



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Datumtheorie im IPR“

Dissertation vorgelegt von Charlotte Harms

Erstgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Zusammenfassung der Arbeit „Die Datumtheorie im IPR“ in Thesenform

1. Das Internationale Privatrecht (IPR) dient der Achtung vor dem Fremden. Es verwirklicht Gerechtigkeit durch die räumliche Zuteilung eines Sachverhaltes zu der mit ihm am engsten verbundenen Rechtsordnung. Die Zuteilung geschieht herkömmlich durch Verweisungsrecht. Das Verweisungsrecht umfasst geschriebene sowie ungeschriebene Verweisungsregeln, die einen Sachverhalt mittels eines Anknüpfungsgegenstandes und Anknüpfungspunktes einer Rechtsordnung unterstellen. Die Auswahlentscheidung des Verweisungsrechts hat Eviktionswirkung: Auf einen Sachverhalt ist idealerweise nur die *eine* verweisungsrechtlich ausgewählte Rechtsordnung anwendbar, die übrigen mit dem Sachverhalt verbundenen Rechtsnormen werden grundsätzlich verdrängt. Die Verweisungsentscheidung ist dem anwendbaren Sachrecht *vorgeschaltet*. Die Sachentscheidung erfolgt sodann in Anwendung der verweisungsrechtlich berufenen Sachnormen. Neben Verweisungs- und Sachrecht gibt es im IPR klassischer Prägung kein *tertium (tertium non datur)*.

2. Ein Überblick über die Rechtslage in Rechtsprechung und Gesetzgebung zeigt aber, dass der Auslandsbezug eines Sachverhaltes bisweilen ungeachtet der zuvor erfolgten verweisungsrechtlichen Entscheidung auf die Beurteilung des Sachverhaltes auch auf andere Weise Einfluss nimmt. Eine derartige Einflussnahme erfolgt zuletzt häufig unter dem Terminus der „Berücksichtigung“. Die „Berücksichtigung“ des Auslandsbezugs eines Sachverhaltes geschieht teilweise infolge von Berücksichtigungsanordnungen wie Art. 17 Rom II-VO, teilweise infolge der bloßen Auslegung der anwendbaren Sachnormen.

3. Die Berücksichtigung steht in einem Spannungsverhältnis zum Verweisungsrecht. Insbesondere wird uneinheitlich beurteilt, ob Berücksichtigungsvorgänge kollisionsrechtlicher oder sachrechtlicher Natur sind und welche Folgen sich hieraus ergeben. Fälschlicherweise erfolgt die Zuordnung der Berücksichtigung zum Sachrecht dabei bisweilen über die Datumtheorie: Mit ihrer Hilfe würden ausländische Rechtsnormen nicht als Normen angewandt, sondern lediglich als Tatsachen berücksichtigt.

4. Eine dogmatische Verortung des Berücksichtigungsvorgangs (in Gestalt der Datumtheorie) erscheint geboten. Unklar ist, ob und in welchen Fällen das entscheidende Gericht verweisungsrechtlich nicht anwendbares Recht berücksichtigen und damit die Verweisungsentscheidung punktuell korrigieren bzw. ergänzen darf (Gewaltenteilung). Da der Berücksichtigungsvorgang bislang einzelfallabhängig erfolgt, führt er zu Rechtsunsicherheit, was zuletzt die BAG-Vorlageentscheidung vom 25.2.2015 (5 AZR 962/13, BAGE 151, 75) an den EuGH deutlich gemacht hat. Wäre die Berücksichtigung rein sachrechtlich zu bewerten, stellte sich zudem die Frage, ob die Legislative überhaupt eine Kompetenz für den Erlass von Berücksichtigungsanordnungen hat. Dies könnte sich in diesem Falle allenfalls aus einer vom nationalen Recht abweichenden unionsrechtsautonomen Unterscheidung von Sach- und Kollisionsrecht i.S.d. Art. 81 Abs. 2 lit. c AEUV ergeben. Unklar ist zudem, ob auf die Berücksichtigung international-privatrechtliche Grundsätze wie z.B. die Bilateralität anzuwenden sind und wie die berücksichtigten ausländischen Rechtsnormen prozessual behandelt werden. Zudem hafteten dem Vorgang der Berücksichtigung statutsfremden Rechts alleine infolge der Auslegung einer Norm statistische Elemente an, die seit *Savigny* als überwunden gelten. Aus diesen Gründen muss das Spannungsverhältnis zwischen Verweisung und Berücksichtigung geklärt werden.

5. Normative Grundlage der Berücksichtigung ist – sofern keine geschriebene Berücksichtigungsregel existiert – die jeweils anwendbare Sachnorm. Dies führt jedoch nicht zu einer Zuordnung des Berücksichtigungsvorgangs zum Sachrecht, was sich aus einer

funktionalen Betrachtungsweise ergibt. Nach dieser kommt es alleine darauf an, welche Vorgänge die Gesetzgebung durch den Erlass entsprechender Verweisungsregeln dem Kollisionsrecht zugeordnet hat. Werden Tatsachen oder nichtstaatliche Rechtsnormen (*soft law*) berücksichtigt, handelt es sich nach dieser funktional positiv-rechtlichen Betrachtungsweise um sachrechtliche Vorgänge (nämlich um die sachrechtliche Auslegung der verweisungsrechtlich anwendbaren Sachnormen). Werden verweisungsrechtlich nicht anwendbare Rechtsnormen berücksichtigt, handelt es sich um Kollisionsrecht. Denn durch die Berücksichtigung werden die herkömmlichen Verweisungsregeln, die die anwendbaren Rechtsnormen bestimmen, ergänzt oder korrigiert. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Datumtheorie.

6. Eine einheitliche Definition der Datumtheorie gibt es nicht. Häufig wird sie als Theorie der faktischen Berücksichtigung verstanden. Damit ist gemeint, dass die ausländischen Normen nicht angewandt, sondern als Tatsachen berücksichtigt werden. Nach diesem Verständnis könnte die Berücksichtigung ausländischen Rechts als rein sachrechtlicher Vorgang eingeordnet werden. Damit käme es nicht zu einer Anwendung verweisungsrechtlich verdrängter Rechtsnormen. Es könnte vertreten werden, die ursprüngliche Verweisungsentscheidung werde nicht tangiert.

7. Diesem Verständnis ist zunächst zuzugeben, dass gerade nicht anwendbare Rechtsnormen bisweilen einen derart faktischen Einfluss auf den Sachverhalt haben, dass sie ihn *wie* eine Tatsache prägen. Ein Beispiel hierfür sind verweisungsrechtlich nicht anwendbare Verkehrsregeln wie Linksfahrgebote oder sanktionierte Aus- und Einfuhrverbote. In solchen Fällen auf die Berücksichtigung der prägenden Normen aufgrund der vorherigen Verweisungsentscheidung zu verzichten, wäre regelmäßig geradezu absurd. Das zeigt bereits die schwierige Differenzierung zwischen dem Vorliegen einer Tatsache infolge der Befolgung einer Norm und dem Vorliegen einer Norm, weil ihre Befolgung erst noch zu erwarten ist. Im Einzelfall kann die zu erwartende Befolgung derart sicher feststehen, dass sie der erfolgten Befolgung *fast* gleichsteht. Die Grenzziehung erscheint willkürlich.

8. Gegen eine Auffassung der Datumtheorie als Methode der faktischen Berücksichtigung ausländischen Rechts als Tatsache spricht aber schon ihre Entstehungsgeschichte. Ursprünglich bei *Ehrenzweig* im *Common Law* entstanden, sollte die Datumtheorie in Bezug auf die Berücksichtigung sog. *local data* den Gegensatz zwischen *rules of choice* und *rules of conduct* beschreiben. Sie blieb bei *Ehrenzweig* vornehmlich Ausdruck der Üblichkeit und Notwendigkeit, den Sachverhalt prägende Vorschriften ungeachtet der Rechtsanwendungsentscheidung zu berücksichtigen; mit der rechtstechnischen Umsetzung dieses Vorgangs beschäftigte sich *Ehrenzweig* nicht. Auch *Jayme*, der die Datumtheorie nach mehrmaligen Forschungsaufenthalten in *Berkeley* nach Deutschland importierte, ging nicht davon aus, dass ausländische Rechtsnormen nicht als Recht, sondern „als Tatsachen“ herangezogen würden. Die rechtstechnische Einordnung dieses Vorgangs ließ er vielmehr, wie zuvor schon *Ehrenzweig*, offen. Darüber hinaus lässt sich auch kollisionsrechts-dogmatisch kein Ansatzpunkt dafür finden, dass die Berücksichtigung einer Norm zu ihrer Behandlung als Tatsache führt und damit die Verweisungsentscheidung unberührt lässt.

9. Andere verstehen die Datumtheorie hingegen wie im US-amerikanischen Recht als die rechtsrealistische Beschreibung der richterlichen Tätigkeit. Die Datumtheorie bietet darüber hinaus allerdings das Potential den Berücksichtigungsvorgang offenzulegen und zu konturieren. Bei der Berücksichtigung ausländischen Rechts abseits einer Berücksichtigungsanordnung handelt es sich aus Perspektive der Verweisungsregeln um Rechtsfortbildung: Obwohl eine Norm infolge der Verweisungsentscheidung verdrängt ist,

erfordert die sachgerechte Abbildung der Internationalität des Sachverhaltes ihre Anwendung. Das insoweit bestehende Regelungsdefizit kann durch den richterlichen Berücksichtigungsvorgang im Rahmen des Sachrechts geschlossen werden. Auch das für die Rechtsfortbildung erforderliche Regelungsbedürfnis ist gegeben. Die Konturierung und Offenlegung der Berücksichtigung ist auch in Anbetracht bestehender Angebote zur Geltendmachung der Internationalität eines Sachverhaltes auf Ebene des Sachrechts wie z.B. der Substitution oder sachrechtlichen Anpassung notwendig, weil die bestehenden Systematisierungsangebote und Methoden den Berücksichtigungsvorgang, wie er von der Datumtheorie beschrieben wird, nicht zu erfassen vermögen.

10. Anwendungsvoraussetzung der Datumtheorie ist die Importoffenheit einer Sachnorm. Eine Norm ist importoffen, wenn sie einen normativen Begriff enthält, ihr Zweck die Berücksichtigung der statutsfremden Norm verlangt und die anwendbaren Verweisungsnormen deshalb der Internationalität des Sachverhaltes im Einzelfall nicht genügen.

11. Berücksichtigungsfähig sind im Rahmen einer kollisionsrechtlichen Datumtheorie grundsätzlich nur Rechtsnormen sowie Rechtsprechungsgrundsätze, z.B. Verschuldensmaßstäbe wie im deutschen Recht die Bestimmung grober Fahrlässigkeit. Das Gericht hat nach den Grundsätzen des IPR ausländisches Recht nämlich so anzuwenden, wie es von den jeweiligen ausländischen Gerichten angewandt und ausgelegt wird. Zieht das inländische Gericht deshalb z.B. ausnahmsweise einen anderen Verschuldensmaßstab als in der jeweiligen verweisungsrechtlich anwendbaren Rechtsordnung üblich heran, liegt hierin nach positiv-rechtlicher Betrachtung ein funktional kollisionsrechtliches Element. Auf eine Rechtsnorm und nicht auf eine Tatsache wird auch dann abgestellt, wenn bei der Berücksichtigung auf die erst noch zu erwartenden Auswirkungen einer Norm Bezug genommen wird, wie es häufig im Falle der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen passiert. Berücksichtigungsfähig sind auch Rechtslagen, sofern die Kollisionsrechtsgesetzgebung sich nicht dazu entscheidet, die Rechtslagen über die sog. Anerkennungsmethode zu integrieren.

12. Nicht über die kollisionsrechtliche Datumtheorie berücksichtigungsfähig sind nichtstaatliche Normen (*soft law*) sowie Tatsachen. Denn werden jene berücksichtigt, handelt es sich um Fälle der üblichen sachrechtlichen Auslegung.

13. Auswirkungen hat die Zuteilung des Berücksichtigungsvorgangs nach berücksichtigungsfähigen Objekten einmal zur Datumtheorie und einmal zum Sachrecht auf die Anwendung von IPR-Grundsätzen sowie die prozessuale Behandlung der berücksichtigten Phänomene.

14. Grenzen der Berücksichtigung statutsfremden Rechts in Auslegung der Sachnormen sind deshalb neben dem Auslegungs- und Rechtsfortbildungsspielraum der Ausgangssachnorm auch die üblichen verweisungsrechtlichen Vorgaben wie z.B. der *ordre public*-Vorbehalt. Es gilt der Grundsatz der engen Auslegung. Die Berücksichtigung ist der Verweisung nachgeschaltet und erfolgt nur im Ausnahmefall.

15. Die richterliche Berücksichtigung führt zu einem Einbau der zu berücksichtigenden Norm in den Tatbestand der Ausgangsnorm, weshalb die Rechtsfolge nach wie vor dem anwendbaren Recht entnommen wird.

16. Das Gericht hat bei der Berücksichtigung einen Auslegungsspielraum. Dieser ist begrenzt durch die Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden, die auf die jeweilige

Ausgangssachnorm Anwendung finden. Das Gericht hat insofern kein diskretionäres Ermessen. Innerhalb des Auslegungsspielraums können je nach Art und Zweck der Ausgangsnorm unterschiedliche Faktoren wie z.B. Rechtssicherheit oder Parteiinteressen, aber auch kollisionsrechtliche Erwägungen wie die Herstellung internationalen Entscheidungseinklangs ausschlaggebend sein. In den Grenzen einer zulässigen Auslegung der Sachnorm sollte zudem der Grad der Verbundenheit der zu berücksichtigenden Norm zum Sachverhalt das auslegungsleitende Merkmal sein (sog. doppelter Rechtsordnungsbezug). Je enger der Bezug zwischen Sachverhalt und statutsfremder Rechtsnorm, desto eher muss das Gericht sie im Rahmen seiner Auslegung berücksichtigen.

17. Prozessual werden zu berücksichtigende Rechtsnormen wie ausländisches Recht behandelt. Die zu berücksichtigenden Rechtsnormen sind deshalb in den Grenzen des § 293 ZPO vom Gericht zu ermitteln; ihre Anwendung ist gem. § 545 Abs. 1 ZPO nicht revisibel. Revisibel ist nur die Anwendung der Datumtheorie als solcher. Die Gerichte müssen darlegen, dass sie die Möglichkeit der Berücksichtigung dieser Rechtsnormen entsprechend den Anwendungsvoraussetzungen der Datumtheorie erwogen haben.

18. Da die Datumtheorie durch Fortbildung der Verweisungsregeln kollisionsrechtliche Funktionen wahrnimmt, sind im Regelfall die international-privatrechtlichen Grundsätze auf sie anwendbar. So bewirkt unter anderem der Grundsatz der Bilateralität, dass Gerichte jede anwendbare Norm, gleich ob inländische oder ausländische, auf ihre Auslegungsoffenheit gegenüber statutsfremdem Recht hin überprüfen müssen. Geschieht dies nicht, ist die Entscheidung revisibel (siehe dazu bereits These 17).

19. Alternativ zur Datumtheorie könnte die Teilfragenanknüpfung ausgeweitet, die Anerkennungsmethodik ausgebaut sowie die Datumtheorie in Form einer allgemeinen Berücksichtigungsanordnung kodifiziert werden. Der Ausbau der Teilfragenanknüpfung sowie die Anerkennungsmethode können jeweils nicht ausschließen, dass eine Einzelfallkorrektur in Anwendung der relevanten Sachrechtsvorschriften ausnahmsweise doch erfolgen muss. Sie machen die Datumtheorie als Rechtsfortbildung deshalb nicht von vornherein entbehrlich. Zudem stellt die Datumtheorie das jeweils mildere Mittel in Bezug auf den Verweisungsmechanismus *de lege lata* dar. Eine Kodifikation der Datumtheorie hätte den Vorteil der Transparenz und gesetzgeberischen Legitimation. Zudem wäre es möglich, die Voraussetzungen der Ausübung des richterlichen Ermessens auszugestalten. Der Mehrwert einer solchen Berücksichtigungsanordnung, die die Grundsätze der Datumtheorie kodifizierte, sollte in Bezug auf Fragen der Rechtssicherheit sowie die Gewaltenteilung jedoch nicht überschätzt werden. Denn die Grundsätze der Datumtheorie sind vor allem Rahmenbedingungen, die eine einzelfallbasierte Entscheidung des Gerichts konturieren sollen. Die Kodifikation der Datumtheorie wäre insofern mit der Kodifikation einer generellen Ausweichklausel vergleichbar. Allerdings verhält sich die Gesetzgebung solchen Ausweichklauseln gegenüber bislang eher skeptisch. Eine Kodifikation der Datumtheorie ist deshalb im Ergebnis weder zu empfehlen noch zu erwarten.

20. Verweisung und Berücksichtigung ausländischen *Rechts* führen beide zur *Anwendung* der ausländischen Rechtsnormen und sind beide dem Kollisionsrecht zugehörig. Ihre Unterscheidung liegt darin, dass die Verweisung zur zwingenden Anwendung der jeweiligen Norm, unabhängig vom Vorliegen einer Ausgangssachnorm, führt. Die Berücksichtigung ist demgegenüber flexibel. Im Rahmen der Datumtheorie erfolgt sie in den Grenzen der anwendbaren Sachnorm, während sie nach geschriebener Berücksichtigungsanordnung dem Ermessen des Gerichts überantwortet wird. In jedem Falle ist die Berücksichtigung der Verweisungsentscheidung als deren Ausnahme nachgeschaltet.

21. Mithilfe der Datumtheorie lassen sich die verfassungsrechtlichen und kollisionsrechtlichen Bedenken gegenüber einer Berücksichtigung ausländischen Rechts auf Sachrechtsebene entkräften. Sie kann deshalb zukünftig Bestandteil der allgemeinen Methodik des IPR sein, um so der steigenden Internationalität der Sachverhalte angemessen Geltung zu verschaffen.