

## Kleine Beiträge

### Reihenfolge der Prüfung von internationaler Zuständigkeit und ausländischer Sachnorm über die Unzulässigkeit gerichtlicher Tätigkeit

HELDRICH stellt in seiner Abhandlung: „Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte“<sup>1)</sup> die Wende der Rechtsprechung auf dem Gebiete der internationalen Zuständigkeit in Nachlaßsachen dar. Ergänzend soll im folgenden auf ein bisher unbeachtetes Randproblem hingewiesen werden, das für die Rechtsprechung insbesondere in der Zeit des Übergangs Bedeutung gewinnt:

Kann das Gericht die Frage nach der internationalen Zuständigkeit dahinstellen und einen Antrag deshalb abweisen, weil die beantragte Maßnahme zwar von der *lex fori* den Gerichten zugewiesen ist, nach dem anwendbaren ausländischen Sachrecht aber zu unterbleiben hat? So zum Beispiel, wenn bei einem deutschen Gericht die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beantragt wird, obwohl nach dem maßgebenden niederländischen Recht der Testamentsvollstrecker nur vom Erblasser höchstpersönlich ernannt werden kann.<sup>2)</sup> Ein weiteres Beispiel behandelt der – auch von HELDRICH erwähnte – Beschluß des *BayObLG* v. 10. 11. 1965,<sup>3)</sup> der die Entlassung eines Testamentsvollstreckers ablehnt, weil das anwendbare ungarische Recht eine gerichtlich zu verfügende Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht kennt.

Das *BayObLG* stellt in dem genannten Beschluß die internationale Zuständigkeit dahin, weil „das deutsche Nachlaßgericht jedenfalls nicht tätig werden“ könne. Gegen dieses Übergehen der internationalen Zuständigkeit bestehen Bedenken. Die internationale Zuständigkeit ist eine *Verfahrensvoraussetzung*, während die Ablehnung des Antrags auf Grund ausländischen Sachrechts eine *Sachentscheidung* darstellt. Das verdeutlicht eine Parallele im deutschen Sachrecht: ein Antrag auf Erteilung der gerichtlichen Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft, das nicht genehmigungsbedürftig und damit auch nicht genehmigungsfähig ist, wird als unbegründet und nicht als unzulässig abgewiesen.<sup>4)</sup>

Die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit könnte in den genannten Fällen demnach nur dann dahinstehen, wenn der Grundsatz, daß ein Sachurteil das Bestehen der Verfahrensvoraussetzungen verlangt, eine Ausnahme zuließe. Der wesentliche Grund dieser Regel, Vermeidung von Unklarheiten über den Umfang der Rechtskraft,<sup>5)</sup> trifft aber ebensogut auch hier zu. Außerdem prüft eine Meinung<sup>6)</sup> immer die internationale Zuständigkeit vor der örtlichen Zuständigkeit, diese – die örtliche Zuständigkeit – ist jedoch auf jeden Fall vor der Sachentscheidung zu klären.<sup>7)</sup>

Rechtsreferendar DR. ROBERT SCHWEIZER, Planegg

1) In diesem Heft S. 417.

2) Vgl. NEUHAUS, JZ 51, 645 ff.

3) *BayObLGZ* 1965, 377 ff.

4) Vgl. BAUR, DNotZ 54, 315 ff.

5) THOMAS-PUTZO, ZPO, 2. Aufl., Anm. III vor § 253.

6) Zusammenstellung der Meinungen bei SCHWEIZER. Die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts. München, Jur. Diss. 1965, S. 259 ff.

7) *BayObLG*, 25. 10. 1965, NJW 66, 356 f.