

Methoden der Ermittlung ausländischen Rechts

Thomas Pfeiffer

I. Einführung

Zu den prägenden Zügen des Werks von *Dieter Leipold* gehört das Ringen um die Verbindung zwischen der dogmatischen Durchdringung des Zivilprozessrechts und den Erfordernissen einer internationalen Öffnung von Recht und Rechtswissenschaft. Das tritt auch in seinen Kommentierungen zu Tage, zu denen die eingehende Erläuterung des § 293 ZPO im Großkommentar zur Zivilprozessordnung von Stein/Jonas zählt.¹

Die nachfolgenden Überlegungen geben Erfahrungen wieder, die der Verfasser in einer Vielzahl von Fällen als von deutschen Gerichten benannter neutraler Sachverständiger zu diversen ausländischen Rechten und als parteibenannter Sachverständiger für deutsches und europäisches Recht sowie für internationale Vertragsrechtsgrundsätze vor Gerichten und Schiedsgerichten in Verfahren auf vier Kontinenten sammeln konnte. Der Beitrag zielt darauf, Stärken und Schwächen einzelner Methoden der Anwendung ausländischen Rechts aufzuzeigen. Die Ausführungen mögen als Hinweise für die gerichtliche und schiedsgerichtliche Handhabung, aber auch für das Vorgehen von Parteien dienen.² Rechtliche Relevanz gewinnen sie etwa durch das Gebot des Vorgehens der Gerichte nach pflichtgemäßem Ermessen bei der Anwendung des § 293 ZPO. An einzelnen Stellen zeigen sich weitere konkrete rechtliche Schlussfolgerungen.

¹ *Dieter Leipold*, in Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Band 4, 22. Auflage 2008.

² *Klaus Sommerlad/Joachim Schrey*, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1992, 1377, 1380, schlagen etwa folgenden Kriterienkatalog vor: Auswahl desjenigen Ermittlungsverfahrens, das am geeignetsten erscheint, die aufgeworfene Rechtsfrage ausländischen Rechts hinreichend erschöpfend zu beantworten – Verlässlichkeit der Erkenntnisquelle – Benötigte Zeit zur Gewinnung von Erkenntnissen – Eigene Erfahrungen des Gerichts mit Ermittlungsmethoden für ein bestimmtes ausländisches Recht – Schwierigkeitsgrad der Rechtsfrage: je schwieriger, desto eher Strengbeweis (auch insbesondere Sachverständigengutachten – Bedeutung der Angelegenheit – letztlich eine Abwägung zwischen Bedeutung der Angelegenheit und dem für die Ermittlung des ausländischen Rechts zu treibenden Aufwand; gegebenenfalls auch Abwägung zwischen Streitwert und Aufwand – Nähe oder Ferne des Gerichts zu dem ausländischen Rechtssystem – Verwandtschaft mit deutschem Recht eher Verzicht auf ein Sachverständigengutachten.

II. Ausgangslage vor staatlichen Gerichten

Nach § 293 ZPO entscheidet das Gericht über die Ermittlung ausländischen Rechts nach pflichtgemäßem Ermessen. Ein erheblicher Teil der hierzu ergangenen Rechtsprechung geht der Frage nach, ob das Gericht sich im Rahmen dieses Ermessens gutachterlicher Unterstützung hätte bedienen müssen, unter welchen Voraussetzungen ein Gutachten ausreichend ist, um dem Gericht als geeignete Grundlage der Entscheidungsfindung zu dienen, und welche Pflichten das Gericht bei der Verwertung solcher Gutachten treffen.³

Ist auf anderem Wege keine Aufklärung möglich, so bildet die Einholung eines unabhängigen Rechtsgutachtens eines großen rechtsvergleichend ausgerichteten Universitäts- oder Max-Planck-Instituts die praktische Regel; gelegentlich findet man auch Gutachten von in der betreffenden Rechtsordnung besonders ausgewiesenen Rechtsanwälten. Unabhängig vom konkret ausgeübten Beruf sind die ausgewählten Gutachter ihrem beruflichen Hintergrund nach aber meist deutsche Juristen.

Es liegt auf der Hand, dass diese Praxis mit Vor- und Nachteilen verbunden ist. Vorteilhaft sind möglicherweise die Neutralität des Gutachters und seine Vertrautheit mit den Erfordernissen eines deutschen Gerichtsverfahrens; nachteilig könnte es sein, wenn der Gutachter die gutachterlich zu untersuchenden Rechtsordnung nur als fremdes Recht kennengelernt hat.

III. Einbeziehung der Schiedsgerichtsbarkeit

Schon im Ausgangspunkt anders stellt sich die Lage in der Schiedsgerichtsbarkeit dar. Dies hängt zunächst damit zusammen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit nicht in gleicher Weise wie die staatliche Justiz einem bestimmten Staat zugeordnet werden kann. Lediglich durch den Sitz, also nach dem Territorialitätsprinzip (§ 1025 ZPO, Art. 1 Abs. 2 UNCITRAL Model Law⁴), sowie durch die spätere Anerkennung und Vollstreckung bestehen Verbindungen zu einer oder mehreren Rechtsordnungen. Namentlich bei gemischt-national zusammengesetzten Schiedsgerichten kann man oft nicht ohne weiteres davon sprechen, dass sich ein anwendbares Sachrecht für das Schiedsgericht als Ganzes wie für ein staatliches Gericht als ausländisch darstellt.

Ein weiterer Unterschied betrifft ein Problem, das einen notwendigen Bezugspunkt jeder Befassung mit den Methoden der Ermittlung ausländischen Rechts bildet, ob nämlich die Bestimmung des Inhalts eines anwendbaren ausländischen

³ Zusammenfassend zur Ermessensausübung in der Rechtsprechung etwa BGHZ 118, 151; ferner etwa BGH NJW 2003, 2685; BGH NJW-RR 2002, 1359; BGH NJW 1991, 1418; BGH NJW-RR 1991, 1211.

⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006, Resolution 61/33 (2006) der UN-Generalversammlung.

Rechts als Rechtsfrage oder als Tatsachenfrage zu behandeln ist.⁵ Denn das Schiedsverfahrensrecht kennt keine dem § 293 ZPO vergleichbare Vorschrift, welche diese Frage beantworten könnte.

Vielmehr ist für schiedsgerichtliche Verfahren typischerweise im Ausgangspunkt maßgebend, dass die Frage der Abgrenzung von Rechtsfragen und Tatsachenfragen kein kollisionsrechtliches, sondern ein sachrechtliches Problem darstellt und zudem kollisionsrechtlich-funktionell als prozessrechtlich zu qualifizieren ist. Das im Schiedsverfahren anwendbare Verfahrensrecht bestimmt daher, ob und inwieweit der Inhalt ausländischen Rechts des Tatsachenbeweises bedarf; typischerweise bestimmt das Schiedsgericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen (§ 1042 Abs. 3 ZPO, Art. 19 Abs. 2 UNCITRAL Model Law⁶), inwieweit es gutachterlicher Unterstützung bedarf. Die schiedsgerichtliche Praxis beruht – nach den Erfahrungen des Verfassers – auch in diesem Punkt oftmals auf einem Mittelweg zwischen unterschiedlichen nationalen Praktiken oder dem Versuch ihrer Verschmelzung. Die Vorlage von Parteigutachten und die Anhörung parteibenannter Gutachter bildet die wohl die übliche Praxis. Dabei dürfte ferner es den Regelfall bilden, dass als Gutachter ein Jurist aus derjenigen Rechtsordnung fungiert, der das anwendbare Recht entstammt.

Das deutsche Schiedsverfahrensrecht (§ 1049 ZPO, auch Art. 26 UNCITRAL Model Law) erkennt zwar die Möglichkeit der Einsetzung eines neutralen Sachverständigen an, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren. Hiervon wird aber nur selten Gebrauch gemacht; der Verfasser ist auch in Schiedsverfahren mit deutschem Schiedsort einem solchen Vorgehen noch nicht begegnet.

IV. Mögliche Ermittlungswege

1. Die eigenständige Recherche im ausländischen Recht

a) Staatliche Gerichtsbarkeit

Der Erhebung eines Sachverständigenbeweises durch ein deutsches Gericht kann der Versuch des Gerichts voraus gehen, den Inhalt des anzuwendenden Rechts selbst zu ermitteln. Eine eigene Recherche oder Ermittlung des maßgebenden Rechts kann auch insgesamt ausreichen⁷. Ein solches pflichtgemäßes⁸ Vorgehen entspricht dem Grundsatz des *iura novit curia*.⁹ Rechtlich kann es sich entweder um ein bloßes Internum des Richters, etwa das Studium zugänglicher Literatur in

⁵ Eingehend etwa Andreas Spickhoff, *Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage*, ZJP 112 (1999), 265.

⁶ Vgl. auch z. B. § 24.1 DIS-SchO; Art. 15 ICC-Schiedsgerichtsordnung.

⁷ BGH NJW-RR 1994, 642.

⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1976, 1581, 1582 m. Nw.

⁹ Stein/Jonas/Leipold, § 293 ZPO, Rn. 1, 9 ff., 37 ff.

der Gerichtsbibliothek¹⁰, oder um einen Fall der Ermittlung im Freibeweisverfahren¹¹ handeln, etwa die Einholung einer Auskunft einer öffentlichen Stelle. Beides kann meist zeitnah erfolgen und hat zudem den Vorteil, dass für die Parteien keine zusätzlichen Kosten entstehen. Die Erfolgsaussichten hängen dabei von einer Reihe von Umständen ab, zu denen insbesondere die Zugänglichkeit der betreffenden Rechtsordnung und die Vorbildung des Gerichts in der Rechtsvergleichung im Allgemeinen, vor allem aber in der betreffenden Rechtsordnung im Besonderen zählen.¹² Jedenfalls muss das Tatsachengericht in den Gründen seiner Entscheidung diejenigen besonderen Kenntnisse oder die Erkenntnisquellen darlegen, aufgrund derer es mit dem Inhalt des anwendbaren Rechts vertraut ist oder aus denen es den Inhalt des ausländischen Rechts ermittelt hat.¹³

In zahlreichen Fällen, in denen dem Verfasser dieses Beitrags Gerichtsakten zur Erstellung von Gutachten nach § 293 ZPO vorliegen, ergibt sich aus den Akten, dass das Gericht tatsächlich zunächst eigene Recherchen angestellt hat. Die Einholung eines Gutachtens in solchen Fällen beruht darauf, dass diese Recherchen nicht zu einem hinreichend verlässlichen Ergebnis geführt haben. Nach den Erfahrungen des Verfassers führen solche eigenen vorgängigen Ermittlungen aber immerhin oft zu präziseren Fragestellungen des Gerichts. Ohne solche Ermittlungen, namentlich, wenn sich das Gericht aufgrund seiner fehlenden Kenntnisse im anwendbaren Sachrecht zu einer präziseren Formulierung des Beweisthemas außerstande sieht, finden sich mitunter Beweisbeschlüsse, in denen „die Begründetheit des Klageantrags zu 1 nach dem Recht des Staates X“ – oder sonst eine bloße Wiedergabe des Klageziels¹⁴ – als gutachterlich zu untersuchendes Beweisthema benannt wird. Zwar wird, auch ohne dass das Gericht selbst ermittelt hat, oftmals durch gerichtliche Beweisbeschlüsse genauer als im vorstehenden Beispiel bezeichnet, auf welche Fragen es dem Gericht besonders ankommt. Es lässt sich jedoch beobachten, dass die vorgängige eigene Recherche geeignet ist, Fragen zu vermeiden, die allzu sehr von deutschen Verständnissen geprägt sind und an den relevanten Fragen des ausländischen Rechts vorbeigehen. Auch darüber hinaus kann eine eigene Vorbefassung des Gerichts mit dem ausländischen Recht vorteilhaft sein. Der Gutachter kann aufgrund der Vorbefassung mitunter bestimmte Aspekte des aufzuklärenden

¹⁰ *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn. 10.

¹¹ Der Begriff Freibeweisverfahren kann korrekterweise nicht die Wahlmöglichkeit zwischen eigener Recherche, formloser Klärung und formellem Strengbeweisverfahren bezeichnen, vgl. *Hanns Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, 4. Aufl. 2008, § 293 ZPO, Rn. 49. Vielmehr bezeichnet Freibeweis ein Verfahren zur Feststellung von Tatsachen ohne Bindung an die Beweismittel- und Beweisregeln der ZPO. Im vorliegenden Kontext kann er daher allenfalls für formlose Maßnahmen außerhalb eigener Quellenauswertung durch das Gericht herangezogen werden.

¹² BGHZ 118, 151; vgl. auch BGHZ 77, 32 zum Fall der Erschließung des ausländischen Rechts durch die deutsche Literatur *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn. 38.

¹³ *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn. 38; *Pfeiffer*, Die revisionsgerichtliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts, NJW 2002, 3306, 3307.

¹⁴ Vorzugswürdig ist wohl eine Formulierung, die das materielle Klageziel ausdrücklich aufnimmt.

Rechts bereits als bekannt voraussetzen. Das erspart zwar keine eigenständige gutachterliche Prüfung. Die Verständigung zwischen Gericht und Gutachter über das ausländische Recht wird jedoch einfacher. Das kann unnötigen (darstellerischen) Aufwand oder Rückfragen – und den Parteien entsprechende Kosten – ersparen.

Diesen Vorteilen steht als Nachteil vor allem gegenüber, dass das Gericht im Hinblick auf das Gebot der Prozessökonomie eine Verdoppelung des Aufwands und unnötigen Zeitverlust vermeiden sollte. Das gilt vor allem dann, wenn eigene gerichtliche Recherchen in der anwendbaren Rechtsordnung von vornherein keine großen Erfolgsaussichten aufweisen, weil dem Gericht die entsprechenden Quellen, auch unter Berücksichtigung des Parteivortrags, nicht zugänglich sind. Sind zwar Quellen an sich zugänglich, stellt sich immer noch die Frage nach der sprachlichen Zugänglichkeit, die allerdings auch durch Übersetzungen herstellbar ist, vor allem jedoch die Frage der zutreffenden Quellenaus- und -bewertung.

Abzuwägen ist all dies im Rahmen des dem Gericht obliegenden pflichtgemäßen Ermessens. Das Gericht muss diejenigen Maßnahmen ergreifen, die eine vollständige Aufklärung der maßgeblichen Regeln des anwendbaren Rechts bei möglichst geringem Aufwand gewährleisten.

b) Schiedsgerichtsbarkeit

In internationalen Schiedsverfahren ist im Hinblick auf die Recherche im anwendbaren Recht nach den Erfahrungen des Verfassers häufig folgende Situation gegeben: Vertragsparteien haben die Geltung des Heimatrechts einer Vertragspartei vereinbart. Im Streitfall benennt jede Partei für das (wie meist) aus drei Schiedsrichtern bestehende Schiedsgericht einen Schiedsrichter aus ihrem Heimatland oder einer rechtskulturell nahe stehenden Rechtsordnung; als Vorsitzender wird von den Parteien oder der maßgebenden Schiedsinstitution eine Person aus einem neutralen Drittland bestimmt. In derartigen Fällen verfügt einer der parteibenannten Schiedsrichter über Kenntnisse des anwendbaren Rechts, die beiden anderen Schiedsrichter nicht. Für das Schiedsgericht erwächst in einem solchen Fall die Frage, ob es auf die interne Sachkunde des parteibenannten Schiedsrichters vertrauen soll oder ob die Einholung sachverständiger Stellungnahmen ratsam ist.

Das hängt zunächst davon, welche Verfahrensregeln das Schiedsgericht auf die Ermittlung ausländischen Rechts anwendet. Typischerweise wird sich jedoch die Einholung sachverständiger Stellungnahmen empfehlen. Zwar sind auch parteibenannte Schiedsrichter regelmäßig zur Unparteilichkeit verpflichtet (§ 1036 ZPO, Art. 12 UNCITRAL Model Law). Will das Schiedsgericht in einer solchen Situation ausschließlich auf die Kenntnisse eines Schiedsrichters im anwendbaren Recht zurückgreifen, besteht die Gefahr, dass der rechtskundige Schiedsrichter innerhalb des Schiedsgerichts eine Sonderrolle einnimmt oder einnehmen kann. Demgegenüber gehört es zu den institutionellen Vorkehrungen für die Neutralität des Schiedsgerichts, dass keiner Partei bei dessen Bildung ein Übergewicht zukommen darf. Dies sollte sich in einem institutionell gleichen Einfluss der beiden parteibe-

nannten Schiedsrichter auf die Feststellung des Inhalts des maßgebenden Rechts fortsetzen. Schon die Gefahr eines Sondereinflusses eines parteibenannten Schiedsrichters auf die Ermittlung des anwendbaren Rechts ist damit problematisch. Schiedsgerichte sind daher in derartigen Konstellationen regelmäßig gut beraten, im Rahmen ihres Verfahrensermessens auf die Vorlage von Sachverständigengutachten zum anwendbaren Recht zu dringen und erforderlichenfalls die Sachverständigen auch zu hören. Das alleinige Abstellen auf die Kenntnisse des parteibenannten Schiedsrichters sollte deshalb eher die Ausnahme sein. In jedem Fall stellt sie besondere Anforderungen an die Neutralität dieses Schiedsrichters und an die Mitwirkung der beiden rechtsfremden Schiedsrichter.

Eine besondere Herausforderung ist dies im Übrigen gerade für die Partei, deren heimatliches Recht auf einen Rechtsstreit nicht anwendbar ist. Will sie bei der Wahl ihres parteibenannten Schiedsrichters keine Person aus der anwendbaren Rechtsordnung, sondern jemanden benennen, der dem eigenen Rechts- oder Kulturkreis nahesteht, sollte dessen Auslandsrechtskunde oder rechtsvergleichende Kompetenz und Erfahrung eine besondere Rolle spielen.

2. Einholung einer Auskunft nach dem Londoner Übereinkommen

Das Europäische Übereinkommen betreffend die Auskünfte über ausländisches Recht v. 7. Juni 1968¹⁵ ermöglicht die Einholung amtlicher Auskünfte zum ausländischen Recht. Rechtlich handelt es sich um einen Sonderfall der gerichtlichen Ermittlung im Freibeweisverfahren. Die Einblicke des Verfassers in die Praxis dieses Übereinkommens sind begrenzt. Wie nicht weiter verwundern kann, lagen dem Verfasser insofern bislang lediglich solche Fälle zur gutachterlichen Beurteilung vor, in denen der Mechanismus des Übereinkommens zuvor zwar versucht worden war, aber versagt hatte. Allerdings könnte sich das Gesamtbild bei richtiger Frage-technik und der Auswahl geeigneter Fälle auch positiver darstellen.¹⁶

Eine wesentliche Ursache für die begrenzte Funktion des Übereinkommens liegt in seiner Beschränkung auf Auskünfte über das Zivil- und Handelsrecht und das zugehörige Verfahrensrecht oder Gerichtsverfassungsrecht, jedenfalls auf Auskünfte über das Recht (Art. 1).¹⁷ Das scheint häufig dazu zu führen, dass die ausländische Stelle Auskünfte ablehnt oder ihre Auskünfte zu abstrakt bleiben. So geht die Praxis der englischen Auskunftsstelle offenbar dahin, Auskünfte über das Bestehen bestimmter vertraglicher Ansprüche abzulehnen, weil sich deren Bestehen aus dem jeweiligen Vertrag (und nicht aus dem anwendbaren Recht) ergebe. Zwar kann das ersuchende Gericht die auskunftsbedürftigen Punkte unter Erläu-

¹⁵ BGBl. 1974 II, S. 938.

¹⁶ Mit positivem Bild: *Günter Otto*, Die gerichtliche Praxis und ihre Erfahrungen mit dem Europäischen Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, Festschrift für Karl Firsching, 1985, S. 209; skeptisch etwa *Haimo Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 632.

¹⁷ *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn. 83.

terung des Sachverhalts und der Beifügung von Schriftstücken konkretisieren (Art. 4). Oftmals erschließt sich aber der richterlich zugrunde zu legende Sachverhalt erst aus dem Inbegriff des gesamten Akteninhalts. Zudem kennt das ersuchende Gericht das zu ermittelnde Recht typischerweise nicht. Es ist deshalb oft außerstande, die aus der Perspektive des anwendbaren Rechts maßgebenden Fragen zu erkennen und zu stellen. Insbesondere bei komplexeren Sachverhalten besteht die Gefahr, dass die Auskunft deshalb nicht zur richtigen Lösung der maßgebenden Rechtsfragen führt, weil diese nicht gestellt wurden. Selbst wenn sie gestellt werden, besteht die Gefahr, dass die ersuchte Stelle nicht erkennt, worauf es aus der Perspektive des fragenden Gerichts ankommt. Die Bewertung, ein Vorgehen nach dem Übereinkommen komme vor allem bei einfacher gelagerten Fällen in Betracht¹⁸, verdient daher grundsätzlich Zustimmung. Im Einzelnen wird man darauf abstellen können, ob sich erstens die Auslandsrechtsproblematik des Falles in klar formulierbare Rechtsfragen auflösen lässt und ob zweitens das vorliegende Gericht diese sicher identifizieren kann.

3. Parteivortrag

Nach § 293 ZPO kann sich das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts der Mithilfe der Parteien bedienen. Die Parteien trifft eine Pflicht zur Mitwirkung, namentlich wenn ihnen der Inhalt des ausländischen Rechts unschwer zugänglich ist.¹⁹

In vielen Fällen unterbleibt ein Parteivortrag zum ausländischen Recht allerdings gänzlich, oft wohl aus fehlender Kenntnis. Erfolgt ein Vortrag zum ausländischen Recht, so hängt es von der aus den Umständen (Übereinstimmung zwischen den Parteien; Offensichtlichkeit der Rechtslage; Möglichkeit aus dem zumutbaren, aber ausgebliebenen weiteren oder genaueren Vortrag nachteilige Schlussfolgerungen zu ziehen²⁰) ab, ob es noch zu einer förmlichen Beweiserhebung durch Einholung eines Gutachtens kommt.²¹ Ist dies der Fall, so kann aus gutachterlicher Perspektive die (banale) Feststellung getroffen werden, dass vorausgehender Parteivortrag zum ausländischen Recht für einen Gutachter eine wertvolle Hilfe darstellt, wenn er zutrifft. Die Parteien um Mitwirkung zu ersuchen, kann daher auch dann sinnvoll sein, wenn die Unvermeidbarkeit der förmlichen Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten ohnehin absehbar ist.

In der Praxis findet sich solcher Parteivortrag in unterschiedlicher Form und Qualität. Häufig legen Parteien dem Gericht ausländische Gesetzestexte im Original und in deutscher Übersetzung vor. Das entlastet einen später bestellten Gut-

¹⁸ Stein/Jonas/Leipold, § 293 ZPO, Rn. 91.

¹⁹ BGHZ 118, 151; Stein/Jonas/Leipold, § 293 ZPO, Rn. 47; zur begrifflichen Klärung des Pflichtenbegriffs in diesem Zusammenhang Walter Lindacher, Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, in Festschrift für Ekkehard Schumann, 2001, S. 283, 285 f.

²⁰ BGH NJW-RR 1994, 642; BGH NJW 1976, 1581, 1583.

²¹ BGHZ 118, 151.

achter zwar nicht von der Überprüfung der Authentizität des Gesetzestextes und der Richtigkeit der Übersetzung. Allerdings kann ein etwaiges Gutachten sich in solchen Fällen darauf beschränken, auf den bereits vorliegenden Gesetzestext zu verweisen; im Hinblick auf die Übersetzung kann der Gutachter sich darauf beschränken, sich eine richtige Übersetzung zu Eigen zu machen und auf etwaige Unrichtigkeiten oder Ungenauigkeiten hinzuweisen. Da es sonst zu den Erfordernissen eines Gutachtens gehört, die maßgebenden Vorschriften des anwendbaren Rechts im Original und auch in einer deutschen Übersetzung widerzugeben, entsteht ein spürbarer Entlastungseffekt. Das gilt selbst dann, wenn die Übersetzung durch einen ausländischen Dolmetscher erfolgt ist, dessen Stil und Ausdruck – namentlich soweit es sich um juristische Fachsprache handelt – manchmal unruhig erscheinen mag. Da insoweit kein sprachlicher Schönheitswettbewerb ansteht, können sich selbst derartige Übersetzungen als entlastend für den Gutachter erweisen, soweit die Übersetzung trotz „unruhigen“ Ausdrucks hinreichend genau und verständlich verfasst ist.

Mitunter tragen die Parteien auch darüberhinaus zum Inhalt des ausländischen Rechts oder zu seiner (angeblichen) Anwendungspraxis vor. Das ist zunächst deshalb für die gutachterliche Praxis deshalb von erheblicher Bedeutung, weil die Aufgabe des Gutachters in solchen Fällen es stets umfasst, zu dem Parteivortrag zum ausländischen Recht substantiiert Stellung zu nehmen. Die praktischen Erfahrungen mit der Qualität solchen Parteivortrags zum anwendbaren ausländischen Rechts decken nun allerdings ein weites Feld ab (was – das kann der Verfasser aufgrund seiner mehrjährigen Erfahrungen als Richter am Oberlandesgericht sagen – jedoch auch für Parteivortrag zum deutschen Recht zutrifft). Idealerweise ist der Parteivortrag zum ausländischen Recht sachkundig, zutreffend und durch beigefügte aktuelle Belege untermauert. Am unerfreulichsten sind aus gutachterlicher Perspektive unbelegte Behauptungen zum Inhalt des ausländischen Rechts ins Blaue hinein. Sie verursachen oft einen erheblichen zusätzlichen gutachterlichen Aufwand, weil der Gutachter stets die Möglichkeit erwägen muss, dass auch unbelegte Behauptungen zum Inhalt des ausländischen Rechts zutreffen, und diesen im Einzelnen deshalb nachzugehen hat.

Eine gewisse Verbesserung könnte hier eine Anwendung des § 96 ZPO schaffen, indem einer obsiegenden Partei die Kosten eines Gutachtens zum Teil auferlegt werden, soweit sie diese durch unzutreffende Behauptungen zum Inhalt des ausländischen Rechts veranlasst hat.²² Das Merkmal der Angriffs- und Verteidigungsmittel im Sinne des § 96 ZPO umfasst in erster Linie die in § 282 ZPO genannten Fälle: Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden. Demgegenüber handelt es sich bei reinen Rechtsausführungen nicht um Angriffs- und Verteidigungsmittel im Sinne dieser Vorschrift.²³ Diese Unter-

²² Der Gutachter kann diesen Zeitaufwand ohne Aufwand leicht genau beziffern.

²³ Dieter Wolst, in Hans-Joachim Musielak, Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2007, § 96 ZPO, Rn. 2.

scheidung beruht jedoch – Rahmen der Präklusionsvorschriften – darauf, dass Rechtsausführungen ohnehin jederzeit zulässig sind. Sie können, auch weil das Prinzip *iura novit curia* gilt, nicht präkludiert werden.²⁴ Ebenso beruht die Nichtanwendung darauf des § 96 ZPO auf Rechtsausführungen darauf, dass diese – anders als die auf tatsächliches Vorbringen gestützten Angriffs- und Verteidigungsmittel – regelmäßig keine zusätzlichen Kosten verursachen können. Genau dies liegt bei Ausführungen zum ausländischen Recht im Hinblick auf § 293 ZPO anders. Eine systematische Auslegung gebietet es deshalb, § 96 ZPO auch auf Ausführungen zum ausländischen Recht anzuwenden.

4. Parteigutachten

a) Allgemeines

Von den Parteien vorgelegte Gutachten sind rechtlich nichts anderes als ein Parteivortrag von Rechtsmeinungen.²⁵ Im vorliegenden Kontext sind aber doch Besonderheiten festzustellen. Nach den Erfahrungen des Verfassers sind in deutschen Gerichtsverfahren sowohl Parteigutachten üblich, die von Juristen aus der anwendbaren Rechtsordnung verfasst werden, als auch solche, die von nationalen auslandskundigen Juristen stammen. In internationalen Schiedsverfahren sowie in gerichtlichen Verfahren von Rechtssystemen, in denen vor staatlichen Gerichten allein parteibenannte Sachverständige zur Ermittlung des ausländischen Rechts herangezogen werden, spielt die – auch formal – unangreifbare Expertise des Sachverständigen eine größere Rolle. Dort ist es deshalb üblich, dass Sachverständige über ihr eigenes Recht gutachten und aussagen. Das schließt Ausnahmen nicht aus. Sie kommen insbesondere vor, wenn es sich sachrechtlich um eine Sondermaterie, wie etwa die Restitution von Raub- und Beutekunst, handelt oder wenn ein Gutachter einer Rechtsordnung entstammt, die mit dem anwendbaren Recht praktisch identisch ist.

Gegenüber dem System unabhängiger gerichtsbenannter Sachverständiger hat die Heranziehung parteibenannter Sachverständiger den Vorteil gegenseitiger Kontrolle. Diese gegenseitige Kontrolle wird erkaufte mit einem größeren Aufwand und entsprechend höheren Kosten für die Parteien. Die Gefahr, dass ein Fehler eines Sachverständigen zu einer falschen Entscheidung führt, wird jedoch durch die gegenseitige Kontrolle begrenzt.

Der Kernproblematik der Heranziehung von Parteigutachten zur Ermittlung ausländischen Rechts liegt indessen auf der Hand: Bei der Vorlage von Parteigutachten besteht strukturell eine weitaus größere Gefahr, dass diese zugunsten des Auftraggebers gefärbt sind. Zwar wird ein seriöser und auf seinen Ruf bedachter Sachverständiger keine Auffassungen äußern, die nicht vertretbar sind. Gleichwohl

²⁴ Vgl. BGH NJW-RR 2004, 167 mit Anm. Klaus Reichold LMK 2005, 54.

²⁵ Günter Otto, Der verunglückte § 293 ZPO, IPRax 1995, 299.

muss besonderes rechtliches Augenmerk auf diejenigen rechtlichen Mechanismen gelenkt werden, die versuchen, der Gefahr einer solchen Färbung vorzubeugen.

b) Unparteilichkeit und Unabhängigkeit

aa) Strafrecht

Dazu kommen mehrere Mechanismen in Betracht: Zunächst ist die mögliche Strafbarkeit der Falschbegutachtung zu nennen. In Rechtsordnungen, in denen der Sachverständige als Zeuge vernommen wird, kann es etwa zur Anwendbarkeit der Vorschriften über die Aussagedelikte kommen.

bb) Kreuzverhör

Ferner korreliert die Heranziehung parteibenannter Sachverständiger, namentlich im anglo-amerikanischen Rechtskreis, aber auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, mit einer generell weiter reichenden Parteiherrschaft. Hierzu gehört insbesondere die Vernehmung des von der Gegenseite präsentierten Sachverständigen durch eigene Anwälte, entweder im Kreuzverhör oder – im US-amerikanischen Zivilprozess – vor dem eigentlichen Prozess in der Discovery-Phase im Wege einer *Deposition*. Wer die Schwierigkeiten der Kreuzverhörsituation kennt²⁶, wird keine Rechtsauffassungen äußern, die sich in einem Kreuzverhör nicht gut untermauern lassen. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass auch ein redlicher Sachverständiger dem Befrager rhetorisch – zumal wenn der Fragende ein Muttersprachler ist, der Befragte jedoch nicht – nicht gewachsen ist. Trotz seiner segensreichen Kontrollfunktion kann deshalb die Gefahr bestehen, dass es im Kreuzverhör mehr auf ein Recht behalten als auf ein Rechthaben ankommt. Es verwundert also nicht, wenn die Praxis Gutachter bevorzugt, die über sprachliche und rhetorische Kompetenz sowie hinreichende Erfahrung in solchen Situationen verfügen.

cc) Unabhängigkeit trotz Parteienbenennung

Des Weiteren lässt sich bei der Neutralität des Sachverständigen in Anlehnung an § 1036 ZPO (Art. 12 UNCITRAL Model Law) zwischen der Unparteilichkeit und der Unabhängigkeit des Sachverständigen differenzieren. Ungeachtet einer aus der Beauftragung rührenden etwaigen „Nähe“ eines Sachverständigen zum Lager einer Partei, spielt für seine Glaubwürdigkeit auch seine sonstige institutionelle Unabhängigkeit von den Parteien und das Fehlen eines persönlichen oder institutionellen Interesses am Ausgang des Rechtsstreits eine Rolle. Namentlich im US-amerikanischen Verfahren, teils auch in der Schiedsgerichtsbarkeit, ist es daher

²⁶ Eine schöne Schilderung der Herausforderungen einer Deposition findet sich bei *Burkhard Göpfert*, How to survive: Eine Deposition als German Law Expert, Birgit Bachmann/Stephan Breidenbach/Dagmar Coester-Waltjen/Burkhard Hess/Andreas Nelle/Christian Wolf, Grenzüberschreitungen – Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 215.

üblich, eine Erklärung zur persönlichen Unabhängigkeit abzugeben.²⁷ Ob etwaige Verbindungen zur Partei relevant sind, bedarf der Prüfung im Einzelfall. Die Unabhängigkeit des Urteils des Sachverständigen hat allerdings oftmals einen unmittelbaren Einfluss auf die Qualität seiner Stellungnahme. Das wissen im Übrigen auch die in diesen Verfahren tätigen Anwälte. Zwar ist es verbreitet, dass der zugrunde liegende Fall und seine Bewertung zwischen dem parteibenannten Sachverständigen und den für die Partei tätigen Anwälten vor der Abgabe einer Stellungnahme diskutiert werden. Kein kluger Sachverständiger wird sich aber Aussagen, die er nicht treffen möchte, in den Mund legen lassen²⁸; ein kluger Anwalt wird die Ansicht des Sachverständigen respektieren, zumal nach einer Einflussnahme auf Entstehung gutachterlicher Auffassungen gefragt werden kann.

*dd) Annäherung an die Funktion des gerichtsbenannten Sachverständigen:
Das Beispiel Neu-Südwaales*

Schließlich gibt es noch den Versuch, den parteibenannten Sachverständigen rechtlich in die Nähe eines gerichtsbenannten Sachverständigen zu rücken. Ein besonders weit gehendes Regelungsgeflecht in diesem Sinne sieht der Code of Conduct für Sachverständige des Supreme Court von Neu-Südwaales (NSW Uniform Civil Procedure Rules 2005 – Schedule 7) vor. Dort finden sich folgende Maßgaben, wobei erwartet wird, dass der Gutachter seine Bindung hieran ausdrücklich anerkennt:

Der Sachverständige ist zur unparteilichen Unterstützung des Gerichts verpflichtet (Nr. 2 .1). Ungeachtet der vertragsrechtlichen Beauftragung des Sachverständigen durch die Partei besteht eine vorrangige Verpflichtung gegenüber dem Gericht (Nr. 2.2), dessen Anordnungen er zu folgen hat (Nr. 3); er ist kein Anwalt der Partei (Nr. 2.3). Ferner besteht eine Pflicht zur Zusammenarbeit mit anderen Sachverständigen (Nr. 4), insbesondere muss er bei der Zusammenarbeit sein fachliches Urteil unabhängig finden (Nr. 4 a), ferner versuchen, Einvernehmen mit anderen Sachverständigen zu erzielen (Nr. 4 b), und darf keinen Anordnungen oder Ersuchen folgen, ein solches Einvernehmen zu vermeiden (Nr. 4 c). Im Falle einer Abweichung der zunächst vorzulegenden schriftlichen Stellungnahmen kann das Gericht – was typischerweise auch geschieht – eine gemeinsame Konferenz der Sachverständigen anordnen und die Vorlage eines gemeinsamen Gutachtens verlangen (Nr. 6). Diese gemeinsame Konferenz der Sachverständigen kann, je nach Anordnung des Gerichts, ohne Anwälte und Parteien stattfinden; erforderlichenfalls wird ein Vorsitzender benannt (NSW Uniform Civil Procedure Rules 2005, Rule 31.24).

²⁷ Eine typische Formulierung lautet etwa: Neither the University of X/Law Firm X/Employer X, nor I, has a present or contemplated future interest in the subject property, the owners thereof, or the outcome of this controversy.

²⁸ Zu den ungeschriebenen Usancen gehört es deshalb, dass ein Sachverständiger eine über die Vorprüfung hinausgehende weitere Tätigkeit ablehnt, wenn er zu einer für den Auftraggeber ungünstigen Beurteilung der Rechtslage kommt, vgl. *Göpfert* (Fußn. 26), S. 218.

Mit diesem Mechanismus soll der Einfluss der Parteien auf „ihre“ Sachverständigen, soweit möglich, ausgeschlossen oder begrenzt werden, damit ihre Sachkunde unparteilich zum Tragen kommt. Freilich ist die Leistungsfähigkeit dieses Mechanismus in der Praxis wohl begrenzt. Meist bleiben die in den Gutachten zu Tage getretenen Gemeinsamkeiten und Divergenzen bestehen. Das gemeinsame Gutachten beschränkt sich deswegen auf eine knappe Wiederholung der in den Gutachten angesprochenen Punkte mit einer kurzen Erläuterung, warum die Gutachter in einem bestimmten Punkt übereinstimmen oder nicht übereinstimmen.

Während also der „Neutralitätsnachteil“ des parteibenannten Sachverständigen zwar auf den dargestellten Wegen eingrenzbar, aber nicht aufhebbar ist, bleibt der Effekt gegenseitiger Kontrolle durch Parteigutachten als Vorteil bestehen.

c) Zum Problem des Übergewichts des „rechtsnahen“ parteibenannten Schiedsrichters bei einem gemischt-national zusammengesetzten Schiedsgericht

In aller Regel werden in der Schiedsgerichtsbarkeit Gutachten parteibenannter Sachverständiger vorgelegt und die Gutachter erforderlichenfalls zusätzlich mündlich angehört. Hier kann sich das Problem eines Übergewichts des in der Rechtsordnung kundigen parteibenannten Schiedsrichters²⁹ fortsetzen. Das gilt sowohl für eine etwaige unmittelbare Befragung der Sachverständigen durch das Schiedsgericht als auch für eine anschließende Beratung über die Gutachten durch das Schiedsgericht. Missversteht ein parteibenannter Schiedsrichter seine Rolle in einem advokatorischen Sinne und nehmen die anderen Mitglieder des Schiedsgerichts dies hin, so sind seine Einflussnahmemöglichkeiten erheblich, weil er gegenüber den von den Parteien benannten Gutachtern durch seine Teilnahme an der Beratung das letzte Wort hat. Allerdings ist der Schiedsrichter in erster Linie selbst zu einer unparteilichen und unabhängigen Ausübung seines Amtes verpflichtet. Zudem läuft er Gefahr, sich durch eine parteiliche Ausübung innerhalb des Schiedsgerichts zu diskreditieren. Schließlich ist es Aufgabe des Schiedsgerichts als Ganzes, eine solche Situation zu vermeiden.

Gleichwohl kann ein solcher Effekt, also ein besonderes argumentatives Gewicht eines rechtsnahen parteibenannten Schiedsrichters im Falle eines gemischt-national zusammengesetzten Schiedsgerichts nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden. Im Hinblick auf die Vorteile eines solchen Schiedsgerichts ist dies hinzunehmen, denn die Zusammensetzung des Schiedsgerichts und die Mechanismen seiner Bildung sind durch die Parteien selbst legitimiert.

5. Der neutrale gerichtsbestellte Sachverständige

Die Bestellung eines neutralen Sachverständigen vermeidet die Gefahr parteilich gefärbter Stellungnahmen; meist ist sie auch weniger anfällig für ein Obsiegen des

²⁹ Oben IV.1.b).

rhetorischen Rechtbehaltens über das tatsächliche Rechthaben. Die Bestellung von Gutachtern wirft aber regelmäßig Fragen³⁰ auf:

a) *Auskunft oder Sachverständigenbeweis*

Rechtlich gilt im Anschluss an eine Entscheidung des II. Zivilsenats vom 10. 7. 1975³¹ als nicht abschließend geklärt, inwieweit die Heranziehung gerichtsfremder Expertise zulässigerweise dadurch erfolgen kann, dass im Freibeweisverfahren eine bloße Auskunft eingeholt wird. Denn im Freibeweisverfahren stehen den Parteien nicht die förmlichen Garantien des Strengbeweisverfahrens zur Seite.³²

Soweit der Verfasser dies überblickt, entspricht es gängiger Praxis der insofern in Frage kommenden Sachverständigen und Institute, außerhalb von förmlichen Gutachten allenfalls unter sehr restriktiven Voraussetzungen Auskünfte zu erteilen.³³ Das entspricht auch der Handhabung durch den Verfasser, die lediglich Ausnahmen macht, wenn es um die Übermittlung von konkret bezeichneten Gesetzestexten oder um unverbindliche Hinweise geht, die keinerlei weitere Recherche erfordern. In aller Regel wird das Gericht deshalb ohnehin zum Sachverständigenbeweis greifen müssen.

In rechtlicher Hinsicht sind drei Fragen zu unterscheiden, nämlich erstens ob die Anwendbarkeit der Regelungen zum Sachverständigenbeweis davon abhängt, ob das Gericht den Weg des Strengbeweises beschritten hat oder ob auch bei Fehlen eines formellen Beweisbeschlusses und informeller Auskunftseinholung eine (analoge) Anwendung der Regeln über den Sachverständigenbeweis aufgrund der objektiven, auf sachverständige Klärung zielenden Fragestellung geboten ist, zweitens ob die Notwendigkeit, einen Sachverständigen laden zu müssen, es von vornherein verbietet, Auskünfte bei sachkundigen Personen einzuholen, und drittens, wann nach pflichtgemäßem Ermessen die bloße Einholung von Auskünften ausreicht und wann eine sachverständige Begutachtung geboten ist.

Zur erstgenannten Frage ist zunächst positiv festzuhalten, dass eine Anwendung der formellen Strengbeweisregeln dann geboten ist, wenn sich das Gericht für einen Strengbeweis entschieden und einen förmlichen Sachverständigenbeweis erhebt.³⁴ Erlässt es einen Beweisbeschluss und geht es alsdann gleichwohl im Freibeweiswege vor, ist dies verfahrensfehlerhaft und zieht die allgemeinen Folgen eines solchen Fehlers nach sich. Demgegenüber ist die These, dass die Strengbeweisregeln der §§ 402 ff. ZPO ohne weiteres immer gelten, wenn sich das Gericht an eine

³⁰ *Otto*, FS Firsching, S. 223 ff., sieht als wesentliches Problem von Sachverständigengutachten den Zeitfaktor und benennt einen Zeitraum von über einem Jahr als den Normalfall. Der Praxis des Verfassers entspricht eine derartig lange Bearbeitungsdauer im Normalfall jedenfalls nicht.

³¹ BGH NJW 1975, 2142.

³² Überblick bei *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn 44.

³³ *Schack* IZVR Rn 631.

³⁴ Das ist wohl BGH NJW 1975, 2142 zu entnehmen; so auch *Schack* IZVR Rn. 635. Die Auffassung, nach der es auf den vom Gericht eingeschlagenen Verfahrensweg ankommt, verdient damit Zustimmung, etwa *Hanns Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 293 ZPO, Rn. 32; *Schack* IZVR Rn 636.

Person mit einschlägigem Sachverstand zur Einholung einer Auskunft wendet³⁵, nicht überzeugend. Sachverständiger im Sinne der §§ 402 ff. ZPO wird eine Person nicht kraft ihres Sachverstandes sondern durch die in § 404 ZPO vorgesehene Ernennung, die durch einen Beweisbeschluss (§ 358 ZPO) erfolgt.³⁶

Ist unklar, welcher Weg beschritten wurde, gelten die für das gerichtliche Verfahren maßgebenden allgemeinen Regeln, zu denen es insbesondere gehört, dass die Bedeutung der Prozesshandlungen des Gerichts (wie seines Vorgehens insgesamt) gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist. Angesichts der Förmlichkeit des Zivilprozesses ist allerdings Zurückhaltung geboten, die informelle Einholung einer Auskunft gegen deren Wortlaut als im Strengbeweisverfahren erfolgende formelle Beweisaufnahme zu qualifizieren. In Fällen einer Unklarheit wird man aber in Anlehnung an den *Jubilar* sagen können, dass bei einem konkreten Bezug der gestellten Fragen zum Fall der Weg der formellen Beweisaufnahme beschritten ist.³⁷

Schließlich wird man zur zweiten und dritten Frage im Ausgangspunkt festhalten müssen, dass § 293 ZPO eine Ermessensentscheidung des Gerichts zwischen formloser Ermittlung und Strengbeweisverfahren ausdrücklich vorsieht. Eine apriorische Festlegung auf ein Strengbeweisverfahren wäre also nur im Rahmen einer Ermessensreduktion auf Null denkbar. Ausgangspunkt muss bei der Beurteilung dieses Punktes sein, dass die Entscheidung für ein Freibeweisverfahren dann ermessensfehlerhaft ist, wenn aufgrund der Fragestellung und aufgrund der notwendigen Verfahrensgarantien nur ein förmliches Sachverständigengutachten zur Klärung der maßgebenden Fragen geeignet ist. Dies wird man stets dann bejahen müssen, wenn fallbezogene Fragen zu klären sind³⁸, wenn die zu klärenden Fragen sich nur unter Heranziehung von Rechtsprechung oder Literatur zu beantworten sind oder wenn der Umfang der Fragestellung eine Antwort erfordert, die über eine notfalls auch mündlich leicht und vollständig erfassbare Auskunft hinausgeht. Eine umfassende Reduktion des gerichtlichen Ermessens „auf Null“ in dem Sinne, dass auslandsrechtkundige Personen im Rahmen des § 293 ZPO niemals als bloße Auskunftspersonen herangezogen werden dürften³⁹, kann nicht geboten sein, schon weil der Fall nicht auszuschließen ist, dass es in einem Rechtsstreit auf eine einzige, klar identifizierbare Auslandsrechtsfrage ankommt, die sich durch eine simple Auskunft (etwa zum Volljährigkeitsalter) beantworten lässt.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des BGH. Das maßgebende Urteil vom 10. 7. 1975 besagt, dass Gericht habe es „nicht in der Hand, den von ihm mit dem Beschl. v. 8. 11. 1973 zugezogenen Sachverständigen, auf dessen

³⁵ So aber wohl etwa *Otto*, IPRax 1995, 299, 304.

³⁶ *Musielak/Huber*, § 404 ZPO, Rn. 3. Die Auffassung, nach der es auf den vom Gericht eingeschlagenen Verfahrensweg ankommt, verdient damit Zustimmung, etwa *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 293 ZPO, Rn. 32; Schack IZVR Rn 636.

³⁷ *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn. 44.

³⁸ *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO Rn. 44.

³⁹ So die Interpretation von BGH NJW 1975, 2142 durch *Schack*, IZVR Rn. 635.

Gutachten es auch sein Urteil stützt, als außerhalb der Regeln der Zivilprozeßordnung für den Beweis durch Sachverständige stehenden Gehilfen zur Erschließung seiner eigenen Erkenntnisquellen zu behandeln“. Das beruht erkennbar darauf, dass es in dem zugrunde liegenden Verfahren erstens einen formellen Beweisabschluss (v. 8. 11. 1973) mit Sachverständigenbestellung und zweitens ein förmliches Gutachten gab. Allein auf eine solche Konstellation bezieht sich die Aussage, dass das Berufungsgericht die Auskunftsperson nicht als bloßen Gehilfen habe behandeln dürfen. Für die Frage, ob das Gericht sich für diesen Weg entscheiden soll, bleibt es bei dem in der Entscheidung zuvor betonten pflichtgemäßen Ermessen.

b) Nationale Herkunft des Sachverständigen

Im Hinblick auf die nationale Herkunft (im Sinne von Ausbildung und Praxis) besteht die Möglichkeit, entweder einen inländischen auslandsrechtskundigen oder einen ausländischen Sachverständigen zu bestellen. Beide Lösungen haben ihre spezifischen Vorteile.⁴⁰ Ein ausländischer Sachverständiger hat es mit einem Gutachten über sein Heimatrecht zu tun. Namentlich Einzelheiten der Praxis beherrscht er oft besser als ein inländischer Jurist.⁴¹

Diesem Vorteil stehen ähnliche Probleme gegenüber, wie sie auch schon im Hinblick auf das Londoner Übereinkommen zu konstatieren waren:

Oftmals erschließt sich aber der für den Gutachter relevante Sachverhalt erst aus dem Inbegriff des gesamten Akteninhalts, die ins Ausland nicht versandt werden.⁴² Das ist freilich eine überwindliche Hürde, weil ein Aktendoppel angefertigt werden kann. Für einen ausländischen Gutachter kann sich aber im Umgang mit einer deutschen Gerichtsakte zunächst eine sprachliche Hürde ergeben. Im Umgang mit einer deutschen Gerichtsakte ist ein ausländischer Gutachter in der Regel zudem nicht geschult. Es besteht deshalb eine gewisse Gefahr, dass ein ausländischer Gutachter die für ein deutsches Gericht erheblichen Punkte verfehlt.

Ferner gilt, dass das ersuchende Gericht das zu ermittelnde Recht typischerweise nicht kennt und deshalb oft außerstande sein wird, die aus der Perspektive des anwendbaren Rechts maßgebenden Fragen zu erkennen und zu stellen. Insbesondere bei komplexeren Sachverhalten besteht deshalb die Gefahr, dass die gutachterliche Stellungnahme deshalb nicht zur richtigen Lösung der maßgebenden Rechtsfragen führt, weil diese erst gar nicht gestellt wurden und vom ausländischen Gutachter auch nicht selbst erkannt werden. Selbst wenn sie gestellt werden, besteht das weitere Risiko, dass der ausländische Gutachter nicht hinreichend erkennt, worauf es aus der Perspektive des fragenden Gerichts ankommt. Diese Gefahren zu benennen, heißt nicht, dass diese sich auch verwirklichen müssen. Es hängt bei Bestellung eines ausländischen Gutachters in erheblichem Maße von der erfolg-

⁴⁰ Klar für einen inländischen Gutachter *Schack*, IZVR Rn. 633.

⁴¹ *Musielak/Huber*, § 293 ZPO Rn. 6.

⁴² *Schack* IZVR Rn 633.

reichen Kommunikation zwischen Gericht und Gutachter ab, dass ein verwertbares Gutachten entstehen kann.

Wird ein inländischer Rechtsvergleicher als Gutachter bestellt, kann es umgekehrt liegen. Während die Erfassung des aus Sicht des deutschen Gerichts erheblichen Fragen gut möglich sein sollte, besteht die Gefahr eines unrichtigen Verständnisses des fremden Rechts, das nach dem berühmten Bild von *Ernst Rabel* einem Dickicht gleicht, in dem „unter jedem Busch ein Eingeborener mit Pfeilen lauert.“⁴³ Die Rechtsprechung des BGH zur revisionsrechtlichen Überprüfung des richterlichen Ermessens im Rahmen des § 293 ZPO⁴⁴ zielt im Kern auf dieses Problem. Das Gutachten muss erkennen lassen, dass es sich von der ausländischen Rechtsordnung ein hinreichend umfassendes und zutreffendes Bild gemacht hat; etwaige verbleibende Zweifel müssen zum Ausdruck gebracht werden.

Die Kontrollfunktion, die bei aufeinander treffenden Parteigutachtern wechselseitig ausgeübt wird, obliegt in diesem Fall rechtlich dem Gericht, faktisch aber auch den Parteien in ihrem eigenen Interesse. Hierzu können sowohl die schriftliche Formulierung ergänzender Fragen als auch die auf Antrag stets vorzunehmende⁴⁵, allerdings zeit- und kostenträchtige Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung dienen.⁴⁶ Die Erfahrungen des Verfassers mit derartigen Ladungen sind von unterschiedlicher Qualität. Sie umfassen Fälle, in denen nur Geld der Parteien und Zeit des Gutachters „verbrannt“ wurde bis hin zu solchen Fällen, in denen durch weiterführende Fragen von Gericht und Parteien ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn erreicht werden sollte und konnte.⁴⁷

c) Einzelpersonen, mehrere Personen und Institutionen

Der neutrale Sachverständige gutachtet regelmäßig als Einzelperson; die Bestellung eines Gutachterteams ist zwar rechtlich nicht ausgeschlossen⁴⁸, aber unüblich.⁴⁹ Die mit der Konfrontation von Parteigutachtern verbundene gegenseitige Kontrolle findet bei Bestellung eines Einzelgutachters nicht statt. Soweit diese

⁴³ *Ernst Rabel*, Deutsches und amerikanisches Recht, *RabelsZ* 16 (1951), 340.

⁴⁴ Oben Fußn. 3.

⁴⁵ BGH NJW 1975, 2142; *Stein/Jonas/Leipold*, § 293 ZPO, Rn. 43.

⁴⁶ Der Zeitaufwand für die Anhörung ist zu vergüten, *Peter Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, § 8 JVEG, Rn 38, und umfasst nach § 8 Abs. 2 S. 1 JVEG auch die Reisezeit.

⁴⁷ Aus gutacherlicher Perspektive ist prozessführenden Anwälten zu raten, zunächst einen Antrag auf ein ergänzendes schriftliches Gutachten zu erwägen; das wird bei längeren Anreizeiten meist kostengünstiger sein. Geht es lediglich um die Beantwortung zusätzlicher oder ergänzender Fragen, so ist die Einholung eines ergänzenden schriftlichen Gutachtens in der Regel eher sachgerecht. Bedürfen die Frage erkennbar einer zusätzlichen Recherche, so sollten sie dem Gutachter vorab mitgeteilt werden. Anders liegt es nur dann, wenn es der Partei darum geht, das Gutachten durch eine mündliche Befragung zu untermauern oder zu erschüttern.

⁴⁸ *Helmut Friederichs*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 6. 12. 1968 – V B 52/68, NJW 1970, 1991.

⁴⁹ Neuerdings wird jeder Gutachter zudem mit Blick auf § 839a BGB nur diejenigen Teile eines Gutachtens als eigene unterzeichnen können, die auch auf seiner eigenen vollen gutachterlichen Prüfung beruhen.

Kontrolle vor allem Neutralitätszwecken dient, ist dies auch nicht erforderlich. Von Bedeutung könnte sie sein, soweit es um ein Element der Qualitätssicherung nach dem Vieraugenprinzip und um die Notwendigkeit arbeitsteiliger Beurteilung geht.

Inwieweit ein Institut Gutachter sein kann, ist nicht abschließend geklärt; richtigerweise ist davon auszugehen, dass als Gutachter nur eine natürliche Person in Betracht kommt.⁵⁰ Zulässig ist es lediglich, dass eine Institution als Gutachter benannt wird und diese alsdann den betrauten Mitarbeiter benennt, ohne dass Gericht und Parteien dem widersprechen.⁵¹ Die gelegentliche Praxis, ein Institut zu benennen, ist deshalb in der Regel nach dem Prinzip der *benigna interpretatio* in diesem Sinne zu deuten. Der dem Gesetz eher entsprechende Weg ist es freilich, vorab mit dem Leiter der Einrichtung die Frage des Gutachters zu klären und die auf diesem Weg gefundene Person, nachdem den Parteien rechtliches Gehör gewährt wurde, unmittelbar zum Gutachter zu bestellen.⁵²

Ein Vorteil der Bestellung eines Instituts zum Gutachter könnte lediglich in der hierdurch erreichbaren Geltung des Vieraugenprinzips liegen: Das Gutachten kann von einem fachkundigen Mitarbeiter des Instituts erstellt und durch einen Institutsleiter auf handwerkliche Qualität, Plausibilität und offensichtliche Mängel geprüft werden. Allerdings bedarf es hierzu nicht der Bestellung eines Instituts. Soweit ein Gericht die Mitwirkung mehrerer Personen wünscht, kann es diese – gegebenenfalls nach Klärung mit der betreffenden Einrichtung – unmittelbar zum Gutachter bestellen.

Sofern der konkrete Fall das rechtfertigt, ließe sich auf demselben Weg auch das Problem der Abwägung der Vor- und Nachteile der Bestellung eines in- oder ausländischen Sachverständigen bewältigen, indem ein in- und ausländischer Gutachter als Gutachterteam gemeinsam zu Gutachtern bestellt werden. In der gerichtlichen Praxis ist ein solches Vorgehen allerdings nicht üblich. Der Verfasser ist dem allerdings schon in der privatgutachterlichen Praxis begegnet und hat damit ausgezeichnete Erfahrungen gemacht. Der wesentliche Vorteil eines solchen Vorgehens liegt darin, dass die Einschaltung eines Rechtsvergleichers ein Fallverständnis und eine Aufbereitung des Gutachtens in einer Weise gewährleistet, die den Erfordernissen eines deutschen Gerichtsverfahrens entspricht. Zugleich ist durch die Mitbeauftragung eines ausländischen Sachverständigen die Einbeziehung seiner besonderen Sachkunde gesichert. Auf der anderen Seite steht der erhebliche zusätzliche Zeit- und Kostenaufwand, der in gerichtlichen Verfahren allenfalls ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann.

Die gutachterliche Praxis in deutschen Gerichtsverfahren greift mitunter zu der Ersatzlösung, bei ausländischen Juristen eine einzelne Rechtsauskunft einzuholen. Der Gutachter muss zwar das Gutachten selbst erstatten und darf diese Aufgabe

⁵⁰ Etwa Musielak/Huber, § 404 ZPO, Rn. 2.

⁵¹ BGH, NJW 2003, 3480, 3481.

⁵² Musielak/Huber, § 404 ZPO, Rn. 2.

nicht delegieren. Es liegt aber in seinem Ermessen, welche Erkenntnisquellen er benutzt. Deshalb ist es zulässig, statt einer schriftlichen Quelle eine mündliche oder schriftliche Auskunft zu zitieren („Rechtsauskunft des Professors XY vom ...“), wenn damit nicht die eigene gutachterliche Prüfung ersetzt wird. Im Übrigen empfiehlt sich natürlich, ein derartiges Auskunftersuchen mit der Bitte um Nennung oder Überlassung einer Quelle zu verbinden, die gegebenenfalls selbst geprüft werden muss und zitiert werden kann.

Ein anderer Weg der Substitution kann vorliegen, wenn zuvor Parteigutachten ausländischer Juristen eingereicht werden. Zwar kann sich ein Gutachter deren Inhalt nicht ohne Prüfung zu Eigen machen. Jedoch kann eine Vorabaufbereitung die Richtigkeitsgewähr steigern – wie beispielsweise anerkannt ist, dass die Rechtsmittelinstanz u. a. deswegen eine höhere Richtigkeitsgewähr bietet, weil das Rechtsmittelgericht auf der Aufbereitung des Prozessstoffs durch eine Vorinstanz, gleichviel ob richtig oder falsch, aufbauen kann.

V. Fazit

Ziel dieses Beitrags war es, einige Stärken und Schwächen der gängigen Wege der Ermittlung ausländischen Rechts aufzuzeigen. Die Überlegungen deuten an, dass die Richtigkeitsgewähr bei der Ermittlung ausländischen Rechts steigt, wenn die vorgebrachten Ermittlungsergebnisse einer hinreichenden Kontrolle und Prüfung unterzogen werden und wenn die Ermittlung auf möglichst breiten Grundlage bis hin zu einem Methodenmix erfolgen kann. Aus gutachterlicher Perspektive ist der Umgang der Gerichte mit der Einholung von Rechtsgutachten von unterschiedlicher Güte, die ersichtlich auch Ausdruck unterschiedlich umfangreicher Erfahrungen sind. Insofern verdient die alte Forderung der Kollisionsrechtswissenschaft, besondere Auslandsspruchkörper einzurichten, nach wie vor Unterstützung.

Für Schiedsgerichte gilt dies *mutatis mutandis* übrigens auch. Eine besondere Herausforderung begründet das bei gemischt-nationalen Schiedsgerichten aber für diejenige Partei, welche die Anwendung ihres Heimatrechts nicht vertraglich durchsetzen konnte oder deren Heimatrecht sonst unanwendbar ist. Sie muss schon bei der Wahl ihres parteibenannten Schiedsrichters – sofern dieser aus dem eigenen Heimatstaat stammen soll, zusätzlich zu den üblichen Kriterien der Erfahrungen in der Schiedsgerichtsbarkeit und der rechtlichen Fachnähe oder an deren Stelle – auf die internationale Erfahrung und namentlich auf die Erfahrung im Umgang mit fremden Rechten und die rechtsvergleichende Kompetenz besonderen Wert legen.

Letztlich bleibt eines zu betonen: Wenn das Gericht oder Schiedsgericht das anwendbare Recht nicht kennt, bleibt das stets eine strukturelle Gefährdung für die Richtigkeit der Entscheidung. Das legt sowohl dem Entscheidungskörper als auch partei- und gerichts- oder schiedsgerichtsbenannten Gutachtern eine noch größere Verantwortung auf als sie die streitige prozessuale Entscheidungssituation ohnehin mit sich bringt.