

Rechtswille des Staates kann eben, wenn er vor seinen unabhängigen Gerichten Anträge stellt, nur einheitlich ausgeübt werden. Nie wird der vorgesezte Staatsanwalt, wenn es mit rechten Dingen zugeht, das Gewissen seiner Untergebenen strapazieren, sondern bei divergierenden Auffassungen die Sache selbst an sich ziehen oder einem anderen Staatsanwalt übertragen.

Der mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Kollegialrichter hat es unter Umständen in dieser Hinsicht schwerer: Er muß, wenn er überstimmt ist, sich in der weiteren Beratung und im Verfahren der Mehrheit anschließen, ohne seine abweichende Meinung erkennen zu lassen. Und nie kann ein Richter, wenn er an der Entscheidung schwer trägt, die höhere Instanz um Rat fragen. Die richterliche Unabhängigkeit vermittelt eben nicht nur eine imposante Rechtsstellung, sondern überbürdet schwere Lasten und Probleme.

Die übrigen Träger der dreigeteilten staatlichen Gewalt sowie alle Kräfte, die im Gemeinwesen wirken, haben zwar Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß die Rechtsprechung unabhängig wirken kann. Daß diese Voraussetzungen genutzt und die Unabhängigkeit in optimaler Weise verwirklicht worden, ist indessen Sache der Träger der richterlichen Gewalt. Es ist nicht an der Zeit, von außen kommende Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit zu beschwören. Zwar ließen Richtervertreter aus Hessen unlängst in arger Mißdeutung eines Wortes aus politischem Munde unter dem Stichwort der „Büttel der Nation“ etwas anderes vernehmen. Mir scheint, daß diese Lanze für die richterliche Unabhängigkeit am rechten Ziel vorbeiging und daß man dem Übereifer die Nachsicht nicht versagen sollte. Die richterliche Unabhängigkeit ist eben, wie die anderen Verfassungsgrundsätze, nicht dazu da, daß man sie in kleiner Münze handelt und bei jeder Gelegenheit im Munde führt. Auch nicht bei – noch so berechtigten – Besoldungswünschen.

Für diese gibt es überzeugendere Argumente, nämlich solche, mit denen man nicht zugleich die Qualität richterlicher Tätigkeit tangiert. Gewiß können und sollten Parlamente und Regierungen für die Verbesserung der Rechtspflege noch einiges tun, nicht aber kann gesagt werden, von dieser Seite würde die richterliche Unabhängigkeit gering geachtet. Nach einer ebenso selbstverständlichen wie noblen Tradition setzen sich vielmehr die Justizministerien gerade dann für diese Unabhängigkeit ein, wenn – etwa wegen divergierender Gerichtsentscheidungen – das Justizressort selbst zum Zielpunkt von Angriffen aus der Öffentlichkeit wird.

Auch von der Publizistik drohen der richterlichen Unabhängigkeit derzeit keine ernste Gefahren. Pressefreiheit und Freiheit der Meinungsäußerung sind vielmehr im außerjustiziellen Bereich Komplementärerscheinungen der richterlichen Entscheidungsfreiheit. Kritik ist eine absolute Notwendigkeit in unserem Gemeinwesen, auch in der Rechtsprechung. Berechtigte Kritik klärt und öffnet den Weg zur Durchsetzung des Besseren. Und selbst, wenn Kritik einmal übers Ziel schösse oder – entgegen gutem journalistischem Brauch – allzu deutlich erkennen ließe, welche Gerichtsentscheidung man wünscht: Nun, das kann im Rechtsgang zwar Last und Hemmnis, mitunter auch

Ärgernis sein, solche Fälle sind aber auch *Chance* des Richters, seine Unabhängigkeit und die Macht des Rechts zu demonstrieren. Daß die richterliche Unabhängigkeit ein eherner Verfassungssatz ist, will eben nicht heißen, daß die Rechtsordnung sie unter einer Glasglocke etabliert hätte. Man sähe sonst kaum, ob sie da ist, und wir wollen doch darauf bauen, daß sie auch gedeiht und besteht, wenn der Sturm der Meinungen um sie fegt. Die richterliche Unabhängigkeit ist keine Bringschuld, die die Anstellungsbehörde dem Richter etwa dadurch frei Haus liefert, daß sie ihn stets vor allen Anfeindungen abschirmt. Sicherlich kann diese Unabhängigkeit des institutionell garantierten Schutzes nicht entraten. Verwirklicht wird sie aber allein von den Richtern selbst. Sie ist, so sagt Eberhard Schmidt, „für diese alles andere als ein Privileg“. Sie ist Aufgabe, Leistung und Last zugleich. Soweit nämlich das Gesetz dem Richter die Freiheit der Entscheidung läßt, bleibt ihm auch die volle und alleinige Verantwortung für den Richterspruch. Dieser muß sich an den richterlichen Kardinaltugenden messen lassen, die schon im 13. Jahrhundert im Schwabenspiegel verzeichnet sind: Der Gerechtigkeit, der Weisheit, dem Starkmut und der Mäßigkeit. Gustav Radbruch, der frühere sozialdemokratische Reichsjustizminister, eine der ehrwürdigsten Gestalten unter den Juristen des 20. Jahrhunderts, hat in seinem Spruchband für Anselm Feuerbach das Rechtspruchwort überliefert: „Wissen und Gewissen machen den Juristen“. Man könnte ergänzen: „machen erst den unabhängigen Richter“. Denn hier wird in klassischer Kürze das genannt, was erst wirkliche Unabhängigkeit verbürgt: In Rechtsfragen das *Wissen* und in Tatfragen das *Gewissen*. Fehlt es hieran, ist die richterliche Unabhängigkeit tatsächlich in Gefahr. Denn jeder Mangel im Rechts- oder Tatsachenwissen verkürzt notwendig den Bereich, innerhalb dessen eine unabhängige Entscheidung zu treffen ist, und damit die richterliche Unabhängigkeit selbst. An deren Stelle treten dann die Abhängigkeit von eigenen Schwächen, Irrtümern, Mängeln oder einer festgefahrenen Denkvorstellung. Richter sind daher gehalten, ihren Rechtsstandpunkt immer wieder anhand anderer Rechtsmeinungen zu überprüfen, mögen sie im Prozeß, von anderen Gerichten oder in der Literatur vertreten werden. Unabhängig entscheiden zu können, setzt ferner voraus, daß die Fakten, auf die es bei der Entscheidung ankommt, mit großer Gewissenhaftigkeit ermittelt und festgestellt werden. Dazu bedarf es der *Geduld*. Wer sich in dieser richterlichen Tugend im Gerichtssaal immer wieder übt und zuzuhören bereit ist, bevor er spricht, kommt dem Wahren und Rechten näher, findet er doch eher den Zugang zum Menschen, um dessen Sache es geht. Der geduldige Richter wird daher auch eher mit seiner Entscheidung überzeugen, vielleicht und gerade auch dort, wo sie beschwert. Zeigt er doch – auch für den einfachsten Menschen vor Gericht erlebbar –, daß er sich um der Sache willen von Abhängigkeiten frei zu machen bemüht, denen auch die Redlichen und Integren unterliegen können: der Abhängigkeit von der Hast unserer Tage und der Last der Geschäfte. Wo im Gerichtssaal die Geduld dem Rechtsgenossen begegnet, verliert das Recht in seinem Rang und seiner Würde nichts, sondern es öffnet sich dem Menschen.

Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit im Zivilprozeß und in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Von Assessor Dr. Robert Schweizer, Planegg b. München

I. Vorbemerkung

Die Rechtsprechung zur Gerichtsbarkeit und internationalen Zuständigkeit zeigt „das traurige Bild einer völligen Vermengung und heillosen Verwirrung elementarer zivilprozessualer Begriffe und Einrichtungen“¹. Das war in den ersten Nachkriegsjahren. In der Zwischenzeit erging aber auch hier manch „Musterbeispiel verantwortungsbewußter und lebens-

naher Jurisprudenz“². Dennoch gehören Gerichtsbarkeit (= Gerbk.) und das Hauptproblem des internationalen Verfahrensrechts: die internationale Zuständigkeit (= internat. Zust.)³ immer noch zu den weniger bekannten und am häufigsten übersehenen Instituten des Verfahrensrechts.

¹ Schwimann, FamRZ 1959, 371 zu BayObLGZ 1959, 8 ff.

² Auch staatliche, abstrakte und internationale privatrechtliche oder – zur Unterscheidung der Zuständigkeit entweder des In- oder des Auslandes – inländische und ausländische Zuständigkeit. Zu den Begriffen: eigenstaatliche und fremdstaatliche internat. Zust. unten Anm. 20.

¹ Schiedermaier in Anm. zu KG, NJW 1948, 305 ff.

Die Frage nach Gerbk. und internat. Zust. entsteht bei der Klageerhebung als selbständige Verfahrensvoraussetzung und – worauf diese Arbeit nur gelegentlich eingeht – bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen⁴. Als selbständige Verfahrensvoraussetzungen bei der Klageerhebung muß der Richter Gerbk. und internat. Zust. immer prüfen, wenn Ausländer beteiligt sind, der Sachverhalt auf das Ausland hinweist oder sonstige Auslandsbeziehungen bestehen.

Die Rechtsfindung wird dadurch erschwert, daß die Kommentare und Lehrbücher den Problemen oft nur wenig Aufmerksamkeit schenken und nicht streng zwischen Gerbk., internat. Zust. und interner Zuständigkeit unterscheiden⁵. Die im Sonderschrifttum gewonnenen Erkenntnisse gelangen häufig erst über die von der Rechtsprechung verwerteten Gutachten der rechtsvergleichenden Institute in die allgemeine Literatur. Von der üblicherweise in den Gerichtsbibliotheken vorhandenen Literatur müßte das Gericht vornehmlich die Kommentare von *Soergel-Kegel*⁶, *Staudinger-Raape*⁷, *Keidel*⁸, *Jansen*⁹, *Erman*¹⁰, und *Palandt*¹¹, das Lehrbuch von *Raape*¹² und die Studienbücher von *Kegel*¹³, *Lent-Habscheid*¹⁴ und *Lent-Jauernig*¹⁵ berücksichtigen. Das wichtigste Schrifttum zu Einzelfragen führen die Anmerkungen dieser Arbeit auf.

Für schwierige Fälle können die Gerichte bei den rechtsvergleichenden Instituten Gutachten einholen¹⁶.

II. Die Begriffe

„Gerichtsbarkeit“ und „internationale Zuständigkeit“

Der BGH¹⁷ hat – der in Deutschland h. M.¹⁸ folgend – klar gestellt: Gerbk. und internat. Zust. sind selbständige Rechtsinstitute und nicht etwa Sonderfälle der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit oder der Zulässigkeit des Rechtsweges; weiter müssen internat. Zust. und Gerichtsbarkeit voneinander unterschieden werden. Jedes dieser Institute ist dem anderen in Grund und Folgen wesensverschieden¹⁹. Die Gerbk.

betrifft (in diesem Zusammenhang) nur die Frage, ob auf Grund des Völkerrechts eine Befugnis zu hoheitlicher Entscheidung besteht. Die Normen über die internat. Zust. sind staatliches Recht²⁰ und bestimmen, inwieweit vorhandene Gerichtsbarkeit ausgeübt werden soll²¹. Genauer ausgedrückt:²²

Gerbk. ist „die aus der staatlichen Souveränität fließende, durch den Staat seinen Gerichten generell verliehene Entscheidungsgewalt (facultas iurisdictionis), die für Streitsachen mit internationalen Beziehungen wegen des Vorranges fremder Souveränität kraft Völkerrechts im Einzelfalle ausgeschlossen sein kann“.

Internat. Zust. ist „die grundsätzlich jedem Staat selbst überlassene, aber unter Rücksichtnahme auf fremde Staaten vorzunehmende und auch in völkerrechtlichen Verträgen begründbare Regelung der Frage, in welchen Streitsachen mit internationalen Beziehungen die als bestehend vorausgesetzte Gerbk. des eigenen Staates ausgeübt werden darf (eigenstaatliche internat. Zust.) und die Ausübung der Gerbk. durch einen fremden Staat anerkannt werden soll (fremdstaatliche internat. Zust.)“.

Von Gerbk. und internat. Zust. sind interlokale, interzonale und intersektorale Zuständigkeit zu unterscheiden. Können innerhalb eines Staates die Verfahren nach Gebieten von Rechts wegen zu verschiedenen Ergebnissen führen, so regelt die interlokale Zuständigkeit das Verhältnis der Behörden eines Teilgebiets zu den Behörden des anderen Teilgebietes²³. Die Bundesrepublik und Ostdeutschland werden bei uns, soweit hier von Bedeutung, als solche Teilgebiete eines Staates angesehen. Im Hinblick auf die militärischen Zonen spricht man meist von interzonaler Zuständigkeit. Streng genommen müßten die deutschen Gerichte, wenn sie ihre internat. Zust. bejahen, immer noch ihre interzonale Zuständigkeit prüfen. Im allgemeinen erörtert man die interzonale Zuständigkeit aber nur, wenn der Sachverhalt Beziehungen zu Mittel- und Ostdeutschland aufweist. – Für das Gebiet von Berlin gibt es entsprechend eine intersektorale Zuständigkeit.

III. Prüfung von Gerbk. und internat. Zust.

A. Art der Prüfung

Das Gericht beachtet Gerbk. und internat. Zust. als Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen. Das ist unbestritten. Ungeklärt ist nur, wie das Gericht im zivilprozessualen Verfahren²⁴ die Tatsachen feststellt, die zu dem rechtlichen Schluß auf die internat. Zust.²⁵ oder ihr Fehlen führen.

Die noch h. M.²⁶ behandelt die internat. Zust. mangels positivrechtlicher Vorschrift wie die örtliche Zuständigkeit. Sie verneint deshalb im allgemeinen eine Befugnis zu eigenen Ermittlungen und bindet den Richter an Wahrunterstellungen wegen Nichtbestreitens (§138 Abs. 3 ZPO), Versäumnis (§ 331 Abs. 1 ZPO) oder Geständnis (§ 288 ZPO). Nach dem Beschluß des Großen Senats zur Nachprüfung der internat. Zust. in der Rechtsmittelinstanz²⁷ muß das Problem aber neu durchdacht werden.

²⁰ „International“ bezeichnet also nicht die Quelle, sondern den Gegenstand der Norm. – Als staatliches Recht kann es nicht bestimmen, wann sich ausländische Gerichte für internat. zust. zu erklären haben. Die deutschen Normen über die internat. Zust. fremder Staaten (sog. fremdstaatliche internat. Zust.) wenden sich daher nur an die deutschen Gerichte als Voraussetzung der Anerkennung ausländischer Entscheidungen, der Berücksichtigung einer Rechtshängigkeit im Ausland, der Gewährung von Rechts-hilfe u. a.

²¹ Die örtliche Zuständigkeit regelt dagegen, welches der deutschen erstinstanzlichen Gerichte entscheidet.

²² *Matthies*, Die deutsche Internationale Zuständigkeit (1955), S. 30.

²³ Zur interlokalen Zuständigkeit vgl. *Soergel-Kegel*, Bem. 345 vor Art. 7 EGBGB.

²⁴ Für die FG besteht kein Streit. Die Gerichte der FG ergründen nach § 12 FGG die objektive Wahrheit, s. *Keidel*, A. 28 zu § 12.

²⁵ Für die Gerbk. gilt die Untersuchungsmaxime, *Rosenberg* (oben N. 5) § 16 II 1 und § 63 III 1.

²⁶ *Rosenberg*, § 38 I 3 a und § 63 IV; *Baumbach-Lauterbach* (oben N. 5) 3 A vor § 12.

²⁷ BGHZ 44, 46 ff.

⁴ Zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen *Soergel-Kegel*, Bem. 312 ff. vor Art. 7.

⁵ So z. B. *Rosenberg*, 9. Aufl., § 15 und § 33 I 3 sowie die Kommentare von *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, 18. Aufl., I vor § 1 im Gegensatz zu III vor § 12; *Baumbach-Lauterbach*, 29. Aufl., Übers. vor § 12; *Wieczorek*, A I a zu § 12 ZPO. Bspw. müßte es bei *Rosenberg* in dem in § 15 I (S. 67) hervorgehobenen Satz und bei *Baumbach-Lauterbach* S. 52 oben statt „Gerichtsbarkeit“ „internationale Zuständigkeit“ heißen.

⁶ Kommentar zum Einführungsgesetz, 9. Aufl. (1961), Bem. 293 ff. vor Art. 7 EGBGB und speziell zu den einzelnen Sachgebieten bei den betreffenden Kollisionsnormen, Art. 7 ff. EGBGB im Abschnitt „Verfahrensrecht“.

⁷ Kommentar zum Einführungsgesetz, 9. Aufl. (1931) bei den einzelnen Kollisionsnormen unter „Prozessuales“ u. ä. Hinweise auch im Sachverzeichnis bei „Zuständigkeit“.

⁸ *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 9. Aufl. (1967); Zusammenstellung im Sachverzeichnis unter „Internationaler Zuständigkeit“.

⁹ *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (1959), im übrigen wie Anm. 8.

¹⁰ 4. Aufl. (1967), Kommentierung der Art. 7 ff. EGBGB, Stichwort „Verfahrensrecht“. *Erman-Marquardt* stellt allerdings, dem Wortlaute nach, unrichtig die ausschließliche Zuständigkeit der internat. Zust. gegenüber, vgl. etwa Anm. 4 f zu Art. 22 EGBGB.

¹¹ 26. Aufl. (1967), Sachverzeichnis: „Internat. Zust.“ und bei Art. 7 ff. EGBGB.

¹² *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl. (1961).

¹³ *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl. (1964).

¹⁴ *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4. Aufl. (1962), insbes. § 11 III.

¹⁵ *Zivilprozessrecht*, 13. Aufl. 1966, insbes. § 6.

¹⁶ Z. B. beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, beim Institut für Rechtsvergleichung an der Universität München (Bek. des BStMdl, Nr. 3002/1/145258 v. 4. 11. 1958) und beim Institut für ausländisches und internationales Privatrecht an der Universität Köln.

¹⁷ DRiZ 1962, 211; NJW 1965, 487; BGHZ 44, 46 ff. (GSZ).

¹⁸ Aus der Rspr.: BayObLGZ 1959, 8 ff.; KG, FamRZ 1958, 426 ff.; aus dem Schrifttum: *Pagenstecher*, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen, *RabelsZ* 11 (1937), 337 ff.; *Dolle*, Kernprobleme des Internationalen Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, *Deutscher Notar* 1961, Beilage zu DNotZ 1961 Heft 11, S. 29 ff., in erweiterter Fassung: *RabelsZ* 27 (1962), 201 ff.

¹⁹ Dazu ausführlich unten. Für die Praxis wichtig sind hier insbes. die Unterschiede in der Beseitigung des Mangels durch Prozeption, in der Wirkung fehlerhafter Entscheidungen und hinsichtl. der perpetuatio fori.

Der BGH betont dort, daß außerhalb des Titels „Gerichtsstand“ immer untersucht werden müsse, ob Sinn und Zweck der Regel über die örtliche Zuständigkeit auch für die internat. Zust. zutrefte. Die Arbeiten, die dieser Frage hier nachgehen, kommen zu dem Ergebnis, daß das Gericht auch im Zivilprozeß über die internat. Zust. nur erkennen darf, wenn es voll überzeugt ist²⁸.

B. Reihenfolge der Prüfung

Die in Deutschland h. M.²⁹ prüft Gerbk. und internat. Zust. immer erst nach der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit und der Zulässigkeit des Rechtsweges. Die Mindermeinung diskutiert entweder strikt in der entgegengesetzten Reihenfolge³⁰ oder sie überläßt es dem Ermessen des Richters, wann er Gerbk. und internat. Zust. innerhalb der Verfahrensvoraussetzungen erörtert³¹. – Stets aber muß das Gericht über diese Verfahrensvoraussetzungen vor der Verhandlung zur Sache entscheiden. Deshalb darf das Gericht bspw. die internat. Zust. nicht mit der Begründung dahinstellen, es könne jedenfalls darum nicht tätig werden, weil die beantragte Entlassung des Testamentsvollstreckers nach dem maßgebenden ungarischen Recht nicht gerichtlich, sondern rechtsgeschäftlich verfügt werde³².

C. Bestimmung von Gerichtsbarkeit und internationaler Zuständigkeit im Einzelfall

1. Voraussetzungen der Gerichtsbarkeit

Grundsätzlich³³ hat jeder Staat in seinem Territorium, unabhängig von den Beteiligten und dem Gegenstand des Prozesses, die volle und ausschließliche Entscheidungsbefugnis. Gerbk. besteht auch dann, wenn sich Verfahrensobjekte im Ausland aufhalten.

2. Voraussetzungen der internationalen Zulässigkeit

a) Unmittelbare Vorschriften.

Das deutsche Recht regelt die Voraussetzungen der internat. Zust. nur in wenigen Normen unmittelbar, so in der ZPO die §§ 606 b, 642 und 648, im VerschG § 12, im EGBGB Art. 23, im BGB § 2369 und in mehreren Staatsverträgen³⁴ (die den allgemeinen Normen vorgehen)³⁵.

b) Anknüpfungen bei Fehlen einer positivrechtlichen Norm

Für das zivilprozessuale Verfahren geht die absolut h. M.³⁶ davon aus, daß die Verfasser der ZPO bei den Normen über den Gerichtsstand Auslandsbeziehungen in Rechnung gestellt

haben. Die örtliche Zuständigkeit entscheidet damit grundsätzlich³⁷ auch über die internat. Zust. Im Zivilprozeß kann das Gericht also regelmäßig ohne längere Erörterungen von der örtlichen Zuständigkeit auf die internationale schließen. Fehlt ein Gerichtsstand nach §§ 12 ff. ZPO, liegt in der Regel auch keine internat. Zust. vor.

In der FG ist alles noch im Fluß. Rechtsprechung und Lehre haben verschiedene – oft miteinander verwandte und in ihrem Geltungsbereich umstrittene – Anknüpfungspunkte in Betracht gezogen:

aa) *Anknüpfung an das anwendbare materielle Recht, sog. Gleichlauf oder Gleichklang von anwendbarem materiellem Recht und internat. Zust.* (mit Abhängigkeit vom anwendbaren materiellem Recht), auch Statutzuständigkeit genannt. Nach diesem Grundsatz sind die deutschen Gerichte, von Staatsverträgen abgesehen, international zuständig, wenn die materielle Kollisionsnorm für deutsches Recht für anwendbar erklärt oder zwar ausländisches Recht beruft, dieses aber – nach Art. 27 EGBGB zu beachten – auf deutsches Recht zurückverweist.

Beispiele: Erblasser ist ein Däne mit letztem Wohnsitz in Deutschland. Art. 25 S. 1 EGBGB erklärt zwar dänisches Recht für anwendbar, das (größtenteils ungeschriebene) dänische Kollisionsrecht, verweist jedoch auf die *lex domicilii*³⁸. Diese Sachnormrückverweisung beachten wir, Art. 27 EGBGB, und wenden folglich deutsches materielles Erbrecht an. Damit sind nach dem Grundsatz vom Gleichlauf auch hier die deutschen Gerichte international zuständig.

Meist³⁹ versteht man den Grundsatz vom Gleichlauf aber nicht nur in dem dargestellten positiven, sondern auch in negativem Sinn: die internat. Zust. soll nicht weiter reichen als die Herrschaft des deutschen materiellen Rechts. Anders ausgedrückt: die internat. Zust. fehlt, wenn und soweit das Gericht ausländisches materielles Recht anwenden müßte.

Beispiel: Ein Italiener lebte in der Bundesrepublik und starb hier. Art. 25 S. 1 EGBGB beruft italienisches Recht. Das italienische Recht nimmt – anders als im vorigen Beispiel das dänische – die Verweisung an, Art. 23 der *Disposizione preliminare* zum *Codice civile* von 1942. Wenn der Grundsatz vom Gleichlauf auch in seinem negativen Sinne uneingeschränkt gilt, können die deutschen Nachlassgerichte nicht tätig werden, z. B. keine Inventarerichtung anordnen.

Die Rechtsprechung wendet sich, einem großen Teil der Lehre folgend, in den letzten Jahren immer mehr vom Gleichlaufgrundsatz ab. Zunächst in dem richtungweisenden Beschluß des BayObLG vom 16. 1. 1959⁴⁰ für die Regelung der elterlichen Gewalt, dann bei der Genehmigung des Adoptionsvertrages⁴¹. Jetzt wird die Diskussion im Nachlassrecht ausgetragen⁴².

bb) *Anknüpfung an die örtliche Zuständigkeit.* Immer häufiger schließt man auch in der FG wie im Zivilprozeß⁴³ von der örtlichen auf die internat. Zust. Markstein dieser Entwicklung ist der bereits genannte Beschl. des BayObLG v. 16. 1. 1959⁴⁴.

In einzelnen Rechtsgebieten, wie in Personensorgesachen mit der entsprechenden Anwendung der §§ 34 I, 36 I 1 FGG und

²⁸ Vgl. *Matthies* (oben N. 22) S. 67 ff.

²⁹ Z. B. KG, *FamRZ* 1958, 426 ff. (427) und 1961, 383; *Rosenberg*, § 89 IV 5; *Keidel*, A. 16 zu § 35 mit A. 3 zu § 36; *Jansen*, A. 6 vor § 35; *Schnitzer*, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, 4. Aufl. (1957 f.), Bd. II S. 823.

³⁰ Insbes. *Ule* und *Müller*, *DVBl* 1959, 694 ff.; vgl. auch *Baumbach-Lauterbach*, *Einf. 3* zu §§ 274 ff.; *Aubin*, *JZ* 1951, 511.

³¹ *Kralik*, *Die internationale Zuständigkeit*, *ZZP* 74, 2 ff.; *Neubaus*, *FamRZ* 1961, 540 f. – Die Gerichte gehen in aller Regel, ohne das Problem anzusprechen, so vor, wie es ihnen im Einzelfall am zweckmäßigsten erscheint.

³² So aber *BayObLGZ* 1965, 377 ff.; *Palandt-Keidel*, *Anm. 7* zu § 2227. Gegen sie mein kleiner Beitrag in *NJW* 1967, 428.

³³ Wegen der Ausnahmen, vor allem auf Grund der sog. Exterritorialität und des Besatzungsrechts, vgl. das Schrifttum zu §§ 18–21 GVG, *Riezler*, *Internationales Zivilprozessrecht* (1949) S. 341 ff.; *Palandt*, A. 16 vor Art. 7 EGBGB.

³⁴ Das in der Vorbemerkung angegebene Schrifttum weist auf die Verträge bei den betreffenden Sachgebieten hin. Eine umfangreiche Zusammenstellung gibt *Kegel* (oben N. 13) S. 72 ff. Abgedruckt sind die Verträge bei *Bulow-Arnold*, *Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen* (1954 ff.), in den Kommentaren zu EGBGB bei den entsprechenden Kollisionsnormen und – für das Familienrecht – bei *Bergmann*, *Internationales Ehe- und Familienrecht*.

³⁵ *Soergel-Kegel*, *Bem. 9* vor Art. 7.

³⁶ Vgl. *BGH NJW* 1953, 222 ff. und *BGHZ* 44, 46 ff. (GSZ); *Lewald*, *NJW* 1957, 1430; *Schwimmann*, *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegenüber Ausländern zur Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen geschiedenen Eltern und ihren Kindern*, *FamRZ* 1959, 325 ff. (332); *Walchshöfer*, *Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit*, *ZZP* 80, 165/183 ff.

³⁷ Zu den Ausnahmen zählt *Neubaus*, *Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht*, *RebelsZ* 20 (1955), 206 ff. (259 ff.) – neben den Fällen positivrechtlicher Regelung und den unten III C 3 besprochenen Ausnahmen auf Grund besonderer Umstände – die sog. Ersatzzuständigkeit und die Notzuständigkeit. Zu diesen unten bei der internat. Zust. in der FG (III C 2).

³⁸ *Ferid-Firsching*, *Internationales Erbrecht*, Bd. I, *Einf. Rdbem.* 48 Nr. 15.

³⁹ Anders z. B. *Kegel* (oben N. 13) S. 195 f. et passim. Wegen der Ausnahme in Fällen der Notzuständigkeit vgl. unten bei *Anm. 68*.

⁴⁰ *BayObLGZ* 1959, 8 ff.

⁴¹ *BayObLGZ* 1962, 151 ff.

⁴² Eingehend *Heldrich*, *Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte*, *NJW* 1967, 417 ff.; zu ihm wiederum *Neubaus*, *Zur Internationalen Zuständigkeit in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, *NJW* 1967, 1167 f. Vgl. auch *KG FamRZ* 68, 489 (zur interzon. Zust.).

⁴³ Oben bei *Anm. 36*.

⁴⁴ *BayObLGZ* 1959, 8 ff.

bei der Genehmigung des Adoptionsvertrages, hat sich diese Anknüpfung bereits allgemein durchgesetzt⁴⁵.

Begründet wird die entsprechende Anwendung der Normen über die örtliche Zuständigkeit insbesondere damit, daß die für die örtliche Zuständigkeit maßgeblichen Kriterien: Wohnsitz und Aufenthalt auch für die internat. Zust. ausreichend gewichtige Beziehungen zum Inland bildeten⁴⁶.

cc) *Anknüpfung an Aufenthalt oder Wohnsitz.* Besonders Kegel⁴⁷ stellt nicht nur mittelbar über die örtliche Zuständigkeit auf Wohnsitz oder Aufenthalt ab. Er entnimmt §§ 13, 16 ZPO, 36 I 1, 43 I, 66 I und 73 I FGG einen allgemeinen Grundsatz und knüpft die internat. Zust. u. a. alternativ an schlichten und – bevorzugt an – Stelle des Wohnsitzes – gewöhnlichen Aufenthalt an.

Wo sich jemand aufhält oder seinen Wohnsitz hat, bestimmt auch für Ausländer das deutsche Recht; abweichende Begriffe des fremden Heimatrechts sind unbeachtlich⁴⁸.

dd) *Anknüpfung an eine Not- und Fürsorgepflicht.* Eine Not- und Fürsorgezuständigkeit – beide Begriffe faßt man in der Regel als gleichbedeutend auf⁴⁹ – besteht, wenn das Wohl eines Beteiligten oder öffentliche Belange ein Eingreifen verlangen. Die Not- und Fürsorgezuständigkeit ist unabhängig vom Streit über Inhalt und Geltungsbereich des Gleichlaufgrundsatzes weitgehend anerkannt. Bejaht wurde sie bspw. für die Fürsorgeerziehung eines verwaorsten ausländischen Kindes, in Vormundschaftssachen, bei Pflegschaften, im Legitimationsfeststellungsverfahren und in einem oben schon erwähnten Beschluß des BayObLG⁵⁰ für das Nachlaßrecht, um den Antragstellern nicht den Rechtsschutz verweigern zu müssen.

ee) *Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach ausländischem Recht (sog. Verweisungszuständigkeit).* Nach der Verweisungszuständigkeit sind die deutschen Gerichte international zuständig, wenn wir einen fremden Staat nach allgemeinen Grundsätzen für international zuständig halten⁵¹, dieser fremde Staat aber seinerseits von der internat. Zust. der deutschen Gerichte ausgeht⁵². Eine solche Zuständigkeitsrückverweisung liegt nicht nur vor, wenn das fremde Recht ausdrücklich unsere Gerichte für international zuständig erklärt, sondern auch, wenn der betreffende Staat die Entscheidung eines deutschen Gerichts anerkennt.

Beispiel (ähnlich dem vom BayObLG mit der Not- und Fürsorgezuständigkeit gelösten Fall): Erblasser ist ein Holländer mit letztem Wohnsitz in Deutschland. Art. 25 S. 1 EGBGB beruft niederländisches Recht, das – was das materielle Recht anbetrifft – nicht zurück- oder weiterverweist. Geht man vom Gleichlaufgrundsatz aus, so halten wir die niederländischen Gerichte zur Erbaueinandersetzung bspw. für fremdstaatlich international zuständig⁵³. Die Niederländer erklären aber wiederum die deutschen Gerichte zur Erbaueinandersetzung für international zuständig, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte⁵⁴. Das

niederländische Recht verweist also auf die internat. Zust. der deutschen Gerichte. Die Voraussetzungen der sog. Verweisungszuständigkeit sind damit erfüllt. Die Verweisungszuständigkeit ist jedoch noch wenig erforscht und nur mit Vorsicht anzuwenden.

ff) *Belegenheit einer Sache oder eines Rechts.* Diese Anknüpfung dient ähnlichen Interessen wie die Anknüpfung an das Fürsorgebedürfnis. Bejaht wird die Belegenheitszuständigkeit z. B., wenn sich Nachlaßgegenstände im Inland befinden⁵⁵ oder Vermögensrechte, in die eingegriffen werden soll, im Inland belegen sind⁵⁶. Oft nehmen die Gerichte in den Fällen der Belegenheitszuständigkeit ihre internat. Zust. als selbstverständlich an; Hauptbeispiel sind die Eintragungen in öffentliche Bücher und Register⁵⁷.

gg) *Staatsangehörigkeit.* Soweit es das geschriebene Recht nicht wie in § 606 b ZPO vorschreibt, wird die internat. Zust. der deutschen Gerichte nur zurückhaltend auf die Staatsangehörigkeit eines Hauptbeteiligten gestützt⁵⁸. Auch hier ist noch wenig erforscht. U. a. soll die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ein schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtspflege des Heimatstaates berücksichtigen.

hh) *Sachzusammenhang.* Rechtsprechung und Schrifttum entnehmen die internat. Zust. mitunter dem Sachzusammenhang mit einem anderen Verfahren, für das die deutschen Gerichte auf jeden Fall international zuständig sind⁵⁹. So die Zust. im Verfahren über die Zuerkennung der elterlichen Gewalt aus dem Sachzusammenhang mit dem Scheidungsverfahren und die Zust. zur Eröffnung von Testamenten ausländischer Erblasser aus dem Sachzusammenhang mit der Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nach § 2369 BGB⁶⁰.

ii) *Ersatzzuständigkeit.* Neuhaus⁶¹ befürwortet noch eine internat. Zust. kraft sog. Ersatzzuständigkeit, wenn die Entscheidung gerade eines deutschen Gerichts im Interesse der richtigen Rechtsanwendung dringend erwünscht ist. Das nimmt er an, wenn die ausländischen Gerichte, die wir nach allgemeinen Grundsätzen für international zuständig halten, Probleme des deutschen Rechts kaum durchschauen könnten oder entgegen der deutschen Kollisionsnorm überhaupt nicht nach deutschem Sachrecht erkennen würden.

kk) *Anknüpfung an die Gebietshoheit.* Dieser Anknüpfungspunkt wird heute weitgehend abgelehnt. Allerdings bleibt dabei meist unbeachtet, daß sich aus der Gebietshoheit nicht nur die Entscheidungsbefugnis ableitet, sondern auch – als Anknüpfungspunkt geeignet – die Befugnis, hoheitlich Zwang auszuüben.

Einzelheiten über den gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Lehre enthält das in der Vorbemerkung angegebene Schrifttum. Wie aber die voranstehenden Ausführungen schon andeuteten, müssen die Gerichte noch weitgehend selbst Recht schöpfen. Selbst in den wenigen Rechtsgebieten, in denen die Praxis gefestigt ist, zwingt die Forderung nach einer einheitlichen Behandlung der internat. Zust. im ganzen Bereich der FG⁶², die Problematik neu zu durchdenken. Hauptprobleme dabei sind, ob der Grundsatz vom Gleichlauf in

⁴⁵ Vgl. bspw. die in Anm. 44 und 41 genannten Beschlüsse und Schwimann (oben N. 46). Rspr. und Lehre ziehen teilweise bei der entsprechenden Anwendung den gewöhnlichen Aufenthalt als Zuständigkeitskriterium dem Wohnsitz vor, vgl. KG, FamRZ 1963, 576 und Kegel (oben N. 13) § 20 VIII 3. – Zur Auslegung der Begriffe beachte noch unten bei Anm. 60.

⁴⁶ BayObLGZ 1959, 8 ff. (16); Dölle (oben N. 18) S. 34; Bauer, Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands (1966) S. 36 ff.

⁴⁷ (Oben N. 13) S. 195, 318 et pass.; Soergel-Kegel, Bem. 36 zu Art. 19, 35 zu Art. 22, 57 zu Art. 24.

⁴⁸ KG, FamRZ 1961, 383, 540 mit Anm. von Bosch und Neuhaus; BayObLGZ 1963, 52 ff. (53).

⁴⁹ Vgl. z. B. Kegel (oben N. 13) S. 318; BayObLGZ 1959, 12; Neuhaus, FamRZ 1959, 483 und Lent-Habscheid, § 11 III 1 lit. d.

⁵⁰ NJW 1967, 447 ff.

⁵¹ Zur fremdstaatlichen internat. Zust. oben Anm. 20.

⁵² BayObLGZ 1959, 12; Kegel (oben N. 13) S. 196, 319 et pass.

⁵³ Vorausgesetzt, daß man die Anknüpfungspunkte allseitig anwendet.

⁵⁴ Raape (oben N. 12) S. 445 und Drobnig, JZ 1959, 318.

⁵⁵ Vgl. Kegel (oben N. 13) S. 365 und 375 (der dem Grundsatz vom Gleichlauf im negativen Sinn nicht folgt!).

⁵⁶ BayObLGZ 1958, 100 ff. (Auszahlung von Kindergeld) und 1959, 12.

⁵⁷ Zur internat. Zust. bei Eintragungen in öffentliche Bücher und Register: Die Eintragungen in deutsche Personenstandsbücher in Fällen mit Auslandsbeziehung, S. 25 (internat. Zust. kraft „Belegenheit des Hauptertrags“).

⁵⁸ Beachte Neuhaus (oben N. 37) S. 229 f.; Nagel, Die Begrenzung des internationalen Zivilprozessrechts durch das Völkerrecht, ZZP 75, 408 ff. (119, 431); Kegel (oben N. 13) S. 342, 365, 375, 384; BayObLGZ 1959, 8 ff. (12).

⁵⁹ Dölle (oben N. 18) S. 35 f.; Heldrich (oben N. 42) S. 417.

⁶⁰ Für die Eröffnung von Testamenten kommt auch die Belegenheitszuständigkeit in Betracht.

⁶¹ Oben N. 37 S. 249 (für das zivilprozessuale Verfahren).

⁶² Neuhaus (oben N. 42) S. 1168.

seinem negativen Sinne gilt und – wenn man ihn überhaupt nicht oder nur beschränkt anwendet – der Geltungsbereich der übrigen Anknüpfungspunkte. Die nachfolgenden Hinweise geben einen Überblick über die Maximen, die die Gerichte bei dieser Diskussion berücksichtigen müßten⁶³. Diese Maximen zeigen die gegeneinander abzuwägenden Vor- und Nachteile auf.

aa) Anerkennung der Entscheidung im Ausland. „Hinkende“ Rechtsverhältnisse⁶⁴ sind besonders mißlich. Es gibt aber keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach dem die Durchsetzbarkeit der Entscheidung im Ausland *alleinige* Maxime einer sachgerechten internat. Zust. wäre. § 606 b Nr. 1 ZPO, der auf die Anerkennung im Ausland abstellt, stellt nur eine Ausnahme dar⁶⁵.

Für Gestaltungsakte⁶⁶ vertritt allerdings – und hier entscheidet sich im wesentlichen der Streit um den Grundsatz vom Gleichlauf – eine starke Meinung⁶⁷ aus anderen Erwägungen die grundsätzliche⁶⁸ Abhängigkeit der internat. Zust. von der Anerkennung im Ausland:

Bei Gestaltungsakten sei die Zuständigkeitsregelung Teil der materiellen Norm; wer die ausländische Zuständigkeitsregel außer acht lasse, übergehe die (deutsche) Kollisionsnorm. Anders ausgedrückt: verweise unsere materielle Kollisionsnorm (z. B. Art. 18 EGBGB) auf ausländisches Recht (z. B. auf ungarisches), so bestimme auch die ausländische Rechtsordnung, ob nur eigene Behörden den Gestaltungsakt vornehmen dürfen (so z. B. das ungarische Recht für die Vernichtung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kinde und dem Ehemann seiner Mutter, § 43 FamG) oder auch die deutschen Behörden. – Ob aber nach der ausländischen Rechtsprechung nur die eigenen oder auch die deutschen Behörden gestalten dürften, sprächen meist nur mittelbar ihre Regeln über die Anerkennung der betreffenden Gestaltungsakte aus. Insofern bestehe also Abhängigkeit der internat. Zust. von der Anerkennung im Ausland.

Die wohl herrschende Gegenmeinung⁶⁹ betrachtet jedoch auch bei Gestaltungsakten die ausländischen Bestimmungen über die internat. Zust. als Verfahrensnormen, (die nach allgemeinen Grundsätzen für uns unbeachtlich sind).

bb) Praktikabilität für die Durchführung des Verfahrens: für die Feststellung und Würdigung der Beweismittel, die Sicherheit in der Rechtsfindung und hinsichtlich der Entfernungen, die die Beteiligten zum Gericht zurücklegen müssen (einschließlich der damit verbundenen Kosten).

cc) Politische Interessen wie die Verhütung positiver und negativer Kompetenzkonflikte, das Interesse, die im Ausland befindlichen Staatsangehörigen enger an die Heimat zu bin-

den und die Ausländer, die sich im Inland aufhalten, in das Rechtsleben einzugliedern.

dd) Klarheit der Zuständigkeitsregel und Vorausssehbarkeit der internationalen Zuständigkeit.

ee) Zuverlässigkeit des Rechtsscheins öffentlicher Bücher, Register u. ä.

ff) Erschwerung von Gesetzesumgehungen.

3. Einfluß besonderer Umstände auf die internationale Zuständigkeit

a) Vereinbarungen über die internat. Zust.⁷⁰

Die Rechtswirksamkeit von Vereinbarungen über Ausschluß oder Begründung der internat. Zust. prüft das Gericht, auch wenn Ausländer beteiligt sind, nach der *lex fori*, also nach deutschem Recht⁷¹. Nach deutschem Recht sind solche Vereinbarungen grundsätzlich zulässig, wenn sie sich auf Gegenstände beziehen, die – wie das Schuldrecht – der materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit unterliegen, unzulässig dagegen, wenn sie Materien des *ius cogens* betreffen⁷².

b) Inanspruchnahme ausschließlicher Zuständigkeit durch fremden Staat und Nichtanerkennung der Entscheidung im Ausland

Wie oben⁷³ schon angedeutet, berücksichtigen bereits die Regeln über die grundsätzlichen Voraussetzungen der internat. Zust. diesen Gesichtspunkt als Maxime einer sachgerechten Normsetzung. Häufig prüfen jedoch Rechtsprechung und Lehre noch, ob die internat. Zust. entgegen den allgemeinen Grundsätzen entfällt, wenn das für die Beteiligten maßgebliche Ausland die Entscheidung nicht anerkennen würde, – insbesondere weil es die ausschließliche internat. Zust. beansprucht. Im allgemeinen beachtet man die Nichtanerkennung im Ausland dann aber doch nicht⁷⁴.

c) Rechtshängigkeit im Ausland

Die Rechtshängigkeit bei einem ausländischen Gericht berührt die internat. Zust. nicht⁷⁵.

Frühere Rechtshängigkeit im Ausland begründet aber nach der h. M. die Einrede der Rechtshängigkeit, wenn die deutschen Gerichte möglicherweise das abgeschlossene Verfahren anerkennen würden⁷⁶.

d) Überschreitung der „wesenseigenen Zuständigkeit“

Die Gerichte sprechen nicht nach solchen ausländischen Instituten Recht, die der deutschen Rechtsordnung wesensfremd sind⁷⁷. Die daraus folgende sog. wesenseigene Zuständigkeit

⁶³ Mit den Grundsätzen, die bei der Bestimmung der internat. Zust. zu befolgen sind, befassen sich *Neubaus* (oben N. 37) S. 229 ff.; *Szászy*, Allgemeine Grundsätze zur Bestimmung der Gerichtsbarkeit im internationalen Zivilprozeß, Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XV n. F. (1965), 422 ff. und auch *Riezler* (oben N. 33) S. 197 ff. Zuletzt *Heldrich*, Die Interessen bei der Regelung der internat. Zust., Festschrift für Hans G. Ficker, S. 205 ff.

⁶⁴ Z. B. bei einer inländischen Scheidung, die das Ausland nicht anerkennt.

⁶⁵ *Riezler* (oben N. 33) S. 212 f.

⁶⁶ Und für die Entgegennahme von Erklärungen, die gegenüber einem Gericht abzugeben sind.

⁶⁷ *Neubaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (1962) S. 242 ff.; *FamRZ* 1959, 481; *Riezler* (oben N. 33) S. 242 und in „Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs (1955) S. 450; *Raape* (oben N. 12) S. 345; *Beitzke*, Internationale Zuständigkeit in Legitimationssachen, Festschrift Kraus, S. 22 f. – Die Begründung des Gleichlaufgrundsatzes mit zu enger Verflochtenheit von Sachnormen und Verfahrensvorschriften in der FG tritt allmählich gegenüber der hier vortragenen Argumentation zurück, z. T. wird diese Begründung schon ganz aufgegeben (z. B. von *Neubaus* (oben N. 42)).

⁶⁸ Ausdrücklich ausgenommen werden in der Regel die Fälle, in denen ein zuständiges ausländisches Gericht nicht ersichtlich oder nicht erreichbar ist; vgl. auch oben „Not- und Fürsorgezuständigkeit“.

⁶⁹ *BayObLGZ* 1959, 8 ff. (18 ff.); *Neuner*, Internationale Zuständigkeit (1929) S. 15 ff.; *Schwimmann* (oben N. 36) S. 333; *Soergel-Kegel*, Bem. 29 zu Art. 18, 43 zu Art. 19, 23 zu Art. 22 EGBGB; *Bauer* (oben N. 46) S. 32 ff.; *Kralik*, ZZZ 79 (1966), 475.

⁷⁰ Zur Gerbk. siehe *Riezler* (oben N. 33) S. 377 ff.; *Matthies*, *RebelsZ* 18 (1953), 704.

⁷¹ *Riezler* (oben N. 33) S. 296. Ausführlich zur Problematik: *Dennemark*, Quelle est la loi selon laquelle on tranche la question de la validité d'un accord sur la compétence internationale, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, Bd. IX (1962) S. 118 ff.

⁷² Vgl. *BGH NJW* 1952, 1055 und 1968, 356; *Neubaus* (oben N. 37) S. 215; *Riezler* (oben N. 24) S. 293 ff.; *Matthies* (oben N. 22) S. 72 ff. (zur Anwendbarkeit des § 39); *Reu*, Die staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht (1938), S. 95 ff.; *Bauer* (oben N. 46) S. 157 ff., 163 ff.; *Waldshöfer* (oben N. 36) S. 212 ff.

⁷³ Oben bei Anm. 64 ff.

⁷⁴ *BGH MDR* 1957, 31 ff. (32) mit zust. Anm. *Poble*; *BayObLGZ* 1959, 8 ff. (18 ff.); *Soergel-Kegel*, Bem. 305 vor Art. 7 EGBGB; *Schwimmann* (oben N. 36) S. 332 f. – *Neubaus* befürwortet einen Verzicht auf die Entscheidung durch das normalerweise zuständige Gericht und statt dessen Prozeßabweisung, wenn das Erkenntnis im Ausland Anerkennung finden soll und das anzuwendende Recht von dem normalerweise zuständigen Gericht nicht angewandt werden kann, weil der Inhalt dieses Rechts nicht feststeht oder unklar ist oder weil die Anwendung dem *ordre public* des Gerichtsstaates widerstreiten würde.

⁷⁵ *BayObLGZ* 1959, 8 ff. (22); *Kralik*, ZZZ 79 (1966), 475.

⁷⁶ *BGH NJW* 1958, 103 f., vgl. auch *BGH NJW* 1961, 124; *Reu* (oben N. 72) S. 200 ff.; *Riezler* (oben N. 33) S. 451 ff.; *Rosenberg*, § 79 II 2.

⁷⁷ Vgl. zur wesenseigenen Zuständigkeit *Riezler* (oben N. 33) S. 211 und 233 ff. (Fall „sachlicher staatlicher Unzuständigkeit“); *Reu* (oben N. 72) S. 164 ff.; *Heldrich* (oben N. 42) S. 420 f.; *Gamillscheg*, Die „wesenseigene Zuständigkeit“ bei der Scheidung von Ausländern, Festschrift Dölle, Bd. II (1963) S. 289 ff.

betrifft aber nicht die Regeln über die internat. Zust., sondern die materiellrechtliche Frage nach dem Umfang der Anwendung fremden Rechts⁷⁸.

Die Entwicklung geht dahin, daß man weitherzig Abwandlungen der gewohnten richterlichen Tätigkeit in Kauf nimmt und sich nur dann auf die wesenseigene Unzuständigkeit beruft, wenn das Verfahren nicht an die fremden Normen angepaßt werden kann.

e) *Fehlen einer unmittelbar anwendbaren Norm über den Gerichtsstand*

Rechtsprechung und Schrifttum streiten, wie zu verfahren ist, wenn die internat. Zust. nach allgemeinen Grundsätzen (z. B. nach dem Grundsatz vom Gleichlauf) besteht, im konkreten Fall aber eine unmittelbar anwendbare Gerichtsstandsnorm fehlt.

Die Mindermeinung⁷⁹ verneint dann entweder überhaupt die internat. Zust. oder sie will die internat. Zust. in diesen Fällen nicht ausüben. Die Gegenansicht ermittelt dagegen durch Analogie ein örtlich zuständiges Gericht und braucht damit die allgemeinen Grundsätze über die internat. Zust. nicht einzuschränken⁸⁰.

f) *Rechte mit gebietlicher Beschränkung auf das Ausland und ausländische öffentlich-rechtliche Ansprüche*

Riezler u. a.⁸¹ verneinen die internat. Zust. entgegen den allgemeinen Grundsätzen, wenn das Gericht über Rechte, die wegen ihrer gebietlichen Beschränkung im Inland keine Wirkung haben können oder über Ansprüche erkennen soll, die nach ausländischem öffentlichen Recht entstanden und sachlich nach Auslandsrecht zu beurteilen sind.

g) *Abweichende oder unterlassene Verfahrenszuweisung im Staat des maßgebenden Sachstatuts*

Weist der Staat, dessen Sachrecht herrscht, den Streitgegenstand einem anderen Verfahren zu als die lex fori, so bleibt dies nach der h. M. für die internat. Zust. als Verfahrensfrage grundsätzlich unerheblich⁸².

Beispiel: Ausländer wollen sich in Deutschland scheiden lassen. Der Staat, dessen materielles Recht nach Art. 17 EGBGB die Scheidung beherrscht, scheidet im Verfahren der FG, durch geistliche Behörden, im Verwaltungsverfahren oder im Verfahren der Sondergesetzgebung. Der deutsche Richter verfährt dennoch nach deutschem Eheprozeßrecht und bestimmt deshalb die internat. Zust. nicht etwa nach den (deutschen) Normen über die internat. Zust. in der FG.

Ebenso bleiben die allgemeinen Regeln über die internat. Zust. unberührt, wenn nach ausländischem Recht – anders als im deutschen – schon ein Rechtsgeschäft und nicht erst das Gericht gestaltet. Dieser Unterschied wirkt sich, wie oben ausgeführt⁸³, nicht auf das Verfahrensrecht, sondern auf die Sachentscheidung aus.

h) *Rechtsmißbrauch*

Verändern Beteiligte mißbräuchlich die internat. Zust., namentlich indem sie Wohnsitz, Aufenthalt oder Staatsangehör-

rigkeit wechseln, so läßt das Gericht die veränderten Verhältnisse außer acht⁸⁴.

In diesem Zusammenhang gehört auch das im anglo-amerikanischen Recht entwickelte forum non conveniens-Prinzip⁸⁵, auf das besonders Wengler hinweist. Er lehnt „mit Hilfe des forum non conveniens-Prinzips das Tätigwerden trotz Zuständigkeit (ab), wenn das Gericht des anderen Staates ebenfalls zuständig ist und die Sache dort offenbar besser aufgehoben ist“⁸⁶.

4. *Maßgeblicher Zeitpunkt*

Die Voraussetzungen von Gerbk. und internat. Zust. brauchen erst zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung vorzuliegen⁸⁷. – Eine perpetuatio fori bei Wegfall der Gerichtsbarkeit nach Rechtshängigkeit gibt es nach einhelliger Meinung nicht⁸⁸. Für die internat. Zust. bejaht sie die h. M.⁸⁹

5. *Ergebnis der Prüfung (einschl. Verweisung)*

Das Ergebnis der Prüfung kann außer in einer Endentscheidung – im Zivilprozeß⁹⁰ und in der FG⁹¹ – auch in einer Zwischenentscheidung zum Ausdruck kommen.

An ein ausländisches Gericht darf das Verfahren mangels staatsvertraglicher Vereinbarung nicht verwiesen werden. Fehlen Gerbk. oder internat. Zust., bleibt nur die Verfahrensabweisung⁹². Erkennt das Gericht ohne Gerbk. zur Sache, entfaltet die Entscheidung nach einhelliger Ansicht selbst im Inland keine Wirkung⁹³. Ein trotz fehlender internat. Zust. ergangenes Erkenntnis ist dagegen gültig⁹⁴.

D. *Nachprüfung durch die Rechtsmittelinstanz*

Nach dem bereits mehrfach genannten Beschluß des Großen Zivilsenats vom 14. 6. 1965⁹⁵ steht nunmehr fest, daß die höheren Instanzen nicht nur in der FG⁹⁶, sondern auch im Zivilprozeß die internat. Zust. wie die Gerbk. uneingeschränkt nachprüfen.

Der BGH begründet dort eingehend, daß – entgegen der Rechtsprechung des RG, des BAG und entgegen eigenen älteren Entscheidungen – auf Grund der wesentlich verschiedenen Interessenlage die §§ 512 a, 549 Abs. 2 ZPO allein für die örtliche Zuständigkeit gelten.

⁸⁴ Riezler (oben N. 33) S. 329 ff.; Neuhaus (oben N. 67) S. 127 ff.; Ren (oben N. 72) S. 204 ff.

⁸⁵ Das Prinzip wurde zur Verhinderung des Rechtsmißbrauchs geschaffen, vgl. Szászy (oben N. 63) S. 126 mit Zusammenfassung der maßgeblichen Entscheidung Cogan v. Bank of Scotland aus dem Jahre 1906. Im deutschen Recht könnte man daran denken, das Institut beim Rechtsschutzbedürfnis zu erörtern.

⁸⁶ NJW 1959, 127 ff. (130). Zustimmung Jansen, A. 5 b ee zu § 66.

⁸⁷ Neuner (oben N. 69) S. 44; Pagenstecher (oben N. 18) S. 452; Bauer (oben N. 46) S. 153.

⁸⁸ Riezler (oben N. 33) S. 361; Matthies, RabelsZ 18 (1953), 706.

⁸⁹ Für den Zivilprozeß wendet die h. M. § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unmittelbar an, vgl. Matthies (oben N. 22) S. 76 ff.; Riezler (oben N. 33) S. 455 ff.; Jacobs, Die perpetuatio fori im internationalen Recht des Zivilprozesses und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kölner Diss. (1962). – In der FG wird die für die örtl. Zust. (z. B. in § 43 Abs. 1 FGG) festgelegte Fortdauer der Zuständigkeit auf die internat. Zust. ausgedehnt, vgl. BayObLGZ 1961, 384 und 1963, 123.

⁹⁰ RGZ 157, 389 ff.; Matthies (oben N. 22) S. 84 f.; Riezler (oben N. 33) S. 323 und 203.

⁹¹ Vgl. Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 22 B I 2 d.

⁹² RGZ 159, 168 ff. (171); Neuhaus (oben N. 37) S. 217 und 261; Rosenberg, § 38 II 2 a; Baumbach-Lauterbach, § 276, 1 C.

⁹³ Riezler (oben N. 33) S. 361 f. et pass.; Kegel (oben N. 13) S. 373. Vgl. aber auch Schlotter, Das völkerrechtswidrige Urteil nach deutschem Prozeßrecht, ZZP 79 (1966), 164 ff. (171 ff.).

⁹⁴ Riezler, wie N. 111; Kallmann, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und gerichtlicher Vergleiche (1946) S. 39; Kegel (oben N. 13) S. 376.

⁹⁵ BGHZ 44, 46 ff.

⁹⁶ Dazu Keidel, Bem. 2 zu § 25 und 39 zu § 27 FGG.

⁷⁸ Müller, Die internationale Zuständigkeit, Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966 (Sonderveröffentlichung von RabelsZ) S. 186; Riezler (oben N. 33) S. 211; Neuhaus (oben N. 67) S. 233 f.; a. A. Ren (oben N. 72) S. 39 und 171 ff.

⁷⁹ KG FamRZ 1961, 383 ff.; LG Berlin JW 1934, 1295; Riezler (oben N. 33) S. 211, 219 f.; Ren (oben N. 72) S. 86.

⁸⁰ KG NJW 1954, 1331 und FamRZ 1961, 477 ff.; BayObLGZ 1956, 236 ff.; OLG Hamm, RpfL. 1948/49, Sp. 414 ff. (415); Staudinger-Firsching, Bem. 11 zu § 2369; Neuhaus, FamRZ 1961, 541.

⁸¹ Riezler, Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit, Festgabe für L. Rosenberg (1949) S. 199 ff. und oben N. 33 S. 230 ff.; Bauer (oben N. 46) S. 10 ff.

⁸² Riezler (oben N. 33) S. 249 ff.; Kegel (oben N. 13) S. 298; Bauer (oben N. 46) S. 23 ff.; a. A. Ren (oben N. 72) S. 124. – Beachte in diesem Zusammenhang aber auch die oben bei Anm. 66 ff. dargestellte Meinung, die bei Gestaltungsakten die Zuständigkeitsregelung als Teil der materiellen Normen betrachtet.

⁸³ III B 1.