen Staatsangehörigkeit das besondere Mittel der Verteidigung des Art. 6 HUntProt verwehrt. Um es einfach zu formulieren: Sofern ein Unterhaltsanspruch nach dem Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit besteht, setzt sich dieser gegenüber allen anderen Rechtsordnungen durch. Die gemeinsame Staatsangehörigkeit übertrumpft sowohl einen eventuell bestehenden gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt als auch die gleichläufige Rechtsauffassung bei abweichenden gewöhnlichen Aufenthalten. Dies soll ein Beispiel verdeutlichen.

Die Brüder A und B, deren Vorfahren vor zwei Generationen aus Ostanatolien nach Deutschland emigriert sind, leben seit ihrer Geburt in Hamburg. Nach Ablauf der Übergangszeit entschließen sich beide für die türkische Staatsangehörigkeit und legen die deutsche gemäß § 29 StAG im Jahr 2020 wieder ab, da sie beabsichtigen, wie es Familientradition ist, sich in dem Heimatdorf ihrer Vorväter bestatten zu lassen. Eine solche Bestattung erfordert aber die türkische Staatsangehörigkeit. Während A eine Karriere als Versicherungskaufmann gemacht hat, musste B seinen Gemüsehandel wegen der Übermacht der Discounter schließen. Nun meint er, A müsse ihn finanziell unterstützen und verklagt diesen in Hamburg. Da dem deutschen Recht ein solcher Unterhaltsanspruch unbekannt ist, bestimmt sich nach Art. 4 IV HUntProt das anwendbare Recht nach der gemeinsamen türkischen Staatsangehörigkeit. Das türkische Recht sieht Unterhaltsansprüche auch zwischen Geschwistern vor. A bleibt dabei auch die Berufung auf Art. 6 HUntProt verwehrt, weil zwar dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts eine Unterhaltspflicht unbekannt ist, aber nicht dem Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit. Dieser Fall zeigt sehr deutlich die Dominanz der gemeinsamen Staatsangehörigkeit gegenüber den anderen Anknüpfungsmomenten, obwohl diese eine sehr viel engere Beziehung zu dem Unterhaltsanspruch haben. Obwohl sowohl A als auch B ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben und somit sich an diesen Umständen sowohl die Bedürftigkeit als auch die

Leistungsfähigkeit orientieren, muss ein deutsches Gericht umständlich türkisches Recht ermitteln und anwenden. Hätte sich A nach Ablauf der Übergangszeit für die deutsche Staatsangehörigkeit entschieden, hätte er keinen Unterhalt zahlen müssen, da Art. 4 Abs. 4 HUntProt schon gar nicht anwendbar gewesen wäre.

Dieses Ergebnis kann man meines Erachtens auch nicht damit begründen, dass sowohl A als auch B sich bewusst für die türkische Staatsangehörigkeit und somit für das türkische Personalstatut entschieden haben. Zwar haben sowohl A als auch B durch diese Entscheidung eine klare kulturelle Zugehörigkeit zum Ausdruck gebracht, jedoch spielt die kulturelle Zugehörigkeit meines Erachtens bei der Suche nach dem geeigneten Anknüpfungsmoment für das Unterhaltsstatut eine untergeordnete Rolle. Das Unterhaltsrecht ist das privatrechtliche Korrelat zum Sozialrecht und dessen historische Vorstufe. Zwar ist der Umfang der Unterhaltsverpflichtungen auch von einem sozial-historischen Rollenverständnis geprägt, welches den Umfang des familiären Sozialverbandes definiert, jedoch spielt ein solches sozial-historisches Verständnis im modernen Unterhaltsrecht eine untergeordnete Rolle. Das moderne Unterhaltsrecht stellt vielmehr einen Zuordnungsbereich dar, der durch den Sozialstaat auf das nötigste Maß zurückgedrängt wurde. Die Entscheidung aber, ob der Sozialstaat oder der familiäre Sozialverband für den Unterhalt eines seiner/ihrer Mitglieder aufkommen soll, sollte meines Erachtens der Sozialstaat selbst treffen dürfen. Dieser Entscheidungshoheit wird jedoch nur die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten gerecht.

Im Streitfall besteht ohnehin kein übereinstimmendes kulturelles Verständnis der Unterhaltspflicht. Der Verpflichtete will sich seiner Unterhaltspflicht ja gerade entledigen, weil er sie für unangemessen hält. Dass er sich mit der Wahl der Staatsangehörigkeit auch bewusst einem Unterhaltsstatut unterwerfen wollte, kann man wohl nicht annehmen.

Eine kulturelle Verbundenheit zu der Rechtsordnung der gemeinsamen Staatsangehörigkeit kommt jedoch in einer anderen Fallkonstellation zum Ausdruck: den sogenannten „Expatriats“. Als Beispiel sei eine deutsche Familie betrachtet, welche für einen von Anfang an begrenzten Zeitraum von fünf Jahren ins Ausland geht, um dort an einer deutschen Schule zu



unterrichten. Machen in dieser Zeit die Kinder Unterhaltsansprüche gegen ihre Eltern geltend, erscheint es der kulturellen Prägung unangemessen, die Kinder auf das Recht ihres derzeitigen Aufenthaltsstaates zu verweisen. Dies mag die Fallkonstellation gewesen sein, die man im Hinterkopf hatte, als die Haager Konferenz das HUntProt verabschiedete. Jedoch erscheint mir diese Situation weniger problematisch, da sie durch eine zeitliche Begrenzung des Aufenthalts in der „Fremde“ geprägt ist.

Ob diese Relevanz der gemeinsamen Staatsangehörigkeit im Sinne der Haager Konferenz gewesen ist, ist zu bezweifeln. Sachfremd ist sie sicherlich nicht. Jedoch haben sich einige Mitglieder sogar explizit gegen die gemeinsame Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment ausgesprochen mit der Begründung, dass diese keine reale Verbindung zum Unterhaltsstatut aufweise.<sup>454</sup> Auch die im Normschaffungsprozess angeführten Argumente für den gewöhnlichen Aufenthalt und gegen die Staatsangehörigkeit sprechen dagegen. *Bonomi* glaubt sogar, dass durch die Wahl der gemeinsamen Staatsangehörigkeit als lediglich drittes Anknüpfungsmoment die praktische Bedeutung und seine nachteiligen Auswirkungen verringert werden.<sup>455</sup> Doch in Kombination mit Art. 6 HUntProt ist genau das Gegenteil der Fall, wodurch auch der Normzweck – die Einschränkung von unüblichen Unterhaltsansprüchen im internationalen Zusammenhang – vereitelt wird.

Die partielle Dominanz der gemeinsamen Staatsangehörigkeit gegenüber den anderen Anknüpfungsmomenten schadet dem Haager Unterhaltsprotokoll. Die besseren Argumente sprechen für den gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten als alleiniges Anknüpfungsmoment.<sup>456</sup> Dass die gemeinsame Staatsangehörigkeit über die doppelte subsidiäre Anknüpfung in Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 HUntProt wieder zu einer partiellen Dominanz verholfen wird, führt zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Unterhaltsberechtigten mit gemeinsamer Staatsangehörigkeit mit dem Verpflichteten und zu einer Beeinträchtigung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit und der Einzelfallgerechtigkeit.

### *III. Zusammenfassung*

Das Haager Unterhaltsprotokoll war ein sehr ambitioniertes Normschaffungsvorhaben, das von Anfang an mit großen Differenzen in der Anknüpfung für das Unterhaltsstatut belastet war, zu unversöhnlich standen sich Staatsangehörigkeitsprinzip, *lex fori* und gewöhnlicher Aufenthalt gegenüber. Letztlich hat es an vielen Stellen nur zu einem Kompromiss gereicht, um eine möglichst große Anzahl von Staaten zur Ratifikation zu bewegen. Dies sollte dem internationalen Entscheidungseinklang dienen. Dieses Ziel wurde nach der hier durchgeführten Analyse jedoch verfehlt. Das Haager Unterhaltsprotokoll hat sich zu weit von den nationalen Regelungen entfernt, als dass es noch als Vorbild dienen könnte. Zudem waren die Zugeständnisse nicht ausreichend, um insbesondere Staaten mit einem *lex fori*-Ansatz zur Unterzeichnung zu bewegen. Auch auf dem Gebiet der Rechtssicherheit kann die Lösung nicht überzeugen. Zu viele entscheidende Fragen wurden offen gelassen, von denen zu befürchten ist, dass sie in den einzelnen Vertragsstaaten unterschiedlich entschieden werden. Einzig die Zuständigkeit des EuGH kann hier positiven Einfluss ausüben, entfaltet aber nur Bindung gegenüber den EU-Staaten und nicht den weiteren Vertragsstaaten.

Was die internationalprivatrechtliche Einzelfallgerechtigkeit angeht, so fällt das Urteil zuerst differenziert aus. Zwar kann die Grundanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten internationalprivatrechtlich überzeugen, doch wird dieser positive Eindruck durch die nachfolgenden subsidiären Anknüpfungen im Rahmen des *favor alimenti* und die Rückausnahmen durch das besondere Verteidigungsmittel in Art. 6 HUntProt wieder zerstört. Zu widersprüchlich stehen sich die einzelnen Regelungen gegenüber, die an vielen Stellen bestimmte Gruppen von Unterhaltsberechtigten diskriminieren. Dies schadet der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit und der Einzelfallgerechtigkeit. Eine einfache klare Lösung wäre hier an vielen Stellen vorzugswürdig gewesen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die Haager Konferenz – soweit ersichtlich – an zu wenigen Stellen explizit mit den internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen auseinandergesetzt hat und auch deshalb diese an vielen Stellen nicht verwirklicht wurden. Selbst dort wo die Diskussion erfolgte, konnten die Ziele aufgrund der

widersprüchlichen Regelungen nicht erreicht werden.

## **C. Art. 21 Abs. 2 KSÜ**

### *I. Regelungsgehalt*

Das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 18. Oktober 1996 (kurz: KSÜ)<sup>457</sup> ist am 1. Januar 2011 für Deutschland in Kraft getreten, nachdem Deutschland am 17. September 2010 seine Ratifikationsurkunde hinterlegt hat.<sup>458</sup>

Das KSÜ ist eine Weiterentwicklung des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (kurz: MSA)<sup>459</sup>. Die Notwendigkeit für eine Weiterentwicklung des MSA wurde mit dessen geringem Erfolg und Anwendungsproblemen begründet.<sup>460</sup> Das KSÜ wurde entsprechend verbessert und unterteilt sich in sieben Kapitel: Anwendungsbereich, Zuständigkeit, anzuwendendes Recht, Anerkennung und Vollstreckung, Zusammenarbeit, allgemeine Bestimmungen und Schlussbestimmungen. Ziel des KSÜ ist es, den Schutz von Kindern im internationalen Bereich zu verbessern, indem es Konflikte zwischen verschiedenen Rechtssystemen in Bezug auf Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Maßnahmen zum Schutz von Kindern vermeidet.

Vorliegend soll allein Kapitel III – der Bereich des anzuwendenden Rechts – zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden. Dabei soll sich auf Art. 21 KSÜ konzentriert werden. Art. 21 KSÜ regelt die Verweisungsart und den Umgang mit Weiter- und Rückverweisungen. Laut Art. 21 Abs. 1 KSÜ handelt es sich bei den Verweisungen grundsätzlich um Sachnormverweisungen. Das Internationale Privatrecht des Staates wird von der Verweisung ausgenommen.

Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ macht davon eine Ausnahme, sofern das nach Art. 16 KSÜ berufenen Recht das eines Nichtvertragsstaates ist und das

Internationale Privatrecht dieses Staates auf das Recht eines anderen Nichtvertragsstaates verweist, der sein eigenes Recht anwenden würde, also die Verweisung annimmt. Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ erfordert somit die Anwendung dreier Internationaler Privatrechte. Zuvorderst wird das nach Art. 16 KSÜ anwendbare Recht bestimmt. Handelt es sich dabei um das Recht eines Nichtvertragsstaates, wird nach dessen Internationalem Privatrecht das anwendbare Recht bestimmt. Nimmt dieses die Verweisung an oder verweist auf das Recht eines anderen Vertragsstaates, bleibt es beim Grundfall des Art. 21 Abs. 1 KSÜ und das nach Art. 16 KSÜ berufene Sachrecht kommt zur Anwendung. Das KSÜ nimmt die Rückverweisung also nicht an. Dabei wird die Rückverweisung als Verweisung auf einen Vertragsstaat verstanden. Nimmt das Internationale Privatrecht des Nichtvertragsstaates die Verweisung hingegen nicht an und verweist auf das Recht eines anderen Nichtvertragsstaates, so ist zu untersuchen, wie das dortige Internationale Privatrecht ausgestaltet ist. Nimmt es die Verweisung an, so ist das Recht des anderen Nichtvertragsstaates anzuwenden. Ist dies nicht der Fall, so greift Art. 21 Abs. 2 S. 2 KSÜ. Das nach Art. 16 KSÜ bestimmte Recht ist anzuwenden.

Art. 21 KSÜ statuiert also grundsätzlich eine Sachnormverweisung, macht davon in Abs. 2 S. 1 jedoch für den *renvoi* zweiten Grades eine Ausnahme, also sofern das Internationale Privatrecht des zuerst berufenen Nichtvertragsstaates eine Weiterverweisung auf einen anderen Nichtvertragsstaat vorsieht und dessen Internationales Privatrecht die Verweisung annimmt.

## *II. Bewertung*

Im Folgenden soll Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ bewertet werden, dabei soll die Normsetzungsgeschichte nachvollzogen und Vorbilder genauer untersucht werden. Anschließend wird Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ an den internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen gemessen, wobei zwischen den verwirklichten und den vernachlässigten Gesetzgebungszielen unterschieden werden soll. Abschließend soll die Regelung im Gesamtgefüge der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele bewertet werden.

## 1. Normsetzungsgeschichte

Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ beruht auf Art. 4 des Haager Übereinkommens über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vom 1. August 1989 (Haager Erbrechtsübereinkommen)<sup>461</sup>. Art. 21 Abs. 2 S. 2 KSÜ enthält dabei nur eine Klarstellung, die im Haager Erbrechtsübereinkommen in Art. 17 enthalten war.

Die Regelung in Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen war in der Haager Konferenz sehr umstritten. Ursprünglich wurden in der *Special Commission* drei Möglichkeiten zum Umgang mit dem *renvoi* diskutiert.<sup>462</sup> Die erste Möglichkeit war, den *renvoi* auszuschließen, so wie es in den Haager Übereinkommen Tradition ist. Als zweite Möglichkeit wurde Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen ins Auge gefasst, der genauso wie Art. 21 Abs. 2 KSÜ eine Sonderregelung für die Konstellation des *renvoi* zweiten Grades vorsieht. Die dritte Möglichkeit sah vor, die Frage dem nationalen Gesetzgeber bzw. Rechtsanwender zu überlassen. In der *Special Commission* sprachen sich einige Delegationen gegen Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen aus, da zwischen Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten differenziert würde. Folglich wurde dieser Vorschlag abgelehnt. Auch der Widerstand gegen den dritten Vorschlag war stark. Anstoß nahmen die Delegierten daran, dass die Zulassung des *renvoi* die Rechtsvereinheitlichungsbemühungen konterkarieren und es eine Abkehr von der Tradition der Haager Konferenz darstellen würde. Somit wurde auch dieser Vorschlag abgelehnt.

In der sechzehnten Session wurde Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen jedoch aufgrund einer franko-italienischen Initiative erneut diskutiert und angenommen. Die Delegierten glaubten, dass Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen ein guter Kompromiss mit den Befürwortern des *renvoi* sei, da er diesen zumindest teilweise zulasse.<sup>463</sup> Zudem wurde positiv hervorgehoben, dass die Lösung schon bestehenden internationalen Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten anerkenne und somit Konflikte verhindere. Auch verliere Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen mit steigender Zahl von Vertragsstaaten an Bedeutung. Die Anwendung des teilweisen *renvoi* in der Übergangsphase,

bevor eine hinreichende Zahl von Ratifizierungen stattgefunden hat, bereite keine praktischen Schwierigkeiten. Im *Explanatory Report* wurde weiterhin hervorgehoben, dass Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen dadurch, dass er schon bestehenden Entscheidungseinklang respektiere, das Übereinkommen auch für Nichtvertragsstaaten zur Unterzeichnung attraktiver mache, da es deren Internationales Privatrecht grundsätzlich anerkenne und nicht mit ihm in einen offenen Konflikt trete.<sup>464</sup>

Dennoch gab es auch Gegenstimmen. Insbesondere die dänische Delegation hatte sich gegen Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen stark gemacht, da sie hier eine Gefahr für den Einfall der Nachlassspaltung sah, die durch die mit dem Haager Erbrechtsübereinkommen beabsichtigten Rechtsvereinheitlichung gerade verhindert werden sollte.<sup>465</sup> Die Einführung der Lehre vom *renvoi* führe zu unnötigen Komplikationen im Vergleich zu ihren Nutzen. Letztlich konnte sich die dänische Delegation mit ihrer ablehnenden Haltung nicht durchsetzen, sorgte jedoch in Art. 24 Abs. 1 lit. b) Haager Erbrechtsübereinkommen für die Möglichkeit, einen Vorbehalt gegen die Anwendung von Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen zu erklären.<sup>466</sup> Diese Möglichkeit eines nationalen Vorbehalts ist jedoch mit Hinblick auf das Ziel der Rechtsvereinheitlichung und den internationalen Entscheidungseinklang wenig glücklich.<sup>467</sup>

Die dänischen Bedenken gegen Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen – insbesondere die Sorge der Nachlassspaltung – finden im KSÜ keine Angriffspunkte. Die Zulassung des *renvoi* des zweiten Grades im Haager Erbrechtsübereinkommen stellt jedoch eine Neuerung innerhalb der Haager Konventionen dar,<sup>468</sup> die im KSÜ fortgesetzt wurde.

Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ nimmt die Regelung von Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen auf und geht auf einen Vorschlag der spanischen Delegation zurück.<sup>469</sup> Auch hier wurde als Begründung angeführt, dass über Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ der internationale Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten, die mit dem Fall internationalprivatrechtlich relevante Kontakte haben, aufrechterhalten werden solle. Es sei dem KSÜ nur ein Vorteil, diesen Entscheidungseinklang zu nutzen und ihn nicht durch eine anderweitige Verweisung zu zerstören.

Anders als noch im Entstehungsprozess des Haager Erbrechtsübereinkommens scheint die Regelung jedoch wesentlich weniger kontrovers gewesen zu sein. Dies wird man auf die Regelungsmaterie und die Folgen der Zulassung des *renvoi* des zweiten Grades zurückführen können. Im Rahmen des Haager Erbrechtsübereinkommens bestand und besteht die Gefahr, dass die Akzeptanz des *renvoi* zweiten Grades die mühsam erzielte und vom Übereinkommen beabsichtigte Nachlasseinheit zerstört. Im KSÜ besteht diese Gefahr nicht. Hier ist Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ ausdrücklich nur auf das nach Art. 16 KSÜ zu bestimmende anzuwendende Recht für die elterliche Verantwortung anzuwenden. Die Gefahr der Rechtsspaltung besteht somit nicht.

## 2. Verwirklichte Gesetzgebungsziele

Erklärtes Ziel der Zulassung des *renvoi* zweiten Grades war das Erreichen des internationalen Entscheidungseinklangs. Dieses Ziel darf man auch als erreicht ansehen. Zwar ist die Regelung diesbezüglich sehr selektiv – nur sofern Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten besteht, wird dieser anerkannt, doch führt sie in diesen Fällen dazu, dass internationaler Entscheidungseinklang zwischen dem Vertragsstaat, dessen Gericht mit dem Fall befasst ist, und den zwei weiteren Nichtvertragsstaaten hergestellt wird. Dadurch, dass die Regelung aber – zumindest im Fall des KSÜ – für alle Vertragsstaaten gilt, wird nicht nur internationaler Entscheidungseinklang zwischen den zwei Nichtvertragsstaaten und dem Forumstaat, sondern mit allen Vertragsstaaten hergestellt. Folglich wird über die Regelung der internationale Entscheidungseinklang der zwei Nichtvertragsstaaten multipliziert. Das Übereinkommen schafft somit zum einen über eine einheitliche Anknüpfung internationalen Entscheidungseinklang zwischen den Vertragsstaaten zum anderen über die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades auch internationalen Entscheidungseinklang mit Nichtvertragsstaaten. Insofern darf der Multiplikationseffekt der Regelung nicht unterschätzt werden. Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen und Art. 21 Abs.2 KSÜ stellen gleichzeitig eine Abkehr von der traditionellen Lösung der Haager Konferenz da und zeigen sich deutlich offener

gegenüber anderen Anknüpfungslösungen.

### 3. Vernachlässigte Gesetzgebungsziele

Diese Offenheit gegenüber anderen Anknüpfungslösungen stellt jedoch gleichzeitig das Problem der Regelung dar. Den internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen des inneren Entscheidungseinklangs und der materiellen Harmonie steht die Regelung neutral gegenüber. Weder fördert sie diese auf besondere Art und Weise noch stellt sie sie vor besondere Herausforderungen. Eine Einschränkung ist hier jedoch zu machen, sofern die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades im Rahmen des Haager Erbrechtsübereinkommens zu einer Nachlassspaltung führt. Diese ist natürlich der materiellen Harmonie abträglich. Jedoch ist dabei zu beachten, dass die Nachlassspaltung nicht durch die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades selbst hervorgerufen wird, sondern vielmehr durch das Internationale Privatrecht der zwei Nichtvertragsstaaten.

Somit kommt man zur eigentlichen Problematik der Regelung, so opfert sie doch die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit zugunsten des internationalen Entscheidungseinklanges. Die in mühsamen Kompromissen gefundenen gemeinsamen Anknüpfungspunkte und die darin enthaltenen internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen werden vernachlässigt. Im Rahmen der Weiterverweisung und der Annahme des *renvoi* zweiten Grades kommt es unweigerlich zu der Anwendung einer anderen als von dem Übereinkommen vorgesehene Rechtsordnung. Dies beruht auf einem anderen Anknüpfungsmoment und ihr liegen folglich auch andere internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen zu Grunde.

So bestimmt beispielsweise Art. 16 Abs. 1 KSÜ, dass sich die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes bestimmt. Die Wahl dieses Anknüpfungselements beruht hauptsächlich auf der Überlegung, dass allein zur Bewältigung praktischer Anforderungen bei den Wirkungen von Statusverhältnissen im Kindschaftsrecht das



Aufenthaltsrecht geeignet sei.<sup>470</sup> Dies lässt sich wiederum auf die steigende Bedeutung des Kindeswohls zurückführen. Daneben soll diese Regelung für weitgehenden Gleichlauf mit den Zuständigkeitsvorschriften in Art. 5 ff. KSÜ und Art. 8 ff. Brüssel II a-VO sorgen.<sup>471</sup> Dies wiederum fördert die materielle Harmonie. Wäre jetzt diese Frage vor einem Gericht eines Vertragsstaates des KSÜ zu entscheiden, so würde in diesem Beispiel, da das Kind seinen Aufenthalt dort hat, Art. 16 Abs. 1 KSÜ auf das Recht des Nichtvertragsstaates A verweisen. Grundsätzlich handelt es sich dabei nach Art. 21 Abs. 1 KSÜ um eine Sachnormverweisung. Ein Sachnormverweisung wurde auch deshalb gewählt, um die dieser Verweisung zugrunde liegenden internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsgedanken zu schützen. Knüpft jetzt jedoch das Internationale Privatrecht des Staates A aus traditionell patriarchalischen Überlegungen ohne Berücksichtigung des Kindeswohls an die Nationalität des Vaters an und verweist deshalb auf das Rechts des Nichtvertragsstaates B, der ebenfalls aus den gleichen Überlegungen an die Nationalität des Vaters anknüpft, so kommt auch im Vertragsstaat das Recht des Staates B zur Anwendung, obgleich die der Anknüpfung zugrunde liegenden internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsüberlegungen dem KSÜ diametral entgegenstehen.

Zwar ist die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades gegenüber der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit grundsätzlich neutral, da sie keine eigenen internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklicht. Jedoch setzt sie immer zwingend eine abweichende Anknüpfung voraus. Folglich ist sie den in den Übereinkommen getroffenen internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen abträglich.

Auch gegenüber der Rechtsicherheit verhalten sich Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen und Art. 21 II 1 KSÜ nicht neutral. Die Einführung von Sachnormverweisungen hat die Anwendung der Übereinkommen stark einfach und erhöht somit im starken Maße die Rechtssicherheit. Weder muss das Internationale Privatrecht eines Nichtvertragsstaates ermittelt werden noch sieht sich der im Internationalen Privatrecht nicht geschulte Rechtsanwender gezwungen, sich mit der doch komplizierten Rechtsfigur des *renvoi* auseinander zu

setzen. Diese Rechtsklarheit wird durch die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades gestört. Die Regelungen führen dazu, dass, sofern das anwendbare Recht das eines Nichtvertragsstaates ist, der Rechtsanwender sich zumindest mit dessen Internationalem Privatrecht beschäftigen muss. Sollte dieses nicht auf das Recht eines Vertragsstaates verweisen, sondern auf das eines Nichtvertragsstaates, so muss auch das Internationale Privatrecht dieses zweiten Nichtvertragsstaates ermittelt und angewandt werden. Dieser Rechtsanwendungsprozess ist kompliziert<sup>472</sup> und wird nicht ohne hohen Aufwand und hohe Kosten zu bewerkstelligen sein, insbesondere weil man Rechtskundige zu mindestens zwei weiteren Rechtsordnungen bemühen muss. Zwar stehen in einigen Ländern Loseblattsammlungen zur Verfügung, die diese Arbeit ungemein erleichtern, bei komplizierten Rechtsfragen helfen sie jedoch auch nicht weiter.

Eine Erleichterung ergibt sich jedoch aus dem Telos der Regelungen. Ziel der Regelungen ist es, den internationalen Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten anzuerkennen. Deshalb kommt es allein darauf an, ob das Internationale Privatrecht der beiden Vertragsstaaten das gleiche nationale Recht zur Anwendung beruft. Folglich ist es gleichgültig, ob es sich bei der Weiterverweisung des ersten Vertragsstaates um eine Sachnorm- oder Gesamtnormverweisung handelt. Auch die Stellung des zweiten Nichtvertragsstaates zum *renvoi* muss nicht ermittelt werden. Verweist dessen Internationales Privatrecht nämlich auf das Recht des ersten Nichtvertragsstaates zurück, so besteht zwischen diesen beiden Staaten kein anerkennungswürdiger internationaler Entscheidungseinklang. Daran ändert sich auch nichts, wenn einer der Nichtvertragsstaaten der *foreign-court-Theorie* folgt.<sup>473</sup> Denn auch in diesem Fall mangelt es an einem Entscheidungseinklang zwischen den beiden Nichtvertragsstaaten. Zwar ist es richtig, dass beide Nichtvertragsstaaten im praktischen Ergebnis zu der Anwendung desselben nationalen Rechts kommen, wenn die Grundanknüpfung der Staaten aufeinander verweist und der eine Staat den *renvoi* annimmt, während der andere Staat der *foreign-court-Theorie* folgt. Dennoch ist dies nur Ausfluss ihrer Bemühungen um internationalen Entscheidungseinklang an einer Stelle, wo er nicht besteht.

Zwar könnte der zweite Nichtvertragsstaat diesen über die Annahme eines möglichen *renvoi* herstellen, doch würde dadurch ein zwischen dem zweiten Nichtvertragsstaat und den Vertragsstaaten schon bestehender internationaler Entscheidungseinklang zerstört werden, was nicht Ziel der Regelungen ist. Ebenso ist es unbeachtlich, auf welchen Anknüpfungsmomenten der Entscheidungseinklang zwischen den Nichtvertragsstaaten beruht. Denn die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades ist – wie oben dargestellt – den internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen gegenüber grundsätzlich neutral.

Der *renvoi* zweiten Grades beachtet sowohl den rechtlichen als auch den tatsächlichen Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten. Rechtlicher Entscheidungseinklang liegt vor, wenn beide Nichtvertragsstaaten das gleiche Anknüpfungsmoment wählen. Tatsächlicher Entscheidungseinklang kann auch vorliegen, wenn beide Nichtvertragsstaaten unterschiedliche Anknüpfungsmomente wählen – beispielsweise knüpft Staat A an die Staatsangehörigkeit an und Staat B an den gewöhnlichen Aufenthalt – und sich die Anknüpfungsmomente decken, also ein deutscher Staatsangehöriger auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Dies kann zwar dazu führen, dass der Entscheidungseinklang zwischen den beiden Nichtvertragsstaaten nur temporär besteht, da sich zwar beispielsweise der Aufenthalt ändert aber nicht die Staatsangehörigkeit. Dies ist jedoch hinzunehmen. Zum einen ist dies für spätere Maßnahmen unerheblich. Zum anderen besteht grundsätzlich keine Versicherung, dass der internationale Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten ewig erhalten bleibt. Ein Nichtvertragsstaat könnte auch einfach im Rahmen einer Gesetzesreform den Anknüpfungsmoment ändern, so dass dadurch der bestehende Entscheidungseinklang mit dem weiteren Nichtvertragsstaat aufgehoben wird. Somit hat sich die Haager Konferenz meines Erachtens zu Recht für die Anerkennung eines – wenn auch nur zeitlich begrenzt – bestehenden Entscheidungseinklangs zwischen Nichtvertragsstaaten entschlossen.

Folglich leidet die Rechtssicherheit durch die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades gegenüber über der Sachnormverweisung. Allein die Möglichkeit der Weiterverweisung eines Nichtvertragsstaates erfordert immer die Prüfung dessen Internationalen Privatrechts. Sie artet jedoch

nicht gänzlich aus, da glücklicherweise die Berücksichtigung des *renvoi* durch die Nichtvertragsstaaten nicht geprüft werden muss, was aufgrund der sehr unterschiedlichen Handhabung<sup>474</sup> einen erheblichen Vorteil darstellt.

#### 4. Kritik

Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen und Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ wurden in der Literatur unterschiedlich aufgenommen. *Lagarde* meinte, dass es sich bei der neuen Regelung für den *renvoi* um eine der bemerkenswertesten theoretischen Fortschritte in der schon reichen Geschichte der Haager Konferenz handele.<sup>475</sup> *Bucher* hingegen beschreibt die Regelung – außer für Kenner der theoretischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts – als unverständlich.<sup>476</sup> Es gäbe kein gesetzgeberisches Interesse, Kinder und deren Eltern einer solchen komplexen und verwinkelten Regelung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für die Frage der elterlichen Verantwortung auszusetzen. Die Wahrheit wird wohl in der Mitte liegen. Vor allem da es selten vorkommt, dass sich Kinder oder deren Eltern mit den Fragen des anwendbaren Rechts beschäftigen.

Grundsätzlich stärkt die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades den internationalen Entscheidungseinklang. Dies ist eine positive Entwicklung. Wo ein Übereinkommen nur von sehr wenigen Staaten unterzeichnet wurde, multipliziert es den bereits bestehenden internationalen Entscheidungseinklang zwischen zwei Nichtvertragsstaaten und trägt dazu bei, dass sich das Übereinkommen relativ harmonisch in das bereits bestehende System des internationalen Entscheidungseinklangs einfügt. Entscheidungsdisharmonien werden vermieden, wo sie zwischen Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten, die nach den internationalprivatrechtlichen Wertungen des Übereinkommens mit dem Lebenssachverhalt eine enge Verbindung aufweisen, bestehen könnten. Dabei ist die Regelung vor allem in der Lage, Entscheidungsdisharmonie zu überbrücken, während das Übereinkommen sich noch verbreitet.<sup>477</sup> Die Regelung wird somit vor allem für die Staaten relevant, in denen das Übereinkommen zuerst gilt. Sobald das Übereinkommen in vielen Staaten gilt, verliert auch die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades an praktischer

Bedeutung.<sup>478</sup> Damit wird wiederum die objektive Anknüpfung des Übereinkommens gestärkt.

Zu kritisieren ist jedoch, dass die Regelung unbestritten kompliziert ist. Dabei ist die Rechtsicherheit insbesondere im Internationalen Privatrecht hoch anzusetzen. Dies gilt umso mehr, wenn der Inhalt von zwei weiteren Rechtsordnungen ermittelt werden muss, da dies weitere Experten notwendig macht. Vorliegend wiegt dies jedoch nicht so schwer, da, wie oben dargestellt, lediglich der Inhalt der Internationalen Privatrechte unter Ausschluss des *renvoi* ermittelt werden muss. Dies lässt sich mit rechtsvergleichenden Kommentierungen in den meisten Fällen relativ leicht bewerkstelligen.

So bleibt als Hauptkritikpunkt die Beschränkung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit. Diese hat unter Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsrecht und nicht bloßes Rechtsanwendungsrecht einen hohen Stellenwert, da in ihr die im allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verankerten Gerechtigkeitserwägungen zum Ausdruck kommen, nämlich das für den internationalen Sachverhalt angemessene Recht zu schaffen. Die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades ist dabei ähnlich wie bei der Berufung ausländischen Rechts ein Sprung ins Dunkle, da – wie oben dargestellt – die Regelung gegenüber dem internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsgehalt des weiterverweisenden Internationalen Privatrechts des ersten Nichtvertragsstaates neutral ist. Hiergegen wird eingewandt, dass dies hinzunehmen sei, da es sich ja um die übereinstimmende internationalprivatrechtliche Wertung zweier Nichtvertragsstaaten handele, die nach der internationalprivatrechtlichen Wertung des Übereinkommens zu dem Lebenssachverhalt eine enge Beziehung aufweisen.<sup>479</sup> Dem ist zu entgegnen, dass nach den internationalprivatrechtlichen Wertungen des Übereinkommens der erste Nichtvertragsstaat zu dem Lebenssachverhalt die engste Beziehung aufweist, zu der Beziehung des zweiten Nichtvertragsstaates sagt das Übereinkommen nichts. Grundsätzlich bestimmt lediglich nur die internationalprivatrechtliche Wertung des ersten Nichtvertragsstaates, dass auch der zweite Nichtvertragsstaat eine enge Beziehung zu dem Lebenssachverhalt aufweist. Bedeutend ist aber auch, dass der erste Nichtvertragsstaat seine Rechtsordnung auf den

Lebenssachverhalt nicht anwenden will. Ob diese Wertungsentscheidungen immer mit den internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen des Übereinkommens übereinstimmen, ist, wie das obige Beispiel zeigt, höchst fraglich.

Positiv ist festzuhalten, dass die Regelungen in Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen und Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ versuchen, eine Balance zwischen diesen zwei widerstreitenden Gesetzgebungszielen zu erzielen. Als neuartige Lösung zu der Gesamtproblematik der Berücksichtigung des *renvoi* ist es ein neues Instrument, welches auch in zukünftigen Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden sollte. Die Frage jedoch, ob die erzielte Balance ein Fortschritt für das Internationale Privatrecht ist, muss man differenziert beantworten.<sup>480</sup> Da die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit zugunsten des internationalen Entscheidungseinklangs zurücktreten muss, ist es für eine abschließende Bewertung erforderlich, die jeweils zurücktretenden internationalprivatrechtlichen Erwägungen genau zu beleuchten und im Einzelfall gegen das Interesse am internationalen Entscheidungseinklang abzuwägen. So ist es möglich, dass auch die Normen des ausländischen Internationalen Privatrechts Spiegel der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit sind und folglich durch die Berücksichtigung des internationalen Entscheidungseinklangs die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit nicht beeinträchtigt wird.

*Kropholler* meint, dass die Preisgabe der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit im Familien- und Erbrecht mitunter angezeigt sei, da es dort hauptsächlich um den Widerstreit zwischen Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsprinzip gehe.<sup>481</sup> Bei den ausdifferenzierten Anknüpfungsregeln wie etwa im vertraglichen oder außervertraglichen Schuldrecht sei die Bereitschaft, diese zurücktreten zu lassen, hingegen gering.

Auch wenn man dem grundsätzlich zustimmen kann, darf man den Einzelfall nicht vernachlässigen. Im Familien- und Erbrecht ist zu berücksichtigen, dass es häufig um Statusfragen geht und der internationale Entscheidungseinklang zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse deshalb eine besonders prominente Rolle einnimmt. Jedoch nicht alle Normen im Familien- und Erbrecht befassen sich mit

Statusverhältnissen. Deshalb ist eine Abwägung im Einzelfall geboten.

Vorliegend erlaubt Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen eine Abweichung von der objektiven Anknüpfung des Art. 3 Haager Erbrechtsübereinkommen. Nach dessen Abs. 1 ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden, sofern der Erblasser diesem Staat auch angehört. Ist dies nicht der Fall, so ist nach Abs. 2 das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, wenn er sich mindestens fünf Jahre unmittelbar vor seinem Tod in diesem Staat aufgehalten hatte. Unter außergewöhnlichen Umständen ist es gleichwohl möglich, das Recht des Staates anzuwenden, dem der Erblasser angehört, wenn er mit diesem Staat im Zeitpunkt seines Todes offensichtlich enger verbunden war. Art. 3 Haager Erbrechtsübereinkommen statuiert folglich eine ausgeglichene Balance zwischen Staatsangehörigkeits- und Domizilprinzip.<sup>482</sup> Dabei ging es der Haager Konferenz zum einen darum, Nachlassspaltungen zu verhindern, um die materielle Harmonie zu fördern und Rechtssicherheit zu gewährleisten.<sup>483</sup> Zum anderen ging es auch darum, die Erbfolge an das Recht des jeweiligen Lebensmittelpunktes des Erblassers anzuknüpfen.<sup>484</sup>

Diese internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen sind im Erbrecht von großer Bedeutung, da aufgrund der Testamentsgestaltung und der Nachlassplanung die Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts eine große Rolle spielt, insbesondere vor dem Hintergrund der möglichen steuerrechtlichen Auswirkungen. Die Testamentsgestaltung baut immer auf dem zu Grunde liegenden gesetzlichen Erbrecht auf, da dieses der Gestaltung auch Grenzen zieht. Das gesteigerte Interesse an Rechtssicherheit findet sich auch in der Einräumung der Möglichkeit einer Rechtswahl nach Art. 5 Haager Erbrechtsübereinkommen wieder. Gleiches gilt für die Nachlassseinheit. Nur über die Nachlassseinheit kann materielle Harmonie gewährleistet werden, was angesichts der Unterschiede in den nationalen Erbrechten von großer Bedeutung ist. Insbesondere im Erbrecht gibt es noch große Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen, teilweise werden Rechtsinstitute verwendet, die in anderen Rechtsordnungen völlig unbekannt sind.

Auf der anderen Seite kommt dem internationalen Entscheidungseinklang im internationalen Erbrecht ebenfalls eine bedeutende Rolle zu. Die über

die Nachlassseinheit erzielte materielle Harmonie erweist sich nämlich als Pyrrhussieg, wenn es um die Vollstreckung des Urteils im Ausland geht, was für dort belegene Vermögenswerte unabdingbar ist. Diese Konstellation wird mit der wachsenden Globalisierung und der drastischen Reduzierung der Flugpreise deutlich häufiger. Das deutsche Rentnerehepaar mit Ferienhaus in Spanien ist inzwischen keine Seltenheit mehr. Aber nicht nur der Erblasser hat ein gesteigertes Interesse daran, dass in den unterschiedlichen betroffenen Rechtsordnungen das gleiche Recht angewandt wird. Auch die Erben und Nachlassgläubiger haben ein Interesse an der einheitlichen Bewertung ihrer Rechte und Pflichten und einer entsprechend einheitlichen Durchsetzung.<sup>485</sup> Die durch eine Nachlassspaltung aufkommenden Verwerfungen zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen lassen sich hingegen durch Anpassungen lösen.

Die international einheitliche Bewertung der Folgen des Erbfalls ist somit von praktisch größerer Bedeutung als das Interesse an materieller Harmonie. Demgegenüber müssen auch die internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen für die objektive Anknüpfung in Art. 3 Haager Erbrechtsübereinkommen zurückstehen. Zum einen wird im internationalen Erbrecht grundsätzlich entweder das Staatsangehörigkeits- oder das Domizilprinzip vertreten, so dass die Abweichungen vom Kompromiss des Haager Erbrechtsübereinkommens zwischen diesen beiden Ansichten unwesentlich sein dürfte. Sofern eine Nachlassspaltung präferiert wird, weil hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens an die *lex rei sitae* angeknüpft wird, widerspricht dies zwar den internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen des Haager Erbrechtsübereinkommens deutlich, kann aber mit den oben genannten Interessen an der Durchsetzbarkeit der Entscheidungen im Ausland begründet werden. Zudem stellt die Anknüpfung an den Lebensmittelpunkt des Erblassers für diesen keine elementar wichtige Entscheidung dar. Zwar mag es nach Ansicht der Haager Konferenz auch für das unbewegliche Vermögen die engste Verbindung darstellen, doch ist die Frage der Anknüpfung an das ein oder andere Moment für den Erblasser sowie die Erben bzw. Nachlassgläubiger von untergeordneter Bedeutung.

Folglich ist die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades im Haager



Erbrechtsübereinkommen als gelungen zu beurteilen. Es schafft einen angemessenen Ausgleich zwischen dem internationalen Entscheidungseinklang und der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit.

Im KSÜ stehen die Vorzeichen anders. Die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitserwägung hinter der objektiven Anknüpfung in Art. 16 KSÜ ist das Kindeswohl. Das Kindeswohl ist ein im nationalen und internationalen Familienrecht hoch angesiedeltes Interesse. Hier kann eine Abweichung nicht so leicht mit der Bedeutung des internationalen Entscheidungseinklangs begründet werden. Dennoch kann man auch hier die Abweichung von der objektiven Anknüpfung und den damit verbundenen internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen mit dem Streben nach internationalem Entscheidungseinklang begründen, wenn man die Möglichkeiten der Abweichungen und deren Folgen näher beleuchtet.

Die Möglichkeiten der Abweichung sind limitiert. Entweder wird an die Staatsangehörigkeit des Kindes oder an die der Eltern bzw. eines Elternteiles angeknüpft. In der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Kindes spiegelt sich der auch hier ausgetragene Streit zwischen Domizil- und Staatsangehörigkeitsprinzip wider. Für die hier vertretenen Präferenzen darf grundsätzlich nach oben verweisen werden, auf das Kindeswohl wird die Entscheidung in die eine oder andere Richtung wenig Auswirkungen haben. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oder den gewöhnlichen Aufenthalt der Eltern bzw. nur eines Elternteils hingegen erscheint hinsichtlich des Kindeswohls schon eher problematisch, da dieses diesbezüglich gänzlich aus dem Fokus rückt. Zum Glück ist eine solche Anknüpfung international äußerst selten.

Auch die Konsequenzen einer abweichenden Anknüpfung sind für das Kindeswohl gering. Zwar mag die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt durch die Einbettung des Kindes in seine natürliche Umgebung dem Kindeswohl am förderlichsten sein, doch stellt eine Abweichung für das Kindeswohl gleichsam keine Gefahr da. Art. 16 KSÜ, von dem nach Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ abgewichen werden kann, regelt lediglich das anzuwendende Recht für die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten eines Gerichts oder einer

Verwaltungsbehörde. Untechnisch formuliert, regelt es die elterliche Verantwortung kraft Geburt. Zwar gibt es auch hier Unterschiede in den nationalen Regelungen, doch besteht grundsätzlich Konsens, dass die elterliche Verantwortung bei den Eltern liegt; entweder bei nur einem Elternteil, bei beiden oder nach weiteren Schritten wie der Anerkennung der Vaterschaft. All dies hat keine gravierenden Auswirkungen auf das Kindeswohl. Für dieses ist nicht entscheidend, wer das Recht ausübt, sondern vielmehr wie das Recht ausgeübt wird. Hierauf lässt sich aber über den Hebel des Internationalen Privatrechts nur wenig Einfluss ausüben. In ganz extremen Fällen hilft der *ordre public* Vorbehalt des Art. 22 KSÜ, welcher ausdrücklich die Berücksichtigung des Kindeswohls verlangt.

Dahingegen hat der internationale Entscheidungseinklang auch auf diesem Gebiet eine erhebliche Bedeutung. Grundsätzlich ist der internationale Entscheidungseinklang für Statusfragen wichtiger als die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit. Dies gilt gerade auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung. Für das Wohl des Kindes und seinen Seelenfriedens ist es entscheidend, dass sich die elterliche Verantwortung nicht mit der Überschreitung von Landesgrenzen ändert.

Folglich überwiegt auch bei dieser Abwägung der internationale Entscheidungseinklang, obgleich abstrakt dem Kindeswohl als internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsvorstellung ein wesentlich höherer Stellenwert einzuräumen ist. Somit kann man auch Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ als gelungene Regelung bezeichnen, obgleich die Norm klarer sein könnte und die Rechtsfindung erschwert.

### *III. Zusammenfassung*

Die in Art. 4 Haager Erbrechtsübereinkommen und Art. 21 Abs. 2 S. 1 KSÜ zu findende Zulassung des *renvoi* zweiten Grades stellt eine Erweiterung der potentiellen Antworten auf die Frage der Berücksichtigung des *renvoi* dar. Allein deshalb ist sie schon positiv zu bewerten. Daneben gelingt es den Regelungen aber auch, einen angemessenen Ausgleich zwischen internationalem Entscheidungseinklang und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit zu schaffen. Dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht pauschal ähnliche Regelungen übertragen, die den *renvoi* zweiten Grades zulassen, sondern erfordert eine sorgfältige Abwägung in jedem Regelungsfall, bei der die zurücktretenden internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen ganz genau beleuchtet werden müssen. Sowohl im Haager Erbrechtsübereinkommen als auch im KSÜ fällt diese Abwägung zu Gunsten des internationalen Entscheidungseinklangs aus, so dass die Vorschriften zu begrüßen sind. Kritisch ist anzumerken, dass die Zulassung des *renvoi* zweiten Grades den – vor allem im Internationalen Privatrecht ungeübten – Rechtsanwender vor große Herausforderungen stellt und die Rechtsfindung verlangsamt und die Kosten erhöht. Hierauf wurde im Normsetzungsverfahren nicht hinreichend eingegangen.

#### **D. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO**

Nach den internationalen Übereinkommen sollen auch nationale und europäische Gesetzgebungsvorhaben genauer betrachtet werden. Auch hierbei wird der Fokus auf Anknüpfungsnormen liegen, die sich von der Masse abheben und durch Besonderheiten hervorstechen. Dabei sollen im folgenden Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB als nationale Regelung und dessen Nachfolgervorschrift auf europäischer Ebene, Art. 10 Rom III-VO, betrachtet werden.

##### *I. Regelungsgehalt*

In diesem Abschnitt soll jeweils die Gesetzgebungsgeschichte der Norm

dargestellt und der Regelungsgehalt erklärt werden.

### 1. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB

Die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 1983<sup>486</sup>, in der es Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 erster Halbsatz EGBGB a.F. für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärte, hat eine der größten Reformen des deutschen internationalen Familienrechts angestoßen.<sup>487</sup> Im Rahmen dieser Reform erhielt auch Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB seine jetzige Form. Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht in konsequenter Fortsetzung dieser Rechtsprechung Art. 17 Abs. 1 EGBGB a.F. ebenfalls für verfassungswidrig erklärt.<sup>488</sup> Art. 17 Abs. 3 EGBGB a.F., die Vorgängervorschrift von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, lautete: „Für das Scheidungsbegehren der Frau sind die deutschen Gesetze auch dann maßgebend, wenn in dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung ergeht, nur die Frau die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.“ Sinn und Zweck des Urtextes dieser Vorschrift von 1896 war der Schutz der Frau vor einem einseitigen Staatsangehörigkeitswechsel des Mannes und dem damit verbundenen Statutenwechsel.<sup>489</sup> Nach den späteren Fassungen gemäß des „Frauenscheidungs-gesetzes“ vom 24. Januar 1935 und der „4. DVO zum Ehegesetz“ von 1941 sollte sie auch den mit Ausländern verheirateten deutschen Frauen die Scheidungsmöglichkeit nach deutschem Recht sichern.<sup>490</sup>

Der Regierungsentwurf zur Gesetzesänderung<sup>491</sup> konnte auf umfangreichen Stellungnahmen und Entwürfen aus der Wissenschaft aufbauen<sup>492</sup> und enthielt schon den jetzigen Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Grundsätzlich knüpfte der Entwurf die Voraussetzungen der Scheidung und ihre Folgen ebenso an wie die allgemeinen Ehwirkungen.<sup>493</sup> Neu war jedoch, dass er – abweichend von den Vorschlägen aus der Wissenschaft<sup>494</sup> – im Fall, dass die Ehe nach der primär berufenen Rechtsordnung nicht scheidbar sei, allein die subsidiäre Anwendung deutschen Rechts bei Beteiligung eines deutschen Ehegatten erlaubte. Dabei berief sich die Regierungsbegründung auf den oben erwähnten Rechtsgedanken des Art. 17 Abs. 3 EGBGB a.F..<sup>495</sup> Auch eine allseitige Formulierung der Norm, die vorgeschlagen wurde und gemäß §

20 Abs. 2 österreichisches IPRG auch in Österreich gilt, wurde erwogen, aber abgelehnt, da hierdurch vermieden würde, unter mehreren in Frage kommenden Rechtsordnungen eine Auswahl zu treffen oder kumulativ mehrere Rechte anwenden zu müssen.<sup>496</sup> Zu Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBG wurde darauf hingewiesen, dass dieser über das maßgebliche Recht hinaus eine Scheidungsmöglichkeit bieten solle, um bei ausreichend starkem Inlandsbezug dem berechtigten Bestreben nach Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit ohne Inanspruchnahme des *ordre public* Rechnung zu tragen.

Das Max-Planck-Institut überzeugte das obige Argument jedoch nicht und es forderte in seiner Stellungnahme, Art. 17 Abs. 2 S. 1 EGBGB allseitig auszubauen und in Übereinstimmung mit den Institutsthesen<sup>497</sup> auch eine Scheidung nach dem gemeinsamen Aufenthaltsrecht zu ermöglichen.<sup>498</sup> Zwar enthalte Art. 17 Abs. 2 S. 2 EGBGB den überzeugenden Grundgedanken, dass es möglich sein müsse, nach im Ausland gelebter und schließlich gescheiterter Ehe nach Deutschland zurückzukehren, um sich hier, unabhängig vom vielleicht scheidungsfeindlichen Aufenthaltsrecht, nach dem eigenen Heimatrecht scheiden zu lassen – jedoch sollte das Recht, sich in diesem Fall nach seinem Heimatrecht scheiden zu lassen, für Angehörige anderer Staaten umgekehrt genauso gelten. Auf das Gegenargument der Regierungsbegründung ging das MPI hingegen leider nicht ein.

Für die Scheidungsmöglichkeit nach dem Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten führte das MPI an, dass es angemessen und rechtspolitisch erwünscht sei, Ausländern, die ihre Ehe ganz oder doch zuletzt in Deutschland geführt haben, auch die Scheidungsmöglichkeit nach deutschem Recht einzuräumen, selbst wenn ihr Heimatrecht eine Ehescheidung nicht kenne oder gegenüber dem deutschen Recht erheblich erschwere. Diesen Vorschlägen ist der Gesetzgeber jedoch nicht nachgekommen.

Nachdem der Gesetzesentwurf noch Änderungen bezüglich des Internationalen Versorgungsausgleichsrechts auf Initiative des Bundesrates erfuhr, hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts am 19. Juni 1986 verabschiedet. Es trat am 1. September 1986 in Kraft.

Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB lautet: „Kann die Ehe hiernach [dem Scheidungsstatut nach S. 1] nicht geschieden werden, so unterliegt die Scheidung dem deutschen Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte in diesem Zeitpunkt Deutscher ist oder dies bei der Eheschließung war.“ Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB ermöglicht regelwidrig die Anwendung deutschen Rechts auf die Scheidung, sofern ein Ehegatte Deutscher war oder ist. Folglich wird die Regelung auch als „Deutschenprivileg“ bezeichnet.<sup>499</sup> Es handelt sich dabei um eine subsidiäre und nicht alternative Anwendung deutschen Rechts,<sup>500</sup> da deutsches Recht nur im Ausnahmefall anstelle des eigentlich berufenen Rechts angewandt wird. Dabei beabsichtigt die Vorschrift die Erleichterung der Scheidung für aktuelle oder ehemalige Deutsche. Ihnen soll über das maßgebliche Recht hinaus eine Scheidungsmöglichkeit eingeräumt werden, um bei ausreichend starkem Inlandsbezug dem berechtigten Streben nach Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit auch ohne Inanspruchnahme des *ordre public* Rechnung zu tragen.<sup>501</sup> Deshalb wird die Regelung teilweise auch als spezielle Vorbehaltsklausel eingeordnet.<sup>502</sup>

Bei der Auslegung und Anwendung der Vorschrift sind einige entscheidende Punkte in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Uneinigkeit besteht darüber, wann Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB eingreift. Muss dazu die Scheidung nach der grundsätzlich berufenen Rechtsordnung generell verboten sein oder reicht es, dass sie zurzeit nicht erlangt wird? Oder ist im Sinne der besonderen Vorbehaltsklausel zu fordern, dass das ausländische Recht weitaus strengere Anforderungen an die Begründetheit des Scheidungsbegehrens stellt oder die Trennungszeit um so viel länger ist, dass eine Scheidung praktisch ausgeschlossen ist.

Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB benutzt „die Ehe“ und nicht „eine Ehe“, was daraufhin deutet, dass es sich um die konkrete Ehe handelt und ein generelles Scheidungsverbot nicht erforderlich ist.<sup>503</sup> S. 2 bezieht sich augenscheinlich auf S. 1 und knüpft an die dort konkret beurteilte Ehe an. Hätte der Gesetzgeber eine rein abstrakte Betrachtung gewollt, so hätte er dies leicht durch die Einfügung des Wortes „grundsätzlich“ verdeutlichen können.<sup>504</sup>

Für eine konkrete Betrachtung spricht auch die historische Auslegung. In

der Reformdiskussion wurde erwogen, den Anwendungsfall auf die generelle Unscheidbarkeit nach dem Scheidungsstatut zu beschränken.<sup>505</sup> Dieser Vorschlag wurde jedoch im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgenommen.

Eine systematische Betrachtung bleibt diesbezüglich ergebnislos, doch spricht der Unterschied zum Wortlauf von Art. 13 Abs. 2 EGBGB dafür, dass es dem Scheidungswilligen für die Anwendung des deutschen Rechts nicht zugemutet wird, zuerst nach Möglichkeit die Scheidungsvoraussetzungen nach dem primär anwendbaren ausländischen Recht zu schaffen,<sup>506</sup> beispielsweise durch Stellung eines Antrags auf ein gerichtliches Trennungsverfahren nach italienischem Recht.<sup>507</sup>

Somit lässt sich festhalten, dass für die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB die generelle Unscheidbarkeit nach der ausländischen *lex causae* nicht erforderlich ist. Diese ist inzwischen auch selten geworden. Innerhalb der Europäischen Union sah allein Malta ein absolutes Scheidungsverbot vor.<sup>508</sup> Weltweit kommt es häufig auf Basis der Geltung kanonischen Rechts – Can 1141 Codex Iuris Canonici vom 25. Januar 1983 – bei Staaten mit interreligiös gespaltenen Rechtsordnungen vor,<sup>509</sup> nach staatlichem Recht ist die Scheidung neben Malta allein in den Philippinen und dem Vatikanstaat ausgeschlossen.<sup>510</sup>

Dabei unbeantwortet bleibt die Frage, ob an die Nichtscheidbarkeit materielle Anforderungen zu stellen sind oder ob es für die Anwendbarkeit von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB ausreicht, dass die Ehe im entscheidungserheblichen Zeitpunkt nicht nach dem ausländischen Scheidungsstatut geschieden werden kann. Zur Entscheidung dieser Frage muss der Normzweck bemüht werden. Durch Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB soll die in Art. 6 GG verankerte Eheschließungsfreiheit geschützt werden. Diese erlischt nicht mit der ersten Heirat, sondern gewährt auch ein Recht auf eine weitere Heirat und die dafür erforderliche Scheidung. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers soll dieses Streben nach Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit auch ohne eine Inanspruchnahme des *ordre public* und somit unterhalb dessen Anwendungsvoraussetzungen verwirklicht werden.<sup>511</sup> Dies spricht gegen materielle Anforderungen an die Unscheidbarkeit, da diese klassische Domain des *ordre public* sind. Jedoch verbliebe auch bei materiellen

Anforderungen ein Anwendungsbereich zwischen Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und dem *ordre public*.

Art. 6 GG schützt jedoch nur die Scheidungsfreiheit an sich und nicht die Scheidungsfreiheit nach den Maßstäben deutschen Rechts. Somit diene Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch nur dem Schutz vor scheidungsunfreundlichem ausländischem Recht und nicht der Sicherung der Anwendung deutschen Rechts.<sup>512</sup> Dies ergebe sich auch aus dem Vergleich mit Art. 17 Abs. 3 S. 2 EGBGB und Art. 18 Abs. 2 EGBGB, wo der Gesetzgeber für den Versorgungsausgleich bzw. den Unterhalt die Geltung deutschen Rechts vorgeschrieben habe.

Gegen beide Lösungen lassen sich Manipulationsmöglichkeiten anführen. Zum einen wird befürchtet, dass der Antragsteller durch Einreichung vor oder nach Ablauf der nach ausländischem Recht erforderlichen Trennungsfrist das anwendbare Recht frei wählen könnte.<sup>513</sup> Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn für die Nichtscheidbarkeit nach ausländischem Scheidungsstatut die Rechtshängigkeit der entscheidungserhebliche Zeitpunkt wäre. Dies wird mit dem Verweis auf einen prozessökonomisch nicht wünschenswerten Statutenwechsel abgelehnt.<sup>514</sup> Der BGH stellt jedoch diesbezüglich zu Recht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ab.<sup>515</sup> Bei der Frage der Unscheidbarkeit handelt es sich um eine Rechtsfrage, für die nach den allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechtes immer die letzte mündliche Verhandlung der entscheidungserhebliche Zeitpunkt ist. Davon ist auch mit Rücksicht auf einen möglichen Statutenwechsel keine Ausnahme zu machen, da die Ablehnung des Antrages als zur Zeit unbegründet nur die Stellung eines neuen, begründeten Antrags nach sich zieht, was aus prozessökonomischer Sicht noch weniger Sinn macht. Selbst wenn man auf die Stellung des Antrags abstellen sollte, so kann die Manipulation effektiv durch das Rechtsinstitut der *fraus legis* unterbunden werden.<sup>516</sup> Zudem bestehe diese Manipulationsmöglichkeit auch nur, solange kein ausländisches Scheidungsverfahren anhängig sei, da in diesem Fall der Antragsgegner sich mit dem Einwand der *lis alibi pendens* effektiv wehren kann.<sup>517</sup>

Das Abstellen auf die letzte mündliche Verhandlung ermöglicht jedoch auf der anderen Seite der Partei, die eine Scheidung nach dem ausländischen



Scheidungsstatut begehrt, dieses durch Prozessverzögerung zu erreichen.<sup>518</sup> Einem solchen Verhalt hat der entscheidende Richter schon aufgrund des immer bedeutenderen Beschleunigungsgrundsatzes entgegen zu wirken. Selbst wenn dies nicht erfolgreich sein sollte, entspricht das Ergebnis der Wertung von Art. 17 EGBGB. Der Normzweck von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB wird erreicht; die Ehe kann geschieden werden. Anwendbares Recht ist das nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB primär berufenen Scheidungsstatut.

Für eine weite Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB spricht die Prozessökonomie, da es die Anwendung deutschen Rechts vor deutschen Gerichten ermöglicht und somit die Einholung teurer und langwieriger Gutachten zum ausländischen Scheidungsrecht obsolet macht. Es verhindert zudem, dass ein bereits anhängiger Scheidungsantrag abgewiesen werden muss, nur um erneut gestellt zu werden, wenn die ausländischen Scheidungsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>519</sup>

Ebenso wird angeführt, dass es kein hinreichendes Differenzierungskriterium gebe, wann die Scheidungsvoraussetzungen nach ausländischem Recht wesentlich strengere inhaltliche Anforderungen stellen oder die Einhaltung erheblich längerer Fristen erfordern.<sup>520</sup> Dies führe zu einer nicht erwünschten Rechtsunsicherheit.

Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB verlange anders als Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB gerade nicht, dass erst die zumutbaren Schritte unter dem Auslandsrecht erfolgen.<sup>521</sup> Der Umkehrschluss zu Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB spreche vielmehr gegen eine restriktive Auslegung.

Diese letzten drei Argumente lassen sich jedoch abschwächen. Die Anwendung ausländischem Rechts ist immer zeitaufwendiger und teurer als die Anwendung der *lex fori*. Hieraus lassen sich somit keine Schlüsse ziehen. Zwar verursachen die Abgrenzungsprobleme Rechtsunsicherheit, jedoch ist dies bei materiell aufgeladenen Konzepten wie dem *ordre public* oder unterhalb dessen angesiedelter Vorbehaltsklauseln systemimmanent. Der Wortlaut und der systematische Vergleich mit Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB sind zwar gewichtige Argumente, jedoch versperren sie nicht den Weg einer restriktiven Auslegung im Sinne einer teleologischen Reduktion.

Der BGH hat deshalb seine restriktive Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB für den Fall, dass die Ehe nach ausländischem Recht nur deshalb zur Zeit nicht geschieden werden kann, weil der Antragsteller es versäumt hat, das ihm zumutbare, nach dem ausländischen Recht für den Beginn der Frist maßgebliche Trennungsverfahren einzuleiten, damit begründet, dass der Normzweck eine weitere Auslegung nicht gebieten würde<sup>522</sup> und die restriktive Auslegung aus rechtspolitischen Gründen wünschenswert sei.<sup>523</sup> Letzteres wurde damit begründet, dass die Regelung ausländische Ehegatten benachteilige, indem ihnen die Anwendung deutschen Rechts aufgezwungen werde und sie dem internationalen Entscheidungseinklang zuwiderlaufe.<sup>524</sup>

Dem ist zuzustimmen. Der internationalprivatrechtliche Gerechtigkeitsgehalt von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB sollte nicht schon deshalb vernachlässigt werden, weil das ausländische Recht strengere Anforderungen an die Scheidungsgründe oder längere Trennungsfristen als das deutsche Recht vorsieht. Dies wird auch vom Normzweck – dem Schutz der Eheschließungsfreiheit – nicht gefordert. Zwar können überlange Trennungsfristen die Scheidung praktisch unmöglich machen, doch hat selbst der deutsche Gesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum bei der Schaffung der praktischen Konkordanz zwischen dem Schutz der Ehe und der Eheschließungsfreiheit,<sup>525</sup> so dass eine bloße Abweichung vom deutschen materiellen Recht nicht ausreichen kann. Hier sollte man auch in der Anwendung von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB dem ausländischen Gesetzgeber einen ähnlichen Gestaltungsspielraum einräumen. Zwar wird in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB mit der Anknüpfung an die ehemalige deutsche Staatsangehörigkeit auch das so genannte Antrittsvertrauen<sup>526</sup> geschützt, doch muss auch dieser Schutz nur da greifen, wo er verfassungsrechtlich geboten ist.

Zudem löst die restriktive Auslegung auch den Widerspruch auf, der ansonsten zwischen den Voraussetzungen für die Eheschließung gemäß Art. 13 Abs. 2 EGBGB und den Scheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB bestehen würde.<sup>527</sup> Andernfalls wären die Hürden für die Eheschließung höher gewesen als für die Ehescheidung, obwohl in beiden Fällen die Eheschließungsfreiheit geschützt und hinkende

Rechtsverhältnisse vermieden werden sollen. Dieser Widerspruch wäre nur schwer zu begründen.

Folglich greift Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB nur dann ein, wenn das primär berufene ausländische Recht wesentlich strengere inhaltliche Anforderungen stellt oder die Einhaltung erheblich längerer Fristen fordert.

Neben deutschen und ehemals deutschen Staatsangehörigen ist Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch auf Personen anwendbar, die unter deutschem Personalstatut leben; wie Staatenlose, Vertriebene und Flüchtlinge mit gewöhnlichem Aufenthalt bzw. Wohnsitz in Deutschland.<sup>528</sup>

## 2. Art. 10 Rom III-VO

Zum 21. Juni 2012 wurde Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB von der EU-Verordnung 1259/2010 vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom III-VO)<sup>529</sup> abgelöst. Die Nachfolgevorschrift ist Art. 10 Rom III-VO.

Ursprünglich war es geplant gewesen, die Brüssel IIa-VO um Vorschriften über das anwendbare Recht zu ergänzen.<sup>530</sup> Dieses Vorgehen scheiterte jedoch an dem Widerstand einiger Mitgliedstaaten und dem für das Familienrecht geltenden Einstimmigkeitserfordernis. Um trotzdem die Rechtsvereinheitlichung auf diesem Gebiet weiter vorantreiben zu können, wurde erstmals ein Verfahren im Wege der verstärkten Zusammenarbeit durchgeführt.<sup>531</sup> Daran haben neben Deutschland, Belgien, Bulgarien, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn teilgenommen. Die Rom III-VO gilt deshalb auch nur in diesen Mitgliedstaaten und in 13 Mitgliedstaaten nicht, weshalb *Schurig* meint, dass es besser gewesen wäre, das Vorhaben ganz aufzugeben.<sup>532</sup> Trotzdem hat man sich entschlossen, die Rom III-VO gemäß Art. 4 als *loi uniforme* auszugestalten.

Die Rom III-VO ermöglicht erstmals eine beschränkte Rechtswahl. Nach Art. 5 Rom III-VO können die Ehegatten zwischen dem Recht des

gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts (lit a), dem Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, sofern sich zum Zeitpunkt der Rechtswahl ein Ehegatte dort noch gewöhnlich aufhält (lit b), dem Recht einer der Staatsangehörigkeiten der Ehegatten (lit c) und der *lex fori* (lit d) wählen. Ohne wirksame Rechtswahl bestimmt sich das Scheidungsstatut nach der Anknüpfungsleiter des Art. 8 Rom III-VO. Dieser knüpft in erster Linie an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten an (lit a), subsidiär beruft er das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor der Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit b). Danach soll es auf das Recht des Staates ankommen, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besitzen (lit c). Sollte keines dieser gemeinsamen Anknüpfungsmomente eingreifen, ist nach lit d) die *lex fori* anzuwenden.

Gemäß Art. 10 Rom III-VO ist auch dann die *lex fori* anzuwenden, wenn das nach Art. 5 oder Art. 8 berufene Recht eine Ehescheidung nicht vorsieht oder es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gewährt. Darüber hinaus kann nach Art. 12 Rom III-VO die Anwendung einer Vorschrift des anwendbaren Rechts nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit dem *ordre public* des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist.

Art. 10 Rom III-VO war in dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission zur Veränderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 nicht enthalten.<sup>533</sup> Noch im Mai 2005 bezeichnete *Martiny* die Aussicht, eine Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB ähnliche Vorschrift in einer EU-Verordnung einzufügen und gegen das Recht anderer Mitgliedstaaten wirken zu lassen, als Quadratur des Kreises.<sup>534</sup> Die Notwendigkeit einer Art. 10 Rom III-VO entsprechenden Regelung wurde erstmals in einer Pressemitteilung des Rates angesprochen.<sup>535</sup> Darin hieß es, es sei im Rahmen der weiteren Arbeiten zu prüfen, ob es nicht erforderlich sei, eine ausdrückliche Regelung aufzunehmen, die auf die *lex fori* verweise, sofern das anwendbare ausländische Ehescheidungsrecht einen der Ehegatten

diskriminiere oder keine Ehescheidung vorsehe. Dieser Vorschlag geht wohl auf die spanische Delegation zurück.<sup>536</sup> Das spanische Internationale Privatrecht hat eine ähnliche Klausel in Art. 107 Abs. 2 S. 2 lit. c) Código civil.<sup>537</sup>

Diese Anregung wurde vom Europäischen Parlament aufgenommen, welches in seinem Bericht – es wurde im Gesetzgebungsverfahren lediglich konsultiert – anregte, dem damaligen Art. 20a einen neuen Absatz 2a anzufügen, der die Anwendung der *lex fori* vorsieht, falls das berufene Recht die Trennung oder Ehescheidung nicht anerkenne oder sie in einer für einen der Ehegatten diskriminierenden Weise erfolge.<sup>538</sup> Der Änderungsantrag fußt auf zwei Begründungsansätzen. Zum einen soll er Probleme lösen, vor denen bestimmte ausländische Frauen stehen, die die Trennung oder Ehescheidung in einem Mitgliedstaat beantragen. Der Wunsch, sich zu trennen oder scheiden zu lassen, sei Ausdruck der persönlichen Unabhängigkeit einer Person und müsse somit dem Interesse an der Anwendung des nationalen Rechts vorgehen. Zum anderen erschwere in diesen Fällen die Anwendung des gemeinsamen nationalen Rechts der Ehepartner den Zugang zur Trennung und Ehescheidung für bestimmte Personen, die in einigen Mitgliedstaaten wohnhaft sind.

Dieser Vorschlag wurde von der Kommission in ihrem Vorschlag für die Rom III-VO aufgenommen und findet sich dort inhaltlich identisch wieder.<sup>539</sup>

„Sieht das nach Artikel 3 oder 4 anzuwendende Recht eine Ehescheidung nicht vor oder gewährt es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, ist das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden.“

Zur Begründung der Regelung wird angeführt, dass sie die Ungleichbehandlung von Ehegatten verhindern solle.<sup>540</sup> In bestimmten Fällen, in denen das anzuwendende Recht eine Scheidung nicht zulasse oder einem Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zu einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren gewähre, dürfe das Gericht die *lex fori* anwenden.

In der Stellungnahme des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz

und Inneres der Verfasserin *Evelyne Gebhardt* wurden umfangreiche Änderungen zu Art. 10 Rom III-VO vorgeschlagen.<sup>541</sup> Danach sollte die Vorschrift wie folgt lauten:<sup>542</sup>

„Anwendung der **Grundsätze des Rechts** des Staates des angerufenen Gerichts **und der Notzuständigkeit**

1. Sieht das nach Artikel 3 oder 4<sup>543</sup> anzuwendende Recht eine Ehescheidung, **eine Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder eine Auflösung der eingetragenen Partnerschaft** nicht vor oder stellt der Zugang zur Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes **oder Auflösung der eingetragenen Lebenspartnerschaft eine nach Artikel 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verbotene Diskriminierung der Ehegatten oder der eingetragenen Lebenspartner dar**, ist das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden.

2. Liegt der Gerichtsstand in einem Mitgliedsstaat, nach dessen Recht die Scheidung, die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder eine Auflösung der eingetragenen Partnerschaft nicht vorgesehen ist, so gilt der Gerichtsstand des Mitgliedsstaats,

(a) dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten oder Partner besitzt, oder

(b) des Mitgliedstaats, in dem die Ehe oder die eingetragene Partnerschaft geschlossen wurde.“

Auch die Stellungnahme des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter der Verfasserin *Angelika Niebler* schlug Änderungen vor:<sup>544</sup>

„Sieht das nach Artikel 3 und 4 anzuwendende Recht eine Ehescheidung **oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes** nicht vor oder gewährt es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes **und sorgt es diesbezüglich für keine gleiche Behandlung**, so ist das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden.“

Letztlich wurde keiner dieser Änderungsvorschläge übernommen. Somit

handelt es sich bei Art. 10 Rom III-VO ebenso wie Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB um eine spezielle Vorbehaltsklausel in Form einer subsidiären Anknüpfung. Neben der gleichen Regelungstechnik zeigen sich jedoch große Unterschiede zwischen den beiden Normen.

Zum einen erweitert Art. 10 Rom III-VO die Regelung um die Diskriminierungsvariante, die gleichberechtigt neben die Nichtscheidbarkeit tritt. Die Diskriminierungsvariante soll einen der Ehegatten vor der Diskriminierung gegenüber dem anderen Ehegatten aufgrund des Geschlechtes schützen. Dies wird durch den Wortlaut deutlich, der von „einem der Ehegatten“ und von einem „gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes“ spricht. Somit wird auf einen relativen Diskriminierungsmaßstab abgestellt. Eine Diskriminierung liegt deshalb nicht vor, wenn beide Ehegatten das gleiche Geschlecht haben. Es ist davon auszugehen, dass es dem Gesetzgeber bewusst war, dass es in einigen Staaten<sup>545</sup> inzwischen nicht nur die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft wie in Deutschland, sondern auch die gleichgeschlechtliche Ehe gibt. In dieser Konstellation ist eine Diskriminierung eines Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten aufgrund des Geschlechts jedoch ausgeschlossen.

Der Diskriminierungsschutz von Art. 10 Rom III-VO soll nur einen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes garantieren. Es handelt sich also um ein Element prozessualer Gleichbehandlung, welches erfüllt sein sollte, wenn beide Ehegatten einen Trennungs- bzw. Scheidungsantrag stellen können. Ob darüber hinaus auch die Gleichbehandlung bei den Scheidungsgründen erforderlich ist, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch der Gesetzeshistorie oder –begründung. Da jedoch – wie unten dargestellt – viel für eine restriktive Anwendung der Diskriminierungsvariante spricht, sollte auch deren Anwendungsbereich am Wortlaut orientiert eng ausgelegt werden. Folglich stellt die Diskriminierungsvariante lediglich eine Absicherung des prozessualen Zugangs dar, die nicht eine Gleichbehandlung der Ehegatten im materiellen Scheidungsrecht erfordert.

Zum anderen stellt Art. 10 Rom III-VO anscheinend auf die abstrakte Nichtscheidbarkeit und die abstrakte Diskriminierung ab. Dafür spricht der

Wortlaut, der – anders als Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB – „eine Ehescheidung vorsehen“ verwendet. „Vorsehen“ drückt aus, dass die Scheidung grundsätzlich möglich sein muss. Auch in der Diskriminierungsvariante lässt der Wortlaut es ausreichen, dass einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit kein gleichberechtigter Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gewährt wird.<sup>546</sup> Dies spiegelt sich auch in den gleichermaßen geltenden anderssprachigen Fassungen wieder. Im Englischen heißt es: „*Where the law applicable pursuant to Article 5 or Article 8 makes no provision for divorce or does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex, the law of the forum shall apply.*“ Der Gebrauch von „*no provision for divorce*“ verdeutlicht, dass es im Rahmen von Art. 10 Rom III-VO darauf ankommt, ob die primär anwendbare Rechtsordnung Vorschriften zur Scheidung erlassen hat, diese also überhaupt die Scheidung vorsieht. Ebenso sind auch die französische und spanische Fassung zu interpretieren. Die *lex fori* ist anwendbar, wenn das primär anwendbare Recht eine Scheidung „*ne prévoit pas*“ bzw. „*no contemple*“.

Auch die Gesetzgebungsgeschichte unterstützt diese Auslegung. Die beiden Änderungsvorschläge des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres und des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter haben jeweils eine konkrete Diskriminierung gefordert und wurden nicht angenommen.

Eine abstrakte Prüfung legt auch der 16. Erwägungsgrund nahe.<sup>547</sup> Danach muss das von den Ehegatten gewählte Recht mit den Grundrechten vereinbar sein, wie sie durch die Verträge und durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt werden. Die Wahl anderer Rechtsordnungen soll folglich schon von vornherein ausgeschlossen sein.

Eine systematische Betrachtung spricht ebenfalls für eine abstrakte Prüfung der Unscheidbarkeitsvariante. Eine konkrete Betrachtung würde auf eine alternative Anwendung des nach Art. 5 Rom III-VO gewählten oder nach Art. 8 Rom III-VO berufenen Rechts und der *lex fori* hinauslaufen.<sup>548</sup> Dies würde wiederum das *forum shopping* fördern, welches durch die Verordnung zurückgedrängt werden sollte.



Auch der Telos der Norm spricht für eine rein abstrakte Betrachtung. Bei Art. 10 Rom III-VO handelt es sich um eine Ausnahmvorschrift, die grundsätzlich eng auszulegen ist. Eine konkrete Betrachtung der Unscheidbarkeitsvariante wie im Rahmen von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB würde angesichts der noch bestehenden materiellrechtlichen Differenzen der Scheidungsrechte<sup>549</sup> eine wesentlich größere Anzahl Anwendungsfälle hervorrufen. Dies erscheint insbesondere im europäischen Kontext und dem damit verbundenen gegenseitigen Vertrauen als wenig wünschenswert. Eine konkrete Betrachtung im Rahmen der Unscheidbarkeitsvariante ist auch nicht erforderlich, da in den Fällen, in denen die Scheidung zwar vorgesehen ist, aber aufgrund überhöhter praktischer Hürden fast gänzlich ausgeschlossen ist, Art. 12 Rom III-VO den Rückgriff auf den *ordre public* ermöglicht.

Von den Mitgliedstaaten, für die die Verordnung gilt, würde folglich die Anwendung keines Scheidungsrechts ausgeschlossen, da inzwischen auch Malta die Scheidung eingeführt hat.<sup>550</sup> Ansonsten hätte sich für maltesische Gerichte eine interessante Konstellation ergeben. Diese hätten nach dem Wortlaut von Art. 10 Rom III-VO ihr nach Art. 5 oder Art. 8 Rom III-VO berufenes Heimatrecht nicht anwenden dürfen, weil es eine Scheidung nicht vorsah und wären durch die Anwendung von Art. 10 Rom III-VO zur Berufung der *lex fori* und damit ebenfalls wieder zur Anwendung maltesischen Scheidungsrechts gekommen, welches gemäß Art. 10 Rom III-VO nicht hätte angewandt werden dürfen. Der Hauptmann von Köpenick hätte sich gefreut.

Die abstrakte Betrachtung fördert auch den mit der Rechtvereinheitlichung angestrebten internationalen Entscheidungseinklang. Zwar wird dieses in den Gesetzgebungsmaterialien nicht ausdrücklich erwähnt, doch beabsichtigt, die Rom III-VO den „Wettlauf zu den Gerichten“ zu verhindern.<sup>551</sup> Dies kann allein durch die Herstellung des internationalen Entscheidungseinklangs bewerkstelligt werden, wenn die Gerichte der Mitgliedstaaten alle das gleiche materielle Recht anwenden. Dieser internationale Entscheidungseinklang wird durch die Anwendung der *lex fori* durchbrochen, folglich ist eine möglichst behutsame Anwendung von Art. 10 Rom III-VO für den internationalen Entscheidungseinklang förderlich.

Auch unter Berücksichtigung der angestrebten Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit ist eine abstrakte Betrachtung vorzugswürdig. Hier lassen sich relativ einfach Listen von Rechtsordnungen aufstellen, deren Recht eine Ehescheidung nicht vorsieht oder einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gewährt. Folglich lässt sich für die Ehegatten und deren Rechtsbeistände sicher und kostengünstig ermitteln, welches Scheidungsrecht nach Art. 5 und Art. 8 Rom III-VO nicht angewandt wird und in welchen Fälle deshalb die *lex fori* die Scheidungsvoraussetzungen diktiert.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine abstrakte Betrachtung bei der Diskriminierungsvariante anders als bei der Nichtscheidbarkeit zu einem größeren Anwendungsbereich führt. Hier mag die Liste der Rechtsordnungen, die eine geschlechtsspezifische Diskriminierung im Scheidungsrecht vorsehen, größer sein als die Auswirkungen im konkreten Fall. So könnte beispielsweise im Rahmen eines einvernehmlich eingereichten Scheidungsantrags eine grundsätzlich im Scheidungsrecht angelegte diskriminierende Benachteiligung der Ehefrau keine Auswirkungen haben, dennoch dürfte bei einer abstrakten Betrachtungsweise das Gericht dieses Scheidungsrecht nicht anwenden und müsste auf die *lex fori* zurückgreifen. Somit wäre bei der Diskriminierungsvariante eine konkrete Betrachtung erstrebenswert.<sup>552</sup>

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den internationalen Entscheidungseinklang. Es lässt sich nicht rechtfertigen, ohne konkrete Diskriminierung im Einzelfall die Anwendung eines Scheidungsrechts per se auszuschließen, nur weil es in einer anderen – nicht einschlägigen Fallkonstellation – einem der Ehegatten aufgrund seines Geschlechts keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gewährt. Dies kommt einer kollektiven Bestrafung durch Nichtanwendung eines nationalen oder religiösen<sup>553</sup> Rechts für eine aus europäischer Sicht unzulängliche Gleichbehandlung gleich. Welches der damit angestrebte Zweck sein soll, ist nicht ersichtlich. *Schurig* meint, hier würde das Internationale Privatrecht zum Mittel des Kulturkampfes zwischen Aufklärung und Religionsgebundenheit missbraucht.<sup>554</sup> Diesem Eindruck kann man sich

nur schwer verschließen. Doch ist dieses Unterfangen zur Erfolglosigkeit verdammt. Art. 10 Rom III-VO wird wohl kaum einen nationalen oder religiösen Normgeber zur Überarbeitung seines Scheidungsrechts animieren, nur damit sein Scheidungsrecht in 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union angewandt wird.

Eine konkrete Betrachtungsweise würde ausreichen, um Ungleichbehandlungen zu verhindern. Dies wäre natürlich mit einer Rechtsunsicherheiten verursachenden Einzelfallprüfung verbunden, wäre aber aus internationalprivatrechtlicher Sicht der geringere Eingriff. Dennoch wird man – insbesondere im Hinblick auf die oben dargestellte Normentstehungsgeschichte – nicht annehmen können, dass der Europäische Gesetzgeber eine solche Differenzierung zwischen der Unscheidungsbarkeits- und Diskriminierungsvariante vornehmen wollte, auch wenn man es mit *Schurig*<sup>555</sup> im Rahmen des Wortlauts für möglich halten will. Folglich muss man trotz der berechtigten Kritik auch bei der Diskriminierungsvariante die abstrakte Betrachtung als geltendes Recht anerkennen.

Darüber hinaus ergibt sich, anders als bei Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, der erforderliche Inlandsbezug des Art. 10 Rom III-VO allein aus dem Bestehen eines Gerichtsstandes. Für die Bewertung dieser Veränderung ist wiederum eine kurze Analyse der Brüssel IIa-VO erforderlich. Diese ist nach Art. 1 Abs. 1 lit a) Brüssel IIa-VO für Zivilsachen mit dem Gegenstand der Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anwendbar. Art. 3 Brüssel IIa-VO hält hierbei eine Fülle von Gerichtsständen bereit. Zuständig sind die Gerichte des Mitgliedstaates in dessen Hoheitsgebiet beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben; die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; im Fall eines gemeinsamen Antrags einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn er sich dort seit mindestens einem Jahr unmittelbar vor der Antragstellung aufgehalten hat; oder der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn er sich dort seit mindestens sechs Monaten unmittelbar vor der Antragstellung aufgehalten hat und entweder Staatsangehöriger des betreffenden Mitgliedstaats ist oder, im Fall des

Vereinigten Königreichs und Irlands, dort sein „domicile“ hat.

Daneben besteht auch eine Zuständigkeit im Mitgliedstaat dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen, oder, im Fall des Vereinigten Königreichs und Irlands, in dem sie ihr gemeinsames „domicile“ haben. Diese Zuständigkeiten sind nach Art. 6 Brüssel IIa-VO ausschließlich, wenn der Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat oder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats – im Fall des Vereinigten Königreichs und Irlands sein „domicile“ – hat. Somit werden losgelöst von der Staatsangehörigkeit höhere Anforderungen an den Inlandsbezug gestellt als bei Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, der die ehemalige deutsche Staatsangehörigkeit ausreichen lässt. Positiv hervorzuheben ist insbesondere das Bemühen, an einen gemeinsamen Bezug zum Gerichtsstand anzuknüpfen. Da die Gerichtsstände jedoch gleichberechtigt nebeneinander stehen und die Wahl dem Antragsteller überlassen wird, wird dies jedoch nur geringe praktische Auswirkungen haben.

Des Weiteren ist Art. 10 Rom III-VO anders als Art. 17 Abs. 2 S. 1 EGBGB eine allseitige Norm nach österreichischem Vorbild. Österreich hat bereits 1979 in § 20 Abs. 2 IPRG den *favor divortii* allseitig verwirklicht. Danach kann nach dem Personalstatut des klagenden Ehegatten geschieden werden, sofern nach dem gemäß § 20 Abs. 1 IPRG ermittelten Recht die Ehe aufgrund der geltend gemachten Tatsachen nicht geschieden werden kann oder keiner der Anknüpfungspunkte des § 18 IPRG vorliegt.<sup>556</sup> Der allseitige Ausbau von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, der in der Literatur an verschiedenen Stellen vorgeschlagen wurde,<sup>557</sup> ist hier Realität geworden. Es ergibt sich jedoch ein gravierender Unterschied mit der Berufung der *lex fori*. Hierauf soll in der Bewertung näher eingegangen werden.

## II. Bewertung

Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO sind artverwandt und doch grundsätzlich verschieden, deshalb werden sie im Rahmen der Bewertung den Gesetzgebungszielen einzeln gegenüber gestellt, wobei die Unterschiede hervorgehoben werden sollen. Dabei wird zuerst auf Art. 17

Abs. 1 S. 2 EGBGB eingegangen und anschließend Art. 10 Rom III-VO bewertet.

## 1. Internationaler Entscheidungseinklang

Die Sonderanknüpfung in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB durchbricht das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs, ein Rechtsverhältnis international nur einer Rechtsordnung zu unterwerfen. Dieser Durchbrechung wird mit der einschränkenden Auslegung des BGH entgegengewirkt, welcher diese unter anderem mit der negativen Wirkung auf den internationalen Entscheidungseinklang begründete.<sup>558</sup> Nichtsdestotrotz stellt Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB eine Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs unterhalb der Schwelle des *ordre public* da und verhindert sogleich, dass unter Anwendung des *ordre public* die durch Nichtanwendung des ausländischen Rechts entstandene Lücke vorrangig durch eine äquivalente Ersatzlösung auf Basis des ausländischen Rechts<sup>559</sup> geschlossen wird. Aus Sicht des internationalen Entscheidungseinklangs wäre ein behutsameres Vorgehen vorzugswürdiger gewesen, da hinkende Ehen für alle Beteiligten Komplikationen hervorrufen.

Auch die Sonderanknüpfung in Art. 10 Rom III-VO hat negative Auswirkungen auf den internationalen Entscheidungseinklang. Zwar fördert die Rom III-VO als Rechtsvereinheitlichungsprojekt grundsätzlich den internationalen Entscheidungseinklang. Dies jedoch nur zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten. Ob dies auch für die an der Verordnung nicht teilnehmenden Staaten gilt, entweder weil die Verordnung eine Vorbildfunktion hat oder sich einem internationalen Trend anschließt, muss differenziert beurteilt werden.

Vorliegend interessieren nur die Auswirkungen von Art. 10 Rom III-VO, der den durch die Regelanknüpfung hergestellten internationalen Entscheidungseinklang grundsätzlich durchbricht. Diese Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs wird durch die abstrakte Betrachtung in Art. 10 Rom III-VO für die Nichtscheidungsvariante verringert. Durch die Einführung der Diskriminierungsvariante hingegen wird sie wieder erweitert, so dass man feststellen muss, dass unter der

Rom III-VO der Eingriff in den internationalen Entscheidungseinklang massiver ist. Dies ist umso bedauernswerter, da bezüglich der Diskriminierungsvariante – wie schon oben dargestellt – eine konkrete Betrachtung zur Verhinderung von Benachteiligungen ausgereicht hätte. Allein der Gewinn an Rechtssicherheit kann diesen Missstand nicht rechtfertigen. Zumal dies ausweislich der kargen Gesetzesbegründungen auch nicht Ziel des Gesetzgebers war. Letztlich läuft die Diskriminierungsvariante auf ein Unwerturteil gegenüber ausländischem Scheidungsrecht hinaus, welches einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gewährt. Dies ist unnötig und mit dem im internationalen Entscheidungseinklang zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Gleichwertigkeit nationaler Rechte nur schwer zu vereinbaren.

Betrachtet man jedoch die Sachmaterie – die Ehescheidung –, so erscheint die Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs auf den ersten Blick weniger gravierend. Eine Scheidung ist einmalig, so dass hier der internationale Entscheidungseinklang eine wesentlich geringere Rolle zu spielt. Es ist insoweit unerheblich, ob auch ein zweiter Staat auf die Scheidung das gleiche Recht anwendet, da die Ehe schon geschieden ist und es sich folglich um *res judicata* handelt, sofern es sich nicht um eine Privatscheidung handelt. Diese haben jedoch nicht die praktische Relevanz gerichtlicher Scheidungen, so dass sie für die vorliegende Betrachtung vernachlässigt werden. Allein entscheidend – insbesondere um hinkende Ehen zu vermeiden – ist somit die Frage, ob die auf Basis von Art. 10 Rom III-VO ausgesprochene Scheidung im Ausland auch anerkannt wird. Dies wird innerhalb der Europäischen Union durch die Brüssel IIA-VO sichergestellt. Außerhalb der Europäischen Union ist dies sehr unterschiedlich geregelt. Grundsätzlich gibt es, international betrachtet, einen Trend zu mehr Anerkennungsfreundlichkeit.<sup>560</sup> Probleme ergeben sich nur, sofern die Beachtung des Internationalen Privatrechts noch als Anerkennungsverweigerungsgrund anerkannt wird. In Deutschland wurde dieser Anerkennungsverweigerungsgrund in § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO a.F. erst 1986 im Rahmen der IPR-Reform abgeschafft.<sup>561</sup> Auch vorher fand man diesen Anerkennungsverweigerungsgrund vor allem in den Ländern Kontinentaleuropas.<sup>562</sup> In der Brüssel IIA-VO findet sich dieser

Anerkennungsverweigerungsgrund nicht wieder, so dass die Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs in dieser Hinsicht, soweit ersichtlich, nicht zu hinkenden Rechtsverhältnissen führt. Hinkende Ehen entstehen hauptsächlich dort, wo die Scheidung grundsätzlich nicht anerkannt wird. Jedoch sind diese Differenzen des materiellen Rechts auf der Ebene des Internationalen Privatrechts nicht zu überwinden, so dass diesbezüglich hinkende Ehen als kleineres Übel im Vergleich zu unscheidbaren Ehen hingenommen werden können.

Hinkende Ehen können auch dort entstehen, wo eine Scheidung zwar grundsätzlich anerkannt wird, der Staat aber eine Alleinzuständigkeit für die Scheidung eigener Staatsangehöriger beansprucht oder einzelne Scheidungsgründe nicht anerkannt werden.<sup>563</sup> Auch auf diese Fälle und somit die Erfüllung des internationalen Entscheidungseinklangs hat das Internationale Privatrecht keinen Einfluss.

Sowohl Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO stellen eine Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs dar. Bei der Diskriminierungsvariante von Art. 10 Rom III-VO ist dieser in seiner aktuellen Weite unnötig und es ist erstrebenswert, diesen durch eine konkrete Betrachtungsweise einzudämmen. Jedoch halten sich die praktischen Auswirkungen aufgrund der Besonderheit der Materie in einem überschaubaren Rahmen.

## 2. Innerer Entscheidungseinklang

Neben dem internationalen Entscheidungseinklang ist fraglich, ob Art. 17 Abs. 1 S. 2 EG-BGB und Art. 10 Rom III-VO auch den inneren Entscheidungseinklang durchbrechen. Der innere Entscheidungseinklang ist erfüllt, wenn die Scheidungsfrage mit anderen, tatsächlichen oder möglicherweise zu treffenden Entscheidungen inhaltlich im Einklang steht. Grundsätzlich könnte man davon ausgehen, dass auch hier ein Konflikt auftritt, da die Regelungen eine abweichende Anknüpfung vorsehen. Jedoch betrifft dies auch hier allein die Scheidungsvoraussetzungen, bei denen aufgrund des singulären Ereignisses der Scheidung keine Verwerfungen mit anderen inländischen Entscheidungen möglich sind. Die Scheidungsvoraussetzungen werden also im Inland immer nach derselben

Rechtsordnung beurteilt, so dass der innere Entscheidungseinklang weder durch Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB noch durch Art. 10 Rom III-VO betroffen ist.

### 3. Materielle Harmonie

Wie sich die Sonderanknüpfungen auf die materielle Harmonie auswirken, kann ebenfalls nur mit Rückgriff auf die Regelungsmaterie beantwortet werden. Früher sah man aufgrund des Verschuldensprinzips einen engen Zusammenhang zwischen Ehestatut und Scheidungsstatut.<sup>564</sup> Da das Ehestatut die Pflichten innerhalb der Ehe festlegte, war es wünschenswert, dass dasselbe Recht auch die Scheidung, also die Rechtsfolgen für die Verletzung dieser Pflichten, regelte. Nur so konnten Widersprüche zwischen dem Ehestatut und dem Scheidungsstatut vermieden werden. Das materielle Eherecht hat jedoch eine wesentliche Wandlung unternommen.<sup>565</sup> Grundlage für die Scheidung ist nunmehr das Zerrüttungsprinzip. Danach kommt es allein darauf an, dass eine eheliche Gemeinschaft nicht mehr besteht. Dieser Zustand ist vom Ehestatut unabhängig, so dass diesbezüglich keine Konflikte mit dem Grundsatz der materiellen Harmonie auftreten können.

Das nach Rom III-VO anwendbare Recht gilt laut Art. 1 Abs. 1 nur für die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Abs. 2 Rom III-VO macht dies nochmals deutlich, indem die nicht geregelten Bereiche aufgezählt werden. Durch diesen engen Anwendungsbereich der Rom III-VO mögen Konflikte mit dem Grundsatz der materiellen Harmonie auftauchen, jedoch haben sie nicht ihren Ursprung in der Sonderanknüpfung von Art. 10 Rom III-VO. Ähnliches gilt für Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, da die wichtigen Ehewirkungen – Unterhalt und Vermögensstand – in Art. 15 und Art. 18 EGBGB geregelt sind. Die Herstellung der materiellen Harmonie ist vielmehr den Regelanknüpfungen überlassen, die jedoch dieses Ziel nur nachlässig verfolgen. So knüpft beispielsweise Art. 3 iVm Art. 5 HUntProt für das Unterhaltsrecht – gänzlich unabhängig von dem jeweiligen Scheidungsstatut – an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten an. Durch die Zuordnung der verschiedenen Materien zu unterschiedlichen Regelungsinstrumenten ist eine



Abstimmung in den Hintergrund gerückt und ein Gleichlauf häufig rein zufällig. Die Abweichung von diesen Regelanknüpfungen hat somit kaum Auswirkungen auf die materielle Harmonie. Folglich kann man festhalten, dass aufgrund der Wandlung des materiellen Eherechts und des begrenzten Anwendungsbereichs von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO die Vorschriften sich gegenüber dem internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziel der materiellen Harmonie weitestgehend neutral verhalten.

#### 4. Rechtssicherheit

Hinsichtlich der Verwirklichung der Rechtssicherheit kann man deutliche Unterschiede zwischen Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO feststellen.

##### a. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB

Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB ist hinsichtlich der Rechtssicherheit zwiespältig zu beurteilen. Zum einen erfordert die Norm einen Einzelfalltest, dessen Ausgang vor allem vor dem Hintergrund der restriktiven Auslegung des BGH nur schwer vorherzusehen ist.<sup>566</sup> *Mankowski* geht so weit, zu behaupten, dass es keine handhabbaren Maßstäbe gebe, um eine Erheblichkeit der Abweichung vom deutschen Recht unterhalb der Schwelle zum *ordre public* im Sinne der restriktiven Auslegung feststellen zu können.<sup>567</sup> Dem ist jedoch nicht zuzustimmen: So wie auch für die *ordre public* Prüfung Kriterien entwickelt wurden, ist es möglich, diese auch für eine Prüfung unterhalb des Maßstabs des *ordre public* zu entwickeln. Jedoch besteht bis zur Entwicklung dieser Maßstäbe eine beachtliche Rechtsunsicherheit.

Zum anderen stellt Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB Rechtssicherheit insofern her, als er in Kombination mit den Vorschriften über die internationale Zuständigkeit aktuellen oder ehemaligen deutschen Staatsbürgern die Scheidungsmöglichkeit nach deutschem Recht sichert. Für den ausländischen Ehegatten stellt Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB jedoch eine Überraschung dar. Es ist nicht vorhersehbar, dass das deutsche

Internationale Privatrecht einem ehemaligen deutschen Staatsbürger eine Scheidungsmöglichkeit nach deutschem Recht einräumt, auch wenn die Ehe ansonsten – aktuelle Staatsangehörigkeit, gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten – keinerlei Verbindung mehr zu Deutschland hat. Diese Regelung ist auch nur – wie oben dargestellt – historisch zu erklären. Bei Kenntnis der Regelung, die in der Praxis selten sein dürfte, erlaubt Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB mit dem Verweis auf das deutsche Recht hingegen im Prozess hinreichende Vorhersehbarkeit bezüglich des anwendbaren Rechts.

Wegen der Unüblichkeit der Regelung des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und den Abgrenzungsproblemen bei der Frage, wann die *lex causae* weitaus strengere Anforderungen an die Begründetheit des Scheidungsbegehrens stellt oder die Trennungszeit umso viel länger ist, dass dies praktisch einen Scheidungsausschluss bedeutet, stellt Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB trotz der klaren Anknüpfungsregelung den Rechtsanwender vor große Rechtsunsicherheiten.

#### b. Art. 10 Rom III-VO

Die Verbesserung der Rechtssicherheit war eines der Hauptziele der Rom III-VO.<sup>568</sup> Dies dürfte man auch als erreicht bezeichnen. Hauptvehikel für die Erreichung dieses Ziel war die Einführung der Rechtswahlmöglichkeit. Diese erlaubt den Ehegatten das anwendbare Recht aus einer umgrenzten Gruppe auszuwählen, um Restunsicherheiten zu eliminieren. Die so erreichte Rechtssicherheit wird durch Art. 10 Rom III-VO auch nicht vermindert. Da der Verordnungsgeber sowohl für die Unscheidbarkeits- als auch für die Diskriminierungsvariante eine abstrakte Betrachtung gewählt hat, ist das von Art. 10 Rom III-VO von der Anwendung ausgeschlossene Recht leicht zu bestimmen. Diese abstrakte Betrachtung erlaubt es der Rechtswissenschaft, beispielsweise in Kommentierungen Tabellen zu erstellen, anhand derer die Anwendbarkeit ausländischen Rechts relativ schnell ermittelt werden kann.

Problematisch ist allein die subsidiäre Anknüpfung an die *lex fori*. Die in der Brüssel IIa-VO angelegte große Zahl wahlweise zur Verfügung stehender Gerichtsstände erlaubt es dem Antragssteller, in Kenntnis der

Unanwendbarkeit der *lex causae* über die Gerichtsstandswahl das anwendbare Recht zu wählen. Diese Möglichkeit des *forum shopping* und des damit verbundenen „Wettlaufs zum Gericht“ sollte durch die Rom III-VO gerade unterbunden werden.<sup>569</sup>

Dieses Vorhaben darf man aber schon hinsichtlich der Regelanknüpfung als nur bedingt erfolgreich bezeichnen. Gemäß Art. 8 Rom III-VO bestimmt sich das in Ermangelung einer Rechtswahl anzuwendende Recht primär nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt oder dem ehemaligen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und noch einer der Ehegatten ihn im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts inne hat. Sekundär stellt Art. 8 Rom III-VO auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten ab und nur hilfsweise wird die *lex fori* berufen. In dieser Anknüpfungsleiter spiegelt sich das Dilemma des Diskriminierungsverbots wieder. So weit möglich, versucht die Rom III-VO gemeinsame Anknüpfungsmomente zu finden, um nicht den einen Ehegatten gegenüber dem anderen zu benachteiligen. Problematisch wird es vor allem, wenn gemeinsame Anknüpfungsmomente fehlen. Zwar darf man in der Regel davon ausgehen, dass Ehegatten einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben, nämlich den Ort, an dem sie ihre Ehe führen. Doch ist dies bei einer zunehmend mobilen Arbeitswelt bei einer immer enger verknüpften Europäischen Union nicht zwingend. Während im Regelfall nach Art. 8 lit b) Rom III-VO Rechtssicherheit zumindest noch für ein Jahr nach der Trennung besteht – angenommen einer der Ehegatten verlegt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in ein anderes Land –, so dominiert danach der Grundsatz der *lex fori in foro proprio*. Dem *forum shopping* und dem „Wettlauf zu den Gerichten“ ist damit Tür und Tor geöffnet.

Gleich gilt nun, wenn die *lex causae* nach Art. 10 Rom III-VO unanwendbar ist. Folglich ist die subsidiäre Anknüpfung an die *lex fori* der Rechtssicherheit in hohem Maße abträglich. Jedoch erscheint sie alternativlos. Gemeinsame Anknüpfungsmomente, die nicht schon in Art. 8 Rom III-VO zur Anwendung kommen, sind nicht ersichtlich. Die Anknüpfung an Elemente, die nur ein Ehegatte erfüllt, würde als diskriminierend abgelehnt. Der Verweis auf die engste Verbindung würde im Rahmen von Art. 10 Rom III-VO den inländischen Wunsch nach

Scheidbarkeit einer Ehe nicht hinreichend befriedigen. Die Anwendung des *ordre public* wäre die Folge, was nicht zu mehr Rechtssicherheit führen würde. Folglich hat sich der Verordnungsgeber – wohl auch als Zugeständnis an die *common law*- Rechtsordnungen, welche im internationalen Familienrecht dem Grundsatz der *lex fori in foro proprio* folgen,<sup>570</sup> entschlossen, die Problematik auf die internationale Zuständigkeit zu verlagern. Damit konnte er sich der Problematik zwar nicht entledigen – auch im Rahmen der Brüssel IIa-VO gilt das Diskriminierungsverbot –, jedoch ist es in der Diskussion weniger präsent, da die Notwendigkeit eines Gerichtsstandes unbestritten ist. Letztlich steht hinter der Berufung der *lex fori* der unausgesprochene Wunsch, dem scheidungswilligen Ehegatten die Scheidung zu ermöglichen. Wie dies vor dem Hintergrund der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit zu bewerten ist, wird unten erörtert werden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Art. 10 Rom III-VO wesentlich mehr Rechtssicherheit ermöglicht als Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Problematisch ist allein die Wahl der *lex fori* als subsidiäre Anknüpfung, da dies das *forum shopping* fördert.

## 5. Einzelfallgerechtigkeit

Bei der Bewertung der geschaffenen Einzelfallgerechtigkeit soll, wie oben bei Art. 4 HUntProt, zuerst allgemein die Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit untersucht werden, um dann anschließend deren Verwirklichung im Einzelfall, insbesondere unter dem Kriterium der Flexibilität, zu beleuchten.

### a. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB

Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB knüpft für die Anwendung deutschen Scheidungsrechts an die bestehende bzw. die zur Zeit der Eheschließung bestandene deutsche Staatsbürgerschaft an.

Für die Anknüpfung an die aktuelle deutsche Staatsbürgerschaft als Alternative zur *lex fori* oder des gewöhnlichen Aufenthalts bestehen gewichtige Gründe. Internationalprivatrechtlich begründen, lässt sich diese

Anknüpfung damit, dass sich die Scheidbarkeit der Ehe nach dem Abrücken vom Verschuldensprinzip nicht mehr an vorangegangenen Pflichtverletzungen orientiert, weshalb eine Bezugnahme auf das Ehestatut obsolet geworden ist. Folgt man dem Postulat einer relativen Scheidungsfreiheit, entspricht die Anwendung des Personalstatuts des die Scheidung begehrenden Ehegatten der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit.<sup>571</sup> Sieht man wiederum das Personalstatut am besten durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit repräsentiert, so wäre die Anknüpfung in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB an die aktuelle Staatsangehörigkeit zu begrüßen. Darin spiegelt sich auch die Ausstrahlung des materiellen Rechts, insbesondere des deutschen Verfassungsrecht wider. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB soll die aus Art. 6 GG abgeleitete positive Eheschließungsfreiheit durch Schutz der negativen Ehefreiheit gewährleisten. Zwar handelt es sich dabei nicht um ein Deutschengrundrecht, jedoch hat der deutsche Gesetzgeber auf dem Feld des internationalen Familienrechts besondere Fürsorgepflichten gegenüber deutschen Staatsangehörigen. Diese materiellrechtlichen Erwägungen des *favor divorcii* dürfen auch im Rahmen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit aufgrund der Konzeption des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsrecht berücksichtigt werden. Die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit korreliert dabei mit der Zuständigkeitsregelung des § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, der für die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte in Ehesachen ebenfalls auf die aktuelle oder vormalige deutsche Staatsangehörigkeit abstellt. Dies hat zwar aufgrund von Art. 7 Brüssel IIa-VO nur noch einen begrenzten Anwendungsbereich, hebt aber die Bedeutung der Fürsorgepflicht des deutschen Gesetzgebers hervor.

Die Regelanknüpfung des Scheidungsstatuts in Art. 17 Abs. 1 S. 1 iVm Art. 14 EGBGB steht zu dieser Fürsorgepflicht im Widerspruch. Diese knüpft über die Verweisung auf die allgemeinen Wirkungen der Ehe grundsätzlich an das materiellrechtlich überkommene Verschuldensprinzip an. Dieser Rückgriff auf das Verschuldensprinzip wird durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit kompensiert, so dass das internationale Scheidungsrecht auch die modernen Strömungen des materiellen Scheidungsrechts aufgreift und so eine Balance zwischen den konkurrierenden materiellrechtlichen Konzepten auf der Metaebene des

Internationalen Privatrechts findet.

Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich auch die in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB angelegte Diskriminierung des ausländischen Ehegatten rechtfertigen. Grundsätzlich werden auf dessen internationalprivatrechtliche Interessen in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB keine Rücksicht genommen. Sein Interesse an der Anwendung eines Rechts, welches dem Zerrüttungsprinzip entsprechend eine Verbindung zum objektiven Zustand der Ehe hat, wird ignoriert. Die internationalprivatrechtlichen Interessen des ausländischen Ehegatten werden jedoch hinreichend bei der Regelanknüpfung in Art. 17 Abs. 1 S. 1 iVm Art. 14 EGBGB berücksichtigt. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB stellt davon gerade eine Ausnahmekonstellation dar, in der aufgrund der Eheschließungsfreiheit des deutschen Ehegatten die internationalprivatrechtlichen Interessen des ausländischen Ehegatten zurücktreten müssen.

Diese Erwägungen waren dem Gesetzgeber der IPR-Reform von 1986 ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht präsent. Vorliegend geht es aber allein um die Frage, ob die Norm und die darin enthaltene Anknüpfung die aktuellen Anforderungen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit erfüllen. Der Maßstab ist somit objektiv. Auf Basis dieses objektiven Maßstabs lässt sich die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit grundsätzlich mit der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit vereinen.

Anders verhält es sich mit der Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung. Diese wurde historisch mit dem Umstand begründet, dass eine deutsche Staatsangehörige mit der Heirat eines Ausländers automatisch ihre Staatsangehörigkeit verlor. Diesen automatischen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit gibt es inzwischen nicht mehr. Soweit ersichtlich, finden sich auch in anderen europäischen Staaten keine vergleichbaren Regelungen mehr.<sup>572</sup> Schon 1948 befand sich der automatische Verlust der Staatsangehörigkeit laut *Raape* auf dem Rückzug.<sup>573</sup> Die deutsche Staatsangehörigkeit kann nur noch freiwillig aufgegeben werden. Um mit dieser Entwicklung Schritt zu halten, wird die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung mit

Vertrauensschutzerwägungen begründet.<sup>574</sup> Ein ehemaliger deutscher Staatsbürger vertraue darauf, dass er sich auch nach dem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit noch nach deutschem Recht scheiden lassen könne, wenn das Scheidungsstatut eine Scheidung nicht vorsehe. Woher dieses Vertrauen kommen soll und warum es schützenswert sei, wird hingegen nicht gesagt. Man muss annehmen, dass dieses Vertrauen eine reine Fiktion ist, um eine historisch überholte Regelung aufrechtzuerhalten. Selbst wenn dieses Vertrauen in Einzelfällen durch Kenntnis des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB aufgebaut wurde, so wäre es ein Leichtes, mit einer Übergangsregelung für Altfälle zu verhindern, dass dieses Vertrauen in Zukunft entsteht. Im Übrigen ist das Vertrauen eines deutschen Staatsangehörigen, sich aufgrund seiner Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung sich nach deutschem Recht scheiden lassen zu können, spätestens mit der freiwilligen Aufgabe dieser Staatsangehörigkeit nicht mehr schützenswert.

Bezeichnend ist insbesondere, dass nach keinem materiellrechtlichen Verständnis des Scheidungsrechts eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung erforderlich ist. Basierend auf dem Verschuldensprinzip rechtfertigt sich nur die Anknüpfung an das Scheidungsstatut, da dieses die Pflichten der Ehe regelt.<sup>575</sup> Folgt man dem Zerrüttungsprinzip, kommt es auf den aktuellen Zustand der Ehegemeinschaft an. Dieser ist jedoch von der Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung gänzlich unabhängig. Fasst man die Scheidungsfreiheit als persönliches Recht auf, welches sich aus dem Personalstatut herleitet, so ist nicht ersichtlich, weshalb dieses weder aus der aktuellen Staatsangehörigkeit noch aus dem gewöhnlichen Aufenthalt hergeleitet werden, sondern seinen Ursprung in der Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung haben soll. Die Verbindung zu dieser Staatsangehörigkeit wird mit der freiwilligen Aufgabe derselben gekappt. Folglich lässt sich für die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung unter kollisionsrechtlichen Gerechtigkeitswägungen keine Begründung finden.

Wenn die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung schon im Allgemeinen nicht der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit entspricht, so lässt sie sich

auch im Einzelfall nicht rechtfertigen. Folglich stellt sich allein die Frage, ob Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB bei der Anknüpfung an die aktuelle Staatsangehörigkeit auch der internationalprivatrechtlichen Einzelfallgerechtigkeit gerecht wird.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist die geltende Rechtsprechung entscheidend. Grundsätzlich ist Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB eine relativ starre Norm, die wenig Raum für Flexibilität einräumt. Anknüpfend an die deutsche Staatsangehörigkeit wird immer deutsches Recht angewandt. Diese starre Struktur wurde jedoch durch die restriktive Auslegung des BGH aufgebrochen. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB greift nicht schon, wenn die Ehe nach dem Scheidungsstatut zum jetzigen Zeitpunkt nicht scheidbar ist, sondern erst dann, wenn das ausländische Scheidungsstatut weitaus strengere Anforderungen an die Begründetheit des Scheidungsbegehrens stellt, die der Antragsteller nicht durch ihm zumutbare Maßnahmen überwinden kann oder die Trennungszeit um so viel länger ist, dass dies praktisch einen Scheidungsausschluss bedeutet.<sup>576</sup> Die Bedenken gegen diese Auslegung wurden schon oben geäußert, so dass sie für die Frage nach der Einzelfallgerechtigkeit als geltendes Recht akzeptiert werden soll.

Diese Auslegung erlaubt es den entscheidenden Gerichten, im Einzelfall zwischen den Interessen an der Anwendung des Scheidungsstatuts und den Interessen an der regelwidrigen Anwendung deutschen Scheidungsrechts abzuwägen. Dies hat der BGH in der Leitentscheidung auch vorbildlich getan.<sup>577</sup> Hierdurch wird abgesichert, dass die Anknüpfung nicht mechanisch erfolgt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls hinreichend Geltung finden. Dies ist auch erforderlich, da lediglich auf den Rechtszustand in der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen, sonderbare Auswüchse haben könnte. Die Anwendung eines ausländischen Scheidungsstatuts nur deshalb abzulehnen, weil nach deutschem Recht schon jetzt geschieden werden könne, die Trennungsfrist des ausländischen Scheidungsstatuts aber beispielsweise erst in zwei Wochen ablaufe, ließe sich internationalprivatrechtlich nicht rechtfertigen. Somit muss man die Regelung auch hinsichtlich der Einzelfallgerechtigkeit als grundsätzlich gelungen bezeichnen.

Fraglich ist nur, ob diese Regelungsmethode erforderlich war, oder der Verweis auf den *ordre public*- Vorbehalt für die Fallkonstellationen nicht



vollständig ausgereicht hätte. Man muss zugeben, dass die restriktive Auslegung Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB dem *ordre public* deutlich annähert. Wegen seiner starren Verweisung auf das deutsche Recht ist es zudem nicht möglich, aus dem ausländischen Scheidungsstatut eine angemessene Lösung zu entwickeln. Dies wäre das organischere Vorgehen und würde die Grundanknüpfung weniger beeinträchtigen. Jedoch erscheint dies vor den obigen Ergebnissen zur internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit nicht erforderlich. Art. 17 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EGBGB balancieren die widerstreitenden internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen zum Scheidungsstatut sehr ausgeglichen aus. Der bloße Verweis auf den *ordre public* würde diesem Ausgleich nicht gerecht werden, da dessen Schwelle höher ist als die des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und der Konzeption der Scheidung als persönliches Recht nicht gerecht wird.

Folglich ist Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB trotz der regelwidrigen Anwendung deutschen Rechts als internationalprivatrechtlich gerechte Lösung zu betrachten, sofern an die aktuelle deutsche Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung hingegen ist unter internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigen und wird glücklicherweise in Art. 10 Rom III-VO nicht fortgesetzt.

## b. Art. 10 Rom III-VO

### aa. Allgemein

Art. 10 Rom III-VO zeichnet sich dadurch aus, dass es sich um eine allseitige Kollisionsnorm handelt, die neben dem Fall der Unscheidbarkeit einer Ehe auch eine Diskriminierungsvariante eingeführt hat. In beiden Fällen wird anstelle des Scheidungsstatuts auf die jeweilige *lex fori* verwiesen.

Der Verweis auf die *lex fori* lässt sich mit dem Zerrüttungsansatz erklären, hat im Rahmen von Art. 10 Rom III-VO jedoch einen anderen Ursprung. Im Gesetzgebungsverfahren hat sich der Streit zwischen den

scheidungsfreundlichen skandinavischen Staaten und den scheidungsfeindlichen Staaten – insbesondere Malta – so weit zugespitzt, dass beide Seiten ihre Position in der Verordnung besonders berücksichtigt haben wollten. Für Malta ist dies in Art. 13 Rom III-VO geschehen, der ausdrücklich darauf hinweist, dass Mitgliedstaaten, nach deren Recht die Ehescheidung nicht vorgesehen ist, nicht verpflichtet sind, eine Ehescheidung in Anwendung dieser Verordnung auszusprechen.<sup>578</sup> Die Position der scheidungsfreundlichen Staaten findet sich in Art. 10 Rom III-VO wieder. Dieser verweist auf die *lex fori*, vermutlich um die Bevorzugung eines der Ehegatten zu vermeiden und den nationalen Gerichten nicht die hohe Schwelle des *ordre public* aufzubürden. Mit dem Zerrüttungsprinzip allein lässt sich die Verweisung auf die *lex fori* hingegen nicht erklären, denn, anders als *Dopffels* meint,<sup>579</sup> ist die *lex fori* dem objektiven, tatsächlichen Zustand der Ehe nicht zwingend nahe. *Schurig* argumentiert sogar, dass die Anknüpfung an die *lex fori* im Rahmen von Art. 8 Rom III-VO nach Ausschöpfung der gemeinsamen Anknüpfungselemente ein kaum nachvollziehbarer radikaler Schnitt sei.<sup>580</sup> Für die Bewertung des Rückgriffs auf die *lex fori* kommt es entscheidend auf den Ursprung der internationalen Zuständigkeit an. Ergibt sie sich nach Art. 3 Abs. 1 lit a) Spiegelstrich 1 oder 2 Brüssel IIa-VO aus dem gewöhnlichen Aufenthalt beider Ehegatten oder dem letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, so lässt sich der Rückgriff auf die *lex fori* mit dem Zerrüttungsprinzip erklären. Die subsidiäre Anknüpfung an die *lex fori* wäre in diesem Fall internationalprivatrechtlich gerecht.

Ergibt sich die internationale Zuständigkeit jedoch nach Art. 3 Abs. 1 lit a) Spiegelstrich 3, 4 oder 5 Brüssel IIa-VO aus dem gewöhnlichen Aufenthalt des Antragsgegners, dem gewöhnlichen Aufenthalt des Antragstellers, weil er diesen seit mindestens einem Jahr unmittelbar vor Antragstellung oder seit mindestens sechs Monaten vor Antragstellung verbunden mit der jeweiligen Staatsangehörigkeit innehatte oder, im Fall des Vereinigten Königreichs und Irlands, dort sein *domicile* hatte, so greifen unmittelbar keine internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen. Der Bezug zur Scheidung ergibt sich allein aus dem gewöhnlichen Aufenthalt eines Ehegatten in diesem Staat. Jedoch ist der Rückgriff auf das Zerrüttungsprinzip und den objektiven, tatsächlichen Zustand der Ehe

ohnehin versagt, wenn den Ehegatten ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt fehlt. Die Ehe wird allein durch dieses Kriterium betrachtet international. Für die Anwendung der *lex fori* spricht jedoch, dass so die Rechtsanwendung am kosteneffizientesten und schnellsten erfolgen kann. Dies trifft jedoch immer für die Anwendung der *lex fori* zu, so dass dies unter der Prämisse der generellen Bereitschaft ausländisches Recht anzuwenden, nur ein unterstützendes Argument sein kann – nicht die alleinige Begründung. Daneben wird mit der Verweisung auf die *lex fori* in diesen Fällen die Bemühung des *ordre public*- Vorbehalts des Art. 12 Rom III-VO vermieden. Dafür spricht, dass die Gerichte damit nicht gezwungen werden, das mit der Anwendung des *ordre public* verbundene Unwerturteil über das Scheidungsrecht eines weiteren Mitgliedstaates auszusprechen, was im Hinblick auf das allorts propagierte gegenseitige Vertrauen in die Rechtsordnungen nur schwer vereinbar wäre. So enthält die Verordnung selbst schon dieses Unwerturteil. Ob dies so viel besser ist, darf bezweifelt werden. Jedoch erleichtert es dem nationalen Richter die Arbeit und somit die Rechtsanwendung. Art. 10 Rom III-VO muss man als besondere *ordre public*- Norm qualifizieren, die vor allem in der Gesetzgebungsdiskussion begründet ist und gegenüber dem allgemeinen *ordre public*- Vorbehalt den Vorteil hat, dass sie sicherer und günstiger zum anvisierten Ergebnis gelangt.

Positiv bleibt festzuhalten, dass auch der gewöhnliche Aufenthalt nur eines Ehegatten mehr Verbindung zum tatsächlichen, objektiven Zustand der Ehe aufweist als die Staatsangehörigkeit nur eines Ehegatten. Gleichzeitig kann man in diesem Zusammenhang auch das Postulat einer relativen Scheidungsfreiheit bemühen, da das Personalstatut auch an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen kann. In diese Richtung geht auch der internationale Trend<sup>581</sup> und dies ist in Immigrationsländern wie denen der Europäischen Union unter Integrationsaspekten auch zu begrüßen. Grundsätzlich erzeugt die Anwendung inländischen Scheidungsrechts keinen übermäßigen Anpassungsdruck, der in der Lage wäre, die kulturelle Identität der Betroffenen zu verdrängen. Ob eine Ehe scheidbar ist oder nicht, ist eine gesellschaftliche Grundsatzfrage, die in einer Demokratie von der Mehrheit getroffen wird und der man sich, wenn man seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Land gewählt hat, das sich für die Scheidbarkeit entschieden hat, auch als Ausländer anpassen muss. Die

rechtliche Gleichbehandlung mit den übrigen Bewohnern zeigt vielmehr die Grenzen der gesellschaftlichen Toleranz auf und verdeutlicht den Unterschied zwischen Bewahrung kultureller Identität im Privaten und notwendiger Anpassung an den Grundkonsens der Mehrheit. Diese Überlegungen, verbunden mit den Kosten- und Zeitvorteilen der Anwendung der *lex fori*, bilden aus internationalprivatrechtlicher Sicht eine hinreichende Rechtfertigung für die subsidiäre Anknüpfung des Art. 10 Rom III-VO.

Fraglich ist, ob sich diese generalisierenden Betrachtungen auch auf den Einzelfall übertragen lassen. Dabei soll vorliegend zwischen der Unscheidbarkeitsvariante und der Diskriminierungsvariante unterschieden werden.

#### bb. Unscheidbarkeitsvariante

Hinsichtlich der Unscheidbarkeitsvariante bestehen hinsichtlich der internationalprivatrechtlichen Einzelfallgerechtigkeit keine Bedenken. Zwar ist hier, anders als im Rahmen von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB, keine Einzelfallprüfung vorzunehmen, die eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erlauben würde, jedoch ist die Latte mit der abstrakten Unscheidbarkeit nach dem Scheidungsstatut so hoch gehängt, dass diese auch überflüssig wäre. Sie müsste in Deutschland schon aus verfassungsrechtlichen Gründen immer zu Ungunsten des Scheidungsstatuts ausfallen, welches eine Scheidung nicht vorsieht. Dabei vernachlässigt die Rom III-VO aber auch nicht die Fälle, in denen aufgrund einer übermäßig langen Trennungsfrist eine Scheidung praktisch ausgeschlossen ist. In diesem Fall steht es dem entscheidenden Gericht frei, auf den *ordre public* gemäß Art. 12 Rom III-VO zurückzugreifen.

#### cc. Diskriminierungsvariante

Bezüglich der Diskriminierungsvariante ergibt sich auf den ersten Blick ein differenzierteres Bild. Die Diskriminierungsvariante verfolgt das Anliegen, die Gleichbehandlung im Scheidungsrecht zu fördern und Diskriminierungen auf Basis des Geschlechts zu vermeiden. Dies sind materiellrechtliche Ziele, die auch im Rahmen der

internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit ihren Einfluss finden können. Geschlechtsspezifische Diskriminierungen sind insbesondere im Familienrecht nicht selten. Hier dominiert häufig noch ein patriarchisches Familienbild. Es ist ein legitimes Anliegen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als selbsterklärte Hort der Menschenrechte, solche Ungleichbehandlungen auch über den Hebel des Internationalen Privatrechts auszuschalten. Insofern ist die Diskriminierungsvariante auch aus der Warte der Einzelfallgerechtigkeit als positiv zu beurteilen.

Jedoch ist fraglich, ob der von Art. 10 Rom III-VO gebotene Schutz vor Diskriminierungen erforderlich ist. Art. 10 Rom III-VO lässt es nämlich ausreichen, dass das Scheidungsstatut abstrakt betrachtet einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gewährt. Eine Diskriminierung im Einzelfall ist nicht erforderlich. Dies führt vor allem bei einvernehmlichen Scheidungen dazu, dass das Scheidungsstatut zu Gunsten der *lex fori* keine Anwendung findet, obwohl dies zur Förderung der Gleichbehandlung nicht erforderlich ist. Hier wird ein rein abstraktes Unwerturteil gegenüber einer Rechtsordnung ausgesprochen, welches ohne internationalprivatrechtliche Rechtfertigung die Regelanknüpfung durchbricht. Es ist auch für die Förderung der Gleichberechtigung kontraproduktiv. Die in Deutschland erfolgte, behutsame Fortentwicklung des beispielsweise islamischen Familienrechts durch den BGH<sup>582</sup> kann eine Vorbildfunktion für die Weiterentwicklung dieses Rechts durch Staaten darstellen, die sich langsam aber sicher westlichen Werten zuwenden, ohne ihre eigene Identität aufgeben zu wollen. Diese Vorbildfunktion wird durch die kategorische Nichtanwendung verhindert.

Somit löst sich das differenzierte Bild auf. Hier wird die Einzelfallgerechtigkeit im groben Maße missachtet, so dass zu hoffen ist, dass der EuGH trotz der eindeutigen Gesetzgebungsgeschichte eine restriktive Auslegung annimmt oder die Kommission spätestens Ende 2015 diese Änderung nach Art. 20 Abs. 1 Rom III-VO dem Parlament vorschlägt.

Art. 10 Rom III-VO gibt somit ein gespaltenes Bild ab. Der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit und damit auch die

Einzelfallgerechtigkeit wird durch die Unscheidbarkeits-variante genüge getan. Die Diskriminierungsvariante hingegen stellt einen Fehlgriff da, der weder mit internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen noch mit dem Ideal der Einzelfallgerechtigkeit vereinbar ist und bald berichtigt werden sollte.

### *III. Zusammenfassung*

Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB kann man als zum Teil gelungene Kollisionsnorm bezeichnen. Zwar durchbricht sie den internationalen Entscheidungseinklang, dies kann jedoch wegen der Singularität der Entscheidung – jede Ehe wird nur einmal geschieden – hingenommen werden. Auch die daraus möglicherweise resultierenden Ehen können aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Ehefreiheit hingenommen werden. Gegenüber den Gesetzgebungszielen des inneren Entscheidungseinklangs und der materiellen Harmonie verhält sich die Regelung weitestgehend neutral. Rechtssicherheit kann sie jedoch nicht schaffen. Dafür ist die Regelung für den ausländischen Ehegatten zu überraschend und bietet aufgrund der restriktiven Auslegung für den Rechtsanwender zu viele Unsicherheiten. Unter dem Gesichtspunkt der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit muss man zwischen der Anknüpfung an die aktuelle und ehemalige deutsche Staatsangehörigkeit unterscheiden. Die Anknüpfung an die aktuelle deutsche Staatsangehörigkeit lässt sich auf das Verständnis der Scheidung als persönliches Freiheitsrecht zurückführen. Die restriktive Auslegung des BGH erlaubt dabei eine hinreichende Flexibilität in der Einzelentscheidung. Die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung hingegen ist ein Relikt, welches sich heute nicht mehr internationalprivatrechtlich rechtfertigen lässt. Es wird glücklicherweise durch Art. 10 Rom III-VO alsbald ersatzlos abgelöst. Insgesamt kann man festhalten, dass Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB bei der Anknüpfung an die aktuelle Staatsangehörigkeit einen vertretbaren Ausgleich zwischen den widerstreitenden internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen gefunden hat. Die Abstriche auf Seiten der Rechtssicherheit sind gegenüber der Möglichkeit, die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen, hinzunehmen.

Art. 10 Rom III-VO hingegen ist zwiespältig zu beurteilen. Während die Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs für die Unscheidbarkeitsvariante zu rechtfertigen ist, geht sie für die Diskriminierungsvariante zu weit. Gegenüber den Gesetzgebungszielen des inneren Entscheidungseinklangs und der materiellen Harmonie verhält sich die Regelung weitestgehend neutral. Beim dem Streben nach Rechtssicherheit schneidet die Regelung selbst sehr gut ab, begünstigt aber entgegen des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens mit der subsidiären Verweisung auf die *lex fori* verbunden mit dem Reichtum an Gerichtsständen unter der Brüssel IIA-VO das *forum shopping* und den „Wettlauf zu den Gerichten“. Der Einzelfallgerechtigkeit und der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit wird die Unscheidbarkeitsvariante trotz fehlender Einzelfallprüfung gerecht. Im Rahmen der Diskriminierungsvariante werden die internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen jedoch weitestgehend ignoriert. Ein adäquater Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Einzelfall fehlt, hier wurde der Anwendungsbereich der Regelung eindeutig zu weit gefasst.

Trotzdem stellt Art. 10 Rom III-VO eine Verbesserung der Rechtslage gegenüber Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB dar. Von der Diskriminierungsvariante abgesehen, handelt es sich bei Art. 10 Rom III-VO lediglich um eine Klarstellung, welche die Anwendung des *ordre public* erspart. Man könnte sie deshalb fast als überflüssig bezeichnen, da die Problematik auch über den *ordre public* gelöst werden könnte. Da die Unscheidbarkeit einer Ehe jedoch keinen eindeutigen Verstoß gegen den europäischen *ordre public* darstellt, ist es eine willkommene Klarstellung, die die Rechtsanwendung im Geltungsbereich der Rom III-VO erheblich erleichtert.

## **E. Ergebnis**

Im vorangegangenen Teil wurden unterschiedlichste Gesetzgebungen auf die Beachtung und Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele überprüft. Der Schwerpunkt lag dabei zum einen auf den gesetzgeberischen Arbeiten und ihrer erklärten Intention sowie auf einer objektiven Überprüfung der Normen hinsichtlich der Verwirklichung

der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele. Die ausgewählten Normen hatten dabei unterschiedlichsten Ursprung. Zwei waren Resultate des Rechtsvereinheitlichungsbestrebens der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. Eine weitere stammte aus der großen deutschen IPR-Reform von 1986, die wiederum durch eine Europäische Verordnung abgelöst wurde, die ihren Ursprung aber nicht in der gesamten Europäischen Union hatte, sondern nur ein Projekt von 14 Mitgliedstaaten war. Die begutachteten Normen haben in ihrer Entstehungsgeschichte und bei der Bewertung anhand der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele sehr unterschiedlich abgeschnitten. Insgesamt zeichnet sich hinsichtlich der Beachtung und Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele ein zwiespältiges Bild.

Bei der Schaffung des Haager Unterhaltprotokolls wurden – soweit ersichtlich – die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele in der Diskussion nicht hinreichend berücksichtigt. Dies schlägt sich auch in den Regelungen nieder. Diese sollen den internationalen Entscheidungseinklang als Rechtsvereinheitlichungsprojekt fördern. Das gelingt jedoch nur bedingt. An zu vielen Stellen werden komplizierte Kompromisse zwischen divergierenden Anknüpfungstheorien gewählt, anstatt mutig und gegen anfängliche Widerstände einfache und klare Regelungen zu schaffen. Während die Grundanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt unter internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen überzeugen kann und im Normsetzungsverfahren auch ansprechend begründet wurde, verhindern die vielen Ausnahmen und Rückausnahmen ein funktionierendes Gesamtkonstrukt. Der *favor alimenti* findet keine hinreichende internationalprivatrechtliche Begründung. Hier wird vielmehr versteckt über die Kollisionsnormen eine Angleichung des materiellen Rechts betrieben. Durch die Hintertür wird die partielle Dominanz der gemeinsamen Staatsangehörigkeit eingeführt, obgleich diese auch ausweislich der Gesetzesbegründung nur geringe Bezugspunkte zur Unterhaltspflicht hat.

Art. 21 Abs. 2 KSÜ hat allein ein Ziel: die Stärkung des internationalen Entscheidungseinklangs. Dieses wird auch erreicht, jedoch wird den negativen Auswirkungen auf die übrigen internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Insbesondere



die Rechtssicherheit und die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit leiden. Glücklicherweise können diese negativen Auswirkungen in einer durchgeführten Einzelfallabwägung durch die Stärkung des internationalen Entscheidungseinklangs ausgewogen werden. In Zukunft sollte aber eine solche Abwägung im Gesetzgebungsprozess selbst stattfinden.

Für die Sondervorbehaltsgesetze der Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO setzt sich dieses zwiespältige Bild fort. Auch hier wurden die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele im Normsetzungsverfahren unzureichend diskutiert. Dies spiegelt sich zum Teil auch in den Normen wider. Sowohl die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit im Rahmen von Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB als auch die Diskriminierungsvariante des Art. 10 Rom III-VO kann man nur als verfehlt bezeichnen. Für beide Vorschriften lässt sich eine internationalprivatrechtliche Rechtfertigung nicht finden. Von den internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen wird keins gefördert. Eine bewusste Diskussion dieser Ziele hätte vielleicht diese Fehlgriffe verhindern können.

Im Übrigen stellen Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO sinnvolle Regelungen dar, die die Funktion des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsrecht verdeutlichen. Über sie wird die Verwirklichung materieller Ergebnisse überwacht ohne Interessen an dem Ausgang des Einzelfalls geltend zu machen. Zwar kommt der Nichtscheidungsvariante in Art. 10 Rom III-VO weitestgehend symbolische Bedeutung zu, jedoch ist es gerade in einem zusammenwachsenden Rechtsraum wie dem der Europäischen Union wichtig, Zeichen zu setzen, in welche Richtung sich das Recht entwickeln soll.

# Gesamtschau

Trotz der in der Einleitung erwähnten Veränderungen im Internationalen Privatrecht ist seine theoretische Grundlage zum großen Teil unverändert geblieben. Die europäischen Institutionen haben innerhalb der Europäischen Union die Gesetzgebung übernommen, führen diese aber im Sinn der nationalen Gesetzgeber fort. Folglich hat sich auch nichts an der theoretischen und praktischen Bedeutung der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele geändert. Einzig die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit hat ihren Gehalt aus der Sicht des Internationalen Privatrechts als Rechtsanwendungsrecht weiter konkretisiert.

## **A. Internationalprivatrechtliche Gesetzgebungsziele**

Die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele haben sich grundsätzlich nicht verändert, jedoch ist ihre theoretische Grundlage neu zu betrachten.

Der internationale Entscheidungseinklang strebt danach, einen Lebenssachverhalt unabhängig vom nationalen Gericht einem materiellen Recht zu unterwerfen. Dieses Ziel wird am ehesten durch die internationale Rechtsvereinheitlichung erreicht. Jedoch darf man es nicht dabei belassen. Häufig wird nämlich genau an dieser Stelle zu kurz gegriffen. Internationale Rechtsvereinheitlichung ist selten universell. In den meisten Fällen geht sie von einem regionalen Staatenverbund – wie der Europäischen Union – aus oder geht auf internationale Konferenzen zurück, an denen nicht alle Staaten und insbesondere nicht alle Regionen der Welt teilnehmen. Folglich muss auch an dieser Stelle – so wie bei nationalen Kodifikationen – darauf geachtet werden, dass die Gesetzgebung internationalisierbar ist und somit auch für andere Staaten

oder Staatenverbände annehmbar ist und nicht bloß nationale oder regionale Vorstellung umsetzt. Insbesondere die Europäischen Gesetzgebungen müssen sich vor diesem Hintergrund die Kritik gefallen lassen, dass sie nur innereuropäischen Entscheidungseinklang erreicht haben, wo internationaler Entscheidungseinklang bejubelt wurde.

Der innere Entscheidungseinklang – die Vorstellung, dass derselbe Lebenssachverhalt unabhängig vom Sachzusammenhang in einem Staat immer derselben Rechtsordnung unterworfen wird, – steht dazu nicht im Gegensatz. Jedoch erfordert er eine detaillierte Abstimmung der einzelnen Rechtsgebiete, die auf europäischer Ebene noch nicht erfolgt ist.

Das Ziel der materiellen Harmonie, einen gesamten Lebenssachverhalt einer Rechtsordnung zuzuweisen, um materielle Widersprüche zu vermeiden, gerät immer mehr in den Hintergrund. Insbesondere die immer feinere Betrachtung des Lebenssachverhalts und die damit verbundenen unterschiedlichen Anknüpfungen stehen diesem Ziel entgegen. Dies sind jedoch Abstriche, die hingenommen werden können.

Das Streben nach Rechtssicherheit wird angesichts der weiter zusammenwachsenden Welt immer größer. Jedoch wird es auch immer schwieriger, dieses Ziel zu erfüllen. Insbesondere deshalb ist der Gesetzgeber gefragt, klare und verständliche Regelungen zu treffen, um so die Transaktionskosten zu senken.

Die der Rechtssicherheit gegenläufige Einzelfallgerechtigkeit ist auch im Internationalen Privatrecht nicht zu vernachlässigen. Eine besondere Rolle spielt dabei die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit, in die alle Entscheidungsfaktoren einfließen, die eine gerechte Entscheidung des Einzelfalls gewährleisten, ausgenommen allein das materiellrechtliche Ergebnis im Einzelfall. Erlaubt und sogar notwendig ist jedoch die Beachtung abstraktgenereller materiellrechtlicher Erwägungen. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung von abstrakt-generellen materiellrechtlichen Erwägungen im Rahmen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit ergibt sich aus der Natur des Internationalen Privatrechts als Rechtschaffungsrecht. Das Internationale Privatrecht allein als Rechtsanwendungsrecht zu bezeichnen, greift zu kurz. Die Normen des Internationalen Privatrechts bestimmen nicht einfach, welches nationale Recht auf einen Lebenssachverhalt angewandt

wird, sondern schaffen erst das Recht, welches einen Lebenssachverhalt mit internationalem Bezug beurteilt.

Ein Sachverhalt, der von einem nationalen Gericht entschieden werden muss, setzt sich schon häufig aus unterschiedlichen internationalprivatrechtlichen Lebenssachverhalten zusammen. Dies kann dazu führen, dass auf diesen einen Gerichtssachverhalt verschiedene nationale Rechte angewandt werden. Selbst dann werden diese Gesetze nicht wie in ihren Heimatstaaten angewandt. Zum einen steht ihre Anwendung unter dem Vorbehalt des *ordre public*. Zum anderen wird ihr Regelungsgehalt durch inländische und ausländische Eingriffsnormen ergänzt. Zudem kann man selbst bei den besten Juristen sehr selten davon sprechen, dass sie in der Lage sind, ein ausländisches Gesetz, so wie es in seinem Ursprungsstaat angewandt würde, anzuwenden. Folglich muss man das Internationale Privatrecht als Rechtschaffungsrecht und nicht als Rechtsanwendungsrecht ansehen. Damit übernimmt das Internationale Privatrecht für den Lebenssachverhalt mit internationalem Element die Rolle des nationalen Gesetzgebers. In der Rolle des nationalen Gesetzgebers kann und muss das Internationale Privatrecht – wie der nationale Gesetzgeber selbst – auch abstrakt-generelle materiellrechtliche Gerechtigkeitserwägungen berücksichtigen. Dies gilt auch bei der Suche nach der Einzelfallgerechtigkeit. Nicht berücksichtigt werden darf hingegen das materiellrechtliche Interesse an der Entscheidung des Einzelfalls. Diese Aufgabe bleibt dem materiellen Recht überlassen.

## **B. Anwendung**

Bei der Untersuchung der aktuellen Gesetzgebungen hat sich ein sehr zwiespältiges Bild ergeben. In vielen Fällen wurden die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele im Gesetzgebungs- oder Normschaffungsverfahren nicht hinreichend diskutiert und berücksichtigt. Dies hatte jedoch nur teilweise zur Folge, dass die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele auch verfehlt wurden.

Im Rahmen des Haager Unterhaltsprotokolls wirken sich die Säumnisse im Normschaffungsverfahren auch auf die Regelungen aus. Nur teilweise können diese im Hinblick auf die Verwirklichung der

internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit überzeugen. Für die Wahl des gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten als Primäranknüpfung für die Unterhaltspflicht werden überzeugende Argumente gebracht, die auch im Hinblick auf die Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele durchschlagen. Bei der Ausgestaltung der im Rahmen jedes internationalen Rechtsvereinheitlichungsprojektes erforderlichen Kompromisse fehlt jedoch eine Diskussion über die Auswirkungen dieser Anpassungen auf die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele. Dies mag ein Grund sein, warum diese Anpassungen im Hinblick auf die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele nicht gelungen sind. Man hat sogar teilweise den Eindruck, dass der Konferenz die Konsequenzen dieser Anpassungen – insbesondere im Rahmen des *favor alimenti* und bei dem besonderen Verteidigungsmittels des Art. 6 HUntProt – nicht gänzlich bewusst waren. Zumindest drängt sich dieser Eindruck nach der Lektüre des *Bonomi*-Berichts auf. Meines Erachtens wäre es vorteilhafter gewesen, an dieser Stelle klare und einfache Lösungen umzusetzen. Zwar hätten diese wegen des fehlenden Kompromisscharakters am Anfang weniger Anhänger gefunden, haben langfristig aber größere Chancen sich durchzusetzen als umständliche Kompromisse.

Art. 21 Abs. 2 KSÜ ist hingegen eine rundum gelungene Norm. Ihr gelingt es auf innovative Art und Weise, den internationalen Entscheidungseinklang zu stärken. Dies ist vor allem auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung zu begrüßen. Problematisch ist an der Norm, wie bei jeder Gesamtverweisung, dass die Förderung des internationalen Entscheidungseinklangs auf Kosten der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit erwirkt wird. Dies lässt sich auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung jedoch mit der überragenden Bedeutung des internationalen Entscheidungseinklangs rechtfertigen. Problematisch ist im Rahmen des KSÜ allein, dass dieser Gesichtspunkt im Normschaffungsverfahren nicht hinreichend berücksichtigt wurde. Es wäre für die weitere Verbreitung und Akzeptanz der Zulassung des *renvoi* zweiten Grades zuträglich gewesen, wenn alle seine Vor- und Nachteile im Normschaffungsverfahren diskutiert worden wären. Dies ist leider unterblieben, hat jedoch im Rahmen des KSÜ keine negativen Auswirkungen.

Auch im Gesetzgebungsverfahren für Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO wurden die Auswirkungen dieser Vorschriften auf die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele kaum bis überhaupt nicht diskutiert. Das Fehlen dieser Diskussion hatte hier leider negative Auswirkungen. Beide Vorschriften können nur teilweise überzeugen. Die Anknüpfung an die ehemalige deutsche Staatsangehörigkeit in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EG-BGB ist verfehlt. Dies war ein historisches Relikt, welches bei einer eingehenden Befassung mit den internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen vermutlich schon früher abgeschafft worden wäre. Ähnlich misslungen ist die Einführung der Diskriminierungsvariante in Art. 10 Rom III-VO. Aufgrund ihrer abstrakten Frage nach einer Diskriminierung beim Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes führt die Regelung zu weit. Ohne konkreten Anlass nötigt sie den Richter, ein Unwerturteil über das Scheidungsrecht einer ganzen Rechtsordnung zu sprechen. Dies lässt sich mit internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungszielen nicht vereinen. Wären die praktischen Auswirkungen der Diskriminierungsvariante auf die internationalprivatrechtlichen Gesetzgebungsziele im Gesetzgebungsverfahren diskutiert worden, so wäre diese Norm sicherlich nicht in dieser Form Teil der Rom III-VO geworden.

# Thesen

## **A. Theoretische Betrachtung**

Das Gesetzgebungsziel des internationalen Entscheidungseinklangs lässt sich aus dem Gedanken der Rechtssicherheit ableiten, ist aber zugleich im Hinblick auf die Vermeidung widersprechender Entscheidungen eine Gerechtigkeitsfrage. (Erster Teil A. II., S. 7)

Der internationale Entscheidungseinklang lässt sich am besten auf der Ebene der Rechtsetzung durch Rechtsvereinheitlichung erreichen. Dabei ist jedoch immer zu beachten, dass eine regionale Rechtsvereinheitlichung auch häufig nur regionalen Entscheidungseinklang stiftet; im Rahmen der Europäischen Union also in erster Linie innereuropäischen Entscheidungseinklang. Das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs ist damit noch nicht erreicht. (Erster Teil A. III. 1. a), S. 10 f.)

Das Gesetzgebungsziel des inneren Entscheidungseinklangs baut auf dem Prinzip der Vorhersehbarkeit auf. Vorhersehbarkeit ist jedoch für die Verwirklichung des Prinzips des inneren Entscheidungseinklangs letztlich nicht erforderlich. (Erster Teil B. II., S. 17 f.)

Angesichts der immer ausdifferenzierten Kollisionsnormen erscheint die Anpassung das am besten geeignete Mittel zur Herstellung der materiellen Harmonie (Erster Teil C. III., S. 21 f.)

Die Bedeutung der Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht lässt sich vor allem mit dem Bedürfnis der Hinzuziehung weiterer Juristen für die Beurteilung eines Lebenssachverhalts begründen. Dabei ist eine Differenzierung zwischen unterschiedlichen Rechtsgebieten und prozessualen Situationen nicht geboten. (Erster Teil D. IV., S. 26 ff.)

Bei der Frage der Berücksichtigung materiellrechtlicher Gerechtigkeitserwägungen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts – also im Rahmen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit – muss man klar zwischen der Berücksichtigung abstrakter Ziele und konkreter Ergebnisse unterscheiden. (Erster Teil E. IV. 2., S. 56)

Das nationale materielle Recht ist grundsätzlich nur für den Binnensachverhalt geschaffen. Wenn ein internationales Element vorliegt, gebietet es der Gleichheitsgrundsatz, dass ein solcher Sachverhalt auch anders behandelt wird. Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung herrscht somit kein Anwendungskonflikt, sondern ein rechtliches Vakuum. Da der nationale Gesetzgeber mit dem Erlass materiellen Internationalen Privatrechts überfordert wäre, behilft er sich mit Verweisungsnormen. (Erster Teil E. IV. 3., S. 59 f.)

Die Anwendung ausländischen Rechts ist die Schaffung neuen materiellen Rechts, welches sich aus vier Elementen zusammensetzt: den Rechtssätzen des oder der berufenen Rechte, den vom Forum berufenen inländischen und ausländischen Eingriffsnormen, dem *ordre public* des Forums und dem Zusammenspiel der angewandten Normen mit dem Prozessrechts des Forums. Internationales Privatrecht sollte deshalb als Rechtsschaffungsrecht und nicht als Rechtsanwendungsrecht begriffen werden. (Erster Teil E. IV. 3. a), S. 60 f.)

Das Verständnis des Internationalen Privatrechts als Rechtsschaffungsrecht erlaubt die Berücksichtigung von abstrakten materiellrechtlich motivierten Rechtsanwendungsinteressen, aber nicht die Berücksichtigung von konkreten auf die Einzelentscheidung bezogenen materiellrechtlich motivierten Rechtsanwendungsinteressen. (Erster Teil E. V., S. 68 ff.)



## **B. Praktische Betrachtung**

Das Haager Unterhaltsprotokoll als Rechtsvereinheitlichungsprojekt fördert grundsätzlich den internationalen Entscheidungseinklang zwischen den Unterzeichnern, jedoch nicht gegenüber den Nichtunterzeichnern, da es keine Vorbildfunktion entfalten kann und sich für die Sachnormverweisung entschieden hat. (Zweiter Teil B. II. 1., S. 76 f.)

Auf dem Gebiet der Rechtssicherheit hätte im Rahmen des Art. 4 HUntProt mehr getan werden können. Insbesondere fehlt eine Konkretisierung, wann die Bedingung für die subsidiären Anknüpfungen im Rahmen des *favor alimenti* eingreift. (Zweiter Teil B. II. 4., S. 79 ff.)

Bezüglich der Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit zeigt sich ein differenziertes Bild. Die Grundanknüpfung ist fundiert begründet und zu begrüßen. Der *favor alimenti* lässt sich hingegen nur schwer begründen und überzeugt in vielen Ausgestaltungen nicht. Insbesondere die Differenzierung zwischen den Gruppen von Unterhaltsberechtigten und innerhalb der einzelnen Gruppen kann nur bedingt überzeugen. (Zweiter Teil B. II. 5., S. 81 ff.)

Art. 21 Abs. 2 KSÜ fördert den internationalen Entscheidungseinklang und ist regelrecht ein Multiplikator schon bestehender Entscheidungseinklänge. (Zweiter Teil C. II. 2., S. 103 f.)

Art. 21 Abs. 2 KSÜ ist jedoch der Rechtssicherheit abträglich, da im Einzelfall das Internationale Privatrecht von zwei weiteren Rechtsordnungen angewandt werden muss, was die Rechtsfindung langsamer und teurer werden lässt. (Zweiter Teil C. II. 3., S. 103 ff.)

Sowohl Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 10 Rom III-VO stellen eine Durchbrechung des internationalen Entscheidungseinklangs dar. Bei der Diskriminierungsvariante von Art. 10 Rom III-VO ist dieser in seiner aktuellen Weite unnötig und es ist erstrebenswert, diesen durch eine konkrete Betrachtungsweise einzudämmen. Jedoch halten sich die praktischen Auswirkungen aufgrund der Besonderheit der Materie in

einem überschaubaren Rahmen. (Zweiter Teil D. II. 1., S. 125 ff.)

Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB ist unter internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsaspekten als grundsätzlich gelungen zu bezeichnen und erlaubt auch hinreichend Flexibilität um dem Einzelfall gerecht zu werden. Die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung überzeugt hingegen nicht. (Zweiter Teil D. II. 5. a., S. 130 ff.)

Auch die subsidiäre Anknüpfung von Art. 10 Rom III-VO kann man unter internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen im Allgemeinen rechtfertigen, da aufgrund der Zuständigkeitsregelungen der Rückgriff auf die *lex fori* gerechtfertigt ist. (Zweiter Teil D. II. 5. b) aa), S. 135 ff.)

Die Diskriminierungsvariante in Art. 10 Rom III-VO ist wegen ihrer abstrakten Betrachtungsweise weder mit internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen noch mit dem Ideal der Einzelfallgerechtigkeit zu vereinbaren. Die Norm sollte alsbald auf eine konkrete Betrachtungsweise beschränkt werden. (Zweiter Teil D. II. 5. b. cc., S. 136 ff.)

## Abkürzungen

Brüssel IIa-VO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2004 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000
Brüssel I-VO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
EuUntVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
FPR	Familie Partnerschaft Recht
Haager Erbrechtsübereinkommen	Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vom 1. August 1989
HUntProt	Haager Protokoll über das auf Unterhaltsverpflichtungen anzuwendende Recht vom 23. November 2007

HUÜ 1956	Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956
HUÜ 1973	Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973
Jher. Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
KSÜ	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 18. Oktober 1996
MSA	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961
NYU LRev	New York University Law Review
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)

Rom III-VO

Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendende Rechts

Darüberhinausgehende Periodika wurden entsprechend dem IPRax – Abkürzungsverzeichnis deutscher und ausländischer Periodika abgekürzt.

## Literaturverzeichnis

- Andrae, Marianne* Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 196-202.
- Aristoteles* Werke in deutscher Übersetzung, Band 6, Nikomachische Ethik, Grumach, Ernst (Begr.) / Flashar, Hellmut (Hrsg.), 10. Auflage, Berlin 1999, (zitiert: *Aristoteles*, Nikomachische Ethik).
- Bar, Christian von* Prozeßkostenvorschuß und Haager Unterhaltsstatutsabkommen, IPRax 1988, 220-222.
- Bar, Christian von/  
Mankowski, Peter* Internationales Privatrecht, Band I Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003, (zitiert: *Bar/Mankowski*, IPR I).
- Basedow, Jürgen* Rechtssicherheit im Kapitalismus und Sozialismus erörtert am Beispiel der beiden deutschen Rechtsordnungen, JZ 1976, 297-304.
- ders.* Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht, ZEuP 1996, 570-586.
- ders.* Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Prozessrechts, NJW 1986, 2971-2979.
- Basedow, Jürgen/  
Diehl-Leistner,  
Barbara* Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland – Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im internationalen Privatrecht, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1990, S. 13 – 43, (zitiert: *Basedow/Diehl-Leistner*, Nation und Staat im IPR).

- Beitzke, Günther* Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht, in: Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen (Hrsg.), Rechtsprobleme in Staat und Kirche – Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 2-22, (zitiert: Beitzke, FS Smend).
- Bernstorff, Christoph Graf von* Einführung in das Englische Recht, 4. Auflage, München 2011, (zitiert: *Bernstorff*, Einführung in das Englische Recht).
- Blaurock, Uwe* Vermutungen und Ausweichklausel in Art. 4 EVÜ – ein tauglicher Kompromiss zwischen starren Anknüpfungsregeln und einem flexible approach? in: Hohloch, Gerhard/ Frank, Rainer/ Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Tübingen 2001, S. 463-480, (zitiert: *Blaurock*, FS Stoll).
- Boele-Woelki, Katharina/ Mom, Andreas* Vereinheitlichung des internationalen Unterhaltsrechts in der Europäischen Union – ein historischer Schritt, FPR 2010, 485-489.
- Bonomi, Andrea* Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations – Explanatory Report, <http://www.hcch.net/upload/expl39e.pdf> (zitiert: *Bonomi* – Report).
- ders.* Report of the Working Group on Applicable Law, Preliminary Document No 22 of June 2006 for the attention of the Special Commission of June 2006 on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance, [http://www.hcch.net/upload/wop/maint\\_pd22e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd22e.pdf) (zitiert: Report - *Bonomi*, Preliminary Document No 22).
- Borras, Alegria* The Necessary Flexibility in the Application of the New Instruments on Maintenance, In: Convergence

- and Divergence in Private International Law, *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Hrsg: Katharian Boele-Woelki, Talia Einhorn, Daniel Gris-berger & Symeon Symeonides, Zürich, Den Haag 2010, S. 173-192, (zitiert: *Borras*, FS Siehr 2010).
- Braga, Sevoid* Kodifikationsgrundsätze des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 23 (1958), 421-448.
- Brandi, Tim* Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht, Dissertation Universität Freiburg, Berlin 1996, (zitiert: *Brandi*, Haager Erbrechtsübereinkommen).
- Braun, Johann* Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, Die Rückkehr der Gerechtigkeit, München 2001, (zitiert als: *Braun*, Rechtsphilosophie).
- Bucher, Andreas* Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht, Basel 1975, (zitiert: *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit).
- ders.* La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, *SZIER* 1997, 67-109.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luís/ Carrascosa González, Javier* La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III, *CDT* 2009, 36-71.
- Cavers, David* The Choice-of-Law Process, Ann Arbor 1965, (zitiert: *Cavers*, The Choice-of-Law Process).
- ders.* A Critique of The Choice-of-Law Problem, 47 *HarvLRev* 173-208 (1933/1934).
- Collins, Lawrence (Hrsg.)* Dicey, Morris & Collins, The Conflict of Laws, 15. Auflage, London 2012, (zitiert: *Dicey, Morris & Collins*, Conflict of Laws).
- Cook, Walter Wheeler* The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, 33 *Yale LJ* 457-488 (1923/24).
- Currie, Brainerd* Notes on Methods and Objectives in the Conflict of



- Laws, 1959 Duke LJ 171-181.
- Dannemann, Gerhard* Sachrechtliche Gründe für die Berücksichtigung nicht anwendbaren Rechts, in: Hohloch, Gerhard/ Frank, Rainer/ Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Tübingen 2001, S. 417-436, (zitiert: *Dannemann, FS Stoll*).
- Dietzi, Hanspeter* Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen IPR in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1973, S. 49-74, (zitiert: *Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*).
- Dopffel, H. Peter* Die Voraussetzungen der Ehescheidung im neuen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, FamRZ 1987, 1205-1214.
- Ehrenzweig, Albert A.* Private International Law, Band 1, Leyden/ Dobbs Ferry 1967, (zitiert: *Ehrenzweig, Private International Law I*).
- Farago, John M.* Intractable Cases: the Role of Uncertainty in the Concept of Law, 55 NYULRev 195-239 (1980).
- Flessner, Axel* Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Tübingen 1990. (zitiert: *Flessner, Interessenjurisprudenz*).
- ders.* Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), 547-584.
- Georganti; Philia* Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im europäischen Zivilprozessrecht, Dissertation Universität München, München 2006.
- Gottschalk, Eckart* Allgemeine Lehren des IPR in kollisionsrechtlichen Staatsverträgen, Dissertation Universität Göttingen, Berlin 2002.
- Gutzwiller, Peter Max* Von Ziel und Methode des IPR, SchweizJbIntR 25 (1968), 161-196.

- Grasmann, Günther* Die internationale Identität des Familiennamens deutscher Mehrstaater nach deutschem IPR, StAZ 1989, 126-141.
- Groot, Gerard-René de* Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel, 's-Gravenhage 1988, (zitiert: *de Groot*, Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel).
- Hauser, Paul* Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung, Dissertation Bucerius Law School, Tübingen 2012.
- Hay, Peter/ Weintraub, Russel J./ Borchers, Patrick J.* Conflict of Laws, 13. Auflage, New York 2009, (zitiert: *Hay/Weintraub/Borchers*, Conflict of Laws).
- Hay, Peter/ Borchers, Patrick J./ Symeonides, Symeon C.* Conflict of Laws, 5. Auflage, St. Paul 2010, (zitiert: *Hay/Borchers/Symeonides*, Conflict of Laws).
- Henrich, Dieter* Internationale Zuständigkeit und korrigierende Anknüpfungen in Unterhaltssachen, Anmerkung zu BGH, 13.12.2000 – XII ZR 278/98, IPRax 2001, 437-438.
- ders.* Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? In: Hohloch, Gerhard/ Frank, Rainer/ Schlechtriem, Peter (Hrsg), Festschrift für Hans Stoll Tübingen 2001, S. 437-449, (zitiert: *Henrich*, FS Stoll).
- Hessler, Hans-Joachim* Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, München 1985.
- Hirse, Thomas* Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht, Tübingen 2006, (zitiert: *Hirse*, Ausweichklausel im IPR).
- Hobbes, Thomas* Leviathan, Macpherson, C.B. (Hrsg.), Harmondsworth 1968, (zitiert: *Hobbes*, Leviathan).
- Hoffmann, Bernd von/ Thorn,* Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007, (zitiert: *von Hoffmann/Thorn*, IPR).

Karsten

Hume, David

An Enquiry Concerning the Principles of Morals, in: Ryan, Alan (Hrsg.), Justice, Oxford 1993, (zitiert: Hume, An Enquiry Concerning the Principles of Morals).

ders.

Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, Hamburg 2003, (zitiert: Hume, Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral).

Iskander, Sameh

Hinkende Ehen zwischen islamischem Recht und europäischem internationalem Privatrecht, Dissertation Leibzig, Hamburg 2009, (zitiert: Iskander, Hinkende Ehen).

Jayme, Erik

Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit als Grundwerte des Internationalen Privatrechts, in: Gottwald, Peter/ Jayme, Erik/ Hoffmann, Bernd von (Hrsg.), Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht im Wandel der Zeit, Regensburg 1992, S. 31-44, (zitiert: Jayme, Gerechtigkeit im IPR).

ders.

Das neue IPR-Gesetz – Brennpunkte der Reform, IPRax 1986, 265-270.

ders.

Völkerrecht und Internationales Privatrecht – eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung (2006), in: Jayme, Erik, Internationales Privatrecht – Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht, Gesammelte Schriften Band 4, Heidelberg 2009, S. 158-174, (zitiert: Jayme, Völkerrecht und IPR).

ders.

Europäisches Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken (1994), in: Jayme, Erik, Internationales Privatrecht – Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht, Gesammelte Schriften Band 4, Heidelberg 2009, S. 372-387, (zitiert: Jayme, Europäisches Kollisionsrecht).

- ders.* Internationales Privatrecht als Lebensform (1999), in: Jayme, Erik, Internationales Privatrecht – Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht, Gesammelte Schriften Band 4, Heidelberg 2009, S. 407-413, (zitiert: *Jayme*, IPR als Lebensform).
- ders.* Anmerkung zu BGH XII ZR 5/04, JZ 2007, 695-696.
- Joerges, Christian* Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, Tübingen 1972, (zitiert: *Joerges*, Funktionswandel des Kollisionsrechts).
- Juenger, Friedrich K.* General Course on Privat International Law, Recours 1985-IV, 118-387.
- ders.* Jurisdiction, Choice of Law and the Elusive Goal of Decisional Harmony, in: Sumampouw, Mathilde/ Barnkoorn, L.A.N.M./ Friedberg-Swartzburg Judith A./ Tromm, J.J.M./ Wade, J.A. (Hrsg.), Law and Reality – Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil, Dordrecht/Boston/London 1992, S. 137-147, (zitiert: *Juenger*, FS Voskuil).
- Kahn, Franz* Über Inhalt, Natur und Methoden des internationalen Privatrechts, Jher. Jb. 40 (1898), 1-87.
- Kahn-Freund, Otto* General Problems of Private International Law, Recours 1974-III, 137-474.
- Kant, Immanuel* Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788.
- Kegel, Gerhard/ Schurig, Klaus* Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004, (zitiert: *Kegel/Schurig*, IPR).
- Kegel, Gerhard* Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Gerwig, M./ Simonius, A./ Spiro, K./ Süß, Theoder/ Wolf, Ernst (Hrsg.), Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, S. 259-288, (zitiert: *Kegel*, FS Lewald).

- ders.* Zur Reform des deutschen internationalen Rechts der persönlichen Ehwirkungen, in: Lauterbach, Wolfgang (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, Berlin 1962, S. 71-74, (zitiert als: *Kegel* in: Vorschläge und Gutachten (Eherecht)).
- ders.* Zur Reform des deutschen internationalen Ehescheidungsrechts, in: Lauterbach, Wolfgang (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, Berlin 1962, S. 101-109, (zitiert als: *Kegel* in: Vorschläge und Gutachten (Eherecht)).
- Keller, Max/ Siehr, Kurt* Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, (zitiert als: *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren des IPR).
- Kersting, Mark Oliver* Der Anwendungsbereich des Art. 17 I S. 2 EGBGB, FamRZ 1992, 268-275.
- Kim, Dokyun* Gerechtigkeit und Verfassung. Eine Rawlssche Deutung der bundesverfassungsgerichtlichen Formel „eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise“, Baden-Baden 2004, (zitiert: *Kim*, Gerechtigkeit und Verfassung).
- Kindler, Peter* Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union, IPRax 2010, 44-50.
- Kropholler, Jan* Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen 2006, (zitiert: *Kropholler*, IPR).
- ders.* Der Renvoi im vereinheitlichten Kollisionsrecht, in: Gottwald, Peter/ Jayme, Erik/ Schwab, Dieter (Hrsg), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, S. 393-402, (zitiert: *Kropholler*, FS Henrich).
- Lagarde, Paul* Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über den Schutz von Kindern,

- Proceedings of the 18th Session (1996), Rome II, Protection of children, S. 534-605, (zitiert: *Lagarde Report*).
- ders.* La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions, *Rev crit dr int priv* 78 (1989), 249-275.
- Lionnet, Klaus/  
Lionnet, Annette* Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Auflage, Stuttgart 2005, (zitiert: *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit).
- Looschelders, Dirk* Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1995, (zitiert: *Looschelders*, Anpassung).
- ders.* Scheidungsfreiheit und Schutz des Antraggegners im internationalen Privat- und Prozessrecht, in: Baetge, Dietmar/ von Hein, Jan/ von Hinden, Michael, Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 329-351, (zitiert als: *Looschelders*, FS Kropholler).
- Looschelders, Dirk/  
Boos, Sabine* Das grenzüberschreitende Unterhaltsrecht in der internationalen und europäischen Entwicklung, *FamRZ* 2006, 374-383.
- Mansel, Heinz-  
Peter* Kollisions- und zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf der vertraglichen und deliktischen Haftung, *ZvglRW* 86 (1987), 1-24.
- ders.* Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person?, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Kulturelle Identität und IPR, Heidelberg 2003, S. 119-154, (zitiert: *Mansel*, Kulturelle Identität und IPR).
- ders.* Vereinheitlichung des internationalen Erbrechts in

der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze, in: Arkan, Sabih/ Yongalik, Aynur/ Sit, Basak (Hrsg.), Festschrift für Tugruel Ansay'a Armagan, Ankara 2006, S. 185-226, (zitiert: *Mansel*, FS Armagan).

*Martiny, Dieter*

Maintenance Obligations in the Conflict of Laws, Rec cours 247 (1994), 131-289.

*ders.*

Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa – Konturen einer Rom III-Verordnung, in: Freitag, Robert/ Leible, Stefan/ Sippel, Harald/ Wanitzek, Ulrike (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert, Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, München 2006, S. 119-135, (zitiert: *Martiny*, Symposium Spellenberg).

*ders.*

Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III/1, Tübingen 1984, (zitiert: *Martiny*, Handbuch IZVR).

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

Thesen zur Reform des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, *RabelsZ* 44 [1980] 344 – 366.

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

Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, *RabelsZ* 47 [1983] 595 – 690.

*Müller-Freienfels, Wolfram*

Übernationales Ziel und nationale Kodifikation internationalen Privatrechts heute, in: Böckli, Peter/ Eichenberger, Kurt/ Hinderling, Hans/ Tschudi, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 223-255, (zitiert: *Müller-Freienfels*, FS Vischer).

*Nademleinsky,*

Internationales Familienrecht, Wien 2007, (zitiert:

- Marco/ Neumayr, Matthias* *Nademleinsky/Neumayr*).
- Neuhaus, Paul Heinrich* Legal certainty versus equity in the conflict of laws, 28 *LawContempProbl* 795-807 (1963).
- ders.* Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen 1976, (zitiert: *Neuhaus*, Grundbegriffe des IPR).
- Neuner, Jörg* Rechtssicherheit im Privatrecht, in: Stathopoulos, Michael/ Beys, Kostas/ Doris, Philippos/ Karakostas, Ioannis (Hrsg.), Festschrift für Apostolos Georgiades, München 2006, S. 1231-1249, (zitiert: *Neuner*, FS Georgiades).
- Palandt, Otto (Begr.)* Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, München 2013, (zitiert: Palandt – *Bearbeiter*).
- Paulus, Christoph G.* Kann Forum Shopping sittenwidrig sein?in: Stathopoulos, Michael/ Beys, Kostas/ Doris, Philippos/ Karakostas, Ioannis (Hrsg.), Festschrift für Apostolos Georgiades, München 2006, S. 1231-1249, (zitiert: *Paulus*, FS Georgiades).
- Pfeiffer, Thomas* Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit: die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik, Frankfurt 1995, (zitiert: *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit).
- Pintens, Walter* Materielles Familienrecht in Europa, in: Freitag, Robert/ Leible, Stefan/ Sippel, Harald/Wanitzek, Ulrike (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert, Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, München 2006, S. 137-154, (zitiert: *Pintens*, Symposium Spellenberg).
- Plato* Der Staat, Werke in Acht Bänden Griechisch und Deutsch, Vierter Band, Darmstadt 2001, (zitiert: *Plato*, Der Staat).



- Raape, Leo* Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung, Hamburg 1948, (zitiert: *Raape*, Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung).
- Rabel, Ernst* Das Problem der Qualifikation, *RabelsZ* 5 (1932), 241-288.
- Radbruch, Gustav* Rechtsphilosophie, 6. Auflage, Stuttgart 1963, (zitiert: *Radbruch*, Rechtsphilosophie).
- ders.* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *SJZ* 1946, 105-108.
- Raphael, D.D.* Concepts of Justice, Oxford 2001, (zitiert: *Raphael*, Concepts of Justice).
- Rauscher, Thomas*  
(Hrsg) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht  
EuZPR/EuIPR, Brüssel IIa-VO · EG-UntVO · EG-  
ErbVO-E · HUntStProt 2007, München 2010,  
(zitiert: *Rauscher*-Bearbeiter).
- Rawls, John* A Theory of Justice, 2. Auflage, Cambridge 1999,  
(zitiert: *Rawls*, A Theory of Justice).
- ders.* Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main,  
2003, (zitiert: *Rawls*, Eine Theorie der  
Gerechtigkeit).
- ders.* Justice as Fairness, Cambridge 2001, (zitiert:  
*Rawls*, Justice as Fairness).
- ders.* Distributive Justice, in: Ryan, Alan (Hrsg.) Justice,  
Oxford 1993, (zitiert: *Rawls*: Distributive Justice).
- Risse, Jörg* Wirtschaftsmediation, München 2003, (zitiert:  
*Risse*, Wirtschaftsmediation).
- Romano, Santi* Die Rechtsordnung, Berlin 1975, (zitiert als:  
*Romano*, Die Rechtsordnung).
- Rümelin, Max* Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924, (zitiert:  
*Rümelin*, Die Rechtssicherheit).
- ders.* Die Gerechtigkeit, Tübingen 1920, (zitiert:

- Rümelin*, Die Gerechtigkeit).  
 Justice, Oxford 1993, (zitiert: *Ryan*, Justice).
- Ryan, Alan*  
 Justice, Oxford 1993, (zitiert: *Ryan*, Justice).
- Savigny, Carl Friedrich von*  
 System des heutigen Römischen Rechts VIII, 2. Ausgabe, Darmstadt 1959, (zitiert: *von Savigny*).
- Schack, Heimo*  
 Das IPR – ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das moderne Antiquariat? in: Krüger, Hilmar/ Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Liber Amicorum Gerhard Kegel, München 2002, S. 179-198, (zitiert: *Schack*, FS Kegel 2002).
- Schlechtriem, Peter/ Schwenzler, Ingeborg (Hrsg)*  
 Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Auflage, München 2004, (zitiert: *Schlechtriem/Schwenzler* – Bearbeiter).
- Schmidt, Guus E.*  
 Equal Treatment of the Parties in International Maintenance Cases, in: Basedow, Jürgen/ Meier, Isaak/ Schnyder, Anton K./ Ein-horn, Talia/ Gissberger, Daniel (Hrsg.), Privatrecht in der Internationalen Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2000, S. 657-666, (zitiert: *G. Schmidt*, FS Siehr).
- Schurig, Klaus*  
 Kollisionsnorm und Sachrecht – Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts, Berlin 1981, (zitiert: *Schurig*: Kollisionsnorm und Sachrecht).
- ders.*  
 Eine hinkende Vereinheitlichung des internationalen Ehescheidungsrechts in Europa, in: Kronke, Herbert/ Thorn, Karsten, Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, S. 405-414, (zitiert: *Schurig*, FS von Hoffmann).
- ders.*  
 Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz im IPR, *RabelsZ* 59 (1995), 229-244.
- Schwind, Fritz*  
 Historisch-vergleichende Überlegungen zu

- Ursprung und Ziel des Rechts, ZfRV 1995, 188-192.
- ders.* Rechtssicherheit und Funktionalität im Licht der historischen Entwicklung, ZfRV 1991, 255-261.
- ders.* Das österreichische IPR-Gesetz im deutschsprachigen Rechtskreis, RabelsZ 54 (1990), 251-268.
- ders.* Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das Internationale Privatrecht und ihre Bekämpfung, RabelsZ 23 (1958), 449-465.
- Siehr, Kurt* Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts, in: Henrich, Dieter/ von Hoffmann, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag, München 1985, S. 269-294, (zitiert: *Siehr*, FS Firsching).
- Sonnenberger, Hans Jürgen (Rd)* Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-24), Band 10, 5. Auflage, München 2010, (zitiert: Münchner Kommentar – *Bearbeiter*).
- Stadler, Astrid* Das Europäische Zivilprozessrecht – Wie viel Beschleunigung verträgt Europa?, IPRax 2004, 2-11.
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band EGBGB/IPR Art. 38-42, 13. Auflage, Berlin 2001, (zitiert: Staudinger – *Bearbeiter*).
- ders.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band EGBGB/IPR Vorbem C-H zu Art 19, 13. Auflage, Berlin 2009, (zitiert: Staudinger – *Bearbeiter*).
- ders.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band EGBGB/IPR Art 13-17b; Anh zu Art 13, 13. Auflage, Berlin 2011, (zitiert: Staudinger – *Bearbeiter*).

- Steiner, Axel* Die stillschweigende Rechtswahl im Prozess im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen internationalen Privatrecht, Frankfurt am Main, 1998, (zitiert: *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl im Prozess).
- Struycken, T.H.D.* Some Dutch Judicial Reflections on the Rome Convention Art. 4 (5), Lloyd's MCLQ 1996, 18-24.
- Symeonides, Symeon* Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey, 56 AmJCompL (2008), 243-319.
- Teske, Joachim* Der Urkundenbeweis im französischen und deutschen Zivil- und Zivilprozessrecht, Göttingen 1990.
- Verwilghen, M. Michel* Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions, <http://www.hcch.net/upload/expl23-24.pdf> (zitiert: *Verwilghen* – Report).
- Vischer, Frank* Die Kritik an der herkömmlichen Methode des Internationalen Privatrechts in: Noll, Peter/ Stratenwerth, Günter (Hrsg.), Festschrift für Oscar Adolf Germann Bern 1969, S. 287-307, (zitiert: *Vischer*, FS Germann).
- ders.* The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts, Recours 1974 II, 1-70.
- Wagner, Gerhard* Scheidung von EU-Auslandsdeutschen nach Inlandsrecht – europarechtswidrig?, IPRAx 2000, 512-520.
- Wagner, Rolf* Der Wettstreit um neue kollisionsrechtliche Vorschriften im Unterhaltsrecht, FamRZ 2006, 979-987.
- ders.* Ein neues unterhaltsrechtliches Übereinkommen aus Den Haag, FamRZ 2005, 410-420.

- Wagner, Rolf/  
Janzen, Ulrike* Die Anwendung des Haager Kinderschutzübereinkommens in Deutschland, FPR 2011, 110-115.
- Wates, Donovan W. M.* Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons – Explanatory Report, <http://www.hcch.net/upload/expl32e.pdf> (zitiert: *Wates Report*).
- Wengler, Wilhelm* Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZÖR 23 (1943/44), 473-509.
- ders.* Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ 8 (1934), 148-251.
- ders.* L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, rev crit dr int priv 79 (1990), 657-674.
- Wiedemann, Herbert* Rechtssicherheit – ein absoluter Wert?, in: Paulus, Gotthard/ Diederichsen, Uwe/ Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 199-215, (zitiert: *Wiedemann, FS Larenz*).
- Working Group on the Law applicable to Maintenance Obligations* Proposal by the working group on the law applicable to maintenance obligations, Report presented to the Special Commission, Preliminary Document No 14 of March 2005, (zitiert: *Working group, Prel. Doc. No 14*).
- Zöller, Richard (Begr.)* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 29. Auflage, Köln 2012, (zitiert: *Zöller – Bearbeiter*).
- Zweigert, Konrad* Die dritte Schule im internationalen Privatrecht, in: Ipsen, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Leo Raape zu seinem 70. Geburtstag, Hamburg 1948, S. 35-52, (zitiert: *Zweigert, FS Raape*).
- Zweigert, Konrad/  
Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996, (zitiert: *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*).

## Fußnoten

- 1 KOM (2003) 427 endgültig, S. 2.
- 2 KOM (2003) 427 endgültig, S. 7.
- 3 ABl. C 12 vom 15.1.2001, S. 1.
- 4 etwa *Stadler*, IPRax 2004, 2, 7 f; für die Beibehaltung eines  
anerkenntnisrechtlichen *ordre public* auch: *Georganti*, S. 143 ff.
- 5 KOM (2003) 427 endgültig, S. 5.
- 6 KOM (2003) 427 endgültig, S. 7.
- 7 KOM (2003) 427 endgültig, S. 7.
- 8 Siehe die vielfältigen Nachweise bei *Grasmann*, StAZ 1989, 126 Fn 1.
- 9 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 483-485.
- 10 *Kahn*, Jher. Jb. 40 (1898) 1, 68, 76 ff.
- 11 *Von Savigny*, 27.
- 12 Man denke nur an den Katalog in Anhang I der Brüssel I-VO.
- 13 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 483.
- 14 *Braga*, RabelsZ 23 (1958), 421, 439.
- 15 *Kropholler*, IPR, § 6 II, S. 38.
- 16 *Kant*, § 7.
- 17 *Kegel*, FS Lewald, 259, 259.
- 18 *Institut de Droit international*, RabelsZ 17 (1952), 519.
- 19 *Von Savigny*, 30.
- 20 *Kahn*, Jher. Jb. 40 (1898) 1, 68, 76 ff.
- 21 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 483 ff.
- 22 *Zweigert*, FS Raape, 35, 35.
- 23 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 476.
- 24 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 477-480 (heute als interner  
Entscheidungseinklang bezeichnet).
- 25 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 480-483.
- 26 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 485.
- 27 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 485 f.
- 28 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 501.
- 29 *Zweigert*, FS Raape, 35, 50.
- 30 *Rauscher-Thorn*, Art. 9 Rom I-VO Rn 63; *Hauser*, S. 52 ff, 88 f. mwN.
- 31 *Kegel*, FS Lewald, 259, 277.
- 32 *Kegel*, FS Lewald, 259, 277.
- 33 Siehe oben Einleitung.
- 34 Siehe unten Erster Teil A. IV.
- 35 *Wengler*, ZÖR 23 (1943/44), 473, 484.

- 36 *Kropholler*, IPR, § 6 I, S. 37.
- 37 *Braga*, *RabelsZ* 23 (1958), 421, 438 f.
- 38 *Braga*, *RabelsZ* 23 (1958), 421, 439.
- 39 *Kropholler*, IPR, § 6 I, S. 37.
- 40 *Von Savigny*, S. 30.
- 41 *Von Savigny*, S. 114.
- 42 Rauscher – *Thorn*, Art 4 Rom I-VO Rn 7; Rules of the Supreme People’s Court on Related Issues concerning the Application of Law in Hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases Related to Civil and Commercial Matters v 23.7.2008, *Fa Shi* [2007] Nr 14; Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von zivil- und handelsrechtlichen Vertragsstreitigkeiten mit Außenberührung, *IPRax* 2008, 67.
- 43 *Wengler*, *ZÖR* 23 (1943/44), 473, 485.
- 44 *Beitzke*, FS Smend, 2, 3; *Kegel/Schurig*, IPR, S. 140.
- 45 *Beitzke*, FS Smend, 2, 3.
- 46 *Müller-Freienfels*, FS Vischer, 223, 232.
- 47 *Müller-Freienfels*, FS Vischer, 223, 232.
- 48 *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 281.
- 49 *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241, 241 ff; *Zweigert*, FS Raape, 35, 51.
- 50 *Wengler*, *ZÖR* 23 (1943/44), 273, 484.
- 51 *Wengler*; *RabelsZ* 8 (1934), 148, 196 ff.
- 52 *Kropholler*, IPR, § 6 III, S. 41.
- 53 *Dannemann*, FS Stoll, 417, 417 ff.
- 54 *Hessler*, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, S. 138 ff, 169 ff.
- 55 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 137 ff, insbesondere 147.
- 56 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 138.
- 57 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 138.
- 58 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 139.
- 59 *In re Paris Air Crash of 3 March 1974*, 399 F. Supp. 732 (C.D. Cal. 1975).
- 60 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 140 f.
- 61 *Ehrenzweig*, Private International Law I, S. 107 ff.
- 62 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 141.
- 63 *Burnham v. Superior Court*, 110 S.Ct. 2105 (1990).
- 64 *Juenger*, FS Voskuil, 137, 147.
- 65 *Bernstorff*, Einführung in das Englische Recht, S. 175.
- 66 “*Administration de la prevue*”, Art. 9 N.C.P.C.; *Teske*, Der Urkundenbeweis, S. 1 ff.
- 67 *Von Savigny*, S. 27.
- 68 *Kegel/Schurig*, IPR, S. 140 f; *Jochem*, Erbrecht des nichtehelichen Kindes, S. 145.
- 69 *Kegel/Schurig*, IPR, S. 140.
- 70 *Schack*, FS Kegel 2002, S. 180 bezeichnet den internationalen Entscheidungseinklang gar als Leitprinzip jeder geordneten Zivilrechtspflege.
- 71 *Wengler*, *ZÖR* (1943/44), 473, 483.
- 72 So der Formulierungsvorschlag von *Wengler*, *RabelsZ* 8 (1934), 148, 204 ff; *ders.*, *ZÖR* 23 (1943/44), 473, 477; siehe zur heutigen Bedeutung unten Erster Teil C., S.

20.

- 73 Münchner Kommentar-Coester, Art. 13 EGBGB Rn 69 mwN.  
74 OVG Koblenz, InfAuslR 2004, 294, 294.  
75 Zöllner – Vollkommer, ZPO, § 72 Rn 1 mwN.  
76 Zöllner – Vollkommer, ZPO, § 72 Rn 1 mwN.  
77 Wengler, ZÖR 23 (1943/44), 473, 501.  
78 Wengler, ZÖR 23 (1943/44), 473, 499.  
79 Zweigert, FS Raape, 35, 50.  
80 Wengler, ZÖR 23 (1943/44), 473, 499.  
81 Staudinger – von Hoffmann/Thorn, Art. 39 EGBGB Rn 53.  
82 Hay/Borchers/Symeonides, Conflict of Laws, S. 27.  
83 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 501 ff.  
84 Staudinger – von Hoffmann/Thorn, Art. 39 Rn 53; BT-Drucksache 14/343, 9 f.  
85 Von Hoffmann/ Thorn, IPR, § 6 Rn 35, S. 233; ausführlich Looschelders, Anpassung, S. 164 ff.  
86 Auf diesen Konflikt weist schon Mansel, ZvglRW 86 (1987), 1, 19 hin, der bei der akzessorischen Anknüpfung der materiellen Harmonie den Vorzug geben will.  
87 Wiedemann, FS Larenz, 199, 201.  
88 Wiedemann, FS Larenz, 199, 201.  
89 Rümelin, Die Rechtssicherheit, S. 1 ff.; Wiedemann, FS Larenz, 199, 199.  
90 So die Kritik von Wiedemann, FS Larenz, 199, 199 f.  
91 Statt vieler: BVerfGE 60, 16, 48.  
92 Siehe nur Basedow, ZEuP 1996, 570, 571 ff. mwN und Rechtsprechungsbeispielen.  
93 So sein Lebenswerk würdigend Jayme, Gerechtigkeit im IPR, 31, 34.  
94 Wiedemann, FS Larenz, 199, 204.  
95 Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 55; so auch Neuner, FS Georgiades, 1131, 1133 ff.  
96 Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 55.  
97 Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 55.  
98 Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 55.  
99 Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 55.  
100 Dietzi, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 56.  
101 Vischer, Rec cours 1974 II, 1, 9.  
102 Vischer, Rec cours 1974 II, 1, 9.  
103 Vischer, Rec cours 1974 II, 1, 9.  
104 Vischer, Rec cours 1974 II, 1, 9.  
105 Basedow, JZ 1976, 297, 297 ff.  
106 Basedow, ZEuP 1996, 570, 573.  
107 Basedow, ZEuP 1996, 570, 573.  
108 Basedow, ZEuP 1996, 570, 581.  
109 Blaurock, FS Stoll, 463, 475.  
110 Blaurock, FS Stoll, 463, 475.  
111 Blaurock, FS Stoll, 463, 475.  
112 Blaurock, FS Stoll, 463, 475.  
113 Wengler, Rev crit dr int priv 79 (1990), 657, 660.  
114 Siehr, FS Firsching, 269, 283.



- 115 *Basedow*, ZEuP 1996, 570, 574.
- 116 *Vischer*, Rec cours 1974 II, 1, 9; *Hessler*, Sachenrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, S. 67; *Kropholler*, IPR, § 4 IV, S. 30.
- 117 *Hirse*, Die Ausweichklausel im IPR, S. 134 mwN.
- 118 *Farago*, 55 NYU LRev 195, 195 ff. (1980).
- 119 *Farago*, 55 NYU LRev 195, 231.
- 120 *Farago*, 55 NYU LRev 195, 209 (1980).
- 121 *Farago*, 55 NYU LRev 195, 209 (1980).
- 122 *Farago*, 55 NYU LRev 195, 209 (1980).
- 123 *Schwind*, ZfRV 1995, 188, 192.
- 124 *Schwind*, ZfRV 1995, 188, 192.
- 125 *Vischer*, FS Germann, 287, 302; *Hessler*, Sachenrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, S. 66; *Struycken*, Lloyd's MCLQ 1996, 18, 21; *Neuhaus*, 28 LawContempProbl 795, 803 (1963); *Dietzi*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 54; *Wengler*, Rev crit dr int priv 79 (1990), 657, 674.
- 126 *Dietzi*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 54.
- 127 *Wiedemann*, FS Larenz, 199, 211.
- 128 *Hirse*, Die Ausweichklausel im IPR, S. 132.
- 129 *Hirse*, Die Ausweichklausel im IPR, S. 132.
- 130 *Wiedemann*, FS Larenz, 199, 211; *Hirse*, Die Ausweichklausel im IPR, S. 132.
- 131 *Blaurock*, FS Stoll, 463, 474.
- 132 *Blaurock*, FS Stoll, 463, 474.
- 133 *Blaurock*, FS Stoll, 463, 474.
- 134 *Blaurock*, FS Stoll, 463, 474.
- 135 Siehe zu den Grundlagen der Prozessrisikoanalyse: *Risse*, Wirtschaftsmediation, S. 352 ff.
- 136 Es gibt natürlich löbliche Ausnahmen, die mehrere Rechtsordnungen meistern, aber diese sind wahrlich selten.
- 137 Meistens in der Form teurer Fachgutachter.
- 138 *Hirse*, Die Ausweichklausel im IPR, S. 134.
- 139 So auch *Dietzi*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 49, 53.
- 140 *Lionnet/Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, S. 371.
- 141 *Schwind*, ZfRV 1991, 255, 255; *Hirse*, Die Ausweichklausel im IPR, S. 133.
- 142 *Schwind*, ZfRV 1991, 255, 255.
- 143 *Schwind*, ZfRV 1991, 255, 255.
- 144 Siehe die Beispiele bei *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl im Prozess, S. 81 ff.
- 145 *Kropholler*, IPR, § 4 IV, S. 31; in diese Richtung gehend auch *Wiedemann*, FS Lorenz, 199, 211; zum materiellen Recht, der ein erhöhtes Bedürfnis an Vorhersehbarkeit in von Schutz- und Ordnungsaufgaben geprägten Rechtsgebieten sieht.
- 146 *Kropholler*, IPR, § 4 IV, S. 31.
- 147 *Kropholler*, IPR, § 4 IV, S. 31.
- 148 *Kropholler*, IPR, § 4 IV, S. 31.

- 149 Kropholler, IPR, § 4 IV, S. 31, ähnlich auch schon die oben angesprochene Argumentation zur Entscheidungsbefugnis *ex aequo et bono*.
- 150 Kropholler, IPR, § 4 IV, S. 31.
- 151 In diese Richtung schon Schurig, RabelsZ 59 (1995), 229, 239.
- 152 Kropholler, IPR, § 4 IV, S. 31.
- 153 Kropholler, IPR, § 4 IV, S. 31.
- 154 Kropholler, IPR, § 4 IV, S. 31.
- 155 So auch Vischer, FS Germann, 287, 303.
- 156 Vischer, FS Germann, 287, 303.
- 157 Eine spezielle Kammer für Fälle mit Auslandsbezug gibt es zur Zeit nur am Landgericht Hamburg.
- 158 Neuhaus, 28 LawContempProbl 795, 803.
- 159 Neuhaus, 28 LawContempProbl 795, 803.
- 160 So auch schon Vischer, ZSR 90 II (1971), 1, 31.
- 161 So auch Vischer, FS Germann, 287, 293; die Position der Realisten wiedergebend, die das Erreichen von Rechtssicherheit im Internationalen Privatrecht als Ganzes für illusorische erachten.
- 162 Paulus, FS Apostolos, S. 511 ff.
- 163 Den Begriff der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit geprägt hat Kegel, FS Lewald, S. 270.
- 164 Ryan, Justice, S. 6.
- 165 Plato verwendet die Stadt um seine Idee der Gerechtigkeit zu erklären.
- 166 Plato, Der Staat, S. 321.
- 167 Plato, Der Staat, S. 335 ff.
- 168 Plato, Der Staat, S. 343 ff.
- 169 Plato, Der Staat, S. 351.
- 170 Raphael, Concepts of Justice, S. 42.
- 171 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 1 ff.
- 172 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 95.
- 173 Raphael, Concepts of Justice, S. 44; dem ist auch zuzustimmen, wenn man sich die Bemühungen Aristoteles zu Gemüte führt: Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 101 f.
- 174 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 97.
- 175 Auch als austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit bezeichnet.
- 176 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 102 f.
- 177 So heute noch die *punitive damages* in den USA.
- 178 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 106 f.
- 179 "brennt das Feuer bei uns genau so wie bei den Persern".
- 180 Im Sinne der *Common Law Equity*.
- 181 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 118.
- 182 Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. 119.
- 183 Hobbes, Leviathan, S. 202.
- 184 Raphael, Concepts of Justice, S. 76.
- 185 Hobbes, Leviathan, S. 208.
- 186 Hume, An Enquiry Concerning the Principles of Morals, S. 47.
- 187 Hume, An Enquiry Concerning the Principles of Morals, S. 49.

- 188 *Hume*, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, S. 50; “der öffentliche Nutzen der einzige Ursprung der Gerechtigkeit ist und daß die Reflexion auf die nützlichen Folgen dieser Tugend die einzige Grundlage für ihr Verdienst ist”, *Hume*, *Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral*, S. 17.
- 189 *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 1 ff.
- 190 *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 8.
- 191 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 23.
- 192 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 44 f.
- 193 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 52 ff.
- 194 In der deutschen Übersetzung: „der Schleier des Nichtwissens“; *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 29.
- 195 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 81.
- 196 So auch *Rawls*, *Justice as Fairness*, S. 46; aber auch schon früher, *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 336 f.
- 197 *Rawls*, *Distributive Justice*, S. 89.
- 198 *Rawls*, *Distributive Justice*, S. 89.
- 199 Dies gesteht er schon zum Anfang seiner Arbeit ein; *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 70.
- 200 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 53.
- 201 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 46, 59; siehe dazu weiterführend: *Kim*, *Gerechtigkeit und Verfassung*, der sich mit der Frage beschäftigt, ob sich die Rawlssche Theorie der Gerechtigkeit als konstitutionalistische Theorie der Verfassungsgerechtigkeit für die bundesverfassungsgerichtliche Formel „eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise“ eignet. *Kim* kommt zu dem Schluss, dass dies nur möglich ist, wenn man *Rawls*’ politische Konzeption der Gerechtigkeit zu einer Abwägungstheorie der Gerechtigkeit ausarbeitet.
- 202 Siehe oben Erster Teil C. III., S. 21.
- 203 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 124.
- 204 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 125.
- 205 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 168.
- 206 *Radbruch*, *SJZ* 1946, 105, 108.
- 207 Eine beeindruckende und äußerst gelungene Untersuchung dieser Frage findet sich bei *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*. *Osterkamp* beschäftigt sich darin mit der Frage, ob das philosophische Postulat der Gerechtigkeit ein Gegenstand der Rechtswissenschaft sein kann und zieht daraus sogleich Schlüsse für eine „juristische Gerechtigkeit“.
- 208 *Neuhaus*, *Die Grundbegriffe des IPR*, S. 43.
- 209 *Braun*, *Rechtsphilosophie*, S. 316.
- 210 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 353.
- 211 *Braun*, *Rechtsphilosophie*, S. 314.
- 212 Diese Unterscheidung hervorhebend: *Rümelin*, *Gerechtigkeit*, S. 3.
- 213 *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, S. 2.
- 214 *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, S. 277 ff.
- 215 *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, S. 5 spricht von einem immanenten Anspruch.
- 216 *Braun*, *Rechtsphilosophie*, S. 320.

- 217 *Braun*, Rechtsphilosophie, S. 324.
- 218 *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, S. 279.
- 219 *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, S. 280.
- 220 Siehe oben Erster Teil E. I., S. 33 ff.
- 221 *Kegel*, FS Lewald, S. 259 ff.
- 222 *Zweigert*, FS Raape, 35, 50.
- 223 So auch schon *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 270.
- 224 *Kegel*, FS Lewald, S. 259 ff.
- 225 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 273.
- 226 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 274.
- 227 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 274.
- 228 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 274.
- 229 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 276.
- 230 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 279.
- 231 *Kegel*, FS Lewald, S. 259, 279.
- 232 Siehe zu der Kritik: *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 18 f.; *Hirse*, S. 213 ff. mwN.
- 233 BVerfGE 31, 58, 73; BVerfGE 63, 181, 186.
- 234 BVerfGE 63, 181, 186.
- 235 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 13 ff.
- 236 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 15 ff.
- 237 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 44 f.
- 238 Ausnahmen wohl ansatzweise *Kegel* in: Vorschläge und Gutachten (Eherecht), S. 79 f. und S. 106.
- 239 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 44.
- 240 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 52 ff.
- 241 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 57.
- 242 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 79.
- 243 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 80.
- 244 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 80.
- 245 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 79.
- 246 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 82.
- 247 *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, S. 651 ff.; dort auch eine richtiger Weise kritische Betrachtung dieses Grundsatzes vor dem Hintergrund der Beklagteninteressen.
- 248 Eine Ausnahme dazu bildet vor allem die Doktrin des *forum non conveniens* im US-amerikanischen und englischen Prozessrecht. Dies wird häufig verwendet, um ausländische Klagen vor dem Beklagtengerichtsstand US-amerikanischer Unternehmen abzuwehren und auf ein ausländisches Forum zu verweisen.
- 249 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 91 ff.
- 250 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 91.
- 251 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 92.
- 252 *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht, S. 200 ff.
- 253 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 92.
- 254 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 93.
- 255 *Flessner*, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 94 und dort insbesondere Fn 279 am

Ende.

- 256 Siehe dazu vertieft oben Erster Teil D. IV., S. 26 ff.
- 257 Weitergehend in *Flessner*, *RabelsZ* 34, 547 ff.
- 258 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 27 ff.
- 259 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 27; wie auch schon *Kegel* selbst, FS Lewald, 270, 278.
- 260 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 28.
- 261 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 28.
- 262 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 49 ff.
- 263 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 49.
- 264 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 50.
- 265 *Bucher*, *Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 55.
- 266 *Hirse*, *Ausweichklausel im IPR*, S. 434.
- 267 *Hirse*, *Ausweichklausel im IPR*, S. 187.
- 268 *Hirse*, *Ausweichklausel im IPR*, S. 187.
- 269 *Hirse*, *Ausweichklausel im IPR*, S. 187.
- 270 *Hirse*, *Ausweichklausel im IPR*, S. 187.
- 271 Siehe dazu die Beispiele bei *Hirse*, *Ausweichklausel im IPR*, S. 189.
- 272 Was der Analyse von *Flessner* zufolge zum großen Teil *Kegels* eigene Schuld ist; *Flessner*, *Interessenjurisprudenz im IPR*, S. 13 ff.
- 273 Dies gilt natürlich nur für die kontinentaleuropäische Diskussion, *Leflars* „*Better Law Approach*“, der die Bestimmung des „besseren Rechts“ als eines unter fünf gleichberechtigten Kriterien aufnimmt, soll hier nur am Rande erwähnt werden. Ihm ging es bei diesem Faktor vor allem darum, die Anwendung anachronistischer Regeln zu verhindern, die sich der aktuellen Entwicklung im *Common Law* noch nicht angepasst haben. *Hay/ Weintraub/ Borchers*, *Conflict of Laws*, S. 503. Dabei ist zu beachten, dass diese Theorie auf zwischenbundesstaatlichen Kollisionsregeln basiert.
- 274 Siehe die ausführliche Übersicht bei *Symeonides*, 56 *AmJCompL* (2008), 243, 243 ff.
- 275 *Gutzwiller*, *SchweizJblntR* 25 (1968), 161, 161 ff.
- 276 *Cavers*, *The Choice-of-Law Process*, S. 1 ff; *ders.*, 47 *HarvLRev* 173, 173 ff. (1933/34).
- 277 *Gutzwiller*, *SchweizJblntR* 25 (1968), 161, 168.
- 278 *Gutzwiller*, *SchweizJblntR* 25 (1968), 161, 168.
- 279 *Gutzwiller* spricht von internationalrechtlichen Interessen und meint damit wohl in Anlehnung an *Currie* das angebliche Interesse eines Staates sein Recht auf einen bestimmten internationalen Sachverhalt angewandt zu wissen. *Curries* ursprüngliche Theorien sind zu finden in: *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, 1959 *Duke LJ* 171, 171 ff.
- 280 *Gutzwiller*, *SchweizJblntR* 25 (1968), 161, 170; unter Verweis auf *Cavers* 47 *HarvLRev*, 173, 181 (1933/34).
- 281 *Gutzwiller*, *SchweizJbIntR* 25 (1968), 161, 174.
- 282 *Gutzwiller*, *SchweizJbIntR* 25 (1968), 161, 175.
- 283 *Gutzwiller*, *SchweizJbIntR* 25 (1968), 161, 175.
- 284 *Gutzwiller*, *SchweizJbIntR* 25 (1968), 161, 189 ff. und 193.

- 285 *Gutzwiller*, SchweizJbIntR 25 (1968), 161, 192 f.
- 286 *Gutzwiller*, SchweizJbIntR 25 (1968), 161, 193.
- 287 *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 28; siehe dazu ausführlich oben Erster Teil E. III. 1. a), S. 48 f.
- 288 *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 29 f.
- 289 Dies mag zwar im Detail der rechtlichen Konstruktion selten der Fall sein, aber bezüglich des Ergebnisses als Abbildung der Wirklichkeit ist dies der Regelfall.
- 290 *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 34 f.
- 291 Sehr anschaulich hierzu die Diskussion um die Rom II-VO und die dort vorkommenden besonderen Kollisionsnormen.
- 292 *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 35.
- 293 *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 39.
- 294 *Neumeier v. Kuehner*, Court of Appeals New York, 31 N.Y.2d 121, 335 N.Y.S.2d 64, 68-71, 286 N.E.2d 454, 457-458 (1972) Entscheidungsgründe von Chief Judge *Fuld*.
- 295 *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 39.
- 296 *Neumeier v. Kuehner*, Court of Appeals New York, 31 N.Y.2d 121, 335 N.Y.S.2d 64, 68-71, 286 N.E.2d 454, 457-458 (1972) Entscheidungsgründe von Chief Judge *Fuld*.
- 297 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 186.
- 298 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 187.
- 299 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 188: verweist auf Eingriffsnormen, die alternative Anknüpfung beim Formstatut, die alternative Anknüpfung beim Unterhaltsanspruch Art. 18 EGBGB und den Versorgungsausgleich nach Art. 17 III 1 EGBGB.
- 300 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 235.
- 301 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 236.
- 302 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 236; der zur Unterstützung noch *Schwind*, RabelsZ 54 (1990), 251, 266 anführt. *Schwind* verhält sich jedoch neutral zu dieser Ansicht.
- 303 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 237.
- 304 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 237.
- 305 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 238.
- 306 Nur bei *Hirse* finden sich Anklänge einer Unterscheidung, Ausweichklausel im IPR, S. 238.
- 307 Diese Unterscheidung hat wohl *Kegel* veranlasst zu schreiben, dass in diesem Fall nicht materielle Interessen berücksichtigt würden, sondern vielmehr auf die speziellen Probleme von internationalen Verträgen eingegangen würde und somit wieder speziell internationalprivatrechtliche Interessen – hier die besonders missliche Lage und das erhöhte Schutzbedürfnis der internationalen Verkehrs – Berücksichtigung fänden, *Kegel*, FS Lewald, S. 272.
- 308 Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23. November 2007.
- 309 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.

- 310 Siehe dazu unten ausführlich Zweiter Teil D., S. 112.
- 311 Staudinger – *Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rn 165.
- 312 *Palandt – Thorn*, Art. 17 EGBGB Rn 9.
- 313 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 238.
- 314 Genauer *Schack*, FS Kegel 2002, S. 190, das reale Interesse der Parteien beziehe sich auf ein bestimmtes materiellrechtliches Ergebnis. Dies führt natürlich dazu – sollten die potentiell anwendbaren Rechtsordnungen unterschiedliche Ergebnisse vorhalten – das sich das Interesse auf die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung als notwendiger Zwischenschritt bezieht.
- 315 Als praktisches Beispiel ließe sich anführen, dass im deutschen materiellen Deliktsrecht ein Richter die Rachgelüste des Verletzten nicht einstellen würde, da Strafe nicht Aufgabe des Zivilrechts in der traditionellen Konzeption des BGB ist.
- 316 Da wäre es ehrlicher gewesen, wenn *Hirse* dargelegt hätte, dass sich die Frage von seinem Standpunkt aus gar nicht stellt.
- 317 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 1 Rn 34, S. 7 f.
- 318 So auch schon *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 186; der dies jedoch noch darauf zurückführt, dass das nationale Sachrecht nicht notwendig geeignet ist, den mitunter abweichenden Gerechtigkeitsvorstellungen in anderen Staaten Rechnung zu tragen. Die Ursache ist jedoch nicht des Bestreben, ausländischen abweichenden Gerechtigkeitsvorstellungen Rechnung zu tragen, sondern das internationale Element des Sachverhalts hinreichend zu berücksichtigen, ebenso *Looschelders*, Anpassung, S. 96.
- 319 So schon *Looschelders*, Anpassung, S. 83.
- 320 Fälschlich hingegen die Benutzung dieses Ausdrucks in anderen Zusammenhängen, siehe *Kropholler*, IPR, § 13 V, S. 110 mwN.
- 321 Schon *v. Bar* erkannte diesen Ursprung des Kollisionsrechts in den Zwängen des Praktizierens, jedoch führen seiner Ansicht nach Kollisionsnormen noch zu den dem Lebenssachverhalt am gerechtesten entscheidenden Rechtsordnungen; *v. Bar*, Liber Memorialis François Laurent, S. 1177 f.). Dabei verkennt er, dass die Verweisung zusammen mit der Gesamtheit der internationalprivatrechtlichen Normen zu neuem materiellen Recht und nicht zu einer schon bestehenden ausländischen Rechtsordnung führt.
- 322 In diese Richtung gehend schon *Bucher*, Anknüpfungsgerechtigkeit S. 61; welcher freilich diese Schlussfolgerung auf alternative oder kumulative Anknüpfungen, Wahl des günstigeren Rechts, Anwendung besseren Rechts beschränkt und dabei von übernationaler materieller Rechtsbildung spricht. Dabei greift er zweifach zu kurz. Zum einen handelt es sich um nationale und nicht übernationale Rechtsbildung wegen der nationalen Prägung durch Eingriffsnormen, *ordre public* und Verfahrensrecht. Zum anderen stellen diese Beispiele nur einen Teilaspekt dar, weil über das formelle Internationale Privatrecht immer materielles Recht gebildet wird.
- 323 Hier wird das Wort „Rechtskörper“ bewusst gebraucht. Es dient der Abgrenzung zum originär angewandten ausländischen Recht.
- 324 *Schwind*, *RabelsZ* 54 (1990), 251, 264; spricht in diesem Zusammenhang von unterschiedlichen „Denkstrukturen“.
- 325 Natürlich gibt es auch in Deutschland hervorragende Institute und Rechtsgelehrte,

- die sich in ausländischen Rechtsordnungen auskennen, jedoch ist die Rechtsanwendung faktisch nicht gleichwertig.
- 326 *Kahn-Freund*, Rec cours 1974-III, 137, 452.
- 327 *Kahn-Freund*, Rec cours 1974-III, 137, 440.
- 328 Schlechtriem/Schwenzer – *Ferrari*, Art. 7 Rn. 11 ff. mwN; das plastischste Beispiel in diesem Zusammenhang ist wohl der unterschiedliche Umgang mit Gesetzestexten im *Common Law* und *Civil Law*.
- 329 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 250 ff. mwN und Beispielen.
- 330 *Basedow/Diehl-Leistner*, Nation und Staat im IPR, S. 13, 25.
- 331 Hier sei nur das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg genannt.
- 332 BGH, BGHZ 43, 213; BGH NJW 1981, 1900.
- 333 *Von Bar/Mankowski*, IPR I, § 7 Rn 194-213; *Kegel/Schurig*, IPR, S. 376-382; *Kropholler*, IPR, § 32 IV, S. 226.
- 334 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 71-72, S. 244 mwN.
- 335 Im 1st *Restatement of Conflict of Laws*, welches dem „*vested rights approach*“ folgte, war dies noch verboten. Der gesamte Lebenssachverhalt wurde nach einer Schwerpunktbildung nur einer Rechtsordnung unterworfen.
- 336 *Schwind*, *RabelsZ* 23 (1958), 449, 458.
- 337 Siehe dazu ausführlich: *Looschelders*, *Anpassung*, S. 1 ff.
- 338 *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 31, S. 231.
- 339 *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 37, S. 233 f. mwN.
- 340 *Neuhaus*, *Grundbegriffe*, S. 358.
- 341 *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 37, S. 234.
- 342 Dies richtig erkennend und ablehnend: *Schwind*, *RabelsZ* 23 (1958), 449, 457; kritisch auch *Juenger*, Rec cours 1985-IV; 118, 196 im Anschluss an *Currie*: „Can we allow the plaintiff to put ,together half a donkey and half a camel, and then ride to victory on the synthetic hybrid‘?“.
- 343 *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 10 Rn 93, S. 469.
- 344 Siehe dazu Münchener Kommentar – *Sonnenberger*, Einl. IPR, Rn 35 ff. mwN; in der Rom II-VO werden sie jedoch nicht berücksichtigt vgl. Art. 16 Rom II-VO; anders hingegen in der Rom I-VO Art. 9 III.
- 345 *Joerges*, *Funktionswandel des Kollisionsrechts*, S. 162.
- 346 *Schwind*, *RabelsZ* 54 (1990), 279, 264.
- 347 Siehe oben Erster Teil A. IV., S. 12.
- 348 In dieses Richtung auch *Schwind*, *RabelsZ* 54 (1990), 251, 264 f, der deshalb unter anderem fordert, die Rechtsfigur der *depeçage* abzulehnen, denn wenn man fremdes Recht nicht wirklich anwenden wolle, solle man besser beim Eigenen bleiben als eine nirgends geltende Mixtur zu erzeugen. Dabei hat *Schwind* insofern Unrecht, als die Mixtur ja gerade in dem Verweisungsland gilt.
- 349 *Joerges*, *Funktionswandel des Kollisionsrechts*, S. 152 mwN.
- 350 *Jayme*, *Völkerrecht und IPR*, 158, 170.
- 351 *Jayme*, *Europäisches Kollisionsrecht*, 372, 387.
- 352 So schon der Erfahrungsbericht von *Jayme* aus seiner gutachterlichen Praxis in den 70er Jahren, wonach die eigentliche Aufgabe des Internationalen Privatrechts dann beginnt, wenn das anwendbare Recht feststeht und mit seiner Hilfe der Fall



- entschieden werden muss; *Jayme*, IPR als Lebensform, 407, 411.
- 353 *Cook*, Yale LJ 33 (1923/24), 437, 437 ff.
- 354 *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren des IPR, S. 102.
- 355 Eine gute Darstellung findet sich bei *Wrongs*, Introductory Notes, Restatement 2nd, Conflict of Laws, Chapter 7 bezüglich des Deliktsrechts und *Slater v. Mexican National Railroad Co.*, 194 U.S. 120, 126 (1904), S. 201 f.
- 356 *Cook*, Yale LJ 33 (1923/24), 437, 469.
- 357 *Cook*, Yale LJ 33 (1923/24), 437, 471.
- 358 *Cook*, Yale LJ 33 (1923/24), 437, 473.
- 359 *Romano*, Die Rechtsordnung, S. 136 f.
- 360 Art. 11 Rom I-VO.
- 361 Eine solche streitentscheidende und rechtsschöpfende Rolle wird Richtern nur im angloamerikanischen Rechtskreis zugebilligt. Siehe dazu *Kötz/Zweigert*, Rechtsvergleichung, S. 201 ff. und *Kötz*, Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, S. 1 ff.
- 362 *Hirse*, Ausweichklausel im IPR, S. 238; *Schurig*, *RabelsZ* 59 (1995), 229, 239.
- 363 Siehe oben Erster Teil E. I. 7., S. 40.
- 364 <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt39de.pdf>; ABl EU 2009 Nr. L 331, S. 19.
- 365 <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt08de.pdf>; BGBl. 1961 II S. 1012.
- 366 <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt24de.pdf>; BGBl. 1986 II S. 837.
- 367 ABl EU L 7/1, berichtet ABl EU 11 L 131/26.
- 368 Palandt – *Thorn*, HUntProt Rn 16 mwN.
- 369 *Bonomi* – Report S. 18.
- 370 Report of the Working Group on Applicable Law, Preliminary Document No 22 of June 2006 for the attention of the Special Commission of June 2006 on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance; Report of the Working Group on Applicable Law, Preliminary Document No 27 of April 2007 for the attention of the Special Commission of May 2007 on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance; Preliminary Draft Protocoll on the Law applicable to Maintenance Obligations – Explanatory Report, Preliminary Document No 33 of August 2007 for the Attention of the Twenty-First Session of November 2007.
- 371 Report - *Bonomi*, Preliminary Document No 22, S. 3.
- 372 So auch *Boele-Woelki/Mom*, FPR 2010, 485, 487.
- 373 *Martiny*, Rec cours 247 (1994), 131, 166; *Borras*, FS Siehr 2010, 173, 179; Prel. Doc. No 14 (March 2005) Rn 7 sowie die Antworten auf Frage 2 des Fragebogens, abrufbar unter [http://www.hcch.net/upload/wop/maint\\_pd14e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf).
- 374 Siehe die Statustabelle der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht – abrufbar unter [http://www.hcch.net/index\\_de.php?act=conventions.status&cid=86](http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.status&cid=86).
- 375 Proposal by the Working Group Prel. Doc. No 14, answers to question 2.
- 376 In die gleiche Richtung gehend die Kritik von *Kindler*, IPRax 2010, 44, 48 bezüglich der Rom III-VO.
- 377 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 87, S. 250 mwN.
- 378 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 47, S. 236.
- 379 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 48, S. 237.

- 380 Palandt – *Thorn*, Einl v EGBGB 3 Rn 30.
- 381 Palandt – *Thorn*, EGBGB HUntProt Rn 9.
- 382 Siehe oben Erster Teil C. III., S. 21.
- 383 *Bonomi* – Report S. 18; *Verwilghen* – Report Rn 145.
- 384 OLG Karlsruhe DAVorm 1979, 537.
- 385 *Bonomi* – Report S. 18.
- 386 BGH FamRZ 01, 412, 413; OLG Hamm FamRZ 1998, 25, 25; OLG Nürnberg NJW-RR 2010, 1306, 1307.
- 387 BGH FamRZ 01, 412, 413.
- 388 *Bonomi* – Report S. 18.
- 389 *Henrich*, IPRax 2001, 437, 438 mit einem Beispiel aus dem russischen Unterhaltsrecht, welches vom OLG Nürnberg NJW-RR 2010, 1306, 1307 genau gegenteilig entschieden wurde.
- 390 *Henrich*, IPRax 2001, 437, 437.
- 391 Dagegen: KG FamRZ 1988, 167, 169; zustimmend von *Bar*, IPRax 1988, 220, 222; dafür: *Jayme*, IPRax 1986, 265, 268.
- 392 *Bonomi* – Report S. 18.
- 393 So beispielsweise Münchner Kommentar – *Siehr*, UStA Rn 119 ff.
- 394 *Verwilghen* – Report Rn 137.
- 395 So auch schon *Verwilghen* – Report Rn 141.
- 396 Siehe oben Erster Teil E. VI., S. 70.
- 397 *Bonomi* – Report S. 14; *Verwilghen* – Report Rn 138.
- 398 *Verwilghen* – Report Rn 138.
- 399 Palandt – *Thorn*, HUntProt Rn 12.
- 400 *Kindler* IPRax 2010, 44, 47; *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 375; *Henrich*, FS Stoll, S. 437 f.
- 401 *Mansel*, Kulturelle Idenität und IPR, S. 119, 124 f, anders in Osteuropa und Asien.
- 402 *Kindler*, IPRax 2010, 44, 46.
- 403 *Mansel*, FS Armagan, S. 208; *ders.*, Kulturelle Idenität und IPR, S. 119, 135ff.
- 404 *Henrich*, FS Stoll, S. 444.
- 405 *Mansel*, Kulturelle Identität und IPR, S. 119, 130 f.
- 406 *Mansel*, Kulturelle Identität und IPR, S. 119, 133 mwN.
- 407 *Bonomi* – Report Rn 74.
- 408 So schon 2001: *Henrich*, FS Stoll, S. 444.
- 409 In Deutschland galt bis zur Staatsangehörigkeitsreform 2000 ein reines *Ius Sanguinis*.
- 410 *Bonomi* – Report S. 14.
- 411 *Bonomi* – Report S. 14.
- 412 *Bonomi* – Report S. 14.
- 413 *Bonomi* – Report S. 14.
- 414 *Wagner*, FamRZ 2006, 979, 982.
- 415 Siehe oben Zweiter Teil B. I., S. 74.
- 416 Palandt – *Thorn*, HUntProt Rn 11.
- 417 *Kropholler*, IPR, § 20 I, S. 140.
- 418 *Kropholler*, IPR, § 20 II, S. 141.
- 419 Siehe oben Erster Teil E. V., S. 68.

- 420 *Kropholler*, IPR, § 20 II, S. 142.
- 421 Siehe oben Erster Teil E. IV. 2., S. 56.
- 422 Siehe unten S. 88 f.
- 423 *Kropholler*, IPR, § 20 II, S. 142.
- 424 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (EuUntVO).
- 425 *Wagner*, FamRZ 2006, 979, 983; *ders.*, FamRZ 2005, 410, 418.
- 426 *G. Schmidt*, FS Siehr, S. 658.
- 427 *G. Schmidt*, FS Siehr, S. 663.
- 428 *Bonomi* – Report Rn 78.
- 429 Bonomi-Report Rn 52.
- 430 *Bonomi-Report* Rn 98.
- 431 Bonomi-Report Rn 56.
- 432 *Phillips v Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1; *Dicey, Morris & Collins*, Conflict of Laws, Rn 35-005.
- 433 Palandt – *Thorn*, HUntProt Rn 24.
- 434 *Bonomi-Report* Rn 98.
- 435 Palandt – *Thorn*, HUntProt Rn 22.
- 436 *Verwilghen-Report* Rn 150.
- 437 *Andrae*, FPR 2008, 196, 202.
- 438 Staudinger – *Mankowski*, Anh I zu Art 18 EGBGB Rn 198.
- 439 Rauscher- *Andrae*, Art 4 HUntStProt Rn 5 schon zu dem Auseinanderfallen von *lex causae* und *lex fori*.
- 440 Rauscher- *Andrae*, Art 6 HUntStProt Rn 3.
- 441 So auch Rauscher- *Andrae*, Art 4 HUntStProt Rn 8.
- 442 *Working group*, Prel. Doc. No 14 Rn 7 und Answer to question 2.
- 443 *Working group*, Prel. Doc. No 14 Rn 7.
- 444 *Working group*, Prel. Doc. No 14 Rn 18.
- 445 *Working group*, Prel. Doc. No 14 Rn 18.
- 446 Abrufbar unter <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt10de.pdf>.
- 447 Abrufbar unter <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt34de.pdf>.
- 448 *Working group*, Prel. Doc. No 14 Rn 18.
- 449 *Working group*, Prel. Doc. No 14, Annex 2, Answers to Question 7.
- 450 *Bonomi- Report*, Prel. Rn 74.
- 451 *Bonomi- Report*, Rn 98.
- 452 *Bonomi- Report*, Rn 96.
- 453 Siehe oben S. 86.
- 454 *Working group*, Prel. Doc. No 14, Annex 2, answers to question 7.
- 455 *Bonomi- Report*, Rn 74.
- 456 Siehe oben Zweiter Teil B. II. 5. a), S. 81 ff.
- 457 Abrufbar unter: <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt34de.pdf>.
- 458 *Wagner/ Janzen*, FPR 2011, 110, 110; neben Deutschland haben noch 39 weitere Staaten das KSÜ unterzeichnet, [http://www.hcch.net/index\\_de.php?act=conventions.status&cid=70](http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.status&cid=70), Stand: 09.03.2012.
- 459 Abrufbar unter: <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt10de.pdf>.

- 460 *Lagarde* Report, Rn 3 ff.
- 461 Deutscher Text abrufbar unter: <http://www.hcch.net/upload/text32d.pdf>, IPRax 2000, 53 ff.
- 462 *Wates* Report, Rn 117.
- 463 *Wates* Report, Rn 118.
- 464 *Wates*, Report, Rn 59.
- 465 *Wates* Report, Rn 142.
- 466 Das Übereinkommen haben bislang nur Argentinien, Luxemburg, die Niederlande und die Schweiz unterzeichnet. Einen Vorbehalt hat keine Nation erklärt.
- 467 *Wates* Report, Rn 142.
- 468 *Brandi*, Haager Erbrechtsübereinkommen, S. 128.
- 469 *Lagarde* Report, Rn 116.
- 470 Staudinger – *Pirrung*, Vorbem zu Art 19 EGBGB Rn G 106.
- 471 *Wagner/Janzen*, FPR 2011, 110, 112.
- 472 So auch *Bucher*, SZIER 1997, 67, 95.
- 473 Zur foreign-court-Theorie: Von Hoffmann/Thorn, IPR, S. 250
- 474 Siehe zu den unterschiedlichen Theorien in Europa: *Gottschalk*, Allgemeine Lehren des IPR in kollisionsrechtlichen Staatsverträgen, S. 47 ff.
- 475 *Lagarde*, Rev crit dr int priv 78 (1989), 249, 259; zustimmend auch *Brandi*, Haager Erbrechtsübereinkommen, S. 128.
- 476 *Bucher*, SZIER 1997, 67, 95.
- 477 *Kropholler*, FS Henrich, S. 399.
- 478 *Gottschalk*, Allgemeine Lehren des IPR in kollisionsrechtlichen Staatsverträgen, S. 136.
- 479 *Kropholler*, FS Henrich, S. 402.
- 480 So auch *Kropholler*, FS Henrich, S. 402.
- 481 *Kropholler*, FS Henrich, S. 402.
- 482 *Wates* Report, Rn 49.
- 483 *Wates* Report, Rn 23.
- 484 *Brandi*, Haager Erbrechtsübereinkommen, S. 99 mwN.
- 485 *Brandi*, Haager Erbrechtsübereinkommen, S. 144.
- 486 BVerfG, BVerfGE 63, 181, 181 ff.
- 487 RegBegr, BT-Drucks 10/504, S. 1.
- 488 BVerfG, BVerfGE 68, 384, 384 ff; ebenso BGH, FamRZ 1983, 255 ff.
- 489 Münchner Kommentar – *Winkler v. Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB Rn 63 mwN; *Wagner*, IPRax 2000, 512, 516.
- 490 Münchner Kommentar – *Winkler v. Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB Rn 63 mwN; *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1212.
- 491 BT-Drucks 10/504.
- 492 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 8 ff. mwN.
- 493 RegBegr, BT-Drucks 10/504, S. 59.
- 494 dazu ausführlich Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 13.
- 495 RegBegr, BT-Drucks 10/504 S. 60.
- 496 RegBegr, BT-Drucks 10/504 S. 60 f.
- 497 MPI, RabelsZ 44 [1980] 344, 350.
- 498 MPI, RabelsZ 47 [1983] 595, 635 f.

- 499 *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1212.
- 500 *Kropholler*, IPR, § 46 I, S. 364.
- 501 RegBegr, BT-Drucks 10/504 S. 61.
- 502 *Kropholler*, IPR, § 46 I, S. 364; Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 165 mwN.
- 503 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBG Rn 168a mwN.
- 504 In diese Richtung *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 268.
- 505 *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 268 mwN.
- 506 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBG Rn 168a.
- 507 Beispiel nach BGH, BGHZ 169, 328, 328 ff.
- 508 *Looschelders*, FS *Kropholler*, S. 329, 331; inzwischen wurde auch in Malta eine Scheidung in Art. 66B Civil Code eingeführt; Civil Code (Amendment) Act, Government Gazette of Malta No. 18784 vom 29. Juli 2011.
- 509 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBG Rn 25.
- 510 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBG Rn 23.
- 511 RegBegr, BT-Drucks 10/504, S. 61.
- 512 BGH, BGHZ 169, 328, 332 f.
- 513 BGH, BGHZ 169, 328, 333 mwN.
- 514 *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 274.
- 515 BGH, BGHZ 169, 328, 328 ff.
- 516 *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 269.
- 517 *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 269.
- 518 *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 274.
- 519 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 168a.
- 520 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 168a mwN.
- 521 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 168a.
- 522 BGH, BGHZ 169, 328, 332 f.
- 523 BGH, BGHZ 169, 328, 335.
- 524 BGH, BGHZ 169, 328, 335.
- 525 *Looschelders*, FS *Kropholler*, S. 330 mwN.
- 526 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 178 mwN.
- 527 *Looschelders*, FS *Kropholler*, S. 329, 333.
- 528 Staudinger – *Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 172 mwN.
- 529 ABl. EU L 343/10.
- 530 Vorschlag der EG-Kommission vom 17.7.2006, KOM [2006] 399 endg.
- 531 Beschluss des Rates v 12.7.2012, ABl. EU L 189/12.
- 532 *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 406.
- 533 KOM (2006) 399 endgültig, S. 13 ff.
- 534 *Martiny*, Symposium *Spellenberg*, S. 119, 132.
- 535 Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 19./20. April 2007 der 2794. Tagung des Rates, 8364/07 (Presse 77) S. 10.
- 536 *Calvo Caravaca/Carrescosa González*, CDT 2009, 36, 66.
- 537 „En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: [...] c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.“

- 538 Europäisches Parlament – Berichterstatterin: *Evelyne Gebhardt*, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich vom 19.9.2008, A6-0361/2008, S. 15.
- 539 KOM (2010) 105 endgültig, S. 16 als Art 5.
- 540 KOM (2010) 105 endgültig, S. 8.
- 541 Bericht des Rechtsausschusses, Stellungnahme des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, A7-0360/2010 S. 52 f.
- 542 Änderungen hervorgehoben.
- 543 Die Artikelreihenfolge war im Vorschlag noch anders.
- 544 Bericht des Rechtsausschusses, Stellungnahme des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter, A7-0360/2010 S. 61.
- 545 Zum Beispiel in Spanien.
- 546 So auch *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 409; *Gruber*, IPRax 2012, 381, 391.
- 547 *Gruber*, IPRax 2012, 381, 391.
- 548 *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 409.
- 549 *Pintens*, Symposium Spellenberg, S. 137, 147.
- 550 In der Vergangenheit sah das maltesische Familienrecht überhaupt keine Scheidung vor, inzwischen wurde sie jedoch in Art. 66B Civil Code eingeführt; Civil Code (Amendment) Act, Government Gazette of Malta No. 18784 vom 29. Juli 2011.
- 551 Erwägungsgrund 9 Rom III-VO.
- 552 So auch *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 410; der so weit geht zu sagen, dass ein abstrakte Bewertung „allen überkommenen Prinzipien des internationalen Privatrechts“ widerspräche.
- 553 Eine solche Praxis würde sich vor allem gegen islamische und jüdische Rechtsordnungen richten. *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 410; *Kohler*, FamRZ 2008, 1673, 1678.
- 554 *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 410.
- 555 *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 410.
- 556 *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht, Rn 05.89 f. mwN.
- 557 Staudinger – *Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rn 16 und 181 mwN.
- 558 BGH, BGHZ 169, 328, 335.
- 559 Zu dieser Technik der Lückenfüllung: *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn 154, S. 275 mwN.
- 560 Ersichtlich an der steigenden Zahl der Staaten mit verbürgter Gegenseitigkeit: Zöller – *Geimer*, Anhang V.
- 561 *Basedow*, NJW 1986, 2971, 2979.
- 562 *Martiny*, Handbuch des IZVR III/1, Rn 887.
- 563 *Iskander*, Hinkende Ehen, S. 171 ff. mwN.
- 564 *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1211.
- 565 Staudinger – *Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rn 26 ff.
- 566 So auch *Jayme*, JZ 2007, 695, 695.
- 567 Staudinger – *Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rn 168a.
- 568 Erwägungsgrund 9.

- 569 Erwägungsgrund 9.
- 570 *Martiny*, Symposium Spellenberg, S. 119, 125 mwN.
- 571 *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1211.
- 572 *De Groot*, Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel, S. 304.
- 573 *Raape*, Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung, S. 19 ff. mwN.
- 574 *Staudinger – Mankowski*, Art 17 EGBGB Rn 8 mwN.
- 575 *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1211.
- 576 BGH, BGHZ 169, 329, 336 ff.
- 577 BGH, BGHZ 169, 329, 336 ff.
- 578 Diese Position hat sich materiellrechtlich überholt, seit dem auch in Malta die Scheidung möglich ist; Art. 66B Civil Code, eingeführt durch Civil Code (Amendment) Act, Government Gazette of Malta No. 18784 vom 29. Juli 2011.
- 579 *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1211.
- 580 *Schurig*, FS von Hoffmann, S. 405, 407.
- 581 *Mansel*, Kulturelle Idenität und IPR, S. 119, 124 f.
- 582 BGH, FamRZ 2004, 1952 ff. = IPRax 2005, 346 ff. mwN insbesondere *Basedow/Yassari*, Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts, Tübingen 2004.