

# Grenzen der Ermittlung ausländischen Rechts

*Bruno Menhofer*

## *A. Einleitung*

Sinn des internationalen Privatrechts ist es, in den geeigneten und richtig erscheinenden Fällen ausländisches Recht zur Anwendung zu bringen. Die tatsächliche Arbeit des Rechtsanwenders ist jedoch nicht mit der Ermittlung der richtigen Kollisionsnorm beendet, sondern erfordert bei einer Verweisung ins Ausland die Ermittlung des ausländischen Rechts. Dieser ›zweite Schritt‹ im Kollisionsrecht stellt in der Praxis den oft aufwendigeren und langwierigen Arbeitsschritt gegenüber dem Auffinden der ›richtigen‹ Kollisionsnorm dar. Das Lebenswerk des in diesem Band Geehrten besteht zu einem großen Teil darin, die dann erst einsetzende mühsame Arbeit der Rechtsfindung im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts auf den Weg zu bringen und im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme umfassende Antworten zu geben, die nicht nur auf einzelne, gleichsam separierte Rechtsfragen, Antworten geben, sondern die für den jeweiligen Fall maßgeblichen Rechtsfragen und Rechtsbegriffe einordnen und erläutern. Die Ermittlung des ausländischen Rechts ist bereits Gegenstand einer Reihe von gerichtlichen Entscheidungen und Stellungnahmen der Literatur gewesen, ihre Vorgaben und Grenzen sind gleichwohl nicht abschließend geklärt. Der vorliegende Beitrag möchte hieran anknüpfend den Blick auf die Schwierigkeiten der Ermittlung religiöser Rechte oder personaler Teilrechtsordnungen lenken, wo der kollisionsrechtliche Anwendungsbefehl bisweilen auf ein schwer ermittelbares Normensubstrat stößt. Als Leitentscheidung soll dabei eine neuere Entscheidung des OLG Hamburg vorgestellt werden, an der sich die Schwierigkeiten der Ermittlung des ausländischen Rechts exemplarisch darstellen lassen.

## *B. Die Entscheidung des OLG Hamburg zum Schulchan Aruch*

Die Grenzen der Ermittelbarkeit des ausländischen Rechts zeigen sich besonders bei der Verweisung auf das Recht von Teilrechtsordnungen, sofern und soweit diesbezüglich ein aktueller Rechtsstand unter Berücksichtigung der geltenden Regelungen und deren Ausprägung in der Rechtsprechung nicht ermittelt werden kann. Ein sehr plastisches Beispiel ergibt sich aus einer aktuellen Entscheidung des OLG Hamburg vom 29. März 2021, die eine Prüfung des iranisch-jüdischen Erbrechts anhand eines Lehrbuchs aus dem 16. Jahrhundert zum Gegenstand hatte.<sup>1</sup> Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

---

<sup>1</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20.

Ein iranischer Staatsangehöriger jüdischen Glaubens, der den Iran verlassen hatte und jedenfalls seit 1980 bis zu seinem Tode in Deutschland lebte, errichtete im Jahre 2007 zwei wortgleiche Testamente, in denen er jeweils seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzte und seinen Sohn enterbte.

Nachdem in einem gerichtlichen Erbscheinverfahren im Jahre 2010 auch durch Einholung einer Stellungnahme des Max-Planck-Instituts in Hamburg keine hinreichend klaren Nachweise über den genauen Inhalt des jüdischen Rechts des Iran festgestellt werden konnten, erteilte das Nachlassgericht auf den Antrag der Ehefrau einen auf den inländischen Nachlass beschränkten Erbschein, der diese als Alleinerbin auswies. Aufgrund der angenommenen Nichtermittelbarkeit des Inhalts des iranisch-jüdischen Rechts wendete es deutsches Recht als Ersatzrecht an.<sup>2</sup> Der enterbte Sohn beantragte im Jahr 2012 die Einziehung des Erbscheins unter Berufung auf Stellungnahmen des zentralen Rabbinatsgerichts für Europa in Frankfurt am Main und des Obersten Rabbinatsgerichts für Iran. Die Ehefrau ist dem unter Bezugnahme auf die Stellungnahme einer kalifornischen Synagoge entgegengetreten. Das Nachlassgericht hat nach Einholung einer weiteren Stellungnahme der ursprünglich beauftragten Sachverständigen, der Einholung einer Stellungnahme des iranischen Generalkonsulats in Hamburg, der Vernehmung des Rabbiners der jüdischen Gemeinde in Hamburg sowie nach Auswertung eines Lehrbuchs, des Schulchan Aruch, das iranisch-jüdische Recht als nicht ermittelbar angesehen. Den Antrag auf Einziehung des Erbscheins hat es danach unter erneuter Anwendung des deutschen Rechts als Ersatzrecht zurückgewiesen.<sup>3</sup>

Das Oberlandesgericht Hamburg hat die dagegen gerichtete Beschwerde des Sohnes zurückgewiesen. Gemäß Art. 3 Abs. 3 des Niederlassungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 7. Februar 1929 finde das iranische Erbrecht auf den vorliegenden Fall Anwendung. Soweit das Oberlandesgericht Hamburg eine Flüchtlingseigenschaft des Erblassers geprüft hatte, die gemäß Art. 12 GFK und Art. 25 EGBGB alter Fassung zu einer Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts geführt hätten, hat es dies im Ergebnis dahinstehen lassen und ist zu Gunsten des Antragstellers weiter davon ausgegangen, dass es bei der Anwendung des iranischen Rechts verbleibe.

Gemäß Art. 1 Abs. 2 des iranischen Gesetzes über die Zulässigkeit der Berücksichtigung des Personalstatuts nichtschiitischer Iraner durch die Gerichte vom 10.5.1312/1.8.1933 richte sich das auf den Erbfall anzuwendende Recht nach dem jüdisch-religiösen Recht.

Nachdem konkrete Regelungen und Gesetzeswerke hierzu für das Oberlandesgericht nicht feststellbar waren, hat es sich mit den durch den Antragsteller angeführten Regelungen in dem Schulchan Aruch auseinandergesetzt. Es hat danach angenommen, dass nach diesen Regelungen die Erbeinsetzung der Ehe-

---

<sup>2</sup> AG Hamburg-St. Georg, Beschl. v. 1.12.2010 – 970 IV 154/10.

<sup>3</sup> AG Hamburg-St. Georg, Beschl. v. 25.9.2019 – 970 IV 154/10.

frau nach jüdisch-religiösem Recht als unwirksam anzusehen wäre. Diese Regeln würden indessen wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz und wegen unzulässiger Einschränkung der Testierfreiheit den deutschen *Ordre public* verletzen, so dass es wiederum bei der Anwendung deutschen Rechts bleibt. Der Erbschein war danach zutreffend erteilt und nicht einzuziehen.<sup>4</sup>

Die Entscheidung wirft in unterschiedlichen Kontexten eine Reihe von Fragen auf. Sie verdeutlicht vor allem aber in sehr plastischer Weise die hohen Anforderungen des internationalen Privatrechts an den Rechtsanwender bei der Ermittlung und Anwendung schwer zugänglicher ausländischer Rechtsordnungen.

Ein besonderes Augenmerk verdient hierbei zunächst die vorliegend maßgebliche Verweisungsnorm des anwendbaren iranischen Rechts: Das dortige Gesetz vom 22. Juli 1933 sieht in Art. 1 Ziff. 2 vor, dass in Fragen der gesetzlichen Erbfolge und des Testaments »die in der Religionsrichtung des Erblassers in Geltung stehenden, unbestrittenen Regeln und Bräuche« zur Anwendung gelangen.<sup>5</sup> Erst diese Verweisung erforderte die mühsame Ermittlung des für die jüdische Religionsgemeinschaft im Iran geltenden Rechtes.

Mangels auffindbarer expliziter iranischer Regelungen hierzu war daher auf das Recht der Religionsgemeinschaft selbst zurückzugreifen, das nicht kodifiziert ist. Ein Rückgriff auf im Recht des Staates Israel geltende Regeln verbot sich im vorliegenden Fall bereits deshalb, weil insoweit zwar in Einzelfällen das Recht der jüdischen Gemeinschaft zur Anwendung kommen kann, das Erbrecht in Israel aber einheitlich für alle Staatsangehörigen geregelt ist.<sup>6</sup>

Bezugspunkt der interreligiösen Verweisung ist damit nicht eine besondere gesetzliche Regelung, sondern es sind die Regeln und Gebräuche einer Religionsgemeinschaft. Auch diese sind nach Anwendbarkeitserklärung durch den staatlichen Gesetzgeber gemäß § 293 ZPO durch den deutschen Rechtsanwender zu ermitteln. Das Beispiel demonstriert recht gut die rechtlichen Unschärfen, die bei der Verweisung auf ausländisches Recht auftreten können.

Nähtere Betrachtung verdient hier auch die Prüfung des Schulchan Aruch als Rechtsquelle des jüdisch-iranischen Rechts: Bei dem Schulchan Aruch (»gedeckter Tisch«) handelt es sich um eine Kompilation von Gesetzesanmerkungen, die Josef Karo im 16. Jahrhundert fertigte und die eine Darstellung der für das jüdische religiöse Leben relevanten Rechtsregeln enthält.<sup>7</sup> Der Schulchan Aruch bildet für den täglichen Gebrauch weltweit bei vielen Juden, vor allem im orthodoxen Judentum, eine anerkannte schriftliche Rechtsvorschrift.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Gutachten 5 in Elwan: *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht*, S. 250.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu Margalith/Assan: Länderbericht Israel, S. 3 f. und 19 f.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu ebd., S. 30; Lehner: Religiöses Eheverständnis, S. 4 f.; zu dem geschichtlichen Hintergrund des Schulchan Aruch und seiner Rezeption vgl. auch Cranshaw, jurisPR-IWR 1/2020 Anm. 5; Cranshaw, jurisPR-IWR 6/2021 Anm. 3; auch die jüdische Religionsgemeinschaft in Ägypten griff auf Gesetzesammlungen einzelner Rechtsgelernter, unter anderem auch den Schulchan Aruch zurück: Menhofer: *Religiöses Recht*, S. 67.

<sup>8</sup> »Schulchan Aruch«, 2022.

Im Weiteren soll unter Bezugnahme auf die genannte Entscheidung untersucht werden, wie die Ermittlung ausländischen Rechts in der gutachterlichen Praxis den hierfür durch die Rechtsprechung gestellten Anforderungen standhalten kann.

### *C. Die Ermittlung ausländischen Rechts*

Die Ermittlung des ausländischen Rechts ist gleichsam die Kehrseite der Münze des internationalen Privatrechts. Während die Vorderseite nach dem internationalprivatrechtlichen Ziel der Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen die sachgerechte Kollisionsnorm für den zu entscheidenden Fall ermittelt, ist die Rückseite mit dem Substrat des ausländischen Rechts zu füllen, das hierfür zur Anwendung berufen ist. Eigene internationalprivatrechtliche Regelungen für die Ermittlung des ausländischen Rechts bestehen nicht. In der Praxis wird die Erforschung und Darstellung des ausländischen Rechts durch universitäre, insbesondere rechtsvergleichende Forschung und die Befassung mit ausländischen Rechtsregeln und Rechtsordnungen in der Literatur ausgefüllt.

Die maßgebliche Leitnorm im deutschen Zivilprozess ist § 293 ZPO, dessen Auslegung maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und damit stark durch verfahrensrechtliche Vorgaben geprägt ist. Wie im Zuge der weiteren Darstellung zu zeigen sein wird, ist die Ermittlung des ausländischen Rechts aber maßgeblich als Entsprechung zur kollisionsrechtlichen Verweisung zu verstehen und daher nicht nur verfahrensrechtlich einzuordnen.

#### *I. Amtswegige Ermittlung des ausländischen Rechts*

Die Kenntnis des deutschen Rechts wird, nach dem Grundsatz *iura novit curia*, von dem den Fall entscheidenden Richter vorausgesetzt. Hierzu gehört, was in der Praxis doch wiederholt zu betonen ist, neben dem europarechtlichem Einheitsrecht auch die Kenntnis des deutschen internationalen Privatrechts und der hierfür maßgeblichen Normen und Rechtsverständnisse. Ist eine Auslandsberührungen gegeben, so ist der Richter aufgrund des uneingeschränkt geltenden deutschen Kollisionsrechts zur kollisionsrechtlichen Prüfung verpflichtet.<sup>9</sup>

Bei der Anwendbarkeit ausländischen Rechts ist dies jedoch nur eingeschränkt der Fall. Ausländisches Recht ist nach allgemeiner Auffassung keine Tatsache, sondern Recht, dessen Kenntnis sich der entscheidende Richter regelmäßig verschaffen muss.<sup>10</sup> Er kann sich hierfür auf Vorbringen der Parteien berufen, ist aber in der Heranziehung weiterer Erkenntnisquellen grundsätzlich frei. Die

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1997 – II ZR 113/96; Urt. v. 13.12.2000 – XII ZR 278/98; BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VI ZR 105/07.

<sup>10</sup> Hierzu vgl. nur Prütting, MüKo-ZPO, § 293 Rn. 14; Zöller/Geimer, ZPO, § 293 Rn. 2; Geimer, IZPR, Rn. 2577 f.

Anerkennung ausländischen Rechts als Recht erscheint auch, anders als etwa im angloamerikanischen Rechtskreis, wo dies als Tatsache behandelt wird, inhaltlich zutreffend.<sup>11</sup> Denn die kollisionsrechtliche Verweisung bezieht sich gerade auf geltende Rechtssätze. Lediglich aus der Schwierigkeit, die Vielfalt und teilweise schwere Zugänglichkeit der weltweit geltenden Normen und Regelungen dem deutschen Richter zugänglich zu machen, ergibt sich die verfahrensrechtlich notwendige Folge, die Beibringung dieser Regeln beweisähnlichen Regelungen zu unterwerfen.

In welcher Weise der Tatrichter das ihm unbekannte ausländische Recht ermittelt, stellt § 293 ZPO in sein pflichtgemäßes Ermessen.<sup>12</sup> Art und Umfang der gebotenen Maßnahmen richten sich insbesondere danach, welche Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art die erforderliche Feststellung bereitet. Tragen die Parteien zu der maßgeblichen Rechtsfrage eingehend und kontrovers vor, kann es geboten sein, die zugänglichen Erkenntnismittel umfassend auszuschöpfen.<sup>13</sup>

Das Maß der Ermittlung des ausländischen Rechts ist § 293 ZPO nicht unmittelbar zu entnehmen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat hierzu Leitlinien entwickelt, die von dem Rechtsanwender letztlich eine jeweils fallbezogene Prüfung der Intensität, der Dauer und der Tiefe der Ermittlung des ausländischen Rechts erfordern.

Diese von Amts wegen bestehende Pflicht zur Ermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts stellt keine Beweisaufnahme dar, sondern eine Informationsbeschaffung eigener Art für das Gericht. Dem Richter stehen dabei grundsätzlich die Möglichkeiten des Freibeweises zur Verfügung, d.h., er hat von sich aus sämtliche ihm zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen. Gegebenenfalls kann er – und in der Praxis wird er auch regelmäßig – ein Sachverständigungsgutachten einholen. Dieses unterliegt nicht unmittelbar den Regelungen der §§ 402 f. ZPO, weil der Beweisgegenstand nicht den Beweisregeln zum Strengbeweis unterliegt und keine Tatsachenbehauptungen betrifft. Das Gericht ist aber im Rahmen seines Ermittlungsermessens nach § 293 ZPO an die Wahrung der entsprechenden Rechte der Parteien gebunden. Das bedeutet, dass Kostenvorschüsse einzuholen sind, der Sachverständige anzuleiten ist und die Frage- und Anhörungsrechte der Parteien uneingeschränkt gelten.<sup>14</sup>

Eine maßgebliche Weichenstellung für die Praxis ergibt sich hierbei aus der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Tatrichter sich bei der Ermittlung ausländischen Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in

<sup>11</sup> Das gleiche Grundverständnis gilt in Frankreich, wo der Richter gleichfalls im Regelfall auf die Ermittlung des ausländischen Rechts durch Einholung von Sachverständigungsgutachten angewiesen ist: Corneloup: Rechtsermittlung, S. 850.

<sup>12</sup> Kritisch zur Gesetzesformulierung: Otto: Der verunglückte § 293, S. 299–305.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 13.5.1997 – IX ZR 292/96.

<sup>14</sup> Zu letzterem: BGH, Urt. v. 15.6.1994 – VIII ZR 237/93.

der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen muss.<sup>15</sup> Aus den Anforderungen der Rechtsprechung zur Ermittlung des ausländischen Rechts folgt, dass nicht nur der reine Gesetzestext, sondern auch dessen gelebte Praxis in Literatur und Rechtsprechung herangezogen werden sollen. Dies schließt ein, »wann das Gesetz angewandt wird und wann nicht«.<sup>16</sup> Auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung dessen, was die konkrete Ausgestaltung des ausländischen Rechtes jeweils ist und die Frage, wie diese Erkenntnisse in verfahrensrechtlich gesicherter Weise in den Prozess eingebracht werden könne, wird weiter unten differenziert einzugehen sein.

Dem besonderen Charakter der Anwendung des ausländischen Rechts entspricht es, dass in der Rechtsmittelinstanz nicht dessen Inhalt selbst zur Überprüfung steht, sondern lediglich die verfahrensmäßig richtige Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts. Eine unzureichende Ermittlung kann dabei aber schon dann angenommen werden, wenn die angefochtene Entscheidung hierzu keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, denn danach sei davon auszugehen, dass eine ausreichende Erforschung des ausländischen Rechts verfahrensfehlerhaft unterblieben sei.<sup>17</sup>

Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nach der Neufassung des § 545 ZPO unverändert.<sup>18</sup> Während die Revisibilität ausländischen Rechts in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Auffassungen in der Literatur streitig war, hat der Bundesgerichtshof auch diese Frage geklärt. Er hat der Fassung des § 72 FamFG entnommen, dass hier ebenso wie bei § 545 ZPO keine Revisibilität des Inhalts des ausländischen Rechtes gegeben ist, sondern lediglich seine unzureichende oder fehlerhafte Ermittlung gerügt werden kann.<sup>19</sup> Da nach einhelliger Auffassung die Art und Weise der Ermittlung des ausländischen Rechts sich auch in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach den Vorgaben des § 293 ZPO richtet, ist somit ein Gleichklang in der Ermittlung des ausländischen Rechts in zivilrechtlichen und in familien- und erbrechtlichen Streitigkeiten gegeben.

Wann im konkreten Einzelfall eine unzureichende Ermittlung des ausländischen Rechts gegeben ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausdrücklich der Entscheidung im Einzelfall vorbehalten; das Ergebnis seiner Überprüfung ist danach aber gleichfalls regelmäßig schwer abzuschätzen.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> St. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13.

<sup>16</sup> So Spellenberg: Ermittlung ausländischen Rechts, S. 141: »Alles andere wäre nicht das betreffende fremde Recht, sondern ein Kunstgebilde.«

<sup>17</sup> St. Rspr.: BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00; Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01; Beschl. v. 30.4.2013 – VII ZB 22/12.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12; Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13; vgl. hierzu Hess/Hübner: Revisibilität, S. 3231 f.; kritisch zur fehlenden Revisibilität: Geimer, IZPR, Rn. 2601 f.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 4.7.2013 – V ZB 197/12.

<sup>20</sup> Kritisch hierzu und zu einer möglichen Vermischung der Prüfung der Verfahrensrüge der unzureichenden Ermittlung des ausländischen Rechts und der (materiellen) Prüfung der unrichtigen Anwendung des ausländischen Rechts: Geimer, IZPR, Rn. 2616; ähnlich Thole,

Allein schon aus dieser verfahrensrechtlichen Sonderstellung wird die fallentscheidende Bedeutung der Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts für den Einzelfall deutlich. Denn aus der durch die Rechtsprechung weitgespannten Ermittlungspflicht des ausländischen Rechts folgt eine Verpflichtung des Rechtsanwenders in zweierlei Hinsicht: In erster Linie ist er verpflichtet, den Bestand an Rechtsregeln im ausländischen Recht zu ermitteln. Im Weiteren soll hierbei von der Feststellbarkeit des ausländischen Rechts gesprochen werden, das ähnlich wie ein tatsächlicher Sachverhalt der Erkenntnismöglichkeit des Richters unterliegt und nicht nur vorgetragen, sondern von ihm selbst aktiv im Wege der Amtsermittlung nach dem Maßstab des Freibeweises herangezogen wird.<sup>21</sup> Hiervon zu unterscheiden ist aber die implizite Pflicht zur vollständigen Ermittlung des ausländischen Rechts, die im Folgenden als inhaltliche Ermittlung des ausländischen Rechts beschrieben werden soll und insbesondere in den Fällen der schwierigen oder Nichtermittelbarkeit Fragen aufwirft.

## *II. Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts*

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage der Zugänglichkeit ausländischer rechtlicher Regelungen. Innerhalb des europäischen Rechtsraums ist diese in den letzten Jahren deutlich verbessert worden. Für den entscheidenden Richter besteht dabei die Möglichkeit, Rechtsauskünfte verschiedener Stellen zu erlangen, insbesondere von Botschaften der betreffenden Staaten oder Auskünfte der deutschen Botschaften im Ausland. Auch kann heute eine Internetrecherche üblicherweise einen ersten Zugang bieten.<sup>22</sup> Dies gilt allerdings vorwiegend hinsichtlich der Veröffentlichung von Gesetzestexten und einführenden Darstellungen zu Rechtsfragen, die sich etwa teilweise auf der Seite von Handelskammern befinden.<sup>23</sup> Zu sehr vielen Rechtskreisen und Rechtsordnungen gibt es Literatur in deutscher Sprache, die oft weiterführende Hinweise oder bereits umfassende und für den jeweiligen Einzelfall gegebenenfalls auch ausreichende Erklärungen enthält.

Insbesondere zu familienrechtlichen und erbrechtlichen Fragen bestehen daneben seit langen Jahren etablierte Entscheidungssammlungen und Nach-

ZPO, § 293 Rn. 82 f.

<sup>21</sup> Zu einer ähnlichen Unterscheidung nach der Ermittlung der deskriptiven Ebene und der interpretatorischen Ebene: Yassari: Staatszerfall, S. 957 m. w. N.; ähnlich auch Thole, ZPO, § 293 Rn. 66, wonach die Beurteilung der Richtigkeit der Erkenntnisquelle von der inhaltlichen Bindung des Gerichts an den ermittelten Rechtssatz und dessen Auslegung zu unterscheiden sei.

<sup>22</sup> Überblick bei von Hein, MüKo-BGB, Einl IPR Rn. 325; Hüstege: Internetrecherche, S. 261 f. mit Nachweisen zu weiteren Erkenntnisquellen. Sehr plastisch ist hier ein durch das OLG München entschiedener Fall: Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen frei, wie er sich fehlende Kenntnisse ausländischen Rechts verschafft; eine Internet-Recherche zu Reisehinweisen für und zu Verkehrsregeln in Portugal ist jedoch mangels Verbindlichkeit und Zuverlässigkeit nicht ausreichend (OLG München, Urt. v. 21.10.2016 – 10 U 2372/16).

<sup>23</sup> Z. B. Länderberichte zu wirtschaftsbezogenen Fragen bei [www.gtai.de](http://www.gtai.de) (Zugriff: 4.3.2023).

schlagewerke, die jedenfalls einen ersten Einstieg in die rechtliche Prüfung ermöglichen.<sup>24</sup> Nur eingeschränkte Erkenntnisse für den Einzelfall lassen sich dagegen aus Informationsmöglichkeiten wie dem Londoner Europäischen Übereinkommen vom 7. Juni 1968 entnehmen, da dieses lediglich der Beantwortung abstrakter Rechtsfragen dient.<sup>25</sup>

Übereinstimmendes Vorbringen der Parteien im Prozess zum Inhalt des ausländischen Rechts kann der Richter als ausreichende Erkenntnis verwerten, in der Regel wird er jedoch gehalten sein, eine diesbezügliche Überprüfung anhand weiterer Kriterien vorzunehmen.

Die übereinstimmende Verneinung eines Auslandsbezugs durch die Parteien entbindet den Richter dagegen weder von der Ermittlung des maßgeblichen Kollisionsrechts, noch von der des möglicherweise anwendbaren ausländischen Rechts.<sup>26</sup> Der Bundesgerichtshof hält daran fest, dass der Parteivortrag das reversible Ermittlungsermessen des Richters beeinflusst. Tragen die Parteien eine bestimmte ausländische Rechtspraxis detailliert und kontrovers vor, ist er – abhängig jeweils von den Besonderheiten des Einzelfalls – gehalten, sich gegebenenfalls detailliert mit den einzelnen Rechtsauffassungen auseinanderzusetzen.<sup>27</sup> § 293 ZPO postuliert dabei eine genuine Ermittlungspflicht des Gerichts, zu der die Parteien lediglich beitragen, diese aber nicht ersetzen können.<sup>28</sup> Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof es bereits für nicht ausreichend erachtet, wenn das Gericht sich mit einer von einer Partei vorgelegten Übersetzung eines ausländischen Gesetzestextes begnügt und hat es für erforderlich erachtet, dass das Gericht sich den Gesetzestext im Original verschafft.<sup>29</sup>

Hieran wird die letztlich nicht auflösbare Zwitterstellung des ausländischen Rechts im System des deutschen Zivilprozessrechts deutlich: Anders als bei Tatsachen, die die Parteien übereinstimmend unstreitig stellen können und bei deren Fehlen der Richter stets eine rechtliche Entscheidungsmöglichkeit hat, ist der Richter auf die Auffindung eines zutreffenden Obersatzes angewiesen, auch wenn sich dies nicht wie beim inländischen Recht in aller Regel durch eine überschaubare Recherche in einem etablierten Kommentar bewerkstelligen lässt. Das Vorbringen der Parteien kann insoweit einerseits eine Stütze sein, als diese

<sup>24</sup> Z. B. Heinrich/Dutta/Ebert: *Internationales Ehe- und Kindesrecht*; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann: *Internationales Erbrecht*.

<sup>25</sup> Vgl. Prütting, MüKo-ZPO, § 293 Rn. 46; Hüßtege: Internetrecherche, S. 2631 f.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VI ZR 105/07.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 30.4.1990 – IX ZR 233/90.

<sup>28</sup> Die Ermittlungspflicht des Richters wird hierdurch lediglich eingeschränkt, aber nicht aufgehoben: Seibl: *Iura novit curia*, S. 433 f.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2001 – XI ZR 241/00; als nicht näher begründete allgemeine Anforderungen fehlt diesem Anspruch jedoch eine hinreichende Grundlage. Zutreffend dürfte dies in den Fällen sein, in denen Zweifel an der Entscheidbarkeit des Rechtstreites allein auf der Grundlage der vorliegenden Übersetzung ohne weitere Kenntnisse des ausländischen Rechts geltend gemacht werden können oder wenn die Parteien über den zutreffenden Inhalt der Übersetzung streiten; ähnlich: Thole, ZPO, § 293 Rn. 52.

durch die Einführung von Literatur- und Rechtsprechungsbelegen die Rechtsermittlung des Richters unterstützen. In aller Regel wird dies jedoch wegen der unterschiedlichen Rechtsauffassungen die Rechtslage verunklaren und zu unterschiedlichen Obersätzen führen, was den Ermittlungsdruck für den Rechtsanwender erhöht. Sofern die Parteien nicht ein Privatgutachten beibringen, dessen Feststellungen akzeptiert werden und die auch für den Richter eine hinreichende Erkenntnisgrundlage darstellen, wird in der Praxis daher regelmäßig ein Sachverständigengutachten zu beauftragen sein.<sup>30</sup>

Dies gilt besonders bei komplexen Fragestellungen, die nicht etwa nur die bloße Kenntnis einzelner Normen betreffen, und auch bei außerhalb des europäischen Rechtskreis gelegenen Rechtsordnungen. Hier stößt die Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an faktische Grenzen, denn der Tatrichter soll seiner Erforschungspflicht schon dann nicht genügen, wenn er das Gutachten eines (Sachverständigen eines) wissenschaftlichen Instituts einholt, sofern es entscheidend auf die ausländische Rechtspraxis ankommt und der Gutachter nicht über spezielle Kenntnisse derselben verfügt, vielmehr allein auf die Auswertung der ihm zugänglichen Literatur angewiesen ist.<sup>31</sup>

### *III. Reichweite der Ermittlung des ausländischen Rechts*

Der Bundesgerichtshof hat die gebotene Reichweite der Ermittlung des ausländischen Rechts in einer Reihe von Entscheidungen festgelegt. Die gefestigte Rechtsprechung mehrerer Zivilsenate wiederholt daher regelmäßig als Obersatz, dass nach § 293 ZPO der Tatrichter ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln hat. Wie er sich diese Kenntnis verschafft, liege in seinem pflichtgemäßem Ermessen. Jedoch darf sich die Ermittlung des fremden Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen. Der Tatrichter sei danach gehalten, das Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt hat. Er muss dabei die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen.<sup>32</sup> Noch weitreichender hat es das Bundesverwaltungsgericht formuliert: Es gilt der Grundsatz der größtmöglichen Annäherung an das ausländische Recht, das in seinem systematischen Kontext, mit Hilfe der im ausländischen Rechtssystem gebräuchlichen Methoden und unter Einbeziehung der ausländischen Rechtsprechung erfasst werden muss.<sup>33</sup> Vom Revisionsgericht bzw. vom Rechtsbeschwerdegericht werde insoweit lediglich überprüft, ob der

<sup>30</sup> Zu den hierdurch regelmäßig anfallenden Kosten: Seibl: *Iura novit curia*, S. 439 f.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 49/90.

<sup>32</sup> St. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2002 – XI ZR 136/01; Urt. v. 23.6.2003 – II ZR 305/01; Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13; Beschl. v. 9.2.2017 – V ZB 166/15.

<sup>33</sup> BVerwG, Urt. v 19.7.2012 – 10 C 2/12, unter Bezugnahme auf eine gefestigte Rechtsprechung.

Tatrichter sein Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt, insbesondere sich anbietende Erkenntnisquellen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls hinreichend ausgeschöpft hat.

Diese auf der Grundlage der Auslegung einer Verfahrensvorschrift entstandene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die – soweit ersichtlich – weitgehend in der Literatur Akzeptanz erfahren hat, impliziert jedoch letztlich einen unerfüllbaren Anspruch: Denn die Vorgabe, das ausländische Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt habe, betrifft seine umfassende inhaltliche Ermittlung, sein richtiges Verständnis und seine hiernach richtige Anwendung. Dass dieser in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs durch eher beiläufige und stets gleichlautende Formulierungen wiederholte Anspruch letztlich unerfüllbar ist, ergibt sich leicht aus einem Vergleich mit dem Anspruch, das inländische deutsche Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt hat. Nicht zuletzt aus der Vielzahl divergierender gerichtlicher Entscheidungen und der Vielfalt juristischer Meinungen zum inländischen Recht lässt sich die Unmöglichkeit der konsequenten Umsetzung dieses Anspruchs erkennen.<sup>34</sup> Denn das bloß verfahrensbezogene Verständnis der Ermittlung des ausländischen Rechts blendet aus, dass dieses – ebenso wie das inländische Recht – nicht statisch und eindeutig ist, sondern selbst wiederum Unklarheiten und streitige Fragen aufwirft. Trotz der grundsätzlichen Ermittlung der einschlägigen Rechtssätze kann danach die konkrete Einzelfrage, die es zu beantworten gilt, umstritten, nicht geregelt oder nicht höchstrichterlich entschieden sein.<sup>35</sup> Dass der Rechtsanwender – im Einzelfall – durch die Ermittlungen ausländischer Rechtsnormen oder auch durch die Einholung eines Sachverständigen in die Lage versetzt sein soll, eine ihm fremde und möglicherweise komplexe ausländische Rechtsordnung in der Form zu erfassen wie jemand, der diese studiert und lange Zeit angewendet hat, ist danach letztlich ein bloßes Desideratum.

Dem durch den Bundesgerichtshof formulierten Anspruch der weitestgehenden Ausermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts in seiner Rechtspraxis und seiner tatsächlichen Gestalt steht daneben das faktische Problem der Erschöpfung der Erkenntnismöglichkeiten gegenüber, wenn seine Regelungen und ihr Verständnis auch bei Ausschöpfung der Ermittlungsmöglichkeiten nicht hinreichend klar werden.

Dies lässt sich sehr deutlich an einer Kontroverse des OLG Hamm mit dem Bundesgerichtshof darstellen: In den Fällen unbegleiteter minderjähriger guineischer Staatsangehöriger stellte sich in Familienverfahren die Frage, ab welchem Alter eine Volljährigkeit der Flüchtlinge anzunehmen war. Während ein guineischer Gesetzestext auf das Alter von 21 Jahren abstellt, war unklar, welche Fol-

---

<sup>34</sup> Insoweit wird auch von der »Fiktion der Vollständigkeit des ausländischen Rechts« gesprochen: Thole, ZPO, § 293 Rn. 35.

<sup>35</sup> Zit. nach Yassari: Staatszerfall, S. 956.

gen sich diesbezüglich aus dem später erlassenen Art. 168 des Code de l'enfant ergeben, der auf ein Alter von 18 Jahren rekurriert. Der Bundesgerichtshof hat Entscheidungen des OLG Hamm, das sich nach Einholung von Auskünften zum guineischen Recht auf das Alter von 21 Jahren gestützt hatte, wegen unzureichender Ermittlungen aufgehoben und hat angemahnt, dass diesbezüglich ein aussagekräftiges Sachverständigengutachten einzuholen sei.<sup>36</sup> Nach Einholung von (weiteren) Stellungnahmen der guineischen Botschaft in der Bundesrepublik und der deutschen Botschaft in Conakry hat das OLG Hamm nunmehr auf ein Volljährigkeitsalter von 18 Jahren rekurriert und ausgeführt, dass sich die Einholung eines Sachverständigengutachtens erübrigt habe, da der Sachverständige auch nicht über weitergehende Kenntnisse verfügen könne.<sup>37</sup> Der zu dem Bereich des afrikanischen Rechts renommierte Sachverständige Prof. Spellenberg hat hierzu mitgeteilt, zu diesen Fragen auch lediglich über die Gesetzestexte zu verfügen, aber keinen Zugang zu Theorie und oder Praxis zu finden.<sup>38</sup>

Das Beispiel zeigt plastisch auf, dass die Problematik der Ermittlung ausländischen Rechts oft weniger das Verständnis der ausländischen Rechtsregeln ist, als der rein faktische Zugang zur Rechtsprechung und Literatur, die sich insbesondere außerhalb des europäischen oder nordamerikanischen Rechtskreises oft nicht in der Dichte und Zugänglichkeit finden lässt, wie dies etwa bei inländischem Recht der Fall ist.

Geht es aber nicht um die Auffindung und inhaltlich zutreffende Bestimmung von Rechtsregeln, die als Obersätze für eine Entscheidungsfindung dienen können, sondern um die verfahrensbezogene Deutung der Vorschrift, nämlich der tatsächlichen Feststellung vorhandener Regeln und ihrer Einführung in den Prozess, so führt die genannte Anforderung des Bundesgerichtshofs lediglich dazu, dass der Rechtsanwender sich bei der Ermittlung des ausländischen Rechts nicht auf die bloßen Gesetzestexte und Normen beschränken kann, sondern dass er sich zu bemühen hat, deren Anwendung, Auslegung und Verständnis im ausländischen Recht nach Möglichkeit zu erfassen.

Bedeutsam wird diese Unterscheidung insbesondere bei den Fragen der faktischen Nichtermittelbarkeit einzelner Rechte und der Frage des anwendbaren Ersatzrechtes, wie weiter unten zu zeigen sein wird.

#### *IV. Verweisung auf religiöse Rechtsordnungen und Teilrechtsordnungen*

Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Verweisungen auf ausländische Rechtsordnungen ist die Rechtsetzungshoheit des jeweiligen Staates. Danach kann nicht die Rechtsordnung einer einzelnen Religion oder Glaubensgemeinschaft Gegen-

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 20.12.2017 – XII ZB 333/17; Beschl. v. 24.1.2018 – XII ZB 423/17.

<sup>37</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 20.2.2018 – II-4 UF 243/16; Beschl. v. 21.8.2018 – II-12 UF 224/16, Beschl. v. 2.11.2018 – 6 UF 50/18.

<sup>38</sup> Spellenberg: Ermittlung ausländischen Rechts, S. 145, Rn. 113.

stand einer staatlichen Verweisung sein, es bedarf vielmehr der Prüfung des ausländischen Rechts, ob dieses wiederum auf einer religiösen Rechtsordnung oder Rechtsvorstellungen basiert oder ob dieses im Wege der Teilverweisung auf die Rechtsordnung bestimmter Religionsgemeinschaften verweist.<sup>39</sup>

Religiöse Rechtsordnungen begegnen dem Rechtsanwender im internationalen Privatrecht noch regelmäßig in den Fällen, in denen Rechtsordnungen islamisch geprägter Staaten zur Anwendung gelangen sollen.<sup>40</sup> In diesen Staaten ist das zur Anwendung berufene Recht in der Regel das islamische Recht, wobei eine Vielzahl von Ausnahmen zu berücksichtigen ist. Zunächst haben die staatlichen Gesetzgeber einzelne Gegenstände einer staatlichen Regelung unterworfen.<sup>41</sup> Diese gelten regelmäßig für alle Staatsangehörigen oder Rechtsunterworfenen unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit. So wird etwa in vielen Staaten islamischer Prägung die grundsätzlich formlos abschließbare Ehe einem mehr oder weniger starken Formzwang dadurch unterworfen, dass für die Herleitung von Rechtswirkungen die Registrierung der Eheschließung Voraussetzung ist, was eine staatliche Überprüfung der Eheschließungsvoraussetzungen und die konkrete Feststellbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Personalstatutsänderungen ermöglicht.

Daneben bleiben regelmäßig weite Bereiche des Rechtes durch den staatlichen Gesetzgeber nicht geregelt, was insbesondere dann der Fall ist, wenn diesbezüglich ausdrückliche koranische Gebote bzw. Verbote oder als zwingend empfundenes islamisches Recht (i.S.d. Scharia) bestehen, von denen nicht abgewichen werden soll. Auch hier wählt der Gesetzgeber bisweilen den Weg einer Formalisierung und Registrierung bestimmter Rechtsformen, ohne ihre Inhalte (tiefgreifend) zu verändern.

Das ungeschriebene und nicht kodifizierte islamische Recht selbst bleibt als Grundlage beim Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Regelung anwendbar: Nur beispielhaft seien hier Art. 1 Abs. 2 des ägyptischen ZGB und Art. 3 des ägyptischen Gesetzes Nr. 1/2000 über die Regelung einiger Grundsätze und Maßnahmen der Prozessführungen in Angelegenheiten des Personalstatuts benannt. Beide verweisen den Rechtsanwender in den Fällen von Gesetzeslücken vorrangig auf das islamische Recht in der hanafitischen Ausprägung.<sup>42</sup> Diese Rechtsauffassungen lassen sich durch verschiedene Literaturstellen oder veröffentliche

<sup>39</sup> BGH, Beschl. v. 12.12.1979 – IV ZB 65/79; BGH, Urt. v. 6.10.2004 – XII ZR 225/01; so auch AG Hamburg-St. Georg, Beschl. v. 25.9.2019 – 970 IV 154/10, Rn. 35 f.; ebenso Cranshaw, jurisPR-IWR 1/2020 Anm. 5; vgl. auch Menhofer: *Religiöses Recht*, S. 203 f.; der BGH betont dabei, dass die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Scheidung nach einem anzuwendenden religiösen Recht gegeben sind, eine schlichte Rechtsanwendung ist, die dem deutschen Gericht nichts Wesensfremdes abverlangt: BGH, Urt. v. 6.10.2004 – XII ZR 225/01.

<sup>40</sup> Vgl. nur von Hein, MüKo-BGB, Art. 4 EGBGB, Rn. 251 f.

<sup>41</sup> Ausführlich zum Ganzen: Ebert: *Familien- und Erbrecht*, S. 51 f.; Rohe: *Islamisches Recht*, S. 182 f.

<sup>42</sup> Vgl. Ebert: *Familien- und Erbrecht*, S. 61, 68; Menhofer: *Religiöses Recht*, S. 87; zum Prozess der Rechtsanwendung nach staatlichen Vorgaben: Rohe: *Islamisches Recht*, S. 182 f.

Rechtsmeinungen (Fatawa) ermitteln, die zum Teil bis weit in die Frühzeiten des islamischen Rechts zurückreichen.

Die Ermittlung des ausländischen Rechts in diesen Kontexten stellt den Rechtsanwender und insbesondere den hiermit beauftragten Sachverständigen vor besondere Schwierigkeiten. Denn bei den teils sehr alten und lange Zeit nicht modifizierten religiösen Rechten mischt sich die inhaltliche Ebene, für deren Ermittlung auf Grundlagen des islamischen Rechts und die entsprechenden juristischen oder theologischen Werke zurückgegriffen werden kann, mit nationalen und regionalen Eigenheiten sowie einer fortschreitenden Kodifikation nationaler Gesetzgeber, die – wie ausgeführt – in aller Regel aber nur Teilbereiche erfasst.

Entsprechend ihrer Eigenart, nämlich geoffnetes Recht zu sein, das sich auf einen göttlichen Ursprung zurückbezieht, ist dabei nahezu allen religiösen Rechtsordnungen eigen, dass sie unveränderliche Regelungen aufweisen, deren Glaubensgehalt so stark ist, dass sie als unveränderbar angesehen werden. Sehr plastisch ist diese Entwicklung insbesondere im islamischen Recht, soweit rechtliche Regelungen sich aus dem Koran oder auch auf die Überlieferungen der Aussagen und Handlungen des Propheten Muhammed (Hadith, arab. *ḥadīt*) zurückgehen. Die Nähe einzelner rechtlicher Regelungen zu den religiösen Kernaussagen bildet damit eine Achse, anhand derer der Rechtsanwender den Aussagegehalt von Regelungen des religiösen Rechts ermitteln muss. Eine andere Achse ergibt sich daraus, dass nahezu alle religiösen Gemeinschaften in mehrere Glaubensrichtungen aufgespalten sind, die wiederum eigene Schwerpunkte setzen, aus denen im Bereich der Rechtsordnungen eigene Regelungen erfolgen. Auch insoweit ist die Entwicklung des islamischen Rechts sehr plastisch, weil hierbei die unterschiedlichen Entwicklungen und Meinungen jeweils der sunnitischen und der schiitischen Glaubensrichtung zu berücksichtigen sind, die sich wiederum in einzelne Rechtsschulen aufspalten.<sup>43</sup> Eine dritte Achse ergibt sich aus dem unterschiedlichen Stand der einzelnen nationalen Kodifikationen. Insbesondere in Ländern des islamischen Rechtskreises sind einzelne Bereiche des Familien- und Erbrechts teilweise national, teilweise bezogen auf Angehörige verschiedener religiöser Minderheiten in mehr oder minder weitem Umfang geregelt. Der Rechtsanwender, der durch die deutschen Kollisionsregeln auf die Ermittlung ausländischer religiöser Rechtsordnungen verwiesen worden ist, findet sich damit vor der Schwierigkeit, für den betreffenden Fall gleichsam in einem dreidimensionalen Koordinatensystem die maßgeblichen Regelungen zu ermitteln. In dieser Konstellation stellt die Anforderung der Rechtsprechung, den Gehalt des ausländischen Rechts auch nach der gelebten Praxis und Rechtsprechung zu ermitteln, sehr hohe Anforderungen an die zutreffende Ermittlung der rechtlichen Regelungen.

<sup>43</sup> Zum Ganzen: Ebert: *Familien- und Erbrecht*, S. 15 f.; ders.: Religiöse Rechte, Islamisches Recht, S. 7 f.

Verdeutlicht wird dies an der oben zitierten Entscheidung des OLG Hamburg: Mangels nationaler Regelungen und mangels kodifizierter Regelungen in der religiösen Gemeinschaft selbst war auf einer ersten Ebene der Gehalt der maßgeblichen Regelungen des religiösen Rechtes zu ermitteln, der sich hier aus einer unverändert in Gebrauch befindlichen Kompilation in Form eines Handbuchs ergibt. Abgesichert wurde diese Erkenntnis durch die Beurteilung durch – allerdings widersprechende – Stellungnahmen verschiedener Rabbinatsgerichte, wobei die Schwierigkeit in der Beurteilung der rechtlichen Verbindlichkeit von deren Äußerungen lag. Vor diesem Hintergrund hat das OLG Hamburg eine elegante Lösung gefunden, indem es zu Gunsten des Antragstellers die Geltung des von ihm als maßgeblich ›behaupteten‹ jüdischen Rechts zunächst unterstellt und seine Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht geprüft und im Ergebnis wegen der *Ordre public*-Widrigkeit verneint hat. Zwar fordert die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Gericht sich – auch wegen der Frage der unterschiedlichen Revisibilität – festgelegt, ob ausländisches oder deutsches Recht zur Anwendung kommt.<sup>44</sup> Im vorliegenden Fall konnte dies jedoch offen bleiben, weil die Verweisung auf das ausländische – hier iranisch-jüdische – Recht wegen Verstoßes des Rechtanwendungsergebnisses im Einzelfall ohnehin nicht zum Tragen gekommen wäre.

Mangels auffindbaren gesetzten Rechts hat das OLG Hamburg damit versucht, aus einer Zusammenschau einer Literaturstelle und Stellungnahmen religiöser Institutionen tragfähige Aussagen zu dem Inhalt religiösen Rechts zu entnehmen. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Zusammenfassung der Rechtsregeln hier aus einem alten Buch ergibt, dessen Autor nicht als Gesetzgeber legitimiert ist, weil der Stand der ausländischen Rechtsordnung nicht nur anhand der Entscheidungen von Gerichten, sondern auch anhand deren literarischer Behandlung und natürlich auch anhand literarischer Kommentierungen und Monographien zu berücksichtigen ist.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch bemerkenswert, dass das durch das Nachlassgericht in dem entschiedenen Fall ursprünglich beauftragte Max-Planck-Institut für Internationales Privatrecht in Hamburg die Rechtslage bereits in dem vorausgehenden Erbscheinsverfahren als nicht ermittelbar ansah und dem Gericht empfahl, mangels feststellbaren ausländischen Rechts das deutsche Recht als Ersatzrecht anzuwenden.

#### *V. Dauer und Kosten der Ermittlung des ausländischen Rechts*

Je nach Lage des Einzelfalls und Komplexität der aufgeworfenen Fragen zum ausländischen Recht kann die hinreichende und zutreffende Ermittlung des ausländischen Rechts erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Der Rechtsprechung

---

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 3.5.1988 – X ZR 99/86; die gilt jedoch nur für das Berufungsgericht: BGH, Urt. v. 25.1.1991 – V ZR 258/89.

des Bundesgerichtshofs lässt sich insoweit lediglich entnehmen, dass eine Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts angenommen werden könne, wenn dieses nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verfahrensverzögerung möglich wäre.<sup>45</sup> In der Literatur ist eine unverhältnismäßige Verfahrensdauer zum Nachteil der Parteien wegen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des ausländischen Rechtes unterschiedlich kritisiert worden.<sup>46</sup>

Paradigmatisch für die Problematik ist die oben zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg. Während das Nachlassgericht nach dem mitgeteilten Sachverhalt und für die Erteilung des Erbscheins trotz Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme nicht einmal ein Jahr benötigte, vergingen sieben Jahre bis zur erstinstanzlichen Entscheidung über den im Jahre 2012 gestellten Antrag zur Einziehung des Erbscheins.

Ausgehend von einzelnen kritischen Stimmen in der Literatur ist danach die Frage aufgeworfen worden, ob eine Unverhältnismäßigkeit der Ermittlungsdauer des ausländischen Rechts angenommen werden kann. Zum Schutze der Rechte der Parteien auf einen effektiven Rechtsschutz solle dem Gericht ein vorsichtig auszuübendes Ermessen zugestanden werden, Ermittlungsversuche zu unterlassen, die das Verfahren unverhältnismäßig verlängern.<sup>47</sup>

Eine unverhältnismäßig lange Dauer der Ermittlung des ausländischen Rechts ist aber angesichts des internationalprivatrechtlichen Anspruchs auf die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts nicht geeignet, sich inhaltlich verfahrensbegrenzend auszuwirken und Gegenstand einer mehr oder minder willkürlich anzunehmenden zeitlichen Begrenzung zu werden. Denn hierbei handelt es sich um eine rein verfahrensbezogene Frage, bei der auf die Eigenheiten des jeweiligen Prozesses abzustellen ist. Ähnlich wie bei der Ermittlung von tatsächlichen Sachverhalten, bei denen sich Beweisaufnahmen durch Zeugenvernehmungen und Einholung weiterer und ergänzender Sachverständigengutachten ausgesprochen lange hinziehen können, ist die Verfahrensdauer schon mangels Bestimmbarkeit einer ›richtigen‹ oder ›angemessenen‹ Verfahrensdauer nicht geeignet, abstrakt und generell vorgegeben zu werden, sondern ist jeweils bezogen auf den Einzelfall zu ermitteln.

Hierbei ist auch die Rolle der Parteien zu würdigen. Anders als in einer idealtypischen Grundkonstellation, in der die Parteien ihre Stellungnahmen abschließend und frühzeitig dem Gericht unterbreitet haben, begegnen in der Rechtspraxis oft ergänzende, überholende und nachlaufende Stellungnahmen, zum Beispiel durch Einreichung von Privatgutachten und ergänzenden Rechtsauskünften, auf die das Gericht jeweils angemessen zu reagieren hat. Auch insoweit liefert die oben genannte Entscheidung des OLG Hamburg einen plastischen Hintergrund, weil die Parteien auf Hinweise des Amtsgerichts und die Einholung

<sup>45</sup> BGH, Beschl. 26.10.1977 – IV ZB 7/77.

<sup>46</sup> Nachweise bei Duden: IPR in Ungefähr, S. 51 f.

<sup>47</sup> Ebd., S. 52 f.

einer Stellungnahme der iranischen Botschaft mit der Vorlage von Stellungnahmen rabbinischer Gerichte noch im Jahr 2019 reagiert haben.

Unabhängig davon spricht der dort mitgeteilte Sachverhalt, nachdem nämlich ein Wechsel des Vorsitzenden des Nachlassgerichts stattgefunden habe und die Sache nach einem Hinweis des Gerichtes in neuer Besetzung einer erneuten und eingehenden Prüfung bedürfe, dafür, dass Verfahrensverzögerungen auch auf die bekannten justitiellen Probleme der häufigen Dezernatswechsel und mögliche Überlastungen zurückgeführt werden könnten. Die Rechte der Parteien gegen eine unzumutbare Verzögerung durch das Gericht werden insoweit aber durch die Möglichkeit der Erhebung einer Verzögerungsruge nach § 198 GVG, die in sämtlichen Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit möglich ist, gewahrt.

Gleiches gilt hinsichtlich der Kosten der Ermittlung des ausländischen Rechts. Der Bundesgerichtshof hat insoweit festgehalten, dass der Umstand, dass ein Gutachten ein Vielfaches des Streitwerts kosten wird, allein noch kein Grund sei, davon Abstand zu nehmen.<sup>48</sup> Die in der Literatur hiergegen teilweise geäußerten Bedenken röhren im Grunde aus der Sorge, dass die Parteien durch unabsehbar lange und nicht nachvollziehbare Ermittlungen des Gerichts sowohl mit einer überlangen Verfahrensdauer als auch mit unverhältnismäßigen Kosten belastet werden.<sup>49</sup> Diese letztlich aus Unannehmlichkeiten der gerichtlichen Verfahren selbst röhrenden Beeinträchtigungen sind aber kein tragfähiger Grund, die gebotene Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts zu unterlassen oder zu beschränken. Den Interessen der Parteien wird nach dem oben Gesagten bereits dadurch Rechnung getragen, dass das Gericht auch im Wege des gebotenen Freibeweises regelmäßig gehalten ist, einen förmlichen Beweisbeschluss zu erlassen, aus dem die Parteien die für das Gericht relevanten aufzuklärenden Fragen zum ausländischen Recht entnehmen können. Zugleich ergibt sich aus entsprechenden Kostenanforderungen die Möglichkeit der Abschätzbarkeit des Risikos und im Rahmen des üblicherweise einzuholenden Sachverständigungsgesprächs entsprechende Prüf- und Informationspflichten des Sachverständigen, die sich auch auf die voraussichtlichen Kosten seiner Tätigkeit erstrecken (§ 407a ZPO). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass gerade in den familien- und erbrechtlichen Verfahren, in denen die Anwendung ausländischen Rechts in Personalstatusfragen regelmäßig in Betracht kommt, grundsätzlich Verfahrenskostenhilfe beantragt werden kann, so dass eine wenig begüterte Partei nicht ein unabsehbares Kostenrisiko zu tragen hat.<sup>50</sup>

Nicht von der Hand zu weisen sind indessen verfassungsrechtliche Bedenken, die sich dann ergeben können, wenn die Parteien, insbesondere in familien- und erbrechtlichen Bezügen, ohne die Möglichkeit der Rechtswahl oder

---

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 14.1.2014 – II ZR 192/13; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09.

<sup>49</sup> Seibl: *Iura novit curia*, S. 453 f.

<sup>50</sup> Hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09; ähnlich Seibl: *Iura novit curia*, S. 441.

eigener vertraglicher Gestaltung auf die gerichtliche Entscheidung und dabei auf eine kostenträchtige Ermittlung des ausländischen Rechts angewiesen sind.<sup>51</sup> In diesen Konstellationen könnte im Einzelfall eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu Gericht wegen eines erheblichen Kostenrisikos angenommen werden. Zu berücksichtigen ist aber, dass – ohne dass hiermit ein Vorwurf der Veranlassung an die Parteien verbunden wäre – die Notwendigkeit der Ermittlung des ausländischen Rechts sich letztlich aus dem Umstand ergibt, dass der durch die angerufenen deutschen Gerichte zu entscheidende Sachverhalt gerade nicht dem deutschen Recht unterliegt, das den deutschen Gerichten als inländisches oder europäisches Recht ohne weiteres zur Verfügung steht. Die in den erhobenen Gerichtsgebühren ansonsten gleichsam ›eingepreiste‹ Kenntnis des eigenen Rechts ist in diesen Fällen schlicht nicht gegeben und kann durch die rechtssuchenden Parteien auch nicht kompensationslos vorausgesetzt werden. Ebenso wie etwa Übersetzungskosten oder in Statussachen die Kosten und der Aufwand für die Erlangung und die Beibringung notwendiger Urkunden und Bescheinigungen stellen sie schlicht einzelfallbezogen kostenauslösende Entscheidungsvo-raussetzungen dar, die hier lediglich durch das Gericht veranlasst werden.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass alle Parteien in allen Rechtsstreitigkeiten stets das Risiko der kostenintensiven Ermittlung entscheidungserheblicher Umstände trifft.<sup>52</sup>

Vergleichbar den Fällen, in denen (wie etwa im Baurecht) bisweilen kostenintensiv und langwierig um die Feststellung von Tatsachen zu streiten ist, so wird auch in komplizierten Fällen, in denen die Ermittlung des ausländischen Rechts aufwendig ist, nicht ohne weiteres hierauf aufgrund eines lediglich unterstellten und abstrakten Kosteninteresses verzichtet werden können.

Auch insoweit lohnt eine Einzelfallbetrachtung der genannten gerichtlichen Entscheidungen: In der dem OLG Hamburg vorausgegangenen Entscheidung des AG Hamburg St. Georg wurden die Kosten des Verfahrens über die beantragte Einziehung des Erbscheins dem Antragsteller gemäß § 82 FamFG auferlegt. Die Kosten der Begutachtung waren bereits im vorangegangenen Erbscheinsverfahren angefallen und umfassten lediglich eine (kostenschonende) Stellungnahme und kein ausführliches Rechtsgutachten. Sowohl das Amtsgericht Hamburg St. Georg als auch das OLG Hamburg haben im Weiteren (kostenschonend) lediglich ergänzende Stellungnahmen von verschiedenen Stellen eingeholt. Insgesamt sind unverhältnismäßige Kosten in diesem Fall trotz der exzeptionell schwierigen Ermittlung des ausländischen Rechts daher nicht ersichtlich.

Unabhängig davon besteht in vergleichbaren Konstellationen die – soweit ersichtlich – nicht sehr verbreitete Möglichkeit der Anwendung des § 81 Abs. 1

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89; kritisch hierzu auch Seibl: *Iura novit curia*, S. 439 f. mit Vorschlägen zu einer Abhilfe *de lege ferenda*.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 1 BvR 2096/09, das auf die beide Parteien des Rechtsstreits gleichermaßen betreffende Kalkulierbarkeit der Verfahrenskosten hinweist.

S. 2 FamFG, wonach das Gericht nach billigem Ermessen von der Erhebung von Gerichtskosten, wozu auch die Kosten eines eingeholten Sachverständigengutachtens gehören, absehen kann.<sup>53</sup>

Anschaulich ist auch insoweit die oben dargestellte Kontroverse zwischen dem OLG Hamm und dem Bundesgerichtshof. Denn das OLG Hamm hatte – soweit ersichtlich – mehrfache Entscheidungen zu gleichgelagerten Fällen zu entscheiden, die jeweils auf das guineische Adoptionsrecht bezogen waren. Es konnte insoweit auf zuvor gewonnene Erkenntnisse zurückgreifen, die sich entweder aus der Verwertung von Sachverständigengutachten oder aus der Heranziehung veröffentlichter Entscheidungen zu gleichen Themen ergaben.

Die Annahme einer ungerechtfertigten Kostenbelastung der Parteien durch die notwendige Ermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts lässt sich danach nicht unbesehen als genereller Topos aufrechterhalten, sondern mag nur im Einzelfall geeignet sein, auf eine kostenschonende Lösung hinzuwirken.

#### *VI. Folgen der Nichtfeststellbarkeit des ausländischen Rechts*

Die Folgen der Nichtfeststellbarkeit des Inhalts des ausländischen Rechts sind im Gesetz nicht geregelt. Der Bundesgerichtshof neigt der Auffassung zu, dass deutsches Recht zur Anwendung gelangt, wenn trotz aller Sorgfalt der Inhalt des ausländischen Rechts nicht festgestellt werden kann.

In den maßgeblichen Leitentscheidungen hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass dann, wenn das an sich berufene ausländische Recht nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und erheblicher Verfahrensverzögerung feststellbar ist, grundsätzlich die Sachnormen des deutschen Rechts Anwendung finden sollen.<sup>54</sup> Einschränkend ist insoweit allerdings hinzugefügt, dass dies jedenfalls bei starken Inlandsbeziehungen und mangelndem Widerspruch der Beteiligten gelten soll. In Fällen, in denen die Anwendung des inländischen Rechts äußerst unbefriedigend wäre, könne auch die Anwendung des dem an sich berufenen Recht nächstverwandten oder des wahrscheinlich geltenden Rechts gerechtfertigt sein.<sup>55</sup>

In der Literatur werden hierzu verschiedene Auffassungen vertreten, die von der Ermittlung von Lösungen aus verwandten Rechtskreisen über die Anknüpfung an Einheitsrecht bis zur Verwendung einer Hilfsanknüpfung reichen.<sup>56</sup> Ihnen gemeinsam ist der Grundsatz der größtmöglichen Annäherung an den unbekannten tatsächlichen Rechtszustand.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Vgl. nur Schindler, MüKo-FamFG, § 81 Rn. 19a; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 16.1.2012 – 5WF 6/12.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 23.12.1981 – IVB ZR 643/80; Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 66/83.

<sup>55</sup> BGH, Beschl. v. 26.10.1977 – IV ZB 7/77, Urt. v. 23.12.1982 – IV b ZR 643/80.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu nur die Übersicht bei Prütting, MüKo-ZPO, § 293 Rn 59 f., Duden: IPR in Ungefähr, S. 53 f.

<sup>57</sup> Geimer, IZPR, Rn. 2598 f., 2561.

Diskussionswürdig erscheint dabei aber bereits der Begriff der Nichtermittelbarkeit, der letztlich das vollständige Fehlen jeglicher Feststellungen zum ausländischen Recht voraussetzt. Tatsächlich handelt es sich aber in der Praxis – wie an den Fallbeispielen gezeigt – in der Regel darum, dass der Gehalt des ausländischen Rechts mangels Zugangs zu aktuellen Normen oder aufgrund erschwerten Zugangs zu vorhandener Literatur nicht vollständig und sicher ermittelbar ist. Dies gilt neben den Fällen der eigentlichen Regelungslücken auch dann, wenn zu einzelnen Rechtsfragen keinerlei Rechtsprechung oder rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung im ausländischen Recht ermittelbar sind.<sup>58</sup> Hierbei schwingt auch der Gedanke einer ›Beweisfälligkeit‹ aufgrund der mangelnden Feststellbarkeit des ausländischen Rechtes mit, die letzteres zu Unrecht in die Nähe einer Tatsache rückt.

Soweit vertreten wird, dass die Ermittlung einer der hiesigen Rechtswissenschaft und -praxis nicht bekannten Rechtsordnung die Gefahr langwieriger Verfahren und im Ergebnis fehlgeschlagener kostenträchtiger Ermittlungsversuche birgt, führt dieser Gedanke letztlich zur ausschließlichen Anwendung der *lex fori*.<sup>59</sup> Denn mangels greifbarer Kriterien dafür, wann ein Verfahren zu lange und zu kostenintensiv sein soll, wäre von Ermittlungen zum ausländischen Recht schon bei geringsten Schwierigkeiten abzusehen. Auch insoweit erscheint es demgegenüber richtiger und praxisgerechter, die im Einzelfall auftretenden Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts mittels der oben aufgezeigten Verfahrensinstrumente zu handhaben. Denn dies ist anders als in den Fällen der Verletzung des *Ordre public* nicht schon aus Rechtsgründen geboten.

Ein Hinweis für die Lösung der Frage der Nichtermittelbarkeit ergibt sich aus der gefestigten und allseits anerkannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass im Falle der Nichtermittelbarkeit jedenfalls keine Abweisung der Klage nach Beweislastregeln in Betracht kommt.<sup>60</sup> Dies erscheint auch zutreffend, denn bei dem ausländischen Recht handelt es sich nicht um Tatsachen, sondern eben um Recht, das der Richter als subsumtionsfähigen Obersatz seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Stellt aber die Ermittlung des ausländischen Rechts die Suche nach einem solchen Obersatz dar, so ist der Wunsch, dieses in seiner vollständigen Ausprägung unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Praxis im Ausland anzuwenden, letztlich ein Desideratum dar, das aber weder verfahrensrechtlich noch internationalprivatrechtlich zwingend erforderlich ist. Denn eine hinreichende Entscheidungsgrundlage kann sich auch dann ergeben, wenn das Gericht durch hinreichend gesicherte Feststellungen zu verwandten Rechtskreisen eine im Einzelfall tragfähige Entscheidung zu den Normen des ausländischen Rechts treffen kann.

<sup>58</sup> Differenzierend auch: Thole in: Stein/Jonas, ZPO, § 293 Rn. 72.

<sup>59</sup> Duden: IPR in Ungefähr, S. 54 f.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 23.12.1981 – IVb ZR 643/80.

Wann der Richter dabei den Inhalt des ausländischen Rechts hinreichend tief ermittelt und auch zutreffend erfasst und umgesetzt hat, wird sich nicht nach abstrakten Vorgaben richten können, sondern es bedarf eines Maßstabs, der sich an den Erkenntnismöglichkeiten im gerichtlichen Verfahren orientiert. Insoweit liegt es nahe, ausgehend von dem internationalprivatrechtlichen Ansatz der weitestgehenden Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen auf die Grundsätze zurückzugreifen, die für die Lückenfüllung der *lex causae* gelten. Danach kann das verwandte Recht als Auslegungsstütze herangezogen werden.<sup>61</sup> Gerade in den Fällen der Verweisung auf religiöse Rechte oder auf personale Teilrechtsordnungen mischen sich die Ebene der faktischen Ermittelbarkeit des geltenden Rechts und seine inhaltliche Ermittlung. Insbesondere in den islamischen Rechtsordnungen ist bei einer nationalen oder interpersonalen Rechtsordnung oft der Rückgriff auf Rechtsquellen notwendig, die als interpretatorische Grundlage den Gehalt nationaler Regelungen oder auch das Verständnis für das Fehlen von Regelungslücken erst erschließen. Ein sehr plastisches Beispiel ergibt sich wiederum aus der oben dargestellten Anwendung des Schulchan Aruch, der sowohl zeitlich als auch territorial vollkommen ungebunden als Grundlage für die Feststellung des tatsächlichen Inhalts der rechtlichen Regelungen der iranisch-jüdischen Religionsgemeinschaft herangezogen werden konnte.

Auch das Maß der Pflicht des Rechtsanwenders zur inhaltlichen Ermittlung des ausländischen Rechts ergibt sich weniger aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive als vielmehr aus dem Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz, sowohl das inländische als auch das ausländische Recht nach bestem Wissen und Gewissen zu erkennen und anzuwenden. Ohne die Ebene des (faktischen) Beweisrechts und der Rechtsermittlung zu vermengen, kann hierfür gleichsam heuristisch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen werden, wonach der Richter sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen kann und muss, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.<sup>62</sup> Sind die richterlichen Erkenntnismöglichkeiten trotz Mitwirkung der Parteien und Ausschöpfung der zugänglichen Sachverständigen erschöpft, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob der ermittelte Erkenntnisstand eine hinreichend sichere Beurteilung des ausländischen Rechts ermöglicht. Sollte dies nicht der Fall sein, erscheint es zutreffend, in einer gestuften Prüfung auf verwandte Rechte aus dem gleichen Rechtskreis zurückzugreifen, sofern dies inhaltlich hinreichend sicher begründet werden kann. Lediglich im Falle des vollständigen Ausfalls der Erkenntnisse erscheint es dann auch richtig, mangels anderweitiger subsumtionsfähiger Obersätze auf das deutsche Recht als Ersatzrecht zurückzugreifen.

---

<sup>61</sup> Vgl. Yassari: Staatszerfall, S. 957 f., 959; dort auch zu kollisionsrechtlichen Lösungen, die bei der Nichtermittelbarkeit andere Anknüpfungen wählen; was aber in der Regel gleichfalls zur *lex fori* führt.

<sup>62</sup> BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67 – Anastasia.

### D. Fazit

Die Ermittlung des ausländischen Rechts nach einer entsprechenden Verweisung durch das deutsche Kollisionsrecht ist eine genuin internationalprivatrechtliche Aufgabe. Die maßgebliche Verfahrensvorschrift des § 293 ZPO gibt hierfür in der Ausprägung, die sie durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefunden hat, hinreichende Vorgaben dazu, wie das ausländische Recht zum Gegenstand der Entscheidung der inländischen Sachentscheidungen gemacht werden kann. Auch in den Fällen, in denen die Ermittlung des ausländischen Rechts, insbesondere bei der Ermittlung religiöser Rechte oder religiöser Teilrechtsordnungen problematisch und aufwändig wird, sind trotz der Komplexität, einer möglicherweise langen Verfahrensdauer und erheblicher Kosten die Erkenntnismöglichkeiten grundsätzlich auszuschöpfen.

Soweit § 293 ZPO der Regelungsgehalt entnommen wird, dass die Ermittlung des ausländischen Rechts nicht nur nach dessen normativen Gehalt, sondern auch nach der Ausprägung erfolgen soll, die es in der Literatur und Rechtsprechung im Ausland gefunden hat, kann sich dies allein auf die verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Ermittlung der Grundlagen für die rechtliche Beurteilung beziehen. Die richtige Anwendung des ausländischen Rechts ist ebenso wie die des inländischen Rechts eine Frage der Rechtsanwendung. Auch wenn sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich als Frage des Verfahrensrechts revisibel ist, kann die Entscheidung des ermittelnden Gerichts auf ihre Vollständigkeit und die Plausibilität der Rechtsanwendung überprüft werden. Sofern dies zu einer letztlich einzelfallbezogenen Beurteilung nach dem Umfang der Feststellungen zum ausländischen Recht, nach seiner Regelungsdichte und der Beurteilung seines materiellen Regelungsgehaltes durch das Vordergericht führt, entspricht dies letztlich der Vielgestaltigkeit ausländischer Rechte, deren Ermittlung und Anwendung sich einer schematischen Beurteilung nach inländischen Verfahrensnormen entziehen. Der Rückgriff auf die *lex fori* entgegen der kollisionsrechtlichen Auslandsverweisung braucht daher erst dann vorgenommen zu werden, wenn auch nach Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnismöglichkeiten, insbesondere sachverständiger Ermittlung verwandter und plausibel heranziehbarer Rechte, kein hinreichendes Entscheidungssubstrat gefunden werden kann.

## Bibliographie

- Corneloup, Sabine (2014): Rechtsermittlung im internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 78, S. 844–862.
- Cranshaw, Friedrich (2020): Anwendung des deutschen Erbrechtsstatuts als Ersatzerbrecht bei nicht ermittelbarem ausländischem Statut (hier: iranisch-jüdisches Erbrecht), *jurisPR-IWR* 1, Anm. 5.
- Cranshaw, Friedrich (2021): Kollisionen ausländischer religiös geprägter Erbrechte mit dem inländischen ordre public, *jurisPR-IWR* 6, Anm. 3.
- Duden, Konrad (2023): IPR im Ungefähr – Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts, Ersatzrechtsanwendung und Offenlassen des anwendbaren Rechts, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 1, S. 49–56.
- Ebert, Hans-Georg (2020): *Islamisches Familien- und Erbrecht der arabischen Länder – Herausforderungen und Reformen*, Berlin: Frank & Timme.
- Ebert, Hans-Georg (2024): *Religiöse Rechte, Islamisches Recht*, in: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 2023, Lieferung 2024, hrsg. von Dieter Henrich, Anatol Dutta und Hans-Georg Ebert.
- Elwan, Omaia/Menhofer, Bruno/Otto, Dirk (2005): *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht. Naher und Mittlerer Osten, Afrika und Asien*, Frankfurt am Main: VfSt.
- Geimer, Reinhold (2015): Rn. 2577 f., in: *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln: Otto Schmidt.
- Geimer, Reinhold (2022): § 293, in: Zöller, *Kommentar zur ZPO*, Köln: Otto Schmidt.
- Hausmann, Rainer (Hg.) (2023): *Internationales Erbrecht, Loseblattsammlung*, München: C. H. Beck.
- Hess, Burkhard/Hübner, Rudolf (2009): Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 ZPO, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 43, S. 3132–3135.
- Hüßtege, Rainer (2021): Internetrecherche contra Sachverständigengutachten – zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 3, S. 261–264.
- Lehner, Moris (2011): Religiöses Eheverständnis und bürgerliche Ehe im Judentum, in: *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1, S. 4 f.
- Margalith, Alexandra (2022): Israel, in: *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, Bd. 5: *Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht*, hrsg. von Ludwig Kroiß und Claus-Henrik Horn, Baden-Baden: Nomos.
- Margalith, Alexandra/Assan, Dan (2024): Länderteil Israel, in: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 2023, Lieferung 2024, hrsg. von Dieter Henrich, Anatol Dutta und Hans-Georg Ebert, Frankfurt am Main: VfSt.

- Menhofer, Bruno (1995): *Religiöses Recht und Internationales Privatrecht dargestellt am Beispiel Ägypten* (Heidelberger rechtsvergleichende und wirtschaftsrechtliche Studien 24), Heidelberg: Universitätsverlag Winter.
- Otto, Günter (1995): Der verunglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch »Beweiserhebung«, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 5, S. 299–305.
- Prütting, Hanns (⁶2020): § 293, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, München: C. H. Beck [zit. MüKo-ZPO].
- Rohe, Matthias (⁴2022): *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Schindler, Wulf (³2018): § 18, in: *Münchener Kommentar zum FamFG*, München: C. H. Beck [zit. MüKo-FamFG].
- »Schulchan Aruch« (2023), in: *Wikipedia – Die freie Enzyklopädie*, de.wikipedia.org/w/index.php?title=Schulchan\_Aruch&oldid=232247569 (Zugriff: 4.3.2023).
- Seibl, Maximilian (2015): Iura novit curia, Justizgewährungsanspruch und die Frage der Kostentragung für gerichtlich erholte Gutachten zum Inhalt des ausländischen Rechts, in: *ZZP – Zeitschrift für Zivilprozess* 128, S. 431–463.
- Spellenberg, Ulrich (2020): Ermittlung ausländischen Rechts – Unbegleitete Jugendliche aus Guinea, in: *Praxis des internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPRax)* 2, S. 136–145.
- Thole, Christoph (²³2018): § 293, in: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, hrsg. von Friedrich Stein und Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 4, Tübingen: Mohr/Siebeck [zit. ZPO].
- von Hein, Jan (⁸2020): Einleitung IPR, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C. H. Beck [zit. MüKo-BGB].
- Yassari, Nadjma (2018): Staatszerfall und Internationales Privatrecht, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 82, S. 944–971.

