

Das Internationale Deliktsrecht in Deutschland : Richterrecht zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit

Dietmar Baetge*

1. Einleitung : Zwei Fälle

Zu Beginn zwei neuere Fälle, über die der Bundesgerichtshof, das höchste deutsche Gericht in Zivilsachen, zu entscheiden hatte.

Der erste Fall spielt im deutsch-türkischen Verhältnis und betrifft eine Konstellation, die in dieser oder ähnlicher Form in der Praxis häufiger vorkommt¹.

Der Kläger, der die türkische Staatsangehörigkeit besitzt, lebt mit seinen Eltern, die ebenfalls türkische Staatsbürger sind, in Deutschland. Dort ist der Kläger auch 1988 geboren worden. Im Sommer 1990 unternimmt die Familie mit ihrem Wagen eine Urlaubsreise in die Türkei. Bei einem dort von der Mutter verschuldeten Verkehrsunfall, die zum Zeitpunkt des Unfalls das Fahrzeug führte, wird der Kläger schwer verletzt. Der Kläger begehrt nunmehr vor den deutschen Gerichten von der beklagten Versicherung Ersatz seines materiellen Schadens und Schmerzensgeld.

Um eine ganz andere Konstellation geht es dagegen im zweiten Fall².

Der deutsche Kläger und die Beklagte, eine in Marbella (Spanien) lebende Brasilianerin, waren miteinander verlobt. Während der Verlobung überwies der Kläger, der in guten Vermögensverhältnissen lebt, der Beklagten zwischen 1984 und 1985 über seine Bank in Hamburg insgesamt 245.000 DM. Außerdem schenkte er ihr einen Mercedes-Sportwagen und ließ ihn nach Spanien transportieren. Im März 1986 gebar die Beklagte in Brasilien, wo ihre Familie lebt, einen Sohn, der unstreitig nicht von dem Kläger abstammt. Obwohl die Parteien im Laufe ihrer Beziehung zweimal beim Standesamt in Hamburg ein Aufgebot bestellten, kam es nicht zur Eheschließung, da sich die Beklagte im letzten Augenblick nicht zu einer Heirat entschließen konnte. Der Kläger fordert nunmehr von der Beklagten, u.a. unter dem Gesichtspunkt des Betruges (Heiratsschwindel), die Rückgabe bzw. Wertersatz für die Verlobungsgeschenke in Höhe von insgesamt 290.000 DM.

Beide Fälle, so unterschiedlich sie auf den ersten Blick erscheinen mögen, werfen Probleme des Internationalen Deliktsrechts auf. Im ersten Fall geht es um die Frage, welches Recht auf den Verkehrsunfall Anwendung findet, tür-

* Dr. Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Hamburg.

1 BGH 7.7.1992, BGHZ 119, 137.

2 BGH 28.2.1996, BGHZ 132, 105.

kisches oder deutsches³? Im zweiten Fall ist zweifelhaft, welchem Recht der vermeintliche Betrug der Beklagten unterliegt. In Betracht kommen deutsches, spanisches und brasilianisches Recht⁴.

2. Das Internationale Deliktsrecht in Deutschland als unkodifiziertes Richterrecht

Das Internationale Deliktsrecht ist ebenso wie die übrigen Bereiche des Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse (Geschäftsführung ohne Auftrag, Ungerechtfertigte Bereicherung) im deutschen Internationalen Privatrecht (IPR) bislang nicht kodifiziert. Die Neuregelung des deutschen Kollisionsrechts durch das IPR-Neuregelungsgesetz im Jahre 1986⁵ hat daran nichts geändert. Einzig Art. 38 EGBGB, der dem früheren Art. 12 EGBGB entspricht, befaßt sich mit dem Deliktsrecht⁶. Bei der Vorschrift handelt es sich indes lediglich um eine spezielle Vorbehaltsklausel zugunsten deutscher Staatsangehöriger⁷. In ihrem Gegenstand und Anwendungsbereich ist die Regelung des Art. 38 damit begrenzt und überdies rechtspolitisch höchst fragwürdig⁸. Ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 1.12.1993, der eine Regelung der außervertraglichen Schuldverhältnisse unter Einschluß des Deliktsrechts im EGBGB anstrebt, ist noch nicht in das geltende Recht übernommen worden⁹. Zur Zeit wird im Ministerium an einem neuen Entwurf gearbeitet. Wann mit der Fertigstellung des Entwurfes gerechnet werden kann und in welcher Form der Entwurf dann vom Parlament als Gesetz verabschiedet werden wird, ist derzeit noch nicht abzusehen.

Da es somit an geschriebenen Rechtsregeln im autonomen deutschen IPR fehlt und auch keine internationalen Konventionen einschlägig sind, wird das Internationale Deliktsrecht in Deutschland auch weiterhin von Richterrecht geprägt¹⁰. Nicht der Gesetzgeber, sondern die Gerichte sind es also, die die kollisionsrechtlichen Regeln für das Deliktsrecht festlegen. Die Lage ähnelt damit mehr der Situation, wie wir sie eigentlich von den Staaten des Common Law, etwa England und den USA, mit ihrer Orientierung am case law gewohnt sind.

3 Zur Lösung des Falles siehe unten 3 b, bei N. 29.

4 Zur Lösung siehe unten 4 b, bei N. 45.

5 Gesetz zur Neuregelung des IPR (IPRNG) vom 25.7.1986 (BGBl. 1986 I 1142), in Kraft getreten am 1.9.1986.

6 Art. 38 EGBGB lautet: "Aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind."

7 Vgl. MünchKomm-BGB/Kreuzer² (1990) Art. 38 EGBGB Rz. 303.

8 Da die Vorschrift deutsche Staatsangehörige gegenüber Angehörigen anderer EU-Staaten einseitig bevorzugt, verstößt sie gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 6 I EG-Vertrag und ist daher europarechtswidrig. Siehe dazu *Firsching/vom Hoffmann*, Internationales Privatrecht⁴ (1995) Rz. 126. Ausführliche Nachweise auch zur Gegenansicht bei *Soergel/Lüderitz*¹² (1996) Art. 38 EGBGB Rz. 105.

9 Der Referentenentwurf ist abgedruckt bei *Kropholler*, Internationales Privatrecht² (1994) 556 ff.

10 Manche sprechen in diesem Zusammenhang nicht von Richterrecht, sondern Gewohnheitsrecht, was im praktischen Ergebnis jedoch keinen Unterschied macht.

Nun ist diese Situation für den deutschen Kollisionsrechtler so ungewöhnlich nicht. Denn bis zur Neuregelung des IPR im Jahre 1986 mußte er mit einer Kodifikation arbeiten, dem alten EGBGB von 1896, die sehr lückenhaft war und vieles ungeregelt ließ. Auch wurden eine Reihe von Bestimmungen des alten EGBGB von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit für verfassungswidrig erklärt, weil sie gegen die Grundrechte des Grundgesetzes verstießen¹¹, insbesondere gegen das Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 II GG)¹². Die von Anfang an vorhandenen oder später durch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit entstandenen Lücken im alten Gesetzestext mußten gefüllt werden, um das IPR arbeitsfähig zu erhalten. Dies geschah, unter geistiger Führung durch die Wissenschaft, durch die Gerichte.

Auch nach der Neukodifikation des deutschen IPR ist der Gesetzestext keineswegs vollständig. Das Fehlen der gesetzlichen Schuldverhältnisse wurde bereits erwähnt. Ebenso wenig kodifiziert sind zudem weiterhin das Internationale Gesellschaftsrecht und das Internationale Sachenrecht¹³. Auch Regeln etwa über das Recht der Stellvertretung oder der Verjährung fehlen. Das deutsche Gesetzeswerk bleibt damit jedenfalls, was die Vollständigkeit der Kodifikation anbelangt, hinter den neuen IPR-Gesetzen der Schweiz¹⁴ und Italiens¹⁵ zurück, die beide weite Teile der in Deutschland nicht kodifizierten Bereiche abdecken¹⁶.

Aus der Tatsache, daß in Deutschland die Gerichte im Internationalen Deliktsrecht nicht nur auf ihre herkömmliche Rolle der Rechtsfindung begrenzt sind, sondern ihnen vom Gesetzgeber bisher auch weitestgehend die Rechtssetzung überlassen worden ist, ergeben sich einige Besonderheiten.

Eine Besonderheit besteht zunächst darin, daß eine gewisse Unsicherheit herrscht, was überhaupt das geltende Recht ist. Unsicherheit hinsichtlich des geltenden Rechts ist im Bereich des Richterrechts bzw. Gewohnheitsrechts nicht ungewöhnlich und stellt in der geschichtlichen Entwicklung bis heute einen der Hauptantriebsgründe für die Kodifikation des Rechts dar. Gerade in Deutschland, wo der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit traditionell sehr hoch gehalten wird, wird eine unsichere, offene Rechtslage nur ungern akzeptiert.

Die Angst vor der mit der Erscheinung des Richterrechts verbundenen relativen Rechtsunsicherheit kann auf Seiten der Gerichte als Reaktion zur Folge

11 Grundlegend ist hier die Spanierentscheidung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG 4.5.1971, BVerfGE 31, 58.

12 Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei von Bar, Internationales Privatrecht I (1987) Rz. 234 ff.

13 Nach dem erwähnten Referentenentwurf von 1993 (oben bei N. 9) soll das EGBGB auch durch Regeln über das Internationale Sachenrecht ergänzt werden. Ausgeklammert bleibt jedoch auch weiterhin etwa das Internationale Gesellschaftsrecht.

14 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987 (BBl 1983 I 263), in Kraft getreten am 1.1.1989.

15 Gesetz Nr. 218 zur Reform des italienischen Internationalen Privatrechts vom 31.3.1995 (Gazzetta Ufficiale vom 3.6.1995), in Kraft getreten am 1.9.1995 (Art. 1-63) bzw. am 1.6.1996 (Art. 64-71).

16 Das Deliktsrecht ist etwa im Schweizer IPR-Gesetz ausführlich in Art. 129-142 geregelt, im italienischen Gesetz in Art. 62 und 63.

haben, daß diese sich um die Herausarbeitung einer möglichst einfachen Rechtsregel bemühen, an der dann solange festgehalten wird, bis es nicht mehr geht. Auf diese Weise wird versucht, das Element der Rechtsunsicherheit zu kompensieren.

So ist auch die Situation in Deutschland im Internationalen Deliktstrecht. Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterstanden nach der Rechtsprechung immer dem Recht des Begehungsortes (*lex loci delicti commissi*)¹⁷. Ausnahmen im Einzelfall wurden nicht zugelassen, und zwar selbst dann nicht, wenn diese sich förmlich aufdrängten.

Ein gutes Beispiel für die Starrheit, mit der die Gerichte die Tatortregel über lange Zeit handhabten, bietet eine Entscheidung des Reichsgerichts¹⁸.

Im Fall des Reichsgerichts kam eine deutsche Staatsangehörige dabei zu Schaden, als sie den deutschen Pavillon auf der Weltausstellung in Gent (Belgien) besuchte. Die Besucherin war mit ihrem Fuß in einer beschädigten Stelle des Linoleumbelags hängen geblieben und dadurch hingestrützt. Dabei brach sie sich ihren Oberarm. Nach ihrem Unfall verklagte sie den Präsidenten des deutschen Pavillons vor den deutschen Gerichten.

Obleich beide Parteien die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen und wahrscheinlich auch beide ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, wandte das Reichsgericht ohne weiteres belgisches Rechts als das Recht des Ortes an, an dem die unerlaubte Handlung begangen wurde¹⁹. Die starken, auf die Anwendung deutschen Rechts verweisenden Elemente ignorierte es.

Eine weitere Eigenheit von Richterrecht besteht darin, daß sich seine Entwicklung meist nicht stürmisch, sondern langsam, Schritt für Schritt vollzieht. Ihm wohnt damit ein gewisses konservierendes Element inne.

Die Gründe hierfür sind vielschichtig. Ein Grund ist sicherlich darin zu sehen, daß Juristen und dementsprechend auch Richter wenn schon nicht von Natur aus, so jedenfalls in der Wirklichkeit eher zu einer konservativen Grundhaltung neigen. Revolutionäre Neuerungen sind den meisten Juristen eher suspekt. Ausnahmen bestätigen hier die Regel. Hinzukommt im Falle des Richterrechts, daß in unserem Verfassungsverständnis die Rolle der die Rechtsentwicklung vorantreibenden Kraft in erster Linie vom Gesetzgeber ausgefüllt werden soll und nicht von den Gerichten. Nur wenn der Gesetzgeber, wie im Falle des Internationalen Deliktsrechts, über einen sehr langen Zeitraum untätig bleibt, können, ja müssen die Gerichte selbst aktiv werden.

17 Der Begehungsort bestimmt sich durch den Handlungsort und den Erfolgsort. Handlungsort ist der Ort, an dem sich der Täter bei Begehung der Tat befindet, während der Erfolgsort der Ort ist, an dem das geschützte Rechtsgut verletzt wird. Stimmen Handlungs- und Erfolgsort ausnahmsweise nicht überein (sogenannte Distanzdelikte), findet nach dem in Deutschland geltenden Günstigkeitsprinzip das Recht Anwendung, welches für den Geschädigten am vorteilhaftesten (günstigsten) ist. Vgl. zusammenfassend Baetge, Grundfälle zum Internationalen Privatrecht. JuS 1997, 35-39 (35).

18 RG 30.5.1919, RGZ 96, 96.

19 RG (vorige Note) 98.

3. Entwicklung der Rechtsprechung

Die eben genannten Aspekte lassen sich auch im Internationalen Deliktsrecht wiederfinden. So hat sich hier die Entwicklung der Rechtsprechung, die zu einer Auflockerung der starren Tatortregel geführt hat, sehr langsam, Schritt für Schritt über mehrere Jahrzehnte vollzogen. Die einzelnen Schritte sollen hier nicht in allen ihren Einzelheiten nachgezeichnet²⁰, sondern nur die wichtigsten Stationen erwähnt werden.

a) Auflockerung der Tatortregel bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit

Ausgangspunkt war die uneingeschränkte Geltung der *lex loci delicti commissi*, wie sie in der Entscheidung des Reichsgerichts über den Unfall der Besucherin auf der Weltausstellung in Gent zum Ausdruck kommt²¹.

Eine Auflockerung der starren Tatortregel setzte mit der Einführung des Elements der gemeinsamen Staatsangehörigkeit ein.

Der Gedanke, daß neben dem Begehungsort auch die Staatsangehörigkeit im Deliktsrecht von Bedeutung sein könnte, findet sich zuerst in der Rechtsanwendungsverordnung von 1942²². Nach § 1 der Verordnung galt für außervertragliche Schadensansprüche wegen einer Handlung oder Unterlassung, die ein deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebiets begangen hatte, deutsches Recht, wenn der Geschädigte ebenfalls die deutsche Staatsangehörigkeit besaß. Die Verordnung ist im Zweiten Weltkrieg erlassen worden zu einer Zeit, als große Gebiete Europas von deutschen Truppen besetzt waren und sich daher viele Deutsche außerhalb des Reichsgebiets aufhielten. Mit der Rechtsanwendungsverordnung gelangt ein gesetzgeberisches Element in die ansonsten rein richterrechtliche Domäne des Internationalen Deliktsrechts. Wichtiger als die Tatsache der Verordnung ist jedoch, wie die Rechtsprechung diese später verarbeitet hat.

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs war zunächst umstritten, ob die Rechtsanwendungsverordnung noch in Kraft war. Der Bundesgerichtshof hat dies in einem Grundsatzurteil Anfang der sechziger Jahre bejaht²³.

In dem Fall hatte das Gericht über eine Kollision zwischen zwei deutschen Schiffen im Hafen von Antwerpen zu entscheiden. Die Situation war also mit dem oben geschilderten Fall des Reichsgerichts vergleichbar, in der Schädiger und Geschädigte Deutsche waren und der Unfall sich ebenfalls in Belgien ereignet hatte. Im Gegensatz zum Reichsgericht, gelangte der Bundesgerichtshof jedoch im Ergebnis zur Anwendung deutschen Rechts.

20 Die Schritte werden ausführlich beschrieben bei Zimmer, "Auflockerung" der Tatortregel in kleinen Schritten, JZ 1993, 396 ff. Zusammenfassend Soergel/Lüderitz (oben N. 8) Art. 38 EGBGB Rz. 26 ff.

21 RG 30.5.1919 (oben N. 18).

22 Vollständige Bezeichnung: Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebiets vom 7.12.1942, RGBl. I 706.

23 BGH 2.2.1961, BGHZ 34, 222.

Das Gericht nahm dabei zunächst zur Kenntnis, daß die Regelung in der Rechtsanwendungsverordnung hauptsächlich auf die Kriegsumstände und insbesondere auf den Kraftfahrzeugverkehr deutscher Staatsangehöriger außerhalb Deutschlands zurückzuführen war²⁴. Der BGH stellte jedoch fest, daß man aus dem Zusammenhang der Verordnung nicht entnehmen könne, ihre Wirksamkeit solle mit Ende des Krieges ablaufen. Die Verordnung sei niemals zurückgenommen worden, und im Hinblick auf ihre Natur sei sie auch nicht von den Kriegsbedingungen abhängig.

Neben diesen eher formalistischen Gesichtspunkten führte das Gericht als weiteres mehr materielles Argument noch an, daß die Verordnung eine "sinnvolle Regelung der betroffenen Lebensverhältnisse" treffe²⁵. Der zuletzt genannte Aspekt ist als der entscheidende anzusehen: Der BGH billigte inhaltlich den in der Rechtsanwendungsverordnung zum Ausdruck kommenden Gedanken einer Auflockerung der Tatortregel für den Fall, daß Schädiger und Geschädigter dieselbe Staatsangehörigkeit hatten. Vor diesem Hintergrund erklärte das Gericht auf die Schiffskollision deutsches Recht für anwendbar.

Wichtig ist nun unter dem Blickwinkel des Richterrechts, daß der Bundesgerichtshof zwar die Fortgeltung der Rechtsanwendungsverordnung postulierte, diese jedoch nicht wirklich "anwendete". Von Schiffen ist in der Verordnung schließlich gar nicht die Rede, sondern von deutschen Staatsangehörigen. Vielmehr diente die Verordnung dem BGH nur als Vorwand, um von der inzwischen in manchen Fallgestaltungen als zu starr empfundenen Tatortregel abgehen zu können. Was das Gericht in Wirklichkeit tat, war Fortbildung überkommenen Richterrechts. Der Berufung auf die Fortgeltung der Rechtsanwendungsverordnung hätte es dazu nicht bedurft.

b) Auflockerung der Tatortregel bei gemeinsamem gewöhnlichen Aufenthalt

Im nächsten Schritt der Entwicklung wird in den siebziger Jahren neben der Staatsangehörigkeit der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Parteien von der Rechtsprechung ins Spiel gebracht. Eine gemeinsame Staatsangehörigkeit wird jetzt nicht mehr als ausreichend empfunden, um die *lex-loci-delicti*-Regel zu durchbrechen, jedenfalls dann nicht, wenn der Tatort mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten übereinstimmt und daher nicht als bloß zufällig erscheint²⁶.

In nachfolgenden Entscheidungen in den achtziger Jahren tritt der gewöhnliche Aufenthalt bei der Auflockerung des Deliktsstatuts gegenüber der Staatsangehörigkeit immer mehr in den Vordergrund, um diese letztlich ganz zu verdrängen. Zunächst werden dabei zusätzliche Elemente angeführt, die den

24 BGH (vorige Note) 224.

25 BGH (oben N. 23) 225.

26 So die Fallgestaltung in BGH 23.11.1971, BGHZ 57, 265: Niederländische Gastarbeiter, die in Deutschland beschäftigt waren, erlitten einen Verkehrsunfall in Frankfurt/Main. Das Fahrzeug war in den Niederlanden zugelassen. Trotz der gemeinsamen niederländischen Staatsangehörigkeit gelangte der BGH zur Anwendung deutschen Rechts.

gewöhnlichen Aufenthalt verstärken, wie namentlich eine familienähnliche Gemeinschaft zwischen Schädiger und Geschädigtem²⁷ oder die Registrierung und Versicherung des Unfallfahrzeugs im Staat des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts²⁸. Schließlich wird in der Rechtsprechung auf diese verstärkenden Gesichtspunkte ganz verzichtet. Dies ist der Stand, der mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in dem eingangs geschilderten Fall des Verkehrsunfalls in der Türkei erreicht wurde²⁹.

Hintergrund des Rechtsstreits in dem BGH-Fall war, daß die Versicherung unter Zugrundelegung türkischen Rechts den Ersatz des materiellen Schadens ganz abgelehnt und nur 1.000 DM Schmerzensgeld zahlen wollte, während der Kläger unter Berufung auf deutsches materielles Rechts insgesamt ungefähr 125.000 DM verlangte. Der BGH folgte dem Kläger und wandte deutsches Rechts als das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Unfallbeteiligten an.

Das Gericht begründet seine Entscheidung damit³⁰, daß dem in einem anderen Land gelegenen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten ein hoher Stellenwert zukomme. Personen, die für längere Zeit ein Land zu ihrem Lebensmittelpunkt wählten und sich deshalb ständig in dessen Rechtsordnung aufhielten, richteten jedenfalls die Geschäfte und Handlungen des täglichen Lebens an den Verhältnissen und dem Recht dieses Landes aus. Schädiger und Geschädigter, die nach einem bei nur vorübergehender Abwesenheit im Tatortland geschehenen Verkehrsunfall in das Land ihres gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts und in dessen Rechtsordnung zurückkehrten, müßten dort mit dem Unfallereignis und seinen Folgen leben. Unter diesen Umständen gewinne der gewöhnliche Aufenthalt auch prägende Bedeutung für die Schadensregulierung.

Der Staatsangehörigkeit kommt dagegen nach dieser neuen Rechtsprechung als Kriterium für die sachgerechte Zuordnung der Schadensabwicklung kein eigenständiges Gewicht mehr zu, sogar wenn sie mit dem Unfallort - wie in diesem Fall - zusammenfällt. Sechzehn Jahre zuvor hatte der Bundesgerichtshof noch genau gegenteilig entschieden: Ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der am Unfall beteiligten Parteien reicht allein nicht aus, wenn zumindest einer der Beteiligten die Nationalität des Staates besitzt, in dem der Unfall sich ereignet hat³¹.

Interessant ist, daß der Bundesgerichtshof nur in dem zuletzt erwähnten Urteil ausdrücklich darauf hinweist, daß er die Rechtsprechung aus seiner früheren Entscheidung vom 5.10.1976³² aufgibt. Bei den zuvor erfolgten Rechtsprechungsänderungen hat das Gericht nach außen stets den Eindruck zu

27 So die Begründung in BGH 13.3.1984, BGHZ 90, 294.

28 So in BGH 4.7.1985, BGHZ 93, 214.

29 BGH 7.7.1992 (oben N. 1).

30 BGH (oben N. 1) 141 ff.

31 So BGH 5.10.1976, NJW 1977, 496.

32 BGH (vorige Note).

erwecken versucht, es habe sich in seiner Judikatur nichts Wesentliches geändert. Dieses Verhalten ist im Rahmen höchstrichterlicher Rechtsprechung durchaus nicht ungewöhnlich. Man mag die Abweichung von einem früheren Urteil nicht ausdrücklich zugestehen, weil man - wenn vielleicht auch unbewußt - einen Verlust an Autorität befürchtet. Ein Abweichen von früheren Präjudizien ist jedoch unausweichlich, soll es nicht zu einer Erstarrung des Rechts kommen.

In diesem Sinne kann auch die Berufung auf die Regelung in der Rechtsanwendungsverordnung verstanden werden, die sich auch heute noch in einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs findet³³. Sie soll Kontinuität signalisieren, indem immer wieder auf denselben Bezugspunkt verwiesen wird. Doch ist die Rechtsprechung inzwischen so weit über den Ausgangspunkt der Verordnung hinausgelangt³⁴, daß ihre Erwähnung mehr zum Kaschieren richterlicher Rechtsfortbildung denn als Begründung dient.

4. Die Rolle der Wissenschaft und ihr Einfluß auf die Rechtsprechung

Bei alledem darf ein Gesichtspunkt nicht außer Betracht bleiben: Die Rolle der Wissenschaft.

Die Bedeutung der Wissenschaft und ihr Einfluß auf die Rechtsprechungspraxis ist im Internationalen Privatrecht kaum zu überschätzen. Das freut natürlich jeden, der sich berufmäßig mit der Wissenschaft vom Kollisionsrecht befaßt.

Die Gründe für das Gewicht der Wissenschaft sind in erster Linie darin zu suchen, daß das IPR für viele Gerichte eine weitgehend unbekannte Materie darstellt. Die Kenntnisse dieses Rechtsgebiets sind im Vergleich zu anderen Rechtsmaterien unter Richtern, aber auch unter Anwälten, häufig wenig ausgeprägt. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, daß sich die Gerichte bei der Fortbildung des Kollisionsrechts Zurückhaltung auferlegen und stärker als in anderen Bereichen Anleitung durch die Wissenschaft suchen. Das gilt auch für das Internationale Deliktsrecht, wo die Anstöße zur Auflockerung der unflexiblen Tatortregel und damit zur Fortentwicklung des Anknüpfungssystems von der Wissenschaft ausgingen.

a) Vorarbeiten in der Wissenschaft

Als erster nach dem Kriege hat sich in den fünfziger Jahren wohl *Binder* unter Berufung auf die damals neuen Tendenzen in der amerikanischen Kollisionsrechtstheorie für eine Auflockerung des Deliktsstatuts ausgesprochen³⁵. Nach *Binder* soll die Rechtsordnung maßgeblich sein, in deren, "soziale Umwelt" die Tat, "eingebettet" ist³⁶. Dies ist seiner Ansicht nach in der Regel die

33 Siehe als Beispiel etwa jüngst BGH 23.1.1996, NJW-RR 1996, 732.

34 Die Rechtsanwendungsverordnung ist in zweifacher Weise von der Judikatur durchbrochen: Die einseitig zugunsten deutscher Staatsangehöriger formulierte Ausnahme von der Tatortregel ist zu einer allseitigen erweitert worden und an die Stelle des Merkmals der gemeinsamen Staatsangehörigkeit ist der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Parteien getreten.

35 *Binder*, Zur Auflockerung des Deliktsstatuts, *RabelsZ* 20 (1955) 401-499.

36 *Binder* (vorige Note) 484.

lex loci delicti. Jedoch müsse eine Ausnahme für den Fall gemacht werden, daß eine Rechtsordnung in die fremde Umwelt ausstrahle mit dem Ergebnis, daß "ein Stück Heimat" zwischen den Betroffenen wirksam sei³⁷. Als Beispiele dienen ihm die Fahrt einer Reisegruppe mit dem Bus ins Ausland sowie eine deutsche Expedition zum Himalaya.

Binders Formel von der "soziologischen Einbettung" der Tat beschreibt recht anschaulich, welche Überlegung hinter der Durchbrechung der Tatortregel zugunsten des Rechts am gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien steht. Sie findet sich später in ähnlicher Form in der Rechtsprechung wieder³⁸.

Den größten Einfluß auf die Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland hatte jedoch ein Aufsatz von *Kropholler*, der im Jahre 1969 erschien³⁹. Zu diesem Zeitpunkt war die *Conflicts revolution* in den USA bereits in vollem Gange, und der New Yorker Court of Appeal hatte in seinem berühmten Urteil in der Sache *Babcock v. Jackson* einige Jahre zuvor die amerikanische Rechtsprechung den neuen Theorien geöffnet⁴⁰. *Kropholler* griff in seinem Aufsatz die Entwicklung in den USA auf und verarbeitete sie. Dabei entschärfte er die revolutionären Gedanken, die von jenseits des Atlantiks herüberdrangen und formulierte eine Lösung, die aufgrund ihrer Ausgewogenheit auch für deutsche Gerichte in den Grundlinien akzeptabel erscheint.

Kropholler identifiziert zwei entgegengesetzte Ausgangspunkte für die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Internationalen Deliktsrecht⁴¹. Zum einen ist dies die strenge *lex-loci-delicti*-Regel, wie sie in den Staaten Kontinentaleuropas gilt. Sie hat laut *Kropholler* den Vorzug, daß sie für ein hohes Maß an Rechtssicherheit sorgt, jedoch den Nachteil, daß sie im Einzelfall zu ungerechten Ergebnissen führen kann. Ein anderer Ausgangspunkt besteht seiner Ansicht nach darin, nur auf die Tatsachen im konkreten Einzelfall abzustellen, also die Lösung, wie im Kollisionsrecht der USA vertreten, von Fall zu Fall zu suchen. Dadurch wird der Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit in den Vordergrund gerückt. Da indes, so *Kropholler*, beide Konzepte, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, gleichermaßen wichtige Ziele seien, müsse eine Lösung gefunden werden, die beiden genüge.

Dies führt ihn zu dem Vorschlag, die Tatortregel durch ein viergliedriges Anknüpfungssystem zu ersetzen⁴². Statt allein an den Begehungsort sollte danach an folgende Momente angeknüpft werden: Das gemeinsame Personalstatut der Betroffenen, verstanden als das Recht ihres gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts; die übereinstimmende Anknüpfung an eine bereits bestehende rechtliche Beziehung, wie z.B. einen Vertrag oder ein familienrechtliches

37 *Binder* (oben N. 35) 480 ff.

38 Siehe etwa BGH 13.3.1984 (oben N. 27) 301.

39 *Kropholler*, Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut, *RebelsZ* 33 (1969) 601-653.

40 *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473, 191 N.E. 2d 279 (1963).

41 *Kropholler* (oben N. 39) 602 ff.

42 *Kropholler* (oben N. 39) 610 ff.

Verhältnis (sogenannte akzessorische Anknüpfung); das von den Parteien übereinstimmend gewählte Recht; schließlich das Recht des Begehungsortes. Wichtig ist, daß in dem Modell *Krophollers* die Tatortregel als Auffangtatbestand zum Tragen kommt, also nur eingreift, wenn keine der anderen drei Anknüpfungsmomente einschlägig ist.

b) Reaktion der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat das Anknüpfungssystem *Krophollers* nicht in seiner Gesamtheit übernommen. Vielmehr geht sie weiterhin von der *lex loci delicti* als Grundregel für die Anknüpfung des Deliktsstatuts aus. Ihr Ansatz ist demnach genau umgekehrt zu dem *Krophollers*, der die *lex loci delicti* nur als Auffangregel, also erst in letzter Linie anwenden möchte. Der Unterschied ist allerdings wohl mehr psychologischer Art insofern, als bei *Krophollers* System eher die Bereitschaft bestehen dürfte, von der Tatortregel abzuweichen, da man diese erst an letzter Stelle prüft. Dagegen dürfte es bei dem von der Rechtsprechung praktizierten Ansatz psychologisch schwerer fallen, von der *lex loci delicti* abzugehen, da sie nach wie vor als Grundregel apostrophiert wird, von der nur in Ausnahmefällen abgewichen werden soll.

Durchgesetzt hat *Kropholler* sich insbesondere mit seiner Idee, an das übereinstimmende Personalstatut von Schädiger und Geschädigten in Gestalt des Rechts am gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt anzuknüpfen. Die als Eingangsfall dargestellte Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat diesen Vorschlag, 23 Jahre nach Veröffentlichung des Aufsatzes von *Kropholler*, ohne Einschränkung umgesetzt. Es ist auffällig, wieviel Zeit es in Anspruch genommen hat, bis die Rechtsprechung diesen Stand erreicht hat. Die Entwicklung vollzog sich eben, wie schon betont, recht langsam.

Anerkannt ist in der Rechtsprechung auch die Durchbrechung der *lex loci delicti* im Fall einer nachträglichen Rechtswahl durch die Parteien⁴³. Diese Einschränkung wird in der Judikatur schon seit langem praktiziert, nicht zuletzt, weil sie es ermöglicht, häufiger zur Anwendung des heimischen Rechts zu gelangen und damit die lästige, zeit- und kostenintensive Feststellung ausländischen Tatortrechts zu vermeiden.

Nicht durchgesetzt hat *Kropholler* sich dagegen bisher mit seiner Forderung, die akzessorische Anknüpfung im deliktsrechtlichen Anknüpfungssystem zu berücksichtigen. Die Rechtsfigur der akzessorischen Anknüpfung unterstellt die unerlaubte Handlung, wenn diese zugleich ein zwischen Schädiger und Geschädigtem bereits bestehendes Rechtsverhältnis verletzt, der Rechtsordnung, die für dieses Rechtsverhältnis gilt⁴⁴. Dahinter steht die Überlegung, daß in einer solchen Situation nicht der eher zufällige Begehungsort des Delikts, sondern das zwischen den Parteien bestehende Sonderrechtsverhältnis prägend ist. Dabei geht es vor allem um Fälle, in denen gleichzeitig mit der unerlaubten Handlung ein Vertragsverhältnis, etwa ein Arbeits- oder Transportvertrag, ver-

43 Vgl. die Nachweise bei *Staudinger/von Hoffmann*¹³ (1992) Art. 38 EGBG Rz. 306.

44 Vgl. BGH 28.2.1996 (oben N. 2) 116.

letzt wird und um Delikte im familiären Bereich, bei denen Pflichtverletzung einen unmittelbaren Bezug zu Ehe und Familie hat, wie etwa im Fall einer Unterhaltspflichtverletzung.

An eine solche Situation könnte man auch für den oben geschilderten zweiten Ausgangsfall denken⁴⁵. Kläger und Beklagte waren schließlich miteinander verlobt. So wird auch teilweise die Auffassung vertreten, deliktische Schadensersatzansprüche, die im Zusammenhang mit einem Verlöbnißbruch stehen, im Wege der akzessorischen Anknüpfung nicht durch das Deliktsstatut, sondern durch das Verlöbnißstatut zu bestimmen⁴⁶. Das Verlöbnißstatut würde sich nach dem Heimatrecht des Verpflichteten richten, hier also nach dem brasilianischen Recht, da die Beklagte die brasilianische Staatsangehörigkeit besitzt. Zur Begründung einer akzessorischen Anknüpfung wird in der Literatur auf die enge Verwurzelung des Sachverhalts im Verlöbnißrecht und der Ähnlichkeit mit Schadensersatzansprüchen wegen Auflösung des Verlöbnisses verwiesen.

Der BGH hat sich diese Argumentation jedoch nicht zu eigen gemacht und eine akzessorische Anknüpfung des im Zusammenhang mit einem Verlöbnißbruch behaupteten Deliktsanspruchs abgelehnt⁴⁷. Das Gericht weist in seiner Begründung zunächst darauf hin, daß von der akzessorischen Anknüpfung in der Rechtsprechung bislang noch kein Gebrauch gemacht worden sei. Sodann führt es speziell zur Anknüpfung des Deliktsstatuts an das Verlöbnißstatut aus, daß das Verlöbniß seiner rechtlichen Natur nach kein vergleichbar stabiles und durch äußere Merkmale gekennzeichnetes Rechtsverhältnis sei, wie die in jenem Zusammenhang genannten Verträge. Wann und für welche Dauer sich die Partner miteinander als verlobt betrachteten, sei im Einzelfall oft schwer festzustellen. Überdies gehe der vom Kläger behauptete Betrugstatbestand in seinen Voraussetzungen und seinem Inhalt wesentlich über die aus einem Verlöbniß sich ergebenden Ansprüche der §§ 1298 f. BGB hinaus, die größtenteils verschuldensunabhängig seien. Die selbständige deliktsrechtliche Anknüpfung an das Recht des Tatorts trage diesen Unterschieden besser Rechnung.

Im Ergebnis gelangt der Bundesgerichtshof damit wiederum zur Anwendbarkeit der *lex loci delicti*, wobei hier das zusätzliche Problem auftritt, daß als Handlungs- und Erfolgsort sowohl Deutschland als auch Spanien in Betracht kommen. Sollten Handlungsort und Erfolgsort nicht einheitlich in Deutschland oder Spanien liegen, wäre nach dem in der Rechtsprechung favorisierten Günstigkeitsprinzip das für den Kläger vorteilhaftere Recht anzuwenden⁴⁸.

45 BGH (oben N. 2).

46 So Henrich *Kollisionsrechtliche Probleme bei der Auflösung eheähnlicher Gemeinschaften*, in: Festschrift Beitzke (1979), 507-520 (519); Kropholler (oben N. 9) 308. Anders in der Literatur etwa von Bar, *Internationales Privatrecht II* (1991) Rz. 117; MünchKomm-BGB/Schwimmann (oben N. 7) Vor Art. 13 EGBGB Rz. 5.

47 BGH (oben N. 2) 117.

48 So BGH (oben N. 2) 118. Siehe zum Günstigkeitsprinzip auch oben N. 17. Da das OLG Hamburg als Vorinstanz keine näheren Feststellungen zum Tatort getroffen hatte, hat der Bundesgerichtshof die Sache an das OLG zurückverwiesen.

Betrachtet man das Urteil des BGH, so kann man ihm im Ergebnis zustimmen. In der Tat erscheint das Verlöbnis heutzutage in Deutschland als eine wenig stabile rechtliche Beziehung mit oft ungewissem zeitlichen Anfang und Ende. Dem zugrunde liegt als soziales Phänomen, daß der Stellenwert der Verlobung in der Gesellschaft nur noch sehr gering eingeschätzt wird. Es hat sich insofern ein gesellschaftlicher Wandel gegenüber der Zeit der Entstehung des BGB vollzogen. Die akzessorische Anknüpfung deliktischer Ansprüche an dieses Rechtsverhältnis ist daher problematisch.

Dies spricht jedoch nicht gegen die akzessorische Anknüpfung insgesamt. Vielmehr erscheint es gerechter, unerlaubte Handlungen, mit denen zugleich ein zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehendes Rechtsverhältnis verletzt wird, im Rahmen eben dieses Rechtsverhältnisses zu beurteilen und nicht auf den häufig nur zufälligen Begehungsort abzustellen. Nebenbei erspart man sich bei dieser Lösung auch im Einzelfall schwierige Qualifikationsprobleme, die bei einer getrennten Anknüpfung der bestehenden Rechtsbeziehung und dem deliktischen Vorgang auftreten können⁴⁹. Es ist daher von Interesse, daß der BGH in der Entscheidung die akzessorische Anknüpfung nicht generell ablehnt, sondern sie nur für den konkreten Fall des Verlobnisses zurückweist. Man kann darin ein Anzeichen dafür sehen, daß das Gericht in der Zukunft bereit sein könnte, die akzessorische Anknüpfung bei einer anderen Fallkonstellation, etwa bei Zusammentreffen eines Delikts mit einem Vertragsverhältnis, zu übernehmen. Jedoch ist dies zum jetzigen Zeitpunkt noch Spekulation.

5. Abschließende Stellungnahme

Wegen der Untätigkeit des Gesetzgebers wird das Internationale Deliktsrecht in Deutschland durch die Gerichte, insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt. Diese ist durch ein langsames Vorranschreiten im Sinne einer fortschreitenden Auflockerung der Regel von der alleinigen Maßgeblichkeit des Tatortrechts geprägt. Die Ideen hierzu stammen aus der Wissenschaft, der im Kollisionsrecht, im Vergleich zu anderen Rechtsmaterien, besondere Bedeutung zukommt.

Die Rechtsprechung verfährt bei der Auflockerung des Deliktsstatuts sehr vorsichtig. Nicht alle Vorstellungen der Wissenschaft, wie namentlich etwa der Gedanke einer akzessorischen Anknüpfung des Deliktsstatuts, sind von den Gerichten bislang übernommen worden. Zu stark ist die Furcht, die Rechtssicherheit könnte ansonsten Schaden nehmen.

So verständlich diese Haltung im Ausgangspunkt auch erscheinen mag, so darf doch auf der anderen Seite nicht übersehen werden, daß zu viel Streben nach Rechtssicherheit leicht zu einer Erstarrung des Rechts führen kann. Die Folge einer solchen Erstarrung sind ungerechte Ergebnisse im Einzelfall, was

⁴⁹ Siehe auch *Kropholler* (oben N. 9) 450.

wiederum der Akzeptanz des Rechts insgesamt abträglich ist. Es ist daher zu begrüßen, daß der Bundesgerichtshof die starre Tatortregel im Internationalen Deliktsrecht inzwischen soweit aufgelockert hat, daß bei einem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Schädiger und Geschädigtem an das gemeinsame Aufenthaltsrecht angeknüpft wird, unabhängig davon, welche Staatsangehörigkeit die Beteiligten haben. Es bleibt zu hoffen, daß die Rechtsprechung - unabhängig von einer möglichen gesetzlichen Regelung in der Zukunft - auf dem Weg einer weiteren Auflockerung voranschreitet, etwa durch Anerkennung einer akzessorischen Anknüpfung in bestimmten Fallkonstellationen oder einer stärkeren Ausdifferenzierung im Bereich des Günstigkeitsprinzips. Für den Gedanken der Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht kann dies nur von Vorteil sein.