

Internationales

Privates

Wirtschaftsrecht

von

Prof. Dr. iur. M. Aden

Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Alle Völker, die sich durch Gesetz und Gebräuche regieren, gehorchen teilweise ihrem eigenen, teilweise aber dem Recht, welches allen Menschen gemein ist.

Codex Iuris - Inst. I, 2,

Inhaltsüberblick

I. Einleitung

1. Ausgangspunkt
2. Abnehmende Verschiedenheit
3. Harmonisierung des Weltwirtschaftsrechts
 - a. Selbstwirkender Prozeß
 - b. Bewusste Gestaltung
 - c. Modellgesetze
 - d. Harmonisierungsbeispiel : UN -Kaufrecht
 - e. Grenzen der Vereinheitlichung
4. Begriffe
 - a. Völkerrecht als Recht zwischen den Staaten
 - b. Internationales Privatrecht (IPR) als Recht der Rechtsanwendung
 - c. Internationales Zivilprozessrecht

II. Nationales und internationales Wirtschaftsrecht

1. Was ist Wirtschaftsrecht ?
2. Nationales und internationales Wirtschaftrecht

1. Teil

Völkerrecht (VR) als Grundlage des internationalen Wirtschaftsrechtes

I. Staaten als Subjekte des Völkerrechts

1. Völkerrecht als Staatenrecht
 - a. Nationales Staats- und internationales Völkerrecht
 - b. Der Staat als Völkerrechtssubjekt

Staatsgebiet:

Staatsvolk:

Staatsgewalt:

2. Souveränität und Anerkennung von Staaten

- a. Anerkennung eines neuen Staates
- b. Anerkennung einer neuen Regierung
3. Rechtsnachfolge von Staaten

II. Andere Völkerrechtssubjekte

1. Staatenverbindungen
2. Internationale Organisationen
3. Die Vereinten Nationen
4. Die Europäische Union, EU
5. Sonderformen

III. Quellen des Völkerrechts

1. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze
2. Zweiseitige völkerrechtliche Verträge
3. Mehrseitige/multilaterale völkerrechtliche Verträge
4. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969

Exkurs: Kriegsvölkerrecht

IV. Rechtsdurchsetzung im Völkerrecht

1. Grundsatzproblematik
2. Politische Mittel

3. Internationaler Gerichtshof in Den Haag (IHG).

4. Schiedsgerichte

2. Teil

Internationales Privatrecht (IPR)

I. Grundsätze

1. Ausgangsregel des Internationalen Privatrecht (IPR)

2. IPR als nationales Recht

3. Rechtsquellen des IPR

4. Qualifikation

II. Anwendung fremden Rechts im Inland

1. Grundsatz Rechtswahl der Parteien

2. Ermittlung fremden Rechts gemäß § 293 ZPO

3. Pflicht zur richtigen Anwendung fremden Rechts

III. Verweisung auf ein fremdes Recht

1. Verweisungsnorm

2. Rück- und Weiterverweisung, Art. 4, 35

3. Vorbehaltsklausel (*ordre public*), Art. 6

IV. Fragen, die nach deutschem Recht dem Allgemeinen Teil des BGB unterfielen

1. Rechtsfragen, welche die Person betreffen, Art. 7 f

2. Formvorschriften für Rechtsgeschäfte, Art. 11

V. Vertragsrecht

1. Vertrag über die Rechtswahl Art. 27, 42

a. Grundsatz

b. Die Rechtswahlklausel als Vertrag

2. Anwendbares Recht bei Fehlen einer Rechtswahl, Art. 28

3. Grenzen der Rechtswahl Art. 29 , 34 EGBGB

4. Geltungsbereich des auf den Vertrag anwendbaren Rechts, Art. 32

5. Rechtsnachfolge und Abtretung, Art. 33

6. Interleasing oder *Cross- Border-Leasing*

VI. Außervertragliche/gesetzliche Schuldverhältnisse

1. Ungerechtfertigte Bereicherung, Art. 38

2. Unerlaubte Handlung, Art. 40

VII. Sachenrecht

1. Eigentum und andere Rechte an unbeweglichen Sachen, Art. 43

2. Lex rei sitae bei beweglichen Sachen - Statutenwechsel

VIII. Wirkungserstreckung über die Grenzen (Auswärtige Gewalt).

1. Territorialitätsgrundsatz oder Wirkungserstreckung nationaler Gesetze

1. Grundsätze

2. Anerkennung ausländischen Öffentlichen Rechts im IPR

3. Kartellrecht

3. Teil

Internationales Zivilprozessrecht

I. **Verfahrensrecht der *Lex fori***

1. Ausgangspunkt
2. Grundsatz der Geltung des am Gerichtsort geltenden Prozessrechts
3. Qualifikationsfragen: Was ist Prozessrecht ?

II. **Anerkennung der ausländischen Juristischen Person - Parteifähigkeit**

1. Sitztheorie
2. Gründungstheorie
3. Centros Fall ua des EuGH
 - a. Der Fall
 - b. Würdigung der Centros - Entscheidung

III. **Anerkennung ausländischer Urteile und Entscheidungen**

1. Grundsatz der Nichtanerkennung ausländischer Hoheitsakte
2. Bedeutung der Zuständigkeit
3. Nationale örtliche Zuständigkeit
4. Wohnsitzgerichtsstand
5. Spiegelbildtheorie
6. Wahlgerichtsstand
7. Weitere Anerkennungsvoraussetzungen
 - a. Rechtliches Gehör
 - b. Vorbehaltsregel
7. Europäische Gerichtsstands- und VollstreckungsVO
8. Zweiseitige Vollstreckungsabkommen

IV. Anerkennung ausländischer Sonderverfahren

1. Insolvenzverfahren
2. Europäisches Recht
3. Einstweiliger Rechtsschutz

IV. Anerkennung als Vorfrage

V. Anerkennung und Vollstreckung.

1. Grundsatz
2. Exequaturverfahren

VI. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

1. Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung
2. Kollisionsrechtliche Einordnung
3. Die Stadien des Schiedsverfahrens
 - a) Schiedsvertrag:
 - b) Schiedsrichterbenennung:
 - c) Schiedsrichtervertrag
 - d) Das Schiedsgerichtsverfahren
 - e) Der Schiedsspruch
 - f) Vollstreckung des Schiedsspruches:
 - g) Aufhebung des Schiedsspruches
 - f) Die Verfahrenskosten

4. Teil

Die internationalen Organisationen und Vertragssysteme des Wirtschaftsrechts in Beispielen

I. Welthandelsrecht (Beispiele)

1.Internationale Handelskammer

2.Rechtsvereinheitlichung durch Unidroit und Uncitral

II. Organisationen des Welthandels

5. Teil Ansätze zu einem Weltrecht

Anhang I

Besonderheiten im deutsch – amerikanischen Rechtsverkehr

1. Gerichtsstandsoptimierung (*Forum shopping*)

2. *Forum non conveniens*

3. Zustellung, Rechtliches Gehör und Versäumnisurteil

4. Strafschadensersatz - *Punitive damages*

5. Sammelklagen – *class action*

6. Ausforschungsbeweis - *discovery*

Anhang II

Rechtskreise der Erde

Anhang III

Die Internationale Abrufgarantie

Zöllner ZPO - Kommentar
23. Aufl. 2002
Zweigert, Konrad/
Kötz, Hein Einführung in die Rechtsvergleichung
3. Auflage Mohr Siebeck 1996

Aufsätze

Altmeppen, Holger Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften
NJW 04, 97 f

Göthel, St. Verfassungsmäßigkeit von punitive damages:
Der US Supreme Court spricht ein Machtwort
RIW 03, 610 ff

Kindler, P Auf dem Weg zur europäischen
Briefkastengesellschaft
NJW 03, 1073 ff

Mankowski, P Rechtswahl für Verträge des internationalen
Wirtschaftsverkehrs
RIW 03, 2 ff

Murswiek, D. Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und
das Völkerrecht
NZW 03, 1014

Textausgaben

Internationales Privat – und Verfahrensrecht
C.H. Beck 11. Aufl. 2002

Völkerrechtliche Verträge
C.H. Beck 9. Aufl. 2002

Zeitschriften

NJW Neue Juristische Wochenschrift

Iprax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

JZ Juristenzeitung

RIW Rechts der Internationalen Wirtschaft

**Internetadressen über gängige Suchmaschinen, zB Google, führen zu
Material über u.a.**

Uncitral
WTO
ICC
Weltbank

Begriffe und Abkürzungen

Embargo.	oder Sanktion. Maßnahme eines oder mehrerer Staaten gegen einen oder mehrere andere Staaten zur nicht militärischen Durchsetzung von völkerrechtlichen Ansprüchen.
ERR	Europäisches Richtlinienrecht
<i>Lex fori</i> , lat.	Weltweit verwendeter Begriff zur Bezeichnung des Rechts, welches an dem Ort des Gerichts(= Forum) gilt. Die <i>lex fori</i> beim Landgericht Essen ist also deutsches Recht.
<i>Lex rei sitae</i> , lat.	<i>Recht der Belegenheit. Über Rechtsverhältnisse an einem Gegenstand entscheidet das Recht des Ortes, wo er sich befindet</i>
NCPC	Nouveau Code de Procedure Civile - Französische Zivilprozessordnung:
Qualifikation	Die Bewertung eines ausländischen Rechtsfalls mit inländischen Rechtsbegriffen..
Vermutung	Befehl des Gesetzes, dass etwas gelten oder angenommen werden soll, falls sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt; Beispiel Art. 27 I EGBGB. Die Vermutung kann also widerlegt werden können.
Versteinerungsklausel	Zusatzvereinbarung zu einer Rechtswahlklausel, wonach Änderungen des betreffenden Rechtes, ggfs nach einem bestimmten Datum, nicht berücksichtigt werden sollen.

Frankreich

Tribunal d`grande instance	entspricht dem deutschen Landgericht. Wie in Deutschland hat praktisch jede Mittelstadt ein solches gericht.
----------------------------	--

Cour d`Appel

entspricht dem deutschen Oberlandesgericht . Jede der alten französischen Provinzen hat eine Cour `d`appel (zB Rennes= Bretagne; Aix = Provence usw), wie bei uns: Breslau= Schlesien; Köln= Rheinprovinz usw)

Cour de Cassation

entspricht grds dem Bundesgerichtshof, kann aber anders als dieser Urteile der Cours d`appel nur aufheben, nicht aber an ihrer Stelle selbst entscheiden.

Überblick

I. Einleitung

1. Ausgangspunkt

In Deutschland gilt in deutsches Recht. In Brasilien gilt brasilianisches Recht usw. Es gibt weltweit unterschiedliche Rechtsordnungen. Streng genommen gibt es so viele Rechtsordnungen, wie es Staaten gibt. Für den Wirtschaftsverkehr innerhalb eines Staates ist es in der Regel gleichgültig, ob es außerhalb dieses Staates noch andere Rechtsordnungen gibt. Es ist wie mit der Sprache. Wer niemals ins Ausland fährt, wird sich nicht daran stören, dass anderswo kein Deutsch gesprochen wird.

Sobald Wirtschaft über die Grenzen geht, merkt der Unternehmer, dass außerhalb der deutschen Grenzen ausländisches Recht gilt. Unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten wäre es daher wünschenswert, wenn es auf der ganzen Welt nur eine Sprache gäbe und nur eine Rechtsordnung. In diesem Fall gäbe es kein *internationales* Wirtschaftsrecht.

2. Abnehmende Verschiedenheit

Das Vordringen der englischen Sprache in praktisch alle Lebensbereiche in fast allen Ländern der Erde hat allerdings bereits heute weitgehend dazu geführt, dass es auf der Welt eine einheitliche Sprache des Wirtschaftsverkehrs gibt.¹

Im Bereich des Rechts ist die Entwicklung noch nicht so weit. Die letzten Jahrzehnte haben aber insbesondere auf dem Gebiet des Handels - und Wirtschaftsrechts einen großen Vereinheitlichungsschub gebracht haben. Die nationalen Rechtsordnungen werden einander auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts immer ähnlicher. In vielen Bereichen gibt es bereits ein, wenn auch nicht in allen Einzelheiten so doch in den wesentlichen Zügen weltweit einheitliches, Recht, z.B.

- Zahlungsverkehr
- Dokumentenakkreditiv und der internationale Bankgarantie;
- Kaufrecht
- des Prozess- und Anerkennungsrechts und anderen.

Eines der großen Ziele der heutigen internationalen Wirtschaft und der Staatengemeinschaft ist es, das Recht der Weltwirtschaft soweit wie möglich zu harmonisieren.²

¹ Aden aaO Teil B, Art. 4 RN 4 : Allgemein wird man für die heutige Weltwirtschaft einen Handelsbrauch postulieren, dass eine Korrespondenz auf Englisch immer statthaft ist, und dass in dieser Sprache auch geantwortet werden kann, wenn das Bezugsschreiben in einer anderen verfasst war.

² Kimminich aaO S. 305 : Zahlreiche Prinzipien der Völkerrechtsordnung... kulminieren in dem Bemühen, eine neue Weltwirtschaftsordnung zu schaffen.

3. Harmonisierung des Weltwirtschaftsrechts

a. Selbstwirkender Prozeß

Die Harmonisierung des Weltwirtschaftsrechts geschieht einerseits wie von selbst. Es gibt viele weltweite Rechtsüberzeugungen. Man hat von einem weltumgreifenden *ius commune* (Gemeinschaftliches Recht) gesprochen.³

Die Staaten lernen einander näher kennen. Die jeweiligen Rechtsordnungen werden über die Rechtsvergleichung erforscht und im internationalen Wirtschaftsverkehr praktisch angewendet. Es wird immer deutlicher, dass sich viele Rechtsgrundsätze, welche bisher als Sondergut der eigenen deutschen, schwedischen und so weiter Rechtsordnung angesehen worden waren, in Wahrheit nur nationale Ausprägungen eines Weltrechts sind.

Beispiel der Grundsatz von *Treu und Glauben*: Bis vor einigen Jahrzehnten bestand in Deutschland wohl wirklich die Meinung, dieser Grundsatz, welcher bei uns in § 242 BGB seinen Niederschlag gefunden hat, sei eine Besonderheit des deutschen Rechtes. Heute wissen wir, dass zwar einzelne Ausprägungen dieses Grundsatzes dem deutschen Recht eigen sind, etwa die aus § 242 entwickelte Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage, dass aber die zu Grunde liegenden Gedanken allen Rechtsordnungen der Welt bekannt sind.⁴

b. Bewusste Gestaltung

Die Harmonisierung des Weltwirtschaftsrechts geschieht andererseits zunehmend durch völkerrechtliche Verträge. Beispiel:

Zweiseitige (bilateral): Vertragspartner nur zwei Staaten, zB Deutschland und Italien	z. B. Deutsch- Italienisches Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 9.3.1936
oder mehrseitige (multilateral): Vertragspartner eine Gruppe von Staaten mit besonderen Gemeinsamkeiten zB die der EU angehörenden Staaten	Z.B. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommen v. 27.9. 68 (EuGVÜ). ⁵
Mehrseitige offene Verträge, die weltweit zur Annahme auch durch weiter Staaten angeboten werden.	Z.B. UN- Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1958 (New Yorker Abkommen)

³ Zweigert/Kötz S. 24 mit Bezug auf den Franzosen Rene David.

⁴ Shaw, S. 83 m.N.: *Equity forms part of international law*

⁵ Das EuGVÜ, heute EuGVO, hat heute das Deutsch – Italienische Abkommen weitgehend überlagert, vgl. B/L Schlußanhang. .

Nach dem 1. Weltkrieg führten die Genfer Wechsel- und Scheckrechtsabkommen zu einer Vereinheitlichung dieser Rechtsgebiete in Europa⁶ und lösten weitere Schritte in diese Richtung aus. Vorreiter der Rechtsvereinheitlichung wurden dann die Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen in Zivil- und Handelssachen.

c. Modellgesetze

Ein moderner Weg der Rechtsvereinheitlichung ist der der sogenannten Modellgesetze (engl. *model law*). Hier wird - oft unter der Federführung der Vereinten Nationen bzw. deren Unterorganisation UNCITRAL - über einen bestimmten Gegenstand ein Gesetz zwischen den Staaten und interessierten Organisationen verhandelt und ausgearbeitet. Das Modell-Gesetz wird als solches nirgendwo Gesetz. Es wird den Staaten zur Annahme ggfs. unter Anpassung an die jeweilige nationale Rechtsordnung empfohlen.⁷ Eines der erfolgreichsten Modellgesetze der letzten Zeit ist das UNCITRAL-Modellgesetz für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit.⁸

d. Harmonisierungsbeispiel : UN -Kaufrecht

Die besondere praktische Bedeutung gerade des Kaufvertrages im internationalen Warenverkehr hat seit Jahrzehnten zu Versuchen geführt, für das Kaufrecht, insbesondere hinsichtlich des Gewährleistungsrechts⁹, weltweit möglichst einheitliche Regeln zu schaffen. Vorerst letztes Ergebnis dieser Bemühungen ist das *UN – Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf Kaufrecht, CISG, v. 11.4.80* wegen seines Abschlussortes auch *Wiener Kaufrechtsübereinkommen* genannt.¹⁰

Das Abkommen findet automatisch anstelle des nationalen deutschen, dänischen usw. Rechtes Anwendung, wenn der Kaufvertrag zwischen Partnern mit Sitz in Vertragsländern des UN – Kaufrechtsabkommens geschlossen wird. Da Deutschland und die EU –Staaten dazu gehören, gilt im grenzüberschreitenden EU – Warenverkehr dieses Recht. Seine praktische Bedeutung ist bisher noch schwer abzuschätzen. Die Parteien können gemäß § 28 EGBGB ein nationales, also z.B. deutsches Recht vereinbaren und damit das Wiener Abkommen abbedingen. Dieses

⁶ vgl. ScheckG und WechselG.

⁷ vgl. dem Einheitsmietvertrag, den der Deutsche Haus- und Grundbesitzerverein seinen Mietgliedern zur Anwendung empfiehlt; den Vertragsmuster in den Beck'schen Vertragshandbüchern usw.

⁸ Vgl. Baumbach – Lauterbach Einf. Vor § 1025 ZPO RN 2. Das geltende deutsche Recht folgt dem Modellgesetz in ganz wesentlichen Punkten. Damit ist das deutsche Recht der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit praktisch identisch mit dem der meisten wichtigen Staaten.

⁹ Gewährleistung= Haftung des Verkäufers ohne Verschulden für die Mangelfreiheit der Kaufsache, § 434 BGB.

¹⁰ vgl. Piltz NJW 2000, 553. Palandt EGBG 28 RN 7.

scheint bisher noch die Regel zu sein.¹¹ Jedenfalls liegt nur sehr wenig Rechtsprechung zu diesem Kaufrecht vor.¹²

e. Grenzen der Vereinheitlichung

Eine gemeinsame Sprache erleichtert die Verständigung, aber sie verdrängt Regionalsprachen, was jedenfalls zeitweise zu einer Erschwerung der Verständigung in der betreffenden Region führen kann. Plattdeutsch, das richtige ostfriesische Plattdeutsch, die Muttersprache des Vaters des Autors, ist daher praktisch leider ausgestorben. Eine gemeinsame Währung erleichtert die Geldfunktionen im Währungsgebiet, indem gleiche Geld- und Kreditbedingungen geschaffen werden; aber regionale, aus unterschiedlichem Entwicklungsstand folgende, Bedürfnisse, kann sie oft nicht angemessen berücksichtigen. Die Unterschiede werden zum Nachteil der schwächeren Regionen eher verstärkt.¹³

Dasselbe gilt für das Recht. Rechtsvereinheitlichung ist nicht per se erstrebenswert. Man denke nur an folgende Beziehung:

Wirtschaftsrecht	Steuerrecht	Ehe- und Erbrecht
EU – weites einheitliches WR setzt ua voraus, dass die Grundlagen der Besteuerung, wenn nicht gleich, so doch vergleichbar sind.	EU- weites einheitliches Steuerrecht ist insbesondere im mittelständischen Bereich nicht sinnvoll ohne Rücksicht auf Ehe- und Erbrecht.	EU – weites einheitliches Ehe- und Erbrecht würde aber sehr tief in das Lebensgefühl der Menschen eingreifen. Wollen wir das? ¹⁴

In ganz Europa gilt aufgrund entsprechender EU – Richtlinien zB heute das Reisevertragsrecht für Pauschalreisen. Dieses ist auf die Erwartungen eines verwöhnten Verbrauchers zugeschnitten, wie er in Vielreiseländern Deutschland oder England vorkommt, nicht aber in Griechenland oder Irland. Die hieraus folgenden hohen Anforderungen des Verbraucherschutzes verteuern die

¹¹ Mankowski RIW 03, 8: CISG wird routinemäßig abbedungen. Dafür gebe es aber keine überzeugende Gründe.

¹² BGH NJW 98, 1259: Zum stillschweigenden Verzicht auf den Einwand der Verspätung einer Rüge der Vertragswidrigkeit.

¹³ Verf. meint daher, dass eine einheitliche Währung in Brasilien, China oder Indien zwar aus politischen Gründen angezeigt sein mag, dass sie aber wegen der enormen regionalen Entwicklungsunterschiede in diesen Staaten wirtschaftlich fragwürdig ist. Das gilt auch für den Euro.

¹⁴ Bedenke: In EU- Skandinavien sind 50% der Kinder unehelich..

Familie spielt dort kaum eine Rolle mehr. Wollen wir das nachmachen? Und wenn wir - die Portugiesen, Iren und Griechen auch?

Pauschalreise eher in der Weise, dass ein normaler Grieche gar nicht erst bucht. Es ist daher noch nicht ausgemacht, ob das immer wieder geforderte einheitliche EU – Zivilgesetzbuch wirklich wünschenswert wäre.¹⁵

4. Begriffe

a. Völkerrecht als Recht zwischen den Staaten

Harmonisierung des Weltwirtschaftsrechtes erfordert, dass ein Staat für bestimmte Bereiche und Fallgestaltungen zu Gunsten eines anderen darauf verzichtet, sein eigenes Recht anzuwenden. Völkerrecht verpflichtet Staaten, auf bestimmte Rechte, welche sie als souveräne Völkerrechtssubjekte an sich haben, zu verzichten. Das Völkerrecht ist daher der Ausgangspunkt des internationalen Wirtschaftsrechtes. Völkerrecht wird unterteilt in

- Völkergewohnheitsrecht: ungeschriebene Regeln, zB Achtung der Staatsgrenzen als Grenzen der Hoheitsgewalt eines Nachbarstaates.
- und das Völkervertragsrecht, welches also durch Verträge geschaffen wird.

Größere Unternehmen brauchen Vertragsabteilungen, in denen die Verträge des Unternehmens verwaltet, Pflichten und Ansprüche überwacht werden. Das Völkerrecht hat erst im Laufe der letzten Jahrzehnte, im Zuge der immer weiter fortschreitenden Entwicklung des Völkervertragsrechts, erkannt, dass dasselbe auch für die großen Vertragswerke des heutigen internationalen Wirtschaftsrechts gilt. Dutzende oder Hunderte von Staaten sind über Vertragswerke wie die UN-Charta, die NATO, WTO, Weltbank ua verbunden. Diese internationalen Organisationen haben in gewissem Sinne die Funktion von „Vertragsabteilungen“ der Weltwirtschaft. Besser spricht man vielleicht von *übernationalen* Organisationen, da sie, wenn auch nicht theoretisch, so doch praktisch, hierarchisch über den Staaten stehen.¹⁶ Diese Organisationen gelten als Völkerrechtssubjekte und stehen rechtlich den Staaten weithin gleich.

b. Internationales Privatrecht (IPR) als Recht der Rechtsanwendung

Einer der ältesten Grundsätze des internationalen Wirtschaftsrechts ist ein ungeschriebener Völkerrechtsgrundsatz (Völkergewohnheitsrecht), dass nationale Gerichte statt des eigenen das Recht eines anderen Staates anwenden, wenn Interessen dieses in besonderer Weise berührt werden. Wann das der Fall ist, entscheidet das Internationale Privatrecht (anderer Name: Kollisionsrecht; engl. *conflict of law*).

¹⁵ RabelsZ 92, 320

¹⁶ Entsprechendes kann man auch innerstaatlich beobachten. ZB. Der Deutsche Sparkassen- und Giroverband steht hierarchisch theoretisch unter den vereinigten Sparkassen und Landesbanken, nimmt also theoretisch Weisungen von diesen entgegen; praktisch geht der Weg zumeist umgekehrt. Ähnliches gilt in fast allen Wirtschaftsverbänden. Die Frage, ob sich nicht auch das Rangverhältnis Bundesregierung – Bundestag in derselben Weise umgekehrt hat, ist eine der heikelsten, und daher kaum diskutierten, Fragen des heutigen deutschen Verfassungsrechts.

Es gibt kein weltweit einheitliches Kollisionsrecht. Jeder Staat hat sein eigenes IPR, auch wenn für das IPR der Staaten etwas Ähnliches gilt wie bereits zum Wirtschaftsrecht insgesamt gesagt: die Unterschiede werden geringer, denn die Rechtsordnungen gleichen sich an. Noch aber bestehen diese Unterschiede.¹⁷ Für das internationale Wirtschaftsrecht ist daher die Kenntnis des Internationalen Privatrechts des eigenen Staates nötig, und jedenfalls die Kenntnis der Grundzüge des IPR der hauptsächlichlichen Partnerstaaten ratsam.

c. Internationales Zivilprozessrecht

Es genügt nicht, Recht zu haben; man muss es notfalls auch durchsetzen können. Im Völkerrecht, also im Verhältnis zwischen den Staaten, besteht heute aufgrund der UN – Satzung Gewaltverbot. Völkerrechtliche Rechte und Pflichten müssen heute daher anders als durch Kriege oder kriegsähnliche Handlungen verwirklicht werden.¹⁸ Das Völkerrecht bietet bestimmte Instrumente, wie Sanktionen, Embargos usw.

Im Verhältnis zwischen Rechtspersonen unterhalb der völkerrechtlichen Ebene, insbesondere zwischen Unternehmen des privaten Rechtes gibt das internationale Zivilprozessrecht (IPZR) die Regeln an, wie die Parteien grenzüberschreitender Rechtsstreitigkeiten ihr Recht durchsetzen. Auch dieser Rechtsbereich ist Teil des nationalen rechts. Es gibt kein weltweites IZPR. Das IPZR jedes Staates gibt Auskunft darüber, unter welchen Voraussetzungen eine im Ausland erlassene gerichtliche Entscheidung (Urteil, Einstweilige Verfügung, Schiedsspruch uä) welche Wirkungen im Inland haben kann.

II. Nationales und internationales Wirtschaftsrecht

1. Was ist Wirtschaftsrecht ?

Der Begriff des Wirtschaftsrechts ist unklar. Früher gab es kein Wirtschaftsrecht. Nur das Handelsrecht war seit langem in den europäischen Ländern ein gut ausgebautes Rechtsgebiet. Nach dem 1. Weltkrieg entwickelte sich ein Wirtschaftsrecht. Deutschland stand dabei an der Spitze, aber die anderen europäischen Länder kamen nach. Die Parallelität der Entwicklung ist - bei allen Differenzen im einzelnen – überraschend.¹⁹

¹⁷ Der Verfasser vertritt aber die Ansicht, dass innerhalb der Staaten der Europäischen Union auf die kollisionsrechtliche Feststellung des fremden Rechtes verzichtet werden kann, weil davon auszugehen ist, dass sich das jeweils anwendbare Recht von dem eigenen Recht des Gerichtes im praktischen Ergebnis nicht unterscheiden wird. § 293 ZPO sollte daher bei Parteien innerhalb der Europäischen Union dahin geändert werden, dass die Feststellung des fremden Rechtes nur dann erforderlich ist, wenn eine Partei glaubhaft dargelegt, dass das kollisionsrechtliche berufene fremde Recht zu einem anderen Ergebnis führen würde. vgl. Aden DZWIR 97, 81 f

¹⁸ Dieses wird von den Staaten auch respektiert; mit Ausnahme der USA.

¹⁹ So schon vor 50 Jahren: Hedemann BB 1953,2 ff

Es gibt keine oder fast keine Rechtsfrage, welche nicht auch eine wirtschaftliche Bedeutung hat. Auch strafrechtliche Fragen (zB Konkursvergehen)²⁰ oder familienrechtliche Fragen (zB Erbschaft eines Unternehmens) können wirtschaftsrechtliche Bedeutung haben. Eine allgemein anerkannte Definition des Wirtschaftsrechts gibt es daher nicht. Man kann aber eine solche Definition wie folgt versuchen:

Wirtschaftsrecht ist die Gesamtheit aller Rechtsnormen, welche als Hauptziel haben, gewerbliche Tätigkeit regeln. Es wird zum Internationalen Wirtschaftsrecht, wenn mehr als ein Staat berührt wird.

Damit sind Strafrecht, Familienrecht usw., die auch einmal wirtschaftlich bedeutsam sein können, ausgenommen. Das schließt aber zB nicht aus, von Wirtschaftsstrafrecht zu sprechen, wenn strafrechtliche Vorschriften sich besonders auf die gewerbliche Tätigkeit auswirken. Mit dieser Definition ist zunächst das Handels- und Gesellschaftsrecht im herkömmlichen Sinne gemeint. Erfasst wird aber auch das Wettbewerbsrecht, wie es etwa nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz=GWB) beziehungsweise entsprechende Gesetze in anderen Staaten geregelt ist. Es gehört weiterhin dazu das Recht der gewerbliche Schutzrechte (Urheberrecht, Marken- und Patentrecht). Weitere Rechtsbereiche wären das öffentliche Recht, insbesondere das Steuerrecht.

Insbesondere das internationale Steuerrecht ist von großer praktischer Bedeutung, wie allein durch die große Anzahl der zwischen den Staaten bestehenden Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (Doppelbesteuerungsabkommen) deutlich wird. Dieser kann in der Vorlesung allerdings wegen der besonderen Spezialisierung der Fragestellungen nur berührt werden.

2. Nationales und internationales Wirtschaftsrecht

Es gibt z.Z. über 200 souveräne Staaten auf der Welt. Es ergäbe sich für das internationale Wirtschaftsrecht ein geradezu ungeheurer großer Bereich, denn es müssten die angesprochenen Bereiche des Wirtschaftsrechts praktisch für alle Staaten der Welt einzeln aufgeführt werden. Für die praktische Handhabung des internationalen Wirtschaftsrechts muss aber soweit nicht gegriffen werden. Die Strukturunterschiede sind nicht so groß, wie sich aus der Übersicht der Rechtskreise der Welt gemäß Anhang I ergibt.

Die theoretische Vielfalt im Wirtschaftsrecht der Staaten wirkt sich in der Praxis auch deswegen nicht entscheidend aus, weil die Geschäftspartner im internationalen Wirtschaftsverkehr die Möglichkeit haben, das anwendbare Recht frei zu wählen. Es wird wohl nicht vorkommen, dass ein deutscher und schwedischer, ein japanischer und koreanischer Vertragspartner sich auf die Geltung des Rechtes von zB Uruguay oder Albanien einigen. Zumeist verständigen sich die Partner internationaler

²⁰ Schmitz RIW 03, 189: Auslandsgeschäfte und Korruptionsstrafrecht. Vgl. auch den im Jahre 2004 in Düsseldorf anhängigen Strafprozess gegen Esser ua wegen Bonuszahlungen im Zusammenhang mit der Übernahme von Mannesmann AG durch Vodafone.

Verträge auf das Recht der Schweiz, das englische Recht oder - offenbar mit zunehmender Tendenz - das Recht von New York.²¹

²¹ Mankowski RIW 03, 6 spricht von einem Herdentrieb der Branche, der nicht immer sachlich gerechtfertigt sei.

1. Teil

Völkerrecht (VR) als Grundlage des internationalen Wirtschaftsrechtes

I. Staaten als Subjekte des Völkerrechts

Fälle

1. Im Jahre 1995 beschloss die Shell - Gruppe, ihre ausgemusterte Bohrplattform *Brent Spar* im internationalen Gewässer der Nordsee zu versenken. Massive Proteste der Umweltverbände, insbesondere Greenpeace, verhinderten das. Hätte Shell das tun dürfen? Waren die zT physischen Verhinderungsakte von Greenpeace rechtswidrig>?

Stichworte: Hoheitsgebiete- hoheitsfreie Gebiete

2. Mitte der 1990er Jahre zerstörten islamische Fundamentalisten, Taliban, in Afghanistan wertvolle Kunstschätze aus vorislamischer Zeit. Der Staat Afghanistan tat nichts dagegen. Musste die Menschheit das hinnehmen, oder gibt es eine rechtliche Figur, welche zum Einschreiten befugt?

3. Zur Zeit der Apartheid in Südafrika hatten die Schwarzen und andere nicht weiße Bevölkerungsgruppen kein Wahlrecht zum Nationalparlament. Viele Rechte, zB das der Freizügigkeit und der Eheschließung, waren durch Gesetze beschränkt, welche auf die Rassenzugehörigkeit des Betreffenden abstellten. Die Vereinten Nationen beschlossen eine ganze Reihe von Maßnahmen gegen Südafrika, welches Mitglied der Vereinten Nationen war und ist. Die südafrikanische Regierung hielt diese Beschlüsse für völkerrechtswidrige Einmischungen in ihre innere Angelegenheiten. Zu recht?

Stichworte: Nichteinmischungsgrundsatz – Menschenrechte als Völkerrecht

4. Am 25. 7. 1976 gegen 12.50h befindet sich das DDR – Fahrgastschiff *Völkerfreundschaft* vor der dänischen Insel Christiansö ganz knapp außerhalb der dänischen Hoheitsgewässer. Der belebte Badestrand ist zum Greifen nahe, unmittelbar vor dem Schiff tummeln sich dänische Segelboote. A, ein Tierarzt aus Rostock, springt über Bord, um an Land in die Freiheit zu schwimmen. Der beklagte K ist Kapitän der *Völkerfreundschaft* und lässt den sich sträubenden A durch ausgesetzte Boote wieder einfangen. A wird in der DDR wegen Republikflucht zu 3 ½ Jahren Haft verurteilt. Nach der Wiedervereinigung verklagt A den K auf Schmerzensgeld wegen Freiheitsberaubung.²² Zu Recht?

²² LG Rostock v. 19.5.1995 IPrax 96, 125 f. :In Wahrheit befand sich das Schiff knapp *innerhalb* dänischer Gewässer.

Stichworte: Grundsätze des Völkerrechtes. Welches Recht gilt außerhalb von Staaten und zwischen diesen? Souveränität, Freiheit der Meere, Menschenrechte, internationales Strafrecht; privates und hoheitliches Handeln

1. Völkerrecht als Staatenrecht

a. Menschheit als Völkerrechtssubjekt ?

Wo kein Staat ist, zB auf dem Hohen Meer außerhalb der Hoheitsgewässer der Staaten oder auf dem Mond, herrscht weder nationales Recht noch Völkerrecht. Im Fall 1 war also gegen die Absicht der Shell rechtlich nicht einzuwenden. Handlungen, welche Shell an der Wahrnehmung dieses Rechtes hindern wollten, waren mithin rechtswidrig. Man kann freilich die Meinung vertreten, die Menschheit als solche, also unabhängig davon, in welchen Staaten die Menschen jeweils organisiert sind, sei ein Völkerrechtssubjekt. Die Menschheit als solche hätte daher Ansprüche gegen Staaten und Private, insbesondere auf Unterlassung von Beschädigung des gemeinsamen menschlichen Erbes, sowohl in der Natur wie in der Kultur. Greenpeace dürfte dann als eine Art Geschäftsführer ohne Auftrag für die Rechte des Völkerrechtssubjekts Menschheit gerechtfertigt sein.

Vieles spräche für eine solche Sicht. Nur so ergäbe sich eine völkerrechtliche Figur, um der Barbarei wie in Fall 2 entgegenzutreten. Das schwer lösbare Problem ist freilich, wer sich zum Sachwalter der Interessen der Menschheit insgesamt machen darf.

b. Völkerrecht und Staatenrecht

Völkerrecht ist kein Recht zwischen Völkern, soweit diese einem Staat angehören. *Völkerrecht* ist eigentlich *Staatenrecht*, denn es beschreibt die rechtlichen Beziehungen zwischen Staaten bzw Völkerrechtssubjekten. Viele europäische Staaten bestehen heute zwar aus nur einem Volk: Deutschland, Holland, Dänemark²³, Ein Staat kann aber mehrere Völker umfassen. In Europa: Belgien (Wallonen/Flamen/Deutsche); Großbritannien (Engländer/Schotten/Waliser) Weltweit ist das sogar die Regel: zB Indien, Russland, China, Indonesien, Südafrika, Zaire usw. Zumeist gibt es in solchen Staaten ein herrschendes Volk. Die kulturellen Beziehungen zwischen den Deutschen aus Belgien und der deutschen Minderheit in Nordschleswig in Dänemark finden daher nicht in der Form völkerrechtlicher Beziehungen, sondern im Rahmen von privaten Vereinen, zB dem VDA, statt.

Das Mehrheitsvolk in einem Staat wird die Existenz anderer Völker auf seinem Staatsgebiet herunterzuspielen. Jedenfalls lehnt der betreffende Staat es in der Regel

²³ Aber: Staatsrechtlich gehört auch Grönland zu Dänemark; die dortigen Eskimos sind keine Gebliutsdänen. Aber: zu Holland gehört die Karikikinsel Curacoa mit Menschen, deren Umgangssprache, das Papamiento, mag sein, was sie will, jedenfalls kein Holländisch.

ab, mit anderen Staaten darüber zu diskutieren, wie er seine Minderheiten behandelt. Im Fall 3 konnte Südafrika sich auf Art. 2 Nr. 7 der Charta der Vereinten Nationen v. 26.6.1945 berufen, wo der Grundsatz der Nichteinmischung ausdrücklich erwähnt wird. In der herkömmlichen Sicht des Völkerrechts hatte Südafrika zweifellos Recht. Das Völkerrecht betrifft nicht die Rechte und Pflichten einzelner Bürger in Bezug auf ihren Staat oder sonstige innere Angelegenheiten der Staaten. Das regeln die Staaten in ausschließlich eigener Verantwortung.

2. Menschenrechte als Teil Völkerrechts

Die früher sehr einfache Grenzziehung zwischen nationalem und Völkerrecht ist heute schwierig geworden. Menschenrechte, insbesondere wenn sie durch völkerrechtliche Dokumente und Konventionen beschrieben worden sind, etwa in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen* v. 10.12. 1948 oder der *Europäischen Menschenrechtskonvention* v. 4.11. 1950 werden aber heute allgemein als Teil des Völkerrechtes angesehen. Art. 1 Nr. 3 UN – Charta beschreibt als Ziel der Mitgliedsstaaten auch die Achtung vor den Menschenrechten.. ohne Unterschied der Rasse.

Die Beziehungen eines Volkes zu dem Staat, in dem es lebt und zu dem herrschenden Volk, berühren daher nicht nur das interne Staatsrecht²⁴ des betreffenden Staates, sondern möglicherweise auch das Völkerrecht. In dieser Sicht hatte Südafrika das Völkerrecht jedenfalls insoweit nicht auf seiner Seite, als die Apartheidsgesetze allgemein als fundamentaler Verstoß gegen die Menschenrechte angesehen wurden. Diese Fragen gehören zu den heikelsten des heutigen Völkerrechts. Damit sind Fragen verbunden, ob die UNO oder eine wie immer definierte Staatengemeinschaft, zB die NATO im Fall des Kosovo- Krieges, eingreifen darf, wenn in einem Staat die Menschenrechte, etwa einer nationalen eine Minderheit (zu sehr) missachtet werden.

Die Einstrahlung des humanitären Völkerrechts auf nationales Recht eines Staates ist auch im Fall 2 das Problem. Die *Völkerfreundschaft* befand sich nicht im Hoheitsgebiet eines anderen Staates. Das Schiff führte die DDR – Flagge, es galt also DDR – Recht. Danach durfte der K nicht nur so handeln, wie er es getan hat, er war dazu sogar verpflichtet. Zu fragen ist aber: War dieses DDR - Recht denn überhaupt gültig? Es hatte zwar faktische Geltung in der DDR, aber es verstieß mit seinem Republikfluchtparagraph gegen Grundsätze des Menschenrechtes. Art. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen v. 10.12. 1948 und , etwas genauer, Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention v. 4.11. 1950 (Freiheit und Freizügigkeit). K hat in diesem Falle also gegen eine Vorschrift des Völkerrechts verstoßen. Die Tatsache, dass das Recht seines Staates,

²⁴ Das derzeit (2003) in Frankreich diskutierte Statut der 1769 eroberten italienisch - sprachigen Insel Korsika betrifft also ein Problem des französischen Staatsrechts, nicht des Völkerrechtes. Zu einer völkerrechtlichen Frage wird es erst, wenn Frankreich die italienische Sprache bzw die korsische Bevölkerung unterdrückt. Da Frankreich eigenen Bekundungen zufolge derlei grundsätzlich nicht tut und außerdem einen ständigen Sitz im UN – Sicherheitsrat hat, bleibt diese Frage ebenso unter der Decke wie ähnliche Fragen in anderen mächtigen Staaten.

der DDR, in diesem Punkt völkerrechtswidrig war, konnte zu einem Anspruch Dänemarks gegen die DDR führen. Das der Republikfluchtparagraph als Verstoß gegen die Menschenrechte rechtswidrig war, hat K letztlich auch gegen das (richtig verstandene) DDR – Recht verstoßen.

Nimmt man den Fall, wie er sich in Wahrheit abgespielt hatte, befand A sich in dänischem Hoheitsgebiet, hier war er ein freier Mann, und er stand, auch soweit sein Sprung vom Schiff, nach dänischen Recht eine Straftat (unbefugter Grenzübertritt) gewesen sollte unter der Hoheit ausschließlich des dänischen Rechts. DDR – Recht galt hier nicht mehr. Die Pflicht, nicht in dänische Hoheitsrechte einzugreifen, traf aber wieder nur die DDR als Völkerrechtssubjekt, K war davon im Grunde nicht berührt. K stand, zumal sein Schiff die DDR – Flagge führte, unter dem DDR – Recht, und nach diesem war sein Handeln gerechtfertigt.

3. Der Staat als Völkerrechtssubjekt

a. Staatsgebiet

Die Völkerrechtssubjekte sind Personen, welche eigene Rechte und Pflichten im Völkerrecht haben.²⁵ Damit sind in erster Linie Staaten gemeint. Mit Ausnahme der Antarktis gehört jeder Quadratmeter Boden heute zu einem Staat. Chile und Argentinien nehmen zwar einen Teil der Antarktis als ihr jeweiliges Staatsgebiet in Anspruch. Diese Ansprüche werden aber von der Staatengemeinschaft nicht anerkannt. Die Hohe See ist staatsfrei.²⁶ Deswegen kann im Grundsatz jeder so viele auf See verklappen oder Wale jagen, wie er will, und nur Internationale Konventionen, etwa zum Schutz der Wale, können das verbieten, freilich nur den Staaten, welche diesen beigetreten sind.

Die Größe des Staates ist für seine Eignung als Völkerrechtssubjekt unerheblich. Im Sinne des Völkerrechtes steht ein Zwergstaat wie Monaco oder Nauru im pazifischen Ozean einem Staat wie China oder der USA gleich.

b. Staatsvolk

Die Antarktis verfügt zwar mit rund 5 Millionen Quadratkilometern über ein erhebliches Territorium, aber mit Ausnahme von auf Zeit entsandten Forschern wohnt niemand dort. Ein Staat muss eine ständige Bevölkerung haben. Auf die Anzahl kommt es wiederum nicht an. Der Vatikanstadt hat hat wohl kaum 100 wirkliche Staatsbürger, völkerrechtlich ist das aber ausreichend.²⁷ Das Fürstentum

²⁵ Die in der Wissenschaft diskutierte Frage, ob auch Einzelpersonen Völkerrechtssubjekte sein können beziehungsweise völkerrechtliche Rechte und Pflichten haben können, kann hier übergangen werden. In Betracht kommt dieses für staatenlose Personen; diese sind mindestens Inhaber der Menschenrechte..

²⁶ Dieser Grundsatz wurde erstmals durch den Vater des modernen Völkerrechts, Hugo de Groot (Grotius) im 17. Jahrhundert formuliert.

²⁷ Gelegentlich tauchen Geisterstaaten auf, wenn zB eine verlassene Bohrinself von einem Staatsgründer und seiner Familie zum Staat ausgerufen wird. Es kommt auch immer wieder vor, dass Eigentümer großer Ländereien etwa in Australien sich für unabhängig erklären. Solchen Kuriositäten ist hier nicht nachzugehen.

Liechtenstein, welches etwa die Größe eines Essener Stadtbezirkes hat, ist ein souveräner Staat und als solcher Mitglied der Vereinten Nationen. Es hat mit seinen rund 25.000 Einwohnern ebenso eine Stimme in der UN-Vollversammlung wie China mit 1,3 Milliarden Menschen.²⁸

c. Staatsgewalt

Staat ist ein Rechtsbegriff. Zum Staat wird ein auf einem Territorium lebendes Volk daher nur dann, wenn es sich selbstständig rechtlich organisiert. Diese rechtliche Selbstorganisation eines Staates heißt Souveränität, wenn es keine höhere Staatsgewalt in diesem Gebiet für seine Einwohner gibt. Basken und Kurden verstehen sich zwar als Volk, und sie bewohnen auch ein bestimmtes Gebiet. Beide Völker üben aber in ihrem Gebiet nicht die höchste Staatsgewalt aus, sondern sind dem spanischen beziehungsweise türkischen Staatsrecht unterworfen. Dasselbe gilt für die Mongolen in China und Russland, für die in Reservaten lebenden Indianer der USA, die deutschsprachigen Südtiroler in Italien usw.

In Europa gibt es derzeit ein in dieser Hinsicht besonders interessantes Land, nämlich Bosnien-Herzegowina, welches zwar als souveräner Staat anerkannt ist, tatsächlich aber unter einem Protektorat eines von den Vereinten Nationen eingerichteten Staatenausschusses steht. Bosnien-Herzegowina verfügt daher zwar über ein Staatsgebiet und über ein Staatsvolk, ist aber mangels einer selbst verantworteten Staatsgewalt nicht souverän.

4. Souveränität und Anerkennung von Staaten

a. Anerkennung eines neuen Staates

*Souveränität ist die uneingeschränkte Hoheitsgewalt eines Staates gegen außen und innen.*²⁹ Diese historische Definition ist eigentlich überholt. Im Grunde gibt es keinen Staat, der in diesen Sinne souverän ist. Nicht einmal die USA, die sich allerdings um das Völkerrecht nicht immer sehr kümmern, üben eine wirklich uneingeschränkte Hoheitsgewalt aus. Die rechtlichen Verflechtungen zwischen den Staaten, noch mehr aber die Machtunterschiede führen praktisch zu unterschiedlichen „Souveränitäten,“ auch wenn diese Unterschiede rechtlich nicht festgelegt sind. Die USA vermag einfach mehr als Frankreich, dieses „darf“ mehr als Deutschland, und Deutschland hat etwas mehr Möglichkeiten als Holland. Bis zum Inkrafttreten der UN-Charta umfasste der Begriff der Souveränität grundsätzlich auch das Recht des Staates, Angriffskriege zu führen.

Das Volk eines Gebietes kann sich für souverän erklären. Dieses geschah mit direkter deutscher Hilfe nach dem militärischen und politischen Zusammenbruch des russischen Kaiserreiches 1917 zB in den drei baltischen Staaten, Finnland und Polen, oder mit indirektem deutschen Zutun nach dem Zweiten Weltkrieg in den afrikanischen und asiatischen Kolonien europäischer Mächte. Ein weiterer Schub

²⁸ Es ist hier nicht zu diskutieren, ob das letztlich gerecht ist; Luxemburg hat mit rund 400.000 Einwohnern ein relativ viel zu großes Gewicht in den Gremien der Europäischen Union hat.

²⁹ vgl. Küng/ Eckert Nr. 148

von Unabhängigkeitserklärungen fand nach dem Zerfall der Sowjetunion statt, wodurch die Welt auf einen Schlag um 12 souveräne Staaten reicher wurde, sowie im Zuge des Zerfalls von Jugoslawien, welcher vier neue Staaten zur Welt brachte.

Ein Staat ist dann souverän, wenn er sich selbst für souverän erklärt und niemand es ernsthaft in Frage stellt. Es gibt völkerrechtlich keine festen Regeln, wonach Staaten anerkannt werden. Dieses wirkte sich aus, als im Zuge des Zerfalls von Jugoslawien Deutschland die neugebildeten Staaten Slowenien und Kroatien aus Sicht der europäischen Partner voreilig anerkannte. Diese Anerkennung wird heute üblicherweise mit dem Austausch von Botschafter besiegelt.

b. Anerkennung einer neuen Regierung

Von der Anerkennung als Staat ist zu unterscheiden die Anerkennung einer Regierung. Die revolutionäre Umbildung einer Regierung in einem afrikanischen Land mag den demokratisch organisierten Staaten nicht gefallen. Es entsteht daher immer wieder die Frage, ob eine so zur Macht gekommene Regierung als legitime Vertretung des betreffenden Staates anzuerkennen ist oder nicht. Die USA haben in Lateinamerika mehrfach solche Regierungen beseitigt und ebenso häufig in den Sattel geholfen. Frankreich hat dasselbe mehrfach in seinen nun zu Staaten gewordenen ehemaligen afrikanischen Kolonien gemacht.

Völkerrechtlich sind solche Aktionen kaum zu rechtfertigen. Aber es geschieht halt. In der Praxis wird eine demokratisch nicht legitimierte Regierung nach einer gewissen Schamfrist anerkannt, wenn sie bewiesen hat, dass sie praktisch die Macht in Staate ausübt. Feste völkerrechtliche Regeln gibt es hierfür nicht.

5. Rechtsnachfolge von Staaten

Im Jahre 1939 gab es in ganz Asien nur vier souveräne Staaten: China, Japan, Thailand und Persien, alle anderen Gebiete standen unter der Souveränität eines europäischen Kolonialstaates. In Afrika gab es keinen.³⁰ Die nach dem 2. Weltkriege auf diesem Boden entstandenen neuen Staaten sind z.T ihrerseits wieder in neue Staaten zerfallen. Die bis 1947 bestehende englische Kolonie Indien, zerfiel schon im Zuge der Unabhängigkeit in das heutige Indien und Pakistan, letzteres zerfiel erneut in das heutige Pakistan und Bangladesch, das ehemalige Ost - Pakistan.

Nach dem Ende eines Staates stellt sich die Frage, welche Rechte und Pflichten der oder die Nachfolgestaaten haben. Die Bundesrepublik Deutschland empfand sich, obwohl sie nur noch weniger als die Hälfte des ehemaligen Staatsgebietes des Deutschen Reiches umfasste, als dessen Fortsetzung. Die Bundesrepublik Deutschland hatte daher die gesamten Schulden, finanzielle und moralische, des Deutschen Reiches auf sich genommen, während die Deutschen Demokratische Republik und Österreich sich nichts davon anzogen. Die Bundesrepublik

³⁰ Arabien, der Irak und Afghanistan in Asien, die Südafrikanische Union, Liberia oder Ägypten in Afrika waren formal souverän, aber auch diese Staaten standen faktisch unter ausländischer, nämlich meist englischer, Herrschaft.

Deutschland war bzw blieb daher ohne weiteres Vertragspartner völkerrechtlicher Verträge, welche lange vor ihrer förmlichen Gründung mit dem Deutschen Reich abgeschlossen worden waren. Nach dem Zerfall des britischen Weltreiches ³¹ stellte sich die ähnliche Frage, ob und in welchem Maße die neu entstandenen Staaten von völkerrechtlichen Verträgen, welche Großbritannien geschlossen hatte, verpflichtet werden konnten. Dieselbe Frage entstand nach dem Zerfall der Sowjetunion und Jugoslawiens.

Die Frage der Staatennachfolge ist im Einzelnen kompliziert. Im Grundsatz gilt aber dasselbe wie bei der Nachfolge nach dem Tode eines Menschen; man streitet wie bei einem Erbfall um die Verteilung des Aktivvermögens. Der oder die Erben treten in sämtliche Rechte und Pflichten des Erblassers ein. Das hat dazu geführt, dass die völkerrechtlichen Verträge etwa der Sowjetunion und Jugoslawiens grundsätzlich auf die Nachfolgestaaten übergeleitet worden.

Wenn Staaten sich zusammenschließen wie im Falle der Wiedervereinigung Deutschlands geschieht formal dasselbe: an Stelle der zwei zuvor bestehenden Staaten ist einer getreten. Dieser haftet für die Schulden beider Staaten, übernimmt aber auch die Rechte. Die Bundesrepublik Deutschland (neu) hat daher ohne weiteres das Auslandsvermögen der DDR als nun gesamtdeutsches Vermögen für sich in Anspruch genommen, etwa die DDR – Botschaften.

II. Andere Völkerrechtssubjekte

1. Staatenverbindungen

Wenn souveräne Staaten sich zusammenschließen, kann daraus ein einzelner Staat entstehen an Stelle der zuvor bestehenden, so bei der Wiedervereinigung Deutschlands. Sie können aber auch unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität eine neue staatsrechtliche Einheiten bilden, welches als solches Völkerrechtssubjekt werden kann. Historisches Beispiel ist die habsburgische Doppelmonarchie Österreich-Ungarn. Die verschiedenen Teile der Monarchie existierten im Grundsatz als selbstständige politische Einheiten, etwa als Königreich Ungarn, bildeten aber gemeinschaftlich das Kaiserreich.

Die Gegenwart kennt verschiedene, meist recht kurzlebige, Staatenverbindungen. So haben sich Syrien und Ägypten vor Jahren zur Vereinigten Arabischen Republik zusammengeschlossen, ohne dass eine Einheit erzielt wurde. Die drei ostafrikanischen Nachbarstaaten Tansania, Kenia und Uganda haben einen ähnlichen Weg beschritten. Die früher sehr enge Zusammenarbeit der Benelux-Staaten ist inzwischen in der europäischen Union weithin aufgegangen; etwas Ähnliches vollzieht sich in Skandinavien, welches sich in den 30er Jahren zum Nordischen Rat zusammengeschlossen hatte. Dieser umfasst mit Norwegen und Island freilich zwei noch nicht der EU angehörige Staaten.

³¹ Unabhängigkeit Indiens 1947, dann etwa bis 1960 der Rest.

Im Einzelfall ist fraglich, ob solche Staatenverbindungen zum Völkerrechtssubjekt werden. Die betreffenden Staaten haben es grundsätzlich selbst in der Hand, dem Zusammenschluss in dieser Weise zu gestalten.

2. Internationale Organisationen

Ein Vorläufer der Internationale Organisationen im heutigen Sinne war der 1875 gegründete Weltpostverein, welcher mit einer Geschäftsstelle in Bern Fragen des Postverkehrs und der Posttarife unter den dem Verein angehörenden Staaten koordiniert. Internationale Organisationen im heutigen Sinne gibt es erst auf Grund der politischen Neubesinnung in Europa nach dem Ersten Weltkrieg.

Nach dem 1. Weltkrieg wurde der Völkerbund als Verein souveräner Staaten gegründet.³² und hatte im wesentlichen dieselben Ziele wie die nach dem Zweiten Weltkrieg gegründete UNO. Der Völkerbund war in gewissem Sinn das Vorbild aller internationalen Organisationen, welche sich seither gegründet haben.³³

3. Die Vereinten Nationen

Die bei weitem wichtigste internationale Organisation sind in die Vereinten Nationen, UNO, welche unter dem Datum des 26.6.1945 in San Francisco ins Leben gerufen wurden. Die Charta, Satzung, der Vereinten Nationen besagt nicht ausdrücklich, dass die UNO Subjekt des Völkerrechtlich sei. Hieran kann aber nach der Gestaltung der Charakter und den vorgesehenen Organen der UNO kein Zweifel sein. Die UNO ist also nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich viel fester gestützt als der Völkerbund.³⁴ Sie ist nicht nur ein Verein von souveränen Staaten sondern ein eigener „souveräner“ Akteur auf der Weltbühne. Spätestens durch die Gründung UNO ist also der historische Souveränitätsbegriff, wie er oben beschrieben wurde, überholt.

4. Die Europäische Union, EU

Die Europäische Union ist zwar noch kein Staat, aber Völkerrechtssubjekt. Grundlegendes Vertragsdokument der Europäischen Union ist der *Vertrag über die*

³² Ursprüngliche Idee geht wohl auf Immanuel Kant zurück, welcher in seiner Schrift *Zum Ewigen Frieden* eine Art Staatenverein zur Wahrung des Friedens vorgeschlagen hatte. Mitglieder waren anfangs, wie später bei der UNO, die Staaten, die gegen Deutschland Krieg geführt hatten. Es wurden aber weitere Staaten als Mitglieder zugelassen: 1920 Österreich, 1926 Deutschland. Durch Austritte, 1928 Brasilien, 1933 Japan und Deutschland, 1937 Italien verlor er an Bedeutung.

³³ Je nach Sichtweise kann man allerdings auch das Internationaler Rote Kreuz als Vorbild ansehen. Man wird dann freilich überlegen müssen, ob historisch noch weiter zurückzugreifen ist bis in die Zeit der überstaatlichen Ordensgründungen der Kreuzfahrerzeit. Theoretisches Vorbild war jedenfalls der von Immanuel Kant 1780 in seiner Schrift *Vom ewigen Frieden* geforderte Staatenverein zur Friedenswahrung.

³⁴ Dieser hatte auch, jedenfalls anfangs, politisch einer andere Zielsetzung: Zusammenfassung der europäischen Politik und Ausschließung Deutschlands

Europäische Union, der am 7. Februar 1992 in Maastricht unterschrieben wurde, EUV oder Maastrichter Vertrag.. Dieser Vertrag regelt neben allgemeinpolitischen Fragen in Art. 9 insbesondere eine Neufassung des bis dahin bereits mehrfach geänderten *Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957*. Dieser ist das eigentliche Arbeitsdokument der Europäischen Kommission und Rechtsgrundlage für die europäische Gesetzgebung.

5. Sonderformen

Die Europäische Union ist ein besonders fortgeschrittenes Modell überstaatlichen Zusammenschlusses. Die Vereinten Nationen sind ein besonders fortgeschrittenes Modell weltweiten Zusammenschlusses der Staaten.

Es gibt auf der Welt eine Reihe von weiteren regionalen oder auch sachlich bedingten Zusammenschlüssen, Kooperationen, Vertragssystemen usw., in welchen Staaten gemeinschaftliche Zwecke verfolgen. Die jeweiligen Gründungsdokumente geben Auskunft darüber, ob diese Organisationen als Subjekt des Völkerrechts auftreten. Die Konferenz der Ostsee -Anrainerstaaten wird dieses Prädikat nicht in Anspruch nehmen, auch die Signatarstaaten in der internationalen Klimakonvention sind nicht in dieser Weise organisiert. Es ist aber nicht auszuschließen, dass es einmal dazukommt. Die ursprünglich eher lockere Zusammenarbeit der Signatarstaaten des GATT haben sich zugleich mit der Überführung dieser Gruppe in die WTO als eine schlagkräftige internationale Organisation gegründet, welche als Völkerrechtssubjekt, und damit gleichrangig mit Staaten und ähnlichen Organisationen auf der Weltbühne agiert.

III. Quellen des Völkerrechts

1. A, Staatsangehöriger eines EU- Staates und Angehöriger des Hochadels, schlägt in Kenia einen schwarzen Kellner, weil er ihn bekleckert hat. A meint, er dürfe das dort.³⁵ Zu Recht?

Stichwort: gewisse grundlegende Regeln gelten überall unabhängig von Kultur und sozialer Stellung. Diese Weltrechtsgrundsätze sind Ausgangspunkt auch für das ungeschriebene Völkerrecht.

2. Anfang der 1960 Jahre wurde im Untergrund der Nordsee Erdöl gefunden. Die Nordseeanrainerstaaten auch Deutschland erklärten den vor ihrer Küste liegenden sogenannten Kontinentalschelf für ihr Hoheitsgebiet. Deutschland hat zwar eine lange Küstenlinie, sodaß ihm ein größerer Anteil zustünde als zB den Niederlanden oder Dänemark, aber wegen des Rechtecks der Deutschen Bucht entfällt nach dem im Völkerrecht herrschenden Äquidistanzprinzip nur ein verhältnismäßig kleiner Teil des Schelfs auf Deutschland. Deutschland verlangte einen größeren Anteil.³⁶ Anspruchgrundlage ?

Stichworte: Weiterentwicklung bestehender völkerrechtlicher Grundsätze

1. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs³⁷ sagt: Der Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden, wendet an

a.

b. das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung,

c. die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze;

Es gibt Rechtsgrundsätze, die gelten einfach überall ohne Rücksicht auf Rasse oder sozialen Stand. Fall 1: Es ist heute eine Selbstverständlichkeit, dass man einen erwachsenen Menschen nicht ohrfeigen darf. Das war noch bis vor kurzem anderes. Die Sklaverei ist in den USA, heute die selbsternannten Wächter der Menschenrechte, noch bis 1856 rechtens gewesen; Schwarze konnten in den USA bis etwa 1960 keine Offiziere werden; Juden konnten in England bis etwa 1890 keine Beamten sein, und in Deutschland wurden sie im Dritten Reich fast völlig entrechtet. In den afrikanischen Kolonien und in den Sklavengebieten der USA war

³⁵ Nach einer Meldung der Bild-Zeitung

³⁶ Vgl. Entenschnabelfall : Abweichend vom Äquidistanzprinzip bekommt Deutschland wird vom IGH aus Gerechtigkeitsgründen ein zusätzlichen Sektor in der Nordsee zugeteilt.

³⁷ Zur Bedeutung des Art. 38 des Statuts des IGH, Kimminich S. 205

es daher nicht rechtswidrig, einen Neger zu ohrfeigen. Das Rechtsgefühl der Menschheit ändert sich. Trotz mancher Rückschläge darf man einen Zug zur Humanisierung feststellen. Das gilt auch für das Völkerrecht.

Viele Rechtsgrundsätze sind weltweit gültig. Wer als Eigentümer einer Armbanduhr nach Belize, die Aleuten, nach Sikkim oder Slowenien kommt, wird nicht darüber nachdenken, ob ihm die Uhr jetzt auch noch gehört. Das Eigentum gewährt überall praktisch identische Rechte. Verträge waren und sind, bei Unterschieden in Einzelfragen, zu jeder Zeit und an allen Orten verbindlich, bei den Hethitern und den Inkas, bei den Alten Römern wie heute in Nordkorea. Menschen achten die Besitz- und Eigentumsrechte des jeweils anderen, weil sie möchten, dass man umgekehrt ihre Rechte achtet. Man mischt sich auch nicht in die Angelegenheiten eines anderen. Wenn der Nachbar seinen Sohn falsch erzieht, geht mich das nur an, wenn er beginnt, meine Rechte zu verletzen, mich zu beleidigen oder zu bestehlen. Wer einem anderen die Scheibe einschlägt muss Schadensersatz leisten. Wer durch eine Fehlbuchung das Gehalt seines Namensvetters auf dem Konto findet, muß es wieder herausgeben usw.

Aus diesen Fragen entwickelt der Jurist das Privatrecht. Bezogen auf das Verhältnis von Staaten zu einander gelten sie als Kern des Völkerrechts. Der Völkerrechtler entwickelt daraus das Völkergewohnheitsrecht. Wie sonst im recht entstehen aus neuen Problemen neue Rechtsgrundsätze. Im Fall 2 war das aus dem militärischen Küstenschutz entwickelte Äquidistanzprinzip in der besonderen geographischen Lage Deutschlands für die Verteilung von Hoheitsrechten am Meeresgrund nicht mehr angemessen. Das Völkerrecht wurde aufgrund von Treu und Glauben weiterentwickelt, sodass Deutschland vom IGH einen etwas größeren Anteil, den sogenannten Entenschnabel, zugesprochen erhielt. .

Wie unter Privatleuten gilt zwischen Staaten der Grundsatz der Vertragstreue. Es entstehen aber spezielle völkerrechtliche Fragen: Gelten die Verträgen auch dann noch, wenn sich die Regierung so grundstürzend geändert hat, dass es sich eigentlich um einen anderen Staat handelt?³⁸ Welche Regeln in einem gegebenen Falle als Völkergewohnheitsrecht anzusehen sind, muß sich letztlich im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung zeigen.

2. Zweiseitige völkerrechtliche Verträge

Zweiseitige völkerrechtliche Verträge gibt es in fast beliebige Anzahl. In der Praxis des Internationalen Wirtschaftsrechts besonders bedeutsam sind die Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) zwischen zwei Staaten. In diesen Abkommen vereinbaren zB Deutschland und Brasilien, dass ein wirtschaftlicher Vorgang, welcher einen Bezug zu beiden Ländern hat, nicht doppelt besteuert wird. Es werden Regelungen getroffen, wonach das Besteuerungsrecht in Bezug auf bestimmte Einkommensarten bei dem einen Staat, in Bezug auf andere Einkommensarten bei dem anderen Staat liegt. Praktisch bedeutsam sind auch Verträge zwischen Staaten

³⁸ z.B.: Die Sowjetunion war nach 1917 der Meinung, sie sei nicht verpflichtet, die Schulden zu bezahlen, welche das Kaiserreich Russland bei ausländischen Gläubigern aufgenommen hatte.

bezüglich Überflugrechten und Benutzung von Flughäfen. Jahrzehntlang war es zB deutschen Flugzeugen nicht möglich, die Sowjetunion zu überfliegen, sodass der Flug nach Asien über die internationale Gewässer des Nordpols gelenkt werden musste.

Wichtig sind auch zweiseitige völkerrechtliche Verträge zur Nutzung von grenzüberschreitend gelagerten Bodenschätzen. So werden im genannten Dollart-Vertrag zwischen Deutschland und den Niederlanden die im Dollart -Gebiet lagernden Erdgasmengen quotal aufgeteilt. Aktuell (2004) besteht inzwischen die Chile e und Bolivien, welches keinen Zugang zum Meer hat, das Problem, ob Chile verpflichtet ist, seinem Nachbarn diesen einzuräumen.

3. Mehrseitige/multilaterale völkerrechtliche Verträge

Mehrseitige oder multilaterale völkerrechtliche Verträge waren ursprünglich I die Ausnahme. Einer der ersten großen mehrseitige in völkerrechtliche Verträge war der Westfälische Friede im Jahre 1648, an welchem neben den Deutschen Kaiserreich auch Frankreich und Schweden, sowie die damals aus dem Deutschen Reichsverbund ausscheidenden Staaten der Niederlande und der Schweiz, sowie weitere deutsche Teilstaaten teilnahmen. Der bereits erwähnten Weltpostvereins von 1875 war ein solcher mehrseitiger Vertrag. Von großer Bedeutung waren die Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle (Haager Abkommen) aus dem Jahre 1907 welches zur Gründung des noch heute bestehenden ständigen Schiedshofes führte; aber auch die Regelung des Kriegsvölkerrechtliches. Heute denken wir bei multilateralen Abkommen eher an friedliche Gegenstände, wie etwa das internationaler Abkommen zum Schutz der Wale, die internationaler Klimakonvention, den Atomwaffensperrvertrag usw.

Bei mehrseitigen Verträgen wird unterschieden zwischen solchen, die einen geschlossenen Kreis von Mitgliedern und solchen Verträgen, welche einen offenen Mitgliederkreis haben. Zur ersten Gruppe gehören z .B der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, aber auch die Folgeverträge bis zum Maastrichter Vertrag. Die aktuell (2004), diskutierte Frage, ob die Türkei Mitglied der Europäischen Union sein soll, kann von der Türkei nicht einfach damit gelöst werden, dass sie eine Beitrittserklärung abgibt. Die Gründungsmitglieder müssen ausdrücklich beschließen, dass ein neues Mitglied aufgenommen wird. Der EU-Vertrag und entsprechende andere völkerrechtliche Verträge ähneln daher einem GmbH – Vertrag. Man wird in das Vertragsverhältnis von dem Alt -Vertragspartnern aufgenommen.

Die Mehrheit der heutigen mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge folgt aber einem anderen Konzept, welches man als das Vereins - Konzept bezeichnen könnte. Ein Kreis von Initiativstaaten schließt einen mehrseitigen Vertrag zu einem bestimmten Zweck und lädt andere Staaten ein, durch Beitrittserklärung, welche gegebenenfalls bestimmte Zusatzerklärungen enthalten kann oder muss, Vertragspartner zu werden. Bekanntestes Beispiel für dieses Vereins - Konzept sind die Vereinten Nationen. Die meisten Verträgen des internationalen Handels - und Rechtsverkehrs folgen diesem Konzept. Zu nennen ist etwa das New Yorker Abkommen von 1956 über die

Anerkennung von internationalen Schiedssprüchen, das Abkommen über die Durchführung internationaler Zustellungen usw. Aktuelles Beispiel ist die UN – Konvention zum Warenkauf (Wiener Kaufrechtsabkommen).

4. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969

Verträge sind niemals in der Weise eindeutig, als dass es nicht Streitfragen bei der Auslegung geben könnte. Oft entstehen Probleme schon bei der Frage, ob der Vertrag überhaupt gültig zu Stande gekommen ist. Im innerstaatlichen Rechtsverkehr entscheidet letztlich das Gericht. Dazu gibt das jeweils nationale Recht die Regeln an, etwa im deutschen §§ 157, 242 BGB: Verträge sind nach Treu und Glauben auszulegen. Diese Generalklausel ist wiederum in einer Vielzahl von Gerichtsurteilen präzisiert worden. Die Parteien können daher im Regelfall darauf vertrauen, dass das Gericht eine sachgerechte Auslegung finden wird.

Bei zweiseitigen völkerrechtlichen Verträgen ist es bereits fraglich, welches Recht bei der Auslegung von Vertragsbegriffen entscheiden soll. Es steht den beiden Vertragsschließenden aber frei, hierzu eine Vereinbarung zu treffen und schlimmstenfalls verengt sich das Problem darauf, dass letztlich ja nur zwei Rechtsordnungen in Betracht kommen. Bei mehrseitigen Verträgen multipliziert sich das Problem mit jedem neu hinzukommenden Staat. Der Grundsatz der Gleichrangigkeit der Staaten untereinander verbietet es zumeist, dass ein Staat sich ohne weiteres der Rechtsordnung eines anderen unterwirft.

Diese Schwierigkeiten werden durch das im Wiener Übereinkommen über das Recht der (gemeint sind nur völkerrechtliche) Verträge vom 23. Mai 1989 aufgenommen. Dieses Übereinkommen ist ein mehrseitiger völkerrechtlicher Vertrag, Vereinsmodell, welcher den Staaten der Erde zur Ratifizierung aufliegt. Inzwischen haben fast alle wichtigen Staaten der Erde diesen Vertrag ratifiziert. Damit ist im Völkervertragsrecht eine Grundlage für eine einheitliche Anwendung von völkerrechtlichen Verträgen gelegt.

Im privaten Wirtschaftsverkehr gibt es den Vorstands - oder Aufsichtsratsvorbehalt, mit welchem die Verhandlungsführer die Gültigkeit des Vertrages ausdrücklich davon abhängig machen, dass der Vorstand oder der Aufsichtsrat diesem zustimmt. Diesem Vorbehalt entspricht im völkerrechtlichen Vertragsrecht die Ratifizierung durch das jeweilige Gesetzgebungsorgan, heute fast immer die Parlamente. Nach dem Grundgesetz wird ein völkerrechtlicher Vertrag im Verhältnis nach außen dadurch gültig, dass der Bundespräsident ihn unterschreibt. Im Verhältnis nach innen ist der Bundespräsident aber auch verpflichtet, seine Unterschrift erst dann unter das Vertragswerk zusetzen, wenn es vom Parlament genehmigt (ratifiziert) worden ist.³⁹

Exkurs: Kriegsvölkerrecht

³⁹ Ratifizieren ist nur der historische Ausdruck für Zustimmung; frz, ursprünglich lateinisch von *rer* = überdenken.

Beispiel

Im März 2003 bombardierten die USA den Irak und eroberten das Land binnen einer Woche. Die USA begründeten ihre Maßnahme damit, dass der Irak Massenvernichtungswaffen habe oder herstelle. War der Angriff rechtmäßig? Wenn nein: Wäre er es gewesen, wenn die Massenvernichtungswaffen gefunden worden wären?

Stichwort: UN- Charta, multilaterales Vertragsvölkerrecht; Verbot des Angriffskrieges. Schutz des Weltfriedens.

Die Charta der Vereinten Nationen wird wohl überwiegend in der Weise ausgelegt, dass ein Krieg mit Ausnahme des reinen Verteidigungskrieges, Art. 51, generell unzulässig sind. Der Einsatz militärischer Kräfte ist einem Vertragsstaat der UN-Charta nur dann erlaubt, wenn dieser vom UN-Sicherheitsrat genehmigt ist. Art. 42 der UN-Charta bestimmt:

Ist der Sicherheitsrat in der Auffassung, dass die in Art.41 vorgesehenen Maßnahmen unzulänglich sein würden (dabei handelt es sich um nicht militärische Maßnahmen wie zB Wirtschaftssanktionen) so kann er mit ..Streitkräften die zur Wahrung oder Wiederherstellung des Weltfriedens oder der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen durchführen.

Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht hat also der UN - Sicherheitsrat durchaus nicht das Recht, nach freiem Ermessen, militärische Maßnahmen gegen einen Staat zu beschließen. Dieses Recht hat der Sicherheitsrat nach der Charta nur dann, wenn der Weltfrieden oder die internationale Sicherheit bedroht sind. Unter diesem Gesichtspunkt waren die Aktionen in Bezug auf Kuwait und im Kosovo -Krieg völkerrechtlich unzulässig, weil diese Regionalkonflikte den Weltfrieden nicht gefährdeten.⁴⁰

Zulässig ist der Verteidigungskrieg. Als Verteidigung ist auch anzusehen die Hilfestellung zu Gunsten eines zu Unrecht Angegriffenen. Unter diesem Gesichtspunkt haben die USA den ersten Kuwait-Krieg 1990 vor der Weltöffentlichkeit legitimiert; sie haben damit weit gehende Gehör gefunden.⁴¹ Unter diesem Gesichtspunkt haben die USA auch im Jahre 2003 den Irak – Krieg zu legitimieren versucht, freilich mit der Maßgabe, dass die Angriffshandlung, gegen welche der Verteidigungskrieg ergriffen wurde, weit vorverlegt wurde, in dem bereits die Planung und technische Möglichkeit, Massenvernichtungswaffen herzustellen, als Angriffshandlung angesehen wurde, gegen welche ein Verteidigungskrieg zulässig sei. Selbst diese Annahmen haben sich im Jahre 2004 als irrig bzw. gefälscht herausgestellt.⁴²

⁴⁰ Verfasser befindet sich hier im Widerspruch zur h.M., Diese beziehe die sich aus Art. 42 ergebende Beschränkung nicht auf die militärische Aktion gemäß Art. 43, vgl. Shaw S. 868

⁴¹ Seither ans Licht gekommene Information haben die US – Darstellung aber sehr zweifelhaft gemacht.

⁴² Diese Frage ist hier nicht weiter zu diskutieren. Sie zu stellen, bedeutet aber im Grunde, sie bereits zu beantworten. Völkerrechtlich ließe sich jetzt die Frage anschließen, ob die irrtümliche Annahme

IV. Rechtsdurchsetzung im Völkerrecht

1. Die UNO beschloß am 2. August 1990 ein umfassendes Wirtschaftsembargo gegen den Irak. Allen UN – Mitgliedsstaaten wurden verboten, mit dem Irak Handel zu treiben. Leidtragende waren insbesondere die kleinen Leute, denen es unmöglich war, im Ausland produzierte Medikamente zu erhalten, während die Nomenklatura des Diktators weiterhin gut versorgt war. War das Embargo rechtmäßig?

Stichworte: *Sanktionen zur Durchsetzung des völkerrechtlicher Pflichten.*

2. Staat S unterhält in Berlin eine Botschaft. Das Botschaftsgebäude ist von V gemietet. A ls S die Miete nicht zahlt, verklagt V S vor dem Landgericht Berlin. V fragt, ob das geht und was er ggfs mit dem Urteil gegen S machen kann.

Stichworte: *Staatenimmunität bei Klage und Vollstreckung.*

1. Grundsatzproblematik

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Völkerrecht und anderen Rechtsgebieten wird, namentlich von juristischen Laien, darin gesehen, dass das Völkerrecht die Vollstreckungsmöglichkeiten, welche das nationale Recht bietet, nicht hat. Frühere Rechtswissenschaftler haben hieraus den Schluss gezogen, dass das Völkerrecht kein wirkliches Recht sei.

Die mangelnde Vollstreckungsmöglichkeiten völkerrechtlicher Ansprüche ist zwar ein wichtiger Punkt, er ist aber nicht so wichtig, wie zumeist angenommen wird. Im nationalen und internationalen Wirtschaftsleben finden täglich Millionen von Transaktionen statt, ohne dass ein Gericht eingeschaltet werden muss. Allgemein gilt im privaten Leben wie im Leben der Staaten: Verträge werden nicht gehalten, weil sonst der Gerichtsvollzieher kommt - Verträge werden gehalten, weil man sonst seinem Ruf verliert und in künftigen Fällen vertragsunfähig wird. Das gilt auch für völkerrechtliche Pflichten, welche außerhalb von Verträgen entstehen, etwa Unterlassungspflichten auf Grund des Nichteinmischungsgebotes.

2. Politische Mittel

Im klassischen Völkerrecht waren Krieg oder militärische Aktionen das politisch bedeutsamste Mittel der Rechtsdurchsetzung.⁴³ Die europäischen Mächte haben verschiedentlich zu militärischen Mitteln gegriffen, um Vertragsbrüche eines

eines Grundes zum Präventivkrieg den Angreifer entschuldigt, und damit von der Verpflichtung, Schadensersatz für die angerichteten Schäden zu leisten, befreit.

⁴³ Kimminich, S. 493

fremden Staates, z. B. der Nichtzahlung von fälligen Schulden, zu ahnden.⁴⁴ Einer der letzten spektakulären Fälle dieser Art war der von Frankreich und England gemeinsam inszenierte Überfall auf Ägypten im Jahre 1956, nachdem Ägypten unter Bruch bestehender Verträge den Suezkanal verstaatlicht hatte.⁴⁵

Als völkerrechtlich zulässiges Durchsetzungsmittel gilt heute nur noch die Sanktion oder Embargo.

Vergeltungsmaßnahme: Vergeltungsmaßnahme ist die Zufügung eines Übels, welches dem entspricht, welches man selbst erlitten hat. Beispiel: Im Zuge eines steigenden Sicherheitsbedürfnisses stellten die Einreisebehörden der USA im Jahre 2002 immer höhere Anforderungen an die Sicherheitsüberprüfung, z. B. Abgabe von Fingerabdrücken, von Fluggästen aus bestimmten Ländern, darunter auch Brasilien. Brasilien fühlte sich beleidigt, insbesondere weil diese Maßnahmen gegenüber Fluggästen aus der Europäischen Union nicht eingeführt worden waren, und forderte dieselbe Form von Sicherheitsüberprüfung bei Fluggästen aus der USA zur Einreise nach Brasilien, obwohl Brasilien erklärtermaßen an sich keinerlei Bedürfnis für eine zusätzliche Sicherheitsprüfung sah.

Repressalie: Die Repressalie ist die Zufügung eines Übels, welches mit dem Übel, welches man selbst erlitten hat, sachlich nichts zu tun hat. Beispiel: Im Jahr 2002 erklärte das tschechische Parlament, dass die so genannten Beneschdekrete von 1945, aufgrund deren Menschen unbeschadet ihrer tschechischen Staatsangehörigkeit vertrieben und enteignet wurden, wenn sie deutscher Herkunft (Sudetendeutschen) waren, rechtens gewesen seien. Diese Aussage war mit dem Völkerrecht nicht in Einklang zu bringen. Es wurde daher in Deutschland teilweise die Forderung erhoben, dieser Völkerrechtswidrigkeit der Tschechei damit zu begegnen, dass Deutschland deren Eintritt in die Europäische Union blockiere.

3. Internationaler Gerichtshof in Den Haag (IGH).

Art. 92 der UN- Satzung sieht die Einrichtung eines Internationalen Gerichtshofs als Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen vor. Diese Vorschrift wird durch das Statut des Internationalen Gerichtshofs verwirklicht. Der IGH ist ein wirkliches Gericht, freilich mit der Maßgabe, dass er nur dann zuständig wird, wenn beide Parteien sich ihm ausdrücklich unterwerfen, art. 36. Rechtsstreitigkeiten, welche sich zwischen Staaten ergeben, können daher, wenn sie sich nicht im Verhandlungswege lösen lassen, durch gemeinsame Erklärung dem IGH vorgelegt werden.

⁴⁴ Der berühmte Opiumkrieg Englands gegen China, 1839 und später, wurde mit dem Grundsatz des Freihandels begründet, welchen China dadurch verletzt habe, dass es den Import von englisch-indischen Opium verbot.

⁴⁵ Die Art und Weise gegen die USA, wirkliche oder vorgegebene Vertragsbrüche in Südamerika ahndet, bzw. Vertragserfüllung durchsetzt, ist ein eigenes Gebiet und gehört ebenso wenig hierher wie die Art und Weise wie die kommunistische Sowjetunion in ihrem Machtbereich Verträge mit Vasallenstaaten durchsetzte.

Im Grunde handelt es sich hier aber auch nur um eine Verlagerung des Problems der Durchsetzung. Auch das Urteil des IGH ist als solches nicht vollstreckbar. Es besteht lediglich die völkerrechtliche Pflichten der Parteien, sich dem Urteil entsprechend zu verhalten. Wenn eine Partei ist nicht tut, bleibt der Gegenpartei nur der Ausweg der Sanktionen.

4. Schiedsgerichte

Internationale Verträge, insbesondere solche, welche dem Vereins-Konzept folgen, enthalten immer öfter eine Schiedsgerichtsklausel, wonach eventuelle Streitigkeiten der Parteien von einem Schiedsgericht entschieden werden sollen. Von besonderer Bedeutung ist in dieser Hinsicht das Schiedsgericht in der Welthandelsorganisation (WTO). Betrifft in der Rechtsstreit eine privatrechtliche Angelegenheit, zum Beispiel den Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Schadensersatzsumme, ist in der Schiedsspruch ohne weiteres vollstreckbar; Einzelheiten siehe unten. Insofern der Schiedsspruch auch eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit betreffen kann, gilt an sich dasselbe, die Vollstreckbarkeit kann aber im Einzelfall besonders schwierig oder überhaupt unmöglich sein; Einzelheiten siehe unten.

5. Klage und Vollstreckung von Urteilen gegen Staaten

Staaten sind als absolute Hoheitsträger keinem Gericht unterworfen, insofern sie hoheitlich handeln (*iure imperii*). In der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit unterwerfen sich Staaten und ihre Behörden gleichsam aus Herablassung ihrer eigenen Gerichtsbarkeit. Einem fremden Gericht wird diese Zuständigkeit nur ausnahmsweise aufgrund von ausdrücklichen völkerrechtlichen Vereinbarungen zugestanden. Wenn der Staat aber am Wirtschaftsverkehr teilnimmt (*iure gestionis*), steht er auf der Ebene von privaten Personen und kann daher auch vor fremden Gerichten verklagt werden.⁴⁶ Es bestehen daher keine Bedenken dagegen, dass V im Fall 2 vor dem Landgericht Berlin entgegen den Staat S ein Bruchteil über 10.000 EUR erstreiten kann.

Dieselben Grundsätze gelten für die Vollstreckung. V kann das Urteil aber nicht dadurch vollstrecken, dass er Botschaftsinventar oder andere Vermögensgüter, die der Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben der Botschaft bzw des Staates dienen, pfändet. Auch der Dienstwagen des Botschafters dürfte daher von Pfändung ausgenommen sein, nicht aber das Guthaben des Staates S, welches er über seine Zentralbank bei ausländischen Banken unterhält.⁴⁷

⁴⁶ BL – Albers § 20 GVG RN 2; BVerfG NJW83, 2766

⁴⁷ LG Frankfurt NJW 76, 1045

2. Teil

Internationales Privatrecht (IPR)

I. Grundsätze

1. Kläger K aus Köln verklagt Beklagten B aus Bremen vor dem Landgericht in Leipzig, auf Schadensersatz aus einem in Berlin geschlossenen Vertrag. Kurz vor der Gerichtsverhandlung stellt der Anwalt des K fest, dass die Forderung nach dem neuen deutschen Recht verjährt ist. Nach Schweizer Recht wäre sie nicht verjährt. K beantragt, dass das Landgericht Schweizer Recht anwendet. Hat K einen Anspruch darauf, dass das Gericht Schweizer Recht anwendet?

2. Mann M und Frau F sind Türken und haben in der Türkei geheiratet. Seit langem leben sie in Bochum. M legt sich eine Geliebte zu. F verklagt M und G in Bochum auf Schmerzensgeld wegen ehewidriger Beziehungen. Aussicht auf Erfolg?

Stichwort: Internationales Privatrecht oder Kollisionsrecht als Recht der Auffindung des anwendbaren Rechtes. Qualifikation: Ehewidrigkeit oder unerlaubte Handlung.

1. Ausgangsregel des Internationalen Privatrecht (IPR)

Die europäischen Staaten bilden seit jeher – nicht erst seit der Gründung der Europäischen Union - eine enge kulturelle und wirtschaftliche Gemeinschaft. Es war niemals sinnvoll, auf dem jeweils eigenen Staatsgebiet nur das eigene Recht anzuwenden.⁴⁸ Das gilt im Zuge des Ausbaus des Welthandelsverkehrs heute weltweit. Jeder Staat hat ein Interesse daran, dass sein eigenes Recht in bestimmten Fällen auch in anderen Staaten angewendet wird, also muss er sich auch dazu verstehen, in entsprechenden Fällen das Recht anderer Staaten bei sich selbst anzuwenden.

Das IPR gibt an, wann ein Staat auf seinem Gebiet das Recht eines anderen Staates anwendet. Das deutsche, französische, russische usw. IPR gibt jeweils an, wann deutsche, französische usw. Gerichte ein anderes als ihr eigenes Recht anwenden und wenn, welches. Denkbar wäre, dass das IPR eines Staates nur aus einem einzigen Paragraphen bestünde, etwa: *Auf dem Staatsboden unseres geheiligen Vaterlandes gilt nur unser eigenes Recht.*

Eine derartige Vorschrift gibt es nirgendwo. Die Formulierung dieses fiktiven Rechtssatzes deutet aber bereits an, welche Wertungen dem Konzept des

⁴⁸ Zur Geschichte des IPR vgl. Kegel S. 125 ff

Internationalen Privatrechts zugrunde liegen können. Je mächtiger ein Staat ist, je mehr er von seiner eigenen Vorzüglichkeit überzeugt ist, aber auch je isolierter er lebt, desto weniger wird er bereit sein, die Geltung fremder Rechtsnormen bei sich zu gestatten. Ohne besondere Kenntnisse der Rechtsvergleichung wird man daher sagen können, dass handeltreibende, weltoffene Staaten ein IPR haben, welches der Anwendung fremden Rechtes offener gegenübersteht als das IPR von abgeschlossenen Staaten wie Nordkorea. Die mächtigen Vereinigten Staaten von Amerika werden sich weniger um ausländisches Recht kümmern als zB Belgien.

Das Gegenteil einer solchen radikalen IPR - Regelung wäre eine ebenso radikale Vorschrift nur zur anderen Seite etwa wie folgt: *Die deutschen Gerichte wenden deutsches Recht nur an, wenn das französische (englische, russische usw) Recht keine Regelung trifft.* Auf Grund einer solchen Vorschrift würde der deutsche Staat auf einen wichtigen Teil seiner Souveränität verzichten. Kolonialismus und Eroberungen finden seit jeher dadurch statt, dass der siegreiche Staate dem unterworfenen seine Gesetze in dieser Weise aufzwingt.⁴⁹

Das IPR der Staaten liegt zwischen diesen Extremen. Ein Staat kann sich durch völkerrechtliche Verträge verpflichten, in bestimmten Bereichen auf die Anwendung des eigenen Rechtes zu Gunsten eines anderen Rechtes zu verzichten. Fast beliebig viele Beispiele wären möglich. Man kann völkerrechtliche Verträge geradezu dadurch definieren, dass sie die fremdes Recht direkt oder indirekt in den eigenen Staat übertragen. In besonderes nachhaltiger und immer umfangreicherer Weise geschieht dieses im Rahmen der Europäischen Union. Die souveränen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union haben sich verpflichtet, Rechtssetzungsakten der EU im Rahmen der Europäischen Verträge Folge zu leisten.

2. IPR als nationales Recht

Das internationale Privatrecht ist nationales Recht. Die vor dem zB deutschen Gericht behandelte Rechtssache muß nach dem Recht des Staates, welches durch das anwendbare IPR berufen ist, beurteilt werden. Das angerufene Gericht hat also als erstes festzustellen, ob irgendeine Auslandsberührung in Betracht kommt. Wird diese bejaht, muss das deutsche Gericht prüfen, ob aufgrund der deutschen Kollisionsnormen (IPR) dieser Rechtsfrage oder gegebenenfalls eine vorgelagerte Rechtsfrage nach deutschem oder ausländischen Recht zu beurteilen ist.⁵⁰

⁴⁹ Bei der Übernahme eines fremden Rechtes ist zu unterscheiden, ob der jeweilige Staat sich dem Rechte des anderen Staates unterwirft, wie es im Falle von Monaco und teilweise Liechtenstein der Fall ist, oder ob der übernehmende Staat ein fremdes Recht als eigenes Recht annimmt und in eigener Verantwortung anwendet. Beispiel: Im Zuge der napoleonischen Kriege war Deutschland links des Rheins unter französische Herrschaft gekommen. Frankreich führte hier den 1804 in Kraft gesetzten Code Civil ein. Bis zur Neugründung des Deutschen Reiches 1871 wurde in diesen Landesteilen, die zum Teil zu Preußen gehören, das französische Recht weiter angewendet, allerdings als eigenes Recht des preußischen Staates. Bei der Auslegung dieses Rechtes war also nicht das französische oberste Gericht – *Cour de Cassation* - zuständig, sondern das vom preußischen Staat eingerichtete Oberlandesgericht.

⁵⁰ BGH v. 27.2.03 IPrax 03, 449: Bei Auslandsberührung ist das deutsche Kollisionsrecht von Amts wegen zu beachten und anzuwenden.

Bei den allermeisten Rechtsachen stellt sich diese Frage nicht. In dem fiktiven Fall 1 ist offensichtlich deutsches Recht anwendbar. K müsste also entweder vortragen, dass für den Vertrag mit B Schweizer Recht vereinbart sei, Art. 27 EGBGB, oder dass der Vertrag eine besondere Beziehung zur Schweiz aufweise, Art. 28. Kann er das nicht, wendet das Gericht seine *lex fori* an. Es gilt daher weltweit ein ungeschriebener Rechtsgrundsatz wie folgt:

Der Richter ist verpflichtet, die ihm vorgelegte Rechtssache darauf zu überprüfen, ob sie einen Auslandsbezug enthält. Wird dieser bejaht, ist anhand des nationalen IPR zu prüfen, ob die Rechtssache einem anderen als dem am Gerichtsort geltenden Recht unterliegt und wenn ja welchem.

Dieser Rechtssatz besagt zugleich: nicht jede Rechtssache, die einen Auslandsbezug aufweist, ist nach einem anderen als dem deutschem Recht zu beurteilen, sondern nur dann, wenn die Anwendung eines bestimmten fremden Rechtes ausdrücklich vorgeschrieben ist.

3. Rechtsquellen des IPR

Das deutsche Internationale Privatrecht ist im wesentlichen in den Vorschriften Art. 3 - 46 EGBGB geregelt.⁵¹ Manche Länder haben ausdrücklich so genannte IPR-Gesetze, so etwa die Schweiz. In anderen Ländern gibt es keine systematisch geordnete Kollisionsregeln. In diesen Fällen müssen die jeweiligen Verweisungsnormen aus den Gesetzen beziehungsweise den gesetzesähnlichen Rechtsgrundsätzen erschlossen werden.

4. Qualifikation

Jedes Recht verwendet die Rechtsgriffe seiner Sprache. Worte können fast niemals mit identischem Sinn übersetzt werden. ZB: engl. *man* wird mit Mann übersetzt; richtig, aber *man* bedeutet auch *Mensch*. Für das deutsche Wort *gerecht* gibt es im Englischen keine Entsprechung, die Wiedergabe mit *just* trifft nicht ganz den Sinn. Die Wortfelder der Rechtsbegriffe sind nicht identisch. Das führt im IPR zu typischen, oft sehr schwierigen Problemen.

Beispiel: Art. 40 EGBGB bestimmt, dass *Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat, unterliegen*. Für den deutschen Juristen ist der Begriff *unerlaubte Handlung* im Rahmen des juristisch Möglichen eindeutig, nämlich ein Anspruch, der sich auf § 823 ff BGB stützt. Also: A schlägt dem B die Fensterscheibe entzwei, B verlangt

⁵¹ Einführungsg zum BGB wurde zugleich mit der Verabschiedung des BGB erlassen. Es ordnet an, in welchen ausländischen Rechtssachen das BGB (nicht) gilt, und in welchen inländischen Rechtssachen das Landesrecht der deutschen Staaten Vorrang vor dem BGB hat bzw hatte, welches ein Reichsgesetz war.

Schadensersatz.⁵² Im französischen Recht gibt es den Ausdruck *unerlaubte Handlung* nicht, man spricht halt Französisch und hat statt des BGB den Code Civil.

Der Fall, dass Monsieur A dem B die Fensterscheibe zerschlägt und B dafür Schadensersatz verlangt, kommt freilich auch dort vor. In Frankreich wird er in art 1382 – 1386 Code Civil unter dem Stichwort *delits* und *quasi delit*, hier genauer in art. 1382, behandelt. Der Ausdruck *delit* – *Delikt* wird auch am deutschen Recht verwendet und bedeutet bei uns eine strafbare Handlung. Es fällt uns daher nicht allzu schwer, die in art 1382 ff Code Civil geregelten Fälle als das zu erkennen, was er wir mit *unerlaubter Handlung* meinen. Handelt es sich also um eine Fensterscheibe in der Wohnung des B in Reims, und verklagt B den A vor dem Amtsgericht Köln (weil A in Köln wohnt) auf Schadensersatz, dann erkennt der deutsche Richter schnell, dass diese in Deutschland *unerlaubte Handlung*, in Frankreich aber *delit* genannte Handlung ein und dasselbe ist. Der deutsche Richter nimmt eine *Qualifikation* vor.⁵³ Er *qualifiziert* (also: er bewertet) den Begriff *delit* des französischen Rechts und kommt zu dem Ergebnis, dass A hier etwas getan hat, was der deutsche Gesetzgeber als *unerlaubte Handlung* bezeichnet. Der deutsche Richter kommt mithin zu dem Ergebnis, dass Art. 40 EGBGB anwendbar ist, dass folglich das französische Recht über diesen Streit entscheidet, weil der Fall in Frankreich passiert ist.

Was sich an diesem Beispiel als recht einfach dargestellt, ist oft ein außerordentlich schwieriger Vorgang. Das Problem der Qualifikation ist das entscheidende Problem des internationalen Privatrechts. Fall Nr. 2: Die nach Art. 6 GG verfassungsrechtlich geschützte Ehe gilt als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 BGB. Es kommt also in Betracht, in dem Ehebruch des M eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung zu sehen. Da der Ehebruch in Deutschland passiert ist, ergibt sich aus Art. 40 EGBGB, dass für die Beurteilung dieses Anspruches das deutsche Recht anwendbar ist. Für das deutsche Recht wurde zwar von einigen Schriftstellern vertreten, dass der Ehebruch zu einem Schadensersatz gegen den Ehebrecher führen kann.⁵⁴ Die ganz einhellige Meinung der Rechtsprechung verneint diesen Anspruch jedoch.⁵⁵ Damit wäre die Klage der F abzuweisen.

Liegt hier aber eigentlich eine *unerlaubte Handlung* vor? Der deutsche Gesetzgeber meint zwar, dass unerlaubte Handlungen, welche in Deutschland geschehen, aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen am besten nach dem deutschem Recht beurteilt werden. Er ist aber der Meinung, dass Ansprüche, welche sich aus der Ehe zwischen Ausländern ergeben, nicht in seine Zuständigkeit fallen, und zwar auch, wenn diese in Deutschland leben. Art. 14 EGBGB sagt nämlich: *Die allgemeinen*

⁵² Aber vielleicht entsteht bereits die Frage, ob auch Ansprüche aus Gefährdungshaftung im Sinne dieser Vorschrift als Ansprüche aus *unerlaubte Handlung* anzusehen sind.

⁵³ Die anschließende Frage ist: wie kann der Systembegriff des ausländischen Rechtes, welcher kraft deutschem IPR nun auch in Deutschland Anwendung finden soll, so angeglichen werden, dass er in das deutsche Recht passt (Angleichung).

⁵⁴ Aden MDR 78, 536

⁵⁵ Palandt § 823 RN 18

Wirkungen der Ehe unterliegen dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören.

Es stellt sich also die Frage, ob F (im Sinne des deutschen Rechts) überhaupt einen Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend macht. Der Fall ist nicht dadurch geprägt, dass M eine Neigung zeigt, geschützte Rechtsgüter anderer zu verletzen, also unerlaubte Handlungen zu begehen, sondern dadurch, dass M und F miteinander verheiratet sind. Der von F geltend gemachte Anspruch folgt aus ihrer Ehe. Dann entscheidet türkisches Recht. Nach türkischem Recht besteht der von F geltend gemachte Anspruch. Das Landgericht Bochum verurteilte den M entsprechend.⁵⁶

⁵⁶ Es kann er nicht in die komplizierte Frage vertieft werden, ob dieser Anspruch, welcher im türkischen Gesetz steht, in der türkischen Recht zur Wirklichkeit auch eine Rolle spielt. Unter den sozialen Reformen des Atatürk wurde das türkische Zivilrecht wesentlichen nach den Vorbildern in Deutschland und Frankreich umgestaltet. Der hier behandelte Anspruch war in den dreißiger Jahren ohne weiteres ein Teil des französischen Rechtes. Es ist anzunehmen, dass das türkische Recht in diesen Anspruch einfach nur "abgeschrieben" hat, ohne dass er in die Rechtswirklichkeit türkischen Volkeseingang gefunden hat.

II. Anwendung fremden Rechts im Inland

1. Grundsatz : Freie Rechtswahl der Parteien

Die Parteien können nach art. 27 EGBGB ihren Vertrag dem Recht eines beliebigen Staates unterstellen. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob eine gültige Rechtswahl vorliegt.⁵⁷ Wird das verneint, gilt deutsches Recht als *lex fori*, nämlich art 28 EGBGB. Art. 28 bestimmt, dass über ein Rechtsverhältnis das Recht desjenigen Staates gelten soll, zu welchem das Rechtsverhältnis die engsten Verbindungen aufweist.

Art. 27 ist keine deutsche Sonderregel, sondern gilt heute weltweit in wohl jedem Staat.⁵⁸ Art. 27 EGBGB denkt zunächst an eine staatliche Rechtsordnung, etwa das deutsche BGB nebst sonstigem deutschem Recht. Diese Möglichkeit bleibt natürlich weiterhin die erste Wahl. Zunehmend kommt aber im internationalen Rechtsverkehr in Betracht, dass die Parteien ein von staatlichem Einfluß „freies Recht“ vereinbaren, allgemeine Rechtsgrundsätze, Grundsätze von Recht und Billigkeit usw.⁵⁹

2. Ermittlung fremden Rechts gemäß § 293 ZPO

Der Richter muß nur seine *lex fori* kennen. Das Gesetz verlangt nicht, dass er das Recht anderer Staaten kennt. Das Gesetz verlangt aber von ihm, dass er sich soweit kundig macht, als es für die Entscheidung eines Falles nötig ist. Ist ein Rechtsverhältnis nach fremden Recht zu beurteilen ist, dann ist er auch ohne Antrag einer Partei verpflichtet, dieses Recht zu ermitteln. Zu ermitteln und anzuwenden ist dabei nicht nur das ausländische Gesetzesrecht. Die Ermittlungspflicht des Richters umfasst auch die ausländische Rechtspraxis, wie sie in der Rechtsprechung der Gerichte des betreffenden Landes zum Ausdruck kommt. In welcher Weise sich das Gericht sich die notwendige Kenntnis verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßem Ermessen.⁶⁰

3. Recht und Nicht –Recht

Der Unterschied zwischen Recht und Nicht-Recht ist in den Staaten westeuropäischer Prägung oft nur scheinbar einfach, in Staaten des *common law*

⁵⁷ vgl. Schiedsgericht der Stockholmer Handelskammer v. 17. Juni 1992 Yearbook International Commercial Arbitration 97, 197: Fraglich war, ob Parteien ein bestimmtes Recht, das chinesische, ausdrücklich ausschließen wollten. Verneint – nur wird chinesisches Recht kraft Kollisionsrechts festgelegt.

⁵⁸ Der Verfasser kennt keine Ausnahme. Auch die früher stets als Sonderfälle erwähnten Albanien und Nordkorea scheinen diese Frage heute anders zu sehen; im übrigen können solche Staaten praktische Fälle wohl vernachlässigt werden.

⁵⁹ *general principles of law etc.* Gemeint sind allgemeine Rechtsgrundsätze wie Billigkeit, *ex aequo et bono*, oder wie sie unter dem Begriff *lex mercatoria* verstanden werden.

⁶⁰ OLG Saarbrücken NJW 02, 1209

wird sie unsicher. Ist der Ausspruch eines Richters Recht? Wohl nicht, wenn es sich um eine vereinzelte Aussage handelt. Wenn dieser Richter aber in der obersten Instanz sitzt? In manchen Staaten mit autoritärer Regierung, auch in vielen Entwicklungsstaaten ist diese Frage fast unbeantwortbar.⁶¹

Problematisch ist es, wenn auf das Recht eines Landes verwiesen wird, welches ein fremdes Recht importiert oder aufgedrückt bekommen hat. Der inländische Richter kann das fremde Recht im Grunde nur das geschriebenen Form zur Kenntnis nehmen. Aber ist das eigentlich das wirkliche Recht? In Indonesien gilt zum Beispiel noch heute formal das frühere holländischer Zivilgesetzbuch, welches dem französischen Code Civil folgte, weil Indonesien bis 1949 holländischer Kolonie war. Es ist aber zweifelhaft, ob die heutige Rechtswirklichkeit in Indonesien sich noch an einem überdies veralteten Gesetz aus der Kolonialzeit festhalten lassen will.

Handelt es sich um das Recht eines Staates, welcher Vertragspartner des *Europäischen Auskunftsübereinkommens* v. 1968 ist, kann der Richter nach dem darin vorgesehenen Verfahren aus dem jeweiligen Staat die erforderliche Rechtsauskunft einholen.⁶² In allen anderen Fällen ist das Gericht auf Gutachten angewiesen.⁶³

4. Richtige Anwendung fremden Rechts

Der Richter ist verpflichtet, das Recht „richtig“ anzuwenden, sei es das deutsche oder ein kraft IPR anwendbares ausländisches. Was aber richtig ist, weiß im Grunde niemand. Der Bundesgerichtshof hat zwar gemäß § 549 ZPO die Befugnis, die richtige Anwendung des deutschen Rechts durch ein Untergericht zu überprüfen. Was aber richtig ist, weiß der BGH im Grunde nicht; er sagt nur, was *er* für richtig hält. Seine Aufgabe ist, nicht eigentlich, rechtliche Richtigkeit herzustellen, sondern die einheitliche Rechtsanwendung in Deutschland zu sichern. Deswegen ist der BGH gemäß § 549 in der Revision nicht befugt, das Urteil eines Untergerichts, in der Regel eines OLG, darauf zu überprüfen, ob es fremdes Recht richtig angewendet hat.

Der Richter muß das fremde Recht so anzuwenden, wie er es vernünftigerweise für richtig halten kann. Das bedeutet regelmäßig, aber nicht notwendigerweise, dass seine Entscheidung der herrschenden Rechtsprechung des betreffenden Rechtskreises im Einklang zu stehen hat. Um das zu erreichen, muss der Richter sich kundig machen, § 293 ZPO. Diese Aufklärungspflicht ist eine prozessuale

⁶¹ Welche Rechtsqualität hatte der „Führerbefehl“, ein Parteitagsbeschluss einer regierenden Kommunistischen Partei, welche hat ein Anwendungserlaß des Bundesfinanzministers/OFD in Steuersachen? Es entsteht ein strukturelles Problem im Verhältnis zwischen *civil law* und *common law*. Das *civil law* wird festgestellt durch einen Blick ins Gesetzbuch; es wird vom Richter fast nicht mehr verlangt, als dass er die richtigen Paragraphen zitiert. Das *common law* kann aber zumeist nur aufgrund einer Beschäftigung mit der einschlägigen Rechtsprechung ermittelt werden. Hat das Schiedsgericht daher nach *common law* zu entscheiden, liegt die Rechtsanwendung des Schiedsrichters im Zweifel tendenziell näher am Recht, wie es lebt und angewendet wird, nicht wie es gedacht wird.

⁶² Vgl. Text in B/L § 293

⁶³ Deutscher Marktführer ist insofern das Max-Planck-Institut für Ausländische Recht in Hamburg.

Pflicht des Richters, deren Verletzung auch in der Revision gerügt werden kann. Der BGH kann also ein Urteil des OLG aufheben, weil dieses das in Betracht kommende fremde Recht gar nicht richtig erforscht hat, nicht weil es dieses Recht falsch angewendet habe. Ein Rechtsfehler liegt erst dann vor, wenn die vom OLG gegebene Auslegung des fremden Rechtes unvertretbar ist.⁶⁴ Der Verfasser hat hierzu eine *Geprägetheorie* vorgeschlagen.⁶⁵ Fremdes Recht ist danach nur dann richtig angewendet, wenn seine Begründung von dem anwendbaren Recht geprägt ist.

III. Verweisung auf ein fremdes Recht

1. Die Brasilianerin B hatte in Brasilien geheiratet und war, nachdem sie nach Deutschland gezogen war, von einem deutschen Gericht rechtskräftig geschieden worden. Sie heiratet in Dänemark erneut. Offensichtlich hat sie sich in ihrem Ehemann abermals vergriffen und möchte sich auf die Ungültigkeit der Ehe berufen. Sie begründet das damit, dass das deutsche Scheidungsurteil in Brasilien nur Anerkennung finde, falls es vom dortigen Obersten Gericht registriert wird. Das war nicht geschehen: Sie ist daher der Meinung, dass die zweite Ehe zu einem Zeitpunkt geschlossen worden war, als die erste noch bestand, also als bigamische Ehe ungültig ist.⁶⁶

Stichworte: Personalstatut; Verweisung, Rückverweisung

2. Mann M und Frau F sind der bei der persische Staatsangehörige und haben ein 14-jähriges Kind K, welches auch die persische Staatsangehörigkeit hat. Sie leben seit Jahren in Deutschland. M und F lassen sich in Deutschland scheiden. M verlangt, dass ihm gemäß persischen Recht allein in das Sorgerecht für das Kind übertragen wird. F widerspricht. Wer hat Recht?⁶⁷

Stichworte: Anwendung von in Deutschland verfassungswidrigem ausländischen Recht

1. Verweisungsnorm

Verwiesen wird auf das jeweilige Recht in Gänze. Es wird er daher bei der Wahl zB des schwedischen Rechts jedenfalls theoretisch auf sämtliche Rechtsnormen verwiesen, welche dieses Recht kennt, unabhängig davon, ob es sich um privatrechtliche, öffentlich-rechtliche oder strafrechtliche Normen handelt. Es wird daher auch auf das jeweilige internationale Privatrecht der entsprechenden Rechtsordnung verwiesen. In einem zweiten Schritt wird dieses Recht darauf befragt, ob es den betreffenden Sachverhalt regeln will bzw regeln darf. Als

⁶⁴ BVerfG NJW 91, 12: zur Verfassungswidrigkeit falscher Gerichtsentscheidungen

⁶⁵ RIW 84, 934 f: Das staatliche Gericht prüft im Aufhebungsverfahren bezüglich eines Schiedsspruches zwar nicht die richtige Anwendung des anwendbaren materiellen Rechts, wohl aber im Rahmen des richtigen Verfahrens, ob der Schiedsrichter das anwendbare Recht überhaupt angewendet hat.

⁶⁶ AG Groß – Gerau IPrax 03, 356 : Für die Gültigkeit der 1. Ehe weist brasilianische Recht auf hier deutsches Recht zurück. .

⁶⁷ Nach BGHZ 120,29

allgemeiner Grundsatz gilt nämlich, dass Regeln des öffentlichen Rechtes außerhalb ihres Heimatstaates nicht angewendet werden sollen.⁶⁸

Verwiesen wird auf das Recht, wie es sich jeweils in dem Zeitpunkt darstellt, in welchem es zum Streit bzw. zur Gerichtsverhandlung kommt. Die Wahl eines Rechtes umfasst daher auch alle künftigen, den Vertragspartnern vielleicht noch gar nicht absehbaren, Änderungen. Will man diese Folge vermeiden, müssen die Parteien in ihrer Rechtswahlklausel durch eine so genannte Versteinerungsklausel Vorsorge treffen. Eine solche Klausel könnte etwa wie folgt lauten: *Der Vertrag unterliegt in deutschem Recht. Änderungen dieses Rechtes nach dem 1.1.2000 sollen nur berücksichtigt werden, wenn die Parteien dieses zusätzlich vereinbaren.*

2. Rück- und Weiterverweisung, Art. 4, 35

Wird auf das Recht eines anderen Staates verwiesen, so ist auch dessen internationales Privatrecht anzuwenden, Art. 4 EGBGB. Wenn das deutsche Recht für einen Sachverhalt also zB auf das brasilianische Recht verweist, dann meint es auch das IPR Brasiliens. Wenn dieses besagt, dass dieser Fall dem deutschen unterstehe, dann folgt der deutsche Richter dieser Rückerweisung und wendet deutsches Recht an; verweist das brasilianische Recht auf ein anderes Recht, dann folgt der deutsche Richter auch dieser Weiterverweisung.

Diese Frage entstand im Fall 1. B meint, sie sei noch mit Ehemann Nr. 1 verheiratet gewesen, als sie die Ehe mit Ehemann Nr. 2 schloss, die dann ungültig wäre. Gemäß art 13 EGBGB unterliegen die Voraussetzungen der Eheschließung dem Recht des Staates, dem der Verlobte zZ der Eheschließung angehört. Das deutsche Gericht befragt also das brasilianische Recht. Dieses ergibt, dass B gültig geheiratet hat. Für die Frage aber, ob sie *noch* verheiratet ist, verweist das brasilianische Recht auf das Recht des Staates, in dem die Ehegatten wohnen, hier also auf das deutsche. Das brasilianische Recht verweist also auf deutsches Recht zurück. Die Ehe war nach deutschem Recht gültig geschieden worden, die Ehe mit Nr. 2 war also gültig. B muß sich förmlich scheiden lassen.⁶⁹

3. Vorbehaltsklausel (*ordre public*), Art. 6

Wenn das anwendbare fremde Recht zu einer Lösung führt, die gegen unser Rechtsgefühl geht, dann ist das grundsätzlich unbeachtlich – denn das fremde Recht wird ja deswegen angewendet, weil es sich um eine ausländische Sache handelt. Die Eingehung einer Doppelehe ist zwar seit jeher, lange vor dem Aufkommen des Christentums, mit unserem abendländischen Rechtsgefühl nicht vereinbar. Aber wir akzeptieren, dass andere Kulturen das anderes sehen.

Es gibt aber Grenzen. Durch Art. 6 wird die Anwendung eines Rechtssatzes des im übrigen anwendbar bleibenden ausländischen Rechts ausgeschlossen, wenn dieser zu

⁶⁸ Kegel S. 847

⁶⁹ AG Groß – Gerau IPrax 03, 356 : Für die Gültigkeit der 1. Ehe weist brasilianische Recht auf hier deutsches Recht zurück. .

einem Ergebnis führt, welches mit *wesentlichen Grundsätzen* des deutschen Rechtes *offensichtlich* unvereinbar ist. Ihr Anwendungsumfang entspricht ziemlich genau dem, der sich bei gleichem Wortlaut (*wesentlich* und *offensichtlich*) auch aus § 328 I Nr. 4 für die Anerkennung ausländischer Urteile ergibt. Die doppelte Betonung *wesentlich* und *offensichtlich* unterstreicht den Ausnahmecharakter dieser Regel. Die Rechtssprechung legt diese Vorschrift daher eng aus und zeigt nur wenige Fälle, in denen eine ausländische Rechtsvorschrift aus diesem Grunde nicht angewendet wurde.⁷⁰

Schwierigkeiten bereitet Art. 6 Abs. 2 Nicht angewendet werden soll eine ausländische Vorschrift, deren Ergebnis *mit den Grundrechten unvereinbar* ist. Gemeint ist damit die Auslegung, welche das Bundesverfassungsgericht dem jeweiligen Grundrecht gibt. Die Grundrechte sind zwar Ausdruck der Rechtskultur in Deutschland, aber nicht jede Auslegungsvariante des Bundesverfassungsgerichts ist *wesentlicher* Teil unseres Rechts. Art. 6 Abs. 2 hätte sonst zur Folge, dass ausländisches Recht überhaupt nur angewendet wird, wenn es mit unseren Gerechtigkeitsvorstellungen gemäß jeweiligen Erkenntnissen des Verfassungsgerichts übereinstimmt. Damit wäre die Funktion des IPR überhaupt in Frage gestellt.

Kriterium für den Vorbehalt des Art. 6 Abs. 2 wird daher sein, ob und ggfs wie stark sich die betreffende ausländische Vorschrift im Geltungsbereich des Grundgesetzes auswirkt, denn ein wichtiger Teil unserer Verfassungsordnung ist die möglichste Gleichstellung aller Bürger, gleich welcher Staatsangehörigkeit, unter dem Recht. Leben Ausländer dauerhaft in Deutschland und findet aufgrund der Regeln des IPR auf ihre Verhältnisse ausländisches Recht Anwendung, dann werden über Art. 6 Abs. 2 die Grundrechte in vollem Umfang zur Geltung gebracht. Besteht nur ein geringer Inlandbezug, dann sollte sich unser Recht zurücknehmen und nur den Kernbereich der Grundrechte schützen.⁷¹

Im Fall 2 gilt nach iranischen Recht, was auch bei uns früher galt, dass das Kind unter väterlicher, nicht elterlicher, Gewalt steht. Das Gleichberechtigungsgesetz gemäß Artikel 3 Grundgesetz gilt aber heute als prägender Verfassungsgrundsatz. Wenn Perser dauerhaft bei uns leben, sind sie hieran gebunden. M wurde daher zurückgewiesen, F bekam Recht. Die Entscheidung hätte anders ausfallen müssen, wenn M nur F sich nur vorübergehend, sei auch für einige Jahre, in Deutschland aufhalten.

⁷⁰ Palandt – Heldrich Art. 6 RN 6 vgl. auch zu § 328 ZPO unten: Teil 3, III. .BGHZ 104, 240: Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn eine für den Vorschrift des ausländische Rechts den Bürgen aus einer für seine eigene Gesellschaft gegebenen Bürgschaft haften lässt, obwohl diese Gesellschaft unter derselben Rechtsordnung entschädigungslos enteignet wurde.

⁷¹ Vgl. Palandt – Heldrich Art. 6 RN 7

IV. Fragen des Allgemeinen Teils des BGB (wenn das BGB anwendbar wäre)

1. A war, bevor er als Deutscher eingebürgert wurde, Rumäne ungarischer Volkszugehörigkeit. Im Kommunismus gab es keinen Adel. Nun als Deutscher beruft A sich darauf, dass seine Familie seit 1544 dem ungarischen Grafenstand angehört und klagt auf Änderung seines Namens in Graf A. Erfolg?⁷²

Stichworte: Personalstatut; Namensrecht; Bedeutung der Staatsangehörigkeit im IPR

2. A – GmbH in Aalen hat nur einen Gesellschafter, die Schweizer Aktiengesellschaft A. Vor einem Notar in Zürich hält A eine Gesellschafterversammlung ab, in welcher die Satzung der GmbH geändert wird. Die Notargebühren sind hier viel niedriger als Deutschland. Der Registerrichter in Aalen weigert sich, die Satzungsänderung zum Handelsregister einzutragen. Begründung: die Satzungsänderung einer deutschen GmbH bedürfe der notariellen Beurkundung, mit Notar meinte das Gesetz einen deutschen Notar. Der gesetzlichen Form sei durch die Verhandlung vor dem Notar in Zürich daher nicht genügt. GmbH verlangt Eintragung – zur Recht?⁷³

Stichworte: Formvorschriften – Substitution

1. Rechtsfragen, welche die Person betreffen, Art. 7 f

Das IPR aller Staaten kennt einen Satz wie folgt: *Rechtsverhältnisse, welche die Person des betreffen, unterliegen dem Recht des Staates, dem dieser am nächsten verbunden ist.* Fragen, welche die Person oder Individualität eines Menschen betreffen, unterliegen also weltweit dem persönlichen Recht des Betroffenen, oder – so der Traditionsbegriff – dem Personalstatut. Dem Personalstatut unterliegen damit Fragen wie Beginn und Ende der Rechts – und Geschäftsfähigkeit, wie eine Person einen Namen erwirbt oder verliert, Art. 7 usw.. Das Personalstatut entscheidet darüber, ob eine Person für tot oder verschollen erklärt werden kann, Art. 9, ob sie in der Lage ist ein gültiges Testament errichten usw. Das Personalstatut entscheidet über die Art,

In Deutschland und überhaupt in Europa setzen wir *am nächsten verbunden* mit der Staatsangehörigkeit gleich. Das deutsche IPR bestimmt daher in den dem Personalstatut unterfallenden Fragen, dass das Recht gelten soll, welchem diese Person angehört. Gehört die Person mehreren Staaten an, so gilt das Recht, welchem sie am nächsten verbunden ist, Art. 5. Ein in der Schweiz lebender Deutscher, der zugleich die Schweizer Staatsangehörigkeit hat, wird daher in Fragen des Personalstatuts nach dem Schweizer Recht beurteilt werden. Andere Staaten,

⁷² VGH Baden- Württemberg v. 20. 5. 92 IPrax : Wäre A „deutscher“ Graf gewesen, hätte er gemäß § 3a NÄG obsiegt; diese Vorschrift gilt aber nur für Volksdeutsche.

⁷³ BGHZ 80, 76 ; Reithmann, *Substitution bei Anwendung von Formvorschriften des GmbH – Gesetzes*, NJW 03, 385 ff

insbesondere des englischen Rechtskreises, sehen die Verbundenheit meistens mit dem Land des dauernden Wohnsitzes gegeben.

Die Frage, ob A im Fall 1 adlig ist oder nicht, betrifft die Person, sie unterliegt also dem Personalstatut. A ist jetzt Deutscher, also fragen wir nach deutschem Recht, ob A adlig ist oder nicht. Deutsches Recht fragt, welchen Namen A trug, als er Deutscher wurde. Das bestimmt wiederum das (damalige) Personalstatut, also Rumänien. Nach rumänisches Recht gibt es keine Grafen mehr. In Deutschland ist A also kein Graf. Eine Vorschrift des deutschen Rechtes, welche eine Ausnahme vom Personalstatut für Volksdeutsche macht, findet auf A nicht Anwendung, da er ungarischen Volkstums war.

Zur Vertiefung könnte man überlegen: Vor der kommunistischen Zeit gab es in Rumänien den ungarischen Grafentitel, welcher ursprünglich sogar aus Deutschland nach Ungarn eingeführt worden war. Dieser Titel wurde durch das kommunistische Regime abgeschafft. A wurde also durch ein Regime um seinen alten Namen gebracht, welches im Widerspruch zu den in Europa anerkannten Rechtsanschauungen die Individualität von Menschen missachtet. Eine Vorschrift des kommunistischen rumänischen Rechtes, welche einem Menschen, welcher nur aufgrund der Grenzverschiebungen nach dem Kriege Rumäne geworden war, sollte daher gem. Art. 6 EGBGB bei uns nicht angewendet werden, sodass es bei dem ursprünglichen Namen des A bleibt. Er wäre dann in Deutschland wieder Graf.⁷⁴

2. Formvorschriften für Rechtsgeschäfte, Art. 11

Formvorschriften dienen dem Schutz der Parteien und der Rechtssicherheit im Inland. Sie sind auf die Sicherungsbedürfnisse des jeweiligen Umfeldes abgestimmt. Art. 11 EGBGB bestimmt daher ebenso wie das IPR in vielen anderen Staaten, dass ein Rechtsgeschäft den Formerfordernissen des Rechtes entsprechen muss, dem das Rechtsgeschäft unterliegt. Im Eingangsfall regiert das deutsche Recht über die deutsche GmbH. Der Rechtspfleger im Handelsregister hat also grundsätzlich Recht. Gemäß Art. 11 I 2 genügt aber die Einhaltung der örtlich vorgeschriebenen Form (*lex loci actus*). Die nach deutschem Recht vorgeschriebene Form kann also grundsätzlich durch eine nach ausländischem Recht vorgeschriebene Form ersetzt (substituiert) werden. Voraussetzung für eine gültige Substitution ist aber, dass diese Formvorschrift der deutschen gleichwertig ist. Das wurde für die Tätigkeit des Schweizer Notar angenommen.

Das Rechtsgeschäft, welches nach deutschem Recht den kompliziertesten Formvorschriften unterliegt, ist die Eheschließung. Bei einer ersten Heirat sind in die Brautleute bereit, diese Formvorschriften zu akzeptieren. Bei der 2. und 3. Eheschließung, wenn die Dinge nicht mehr so eng gesehen werden, hat die Schnelltrauung zB in Las Vegas an Bedeutung gewonnen, vermutlich weil die Förmlichkeiten stark abgebaut sind. Auch wenn es sich um ein deutsches Ehepaar mit Wohnsitz in Deutschland handelt, ist die Eheschließung gemäß Art. 11 auch in Deutschland gültig, wenn sie nach den Vorschriften des US-Bundesstaates Nevada gültig geschlossen ist.⁷⁵

⁷⁴ Das BverwG NJW60,452 f sieht das aber nicht so.

⁷⁵ vgl. BGHZ 29,137 f: Handschuhehe, also durch Stellvertreter vollzogene Trauung, nach italienischem Recht ist gültig, wenn die vom italienischen Recht vorgeschriebene Form eingehalten ist.

Das deutsche Recht hält es seit jeher für erforderlich, dass Grundstückskaufverträge notariell beurkundet werden, § 311 b BGB. Auf dieser Vorschrift baut nicht nur ein wesentlicher Teil des Notariatsrechts auf, auch wesentliche Vorschriften der Grundbuchordnung und andere Gesetze geben nur im Zusammenhang mit dieser Vorschrift einen Sinn. Das muss aber nicht überall so sein. Schon aus Westernfilmen weiß man, dass man in den USA Haus und Hof am Pokertisch verspielen kann.⁷⁶ In einer Wirtschaft, in welcher durch telefonischen Zuruf Millionenwerte an Aktien oder Geldvermögen bewegt werden, kann auch darüber nachgedacht werden, ob die traditionellen Formvorschriften weiter ihren Sinn haben. Insbesondere gewerbliche Grundstückshändler sind daher versucht, die deutschen Formvorschriften, welche ärgerliche Notarkosten nach sich ziehen, dadurch zu umgehen, dass sie die Geschäfte im Ausland abwickeln.

Auch die Abfassung eines Testaments unterliegt nach deutschem Recht bestimmten Formen. Im Fall Abschnitt VIII Fall 4 hatte die Erblasserin die Form des peruanischen Rechtes gewählt. Das war gemäß Art. 11 Abs. 1 auch in Deutschland gültig.

V. Vertragsrecht

1. Der Kläger ist Gastwirt in Köln. Bekl. ist eine englische Brokergesellschaft mit Sitz in London. Der Kläger hat sich mit der Bekl. auf sogenannte Differenzgeschäfte eingelassen (Kauf von Optionen), aus welchen dem Kläger große Verluste erwachsen sind. Der Kläger klagt vor dem Landgericht in Köln auf Feststellung, dass er dem Bekl. zu keinen Zahlungen verpflichtet ist. Die Bekl. beruft sich darauf, dass für den Vertrag englisches Recht worden sei vereinbart sei. Außerdem sei eine Schiedsgerichtsklausel vereinbart, sodass das staatliche Gericht ohnehin nicht zuständig sei.⁷⁷

2. Der Kl. auf Jamaika. importiert Kraftfahrzeuge. Bekl. ist die BMW in Deutschland. 1987 schlossen die Parteien einen Import – Vertrag, welcher dem deutschen Recht unterstellt wurde. Der Vertrag wurde von BMW vorzeitig beendet. Für diesen Fall steht dem Kläger nach dem Recht von Jamaika zwingend eine Abfindung zu. Nach deutschem Recht nicht. Der Kläger verklagte die BMW in Deutschland.⁷⁸ Wird er Erfolg haben?

Stichworte: Umgehung zwingender Normen durch Wahl eines fremden Rechtes.

3. Ein in Straßburg (Frankreich) lebender Schuldner bat seine Schwester S, die ebenfalls dort wohnte, für ihn eine Bürgschaft gegenüber einer französischen Bank zu übernehmen. S tat das. S zog dann nach Frankfurt. Dort wurde sie von der

⁷⁶ Hierauf basiert der Klassiker *Die Söhne des Kathy Elders*.

⁷⁷ OLG Düsseldorf v. 8.3.96 RIW 96, 681 ff; vgl. Aden RIW 97, 723

⁷⁸ OLG München v. 20. 11. 02 RIW 302 : die Klage wurde abgewiesen.

französischen Bank auf Grund der Bürgschaft auf Zahlung verklagt. S meinte, nach deutschem Recht brauche sie nicht zu bezahlen. Zu Recht ?

Stichwort: Sittenwidrigkeit nach deutschem Recht

4. Der deutsche Zahnarzt D, verbringt in einer Hotelanlage in Südafrika seine Ferien. Auf der Hotelterrasse wird er von einem Vertreter V der amerikanischen Vermögensverwaltungsgesellschaft VV angesprochen und zu einen Vertrag über den Erwerb von Fondsanteilen überredet. D unterschreibt den Vertrag und auch die Klausel, wonach dieser Vertrag dem südafrikanischen Recht untersteht. Wieder Zuhause erhält D von VV eine Zahlungsaufforderung. D will nicht mehr von der Sache wissen. VV verklagt D vor dem Landgericht Hamburg. Wie wird das Landgericht entscheiden? Variante: VV hat für diese Fonds Werbung in Deutschland gemacht, und V hat sich im Gespräch mit D auf diese bezogen.

Stichworte: Vorbehalt des Verbraucherrechts bei der Rechtswahl., Art. 29.

5. U ist Projektentwickler in Köln und hat viele ausländische Projekte, insbesondere in Brasilien. U beschäftigt den Arbeitnehmer AN. U ärgert sich seit Jahren über das deutsche Kündigungsschutzgesetz. Er vereinbart daher mit AN in dessen Arbeitsvertrag ausdrücklich und nach entsprechender Belehrung über die Folgen die Geltung des brasilianischen Rechts. AN stimmt zu. U dem AN fristgerecht kündigen, weil er nicht mehr die Leistung bringt. AN hält die Kündigung für sozial nicht gerechtfertigt i.S. v. § 1 KündigungsschutzG und klagt. Hat AN Aussicht auf Erfolg? Variante: AN ist zwar Deutscher, wohnt aber ständig in Brasilien.

Stichworte: Rechtswahl und international zwingendes Recht

6. D-AG aus Deutschland und S aus Südafrika vereinbaren für Ihren Vertrag über die Errichtung eines schlüsselfertigen Zementwerkes in Kapstadt die Geltung des englischen Rechts. Während der Bauarbeiten lässt sich der Projektleiter P der D-AG zu Äußerungen hinreißen, die mit dem Bauvorhaben an sich nichts zu tun haben, die aber der T, einer Tochtergesellschaft der S, erheblichen Schaden zufügen. S verlangt Schadensersatz von D-AG. D – AG meint, sie habe P sorgfältig ausgewählt, und beruft sich auf den Entlastungsbeweis gemäß § 831 BGB. Zur Recht?

Stichworte: Reichweite der Rechtswahl

7. Die Stadt Düsseldorf am Rhein hat Finanzprobleme. Sie vermietet der US – amerikanischen M Betriebseinrichtungen und Tunnel der städtischen Straßenbahn für 99 Jahre und mietet dieses im gleichen Zuge für 25 Jahre zurück. Wo liegt ist der wirtschaftliche Sinn? Risiken für die Stadt Köln?

Stichworte: Risikoabschätzung bei ausgefallenen Verträge mit Ausländern.

1. Vertrag über die Rechtswahl Art. 27, 42⁷⁹

a. Grundsatz

Fast alle internationalen Verträge enthalten, regelmäßig am Ende, eine Rechtswahlklausel mit etwa folgenden Wortlaut:

Dieser Vertrag unterliegt dem deutschen(dänischen, brasilianischen usw.) Recht.

Es ist ein Kunstfehler, wenn in einem internationalen Vertrag eine Rechtswahlklausel fehlt - es sei denn dass die Parteien aus bestimmten Gründen, sozusagen ausdrücklich, über die Rechtswahl schweigen wollen.

Art. 27 EGBGB bestimmt: *Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht.* Der deutsche Richter muss daher einen Vertrag nach dem Recht beurteilen, welches die Parteien in der Rechtswahlklausel bezeichnet haben. Rechtswahlklauseln sind weltweit gültig. Offenbar gibt es heute kaum noch wesentliche Unterschiede in der Gültigkeit von Rechtswahlklauseln. Die noch bis vor einigen Jahrzehnten in einigen Staaten herrschende Ansicht, auch bei uns, die Gültigkeit der Rechtswahl sei davon abhängig, dass das Vertragsverhältnis jedenfalls irgendeine Beziehung zu dem gewählten Recht aufweise, wird immer seltener vertreten. Wenn ein Deutscher und ein Däne in Russland einen Vertrag schließen, können Sie den Vertrag dem mexikanischen Recht unterstellen, auch wenn keinerlei Beziehung zu Mexiko besteht. Auch reine Inlandsgeschäfte, etwa zwischen dem Käufer in Bremen und dem Verkäufer in Berlin können in dem Recht von Costa Rica unterstellt werden, ohne dass es erforderlich ist, dass irgendeine Beziehung zu diesem Lande besteht.⁸⁰

b. Die Rechtswahlklausel als Vertrag

Die Rechtswahlklausel ist wie die Schiedsgerichtsklausel oder Gerichtsstandsklausel ein eigener Vertrag. Die Rechtswahl-/Gerichtsstands- Schiedsklausel (folgend : Klausel) kann ungültig sein, ohne dass sich diese Ungültigkeit auf den Hauptvertrag auswirkt und umgekehrt (Trennungsgrundsatz oder engl. *doctrine of separability*). Fall 1 zeigt die vorzunehmenden Prüfungsschritte. Nach deutschem Recht war der Vertrag zwischen dem Gastwirt und der Brokergesellschaft nach gemäß § 55 BörsG, ungültig, nach englischem Recht war er gültig. Die hier zu vollziehenden juristischen Schritte sind wie folgt :

Es kommt daher darauf an, ob englisches Recht gilt, ob also die Rechtswahlklausel gültig vereinbart ist. Aber bevor das deutsche Gericht die Gültigkeit der Rechtswahlklausel prüfen kann, muss es prüfen, ob es dafür überhaupt zuständig ist oder nicht eher das durch die Schiedsklausel vereinbarte Schiedsgericht. Es hat also zuerst zu prüfen, ob die Schiedsgerichtsklausel gültig ist. Zu fragen ist, welches Recht darüber entscheidet, ob die Schiedsklausel (un-)gültig ist. Ausgangspunkt ist die *lex fori* des angerufenen Gerichts, hier also deutsches Recht. Dieses entscheidet über die Erstfrage: *War es zulässig, für die*

⁷⁹ allg. Mankowski, P Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 03, 2 ff

⁸⁰ Palandt – Heldrich Art. 27 RN 2 m. N.

Schiedsklausel überhaupt ein anderes als die lex fori, deutsches Recht, zu vereinbaren und wenn „ja“ welches?

Die freie Rechtswahl ergibt sich aus Art. 27 EGBGB. Aber Art. 34 bestimmt, dass Bestimmungen des deutschen Recht, *die den Sachverhalt zwingend regeln*, unabhängig von einer Rechtswahl anwendbar bleiben. Der Richter stellt anhand einer Auslegung der entsprechenden deutschen Rechtsnorm fest, ob das der Fall ist. Wegen ihrer sozialpolitischen Bedeutung fallen Vorschriften des Verbraucherschutzes grundsätzlich unter Art. 34. Die Vorschriften, welche dem Verbraucher den staatlichem Rechtsschutz gewährleisten, gehören dazu, daher sind Schiedsklauseln zwischen Unternehmer und Verbraucher grundsätzlich unwirksam.⁸¹

Das deutsche staatliche Gericht war also zuständig, über die Gültigkeit der Rechtswahl und auch über die vertraglichen Ansprüche zu entscheiden. Theoretisch können die Parteien die Klausel mit einer jeweils nur auf diese bezogene Rechtswahlklausel ausstatten. Denkbar wäre also eine Vertragsbestimmung wie folgt: *Dieser Vertrag unterliegt dem Recht von New York, die Rechtswahlklausel unterliegt dem schwedischen Recht, die Schiedsklausel unterliegt dem deutschen Recht*. Derlei geschieht praktisch niemals. Es wird vielmehr vermutet, dass die Parteien die Klausel demselben Recht wie den Hauptvertrag unterstellen wollten. Damit sich die Katze nicht in den eigenen Schwanz beißt, wird für diesen Zeck unterstellt, dass die Rechtswahlklausel gültig sei, und dass das darin genannte Recht für die Prüfung dieser Klausel selbst zuständig sei.⁸² Das deutsche Gericht hatte daher die Rechtswahlklausel nach englischem Recht auf Gültigkeit zu prüfen. Gegen die Gültigkeit der Klausel bestehen keine Bedenken. Der Vertrag untersteht also englischem Recht.

Aber die deutschen Vorschriften des Verbraucherschutzes bleiben gemäß Art. 34 EGBGB unberührt; das BörsenG blieb anwendbar. Der Vertrag unterstand daher gewissermaßen zwei Rechten: hinsichtlich allgemeiner Fragen wie Gültigkeit und Zugang der zum Vertragsschluss führenden Willenerklärungen galt englisches Recht. Aber hinsichtlich der Frage, ob G nach deutschem Verbraucherschutzrecht schutzwürdig war, galt die entsprechende Vorschrift des BörsenG. G bekam im Ergebnis also Recht.

Im Fall 2 hätte dem Kläger nach dem Recht von Jamaika ein Anspruch auf Abfindung zugestanden, und es wäre nicht möglich gewesen, diesen Anspruch auszuschließen. Offenbar auf Druck der BMW haben die Parteien aber das deutsche Recht vereinbart. Nach deutschem Recht konnte der Abfindungsanspruch ausgeschlossen werden, wie es hier geschehen war. Die Teil hatten also eine zwingende Vorschriften des Rechtes von Jamaika dadurch umgangen, dass sie ein anderes Recht, welches diese zwingende Vorschriften nicht kennt, wählten. Das deutsche Gericht musste daher nach dem oben gesagten, nach deutschem Recht, prüfen, ob die Rechtswahl gültig war. Es ist grundsätzlich zulässig, die zwingende Vorschrift eines anderen Rechtes zu umgehen; Sittenwidrigkeit liegt nur vor, wenn besondere Umstände hinzutreten. Das hat das Gericht in diesem Fall verneint, die Klage wurde abgewiesen. Das ist grundsätzlich zulässig.

2. Anwendbares Recht bei Fehlen einer Rechtswahl, Art. 28

In vielen, oft telefonisch oder über elektronische Post abgeschlossenen Verträgen über die Grenze, wird keine Rechtswahl getroffen. Der internationale Devisen- und Aktienhandel findet nicht in der Weise statt, dass die telefonischen Vertragspartner erst darüber beraten, welches Recht gelten soll. Wer mit der Eisenbahn von

⁸¹ Palandt – Heinrich § 310 RN 45

⁸² Art. 29 IV Palandt – Heldrich RN 8. Beachte: wenn die Parteien in der Rechtswahl ausnahmsweise nicht frei sind, wie z. B. bei Verbraucherverträgen gem. Art. 29, gilt auch diese Vermutung nicht und die Gültigkeit der Rechtswahlklausel wird nach der lex fori beurteilt.

Duisburg nach Amsterdam fährt, wird sich kaum Gedanken darüber machen, nach welchem Haftungsrecht er im Falle eines Unfalls hinter der Grenze behandelt würde. Wer über ein deutsches Reisebüro von einer ausländischen Betreibergesellschaft eine Fernreise kauft, denkt nicht daran, sich zu erkundigen, welches Recht für die verschiedenen Leistungen gilt. Viele Transaktionen zwischen internationalen Handelspartnern finden in der Weise statt, dass sich die Partner über die Frage des anwendbaren Rechts gar keine Gedanken machen. Dann gilt Art. 28 EGBGB.

Dieser bestimmt: *Soweit das auf dem Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Art. 27 vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist.* Die Feststellung der *engsten Verbindungen* ist meist recht einfach. Wer als Deutscher in einem französischen Hotel übernachtet, wird wohl nicht darüber streiten wollen, dass für den Beherbergungsvertrag französisches Recht gilt.

Das Gesetz stellt hierzu Vermutungen auf, die also im Einzelfall von den Umständen oder den Parteien selbst widerlegt werden können. Gemäß Art. 27 Abs. 2 wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen den mit dem statt aufweist, indem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, ihre Hauptverwaltung hat. *Charakteristisch* ist die Leistung, welche dem Vertrag das Gepräge gibt. Der Kaufvertrag über ein Auto und wird also nicht dadurch geprägt, dass der Käufer Geld bezahlt, sondern dadurch, dass ein Auto geliefert wird, ein Dienstvertrag über eine im Ausland zu erbringende Dienstleistung wird dadurch geprägt dass eine Dienstleistung erbracht wird nicht dadurch, dass der Auftraggeber den Lohn bezahlen muss.⁸³

Art. 27 Abs. 3 bestimmt, dass ein Vertrag über ein dingliches Recht an einem Grundstück im Zweifel dem Recht des Staates vor, in welchem sich das Grundstück befindet.

3. Grenzen der Rechtswahl

a. Zwingende Vorschriften, Art. 34 EGBGB

Die freie Rechtswahl lässt es, wie dargestellt, an sich zu, dass die Parteien zwingende Vorschriften des deutschen oder sonst an sich geltenden Rechtes umgehen, indem sie ein anderes Recht wählen, welches solche Vorschriften nicht kennt. Art. 34 schränkt diesen Grundsatz ein. Vorschriften, die der deutsche Gesetzgeber als *international zwingend*⁸⁴ ansieht, können durch eine abweichende Rechtswahl nicht ausgeschlossen werden. Die Rechtswahl bleibt dann zwar grundsätzlich gültig, allerdings mit der Maßgabe dass das gewählte Recht nur in der Weise ausgelegt und angewendet wird, dass die international zwingende Norm des Deutschen Rechtes zu Geltung kommt, vgl. Fall 1.

⁸³ BGBZ 128, 48

⁸⁴ Palandt – Heldrich Art. 34 RN 3.

Im Fall 2 macht S geltend, dass nach einer neueren Rechtsprechung des BGH die Bürgschaft einer vermögenslosen Nahbereichsperson gemäß § 138 BGB unwirksam sei. Diese Regelung ist insofern zwingend, als Bank und der Bürge nicht etwa vereinbaren können, diese Rechtsprechung solle in ihrem Falle nicht gelten. Im Rahmen von offenen Rechtsbegriffen, insbesondere §§ 242 und § 138 BGB, fließen allgemeine gesellschaftspolitische Vorstellungen in die deutsche Rechtsprechung ein. Der bei uns erreichte Lebensstandard, auch unserer durch langen Wohlstand verwöhntes Lebensgefühl, lassen manche Dinge für uns als zwingendes Gebot der Gerechtigkeit erscheinen, was andernorts locker hingenommen wird. Die bloße Unabdingbarkeit genügt daher nicht.⁸⁵

Art. 34 kann nicht in der Weise ausgelegt werden, dass alle Vorstellungen, welche wir im Hinblick auf unsere typischen Lebensumstände entwickelt haben und als zwingend ansehen stets auch *international* gelten müssen, wenn die Parteien ihren Vertrag einem anderen als dem deutschen Recht unterstellen wollen. Andernfalls wäre die freie Rechtswahl bald funktionslos. Deren Aufgabe ist es gerade, das im Rahmen eines anderen Lebensgefühls entstandene ausländische Recht zur Geltung zu bringen, wenn die Parteien das wollen. Das Gericht hat im Einzelfall, und zwar eng⁸⁶, auszulegen, ob eine zwingende Rechtsnorm des deutschen Rechts in diesem Sinne *international* zwingend ist. Im Fall 3 untersteht der Bürgschaftsvertrag dem französischen Recht, welches diese Rechtsprechung nicht kennt. Wir halten diese Rechtsprechung zwar für unverzichtbar, aber auch nicht für derartig wichtig, dass wir sie auch gegenüber dem französischen Recht durchsetzen müssen. S wird daher vor dem deutschen Gericht ebenso wenig Glück haben, wie sie vor einem französischen hätte.

Dieser Fragenbereich ist im Einzelnen sehr umstritten. Allgemein gilt, dass *international* zwingend solche Normen sind, welche der Durchsetzung eines klaren politischen Willens des Gesetzgebers dienen.

b. Benannte Verbraucherverträge, Art. 29 EGBGB

Ein Anwendungsfall des Art. 34 ist Art. 29.⁸⁷ Der politisch wichtige und große Bereich des Verbraucherschutzrechtes⁸⁸ könnte sehr einfach ausgehebelt werden, indem Versandhäuser, große Ketten wie Aldi und Lidl usw durch einen Aushang einfach deutlich machten, dass die hier geschlossenen Kaufverträge nicht dem deutschen sondern dem Recht von – sagen wir – New York unterliegen. Der Verbraucherschutz im Reisevertragsrecht könnte dadurch umgangen werden, dass die großen Reiseunternehmen in ähnlicher Weise die von Ihnen angebotenen Reiseverträge unter das Recht eines Staates stellen, in welchem es kein ausgebildetes

⁸⁵ LAG Düsseldorf RIW 92, 402; auch nicht die aus §§ 138 ,242 entwickelte Unabdingbarkeit.. vgl. Palandt – Heldrich Art. 34 RN 2

⁸⁶ Mann NJW 88, 3075

⁸⁷ Palandt- Heldrich Art. 34 RN 3a

⁸⁸ Die besondere Bedeutung des Verbraucherschutzes wird durch Art. 153 EGV - Vertrag zur Gründung der Europäischengemeinschaft- deutlich. Verbraucherschutzes wird hier als eine der Kernaufgaben der Gemeinschaft bezeichnet.

Verbraucherschutzrecht gibt, zumeist würde es genügen, das Recht des Ziellandes zu wählen.

Die aus Gründen der internationalen Flexibilität erforderliche freie Rechtswahl kollidiert also mit einem ausgeprägten Ziel innerstaatlicher Rechtspolitik. Diesem räumt der Gesetzgeber den Vorrang ein. Besonders benannte Verbraucherverträge begründen für in Deutschland wohnende Verbraucher besondere Rechte. Diese können gemäß Art. 29 durch abweichende Rechtswahl nicht verkürzt werden – mag der Vertrag auch im übrigen einem fremden Recht unterstehen. Allerdings: Auch die Interessen des Vertragspartners, des Unternehmers, müssen gesehen werden. Der weiß vielleicht gar nichts von deutschem oder europäischem Verbraucherrecht und muss auch nichts davon wissen, solange er dort keine Geschäfte macht. Art. 29 gilt daher nur, wenn das Verbrauchergeschäft von Seiten des Unternehmers einen Inlandsbezug wie in Art. 29 I Nr. 1-3 beschrieben hat. Für den Fall 4 ergibt sich damit folgendes:

D hat seinen gewöhnlichen Wohnsitz in Deutschland. Nach deutschem Recht hat D ein Recht, den Vertrag mit V zu widerrufen, § 312 BGB. Es ist zu prüfen, ob auf dem Vertrag zwischen D und V deutsches Recht anwendbar ist. Die Parteien haben eine vermutlich gültige Rechtswahl auf das südafrikanische Recht getroffen. Dieses entscheidet also etwa darüber, ob eine gesetzliche Formvorschrift eingehalten wurde, ob die Vollmacht des V gültig war usw. Die Rechtswahl darf aber gemäß Art. 29 EGBGB nicht dazu führen, dass dem D *die durch zwingende Regeln des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat* (hier: Deutschland) *gewährte Schutz entzogen wird*. Art. 29 kommt aber nur zur Anwendung, wenn für VV eine der in Art. 29. Nr. 1- 3 genannten Inlandsbezüge besteht. Das ist nicht der Fall; D muss zahlen.

Etwas anderes gilt in der Variante: VV hat in Deutschland für sein Produkt geworben, Art. 29 I Nr. 1. Nun gilt Art. 29. Das Widerrufsrecht ist gem. § 312 f BGB zwingend. D kann also den Vertrag widerrufen, das Landgericht wird die Klage dann abweisen.

c. Arbeitsverträge, Art. 30

Das deutsche Arbeitsrecht ist, wie wohl unter Volkswirtschaftlern allgemein anerkannt ist, wenig sinnvoll. Das Kündigungsschutzgesetzes mag dem einzelnen Arbeitnehmer nützen, den Arbeitssuchenden schadet es. Es ist aber ein klarer politischer Wille, die als besonders schutzwürdig anerkannten Gruppen der Arbeitnehmer zu schützen. Durch eine abweichende Rechtswahl können die Schutzgesetze daher nicht umgangen werden. Im Fall 5 wird AN daher durchdringen. In der Variante wird hingegen U Recht behalten, vgl. Art. 30 II Nr. 2

4. Geltungsbereich des auf den Vertrag anwendbaren Rechts, Art. 32

Wenn die Parteien ihren Vertrag einem bestimmten Recht unterstellen, bedeutet das nicht, dass sie ihre sämtlichen Rechtsbeziehungen von diesem Recht bestimmen lassen wollen, sondern nur eben die Rechtsbeziehungen, welche dem Vertragsstatut unterliegen, die sich also unmittelbar auf diesen Vertrag beziehen oder aus ihm Vertrag ergeben. Art. 32 EGBGB nennt Bereiche, welche mangels einer anderen Vereinbarung von dem Vertragsstatut erfasst werden.

Auslegung: Das anwendbare Recht entscheidet über die Auslegung der im Vertrag gebrauchten Begriffe; damit ist auch die Reichweite Allgemeinbegriffen wie Treu – und – Glauben diesem recht zu entnehmen.

Erfüllung: Das anwendbare Recht entscheidet darüber, wann eine Verpflichtung erfüllt ist, also über Fragen, welche in §§ 362 ff BGB geregelt sind. Damit ist angesprochen auch die Frage, ob Teilleistungen zulässig sind, ob durch Aufrechnung bezahlt werden kann usw.

Schadensersatzansprüche entstehen unter dem anwendbaren Recht. Dieses entscheidet über Voraussetzungen, Grund, Höhe, Rechtfertigungsgründe usw.

Art. 32 grenzt also den Anwendungsbereich des Vertragsstatuts ein. Im Fall 6 stellt sich die Frage, ob D-AG für den Schaden haftet. Nach englischem Recht wäre D-AG vermutlich verpflichtet, für ihren Angestellten P zu haften; nach deutschem Recht könnte D-AG sich auf den Entlastungsbeweis gem. § 831 berufen, und wäre dann von der Haftung frei. Es stellt sich daher die Frage, ob das Vertragsstatut auch die Haftung der D-AG für Verrichtungsgehilfen umfasst. Hierüber wird man streiten können; im Ergebnis wird man diese Frage aber verneinen.

5. Interleasing oder *Cross- Border-Leasing*

Im Fall 6 ist ein Vertrag beschrieben, der zur Zeit (2004) in vielen deutschen Städten vom Typ her praktiziert wird.⁸⁹

Der wirtschaftliche Sinn liegt in folgenden⁹⁰: Der amerikanische Mieter M ist, anders als die deutsche Kommune, steuerpflichtig. Wenn er den Mietpreis für die gesamte Laufzeit auf einen Schlag bezahlt, kann er diese gesamte (vergleichbar dem steuermindernden Disagio als Vorauszahlung von Zinsen bei der Baufinanzierung) als Vorauszahlung sofort steuermindernd geltend machen. Der deutsche Leasingnehmer entnimmt dem Mietbetrag 95% und hinterlegt ihn bei einer Drittbank. Daraus werden die Leasingraten für 25 Jahre und nach deren Ablauf die vereinbarte Summe für den Rückkauf (bzw vorzeitiger Rückgabe) des Leasinggutes bezahlt. Die übrigen rd 5 % verbleiben der Stadt Düsseldorf, was sich in dem genannten Fall auf rd 60 Mio Euro stellte. Dem M ist die Vorauszahlung möglich, weil bei ihm eine sofortige Steuerentlastung eintritt: zB bei einem Mietzins von \$ 10 Mio/ Jahr, Gesamtmiethöhe also rd \$ 1 Mrd; bei einem US - Spitzensteuersatz von rd 33% wird M also sofort um rd \$ 330 Mio entlastet. Zusätzlich kann M, was die nicht steuerpflichtige deutsche Kommune nicht kann, das Leasinggut abschreiben und den Wertverlust steuermindernd geltend machen.

Der Vertrag ist hier nicht näher zu prüfen. Er ist hier nur als ein Beispiel unter vielen sonst möglichen grenzüberschreitenden Verträgen genannt, die unsere Wirtschaft und unser Leben bis in das Funktionieren unserer Toilette hinein bestimmen.

Unter Fachleuten ist umstritten, welche, vielleicht auch politischen Risiken, ein solcher Vertrag für die deutsche Kommune birgt. ZB: Das deutsche Steuerrecht neigt nicht nur dazu, rückwirkende Gesetzes zu erlassen, sondern auch dazu, gewagte Steuersparkonstruktionen zu kriminalisieren. Wenn nun das amerikanische Recht

⁸⁹ Zu dieser Art Verträge Pegatzky NJW 04, 324 ff m. N.

⁹⁰ Nach einem Bericht in *Die Welt* v. 17.März 04, S. 12

dasselbe täte: die Steuerregelung würde rückwirkend geändert mit der Folge einer sofortigen Rückzahlungspflicht der Kommune; und der Abschluss solcher Verträge, die erkennbar dem Interesse des amerikanischen Steuerzahlers widersprechen, würde unter Strafe gestellt.

VI. Außervertragliche/gesetzliche Schuldverhältnisse

1. D in Deutschland hat dem K in Holland seit Jahren Unterhalt überwiesen, weil er K für seinen unehelichen Sohn hält. Auf Grund einer neueren Untersuchung stellt sich heraus dass K gar nicht mit D verwandt ist. D verlangt die Unterhaltszahlungen von K zurück? Gilt § 812 BGB?

2. Kläger in den USA stellt Kindernuckelfalschen her, die in Asien vertrieben werden. Bekl in Deutschland stellt optisch und technisch sehr ähnliche Nuckelflaschen her, die er ebenfalls in Asien verkauft. Wenn sich der Fall in Deutschland abgespielt hätte, läge ein Verstoß gegen § 1 UWG (sklavische Nachahmung) vor und Bekl. wäre zur Unterlassung verpflichtet. Ist ein Anspruch aus § 1 UWG gegeben?⁹¹

3. Das *Gelbe Blatt* berichtet wahrheitswidrig, dass der deutsche Sänger S sich mit Pädophilie abgegeben habe. Als das bekannt wird, werden dem S, der sich gerade in der USA auf Tournee befindet, sämtliche Engagements in der USA gekündigt. Ihm entsteht ein Schaden in Höhe von 100.000 Dollar. S verklagt das Gelbe Blatt vor dem Landgericht Hamburg. Welches Recht wendet das Landgericht an?

1. Ungerechtfertigte Bereicherung⁹², Art. 38

Das deutsche Recht unterscheidet zwei Formen der ungerechtfertigten Bereicherung, nämlich einmal die Bereicherung auf Grund einer Leistung, und in die Bereicherung auf Grund eines rechtswidrigen Eingriffs. Leistung ist die zielgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, wenn etwa der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer übergibt, die Bank in ihrem Kunden das Geld auszahlt usw. Im Fall 1 hat D eine Leistung am K erbracht. Dieses geschah in der irrigen Annahme, dass die Voraussetzungen des deutschen Rechtes, die zu einer solchen Zahlung verpflichten, gegeben waren, §§ 1601 ff BGB. Dasselbe Recht, welches zu der Vermögensverschiebung Anlass gab, sollte nun auch darüber entscheiden, ob die Vermögensverschiebung wieder rückgängig gemacht werden kann. Das ist er die Aussage des Art. 38 Abs. 1 EGBGB.

2. Unerlaubte Handlung, Art. 40

Die näheren Umstände eines Vorganges werden am besten dort ermittelt, wo er sich abgespielt hat. Was erlaubt ist oder nicht, ob und welche Rechtfertigungsgründe für

⁹¹ vgl. BGHZ 35, 329 f

⁹² Busse, D. RIW 03, 406

eine Schadenshandlung in Betracht kommen, müssen die Umstände am Tatort zeigen. Auf dieser Einsicht beruht der Grundsatz gem. Art. 40 EGBGB, wonach *Ansprüche aus unerlaubte Handlung dem Recht des Staates unterliegen, indem der Ersatzpflichtige gehandelt hat*. Dieser Tatortgrundsatz ist einer der verbreitetsten Grundsätze des Internationalen Privatrecht ist auf der Welt.

Fall 2 zeigt, dass der Tatort nicht immer eindeutig zu bestimmen ist. Die (nach deutschem Recht) unzulässige Nachahmungshandlung wurde in Deutschland begangen. Es ist aber gar nicht sicher, ob die Nachahmung in den Ländern, in welchen die Produkte von K und B mit einander konkurrieren, rechtswidrig ist, bzw ob in diesen Ländern der Grad von Ähnlichkeit, den wir als rechtswidrige Nachahmung ansehen ähnlich beurteilt wird. Der BGH hat daher gefragt, in welchen Staaten die beiden Produkte mit einander im Wettbewerb stehen, und darauf abgestellt, ob die Nachahmung in diesen Staaten einen Unterlassungsanspruch begründet.

Die Tatortregel ist von außerordentlich großer praktischer Bedeutung in einer Reihe von Fragen des Internationalen Wirtschaftsrechts ist. Hervorzuheben ist in die Frage der Produzentenhaftung für grenzüberschreitende Produkte, für Wettbewerbsverstöße sowie für Verstöße im Markenrecht.

In der modernen Welt gibt es viele Möglichkeiten, an einer Stelle zu handeln, den Effekt aber an vielen Stellen eintreten zulassen. Es ist eine Erweiterung des Tatortgrundsatzes, wenn Art. 40 I 2 sagt, dass der Verletzte verlangen kann, dass anstelle des Tatortrechts das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Erfolg eingetreten ist. Im Fall 3 könnte S also vor dem Landgericht Hamburg verlangen, dass die ehrenrührige Behauptung der Zeitung nach amerikanischem Recht beurteilt wird.⁹³ Das amerikanische Recht wird vom Landgericht Hamburg aber nur insofern angewendet, als die in Amerika entstehenden Schäden zu beurteilen sind. Schäden in Deutschland, oder wenn das Blatt auch in der Schweiz gelesen wurde, in der Schweiz, werden nach dem Recht jeweils dieser Länder beurteilt.⁹⁴

⁹³ Bei Pressedelikten kommt daher das Recht eines jeden Staates in Betracht, in welchem das Presseerzeugnis Wirkungen entfaltet hat, BGH NJW 96, 1128.

⁹⁴ Palandt – Hedrich Art. 40 RN 4 Mosaiksystem

VII. Sachenrecht

1. Im Zuge des kommunistischen Umsturzes in Chile um 1965 unter Allende enteignete die chilenische Regierung die Kupfergruben in amerikanischem Eigentum, darunter auch die C-Grube der amerikanischen C. - Company. Das Eigentum an dieser Grube liegt nun bei der Staatsgesellschaft S. Importeur I bezieht von S eine Schiffsladung Kupfer aus der C-Grube, und bezahlt sie auch. Als das Kupfer in Hamburg angelandet wird, C verlangt von I ihr Eigentum heraus? Zu Recht? Macht es einen Unterschied, ob die Enteignung gegen Entschädigung oder nicht erfolgte?

Stichworte: lex rei sitae

2. Der Militärarzt des US – Armee John Sandford in Missouri/USA, der Beklagte, war 1834 Eigentümer des Negerklaven Dred Scott, des Klägers. Beklagter wurde in das von Frankreich gekaufte Gebiet westlich des Mississippi versetzt, und nahm Scott als Sklaven mit. Dieses Gebiet war noch nicht als US-Bundesstaat organisiert. Sklaverei war hier weder erlaubt noch ausdrücklich verboten. Sandford zog dann wieder zurück in einen Sklavenstaat. Scott meint, sei durch den Aufenthalt in einem sklavenfreien Territorium frei geworden. Er klagt gegen Stanford auf entsprechende Feststellung.⁹⁵

Stichworte: Statutenwechsel und Rechtsverlust

3. Der verstorbene Vater des Klägers (= Fürst von Liechtenstein) war Eigentümer eines Gemäldes, welches seit mindestens 1767 im Besitz der Familie war. Das Bild befand sich bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges in einem der Familienschlösser in Mähren, jetzige Tschechische Republik. 1946 beschlagnahmte die Regierung der Tschechoslowakei das dem Vater des Klägers gehörende und auf ihrem Gebiet befindliche Eigentum einschließlich des Gemäldes auf Grund des Dekrets Nr. 12 des Präsidenten der Republik vom 21.6.1945 über die Konfiskation und beschleunigte Aufteilung des landwirtschaftlichen Vermögens der Deutschen... (und sonstigen) ... Verräter und Feinde des tschechischen und des slowakischen Volkes (Benes- Dekret Nr. 12). 1991 wurde das Gemälde als Leihgabe der Stadt Brünn/Mähren an die Stadt Köln ausgeliehen. Auf Grund einer einstweiligen Verfügung des Landgerichts Köln vom 11.11.1991 erfolgte am 17.12.1991 die Sequestration des Bildes. Anfang 1992 erhob der Kläger beim Landgericht Köln Klage gegen die Stadt Köln und verlangte die Zustimmung zur Herausgabe des Bildes an sich. Er sei als Erbe seines Vaters Eigentümer des Bildes geworden.⁹⁶ Wird der Kläger Erfolg haben?

Stichworte: Verhältnis alter und neuer leges rei sitae

⁹⁵ Berühmter Leitfall des Obersten Gerichts der USA aus dem Jahre 1856 Dred Scott./. Sandford; zu finden in Internet über caselaw.lp.findlaw

⁹⁶ Europ. Gerichtshof für Menschenrecht, EMGR, v. 12.7.01 NJW 03, 649

1. Eigentum und andere Rechte an unbeweglichen Sachen, Art. 43

Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet, Art. 43. Die hiermit ausgesprochene *lex rei sitae*, *Belegenheitsrecht*, gilt nicht nur im deutschen IPR, sondern weltweit. Dieses Recht entscheidet darüber, welche Rechte an dem Gegenstand möglich sind, wie diese Rechte erworben und verloren werden, und in welchem Umfang der Rechtsinhaber sein Recht wahrnehmen kann. Im Fall 1 kann Chile als souveräner Staat Eigentumsrechte an der C – Grube regeln. Das erkennen wir an. Chilenisches Recht bestimmt, wie das Eigentum an dieser Grube erworben und verloren wird, welche Rechte daran bestehen usw. Wenn dieses Recht bestimmt, dass nicht mehr C sondern S

Eine entschädigungslose Enteignung wird zwar weithin als völkerrechtswidrig angesehen. Ein Verstoß gegen das Völkerrecht führt zwar uU zu völkerrechtlichen Ansprüchen zwischen den beteiligten Staaten,⁹⁷ lässt aber die Maßnahme selbst unberührt. C ist nicht mehr Eigentümer, hat also keinen Anspruch gegen I.⁹⁸

2. Lex rei sitae bei beweglichen Sachen - Statutenwechsel

Bei beweglichen Sachen entsteht die Frage, welches Recht besteht, wenn an der Sache am Ort A ein bestimmtes Rechte begründet worden ist, zB Sklaveneigentum, und sie dann an den Ort B gebracht wird, in welchem es ein solches Recht nicht gibt, ggfs was gilt, wenn die Sache zurück an den Ort A oder einen Ort C, an welchem wieder etwas anderes gilt, gebracht wird. Der durch Ortswechsel eintretende Rechtswechsel in Bezug auf eine Sache heißt Statutenwechsel.⁹⁹ Als Grundsatz gilt: Was einmal gilt, gilt unter neuer *lex rei sitae* weiter, bis diese es ändert. Im Fall 2 bestand das Eigentum an dem Negersklaven in Missouri. Ging dieses unter, als Scott in ein Gebiet eintrat, welches keine Sklaverei kannte? Die von dem obersten Gerichte der USA in diesem Fall gegebene Antwort entspricht der Regelung in Art. 43 EGBGB.

Das Ortsrecht, also das Recht am Aufenthaltsort des Scott entscheidet darüber, ob er Sklave, Eigentum eines anderen, werden konnte. Das einmal an einer Sache begründete Recht ändert sich durch den Statutenwechsel, also den Wechsel des herrschenden Rechts, nicht. Die neue *lex rei sitae* entscheidet aber darüber, ob und ggfs wie dieses Recht ausgeübt werden kann. Im sklavenfreien Territorium konnte Sandford dem Scott also keine aus dem Eigentumsrecht fließenden Weisungen erteilen oder Arbeitsleistungen von ihm fordern. Wird der Gegenstand in den Bereich der *lex rei sitae* zurückgebracht, in welchem dieses Recht entstanden war, oder wo gleiches Recht gilt, lebt dieses Recht mit dem ursprünglichen Inhalt wieder auf. Die Klage wurde daher abgewiesen; Scott war wieder Sklave.

⁹⁷ zB: Die US – amerikanische Regierung zahlt der C- Company eine Entschädigung und verlangt von Chile dafür Ersatz unter dem Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag.

⁹⁸ Wenn sich die Enteignung gegen Deutsche richtet, werden wir eine solche ausländische Enteignungsvorschrift bei uns nicht anerkennen, Art. 6, vgl. Fall 3

⁹⁹ Kegel S. 574

Das jeweilige Ortsrecht entscheidet darüber, ob, wie und welche Rechte neu begründet oder verloren werden können. Naturgemäß entscheidet dieses auch darüber, auf welche Weise Rechts ausgeübt werden können, vgl. Art. 43 II. EGBGB

War das Recht an dem Gegenstand in der Zwischenzeit nach dort gültigen *lex rei sitae* erloschen, so bleibt es auch erloschen, auch wenn der Gegenstand in den alten Herrschaftsbereich zurückfällt.¹⁰⁰

Im Fall Scott./ Sandford war also die entscheidende Frage: War in dem sklavenfreien Territorium die Sklaverei förmlich verboten? In diesem Fall hätte eine positive Rechtsvorschrift das Eigentumsrecht an Scott beendet, er wäre freigeblieben, auch nachdem er in einen Sklavenstaat zurückkam. In dem Territorium bestanden aber gar keine gesetzlichen Aussagen über die (Un-) Zulässigkeit der Sklaverei.¹⁰¹ Dann war die Folgerung, dass das Eigentumsrecht an Scott nur ruhte und wieder auflebte, nachdem er in einen Sklavenstaat zurückkam. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der USA war daher formal-juristisch richtig.

Die Lösung im Fall 3 folgt denselben Regeln. Das Eigentum an dem Bild war nach österreichischem¹⁰² Recht wirksam begründet worden.

Der Kläger hat noch Eigentümer, es sei denn er habe es verloren. Verlust kann durch eine Änderung des Belegenheitsrechtes eingetreten sein. Grundlage des Rechtsverlustes kann das sogen. Beneschdekret sein. Dieses muß aber gültiges Gesetz gewesen sein. Das Benesch - Dekret war ein Präsidialdekret ohne gesetzliche – verfassungsgemäße Ermächtigung, erlassen in der Wut des Nachkriegs. Die Tschechoslowakei hat diese Dekrete aber später gebilligt und bis heute als wohltätig für den Staat gepriesen. Sie sind eine gültige Rechtsgrundlage für die Eigentumsänderung. Zu prüfen ist aber, ob dieses „Gesetz“ in Deutschland anerkannt werden kann, Art. 6. EGBGB. Die Dekrete verstoßen als diskriminierend eindeutig gegen die auch damals allgemein anerkannten Menschenrechte, sodaß dieses „Gesetz“ in Deutschland als nicht vorhanden gilt, der Eigentumsverlust also nicht stattfand. Kläger ist, aus deutscher Sicht, noch Eigentümer.¹⁰³

Ähnlich Fälle kommen mehrfach vor.¹⁰⁴ Ein amerikanischer Soldat hatte 1945 nach dem Kriege im Schloss eines thüringischen Herzogs ein Bild „weggefunden“ und es mit nach Hause genommen. Am Eigentum des Herzogs änderte sich dadurch an sich nichts. Der Statutenwechsel ermöglichte es jedoch, dass das Bild nach dem Recht am jeweiligen Lageort, also z.B. von Kansas, einen neuen Eigentümer bekommen konnte, und zwar auch dann, wenn in dieses neue Recht mit dem deutschen Recht im

¹⁰⁰ Palandt – Heldrich Art. 43 RN 5.

¹⁰¹ An dieser Stelle ergab sich erst die grundsätzliche verfassungsrechtliche Frage: Das neue Gebiet gehört der USA, stand also unter deren Verfassung. Nach dieser war Sklaverei nicht ausdrücklich erlaubt; aber anscheinend – trotz des Gleichheitssatzes „*alle Menschen sind frei und gleich geboren*“ – auch nicht verboten.

¹⁰² Die heutige Tschechische Republik hatte als Königreich Böhmen seit etwa 1000 zum Deutschen Reich, dann bis 1920 zum Österreichischen Reich gehört.

¹⁰³ Die Klage wurde aus formalen Gründen abgewiesen. Aufgrund spezieller staatsvertraglicher Regelungen seinen deutsche Gerichte für diese Frage international nicht zuständig.

¹⁰⁴ LG Hamburg IPRspr 77, Nr. 48: Eine in London wohnhafte Portugiesin ersteigert ein Gemälde von Picasso. Der britische Krankenpfleger ihres behinderten Sohnes stiehlt das Bild und flieht. Ein deutscher Kunsthändler erwirbt dieses Bild, kann es aber später nicht herausgeben. Welches Rechtes anwendbar?

Widerspruch stand. Es war also die Frage, ob infolge des Rechtes in Kansas ein Eigentumswechsel eingetreten war.

In Betracht kam Ersitzung oder die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung. Nach deutschem Recht kann zwar an einem gestohlenen Gegenstand auch gutgläubig kein Eigentum erworben werden, § 935 BGB; das ist nach dem Recht von Kansas vielleicht anders. Es verstößt gegen keine Menschenrechte oder guten Sitten, wenn ein Recht den Eigentumserwerb an gestohlenen Gegenständen anders regelt als wir.

Wenn der jetzige Besitzer nachweisen kann, dass er das Bild nach der *lex rei sitae* legal ersehen oder gekauft hat, ist er auch in Deutschland Eigentümer. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt also davon ab, ob dem Einlieferer zur Auktion der Nachweis gelang, dass das Bild nach dem jeweils zuständigen auch das Recht einen neuen Eigentümer gefunden hatte.

VIII. Wirkungserstreckung über die Grenzen (Auswärtige Gewalt).

1. Der deutsche Bundestag erlässt ein Gesetz, wonach Autofahrer in England auf der rechten Straßenseite fahren müssen anstatt wie bisher links. Der in Paris lebende P hat sich an dieses Gesetz gehalten und in einem dadurch verursachten Unfall dem K einen Schaden zugefügt. K verklagt ihn in Paris. P meint, er habe sich rechtmäßig verhalten. Wie wird das Gericht entscheiden?

Stichworte: *Übergriffe eines Staates in fremde Rechtsordnungen*

2. Im Jahre 1985 erließ der amerikanische Kongress ein Gesetz, welches es neben Inländern auch Ausländern unter Strafandrohung verbot, mit der Sowjetunion Geschäfte zu machen, welche dem Bau der damals geplanten Erdgas Leitung von Nordsibirien nach Westeuropa Vorschub leisten können, wenn sie Tochtergesellschaften amerikanischer Unternehmen waren, oder wenn sie zur Erfüllung ihrer Verträge mit der UdSSR das Patent eines amerikanischen Patenteigentümers benutzten. Der deutsche Produzent P, der sich von diesem Verbot betroffen sieht, verweigert daraufhin gegenüber dem sowjetischen Besteller S die Erfüllung seines dem deutschen recht unterstehenden Vertrages. S verklagt P auf Schadensersatz. Recht?

Stichworte: *Grenzen der Wirkungserstreckung nationaler Gesetze*

3. Art. 116 I Grundgesetz bestimmt: *Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener Deutschervolkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiet des Deutschen Reiches nach dem Stand vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.* Auf Grund dieser Vorschrift sind zahllose Menschen namentlich in Russland potenzielle deutsche Staatsangehörige(Russlanddeutsche). Verstößt Art. 116 gegen das Völkerrecht? R gehört zu dieser Gruppe und hat aufgrund Art. 116 die deutsche Staatsangehörigkeit erworben. Er lebte zuletzt in Brasilien, wo er stirbt und ein Testament zugunsten seine unehelichen brasilianischen Kindes K macht. Seine in Deutschland lebenden ehelichen Kinder meinen, auf den Erbfall sei deutsches Erbrecht anzuwenden, und verlangen den Pflichtteil. Welches Recht wird ein deutsches, welches ein brasilianisches, welches ein russisches Gericht anwenden?

Stichworte: *Übergriffe des nationalen Rechtes in fremde Hoheit; Anknüpfungspunkte*

4. E war eine deutsche Staatsangehörige, die in einem Altersheim in Peru starb. Ihr gehörte ein Grundstück in Ostfriesland, welches sie auf Grund eines nach peruanischen Recht gültigen Testamentes dem Heimleiter vermacht. Ihre in Deutschland lebende Schwester war die einzige gesetzliche Erbin und focht das Testament an. Sie verlangte die Umschreibung des Grundstücks auf sich. Sie meint, dass nach deutschem Recht ein Testament des Heiminsassen zu Gunsten des Leiters eines Altersheim zu ungültig ist. Wird sie Erfolg haben?¹⁰⁵

Stichworte: *Formvorschriften; Öffentliches Recht und IPR; Grenzen des inländischen Rechts*

5. Russische Gesellschaft R verkauft der X – Company in einem afrikanischen Land 100 Kampfpanzer, welche die russische Armee außer Dienst gestellt hat für 10 Millionen Dollar. Da die beiden Vertragspartner sich nicht dem Recht der jeweils anderen Nationen unterwerfen wollen, vereinbaren Sie für Ihren Vertrag die Geltung deutschen Rechtes. X hat vereinbarungsgemäß eine Anzahlung von 25 Prozent geleistet. R kann nicht liefern. Dem Schadensersatzanspruch von X hält er nunmehr entgegen, dass nach deutschem Recht ein Vertrag über Kriegswaffen bekanntlich unwirksam ist (KriegswaffenkontrollG), er also zur Lieferung gar nicht verpflichtet sei. X besteht auf Lieferung und möchte jedenfalls die Anzahlung zurückhaben. Dem hält R entgegen, dass nach § 817 BGB eine Rückzahlung nicht geschuldet sei, wenn wie hier der Fall beide Seiten die Nichtigkeit des Vertrages kannten.. X klagt vor dem vereinbarten Gericht in Zürich. Wie wird dieses entscheiden?

Stichworte: *internationales öffentliches Recht*

1.Territorialitätsgrundsatz oder Wirkungserstreckung nationaler Gesetze

1. Grundsätze

Aus dem Souveränitätsgrundsatz folgt, dass Gesetze nur in dem Staat gelten können, der sie erlassen hat. In diesem Rahmen werden Gesetze eines Staates und deren Auswirkungen grundsätzlich in allen anderen Staaten als rechtsgültig anerkannt.¹⁰⁶ Die Umkehrung dieses Grundsatzes ist der Grundsatz der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates. Gesetze eines Staates, welche sich nicht an diese Schranken halten, sind völkerrechtswidrig. Wirken sich solche Gesetze im Ausland aus, werden diese Auswirkungen nicht anerkannt. Ein Gesetz wie im Fall 1 wäre ein Übergriff eines fremden Gesetzgebers in die inneren Angelegenheiten Englands. Es würde weder in England noch sonst wo auf der Welt

¹⁰⁵ OLG Oldenburg NJW 99, 2448 = EWiR (Aden) 99, 113

¹⁰⁶ Es ergeben sich allerdings heute Schranken aus dem allgemein anerkannten humanitären Völkerrecht Die Staatengemeinschaft weigerte sich in daher, das Recht der Rassentrennung in Südafrika als rechtsgültig anzusehen. Die der serbischen Regierung vorgeworfenen Übergriffe gegenüber den Albanern in der serbischen Provinz Kosovo galten in derselben Weise als Verstoß gegen die allgemein anerkannten Menschenrechte und galten als illegal, obwohl sie nach den Gesetzen Serbiens legal waren.

anerkannt werden. Das Gericht in Paris würde den P daher natürlich verurteilen, ohne auf seine Rechtfertigung hören.¹⁰⁷

Der Deutsche Bundestag würde ein Gesetz wie im Fall 1 niemals erlassen. Die Fragestellung ist aber durchaus nicht theoretisch, sondern hoch aktuell. Die Vereinigten Staaten von Amerika nehmen sich gerne die Freiheit, Gesetze ähnlicher Machart zu erlassen.¹⁰⁸ Das Beispiel 2 ist unter dem Namen *Erdgas-Röhren-Embargo* ein herausragendes Beispiel in der jüngeren Geschichte des Internationalen Wirtschaftsrechts. Der politische Hintergrund war, dass Amerika unter Präsident Reagan eine harte Linie gegenüber der Sowjetunion verfolgte. Die Sowjetunion war dabei, unter tatsächlicher und finanzieller Hilfe westeuropäischer Abnehmerländer neue Erdgaslagerstätten in Nordsibirien zu erschließen. Aus dem Verkauf des zu fördernden Erdgases erwartete die Sowjetunion sich eine erhebliche finanzielle Stärkung. Für die westeuropäische Wirtschaft war dieses Projekt auch unter dem Gesichtspunkt interessant, dass die zur Beförderung des Erdgases erforderlichen Röhren und technischen Gerätschaften in Deutschland (ZB Mannesmann) und Frankreich (Alsthom) hergestellt werden sollten. Das Erdgasröhrengeschäft verstieß also in zweifacher Weise gegen amerikanischen Interessen. Einmal gegen die von den USA definierten Sicherheitsinteressen, zum anderen gegen die, auch wenn dieses unausgesprochen blieb, machtvollen Interessen der amerikanischen Wirtschaft, welche dieses Röhrengeschäfte gerne selber gemacht hätte. Unter Völkerrechtlern auch in der westeuropäischen Staaten bestand kein Zweifel darüber, dass dieses amerikanische Gesetz völkerrechtswidrig sei.¹⁰⁹ Für den fiktiven Rechtsfall in Fall 3 ergibt sich dann folgendes: P schuldet Schadensersatz wegen Nichterfüllung, heute § 281 BGB, es sei denn er sei ohne sein Verschulden an der Erfüllung seines Vertrages gehindert worden. Das gesetzliche Verbot, einen Vertrag zu erfüllen, ist eine solche Entschuldigung. Es war daher zu fragen, ob das amerikanische Gesetz ein solches Verbot war. Dieses Gesetz war aber völkerrechtswidrig, als soweit es Wirkungen in Deutschland erzielen wollte. P kann sich darauf nicht berufen, er schuldet dem S Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

In einer zusammenwachsenden Weltwirtschaft ist es aber praktisch nicht mehr möglich, dass ein Gesetz sich ausschließlich im eigenen Staat auswirkt. Das deutsche Steuerrecht z. B. hat nachhaltige Wirkungen auf seine Nachbarstaaten, allerdings im wesentlichen positive, insofern deutsche Steuerflüchtlinge jede legale und ggfs auch (aus Sicht des *deutschen Rechts!*) illegale Möglichkeit nutzen, um ihr Vermögen nach Luxemburg, in die Schweiz oder nach Liechtenstein zu transferieren. Größere internationale Finanzierungsgesellschaften auch deutscher

¹⁰⁷ Sogar ein deutsches Gericht müsste P verurteilen: das Gesetz verstieße gegen Grundregeln des Völkerrechts und wäre daher gemäß Art. 25 GG verfassungswidrig und unwirksam.

¹⁰⁸ Immenga RIW Heft 5 : 1. Seite *Extraterritoriale Rechtsanwendung im American Style!*

¹⁰⁹ In England wurde sogar ein Gesetz erlassen, welches englischen Unternehmen verbot, diesem amerikanischen Gesetz zu gehorchen. Selbstverständlich wurde dieses amerikanische Gesetz in den europäischen Staaten nicht angewendet. Es blieb allerdings die Gefahr, dass die sehr heftigen Strafandrohungen in dem Augenblick verwirklicht werden würden, in welchem ein Vorstandsmitglied eines Unternehmens, welches verbotswidriger Weise an diesen Erdgas-Röhren Geschäft teilgenommen hat, seinen Fuß auf amerikanischem Boden sitzen würde. Es bestand weiter die Gefahr, das amerikanische Strafverfolgungsbehörden das in den USA liegende Vermögen der entsprechenden Unternehmungen konfiszieren würde.

Großunternehmen werden kaum noch in Deutschland gegründet, sondern aus Steuergründen in Amsterdam. Wenn sich der deutsche Gesetzgeber entschließen könnte, das Bankgeheimnis in derselben Weise zu schützen wie in der Schweiz, hätte dieses auf unser Nachbarland vermutlich höchst nachteilige Auswirkungen. Gesetze beziehungsweise deren Auswirkungen im Ausland, welche sich außerhalb des eigenen Staates auswirken, werden nur dann international anerkannt, wenn dieser Staat ein völkerrechtlich anerkanntes Interesse daran hat, wenn also hinreichende Anknüpfungspunkte bestehen, den entsprechenden Gegenstand zu regeln. Bei der Bestimmung solcher Kriterien wird darauf abzustellen sein, wo das Gesetz seine hauptsächlichsten Wirkungen entfalten wird. Aus diesem Grund wäre ein Gesetz gemäß Fall 1 von vorneherein völkerrechtswidrig, und im Fall 2 nur hinsichtlich seiner Wirkungen im Ausland.¹¹⁰ Im Fall 1 könnte Deutschland sicher kein völkerrechtlich anzuerkennendes Interesse daran geltend machen, eine solche Regelung mit Wirkung in England zu treffen. Im Fall 2 hatte sich die USA darauf berufen, dass dieses Embargo-Gesetz nur Geltung habe, wenn ein ausländisches Unternehmen technische Gerätschaften unter Verwendung von amerikanischen Patenten herstelle, oder wenn es sich um Tochtergesellschaften amerikanischer Gesellschaften handelte. Völkerrechtlich stellte sich also Fall die Frage, ob diese sehr lockere Verbindung zwischen der von dem Gesetz betroffenen Person und den USA ein hinreichender Anknüpfungspunkt war. Die Frage wurde allgemein verneint.

Im Fall 3 stellt sich die Frage ähnlich. Es ist an sich eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates, wenn eine bestimmte Gruppe von dessen Staatsangehörigen (Russen deutscher Volkszugehörigkeit) von einem anderen Staaten (hier Deutschland) als eigene Staatsangehörige reklamiert wird. Die Frage ist also, ob es ein hinreichender Anknüpfungspunkte für die Wirkungserstreckung der deutschen Vorschriften über die Staatsangehörigkeit ist, dass eine Person dem deutschen Volkstum angehört. Außerhalb Deutschlands und wird bzw wurde diese Frage sehr kritisch behandelt. Es kommt also in Betracht, dass ein russisches Gericht auf dem Erbfall russisches Recht anwendet, ein deutsches Gericht würde natürlich in deutsches Recht anwenden, und ein brasilianisches Gericht würde möglicherweise angesichts der völkerrechtlichen Unsicherheit in Bezug auf die Staatsangehörigkeit des R brasilianisches Recht als das Recht des letzten Wohnsitzes anwenden.¹¹¹

2. Anerkennung ausländischen Öffentlichen Rechts im IPR

Hoheitliche Maßnahmen anderer Staaten lassen wir uns nicht aufdrücken, wir wollen es anderen Staaten auch nicht zumuten, unsere hoheitlichen Maßnahmen zu erfolgen. Wird durch das IPR ein Recht, das inländische oder ein ausländisches, berufen, so

¹¹⁰ Berg/Nachtsheim RIW 03, 15f: Für die Wirkungserstreckung nationaler Gesetze über die nationalen Grenzen hinaus gilt das Auswirkungsprinzip (effects doctrine) , welches sich im Völkerrecht zum Territorialitätsprinzip konkretisiert.

¹¹¹ Diese von der Sowjetunion und auch sonst als völkerrechtswidrig angesehene Vorschrift wurde von Deutschland in besonderer Weise begründet: Sowjetbürger deutscher Herkunft waren in der Kriegszeit eben nicht wie sowjetische Staatsangehörige behandelt worden, sondern wie Deutsche, mit denen man sich in Kriegszustand befand.

gilt als Grundsatz, dass die gesamte ausländische Rechtsordnung anzuwenden ist.¹¹² Der deutsche Richter wirkt aber, wie ausgeführt, solche Normen des anwendbaren fremden Rechtes nicht anwenden, welche sich als Maßnahmen hoheitlicher Gewalt darstellen. Den ausländische Rohheitsakte und Gesetze werden im Inland nur anerkannt, wenn dieses in Staatsverträgen ausdrücklich vorgesehen ist. Das halten andere Staaten genauso. Wenn deutsche Gerichte auf Grund des deutschen IPR auf einen Auslandssachverhalt deutsches Recht anwenden, dann müssen sie das deutsche Recht darauf untersuchen, ob es auf diesen Auslandsachverhalt überhaupt anwendbar sein will. Spielt der Fall ausschließlich in Deutschland, ist es selbstverständlich, dass sämtliche Regeln des deutschen Rechtes gelten. Wird das deutsche Recht aber nur auf Grund des IPR auf einen Auslandssachverhalt angewendet, dann gilt der Grundsatz *was du nicht willst, das man dir tu, das füg auch keinem andern zu*.

Fall 4 ist ein Beispiel dafür, was damit gesagt wird. Das deutsche Landgericht hatte darüber zu befinden, wer der Erbe der in Peru verstorbenen deutschen Erblasserin war. E war zur Zeit ihres Todes deutsche Staatsangehörige. Gemäß Art. 25 EGBGB gilt: *die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt die dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte*. Die Frage, wer Erbe der E wurde, war also nach deutschem Recht zu entscheiden. Das deutsche Recht bestimmt in § 34 Heimgesetz, dass ein, im übrigen gültiges Testament, insofern ungültig ist, als der Insasse eines Heims (zB Altersheim) einen Mitarbeiter des Heims begünstigt. Das Testament der E wäre daher als ungültig anzusehen.

Diese Auslegung setzt aber unausgesprochen voraus, dass das deutsche Heimgesetz auf der ganzen Welt gelten soll, wo immer sich deutsche Staatsangehörige in irgendwelchen gut oder schlecht geführten Heimen befinden. Der Zweck des Gesetzes ist klar: eine unangemessene Beeinflussung des Heiminsassen durch einen Heimmitarbeiter kann eine Gefahr für die freie Willensbetätigung des Erblassers sein. Die Zustände in deutschen Altersheimen können wir durch Gesetz und Verwaltungsvollzug einigermaßen beurteilen. Aber was wissen wir, wie die Dinge im Ausland liegen? Wir müssen es den jeweiligen Staaten überlassen, wie diese ihre Heime organisieren. Das Heimgesetz will daher, richtig verstanden, nur Sachverhalte regeln, welche sich in deutschen Heimen abspielen. Die Möglichkeit, das sich in ausländischen Heimen auch deutsche Staatsangehörige befinden, ist kein hinreichender Anknüpfungspunkt, um die Wirkung des Gesetzes über die deutschen Grenzen hinaus zu erstrecken. Das deutsche Heimgesetz beansprucht keine Wirkung im Ausland. Obwohl also deutsches Recht auf dem Erbfall anwendbar war, galt das Heimgesetz hier nicht. Der Heimleiter erbte.

Ähnlich ist die Lösung im Fall 5. Die Parteien sind frei, ihren Vertrag dem deutschen Recht zu unterstellen, und das Gericht in Zürich wird das beachten. Dieses würde insbesondere früher Qualitätsmängel gelten, welche X in Bezug auf die Panzer geltend machen würde. Das deutsche Kriegswaffenkontrollgesetz ist zwar Teil des deutschen Rechts. Dieses Gesetz greift hoheitlich in die Vertragsfreiheit ein. Es ist öffentliches Recht., es dient nicht den privaten Interessen, sondern

¹¹² Palandt – Heldrich Art. 3 EGBGB RN 5

deutschen politischen Interessen. Da dem Vertrag jeder Anknüpfungspunkt zu Deutschland fehlt, wird das Gericht in Zürich dieses Gesetz nicht beachten; das Gesetz beansprucht nicht einmal selber, außerhalb der deutschen Grenzen zu gelten. Der Vertrag ist also gültig.

3.Kartellrecht¹¹³

Das deutsche Kartellrecht gilt in Deutschland, das amerikanische in Amerika und das Europäische in der Europäischen Union. Diese an sich richtige Aussage ist aber auf Grund der wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen Europa und Amerika stark zurückzunehmen. Im Bereich der Fusionskontrolle wirken sich die vermuteten oder wirklichen Wettbewerbsverzerrungen nicht nur in dem Lande aus, in welchem die fusionierten Unternehmen ihren Sitz haben, sondern typischerweise überall, wo diese im Markt auftreten. Würden Volkswagen AG und DaimlerChrysler AG miteinander fusionieren, hätte das Auswirkungen nicht nur auf dem deutschen Automobilmarkt sondern auch auf alle Märkte, in welchem diese beiden Unternehmen tätig sind. Es liegt daher nahe, dass das amerikanische Recht sich für zuständig hält, eine Fusion von DaimlerChrysler und Volkswagen zu verbieten, auch wenn beide Unternehmen nicht dem amerikanischen Recht unterstehen.

Dieses gilt auch umgekehrt aus europäischer Sicht. Wenn amerikanische Unternehmen, welche ausschließlich ihren Sitz in den USA haben, sich zusammenschließen oder wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen treffen, dann ist das ein Verstoß auch gegen das Europäische Kartellrecht, insofern sich diese Maßnahmen auf den EU - Markt auswirken. Die europäische Kartellbehörde würde dann die Fusion untersagen und den gemeinsamen Marktauftritt der - unter dem Gesichtspunkt des Europäischen Rechtes illegaler Weise - fusionierten Unternehmen mit Strafgeldern belegen.

¹¹³ Berg/Nachtsheim RIW 03, 15f : *Zusammenstöße zwischen multinationalen Unternehmen und Fusionskontrolle*

3. Teil

Internationales Zivilprozessrecht

1. A gründet in Nassau/ Bahamas eine 1 –Dollar – AG. Über diese erwirbt und verwaltet er großen Grundbesitz im Ruhrgebiet. Daneben verfügt er über Privatvermögen. A lebt in Siegen, in Nassau gibt es in Bürogemeinschaft mit anderen ihm nicht gehörigen Gesellschaften einen Telefonanschluß seiner Gesellschaft, unter dem sich gelegentlich, aber nicht immer eine Sekretärin meldet. Gläubiger G, der wegen seiner Forderungen gegen die AG keine Befriedigung findet, verklagt A persönlich auf Zahlung. Wird G Erfolg haben?

Stichworte: Anerkennung der juristischen Personen; Unterschied EU – Recht / andere Staaten

2. Der in Deutschland wohnende D gründet in England eine Gesellschaft, die Centros Ltd und ist ihr alleiniger Gesellschafter mit 300 DM Stammkapital. Nach dortigem Recht geht das. Die Gesellschaft tut in England aber gar nichts. Sie errichtet in Deutschland ein Filiale am Wohnort des D. Von hier aus betreibt D bzw die Geschäfte. Fiktive Ergänzung des Falles: Der Gläubiger G, welcher der Centros Ltd für 100.000 EUR Waren geliefert aber nicht bezahlt bekommen hat, verlangt von D an seinem Wohnort Bezahlung. Zu recht?¹¹⁴

Stichworte: Niederlassungsfreiheit gemäß EGV; Umgestaltung des nationalen Gesellschaftsrechts durch EU – Recht. .

I. Verfahrensrecht der *Lex fori*

1. Ausgangspunkt

Jeder Rechtsbereich, ob Privatrecht, öffentliches Recht oder Strafrecht, zerfällt in das materielle und in das formelle Recht.¹¹⁵ Der Unterschied für das wirkliche Leben besteht oft nicht im materiellen Recht, sondern darin, ob und wie dieses angewendet wird. Das ist aber eine Frage des formellen Rechts. In einem Bild: das materielle Recht ist die fertige Mahlzeit, das formelle Recht das Kochbuch. Oder: das materielle Recht ist das Ziel, das formelle Recht gibt die Wegbeschreibung. Oder:

¹¹⁴ EuGH NJW 2027; der Fall spielte in Wahrheit in Dänemark, und es ging doert zunächst nur um die Registrierung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Ergänzung um den fiktiven Anspruch ist aber die die notwendige praktische Ergänzung des Problems. Vgl. auch Überseeringfall EuGH JZ 03, 947

¹¹⁵ Die Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Recht geht also gleichsam quer durch die Rechtsbereiche. Das materielle Recht ist das, worauf es wirklich ankommt! Wenn der Bürger von Recht spricht, meint er dieses. Aber es ist ein großer Fehler, die Bedeutung des formellen Rechtes zu unterschätzen. Es zeigt sich vielfach, dass auch Unrechtsregime, wie etwa die ehemals kommunistischen Staaten ein fast einwandfreies materielles Recht hatten. Auch während der NS Diktatur war die freiheitliche allen rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechende Weimarer Reichsverfassung niemals aufgehoben. Sie wurde nur nicht befolgt.

das materielle Recht ist der Speicherinhalt, das formelle Recht aber das Programm, welches den Zugriff auf den Speicherinhalt ermöglicht. Formelles Recht sind insbesondere die Verfahrensordnungen. Diese sagen dem Richter bzw. den staatlichen Organen, nach welchen Spielregeln die juristische Mahlzeit gekocht, das Ziel angesteuert, der Speicherinhalt abgerufen wird, wie also ein bestimmter materieller Anspruch auf seine Berechtigung geprüft wird und rechtskräftig festgestellt oder abgewiesen wird. Die Zivilprozessordnung, ZPO¹¹⁶ mit den Spielregeln für den bürgerlichen Rechtsstreit vor Gericht ist zugleich das Muster für die andere Gerichtsverfahrensordnungen (Verfassungsgerichts-, Verwaltungs-, Sozial-, Arbeitsgerichtsordnung).

Das internationale Wirtschaftsrecht befasst sich in erster Linie wohl mit dem materiellen Recht - aber das ist schon fraglich. Es reicht z.B. nicht die Feststellung, dass Kunstfehler den Arzt auch nach USA-, japanischen – usw. Recht zum Schadensersatz verpflichten. Von entscheidender praktischer Bedeutung – auch für die Bewertung des vom Kläger ggfs zu tragenden Kostenrisikos - ist, welche Anforderungen ein Gericht an den Beweis des Fehlers, der Schuld und Ursächlichkeit stellt, welches Gericht zuständig ist, ob dessen Urteile ggfs dort vollstreckt werden können, wo sich Vermögen des Schuldner findet usw.¹¹⁷ Das aber sind Fragen des Verfahrensrechts.

2. Grundsatz der Geltung des am Gerichtsort geltenden Prozessrechts

Die Parteien können das materielle Recht, also das *was* gelten soll, frei vereinbaren. Der weltweite Grundsatz besagt aber, dass sie grundsätzlich nicht darüber verfügen können, *wie*, nach welchen Verfahrensregeln, das Recht angewendet wird. Dieser Grundsatz ist nur die juristische Ausprägung einer viel allgemeineren Regel.

In England fährt man links. Wäre es für Deutsche nicht klüger, sich auch in England so zu verhalten wie alle vernünftigen Autofahrer auf dem Kontinent, also rechts fahren? Das englische Straßenverkehrsrecht schreibt nicht vor, *was* ich fahre, ich kann also ein ausländisches Auto ins Land bringen; es sagt mir aber, *wie* ich fahren muß. Im Hause des Verfassers wird vor den Mahlzeiten ein Tischgebet gesprochen. Sollte er das ändern, wenn ein zB religionsfremder Chinese an der Mahlzeit teilnimmt? Wenn ich mich aber an meinem Ort nicht an meine eigenen Regeln halte, wie soll der Chinese wissen, wie er sich verhalten soll? Ein altes Sprichwort sagt: *In Rom mach`s wie die Römer*, es sagt nicht *was*.

Der genannte Grundsatz schließt nicht aus, dass die Parteien im von der *lex fori* zugelassenen Rahmen bestimmte Vereinbarungen hinsichtlich des Verfahrens treffen Solche *Prozessvereinbarungen* sind etwa nach deutschem Recht in verhältnismäßig weitem Rahmen zulässig.¹¹⁸ Damit können die Art der im Prozess

¹¹⁶ Die Unterscheidung zwischen materiellem und formellen Recht ist keine deutsche Spezialität. Wie der frz. Code Civil das Gegenstück zum deutschen BGB ist, so der frz. Code de Procédure Civil das Gegenstück zur ZPO.

¹¹⁷ Zweigert/Kötz S. 5

¹¹⁸ vgl. Aden S. 11 ff

zugelassenen Beweismittel und ihr Gebrauch, aber auch die einzuhaltenden Fristen geregelt werden. Das Verfahrensrecht als Teil des öffentlichen Rechts ist in den meisten Staaten jedoch recht starr und steht grundsätzlich nicht in der Verfügung der Parteien. Solche Verfahrensvereinbarungen sind daher selten. Sie haben aber eine große Bedeutung im Schiedsverfahren, s. u. Praktisch gilt also: Der Ort, an welchem das mit der Sache befasste Gericht sitzt, entscheidet über das Verfahrens- oder Prozessrecht.

Haben die Parteien ihren Vertrag dem deutschen Recht unterstellt, ist aber das Landgericht Graz kraft Gesetzes oder Vereinbarung zuständig, so wendet dieses Gericht das deutsche materielle, aber das österreichische formelle Recht (öZPO) an.

3. Qualifikationsfragen: Was ist Prozessrecht ?

Der Unterschied zwischen *Wie + Was*, zwischen materiellem und formellem Recht, ist nicht immer eindeutig. Auch hier gilt die *lex fori*. Das am Gerichtsort geltende Recht entscheidet, ob eine Rechtsfrage dem materiellen oder dem formellen Recht angehört.

Beispiel: Die Verjährungsregel nach §§ 194 ff BGB gelten als Teil des materiellen Rechts. Untersteht eine Forderung dem deutschen Recht, z.B. weil der Vertrag, aus dem sie stammt, dem deutschen Recht unterliegt, dann verjährt sie nach § 194 ff BGB. Wird diese Forderung aber vor einem englischen Gericht eingeklagt, dann wird dieses das deutsche Recht hinsichtlich der Fragen anwenden, ob der Vertrag gültig geschlossen, die Gegenleistung wirksam geleistet war, ob die Forderung sonst fällig ist usw, aber es wird nach seiner *lex fori* vielleicht zu dem Urteil kommen, dass die Verjährung eine Frage nicht des materiellen Rechts ist, sondern des formellen, also des Prozessrechtes, sodass nicht §§ 194 BGB, sondern die englischen Verjährungsregeln greifen.¹¹⁹

II. Anerkennung der ausländischen Juristischen Person - Parteifähigkeit

1. Sitztheorie

Die erste Frage eines Gerichts die Frage der Parteifähigkeit der Parteien. Gemäß § 50 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Die Parteien eines internationalen Rechtsstreites sind in der Regel keine natürlichen, sondern juristische Personen. Die erste Frage ist daher die nach der Rechtsfähigkeit der auf der Kläger - oder Beklagenseite auftretenden ausländischen Personengruppierung.

Für die Beurteilung der Frage, ob eine im innen oder Ausland bestehende Personengruppierungsrechtspersönlichkeit hat, stehen im internationalen Rechte grundsätzlich zwei Theorien zur Verfügung, einmal die Sitztheorie und einmal die Gründungstheorie. Die Sitztheorie gilt vereinfacht gesagt im europäischen Rechtskreis, also insbesondere in Deutschland.

¹¹⁹ vgl. Kegel S. 113 m.N.

Die Sitztheorie wird wohl am besten den folgenden Worten des BGH beschrieben:

*Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist bei der Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person entsprechend der Sitztheorie das Recht des Staates maßgebend, in dem die juristische Person ihren Verwaltungssitz hat, wobei es nicht auf den in der Satzung genannten, sondern auf den tatsächlichen Verwaltungssitz ankommt. Das gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und sodann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt. Die einmal erworbene Rechtsfähigkeit setzt sich nicht ohne weiteres in Deutschland fort. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates fortbesteht, und ob sie nach deutschem Recht rechtsfähig ist.*¹²⁰

Im Fall 1, bestand nach der Gründungstheorie kein Zweifel an der Rechtsfähigkeit der Bekl., denn die Gesellschaft war auf den Bahamas registriert und nach dortigem Recht rechtsfähig. Es bestanden aber Zweifel daran, ob die Gesellschaft dort auch ihren Sitz habe. Das auf den Briefköpfen der Gesellschaft angegebene Büro war sporadisch besetzt, und ersichtlich lag das Hauptinteresse der Gesellschaft bei der Verwaltung ihres deutschen Grundbesitzes. Allerdings konnte der Beklagte darlegen, dass hin und wieder von den Bahamas aus Geschäftstätigkeiten entwickelt wurden. Das Gericht konnte sich daher nicht entschließen, der Gesellschaft in Deutschland die Anerkennung als rechtsfähig zu verweigern. Die gegen den Alleingesellschafter gerichtete Klage auf Zahlung der Gläubiger wurde daher abgewiesen, da nicht dieser, sondern die Gesellschaft der richtige Beklagte sei. Die Gesellschaft musste aber an ihrem Geschäftssitz, Nassau / Bahamas verklagt werden.

2. Gründungstheorie

Die Gründungstheorie gilt im englischen Rechtskreis. Diese Theorie sagt, dass sich die Rechtsfähigkeit einer Personengruppierung nach dem Rechte des Staates bemisst, nach dessen Gesetzen sie errichtet worden ist, und zwar unabhängig davon, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat oder ihre Tätigkeit aufnimmt. Diese hat in Deutschland dann Bedeutung, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag sie für anwendbar erklärt. Das ist zB im Freundschaftsvertrag von 1954¹²¹ der Fall. Darin ist gesagt, dass sich der rechtliche Status einer Personengruppierung danach bemisst, ob sie im Gebet eines Vertragspartners wirksam errichtet worden ist. Eine in Übereinstimmung mit US-amerikanischen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft ist daher als rechtsfähiges Gebilde anzuerkennen. Nur weil der Deutsch – Amerikanische Vertrag das so vorsieht. Im Verhältnis zu anderen Staaten gilt weiterhin die Sitztheorie

¹²⁰ BGH v. 29. 1.03 NJW 03, 1607

¹²¹ v. 29. 10 1954 BGBI II, 1956, 487

	Vorteile	Nachteile
Sitztheorie	Das Recht an dem Ort, wo die Gesellschaft im wirklichen Leben Geschäfte macht, entscheidet. Verhinderung von Missbräuchen durch unzureichend ausgestattete Gesellschaften.	Die Rechtsfähigkeit muss von Fall zu Fall festgestellt werden und kann je nach dem Umfang der Geschäfte mal bejaht, mal verneint werden. Die Rechtsfähigkeit kann in jedem Staat, welcher dieser Theorie folgt anders gesehen werden. Ausld. Gesellschaft kann in Deutschland rechtsfähig, in der Schweiz nicht rf sein usw.
Gründungs- theorie	Eindeutige Aussage möglich, ob Gesellschaft existiert oder nicht, und zwar unabhängig von Zeit und Ort.	Unterkapitalisierte weltweit operierende Schummel- und Briefkastengesellschaften können seriöse Gesellschaften unterlaufen.

3. Centros Fall ua des EuGH

a. Der Fall

Die Frage der Anerkennung einer im Ausland gegründeten juristischen Person hat auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für die Fälle eine besondere Bedeutung erlangt, in denen es sich um Gründungen aus dem EU-Ausland handelt. So im Fall 2. Es ist zu prüfen, ob Kläger einen direkten Anspruch gegen den beklagten hat, obwohl der Vertrag mit Centros Ltd geschlossen worden.

Für die Schulden einer rechtsfähigen Gesellschaft haftet nur diese, nicht der Gesellschafter, auch wenn er ihr Alleingesellschafter ist. Voraussetzung ist aber, dass es sich wirklich um eine jur. Person handelt. Hier war also zu prüfen, ob die Centros in Deutschland juristische Person ist. Nach deutschem Recht entscheidet Recht des Ortes, wo die angebliche jur. Person ihre hauptsächliche Geschäftstätigkeit entfaltet bzw ihren Hauptsitz hat, darüber ob eine Personengruppe Rechtspersönlichkeit hat. (Sitztheorie). Hiernach lag der Sitz in Deutschland. Eine Gesellschaft, die nur mit dem eingesetzten Kapital haftet, kann hier nur nach den Regeln des deutschen Gesellschaftsrechts, zB als GmbH, gegründet werden. Mindestkapital ist dabei 25.000 EUR. Die Centrosgesellschaft hatte aber praktisch kein Kapital. Diese „Gesellschaft“ gibt es also nach deutschem Recht gar nicht. Wenn D im Namen dieser „Gesellschaft“ Geschäfte machte, dann handelte nicht eine juristische Person, sondern er selbst; er haftet daher auch persönlich.

Diese Lösung von Fall 2 wäre bis zur Entscheidung im Centrosfall des EuGH 1999 ziemlich zweifelsfrei gewesen.. Seit in dieser Entscheidung, welche seither durch mehrere Entscheidungen bekräftigt worden ist, ist diese Lösung zweifelhaft geworden. Der in den betreffenden Entscheidungen des EuGH ausgesprochene Grundsatz kann wie folgt zusammengefasst werden:

- Wenn eine Gesellschaft in irgend einem EU- Staat rechtsfähig ist, dann ist sie es ohne Rücksicht auf das jeweilige nationale Recht eines anderen EU-Staates in allen anderen EU-Staaten auch.¹²²

¹²² EuGH JZ 03,947: (Überseering): Leitsatz 1: *Es verstößt gegen die Art. 43 EG und 48 EG, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist, und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinem nationalen*

- Aus diesem Grundsatz folgt ein weiterer: Da der EG Vertrag Freizügigkeit innerhalb der EU vorsieht, kann eine solche Gesellschaft überall in der Filialen betreiben.

Wer über die „Geschäftsstelle“ der Centros in D also Geschäfte macht, tut das nicht mit D, sondern mit der englischen juristischen Person, für deren Schulden der Alleingesellschafter nicht haftet.¹²³

b. Würdigung der Centros - Entscheidung

Aufgrund dieser Entscheidungen haben sich eine Fülle von Rechtsfragen ergeben, welche das Verhältnis von nationalem und europäischem Gesellschaftsrecht betreffen. Es lassen sich zwei Hauptaspekte unterscheiden:

Einmal: Die Centros Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes wird dazu führen, dass das nationale Gesellschaftsrecht in den Mitgliedstaaten der EU obsolet wird. *Das Wasser fließt nach unten* – lautet ein Sprichwort. Unternehmer in den EU-Staaten, welche die Gründung einer juristischen Person planen, werden daher im Zweifel nicht das verhältnismäßig umständliche und teure deutsche GmbH -Recht wählen, sondern den einfachen Weg nach England nehmen, oder Irland, Luxemburg oder wo immer ähnliche Regeln bestehen.

Zum anderen: Die andere Meinung geht dahin, dass zwar die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit ein für allemal in der gesamten Europäischen Union durch das Recht des Staates begründet wird, in welchem die Gesellschaft wirksam gegründet ist. Das schließe aber nicht aus, dass eine solche Gesellschaft hinsichtlich ihrer weiteren gesellschaftsrechtlichen Pflichten nach den Regeln des jeweiligen nationales Rechts behandelt werde.¹²⁴ Eine in England ohne nennenswerten Kapitaleinsatz gegründete Gesellschaft wäre daher in Deutschland und überall in der EU rechtsfähig, obwohl sie es nach deutschem Recht eigentlich nicht wäre, aber Einzelfragen des Gesellschaftsrechts, zB Regeln des Kapitalersatzes gemäß § 30 Art GmbHG, ua würden auch für diese Gesellschaft gelten.¹²⁵

Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.

¹²³ ¹²³ EuGH JZ 03,947: (Überseering): Leitsatz: 2: *Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Art. 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt. .*

¹²⁴ vgl. LG Frankenthal NJW 03, 762: *Hat die ausländische Gesellschaft im Gründungsstaat keinen effektiven Sitz, dann dürfen die Normen des europäischen Rechts nicht dafür missbraucht werden, die deutschen Gründungsvorschriften zu umgehen.*

¹²⁵ gds. Altmeppen aaO

III. Anerkennung ausländischer Urteile und Entscheidungen

1. Das Finanzamt Stuttgart hat den in Zürich wohnenden Deutschen S zur Zahlung einer Erbschaftsteuer in Höhe von 5 Millionen EUR wegen eines in Deutschland angefallenen Erbes veranlagt. Der Bescheid ist rechtskräftig. Das FA Stuttgart erlässt nun eine Pfändungsverfügung gemäß AbgabenO, wonach das Wertpapierdepot des S bei der Zürcher Kantonalbank, Zürich Bahnhofstraße, gepfändet wird. Geht das?

2.(Fiktiver Fall) V hat in Florida/ USA eine Wohnung, welche er dem in Freiburg wohnenden M vermietet hat. V hatte von M rückständigen Mietzins für die Zeit vom 1. 1 – 31.12. 2002 in Florida eingeklagt, wurde aber dort mit der Klage abgewiesen, weil das Gericht – nach Meinung des V völlig zu Unrecht – dem M aufrechenbare Gegenansprüche zugebilligt hatte. V erhebt nun Klage gegen M vor dem Landgericht Freiburg, um zu seinem Recht zu kommen. Geht das ?

3. A, wohnhaft im Ruhrgebiet, hatte bis zum Jahre 2000 im US – Bundesstaat N. Geschäfte betrieben, ua mit G. Im US – Bundesstaat M. hatte er Grundvermögen, welches aber am 1.1. 02 in fremde Hände ging. Mit Klage, die am 30. 12. 01 bei einem Gericht des Staates A einging, verklagt G den A auf USD 10 Mio Schadensersatz aus der damaligen Beziehung. A meint, wenn G etwas von ihm wolle, solle er ihn in Braunschweig verklagen und tut nichts. G erhält ein Versäumnisurteil und beantragt bei dem zuständigen deutschen Landgericht die Vollstreckung gegen A anzuordnen.¹²⁶ Zu Recht?

Stichworte: Internationale Zuständigkeit; Vollstreckung ausländischer Urteile.

4. Eine Gesellschaft aus Zypern hatte sich verpflichtet, in Libyen Anlagen zu errichten. Sie beauftragte die beklagte Bank, eine türkische Bank mit Hauptsitz in Ankara, eine Garantie für den libyschen Auftraggeber zu erstellen. Sie meint die Bekl. habe sich bei der Abwicklung der Garantie fehlerhaft verhalten und verlangt von der Bekl. Bank Schadensersatz. Die Kl. erhebt vor dem Landgericht Frankfurt Klage mit der Begründung, dass die Bekl. in Frankfurt am Konten unterhalte. Die Bekl. bestreitet die Zuständigkeit des Landgerichts Frankfurt.¹²⁷ Wer hat recht?

Fiktive Ergänzung: Das LG Frankfurt akzeptiert seine Zuständigkeit und verurteilt die Beklagte zur Zahlung von 1 Mio EUR. Kläger will das Urteil in der Türkei vollstrecken. Geht das?

Stichworte: internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Vermögens

1. Grundsatz der Nichtanerkennung ausländischer Hoheitsakte

Ausländische Hoheitsakte werden im Inland grundsätzlich nicht anerkannt und gelten als nicht geschehen. Die nach der deutschen AbgabenO zulässige Pfändungsverfügung des Finanzamts Stuttgart ist aus Sicht der Schweizer Behörden

¹²⁶ BGH v. 29.4.99 ZIP 99, 1226 (= EWIR Aden 200, 55)

¹²⁷ BGHv. 2.7.91 RIW 91, 856

ein ausländischer Hoheitsakt. Er gilt als nicht erlassen, er wird von der Schweiz nicht beachtet. S braucht sich, solange er sich in der Schweiz aufhält, darum nicht zu kümmern. Für Gerichtsurteile, die ebenfalls Hoheitsakte sind, gilt daher grundsätzlich dasselbe.¹²⁸ Ausländische Hoheitsakte werden im Inland nur aufgrund eines inländischem Gesetzes oder einer zu inländischem Gesetz gewordenen internationalen Vereinbarung beachtet.

Es ist aber für die eigene Wirtschaft praktisch, wenn unsere Gerichtsurteile in anderen Staaten anerkannt werden. Wenn wir das wollen, müssen wir aber auch fremde Gerichtsurteile bei uns anerkennen. Umgekehrt ist es sinnvoll, dass wir Entscheidungen, die im Ausland bereits abgeschlossen sind, übernehmen. Gerichtsurteile eines ausländischen Gerichts sind, wie die Formulierung des Paragraphen (...*ist ausgeschlossen, wenn...*) zeigt, in Deutschland daher grundsätzlich anzuerkennen, § 328 ZPO, wenn nicht die Gegengründe gemäß § 328 I Nr. 1- 5 bestehen.

Im Fall 2 besteht daher keine Veranlassung, „das Rad noch einmal zu erfinden“ Der Fall spielte in Florida, und solange nicht Gründe gemäß § 328 I 1 – 5 ZPO geltend gemacht werden, besteht kein Grund, das dortige Urteil zu missachten. Das Landgericht Freiburg wird also die Sache als rechtskräftig abgeschlossen, *res judicata*, ansehen und eine erneute Klage nicht zulassen. Urteilsanerkennung hat also im wesentlichen zwei Bedeutungen:

- Die Sache ist auch für uns erledigt. In allen Fällen, in denen es darauf ankommt, geht auch unser Recht davon aus, dass es so ist, wie im Ausland entschieden wurde.
- Ein anerkennungsfähiges Urteil, welches einen vollstreckbaren Inhalt hat, kann gemäß §§ 722 f ZPO vollstreckt werden.

2. Bedeutung der Zuständigkeit

Wichtigste Voraussetzung für die Anerkennung eines fremden Hoheitsaktes ist, dass die erlassende Behörde aus unserer Sicht örtlich zuständig war, über die Sache zu entscheiden. Im Inland gibt die örtliche Zuständigkeit an, welches Gericht einen bestimmten Rechtsfall entscheiden darf, §§ 12 ZPO. Im internationalen Wirtschaftsverkehr entspricht diesem Begriff die Internationale Zuständigkeit. Diese gibt an, welches ausländische (oder auch inländische) Gericht aus deutscher Sicht zuständig ist, über einen Fall zu entscheiden.

Häufig ist in derselben Sache für dieselbe Person an mehreren Gerichten eine örtliche Zuständigkeit begründet sein. Der Kläger kann sich dann aussuchen, wo er

¹²⁸ . Das gilt auch für Strafurteile. Grundsätzlich kümmern wir uns nicht darum, ob ein in- oder ausländischer Bürger durch ein ausländisches Gericht zu einer Strafe verurteilt worden ist. Er in Griechenland oder Uruguay wegen einer Straftat zu zehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, kann in Deutschland grundsätzlich frei herum spazieren., und umgekehrt, er muss nur seinen Aufenthaltsstaat so aussuchen, dass es kein Auslieferungsabkommen gibt. Deutschland hat mit allen Staaten, welche ihm zivilisatorisch gleichstehen, solche Auslieferungsabkommen geschlossen, sodass Deutschland kein geeigneter Fluchtstaat für im Ausland verurteilte Straftäter ist.

die Klage anhängig machen will. Aus dem Gesetz kann sich für bestimmte Fälle eine ausschließliche Zuständigkeit nur eines bestimmten Gerichts ergeben, zB der ausschließliche dingliche Gerichtsstand, § 24 ZPO. Ein solcher kann auch vereinbart werden.

§ 328 ZPO bestimmt: *Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen,*

1. wenn die Gedichte des Staates, dem das ausländische Gericht angehört, nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig sind.....

§ 328 ZPO findet unmittelbar nur noch dann Anwendung, wenn zwischen Deutschland und dem Staat, dessen Gerichtsurteile anzuerkennen sind, kein Gerichtsstands - und Vollstreckungsabkommen besteht. Im Verhältnis zu seinem Haupthandelspartnern in der EU gibt es die europäische VO in Zivil und Handelssachen EuGVVO, im Verhältnis zu den meisten anderen wichtigen Staaten, bestehen zweiseitige Vollstreckungsabkommen. § 328 ZPO hat daher heute seinem Hauptanwendungsbereich im Deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr. Die in § 328 niedergelegten Grundsätze sind aber praktisch unverändert in allen Vollstreckungsabkommen enthalten. Vom herausragender Bedeutung hier wie in dem Vollstreckungsabkommen ist der Begriff der internationalen Zuständigkeit.

3. Nationale örtliche Zuständigkeit

Der gesetzliche Gerichtsstand gilt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder – nach der *lex fori* - nichts anderes vereinbaren dürfen.¹²⁹ Der vereinbarte oder Wahlgerichtsstand gilt, wenn die Parteien zulässigerweise einen ausschließlichen oder neben den gesetzlichen Gerichtsständen einen oder mehrere zusätzliche Gerichtsstände vereinbart haben.

Man unterscheidet zwischen dem allgemeinen und besonderen Gerichtsstand. Der *allgemeine Gerichtsstand* knüpft an den Wohnsitz bzw. Aufenthalt des Beklagten an und gilt, wie der Name sagt, für allgemeine Streitsachen, wenn nicht kraft Gesetzes etwas anderes gilt. Der *besondere Gerichtsstand* knüpft an andere Kriterien an wie den Streitgegenstand, zB § 24 ausschließlicher Gerichtsstand für Streitigkeiten betreffend Immobilien., § 32 Besonderer Gerichtsstand des Tatorts. Diese Unterscheidungen sind nicht auf das deutsche Recht beschränkt, sie begegnen eigentlich überall.¹³⁰

4. Wohnsitzgerichtsstand

Eine weltweit geltende Regel des Zivilprozessrechts lautet: Örtlich zuständig ist das Gericht an dem Ort, oder Beklagte seinen Wohnsitz hat, und zwar – das ist nämlich eigentlich der Pfiff der Regel - wenn er sich dort gerade nicht aufhält. Für das deutsche Recht folgt das aus § 12 ZPO: *Das Gericht, bei dem eine Person ihren*

¹²⁹ Das ist zum Beispiel der Fall, wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand vom Gesetz vorgesehen ist, § 40 II 2 etwa in Verbindung mit § 24.

¹³⁰ Vgl. Art. 42 NCPC

*allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen sie zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.*¹³¹

Der Gerichtsstand des Wohnsitzes ist praktisch der bei weitem wichtigste. Die Anknüpfung an den Wohnsitz ist verhältnismäßig einfach. Sie kann gelegentlich dann schwierig werden, wenn der Bekl. sich nur unregelmäßig dort aufhält und im übrigen sein Leben auf Segelyachten und in den Belustigungszentren in der Welt verbringt. Kann ein Wohnsitz, *domicile*, nicht festgestellt werden, aber nur dann, genügt der schlichte Aufenthaltsort, um einen Gerichtsstand zu begründen. Das führt gelegentlich zu Schwierigkeiten. Wohnsitz ist an sich an den Orten, Hotels oder Badestränden, begründet, wo man sich nur so aufhält.

Der Gerichtsstand des Wohnsitzes in gilt auch für juristische Personen, dann Verwaltungssitz. Es kommt im Sinne der deutschen Sitztheorie auf den wirklichen Sitz im Sinne von Schwerpunkt der Tätigkeit an.

5. Spiegelbildtheorie

§§ 12 ff ZPO und auch eine Reihe von Sondergesetzen enthalten Vorschriften darüber, welches Gericht in Deutschland örtlich zuständig ist. Eine ausdrückliche oder zusammenhängende gesetzliche Regelung der internationalen Zuständigkeit gibt es bei uns nicht.

Eine solche Regelung ist vielleicht nicht einmal erforderlich. Die deutsche Rechtsprechung geht nach dem Grundsatz vor, dass ausländische Gerichte nicht mehr aber auch nicht weniger Rechte haben sollen, als wir für uns selber in Anspruch nehmen. Die sogenannte Spiegelbildtheorie des Bundesgerichtshofs besagt daher: War das ausländische Gericht, bei unterstellter Geltung des deutschen Rechtes dort, nach deutschem Recht zuständig, so erkennen wir dieses Gericht als international zuständig an. Deutschland hat nicht darüber zu bestimmen, wie ein anderes Land seine Gerichtsverfassung geregelt. Es geht uns daher nichts an, ob zB in Frankreich ein bestimmtes Gericht, etwa das Landgericht Reims, örtlich oder sachlich zuständig war oder nicht vielleicht eher das Verwaltungsgericht in Rennes. Es genügt, nach dieser Spiegelbildtheorie, dass irgendein Gericht in dem jeweiligen Staat zuständig ist. Es ist also ggfs nicht die Frage, ob zB das Landgericht Paris international zuständig war, sondern ob die Internationale Zuständigkeit der französischen Gerichtsbarkeit gegeben war.

Im Fall 1 war der allgemeine Gerichtsstand des A an seinem Wohnsitz in Deutschland, § 12 ZPO, mithin war auch die Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit gegeben. Das schließt aber nicht die Möglichkeit der internationalen Zuständigkeit auch eines anderen Staates aus.

¹³¹ Das französische Recht sagt dieses mit fast denselben Worten, Art. 42 NPCP: *Die örtliche Zuständigkeit ist, vorbehaltlich einer anderen Bestimmung, die des Wohnsitzes des Belagten.*

Es war zu prüfen, ob amerikanische Gerichte neben den deutschen international zuständig für Klagen gegen A waren. A hatte zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage Vermögen in Amerika gehabt. Das deutsche Recht kennt § 23 ZPO, wonach für eine im Ausland oder unbekannt wohnende Person ein inländischer Gerichtsstand auch dort gegeben ist, wo sich Vermögen dieser Person befindet. Ist diese, nach der Spiegelbildtheorie geeignet, auch eine internationale Zuständigkeit zu begründen?¹³²

Diese Vorschrift wurde zu Gunsten des amerikanischen Klägers angewendet, obwohl das Recht des entsprechenden amerikanischen Bundesstaats eine solche Zuständigkeitsregelung nicht kennt. Die Internationale Zuständigkeit der amerikanischen Gerichtsbarkeit in Deutschland wurde bejaht. Folglich war die wichtigste Voraussetzung für die Anerkennung des Urteils in Deutschland gemäß § 328 ZPO gegeben.

Die Spiegelbildtheorie gilt auch umgekehrt. Ergibt keine Zuständigkeit, so ist ein Gericht dieses Staates auch nicht international zuständig. Das können andere Staaten definieren aber vielleicht den Begriff Wohnsitz anders, etwa in dem Sinne: Wo eine Person ist, da ist auch ihr Gerichtsstand. Es kann aber auch die Auslegung des Begriffs Wohnsitz variieren. Nach unserm Rechtsverständnis ist ein Wohnsitz nur dann begründet, wenn sich jemand sich mit Bleibewillen aufhält. Was ist aber ein Bleibewille. Genügt es, wenn ich vorhabe, 14 Tage (1, 2, 3 usw Monate) in einem bestimmten Hotel zuzubringen? Ist mein Wohnsitz in einem Luxushotel schon am ersten Tag begründet, auch wenn ich mich erst nach 14 Tagen entschieße, hier im Sommer zuzubringen?

6. Wahlgerichtsstand

Von besonderer Bedeutung im Internationalen Wirtschaftsrecht ist in der Wahlgerichtsstand. Ebenso wie die Parteien das anwendbare Recht frei wählen können, so können sie das Gericht bestimmen, welches für ihren Rechtsstreit zuständig sein soll.¹³³

Wie die Rechtswahlklausel ist auch die Gerichtsstandsvereinbarung ein eigener Vertrag und wird unabhängig von dem Hauptvertrag, worauf sie sich bezieht, bewertet. Die Gerichtsstandsvereinbarung bedarf daher nicht der Form des Hauptvertrages. Die Gerichtsstandsklausel kann also ungültig sein und der Hauptvertrag gültig, und umgekehrt. Als Vertrag ist sie wie jeder andere nach dem anwendbaren Recht zu beurteilen. Theoretisch ist es denkbar, dass die Parteien die Gerichtsstandsvereinbarung ausdrücklich einem bestimmten Recht unterwerfen. In der Praxis kommt dieses nicht vor. Die Gültigkeit der Gerichtsstandsklausel wird daher im Zweifel von dem Recht bestimmt, welches die Parteien für den Hauptvertrag vereinbart haben.¹³⁴ Es bestehen aus deutscher Sicht keine Beschränkungen bei der Wahl eines Gerichtsstandes. Ausländische Parteien können ihren Rechtsstreit der deutschen Gerichtsbarkeit grundsätzlich auch dann

¹³² vgl. Aden EWiR 2000, S. 55: nein, das § 23 ZPO nur für den Schutz des deutschen inländischen Rechtsverkehrs gedacht ist, BGH: ja ohne Begründung. .

¹³³ Gerichtsstandsklauseln unter Privatleuten sind idR aber unwirksam, vgl 38 ZPO und 48 NPCP.

¹³⁴ BL – Hartmann § 38 RN 4

unterstellen, wenn dieser mit Deutschland keinerlei Berührung hat. Im Fall 2 hat das Landgericht Frankfurt seine Zuständigkeit bejaht.

Damit ist aber noch nicht gesagt, ob andere Staaten, etwa die Türkei im Fall 2 die Internationale Gerichtsbarkeit deutscher Gerichte akzeptieren. Der Kläger läuft also Gefahr, dass sein in Frankfurt erstrittenes Urteil in Ankara nichts wert ist und dass er dort noch einmal klagen muss oder vor den Gerichten eines anderen Staates, den die Türkei als international zuständig ansieht.

7. Weitere Anerkennungsvoraussetzungen

Die weiteren Voraussetzungen für die Anerkennung eines fremden Gerichtsurteils bei uns sind zwar nicht unproblematisch, spielen aber in der Praxis des internationalen Wirtschaftsrechts eine deutlich geringere Rolle. Auch hier kann von den Regeln des § 328 ZPO ausgegangen werden, welche sich mit größeren oder kleineren Abweichungen in allen Anerkennungsvereinbarungen wiederfinden.

a. Rechtliches Gehör

Es ist ein weltweit anerkannter Rechtsgrundsatz, dass niemand durch ein Gerichtsurteil gebunden werden kann, der nicht zuvor Gelegenheit hatte, sich in angemessener Weise gegenüber der Klage zu verteidigen, *Grundsatz des rechtlichen Gehörs*. Dieser Grundsatz zerfällt in zwei Teile.

Erstens: zumutbare Kenntnisnahme von der Klageerhebung. Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob der Bekl. ordnungsgemäß von der Erhebung der Klage in Kenntnis gesetzt worden war. Im Inland geschieht dieses durch Zustellung der Klage. Zustellung ist die gemäß den besonderen Vorschriften der ZPO erfolgte und dokumentierte Kundgabe der Klageschrift. Im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere in Verkehr mit Staaten, welche eine ganz andere oder vielleicht auch nicht existierende Gerichtsorganisation haben, ist es oft ein großes Problem festzustellen, ob die Behauptung des Klägers, Bekl. sei zugestellt worden, stimmt oder nicht. Hier findet das Haager-Zustellungsabkommen seinen Ort. Diese internationale Vereinbarung schreibt bestimmte Förmlichkeiten vor, ohne deren Einhaltung die Kundgabe einer Klage nicht als Zustellung gilt.

Zweitens: Möglichkeit der angemessenen Rechtsverteidigung. Der zweite Teil des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs spielt im Verhältnis zu den meisten zivilisierten Staaten, mit denen Deutschland Handel treibt, eine geringe Rolle. Gemeint sind hier solche Behinderungen, die der ausländischen Partei vor dem ausländischen Gericht eine schlechtere Position einräumen als der inländischen Partei. In der Praxis ist dieses zwar niemals auszuschließen, aber es kommt aufs Ganze doch viel seltener vor, als die unterlegene Partei später behauptet. Gelegentlich hat man zwar den Eindruck, dass die in USA auch in Zivilsachen entscheidenden tätigen Geschworenengericht gegenüber Ausländern etwas weniger nachsichtig sind als gegenüber ihren eigenen Leuten, aber das kann selten festgemacht werden.

b. Vorbehaltsregel

Die Anerkennung eines ausländischen Urteils im Inland ist ausgeschlossen, *wenn dieses zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist,...*¹³⁵ Die hier in Betracht kommenden Fälle können kaum nach objektiven Kriterien beschrieben werden. Die Anerkennung scheidet nicht daran, wenn das Urteil nur von dem abweicht, was ein deutsches Gericht üblicherweise entschieden hätte. Es ist erforderlich, dass das ausländische Urteil, sein Zustandekommen oder sein Ergebnis, mit deutschen Rechtsvorstellungen schlechterdings nicht zu vereinbaren ist. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn das ausländische Urteil nicht begründet ist, oder wenn es zu einer Maßnahme verurteilt, die nach deutschem Recht illegal ist. Die Rechtsprechung hat diesen Fall auch angenommen in einem Fall, in welchem ein amerikanisches Urteil den Beklagten zur Zahlung von Strafschadensersatz, *punitive damage*, in einer Höhe verurteilt hatte, welche den Rahmen des deutschen Schadensersatzrechtes sprengt.¹³⁶

7. Europäische Gerichtsstands- und VollstreckungsVO

Die klagende Brauerei verlangt von der Bekl. die Herausgabe des Gaststätteninventars, welches ihr zur Sicherung vom Bekl. übereignet worden war. Der Bekl. ist, ohne eine Anschrift zu hinterlassen, in Italien untergetaucht.¹³⁷ Was kann die Kl. tun?

Stichworte: Öffentliche Zustellung – Einriff in fremdes Hoheitsrecht

§ 328 ZPO ist heute zu einer reinen Auffangvorschrift geworden. Sie findet nur Anwendung, soweit mit dem betreffenden ausländischen Staat nicht eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen besteht. Die praktisch bei weitem wichtigste Vereinbarung war das europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen von 1968, welches seit 2002 zur EG-Verordnung umgeschrieben und den Verhältnissen angepasst wurde.

Diese Verordnung sichert im Rechtsverkehr zwischen den der EU angehörig Staaten ein einheitliches Regime der gegenseitigen Urteilsanerkennung. Europäische Staaten, welche der EU nicht angehören, insbesondere die Schweiz und Norwegen, sind in dieser Regelung durch das so genannte Lugano Abkommen beigetreten. Es herrscht also in diesem Bereich heute vom Nordkap bis Palermo und von Lissabon bis an die russische Grenze ein einheitliches europäisches Recht. Der Kläger wird nach deutschem Recht die öffentliche Zustellung seiner Klage erwirken und dann, vermutlich nach Erlass eines Versäumnisurteils, die Vollstreckung betreiben.

8. Zweiseitige Vollstreckungsabkommen

Neben dem einheitlichen Anerkennung- und Vollstreckungsrecht in Europa haben die einzelnen Staaten zweiseitige Verträge mit nicht soeben gehörenden Staaten über

¹³⁵ vgl. den insoweit identischen Wortlaut in Art. 6

¹³⁶ OLG München NJW 92, 3113; vgl. allg. B/L § 328 RN 44 m. N.

¹³⁷ OLG Köln v. 5.5.02 RIW 03, 301

die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen. Beispielhaft ist hinzuweisen auf den deutsch-tunesischen Vertrag vom 19.7.1966.

Mit der USA und den meisten osteuropäischen Ländern besteht ein solcher Vertrag nicht, sodass § 328 ZPO Anwendung findet..

IV. Anerkennung ausländischer Sonderverfahren

1. Der in Deutschland und wohnende Kläger hatte zum Frankfurter Börsenhandel zugelassene Teilschuldverschreibungen der in Norwegen ansässigen Emittentin im Gesamtbetrag von 400.000 DM erworben. 1993 wurde über das Vermögen der Emittentin das norwegische Vergleichsverfahren eröffnet. Das norwegische Vergleichsgericht bestätigte dem nach dortigem Recht zustande gekommenen Zwangsvergleich. Aufgrund dieses Vergleichs erhielt der Kläger nur 25 Prozent seiner Forderungen. Der Kläger erkennt den Zwangsvergleich nicht an und verlangt mit seiner Klage Zahlung seiner gesamten Forderung nebst Zinsen. Da die Bekl. Vermögen in Deutschland hat, war es für den Kläger sinnvoll, eine solche Klage hier anzustrengen, da im Erfolgsfall eine Vollstreckung in das hier gelegene Vermögen der Bekl. in Betracht käme.¹³⁸

Stichworte: Anerkennung einer ausländischen Insolvenz

2. D, wohnhaft in Deutschland hat Schulden. Er verzieht nach Hagenau Elsass/Frankreich. Dort wird ab von seinem deutschen Gläubiger verklagt und auch zur Zahlung von 100.000 Franc verurteilt. D beantragt Insolvenz, das Verfahren wird auch vom Landgericht Straßburg durchgeführt mit dem Ergebnis, dass D hinsichtlich seiner nicht beglichenen Schulden Restschuldbefreiung gewährt wird. Der in Deutschland lebende Gläubiger G möchte das vor dem Gericht Hagenau erlassene Urteil vollstrecken. D der schulde dem G jetzt nichts mehr. Wer hat Recht?¹³⁹

Stichworte: Internationale Zuständigkeit – Anerkennung nicht gerichtlicher Entscheidungen

1. Insolvenzverfahren

Der Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über eine Person ist keine gerichtliche Entscheidung im eigentlichen Sinne. Sie ist eine Verwaltungsentscheidung, welche, gleichsam nur aus Gründen der Praktikabilität, in die meisten Staaten in die Zuständigkeit einer Spezialabteilung des Gerichtes gestellt ist. Ebenso ist auch die Entscheidung des Handelsregisters keine Gerichtsentscheidung. Das Handelsregister wird gleichsam aus technischen Gründen bei uns unter dem Dach der Gerichte geführt. Die Regeln, welche die Anerkennung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen betreffen, beziehen sich daher grundsätzlich nicht auf solche Gerichtsverwaltungsentscheidungen.

¹³⁸ BGH v. 14.11.96 WM 97, 42 f

¹³⁹ BGH NJW 02, 960 f

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Person hat unmittelbare und nachhaltige Auswirkungen auf deren Freiheitsrechte. Die allgemeine Folge eines solchen Beschlusses ist, dass die betroffene Person über ihr Vermögen nicht mehr verfügen kann. Die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens bedeutet daher, dass eine im Inland wohnende Person (gleichgültig ob diese Deutscher oder Ausländer ist) in wesentlichen Freiheitsrechten durch eine ausländische für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständige Behörde beschränkt wird. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hat nachhaltige Auswirkungen auch auf die Gläubiger. Die normale Folge ist, dass Gläubiger in der Wahrnehmung ihrer Rechte beschränkt sind. Sie dürfen keine Einsetzungsvollstreckung mehr durchführen und sind auf die Teilnahme an der Konkursverteilung verwiesen. Wenn ein ausländisches Insolvenzverfahren im Inland anerkannt wird, bedeutet dieses daher für die inländischen Gläubiger den Verlust von Vollstreckungsmöglichkeiten, welche sie möglicherweise noch in Bezug auf das im Inland liegende Vermögen des Insolvenzschuldners haben.

Es war in Deutschland praktisch unbestritten, dass ein im Ausland eröffnetes Konkursverfahren keinerlei Auswirkungen auf das im Inland befindliche Vermögen des Konkursschuldners habe. Dieses ist weiterhin die Ausgangslage in den allermeisten Staaten der Erde. Der Eingangsfall war daher bis vor relativ kurzer Zeit sehr einfach zu lösen. Die in Norwegen getroffenen Maßnahmen gingen die deutschen Gläubiger nichts an. Sie konnten also versuchen, Vermögen des Insolvenzschuldners ausfindig zu machen und ohne Rücksicht da auf andere Insolvenzgläubiger sich daraus zu befriedigen.

Die Rechtslage hat sich in Deutschland auf Grund einer Änderung der Rechtsprechung 1985 geändert. Heute gilt: Ein im Ausland eröffnetes Insolvenzverfahren hat im Inland grundsätzlich dieselben Auswirkungen wie ein im Inland eröffnetes. Auch hier gelten allerdings bestimmte Einschränkungen hinsichtlich der Zuständigkeit. Dieser Rechtslage betraf zunächst die Eröffnung des eigentlichen Konkursverfahrens. Mit der berichteten Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde sie allgemein erweitert auf Insolvenzverfahren, einschließlich also Vergleichsverfahren. Da das norwegische Insolvenzverfahren in Deutschland anerkannt wird, können daher die deutschen Gläubiger im Eingangsfall heute ihre Forderungen nur noch bei dem Verwalter anmelden, eine Einzelzwangsvollstreckung ist ihnen versagt. Sie sind auch an den Vergleich gebunden, wenn dieser nach dem für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens zuständigen Recht endgültig zustande gekommen ist.

2. Europäisches Recht

Aufgrund der EU-VO 1346/2000 v. 29.5.00 gilt für den Bereich der EU, dass ein Insolvenzverfahren, welches von der örtlich zuständigen Stelle, grundsätzlich der Sitz des Unternehmens, Art. 3, eröffnet worden ist im Bereich der EU inlandgleiche Wirkungen entfaltet, vgl. Art. 16 ff. ¹⁴⁰

¹⁴⁰ Zugang über: www.europa.eu.int.

3. Einstweiliger Rechtsschutz¹⁴¹

Einstweiliger Rechtsschutz findet in Deutschland in der Form des Arrestes und der einstweiligen Verfügung statt. Die Formen sind in anderen Ländern ähnlich. Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sind eigentlich keine genuin richterliche Maßnahmen, denn sie finden – in aller Regel – nicht aufgrund eines für ein Gerichtsverfahren typischen Erkenntnisverfahrens mit Urteil statt. Strukturell handelt es sich um Verwaltungsentscheidungen zu Gefahrenabwehr, die ähnlich wie der Beschluss über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nur aus Gründen der Praktikabilität in die Zuständigkeit eines Gerichtes gestellt sind. Sie sollen eine Gerichtsentscheidung erst ermöglichen bzw vorbereiten.

Die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes unterfallen daher grundsätzlich nicht den Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen für gerichtliche Urteile. Ausländische Eilmaßnahmen sind daher als ausländische Hoheitsakte im Inland grundsätzlich nicht anzuerkennen und vollstreckbar.

In der Literatur begegnet oft der Begriff der *world-wide-Mareva-injunction*. Die Mareva Injunction ist eine „Erfindung“ englischer Gerichte zur Ergänzung ihres bis dahin unzureichenden Instrumentariums.¹⁴² Ein struktureller Unterschied zu der bei uns schon immer bekannten einstweiligen Anordnung ist nicht zu sehen. Es handelt sich inhaltlich um eine einstweilige Verfügung *in personam* und, soweit der Gegenstand nach der *lex situs* der Gerichtsbarkeit des Gerichtes unterliegt, *in rem*. Wird von einem (englischen) Gericht eine solche weltweite Verfügung erlassen, muss es sich des zuständigen Staatsgerichtes um Mithilfe bedienen, dessen Verfügung ggfs vollstreckt werden wird.¹⁴³

Ihre internationale Verwendbarkeit steht unter den allgemeinen Vorschriften. Sie kann also vollstreckt werden, wenn – neben weiteren Anerkennungsvoraussetzungen - das erlassende Gericht international zuständig ist.¹⁴⁴

¹⁴¹ Wolf/Lange RIW 03, 55 Europäisches System des einstweiligen Rechtsschutzes - doch noch kein System

¹⁴² allg. Bandel S. 161 f

¹⁴³ vgl. Kommentar zu Art. 25 I c LCIA und: *Gidrxslme Shipping v. Tantomar* C. A. 1994 2 All ER 507 (als Unterstützung für das Schiedsgericht)

¹⁴⁴ Stoll, Schweiz. JZ 96, 104 f. Die Besonderheit des *common law*, gerichtlichen Verfügungen mit der Rechtsfigur des *contempt of court* durch eine Geldbuße quasi strafrechtlichen Nachdruck zu verschaffen, dürfte dagegen im Ausland nicht vollstreckbar sein.

IV. Anerkennung und Vollstreckung.

1. Grundsatz

Die Anerkennung eines Urteils und seine Vollstreckung sind nicht dasselbe. Im Eingangsfall ging es lediglich darum, ob das in den USA erlassene Urteil in Deutschland die Durchführung eines über denselben Streitgegenstand neu anhängig gemachten Rechtsstreites verhinderte oder nicht. Das amerikanische Urteil sollte aber Deutschland nicht vollstreckt werden. In den praktisch meisten Fällen ist es aber mit der Anerkennung eines ausländischen Urteils nicht getan, sondern die Partei, meistens der Kläger, möchte die vor einem ausländischen Gericht erstrittene Entscheidung dort vollstrecken können, wo entweder der Beklagte wohnt oder wo er Vermögen hat.

Vollstreckung ist ein Hoheitsakt. Dieser Hoheitsakt greift sogar besonders tief in die Freiheitsrechte des Bürgers. Bisher gibt es daher obwohl nirgendwo auf der Welt einen Staat, welcher die Durchführung von Vollstreckungshandlungen gegenüber auf seinem Gebiet lebende Bürger freiwillig einer anderen Macht überlässt. Vollstreckung ist eine nationale Angelegenheit.¹⁴⁵

Ein ausländisches Urteil wird daher genau genommen niemals vollstreckt. Es ist immer nur die Frage, ob aufgrund eines ausländischen Urteils, welches wir anerkennen, ein inländisches Gericht ein Vollstreckungsurteil, *Exequatururteil*, erlässt. Erst dieses wird dann durch inländische Hoheitsträger, zB Gerichtsvollzieher, vollstreckt.

2. Exequaturverfahren

Die Partei, welche ein ausländisches Urteil im Inland vollstrecken lassen will, wird daher unter Vorlage des Urteils gem. § 722 ZPO gegen den Beklagten Klage auf Erlass des Vollstreckungsurteils erheben. Das Verfahren entspricht etwa im Urkundenverfahren, §§ 592 ff ZPO, in welchem das Gericht ebenfalls nur auf Grund einer formalen Prüfung der sich aus der Urkunde ergebenden Ansprüche das Urteil spricht, ohne dass über die inhaltliche Richtigkeit des Beurkundeten entschieden wird. § 723 Abs. 1 verbietet dem inländischen Gericht, die ausländische Entscheidung zu überprüfen, *revision au fond*. Der Beklagte wird im *Exequaturverfahren* nicht mehr damit gehört, dass das Urteil inhaltlich unrichtig sei. Das Exequatururteil darf nicht erlassen werden, wenn die Anerkennung des Urteils gem. § 328 ausgeschlossen ist. Der Beklagte wird also spätestens hier vortragen, dass das ausländische Gericht nicht zuständig gewesen sei, dass ihm das rechtliche

¹⁴⁵ Historisch ist daran zu erinnern, dass die so genannte Konsulargerichtsbarkeit der europäischen Kolonialmächte im 19. Jahrhundert, insbesondere in Asien, von den betroffenen Staaten als besonders beeinträchtigend empfunden wurden, da hier ähnlich wie nach der NATO Truppenstatut in Bezug auf das im Kriege besiegte Deutschland, eine fremde Macht unmittelbar Vollstreckungshandlungen gegenüber auf dem Gebiet dieses Staates lebende Bürger durchführen konnte.

Gehör verweigert worden sei oder dass das ausländische Urteil gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechtes verstoße.

3. Europäisches Recht

Wenn das Urteil aus dem Geltungsbereich der EuGVVO stammt, gelten für dieses Verfahren vereinfachte Regeln. (--- näher auszuführen.....)

V. Anerkennung als Vorfrage

1. Mann M und Frau F sind Deutsche; sie sind verheiratet. Da sie die Mühe, eigene Kinder aufzuziehen, scheuen, begeben sie sich in die Ukraine, um ein passendes Kind zur Adoption zu finden. Das Kind K wird von den dortigen Behörden zur Adoption freigegeben und von M und F nach dortigem Recht adoptiert. Nach dem gemeinsamen Unfalltod von M und F verlangt K das Erbe. Bruder B des M, sonst sein gesetzlicher Erbe, meint die Adoption sei ungültig, weil die ukrainische Behörde entgegen der deutschen Strenge im Familienstandsrecht für K – wie unbestritten – ein falsches Geburtsdatum eingetragen habe.¹⁴⁶ Erfolg?

Stichworte: ausländische Rechtsakte als Bedingungen einer inländischen Entscheidung.

2. (Fiktiver Fall) Importeur I in Deutschland hat von V in im Staat S. in Südamerika 500 t Kaffee gekauft, den dieser seinerseits bei verschiedenen Erzeugern, darunter E aus dem Staate E, erwirbt. Zur Finanzierung des Kaufpreises benötigt I einen Kredit der B- Bank, welche diesen Kredit unter der Bedingung geben will, dass I ihr das Sicherungseigentum an dem Kaffee überträgt. Das geschieht. I fällt nach Ankunft des Kaffees in Deutschland im Konkurs. B- Bank verlangt vom Insolvenzverwalter die Herausgabe des Kaffees. E widerspricht: I habe der Bank kein Eigentum verschaffen können, da er es selber von V nicht erworben haben könne, da V nur unter Eigentumsvorbehalt erworben habe, aber seine Rechnungen gegenüber E noch nicht bezahlt habe. Zu Recht?

Stichworte: Vorfrage bezüglich eines im Inland geltend gemachten Rechtes.

Grundsatz

In vielen Fällen muss das deutsche Recht für die hier zu treffende Entscheidung auf Entscheidungen zurückgreifen, welchem Ausland getroffen worden sind. Ob B oder K im Fall 1 gesetzlicher Erbe ist, entscheidet sich danach, ob die in der Ukraine ausgesprochener Adoption aus Sicht des deutschen Rechts gültig ist. Fragen des Kindschaftsrechts unterfallen nach deutschem IPR dem Personalstatut. Es entscheidet also das Recht des Staates, welchem die betreffende Person zur Zeit des in Betracht kommenden Vorfalls angehörte.

K hatte die ukrainische Staatsangehörigkeit. Die Behörden dieses Staates waren daher befugt, nach ihrem Recht eine Adoption auszusprechen und das damit verbundene

¹⁴⁶ vgl. OLG Karlsruhe NJW 04, 516

Kindschaftsverhältnis zu M und F begründen. Dieses gilt nun auch in Deutschland. Die Tatsache, dass die Ukraine in dem adoptierten Kind ein fiktives Geburtsdatum gibt, mag unsere Vorstellungen widersprechen, es verstößt aber nicht gegen Grundsätze des deutschen Rechtes. Die Regelung ist vielmehr gut nachvollziehbar, weil damit die Identifizierung des Kindes hinsichtlich seiner wahren Herkunft verdeckt werden soll.

Im Fall 2 ist eine fiktive, aber durchaus nicht unrealistische Problemlage beschrieben. Der Anspruch der Bank auf Herausgabe der Ware setzt voraus, dass sie nach deutschem Recht Eigentümerin ist. Eigentum kann sie nur von I erworben haben. Das Eigentum des I ist also Vorfrage (hier: Vorfrage 1 genannt) für das Eigentum der B. Vorfragen sind im IPR gesondert anzuknüpfen: I kann das Eigentum nur von dem im Staate S lebenden V, erworben haben. Es besteht also ein Auslandsbezug, und das deutsche Gericht muss prüfen, welches Recht auf den Erwerbsvorgang V – I anzuwenden ist. Vermutlich das des Staates S, vgl. Art. 28 EGBGB.

Aus diesem Recht muss sich ergeben, ob I von V Eigentum erwerben konnte, obwohl V, zB wegen des Eigentumsvorbehalts des E, noch selbst gar nicht Eigentümer geworden war. Vielleicht erlaubt dieses Recht einen gutgläubigen Erwerb, oder es erkennt einen Eigentumsvorbehalt des E nicht an. Dann wäre damit die Vorfrage 1 erledigt: I war Eigentümer.

Wahrscheinlich aber ist, dass auch nach dem Recht des Staates S Eigentum nur vom Eigentümer übertragen werden kann. Dann entsteht die Vorfrage 2: War V Eigentümer? Diese Vorfrage ist wiederum gesondert anzuknüpfen. Das deutsche Gericht fragt also jetzt, welches Recht auf den Erwerbsvorgang E – V anzuwenden ist. Wahrscheinlich das des Staates E : hier entstehen dieselben Fragen noch einmal, nur eben nach dem jetzt zu betrachtenden Recht.

VI. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

1. Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung

Die Schiedsvereinbarung ist ein Vertrag nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes.¹⁴⁷ Dieser Vertrag kann aus nur einer einzigen Klausel bestehen, etwa wie folgt:

Alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag (oder: aus dem Vertrag vom. ...) werden unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch ein Schiedsgericht endgültig entschieden.

Weltweiter Grundsatz ist, dass die Schiedsklausel der Schriftform bedarf, auch wenn im Einzelfall der mündliche Abschluß einer Schiedsvereinbarung zulässig ist. Es gelten also die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB zur Un-/Gültigkeit von Rechtsgeschäften und Verträgen, auch wenn es darum geht, ob überhaupt eine Schiedsvereinbarung gewollt ist.¹⁴⁸ Eine Schiedsvereinbarung ist daher grundsätzlich wie ein normaler Vertrag auszulegen, § 157 BGB. Die Schiedsvereinbarung ist oft nur scheinbar eindeutig und bedarf der Auslegung nach dem für sie geltenden Recht.¹⁴⁹

Die Schiedsvereinbarung endet nicht durch Abtretung der schiedsbefangenen Forderung. Mit der Abtretung geht die Schiedsklausel akzessorisch über.¹⁵⁰ Im Einzelfall kann aber zweifelhaft sein, ob aus dem abgetretenen Recht geklagt wird (Schiedsklausel gilt) oder aus einem eigenen Anspruch, z.B. aus arglistiger Täuschung im Zusammenhang mit der Abtretung (Schiedsklausel gilt nicht).¹⁵¹ Auch der Konkurs einer Partei hat auf die Schiedsvereinbarung keinen Einfluß.¹⁵²

¹⁴⁷ BLAH § 1029 RN 10 m. N.

¹⁴⁸ OLG Hamburg RR 99, 1738 : aus dem Schriftwechsel der Parteien wurde auf den Willen, eine Schiedsvereinbarung zu treffen, geschlossen.

¹⁴⁹ ICC – Fall Nr. 7929 Yearbook 2000, 318: Ist dieses das Bundesrecht der USA, so liegt eine *broad interpretation* nahe. Bei englischem und **kanadischem** Recht liegt dagegen eine restriktive Auslegung nahe, vgl. Uncitral Case 17 und Kommentar zu Art. 9 LCIA.

¹⁵⁰ BGH v. 11.7.85 LM § 1025 Nr. 41; dort auch zu einer anderen Umgehungsmöglichkeit: Wird die Klage im Urkundsverfahren erhoben, so kann doch die Schiedseinrede auch mit anderen Beweismitteln erhoben werden. BGH v. 2.10.97 DB 97, 2476 (PublikumsKG); Allg. Schlosser Nr 427: Die Frage wird so gut wie einheitlich in den verschiedenen Rechtsordnungen beantwortet. **So auch: öOGH v. 24.9.92 mit Anmerkung Konecny ÖBA 1993,824;** frz. Cour de Cassation 6. fev. 01, D.01, Jur.1135 : Die Schiedsklausel geht auf den Zessionar über *sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause..*; **letztere Einschränkung scheint aber in der neueren französischen Rechtsprechung zu entfallen, Niggemann RPS 2/01 S. 16 m.N.;** Praktisch identisch der schwedische OGH Yearbook 99, 317.

¹⁵¹ vgl. den Fall Uncitral case 119: Amro Bank v. Krupp Maschinenbau Ontario Court of Justice v. 23. Dec. 1994

¹⁵² Flöther DZWIR 01, 89 f, Ausnahme gilt nur für Anfechtungsprozesse; öOGH v. 17.4. 96 RdW 1997,135.

Die Schiedsvereinbarung endet aber grundsätzlich wie ein normaler Vertrag. Zunächst durch Erfüllung, wenn das Schiedsverfahren vereinbarungsgemäß durchgeführt und abgeschlossen wurde. Dann durch Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Eintritt der implizierten Bedingung, dass nämlich der Hauptvertrag ohne Streit erfüllt wird. Ein solcher Fall kann auch gegeben sein, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Schiedsklausel stand, insgesamt entfallen sind.¹⁵³ Da die Schiedsklausel rechtlich von dem Hauptvertrag zu trennen ist, kommt auch in Betracht, dass sie aus wichtigem Grund gekündigt wird.

2. Kollisionsrechtliche Einordnung

Als eigener Vertrag ist die Schiedsvereinbarung von dem Vertrag zu unterscheiden, auf welchen sie sich bezieht. Sie kann sich auf einen bestimmten Vertrag beziehen, dem sie als meist recht lieblos am Ende angehängte Klausel zugefügt wird. Sie kann aber auch als allgemeine Vereinbarung zwischen Parteien gelten, welche häufig mit einander zu tun haben und sich auf alle oder einzelne, schon bestehende oder künftig abzuschließende, Verträge zwischen ihnen bezieht.

Die Schiedsvereinbarung ist daher, ganz ähnlich wie eine Rechtswahl- oder eine Gerichtsstandsklausel, kollisionsrechtlich getrennt anzuknüpfen. Ob sie gültig vereinbart ist, entscheidet das auf sie anwendbare Recht, meist, aber nicht zwingend, das Statut des Hauptvertrages.¹⁵⁴ Für die materielle Wirkung der Schiedsvereinbarung ist das Recht maßgebend, das auf den Schiedsvertrag, seine Wirksamkeit unterstellt, anzuwenden ist.¹⁵⁵ Dieses entscheidet also über den Inhalt der Schiedsvereinbarung und ihre Auslegung. Es besteht kein Zweifel, dass die Parteien die Schiedsklausel einem Recht ihrer Wahl unterstellen können. Haben die Parteien für die Schiedsvereinbarung keine Rechtswahl getroffen, so gilt das Recht des Schiedsortes, also in der Regel des Landes, in welchem der Schiedsspruch ergangen ist.¹⁵⁶

Die prozessualen Auswirkungen der materiell gültigen Schiedsklausel bestimmen sich nach dem anwendbaren Verfahrensrecht, der *lex fori* des angerufenen Staatsgerichtes.

¹⁵³ BGH v. 20.1.94 LM § 1033 Nr. 1: Mit dem Ende der DDR – Schiedsgerichtsbarkeit für Außenhandel fällt die Schiedsklausel überhaupt weg; das staatliche Gericht wird zuständig. Ähnlicher, aber politisch undramatischer Fall des Wegfalls einer gesetzlich vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit: öOGH 26.3.96 Jur. B. 96, 597: *Eine Schiedsklausel erlischt, wenn das Schiedsgericht durch Änderung des Gesetzes wegfällt.*

¹⁵⁴ Hamburg v. 15. 11.95 RIW 96,510

¹⁵⁵ Düsseldorf v. 17. 11.95 RIW 96, 239

¹⁵⁶ Schwab/Walter 43, 7 unter Bezug auf Art. VII UN – Übereinkommen. Dieses gilt gemäß §1061 ZPO überhaupt als innerstaatliches Recht, ohne dass es also darauf ankommt, ob der Schiedsspruch in einem Vertragsstaat des Übereinkommens ergangen ist. vgl. auch: OLG Düsseldorf.8.3.96 RIW 96, 681; Aden RIW 97, 723f *Rechtswahl und Schiedsklausel im Verbraucherschutz*. So auch das schwedische Recht, vgl. Nacimiento BB 01, RPS Beil. 6 zu H. 31, 9 **Das französische Recht scheint anzunehmen, dass eine Schiedsklausel a-national ist, also keinem bestimmten Recht zu unterliegen braucht, Niggemann RPS 2/01 S. 12 unter Bezug auf Cour d'Appel Paris v. 13.6.96 Rev de l'arb. 97, 537**

3. Die Stadien des Schiedsverfahrens

a) Schiedsvertrag:

Durch eine Schiedsvereinbarung (Schiedsklausel) wird die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen. Wird dennoch von einer Partei das staatliche Gericht angerufen und beruft sich die Gegenseite auf die Schiedsklausel, so prüft dieses die Gültigkeit der Schiedsklausel und die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes. Es erklärt sich für unzuständig, wenn es beides bejaht § 1032 ZPO, Art. 8.1 ModellG.

Denkbar ist, dass sowohl das Schiedsgericht wie auch das staatliche Gericht sich für zuständig erklären. Das Staatsgericht, weil es die Schiedsklausel für ungültig hält, das Schiedsgericht, weil es im Rahmen seiner Kompetenz - Kompetenz das Gegenteil meint. Art. 8 II ModellG sieht für diesen Fall vor, dass beide Verfahren parallel laufen können.¹⁵⁷

b) Schiedsrichterbenennung:

Durch die Schiedsklausel werden die Parteien verpflichtet, den oder die Schiedsrichter zu benennen. Kommt eine Partei dieser Pflicht nicht nach, so greift nach der nationalen Rechtsordnung (in Deutschland: §1035 III ZPO, Art. 11 ModellG) ein Ersatzmechanismus ein, wonach ein zuständiges Gericht oder eine sonstige Stelle das Schiedsgericht konstituiert. Die Verfahrensordnungen stellen entsprechende Ersetzungsmechanismen zur Verfügung. Anstelle des staatlichen Gerichtes tritt bei den institutionellen Verfahrensordnungen das Schiedsgerichtsinstitut.

c) Schiedsrichtervertrag

Die Rechtsbeziehung zwischen Parteien und Schiedsrichter entspricht der eines gegenseitigen Vertrages. Konstruktiv kann gelten, dass die Schiedsvereinbarung eine gegenseitige unwiderrufliche Vollmacht enthält, wonach jede Partei mit Wirkung auch für die andere mit dem Schiedsrichter einen Schiedsrichtervertrag schließen kann.

Wird eine ernennende Institution, ist diese Konstruktion dahin zu erweitern, dass jede Partei unwiderruflich bevollmächtigt ist, das Institut im Verhältnis zu beiden Parteien zu verpflichten, eine Bestimmung vorzunehmen.¹⁵⁸ Beide Parteien sind

¹⁵⁷ H/N S. 306: .. *in order to contribute to a prompt resolution simultaneous proceedings should be permitted.* In dem recht theoretischen Fall, daß beide Verfahren bis zur Entscheidung gebracht werden, sollte die zu erst ergangene gelten.

¹⁵⁸ Vgl. Schütze SuS, Nr. 49 ff; Zur besonderen Konstruktion, welche hier bei Geltung der ICC – Verfahrensordnung vorgeschlagen wird, s. Teil B Einleitung III. vgl. öOGH v. 28.4. 1998 SZ 71, 76.

dann im Rahmen der Schiedsvereinbarung bzw. der bezogenen Schiedsverfahrensordnung verpflichtet, diesen Vorschlag zu akzeptieren.

Nimmt der ernannte Schiedsrichter das Amt an, liegt darin die Annahme eines in der Ernennung liegenden Vertragsangebotes der Parteien auf Abschluß eines Schiedsrichtervertrages. Aufgrund dieses Vertrages ist der Schiedsrichter verpflichtet, tätig zu werden. Die Feststellung, dass es sich um einen Vertrag *sui generis* handelt, bringt zwar keinen Erkenntniswert, hält aber die Möglichkeit offen, die Grundsätze des gegenseitigen Vertrages etwas zu lockern.¹⁵⁹

Die Parteien sind gesamtschuldnerisch verpflichtet, das Honorar des Schiedsrichters zu zahlen.¹⁶⁰

Konstruktiv ist wie zwischen Auftrag und Vollmacht oder einem GmbH - Geschäftsführervertrag und der Vertretungsmacht des Geschäftsführers zu unterscheiden. Das die Schiedsrichterstellung kann aus Gründen verloren gehen, die der Schiedsrichter nicht zu vertreten hat, ggfs durch einseitige Erklärung der Parteien oder des Schiedsgerichtsinstituts. Damit muß, wie beim GmbH – Geschäftsführer nach Verlust seiner Organstellung, nicht zwingend auch der Dienstvertrag mit der Vergütungsregelung und sonstigen Vertragspflichten hinfallen.

d) Das Schiedsgerichtsverfahren

Das Schiedsgericht muß zwingendes Recht beachten. Welches Recht zwingend ist, kann im Einzelfall schwierig sein festzustellen. Grundsätzlich gilt wie für das staatliche Gericht der kollisionsrechtliche Weltrechtssatz, wonach das Verfahren von der *lex fori* bestimmt wird, vgl. Art. 14 ICC-O.

Da das Schiedsgericht seine Autorität nur von den Parteien ableitet, muss sich seine Tätigkeit innerhalb der von den Parteien gesteckten Grenzen halten. Überschreitet der Schiedsrichter diese Grenzen, sind seine Handlungen und die darauf beruhenden Entscheidungen grundsätzlich ungültig, § 1059 II 1 d ZPO, Art. 34 II a iv ModellG. Kern des Rechtes der Schiedsgerichtsgerichtsbarkeit ist die richtige Bestimmung des Verfahrens durch die Parteien, das Schiedsgericht und/oder eine von den Parteien bezogene Schiedsverfahrensordnung.

Innerhalb des Schiedsverfahrens kommen wie im staatlichen Verfahren verschiedene *Binnenverfahren* in Betracht, z.B. Ablehnung oder Neubestellung eines Schiedsrichters, Beweisverfahren, Eilmaßnahmen usw. Diese Binnenverfahren spielen in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung bisher nur eine geringe Rolle.

¹⁵⁹ vgl. v. Hoffmann in FS Glossner S. 144; zur Konstruktion siehe auch: Schwab/ Walter 11, 2 vgl. öOGH v. 28.4. 1998 SZ 71, 76.; **Legt er sein Amt ohne triftigen Grund nieder macht er sich schadensersatzpflichtig, öGH v. 7.5.1918 Neuteufel Nr. 95.**

¹⁶⁰ BGHZ 55, 344. Im Innenverhältnis zu seiner Gegenpartei ist der Schiedsbeklagte gemäß § 426 BGB verpflichtet, den auf ihn entfallenden Teil zu zahlen.

e) Der Schiedsspruch

Der Schiedsspruch ergeht aufgrund eines mündlichen oder, was häufig auch mit oder ohne ausdrückliche Zustimmung der Parteien möglich ist, schriftlichen Erkenntnisverfahrens. Immer wichtiger scheint in der Praxis zu werden der Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut, § 1053 ZPO, vgl. Art. 25,26 ICC-O.

f) Vollstreckung des Schiedsspruches:

Der Schiedsspruch hat *inter partes* die Wirkung eines vollstreckbaren Urteils eines staatlichen Gerichtes (§ 1055 ZPO: rechtskräftig; früher: vorläufig vollstreckbar Urteil); vgl. Art. 35 ModellG; vgl. Art. 3 New Yorker Abkommen.

Die Vollstreckbarkeit entsteht nicht *ipso iure*, sondern wird in einem staatlichen Exequaturverfahren hergestellt, § 1060 ZPO. Wird das Exequatururteil im Ausland erlassen, so ist dieses nach den Regeln der Urteilsanerkennung zu behandeln. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt aber, nach Wahl des Klägers, auch die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruches selbst in Betracht (Doppelexequatur).¹⁶¹

g) Aufhebung des Schiedsspruches

Die nationalen Rechtsordnungen behalten sich vor, den Schiedsspruch unter besonderen, in der Regel engen Voraussetzungen aufzuheben oder ihm die Vollstreckbarkeit zu verweigern. Dieses gilt insbesondere für die Fälle, dass das Schiedsgericht sich nicht an die gesteckten Grenzen gehalten hat, § 1059 ZPO, Art. 34 ModellG, wenn es also insbesondere über einen nicht schiedsfähigen Gegenstand geurteilt hat oder ein nicht zulässiges Verfahren angewendet hat.

Von der Nichtanerkennung bzw Verweigerung der Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche ist zu unterscheiden die Frage ihrer Aufhebbarkeit. Es ist wohl weltweit anerkannt, dass diese Kompetenz nur bei den Gerichten des Ursprungslandes liegt.¹⁶²

f) Die Verfahrenskosten

Im staatlichen Verfahren haben die Parteien die Kosten ihrer Rechtsberater und die weiteren Verfahrenskosten zu tragen. Zusätzlich zahlen sie Gerichtsgebühren. Die zurechenbaren Gemeinkosten der Vorhaltung des rechtsstaatlichen Apparates durch den Staat sind durch die Gerichtskosten aber kaum gedeckt. Betriebswirtschaftlich ist es daher im Zweifel günstiger, den staatlichen Gerichtsapparat in Anspruch zu

¹⁶¹ BGH RIW 84, 557 und 644; hierzu grds. Dolinar, FS Schütze S. 187 ff: Die in den USA entwickelte Mergertheorie, wonach das Exequatururteil den damit bestätigten Schiedsspruch in sich aufnimmt, gilt in Deutschland nicht. Vgl. [Borges S. 512](#)

¹⁶² [Borges, S. 498 m. N.](#)

nehmen, als durch Aufsetzung eines privaten Schiedsgerichtes auch für die Kosten der Richter aufkommen zu müssen.

4. Teil

Die internationalen Organisationen und Vertragssysteme des Wirtschaftsrechts in Beispielen

Die Republik Argentinien schuldet privaten Anleihegläubigern rd 88 Mrd Dollar. Deren Forderungen werden seit längerem nicht mehr bedient. Dem IWF schuldet Argentinien auch. Am 9. März 2004 zahlte Argentinien eher wider Erwarten 3,1 Mrd Dollar an den IWF zurück und erklärte, man werde auch den privaten Gläubigern neue Angebote machen. Kurz nach seiner Wahl 2003 hatte der neu gewählte argentinische Präsident Kirchner noch getönt, die ausländischen Gläubiger bekämen gar nichts.¹⁶³ Was war passiert?

Stichwort: Internationale Organisationen, Aufgaben, Rechtstellung, Globalisierung des Wirtschaftsrechts

I. Bretton Woods System und IWF

Der Internationale Währungsfonds geht zurück auf die Bretton – Woods – Konferenz 1944 zur Regelung der Weltwirtschaft – aus damaliger Sicht – nach dem Kriege. Die heutige Bedeutung des IWF liegt in der Aufgabe, Kredite an hochverschuldete Entwicklungsländer zu – wie man es nennen kann – *politischen Konditionen* zu geben (Grundsatz der Konditionalität). Es werden einem Staat also Mittel in Aussicht gestellt, wenn er bestimmte Gesetze zur Verbesserung seiner Binnenstruktur erlässt. Es handelt sich daher, je nach Fall, um recht tiefgreifende Einflussnahmen auf die Innen- und ggfs auch Außenpolitik des betreffenden Staates.¹⁶⁴

Präsident Kirchner hatte daher kurz nach seiner Wahl die Einflußnahme des IWF abgelehnt und als Einmischung in die inneren Angelegenheiten seines Landes angeprangert. Der IWF – Präsident Köhler hat sich davon offenbar nicht sehr beeindruckt lassen. Kirchner hat jedenfalls bei dem IWF einen neuen Kredit beantragt. Der IWF ist grds bereit, einen Kredit über 13 Mrd Dollar zugeben. Die IWF – Statuten verbieten aber die Kreditvergabe an einen Staat, der seine Gläubiger nicht nach Treu und Glauben, in *good faith*, behandelt.

¹⁶³ vgl. Bericht *Economist* v. 13. March 2004 S. 81

¹⁶⁴ vgl. Herdegen S. 258; das Internet bietet umfangreiche Info über IWF (engl: IMF = International Monetary Fund)

II. Welthandelsrecht (Beispiele)

1. Internationale Handelskammer

Die 1923 gegründete *Internationale Handelskammer* ist kein Hoheitsträger, sondern ein privatrechtlicher Verein französischen Rechtes mit Sitz in Paris. Seine Mitglieder sind Industrie- und Handelskammern und Unternehmen der Mitgliedsländer bzw. deren jeweilige Zentralkammern. Für Deutschland ist der Deutschen Industrie- und Handelskammertag Mitglied in der ICC. Öffentlich - rechtliche oder richterliche Befugnisse hat die Internationalen Handelskammer nicht.¹⁶⁵

Muster eines weltweit praktisch einheitlichen Rechtsinstituts: Internationale Abrufgarantie, vgl. Anhang III

2. Rechtsvereinheitlichung durch Unidroit und Uncitral¹⁶⁶

(.....näher auszuführen.....)

¹⁶⁵ Vgl. Enciclopedia Britannica 1962: ... *world forum of private enterprise*...

¹⁶⁶ allg.: v. Bernstorff RIW 03, 1 ff

IV. Weltbank

(.....Näher auszuführen.....)

V. World Trade Organisation (WTO)¹⁶⁷

(.....Näher auszuführen.....)

¹⁶⁷ Hilf/Göttsche RIW 03, 161: Chinas Beitritt zur WTO.

5. Teil Ansätze zu einem Weltrecht

I. Ausgangspunkt

Es liegt nahe, für menschliche Lebensäußerungen insgesamt, mithin auch für das Recht, anzunehmen, was Shylock im *Kaufmann von Venedig* beruft: Menschen sind einander gleich; ob Juden oder Christen, sie empfinden und urteilen, sie hassen und lieben in derselben Weise wie alle anderen. Das menschliche Gewissen kommt offenbar unter ganz verschiedenen Himmeln zu sehr gleichartigen Ergebnissen. *Die Sonne Homers* – sagt Schiller – *lächelt auch uns*.

Zeitlich und räumlich weit auseinander liegende Religionen und ethische Systeme weisen bis in Einzelfragen überraschende Übereinstimmungen auf. So sagt, um ein Beispiel für eine sehr spezielle ethische Erkenntnis zu geben, Laotse im Tao – Te – King: *Höchste Tugend weiß von der Tugend nichts*. Luther, der diesen nicht kannte, sagt dasselbe im Magnifikat: *Der Mensch weiß niemals weniger von Demut als eben dann, wenn er recht demütig ist*. Beide sagen, was auch die Stoa lehrt oder ein indischer Weiser. In den ethischen Grundfragen sind die Unterschiede der großen Religionen vernachlässigbar.¹⁶⁸ Auch das der Welt zugewandte Gesicht der Religion, das Recht, ist, wenn man auf den Grunde schaut, überall gleich. Es ist mithin nicht auffällig, dass es gleichartige Äußerungen des Rechtes gibt. Dem Rechtsvergleicher fallen aber vor allem die Unterschiede auf, nicht die Gemeinsamkeiten.

Die Gemeinsamkeiten bestehen zunächst aus einer Reihe von Sätzen, Trivialsätzen, die so selbstverständlich sind, dass man sie sich kaum auszusprechen traut. Dazu gehört der Satz, dass Gegenstände des Rechtsverkehrs nur Sachen und Rechte sind, oder dass eine Person jedenfalls dort verklagt werden kann, wo sie ihren Wohnsitz hat. Trivial ist auch der Satz, dass ein schuldhaft zugefügter Schaden die Schadensersatzpflicht nach sich zieht, § 823 BGB, dass ungerechtes Gut zurückgegeben werden muss, § 812; oder dass das Eigentum dem Eigentümer den ausschließlichen Gebrauch einer Sache erlaubt usw.

II. Weltrecht als Nützlichkeit

Die Tatsache, dass der Mensch heute in allen Rechtsordnungen der Welt rechtsfähig ist, mag man als Ausfluss des Naturrechts und des sittlichen Fortschritts der Menschheit ansehen. Eine solche Aussage führt aber sehr schnell in nicht weiter aufschlüsselbare religiöse Bereiche. Praktischer ist es daher, diesen Befund ohne ideologischen Schmuck aufzuschreiben. Es war auch nicht die sittliche Kraft des Christentums, welches die antike Sklaverei beendete. Im Gegenteil. Gegen Ende der

¹⁶⁸Rhadakrishnan, *Eastern Religion and Western Thought*, 1939,.

antiken Welt war die Kirche neben dem Staat der größte Grundbesitzer geworden und damit auch neben diesem auch der größte Sklavenhalter. Sklaverei lohnte sich nur nicht mehr; sie wurde nicht abgeschafft, sie starb aus. Als sich Sklaverei angesichts neuer Bewirtschaftungsmethoden in den neu entdeckten Ländern Amerikas wieder lohnte, wurde sie auch wieder eingeführt, und zwar offenbar nicht weniger brutal, als sie jemals in der Antike gehandhabt worden war, und die Kirche tat wieder mit.¹⁶⁹

Ist also die naturrechtliche Betrachtung der Rechtsfähigkeit einer Person schon zweifelhaft, so wird sie fragwürdig, wenn die Rechtsfähigkeit nicht in Bezug auf einen sterblichen Menschen, sondern in Bezug auf die eigentlichen Träger der heutigen Weltwirtschaft gestellt wird, die jedenfalls theoretisch unsterbliche juristische Person.

Ähnliches gilt für den Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser hat sicherlich eine ethische oder gar religiöse Wurzel. Aber man fragt wohl besser, ob es nicht objektive Gründe dafür gibt, die auf der ganzen Welt dazu raten, auch über den geschriebenen Vertragstext hinaus den Vertragspartner so zu behandeln, wie man selber behandelt werden möchte. Den Juristen muss es nicht interessieren, ob die allenfalls dahinter stehende Ethik auch utilitaristisch bestimmt ist oder aus einer höheren Quelle stammt.

Hier ist also nicht zu untersuchen, ob die Quelle allen Rechtes, wie unsere Vorfahren ohne weiteres annehmen, in der Gottheit ihren Sitz hat, oder ob das Recht im Sinne der modernen Soziologie eine Folge der größten Übereinstimmung der größten Zahl ist. Freilich hat die bewusst (oder wohl eher unbewusst) vom BGH vertretene idealistische Anknüpfung des Rechtes durchaus praktische Folgerungen, etwa im Bereich der Rückwirkung von Rechtssprechung.¹⁷⁰ Ob von der Gottheit gestiftet oder von kollektiven Strukturen menschlicher Rechtsvorstellungen entwickelt – die Übereinstimmungen sind deutlich.

Das Weltrecht ist daher zu verstehen als ein Gefüge normierter nützlicher Verhaltensformen, welche im Grundsatz Allgemeingut der Menschheit sind, aber jeweils den besonderen Bedürfnissen angepasst sind. Das Recht der Staaten konvergiert daher zum Weltrecht in dem Maße, wie die zu Grunde liegenden Interessen im Globalisierungsprozess einander immer ähnlicher werden. Die Frage, inwieweit damit auch ein sittlicher Reifungsprozess der Menschheit verbunden ist, kann der Jurist dahinstehen lassen.

¹⁶⁹ grds. H. Thomas, *The Slave Trade*, New York 1999

¹⁷⁰ Aden, *DZWiR* 92, 353

III. Welthandelsrecht

1. Voraussetzungen

Das private Wirtschaftsrecht ist in eigentlich allen Ländern von Anfang an westlich geprägt, so auch das Welthandelsrecht heute. Zu Beginn des modernen Weltwirtschaftsverkehrs, etwa um 1850, befanden sich sämtliche Länder der Erde entweder direkt im dem Besitz einer europäischen Kolonialmacht oder sie hatten sich, wie die amerikanischen Länder, als europäische Nachfolgekulturen soeben von der europäischen Herrschaft befreit und verstanden sich, wie die USA, nun selbst als Träger und Verbreiter europäischer Kultur für den Rest der Welt. Europa hatte sein verhältnismäßig entwickeltes Handels- und Wirtschaftsrecht in seine Herrschaftsgebiete getragen, wo es bis jetzt nachwirkt.

Ausnahmen von der politischen Beherrschung der Welt durch Europa waren vielleicht das, politisch freilich kaum noch selbständig handlungsfähige, Osmanische Reich, sowie Japan und mit Einschränkungen China. Diese Staaten erschlossen sich halb freiwillig dem europäischen Einfluss.

Weithin unbeeinflusst von Europa blieben das Recht der Person, die Rechtsbeziehungen innerhalb einer Familie, und daraus ableitend das Recht der Ehe und des Erbes. In diesem Bereich liegt auch, was zumindest die Anzahl der Fälle angeht, das Schwergewicht des Internationalen Privatrechts der Staaten. Das IPR ist das eigentliche Scharnier zwischen den nationalen materiellen Rechtsordnungen. Fragen der Qualifikation und der internationalprivatrechtlichen Angleichung zwingen zur Rechtsvergleichung. Die Rechtsvergleichung hat sich daher bisher schwerpunktmäßig mit den Bereichen des Rechtes auseinandergesetzt, welche sich dem auf Grund weltweiter Handelsbeziehungen stattfindenden globalen Vereinheitlichungsdruck am ehesten entziehen konnten.

In diesem Bereiche findet der rechtsvergleichende Jurist die größten Unterschiede. Die Unterschiede sind interessant, die abweichende, die abstruse Rechtsvorschrift fasziniert. Der rechtsvergleichende Jurist wird die auffälligsten Unterschiede in den Rechtsordnungen der Völker und Staaten daher in diesen Bereichen finden. Diese spielen im Rahmen der Ausführungen dieses Buches aber keine oder nur eine geringe Bedeutung. Gegenstand der Betrachtungen ist ausschließlich das Wirtschaftsrecht.

2. Einheit des Welthandelsrechts

Es ist hier nicht mehr auszuführen, dass es in vielen Bereichen des Weltwirtschaftsrechtes einheitliche Regeln gibt.¹⁷¹ Entweder gelten positive Regelungen, z.B.: multilaterale Konventionen wie die zum Schutze des geistiges

¹⁷¹ allg. H.-D. Assmann, Weltethos und rechtliche Ordnung der Weltwirtschaft, in: Hans Küng/ Karl – Josef Kuschel, Wissenschaft und Weltethos, Piper Verlag, S. 84 ff

Eigentums; Handelsschiedsgerichtsbarkeit¹⁷², oder es ist durch Praxis zum Gewohnheitsrecht gewordenes Welthandelsrecht entstanden, z.B.: Regelung des Dokumentenakkreditivs gemäß den ERA ; die Funktionsweise der Abrufgarantie¹⁷³, der Überweisungsverkehr. Der vom Völkerrecht ausgehenden Vereinheitlichungsdruck insbesondere auf dem Gebiet der Menschenrechte ergänzt diese Entwicklung.

Die Einheit des Weltrechtes geht aber bereits heute viel weiter, als zumeist gesehen wird. Wer das internationale Vertragsrecht praktisch und theoretisch betreut, sollte eigentlich darüber erstaunen, oder nach dem Gesagten: eben nicht mehr, wie viele Grundsätze des Bürgerlichen Rechtes, welche wir im BGB formuliert und gleichsam für uns erfunden zu haben glauben, auch von uns kulturell fernstehenden Ländern als ebenso selbstverständlich angesehen werden. Es ist daher geradezu falsch, wenn gesagt wird, die Vertragsfreiheit oder die Treu – und - Glauben-Regel des § 242 BGB seien Grundsätze des deutschen Rechtes.¹⁷⁴ Diese und andere Grundregeln sind rechtlicher Gemeinbesitz der Menschheit.

¹⁷² Der Verfasser hat behauptet, dass es über die trotz nationalstaatlicher Gesetzgebung praktisch einheitlich angewandten Grundregeln der Handelschiedsgerichtsbarkeit eine Art Weltrecht der Handelschiedsgerichtsbarkeit gibt. Aden, Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit.

¹⁷³ Vgl OLG Hamburg WM 02, 1547: *performance guarantee* ist im internationalen Verständnis auf erstes Anfordern zu zahlen. Aden in „Außenhandelsfinanzierung“, Oldenbourg Verlag, 2000

¹⁷⁴ BGB – Kommentare...

IV. Die Norm hinter dem Wortlaut

Wenn man durch den Wortlaut der Norm hindurchsieht wie durch ein buntes Sommerkleid, zeigt sich die eigentlich interessierende Gestalt. In der Regelung des BGB, des Code Civil usw ist das Weltrecht als Substrat stets enthalten, freilich um Eigenheiten des deutschen, französischen, chinesischen usw Rechtes – gerade von wo aus wir die Regel betrachten - erweitert. Diese Eigentümlichkeiten des jeweiligen nationalen Rechtes müssen von der nationalrechtlichen Norm in einer Analyse bestimmt und isoliert werden und auf ihr Substrat zurückgeführt werden. Das soll hier versucht werden, indem Paragraphen eines Welt - BGB formuliert werden. Die Hypothese geht dahin, dass die folgend formulierten Rechtssätze bereits jetzt Bestandteile der jeweiligen nationalen Rechtsordnung aller Staaten der Welt sind.

Die systematischen Güte unseres BGB hat durch eine Reihe von Eingriffen, insbesondere durch die beklagenswerte Schuldrechtsreform vom 1.1.2002 erheblich gelitten. Aufs Ganze gesehen wird sie aber auch jetzt noch von nur wenigen Gesetzen übertroffen sein. Das ist, neben der Tatsache, dass der Verfasser ein deutscher Jurist ist, ein zusätzlicher Grund dafür, das BGB als Leitkodifikation für die folgenden Überlegungen zugrunde zu legen.

In einem ersten Schritt werden die BGB - Paragraphen, von denen der Verfasser glaubt, dass sie einen Weltrechtssatz enthalten, aufgesucht. Die Vermutung der Weltrechtsqualität eines bestimmten Rechtssatzes wird durch rechtsvergleichende Hinweise auf ähnliche Rechtssätze in anderen Ländern zu erhärten versucht. Es wird so eine hypothetische Norm abstrahiert, welche den entsprechenden Satz des BGB, des Code Civil und anderer Gesetze wie eine Obernorm umgreift.

Der übliche Begriff eines Rechtssatzes als einer Sollensnorm wird hier also gleichsam umgekehrt, indem aus dem jeweils betrachteten existierenden Rechtsnormen zu einem Regelungsbereich (z.B. Rechtsfähigkeit, Stellvertretung, Besitzschutz usw) der Staaten eine weltrechtliche Obernorm erschlossen wird, die es in dieser Formulierung freilich (noch) nirgendwo gibt.

In der Formulierung, wie sie hier gegeben wird, ist die hypothetische weltrechtliche Obernorm mit Öffnungsklausel zu denken. Die Weltrechtsnorm enthält den Grundsatz, lässt aber wie eine Richtlinie der Europäischen Kommission den Staaten die Möglichkeit, individuelle Abweichungen in konkretes Recht umzusetzen. Diese hypothetische weltrechtliche Obernorm wird rechtsvergleichend kommentiert, um die Existenz des formulierten Satzes zu belegen und seine Bedeutung zu beschreiben.

Die praktischen Auswirkungen der Richtigkeit dieser Hypothese führt zunächst zu einer Vereinfachung, ja teilweise zu einer Erledigung durch Zweckerreichung des

Kollisionsrechtes der Staaten.¹⁷⁵ Es ist daher anzunehmen, dass von dieser Seite der größte Widerstand gegen den hier angestellten Versuch geleistet werden wird.

V. Rechtssysteme der Erde

Die Grundlage des Wirtschaftsrechts in der modernen Staaten besteht aus den Regeln, welche in den Büchern 1 bis 3 unseres BGB enthalten sind, also Allgemeine Lehren, Schuldrecht und Sachenrecht. Hinzukommen die Rechtsbereiche, welchen wir in das HGB beziehungsweise in die Sondergesetze des HGB verlagert haben, also insbesondere das Gesellschafts- und Unternehmensrecht.

Soweit diese Rechtsgebiete betroffen sind, ist für die heutige Welt festzustellen, dass es im Grunde nur zwei Rechtssysteme gibt, nämlich das römisch-kontinentale und das germanische. Beide Rechtssysteme verschränken sich in vielfältiger Weise, sodass es kaum noch unzulässig ist, diese hinsichtlich ihrer Inhalte wirklich gegeneinander zustellen. Sie unterscheiden sich eher wie die evangelische und katholische Kirche voneinander: Die Inhalte sind fast dieselben, aber die Formen, in welchen diese Inhalte vertreten werden und auch die Sozialisation ihrer jeweiligen Anhänger unterscheiden sich.

Seit etwa 1900 sind nun auch unter tätiger Teilnahme der USA im Bereich des Wirtschaftsrechts völlig neue Rechtsgebiete entwickelt, um nicht zu sagen erfunden, worden. Zu denken ist an das Recht des Gewerblichen Rechtsschutzes im weiteren Sinne, also unter Einschluss des Urheber-, Patent - und Markenrechtes, Wettbewerbsrecht/ Kartellrecht. Für diese neuen Rechtsgebiete kann von unterschiedlichen Rechtssystemen auf der Erde schon *a priori* nicht gesprochen werden. Es handelt sich ausschließlich um westliche Erfindungen. In den Staaten gibt es zu diesen Bereichen, so weit sie überhaupt schon geregelt sind, zwar unterschiedliche Gesetze, aber keine unterschiedlichen Konzepte.

Insoweit sich neue Rechtsgebiete außergesetzlich, und zumeist ohne Rückgriff auf eine nationale Rechtsordnung, herausgebildet haben, etwa auf dem Gebiet des internationalen Zahlungsverkehrs einschließlich Abrufgarantie und Akkreditiv, bestehen nicht einmal mehr solche nationalstaatlichen Unterschiede. Jedenfalls diese beiden Institute stellen reines Welthandelsrecht dar. Aus Vorsichtsgründen mögen die Parteien immer noch dazu neigen, eine Abrufgarantie dem Recht eines bestimmten Staates zu unterstellen, sinnvoll ist dieses aber eigentlich nicht mehr.

Das Recht der internationalen Vertragsbeziehungen löst sich zusehends aus dem nationalstaatlichen Bindungen. Die bis vor etwa zwanzig Jahren noch grundsätzlich geführte Diskussion, ob es so etwas gebe wie eine *lex mercatoria*, hat sich längst erledigt. Die Gerichte von immer mehr Staaten haben immer weniger Bedenken, die

¹⁷⁵ Der Verfasser hat daher im Ergebnis vorgeschlagen, das Kollisionsrecht innerhalb der EU – Staaten mit Vorbehaltsrecht zu suspendieren, da die materiellen Vorschriften, auf welche verwiesen, wird den gleichen Gerechtigkeitserfordernissen wie das Hausrecht des erkennenden Gerichtes genügen. Aden, Kollisionsrechtliche Wahlfeststellung, DZWIR 97, 81 f

Wahl eines solchen überstaatlichen Handelsrechtes als zulässige Rechtswahl anzusehen.¹⁷⁶

Unter diesem Gesichtspunkt ist die folgende Übersicht der auf der Welt herrschenden Rechtssysteme zu verstehen. Feingliederungen, wie von der Art, dass in Südafrika und Ceylon/ Sri Lanka nicht das englische Gemeine Recht (*common law*) sondern das Römisch - Holländische Recht¹⁷⁷ gelte, mögen von einem gewissen wissenschaftlichen Interesse sein, die praktische Bedeutung und die Unterschiede gegenüber dem englischen Gemeinen Recht sind gering

Eine andere Fragestellung ergibt sich, wenn geprüft wird, inwieweit das tatsächliche Recht eines Landes mit dem offiziell (noch) geltenden geschriebenen Recht übereinstimmt. In der Republik Indonesien z.B. gilt immer noch das holländische Recht alter Prägung, also eine nur leicht abgewandelte Kopie des französischen Code Civil. Inwieweit dieses geschriebene Recht von den Gerichten wirklich angewandt wird, oder allenfalls als allgemeine Leitlinie für die Rechtsfindung herangezogen wird, kann hier so wenig geprüft werden wie die entsprechende Frage nach der Geltung der deutschen Zivilprozessordnung in Japan und China.

¹⁷⁶ vgl. Aden, Int. Handelsschiedsgerichtsbarkeit, zu ICC-0 Art. 17Abs. III

¹⁷⁷ Das ist eigentlich das Gemeine Recht des alten Deutschen Reichs, wie es sich seit der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland herausgebildet hatte. Mit diesen in den Holland in seine Kolonien, während es selbst im Zuge der französischen Besetzung den Code Napoleon übernahm.

Anhang I

Besonderheiten im deutsch – amerikanischen Rechtsverkehr, § 328 ZPO

1. Der Kläger in den USA verklagte die in Deutschland wohnende Bekl. vor einem amerikanischen Gericht. Die Klageschrift nebst Vorladung wurde der Bekl. ohne deutsche Übersetzung in englischer Sprache in Deutschland auf dem Postwege (Einschreiben/Rückschein) übermittelt. Die Bekl. hatte früher in Amerika gelebt, und war des Englischen mächtig. Die Bekl. reagierte auf die Klage nicht. Das amerikanische Gericht erließ fünf Monate später ein Versäumnisurteil zu ihren Lasten. Der Kläger begehrt Anerkennung des Urteils in Deutschland, wogegen sich die Bekl. wehrt. Sie meint, die Klage sei ihr nicht richtig zugestellt worden, da eine deutsche Übersetzung gefehlt habe.¹⁷⁸ Zu recht?

Stichworte: Haager Zustellungsabkommen

2. A ist deutscher Staatsangehöriger. Als er vor Jahren in Kalifornien wohnte, hat er sich dadurch strafbar gemacht, dass er einen Knaben (Kläger) sexuell missbrauchte. Hierfür wurde er mit einer Freiheitsstrafe bestraft. Darüber hinaus wurde er zum Schadensersatz verurteilt, einschließlich eines Schmerzensgeldes. Weiter wurde er in Höhe von rund einer Million DM verurteilt, einen so genannten Strafschadensersatz (punitive damages) zu leisten. Der Kläger verlangt, dass das Urteil hinsichtlich des Strafschadensersatzes gegen den inzwischen wieder in Deutschland lebenden A vollstreckt wird.¹⁷⁹

Stichwort: Grenzen der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils

3. Die Kl. ist eine saudi-arabische Fluggesellschaft. Bekl. ist eine Fluggesellschaft in New York. Die Kl. verklagt die Bekl. vor dem Landgericht München auf Zahlung von Schadensersatz in erheblicher Höhe. Die Bekl. bestreitet die Zuständigkeit des Landgerichts München. Die Kl. meint, die Zuständigkeit sei gegeben, denn die Bekl. habe Bankkonten in Deutschland. Außerdem verfüge die Bekl. über Landrechte in Frankfurt.¹⁸⁰ Wer hat Recht?

Stichworte: Internationaler Gerichtsstand des Vermögens; forum non conveniens

1. Gerichtsstandsoptimierung (*Forum shopping*)¹⁸¹

(...näher auszuführen...)

2. *Forum non conveniens*

(...näher auszuführen...)

¹⁷⁸ RIW 93, 232

¹⁷⁹ Vereinfacht nach BGH v. 4.6.92 IPrax 93, 310 : der BGH lehnte die Vollstreckung ab.

¹⁸⁰ OLG München v. 7.10.92 WM 92, 2115 : verneint Zuständigkeit.

¹⁸¹ Schack S. 99

3. Zustellung, Rechtliches Gehör und Versäumnisurteil

(...näher auszuführen...)

4. Strafschadensersatz - *Punitive damages*¹⁸²

(...näher auszuführen...)

5. Sammelklagen – *class action*¹⁸³

(...näher auszuführen...)

6. Ausforschungsbeweis - *discovery*

(...näher auszuführen...)

¹⁸² Großfeld RIW Heft 8 – 1. Seite

¹⁸³ Schack S. 243

Anhang II

Rechtskreise der Erde¹⁸⁴

	Prägung	Geschichte	Verbreitung	Anmerkung
Deutscher Rechtskreis	<p>Römisch: Recht wird als abstrakt formulierte Norm durch einen Gesetzgeber geschaffen bzw vom Juristen erschlossen. Der Richter wendet diese Normen nur an, er schafft keine Normen</p> <p>Nach Gründung des 2. Reiches 1871 Schaffung des BGB: dieses verband römische Systematik und germanische Rechtsvorstellungen.</p> <p>Bindung nur an das Gesetz, nicht an Präzedenzfälle.¹⁸⁵</p>	<p>Das Dt Reich wurde seit Karl d. Großen als Fortsetzung + Rechtsnachfolger des Römischen Reiches angesehen (<i>translatio imperii</i>), was seit dem 13. Jahrhundert immer deutlicher zur Übernahme des klassischen Römischen Rechts im ganzen Reichsgebiet (= Mitteleuropa) führte. Um 1790 Kodifikationen: Allg. Preußische Landrecht und ab 1753 Arbeiten an Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich – Ungarn</p>	<p>Deutschlands kulturelle Vorbildstellung nach Skandinavien: zB Danske Lov 1683 Schwedisches Reichsgesetz 1734. und Osteuropa führte seit dem Mittelalter zur Übernahme deutscher Rechtsstrukturen., zB Stadtrechte.</p> <p>Das damals als besonders modern geltende BGB war Muster für die „BGB“ in Japan, China, auch Türkei u.a.</p>	<p>Da die Niederlande zum Reich gehörten und ihr (römisches) Recht in ihre Kiolonien exportierten, gilt zB in Südafrika das sogen. <i>Römisch – Holländische Recht</i>.</p> <p>Allg. Preuß. Landrecht = ein unpraktisches Gesetzbuch mit 17.000 Paragraphen.</p>

¹⁸⁴ Vgl. allg. auch Zweigert/Kötz S. 62 ff

¹⁸⁵ Zweigert/Kötz weisen S. 256: darauf hin, dass trotz des theoretisch sehr wichtigen Unterschieds in der Bindung an Gesetz oder – wie in England – an die Präzedenzentscheidung in der Praxis keine merklichen Unterschied entstehen.

Französ. RK	Germanisch bis 1804 galt ungeordnet ein germanisches, letztlich auf Karl den Großen zurückgehendes, fränkisches Recht mit starken römischen Teilen. 1804, nach der Revolution, Schaffung des Code Civil Theorie der Fortgeltung des Römischen Reiches (deutscher Nation) führte zur Geltung des Römischen Rechts (Gemeines Recht) bis 1.1.1900.	Nach Einwanderung der germanischen Franken um 450 n. Chr. Verdrängung des röm. durch germ. Recht im Norden; im Süden starke Reste des röm. R. Starke Rechtszersplitterung bis 1804	Code Civil von 1804 als Mutter vieler Codes, Codigos und Codici in den lateinischen Ländern Europas und ihrer außereuropäischen Ableger, Südamerika und französische Kolonien in Afrika	
Engl. RK	Germanisch: Recht ist die gelebte und allgemein anerkannte Übung. Der Richter schafft in der Tradition der Rechtsprechung kontinuierlich neues Recht. Daher: Stärkere Bedeutung des Richterrechts. Grundsatz des <i>stare decisis</i>	Seit der Einwanderung deutscher Stämme um 500 n. Chr. und der normannischen Eroberung, 1066, germanisches Recht mit fränkischen Recht. Entwicklung zum Common Law = Allgemeines Recht, im Gegensatz zum römisch bestimmten Kirchenrecht.	Mit Gründung der nordamerikanischen Kolonien Ausbreitung nach USA . Von diesen ausgehend Beeinflussung Ostasiens und zunehmend der Welt. Ausbreitung in das sich ab 1750 ausformende Britische Weltreich: Afrika, Kanada, Ozeanien, Indien	Trotz fortbestehender prägung durch engl. Recht entwickelt sich das USA – Recht im Sinne des „römischen“ (dt.-frz.) Modells der gesetzlichen Rechtssetzung.
Arabischer RK	Aus dem Koran entwickelte Scharia, zumeist Familien- und Erbrecht. Keine Systematik.	Handels- und Wirtschaftsrecht folgt seit etwa 1920 europäisch - amerikanischem Muster.	Arabischsprachige Länder, Persien. Nicht dagegen islamische Länder wie Pakistan oder Indonesien.	
Andere				

Gerichtsverfassung (Zivilrecht):

Deutschland

Amtsgericht	Allg. Eingangsstufe bei Streitwerten bis EUR 5000
Landgericht	Berufungsinstanz für Urteile des AG; 1. Instanz bei Streitwerten über EUR 5000
Oberlandesgericht	2. Berufung
Bundesgerichtshof	3. Revision

Frankreich und andere Länder mit europäischer Tradition

Im Prinzip wie Deutschland.

England

Magistrats court	Bagatellsachen für Strafrecht; einfache Familiensachen. Richter ist kein Jurist.
County Court	Die rd 250 CC entsprechen etwa unseren Amtsgerichten. Zuständig für Streitwerte bis 25.000 Pfund. Einzelrichter; Richter ist nicht notwendig Jurist.
High Court of Justice	Es gibt nur einen in England. Entspricht unserem Landgericht. Entscheidung durch Einzelberufsrichter. High Court hat 3 Abteilungen: Queen`s bzw King`s Bench: Allg. Zivilrecht. Chancery: Staatlich gelenktes Zivilrecht wie Insolvenzen Family: Familiensachen.
Court of Appeal	Entspricht unserem OLG; Entscheidung durch 3 Berufsrichter
House of Lords	Entspricht unserem BGH; Entscheidung durch 3 Berufsrichter
Privy Council	Sonderinstanz für Fragen des bzw aus ehemaligen brit. Weltreiches. Heute kaum mehr bedeutsam.

USA

Die Gerichtsverfassung der USA ist geprägt durch das Zusammen- oder oft auch Gegenspiel von staatlichen Gerichten (State Courts. zB den Gerichten des Staates Kentucky, Texas usw) und bundesstaatlichen Gerichten (Federal Courts). Grundsätzlich entscheiden die Staatsgerichte. Gegen Urteile eine Staatsgerichts ist ein Rechtsmittel zum Bundesgericht *nicht* möglich, es sei denn es handle sich um eine Verfassungsfrage, dann Supreme Court. Die Bundesgerichte sind nur aufgrund besonderer Zuweisung zuständig.

Je nach Fallgestaltung kann es interessant für eine Partei sein, vor dem Staats- oder dem Bundesgericht zu prozessieren. Die hier entstehenden juristischen Fragen, schlagen bis in die Fernsehsendungen durch.

District Court	Etwa 100, Entscheidung durch Einzelrichter.
Court of Appeal C.A.	12 CA je mit Gerichtsprengel, <i>circuit</i> , der mehrere Staaten umfasst. Entspricht unserem OLG
Supreme Court	Entspricht unserem BGH und hat zugleich die Funktion des Bundesverfassungsgerichts. Entscheidung durch aus 9 bestehende Richterbank.

Anhang III

Die Internationale Abrufgarantie (*guarantee on first demand*) als Beispiel eines weltweit praktisch einheitlichen Rechtsinstituts

1. Grundsatz

Für den praktischen Gebrauch kann folgende international geltende Begriffsbestimmung zusammengezogen werden:

Die Abrufgarantie ist ein schriftlicher Vertrag, in welchem sich eine Person (Garant) gegenüber einer anderen (Garantiebegünstigter) zur Zahlung von Geld unter der Bedingung verpflichtet, daß dem Garanten eine vertragsgemäße schriftliche Zahlungsaufforderung des Garantiebegünstigten zugeht.

Diese Definition vermeidet den Hinweis auf den Auftragsvertrag zwischen Auftraggeber und Garant. Dadurch wird betont, daß die Garantie nicht nur gegenüber dem Grundgeschäft sondern auch im Verhältnis zum Auftragsvertrag abstrakt ist. Wenn anstelle des Begriffs Garantie etwa der des Stand-By-Letter-of-Credit (*zur Abgrenzung des gleichartigen Stand-By-Letter-of-Credit: OLG Frankfurt WM 97, 1893*) gebraucht wird, ist das unschädlich und betont nur die Einsicht, daß Garantie und Akkreditiv rechtlich letztlich identisch sind (*Aden RIW 76, 678: Widerspruch der h.M., die Garantie als Vertrag gemäß § 305 BGB, das Akkreditiv aber als Schuldversprechen gemäß § 780 BGB einzuordnen*).

2. Abstraktheit der Zahlungspflicht

Die Zahlungspflicht (formalrechtlich: die Fälligkeitstellung des Zahlungsanspruches) aus der Garantie wird allein durch die *Vorlage einer schriftlichen Zahlungsaufforderung und anderer Dokumente begründet, die nach ihrer äußeren Aufmachung den Garantiebedingungen zu entsprechen scheinen.*

Als Rechtsinstitut ist die Garantie (wie Akkreditiv, Wechsel oder Scheck) dadurch geprägt, daß die Zahlungsverpflichtung des abstrakt Verpflichteten zwar in einem wirtschaftlichen Bezug zu einem Grundgeschäft, auch dem Auftragsvertrag, steht, aber in keinem rechtlichen. Anspruch und eventuelle Gegenansprüche ergeben sich allein aus dem Garantievertrag.

3. Mißbrauch

Der Garantiebegünstigte kann die abstrakte Zahlungspflicht des Garanten betrügerisch ausnützen, indem er seinen Auszahlungsanspruch geltend macht, obwohl er aus dem Grundgeschäft, zu dessen Sicherung oder Bezahlung die Garantie erstellt wurde, keine Ansprüche gegen den letztlich mit der Zahlung belasteten Auftraggeber herleiten kann.

Der Abstraktheitsgrundsatz ist letzten Endes eine **juristische Fiktion**. Diese wird in den verschiedenen Rechtsordnungen mit unterschiedlicher Stringenz gehandhabt. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen (etwa beim Mißbrauch) der Grundvertrag doch in das Garantieverhältnis durchschlägt, wäre, da sie teilweise der zwingenden **lex fori** unterliegen kann, einer vertraglichen also einer Regelung ohnehin kaum zugänglich.

Das Recht, welches das Verhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Garanten beherrscht, gibt Auskunft darüber, ob der Auftraggeber im Falle einer (behaupteten) mißbräuchlichen Garantieinanspruchnahme einen Anspruch gegen den Garanten hat, den abstrakt fälligen Zahlungsanspruch des Begünstigten aus der Abrufgarantie nicht zu honorieren. Das den Garantievertrag beherrschende Recht entscheidet, ob der Garant dem Begünstigten gegenüber wegen solcher Gründe die Zahlung verweigern **darf**, und ob der Begünstigte vielleicht sogar **verpflichtet** ist, auf seinen Auszahlungsanspruch zu verzichten (vgl. Rechtsgedanke in § 1169 BGB). Über die prozessualen Möglichkeiten (Arrest, einstweilige Verfügung u.s.w.) entscheidet das Recht am Ort des angerufenen Gerichtes (lex fori).

Nach deutschem Recht kommt ein Schutz gegen eine mißbräuchliche Inanspruchnahme durch **Einstweilige Verfügung** gegen den Begünstigten in Betracht (*nicht aber gegen den Garanten, h.M., grdlgd. Aden RIW 76, 678*). Der Mißbrauch muß aber, wie es die Rechtsprechung ausdrückt, „*liquide*“ beweisbar sein (*KG WM 97, 1377; OLG Frankfurt 97, 1893; OLG Bremen WM 90, 1393*). Die vom Verfasser (*RIW 76, 678 u. 81, 439*) vertretene Meinung, daß unter der Voraussetzung der liquiden Beweisbarkeit ein Arrest des Auftraggebers in den Auszahlungsanspruch des Begünstigten der passende, auch der Abstraktheit der Garantie am besten entsprechende, Rechtsbehelf sei, hat sich nicht durchgesetzt.

4. Rückgarantie

Die Abstraktheit der Garantieverpflichtung gilt auch dann, wenn das Auftragsverhältnis selbst eine Garantie (die Ausdrücke Rückgarantie und Gegengarantie sind synonym) ist. Wirtschaftlich sichert die Rückgarantie nur den Aufwendungserstattungsanspruch des (Haupt-) Garanten ab. Die Regeln der ERAG, so weit sie Pflichten des Auftraggebers im Auge haben, gelten *mutatis mutandis* für und gegen den Rückgaranten – immer vorausgesetzt, daß auch dieses Verhältnis den ERAG unterstellt ist.

Inhalt der Garantie

1. Notwendiger Inhalt

Die Garantie muß Begünstigten, Garanten und Betrag angeben.

Begünstigter:

Eindeutige Bezeichnung ist für den Begünstigten selbst, sowie im Hinblick auf eine eventuelle Rechtsnachfolge und deren Nachweis auch für den Garanten unverzichtbar. Maßstab kann die Identifikationspflicht nach der Abgabenordnung oder dem Geldwäschegesetz sein. Mögliche Legitimationsprobleme infolge statutenmäßiger oder gesetzlich veranlaßter Namensänderungen sollten insbesondere bei lang laufenden Garantien bedacht werden (vgl. *Rüßmann/ Britz WM 95, 1827 für einen Fall aus der GUS*). Nicht abgestimmte Transskriptionen aus **fremden Alphabeten** könne zu unnötigen Problemen führe.

Garant:

Der Begünstigte wird stets darauf achten, daß der Garant auch im Hinblick auf eine eventuelle gerichtliche Auseinandersetzung und Vollstreckung von Ansprüchen eindeutig bezeichnet wird. Er muß berücksichtigen, daß Bankfilialen geschlossen, verlegt oder umbenannt werden können. Hat der Garant seinen Sitz in einem Problemland, ist dem Begünstigten daher eine Ersatzzahlstelle zu empfehlen.

Zu bedenken ist auch die Möglichkeit erschwelter Kommunikation. Wird kurz vor Verfalldatum der Zugang des Abrufes ver- oder behindert (Garant stellt das Faxgerät ab) kann das unabhängig von der Rechtslage faktisch zum Rechtsverlust des Begünstigten oder doch unschönen Auseinandersetzungen führen (vgl Art. 19 und Kommentar). Die Vereinbarung eines Empfangsbevollmächtigten im seinem Lande ist für den Begünstigten ist zu erwägen.

Betrag:

Die Garantie lautet stets auf Geld. Währungen können verschwinden oder ihre Handelbarkeit verlieren. Die Garantiebank kann zahlungsunfähig werden. Bei lang laufenden Garantien über große Beträge sollte der Begünstigte daher Schutzklauseln entsprechend den in internationalen Kreditverträgen vereinbaren (Währungswechsel, Anspruch auf Sicherheit bei bestimmten Vorkommnissen wie zB Verschlechterung des Ratings des Garanten).

Rechtlich denkbar ist die Vereinbarung einer Kunstwährung oder eines Währungskorbes als Schutz gegen Wechselkursrisiken, vorausgesetzt es wird ein Algorithmus vereinbart, der bei Fälligkeit die Zahlung in einer gesetzlichen Währung ermöglicht.

Anders als bei Bürgschaften kommen betragsmäßig unbeschränkte Garantien praktisch nicht und solche zu Festbeträgen kaum vor. Üblich ist die Angabe eines Höchstbetrages. Von der eigentlich naheliegenden Möglichkeit, den Abruf der Garantie von nach Beträgen differenzierten Anforderungen zu differenzieren (z. B. ab Dollar x ist besondere Schadensdokumentation beizufügen) wird in der Praxis wohl kein Gebrauch gemacht.

2. Nützlicher Inhalt

Verfalldatum oder Verfallsereignis:

Die Angabe *sollte* in der Garantie vereinbart sein. Fehlt sie oder ist sie ungültig, muß aus der *lex causae* das Gewollte erschlossen werden. Nach deutschem Recht verjährt der Zahlungsanspruch aus der Garantie in 30 Jahren, § 195 BGB(*BGH WM 77, 366*)

Fälligstellung:

Ohne Verfallsregelung muß aus der *lex causae* die Fälligkeit des Zahlungsanspruches erschlossen werden. Nach deutschem recht kommt § 271 BGB (jederzeitige Fälligkeit) in Betracht, wenn nicht einer analogen Anwendung von § 609 BGB der Vorzug gegeben werden soll, die eine vorherige Kündigung mit angemessener Frist nahelegen würde.

Auftraggeber:

Zu eindeutigen Bezeichnung des Geschäftes, insbesondere zur Unterscheidung bei gleichartigen Garantien desselben Garanten zugunsten desselben Begünstigten ist die Angabe des Auftraggebers nützlich, aber ,auch unter dem Gesichtspunkt der Abstraktheit der Garantie, nicht nötig.

Zugrundeliegendes Geschäft:

Im Einzelfall dürfte es zu empfehlen sein, überhaupt jede Bezugnahme auf das Grundgeschäft zu unterlassen. Der Begünstigte hat wegen der nie auszuschließenden Möglichkeit des Vorwurfes, er rufe die Garantie zu Unrecht ab, in der Regel kein Interesse an einer solchen Bezugnahme.

3. Inanspruchnahme der Garantie

Die Inanspruchnahme der Garantie geschieht durch eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Nach deutschen Recht bestehen keine Bedenken, auf den Abruf zwar die Regeln der Vollmacht (§ 164 ff BGB) anzuwenden. Ob aber das Recht zum Abruf abgetreten werden kann, ist im Einzelfall zweifelhaft. Die gemäß Art. 20 vom Begünstigten geforderte Erklärung, der Auftraggeber habe den Vertrag verletzt, kann höchstpersönliche Elemente enthalten

Ob der Auszahlungsanspruch abgetreten werden kann, entscheidet das Forderungsstatut (Art. 33 EGBGB). Es kommen für bestimmte Fallgruppen Abtretungsverbote und Formvorschriften in Betracht, so daß sich für den Begünstigten bei Bedarf empfiehlt, die Abtretbarkeit ausdrücklich zu vereinbaren..

Angesichts möglicher Beweisschwierigkeiten bei der Rechtsnachfolge hat Garant grundsätzlich kein Interesse an der Abtretbarkeit. Sie wird zumeist ausgeschlossen. Der Garant mag, wenn die Abtretbarkeit an sich erlaubt sein soll, zur Vermeidung von Mehrarbeit Vorsorge dagegen treffen, daß zu viele Einzelbeträge abgetreten werden können.

4. Wirksamwerden der Garantie

Da eine **Garantie** nicht nur nach deutschen Recht zweifellos ein **Vertrag** ist, kann sie nur wirksam werden, wenn das Vertragsangebot des Garanten von dem Begünstigten zugegangen und wirklich oder fiktiv angenommen worden ist. Welche Anforderungen an den wirksamen **Zugang des Angebots** und seine wirkliche oder stillschweigende Annahme gestellt werden, entscheidet die *lex causae*. Diese entscheidet auch, ob der Garant an sein Angebot vor Annahme durch den Begünstigten gebunden ist.

5. Haftung und Verantwortlichkeit des Garanten

Der Garant ist gegenüber dem Begünstigten zur Dokumentenprüfung nicht im Sinne einer schadensersatzbewehrten Handlungspflicht verpflichtet. Es handelt sich um sein **Recht**, die Zahlung zu verweigern, wenn die Prüfung Fehler ergibt. Gegenüber dem Auftraggeber liegt eine solche Handlungspflicht vor, deren Verletzung formal einen vertraglichen Schadensersatzanspruch des Auftraggebers auslösen kann, der mit dem Aufwendungsanspruch verrechnet wird. Wenn der Garant ohne angemessene Prüfung der Dokumente Zahlungen leistet, gefährdet seinen Anspruch.

Der Garant hat die Dokumente *mit angemessener Sorgfalt zu prüfen, um sich zu vergewissern, ob sie ihrer äußeren Aufmachung nach den Garantie- Bedingungen entsprechen*. Stellt er fest, daß dieses nicht der Fall ist, *sind sie zurückzuweisen*, die **Zahlung** darf also **verweigert** werden.

Haftungsrahmen

Die *angemessene Sorgfalt* ist identisch mit den aus § 242 BGB folgenden Pflichten des Garanten gegenüber dem Begünstigten, nicht aber ein Haftungsmaßstab im Sinne des Schadensersatzrechtes. Der Maßstab der *angemessenen Sorgfalt* ergibt sich aus der *lex causae* des Garantievertrages bzw des Auftragsvertrages. Zwar dürfen die Vergleiche zwischen Garantie und Akkreditiv nicht zu weit getrieben werden. Als Auslegungshilfe für die Ausfüllung der *angemessenen Sorgfalt* kann aber der in ERA 13 a bezogene *Standard internationaler Bankpraxis* benutzt werden. Das rechtlich und in der praktisch

Handhabung gegenüber der Abrufgarantie kompliziertere Akkreditiv erzeugt mehr Praxis und anscheinend auch mehr Rechtsprechung als die Garantie.

Der Garant muß weder positiv noch negativ einen **Echtheits- oder Konformitätsbeweis** führen. Weder muß er, um zur Zurückweisung der Dokumente berechtigt zu sein, die Unechtheit nachweisen, noch muß er, falls er sie zurückgewiesen hat, den späteren Nachweis der Echtheit durch den Begünstigten fürchten, wenn er mit angemessener Sorgfalt zu dem Ergebnis gekommen war, daß die Dokumente unecht wirkten.

Prüfungsfrist

Da bei der Garantie, anders als beim Akkreditiv, meist nicht allzuviel zu prüfen ist, wird die Angemessenheit bei wenigen Tagen liegen. Die *sieben Bankarbeitstage* gemäß ERA 13a wären gewiß zu lang.

6. Zurückweisung der Zahlung

Die Entscheidung, den Abruf zurückzuweisen, bedeutet Verweigerung der Zahlung. Der Begünstigte kann den Abruf aber binnen der Garantiefrist wiederholen. Für die Prüfung und ggfs die Erklärung der Zurückweisung hat der Garant nur die angemessene Zeit. Nach deren Verstreichen, muß er zahlen. Theoretisch kommt in Betracht, daß bei schuldhaftem Verstreichenlassen der Frist der Garant zwar zahlen muß, aber, da der Abruf tatsächlich nicht vertragsgemäß war, sein Aufwendungsanspruch gegen den Auftraggeber nicht entsteht.

Nach Zurückweisung des Abrufes meint der Garant zu wissen, daß er nicht zahlen muß, **Verzug** kann also nicht eintreten, auch wenn er nichts tut. Dem beugt die Verpflichtung vor, den Begünstigten *sofort* zu informieren.

7. Anforderungen

Die Pflicht des Garanten, den Auftraggeber unverzüglich von der Anforderung des Begünstigten zu informieren, bedeutet nicht, daß er verpflichtet ist, mit diesem über die Zahlung und ihre eventuelle Vermeidung zu diskutieren. Der Garant **kann** (aber im Verhältnis zum Begünstigten **muß** er es **nicht**, vgl. Art. 10) sofort Zahlung leisten. Der ist nicht verpflichtet, die Meinung des Auftraggebers abzuwarten. Der Garant steht aber auch zum Auftraggeber in einem (von der Garantie) abstrakten Rechtsverhältnis. Sein Aufwendungsanspruch entsteht nur, wenn er im Verhältnis zum Auftraggeber zahlen durfte. Es empfiehlt sich daher für den Garanten zur Vermeidung von rechtlichen Auseinandersetzungen, diesen schon bei der geringsten vermuteten Unstimmigkeit anzusprechen und **möglichst** seine Zustimmung zu **Auszahlung** des Garantiebetrages zu erhalten. ERA 14 c treffen eine ähnliche Regelung: Die Bank kann (nicht : muß) sich an den Auftraggeber wenden und dessen Meinung zu den von ihr festgestellten Abweichungen einholen, die aber nicht

verbindlich ist. (*so lag der Fall in : OLG München WM 98, 554*).Eine Fristverlängerung ist damit aber nicht verbunden.

Will die Bank die **Zahlungsforderung zurückweisen**, kommt im Einzelfall, unbeschadet des Vorstehenden wohl auch eine **Rechtspflicht** zur **Konsultation** in Betracht, vergleichbar der Pflicht der Bank, beim Kunden zu rückzufragen, wenn sie eine von diesem gezogenen Lastschrift nicht bezahlen will (*BGH WM 89, 625*).

Ein Sonderfall entsteht, wenn der Garant den Auftraggeber auf einen Fehler im Abruf aufmerksam gemacht hat und erklärt, dessen **Weisungen abwarten** zu wollen (vgl. *OLG München WM 98, 554 für das Akkreditiv*). Hier wird aus vorangegangenem Tun eine Pflicht des Garanten anzunehmen sein, nicht eher zu zahlen, als bis der Auftraggeber seine Meinung geäußert hat; gebunden ist der Garant daran aber nicht. Deren Verletzung kann zum Schadensersatz führen, ausnahmsweise zum Verlust des Aufwendungsanspruches., etwa wenn der Auftraggeber dem Garanten den Mißbrauch der Inanspruchnahme hätte beweisen können.

8. Bedingungskonformer Abruf

Der Auszahlungsanspruch aus dem Garantievertrag kann vom Garanten mit Bedingungen jeder Art versehen werden. Wer die Bedingungen nicht erfüllt, unter denen ihm ein Leistungsversprechen abgegeben ist, verliert den Anspruch. Die einzelnen Bedingungen folgen, soweit deutsches Recht anwendbar ist, §§ 158 ff BGB. So kommt etwa §162 BGB ins Bild, wenn der Garant sich treuwidrig außerstande setzt, den vertragsgemäßen Abruf und begleitende Dokumente zum vorgesehenen Zeitpunkt in Empfang zu nehmen.

Denkbar sind auch Fälle, in denen der Garant aus Gründen in der **Sphäre des Garanten**, aber ohne Verschulden (Streik, Stromausfall) den Abruf des Begünstigten nicht mehr innerhalb der Frist entgegennehmen kann. Art. 13 trifft diesen Fall nicht, da dort die Befreiung von vertraglichen Pflichten bei höherer Gewalt geregelt wird. Es empfiehlt sich daher für den Begünstigten sicherheitshalber einen Passus in den Vertrag aufzunehmen, der in solchem Falle eine **Zugangsfiktion** vorsieht.

Wird die Frist vom Begünstigten, auch aus Gründen höherer Gewalt, versäumt, ist die Garantie grundsätzlich verfallen

Begleitende Dokumente

Wenn der Abruf von bestimmten Erklärungen des Begünstigten begleitet werden soll genügt es, daß diese mit separater Post oder auf eigenem Wege innerhalb der Frist beim Garanten sind, vorausgesetzt, die Dokumente sind einander zuzuordnen. Ein **Nachreichen** der Begleiterklärung nach Ablauf der Garantie ist **nicht** mehr **möglich** (*BGH WM 96, 771*)

Die in der Praxis vorkommenden Formulierungen, wonach die Zahlungsanforderung „together with“ oder „accompanied by“ (i.e.: bestimmte Erklärungen, Dokumente usw.) sein soll, geben immer wieder zu an sich überflüssigen Fragen Anlaß.

9. Zuwarenspruch des Auftraggebers gegen Garant

Vertretbar scheint, daß der Garant nicht nur gegenüber dem Begünstigten **berechtigt**, sondern gegenüber dem Auftraggeber auch **verpflichtet** ist, solange mit der Zahlung der Garantiesumme zurückzuhalten, bis der Auftraggeber die Unterlagen prüfen konnte. Voraussetzung muß aber zweierlei sein:

- die **Zuwarensfrist** liegt innerhalb der *angemessenen Zeit*, so daß dem Garant kein Verzugsschadenersatz droht, und
- der Auftraggeber legt mit glaubhaften Gründen dar, der Abruf erfolge mißbräuchlich.

Der Sinn einer solchen Zuwarensfrist kann nur sein, dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, durch Verhandlungen oder passende Rechtsmittel die Auszahlung der Garantie zu verhindern. Das muß er innerhalb der *angemessenen Zeit* bewirken. Auch sein eventuelles Angebot an den Garant, ihn von etwaigen Schadensersatzansprüchen des Begünstigten im Falle der Nichtzahlung **freizustellen**, gibt ihm keinen Anspruch darauf, daß Garant seinen Vertrag mit diesem verletzt und die fällige Zahlung verzögert.

10. Abruf mit Verlängerungsangebot

Der Gläubiger eines fälligen Anspruches kann unter beliebig von ihm zu setzenden Bedingungen von der Durchsetzung seines Anspruches absehen. Der in der Praxis des Garantiegeschäftes nicht seltene, früher als **grobe Unsitte** empfundene **Extend or Pay- Abruf** ist daher im Rechtssinne

- die Herstellung der **Fälligkeit** des Zahlungsanspruches
- verbunden mit dem (meist, aber rechtlich nicht zwingend) gleichzeitigen und in demselben Dokument enthaltenen Angebot einer **Stundungsvereinbarung**
- unter der Bedingung, daß der Garant in eine **Änderung** des Garantievertrages (Verfallsregelung) einwilligt.

Hieraus ergibt sich, daß der Extend- or- Pay –Abruf des Garantiebegünstigten **nur beachtlich** ist, wenn er auch ohne ein solches Änderungsangebot vertragsgemäß ist, und der Garant ohne dieses bedingungslos zahlen müßte (*BGH WM 96, 393*). Sind bis zum Verfalldatum zusammen mit dem Abruf Begleiterklärungen vom Begünstigten vorzulegen, so verfällt die Garantie, wenn zwar der Abruf, aber diese nicht pünktlich kommen (*BGH aaO*).

und der Begünstigte *eine Einigung über die Gewährung einer solchen Verlängerung* treffen können. Der Satz ist etwas verunglückt.

Im Verhältnis zum Begünstigten entsteht durch den Extend-or-Pay-Abruf nur eine **Befugnis**, die Zahlung für eine *angemessene Zeit* auszusetzen, **nicht** aber eine **Pflicht**. Das schutzwürdige Geschäftsinteresse des Garanten, etwa als prompter Zahler zu gelten, kann den Vorrang vor der Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Auftraggeber haben (*OLG Köln WM 91, 1751*).

Gegenüber dem Auftraggeber kommt aufgrund des Auftragsverhältnisses eine **Pflicht** in Betracht, für *angemessene Zeit* keine Zahlung zu leisten und dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, mit ihm, dem **Garanten**, den Auftrag so zu modifizieren, vielleicht auch neue Sicherheiten zu stellen, daß dieser bereit ist, auf das Verlängerungsangebot seines Partners im Garantievertrag, des Begünstigten, einzugehen.

Scheitern der Verlängerung:

Das Stundungsangebot wirkt, vorbehaltlich anderer Vereinbarung, nicht über diese Frist hinaus. Auch dann nicht, wenn die angemessene, zur Entscheidungsfindung bei Garant und Auftraggeber objektiv erforderliche, Zeit noch nicht abgelaufen sein sollte. Wird vom Begünstigten keine **feste Erklärungsfrist** vorgegeben, scheint in der Praxis eine Frist von 21 Tagen als *angemessen* angesehen zu werden. Auf dieser Grundlage besagt Absatz

Schweigt der Garant auf den Extend-or-Pay-Abruf, so liegt darin keine stillschweigende Annahme (*BGH WM 96, 393*)

Formulierungsvorschlag:

Bietet der Garantiebegünstigte zugleich oder im Zusammenhang mit seinem vertragsgemäßen Abruf an, den Verfall der Garantie hinauszuschieben, so ist sein Auszahlungsanspruch bis zu dem von ihm bestimmten Ereignis oder mangels einer solchen Bestimmung bis zum Ablauf einer angemessenen Zeit gestundet.

Angemessen ist die nach den Umständen erforderliche Zeit, um den Garanten nach Rücksprache mit dem Auftraggeber in den Stand zu setzen, das Angebot zu bewerten. 7 (sieben) Bankarbeitstage am Ort des Garanten gelten in der Regel als angemessen.

11. Zahlung durch Garanten

Wichtig ist die Frage, ob der Garant seiner Zahlungspflicht durch Aufrechnung genügen darf, und wenn die Frage bejaht wird, ob er sich die zur Aufrechnung gestellte Forderung durch Forderungskaufverträge besorgen darf.

Es liegt zwar nahe, aus der Funktion der Abrufgarantie den Schluß zu ziehen, daß der Garant keiner Einwendungen erheben darf. Es kann aber keinem Begünstigten

empfohlen werden, bei dieser Frage Unsicherheiten hinzunehmen. Es wird daher dem Begünstigten empfohlen, auf einer Zusatzklausel des folgenden oder ähnlichen Inhaltes zu bestehen:

Zahlung durch Garanten

Absatz 1:

Der Garant wird bei Fälligkeit der Garantie auf seine Kosten und Risiko ohne Rücksicht auf etwa bestehende Gegenansprüche an den Begünstigten in effektivem Geld Zahlung leisten.

Der Begünstigte kann Teilleistungen und Zahlungen in anderer als der Vertragswährung zurückweisen. Es gilt dann Absatz 2 für den gesamten Betrag.

Absatz 2:

Die fällige Garantiesumme ist bis zum Tage der Zahlung einschließlich mit dem 3 – Monats – Libor für entsprechende Währung und Betrag zu verzinsen.

12. Anwendbares Recht und Gerichtsstand

Nach deutschem Recht und dem wohl aller Staaten können die Vertragsparteien das anwendbare Recht frei vereinbaren.

Die Rechtswahl muß bedenken: betrifft sie nur den eigentlichen Garantievertrag oder auch das **Auftragsverhältnis zum Auftraggeber?**

Wenn der Auftraggeber mit dem Garanten an dessen Hauptsitz kontrahiert, die Garantie aber von einer ausländischen Filiale des Garanten ausgelegt wird, unterliegt auch das **Auftragsverhältnis demselben Recht** wie die Garantie. Der Auftraggeber mag prüfen, ob das seinen Interessen entspricht; der Garant wird damit zufrieden sein. Da die Garantie ein verhältnismäßig einfaches, weltweit gleichartig funktionierendes Rechtsinstitut ist, kann auf die Vereinbarung eines nationalen Rechtes auch ganz verzichtet und die sogenannte **lex mercatoria** (Aden NJW 97, 1493). bezogen werden.