MAX-PLANCK-INSTITUT
für ausländisches und internationales
PRIVATRECHT HAMBURG

HAMBURGER LEITLINIEN

zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren

FÜR GERICHTE, SACHVERSTÄNDIGE UND PARTEIEN

HAMBURGER LEITLINIEN

zur Ermittlung und Anwendung
ausländischen Rechts in deutschen Verfahren
für Gerichte, Sachverständige und Parteien

Oktober 2023

Zitiervorschläge
Hamburger Leitlinien (2023), Art. 2 § 1 Ziff. 3
HbgLL (2023), Art. 2 § 1 Ziff. 3

URL
www.hhleitlinien.de
https://doi.org/10.17617/2.3529891

VORBEMERKUNG 3

ART. 1: GRUNDLAGEN 5

§ 1 Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien 5

§ 2 Allgemeine Ziele 5

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE 6

§ 1 Identifizierung des anwendbaren Rechts 6

§ 2 Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen 9

§ 3 Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts (Freibeweis) 10

§ 4 Besonderheiten in Prozesskosten- und Verfahrenshilfeverfahren 13

§ 5 Auswahl von Sachverständigen und Kontaktaufnahme 14

§ 6 Formulierung des Beweisbeschlusses 15

§ 7 Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts 19

§ 8 Umgang mit dem erstellten Gutachten 19

§ 9 Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts 20

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE 22

§ 1 Vorprüfung und Hinweise 22

§ 2 Allgemeine Ziele und Methoden des Gutachtens 25

§ 3 Inhalt des Gutachtens 26

§ 4 Behandlung des in Deutschland geltenden IPR im Gutachten 29

§ 5 Sonderfälle der Aufgabenabgrenzung 30

§ 6 Überschreitung des vorgesehenen Zeit- bzw. Kostenrahmens 32

ART. 4: LEITLINIEN FÜR PARTEIEN 33

VORBEMERKUNG

Die Aufgabe des Gerichts, das Recht auf den gegebenen Sachverhalt anzuwenden *(da mihi factum, dabo tibi ius)*, umfasst auch ausländisches Recht, soweit dieses relevant wird. Doch muss das ausländische Recht vor der Anwendung regelmäßig erst ermittelt werden. Dazu kann das Gericht auf verschiedene Hilfsmittel zurückgreifen, darunter das Sachverständigengutachten. Hierbei stellt sich eine ganze Reihe rechtlicher und praktischer Probleme, die weder gesetzlich noch richterrechtlich voll gelöst sind oder gelöst werden können.

Die nachfolgenden Handlungsempfehlungen („Hamburger Leitlinien") wurden in Hamburg am dortigen Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entworfen, auf einer Konferenz am 16./17. Juni 2023 mit externen Wissenschaftler*innen und Praktiker*innen diskutiert und im Nachgang dazu finalisiert. Sie wollen allen Beteiligten – insbesondere Gerichten, Sachverständigen und Parteien (einschließlich deren Vertreter*innen) – dabei helfen, den Umgang mit ausländischem Recht rechtskonform, transparent und effizient zu gestalten. Inhaltlich beruhen die Hamburger Leitlinien auf praktischen Erfahrungen aller Beteiligten, vor allem der Gerichte sowie der Institute, die regelmäßig Gutachten erstellen. Zugleich bilden sie die Vorgaben ab, die aus Gesetz und Rechtsprechung folgen, insbesondere der Rechtsprechung des BGH, die freilich oft Sonderfälle betrifft und deren Grundsätze der BGH selbst nicht immer verallgemeinert wissen will. Wegen ihrer Ausrichtung auf den Normalfall, aber auch wegen der Vielgestaltigkeit der Praxis erheben die Hamburger Leitlinien nicht den Anspruch, für jegliche Konstellation die passende Lösung bereitzuhalten. Bindend sind sie ohnehin nicht.

Nach dem für alle Beteiligten relevanten Art. 1 (Grundlagen) sind die Leitlinien zur Vereinfachung des Zugangs nach den unterschiedlichen Rollen geordnet. Die Gesamtschau aller Leitlinien ermöglicht so ein vollständiges Verständnis des Verfahrens. Der Begriff der Partei umfasst auch Beteiligte in nichtstreitigen Verfahren, vor allem solchen des FamFG.

Zum besseren Verständnis und zur erleichterten Handhabung werden die Hamburger Leitlinien punktuell durch Beispiele illustriert oder zusätzlich erläutert. Ebenso sind einschlägige Grundlagen in Gesetz und Rechtsprechung dort angegeben, wo das zum Verständnis hilfreich erscheint.

Die Hamburger Leitlinien sind auf Verfahren vor Zivilgerichten ausgerichtet, im Grundsatz aber auch auf andere Fälle anwendbar, in denen deutsche Gerichte oder Behörden (z.B. Finanzgerichte, Strafgerichte, Asylbehörden, Finanzbehörden, Standesämter) ausländisches Recht anzuwenden haben.

Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte sagen die Hamburger Leitlinien nichts, da die Gerichte diese Frage anhand der einschlägigen Rechtsquellen (z.B. Brüssel Ia-VO, Brüssel IIb-VO, §§ 97 ff. FamFG) eigenständig beantworten können und müssen.

Für Sachverständige im Singular benutzen die Hamburger Leitlinien die maskuline Form, um Einklang mit den §§ 402 ff. ZPO herzustellen.

ART. 1: GRUNDLAGEN

§ 1 Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien

1. Ob ausländisches oder deutsches Recht anwendbar ist, ergibt sich aus dem europäischen, staatsvertraglichen und deutschen Internationalen Privatrecht (IPR) (vgl. Art. 3 EGBGB). Diese IPR-Vorschriften sind Teil des deutschen Rechts. Ihre Ermittlung, Auslegung und Anwendung ist deshalb eine originäre Aufgabe des Gerichts, die es nicht auf einen Sachverständigen übertragen kann.

2. Auch die Ermittlung, Auslegung und Anwendung des ausländischen Rechts ist im Grundsatz Aufgabe des Gerichts. Hierzu kann es sich einer Fülle von Erkenntnisquellen bedienen (→ unten Art. 2 § 3), darunter auch der Hilfe eines Sachverständigen.

   Rechtsgrundlage: *§ 293 ZPO.*

3. Die Parteien können das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts unterstützen, sind über ihre allgemeine Prozessförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinaus dazu aber grundsätzlich nicht verpflichtet. Da ausländische Rechtsnormen als Rechtssätze und nicht als Tatsachen behandelt werden, finden insoweit die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast keine Anwendung.

   Rechtsprechung: *BGH, Beschl. v. 24.8.2022 – XII ZB 268/19, BGHZ 234, 270 (= IPRspr 2022-1).*

§ 2 Allgemeine Ziele

Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts im Verfahren orientiert sich an folgenden Zielen:

- der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs;
- dem Erlass einer Entscheidung unter zutreffender Anwendung des IPR und des ggf. anwendbaren ausländischen Rechts;
- der Vermeidung unnötiger oder unverhältnismäßiger Kosten und Verzögerungen für alle Beteiligten;
- der sachgerechten Zuweisung der verschiedenen Aufgaben an die Beteiligten;
- der transparenten Kommunikation unter den Beteiligten.

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

§ 1 Identifizierung des anwendbaren Rechts

1. In Deutschland gilt grundsätzlich deutsches Recht. Es gibt aber Fälle, in denen dieses deutsche Recht, insbesondere das IPR, es erforderlich macht, ausländisches Recht anzuwenden oder zu berücksichtigen. Das ist vor allem in folgenden Situationen der Fall:

   – Das in Deutschland geltende IPR beruft ausländisches Recht zur Anwendung.

   – Es fragt sich, ob ein Tatbestandsmerkmal einer deutschen Norm durch einen ausländischen Rechtsvorgang erfüllt werden kann („Substitution").
   Beispiel: *Kann die „notarielle Beglaubigung" i.S.d. § 129 BGB durch einen ausländischen Notar erfolgen?*

   – Die Parteien eines Rechtsgeschäfts (z.B. eines schuldrechtlichen Vertrages oder einer letztwilligen Verfügung) gingen von der Anwendung eines ausländischen Rechts aus, sodass dieses bei der Auslegung zu beachten ist („Handeln unter falschem [d.h. nicht anwendbarem] Recht").

   – Ausländische Verhaltensvorschriften, etwa am ausländischen Unfallort geltende Straßenverkehrsregeln, sind auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen (z.B. nach Art. 17 Rom II-VO).

   – Im Rahmen eines inländischen Verfahrens muss geprüft werden, ob und wann die Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens eingetreten ist.

   – Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung einer außereuropäischen Gerichtsentscheidung muss die Frage der Gegenseitigkeit i.S.d. § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO beantwortet werden.

   – Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Gerichtsentscheidung ist zu prüfen, ob das ausländische Verfahren mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.

   – Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Titels muss festgestellt werden, ob dieser nach dem Recht des Entscheidungsstaates rechtskräftig bzw. vollstreckbar ist (z.B. im Rahmen von behördlich titulierten Unterhaltsansprüchen).

   – Im Rahmen eines Strafverfahrens ist zu klären, ob ein dem ausländischen Familienrecht unterliegender Vorgang (z.B. eine Eheschließung) ein Zeugnisverweigerungsrecht begründet.

– Im Steuerrecht wird durch sog. Korrespondenzregeln („linking rules") der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen (z.B. Berücksichtigung von Aufwendungen als Betriebsausgaben) davon abhängig gemacht, wie der zugrunde liegende Sachverhalt nach ausländischem Steuerrecht zu bewerten ist (z.B. §§ 4i und 4k EStG).

In all diesen Fällen muss die Frage, ob es auf ausländisches Recht ankommt (im Unterschied zur Frage nach dem Inhalt des ausländischen Rechts selbst), vom Gericht selbstständig beantwortet werden (vgl. → oben Art. 1 § 1 Ziff. 1).

2. Die Anwendung des in Deutschland geltenden IPR schließt auch Fragen seiner Auslegung ein, z.B. hinsichtlich der Feststellung einer „offensichtlich engeren Verbindung mit einem anderen Staat" i.S.d. Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO. Ebenso vom deutschen Gericht zu entscheiden sind, jedenfalls im Grundsatz, Probleme der sog. Qualifikation, also z.B. die Frage, ob die Regeln über das Beweismaß oder den Anscheinsbeweis dem anwendbaren ausländischen Deliktsrecht zu entnehmen sind oder dem deutschen Prozessrecht (zur Qualifikation auch → unten Art. 3 § 4 Ziff. 3, 4).

3. Zu den vom Gericht zu klärenden Fragen gehört auch, ob die in Deutschland geltenden Regelungen des IPR auf ausländische Sachvorschriften verweisen (Sachnormverweisung) oder auf ausländisches IPR (Gesamtverweisung) (vgl. Art. 4 Abs. 1, 2 EGBGB). Im zweiten Fall hängt das anwendbare Recht vom Inhalt des ausländischen IPR ab; zu dessen Ermittlung und Auslegung kann sich das Gericht, anders als beim in Deutschland geltenden IPR, der Hilfe eines Sachverständigen bedienen (→ unten Art. 2 § 5). Die Prüfung des ausländischen IPR ist auch dann in der Entscheidung auszuweisen, wenn es keine Rückverweisung ausspricht (vgl. aber auch → unten Art. 2 § 1 Ziff. 5).

Beispiele:

– *Hat das Kind, dessen Abstammung festgestellt werden soll, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich, so ist gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB zu prüfen, ob das französische IPR auf deutsches Recht zurückverweist oder auf das Recht eines weiteren Staates weiterverweist („Renvoi").*

– *Ist der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Südafrika gestorben, ist gemäß Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 EuErbVO das südafrikanische IPR auf eine Rück- oder Weiterverweisung hin zu prüfen. Wie viele andere außereuropäische Rechtsordnungen unterwirft das südafrikanische IPR unbewegliches Nachlassvermögen dem Recht des Belegenheitsortes, sodass es hinsichtlich deutscher Nachlassgrundstücke zu einer Rückverweisung kommt.*

Rechtsprechung: *BGH, Beschl. v. 4.10.1990 – XII ZB 200/87, IPRspr 1990-73 (= NJW 1991, 3088 (3090)).*

4. Verweisen die in Deutschland geltenden Regeln des IPR auf eine ausländische Rechtsordnung, die mehrere Teilrechtsordnungen enthält (vgl. Art. 4 Abs. 3 EGBGB), hat das Gericht selbst zu prüfen, ob die von ihm angewandte IPR-Regel die maßgebliche Teilrechtsordnung unmittelbar bezeichnet oder ob zunächst die internen Kollisionsnormen des ausländischen Rechts zu befragen sind. Zu deren Ermittlung kann sich das Gericht der Hilfe eines Sachverständigen bedienen, ebenso wie zur Frage, ob überhaupt eine Mehrrechtsordnung vorliegt.

   Beispiele:

   – *Für die Formgültigkeit eines schuldrechtlichen Vertrags verweist Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO auf das Recht des Abschlussortes. Lag dieser in den USA, wird damit auf das Recht eines Staates verwiesen, der viele territoriale Teilrechtsordnungen enthält (nämlich die der einzelnen US-Bundesstaaten, die das Privatrecht grundsätzlich eigenständig regeln). Gemäß Art. 22 Abs. 1 Rom I-VO gilt in diesem Fall jede Gebietseinheit als eigener Staat, sodass Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO unmittelbar auf das Recht desjenigen Bundesstaates verweist, in dem der Vertrag geschlossen wurde (also z.B. auf das Recht von Florida bei Vertragsabschluss in Miami).*

   – *Wird hingegen in einem Erbfall auf das Recht der USA verwiesen (z.B. weil der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in den USA gestorben ist, vgl. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO), so ist gemäß Art. 36 Abs. 1 EuErbVO zunächst zu prüfen, ob es interne Kollisionsregeln der USA gibt, die den Bundesstaat bestimmen, dessen Recht anwendbar ist. Da es solche Regeln in den USA nicht gibt, ist das anwendbare bundesstaatliche Recht über Art. 36 Abs. 2 EuErbVO zu ermitteln.*

   – *Das pakistanische Familienrecht ist interreligiös gespalten; Angehörige unterschiedlicher Religionen werden nach unterschiedlichem Recht behandelt. Verweist nun das deutsche IPR auf das pakistanische Recht (z.B. weil ein Pakistani eine Ehe eingegangen ist, vgl. Art 13 Abs. 1 EGBGB), so bestimmt gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB das pakistanische interpersonale Kollisionsrecht, welches religiöse Recht anzuwenden ist.*

5. Wenn alle in Betracht kommenden Rechtsordnungen in der Sache zum selben Ergebnis führen, kann die Frage, welches dieser Rechte anwendbar ist, in der Regel offenbleiben. Erst die Berufungsgerichte müssen die Frage des anwendbaren Rechts grundsätzlich entscheiden, weil nur deutsches, nicht aber ausländisches Recht revisibel ist. Ausnahmsweise können auch die Berufungsgerichte die Frage offenlassen, wenn das ausländische Recht gegen den Ordre public verstieße und deutsches Recht damit jedenfalls als Ersatzrecht zur Anwendung käme.

   Rechtsprechung: *OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20, IPRax 2023, 90.*

   Erläuterung: *In FamFG-Verfahren gilt das über die Berufungsgerichte Gesagte entsprechend für die Beschwerdegerichte.*

§ 2 Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen

1. Das Gericht hat das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln und grundsätzlich so anzuwenden, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde.

   Rechtsgrundlage: *§ 293 ZPO.*

   Erläuterung: *Die Ermittlung des in einem anderen Staat geltenden Rechts obliegt dem Tatgericht auch insoweit, als von ihm die Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union abhängt (BGH, Urt. v. 25.1.2022 – II ZR 215/20, BeckRS 2022, 5369).*

   In Ehe- und Familienstreitsachen ist § 293 ZPO über § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG entsprechend anwendbar. In nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Rechtsprechung zu § 293 ZPO ebenfalls zu berücksichtigen.

2. Das Gericht muss, wenn es bei der Entscheidung auf ausländisches Recht ankommt, dies mit den Parteien erörtern (rechtliches Gehör) und ihnen Gelegenheit geben, zu dessen Ermittlung und Inhalt vorzutragen. Soweit sich das Gericht, z.B. aufgrund von eigenen Recherchen (→ unten Art. 2 § 3 Ziff. 1), eine vorläufige Meinung zum Inhalt des ausländischen Rechts gebildet hat, teilt es diese den Parteien mit.

3. Im gerichtlichen Eilverfahren sind die Anforderungen an die Ermittlungspflicht grundsätzlich nicht herabgesetzt. Allerdings kann die Eilbedürftigkeit zur Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts führen (zu dieser → unten Art. 2 § 7).

4. Tragen die Parteien in einem vermögensrechtlichen Verfahren zum anwendbaren ausländischen Recht detailliert und übereinstimmend vor, so kann das Gericht diesen Vortrag, wenn er unter Nachvollzug der Quellen für seine Überzeugungsbildung genügt, in der Regel ohne Verletzung seiner Ermittlungspflicht als richtig zugrunde legen (allgemein zum Parteivortrag → unten Art. 4). In Verfahren, in denen es um Statusfragen oder Rechte Dritter geht (also insbesondere im Familienrecht), gilt das in der Regel nicht.

   Rechtsprechung: *BAG, Urt. v. 10.4.1975 – 2 AZR 128/74, IPRspr 1975-30b (= NJW 1975, 2160).*

5. Ein von einer Partei vorgelegtes privates Sachverständigengutachten („Parteigutachten") gilt als urkundlich belegter Parteivortrag. Das Gericht muss sich damit im Rahmen seiner Ermittlungspflicht auseinandersetzen.

§ 3 Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts (Freibeweis)

1. Das ausländische Recht bedarf des Beweises nur insofern, als es dem Gericht unbekannt ist. Das bedeutet insbesondere, dass das Gericht den Inhalt des ausländischen Rechts auch durch eigene Recherchen, zuvörderst mithilfe von zugänglicher Literatur, Internetquellen und Übersetzungsprogrammen ermitteln darf und oft auch kann.

   Erläuterung: *Die eigene Recherche ist in einfach gelagerten Fällen häufig ausreichend. Selbst dort, wo sie keine abschließenden Erkenntnisse zu bringen verspricht, kann sie als Grundlage für Hinweise an die Parteien (dazu → oben Art. 2 § 2 Ziff. 2) und für die Formulierung eines zielführenden Beweisbeschlusses zur Einholung eines Sachverständigengutachtens dienen (dazu → unten Art. 2 § 6).*

   Eine regelmäßig aktualisierte Liste deutschsprachiger Standardwerke zum ausländischen Privatrecht findet sich auf der Internetseite <https://hhleitlinien.de/literatur>.

   Weitere wichtige deutschsprachige Quellen zum ausländischen Recht sind die Gutachtensammlung IPG (Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht) und die Rechtsprechungssammlung IPRspr (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts). Auch in den Entscheidungen des EuGH finden sich mitunter ausführliche Angaben zu nationalen Rechtsordnungen.

2. Führt die eigene Recherche nicht zu einem genügend sicheren Ergebnis, etwa weil weder eine einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung noch ein eindeutiger Gesetzeswortlaut vorliegen (dazu → unten Art. 2 § 3 Ziff. 4), stehen dem Gericht insbesondere folgende Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts zur Verfügung:

   – die Einladung an die Beteiligten, zum ihnen bekannten oder zugänglichen ausländischen Recht konkret vorzutragen (vor allem, wenn es ihr Heimatrecht ist), z.B. Normentexte sowie gerichtliche Entscheidungen (mit Quellenangabe und ggf. einfacher Übersetzung) vorzulegen;

   – die Nutzung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen");

   – die Nutzung des Europäischen Justizportals (<https://e-justice.europa.eu>);

   – die Einholung einer Auskunft durch deutsche Botschaften, Konsulate, Ministerien oder eine Außenhandelskammer;

   – die Verwertung eines Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren, das die gleiche Frage betrifft und nicht wegen seines Alters wenig vertrauenswürdig ist (§ 411a ZPO);

   – die Einholung eines Sachverständigengutachtens.

   Erläuterung: *Das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen") lässt nur die Stellung abstrakter, d.h. nicht fallbezogener Fragen zu, und eine Rechtsauskunft besteht nur in der Mitteilung des Wortlauts der einschlägigen Gesetze und Gerichtsentscheidungen. Die Einholung einer Rechtsauskunft nach dem Übereinkommen empfiehlt sich daher nur dann, wenn dem Gericht die abstrakte Beantwortung einzelner Fragen genügt (siehe auch → unten Art. 2 § 3 Ziff. 4). Zu berücksichtigen sind zudem die anfallenden Übersetzungskosten und die häufig lange Bearbeitungszeit. Erfahrungsgemäß funktioniert die Zusammenarbeit mit einigen Ländern deutlich besser als mit anderen.*

   *Die im Rahmen des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen ernannten Verbindungsrichter*innen können bei der Beschaffung von Gesetzestexten und ausländischen Entscheidungen behilflich sein, ihre Aufgabe besteht aber nicht in der Erstattung von Rechtsauskünften.*

   Zur Auskunft durch Botschaften, Handelskammern und andere Institutionen siehe BGH, Urt. v. 16.10.1986 – III ZR 121/85, IPRspr 1986-3 (= NJW 1987, 591); BFH, Urt. v. 7.12.2017 – IV R 23/14, IPRspr 2017-3, Rn. 39 (= BStBl II 2018, 444, Rn. 39); BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902).

3. Wie sich das Gericht die entsprechende Kenntnis vom ausländischen Recht verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das sich an den in → Art. 1 § 2 genannten Zielen ausrichtet. An die Ermittlungspflicht sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je komplexer oder je fremder im Vergleich zum eigenen das anzuwendende Recht ist. Von Einfluss auf das Ermittlungsermessen können auch Vortrag und sonstige Beiträge – etwa Privatgutachten – der Parteien sein, mit denen das Gericht sich gemäß deren Detailliertheit auseinandersetzen muss.

   Rechtsprechung: *BGH, Urt. v. 30.4.1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026); BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517); BGH, Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833; BGH, Beschl. v. 17.5.2018 – IX ZB 26/17, IPRspr 2018-297 (= EuZW 2018, 732); BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, EuZW 2020, 580 Rn. 24.*

4. In einfachen Fällen genügt die Heranziehung der einschlägigen ausländischen Rechtsnormen, wenn weitere Informationen schwer zu erhalten sind und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die ausländische Rechtspraxis vom ermittelten Gesetzestext abweicht. Insbesondere der Einholung eines vertiefenden Rechtsgutachtens bedarf es bei einer überschaubaren und ersichtlich auch nicht außergewöhnlichen Fragestellung nicht. Das Gericht teilt die Absicht, auf dieser Grundlage zu entscheiden, den Parteien vorher mit.

   Erläuterung: *Der BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902), ließ es bei einer Standardfrage zum ecuadorianischen Familienrecht ausreichen, dass sich das Instanzgericht im Wesentlichen auf die Auskunft der entsprechenden Botschaft verlassen hatte. In einer anderen Entscheidung ließ der BGH es genügen, dass das Instanzgericht den Inhalt des ausländischen Rechts mithilfe von Erläuterungen hierzu in der wissenschaftlichen Literatur festgestellt und auf den in der Kommentarliteratur abgedruckten und erläuterten Text des ausländischen Gesetzes zurückgegriffen hat (Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833, Rn. 25). Auch die Entscheidung BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90, IPRspr 1991-1b (= NJW-RR 1991, 1211) („prendas navales"), macht deutlich, dass vertiefende Ausführungen zur Rechtspraxis nur bei Anzeichen eines Abweichens von der geschriebenen Rechtslage erforderlich sind. In BGH, Urt. v. 18.3.2020 – IV ZR 62/19, IPRspr 2020-99, Rn. 24 (= EuZW 2020, 580, Rn. 24), genügte es zwar nicht, dass das Gericht eine für die Entscheidung relevante Rechtsvorschrift des ausländischen Rechts eigenständig und lediglich sinngemäß in die deutsche Sprache übertragen hatte; dies dürfte aber nicht für Fälle gelten, in denen am Inhalt der Norm und ihrer Übereinstimmung mit der Praxis keine begründeten Zweifel bestehen.*

Dass BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517) die über das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen (→ oben Art. 2 § 3 Ziff. 2) erlangte Information im konkreten Fall nicht für ausreichend hielt, lag daran, dass die betreffende ausländische Behörde die gestellte Frage nicht erschöpfend beantwortet hatte.

5. Im Hinblick auf die Kosten und Verzögerungen, die ein Sachverständigengutachten in aller Regel mit sich bringt, sollte ein solches vom Gericht nur dann in Auftrag gegeben werden, wenn sich das als maßgeblich identifizierte ausländische Recht nicht auf einfacheren, schnelleren und kostengünstigeren Wegen mit hinreichender Sicherheit ermitteln lässt. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist aber nicht allein aus dem Grund verzichtbar, dass seine Kosten ein Vielfaches des Streitwerts betragen.

   Rechtsprechung: *BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517).*

6. Beim Umfang der Ermittlung des ausländischen Rechts muss berücksichtigt werden, dass viele Rechtsordnungen deutlich weniger tief erschlossen sind als die deutsche, sodass auch mit erheblichem Mehraufwand oft keine eindeutige Antwort auf die konkrete Frage zu ermitteln wäre. Die bloß abstrakte Möglichkeit, dass es auch anders sein könnte, macht daher weitere Ermittlungen nicht erforderlich oder vielversprechend.

§ 4 Besonderheiten in Prozesskosten- und Verfahrenshilfeverfahren

1. Einen Antrag auf Prozesskosten- oder Verfahrenshilfe darf das Gericht nicht aufgrund summarischer Prüfung des ausländischen Rechts abweisen, sofern eine nicht ganz zu vernachlässigende Möglichkeit besteht, dass die Anwendung des ausländischen Rechts die Rechtsposition des Antragstellers stützt. Erfordert die abschließende Beurteilung die Einholung eines Sachverständigengutachtens, so soll Prozesskosten- oder Verfahrenshilfe gewährt und das Gutachten im Hauptsacheverfahren eingeholt werden.

2. Für die Auslegung und Anwendung der in Deutschland geltenden Regeln des IPR sind in Prozesskosten- und Verfahrenshilfeverfahren dieselben Grundsätze wie im Hauptsacheverfahren zu beachten (→ oben Art. 2 § 1).

§ 5 Auswahl von Sachverständigen und Kontaktaufnahme

1. In der Regel empfiehlt es sich, vor Abfassung des Beweisbeschlusses zu klären, wer zum Sachverständigen ernannt werden soll (vgl. → unten Art. 2 § 6 Ziff. 1). Hierfür ist eine Rücksprache mit den Parteien sinnvoll.

2. Die Auswahl erfolgt unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften, vor allem der §§ 404, 406 ZPO. Erforderlich ist insbesondere die Fähigkeit des Sachverständigen, sich mittels Primärquellen über die relevanten Details der betreffenden Rechtsordnung zu unterrichten. Vorherige Expertise in der betreffenden Rechtsordnung ist wünschenswert, aber nicht strikt erforderlich. Ebenfalls wünschenswert sind solide Kenntnisse im IPR und in der allgemeinen Rechtsvergleichung.

3. Als Sachverständige kommen Angehörige wissenschaftlicher Institute für ausländisches Recht infrage oder einschlägig ausgewiesene Hochschullehrer*innen, aber auch freie Sachverständige (etwa aus der Rechtsanwaltschaft), die über besondere Kenntnisse einer ausländischen Rechtsordnung verfügen (etwa aufgrund eines dortigen Studiums oder einer dortigen Anwaltszulassung).

4. Auch die Ernennung eines Sachverständigen aus der betreffenden Rechtsordnung selbst ist möglich. Dies kann den Vorteil haben, dass die beauftragte Person insbesondere über die Praxis ihres einheimischen Rechts schneller und zuverlässiger Auskunft geben kann als ein Sachverständiger aus Deutschland. Mögliche Nachteile der Ernennung ausländischer Sachverständiger sind Übersetzungsschwierigkeiten und mangelnde Vertrautheit mit den Anforderungen des für deutsche Gerichte maßgeblichen IPR und des deutschen Gerichtsverfahrens, insbesondere mit den formalen und inhaltlichen Standards der Gutachtenerstattung für deutsche Gerichte, ferner die fehlende Möglichkeit, Zwangsmittel gegen den Sachverständigen anzudrohen oder anzuordnen.

   Erläuterung: *Die Bestellung einer im Ausland ansässigen Person zur Erstattung eines schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 1 ZPO) bedarf mangels Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht des Vorgehens nach Art. 19 EU-Beweisaufnahme-VO 2022 und ist keine unzulässige Umgehung der Rechtshilfe i.S.v. § 63 ZRHO. Auch die Anordnung des Erscheinens zur Gutachtenerläuterung (§ 411 Abs. 3 ZPO) bedarf keines Ersuchens, solange sie ohne Androhung von Zwangsmitteln erfolgt. Jedoch erfordert die Anhörung des ausländischen Sachverständigen per Videoschaltung gemäß § 128a Abs. 2 ZPO ein Rechtshilfeersuchen (nicht hingegen die Anhörung am deutschen Gerichtsort).*

5. Hat das Gericht eine Person identifiziert, die es mit der Erstattung des Rechtsgutachtens beauftragen will, sollte es vor Erlass des Beweisbeschlusses deren grundsätzliche Bereitschaft per Brief, Telefon oder E-Mail klären. Dies erspart im Falle einer Ablehnung das Hin- und Hersenden von Gerichtsakten und eine Abänderung des Beweisbeschlusses.

6. Hat der Sachverständige seine grundsätzliche Bereitschaft erklärt, das Gutachten zu erstatten, sollte ihm zwecks Vorprüfung die Gerichtsakte übersandt werden.

   Erläuterung: *Die Empfehlung der Aktenübersendung hat zum einen den Hintergrund, dass das Gericht mangels Kenntnis des ausländischen Rechts nicht immer sicher wissen kann, welche Tatsachen relevant sind. Zum anderen ermöglicht es die Aktenübersendung, etwaige Befangenheitsgründe frühzeitig zu erkennen und offenzulegen (zur Befangenheit auch → unten Art. 3 § 1 Ziff. 2).*

§ 6 Formulierung des Beweisbeschlusses

1. Der Beweisbeschluss muss die Fragen zum ausländischen Recht, den ernannten Sachverständigen und die gesetzte Frist enthalten. Je nach Fall enthält er darüber hinaus den vom Sachverständigen zugrunde zu legenden Sachverhalt (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 9) sowie Angaben zum Auslagenvorschuss (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 11).

2. Beweisfragen werden im Einklang mit der allgemeinen Aufgabenverteilung zwischen Gerichten und Sachverständigen formuliert (→ oben Art. 1 § 1). Dies bedeutet insbesondere, dass das Gericht dem Sachverständigen nicht die Prüfung des in Deutschland geltenden IPR aufgibt oder ihn nach der Begründetheit der Klage oder bestimmter klägerischer Ansprüche fragt (zur Subsumtion als richterlicher Aufgabe → unten Art. 2 § 9 Ziff. 1).

3. Bei der Formulierung der Beweisfragen ist generell zu beachten, dass die dogmatischen Strukturen des anwendbaren ausländischen Rechts sich möglicherweise von denen des deutschen Rechts unterscheiden (auch → unten Art. 3 § 1 Ziff. 6). Die Fragen sollten daher nach Möglichkeit offen formuliert werden.

Beispiele:

- *Anstatt die Beweisfrage auf vertragliche Ersatzansprüche zu begrenzen, kann es sich empfehlen, auch außervertragliche Ersatzansprüche in die Fragestellung einzubeziehen, soweit diese von der kollisionsrechtlichen Verweisung umfasst sind. Gefragt wird dann also nicht nach „vertraglicher Haftung", sondern offener nach „Haftung".*
- *Anstatt nur zu fragen, ob eine bestimmte Handlung nach dem anwendbaren ausländischen Recht eine wirksame letztwillige Verfügung ist, kann es sich empfehlen, auch die Möglichkeit einer Schenkung in die Beweisfrage einzubeziehen.*

4. Unbeschadet der Ziff. 3 sollten die Beweisfragen grundsätzlich auf die für die Fallentscheidung relevanten Aspekte des ausländischen Rechts beschränkt werden. ***Beispiel:*** *Anstatt zu fragen: „Was sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Testamente im türkischen Recht?", sollte nach Möglichkeit spezifiziert werden, hinsichtlich welcher Aspekte Zweifel an der Wirksamkeit bestehen. So könnte etwa gefragt werden:*

   - *„Welche Formerfordernisse sieht das türkische Recht für Testamente vor?"*
   - *„Gestattet das türkische Recht die Errichtung des Testaments durch einen Stellvertreter?"*

5. Lassen sich die entscheidungsrelevanten Aspekte des ausländischen Rechts klar bestimmen, sollte das Gericht seine Fragen abstrakt formulieren.

   Beispiele:

   - *„Wie ist die gesetzliche Erbfolge im tunesischen Recht geregelt?"*
   - *„Sind vorgerichtliche Anwaltskosten nach polnischem Recht ersatzfähig?" (Dies ist freilich bei Verkehrsunfällen eine Frage, die sich aus dem deutschen Schrifttum zum polnischen Recht beantworten lässt).*
   - *„Folgt das namibische internationale Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie oder bestimmt es das auf Gesellschaften anwendbare Recht auf andere Weise?"*

6. Ist die abstrakte Fragestellung nicht ratsam, weil sie zu vieles einschlösse, was nicht entscheidungsrelevant ist, oder weil die Rechtsfrage nicht sicher auf bestimmte Aspekte des ausländischen Rechts bezogen werden kann, sollte fallbezogen gefragt werden.

Beispiel: *Anstatt zu fragen: „Wie kommt nach englischem Recht ein Vertrag zustande?", sollte die Frage lauten: „Ist nach englischem Recht bei dem vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt [vgl. → unten Art. 2 § 6 Ziff. 9] ein Vertrag zustande gekommen?"*

Wenn möglich, sollte das entscheidungsrelevante Element noch genauer identifiziert werden: „Hat X nach englischem Recht den Vertrag bei dem vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt [vgl. → unten Art. 2 § 6 Ziff. 9] im eigenen Namen oder im Namen von Y geschlossen?"

Zu beachten ist, dass die Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen und die Vertragsauslegung grundsätzlich Aufgaben des Gerichts sind, obgleich Sachverständige hierzu auch ihr eigenes Ergebnis darlegen können (→ unten Art. 2 § 9 Ziff. 1, Art. 3 § 3 Ziff. 5 und Art. 3 § 5).

7. Im Beweisbeschluss kann zur Beantwortung der Frage auch die Auseinandersetzung mit einem vorgelegten Parteigutachten (→ oben Art. 2 § 2 Ziff. 5) oder Parteivortrag verlangt werden.

   Beispiel: *„Ist der Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft nach spanischem Recht weisungsgebunden? Hierzu soll sich die Rechtsauskunft auch kritisch mit dem Schreiben des Rechtsanwalts M.S. der Kanzlei T.C. vom 26.2.2019 auseinandersetzen."*

8. Die Fragen zum ausländischen Recht sollen nach Möglichkeit so umfassend sein, dass die Notwendigkeit eines Ergänzungsgutachtens vermieden wird (vgl. auch → unten Art. 2 § 8 Ziff. 2). In bestimmten Fällen kann es sich empfehlen, die Beweisfragen zu staffeln.

   Beispiele:

   – *„1. Verweist das kalifornische IPR bei dem mitgeteilten Sachverhalt auf deutsches Recht zurück?*
     2. Bei Verneinung von Frage 1: [Frage nach den kalifornischen Sachvorschriften]."

   – *„1. Ist bei dem mitgeteilten Sachverhalt nach chinesischem Recht ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen?*
     2. Bei Bejahung von Frage 1: Sind die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des chinesischen Vertragsrechts dem Grunde und der Höhe nach ersatzfähig?
     3. Bei Verneinung von Frage 1: Besteht nach chinesischem Recht eine andere Anspruchsgrundlage für den hier geltend gemachten Aufwendungs- oder Schadensersatzanspruch, und wenn ja, was sind ihre Voraussetzungen?"

9. Soweit möglich, teilt der Beweisbeschluss zwecks Klarheit und Zeitersparnis den vom Sachverständigen zugrunde zu legenden Sachverhalt mit (vgl. → oben Art. 2 § 6 Ziff. 1). Dabei ist zu bedenken, dass die Frage, welche Tatsachen relevant sind, vom ausländischen Recht selbst abhängen kann (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 10; zur Erstellung des Sachverhalts durch den Sachverständigen → unten Art. 3 § 2 Ziff. 3).

   Rechtsgrundlage: *§ 404a Abs. 3 ZPO.*

   Beispiele:

   – *„Der Sachverständige soll von folgendem Sachverhalt ausgehen: Die Parteien schlossen am 24.6.2018 einen Vertrag über die Lieferung von Metallröhren. Die Beklagte verfehlte in der Folge die Einhaltung der vereinbarten Liefertermine. Der Vertrag trifft für diesen Fall folgende Regelung […]. Der Beklagte ist der Ansicht, dass diese Klausel nach englischem Recht eine unwirksame Vertragsstrafebestimmung sei […].“*

   – *„Der Sachverständige soll unterstellen, dass der Antragsteller nicht der biologische Vater und die Antragsgegnerin nicht die biologische Mutter des Kindes ist.“*

10. Hängt die Identifizierung der relevanten und ggf. noch zu ermittelnden Tatsachen vom Inhalt des ausländischen Rechts ab, kann dies im Beweisbeschluss deutlich gemacht werden.

    Beispiel: *„Kommt es nach französischem Recht für die Haftung darauf an, ob Kenntnis von einem bestimmten Umstand vorlag?“*

11. Da ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln ist, kann das Gericht die Bestellung eines Sachverständigen nicht von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig machen.

    Rechtsprechung: *BGH, Urt. v. 17.9.2009 – I ZR 103/07, NJW 2000, 743.*

    Erläuterung: *In der Praxis wird häufig ein Auslagenvorschuss eingefordert und auch bezahlt.*

12. Das Gericht setzt dem Sachverständigen eine angemessene Frist, innerhalb derer er das von ihm unterschriebene Gutachten zu übermitteln hat. Es empfiehlt sich, die Frist mit dem Sachverständigen vorher abzusprechen.

    Rechtsgrundlage: *§ 411 Abs. 1 ZPO.*

13. Spätestens mit seiner Ernennung ist dem Sachverständigen die Gerichtsakte zu übersenden (→ oben Art. 2 § 5 Ziff. 6).

§ 7 Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts

1. Die Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts berechtigt weder zur Klageabweisung noch zur Entscheidung aufgrund einer angenommenen Beweislast.

2. Wenn das anwendbare ausländische Recht oder eine einschlägige Norm vollständig oder weitgehend nicht ermittelt werden kann, darf das Gericht nicht ohne Weiteres deutsches Recht als Ersatzrecht anwenden. Stattdessen hat es, ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigengutachtens, zunächst zu prüfen, ob die Lücke durch sachgerechte Fortbildung des ausländischen Rechts oder durch die Vorschriften einer sachnäheren anderen ausländischen Rechtsordnung geschlossen werden kann. Die größere Sachnähe einer anderen ausländischen Rechtsordnung kann dabei sowohl durch historisch-rechtsvergleichende als auch durch kollisionsrechtliche Erwägungen begründet werden.

3. Der Nichtermittelbarkeit steht es gleich, wenn Ermittlungsversuche erwartungsgemäß unverhältnismäßig lange dauern würden, insbesondere wenn zusätzliche Erkenntnisse unwahrscheinlich sind.

§ 8 Umgang mit dem erstellten Gutachten

1. Fragen zum ausländischen Recht lassen sich oftmals nicht mit letzter Sicherheit beantworten (vgl. auch → oben Art. 2 § 3 Ziff. 6). Gibt es keine gewichtigen substantiierten Zweifel an der Plausibilität und Korrektheit des – ggf. unter Einholung eines Sachverständigengutachtens erzielten – Ermittlungsergebnisses, kann das Gericht auf dessen Grundlage entscheiden.

2. Stellen die Parteien Nachfragen oder äußern sie Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens, reicht das Gericht diese nicht ohne Weiteres an den Sachverständigen zur Stellungnahme durch. Stattdessen prüft es zunächst, ob die gestellten Fragen entscheidungsrelevant sind, ob die Antworten bereits dem Gutachten entnommen werden können bzw. ob die geäußerten Zweifel hinreichend Substanz haben. Aussagen zum ausländischen Recht, die im Gutachten hinreichend belegt wurden, können nicht durch ein Bestreiten ins Blaue hinein erschüttert werden.

Beispiele:

- *Der Parteivertreter nimmt ausführlich Stellung zum Gutachten und stellt es an verschiedenen Stellen infrage. Das Gericht fordert den Sachverständigen nicht pauschal zur Stellungnahme auf, sondern identifiziert möglichst genau die aus seiner Sicht relevanten Argumente, prüft deren Erheblichkeit und formuliert die Nachfragen nach Möglichkeit in Gestalt von Beweisfragen.*
- *Im Gutachten wird ausführlich erläutert und belegt, dass das namibische internationale Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie folgt. Die Nachfrage seitens des Parteivertreters, ob ein Befolgen der Sitztheorie nicht trotzdem denkbar sei, ist unsubstantiiert, wenn sie nicht durch konkrete Anhaltspunkte gestützt wird.*

3. Die mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen (ggf. per Videoschaltung, § 128a Abs. 2 ZPO) kann zur Klarstellung und Ergänzung nützlich sein, bringt häufig allerdings keine neuen Erkenntnisse. Zur Zeit- und Kostenersparnis kann es sich empfehlen, dem Sachverständigen bestimmte Fragen vorab zu übermitteln. Die ausschließlich schriftliche Erläuterung und Ergänzung funktioniert erfahrungsgemäß in der Regel gut.

   Rechtsgrundlage: *§ 411 Abs. 3 ZPO.*

   Erläuterung: *Ziff. 3 gilt aufgrund des dort zu beachtenden Mündlichkeitsgrundsatzes nicht für Gutachten zum ausländischen Recht im Rahmen von Strafverfahren.*

4. Sofern der Sachverständige eigenständig den Sachverhalt formuliert hat, von dem er ausgeht (→ unten Art. 3 § 2 Ziff. 3), muss das Gericht bei Erhalt des Gutachtens prüfen, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde.

§ 9 Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts

1. Die Entscheidung unter Anwendung des ausländischen Rechts ist originäre Aufgabe des Gerichts. Das betrifft insbesondere auch die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht, unabhängig davon, ob der Sachverständige ein eigenes Subsumtionsergebnis darlegt (vgl. → unten Art. 3 § 3 Ziff. 5, § 5).

2. Die Entscheidungsgründe müssen erkennen lassen, wie das ausländische Recht ermittelt wurde. Das betrifft sowohl die Auswahl der Erkenntnisquellen als auch – bei verbleibenden Zweifeln zum Inhalt – die Tiefe (vgl. → oben Art. 2 §§ 2, 3).

   Erläuterung: *Gibt die angefochtene Entscheidung keinen Aufschluss darüber, dass das Tatgericht seiner Pflicht nachgekommen ist, ausländisches Recht in angemessener Weise zu ermitteln, ist revisionsrechtlich davon auszugehen, dass eine ausreichende Erforschung des fremden Rechts in verfahrensfehlerhafter Weise unterblieben ist (BGH, Urt. v. 20.7.2012 – V ZR 135/11, MDR 2012, 1077 Rn. 16; BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – I ZB 13/15, IPRspr 2016-219, Rn. 66 (= NJW-RR 2017, 313 Rn. 66).*

3. Die Entscheidungsbegründung sollte nicht nur pauschal auf das Gutachten verweisen, sondern die für das Ergebnis relevanten Inhalte des Gutachtens selbst wiedergeben und erklären, warum das Gericht sie sich zu eigen macht. Sofern der Inhalt des Gutachtens streitig ist, muss das Gericht, wie auch sonst bei der Beweiswürdigung, begründen, warum es ihm folgt oder nicht. Das Gutachten sollte unter Beachtung der Anonymisierungspflichten so genau wie möglich bezeichnet werden (z.B. mit Datum und internem Aktenzeichen des Sachverständigen).

4. In der Entscheidung sind die Primär- und Sekundärquellen, auf die das Gericht sich stützt, möglichst vollständig anzugeben und, sofern es auf den Wortlaut ankommt, im Originaltext wiederzugeben. Bei nichtgängigen Sprachen (im Zweifel allen Sprachen außer Englisch) sollte eine deutsche Übersetzung der Texte angefügt werden. Soweit möglich, sollte für beide – Originaltext und Übersetzung – auf offizielle Quellen rekurriert werden, die dann auch benannt werden. Greift das Gericht auf eine andere als eine offizielle Übersetzung zurück, sollte es dies begründen.

5. Sofern hinreichende Quellen nicht gefunden werden konnten, sollte in der Entscheidung dargelegt werden, wo und wie danach gesucht wurde.

6. Nach Abschluss des Verfahrens sollte dem Sachverständigen eine Kopie der Entscheidung übermittelt werden. Ebenso sollte eine Übermittlung an einschlägige Sammlungen erfolgen (z.B. IPRspr, IPRax) sowie an sachrechtsspezifische Zeitschriften (z.B. FamRZ für Entscheidungen zum ausländischen Familienrecht).

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

§ 1 Vorprüfung und Hinweise

1. Der Sachverständige hat, nachdem er angefragt wurde (→ oben Art. 2 § 5), unverzüglich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden kann. Ist das nicht der Fall, so muss er das Gericht unverzüglich verständigen.

   Rechtsgrundlage: *§ 407a Abs. 1 ZPO.*

2. Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Der Sachverständige hat dem Gericht solche Gründe unverzüglich mitzuteilen.

   Rechtsgrundlage: *§ 407a Abs. 2 ZPO.*

   Erläuterung: *Insbesondere bei Rechtsordnungen, mit denen sich in Deutschland nur ein verhältnismäßig kleiner Kreis von Personen beschäftigt, kommt es häufig vor, dass der Sachverständige mit Parteivertreter*innen persönlich bekannt ist. Dies allein begründet nicht seine Befangenheit.*

3. Hat der Sachverständige Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages, so hat er unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen. Erwachsen voraussichtlich Kosten, die erkennbar außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes stehen oder einen angeforderten Kostenvorschuss erheblich übersteigen, so hat der Sachverständige rechtzeitig darauf hinzuweisen.

   Rechtsgrundlage: *§ 407a Abs. 4 ZPO.*

   Erläuterungen: *Die Folgen einer nicht angezeigten Unverhältnismäßigkeit regelt § 8a Abs. 3 JVEG. Zu den Folgen einer nicht angezeigten Überschreitung des Auslagenvorschusses siehe § 8a Abs. 3, 4 JVEG und → unten Art. 3 § 6 Ziff. 2.*

   Der Sachverständige braucht grundsätzlich nur einmal auf die Unverhältnismäßigkeit bzw. die Überschreitung hinzuweisen. Es ist Sache des Gerichts, die Höhe des angeforderten Kostenvorschusses unmissverständlich zu kommunizieren. Erkennt der Sachverständige nach Einholung eines zusätzlichen Kostenvorschusses, dass auch dieser nicht ausreichen wird, muss er einen weiteren Hinweis geben.

4. Der Sachverständige vollzieht die IPR-Prüfung des Gerichts nach (→ oben Art. 2 § 1). Kommt er zu der Auffassung, dass die Ermittlung ausländischen Rechts entbehrlich ist, weil der Fall deutschem Recht unterliegt, gibt er dem Gericht zur Vermeidung unnötiger Kosten einen entsprechenden Hinweis. Das Gleiche kann sich empfehlen, wenn das für die Bestimmung des anwendbaren Rechts maßgebliche Anknüpfungskriterium (z.B. der gewöhnliche Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit) nach Aktenlage ungeklärt ist.

   Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 4 ZPO.

5. Ebenso teilt der Sachverständige dem Gericht mit, wenn der Beweisbeschluss den unter → Art. 2 § 6 genannten Anforderungen widerspricht oder nicht klar verständlich ist.

   Beispiele:

   – *Der Sachverhalt ist sehr komplex und in vielen Punkten umstritten. Der Sachverständige bittet das Gericht um Mitteilung, von welchen Tatsachen er ausgehen soll.*

   – *Das Gericht fragt umfassend nach den Voraussetzungen eines Vertragsschlusses im englischen Recht. Der Sachverständige gelangt nach Studium der Akte zu der Einschätzung, dass nur eine bestimmte Teilfrage entscheidungsrelevant ist (z.B. die einer wirksamen Stellvertretung), und regt beim Gericht daher eine entsprechende Eingrenzung an. Alternativ kann der Sachverständige nach → Art. 3 § 1 Ziff. 7 vorgehen.*

6. Der Sachverständige prüft, ob die zum ausländischen Recht gestellten Fragen der Entscheidung des Falles dienlich sind. Kommt er, insbesondere aufgrund seiner Kenntnis des ausländischen Rechts, zu der Einschätzung, dass andere Beweisfragen zielführender wären, gibt er dem Gericht einen Hinweis.

   Beispiele:

   – *Das Gericht fragt, ausgehend von deutschen Rechtsvorstellungen, nach Auskunftsansprüchen im ehelichen Güterrecht. Das anwendbare ausländische Ehegüterrecht kennt aber keine Auskunftsansprüche, sondern realisiert die Informationsbeschaffung auf andere Weise, z.B. durch erweiterte Ermittlungsbefugnisse des Gerichts. Der Sachverständige erläutert dies und weist das Gericht auf die Möglichkeit einer Anpassung hin.*

   – *Das Gericht fragt, ausgehend von deutschen Rechtsvorstellungen, nach den Regeln des englischen Rechts über die Abwicklung des ehelichen Güterstands im Falle der Scheidung. Der Sachverständige weist das Gericht darauf hin, dass das englische Recht ein Ehegüterrecht nach deutscher Art nicht kennt und eine Vermögensteilhabe der Ehegatten durch Unterhaltsleistungen sowie Vermögensübertragung realisiert werden kann. Möglich wäre hier auch ein Vorgehen nach → Art. 3 § 1 Ziff. 7.*

7. Geringfügige oder offenkundig sachdienliche Abweichungen vom Beweisbeschluss kann der Sachverständige ohne Rücksprache mit dem Gericht vornehmen, wenn ihm dies unproblematisch erscheint und er sein Vorgehen im Gutachten erläutert (→ unten Art. 3 § 2 Ziff. 2).

8. Auch wenn keine entsprechende Pflicht besteht, empfiehlt es sich, dass der Sachverständige den Stundenaufwand für die Erstellung des Gutachtens vorab möglichst genau und realistisch schätzt und dem Gericht mitteilt (zu den Folgen der Überschreitung eines Auslagenvorschusses → unten Art. 3 § 6 Ziff. 2). Kann der Sachverständige das vom Gericht gesetzte Fertigstellungsdatum voraussichtlich nicht einhalten, teilt er das ihm mögliche spätere Datum mit. Der Sachverständige berücksichtigt bei der Zeitplanung eine etwaige besondere Eilbedürftigkeit (z.B. in Sorgerechtsstreitigkeiten oder bei Kindesentführung).

9. Da die Erstellung von Gutachten zum ausländischen Recht spezifische juristische und sprachliche Kenntnisse erfordert, ist eine Eingruppierung in die höchste Honorargruppe i.S.v. § 9 Abs. 1 JVEG Anlage 1 angemessen.

   Rechtsprechung: *OLG Dresden, Beschl. v. 23.1.2019 – 3 W 652/18, IPRspr 2019-350 (= NJW 2019, 1236).*

10. In besonders gelagerten Fällen, etwa bei einem sehr hohen Streitwert oder einem sehr hohen, aber im genauen Umfang nicht prognostizierbaren Arbeitsaufwand, kann dem Sachverständigen unter den Voraussetzungen des § 13 JVEG eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vergütung zugesprochen werden.

11. Kann der Sachverständige den Auftrag nicht übernehmen, soll er nach Möglichkeit versuchen, dem Gericht durch informelle Hinweise weiterzuhelfen. Diese Hinweise können alternative Ansprechstellen, einschlägige deutschsprachige Literatur sowie fallrelevante Aspekte des internationalen und des ausländischen Privatrechts betreffen.

12. In der Kommunikation zwischen Gerichten und Sachverständigen ist das Telefonat erfahrungsgemäß oft deutlich zielführender als der schriftliche Weg.

§ 2 Allgemeine Ziele und Methoden des Gutachtens

1. Ziel des Gutachtens ist es, die im Beweisbeschluss gestellten Fragen so zu beantworten, dass das Gericht auf der Grundlage des ermittelten ausländischen Rechts eine eigene Sachentscheidung treffen kann (vgl. → oben Art. 2 § 2 Ziff. 1).

2. Ist der Beweisbeschluss nach Auffassung des Sachverständigen zu weit oder aus anderen Gründen nicht zielführend formuliert, regt er seine Änderung an. Ist der Sachverständige sich sicher, im Sinne des Gerichts und der Parteien zu handeln, kann er auch ohne Rücksprache mit dem Gericht vom Beweisbeschluss abweichen, etwa indem er Fragen umformuliert oder mangels Entscheidungsrelevanz offenlässt. In diesem Fall erläutert er sein Vorgehen im Gutachten.

   Beispiele:

   – *Das Gericht stellt verschiedene Fragen zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs und ebenso zu dessen Verjährung. Der Sachverständige sieht, dass Verjährung eingetreten ist. Er zieht diese Frage deshalb vor und lässt die übrigen Fragen, deren Beantwortung sich sehr aufwendig gestalten würde, mangels Entscheidungsrelevanz offen. Er erläutert sein Vorgehen im Gutachten und stellt klar, dass auf Hinweis des Gerichts auch die weiteren Fragen noch beantwortet werden.*

   – *Nach wörtlicher Wiedergabe des Beweisbeschlusses folgt der Satz: „Der Sachverständige versteht die Frage des Gerichts in dem Sinne, dass es um […] geht."*

3. Einen vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 9) muss der Sachverständige seinem Gutachten zugrunde legen. Fehlt es an einer solchen Mitteilung und bittet der Sachverständige nicht um Nachreichung (vgl. oben → Art. 3 § 1 Ziff. 5), so ermittelt er den Sachverhalt eigenständig anhand der Akte und gibt ihn im Gutachten wieder (→ unten Art. 3 § 3 Ziff. 1). Das Gericht hat dann bei Erhalt des Gutachtens zu prüfen, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde.

4. Der Sachverständige hat das ausländische Recht nach Möglichkeit so zu ermitteln und darzustellen, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde. Dies bedeutet, dass er vorrangig die Gesetzestexte (soweit vorhanden) sowie einschlägige höchstgerichtliche und ggf. untergerichtliche Rechtsprechung auszuwerten hat, und zwar unabhängig davon, ob Gerichtsentscheidungen

im betreffenden Land als Rechtsquelle angesehen werden. Soweit das nicht ausreicht, sind die gestellten Beweisfragen auf der Grundlage anderer Quellen zu beantworten, insbesondere Rechtsliteratur und Behördenpraxis. Bei alledem ist zu berücksichtigen, welches Gewicht geschriebenen Rechtsnormen, Rechtsliteratur und sonstigen Quellen bzw. Argumenten in der Praxis des ausländischen Rechts zukommt.

5. Zur Schließung von Erkenntnislücken oder zur Bestätigung gefundener Ergebnisse kann der Sachverständige Fachleute der betreffenden Rechtsordnung auf informellem Wege konsultieren. Auf diese Art erlangte Auskünfte sind im Gutachten kenntlich zu machen.

   Beispiele:

   – *„Schriftliche Auskunft von Professorin Silvia Lopez von der Katholischen Universität Lima, Peru, vom 25.1.2021."*
   – *„Mündliche Auskunft des Vorsitzenden des Ahmadiyya-Schiedsgerichts in Offenbach vom 3.7.2022."*

§ 3 Inhalt des Gutachtens

1. Das Gutachten legt zunächst den vom Gericht vorgegebenen (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 9) oder vom Sachverständigen aus der Akte ermittelten Sachverhalt (→ oben Art. 3 § 2 Ziff. 3) dar.

2. Ausführungen zum ausländischen Recht erfolgen nur insoweit, wie sie entscheidungsrelevant oder zum Verständnis erforderlich sind. Auf schmückendes Beiwerk, etwa in Gestalt längerer historischer Ausführungen, ist zu verzichten. Abstrakt gestellte Beweisfragen (vgl. → oben Art. 2 § 6 Ziff. 5) werden vom Sachverständigen auf das aus seiner Sicht Wesentliche reduziert.

   Beispiel: *Wurde nach den tunesischen Regeln der gesetzlichen Erbfolge gefragt und sind im vorliegenden Fall Erben der ersten Ordnung vorhanden, bedarf es keiner Erörterung der nachfolgenden Erbordnungen oder im konkreten Fall nicht einschlägiger Regelungen über Eintrittsrechte.*

3. Im Gutachten sind die Primär- und Sekundärquellen, auf die es gestützt ist, möglichst vollständig anzugeben und, sofern es auf den Wortlaut ankommt, im Originaltext wiederzugeben. Bei nichtgängigen Sprachen (im Zweifel allen Sprachen außer Englisch) sollte eine deutsche Übersetzung der Texte angefügt werden. Soweit möglich, sollte für beide – Originaltext und Übersetzung – auf offizielle Quellen rekurriert werden, die dann auch benannt werden. Greift der Sachverständige auf eine andere als eine offizielle Übersetzung zurück, sollte er dies begründen.

4. Sofern hinreichende Quellen nicht gefunden werden konnten, gibt das Gutachten an, wo und wie danach gesucht wurde.

5. Die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht ist Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen (→ oben Art. 2 § 9 Ziff. 1). Soll der Sachverständige laut Beweisbeschluss das ausländische Recht fallbezogen ermitteln (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 6) und ist der Sachverhalt unstreitig bzw. vom Gericht vorgegeben, kann es sich zur Vermeidung von Missverständnissen oder Unsicherheiten jedoch empfehlen, dass der Sachverständige mitteilt, zu welchem Ergebnis sein Gutachten im konkreten Fall führt.

   Beispiele:

   – *Kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die fragliche Rechtsordnung einen Verkäufer für bestimmte Arten von Zusagen über die Eigenschaften der Kaufsache haften lässt, wird in der Regel das Gericht besser als der Sachverständige beurteilen können, ob die im konkreten Fall vom Verkäufer gemachten Aussagen die geforderten Voraussetzungen erfüllen. Zu dem Fall, dass von der Beantwortung einer Beweisfrage die Relevanz weiterer Beweisfragen abhängt, → unten Art. 3 § 3 Ziff. 7.*

   – *Stehen in einem Erbfall die Verwandtschaftsverhältnisse fest, legt der Sachverständige nicht nur die abstrakten Erbregeln der betreffenden Rechtsordnung dar, sondern führt auch aus, zu welchem Ergebnis sie im konkreten Fall führen („Die Ehefrau ist Erbin zu 1/4, der Sohn Erbe zu 3/4“).*

6. Lassen sich dem ausländischen Recht mit vertretbarem Aufwand keine eindeutigen Antworten auf die gestellten Fragen entnehmen, legt der Sachverständige diese Unsicherheit offen und gibt nach Möglichkeit eine auf seine Erfahrung und rechtsvergleichende Einschätzung gestützte Prognose darüber ab, wie ein Gericht der betreffenden Rechtsordnung entscheiden würde.

7. Sieht der Sachverständige, dass die Entscheidungsrelevanz nachgeordneter Beweisfragen davon abhängt, wie das Gericht bestimmte vorgeordnete Beweisfragen beurteilt, so kommen zwei Vorgehensweisen in Betracht: Zum einen kann der Sachverständige das Gericht zunächst um Klärung der vorgelagerten Fragen bitten (ggf. auf der Grundlage eines Teilgutachtens), zum anderen kann er die Prüfung alternativ aufbauen. Welche Vorgehensweise sich empfiehlt, richtet sich nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der in → Art. 1 § 2 genannten Ziele.

   Beispiel: *Die Frage, ob das englische IPR in einem Erbfall auf das deutsche Recht zurückverweist, hängt davon ab, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes weiterhin sein englisches „domicile of origin" oder vorher in Deutschland sein „domicile of choice" begründet hatte. Die Antwort auf diese Frage erfordert die Gewichtung bestimmter objektiver und subjektiver Faktoren und kann nur vom Gericht gegeben werden.*

   Ob der Sachverständige in diesem Fall zunächst eine Klärung der Frage des „domicile" herbeiführt oder im Gutachten beide Varianten abhandelt, hängt insbesondere vom Umfang der Ausführungen ab, die zum englischen Sachrecht zu machen wären. Sind sie kurz und unproblematisch, empfiehlt es sich, das Gutachten „in einem Aufwasch" zu erledigen. Wären die Ausführungen zum englischen Sachrecht hingegen zeit- und kostenintensiv, sollte zunächst ihre Entscheidungsrelevanz geklärt werden.

8. Der Sachverständige sollte grundsätzlich die Weitergabe des Gutachtens zur Verwendung in anderen Verfahren gestatten und nur die Bedingung stellen, dass die Urheberschaft ordnungsgemäß kenntlich gemacht und das Gutachten vollständig und unverändert weitergegeben wird.

   Erläuterung: *Insbesondere Gerichte sollten die Möglichkeit haben, Gutachten zum ausländischen Recht zu sammeln und bei Bedarf intern weiterzugeben. Zu beachten ist freilich, dass Gutachten durch nachfolgende Rechtsänderungen obsolet werden können. Sachverständige trifft hierfür keine Verantwortung, sondern allenfalls eine Hinweispflicht.*

§ 4 Behandlung des in Deutschland geltenden IPR im Gutachten

1. Da das in Deutschland geltende IPR nicht Gegenstand eines vom Gericht eingeholten Gutachtens sein kann (→ oben Art. 1 § 1), brauchen Sachverständige im Regelfall keine Ausführungen hierzu zu machen, auch wenn sie die IPR-Prüfung des Gerichts nachvollziehen sollen (→ oben Art. 3 § 1 Ziff. 4). Verschiedene Ausnahmefälle sind im Folgenden genannt; in diesen sollten Ausführungen zum inländischen IPR knapp gehalten und Meinungsstreitigkeiten dem Gericht zur Entscheidung überlassen werden.

2. Kommt es zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts auf das ausländische IPR an (insbesondere im Fall einer möglichen Rück- oder Weiterverweisung, vgl. → oben Art. 2 § 1 Ziff. 3), so wird es zur besseren Verständlichkeit in der Regel sachdienlich sein, die Frage des anwendbaren Rechts vollständig zu behandeln und daher das Gutachten mit dem in Deutschland geltenden IPR zu beginnen, das auf das ausländische IPR verweist.

3. Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR können ferner dann sachdienlich sein, wenn der Sachverständige Grund zu der Annahme hat, dass Gericht und Parteien einen wichtigen Aspekt übersehen könnten, z.B. ein Qualifikationsproblem oder eine versteckte Übergangsvorschrift (zu Qualifikationsfragen schon → oben Art. 2 § 1 Ziff. 2).
   Beispiele:
   - *Das Gericht geht offensichtlich davon aus, dass sich die Ersatzfähigkeit von Prozesszinsen nach dem anzuwendenden ausländischen Deliktsrecht (lex causae) bestimmt. Der Sachverständige weist darauf hin, dass auch eine prozessuale Qualifikation und damit die Anwendung deutschen Rechts in Betracht kommt.*
   - *Der Sachverständige weist darauf hin, dass es in komplizierten Schadensfällen in Betracht kommt, bestimmte Aspekte prozessual zu qualifizieren und damit über § 287 ZPO zu lösen.*

4. In der Regel unvermeidbar sind Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR, wenn seine korrekte Anwendung nicht losgelöst von dem zu ermittelnden ausländischen Sachrecht erfolgen kann. Dies kann insbesondere bei Fragen der Qualifikation der Fall sein.
   Beispiel: *Die Frage, ob die „institution contractuelle" des französischen Rechts als Erbvertrag oder als Schenkung unter Lebenden zu qualifizieren ist, kann nicht ohne Vorgriff auf die Zwecke und Funktionsweise dieses Rechtsinstituts beantwortet werden.*

§ 5 Sonderfälle der Aufgabenabgrenzung

1. **Auslegung von Rechtsgeschäften:** Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses die Auslegung eines Rechtsgeschäfts (z.B. eines Vertrags oder Testaments) nach einem ausländischen Recht, so beschränkt sich der Sachverständige grundsätzlich auf die Darlegung der abstrakten Regeln und Prinzipien, da deren Anwendung auf den konkreten Vertrag als Subsumtionsfrage dem Gericht obliegt (→ oben Art. 3 § 3 Ziff. 5). Er soll allerdings auch nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen in der ausländischen Rechtsprechung suchen und ggf. deren Bedeutung für das Auslegungsergebnis erläutern. Die Ermittlung und Beurteilung evtl. relevanter subjektiver Vorstellungen der Erklärenden ist als Tatsachenfrage Aufgabe des Gerichts.

2. **Mitverschulden:** Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses ein etwaiges Mitverschulden des Geschädigten, so beschränkt sich der Sachverständige grundsätzlich auf die Darlegung der abstrakten Regeln und Prinzipien und überlässt deren Anwendung auf den konkreten Fall und insbesondere die Bestimmung konkreter Haftungsquoten dem Gericht. Er soll allerdings auch nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen in der ausländischen Rechtsprechung suchen und ggf. deren Bedeutung für die Bestimmung der Haftungsquoten erläutern.

3. **Schmerzensgeld:** Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses ein Anspruch auf Schmerzensgeld oder den Ersatz anderer immaterieller Schäden, gilt das zum Mitverschulden (Ziff. 2) Gesagte entsprechend.

4. **Gerichtliches Ermessen:** Stellt das ausländische Recht die Gewährung des geltend gemachten Anspruchs ganz oder teilweise in das gerichtliche Ermessen, erläutert der Sachverständige die Maßstäbe bzw. Kriterien, nach denen die Gerichte des betreffenden Landes dieses Ermessen ausüben. Ebenso sucht er nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen.

5. **Subsumtion durch den Sachverständigen:** In den in Ziff. 1–4 genannten und ähnlichen Fällen können Sachverständige eine eigene Einschätzung abgeben, bei gleichzeitiger Klarstellung, dass der Entscheidung des Gerichts hierdurch nicht vorgegriffen wird (→ oben Art. 3 § 3 Ziff. 5).

6. **Angriffs- und Verteidigungsmittel:** Zwecks Wahrung ihrer Unparteilichkeit erläutern Sachverständige im ausländischen Recht vorgesehene Angriffs- und Verteidigungsmittel oder daraus resultierende Handlungsoptionen der Parteien grundsätzlich nur insoweit, wie im Beweisbeschluss danach gefragt ist. Hat die fehlende Aufnahme in die gerichtliche Fragestellung ihren Grund allerdings in der unzureichenden Kenntnis des ausländischen Rechts, geben sie einen Hinweis (vgl. → oben Art. 3 § 1 Ziff. 6).

   Beispiele:

   – *Fragt der Beweisbeschluss ausdrücklich nur nach vertraglichen Ansprüchen, anstatt offen zu fragen (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 3), geht der Sachverständige nicht auf außervertragliche Ansprüche ein, auch wenn sie im konkreten Fall begründet wären. Ist allerdings die ausländische Rechtsordnung so strukturiert, dass sie Schadensposten, die das deutsche Recht dem Vertragsrecht zuweist, über andere Instrumente ersatzfähig macht, z.B. solche des Deliktsrechts, regt der Sachverständige eine Erweiterung des Beweisbeschlusses an.*

   – *Stellt der Sachverständige fest, dass der geltend gemachte Anspruch aus einem bestimmten Grund einredebehaftet sein könnte (z.B. wegen Verjährung), führt er dies nur insoweit aus, wie das Verteidigungsmittel von der Fragestellung erfasst ist. Sieht das ausländische Recht allerdings ein Verteidigungsmittel vor, das im deutschen Recht nicht bekannt ist und nach dem das Gericht deshalb auch nicht fragen konnte, gibt der Sachverständige einen Hinweis. Dabei ist zu beachten, dass die subtile Unterscheidung zwischen Einreden, die geltend gemacht werden müssen, und Einwendungen, die von Amts wegen zu beachten sind, im ausländischen Recht oft nicht oder nicht in gleicher Form existiert.*

   – *Fragt das Gericht im Rahmen eines Anspruchs auf Herausgabe des Veräußerungserlöses danach, ob die Verfügung eines Nichtberechtigten nach ausländischem Recht wirksam war, weist der Sachverständige nicht von sich aus darauf hin, dass das ausländische Recht dem Eigentümer auch die Möglichkeit gibt, die Verfügung des Nichtberechtigten zu genehmigen und dadurch dem Anspruch auf den Veräußerungserlös zur Entstehung zu verhelfen.*

7. **Ordre public:** Ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts aus deutscher Sicht gegen den Ordre public verstößt, ist eine Frage des deutschen Rechts und somit vom Gericht zu beantworten. Der Sachverständige thematisiert die Frage nur insoweit, wie es zu ihrer Beantwortung auf Details des ausländischen Rechts ankommt (z.B. auf den Zweck der in Rede stehenden ausländischen Regelung). Ebenso kann der Sachverständige Stellung nehmen zu Möglichkeiten, das ausländische Recht im Einklang mit dem deutschen Recht auszulegen oder ggf. für den konkreten Fall fortzubilden.

§ 6 Überschreitung des vorgesehenen Zeit- bzw. Kostenrahmens

1. Erkennt der Sachverständige, dass er den zugesagten Fertigstellungstermin nicht einhalten kann, informiert er unverzüglich das Gericht und teilt einen neuen Fertigstellungstermin mit.

2. Erkennt der Sachverständige, dass er den eingezahlten Auslagenvorschuss erheblich überschreiten wird, informiert er unverzüglich das Gericht (siehe auch → oben Art. 3 § 1 Ziff. 3). Anderenfalls erhält er die Vergütung nur in Höhe des Auslagenvorschusses.

   Rechtsgrundlage: *§ 8a Abs. 4 JVEG.*

   Erläuterung: *Eine erhebliche Überschreitung liegt nach Ansicht des Gesetzgebers und der Rechtsprechung ab einem Wert von 20–25% vor (siehe BT-Drs. 17/11471 (neu), 260; OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.10.2022 – 12 W 32/22, BeckRS 2022, 32993; LG Dortmund, Beschl. v. 20.5.2021 – 9 T 112/21, BeckRS 2021, 14054).*

ART. 4: LEITLINIEN FÜR PARTEIEN

1. Da die Ermittlung des ausländischen Rechts Aufgabe des Gerichts ist (→ oben Art. 2 § 2 Ziff. 1), haben die Parteien im Grundsatz keine Beibringungspflicht, die über ihre allgemeine Verfahrensförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinausgeht. Besitzen sie aber Spezialkenntnisse zum ausländischen Recht oder können sie dieses ersichtlich wesentlich leichter ermitteln als das Gericht, so empfiehlt sich ihre Mitwirkung bei der Ermittlung des ausländischen Rechts und insbesondere die (nicht bloß selektive) Zurverfügungstellung vorhandener Quellen. Eine Unterlassung kann zur Folge haben, dass das Gericht rechtsfehlerfrei von entsprechenden weiteren Ermittlungen absehen darf.

   Rechtsprechung: *BGH, Urt. v. 30.3.1976 – VI ZR 143/74, IPRspr 1976-2 (= NJW 1976, 1581 (1582)); BGH, Urt. v. 30.4.1992 – IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026 (2029)).*

2. Parteien können ihrem Vortrag ein Parteigutachten zugrunde legen. Dieses gilt dann als Parteivortrag und nicht als Beweismittel, es hat daher nicht die Vermutung der Objektivität (vgl. → oben Art. 2 § 2 Ziff. 5). Ist von vornherein abzusehen, dass ein Gerichtsgutachten notwendig sein wird, so kann es sich empfehlen, sogleich dessen Einholung anzuregen und auf ein Parteigutachten zu verzichten.

3. Erweist sich die Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts als unverhältnismäßig aufwendig, kann es für die Parteien ratsam sein, die Wahl deutschen Rechts im Verfahren in Betracht zu ziehen, soweit das einschlägige IPR dies zulässt.

4. Die Parteien sollen nach Möglichkeit bei der Abfassung des Beweisbeschlusses mithelfen, um die Unbrauchbarkeit oder Unvollständigkeit des einzuholenden Gutachtens zu vermeiden.

5. Die Parteien dürfen grundsätzlich um zusätzliche Erläuterung des Gutachtens bitten. Einwendungen können allerdings nicht ins Blaue hinein gemacht werden, sondern müssen substantiiert erfolgen (vgl. auch → oben Art. 2 § 8 Ziff. 2). Da eine Vermutung dafür spricht, dass der Sachverständige die relevanten Primär- und Sekundärquellen ausgewertet hat (vgl. → oben Art. 3 §§ 2, 3), kann sich zur Substantiierung die Vorlage eines Parteigutachtens empfehlen.

6. Die Parteien können die Beiziehung eines für ein anderes Verfahren erstellten Gutachtens anregen (vgl. → oben Art. 2 § 3 Ziff. 2).

7. Die Parteien sehen tunlichst davon ab, den Sachverständigen direkt zu kontaktieren.

Impressum

Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien

1. Auflage 2023

Herausgeber
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Verantwortlich
Ralf Michaels (michaels@mpipriv.de)
Jan Peter Schmidt (schmidt@mpipriv.de)

Gestaltung und Produktion
Johanna Detering

Druck
THINKPRINT GmbH

Lizenz
Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz CC-BY 4.0 lizenziert
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de