

Das internationale Privatrecht als globales System

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur.

Eingereicht am: *15. Februar 2005*

bei der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

von: *Scherer, Gabriele*

geb. am 18.02.1973 in Kaiserslautern

Präsident/Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Jürgen Mlynek

Dekan/Dekanin der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Michael Kloepfer

Gutachter:

1. *Prof. Dr. Axel Flessner*

2. *Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski*

Tag der mündlichen Prüfung: *24. Oktober 2005*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4
0 Einleitung	6
0.1 Gegenstand und Ziel der Abhandlung.....	6
0.2 Gang der Untersuchung.....	8
1 Die Geschichte der Anwendung fremden Rechts	9
1.1 Entwicklung auf dem Kontinent.....	9
1.2 Entwicklung im anglo-amerikanischen Rechtskreis ab Mitte des 18. Jahrhunderts.....	35
1.3 Zusammenfassende Schlussbetrachtungen.....	39
2 Anwendung fremden Rechts im Vergleich	43
2.1 Deutschland.....	44
2.2 Frankreich.....	49
2.3 Vereinigte Staaten von Amerika.....	58
2.4 Kommentar zur Anwendungspraxis in den untersuchten Ländern.....	84
3 Theorien zur Anwendung – Theoretische Gesamtkonstrukte und deren Implikationen für die Anwendung fremden Rechts	88
3.1 Universalisten / Autonomisten.....	88
3.2 Geschichtliche Entwicklung der beiden Strömungen.....	89
3.3 Autonomistische und universalistische Strömungen und die Anwendung fremden Rechts.....	94
3.4 Abschließende Bemerkung.....	123
4 Die modernen Bedingungen des IPR	125
4.1 Das Grunddilemma.....	125
4.2 Wandel der Auffassung von der Natur des Rechts.....	129
4.3 Ausblick.....	134
5 Lex Mercatoria	135
5.1 Begriff.....	135
5.2 Die Debatte um das Phänomen <i>lex mercatoria</i>	135
5.3 Diskussion.....	147
6 Eigener Standpunkt zur <i>lex mercatoria</i>	156
6.1 Klärung der rechtstheoretischen Prämissen.....	156
6.2 Zusammenfassende Betrachtung: Stellt die <i>lex mercatoria</i> eine unabhängige Rechtsordnung dar?.....	173
7 Rückschlüsse auf das IPR	177
7.1 Übertragbarkeit der Ergebnisse zur <i>lex mercatoria</i> auf das „traditionelle“ IPR.....	177
7.2 Paradigmenwechsel als Antizipation der Entwicklung.....	184
8 Schlussfolgerungen für die Anwendung fremden Rechts	194
8.1 Bedenken gegenüber den traditionellen Theorien.....	195

8.2 Zusammenfassender Überblick: „Warum“ und „Wie“ der Anwendung fremden Rechts aus der Perspektive des globalen Systems	203
8.3 Konkrete Auswirkungen der Gleichbehandlung.....	207
8.4 Schlussbetrachtung	212
LITERATURVERZEICHNIS	213

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.L.R.	American Law Reports
Art.	Artikel/article
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Cal. App. 2d	California Appellate Reports (Second Series)
Cass.	Cour de Cassation
Cass. civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile
cert. denied	certiorari denied
Cir.	Circuit
D.N.J.	District of New Jersey
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
f.,ff.	folgend(e)
F.2d	Federal Reporter (Second Series)
F. Supp.	Federal Supplement
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber(in)
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
J.C.P.	Juris Classeur Périodique
J.D.I.	Journal du droit international
JZ	Juristenzeitung
Mass.	Massachusetts
m.a.W.	mit anderen Worten
Minn.	Minnesota
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.C.	North Carolina
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
N.D. Ill.	Northern District of Illinois
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter (Second Series)

N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.	New York/Reports of Cases Decided in the Court of Appeals of the State of New York
N.Y.S.2d	New York Supplement (Second Series)
P.2d	Pacific Reporter (Second Series)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. crit. dr. internat. privé	Revue critique de droit international privé
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
S.D.N.Y.	Southern District of New York
s.o.	siehe oben
Sup. Ct.	Supreme Court (United States of America)
S.W.2d	South Western Reporter (Second Series)
Tex. Ct. App.	Texas Court of Appeals
u.a.	unter anderem
U.L.A.	Uniform Laws Annotated
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.A.	United States Code Annotated
v.a	vor allem
vgl.	vergleiche
Wash. App.	Washington Appellate Reports
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO-RG	Zivilprozessreformgesetz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

0 Einleitung

0.1 Gegenstand und Ziel der Abhandlung

Diese Arbeit setzt sich mit folgenden Fragen auseinander: Innerhalb welchen theoretischen Rahmens bewegt sich die Diskussion um das internationale Privatrecht (IPR)? Welcher Rahmen wäre angesichts moderner Entwicklungen angemessen?

Ausgehend von der Feststellung, dass die Internationalprivatrechte der verschiedenen Länder – zumindest in der Gesetzgebung und Rechtsprechung - als jeweils abgeschlossene und voneinander unabhängige (nationale) Systeme begriffen werden, dient als Aufhänger der Betrachtungen die Problematik der Anwendung fremden Rechts. Hintergrund ist die Überlegung, dass diese Stelle im IPR-Mechanismus einen Schnittpunkt zwischen den jeweils in Frage kommenden Rechtssystemen darstellt und als solcher methodisch besonders geeignet ist, die sich hinter der alltäglichen Praxis verbergenden Grundannahmen ans Licht zu befördern. Das Hauptaugenmerk gilt dabei einerseits der Natur des Rechts für sich genommen sowie andererseits der des internationalen Privatrechts als „Gesamtmechanismus“.

Ziel wird sein zu zeigen, dass das materielle Privatrecht der Bedingtheit notwendig staatlicher Setzung entwachsen ist sowie – und in direktem Zusammenhang hiermit – die klassische Auffassung vom IPR als entweder rein nationalem oder aber völkerrechtlichem – immer aber nur im Rahmen staatlicher Rechtssysteme denkbar – Phänomen angesichts einer sich globalisierenden und diversifizierenden Welt obsolet geworden ist.

Schon immer bereitete die Tatsache Einordnungsschwierigkeiten, dass das internationale Privatrecht *grenzüberschreitende* Rechtsbewegungen unter *Privatleuten* zum Gegenstand hat – also weder der Rahmen des jeweiligen isolierten nationalen Rechtssystems noch jener der einzigen internationalen „Alternative“ – des Völkerrechts, des Rechts der *Staaten* untereinander, – wirklich passte. Allerdings bot sich kaum ein Ausweg, hatte es sich doch durchgesetzt, Recht in struktureller Koppelung zum Staat zu begreifen, und ließ sich entsprechend auch ein Rechtssystem außerhalb staatlicher Kompetenzen nicht denken.

An diesem Punkt setzt die vorliegende Abhandlung an. Mit Abnahme der Bedeutung staatlicher Souveränität in einer sich rasant entwickelnden, zunehmend interdependent und komplexer werdenden Welt kann Recht heutzutage nicht mehr als auf den staatlichen Rahmen

beschränkt konzipiert werden, wenn es seiner Aufgabe, des tatsächlich vorhandenen Regelungsbedarfs Herr zu werden, gerecht werden soll.

Folglich möchte ich hier eine pragmatische Perspektive vorschlagen, unter welcher Recht als soziales Phänomen unabhängig vom Staat begriffen wird und sich Rechtssysteme entsprechend (auch) jenseits staatlicher Grenzen, als Antwort auf die jeweilige Koordinierungsnotwendigkeit, bilden können. Vor diesem Hintergrund, so meine These, wird es möglich, das internationale Privatrecht als *ein* großes, weltweites System der globalen Privatrechtssysteme zu begreifen, welches alle nationalen Rechtssysteme gleichermaßen, als Subsysteme eines Gesamtsystems, umfasst. Nur mithilfe einer solchen Perspektive wird es nach der hier vertretenen Auffassung gelingen, den Akzent vom *Trennenden* – versinnbildlicht in der Dichotomie „eigenes Recht/fremdes Recht“ – auf das *Einende* zu verschieben und damit eine der Dynamik einer globalisierten Welt adäquate Kooperation zu ermöglichen.

Diese Arbeit liefert den rechtstheoretischen Hintergrund für die praktische Frage der staatenübergreifenden Vereinheitlichung im IPR – beispielsweise auf europäischer Ebene –, ohne jedoch zu dieser konkreten Problematik eigene Stellung zu beziehen. Entsprechend werde ich keinen neuen IPR-Mechanismus vorschlagen, sondern lediglich den Versuch unternehmen, zu einer fruchtbaren und progressiven Entwicklung beizutragen, welche von einer der Internationalität der Materie entsprechenden „globalen“ Geisteshaltung getragen wird.

0.2 Gang der Untersuchung

Das erste Kapitel umreißt die Geschichte der Anwendung fremden Rechts und verfolgt unter besonderer Berücksichtigung der ideologischen Hintergründe das Entstehen der Grundannahmen von Recht als einem notwendig territorialen und staatlichen sowie vom IPR als einem entweder nationalstaatlichen oder völkerrechtlichen Phänomen. Im Anschluss hieran liefert das zweite Kapitel einen vergleichenden Überblick zur aktuell praktizierten Anwendung fremden Rechts in Deutschland, Frankreich und den Vereinigten Staaten von Amerika. Im dritten Kapitel werden sodann einige besonders aussagekräftige Modelle zur Anwendung fremden Rechts aus autonomistischer sowie universalistischer Sicht dargestellt und die oben bereits angedeutete Unzulänglichkeit der beiden Kategorien herausgearbeitet. Das vierte Kapitel widmet sich der Frage der modernen Bedingungen des IPR und leitet damit die Suche nach einer diesen Bedingungen angemessenen Perspektive auf das IPR ein. Vor dem Hintergrund der an Beispielen verdeutlichten Feststellung, dass Recht heutzutage weder notwendig territorial determiniert noch ausschließlich staatlich gesetzt ist, werden das fünfte und sechste Kapitel unter Bezug auf die *lex mercatoria* der Frage nachgehen, ob die Konstruktion eines gesamten Rechtssystems außerhalb territorialer Bindung und staatlicher Kompetenz möglich ist. Nach Untersuchung dieser Frage wird Aufgabe des siebten Kapitels sein, Rückschlüsse vom System der *lex mercatoria* auf das des globalen IPR zu ziehen, wobei Hintergrund die These sein wird, es handele sich um Systeme gleicher Ordnung - beide der Koordinierung des globalen Privatrechtsverkehrs gewidmet -, allerdings unterschiedlichen Grades in der Ausdifferenzierung. Die oben eingeführte Perspektive auf das IPR als „globales System“ wird dargestellt und schließlich, im achten und letzten Kapitel, bezüglich ihrer Konsequenzen auf die Anwendung fremden Rechts in der Praxis untersucht.

1 Die Geschichte der Anwendung fremden Rechts

Ziel dieses Kapitels ist nicht, einen umfassenden Überblick über die geschichtliche Entwicklung der internationalprivatrechtlichen Dogmatik zu geben. Ohne den Gesamtrahmen zu überspannen, soll vielmehr das Augenmerk auf die Frage der Anwendung fremden Rechts als solches gelegt werden. Wie kam es dazu, dass fremdes Recht überhaupt angewendet wurde, und welches waren jeweils die situativen und motivatorischen Hintergründe?

Aus dieser Aufgabenstellung ergibt sich folgende Struktur: die verschiedenen kollisionsrechtlichen Ansätze der Epochen werden chronologisch dargestellt, soweit sie von Relevanz für die hier interessierenden Fragen sind. Parallel sollen die politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse durchleuchtet und auf ihren Einfluss bezüglich der jeweils praktizierten Handhabung fremden Rechts untersucht werden.

1.1 Entwicklung auf dem Kontinent

1.1.1 Von der Personalität zur Territorialität des Rechts

1.1.1.1 Antike

1.1.1.1.1 Personalität des Rechts

Bis etwa zur Mitte des 13. Jahrhunderts war das Rechtsempfinden von der Vorstellung der selbstverständlichen Ausschließlichkeit des eigenen Rechts geprägt.¹ Auf die Idee, ein fremdes Recht anzuwenden, kam man zunächst noch nicht.

Im römischen Imperium erklärte sich dies daraus, dass das Recht unlösbar mit den betroffenen Personen verbunden war. Es galt das Prinzip der Personalität des Rechts; Recht wurde in gewisser Weise wie „Eigentum“ gesehen, das den römischen Bürgern in ihrer Eigenschaft als solche zustand.² Dieses *ius civile* auf einen Fremden, einen *Peregrinen*, anzuwenden, war eine vollkommen fernliegende Vorstellung³, und sie hatte um so weniger praktische Relevanz, als Mischrechtsbeziehungen grundsätzlich verboten waren und sich aufgrund dieser „Reinhaltungsbestrebungen“ die Kollisionsfrage von vornherein kaum stellen konnte.⁴

Solange im alten Rom „internationale“ Handelsbeziehungen nur in bescheidenem Umfang existierten, mochte es tolerierbar sein, diese in einem rechtsfreien Raum zu belassen. Mit

¹ Vgl. Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, S. 12.

² Vgl. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 24.

³ Vgl. Yntema, Die Historischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts, S. 513, 514.

⁴ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O. Allerdings ist zu beachten, dass diese „Reinhaltung“ nicht dazu führte, dass fremdes Recht nicht als solches, d.h. in dessen Wirkungen für die ihm Unterworfenen, anerkannt worden wäre; vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 25.

Zunahme der Außenhandelskontakte jedoch war dieser Weg nicht mehr gangbar, und so stellte sich für die alten Römer bald zum ersten Mal die Frage nach dem anwendbaren Recht. Sie fanden hierauf eine Antwort, indem sie im Jahre 242 n. Chr. in Gestalt des *praetor peregrinus* eine Institution eigens für den „internationalen“ Verkehr schufen, welche die entsprechende Fälle zu beurteilen hatte und mit dem *ius gentium* ein im Vergleich zum *ius civile* flexibleres und funktionaleres separates Recht kreierte.⁵ Damit war eine Lösung auf der Ebene materiellen Einheitsrechts anstatt auf der des Kollisionsrechts gefunden. Dass die Römer nicht auf den Gedanken kamen, eines der jeweils involvierten Fremdrechte anzuwenden, liegt an der bereits angesprochenen engen Verknüpfung zwischen Person und Recht. Unter diesen Umständen konnten weder die *Peregrinen* römischem noch etwa Römer einem fremden Recht unterworfen werden; beides ließ der Stolz der Römer nicht zu.⁶

1.1.1.1.2 Bewertung

Ein solches System kann nur dann funktionieren, wenn zum einen grenzüberschreitende Kontakte eher die Ausnahme darstellen und zum anderen *einer* Rechtsordnung eine so überragende Vormachtstellung zukommt, dass sie es sich erlauben kann, in grenzüberschreitenden Fällen nicht etwa das Recht eines der anderen Beteiligten, sondern ein maßgeblich von den eigenen Vorstellungen geprägtes⁷ Einheitsrecht anzuwenden. In dem Maße, wie dieses Gleichgewicht aus den Fugen gerät, stellt sich die Frage nach dem fremden Recht mit zunehmender Dringlichkeit.

1.1.1.2 *Frühmittelalter/Schwelle zum Hochmittelalter*

1.1.1.2.1 Geschichtlicher Hintergrund

Um die Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. ließen sich allmählich die ersten der „Franken“ genannten Westgermanen, vermutlich aus verschiedenen Stämmen, auf römischem Territorium nieder und lebten zunächst unter römischer Oberhoheit. Als das Weströmische Reich im 5. Jahrhundert unter dem Einfluss der Völkerwanderung zusammenbrach, ergriffen die germanischen Fürsten die Gelegenheit – sie eroberten immer weitere Teile des Territoriums und unterwarfen die auf dem Gebiet lebenden Menschen. So entstand das Frankenreich.⁸

⁵ Vgl. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, S. 8.

⁶ Vgl. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 26.

⁷ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 28. Es ist aber immerhin davon auszugehen, dass die Römer einzelne Institutionen griechisch-hellenischen Ursprungs transponierten, vgl. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, S. 9.

⁸ Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 186.

Die in diesem Reich nebeneinander existierenden Stämme verfügten über ihr eigenes Recht und führten es auf ihren Wanderschaften mit sich; gemäß dem Prinzip von der Personalität des Rechts war die Rechtsgeltung an die jeweiligen Personengruppen und nicht an ein Territorium gebunden.⁹ Es galt fast ausnahmslos der Grundsatz, dass jeder Stamm sein Recht beibehalte, was zu einer enormen Vielfalt nebeneinander existierender Rechtsordnungen führte.¹⁰ So ist eine Klage des Bischofs Agobard von Lyon aus dem Jahre 817 überliefert, nach der von fünf Menschen, die zusammen gingen oder saßen, oft keiner dem gleichen Recht wie die jeweils anderen gehorche.¹¹

Um ein wenig Licht in das Dunkel zu bringen, wurden die verschiedenen Stammesrechte aufgezeichnet¹², auf Dauer jedoch war die Fülle von verschiedenen Rechtssätzen selbst mithilfe der Katalogisierung nicht praktikabel zu handhaben: Kam es nämlich zu rechtserheblichen Kontakten zwischen Mitgliedern verschiedener Stämme, wurde grundsätzlich jeder nach seinem eigenen Recht behandelt¹³ - eine denkbar schwerfällige und komplizierte Vorgehensweise, die nur in einer relativ sesshaften bäuerlichen Gesellschaft ohne nennenswerte grenzüberschreitende Kontakte tragbar war.

1.1.1.2.2 Der Weg zur Territorialität

Erste Anfänge auf dem Weg zur Territorialität des Rechts können in den *Kapitularen* gesehen werden; Anordnungen der fränkischen Könige, die grundsätzlich im gesamten Reich galten und teilweise sogar die einzelnen Stammesrechte abändern konnten.¹⁴ Von den sich später herausbildenden Königreichen waren die meisten zentral verwaltet, was zu einer entsprechend zentralisierten Gesetzgebung und Rechtsprechung führte, wodurch die vormals geltenden Stammesrechte abgelöst wurden.¹⁵

Im mit der Teilung unter den Erben Karls des Großen als östliches Drittel des alten Frankenreichs entstandenen „Deutschen Reich“ ist der wohl entscheidende Territorialisierungsfaktor allerdings gerade nicht in der Macht eines zentralen Königs,

⁹ Die Rechtsordnung eines jeden Stammes war dabei die Friedensordnung für die Angehörigen; Angehörige verschiedener Stämme waren durch keine Friedensordnung miteinander verbunden – jeder stand (schutzlos) außerhalb der Ordnung des jeweils anderen; vgl. Yntema, Die Historischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts, S. 523.

¹⁰ Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 3 II.

¹¹ Zitiert nach Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 191.

¹² Vgl. hierzu Wesel, a.a.O., Rn. 191, 178.

¹³ Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O.; zur Bedeutung der „*professio iuris*“ in diesem Zusammenhang vgl. Niederer, a.a.O., S. 30 f.; erste „Kollisionsregeln“ bildeten sich allerdings bereits unter dem personalen Rechtsbegriff heraus, vgl. hierzu Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, S. 27 ff.; Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, S. 10.

¹⁴ Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 191.

¹⁵ Vgl. Yntema, The Comity Doctrine, S. 65, 66.

sondern vielmehr in dem stetigen Erstarren der Reichsstände zu sehen. Einen ersten Schritt auf diesem Wege hatte bereits das seit den Karolingern beständig anwachsende Lehnswesen, das Verleihen von Land an Gefolgsleute, dargestellt. Den Lehnsherren war es nach und nach gelungen, aus dem Lehen eine Dauereinrichtung zu machen, die sie wie Privateigentum an ihre Nachfolger vererben und damit ihre örtliche Macht stabilisieren konnten.¹⁶ Im Laufe der Zeit entstanden so in der Mitte Europas zwei parallele Ebenen: zum einen die des Reiches, repräsentiert durch den Kaiser, und zum anderen die der Reichsstände, welche sich aus weltlichen und geistlichen Reichsfürsten zusammensetzte.¹⁷ Deren Machtstellung war zusätzlich besonders stark ausgebaut worden, als Friedrich II. ihnen im Jahre 1231 einen großen Teil seiner königlichen Vorrechte in Form der Regalien¹⁸ übergeben und ihnen in einer separaten Urkunde das Recht zugestanden hatte, für ihre Teile des Reichsgebietes Gesetze zu erlassen. Damit war in den betroffenen Gebieten die Ablösung des personal geltenden Stammesrechts durch territoriales Landesrecht besiegelt.¹⁹

Einen An Schub erhielt die Entwicklung vom persönlich zum territorial geltenden Recht außerdem durch die sich ab dem 11./12. Jahrhundert abzeichnende Herausbildung von Städten, welche sich als selbständige Gemeinwesen konstituierten und sich ein eigenes – territorial geltendes – Recht gaben.

Und schließlich wurden die alten Stammesrechte ganz allgemein schon durch die allmähliche Konsolidierung der Bevölkerung überflüssig; die Stämme verschmolzen im Laufe der Jahrhunderte zu einer einheitlichen Gemeinschaft, womit das Bedürfnis nach eigenem Recht entfiel.²⁰

1.1.1.2.3 Nebeneinander von territorialen Rechten

Es hatte sich so ein Wandel von der Personalität zur Territorialität des Rechts vollzogen. Geändert an der Tatsache, dass letztlich nur das eigene – nunmehr territoriale – Recht angewendet wurde, hatte dies allerdings zunächst einmal nichts. Bis etwa zum 12. Jahrhundert mag das aufgrund der relativen Abschottung der Stämme bzw. Territorien untereinander keine allzu großen Probleme aufgeworfen haben.²¹ Mit der Epoche des Frankenreiches waren die Handelsbewegungen zunächst einmal stark zurückgegangen; es herrschte über lange Zeit das

¹⁶ Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 187.

¹⁷ Vgl. Schulze, Kleine Deutsche Geschichte, S. 25

¹⁸ Münze, Zoll, Mark, Geleit sowie das Recht, Burgen und Städte zu bauen; Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 206.

¹⁹ Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 206.

²⁰ Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O., § 3 II.

²¹ Aufgrund der Eifersüchteleien zwischen den einzelnen Fürsten und Territorialherren wurde diese Abschottung sogar teilweise bewusst forciert – jeder wollte wenigstens in seinem lokalen Bereich der unbestrittene Herrscher sein. Vgl. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 477.

Prinzip der Grundherrschaft, in der ein landwirtschaftlicher Großbetrieb nach dem Prinzip einer geschlossenen Hauswirtschaft arbeitete.²²

Mit der Entwicklung der Städte und einem Aufschwung der Handelsbeziehungen²³ allerdings zeichnete sich eine gewisse „Unruhe“ angesichts der Ausschließlichkeit der *lex fori* als Entscheidungsgrundlage ab.²⁴ Vor allem in den Städten Oberitaliens machte sich das Bedürfnis nach einer alternativen Lösung bemerkbar: hier war die Tendenz der Städte, sich ein eigenes Recht – die sogenannten *Statuten* – zu geben, besonders ausgeprägt gewesen, so dass nahezu jede Stadt über ein eigenes Recht verfügte. Gleichzeitig florierte in Oberitalien der Handel, wodurch die Bewohner der verschiedenen Städte immer häufiger untereinander in rechtlichen Kontakt traten und sich der Bedarf nach einer Lösung, die über das bis dato praktizierte schlichte Anwenden der *lex fori* hinauswies, nicht mehr ignorieren ließ.²⁵

1.1.1.3 Relevanz des Normenbegriffs

Die Metamorphose vom personalen zum territorialen Normenbegriff spielte nun insofern eine entscheidende Rolle, als sie *Konsequenz* der bisherigen und *Grundvoraussetzung* der weiteren Entwicklung in einem war: Das territoriale Normenverständnis verdankte einerseits der vermehrten Völkervermischung seine Existenz und war andererseits Bedingung für die Entwicklung eines dieser neuen, dynamischen Situation angemessenen rechtlichen Rahmens. Diese Aussage wird verständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass mit dem Territorialitätsprinzip eine dem Personalitätsprinzip im Abstraktionsgrade überlegene Form des Rechtsdenkens etabliert war: Nunmehr ist das Recht nicht mehr unmittelbar mit den am Rechtsverkehr *notwendig* teilhabenden *Personen* verknüpft, sondern leitet sich vielmehr von dem *Territorium* ab, dem die Personen, welche den Rechtsakt vollziehen, angehören. Unter dem Blickwinkel des IPR bedeutet dies einen gewaltigen Schritt in die richtige Richtung, denn nunmehr kann der Rechtsverkehr auch unter Bezugnahme auf einen Parameter beurteilt werden, der nicht zwangsläufig eine unmittelbare und intrinsische Verbindung zu dem konkreten Rechtsgeschäft aufweist: Während das Rechtsgeschäft erst durch die *notwendig* beteiligten Personen *entsteht*, deren Rolle also nicht relativierbar ist, ist der territoriale Bezug nicht Bedingung für das *Entstehen* eines Rechtsgeschäfts, sondern lediglich dessen

²² Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 186, 189.

²³ Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 202.

²⁴ Vgl. Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, S. 12.

²⁵ Vgl. Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 84; Gutzwiller, Le développement historique du droit international privé, S. 291, 297 f.

*Begleiterscheinung.*²⁶ Das Territorium ist damit eine relativierbare Variable, was eine erheblich differenziertere Rechtsanwendung ermöglicht. Die folgenden Überlegungen sollen dies weiter verdeutlichen:

Unter dem personalen Rechtsbegriff war das Territorium als solches ein „rechtsfreier“ Raum – Recht war immer nur das (Stammes-) Recht der beteiligten Personen, weswegen die Rechtswahl sich einzig an diesen orientieren konnte. Es wurde also, nach heutigem Verständnis, an den Stamm „angeknüpft“. Mit Etablierung einer territorialen Rechtsgeltung war es nun möglich geworden, das Recht von den Personen zu trennen. Recht gilt abstrakt, unabhängig von den Beteiligten. Damit wird eine neue Anknüpfungsebene eröffnet: Das anwendbare Recht muss nun nicht mehr notwendig mit Blick auf die Personen, sondern kann auch unter Bezugnahme auf den Rechtsverkehr als solchen bestimmt werden (z.B. Erfüllungsort, Erfolgsort, Handlungsort etc.). Parallel dazu hat sich das Betrachtungsfeld selbst in Fällen, in denen weiterhin primär auf die Personen abgestellt wird, erweitert: Nicht mehr ist notwendig der Stamm, bzw. heute: die Nationalität, entscheidend, auch der Aufenthaltsort oder Wohnsitz einer Person kommen nunmehr, als mit der Person verbundene räumliche Größen, in Betracht. Die Reaktionsmöglichkeiten des internationalprivatrechtlichen Instrumentariums sind damit den unterschiedlichen Fallgestaltungen wesentlich besser angepasst:

Da die Personen, wie dargestellt, Dreh- und Angelpunkt jedes Rechtsverkehrs sind und als solche dem Rechtsgeschäft automatisch „gleich nahe“ stehen, kann sich aus einem personalen Normbegriff nur dann eine Schlussfolgerung bezüglich des anwendbaren Rechts ergeben, wenn die Personen mit unterschiedlich charakteristischen Rollen am Rechtsverkehr teilnehmen, so dass es gerechtfertigt ist, das Recht der die determinierende Rolle ausfüllenden Person anzuwenden (z.B. bei einer Erbschaft: Recht des Erblassers). Sobald aber die Rollen ohne sachliche Relevanz (z.B. für die Formgültigkeit eines Rechtsgeschäftes), gleichgewichtig oder gar identisch sind (Unfall durch beidseitige Fahrlässigkeit), ist eine Rechtswahl auf Grundlage des personalen Rechtsbegriffs kaum möglich.²⁷ Denn wenn in diesen Situationen die jeweiligen Rechtsordnungen ebenso unmittelbar mit den agierenden Personen verbunden sind wie diese wiederum in Bezug zum Rechtsgeschäft stehen, haben beide Rechte automatisch gleichrangigen Geltungsanspruch.

Das ändert sich durch Einführung des Territorialitätsfaktors. Nunmehr stehen nicht mehr auf der einen Seite die Faktoren „Person und Rechtsordnung“ starr dem Faktor „Rechtsgeschäft“

²⁶ Wie stark sich der territoriale Bezug inzwischen relativiert hat, vor allem im Rechtsraum des Internets, wird in einem späteren Kapitel dargestellt.

²⁷ Es sei denn eine kumulative bei gleichgewichtigen Rollen, z.B. Eheschließung.

auf der anderen Seite gegenüber; die Personen sind nicht mehr unmittelbares Verbindungsglied zwischen der abstrakten Ebene „Rechtsordnung“ und der konkreten Ebene „Rechtsgeschäft“. Vielmehr beziehen sich fortan die Personen auf zwei konkrete Ebenen *nebeneinander*: die des Rechtsgeschäftes und die des Territoriums, wodurch wiederum innerhalb der Einzelfaktoren ihrerseits Wechselbezüge zustande kommen. Die Sequenz ist aufgebrochen; sie lautet nunmehr „Person – (verbunden mit) Rechtsgeschäft / (und) Territorium – (dieses verbunden wiederum mit) Rechtsordnung (sowie Rechtsgeschäft und Person)“. Mit Sprengen der eindimensionalen Ebene „Person - Recht“ durch Einführen der weiteren Bezugsrichtung „Territorium“ wird es möglich (und nötig), nunmehr die Korrelation zwischen Rechtsgeschäft und Territorium ihrerseits zu klären, woraus sich sinnvolle Aussagen zum anwendbaren Recht auch in Fällen gewinnen lassen, in denen die Rolle der beteiligten Personen selbst keine Schlussfolgerung nahe legt.

Um es zusammenzufassen: Während die Beziehung zwischen *Person* und Rechtsgeschäft prädeterminiert und systemimmanent ist, ist der Bezug zwischen *Territorium* und Rechtsgeschäft variabel: Die Personen X und Y können Rechtsgeschäfte immer nur vor dem Hintergrund ihrer Heimatrechtsordnungen x und y abschließen, jedoch ist es ihnen möglich, einmal innerhalb des Territoriums 1, ein andermal auf Territorium 2 (mit entsprechend unterschiedlichen Rechtsordnungen) in juristisch relevanter Weise zu handeln.

Ist die Rechtsgeltung nun mit der Person verknüpft, steht immer dann der Geltungsanspruch *keiner* der Rechtsordnungen logisch zur Disposition, wenn die Parteien in gleichwertigen/identischen Rollen auftreten, oder aber die Rollen keine Sachnähe zum in Frage stehenden Problem aufweisen. Bei territorialer Verknüpfung hingegen ist es – angesichts der Relativität des territorialen Bezuges – möglich und logisch motivierbar, in unterschiedlichen Konstellationen – je nach Relevanz des territorialen Bezugs – unterschiedlichen Rechtsordnungen den Vorrang einzuräumen.

Die Entwicklung von der personalen zur territorialen *Geltung* des Rechts hat im IPR die Einführung der territorialen *Anknüpfung* neben der traditionellen (und als solcher nicht einmal wahrgenommenen) personalen möglich gemacht und damit einen Quantensprung in der Differenziertheit der Materie vorbereitet.

Man sieht also, dass die Entwicklung hin zur Territorialität einen entscheidenden Einfluss auf die Dogmatik des IPR hatte. In dieser Abhandlung wird unter anderem die Frage aufgeworfen werden, welche Konsequenzen nun wiederum das sich inzwischen bereits abzeichnende *Überwinden* der Territorialität²⁸ für das Recht - und insbesondere das IPR - haben sollte.

²⁸ Welches besonders plastisch am Beispiel des Internets wird, vgl. unten 4.2.2.

Das dargestellte gedankliche Modell war der logische Hintergrund für die ab der Mitte des 13. Jahrhunderts von Italien ausgehende Entwicklung, war jedoch in dieser Nüchternheit im Denken noch nicht präsent. So wurden zunächst einmal die Faktoren „Territorium“ und „Rechtsgeschäft“ nicht etwa als im Theorieansatz austauschbar angesehen, auch war die Rede noch nicht von „Anknüpfungspunkten“, vielmehr erschien es nach damaligem Denken selbstverständlich, den Ausgangspunkt im *eigenen* Territorium und dem dort geltenden Recht zu nehmen. Alleine die Tatsache, dass *überhaupt* ein Ansatzpunkt gewählt wurde, war allerdings schon revolutionär, herrschte doch grundsätzlich noch der Gedanke von der ausschließlichen Geltung der *lex fori* vor. Allmählich aber reifte die Idee, dass dem eigenen Recht in örtlicher und persönlicher Hinsicht Grenzen gesetzt sein könnten.²⁹ Auf dieser Grundlage sollte es im weiteren Verlauf erstmals möglich werden, die Geltung des eigenen Rechts zur Disposition zu stellen. Die hierhin führende Entwicklung soll im nächsten Abschnitt dargestellt werden.

1.1.2 Von der Einsicht in die territoriale Begrenztheit der Rechtsgeltung zur Anwendung fremden Rechts

1.1.2.1 Statutentheorie

1.1.2.1.1 Geschichtlicher Hintergrund

Neben den bereits dargestellten Faktoren der territorialen Rechtsgeltung und der stetig anwachsenden Handelsbeziehungen spielte ein drittes Element eine entscheidende Rolle in der Entwicklung des IPR, wie sie in der Mitte des 13. Jahrhunderts in Oberitalien ihren Anfang nahm: Nämlich die schließlich zur „Rezeption“³⁰ führende wiederauflebende Forschung auf dem Gebiet des römischen Rechts und die damit einhergehende wissenschaftlichere Betrachtung juristischer Probleme.³¹

Über die Jahrhunderte hatten sich in den verschiedenen Gebieten verschiedene Gewohnheitsrechte herausgebildet, die teilweise von der vormals existiert habenden römischen Rechtskultur beeinflusst waren. Insofern war römisches Recht in gewisser Form „latent“ geblieben und konnte gleichsam wiederentdeckt werden.³² Diese Wiederentdeckung passte zu der generell seit ca. dem 11. Jahrhundert vorherrschenden Tendenz, sich auf die

²⁹ Vgl. Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, S. 13.

³⁰ Vgl. hierzu Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 239.

³¹ Vgl. Yntema, Die Historischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts, S. 513, 520. Wissenschaftliche Arbeit wurde durch die zahlreichen Universitätsgründungen im 12. und 13. Jahrhundert ermöglicht und gefördert, vgl. Koschaker, Europa und das römische Recht, S. 60.

³² Vgl. Wieacker, A History of Private Law in Europe, S. 20 f.

„alte Welt“ zurückzubeziehen, wie sie sich beispielsweise in der Auseinandersetzung mit den neuentdeckten Texten des Aristoteles und Platos widerspiegelte.³³ Auf juristischer Ebene wandte man sich den *Digesten* des Justinian zu und leitete aus ihnen aktuelle rechtliche Vorgaben ab. Das so wiedergeborene römische Recht war damit der Form nach weder von einem Herrscher gesetztes Recht noch Gewohnheitsrecht³⁴ – entwickelt wurden die geltenden Rechtssätze vielmehr von Universitätsgelehrten, den sogenannten *Glossatoren*, nach den damals vorherrschenden wissenschaftlichen Grundsätzen.³⁵ Seine normative Autorität schöpfte das römische Recht dabei nicht zuletzt aus der „Romidee“, einem Begriff mit vielen Konnotationen, welcher Ausdruck der Vorstellung war, das durch die *translatio imperii* überlebende *Imperium Romanum* sei die einzig mögliche Daseinform des westlichen Christentums – das Reich des Konstantin als die ewig währende rechtliche Gemeinschaft der Christen. Mit dem 12. Jahrhundert kam dieser Idee enorme politische und ideologische Macht zu, als nämlich die Staufer Kaiser ihre Reichsgewalt als Verlängerung des Römischen Imperiums zu betrachten begannen.³⁶

Nach und nach bildete sich unter diesen Umständen auf Grundlage der alten römischen Quellen ein überall geltendes *ius commune* heraus, das allerdings, zumindest in der Theorie (dazu s.u. 1.1.2.2.1.), dann zurücktreten musste, wenn es mit den Partikularrechten der Landschaften und Städte zusammentraf.³⁷ Neben den Partikularrechten untereinander existierte also eine weitere „Kollisionsebene“ zwischen Partikularrecht auf der einen und *ius commune* auf der anderen Seite, welche wiederum Anwendungsfragen aufwarf.

Anzumerken ist, dass diese Darstellung Gültigkeit hauptsächlich für (das damals natürlich noch nicht so heißende) Deutschland hatte. In Frankreich fand zwar auch eine Rezeption römischen Rechts statt, jedoch betrachtete man hier die Verbindung zum *imperium romanum* mit Skepsis, da sie dem Alleinherrschaftsanspruch des seit dem Ende des 12. und vor allem im 13. Jahrhundert unter Ludwig dem Heiligen erstarkenden französischen Königums zuwiderlief. Das früh zentralisierte Frankreich übernahm das römische Recht so nicht in vollem Umfange, sondern führte vielmehr eine Verschmelzung zwischen römischem Recht und eigenem nationalen Recht durch Vervollkommnung der vorhandenen Regeln und

³³ Vgl. Wieacker, a.a.O., S. 28; Koschaker, Europa und das römische Recht, S. 61.

³⁴ Zu den im mittelalterlichen Deutschen Reich verbreiteten Rechtsformen vgl. Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 215 a.E.

³⁵ Vgl. Wieacker, a.a.O. S. 30 f.; Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 239.

³⁶ Vgl. Wieacker, a.a.O., S. 31; Schulze, Kleine Deutsche Geschichte, S. 16 ff. ; Koschaker, Europa und das römische Recht, S. 40, 69, 70; eine erste Renaissance hatte die „Reichsidee“ bereits durch die Krönung Karls des Großen mit der Krone Konstantins erfahren, vgl. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, S. 33.

³⁷ Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 239, Wieacker, a.a.O., S.55.

Übernahme der Denkformen des römischen Rechts herbei.³⁸ Obgleich aber in Frankreich Opposition zum Kaiser herrschte, stieß der Gedanke auf emotionale Resonanz, das römische Recht gelte als *ius commune*, weil es mit seinen Wurzeln im christlich-römisch universalen Imperium die Einheit der christlich-abendländischen Kultur Menschheit widerspiegelte.

In England schließlich fand keine Rezeption römischen Rechts statt: im früh zentralisierten Königreich hatte sich seit dem 12. Jahrhundert ein starker Juristenstand herausgebildet, der nach und nach die Grundlagen des common law gelegt hatte und die Errungenschaften fortan gegen Fremdeingriffe, wie sie vor allem in Form des römischen Rechts drohten, verteidigte.³⁹ Bis zum Ende des 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts stieß das römische Recht auf erbitterte Gegnerschaft; kämpften die Juristen – im Ergebnis erfolgreich – für ihre Tradition, für die *supremacy* des common law und gegen mit dem römischen Recht verbundene absolutistische Tendenzen.⁴⁰ Die Sonderrolle England drückte sich über weite Strecken der Geschichte deutlich in der Haltung zur Anwendung fremden Rechts im allgemeinen aus, worauf zurückgekommen werden wird.

1.1.2.1.2 Vorläufer der Statutentheorie

Was auf dem Kontinent die Frage des anzuwendenden Rechtes anbelangte, so hatte bereits gegen Ende des 12. Jahrhunderts der Magister *Aldricus* die Regel aufgestellt, dass, wenn Leute aus verschiedenen Gebieten mit entsprechend verschiedenen Gewohnheitsrechten prozessierten, der Richter die *consuetudo* anzuwenden habe, „*quae potior et utilior videtur; debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit*“ (die stärker und nützlicher erscheint; denn er muss danach urteilen, was ihm als das Bessere erschienen ist).⁴¹ Es scheint also, als habe sich *Aldricus* schon zu einem bemerkenswert frühen Zeitpunkt für die Anwendung fremden Rechts ausgesprochen. Zu bedenken ist allerdings, dass bis heute nicht geklärt ist, ob sich die Anweisung des *Aldricus* auf das *sachlich* oder *räumlich* „bessere“ Recht bezieht.⁴²

Interpretiert man die Aussage des Magisters im letztgenannten Sinne, so ist seine Auffassung insofern revolutionär, als, wie angedeutet, zur damaligen Zeit die Vorstellung von der alleinigen Maßgeblichkeit der *lex fori* im Grunde selbstverständlich war. Sie wurde von *Azo* zu Beginn des 13. Jahrhunderts bekräftigt und lässt sich auch der Glosse des *Accursius* aus

³⁸ Vgl. Koschaker, Europa und das römische Recht, S. 221 f.

³⁹ Vgl. Koschaker, a.a.O., S. 214.

⁴⁰ Vgl. Koschaker, a.a.O., S. 217 ff.

⁴¹ Zitat bei Kegel/Schurig, a.a.O., § 3 III 1) a).

⁴² Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O.

dem Jahre 1228 entnehmen, wo es heißt: „*iura et statuta illius loci, ubi agitur iudicium, sunt conservanda*“ (Rechte und Statuten des Prozessortes sind zu befolgen).⁴³

Der Wandel deutete sich jedoch in einem Nachsatz der Glosse des *Accursius* an, wo jener den folgenreichen Gedanken formulierte, die Statuten könnten nur diejenigen binden, die ihnen unterworfen seien. Entsprechend heißt es bei *Accursius*: „*argumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicare secundum statuta Mutinae, quibus non sube.*“ (Wird ein Bologneser in Modena verklagt, so darf er nicht nach den Statuten von Modena beurteilt werden, denen er nicht unterliegt.)⁴⁴ Die Erkenntnis, welche zu diesem Lehrsatz geführt hatte, geht auf eine Interpretation des ersten Satzes des *Codex Justinians* zurück, welcher folgendermaßen lautet: „*Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium, in tali religione volumus versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio declarat.*“ (Wir wollen, dass alle Völker, über die unsere Güte herrscht, in der Religion stehen, die nach religiöser Überlieferung der göttliche Apostel Petrus den Römern vermittelte.)⁴⁵ Man stellte nun folgende Überlegung an: Wenn schon den römischen Kaisern (religiöse) Befehlsgewalt nur bezüglich der ihnen Unterworfenen zukam, so musste das doch erst recht für die Stadtrechte gelten. Auch deren Bindungskraft konnte sich also nicht über die eigenen Grenzen hinaus erstrecken.⁴⁶

Mit dieser Überlegung war die Erkenntnis vom *territorial begrenzten* Geltungsanspruch des eigenen Rechts geboren. Damit war der erste Schritt getan; zumindest *prinzipiell* war nun Raum für die Anwendung fremden Rechts auf all die Fälle, in denen die *lex fori* aufgrund ihrer Limitationen nicht gelten konnte: Wenn an den Territoriumsgrenzen das eigene Recht seine Gewalt verlor, dafür aber eine andere Rechtsordnung zu herrschen begann, wäre es *theoretisch* konsequent gewesen, die Regeln dieser fremden Rechtsordnungen anzuwenden. So weit allerdings war man im Rechtsdenken noch nicht. Die immer häufiger werdenden – und durch die Erkenntnisse um die Begrenzungen der jeweiligen Rechtsordnungen begünstigten – Rechtskontakte zwischen den einzelnen Städten funktionierten konzeptuell noch nicht durch *Anwendung* fremden Rechts, sondern vielmehr durch eine Art Rechtshilfe;

⁴³ Zitat bei Kegel/Schurig, a.a.O.

⁴⁴ Zitat bei v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 478.

⁴⁵ Zitat bei Kegel/Schurig, a.a.O.

⁴⁶ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 479; Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, S. 11, mit der Bemerkung, dass es sich um eine gewagte Argumentation handelte, habe doch der zugrundeliegende Text nichts mit Kollisionsrecht zu tun.

durch die *Anerkennung* fremder Rechtsakte, wie sie aus der römisch-rechtlichen Tradition bekannt war.⁴⁷

1.1.2.1.3 Die Theorien der Kommentatoren

Während, wie soeben dargestellt, die Lehre des *Accursius* zwar die Limitationen des eigenen Rechts aufzeigte, jedoch keinerlei Indikation bezüglich der in den betroffenen Fällen an die Stelle der *lex fori* tretenden Rechtsordnung gab, nahmen sich die als Kommentatoren bekannt gewordenen Rechtswissenschaftler des 14. Jahrhunderts dieser Frage im Detail an.

An herausragender Stelle ist hier zunächst *Bartolus de Saxoferrato* (1314 – 1357), Professor an der Universität zu Bologna, zu nennen. Ausgehend von den von ihm aufgeworfenen Grundfragen (1. Gilt ein Statut auch für Fremde im Inland?; 2. Gilt ein Statut auch für Tatbestände im Ausland?)⁴⁸ stellte er eine Fülle von Rechtsanwendungsregeln für die verschiedenen juristischen Bereiche auf.⁴⁹ Neben Klassifikationen in bspw. Statuten betreffend die Verträge oder die Form von Rechtsgeschäften, war Leitlinie dabei die Einteilung in Statuten „betreffend die Sachen“ und solche „betreffend die Personen“: Die erstgenannten galten rein territorial, die zweiten „begleiteten“ die Personen über die Grenzen des Territoriums hinaus.⁵⁰

Der einflussreichste Wissenschaftler nach *Bartolus* war dessen Schüler *Baldus de Ubaldis* (1327 – 1400), welcher zwei Abhandlungen zum IPR verfasste und dabei zwar unter dem Einfluss seines Lehrers stand, in der Vorgehensweise jedoch von diesem abwich. So stellte er nicht mehr die Grundsatzfragen des *Bartolus* voran, sondern ging direkt von der bereits bei *Bartolus* anklingenden Dreiteilung aus, nach welcher alle Statuten entweder Personen, Sachen, oder Handlungen betrafen.⁵¹

Die zugrundeliegende Struktur aber war bei *Bartolus* und *Baldus* dieselbe: beide wählten als Ansatzpunkt ihrer Lösungen das Statut des jeweils in Frage stehenden Rechtsgebiets und untersuchten dessen räumlichen Anwendungsbereich, indem sie den Gesetzestext

⁴⁷ Vgl. Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé*, S. 291, 305 f.

⁴⁸ Auslegende Formulierung der Bartolus'schen Fragen nach Kegel/Schurig, a.a.O., § 3 III 2); im Original: 1. *utrum statutum porrigatur extra territorium ad non subditos?* 2. *utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium?*, zitiert nach Kegel, a.a.O.

⁴⁹ Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O.

⁵⁰ Vgl. Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, Rn. 58. Vgl. aber Rn. 60, wo die Unschärfe der Begriffe «Territorialität» und «Extraterritorialität» dargelegt wird: nicht getrennt werden, so Mayer, die Fragen 1) *worauf* sich ein Statut bezieht, ob sich insbesondere ein Statut auf Personen, Sachen oder Akte außerhalb eines Territoriums beziehen kann und 2), *von wem* das Statut angewendet werden kann; insbesondere, ob es vom Richter eines fremden Territoriums angewendet werden kann. Vgl. aber Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, S. 19 f., wonach die Einteilung in *statuta personalia/realia* bei *Bartolus* (ebenso wie bei *Baldus*) noch gar nicht vorgekommen sei.

⁵¹ „... *considerandum est, quod omne statutum aut disponit de personis aut de rebus, aut de actionibus.*“, zitiert nach v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 486.

interpretierten.⁵² Allerdings handelte es sich hierbei nicht um ein unilateralistisches System⁵³ in dem Sinne, dass nach dem „Anwendungswillen“ der jeweiligen in Frage kommenden Rechtsordnungen gefragt worden wäre⁵⁴; die Vorstellung, sich dem Willen eines fremden Rechtssetzers zu beugen, war zu der damaligen Zeit völlig fernliegend. Vielmehr verbarg sich hinter den Theorien der Gedanke einer universalistischen Abgrenzung von staatlichen Macht- und Einflussphären im Bereich der Rechtssetzung; das internationale Privatrecht als Ausdruck einer höherrangigen Zuständigkeitsordnung, in welcher der den Statuten jeweils gebührende Geltungsbereich verbindlich zugewiesen wird und ausschlaggebend eben *diese* Zuweisung, nicht dagegen etwa der „Anwendungswille“ des jeweiligen Rechtssetzer ist. Hierbei legte jede Entität zwar selbst fest, wann welche Gesetze zum Zuge kommen sollten - was zu voneinander abweichenden Lösungen führen musste - jedoch sah man die selbst getroffene Lösung wie selbstverständlich im Einklang mit einer universal vorgegebenen Ordnung.⁵⁵ Dahinter mag sich der Gedanke eines Substituts für die mit Herausbildung der verschiedenen Statuten teilweise verloren gegangene Universalität des römischen materiellen Rechts verborgen haben – wenn schon auf der Sachebene offensichtlich keine Einheitlichkeit mehr bestand, so hielt man wenigstens noch im Kollisionsrecht eine Fiktion von Universalität aufrecht.⁵⁶

1.1.2.1.4 Bewertung

Angesichts der Tatsache, dass das IPR der damaligen Zeit sich als ein System darstellt, das eher auf der Abgrenzung und Zuweisung von Einflussphären denn auf Anerkennung und Respekt gegenüber dem jeweils fremden Rechtssetzer basiert, lässt sich schwerlich von einer auch nur ansatzweise gleichberechtigten Anwendung fremden Rechts reden. Das IPR befand sich noch auf einer sehr frühen Entwicklungsstufe, und der Motivation, ein Kollisionsrecht zu entwickeln, hatten nicht etwa rechtsphilosophische Erwägungen zum Geltungsanspruch auch fremder Rechtsordnungen zugrunde gelegen; der Anstoß war vielmehr vom Druck der Praxis ausgegangen, einzelne, sich (immer häufiger) in der Realität stellende „internationale“ Fälle einer befriedigenden Lösung zuzuführen.⁵⁷ Im vorliegend betrachteten Entwicklungsstadium ist im Grunde weiterhin die Vorstellung selbstverständlich, das eigene Recht sei bestimmungsgemäß nur innerhalb des *eigenen* Territoriums relevant – und dort nur für

⁵² Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 2 II.

⁵³ Vgl. zum Begriff des Unilateralismus: Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, S. 76 f.

⁵⁴ Vgl. Schurig, a.a.O., S. 110.

⁵⁵ Vgl. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, S. 110 f.

⁵⁶ Vgl. Schurig, a.a.O., S. 112.

⁵⁷ Vgl. Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, S. 12.

Einheimische. Die Geltung für „Fremdes“ – fremde Personen, Sachen oder Akte – im „Inland“ stellte ebenso eine besonders zu rechtfertigende Ausnahme dar wie umgekehrt die Geltung fremden Rechts für Inlandsuntertanen im „Ausland.“⁵⁸

1.1.2.2 Prozessuale Aspekte der Anwendung fremden Rechts

1.1.2.2.1 Iura novit curia

Unabhängig vom theoretischen Überbau brachten die Kollisionsfälle praktische Probleme mit sich, die es zu lösen galt. Ob fremdes Recht als Ausnahme angewandt wurde oder nicht – es stellte sich die Frage, *wie* zu verfahren sei, wenn die Kollisionsregel zu einer fremden Rechtsordnung führte. Die Antwort auf diese Frage bildete sich vor dem damals herrschenden politischen und ideologischen Hintergrund mit dem Prinzip *iura novit curia* heraus. Die damit einhergehenden Konsequenzen sind, wie zu zeigen sein wird, noch heute in der Behandlung fremden Rechts aktuell.

Die sich zum damaligen Zeitpunkt mit Zunahme der grenzüberschreitenden Handelskontakte vermehrt stellenden Rechtswahlprobleme wurden durch die Tatsache verkompliziert, dass parallel zu der ohnehin schon unübersichtlichen Fülle von Statuten und Gewohnheitsrechten das *ius commune* als generell anwendbares Recht existierte. Der Theorie nach galt, wie oben erwähnt, der Grundsatz vom Vorrang der Partikularrechte. Allerdings wurde ebenfalls bereits angedeutet, dass dieser Grundsatz in der Wirklichkeit in sein Gegenteil verkehrt war – *de facto* kam dem *ius commune* Anwendungsvorrang vor den Einzelrechten zu.

Diese Situation ergab sich in der Folge einer vor den Gerichten praktizierten Unterscheidung zwischen, einerseits, solchen Rechtsregeln, die der Richter kennen und auf eigene Initiative anwenden musste, und, andererseits, solchen, die nur dann angewendet wurden, wenn eine Partei sich im Prozess darauf berief und die Existenz und den Inhalt der in Frage stehenden Normen beweisen konnte. Zur ersten Kategorie gehörten das zur damaligen Zeit an den europäischen Universitäten gelehrt römische Recht sowie die geschriebenen Statuten desjenigen Territoriums, in dessen Einzugsbereich das betreffende Gericht lag. Der zweiten Kategorie wurden sowohl die ungeschriebenen Gewohnheitsrechte als auch die außerhalb des Gerichtsstandes gültigen Statuten zugerechnet.⁵⁹

Damit war der Grundsatz *iura novit curia* – das Gericht kennt die Rechtssätze – geboren⁶⁰; motiviert nicht durch rechtstheoretisch untermauerte Überlegungen, sondern vielmehr durch praktische und nicht zuletzt politische Erwägungen, wie der folgende Abschnitt zeigen wird.

⁵⁸ Vgl. Gutzwiller, a.a.O., S. 56

⁵⁹ Vgl. Sass, Foreign Law in Civil Litigation, The American Journal of Comparative Law 1968, S. 332, 348 f.

⁶⁰ Vgl. Brogini, Die Maxime „iura novit curia“ und das ausländische Recht, AcP 1965, S. 469, 475.

1.1.2.2.2 Hintergründe des Prinzips iura novit curia

Von einem *logistischen* Standpunkt aus war es sinnvoll, den Richtern Kenntnis nur bezüglich derjenigen Rechtsnormen abzuverlangen, mit denen sie entweder – im Falle des römischen Rechts - an den Universitäten vertraut gemacht worden waren, oder aber über deren Inhalt sie sich ohne Probleme anhand des existierenden schriftlichen Quellenmaterials kundig machen konnten, wie es für die heimischen Statuten galt.⁶¹

In *pragmatischer* Hinsicht war die *iura novit curia* – Doktrin insofern dienlich, als sie einer gewissen Tendenz zur Herabwertung der ungeschriebenen Gewohnheitsrechte wissenschaftliche Legitimation verlieh: In ihrer Überzeugung von der Überlegenheit des römischen Rechts im Vergleich zu den ungeschriebenen Gewohnheitsrechten setzten die mittelalterlichen Juristen die mit dem Grundsatz *iura novit curia* verbundene *Maxime da mihi factum, dabo tibi ius* in der Weise um, dass die Gewohnheitsrechte eben nicht mehr als *Recht*, sondern als *Tatsache* aufgefasst wurden. Hieraus ließen sich dann wiederum Vorgaben zur prozessualen Behandlung ableiten, so dass es in der gerichtlichen Behandlung zu einem Auseinanderfallen zwischen römischem und Gewohnheitsrecht auf Kosten des Letztgenannten kam. Insbesondere die – wie auch für Fakten geltenden - Beweisanforderungen⁶² waren im Falle des ungeschriebenen Gewohnheitsrechts schwer zu erfüllen, so dass deren allmähliche Zurückdrängung in der Gerichtspraxis vorprogrammiert war. Ähnlich verlief es mit den Statuten fremder Entitäten: auch hier legte die scheinbare Autorität des römischen Rechts den gelehrten Juristen den Schluss nahe, es handele sich – selbst bei schriftlich fixiertem – Fremdrecht um bloße Fakten, zu deren Erkundigung *ex officio* sie nicht angehalten waren.⁶³ Zudem wendete man den in § 3 der Reichskammergerichtsordnung von 1495 zum Ausdruck kommenden Grundsatz *statuta stricte sunt interpretanda* an; die Statuten wurden eng ausgelegt und ihr Geltungsbereich dadurch stark eingeschränkt.⁶⁴

Welche *politischen* Beweggründe waren nun in Deutschland für das Zurückdrängen der Fremd- und Gewohnheitsrechte zum Vorteile des *ius commune* verantwortlich? Wie immer

⁶¹ Vgl. Spickhoff, *Fremdes Recht vor inländischen Gerichten*, ZZP 1999, S. 265, 266.

⁶² wie sie für Fremdstatuten und Gewohnheitsrechte aus § 1 der Reichskammergerichtsordnung von 1495 hervorgehen; vgl. Zitat bei Wesel, *Geschichte des Rechts*, Rn. 245.

⁶³ Vgl. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, S. 102.

⁶⁴ Vgl. Wieacker, a.a.O., S. 57, 101, 102. In Frankreich waren die Verhältnisse anders gelagert – hier suchte man sich des Einflusses des römischen Rechtes eher zu erwehren und kam so zu der Ansicht, dass das römische Recht lediglich kraft Gewohnheit gelte. Daraus folgte, dass das römische Recht gegenläufigem Gewohnheitsrecht zu weichen hatte; es galt schließlich nicht *ratione imperii*, also als kaiserliches Recht, sondern *imperio rationis*, nämlich insofern, als es der Vernunft entsprach. Der König konnte damit der Geltung römischen Rechts jederzeit den Boden entziehen, denn sie beruhte nur auf seiner Gestattung. Vgl. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, S. 222 f.

angesichts komplexer Sachverhalte lässt sich kein einzelner Grund als determinierend ausmachen; der Bevorzugung des *ius commune* liegt vielmehr ein Bündel von Motivationen zugrunde. Zu nennen ist hier zunächst die bereits angeklungene „Romidee“; die Idee von der dem römischen Recht originär innewohnenden Autorität. Vor allem zu Zeiten der Staufer Kaiser war die imperiale „Aura“ des römischen Rechts Legitimationsquelle für Exklusivitätsansprüche bezüglich Rechtssprechung und –setzung, aber diese machtlegitimierende Konnotation des römischen Rechts übte auch auf die Könige Europas und die territorialen Prinzen Deutschlands im Spätmittelalter noch eine starke Faszination aus.⁶⁵ Ein weiterer Grund, die Expansion des römischen Rechts voranzutreiben, lag in dessen wissenschaftlicher Ausformung und stark rationalem Charakter. Mithilfe des römischen Rechts erschien es den lokalen Machthabern möglich, die unübersichtliche Vielschichtigkeit der Partikularrechte durch ein uniform geltendes Recht zu ersetzen, das sowohl den Untergebenen als auch den Herrschern von Vorteil sein würde. Die Bevölkerung sollte einem geordneten, logischen und gerechten Normenwerk unterworfen sein, das kraft seiner Rationalität gleichzeitig dazu dienen würde, die Organisation des Staatsgefüges zu effektivieren.⁶⁶ So vollzog sich allmählich ein Übergang von der Geltung der alten Gewohnheitsrechte hin zur Geltung des *ius commune*; dies entgegen der theoretischen Subsidiarität des heteronom eingeführten römischen Rechts.

Mit diesem Wandel zeichnet sich ein Wendepunkt im Rechtsdenken ab: Die Tatsache, dass das römische Recht theoretisch zu weichen hatte, war noch Ausdruck der überkommenen Vorstellung, das eigentliche Recht sei das von innen gewachsene, die realen Verhältnisse widerspiegelnde Brauchtumsrecht. Recht, so die damalige Vorstellung, konnte man nicht von außen oktroyieren – man musste es finden. Gleichzeitig jedoch sah, wie dargestellt, die Reichskammergerichtsordnung von 1495 ein Beweiserfordernis für die lokalen (Brauchtums-) Rechte vor und sorgte damit im Laufe der Zeit für einen Vorrang des heteronomen römischen Rechts. Dies wiederum ist Ausdruck der sich allmählich Raum verschaffenden Ansicht, Recht

⁶⁵ Vgl. Wieacker, a.a.O., S. 99; Koschaker, Europa und das römische Recht, S. 217. Anzumerken ist jedoch, dass das römische Recht, wie bereits angeklungen, nicht etwa durch einen bewussten Rechtsetzungsakt, sondern durch allmähliche Übernahme Geltung erlangte. Die im 16. Jahrhundert auftauchende Darstellung, Kaiser Lothar II. habe das römische Recht im Jahre 1135, kurz vor der Stauferzeit, per Gesetz zum geltenden Recht gemacht, ist im 17. Jahrhundert von Hermann Conring als Legende entlarvt worden und wird heute ganz allgemein als widerlegt angesehen („Lothar-Legende“); vgl. hierzu, Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 245; Wieacker, a.a.O., S. 102 f.

⁶⁶ Vgl. Wieacker, a.a.O., S. 109, 132.

sei Ausdruck des vom Herrscher gesetzten Willens; eine Vorstellung, die sich mit der zur damaligen Zeit wachsenden Dichte von Herrschaft erklärt und bis heute aktuell ist.⁶⁷

1.1.2.2.3 Bewertung

Die auf den ersten Blick mit der Maxime *iura novit curia* und der sich anschließenden Unterscheidung zwischen Recht und Tatsachen wissenschaftlich motiviert erscheinende besondere Behandlung „fremden“ – d.h. hier: allen außer römischen – Rechts stellt sich nach alledem bei näherer Betrachtung als Produkt einer Mischung aus praktischen, ideologischen und politischen Erwägungen dar. Nicht der wissenschaftliche Grundsatz *iura novit curia* determiniert den praktischen Umgang mit fremdem Recht – die Kausalitätsfolge verläuft umgekehrt: Der Druck der realen Gegebenheiten macht einen bestimmten kollisionsrechtlichen Umgang wünschenswert - woraufhin diesem ein wissenschaftlicher Boden bereitet und hieraus wiederum die vermeintlichen Folgerungen für die Praxis „abgeleitet“ werden.

Mit diesem Wissen ist Vorsicht geboten gegenüber der Vorstellung, konkrete Angaben zur Anwendungspraxis fremden Rechts aus wissenschaftlichen Axiomen gewinnen zu können – meist ist Ausgangspunkt in Wirklichkeit die in der Praxis gewünschte Handhabung, welcher sodann ein doktrinäres Begründungsfundament „untergeschoben“ wird.⁶⁸

Zweierlei ist hier bezüglich der *iura novit curia* – Doktrin von besonderem Interesse: Zum einen wird das nächste Kapitel zeigen, dass sich die aus dem Grundsatz abgeleitete Behandlung fremden Rechts als Tatsache in Frankreich und im anglo-amerikanischen Rechtskreis erstaunlich lange gehalten hat und zum Teil noch heute diskutiert wird.

Zum anderen ist die bipolare Einteilung in Rechte, die der Richter kennen muss, und solche, welche sich seiner Kenntnis entziehen dürfen, bis heute in allen Rechtskreisen anerkannter Ausdruck des Denkens in der Logik nationaler Rechtssysteme. Unterschieden wird zwischen *eigenem* Recht auf der einen und *fremdem* Recht auf der anderen Seite: Ausgangspunkt der Betrachtung ist das jeweils eigene, nationale Rechtssystem, für welches alles außerhalb Liegende Teil einer kategorial verschiedenen Umwelt ist. Dieser Aspekt der Zweiteilung in - einerseits - nationales Rechtssystem und - andererseits - Umwelt wird an späterer Stelle noch eingehend behandelt werden. Zunächst jedoch soll, um einen abschließenden Überblick zu

⁶⁷ Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts, Rn.245

⁶⁸ So hat bspw. die Fakt-Doktrin in Frankreich bis heute einen nicht zu leugnenden Stellenwert, was von Kritikern sehr scharf verurteilt wird. Darauf wird später noch einzugehen sein. Vgl. hierzu vorerst: Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 239.

geben, an die geschichtliche Betrachtung angeknüpft werden, die sich nun den von Frankreich im 16. Jahrhundert ausgehenden Einflüssen zuwenden wird.

1.1.3 Vom territorialen zum staatlichen Recht

Das inzwischen als territorial etablierte Recht musste, mit allmählichem Anwachsen der Staatsgewalt, früher oder später – als ein Machtmittel unter mehreren – verstaatlicht werden. Dieser Prozess wird eingehend beschrieben werden. Dass das Recht mit territorialen Machtbelangen – Souveränitätsbelangen, wie man es seit *Jean Bodin* (s.u.) nennen konnte – verknüpft war, zeigt sich deutlich in der französischen Kollisionsrechtstheorie des 16. Jahrhunderts.

1.1.3.1 Französische Theorien im 16. Jahrhundert

1.1.3.1.1 Rechtsanwendungsfrage als Souveränitätsproblem - Bertrand d'Argentré

Die beiden meistgenannten französischen IPR-Gelehrten des 16. Jahrhunderts sind *Charles Dumoulin* und *Bertrand d'Argentré*.

Auf *Dumoulin* (1500 – 1566) soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Er brachte - bezüglich der hier interessierenden Aspekte - nichts Neues, sondern setzte im wesentlichen die Arbeiten der Italiener fort.⁶⁹

Anders verhält es sich mit *d'Argentré* (1519 – 1590) - ihn betrachtet man als den „*véritable fondateur de la théorie française des statuts*“⁷⁰ – den wahren Begründer der französischen Statutentheorie. Er war – im Gegensatz zu *Dumoulin* – nicht etwa Royalist, sondern überzeugter Feudalist.⁷¹ Vor dem Hintergrund der damaligen politischen Lage seiner Heimat Bretagne erklärt sich mit diesem Wissen die Herangehensweise, welche *d'Argentré* im IPR verfolgte: Die Bretagne versuchte im 16. Jahrhundert, ihren politischen und juristischen Partikularismus gegenüber den Vereinheitlichungsbestrebungen der Royalisten zu verteidigen. *D'Argentré* fasste so den Konflikt zwischen den *coutumes*, den Gewohnheitsrechten, der Bretagne und den anderen Provinzen als einen Souveränitätskonflikt auf.⁷²

⁶⁹ Zu der Frage, ob *Dumoulin* tatsächlich Begründer der Idee der Parteiautonomie ist, vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 3 IV; v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 490.

⁷⁰ Mayer/Heuzé, Droit international privé, Rn. 62.

⁷¹ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 490.

⁷² Vgl. Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 90.

1.1.3.1.2 Strikte Territorialität

Seine Doktrin stellt sich ganz in den Dienst dieser Auffassung, sie ist eine „Kampfdoktrin“, und damit gleichzeitig partikularistisch und dogmatisch.⁷³ Entsprechend seiner politischen Überzeugung musste *d'Argentré* daran gelegen sein, ein System zu entwerfen, in dem in der Überzahl der Fälle dem heimischen Recht der Vorzug eingeräumt würde. Das gelang ihm, indem er sich einem strikten Territorialismus verschrieb und damit gleichzeitig seiner Auffassung von der Anwendung und Geltungskraft von Normen Ausdruck verlieh: Nach *d'Argentré* endet die Befehlsgewalt der *coutumes* an den Provinzgrenzen; und so geht es ihm denn auch nicht um die Ausweitung der Normgeltung über diese Grenzen hinaus, sondern vielmehr um eine Akzentuierung des Partikularismus⁷⁴ im Innenbereich.⁷⁵ *D'Argentré* baut in diesem Sinne seine Theorie auf der fundamentalen Zweiteilung in reale und personale Statuten auf und lässt alle denkbaren weiteren Kategorisierungen, die bspw. *Bartolus* noch vorgenommen hatte, in dieser Einteilung aufgehen.⁷⁶ Vor allem aber weitet *d'Argentré* den Geltungsbereich des Realstatuts extrem auf Kosten des Personalstatuts aus; besteht eine Rechtsbeziehung sowohl aus personalen als auch realen Elementen, sind determinierend allein die realen.⁷⁷

Damit kann *d'Argentré* sein Ziel der weitestmöglichen Anwendung der *lex fori* erreichen: die Realstatuten gelten territorial, d.h. der Richter, welcher über die sich in seinem Einzugsbereich befindliche Realkonstellation zu befinden hat, wendet sein eigenes Recht an.⁷⁸ Je größer nun die Kategorie der Realstatuten sind, um so häufiger kommt das eigene Recht zu Zuge. Extraterritorial sind lediglich diejenigen Statuten, die sich ausschließlich auf die Personen beziehen, also bspw. Abstammung oder Personenstand.⁷⁹ Damit wird, parallel, der fremden Rechten reservierte Anwendungsbereich auf ein Minimum verkürzt.

⁷³ Vgl. a.a.O.

⁷⁴ Im Gegensatz zu den Statutisten orientierte sich *d'Argentré* nicht an „*lex cunctos populos*“, sondern präsentierte seine Idee in einem Kommentar zur *coutume* der Bretagne. Damit antizipierte er die Idee, dass Kollisionsregeln dem *lokalen*, nicht einem *universellen*, Recht entspringen; vgl. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, S. 17.

⁷⁵ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O.

⁷⁶ Vgl. Mayer/Heuzé, Droit international privé Rn. 62.

⁷⁷ Vgl. Gutzwiller, Le développement historique du droit international privé, S. 291, 324.

⁷⁸ Anders als bei *Bartolus* ist der Begriff der „Territorialität“ bei *d'Argentré* klar definiert: berücksichtigt wird nur ein bestimmter Aspekt der jeweiligen Sachverhalte, nämlich z. B. derjenige der Lage der in Frage stehenden Sachen, und das Statut findet keine Anwendung auf Sachen, die sich außerhalb des Territoriums befinden; vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 60.

⁷⁹ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O.

1.1.3.2 Bewertung

Die Theorie *d'Argentrés* ist ebenso Ausfluss der politisch-ideologischen Bedingungen seines Umfeldes, wie es die der Kommentatoren war. Einig war man sich in beiden Strömungen über den Grundsatz *finitae potestatis finita est virtus*, die Macht des Statuts endet an den Grenzen. Allerdings weichen die zugrundeliegenden Machtbegriffe voneinander ab: während die Kommentatoren von einem auf die Person begründeten Gewaltverhältnis ausgingen, wie es die Regel *statutum non ligat nisi sibi subiectos* zum Ausdruck bringt, konzipiert *d'Argentré* die Gesetzesmacht als eine Art Eigentum, als ein dingliches Recht an Sachen.⁸⁰ Im Einklang mit seiner politischen Zielsetzung sucht er, wie erläutert, den dem Fremdrecht einzuräumenden Platz so weit wie möglich zurückzudrängen. Und wenn ihm das mit seiner weitgehenden Territorialitätsauffassung auch zu Großteil gelingen mag, so kommt er in der Logik seiner Konzeption, welche nun einmal von der Exterritorialität der Personalstatuten ausgeht, eben doch nicht darum herum, dem Fremdrecht einen gewissen Raum zuzugestehen. In dieser Vorgehensweise – auf der einen Seite die absolute Territorialität der Statuten zu postulieren und dennoch gewisse exterritorialer Effekte zuzulassen - sahen die Niederländer des 17. Jahrhunderts einen Widerspruch, den sie mittels eines neuen Gedankengebäudes aufzulösen suchten. Davon soll im nächsten Abschnitt die Rede sein.

1.1.4 Von der praktischen Anwendung fremden Rechts zur theoretischen Legitimation – Frage des „Warum“

1.1.4.1 Niederländische Theorien im 17. Jahrhundert – die *Comitas-Doktrin*

Die in den Niederlanden im 17. Jahrhundert entstandenen Theorien läuten zum einen teilweise eine methodische Neuentwicklung ein, vor allem aber stellen sie insofern einen radikalen Wendepunkt dar, als sie sich zum ersten Mal ausdrücklich mit der Frage des „Warum“ der Anwendung fremden Rechts auseinandersetzen.⁸¹

Was *d'Argentré* begann, wird in Holland nun konsequent zuende gedacht. Wie angedeutet, sah man einen Mangel an Stringenz darin, zwar grundsätzlich von der Territorialität der Statuten auszugehen, dann aber doch in einem gewissen Maße fremden Rechten Raum zuzugestehen.⁸² Die Lösung liegt auf der Hand: nunmehr gilt das Prinzip der strikten Territorialität grundsätzlich ausnahmslos für *alle* Statuten, auch die personalen. Eine solche

⁸⁰ Vgl. Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé*, S. 291, 324.

⁸¹ Vgl. Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, § 3 V; Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, *British Yearbook of International Law* 1974, S. 215, 217.

⁸² Vgl. Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé*, S. 291, 326.

Vorgehensweise würde nun das Ende des IPR bedeuten, käme an dieser Stelle nicht die neue Lehre von der *comitas* zum Tragen.

Die wichtigsten Köpfe hinter der neuen Theorie waren *Paul Voet* (1619 – 1667), dessen Sohn *Johannes Voet* (1647 – 1714) und *Ulricus Huber* (1636 – 1694). Deren jeweilige Beiträge sollen im folgenden kurz umrissen werden.

Ausgangspunkt für *Paul Voet* ist die Feststellung, dass sowohl die Macht des Souveräns als auch, daraus folgend, die Bindungswirkung der Gesetze⁸³ territorial begrenzt ist. Aus diesem Grund kann grundsätzlich weder fremdes Recht im Inland Wirkung entfalten, noch inländisches Recht Sachverhalte erfassen, die im Ausland gelagert sind.⁸⁴ Allerdings zählt *Paul Voet* eine ganze Liste von Ausnahmen auf, bevor er, am Ende der Liste, das hier interessierende folgende Prinzip aufstellt: „ (...) wenn ein benachbartes Volk die Sitten des Nachbarn aus Zuvorkommenheit befolgen will und damit nicht viel Wohlbestelltes gestört werde, pflegen in diesem sittlichen Hinblick die Statuten das Territorium des Gesetzgebers nach erfolgter Einsicht in die Wirkung zu überschreiten.“⁸⁵ Berücksichtigung der Normen einer fremden Rechtsordnung aus „Zuvorkommenheit“ - damit hatte *Paul Voet* das Konzept der *comitas* im IPR erfunden, bzw., wie *Gutzwiller* es ausdrückt, „diesen so folgenreichen Virus in unsere Wissenschaft eingeführt.“⁸⁶

Der Sohn *Johannes Voet* verfeinerte die Methodik des Vaters und entwickelte die *Comitas*-Doktrin weiter, indem er deren „Wohlwollens“ – Charakter betonte, d.h.: indem er herausstrich, die Anwendung fremden Rechts als solche sei keinesfalls Ausfluss rechtlicher Verpflichtung, vielmehr habe jede Nation alleine und frei zu entscheiden, ob sie - aus Entgegenkommen - das Recht eines anderen Staates anwenden wolle.⁸⁷ Damit ist der grundsätzliche Vorrang des Territorialstatuts gesichert; durchbrochen nur durch solche Ausnahmen, die die jeweils betroffenen Staaten aus Gründen der Nützlichkeit bzw. Rationalität zuzugestehen bereit sind: so wie Privatleute weniger glücklich leben, wenn sie sich prinzipiell gegenseitig Gefallen verwehren, verhält es sich nach *Johannes Voet* auch mit den Staaten⁸⁸; eine *Verpflichtung* zur gegenseitigen Rechtsanwendung erwächst daraus allerdings nicht.

⁸³ „*Nullum statutum sive in rem, sive in personam, si de ratione iuris civilis sermo instituat, ses extendit ultra statentis territorium.*“ Zitiert bei v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 497.

⁸⁴ Vgl. a.a.O.

⁸⁵ Übersetzung bei v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 498, aus dem Lateinischen: „*Denique non numquam, dum populus vicini mores comiter vult observare et ne multa bene gesta turbarentur de moribus, statuta territorium statuentis inspecto effectu, solent egredi.*“

⁸⁶ Gutzwiller, Geschichte des Internationalprivatrechts, S. 136.

⁸⁷ Vgl. Yntema, The Comity Doctrine, S. 65, 79.

⁸⁸ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 498 f.

Letzter hier zu behandelnder – und vielleicht wichtigster - Protagonist der *Comitas*-Lehre ist *Ulricus Huber*. Seine besondere Bedeutung liegt zwar nicht, wie teilweise behauptet wird, darin, dass er die *Comitas*-Doktrin begründet hätte.⁸⁹ Sein Werk ist aber insofern von herausragender Bedeutung, als sich aus den *Huber'schen* Ansätzen ein Beginn der Lehre von den (im Ausland) wohlerworbenen Rechte als Schutzobjekt des IPR herauslesen lässt. *Huber* erhebt sich mit seiner Herangehensweise über die engen Grenzen der Statutentheorie und ermöglicht damit einen entscheidenden Durchbruch in der Geschichte des IPR. Entsprechend ist es nicht verwunderlich, dass seine Lehre im anglo-amerikanischen Rechtsraum auf starke Resonanz stoßen sollte, wie in einem späteren Abschnitt darzustellen sein wird.

Den Grundstock der Theorie bilden drei Axiome, von denen die ersten beiden die Territorialität des Rechts betonen und den Kreis der territorial Betroffenen definieren. Das dritte Axiom beschäftigt sich mit der Frage der Anwendung fremden Rechts und lautet: „Die Lenker der Reiche kommen darin entgegen, dass die Rechte eines jeden Volkes, die innerhalb seiner Grenzen ausgeübt werden, überall ihre Wirkung behalten, sofern in nichts vorgegriffen wird der Hoheitsgewalt oder dem Recht des anderen Herrschers oder seiner Bürger.“⁹⁰ Hier ist der neue Ansatz bereits erkennbar: der Schwerpunkt liegt auf den erworbenen Rechten; eingeschränkt durch einen *ordre public* – Vorbehalt. In den sich an die Axiome anschließenden §§ 3 – 15 schließlich wird die neue Methodik ganz deutlich. *Huber* erläutert hier seine Leitsätze und fragt dabei nicht, wie bisher üblich, direkt nach dem Anwendungsbereich eines bestimmten Statuts, sondern erhebt sich vielmehr auf ein höheres Abstraktionsniveau: Im Mittelpunkt steht das Problem, welches Recht für einen bestimmten Rechtssachverhalt (Form des Vertrages; Erbfolge usw.) maßgeblich sei. *Huber* lässt so als erster Denker des IPR die Dreiteilung der Statutentheorie und den damit einhergehenden Ansatzpunkt vom Gesetz her hinter sich.⁹¹

Seine Analyse des IPR verteilt *Huber* auf verschiedene Werke, von denen eines den bezeichnenden Titel „*De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*“ trägt. Vor allem in der Abhandlung *De Iure Civitatis* macht *Huber* seine grundsätzlich neue Perspektive auf das IPR als Problembereich deutlich. Wie in der Methodik, so auch im Gesamtkonzept lässt er die Tradition der Statutisten hinter sich und begreift das Kollisionsrecht als einen Aspekt des Rechts der öffentlichen Verwaltung. Entsprechend fällt die Entscheidung über die Anwendung fremden Rechts als Antwort auf die Frage, was die verschiedenen *Staaten* sich

⁸⁹ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 499.

⁹⁰ Übersetzung bei Kegel/Schurig, a.a.O., § 3 V, aus dem Lateinischen: „*Rectores imperiorum id comiter agunt, ut iura cuiusque populi intra terminos eius exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut iuri alterius imperantis eiusque civium praeiudicetur.*“

⁹¹ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 501.

gegenseitig schulden.⁹² Die Wurzel des IPR liegt damit nicht mehr nur im Privatrecht, sondern ebenso im Recht der Staaten: Grund für die Anwendung fremden Rechts ist die Einsicht in die Bedürfnisse und sich daraus ergebende stillschweigende Übereinstimmung der Nationen. Wenn auch die Gesetze einer Nation keine unmittelbare Wirkung auf fremdem Territorium entfalten können, so ist doch nichts dem Handel und völkerrechtlichen Verkehr abträglicher als das „Verfallen“ der an einem Ort begründeten Rechtsverhältnisse im Moment des Übertritts von einer Nation in die andere. Zusammengefasst ausgedrückt, ist die Anwendung fremden Rechts somit Ausdruck der in den Anforderungen des internationalen Handels und des zwischenstaatlichen Entgegenkommens begründeten Anerkennung wohlverworbener Rechte.⁹³

1.1.4.2 Hintergrund

1.1.4.2.1 Politische Verhältnisse

Wie erklärt sich nun diese Wende in der Perspektive des internationalen Privatrechts vom reinen Privatrecht zur Betonung des nationalstaatlichen Elements, wie es in der *Comitas*-Doktrin Ausdruck fand? Es spielen eine Reihe von Faktoren ineinander, die im Folgenden dargestellt und beleuchtet werden sollen.

Einen starken Einfluss übte zunächst einmal die politische Situation aus, in der sich die Niederlande im 17. Jahrhundert befanden. Nach Jahrhunderten der Besetzung durch die *Ducs de Bourgogne*, die Österreicher und Spanier forderten die repressiven, protestantenfeindlichen Maßnahmen Philipps des II. von Spanien im Jahre 1568 eine zunächst siegreiche Revolte heraus. Während die mehrheitlich katholischen Provinzen des Südens sich in der Folge Spanien unterwarfen, bildeten die sieben calvinistischen Nordprovinzen im Jahre 1579 die Utrechter Union und setzten den erbitterten Kampf mit der damals stärksten Macht des Christentums fort.⁹⁴ Um ihre territoriale Unabhängigkeit zu unterstreichen und zu stabilisieren, nahmen die Rechtsgelehrten die von *d'Argentré* entwickelte Theorie dankbar auf und entwickelten sie, wie oben beschrieben, in ihrem Sinne weiter.

1.1.4.2.2 Bedeutung des Souveränitäts-Begriffs

In ideologischer Hinsicht konnten sie hierbei an eine Strömung anknüpfen, die ganz dem Geiste der Unabhängigkeitsbewegung entsprach: Die Lehre von der Souveränität des Staates, wie sie von *Jean Bodin* 1576 in seinen *Six livres de la République* begründet worden war.

⁹² Vgl. Yntema, *The Comity Doctrin*, S. 65, 80.

⁹³ Vgl. Yntema, *Die historischen Grundlagen des internationalen Privatrechts*, S. 513, 524f.

⁹⁴ Vgl. Yntema, *The Comity Doctrin*, S. 65, 72.

Souveränität ist „*puissance absolue et perpétuelle d'une république*“, absolute und ewige Macht des Staates, wobei von besonderem Interesse hierbei die Etymologie des Wortes „absolut“ ist. Die Übersetzung lautet „losgelöst“, und in der Kommentierung Ulpians zu den Ehegesetzen des Augustus wird deutlich, bezüglich wessen das implizierte Freiheitsverhältnis besteht, wenn es dort heißt: „*Princeps legibus solutus est*“ – der Fürst ist an die Gesetze nicht gebunden.⁹⁵ Schon Justinian hatte das Prinzip verallgemeinert, und aufbereitet wurde es schließlich von *Bodin*, dem ersten Theoretiker des modernen Staates.⁹⁶ Im Jahre 1625 erschien *Hugo Grotius` Werk De iure belli ac pacis*, in welchem der Souveränitätsbegriff dahingehend weiterentwickelt wird, dass die Staaten als eigene Rechtspersönlichkeiten begriffen werden, die innerhalb eines eigenen Rechtsrahmens, des Völkerrechts, selbständig agieren.⁹⁷

Das Konzept der Souveränität kam den Gelehrten der Utrechter Union nun zum einen insofern entgegen, als sie damit wissenschaftlich legitimieren konnten, dass in jeder der sieben Unions-Provinzen eine unabhängige und oberste Gewalt herrschte – eine das Gesamtgebiet verwaltende Zentralmacht hatte sich nicht finden lassen.⁹⁸ Gleichzeitig akzeptierten die Holländer wie selbstverständlich das von Justinian aufgestellte Prinzip, wonach das erste Merkmal der Herrschaft, des *imperiums*, die Macht der Gesetzgebung sei. Verbunden mit dem Souveränitätsbegriff ergab sich hieraus, dass zwar jede Entität ihre eigenen Gesetze erlassen konnte, deren Geltung aber notwendig auf die Gebietsgrenzen - an denen die eigene *summa potestas* endete und eine andere begann - beschränkt war.⁹⁹

Damit hätte man es theoretisch bewenden lassen und dem Kollisionsproblem ausweichen können, wenn nicht die tatsächlichen Umstände eine Auseinandersetzung mit der IPR-Frage dringend notwendig gemacht hätten. Nicht nur hatten, wie dargestellt, die Provinzen je eigene Gesetzgeber und damit verschiedene, untereinander in Konflikt geratende Gesetze, auch stellte sich aufgrund der zunehmend florierenden Handelsbeziehungen mit dem Ausland die Frage der Rechtsanwendung immer häufiger in einem internationalen Kontext. Wie oben bereits dargelegt, war es nun mit den neu entwickelten Konzepten im Grunde nicht zu vereinbaren, fremdes Recht im Inland anzuwenden, und so behalf man sich mit der beschriebenen *Comitas*-Doktrin: die Berücksichtigung fremder Rechte war damit nicht mehr

⁹⁵ Ulp.D.I.3.3.I; zitiert bei Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 243.

⁹⁶ Vgl. Wesel, a.a.O.

⁹⁷ Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 249.

⁹⁸ Vgl. Yntema, The Comity Doctrin, S. 65, 74, 73.

⁹⁹ Vgl. Yntema, a.a.O., S. 74.

auf deren Exterritorialität zurückzuführen, sondern auf das Wohlwollen, das Entgegenkommen, des anwendenden Staates.¹⁰⁰

1.1.5 Vom Universalismus zum Partikularismus – Relevanz des Staates

Einige Implikationen dieser Doktrin und der ihr zugrundeliegenden Methodik wurden bereits angeführt. Von besonderer Bedeutung für die hier relevante Frage nach dem Wesen der Anwendung fremden Rechts ist der durch die *Comitas*-Lehre begründete Bruch mit dem sich hinter der Statuentheorie verbergenden Konzept einer *universell* geltenden überstaatlichen Ordnung. Wenn sich auch praktisch zunächst nichts ändern sollte, wurde doch theoretisch, mit Blick auf das Prinzip der Souveränität, die Regelung des Problems der Fremdrechtsanwendung jedem Staat einzeln überlassen. Von der in der Gemeinschaft des römisch-rechtlichen *ius commune* begründeten Vorstellung eines universalen Überrechts, das jedem Staat seinen zivilrechtlichen Einflussbereich zuweist, zeichnete sich so die Wende zur heute vorherrschende autonomistischen Auffassung ab, nach der es keine „von oben“ vorgezeichneten Herrschaftsbereiche gibt, sondern die einzelnen Staaten kollisionsrechtliche Probleme je in Eigenregie untereinander regeln.¹⁰¹

Diese beginnende Fokussierung im kollisionsrechtlichen Denken auf das Staatliche geht einher mit der Verlagerung des Rechtsschöpfungsaktes von der Ebene der sozialen Gruppe auf die der Herrschaft, wie sie bereits im Zusammenhang mit der Rezeption des römischen Rechts kurz angesprochen wurde: Parallel zum Übergang in „geographischer“ Hinsicht von der personalen zur territorialen Geltung bzw. „Verankerung“ des Rechts hatte sich der Begriff des Rechts als solcher gewandelt.

Die territoriale Geltung des Rechts war hierbei zunächst noch nicht auf ein festumrissenes Gebiet fixiert gewesen, sondern hatte vielmehr innerhalb mehrerer, teils überlappender Unterwerfungsverhältnisse der Subjekte zu verschiedenen Autoritäten wie z.B. dem Papst, dem Kaiser oder den Landesfürsten bestanden. Mit der Entwicklung des Merkantilismus im 14. und 15. Jahrhundert hatten sich entsprechend komplexere Wirtschaftssysteme herausgebildet, die nach stärkerer Kontrolle und effektiverer Verwaltung verlangten. Der abnehmende Einfluss der Kirche und eine ausgereifere Militärtechnologie erleichterte es den Herrschern in diesem Zusammenhang, geographische Territorien exklusiv für sich zu beanspruchen. Ein weiterer Faktor auf dem Weg zur geographischen Territorialisierung war die Entdeckung überseeischer Territorien gewesen, welche am einfachsten durch klare

¹⁰⁰ Vgl. Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé*, S. 291, 326.

¹⁰¹ Vgl. Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 1981, S. 121 ff., 124.

Grenzziehung als exklusive Territorien zu beanspruchen waren.¹⁰² So hatten sich allmählich territoriale Herrschaftsverhältnisse auf einzelne fest umgrenzte Gebiete konzentriert und konsolidiert, innerhalb deren sie exklusive Geltung beanspruchten.

Mit dieser territorialen Verfestigung von Macht war es möglich geworden, Recht nicht mehr als Ausdruck der Gepflogenheiten verschiedener Gruppen zu sehen, sondern die Normen vielmehr von oben zu *setzen*, was den jeweiligen territorialen Herrschern erhebliche Einflussmöglichkeiten eröffnete. Mit zunehmender Dichte der Herrschaft hatten sich die verschiedenen territorialen Gebilde zu Staaten entwickelt, deren Konsolidierungs- und Exklusivitätsansprüchen mit der dargestellten Souveränitätskonzeption Rechnung getragen werden konnte: Diese Konzeption beinhaltete, wie erläutert, einen *princeps*, der an keinerlei Gesetz gebunden ist. Gleichzeitig aber hat er die Macht der Gesetzgebung: „*Quod principi placuit, legis habit vigorem*“ – der Wille des Prinzeps hat die Kraft des Gesetzes, heißt es bei Ulpian.¹⁰³ Und der Wille des Prinzeps erstreckte sich auf eine Vielzahl von Gebieten: Im Sinne der *policey*, zur Verwirklichung des allgemeinen Wohls, regelten die Fürsten immer mehr Bereiche, wobei sie sich allmählich von der Mitwirkung der Stände befreiten und auch die althergebrachten Gewohnheitsrechte weniger und weniger Berücksichtigung fanden. Der Raum des aus Gewohnheit entstandenen Rechts wurde so immer geringer, bis man schließlich spätestens im 18. Jahrhundert „Recht“ selbstverständlich als etwas vom Monarchen Gesetztes verstand.¹⁰⁴ Den Fürsten war das Vorrecht der Gesetzgebung gegeben, und die sich in diesem Rahmen zu einem immer engmaschigeren Regelungswerk fügenden Gesetze dienten, als Mittel der Kontrolle und Unterwerfung, staatlicher Stabilität und Expansion.¹⁰⁵

Vom Begriff des Rechts als Spiegel der existierenden Sitten war man so zu einem Rechtsverständnis als Ausdruck des staatlichen Herrscherwillens gelangt. In einer Formulierung *Thomas Hobbes`* aus dem Jahre 1651 kommt das Ergebnis dieser Entwicklung prägnant zum Ausdruck: „*Auctoritas, non veritas facit legem.*“¹⁰⁶

Die Rationalisierung des Rechts war Ausdruck und zugleich Produkt der Rationalisierung der Gesellschaft in der Form des modernen Staates – der wohl mächtigste Ausdruck, denn es war vor allem der Einsatz der neuen Rechtstechniken, der die gesellschaftliche Rationalisierung überhaupt möglich machte.¹⁰⁷ Auf diese Weise wurde der Begriff des Gesetzes unlösbar mit

¹⁰² Vgl. Schiff Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, *University of Pennsylvania Law Review* 2002, S. 311, 453 ff.

¹⁰³ Ulp.D.I.4.I pr; zitiert bei Wesel, *Geschichte des Rechts*, Rn. 245.

¹⁰⁴ Vgl. Wesel, a.a.O., Rn. 243, 245.

¹⁰⁵ Vgl. Glenn, *Comparative Law and Legal Practice: On Removing the Borders*, *Tulane Law Review* 2001, S. 977, 978.

¹⁰⁶ *Leviathan*, Kapitel 19; zitiert bei Wesel, a.a.O., Rn. 245.

¹⁰⁷ Vgl. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, S. 195.

dem des Staates verbunden, und wenn sich auch das Wesen des Staates im Laufe der Jahrhunderte stark verändert hat, so gilt die Auffassung von „Recht“ als notwendig einer staatlichen Quelle entspringend noch heute. In einem späteren Kapitel wird untersucht werden, wie sich diese Ansicht auf die Anwendung fremden Rechts im modernen IPR auswirkt und ob sie unter den heutigen Umständen noch alleinige Geltung beanspruchen kann. Zunächst soll die Entwicklung des IPR im anglo-amerikanischen Rechtskreis beleuchtet werden, da dies wichtige Aufschlüsse zur Frage des Charakters fremden Rechts liefern wird.

1.2 Entwicklung im anglo-amerikanischen Rechtskreis ab Mitte des 18. Jahrhunderts

1.2.1 England

Wie bereits angedeutet, nahm die Entwicklung des IPR im anglo-amerikanischen Rechtskreis einen anderen Verlauf als auf dem Kontinent. In England bildete sich ein Kollisionsrecht erst zu einem verhältnismäßig späten Zeitpunkt – in der Mitte des 18. Jahrhunderts - heraus. Dies hatte verschiedene Gründe:

Zum einen pflegte England aufgrund seiner Insellage und als Agrarland lange nur in geringem Maße Rechtskontakte mit dem Ausland, so dass sich Probleme der Rechtsanwendung schon in tatsächlicher Hinsicht zunächst kaum stellten.¹⁰⁸ Innerhalb England herrschte, anders als in anderen Staaten zum damaligen Zeitpunkt, ein nahezu uniformes Recht, so dass man sich auch im intranationalen Kontext mit Rechtsanwendungskonflikten nicht auseinander zu setzen hatte.¹⁰⁹ Und schließlich wich man eventuellen Konflikten durch eine besondere Gerichtsstruktur, verbunden mit entsprechenden Zuständigkeitsregeln, de facto aus. Das Zuständigkeitsrecht übernahm hierbei in gewisser Weise die Rolle des Rechtsanwendungsrechts¹¹⁰, was sich sowohl im Landesinneren als auch im internationalen Kontext auswirkte.

Um diesen letzteren Zusammenhang nachzuvollziehen, muss man sich zunächst die Gerichtsorganisation im frühen England vor Augen führen, welche wiederum auf eine Besonderheit der *common law* – Tradition zurückgeht: das Jury-System. Der Jury kam im englischen Recht ursprünglich eine herausragende Rolle zu – sie fungierte als Garant der persönlichen Freiheit gegenüber der Zentralmacht des Monarchen, indem sie, selbst aus Bürgern bestehend, den Mitbürgern gegenüber Zeugen- und Richterrolle in einem ausübte. Nur wenn 12 „honorige Männer“ aus der direkten Nachbarschaft *aufgrund ihres eigenen*,

¹⁰⁸ Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 3 VIII.

¹⁰⁹ Vgl. Sack, Conflicts of Law in the History of the English Law, S. 342, S. 344; Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, S. 22.

¹¹⁰ Vgl. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 31.

unmittelbaren Wissens einstimmig gegen den Beklagten urteilten, konnte dieser rechtlich belangt werden.¹¹¹ Über unmittelbares Faktenwissen konnten die Mitglieder der Jury naturgemäß alleine bezüglich solcher Vorgänge verfügen, die sich innerhalb ihres persönlichen Einzugsbereichs abgespielt hatten. Damit war es ausgeschlossen, die Jury mit Sachverhalten zu konfrontieren, die sich außerhalb deren Territoriums oder gar im Ausland zugetragen hatten.¹¹²

Aber noch in einer weiteren Hinsicht war der Zugriff der Jury beschränkt: das *common law* hatte sich als eine Zusammenstellung von Rechten für eine feudale Gesellschaft entwickelt, die auf Landbesitz basierte, und sah deswegen keine Bestimmungen für Gewerbetreibende und Händler vor.¹¹³ Um nun den allmählich anwachsenden Handelsbewegungen Rechnung tragen zu können, sah man sich in der Mitte des 14. Jahrhunderts gezwungen, Spezialgerichte eigens für Handelssachen ins Leben zu rufen, die ein gesondertes Handelsrecht, das sog. *law merchant*, anwandten. Dieses war gedacht als ein einheitliches kontinentaleuropäisches Handelsrecht – „as a number of usages [...] not only in one particular country, but throughout the civilised world, and each which has acquired such notoriety [...] in the mercantile world at large, that courts of this country will take judicial notice of it.“¹¹⁴ Die Parallelen in der Konzeption zur heutigen *lex mercatoria*, von der an anderer Stelle noch die Rede sein wird, sind unverkennbar.

An Sondergerichten waren zunächst, in Städten mit Marktrecht, die sogenannten *staple courts* eingerichtet worden, die mit ausländischen Handelsrichtern besetzt waren und deren Jury entweder gänzlich oder wenigstens zur Hälfte aus Ausländern bestand. Parallel existierten die anlässlich von Messen operierenden *pie powder courts*, welche eine Art handelsrechtliche Schnelljustiz ausübten.¹¹⁵ Mit dem Erstarren der englischen Handelsflotte und Aufschwung des internationalen Handels kam schließlich noch der *court of admiralty* hinzu, welcher neben dem *law merchant* das sogenannte *law maritime* anwendete.¹¹⁶

So hatte sich über die Jahre ein System entwickelt, in dem jeder Gerichtszweig sein eigenes Recht anwendete; die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts im Inland beinhaltete damit gleichzeitig die Anwendbarkeit des entsprechenden Rechts. Im Verhältnis zu ausländischen Gerichten verhielt es sich mit Rücksicht auf die oben beschriebene Zeugen-Jury ebenso: in

¹¹¹ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O.; Sass, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*, *The American Journal of Comparative Law* 1968, S. 332, 335.

¹¹² Vgl. Juenger, a.a.O.

¹¹³ Vgl. Sass, a.a.O., S. 335 f.; Sack, *Conflicts of Law in the History of the English Law*, S. 342, 348.

¹¹⁴ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 32.

¹¹⁵ Vgl. Sack, *Conflicts of Law in the History of the English Law*, S. 342, 351. Der Name wurde von Lord Chief Justice *Coke* darauf zurückgeführt, dass die Gerichte so schnell entschieden hätten, wie der „Staub von den Füßen der Kaufleute fiel“; vgl. Zitat bei v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 31.

¹¹⁶ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 32.

England konnte nur nach lokalem Recht entschieden werden, und so sollten auch die Gerichte fremder Staaten Entscheidungen nach ihrem eigenen Recht treffen, welche man im Anschluss ggf. anerkennen würde.¹¹⁷

Dieses System funktionierte eine Zeit lang, geriet jedoch mit stetigem Anwachsen der internationalen Handelsbeziehungen ins Wanken: die für Handels- und Auslandssachen zuständigen *special courts*, insbesondere der *court of admiralty*, sahen ihren Einflussbereich auf Kosten der *common law courts* immer stärker ausgedehnt, was diese nicht widerstandslos hinzunehmen bereit waren.¹¹⁸ Um ihre Vorrangstellung nicht zu verlieren, mussten die *common law courts* den Fluss von Fällen vom *court of admiralty* umleiten – und damit ihre eigene Zuständigkeit erweitern. Der hierdurch erzeugte Druck führte – neben anderen Faktoren - zu einer Reform im Jury-System: Um auch Fälle entscheiden zu können, deren Sachverhalte sich außerhalb des unmittelbaren Einzugsbereiches zugetragen hatten, entschied die Jury seit Beginn des 17. Jahrhunderts nicht mehr auf der Grundlage eigenen Wissens, sondern bildete sich eine Meinung anhand fremder Zeugenaussagen.¹¹⁹

Mit der Ausweitung der Zuständigkeiten stellte sich nun zum ersten Mal die Frage, welches Recht Anwendung finden sollte. Während sich die *common law courts* noch durchringen konnten, das *law merchant* zu berücksichtigen – war dieses doch bereits seit langem Entscheidungsgrundlage vor englischen Gerichten, hatte man ausländischen Rechten gegenüber zunächst noch unüberwindbare Hemmungen. Die englischen Gerichte, welche über Jahrhunderte ausschließlich einheimisches Recht angewendet hatten, um es von fremden Einflüssen abzusichern, entschieden sich ausdrücklich gegen die Anwendung fremden Rechts.¹²⁰ Um dies durchzuhalten, mussten die englischen Gerichte nun entweder in internationalen Fällen ihre Zuständigkeit verneinen, oder aber, und diese Lösung schlug man ein, eine Zuständigkeit fingieren: wenn bspw. ein Vertragsschluss sich im Ausland zugetragen hatte, verlegte man den Ort des Abschlusses schlicht fiktiv ins Landesinnere, um die eigene Zuständigkeit - und folglich die Anwendbarkeit des eigenen Rechts - zu begründen. Vor diesem Hintergrund konnte es dann durchaus passieren, dass die deutsche Stadt Hamburg sich in London angesiedelt fand.¹²¹

Auf Dauer ließ sich ein auf solch haarsträubende „Tricks“ zurückgreifendes System nicht aufrecht erhalten, und auch das internationale und vormals universale *law merchant* konnte,

¹¹⁷ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 31.

¹¹⁸ Vgl. Sack, Conflicts of Law in the History of the English Law, S. 342, 355.

¹¹⁹ Vgl. Sass, a.a.O., S. 336.

¹²⁰ Vgl. Sass, a.a.O., S. 337.

¹²¹ Beispiel bei v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 36; weitere Beispiele bei Sack, Conflicts of Law in the History of the English Law, S. 342, 370 f., und Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, S. 23.

mit fortschreitender Nationalisierung und Diversifizierung der Rechtsordnungen, nicht mehr bedenkenlos auf grenzüberschreitende Fälle angewendet werden.¹²² Angesichts dieser Umstände änderten die *common law courts* gegen Mitte des 18. Jahrhunderts ihre Einstellung: namentlich unter dem Einfluss von *Lord Mansfield* war man fortan bereit, fremdes Recht anzuwenden. Die *Comitas*-Doktrin lieferte hierbei ein willkommenes theoretisches Fundament, indem sie Skrupel bezüglich eines Verlustes an eigener souveräner Macht minderte, wie man ihn in der Anwendung fremden Rechts – der Berücksichtigung eines fremden souveränen Willens – sah: fremdes Recht konnte nur so viel Wirkung zeitigen, wie der eigene Souverän ihm, aus reinem Entgegenkommen, einzuräumen bereit war.¹²³ Nicht etwa delegierte man nach dieser Vorstellung also Macht – im Gegenteil: man übte sie aus.

Mit dem Zulassen der Anwendung fremden Rechts stellte sich die Frage nach dessen prozessualer Behandlung. Eine Antwort hierauf liefert der von *Lord Mansfield* entschiedene Fall *Mostyn v. Fabrigas*, wo es heißt: „*The way of knowing foreign laws is by admitting them to be proved as facts and the court shall assist the jury in ascertaining what the law is.*“¹²⁴ Fremdes Recht sollte denselben Beweisregeln wie Fakten folgen – von hier war es nur ein kleiner Schritt, fremdes Recht ganz allgemein auf den Rang bloßer Tatsachen herabzustufen.¹²⁵

Den englischen Gerichten, die eine jahrhundertelange Konkurrenz mit fremden Rechtssystemen pflegten und die exklusive Anwendung ihres eigenen Rechts geradezu eifersüchtig verteidigten, lag eine solche Annahme besonders nahe. Erleichtert wurde sie, wiederum, durch die *Comitas*-Doktrin: ist der autoritative Einzugsbereich des Rechts streng auf den eigenen Staat begrenzt, kann es in einem fremden Land nicht aus sich selbst heraus Normgeltung beanspruchen, sondern muss von den Parteien – als Tatsache - eingeführt werden.¹²⁶

Unter verschiedenen Umständen und mit Rekurs auf unterschiedliche Begründungen hatte sich so sowohl auf dem Kontinent als auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis die Auffassung etabliert, fremdem Recht komme lediglich Tatsachenqualität zu.

¹²² Vgl. Sack, *Conflicts of Law in the History of the English Law*, S. 342, 377.

¹²³ Vgl. v. Bar/Mankowski, a.a.O., S. 504.

¹²⁴ 1 Cowp. 161, 174, 98 Eng. Rep. 1021, 1028 (K.B. 1774), zitiert in: Sass, a.a.O., S. 337/338.

¹²⁵ Vgl. Zajtay, *L'application du droit étranger : science et fictions*, Rev. int. dr. comp. 1971, S. 49, 52, wo der fiktionale Charakter der Einstufung von Fremdrecht dargestellt und gezeigt wird, dass nicht theoretische, sondern vielmehr praktische Erwägungen ausschlaggebend waren.

¹²⁶ Vgl. Sass, a.a.O., S. 338.

Einen Schritt weiter ging schließlich Anfang des 19. Jahrhunderts *Dicey* mit seiner *vested rights theory*.¹²⁷ Hiernach wird fremdes Recht nun gar nicht mehr als solches angewendet, sondern lediglich noch unter dem Einfluss einer fremden Rechtsordnung entstandene *Rechte* im Landesinnern implementiert, indem sie anerkannt und nach dem eigenen Recht mit Rechtsschutz durch novatorisches Urteil und, soweit nötig, Zwangsvollstreckung, ausgestattet werden.¹²⁸ Damit war die Abschottung der eigenen Rechtsordnung gewissermaßen wieder komplett: Fremdrecht hatte im Inland keinerlei *unmittelbare* Wirkung, weder als Norm noch als Tatsache, lediglich *mittelbar* berücksichtigte man den Umstand, dass gewisse Rechte im Ausland entstanden sein mochten.

1.2.2 Vereinigte Staaten von Amerika

In den Vereinigten Staaten wurde größtenteils das englische *common law*, einschließlich der entwickelten Kollisionsregeln, übernommen. Wie in England schlossen sich die Kollisionsrechtler der Lehre vom Fremdrecht als Fakt mit entsprechender prozessualer Behandlung an. Die *comity doctrine* wurde von *Joseph Story* eingeführt und verbreitet¹²⁹ - bis zum heutigen Tag spürt man den Einfluss dieses Denkens in den USA, wo die Anwendung fremden Rechts wie in keinem anderen der hier vorzustellenden Länder mit Souveränitätsüberlegungen in Verbindung gebracht wird (vgl. 2.3.)

Die *vested rights theory* nach amerikanischem Strickmuster schließlich entwickelte *Joseph H. Beale*¹³⁰, dessen Ansatz in dem noch heute in der Gerichtspraxis einiger Staaten aktuellen *First Restatement on the Conflicts of Laws*, einer Leitlinie zum Kollisionsrecht, seinen Niederschlag fand.¹³¹

Die einzelnen anglo-amerikanischen Theorien und ihre Implikationen bezüglich der Anwendung fremden Rechts werden Gegenstand eingehenderer Betrachtung in Kapitel 3. sein.

1.3 Zusammenfassende Schlussbetrachtungen

1.3.1 Evolution des Rechtsbegriffs: Personalität – Territorialität - Staatlichkeit

Die geschichtliche Darstellung hat folgende große Linien aufgezeigt: Der Begriff des Rechts wandelte sich zunächst von einem persönlich verankerten zum territorial verhafteten, um sich, daran aufbauend, unlösbar mit dem Begriff des Staates zu verbinden.

¹²⁷ Vgl. *Dicey*, *Conflict of Laws*, S. 23.

¹²⁸ Vgl. *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, § 3 XI b).

¹²⁹ Vgl. *Joseph Story*, *Commentaries on the Conflict of Laws*, § 20

¹³⁰ Vgl. *Joseph H. Beale*, *Conflict of Laws*, § 1.1.

¹³¹ Vgl. *Sass*, a.a.O., S. 340.

1.3.2 Einfluss des Wandels des Rechtsbegriffs auf das IPR

1.3.2.1 Bedeutung der Territorialität

Im IPR verliefen die Entwicklungslinien parallel. Unter der Vorstellung von der Personalität des Rechts konnte sich die Rechtsanwendungsfrage in der uns heute geläufigen Form gar nicht stellen (vgl. oben), während mit der Auffassung von der Territorialität des Rechts die allmähliche Einsicht in die (territoriale) Begrenztheit seines Wirkungsradius einherging. Von da war es nur noch ein kleiner (wenn auch für die Geschichte des IPR enorm bedeutungsvoller) Schritt zur Substitution des eigenen Rechtes, dort, wo es nicht mehr gelten konnte, durch fremdes.

1.3.2.2 Bedeutung der Staatlichkeit

Hatte man sich auf Grundlage der *Territorialität* des Rechts so allmählich zur Anwendung fremden Rechts durchgerungen, fand man unter dem Einfluss der Vorstellung von der *Staatlichkeit* des Rechts eine Erklärung für das „Warum“ der Anwendung fremden Rechts: diese lag im Ermessen der einzelnen Staaten, womit sich gleichzeitig eine Wende vom ursprünglich dem IPR zugrundeliegenden „klassischen“ Universalismus zum Partikularismus/Autonomismus vollzogen hatte: die Abgrenzung der Herrschaftsbereiche folgt keiner stillschweigend vorausgesetzten universalen Ordnung, sondern ist von den Staaten je einzeln und aktiv vorzunehmen.

1.3.3 Ideologischer und gesellschaftlicher Hintergrund

Beleuchtet man die der Entwicklung der großen Linien zugrunde liegenden politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse, so wird deutlich, dass die über die Epochen vertretenen Theorien nicht alleine das Produkt ausgereifter wissenschaftlicher Überlegungen sind, sondern wirtschaftliche, politische und ideologische Bestrebungen eine bedeutende Rolle spielen. Wie ein roter Faden scheint sich hierbei ein Widerwillen gegenüber „dem Fremdartigen“ – verkörpert im fremden Recht – durchzuziehen: Ganz zu Anfang lebte jede Volksgruppe nach ihrem eigenen Recht (Personalität) – die Vorstellung, ein fremdes Recht anzuwenden, war vollkommen absurd. Später vermischten sich die Rechte und gewannen territorialen Bestand, und wenn auch grenzüberschreitende Bewegungen immer häufiger wurden, so konnte man sich doch nur allmählich von der selbstverständlichen Vorstellung trennen, dem eigenen Recht komme ausschließliche Geltung zu. Und als schließlich alle notwendigen Schritte in der Theorie und Praxis des IPR gegangen waren, gelang es den

holländischen sowie später englischen Gelehrten zu erklären, dass man fremdes Recht eigentlich doch gar nicht in dem Sinne „anzuwenden“ habe (vgl. *Dicey*) – bzw. wenn schon, dann ganz aus freien Stücken und reinem Entgegenkommen (*Comitas*). Bis heute ist unter dem weiterhin vorherrschenden partikularistischen Modell die Vorstellung abwegig, die Anwendung fremden Rechts könne von über das landeseigene IPR hinausgreifenden Mechanismen und Hintergründen bestimmt sein. Ob diese Konzeption unter den heutigen Bedingungen noch adäquat ist, wird später zu diskutieren sein.

1.3.4 Heutiger Zustand: Territorialität und Staatlichkeit als dogmatische Grundpfeiler des IPR

Unsere kurze geschichtliche Betrachtung hat schließlich die beiden Determinanten im heutigen IPR zutage gefördert, welche ebenfalls ein Produkt der Entwicklung Personalität – Territorialität – Staatlichkeit sind. Während, wie dargestellt, die Vorstellung von der Personalität des Rechts längst obsolet ist, hält sich bis heute im Rechtsdenken allgemein sowie im IPR im besonderen eine strukturelle Koppelung zwischen „Recht“ auf der einen und „Staatlichkeit“ sowie „Territorium“ auf der anderen Seite. Recht ist nur, was der nationale Gesetzgeber als solches verabschiedet hat, und es gilt auf einem begrenzten Staatsterritorium. Die Anknüpfungsmethode im IPR fragt vor diesem Hintergrund, welchem Territorium das in Frage stehende Rechtsverhältnis am nächsten steht¹³², indem es über verschiedene Anknüpfungsmomente (häufig selbst territorialer Art) zur territorialen Verankerung in einem der zur Auswahl stehenden staatlichen Rechtssysteme führt und daraufhin dessen Recht als anwendbar bestimmt.

1.3.5 Ausblick

Es wird sich herausstellen müssen, ob die Ausschließlichkeit dieses Ansatzes heutzutage noch zeitgemäß ist, und zu untersuchen sein, welche Rückschlüsse auf den Umgang mit dem Fremdrecht sich aus der zu diskutierenden abweichenden Auffassung ergeben.

Aufgabe des nächsten Kapitels wird es zunächst sein, den Ist-Zustand im Umgang mit fremdem Recht darzustellen. Anhand eines Vergleiches der Länder Deutschland, Frankreich

¹³² Außer den Anknüpfungsmoment des Parteiwillens und der Staatsangehörigkeit haben alle Anknüpfungsmomente *direkten* territorialen Bezug (vgl. z.B. Wohnsitz, Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes, Erfüllungsort etc.), und selbst Parteiwille und Staatsangehörigkeit beziehen sich mittelbar auf ein Territorium, indem sie auf das Recht eines bestimmten (territorial umgrenzten) Staates deuten. Eine echte Ausnahme stellt alleine der sich auf die *lex mercatoria* beziehende Parteiwille dar. Das Phänomen der *lex mercatoria* wird noch eingehend zu betrachten sein.

und USA sollen Theorie und Praxis der Anwendung fremden Rechts in dem für diese Abhandlung relevanten Maße dargestellt werden.

2 Anwendung fremden Rechts im Vergleich

Ziel dieses Kapitels ist es, einen Überblick zur Anwendung fremden Rechts in drei bedeutenden westlichen Rechtsordnungen – Deutschland, Frankreich und den USA – zu geben. Während sich die Darstellungen zu Deutschland und Frankreich vor allem auf die Fragen der Anwendung des Kollisionsrechts *ex officio*, der Beweislast und Beweismittel sowie der Revisibilität konzentrieren werden, beleuchten die Betrachtungen zu den USA zudem die verschiedenen methodischen Ansätze und deren Umsetzung in der Praxis: In den USA existiert, anders als in den beiden anderen zu analysierenden Ländern, kein einheitliches Kollisionsrecht, was zu einem Nebeneinander einer Vielzahl von Ansätzen führt. Mit diesem Mangel an klaren theoretischen Vorgaben verfügen die Gerichte über einen extrem breiten Spielraum, weswegen hier die Gerichtspraxis eingehend zu beleuchten ist. Anders als in Folge der klaren theoretischen Verarbeitung in Deutschland und Frankreich kristallisiert sich in den USA das Kollisionsrecht erst in der Praxis ausreichend heraus, um daran aussagekräftige Beobachtungen knüpfen zu können.

Der Auswahl der oben aufgezählten zu beleuchtenden Faktoren liegt die Überlegung zugrunde, dass deren Handhabung in den verschiedenen Rechtsordnungen zum einen Schlüsse bezüglich der generellen Offenheit im geistigen Klima gegenüber fremden Rechtsordnungen zulässt und sich zum anderen in praktischer Hinsicht konkret auf die Anwendung fremden Rechts auswirken wird: Was die Berücksichtigung der Kollisionsnormen angeht, so ist dies der erste Schritt in dem Prozess, der im Ergebnis zur Anwendung fremden Rechts führen kann.¹³³ Werden die Konfliktregeln von vornherein beiseite gelassen, kann es schon aus diesem Grunde nicht zur Anwendung fremden Rechts kommen. Steht es den Richtern nun offen, ob sie auf Kollisionsregeln bezug nehmen oder nicht, so scheint die Einstellung zugrunde zu liegen, wirklich relevant sei nur das, was sich *innerhalb* der geschlossenen nationalen Rechtsordnung abspielt, während alles andere eine vernachlässigbare Ausnahme darstellt. Die Frage der Beweis“last“ ist in ähnlicher Weise relevant: wenn die Ermittlung des Inhalts fremder Rechtsnormen nicht alleine den Parteien überlassen wird, so lässt dies den Schluss zu, fremdes Recht werde als solches „ernst genommen“ - werde nicht als Ausnahmeerscheinung angesehen, deren Berücksichtigung eher eine Extravaganz darstellt, um die sich die betroffene Partei selbst zu kümmern hat.

¹³³ Vgl. zu der grundsätzlichen Frage, ob Kollisionsnormen lediglich fakultativ angewendet werden sollten: Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ* 1970, S. 547 ff.

Gleichzeitig erhöht ein Tätigwerden der Richter im Zweifel die Chancen, dass die fremde Rechtslage ausreichend ermittelt wird, um die in Frage stehenden Normen tatsächlich anzuwenden. Entsprechend werden sich die zur Verfügung stehenden Beweismittel auswirken: je ausgefeilter die Logistik und die internationale Kooperation, je größer die Bandbreite zulässiger Mittel, desto eher wird es gelingen, Beweis zu erbringen. Was schließlich die Revisibilität angeht, so zeigt sich, in welchem Maße die Gerichte die richtige Interpretation fremden Rechts als eine Angelegenheit ansehen, die sie selbst „angeht“, oder, anders ausgedrückt: inwiefern die Richter über die Grenzen ihres eigenen nationalen Rechtssystems hinausdenken und Verantwortung für die Reibungslosigkeit eines internationalen Privatrechtsverkehrs verspüren.

2.1 Deutschland

2.1.1 Methodischer Hintergrund

Das deutsche Kollisionsrecht ist im EGBGB kodifiziert und hat teils nationalen, teils europäischen Ursprung¹³⁴. Die Kollisionsregeln gehen auf den Savigny'schen Ansatz zurück, nach dem die Lösung des Fremdrechtsproblems seinen Ausgangspunkt nicht im Gesetz nimmt, indem dessen Reichweite bestimmt wird, sondern vielmehr entscheidend der „Sitz“ des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ist. Was die nähere Charakterisierung der Konfliktregeln betrifft, kann auf die Ausführungen zum französischen Recht (2.2.1.) verwiesen werden.

2.1.2 Anwendung der Kollisionsregeln *ex officio*?

Obwohl der Wortlaut des § 293 S.2 ZPO die Vermutung nahe legt, in Deutschland sei die Anwendung des Kollisionsrechts nicht verbindend vorgeschrieben, sondern rein fakultativ, ist eine Anwendungspflicht in Rechtsprechung und h.M. in der Literatur seit langem etabliert.¹³⁵

Zwar wird gesagt, dass § 293 ZPO für ausländisches Recht eine Ausnahme von den Grundsätzen *iura novit curia* und *da mihi facta, dabo tibi ius* darstellt.¹³⁶ Das ist auch insofern richtig, als eine Kenntnis fremden Rechts von deutschen Richtern nicht selbstverständlich

¹³⁴ Bislang im schuldrechtlichen Bereich (Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht; zu dessen weiterer Entwicklung als gemeinschaftsrechtliches Instrument, vgl. unten 7.2.1.3.)

¹³⁵ Vgl. z.B. BGH NJW 1993, S. 2305; Kropholler, Internationales Privatrecht §§ 7 II 2; 59 I 2; Kindl, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZZZ 1998, S. 177, 179 m.w.N.; Otto, Der verunglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweiserhebung“, IPrax 1995, S. 299, 300 f. Zum Gegenentwurf: Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 1970, S. 547 ff; Wagner, Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie, ZEuP 1999, S. 6 ff.

¹³⁶ Vgl. Kindl, a.a.O.; Geisler, Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“ im Zivilprozeß, ZZZ 1978, S. 176, 180; MüKo/Prütting, § 293 Rn.3.

erwartet wird, was dazu führt, dass – wie sogleich darzustellen ist – fremdes Recht in den Formen des Beweises ermittelt werden kann. Nicht jedoch ist fremdes Recht von einem dogmatischen Standpunkt aus als Tatsache zu betrachten und entsprechend zu behandeln – in Deutschland besteht kein Zweifel daran, dass fremdes Recht vor den Gerichten den Charakter von Recht behält.¹³⁷

Trotz dieser theoretischen Vorgaben scheinen die deutschen Gerichte in der Praxis das Kollisionsrecht häufig zu umgehen, indem sie schlicht den Auslandsbezug ignorieren oder übersehen.¹³⁸

2.1.3 Umfang und Verteilung der Ermittlungslast

Parallel zur Pflicht, die Kollisionsregeln zu berücksichtigen, haben die Richter von Amts wegen Recherchen zum Inhalt fremden Rechts anzustellen. Hierbei können sie sich allerdings der Unterstützung der Parteien bedienen, indem sie diese – auch in Verfahren mit Untersuchungsmaxime – zu Nachweisen auffordern.¹³⁹ Eine subjektive Beweislast für die Parteien in dem Sinne, dass sie den Inhalt der Norm darlegen und entsprechende Beweisanträge stellen müssen, besteht hingegen, aufgrund der erläuterten Rechtsqualität fremden Rechts, nicht. Aus demselben Grund ist auch eine Klageabweisung wegen mangelnder Substantiierung bzw. fehlenden Beweises fremden Rechts nicht möglich.¹⁴⁰ Die Verantwortung für die richtige Ermittlung des Fremdrechts trifft vielmehr die Gerichte.¹⁴¹

Bis zu welchem Grade die Gerichte eigenständig tätig werden müssen, hängt von den Besonderheiten der einzelnen Konstellationen ab; entscheidende Faktoren sind z.B. Komplexität und Fremdheit des in Frage stehenden Rechts sowie Vortrag und sonstige Beiträge der Parteien.¹⁴² Hierbei sollen an die Gerichte jedoch keine überzogenen Anforderungen gestellt werden – sie haben nur nach *plichtgemäßem Ermessen* unter Bezug

¹³⁷ Vgl. Kropholler, § 31 I 1.; Kindl, a.a.O. m.w.N.; Kerameus, Revisibilität ausländischen Rechts, ZZZ 1999, S. 166, 168; Hartley, Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, International and Comparative Law Quarterly 1996, S. 271, 275.

¹³⁸ Vgl. Kropholler, Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht, FamRZ1980, S. 753; Spickhoff, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten, ZZZ 1999, S. 265, 270 m.w.N.

¹³⁹ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 59 I 2.

¹⁴⁰ Vgl. Kindl, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZZZ 1998, S. 177, 180; Sommerlad, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, S. 1377, 1378 f.

¹⁴¹ Vgl. Otto, Der verunglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweiserhebung“, IPrax 1995, S. 299, 302; Sommerlad, Grundsätze für die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß, RIW 1991, S. 856.

¹⁴² Vgl. BGHZ 118, S. 151, 163..

auf die ihnen *zugänglichen Erkenntnisquellen* Ermittlungen anzustellen.¹⁴³ Die Parteien trifft im Rahmen des § 293 ZPO eine besondere Prozessförderungspflicht; ihnen obliegt es trotz Amtsermittlungspflicht, ggf. die Ermittlungen der Gerichte durch substantiierten Vortrag in die gewünschte Richtung lenken.¹⁴⁴

Ziel der Recherchen ist, das fremde Recht als Ganzes zu erfassen – so, wie es in der fremden Praxis angewendet wird und sich in Rechtsprechung und Lehre entwickelt hat.¹⁴⁵ Auch ausländische Besonderheiten in der Auslegung von Recht sind zu berücksichtigen.¹⁴⁶ Obwohl der Ausspruch von *Goldschmidt* überliefert wird, bei der Anwendung eigenen Rechts erfülle der Richter die Funktion eines Architekten, bei der Anwendung fremden Rechts hingegen komme ihm lediglich die Rolle eines Photographen zu, genießt der deutsche Richter angesichts fremden Rechts dieselben interpretatorischen Freiheiten wie sie auch dem ausländischen Richter zukommen.¹⁴⁷ Da sich die Probleme in immer neuem Gewande darstellen, haben die Gerichte also auch im Fremdrechtskontext keine rein mechanische Aufgabe zu erfüllen.

Im Umgang mit den dargestellten Grundsätzen nähern sich die Gerichte häufig, trotz der Anerkennung fremden Rechts als „Recht“ und ihrer grundsätzlichen Ermittlungspflicht, im Ergebnis dem Beibringungsgrundsatz an: So interpretieren die Gerichte das Nichtverhandeln über fremdes Recht teilweise im Sinne einer nachträglichen Rechtswahl, wobei auf Erklärungsbewusstsein offenbar verzichtet wird. Übereinstimmender Vortrag der Parteien zieht eine Vermutung für den entsprechenden Inhalt des fremden Rechts nach sich; bei Unterlassen zumutbarer Mitwirkung einer Partei kann das Gericht weitere eigene Ermittlungen unterlassen, außerdem existieren Präklusionsmöglichkeiten oder kann die Geständnisfiktion im Versäumnisverfahren zum Tragen kommen.¹⁴⁸

Soweit der Nachweis fremden Rechts nicht gelingt, ist laut BGH grundsätzlich die *lex fori* als Ersatzrecht anzuwenden.¹⁴⁹ Begründet wird dies mit dem Argument der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidung durch die Parteien.¹⁵⁰ Ausnahmsweise, nämlich dann, wenn „die Anwendung des inländischen Rechts äußerst unbefriedigend wäre“ soll ein

¹⁴³ Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 15 II. Einen Überblick zu den ermessenslenkenden Faktoren bietet: Sommerlad, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung; NJW 1991, S. 1377, 1380.

¹⁴⁴ Vgl. Sommerlad, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung; NJW 1991, S. 1377, 1380.

¹⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1991, S. 1418 und 2212.

¹⁴⁶ Vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 15 III.

¹⁴⁷ Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O.

¹⁴⁸ Vgl. Spickhoff, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten, ZZP 1999, S. 265, 288.

¹⁴⁹ Vgl. BGHZ 69, 387.

¹⁵⁰ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 31 III 1.

Ersatzrecht herangezogen werden. Angebracht kann das z.B. in Situationen sein, wo der Sachverhalt keine oder eine nur unbedeutende Verbindungen zum Inland aufweist.¹⁵¹

2.1.4 Beweismittel

Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Gerichte zu entscheiden, welcher Beweismittel sie sich bedienen. Vor allem besteht die grundsätzliche Wahl zwischen den Verfahren des Freibeweises und des Strengbeweises¹⁵² – entscheiden sich die Richter für den Freibeweis, können sie auf diese Art Erkenntnisquellen aller Art ausschöpfen. In der Praxis wird allerdings häufig ein förmlicher Beweisbeschluss erlassen, und ist dieser Pfad einmal eingeschlagen, sind fortan auch die Regeln des förmlichen Beweisverfahrens (§§ 355 ff. ZPO) zu beachten.¹⁵³ Zu beachten ist, dass der Begriff „Beweismittel“ oder „Beweisverfahren“ nicht ganz akkurat ist – es wird nach oben Erläutertem kein Beweisverfahren im klassischen Sinne durchgeführt, sondern lediglich der Inhalt fremden Rechts *in den Formen des Beweises* ermittelt.¹⁵⁴

Unter den Mitteln des Freibeweisverfahrens kommen vor allem Auskünfte von Behörden oder Rechtsgutachten in Betracht, Ansprechpartner hierfür sind das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und einige Universitätsinstitute.¹⁵⁵ Das Einholen von Rechtsgutachten¹⁵⁶ ist in der Praxis am gebräuchlichsten. Weniger genutzt, wenn auch die Tendenz steigend zu sein scheint, ist der im *Europäischen Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht*¹⁵⁷ errichtete Mechanismus.¹⁵⁸ Das Abkommen sieht vor, dass gerichtliche Auskunftersuchen bezüglich des Rechts eines anderen Staates von einer zentralen Stelle dieses Staates, entweder in Eigenregie oder unter Einschaltung Dritter, beantwortet werden. In Deutschland ist Empfangsstelle für Anfragen aus dem Ausland und Übermittlungsstelle für solche aus dem Inland der Bundesminister der Justiz.¹⁵⁹ Da die erteilten Auskünfte nicht in Gestalt eines vollständigen Gutachtens, sondern in Form punktueller Stellungnahmen erteilt werden, besteht die Gefahr von Missverständnissen.

¹⁵¹ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 31 III 2. mit Substitutionsmodellen unter § 31 III 2 a), b),c), welche hier zu diskutieren den Rahmen der Betrachtungen sprengen würde.

¹⁵² Vgl. Kropholler, a.a.O., § 59 I 2.

¹⁵³ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 59 I 2. Erklärt wird dies mit einer Parallele zu § 287 ZPO, die allerdings in der Literatur Kritik erfährt.

¹⁵⁴ Vgl. Kindl, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten*, ZJP 1998, S. 177, 182.

¹⁵⁵ Vgl. Thomas/Putzo, ZPO, § 293 Rn.5; Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, § 15 III.

¹⁵⁶ Zu den Problemen, die sich einer Rechtsfindung unter Zugrundelegen von Gutachten aus hermeneutischer Sicht entgegenstellen: Geisler, *Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“ im Prozeß*, ZJP 1978, S. 176, 192.

¹⁵⁷ BGBl. 1974 II 938; deutsches Ausführungsgesetz BGBl. 1974 I 1433.

¹⁵⁸ Vgl. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, § 59 III 2, 3.

¹⁵⁹ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 59 III 3.

Die Gerichte können sich weiter an deutsche oder ausländische diplomatische Vertretungen wenden, was allerdings selten zu befriedigenden Ergebnissen führt, da nicht immer ausreichend qualifizierte und interessierte Juristen vor Ort sind. Von der Möglichkeit schließlich, Anfragen an private Juristen des betreffenden Landes zu wenden, machen, anders als in Frankreich, weder die Parteien noch die Gerichte häufig Gebrauch.¹⁶⁰

Insgesamt wird die Angewiesenheit der deutschen Richter auf externe Quellen kritisch beurteilt und eine bessere Aus- und Fortbildung sowie bessere Ausstattung der Gerichtsbibliotheken gefordert.¹⁶¹ Einen ersten Schritt in die richtige Richtung könnte in diesem Zusammenhang auch der neu geschaffene § 119 GVG¹⁶² darstellen, welcher in Abs.1 Nr.1 c) die Berufungszuständigkeit auf die Oberlandesgerichte immer dann konzentriert, wenn die Amtsgerichte ausländisches Recht angewendet haben.¹⁶³ Es ist zu hoffen, dass sich innerhalb der entsprechenden Gerichte eine erhöhte Kompetenz herausbilden wird.

2.1.5 Revisibilität

Nach § 545 Abs.1 ZPO (§ 549 Abs. 1 ZPO a. F.) ist die Anwendung ausländischen Rechts nicht revisibel. Rechtfertigt wird dieser Zustand vor allem mit einem Verweis auf die Rolle des Revisionsgerichts: dieses sei gerade nicht dafür zuständig, über die richtige Entscheidung jedes Einzelfalles zu wachen, sondern habe die genereller gefasste Funktion, für Rechtseinheit im Landesinneren zu sorgen.¹⁶⁴ Kritische Stimmen merken an, dass gerade die höchsten Gerichte im Zweifel am besten in der Lage sind, über die Korrektheit der Fremdrechtsanwendung zu urteilen¹⁶⁵ und dass angesichts zunehmender internationaler Verflechtungen eine höchstrichterliche Führung der Rechtsprechung in ausländischen Angelegenheiten angebracht wäre.¹⁶⁶ Auch hier könnte die Neufassung des § 119 Abs. 1 Nr.1 c) GVG den Weg weisen – immerhin wird hiermit zunächst eine einheitliche Rechtsprechung auf Berufungsebene angestrebt.

Der Grundsatz, dass fremdes Recht nicht revisibel ist, erfährt in der Praxis insofern eine gewisse Aufweichung, als das *Verfahren*, das zur Anwendung fremden Rechts führte (bzw.

¹⁶⁰ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 59 III 4. Weitere Erleichterungen auf dem Gebiet des Beweisrechts bringen im Rahmen der EU die Verordnung über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedsstaaten vom 29.5.2000 (ABLEG 2000 Nr.L 160/37; in Kraft seit dem 31.5.2001) sowie die Verordnung über die Zusammenarbeit der Gerichte der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen vom 28.5.2001 (ABLEG 2001 Nr.L 174/1, in Kraft in allen Teilen seit dem 1.1.2004)

¹⁶¹ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 59 III.

¹⁶² Neugefasst durch Art. 1 ZPO-RG v. 27.7.2001 (BGBl. I S. 1887).

¹⁶³ Allerdings mit der Einschränkung, dass dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich festgestellt sein muss.

¹⁶⁴ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 59 I 3; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 15 IV.

¹⁶⁵ Vgl. Kropholler, a.a.O.

¹⁶⁶ Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O.

hätte führen sollen) der höchstrichterlichen Kontrolle unterliegt.¹⁶⁷ Anknüpfend an die Pflicht der Instanzrichter, den Inhalt fremden Rechts nach *pflchtgemäßem Ermessen* zu ermitteln, wird so zum einen die korrekte Ausübung dieses Ermessens überprüft. Weitere „Einfallstore“ zur Überprüfung der inhaltlichen Feststellung ausländischen Rechts bestehen dann, wenn die Anwendbarkeit deutschen Rechts von einer *Rückverweisung* der ausländischen Kollisionsnorm abhängt; wenn der Inhalt ausländischen Rechts die *internationale Zuständigkeit* der deutschen Gerichte determiniert; wenn die Anerkennung eines ausländischen Urteils nach § 328 Abs. 1 Nr.5 ZPO von der *Verbürgung der Gegenseitigkeit* abhängt und wenn das ausländische Recht *rückwirkend* und nach Verkündung des Berufungsurteils *geändert* wurde.¹⁶⁸ Vor allem ein letzter Revisionsgrund, nämlich die Tatsache, dass das Berufungsurteil einen ausländischen Rechtssatz *übersehen* hat¹⁶⁹, scheint in letzter Zeit zum Anlass für eine über das rein Verfahrensmäßige hinausgehende Kontrolle genommen worden zu sein. Insgesamt lässt sich sagen, dass die – angesichts der Mannigfaltigkeit der aufgelisteten Ausnahmen – schwer erkennbare Grenze zwischen Verfahrenskontrolle und materieller Prüfung weiter an Trennschärfe verliert. Der früher geltende Grundsatz, dass eine höchstrichterliche Verfahrensprüfung nicht in eine Kontrolle der inhaltlichen Anwendung fremden Rechts gleichsam „durch die Hintertür“ führen dürfe¹⁷⁰, scheint in der Praxis des BGH inzwischen obsolet zu sein.¹⁷¹ Dies könnte ein erster Hinweis darauf sein, dass der BGH angesichts der zunehmenden internationalen Verflechtung eine alleine auf die Belange der nationalen Rechtsordnung ausgerichtete Perspektive aufgibt.

2.2 Frankreich

2.2.1 Methodischer Hintergrund

Die Kollisionsnormen des französischen Rechts sind nur in einem relativ kleinen Bereich kodifiziert (Nationalität, Abstammung, Scheidung), zum größten Teil beruhen sie auf Richterrecht.¹⁷² Auch in Frankreich gilt das *Römische EWG-Übereinkommen über das auf*

¹⁶⁷ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen prozessualer und materieller Prüfung: Gruber, Die Anwendung fremden Rechts durch deutsche Gerichte, ZRP 1992, S. 6, 7: bei fehlerhafter Interpretation einer fremden Rechtsnorm wird sich häufig eine fremde Rechtsprechung vorweisen lassen, die das Gericht (ermessensfehlerhaft?) nicht berücksichtigt hat und bei deren Kenntnis die Entscheidung anders ausgefallen wäre; vgl. auch Fastrich, Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts, ZZP 1997, S. 423, 436 ff.

¹⁶⁸ Vgl. Kegel/Schurig, a.a.O.

¹⁶⁹ Vgl. BGHZ 40, S. 197, 200 f.

¹⁷⁰ So noch dargestellt in Gruber, Die Anwendung fremden Rechts durch deutsche Gerichte, ZRP 1992, S. 6, 7.

¹⁷¹ Vgl. Pfeiffer, Die revisionsgerichtliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts, NJW 2002, S. 3306, 3308.

¹⁷² Vgl. Vgl. Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 28, 29.

*vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*¹⁷³ und es herrscht der *Savigny'sche* Methodenansatz vor: gefragt wird nach dem Sitz des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses, welcher mittels verschiedener Anknüpfungspunkte, der *facteurs de rattachement*, ermittelt wird. Die Kollisionsregeln werden mit vier Attributen beschrieben: sie sind abstrakt, neutral, bilateral und frei von Nationalismus („*dénuées de nationalisme*“). Abstrakt, weil der Richter eine Rechtsordnung ohne Kenntnis vom Inhalt der in Frage stehenden materiellen Regeln auswählt; neutral, da keine der möglichen Lösungen eines Konfliktes von vornherein favorisiert wird; bilateral, da die Regel ohne Unterschied entweder die eigene oder eine fremde Rechtsordnung bezeichnet, und schließlich frei von Nationalismus insofern, als die *lex fori* nicht bevorzugt Anwendung erfährt.¹⁷⁴

2.2.2 Anwendung der Kollisionsregeln *ex officio*?

Wie dargestellt, ist Grundvoraussetzung dafür, dass fremdes Recht zum Einsatz kommen kann, dass die – möglicherweise im Ergebnis – hierzu führenden Kollisionsnormen zunächst einmal angewendet werden. Das ist automatisch immer dann der Fall, wenn die Parteien sich auf eine fremde Rechtsordnung berufen. Wie aber sieht es aus, wenn die Parteien passiv bleiben? Sind französische Richter in einem solchen Fall verpflichtet, das Kollisionsrecht aus eigener Initiative zu berücksichtigen? Die Rechtsprechung hat hierauf sehr wechselhafte Antworten gefunden, deren Evolution im folgenden kurz umrissen werden soll.

2.2.2.1 Entwicklung

Ausgangspunkt der Entwicklung ist das Urteil *Bisbal*¹⁷⁵ der *Cour des Cassation* aus dem Jahre 1959. Die Gerichte waren hiernach nicht verpflichtet, die Kollisionsregeln anzuwenden, deren Berücksichtigung war vielmehr freiem Ermessen anheim gestellt.¹⁷⁶ Diese Handhabung war insofern konsistent mit dem französischen Zivilprozessrecht, als es in Art. 7 des *Nouveau Code de Procédure Civile* heißt, der Richter könne seine Entscheidung nur auf die Tatsachen stützen, die im Prozess geltend gemacht würden, wobei diese Tatsachen auch dann Berücksichtigung finden dürften, wenn die Parteien sie nicht zur Begründung ihres Anspruches heranzögen.¹⁷⁷ Bezogen auf internationale Sachverhalte lässt sich daraus

¹⁷³ Vgl. hierzu und zu den weiteren Entwicklungen: 7.2.1.3.

¹⁷⁴ Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, Rn. 114.

¹⁷⁵ Cass. Civ., 1. Senat, 12. Mai 1959; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960, S. 62.

¹⁷⁶ Vgl. *Compagnie Algérienne de Crédit de Banque*, Cass. civ. 2. März 1960; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1960, S. 97.; Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 144.

¹⁷⁷ Vgl. den Wortlaut des art. 7 NCPC: « *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi, les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas invoqués au soutien de leur prétention.* »

schließen: Berührungspunkte mit dem Ausland, die in den Prozess Eingang gefunden haben, aber von den Parteien nicht in Verbindung mit ihrem Anliegen gebracht werden, kann, *muss* das Gericht jedoch nicht in seine Entscheidungsfindung einbeziehen.¹⁷⁸

Eine radikale Wende kam im Jahre 1988 zunächst mit den Urteilen *Rebouh* und *Schule*¹⁷⁹, aus denen eine ausnahmslose Verpflichtung zur Beachtung des Kollisionsrechts hervorging. Das oberste Zivilgericht reagierte damit auf Kritik am vormaligen Zustand, die sich, von einer praktischen Warte, auf die Zunahme der internationalen Kontakte bezogen hatte, sowie, von einem dogmatischen Standpunkt aus, auf die Bestimmung des Art. 12 Abs.1 des *Nouveau Code de Procédure Civile*, wonach Rechtskonflikte in Anwendung der geltenden Rechtsnormen zu lösen sind.¹⁸⁰ Der neue Status, der dem Vorliegen internationaler Berührungspunkte damit gegeben wurde, erhielt ein positives Echo von Seiten führender IPR-Gelehrter. So führte man beispielsweise an, die bilaterale Struktur der Kollisionsregel fordere, dass fremdes und inländisches Recht als gleichwertig betrachtet werden, gehe es doch im IPR nicht um die Aufteilung von Souveränitätssphären, sondern um eine dem internationalen Charakter des Rechtsproblems Rechnung tragende Lösung, die durch entsprechende Anwendung des Regelwerks zu finden sei.¹⁸¹

Im Jahre 1990 allerdings steuerte das Gericht mit dem Urteil *Sté COVECO*¹⁸² wieder einen Schritt zurück, indem es bestimmte, dass Kollisionsrecht nur in den Fällen verpflichtend anzuwenden sei, wo seine Regeln entweder einem internationalen Abkommen entspringen oder aber die Parteien nicht frei über ihre Rechte verfügen können.¹⁸³ Dieses Regime geriet bald unter Beschuss. Die Kritiker machten geltend, dass sich gerade in den Materien, in denen die Parteien frei über ihre Rechten bestimmen können¹⁸⁴, die meisten internationalen Konventionen finden ließen, das eine der aufgestellten Kriterien das andere somit praktisch wirkungslos mache.¹⁸⁵ Auch an der Unschärfe des Kriteriums „*matière (...) soumise à aucune convention internationale (...)*“ nahm man Anstoß: wie sollte zum Beispiel zu verfahren sein, wenn eine ins nationale Recht integrierte Regelung auf eine EU-Richtlinie zurückzuführen

¹⁷⁸ Vgl. Lequette, L'abandon de la jurisprudence Bisbal, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, S. 277, 292 f.

¹⁷⁹ Cass. civ. 1. Senat, 11. und 18. Okt. 1988; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, S. 368.

¹⁸⁰ Vgl. Audit, *Droit international privé*, Rn. 256; Herzfelder, Die Prüfungspflicht der französischen staatlichen Gerichte hinsichtlich kollisionsrechtlicher Fragen, *RIW* 1990, S. 354, 355; Ponsard, L'office du juge et l'application du droit étranger, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, S. 607, 609; Wortlaut des Art. 12 Abs.1 NCPC: « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* »

¹⁸¹ Vgl. Lequette, L'abandon de la jurisprudence Bisbal, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1989, S. 277, 299.

¹⁸² Cass. civ. 1. Senat, 4. Dez. 1990; *J.D.I.* 1991, S. 372.

¹⁸³ Vgl. Audit, a.a.O., Rn. 257.

¹⁸⁴ Zur Unterscheidung vgl. Audit, a.a.O., Rn. 258: freie Verfügung im vermögensrechtlichen Bereich, nicht hingegen im Bereich des Personenstands und *capacité des personnes*.

¹⁸⁵ Vgl. Audit, a.a.O., Rn. 257.

war?¹⁸⁶ Und schließlich sei das Kriterium noch nicht einmal besonders sinnvoll, denn die wohl zugrunde liegenden Überlegung, dass nationales Recht internationalem Recht weichen müsse, betreffe einen ganz anderen Kollisionsfall, nämlich den zwischen einem internationalen Vertrag und nationalem Recht.¹⁸⁷

2.2.2.2 Aktuelle Rechtslage

Nach all diesen kritischen Äußerungen kam es im Jahre 1999 zu dem Urteil *Mutuelles du Mans*¹⁸⁸, welches den momentanen *modus operandi* bestimmt. Die seit *COVECO* existierende Rechtslage hat sich insofern geändert, als nunmehr entscheidend *alleine* das Kriterium der Disponibilität von Rechten ist und der Entstehungshintergrund der Konfliktregel keine Rolle mehr spielt.¹⁸⁹

Auch diese Regelung wird heftig kritisiert. Zum einen bedauert man die Tatsache, dass unter dem neuen Regime die begrüßenswerte Entwicklung hin zum einheitlichen Kollisionsrecht – welche nun einmal am ehesten im Bereich der disponiblen Rechte stattfindet- gewissermaßen konterkariert wird..¹⁹⁰ Weiter missfällt den Kritikern, dass eine eindeutige Klassifizierung in disponible und nicht disponible Rechte angesichts der Komplexität der Materie kaum zufriedenstellend möglich ist¹⁹¹ – so dass inzwischen bereits wieder die Rückkehr zur generellen Anwendung *ex officio* des Kollisionsrechts gefordert wird.¹⁹²

Es bleibt abzuwarten, ob die *Cour de Cassation* diesen Bedenken in ihrer zukünftigen Rechtsprechung Rechnung tragen wird. Bislang gilt, um es noch einmal abschließend zusammenzufassen, die Regel: nur in den Fällen, in denen der Konflikt einen Bereich betrifft, in dem die Parteien nicht freie Verfügung über ihre Rechte haben, *müssen* die Richter das Kollisionsrecht anwenden. In allen anderen Konstellationen, einschließlich denen, in denen für die Materie relevante Kollisionsregeln in internationalen Abkommen normiert sind, ist die Berücksichtigung des Konfliktrechts rein fakultativ.

2.2.3 Umfang und Verteilung der Ermittlungslast

Parallel zur wechselhaften Rechtsprechung zur Anwendungspflicht änderten sich jeweils Verteilung und Inhalt der Ermittlungslast. Das ursprüngliche System ging von einer

¹⁸⁶ Vgl. Fauvarque-Cosson, *Le juge français et le droit étranger*, Rec. Dalloz 2000, S. 125, 127.

¹⁸⁷ Vgl. Fauvarque-Cosson, a.a.O.

¹⁸⁸ Cass. civ. 26. Mai 1999, Bull. civ. I, Rn. 172, J.C.P. 1999.IV, S. 2325.

¹⁸⁹ Vgl. Loussouarn/Bourel, *Droit international privé*, Rn. 242 b) (S. 287).

¹⁹⁰ Vgl. Loussouarn/Bourel, Rn. 242 b) (S. 287, 288).

¹⁹¹ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O., Fauvarque-Cosson, a.a.O. S. 125, 128; vgl. auch die Problematik, nach welchem Recht die Frage der Disponibilität zu bestimmen ist: Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 187.

¹⁹² Vgl. Fauvarque-Cosson, a.a.O.

Beweislast desjenigen aus, dessen Anspruch sich auf fremdes Recht stützte – unabhängig davon, wer sich auf das fremde Recht berufen hatte.¹⁹³ Wie im klassischen Beweisverfahren waren so alleine die Parteien für den Beweis der ihre Ansprüche stützenden fremden Normen zuständig, was Ausfluss der Ansicht war, fremdem Recht komme im Inland nicht Norm-, sonder vielmehr Tatsachencharakter zu.¹⁹⁴ Um nicht zu Ungerechtigkeiten zu führen, machte das Regime teilweise recht komplizierte Unterscheidungen bezüglich der Qualität eines sich auf fremdes Recht beziehenden Verteidigungsmittels notwendig¹⁹⁵, welche heute, unter der neuen Rechtsprechung zur Anwendung des Kollisionsrechts, hinfällig geworden sind.

Die heute geltende Verteilung der Ermittlungslast richtet sich, parallel zur Regelung der Anwendungspflicht, nach der Frage der Disponibilität der Rechte. Es sind also zwei Situationen zu unterscheiden:

Soweit die Parteien nicht frei über ihre Rechte verfügen können, die Kollisionsregeln also ex officio zu berücksichtigen sind, sind die Richter gehalten, eigene Recherchen zum Inhalt des fremden Rechts anzustellen¹⁹⁶, wobei sie sich der Mithilfe der Parteien bedienen können.¹⁹⁷

Wollte man den Gerichten nicht diese Pflicht auferlegen, so hieße das, dass die Parteien indirekt eben doch über ihre Rechte verfügen könnten: nämlich, indem sie einfach keine Rechercheaktivitäten entfalteten und damit im Ergebnis die lex fori anwendbar machten.¹⁹⁸

In den Bereichen, in denen es den Parteien freisteht, über ihre Rechte zu disponieren, trifft die Richter hingegen keine Recherchepflicht. Da alleine die Interessen der betroffenen Partei auf dem Spiel stehen, geht man davon aus, diese werde sich aus eigenem Antrieb bemühen darzulegen, inwiefern die Bestimmungen einer fremden Rechtsordnung sich für sie günstiger auswirken.¹⁹⁹

Eine Ausnahme hierzu greift allerdings immer dann, wenn die Richter aus freien Stücken das Kollisionsrecht angewendet hatten; in diesen Fällen obliegt es ihnen auch, den Inhalt des fremden Rechts zu ermitteln.²⁰⁰ Diese Regelung wird kritisch betrachtet – man fürchtet, die Recherchepflicht könne die Gerichte in ihrem Elan bremsen, das Kollisionsrecht aus freien Stücken anzuwenden.²⁰¹

¹⁹³ Vgl. Urteil *Lautour*, Cass.civ., 25. Mai 1948, Rev. crit. dr. internat. privé 1949, S. 89.

¹⁹⁴ Vgl. Ferrand, Die Behandlung ausländischen Rechts durch die französische Cour de Cassation, ZEuP 1994, S. 126, 131

¹⁹⁵ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O., Rn. 243 –2.

¹⁹⁶ So der erste Zivilsenats der *Cour de Cassation* im Urteil *Driss Abbou* vom 1. Juli 1997; Rev. crit. dr. internat. privé 1998, S. 60.

¹⁹⁷ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 183.

¹⁹⁸ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 183.

¹⁹⁹ Vgl. das Urteil *Djenangi* des ersten Zivilsenats der *Cour de Cassation* vom 22. April 1986; J.D.I. 1986, S. 1025.

²⁰⁰ So das Urteil des ersten Senats der *Cour de Cassation* vom 27. Januar 1989, J.C.P. 1998.II, S. 1098

²⁰¹ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 186.

Um es also zusammenzufassen, gilt folgende Regelung: Sobald die Initiative zur Anwendung des Kollisionsrechts von den Gerichten ausgeht - sei es, weil sie dazu verpflichtet sind, sei es, dass dies aus freien Stücken geschieht – ist es auch an den Gerichten, den Inhalt des Fremdrechts zu ermitteln bzw. den Parteien die entsprechenden Maßnahmen aufzugeben. In allen anderen Fällen sind die Parteien alleine verantwortlich.

Insgesamt ist anzumerken, dass in Frankreich, wo fremdes Recht teilweise denselben Beweisregeln, wie sie für Tatsachen gelten, unterliegt,²⁰² noch heute Debatten über den Charakter fremden Rechts als „Recht“ oder Tatsache geführt werden.²⁰³ Wenn auch die praktischen Implikationen dieser Diskussion fragwürdig sein mögen,²⁰⁴ so ist sicher die konstante Auffassung zu § 293 ZPO im deutschen Recht nicht zuletzt auf den stabilen doktrinären Hintergrund zurückzuführen.²⁰⁵

Soweit es nicht gelingt, Beweis über den Inhalt des in Frage stehenden fremden Rechts zu erbringen, wenden die französischen Gerichte im Regelfall auch dann die *lex fori* als subsidiär geltendes Recht an, wenn es sich um einen Bereich handelt, in dem die Parteien nicht frei über ihre Rechte verfügen können. Nur wenn in einem solchen Fall die von den Richtern mit einem bestimmten Ermittlungsauftrag belastete Partei obstruktives Verhalten an den Tag legt, wird es als gerechtfertigt angesehen, die Klage abzuweisen, wie es die frühere Rechtsprechung ganz allgemein tat. Dass in einem solchen Fall nicht das Gericht selbst die von der Partei verweigerten Recherchen anstellen muss, wird mit der Überlegung begründet, dass eine Klageabweisung zu demselben Ergebnis führt, wie wenn von vornherein gar kein Prozess angestrengt worden wäre. Durch Klageabweisung wird also auch im Bereich nicht-disponibler Rechte kein systemwidriger Zustand geschaffen.²⁰⁶

Im Bereich der disponiblen Rechte ist die subsidiäre Anwendung der *lex fori* seit langem fraglos etabliert. In theoretischer Hinsicht rechtfertigen führende IPR-Gelehrte dies mit dem abstrakten Charakter der Rechtsregeln: diese etablierten eine Beziehung zwischen einer faktischen Hypothese und einer juristischen Folge, ohne dabei die Lokalisierung der konkreten Personen oder Situationen in Betracht zu ziehen – ihnen käme dadurch eine universale Berufung zu, die es erlaube, *subsidiär* die Normen des Forums anzuwenden.²⁰⁷

²⁰² Vgl. Hartley, Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, International and Comparative Law Quarterly 1996, S. 271, 281.

²⁰³ Battifol, Droit international privé, S. 530.

²⁰⁴ Vgl. Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 239.

²⁰⁵ Vgl. aber den oben genannten Ansatz von Flessner zum fakultativen Kollisionsrecht.

²⁰⁶ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 185.

²⁰⁷ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 184.

2.2.4 Beweismittel

Soweit die Parteien tätig werden, bedienen sie sich in den meisten Fällen eines Mittels mit der Bezeichnung „*certificat de coutume*.“ Das in französischer Sprache gehaltene Dokument stammt entweder von einem Konsulat bzw. einer Botschaft oder schlicht von einem auf dem betreffenden Fachgebiet spezialisierten Juristen. In der Praxis hat das *certificat de coutume* nicht unerhebliche Schwächen: da es eine Auftragsarbeit darstellt, wird die Rechtslage nicht selten einseitig zugunsten des Bestellers interpretiert, so dass im Ergebnis häufig zwei sich diametral widersprechende Expertisen vorliegen. Für die Gerichte stellt es sich in solchen Fällen sehr schwierig dar, eine der wahren Rechtslage entsprechende Entscheidung zu treffen.²⁰⁸

Den Richtern selbst steht zum einen die Möglichkeit offen, einen Experten oder *consultant* um Ermittlung des Inhalts fremden Rechts zu ersuchen. Hiervon wird allerdings nur sehr selten Gebrauch gemacht.²⁰⁹ Als weitere Alternative steht es den Richtern offen, von dem durch das *Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht* etablierten Informationsbeschaffungsprozess Gebrauch zu machen. In Frankreich ist Ansprechpartner in diesem Zusammenhang der *Service des affaires européennes et internationales* des Justizministeriums. Obwohl das System zuverlässig und relativ schnell funktioniert und darüber hinaus den Parteien keine Kosten entstehen, wird von seinen Diensten nur wenig Gebrauch gemacht (im Regelfall nicht mehr als 10 Anfragen von französischen Gerichten pro Jahr).²¹⁰ Nachteile der Methode wurden bereits angesprochen.

Eine dritte Möglichkeit zur Informationsbeschaffung, die sich allmählich verbreitet, ist die, sich direkt an den *Service des affaires européennes et internationales* zu wenden, welcher sodann im Rahmen seiner Möglichkeiten Erkundigungen einholt. Zwar gestaltet sich diese Vorgehensweise bequem, ihre Verlässlichkeit jedoch ist Zweifeln unterworfen.²¹¹

2.2.5 Revisibilität

2.2.5.1 Grundsatz

Grundsätzlich unterliegt die Anwendung fremden Rechts durch ein französisches Gericht nicht der Kontrolle des obersten Gerichtes, der *Cour de cassation*. Man spricht von der „*appréciation souveraine des juges du fond*“, der im pflichtgemäßen Ermessen liegenden Interpretationsbefugnis der Instanzrichter.²¹² Bei ihrer Auslegung müssen die Richter

²⁰⁸ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 188.

²⁰⁹ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 189.

²¹⁰ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 189.

²¹¹ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O.

²¹² Vgl. Lousouarn/Bourel, *Droit international privé*, Rn. 243-7.

allerdings, wie in Deutschland, die Rechtsprechung und Doktrin des in Frage stehenden Landes beachten; ihre Aufgabe besteht letztlich darin, der dem fremden Recht im „Heimatland“ gegebenen Interpretation so nahe wie möglich zu kommen. Das geht so weit, dass die ausländische Anwendungspraxis auch dann zu respektieren ist, wenn sie in klarem Widerspruch zum Gesetzestext steht – nicht der Wille des fremden Gesetzgebers ist entscheidend, sondern die tatsächlich existierende Rechtspraxis.²¹³ „

Die obersten Richter verweisen bezüglich ihrer grundsätzlichen Enthaltung auf eine Parallele zum Vertragsrecht – tatsächlich wird der entsprechende Artikel des *Code civil* (Art. 1134) in den entsprechenden Entscheidungen einleitend aufgeführt. Dahinter steht folgender Gedanke: Nach dem Wortlaut des Art. 1134 *Code civil* („*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*“) hat der Vertrag Rechtswirkung für diejenigen, die ihn geschlossen haben. Mit anderen Worten: kraft des Willens der Vertragsparteien sind die Vertragsklauseln zum zwischen ihnen geltenden Gesetz geworden. Dies aber nur, weil es der Gesetzgebers so bestimmt hat – und hier schließt sich der Bogen zum fremden Recht: das fremde Recht, so die Überlegung, mag im *Ausland* als solches gelten, Rechtskraft auf *französischem* Boden hat es jedoch nur aufgrund des Anwendungsbefehls des französischen Souveräns.²¹⁴

Dies mag eine theoretisch-dogmatisch einleuchtende Erklärung für die mangelnde Revisibilität fremden Rechts sein, in der Praxis jedoch, hierüber besteht in der französischen Rechtslehre Einigkeit, sind andere Faktoren entscheidend. An prominenter Stelle wird die Funktion der *Cour de cassation* genannt. Diese bestehe vor allem darin, die Ausarbeitung des Rechts vereinheitlichend zu begleiten, mit anderen Worten: dafür Sorge zu tragen, dass sich im Zuge der Entwicklung des Rechts keine Systemwidersprüche ergeben. Diese Vereinheitlichungsrolle komme der *Cour de cassation* nun natürlich nur innerhalb der Grenzen ihres eigenen Rechtssystems zu, während sie in der Ausarbeitung fremden nationalen Rechts keinerlei Verantwortung trage.²¹⁵ Auch wird geltend gemacht, eine effektive Kontrolle der Anwendung fremden Rechts sei aus praktischen Erwägungen heraus kaum durchführbar.²¹⁶

In der Realität scheinen die betroffenen Richter häufig aus rein psychologischen Motiven heraus untätig zu bleiben: in einer so fremden und unsicheren Materie gewinnt die Angst vor interpretatorischen Fehlritten die Oberhand. Dies hat zur bedauerlichen Konsequenz, dass die

²¹³ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 191.

²¹⁴ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O., Rn. 243-7.

²¹⁵ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O.; Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 193.

²¹⁶ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O.

einzelnen Gerichte in Frankreich zu ganz unterschiedlichen Auslegungen einzelner, in der Praxis bedeutsamer Fremdrechtsmaterien gelangen können.²¹⁷

Um jedenfalls groben interpretatorischen Fehlleistung Einhalt gebieten zu können, übt die *Cour de cassation* eine Minimalkontrolle aus, deren Grundzüge im Folgenden erläutert werden sollen.

2.2.5.2 Ausnahme : *Contrôle de dénaturation*

An erster Stelle zu nennen ist der sogenannte *contrôle de dénaturation*. Dieses – ebenfalls aus dem Vertragsrecht entlehnte – Mittel kommt dann zum Einsatz, wenn ein Instanzgericht den klaren und präzisen Sinn einer fremden Rechtsvorschrift verkannt hat. Allerdings wird diese ohnehin beschränkte Handhabe dadurch weitergehend limitiert, dass Maßstab nicht etwa die in der fremden Rechtsordnung existierende legale Realität ist, sondern vielmehr die den Gerichten zur Verfügung stehenden Dokumente als Referenz dienen. Geben diese also den Zustand bereits falsch wieder und beziehen sich die Gerichte ohne sachlichen Fehler hierauf, so kann seine Entscheidung nicht angegriffen werden. Der französische Richter müsse sich auf die Materialien beschränken dürfen, heißt es zur Erläuterung, denn eine unabhängige Kenntnis fremder Rechtsordnungen sei von ihm nicht zu erwarten.²¹⁸

Betrachtet man die französische Gerichtspraxis, so zeigt sich, dass ein ohnehin schon nahezu „zahnloses“ Kontrollmittel in der Umsetzung fast vollständig irrelevant wird. Seit im Jahre 1961 das Mittel des *contrôle de dénaturation* ausdrücklich im Urteil *Montefiore*²¹⁹ etabliert wurde, haben die obersten Gerichte nur sehr spärlich von dem ihnen an die Hand gegebenen Instrumentarium Gebrauch gemacht.²²⁰ Durch ihren ausdrücklichen Bezug auf die zitierte Vertragsrechts-Norm (Art. 1134 *code civil*) scheinen die Richter sich auch dogmatisch vor einem Ausweiten der Kontrolle quasi „durch ein Hintertürchen“ absichern zu wollen: stützte man sich nämlich auf die dogmatisch näherliegende Überlegung, wer fremdes Recht falsch anwende, verletze automatisch auch die französische Kollisionsnorm, so wäre eine strikte Beschränkung des Kontrollumfangs kaum mehr zu rechtfertigen.²²¹ Die vorherrschende Praxis veranlasst führende IPR-Gelehrte dazu, vom „(..) *caractère décevant de la condition de la loi étrangère en droit international privé français* (..)“ zu sprechen – einem Missstand,

²¹⁷ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O.

²¹⁸ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 194.

²¹⁹ Urteil vom 21. November 1961, Rev. crit. dr. internat. privé 1962, S. 329.

²²⁰ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O., Rn. 245.

²²¹ Vgl. Loussouarn/Bourel, a.a.O.

der auf die Komplexe französischer Richter angesichts fremder Rechtsordnungen zurückgehe und eine Verbesserung der Kenntnis fremder Rechtsordnungen anmahne.²²²

2.2.5.3 Ausnahme: Begründung

Die zweite Ausnahme bezieht sich auf die Begründungspflicht, welche die Richter bezüglich ihrer Entscheidungen trifft. Die Entscheidungsgründe müssen die zugrundegelegte Auslegung erkennbar machen sowie, in einigen Fällen, eine entsprechende Rechtfertigung anführen: dies zum einen, wenn die Richter eine andere Interpretation als die in den vorgelegten Dokumenten enthaltene wählen, und zum anderen immer dann, wenn sich die Interpretation in Widerspruch zum scheinbaren Wortsinn des Gesetzestextes setzt. In der letztgenannten Konstellation schließt sich der Kreis zum *contrôle de dénaturation*.²²³

2.3 Vereinigte Staaten von Amerika

Anders als in den bereits dargestellten Ländern Deutschland und Frankreich existiert in den USA, wie erwähnt, kein geschlossenes und einheitliches Regelsystem auf dem Gebiet des Kollisionsrechts – des *Conflict of Laws*. Dies wiegt um so schwerer, als sich in den USA kollisionsrechtliche Fragen nicht nur auf der Ebene internationaler Kontakte, sondern auch – und in noch stärkerem Maße - im Verkehr der Einzelstaaten untereinander stellen.

Im Folgenden werden zunächst kurz die Entwicklung des doktrinären Hintergrundes einschließlich der *Restatements*²²⁴ sowie die prozessualen Rahmenbedingungen auf bundes- und einzelstaatlicher Ebene umrissen. Die Darstellung findet vor dem Hintergrund der für diese Abhandlung zentralen Frage, nämlich der nach der Akzeptanz fremden Rechts, statt. Sodann soll diese Frage in der Praxis amerikanischer Gerichte beleuchtet sowie die Wechselwirkungen zwischen Theorie und Praxis dargestellt werden.

2.3.1 Doktrinärer Hintergrund und Restatements: Einteilung

Den doktrinären Hintergrund des IPR in den USA aufzubereiten, ist aufgrund der bereits angedeuteten Diversität eine sehr komplexe Aufgabe. Für die Zwecke dieser Abhandlung wird auf eine umfassende Darstellung bewusst verzichtet. Da es vielmehr zentral um die Frage der Akzeptanz fremden Rechts geht, sollen die theoretischen Strömungen nach zwei

²²² Vgl. Loussouran/Bourel, a.a.O.

²²³ Vgl. Mayer/Heuzé, Rn. 194.

²²⁴ Zu den *Restatements* vgl. die Homepage des *American Law Institute*, welches sie zusammenstellt und publiziert: www.ali.org

Kriterien klassifiziert werden, welche zum Verständnis der später zu untersuchenden Gerichtspraxis wichtig erscheinen: Das erste Kriterium wird der Grad sein, zu dem die verschiedenen Theorien darauf abzielen, feste Regeln aufzustellen, welche die Gerichte führen und entsprechend ihren Entscheidungsspielraum in der Auswahl des anzuwendenden Rechts reduzieren. Hier lassen sich drei Unterkategorien herauschälen, nämlich zum einen feste Regeln, sodann Richtlinien in Form von bei der Entscheidung in Betracht zu ziehenden Faktoren sowie, bloße *approaches*, die weder feste Regeln noch Richtlinien an die Hand geben. Ein weiteres Kriterium wird die Frage sein, ob die untersuchten Theorien ein abstraktes, vorgeschaltetes „IPR-Level“ kennen, oder sich von vornherein von rein materiellen Überlegungen leiten lassen.²²⁵

Unsere These ist vor diesem Hintergrund folgende: Je geringer der Spielraum der Gerichte in der Anwendung der Kollisionsregeln – je unflexibler also das Regelwerk – und je mehr IPR-spezifische Überlegungen einfließen, desto eher wird es zur Anwendung fremden Rechts kommen. Dies soll im Verlaufe der folgenden Abschnitte näher erläutert werden.

2.3.1.1 Spielraum für die Gerichte

2.3.1.1.1 Feste Regeln

2.3.1.1.1.1 **First Restatement/Joseph Beale**

Ursprünglich herrschte in den USA die sogenannte Theorie der *Vested Rights* vor, wie sie in das *First Restatement von 1934*, eine umfassende Aufstellung präziser Konfliktregeln, Eingang fand.²²⁶ Grundlage der von *Joseph Beale* entwickelten Theorie war, wie bereits erwähnt, die Idee, dass Rechte und Verpflichtungen zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort unter dem Regime der jeweils herrschenden Rechtsordnung entstehen. Die Aufgabe des mit einem internationalen Sachverhalt konfrontierten Richters beschränkt sich nun darauf, das in Frage stehende Problem zu qualifizieren und die zum entsprechenden Recht führende Regel anzuwenden. Indem der Richter dies tut, wendet er nach *Beales* Konzeption nicht etwa fremdes Recht als Norm an, vielmehr setzt er die bereits unter fremdem Recht entstandenen Rechte und Verpflichtungen lediglich um und führt sie damit als bloßes Faktum in Inneren ein.²²⁷

Die starren Regeln des *First Restatement* kamen in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts unter immer heftigeren Beschuss. Im Zuge einer „*Conflict of Laws*

²²⁵ Diese Einteilung ist kongruent mit der in multilateralistische und unilateralistische Herangehensweisen, vgl. hierzu: Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, S. 13.

²²⁶ Vgl. Juenger, a.a.O., S. 90.

²²⁷ Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws I*, S. 64/65

Revolution“²²⁸ entwarf eine Vielzahl von Wissenschaftlern neue Herangehensweisen, die eine sachgerechtere Lösung ermöglichen sollten. Im Folgenden werden einige dieser Theorien, unter Berücksichtigung der oben vorgenommenen Einteilung, kurz vorgestellt.

2.3.1.1.1.2 David Cavers

Unter den moderneren Autoren ist *David Cavers* der einzige, der darauf abzielt, eine erschöpfende Zusammenstellung fester Regeln zu etablieren. Ausgangspunkt für *Cavers* ist die Kritik am zuvor bestehenden „mechanischen“ IPR-System, in dem nach seiner Auffassung die Intention (*policy goals*) der Gesetze vernachlässigt und damit keine wahre Gerechtigkeit erzielt wird.²²⁹ Anstatt abstrakt einer Rechtsordnung den Vorzug zu geben, sollen die Gerichte sich vielmehr intensiv mit dem Inhalt der zur Entscheidung stehenden materiellen Rechte auseinandersetzen und ihre Entscheidung danach richten, wie sich die jeweilige Regelung auf den konkret zu entscheidenden Konflikt auswirken würde.²³⁰

Mit der Zeit erkannte *Cavers*, dass die ursprünglich gewünschten Einzelfallregeln angesichts der Vielzahl der sich stellenden Konstellationen nicht möglich waren und schlug so ein System vor, das sich auf eine begrenzte Anzahl sog. *principles of preference* stützen sollte. Nach Vorstellung *Cavers*‘ würden die Gerichte diese Prinzipien mit der Zeit anhand der zu bearbeitenden Fälle entwickeln und so nach und nach ein umfassendes Werk relativ spezifischer und neutraler Regeln etablieren.²³¹

2.3.1.1.2 Richtlinien

2.3.1.1.2.1 Elliot Cheatham und Willis Reese

Unter denjenigen Wissenschaftlern, die eine sich auf Richtlinien stützende Vorgehensweise propagieren, gehören *Elliot Cheatham* und *Willis Reese* zu den einflussreichsten. In ihrer 1952 erschienen Publikation *Choice of the Applicable Law*²³² stellen sie eine “Checkliste” auf, deren Inhalt generelle IPR-Prinzipien widerspiegelt. Die einzelnen in Betracht zu ziehenden Faktoren sind nach Relevanz geordnet und lauten folgendermaßen:

- 1) *The needs of the interstate and international systems;*
- 2) *A court should apply its own local law unless there is good reason for not doing so;*
- 3) *A court should seek to effectuate the purpose of its relevant local law rule in determining a question of conflict of law;*
- 4) *Certainty, predictability, uniformity of results;*
- 5) *Protection of justified expectations;*
- 6) *Application of the law of the state of the dominant interest;*
- 7) *Ease in*

²²⁸ Vgl. hierzu: Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, S. 88 ff.

²²⁹ Cavers, *The Choice of Law, Selected Essays*, S.3.

²³⁰ A.a.O., S. 19

²³¹ Kurzzusammenfassung des Systems: McDougal/Felix/Whitten, *American Conflicts Law*, § 87.

²³² *Columbia Law Review* 1952, S. 959

*determination of applicable law, convenience of the court; 8) The fundamental policy underlying the broad local law field involved; 9) Justice in the individual case.*²³³

2.3.1.1.2.2 Second Restatement

Der Inhalt des im Jahre 1971 vollendeten – bis heute aktuellen²³⁴ - *Second Restatement* ist stark durch dessen Reporter *Willis Reese*²³⁵ beeinflusst. In der zentralen *Section 6 II* finden sich viele der oben aufgelisteten Faktoren wieder:

(...) the factors relevant to the choice of the applicable law include (a) the needs of the interstate and international systems; (b) the relevant policies of the forum; (c) the relevant policies of other interested states and the interests of those states in the determination of the particular issue; (d) the protection of justified expectations; (e) the basic policies underlying the particular field of law; (f) certainty, predictability and uniformity of results, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied.

Section 6 II hat die Funktion einer grundsätzlich für alle Konstellationen zu beachtenden Richtlinie. Wo das *Second Restatement* nicht ausnahmsweise feste Regeln aufstellt²³⁶, dienen die in *Section 6 II* aufgelisteten Faktoren dazu, den in allgemeiner gehaltenen Regeln verwendeten Begriff der engsten Beziehung („*most significant relationship*“) unter Berücksichtigung der Spezifika des jeweiligen Sachgebiets mit Leben zu füllen.²³⁷

2.3.1.1.2.3 Robert Lefflar

Eine weitere Aufstellung von Richtlinien stammt von *Robert Lefflar*, der nach Analyse und Zusammenfassung der den verschiedenen Herangehensweisen zugrundeliegenden Überlegungen zu folgender Aufstellung kam:

²³³ A.a.O., S. 962 - 980

²³⁴ Zu den Diskussionen um ein *3rd Conflicts Restatement*, vgl. Juenger, *A Third Conflicts Restatement?*, *Indiana Law Journal* 2000, S. 403 ff.; Symeonides, *The Need for a Third Conflicts Restatement*, *Indiana Law Journal* 2000, S. 437 ff.

²³⁵ Vgl. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, S. 105.

²³⁶ Z.B. §§ 223 – 243, in denen es um Immobiliarsachenrecht geht; anzuwenden ist die *lex rei situs*.

²³⁷ So lautet z.B. § 145, der das auf Deliktsfälle anzuwendende Recht regelt:

“The rights and liabilities of the parties with respect of an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in section 6.

(1) *Contacts to be taken into account in applying the principles of section 6 to determine the law applicable to an issue include:*

(a) *the place where the injury occurred,*

(b) *the place where the conduct causing the injury occurred,*

(c) *the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and,*

(d) *the place where the relationship, if any, between the parties is centered.*

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.”

1) *Predictability of results*; 2) *Maintenance of interstate and international order*; 3) *Simplification of the judicial task*, 4) *Advancement of the forum's governmental interests*; 5) *Application of the better rule of law*.²³⁸

Anders als in der oben aufgeführten *Cheatham/Reese* – Liste ist hier mit der numerischen Stellung in der Aufzählung keine Aussage zur Relevanz des jeweiligen Faktors verbunden.²³⁹

2.3.1.1.3 Weder Regeln noch Richtlinien

2.3.1.1.3.1 *Brainerd Currie*

Besonders einflussreich unter denjenigen, die das IPR weder durch Regeln noch durch Richtlinien zu systematisieren suchen, ist *Brainerd Currie* mit seiner *governmental interest* – Theorie.²⁴⁰ *Currie* reduziert das sich in internationalen Privatrechtsfällen stellende Rechtswahlproblem auf die Frage, welcher Staat Interesse daran habe, sein Recht angewendet zu sehen.²⁴¹ Auf diese Weise werden nach seiner Konzeption in vielen Fällen die von den Theoretikern der „revolutionären“ Generation viel kritisierten IPR-Regeln schon alleine dadurch überflüssig, dass bei genauer Analyse nur einer der beteiligten Staaten ein Interesse hat.²⁴²

Zusammengefasst, sieht *Currie's* Theorie folgendes Prozedere vor: Grundsätzlich sollten die Gerichte, auch in Fällen mit Auslandsberührung, ihr eigenes Recht anwenden. Für den Fall nun, dass ein fremdes Recht als Grundlage der Entscheidung in den Raum gestellt wird, hat das Gericht unter Berücksichtigung einer teleologischen Analyse des eigenen Rechts zu entscheiden, ob dem fremden Recht der Vorrang eingeräumt werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Forumstaat kein Interesse daran hat, sein eigenes Recht anzuwenden – nur in dieser Konstellation kommt also fremdes Recht zum Zuge.²⁴³

2.3.1.1.3.2 *Albert Ehrenzweig*

Ein weiterer „nicht-systematisierender“ Beitrag stammt von *Albert Ehrenzweig*, dem es darauf ankommt, die IPR-Frage der ihr entsprechenden Ebene zuzuweisen und dabei gleichzeitig die Position des Rechts des Forumstaates als grundsätzlich anwendbares Recht

²³⁸ McDougal/Felix/Whitten, a.a.O., § 93.

²³⁹ A.a.O.

²⁴⁰ Vgl. eingehend zu *Currie's* Theorie: Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, S. 5 ff.; vgl. auch Juenger, *Choice of Law – How It Ought Not to Be*, *Mercer Law Review* 1997, S. 757 ff.

²⁴¹ Vgl. *Currie* zum Inhalt des IPR-Problems: „*The central problem (..) may be defined (..) as that of determining the appropriate rule of decision when the interest of two or more states are in conflict – in other words determining which interest shall yield*“. *Currie*, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, S. 177.

²⁴² Konzeption der sog. *false conflicts*; vgl. *Currie*, a.a.O.

²⁴³ *Currie*, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, S. 183-184; *Currie*, *The Disinterested Third State*, *Law and Contemporary Problems* 1963, S. 754, 757.

wiederherzustellen.²⁴⁴ Nach *Ehrenzweig* haben die kontinentalen IPR-Systeme ihr Ziel, Rechtssicherheit und Entscheidungsgleichklang herzustellen, vollkommen verfehlt und beinhalten nichts als „Pseudo-Regeln“.²⁴⁵ Anstatt sich solchen Regeln zu beugen, sollen die Gerichte, von wenigen Ausnahmekonstellationen abgesehen, von der Anwendung ihres eigenen Rechtes ausgehen. Eine Ausnahmekonstellation liegt unter anderem im Fall einer „*true rule of choice*“ vor, welche die Gerichte gewinnen, indem sie das Forumsrecht mit Hinblick auf die geographische Reichweite der zugrundeliegenden Interessenüberlegungen analysieren.²⁴⁶

2.3.1.2 Berücksichtigung einer spezifischen IPR-Ebene?

Die Besonderheit von Rechtsfällen mit Auslandsberührung im Vergleich zu rein lokalen Problemkonstellationen liegt darin, dass der Lösung auf Ebene des materiellen Rechts zunächst einmal die Frage vorgeschaltet ist, welcher Rechtsordnung diese Lösung entnommen werden soll. Es erscheint einleuchtend, dass die sich auf dieser Rechtswahlebene stellenden Probleme anderer Qualität sind als die im Anschluss konkret zu lösende Frage: Während die konkreten Fragestellungen kaum übersichtlich zu kategorisieren sein dürften, treten auf Rechtswahlebene immer wieder dieselben Probleme und Belange in den Vordergrund. So stellt sich bspw. jedes Mal – implizit – die Frage nach der Konformität der gewählten Vorgehensweise mit allgemein im internationalen Verkehr praktizierten Lösungen; dies sowohl in politischer Hinsicht als auch auf Ebene der Parteierwartungen. Sind bereits in reinen Inlandsfällen Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit den Parteien ein starkes Anliegen, dürfte dies in internationalen Fällen um so dringender sein, wird hier doch durch die Rechtswahlfrage eine zusätzliche Unsicherheitsebene eingeführt. Entsprechend erscheint es – soweit eine „echte“ Rechtswahl ansteht, also kein Einheitsrecht vorhanden ist, sinnvoll, die Rechtswahlfrage abzusondern und deren Lösung so einfach wie möglich zu gestalten, anstatt sie mit der unübersichtlichen Vielschichtigkeit der konkreten Fragestellungen direkt zu verquicken. Auch erfordert die internationale Konstellation, um nur ein weiteres Beispiel zu nennen, gesonderte Überlegungen hinsichtlich der praktischen Durchführbarkeit des eingeschlagenen Lösungsweges; so können Fragen der Einsehbarkeit von relevanten

²⁴⁴ Es sei allerdings bemerkt, dass *Ehrenzweig* den Begriff der grundsätzlichen Anwendbarkeit („*general applicability*“ analytisch und *nicht* quantitativ verstanden wissen will. Vgl. *Ehrenzweig*, A Treatise on the Conflict of Laws, S. 314.

²⁴⁵ A.a.O., S. 315. An anderer Stelle (S. 352) kritisiert der Autor das kontinentale System als Ausdruck einer „*universalist ideology which has established a fictitious allocation of „competencies“ thought to entitle the laws of the several states to ubiquitous application according to a small number of broad and vague formulas.*“

²⁴⁶ A.a.O., S. 458.

Dokumenten oder des internationalen Zusammenspiels behördlicher oder gerichtlicher Vorentscheidungen²⁴⁷ eine Rolle spielen.

Es erscheint nach alledem sinnvoll, der Rechtswahlfrage mit gesonderten, auf ihre spezifischen Belange abgestimmten Überlegungen zu begegnen. Die in den USA vertretenen Lösungsvorschläge sehen dies allerdings keineswegs durchgehend so; sie variieren vielmehr sehr stark im Maße ihrer Bereitschaft, separate „IPR-Überlegungen“ anzustellen.

Im Folgenden sollen die vertretenen Ansätze unterteilt werden in solche, die sich von reinen spezifisch internationalen Überlegungen leiten lassen, weiter solche, die materielle – lokale – und international-abstrakte Faktoren kombiniert einbeziehen, und schließlich solche, die eine Lösung alleine durch Analyse der national-materiellen Rechtslage suchen. Es sei angemerkt, dass Theorien, die ein festes Regelwerk aufstellen, automatisch der ersten Kategorie zugeteilt werden, denn zwar mögen die Regeln ursprünglich anhand national-materieller Grundüberlegungen entwickelt worden sein, stehen sie aber einmal fest, sind sie dadurch gewissermaßen internationalisiert bzw. „neutralisiert“: sie finden nun auf die sich stellenden internationalen Rechtsfälle gleichförmig Anwendung, ohne dass die spezifisch materiellen Belange des sich *konkret, im Einzelfall* stellenden Problems in Ansatz gebracht würden.²⁴⁸

2.3.1.2.1 Rein IPR-spezifische Überlegungen

Entsprechend dem soeben Ausgeführten gehören sowohl das auf *Beales* Theorie der *Vested Rights* beruhende *First Restatement* als auch der Ansatz von *Cavers*, mit ihren fixen Regeln, der ersten Kategorie an.

2.3.1.2.2 Kombinierte Überlegungen

Sowohl *Cheatham/Reese* als auch *Leflar* verbinden in ihren Auflistungen von Richtlinien Überlegungen aus beiden hier gewählten Kategorien.

In ihrem Artikel *Choice of the Applicable Law*²⁴⁹ teilen *Cheatham/Reese* ihre entscheidunglenkenden Überlegungen („*choice-influencing policies*“) in drei Gruppen ein: solche, die in jedem IPR-Fall relevant sind (Überlegungen (1) und (2)); solche, die vom

²⁴⁷ Vgl. z.B. Art. 13 Abs.2 Nr.2 EGBGB, der unter bestimmten Voraussetzungen (Nr.1 und 3) eine Eheschließung auch dann ermöglicht, wenn an sich notwendige Entscheidungen ausländischer Behörden/Gerichte zur Ausräumung von Ehehindernissen trotz entsprechender Bemühungen nicht erreicht werden konnten; vgl. Palandt, EGBGB Art. 13 Rn. 16 d.

²⁴⁸ Zur Wechselwirkung zwischen „national-materiellen“ und „abstrakt-internationalen“ Überlegungen im System des deutschen IPR vgl. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, S. 98 ff., der überzeugend nachweist, dass IPR-Regeln keineswegs blind neutral sind, sondern unter Berücksichtigung der materiellen Belange des jeweiligen zu regelnden Gebietes konzipiert wurden, wodurch die am „mechanischen“ Charakter der Kollisionsnormen Anstoß nehmende Kritik der amerikanischen neueren Lehre hinfällig wird.

²⁴⁹ Columbia Law Review 1952, S. 959

materiellen Gehalt der Rechte abstrahieren und lediglich spezifische IPR-Faktoren in Betracht ziehen (Überlegungen (4), (5), (6), (7)) - diese beiden Gruppen lassen sich für die hier verfolgten Zwecke als IPR-spezifische Überlegungen klassifizieren - und schließlich Überlegungen, die eine Analyse des zur Auswahl stehenden Rechts und der jeweils sich ergebenden Lösungen implizieren (Überlegungen (3), (8), (9)).²⁵⁰ Einer ähnlichen Einteilung kann man das von *Willis Reese* bearbeitete *Second Restatement* zuführen.

Von in *Leflars* Liste aufgezählten Faktoren lassen sich die ersten drei der internationalen Sphäre zuordnen, während die Faktoren (4) und (5) sich konkret mit dem Inhalt der zur Auswahl stehenden Rechte auseinandersetzen und direkt mit der zu findenden Lösung koppeln.

Auf praktische Umsetzbarkeit und Implikationen bezüglich der hier interessierenden Frage – Akzeptanz fremden Rechts – wird unten einzugehen sein.

2.3.1.2.3 Rein national-materielle Überlegungen

Anders als die bislang dargestellten Theorien blenden die von *Currie* und *Ehrenzweig* vertretenen jegliche abstrakten internationalprivatrechtlichen Überlegungen aus. Ausgangspunkt ist das jeweilige Heimatrecht (Bundes- oder Staatenrecht), dessen räumlichen Anwendungsbereich es unter Analyse der materiellen Tragweite es zu ermitteln gilt. Die Tatsache, dass diese Analyse sich im Rahmen einer internationalen Fallkonstellation abspielt, wird hierbei lediglich im negativen Sinne berücksichtigt: Vor allem *Currie* konzipiert die kollisionsrechtliche Frage als Interessenkonflikt zwischen souveränen Staaten und inszeniert damit die Rechtswahlentscheidung als ein Verdikt, das einen Gewinner und einen Verlierer bestimmt.²⁵¹ Auch bei *Ehrenzweig* wird die internationale Konstellation nicht etwa im Sinne einer Ebene interpretiert, auf der sich zwei Rechtsordnungen gleichberechtigt gegenüberstehen und aus der das fremde Recht einen unabhängigen – positiven - „Anwendungsanspruch“ schöpfen könnte. Anwendungsanspruch hat alleine das eigene Recht und verdrängt damit die fremde Rechtsordnung, solange der „heimische“ Anspruch nicht ausnahmsweise verneint wird. So ist das Schicksal des fremden Rechts unmittelbar dem „Anwendungswillen“ des eigenen Rechtes untergeordnet.²⁵²

²⁵⁰ A.a.O., S. 981

²⁵¹ Vgl. *Currie*, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, S. 177, 178: „*The central problem (..) may be defined (..) as that of determining the appropriate rule of decision when the interests of two or more states are in conflict – in other words, of determining which interest shall yield.*”

²⁵² Vgl. „*That choice (..) must be made by interpreting that rule of the law of the forum which is alleged to be displaced by a foreign rule. In no sense can this foreign rule “govern” the case.*” *Ehrenzweig*, *A Treatise on the Conflict of Laws*, S. 311.

2.3.1.3 Kommentar

Der kurze Überblick gibt einen Eindruck davon, aus welcher Bandbreite von Möglichkeiten der mit einem IPR-Fall konfrontierte Richter bei der Wahl seiner Methode schöpfen kann. In der vorliegenden Untersuchung soll zentral die Frage interessieren, ob – und wenn ja, welche – Implikationen der gewählte Ansatz in der Praxis für die Anwendung fremden Rechts hat. Mit anderen Worten: Sind, gemäß der oben aufgestellten These, feste Regeln und IPR-spezifische Überlegungen der Anwendung fremden Rechts tatsächlich förderlich?

Diese Frage wird nicht ohne Kenntnis der prozessualen Rahmenbedingungen beantwortet werden können. Bevor diese näher beleuchtet werden, sollen im folgenden zunächst die vorgestellten Theorien vor dem Hintergrund der hier durchgeführten Einteilung näher beleuchtet werden.

Es hat sich gezeigt, dass nur *Cavers* sowie das *First Restatement* die Methode fester Regeln verfolgen. Da in der Fortführung des *Cavers'schen* Ansatzes bis heute noch kein in der Praxis einsetzbares Regelwerk entwickelt werden konnte, kann der Richter, will er sich fester Regeln bedienen, nur auf das für seinen mechanischen Charakter und seine logischen Insuffizienzen kritisierte²⁵³ *First Restatement* zurückgreifen.

Allerdings scheint es dazu eine Alternative in Form der *choice-influencing considerations* auflistenden *guidelines* zu geben. Macht sich das Gericht einen der in diesem Bereich vertretenen Ansätze zu eigen, so bewegt es sich im Rahmen einer von ihren jeweiligen Autoren ausgewogen und praktikabel gemeinten Methode. In keiner der Auflistungen überwiegen die materiell-rechtlichen, lokalen Überlegungen, und die Autoren sind bemüht, es nicht zu einer unreflektierten Bevorzugung des Heimatrechts kommen zu lassen. So betonen bspw. *Cheatham/Reese* bezüglich ihrer Faktoren (1) und (6), „*the needs of the interstate and international systems*“ und „*application of the law of the state with the dominant interest*“, dass sich die Rechte und Interessen der beteiligten Staaten grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber stehen.²⁵⁴ Auch in den *Comments and Illustrations* zum *Second Restatement* werden die Gerichte an mehreren Stellen angehalten, die Interessen fremder Staaten ebenso zu berücksichtigen wie die des Forums.²⁵⁵ *Leflar* bemerkt z.B. zu seinem Faktor (2), „*maintenance of interstate and international order*“, jegliche Bevorzugung des Forums sei suspekt, da sie intra- und internationale Belange außer Betracht lasse.²⁵⁶ Bezüglich Faktor (3), „*simplification of the judicial task*“, sieht er zwar, dass die gewünschte Vereinfachung sich

²⁵³ Vgl. zur Kritik, die Vested-Rights-Theorie beruhe auf einem Zirkelschluss: Kropholler, Internationales Privatrecht, § 21 I 2 a).

²⁵⁴ *Cheatham/Reese*, *Choice of the Applicable Law*, *Columbia Law Review* 1952, S. 959, 963, 972.

²⁵⁵ Vgl. *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 6 d), f), k).

²⁵⁶ *Leflar*, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, *NYU Law Review* 1966, S. 267, 287.

effektiv durch Anwendung des Heimatrechts erreichen lässt, betont aber, dass dieser Lösungsweg keineswegs der einzige zur Verfügung stehende sei.²⁵⁷

Wie aber ist es um die praktische Umsetzbarkeit der ausgewogen konzipierten *guidelines* bestellt? Können die Gerichte in der täglichen Fallarbeit den Erwartungen der Autoren gerecht werden? Die Antwort muss meines Erachtens negativ ausfallen, wofür ich im Folgenden eine theoretische Begründung liefern möchte. Das Dargelegte anhand der tatsächlichen Praxisverhältnisse zu verifizieren, wird Aufgabe eines späteren Abschnitts sein. Der Sinn von *guidelines* besteht darin, den Gerichten im Problembereich internationaler Privatrechtsfälle eine stabile, die Aufgabe im Wege der Kategorisierung simplifizierende Hilfe an die Hand zu geben; den Gerichten also eine verlässlichere und sichere Orientierung zu liefern, als die bspw. von *Currie* und *Ehrenzweig* vertretenen *approaches* es zu tun vermögen.²⁵⁸ Wie in den oben wiedergegebenen Kommentaren verschiedentlich anklingt, liegt die Motivation dieser methodischen Hilfe nicht zuletzt darin, die Gerichte vor der Versuchung zu bewahren, der in IPR-Fällen naturgemäß sehr hohen Komplexität durch simples Zurückgreifen auf das vertraute Heimatrecht Herr zu werden zu suchen.

Nach alledem steht und fällt die praktische Nützlichkeit der Richtlinien mit dem Grad, zu dem sie tatsächlich in der Lage sind, Komplexität zu reduzieren. Hier aber bietet sich bei näherem Hinsehen ein wenig ermutigendes Bild. Zwar bestechen die teilweise recht umfassenden Aufstellungen von *choice-influencing considerations* zunächst durch ihr strukturiertes und regelhaftes Erscheinungsbild, jedoch drängt sich die Erkenntnis auf, dass Richtlinien nur so viel Entscheidungshilfe bieten können, wie es die Bestimmtheit und Eindeutigkeit ihres Inhaltes zulässt. Hier aber liegt die entscheidende Schwäche der *guidelines*. Anstatt eine Auswahl von mit einem gewissen Automatismus zur einen oder anderen Rechtsordnung führenden Prinzipien aufzustellen, konfrontieren die *guidelines* den Richter mit einem Sammelsurium von extrem breiten und vagen Konzepten wie „*Needs of the interstate and international systems*“ (Bedürfnisse aber, so fragt man sich, auf welcher Ebene und in welcher Hinsicht?), „*Advancement of the forum's governmental interest*“ (aus wessen Perspektive und wie ist dieses „Interesse“²⁵⁹ zu bestimmen?) und „*Justice in the individual case*“ (was ist „Gerechtigkeit“?).

Angesichts dieser Umstände erscheinen zwei miteinander verbundene Konsequenzen wahrscheinlich: Da sich in der Praxis nur mit inhaltlich hinreichend konkretisierten

²⁵⁷ A.a.O., S. 288.

²⁵⁸ Vgl. hierzu Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, Cornell Law Review 1972, S. 315 ff.; ders., *A Suggested Approach to Choice of Law*, Vermont Law Review 1989, S. 1 ff.

²⁵⁹ Sehr plastisch führt Flessner, *Interessenjurisprudenz*, S. 60ff., vor Augen, wie problematisch es ist, dem „Staat“ eine Interessentenrolle zuschreiben zu wollen.

Konzepten arbeiten lässt, wird ein Richter, der sich mit durchgehend vage gehaltenen Faktoren aus zwei Bereichen – dem IPR-spezifischen sowie dem materiell-lokalen – auseinander zu setzen hat, im Zweifel die Faktoren des materiell-lokalen Bereiches heranziehen: mit diesen Faktoren verbindet der Richter aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung bereits einen Fundus von konkreten Vorstellungen, den er nun auch in einem internationalen Sachverhalt fruchtbar machen kann. Derselbe Impetus nun, der den Richter in einem ersten Schritt dazu geführt hat, sich den lokal-materiellen Faktoren zuzuwenden, wird ihn in einem weiteren Schritt dazu verleiten, diese Faktoren in einer der Anwendung des Forumsrechts zuträglichen Art und Weise mit Leben zu füllen. Die Vertrautheit mit erprobten und bekannten Konzepten lässt diese einleuchtend und instinktiv den unbekanntem fremden Konzepten vorzugswürdig erscheinen, weswegen die Wahl im Zweifel auf die vertraute materielle Regelung des Forumsrechts fallen wird.

Auf diese Weise verleitet die Vagheit der *choice-influencing considerations* die Gerichte dazu, die internationalen Komponenten des Sachverhaltes auf zwei Ebenen auszublenden: Zunächst in der Wahl der Faktoren, von denen sie sich bei der Rechtswahl leiten lassen wollen, sowie – und als Konsequenz – in der konkret vorzunehmenden Rechtswahl. Die Weichheit und Vagheit der *guidelines* erlaubt es dem Richter, die bequemste Wahl zu treffen, wann immer er eine Entscheidung auf seinem Weg durch einen Fall mit internationalen Bezügen zu fällen hat.

Es bleibt anzumerken, dass dieses Ergebnis, wenn von den Autoren der *guidelines* sicher nicht angestrebt, so doch keinesfalls im Gegensatz zum generellen doktrinären Klima in den USA steht. Der Theorie-Überblick hat gezeigt, dass so herausragende Wissenschaftler wie *Currie* und *Ehrenzweig* explizit die Anwendung des Forumsrechts als natürlich und vernünftig propagieren – ganz allgemein scheint es, als würden in den USA ausländische Berührungspunkte eher als Bedrohung wahrgenommen, denn als normaler Lebenssachverhalt, der adäquate rechtliche Behandlung verdient.²⁶⁰

Einem um Ausgewogenheit bemühten Gericht steht also, nach dieser theoretischen Durchleuchtung, keine echte Alternative zum *First Restatement* zur Verfügung. Aufgabe des nächsten Abschnitts wird sein zu untersuchen, ob dieser Ausgangssachverhalt durch die prozessualen Rahmenbedingungen abgemildert oder gar verstärkt wird.

²⁶⁰ Vgl. hierzu unten, Fn. 324.

2.3.2 Prozessuale Rahmenbedingungen

2.3.2.1 *Geschichtliche Einführung*

In den USA wurde das IPR von Anfang an stark unter dem Blickwinkel des Konflikts souveräner Gewalten gesehen. Entsprechend stellte sich – vor jeglicher methodischen Diskussion – zunächst die grundsätzliche Frage, ob und warum ein amerikanisches Gericht *überhaupt* das Recht eines fremden Souveräns anwenden sollte. Eine Antwort darauf – zusätzlich zur Methode – lieferte die oben skizzierte *Vested Rights Theory*.²⁶¹ Hiernach wendet, wie dargestellt, der mit einem IPR-Fall konfrontierte Richter, entnimmt er die Lösung einem fremden Recht, nicht etwa dieses fremde Recht in seiner Normhaftigkeit an, sondern transponiert vielmehr das unter dem Regime der fremden Rechtsordnung erworbene Recht ins Landesinnere.²⁶² Fremdes Recht ist danach lediglich als externes, *faktisches* Element relevant, welches folglich entsprechend einem Faktum vorgetragen und bewiesen werden muss.²⁶³ Ein weiteres Prinzip der *Vested Rights Theory* besagt, dass eine ausländische *cause of action* – ein „Klagegrund“ oder Anspruch – eine Verbindlichkeit darstellt, welche durch den Befehl des fremden Souveräns entsteht und damit nur innerhalb dessen Territorium gültig ist. Mit anderen Worten ist die *cause of action* außerhalb des sie zur Entstehung bringenden und definierenden fremden Rechts non-existent.²⁶⁴ Kombiniert bedeutet dies: Der Anspruch existiert nur im Rahmen eines fremden Rechts, und der Inhalt dieses fremden Rechts muss dargelegt und bewiesen werden. Gelingt der Beweis nicht, kann das fremde Recht nicht berücksichtigt werden, womit die *cause of action*, in ihrer Existenz vom Regime des fremden Rechts abhängig, automatisch hinfällig wird. Berühmte Entscheidungsbeispiele, in denen gemäß dieser Überlegung verfahren wurde, sind *Cuba Railroad Co. v. Crosby*²⁶⁵ sowie *Walton v. Arabian American Oil Co.*²⁶⁶

Mit der Zeit kam den Gerichten ein solches Vorgehen all zu harsch vor, und so begann man sich einer Vermutungstechnik zu bedienen, die Abhilfe in Fällen wie den zitierten, in denen der Beweis des fremden Rechts misslang, schaffen sollte. Die Vermutungen dienten dem Vorgeben nach dazu, die Gerichte in den Stand zu setzen, eine im Geiste der hypothetisch dem fremden Recht zu entnehmenden Lösung entsprechende Entscheidung zu fällen, erlaubten es den Gerichten aber vor allem, schlicht ihr Heimatrecht – im Deckmantel des

²⁶¹ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 21 I.

²⁶² Vgl. Beale, A Treatise on the Conflict of Laws I, S. 53

²⁶³ Vgl. Alexander, The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts, Northwestern University Law Review 1975, S. 602, 607.

²⁶⁴ Vgl. Schlesinger, A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law, Cornell Law Review 1973, S.1, 4.

²⁶⁵ 222 U.S. 473 (1912).

²⁶⁶ 233 F.2d 541 (2d Cir.), *cert. denied*, 352 U.S. 872 (1956).

Substituts für das nicht bewiesene fremde Recht – anzuwenden.²⁶⁷ Der Vermutungen reichten von der Annahme, alle Zivilisationen oder doch zumindest alle vom *Common Law* geprägten Rechtssysteme bedienten sich im Kern derselben Rechtsfiguren²⁶⁸ bis zu der simplen Hypothese, das fremde Recht entspreche schlicht dem des Forums²⁶⁹. Im Namen der Zivilisation wurde bspw. angenommen, türkisches Recht kenne einen im wesentlichen dem des Rechts von Oklahoma vergleichbaren Ersatzanspruch,²⁷⁰ Chinesisches Ehegüterrecht wurde ohne weitere Bedenken dem Kalifornischen Gemeinschaftsgüterrecht gleichgesetzt.²⁷¹ Wie wenig es den Gerichten in Wirklichkeit auf den Respekt des Geistes fremder Rechte ankam, zeigt die Tatsache, dass in einigen Fällen noch nicht einmal mehr eine Vermutung bemüht, sondern entweder ganz ohne Begründung²⁷² oder mit der nicht weiter motivierten Erklärung, die Parteien hätten ihr Einverständnis signalisiert²⁷³, Forumsrecht angewendet wurde.

Mit Anstieg der Zahl grotesker Entscheidungen kam die Vermutungs-Technik unter immer heftigeren Beschuss, woraufhin sowohl auf Bundes- als auch auf Staatenebene die Materie regelnde Gesetze verabschiedet wurden. Diese sollen im folgenden dargestellt werden. Im Anschluss an eine Analyse des Inhalts der Regelungen wird den Fragen nachzugehen sein, ob sie zu einer Anwendung fremden Rechts *ex officio* führen, auf welche Weise sie die Beweisfrage regeln und bis zu welchem Grade sie eine gerichtliche Überprüfung der Fremdrechtsanwendung vorsehen.

2.3.2.2 *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 44.1*

Rule 44.1 der *Federal Rules of Civil Procedure*, der für die Bundesgerichte geltenden Zivilprozessregeln, trat zunächst im Jahre 1966, sodann, in der heute geltenden Fassung, im Jahre 1975 in Kraft. Ziel der Regelung ist es, die Anwendung fremden Rechts zu vereinfachen, indem das *pleading requirement*, also die Obliegenheit, fremdes Recht wie ein Faktum darzulegen, abgeschafft und die Gerichte ermächtigt wurden, den Inhalt fremden Rechts zu ermitteln, ohne dabei an die strengen amerikanischen Beweisregeln²⁷⁴ gebunden zu sein. In einigen Hinsichten wird fremdes Recht nun nicht mehr wie ein Faktum behandelt,

²⁶⁷ Vgl. Alexander, *The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts*, *Northwestern University Law Review* 1975, S. 602, 609.

²⁶⁸ Beispiel hierzu: *Parrot v. Mexican Cent. Ry.*, 207 Mass. 184, 93 N.E. 590 (1911).

²⁶⁹ Für Fallbeispiele vgl.: 75 A.L.R. 2d 529, 530 (1961).

²⁷⁰ Vgl. *Tidewater Oil Co. v. Waller*, 302 F.2d 638 (10th Cir. 1962).

²⁷¹ *Louknitsky v. Louknitsky*, 123 Cal. App. 2d 406, 266 P.2d 910 (1954).

²⁷² *Z.B. Bayer v. Lovelace*, 204 Mass. 327, 90 N.E. 538 (1910); *Savage v. O'Neil*, 44 N.Y. 298 (1871).

²⁷³ *Z.B. Leary v. Gledhill*, 8 N.J. 260, 84 A.2d 725 (1951); *Watts v. Swiss Bank Corp.*, 27 N.Y. 2d 270, 265 N.E.2d 739, 317 N.Y.S.2d 315 (1970).

²⁷⁴ Für einen knappen Überblick vgl. Kane, *Civil Procedure*, S. 171 ff.

was vor allem dazu führt, dass nicht mehr die für tatsächliche Fragen zuständige Jury über dessen Inhalt befindet, während auf der anderen Seite Bereiche bleiben, in denen das fremde Recht dem inländischen nicht ganz gleichgestellt ist – so existiert bspw., wie im Bereich der Tatsachen, ein *notice requirement* (zur Erklärung s.u.), und das Gericht ist nicht gezwungen, *judicial notice* (zur Erklärung s.u.) zu erteilen. Insofern kann man von fremdem Recht vor den amerikanischen Bundesgerichten als „Tertium Genus“, als Hybride zwischen Faktum und Recht, sprechen.²⁷⁵

Zum besseren Verständnis soll im folgenden der Inhalt der *Rule 44.1* zunächst überblickartig aufbereitet werden, bevor die bereits bekannten Analysegesichtspunkte zu behandeln sind.

Satz 1 der *Rule 44.1* lautet folgendermaßen:

A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice in his pleadings or other reasonable written notice.

Mit dieser Regelung entfällt für die Parteien das oben bereits erwähnte *pleading requirement* und wird durch eine „Ankündigungsobliegenheit“ (*notice requirement*) ersetzt. Auf diese Weise werden die Parteien entlastet und gleichzeitig unfairen Überraschungen für alle Beteiligten vorgebeugt. Der Prozess läuft so in rechtsstaatlichen Bahnen ab, ohne gleichzeitig besondere Formerfordernisse mit sich zu bringen.²⁷⁶

Satz 2 enthält folgende Regelung:

The court, in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence.

Während sich der erste Satz auf die Frage der Einführung fremden Rechts in den Prozess bezieht, geht es hier um das Problem, von wem und wie der Inhalt ausländischer Normen zu bestimmen ist. Zentral ist hierbei das Wegfallen der strengen *Rules of Evidence*, welche mit Erfordernissen wie dem des Kreuzverhörs von Rechtsexperten häufig kontraproduktiv wirkten. Unter der aktuellen Regelung verfügen die Parteien über großen Spielraum – zulässig ist nahezu alles, von übersetzten Primär- oder Sekundärquellen fremden Rechts bis hin zu einfachen Erklärungen von Sachverständigen fremder Länder.²⁷⁷ Weitere Erleichterungen bringen die Bestimmungen des *Haager Übereinkommens über die*

²⁷⁵ Sass, *Foreign Law in Federal Courts*, *The American Journal of Comparative Law* 1981, S. 97, 98. Vgl. auch Hay, *Vereinigte Staaten von Amerika (Länderbericht)*, S. 102, 123.

²⁷⁶ Vgl. Hay, *Vereinigte Staaten von Amerika (Länderbericht)*, S. 102, 122.

²⁷⁷ Vgl. a.a.O. S. 107, 108; Dolinger, *Application, Proof and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1995, S. 225, 263.

*Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen*²⁷⁸, welchem die USA seit Inkrafttreten im Jahre 1970 angehören.

Über eine Lockerung der formellen Beweisanforderungen hinaus erlaubt *Rule 44.1* dem mit einem IPR-Fall befassten Richter, aus eigener Initiative Nachforschungen zum Inhalt fremden Rechts anzustellen. Hervorzuheben ist allerdings, dass der Richter keinesfalls *gezwungen* ist, dies zu tun, also auch weiterhin den Parteien eine vollumfängliche Darlegung des Inhalts fremden Rechts abverlangen kann.²⁷⁹

Indem der Umgang der Gerichte mit ausländischem Recht dergestalt gelockert wird, nähern sich fremdes und inländisches Recht deutlich an. Allerdings bleibt ein bedeutender Unterschied bestehen: Während der Richter nämlich dem Heimatrecht *judicial notice* zugestehen muss, also gewissermaßen: seine Bestimmungen als etabliert ansehen muss, steht ihm dies bezüglich fremden Rechts frei.²⁸⁰

In Satz 3 der *Rule 44.1* heißt es schließlich:

The court determination [of foreign law] shall be treated as a ruling on a question of law.

Dieser Teil der Regel bezieht sich lediglich auf die Bestimmung des Inhalts fremden Rechts – die logisch vorrangige Anwendungsfrage unterfällt Satz 1. Die zentrale Bedeutung der Regelung liegt darin, eine gerichtliche Überprüfung, *appellate review*, auch außerhalb des beschränkten Feldes eines *manifest error* möglich zu machen.²⁸¹ Es bleibt anzumerken, dass die Auswirkungen von Satz 3 insofern eingeschränkt sind, als Satz 2 den Gerichten gerade nicht zwingend auferlegt, dem Inhalt fremden Rechts selbst nachzugehen, also nicht in allen Fällen eine *court determination* vorliegen wird.²⁸²

Vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen ergibt sich, teilweise unter Ergänzung durch Richterrecht, folgendes für die hier relevanten Fragen:

2.3.2.2.1 Anwendung der Kollisionsregeln *ex officio*?

Greifen amerikanische Gerichte von alleine ein, wenn die Parteien sich nicht auf etwaige kollisionsrechtliche Regeln berufen? *Rule 44.1* trifft keine Aussage zu diesem Punkt, jedoch

²⁷⁸ Für Deutschland: BGBl. 1977 I, 1472.

²⁷⁹ 28 U.S.C.A. Rule 44.1, Notes of Advisory Committee on 1966 Amendments to Rules, S. 292.

²⁸⁰ Sass, Foreign Law in Federal Courts, The American Journal of Comparative Law 1981, S. 97, 108.

²⁸¹ Rule 52(a) der Federal Rules of Evidence legt fest, dass Fakten nur dann im Wege des appellate review angegriffen werden können, wenn deren Etablierung „clearly erroneous“ war; vgl. dazu Fleming/Hazard/Leubsdorf, Civil Procedure, S. 669 f., s.a. unten.

²⁸² Vgl. Sass, Foreign Law in Federal Courts, The American Journal of Comparative Law 1981, S. 97, 112.

legen die Kommentare des Beratungskomitees nahe, dass das Gericht aus eigenem Antrieb die Fremdrechtsfrage in den Prozess einführen darf.²⁸³

Die Gerichte müssen sich also *entscheiden*, ob sie die Fremdrechtsfrage *ex officio* in den Prozess einführen wollen. Soweit die Entscheidung negativ ausfällt, wendet das Gericht Forumsrecht an.²⁸⁴ Rechtfertigt werden kann ein solches Vorgehen unterschiedlich; je nach Ansatz, den das Gericht verfolgt. Unter der *Vested-Rights*-Theorie bspw. bietet es sich an, das Forumsrecht mit gedanklichem Bezug auf eine der oben erwähnten Vermutungen anzuwenden, während sich im Rahmen der modernen Theorien die Erklärung meist noch einfacher gestaltet. Wie dargestellt, ist hiernach das Forumrecht die natürliche und gewissermaßen „besser berechnete“ Entscheidungsgrundlage, die nur dann – möglicherweise – zu weichen hat, wenn eine der Parteien sich ordnungsgemäß auf die Vorschriften eines fremden Rechts beruft. Anwendung des Forumsrechts ist unter dieser Prämisse also nichts weiter als der nicht weiter rechtfertigungsbedürftige Normalfall.²⁸⁵

2.3.2.2.2 Umfang und Verteilung der Beweislast/Beweismittel

Grundsätzlich ist die Beweisführung Sache derjenigen Partei, welche sich auf die Norm eines fremden Rechts stützt.²⁸⁶

Ist die Fremdrechtsfrage in den Prozess eingeführt, ergibt sich eine Weichenstellung dann, wenn die beweisbelastete Partei nicht in der Lage ist, den von ihr geforderten Beweis zu erbringen.²⁸⁷ Wieder haben die Gerichte mehrere Optionen: Wie oben dargestellt, können sie gemäß *Rule 44.1* eigene Nachforschungen bezüglich des Inhalts fremden Rechts anstellen oder aber die Parteien auffordern, dem Gericht weitere, aussagekräftigere Dokumente zukommen zu lassen. Bleibt der Inhalt des fremden Rechts letztlich unklar, stehen dem Gericht wiederum dieselben Optionen offen wie im bereits ausgeführten Falle von vornherein fehlender Bezugnahme auf fremdes Recht.

Bezüglich der Beweismittel wird auf die Ausführungen zu Satz 2 der *Rule 44.1* verwiesen.

²⁸³ Vgl. Sass, *Foreign Law in Federal Courts*, *The American Journal of Comparative Law* 1981, S. 97, 112.

²⁸⁴ Zu der weiterführenden Frage, ob in einem solchen Falle Bundes- oder Staatenrecht Anwendung finden sollte, vgl. Schlesinger, *A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law*, *Cornell Law Review* 1973, S.1, 5.

²⁸⁵ Vgl. Schlesinger, *A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law*, *Cornell Law Review* 1973, S.1, 11.

²⁸⁶ Vgl. *Pisacane v. Italia Societa Per Azioni Di Navigazioni*, 219 F. Supp. 206 (1963); *Byrne v. Cooper*, 11 Wash. App. 549, 523 P2d. 1216 (1974).

²⁸⁷ Hierzu ist anzumerken, dass sich aufgrund der nunmehr unter *Rule 44.1* herrschenden relativ großen Auswahl an zulässigen Beweismitteln das Problem unzureichender Beweisführung weit weniger häufig stellt, als dies unter dem früher herrschenden Regime der *Rules of Evidence* der Fall war; vgl. Sass, *Foreign Law in Federal Courts*, *The American Journal of Comparative Law* 1981, S. 97, 111.

2.3.2.2.3 Gerichtliche Überprüfung (*appellate review*)

Die amerikanischen Bundesgerichte sind, dem deutschen System vergleichbar, in einem dreistufigen Aufbau strukturiert: auf Eingangsebene die *United States District Courts*, sodann die *United States Courts of Appeals* und schließlich, zuoberst, der *United States Supreme Court*. Der *Supreme Court* hat hierbei nicht die Funktion einer generellen Revisionsinstanz, sondern konzentriert sich auf einige wenige Fälle, die er für besonders wichtig und grundlegend befindet.²⁸⁸ Auf der Ebene der Berufungsgerichte werden, anders als in Deutschland²⁸⁹, dem Grundsatz nach ausschließlich Rechtsfragen behandelt. Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass Tatsachenfragen in den Kompetenzbereich der nur in der untersten Instanz tätig werdenden Jury fallen; in diese Rechte soll auf Berufungsebene nicht eingegriffen werden.²⁹⁰ Eine Ausnahme besteht dann, wenn das Eingangsgericht seine rechtlichen Schlussfolgerungen auf Basis nicht ausreichend fundierter Tatsachenfeststellungen getroffen hat.²⁹¹

Wie gestaltet sich nun die Überprüfung der Anwendung fremden Rechts? Wie oben bereits angesprochen, besteht der Sinn des letzten Satzes von *Rule 44.1*. darin, der Unsicherheit bezüglich des Umfangs der Überprüfbarkeit ein Ende zu setzen: Da fremdes Recht ursprünglich der Tatsachenebene zugeordnet wurde, erschien es nur natürlich, den Abschnitt 52(a) der *Federal Rules of Civil Procedure* anzuwenden, der das soeben angedeutete Neuaufrollen von Tatsachen auf Fälle beschränkt, in denen die Feststellung „*clearly erroneous*“, also auf offensichtlich fehlerhafte Weise zustande gekommen, war.²⁹² Indem nun nach *Rule 44.1* die Rechtsfeststellung des Gerichts ausdrücklich als *question of law* zu behandeln ist, kann *Federal Rule 52(a)* keine Anwendung mehr finden; die Berufungsgerichte haben damit klar das Mandat, die richtige Anwendung eines bestimmten fremden Rechtes zu überprüfen. Dies ist insofern folgerichtig und sinnvoll, als Berufungsgerichte nicht selten über fundiertere Expertise und Kompetenz in der Entscheidung komplizierter Rechtsfragen und zudem meist über eine bessere Infrastruktur und Ausstattung als die Eingangsgerichte verfügen – beides Aspekte, die gerade im Zusammenhang mit der Ermittlung fremden Rechtes eine besonders große Rolle spielen.

²⁸⁸ In diesem Falle wird dann der sogenannte *writ of certiorari* erteilt. Vgl. hierzu und zum Gerichtsaufbau in einem kurzen Überblick: Kane, *Civil Procedure in a Nutshell*, 1996, S.4 f.

²⁸⁹ Auch der durch die ZPO-Reform im Jahre 2002 neu gestaltete § 529 Abs.1 ZPO i.V.m. § 530 ZPO sieht weiterhin in einigen (über das Maß in den USA hinausgehenden) Fällen die Berücksichtigung neu aufgetauchter Fakten vor.

²⁹⁰ Der Grundsatz hat sich auch für Fälle etabliert, in denen die Eingangsinstanz ohne Jury entscheidet. Vgl. hierzu und zum Prüfungsumfang: Friedenthal/Kane/Miller, *Civil Procedure*, S. 619 f.

²⁹¹ James/Hazard/Leubsdorf, *Civil Procedure*, S. 669.

²⁹² Vgl. Friedenthal/Kane/Miller, *Civil Procedure*, S. 621. Zur Reichweite des „*clearly erroneous standard*“ vgl. a.a.O. S. 622; James/Hazard/Leubsdorf, *Civil Procedure*, S. 670 f.

Der Frage der richtigen Anwendung eines fremden Rechts ist die nach der Ermittlungsweise dieses Rechts vorgeschaltet. *Rule 44.1* trifft zwar keine Aussage darüber, ob das diesbezügliche Vorgehen der Gerichte überprüfbar ist, jedoch erscheint es sinnvoll, den Kontrollumfang auch auf diesen Bereich zu erstrecken. Wenn, wie dargestellt, *Rule 44.1* den Autoritäts- und Tätigkeitsspielraum der Gerichte deutlich erweitert, sollte, um Missbrauch oder Irrtümern Einhalt zu gebieten, auch die Möglichkeit bestehen, die praktische Umsetzung durch die Gerichte zu überprüfen.²⁹³

Ungelöst schließlich ist die Frage, was in einem Fall passieren soll, in dem das Berufungsgericht überzeugt ist, das Eingangsgericht habe das *falsche* fremde Recht angewandt. Dies soll hier nicht weiter vertieft werden, da es den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.²⁹⁴

Nach diesem Überblick über die Verhältnisse auf Bundesebene sollen im folgenden kurz die rechtlichen Rahmenbedingungen in den Einzelstaaten beleuchtet werden.

2.3.2.3 Prozessual-rechtlicher Rahmen auf Staatenebene

Den Einzelstaaten steht die Wahl offen, eigene und individuelle Regeln auszuarbeiten oder einen der verschiedenen „*Uniform Acts*“²⁹⁵ zu übernehmen bzw. in die Gesetzgebung einfließen zu lassen. Das *Restatement Second* steckt in § 136 den generellen Rahmen ab:

(1) *The local law of the forum determines the need to give notice of reliance on foreign law, the form of notice and the effect of a failure to give such notice.*

(2) *The local law of the forum determines how the content of foreign law is to be shown and the effect of a failure to show such content.*

1962 wurde der *Uniform Interstate and International Procedure Act*²⁹⁶ verabschiedet, welcher darauf abzielte, ältere Normwerke zu ersetzen.²⁹⁷ Gemäß dessen Abschnitten 4.01 – 4.04 tritt nunmehr ausdrücklich an die Stelle des formalen *pleading requirements* die Möglichkeit, fremdes Recht durch bloße ausreichende Ankündigung („*reasonable notice*“) einzuführen; des weiteren wird das Gericht ermächtigt, eigene Erkundigungen zum Inhalt fremden Rechts einzuholen und hierbei jegliche relevanten Materialien oder Quellen zu berücksichtigen. Über den Inhalt fremden Rechts befindet zudem das Gericht, nicht die Jury.

²⁹³ Vgl. Miller, *Federal Rule 44.1 and the 'Fact' Approach to Determining Foreign Law: Death-Knell for a Die-Hard Doctrine*, *Michigan Law Review* 1967, S. 613, 689 f.

²⁹⁴ Eine nähere Darstellung findet sich in Miller, a.a.O., S. 691 f.

²⁹⁵ Vgl. McDougal/Felix/Whitten, *American Conflicts Law*, §119.

²⁹⁶ 13 U.L.A. 355 (1986).

²⁹⁷ Vgl. McDougal/Felix/Whitten, *American Conflicts Law*, §119; Ghent, *Pleading and Proof of Law of Foreign Country*, 75 A.L.R. 3d 177, *2a (1996).

Schließlich unterwirft das Gesetz in Abschnitt 4.03 die Entscheidung bezüglich des fremden Rechts ausdrücklich dem für Rechtsfragen geltenden Kontrollumfang auf Berufungsebene. All diese Bestimmungen beziehen sich sowohl auf das Recht der einzelnen Bundesstaaten wie auf das Recht fremder Nationen.²⁹⁸

Die überwiegende Mehrheit der Bundesstaaten hat inzwischen einen *Uniform Act* umgesetzt oder sonstige Regelwerke aufgestellt, die eine ähnliche Vorgehensweise wie *Rule 44.1.* vorsehen.

Nach diesem Überblick zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen auf Bundes- und Staatenebene soll im folgenden Abschnitt überblickartig die tatsächliche Gerichtspraxis dargestellt werden.

2.3.3 Prozessuale Gerichtspraxis

2.3.3.1 Bundesgerichte und Staatengerichte, die eines der Uniform Statutes anwenden

Wie oben dargelegt, haben die Gerichte weitgehende Freiheit bezüglich der Frage, ob sie das Problem der Rechtskollision aus eigenem Antrieb behandeln wollen. In der Praxis machen die Gerichte von dieser Freiheit auf eine Weise Gebrauch, die der Anwendung fremden Rechts nicht zuträglich ist.²⁹⁹ Im allgemeinen wird die Kollisionsfrage nicht *ex officio* gestellt³⁰⁰ und so, soweit keine *notice* vorliegt, fremdes Recht im Ergebnis selbst dann nicht angewandt, wenn das Gericht erkennt, dass das fremde Recht im Zweifel die für den konkreten Fall richtige Entscheidungsgrundlage bieten würde.³⁰¹ Anstatt die Klage in solchen Konstellationen jedoch abzuweisen, scheinen die Gerichte im Regelfall ihr eigenes Recht als Substitut anzuwenden.³⁰²

Was die Staatengerichte anbelangt, so lässt eine Durchsicht einschlägiger Entscheidungen³⁰³ ein ähnliches Muster erkennen: Die Gerichte stellen die Rechtswahlfrage in der Regel nicht aus eigenem Antrieb und wenden letztlich ihr eigenes Recht an, wobei sie dabei in manchen Fällen auf die oben dargestellten Vermutungen zurückgreifen.

²⁹⁸ Vgl. Currie/Kay/Kramer, Conflict of Laws, S. 86.

²⁹⁹ Vgl. Sass, Foreign Law in Federal Courts, The American Journal of Comparative Law 1981, S. 97, 106.

³⁰⁰ Wobei dies vor allem auf internationale Fallkonstellationen zutrifft, weniger jedoch auf den intra-amerikanischen Bereich, vgl. Schlesinger, Die Behandlung des Fremdrechts im Amerikanischen Zivilprozess, *RabelsZ* 1962, S. 54, 63.

³⁰¹ Vgl. z.B. Michael v. S.S. Thanasis, 311 F. Supp. 170, 175 (N.D. Calif. 1970).

³⁰² Vgl. Sass, a.a.O.

³⁰³ Eine Auflistung von relevanten Fällen findet sich unter 23 A.L.R.2d 1437, * 13.

2.3.3.1.1 Beweis

Bezüglich der Frage des Beweises fremden Rechts zeigen sich die Bundesgerichte mehr als zögerlich, eigene Recherchen zum Inhalt eines Fremdrechts anzustellen.³⁰⁴ In einigen Fällen stellten sie sich Gerichte sogar auf den Standpunkt, das Gericht dürfe keine eigenständigen Ermittlungen anstellen, wenn es den Parteien nicht gelänge, Beweis zu führen.³⁰⁵ Im Ergebnis kommt so bei mangelndem Beweis in der Regel Forumsrecht zur Anwendung – teilweise mit Verweis auf die traditionelle Vermutung, das nicht erwiesene Recht und Heimatrecht seien inhaltsgleich.³⁰⁶ Zudem erwarten die Bundesgerichte in der Praxis einen Beweis, welcher sich von dem für Tatsachen geforderten nicht unterscheidet – dies entgegen der in *Rule 44.1* intendierten Festschreibung fremden Rechts als „Recht“.³⁰⁷

Ähnlich sieht die Lage in den Staatengerichten aus. Die hier vorherrschende zögerliche Haltung findet sich in folgendem Zitat zur New Yorks erstem *judicial notice statute* auch heute noch beispielhaft ausgedrückt: „(..) das Gesetz war als ein Sicherheitsventil gegen durch Fehler bedingte Rechtsbeugung gedacht, und nicht als ein Freibrief für jeden Richter, jegliches Recht, das ihm gefällt und das er finden kann, anzuwenden(..)“.³⁰⁸

2.3.3.1.2 Gerichtliche Überprüfung

Was die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung, des *appellate review*, wie sie sich aus Satz drei der *Rule 44.1* ergibt, angeht, so haben die Gerichte hiervon im allgemeinen recht regen Gebrauch gemacht.³⁰⁹ Dabei überprüfen sie in der Regel nicht nur, ob die untere Instanz Inhalt und Bedeutung des fremden Rechts richtig getroffen hat, sondern erstrecken ihre Kontrollmacht auf Probleme wie die der Qualifikation einer fremden Rechtsnorm als materiell oder prozessual.³¹⁰ Auch untersuchen die Gerichte, ob die angewandte Norm der richtigen fremden Rechtsordnung entnommen wurde und setzen sich hierbei mit

³⁰⁴ Brown, 44.1 Ways to Prove Foreign Law, Maritime Law 1984, S. 179, 189; vgl auch den Fall *Banque Libanaise Pour Le Commerce v. Khreich*, 915 F.2d 1000 (5th Cir. 1990), wo das Berufungsgericht angesichts mangelnden Beweises des Rechts von Abu Dhabi dem unteren Gericht keine Recherchepflichten auferlegte und stattdessen die Anwendung von Forumsrecht bestätigte, obwohl dieses unstrittig nicht zur Anwendung berufen war.

³⁰⁵ *Bartsch v. Metro-Goldwyn-Meyer, Inc.*, 391 F.2d 150, 155 (2d Cir. 1967); *Walter v. Netherlands Mead N. V.*, 514 F.2d 1130, 1137 n. 14 (3d Cir. 1975).

³⁰⁶ Vgl. Teitz, *From the Courthouse in Tobago to the Internet: The Increasing Need to Prove Foreign Law in US Courts*, *Journal of Maritime Law and Commerce* 2003, S. 97, 101.

³⁰⁷ Vgl. Teitz, a.a.O., S. 99.

³⁰⁸ („(..) *the enactment was intended as a safety valve against miscarriages of justice due to mistake, and not as a charter to every judge to apply whatsoever law he likes and can find (..)*“) *Arams v. Arams* 182 Misc. 328, 330/31, 45 N.Y.S.2d 251, 253/54 (Sup. Ct. 1943).

³⁰⁹ Vgl. Sass, *Foreign Law in Federal Courts*, *The American Journal of Comparative Law* 1981, S. 97, 113. Jedoch scheint dies nur dann generell der Fall zu sein, wenn die unteren Gerichte *nicht* Forumsrecht als „Lückenfüller“ angewandt haben, vgl. Teitz, *From the Courthouse in Tobago to the Internet*, a.a.O., S. 115.

³¹⁰ Vgl. z.B. *Kalmich v. Bruno*, 553 F.2d 549 (7th Cir. 1977); *Gillis v. Aeronaves de Mexico*, 468 F.2d 281 (5th Cir. 1972).

Fremdrechtsfragen auseinander, die die Instanzgerichte nicht behandelt hatten.³¹¹ Teilweise werden sogar Dokumente einbezogen, die in der ersten Instanz nicht vorgelegen hatten.³¹²

2.3.3.2 *Kommentar*

Nach diesem kurzen Überblick stellt sich die prozessuale Praxis der Gerichte wie folgt dar: während zum Teil eine recht intensive Kontrolle der Anwendung fremden Rechts stattfindet, sind die Gerichte mit Hinblick auf die hier angeführten Punkte ansonsten sehr zögerlich: Generell wird die Kollisionsfrage nicht *ex officio* in den Prozess eingeführt, und ebenso wenig scheinen die Gerichte bereit zu sein, den Inhalt fremden Rechts auf eigene Initiative und mit eigenen Mitteln zu recherchieren. Es fragt sich nun, welche Auswirkung diese Vorgehensweisen für die hier interessierende Frage der Akzeptanz und Anwendung fremden Rechts haben. Ich möchte folgende Thesen aufstellen:

Das erste Verhaltensmuster - die Zögerlichkeit, die Fremdrechtsfrage aus eigenem Antrieb aufzuwerfen - hat eine Reduktion der Fälle, in denen fremdes Recht im Ergebnis angewandt wird, zur natürlichen Folge. Konsequenz ist, dass sich die Richter weit seltener mit dem Inhalt fremder Rechtsordnungen auseinandersetzen müssen, als dies bei strenger Vorgehensweise der Fall wäre. Hierdurch wird der prozessuale Grundstock zu einem „Abschirm-Effekt“ gegenüber fremden Rechtsordnungen gelegt. Fast scheint es, als wichen amerikanische Gerichte einer Auseinandersetzung mit fremden Rechtsordnungen systematisch aus, was bedauerliche Folgen nicht nur für die allgemeine Rechtsentwicklung hat³¹³, sondern auch zu einem *circulus vitiosus* im Kollisionsrechtssystem führt: Je „fremder“, je undurchsichtiger das fremde Recht mangels Anwendung der Kollisionsregeln bleibt, umso größer ist die natürliche Hemmschwelle, sich damit auseinander zu setzen und umso stärker kommt die Dynamik zum Tragen, die unter 2.3.1.3. bei der Analyse der Konfliktregeln herausgearbeitet wurde: Die Gerichte wählen unter den Kollisionsfaktoren die mit vertrauter „heimischer“ Konnotation (anstelle spezifisch international privatrechtlich gefärbter), und bei deren Interpretation können sie sich sodann – mangels Kenntnis anderer Konzepte – dem „Charme“ des Vertrauten, das fast zwangsläufig einleuchtender wirken muss als die

³¹¹ Vgl. *First National City Bank v. Campagna de Aguaceros, S.A.*, 398 F.2d 779 (5th Cir. 1968); *McDaniel v. Petroleum Helicopters, Inc.*, 455 F.2d 137 (5th Cir. 1972).

³¹² Vgl. *Esso Standard Oil v. S.S. Gasbras Sul*, 387 F.2d 573 (1968).

³¹³ Vgl. hierzu McFadden, *Provincialism in United States Courts*, *Cornell Law Review* 1995, S. 4, 5; Juenger, *The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems*, *Tulane Law Review* 1999, S. 1309, 1314; Abrahamson/Fischer, *All the World's a Courtroom: Judging in the New Millenium*, *Hofstra Law Review* 1997, S. 273, 278; Reimann, *Parochialism in American Conflicts Law*, *The American Journal of Comparative Law* 2001, S. 369, 384.

verschwommenen Institute eines obskur scheinenden fremden Rechts, meist nicht verschließen.³¹⁴

Diese Dynamik findet sich durch ein zweites Verhaltensmuster weiter verstärkt: Es hat sich gezeigt, dass die Gerichte nur sehr selten eigene Nachforschungen zum Inhalt fremden Rechts anstellen. Statt dessen verlassen sie sich auf Dokumente und andere Darlegungsmittel, die von den Parteien beigebracht werden. An den beschriebenen Teufelskreis anknüpfend, möchte ich folgenden These aufstellen: nachdem sich die zuständigen Richter Kollisionsfaktoren mit lokal-materiellem Kolorit zugewandt haben, stellt sich ihnen nun die Frage, welche Rechtsordnung die angebrachtere – oder gar „bessere“ – Lösung bietet. Um dies entscheiden zu können, müssten die Richter eine eingehende vergleichende Analyse der Normen beider in Frage kommenden Rechtsordnungen vornehmen. Auf welche Aspekte es bei dieser Analyse zur Überzeugungsbildung ankommt, können präzise nur die Richter selbst wissen, kommt es doch für die Entscheidung auf ihre Perspektive an und haben nur sie vollen Überblick zum Informations- und Verständnisstand. Entsprechend wäre es sinnvoll, wenn die Richter aus eigener Initiative genau die Informationen gezielt einholten, die sie für eine sinnvolle und umfängliche Vergleichsanalyse benötigen. In der Realität aber verlassen sich die Gerichte, wie dargestellt, auf die Recherchearbeiten der Parteien. Diese mögen sie zwar in gewissem Maße lenken können, jedoch ist die Chance gering, dass die Parteien gerade die im Mosaik (noch) fehlenden Informationsteilchen beibringen, und dies dazu noch auf eine Weise, die dem spezifischen Analysebedarf des entscheidenden Richters entspricht. Demgemäß ist davon auszugehen, dass die Richter bis zuletzt nur in den seltensten Fällen ein befriedigendes umfassendes – zur ihrer persönlichen Überzeugung ausreichendes – Vergleichsbild zugrunde legen können. Die Konsequenz liegt auf der Hand: kein Richter wird eine fremde Rechtsnorm anwenden, deren Daseinsberechtigung bzw. Vorteile gegenüber denen der eigenen Rechtsordnung ihm nicht hinreichend plausibel sind.

2.3.4 Zwischenergebnis/Prognose

Der Überblick zum materiell- und prozessualrechtlichen *Conflict-of-Laws* – System hat also, um es abschließend nochmals zusammenzufassen, zu folgenden Ergebnissen geführt:

Im Bereich der „Konfliktregeln“ bzw. der *approaches* herrscht wenig strukturelle Klarheit. Soweit Richtlinien aufgestellt werden, beinhalten sie äußerst vage Konzepte, die sich

³¹⁴ Vgl. hierzu auch Fauvarque-Cosson, *Comparative Law and Conflict of Laws – Allies or Enemies*, *The American Journal of Comparative Law* 2001, S. 407, 408, wo die Autorin darauf hinweist, dass die „Approaches“, welche die Rechtswahl vom Inhalt der in Frage stehenden Rechte abhängig machen, entsprechende inhaltliche Kenntnis der fremden Rechte voraussetzen.

teilweise auf internationale, teilweise auf lokal-materielle Belange beziehen. Es wurde die These aufgestellt, dass sich der Mangel an klaren Vorgaben zuungunsten fremder Rechtsordnungen auswirken wird: In einem ersten Schritt werden die Richter sich in der Auswahl der ihre Entscheidung beeinflussenden Faktoren den Konzepten mit vertrautem lokal-materiellen Inhalt zuwenden, und, im zweiten Schritt der eigentlichen Rechtswahl, die Konzepthülse automatisch mit den Inhalten der ihnen vertrauten und plausibel erscheinenden heimatlichen Rechtsordnung auffüllen.

Verstärkt wird diese Tendenz, so lässt sich mutmaßen, durch die prozessualen Gegebenheiten: die Richter werfen die Fremdrechtsfrage nicht *ex officio* auf und reduzieren damit die Anzahl der Fälle, in denen sie sich mit den Inhalten fremder Rechtsordnungen vertraut machen könnten. Die Hemmschwelle sowohl im ersten als auch im zweiten Rechtswahlschritt wird damit generell eher größer denn kleiner. Und schließlich werden die Anwendungschancen bezüglich fremder Rechtsnormen auch dann nicht erhöht, wenn letztendlich fremdes Recht und eigenes Recht konkret zur Auswahl stehen: in der Regel verschaffen sich die Richter nicht auf eigene Initiative Klarheit bezüglich der für eine ausgewogene Entscheidung relevanten Fragen und riskieren damit ein Fortbestehen der Ungewissheiten, was im Zweifel zu einem Rückgriff auf die vertrauten Normen der eigenen Rechtsordnung führt.

Herauszufinden, wie nun die tatsächliche Gerichtspraxis aussieht, d.h. mit welcher Häufigkeit und Selbstverständlichkeit fremdes Recht angewendet wird, ist Gegenstand des nächsten Abschnitts.

2.3.5 Bedeutung der Gerichtspraxis für die Anwendung fremden Rechts

Im Folgenden ist zu untersuchen, wie die verschiedenen *choice-of-law* – Theorien in der Praxis der Bundes- und Staatengerichte umgesetzt werden. Hierbei soll insbesondere die Frage beleuchtet werden, ob, und wenn ja, in welchem Maße, die verschiedenen Ansätze in vermehrte Anwendung des Heimatrechts münden. Um angesichts der Vielzahl der möglichen Herangehensweisen den Überblick nicht zu verlieren, soll zunächst eine Einteilung in Kategorien vorgenommen werden.

2.3.5.1 Klassifizierung der Herangehensweisen

Untersuchungen zur amerikanischen Gerichtspraxis in Kollisionsfällen zeigen, dass die Methodik des „Eklektizismus“ vorherrschend zu sein scheint: die Gerichte machen sich unterschiedliche Ansätze je nach Materie zu eigen bzw. kombinieren einzelne Elemente

verschiedener Ansätze miteinander.³¹⁵ Um die Sache noch komplizierter zu machen, weichen die Auffassungen der Gerichte zur korrekten Anwendung der verschiedenen Theorien im Einzelfall stark voneinander ab. So werden zum Beispiel dem *Restatement Second* mindestens drei unterschiedliche Interpretationen beigelegt: eine, die sich auf die Einzelregeln konzentriert und sie quasi unumstößlich macht, eine andere wiederum, die von vornherein das Augenmerk auf die *policy considerations* der *section 6* legt und schließlich eine weitere, die das *Restatement Second* schlicht im Sinne der *governmental interest analysis* angeht.³¹⁶ Dementsprechend ist es nicht verwunderlich, wenn Klassifizierungsversuche ganz unterschiedliche Kategorien zugrunde legen. Eine jüngere Untersuchung unterscheidet „Traditionelle Staaten“, „*Restatement Second and Significant Contact States*“ sowie „andere Staaten (*interest analysis, lex fori, better law, combined modern*)“³¹⁷ Eine andere Einteilung sieht folgendermaßen aus: „Schwerpunkt“, *Interest Analysis, Restatement Second, Choice-Influencing Factors*, „Kombinierte Methoden“, *lex fori*, „traditionell.“³¹⁸ Diese beiden Beispiele reichen aus, um die vorherrschende Vielschichtigkeit – und Verwirrung – deutlich zu machen.

Obwohl vertreten wird, in amerikanischen Gerichtshäusern ließen sich 10 verschiedene Kollisionsrechts-Ansätze nachweisen³¹⁹, möchte ich mich, der Einfachheit halber, auf folgende Kategorien beziehen: (1) *First Restatement*; (2) *Second Restatement*, (3) *Interest Analysis (Currie)*; (4) *Choice-Influencing Considerations (Leflar)* und schließlich (5) *lex fori*.³²⁰ Unter diesen Ansätzen ist das *Restatement Second* klar am weitesten verbreitet, gefolgt vom traditionellen *First Restatement* und schließlich den weiteren Theorien.

2.3.5.2 Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis

An dieser Stelle soll nochmals die unter 2.3.1. getroffene Einteilung in „Feste Regeln“, „Richtlinien“ und „Weder Regeln noch Richtlinien“ ins Gedächtnis gerufen werden. Eine weitere Klassifizierung bezog sich auf den Grad, zu welchem bei der Rechtswahl spezifisch

³¹⁵ Vgl. Kramer, *Choice of Law in American Courts in 1990: Trends and Developments*, *The American Journal of Comparative Law* 1991, S. 465, 469.

³¹⁶ Kramer, a.a.O., S. 487. Beispiele für die verschiedenen Interpretationen sind zu (1) *Newman v. Newman*, 558 So. 2d 821 (Miss. 1990); *Globe Communications Corp. v. R.C.S. Rizzoli Periodici, S.p.A.*, 729 F. Supp. 973 (S.D.N.Y. 1990); zu (2) *Leksi, Inc. v. Federal Ins. Co.*, 736 F. Supp. 1331 (D.N.J. 1990); *Trailways, Inc. v. Clark*, 794 S.W.2d 479 (Tex. Ct. App. 1990); zu (3) *Transco Leasing Corp. v. United States*, 896 F.2d 1435 (5th Cir. 1990); *Martin v. Nelson*, 741 F. Supp. 698 (N.D. Ill. 1990).

³¹⁷ Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1995: A Year in Review*, *The American Journal of Comparative Law* 1996, S. 181, 194 ff.

³¹⁸ Kay, *Theory into Practice: Choice of Law in American Courts*, *Mercer Law Review* 1983, S. 521, 591.

³¹⁹ Kay, a.a.O., S. 585.

³²⁰ Die Einteilung ist entlehnt von: Borchers, *The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study*, *Washington & Lee Law Review* 1992, S. 357 ff.

kollisionsrechtliche bzw. „internationale“ Faktoren anstatt rein materieller Überlegungen eine Rolle spielen. Diesen Kategorisierungen lag folgender Hintergedanke zugrunde: Was zunächst die Regelhaftigkeit der Herangehensweise betrifft, so liegt die Vermutung nahe, dass, je mehr der Richter seine Entscheidung an feste Vorgaben halten muss, er um so weniger Gelegenheit hat, dem Forumsrecht den Vorrang einzuräumen. Eine ähnliche Gedankenführung erscheint bezüglich der Qualität der entscheidunglenkenden Faktoren angebracht: je mehr hier der Akzent auf internationalen Gesichtspunkten liegt, desto weniger werden die Richter versucht sein, von vornherein von den Vorstellungen ihres eigenen materiellen Rechts auszugehen und es im Ergebnis auch anzuwenden.

Soweit die möglichen Überlegungen eines „unbefangenen“ Beobachters. Dementsprechend müsste in Staaten, die den Ansatz des *First Restatement* verfolgen, am häufigsten fremdes Recht angewendet werden, während die Ergebnisse der *Interest Analysis* am anderen Ende des Kontinuums angesiedelt sein dürften; ebenso natürlich die Staaten, die rundheraus einen *lex fori* – Ansatz verfolgen. Das *Second Restatement* sowie *Leflars Choice-Influencing Considerations* beinhalten zwar lokal-materielle Ansätze (vgl. z.B. *Leflars „Application of the better rule of law“*), jedoch müsste deren Wirkung durch kollisionspezifische Überlegungen sowie die lenkende Kraft der Richtlinien einen gewissen Ausgleich erfahren. Insofern müssten Staaten, die diesen oder ähnlichen Ansätzen folgen, in der Mitte des Spektrums anzusiedeln sein. Es wurde nun allerdings schon verschiedentlich ausgeführt, mit welchen Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Richtlinien in der Praxis zu rechnen ist. Ob diese Voraussagen also zutreffend sind, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

2.3.5.3 *Gerichtspraxis: Ergebnisse*

Das in der tatsächlichen Gerichtspraxis vorherrschende Muster stellt nach allen Vorüberlegungen keine Überraschung mehr dar. Es erweist sich zunächst einmal, dass fremdes Recht tatsächlich in den Staaten, die sich des Ansatzes des *First Restatement* bedienen, am häufigsten angewandt wird. Staaten hingegen, die *Interest Analysis* betreiben oder auch – isoliert – den *better law approach* verfolgen, zeigen große Zögerlichkeit in der Entscheidung „zugunsten“ eines fremden Rechts. Zwischen diesen beiden Extremen gibt es jedoch keinen Mittelweg in Form der „*Guideline* – Staaten“ – hier kommt fremdes Recht ebenso selten zum Zuge wie in den vorgenannten Staaten. Diese Ergebnisse gehen aus zwei jüngeren Untersuchungen hervor, in denen sich folgende statistische Werte herauskristallisierten: Während in den „*First Restatement* – Staaten“ in mehr als der Hälfte der Kollisionsfälle fremdes Recht Anwendung fand, herrschten umgekehrt proportionale

Verhältnisse in allen anderen Staaten, die einen „modernen“ Ansatz verfolgten: hier wurde in weit mehr als der Hälfte der Fälle nicht fremdes Recht, sondern Forumsrecht angewandt.³²¹ Wenn auch die Aussagekraft bezüglich *konkreter* Zahlen beschränkt sein mag mit Blick auf die Limitationen, die statistischen Erhebungen in einem solch weiten Feld inhärent sind, so lässt sich doch ein in seiner Deutlichkeit für die Zwecke dieser Abhandlung ausreichender Trend zum Heimatrecht in all den Fällen, in denen den Richtern ein größerer Entscheidungsspielraum eingeräumt wird, nicht leugnen.

2.3.6 Kommentar

Die auf Grundlage der kollisionsrechtlichen Rahmenbedingungen getroffenen Vorhersagen werden durch die Gerichtspraxis bekräftigt. Die Struktur der Konfliktansätze führt zu einer „Heimwärts“ – Spirale, die durch das passive Verhalten im prozessualen Bereich stabilisiert und verstärkt wird. Auch die Annahmen bezüglich des Ursprungs einer solchen Dynamik finden sich in empirischen Erhebungen bestätigt: in der Tat zeigt sich, dass die Vagheit der *choice-influencing considerations* als verwirrend empfunden wird und große Zurückhaltung bezüglich der Anwendung solcher *considerations* mit internationalem bzw. spezifisch kollisionsrechtlichen Charakter besteht.³²²

Solange in der US-amerikanischen Kollisionsrechts-Literatur in weiten Teilen ein ausgesprochen „fremdrechtsfeindliches“ Klima herrscht und die entsprechenden Regeln den Richtern im Umgang mit fremdem Recht weit mehr Spielraum zugestehen, als dies im Bereich der Inlandsfälle für Forumsrecht gilt, wird ein Kollisionssystem, dessen Funktionsweise auf Werturteilen basiert, unausweichlich zu einer deutlichen Bevorzugung des Heimatrechts führen.³²³ Was die Ansätze betrifft, in denen die Gerichte die in den

³²¹ Eine extensive Datenaufstellung im Bereich von Deliktsfällen findet sich in Borchers, *The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study*, *Washington & Lee Law Review* 1992, S. 357, 374; vgl. auch Solimine, *An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law*, *Georgia Law Review* 1989, S. 49, 84.

³²² Vgl. McDougal III, *Toward the Increased Use of Interstate and International Policies in Choice-of-Law Analysis in Tort Cases under the Second Restatement and Leflar's Choice-Influencing Considerations*, *Tulane Law Review* 1996, S. 2465; Smith, *Choice of Law in the United States*, *Hastings Law Journal* 1987, S. 1041, 1049.; Juenger, *A Third Conflicts Restatement?*, *Indiana Law Journal* 2000, S. 403, 405: “[The Second Restatement] enables judges to decide conflicts cases any way they wish.”

³²³ Vgl. zur Illustration die folgende Zitate, zunächst das eines Bundesrichters: „*Researching foreign law is not an appropriate way for federal judges to spend their time.*“ „*We have quite a few things to do besides decoding the *codigo civil*.*“ zitiert nach: Pollack, *Practitioner's Notebook, Proof of Foreign Law*, *The American Journal of Comparative Law* 1978, S. 470, 471; „*The most fundamental flaw in t[he majority's] approach to choice of law is that it requires the courts of this state to choose between the laws of Michigan and those of a foreign jurisdiction. As a matter of policy, the courts of this state should apply Michigan law.*“ *Sutherland v. Kennington Truck Service Ltd.*, 562 N.W.2d 466, 475 (Mich. 1997); „*Choice-of-law analysis would become extremely important, and courts would frequently be required to interpret the law of foreign jurisdictions. (...) The doctrine of *forum non conveniens*, however, is designed in part to help courts avoid conducting complex exercises in comparative law. As we stated in *Gilbert*, the public interest factors point towards dismissal where the courts would be required to “untangle problems in conflict of laws, and the law foreign to itself.”* Piper

einzelnen Normen verkörperten *governmental interests* oder *policies* gegeneinander abwägen müssen, findet sich diese Tendenz durch einen weiteren Faktor verstärkt: da dem einfachen Richter keine politische Aufgabe zukommt, sondern lediglich die eines neutral Entscheidenden, werden sich die Gerichte kaum auf eine kritische Analyse der von den Gesetzgebern ihrer jeweiligen Staaten getroffenen politischen Grundentscheidungen einlassen. Die in den Gesetzen widergespiegelten *policies* werden so in den meisten Fällen fast automatisch als vernünftig und durchsetzenswert angesehen werden. Im intra-amerikanischen Bereich ist dies um so einleuchtender, als die Entscheidung *für* eine bestimmte gesetzliche Normierung häufig gleichzeitig die Entscheidung *gegen* ein anderes, in einem Schwesternstaat verwendetes, paralleles Modell enthält. In Inlandskollisionsfällen wird so fremdes Recht wegen seiner *bekannt* (wenngleich auch möglicherweise nur vermeintlichen) Defizite meist nicht zum Zuge kommen. Im internationalen Bereich ist das fremde Recht zwar meist *nicht* hinreichend bekannt, doch wird im Zweifel die Kenntnis des vernünftig erscheinenden eigenen Rechts vor dem Hintergrund dieser *Ungewissheit* ausreichen, um eingehende Recherchen unnötig erscheinen zu lassen. Warum, in der Tat, umständliche Untersuchungen anstellen, um eine mögliche alternative Lösung zu finden, wenn doch das Heimatrecht schon eine solide und hinreichend motivierte Entscheidung ermöglicht?³²⁴

2.4 Kommentar zur Anwendungspraxis in den untersuchten Ländern

Der Überblick zur Anwendungspraxis in den verschiedenen Ländern hat einen gemeinsamen Nenner zutage gefördert: Fremdes Recht ist dem inländischen nirgends gleichgestellt.

Im einzelnen variiert das Maß der Andersbehandlung, jedoch stehen der Anwendung fremden Rechts selbst in dem dogmatisch wohl offensten Land, Deutschland, welches sich klar zum Rechtscharakter fremder Normen bekennt, erhebliche Hindernisse im Wege. Wie dargestellt, wenden die Richter die Kollisionsnormen trotz anderslautender Verpflichtung häufig erst gar nicht an, im Beweisverfahren nähern sie sich, trotz Ermittlungspflicht, nicht selten dem Beibringungsgrundsatz und schließlich wird fremdes Recht von der Revision ausgenommen. Insgesamt spiegelt sich dieses Verhalten in dem als „Heimwärtsstreben“ bekannten Phänomen

Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, 251 (1981). Bei dem letzten Zitat handelt es sich um eines des *Supreme Court*. Vgl. auch Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, Louisiana Law Review 2000, S. 1133, 1138.

³²⁴ Angemerkt sei, dass hier generelle Tendenzen extrapoliert werden; selbstverständlich werden die Spezifika der konkreten Einzelfälle die Richter teilweise zu anderen – und subtileren – Erwägungen führen.

wider, nach welchem die Richter – aus Unwissenheit, Unsicherheit, gar Trägheit? – in Fällen mit Auslandsberührung bevorzugt nach Heimatrecht entscheiden.³²⁵

In Frankreich besteht schon auf der dogmatischen Basis weiterhin Unsicherheit - ist fremdes Recht nun Recht oder Tatsache? – wenngleich die inzwischen h.M. wohl vom Rechtscharakter ausgeht. In der Praxis weicht Frankreich am deutlichsten in der Frage der Anwendungspflicht *ex officio* von Deutschland ab: nicht in allen Fällen mit Auslandbezug muss der Richter den durch die Kollisionsregeln vorgezeichneten Weg gehen, sondern nur in Materien, wo die Parteien keine freie Verfügungsgewalt über ihre Rechte haben. Zwar dürfen die Richter aus eigenem Antrieb tätig werden, jedoch sollte man hierauf wohl kaum Hoffnung setzen: wie gezeigt weichen deutsche Richter dem Kollisionsrecht selbst bei gegenteiliger *Verpflichtung* aus – ein umgekehrter Trend bei Abwesenheit einer Verpflichtung für die französischen Richter ist nach den Gesetzen der Logik nicht zu erwarten.

In den USA schließlich herrscht an vielen Stellen ein geradezu „fremdrechtsfeindliches“ Klima. Man denkt in Kategorien der Verteidigung souveräner Rechte und sieht die Anwendung fremder Normen als Einknicken vor der fremden Macht. Angesichts der äußerst schwammigen theoretischen Vorgaben tun sich selbst liberalere Geister schwer und kommt es in der Praxis häufig nicht zur – dem Richter anheim gestellten – Anwendung des Kollisionsrechts oder der Aufnahme eigener Ermittlungen bezüglich des Inhalts fremden Rechts. Insgesamt ist in den USA fremdes Recht im Vergleich am weitesten davon entfernt, mit inländischem auf einer Stufe zu stehen.

An der Basis dieses wenig erfreulichen Gesamtergebnisses findet sich eine weitere Gemeinsamkeit: in allen Ländern ist das IPR fest in der Logik des nationalstaatlichen Einzelsystems verankert; Kollisionsrechtliche Fragen liegen in der souveränen Regelungskompetenz jedes Staates alleine, und Bezugspunkt des Denkens ist dementsprechend das eigene, staatliche Rechtssystem.³²⁶ Besonders plastisch tritt diese Limitiertheit des Denkens in dem Argument zutage, Revision fremden Rechts sei insofern unangebracht, als es der höchsten Instanz nur um die Wahrung der Rechtseinheit im *Landesinnern* gehe (und gehen solle).

³²⁵ Vgl. zum Heimwärtsstreben: Kropholler, Internationales Privatrecht, § 7 I. Vgl. auch Reichert-Facilides, Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht, S. 6: „[...] dazu beigetragen, dass die Anwendung fremden Rechts in Deutschland heute als Ausnahme betrachtet wird. Dem Prinzip gleicher Anwendungsbedingungen für eigenes und fremdes Recht ist damit bereits die tatsächliche Grundlage entzogen, deren Fehlen sich in der häufigen Missachtung des IPR durch Gerichte und Anwälte widerspiegelt.“

³²⁶ Vgl. hierzu auch: von Mehren, The Significance of the State for Choice of Law, S. 287, 288, welcher die Bedeutung des Staates für den Rechtsbegriff im IPR herausstreicht.

Das Denken im und vom eigenen, nationalen, Rechtssystem aus ist, wie gezeigt, ein Produkt geschichtlicher Entwicklung: Während man in frühen Zeiten von einer universalen Ordnung der Welt – mit entsprechend universalem Kollisionsrecht – ausging, begannen die einzelnen Entitäten bald, fremde Einflüsse als Eingriff zu fürchten.³²⁷ Vor allem im Zuge der Nationalbewegung war die Anwendung fremden Rechts als Sanktionierung fremder souveräner Macht verpönt; das IPR musste deshalb von jedem Staat einzeln und so restriktiv wie gewünscht gehandhabt werden. Diese Auffassung fügte sich harmonisch in eine gesellschaftliche Realität, in der die Staaten sich politisch bewusst voneinander abgrenzten, ideologisch auf Eigenständigkeit bedacht waren - und sich dies in der Praxis auch erlauben konnten.

Die heutige Realität aber sieht ganz anders aus. Nationalstaatliche Souveränität ist im Zuge der Globalisierung einem Erosionsprozess ausgesetzt – das gesellschaftliche und politische Leben lässt sich nicht mehr ausschließlich in Staatsgrenzen verwalten; das gesellschaftliche Verschmelzen auf weltweiter Ebene ist Folge und Bedingung zugleich von immer stärker anwachsender Interdependenz. Vor diesem Hintergrund mutet es merkwürdig an, dass die Staaten in einem so zentralen Bereich wie der Regulierung des internationalen Privatrechtsverkehrs weiterhin ihren traditionellen „Einzelkampf“ führen. IPR ist weiterhin Sache jedes einzelnen Staates (selbst wenn dieser sich mit anderen zu einem internationalen Abkommen zusammenschließt; s. unten 7.2.1.3.); das Denken nimmt seinen Ausgangspunkt weiterhin in den Grenzen des nationalstaatlichen Rechtssystems. Die damit weiterhin einhergehende Einteilung in „eigene“ und „fremde“ Belange; in „eigenes“ und „fremdes“ Recht führt teils gezielt, teils auch sicher psychologisch-unbewusst, zu einer Überhöhung des „Eigenen“ auf Kosten des „Fremden“ und damit im Ergebnis nicht nur zu einem „Einzelkampf“, sondern gar zu einem „Kampf“ *gegeneinander*.

In Zeiten größter realer Interdependenz ist eine solche Grundhaltung inakzeptabel. Wie aber lässt sie sich ändern? Bevor ich unter 7.2. eine eigene Herangehensweise vorschlagen will, sollen im nächsten Kapitel einige ausgewählte Theorien europäischer und amerikanischer Gelehrter der letzten Jahrhunderte vorgestellt werden, die sich – explizit oder implizit – besonders pointiert oder originell zur Frage der Stellung fremden Rechts äußern. Es wird eine Einteilung in „universalistische“ und „autonomistische“ Strömungen vorgenommen und

³²⁷ Vgl. hierzu auch Kadner-Graziano, Gemeineuropäisches internationales Privatrecht, S. 8 f., 49 ff., welcher darlegt, dass die Fundamente des Kollisionsrechts in Europa von einem übergreifenden, „internationalen“ Geist geprägt waren, bevor die Nationalisierungsbewegungen einsetzten. Dabei ist allerdings zu betonen, dass die Denker der jeweiligen Epochen selbstverständlich von ihren Bedingungen ausgingen und diese als universal voraussetzten. Es erscheint hingegen zweifelhaft, dass ein offener Umgang mit bewusst als „fremdartig“ Erkanntem zu verzeichnen war.

untersucht, ob sich vor diesem Hintergrund einzelnen Theorien bzw. Theorielagern Ansätze für ein „Miteinander“ wie es unter 7.2 postuliert wird, für eine größere Verbindlichkeit im Umgang mit fremdem Recht, entnehmen lassen.

3 Theorien zur Anwendung – Theoretische Gesamtkonstrukte und deren Implikationen für die Anwendung fremden Rechts

Die vorangehenden Kapitel haben zunächst die Entwicklung der Anwendung fremden Rechts von den Anfängen bis in die Neuzeit verfolgt und im Anschluss einen Überblick zur heutzutage in drei ausgewählten Jurisdiktionen herrschenden Anwendungspraxis geliefert.

Aufgabe des vorliegenden Kapitels soll es nun sein, die sich hinter der Anwendungspraxis verbergenden Grundannahmen zu Wesen und Funktion des fremden Rechts herauszuarbeiten und vor dem Hintergrund des bereits Aufgezeigten näher zu beleuchten. In einem ersten Schritt sollen hierbei die theoretischen Konstrukte unter für die Untersuchung relevanten Gesichtspunkten klassifiziert werden. Hieraus werden sich sodann Aussagen zu den Fragen ableiten lassen, warum und wie fremdes Recht angewendet wird.

3.1 Universalisten / Autonomisten

Im Folgenden soll eine grundsätzliche Einteilung in sogenannte Universalisten und Autonomisten³²⁸ vorgenommen werden. Als „Universalisten“ gelten hierbei all diejenigen, die annehmen, dass das internationale Privatrecht Teil einer übernational geltenden, höheren Ordnung ist bzw. von einer solchen bestimmt wird, oder aber, ohne eine höhere Ordnung zu postulieren, von übergreifend geltenden Axiomen ausgehen und entsprechend Schlussfolgerungen für das Kollisionsrecht ziehen. Der Begriff „Autonomisten“ bezeichnet im Gegensatz hierzu die Autoren, welche den hinter dem IPR stehenden Wertefundus und/oder die praktische Umsetzung der kollisionsrechtlichen Regeln im alleinigen Verantwortungsbereich der jeweiligen Einzelstaaten lokalisieren.³²⁹

Diese Einteilung wird getroffen vor dem Hintergrund der am Ende des vorangehenden Kapitels aufgeworfenen Problematik. Nun ist der Frage nachzugehen, ob sich den autonomistischen Theorien auf der einen und universalistischen Theorien auf der anderen Seite unterschiedliche Ansprüche bezüglich der Verbindlichkeit im Umgang mit fremdem Recht entnehmen lassen. So ließe sich mutmaßen, dass die universalistischen Theorien, mit der Verankerung des IPR im Überstaatlichen, eher den Blick auf das Gesamtbild wenden und zu einer Lösung im Sinne des allgemeinen Interesses kommen, für welche die Frage des nationalen Ursprungs des anzuwendenden Rechts von zweitrangiger Bedeutung ist. Anders

³²⁸ Alternative Begriffe für das Gegensatzpaar sind Internationalisten/Nationalisten; Aprioristen/Positivisten; vgl. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, S. 121 f. mit kritischer Erläuterung. Die hier verwendete Terminologie entspricht der vom zitierten Autor gewählten.

³²⁹ Vgl. Schurig, a.a.O.; vgl. auch die Darstellung bei Mayer/Heuzé, Droit international privé, Rn. 69 ff.; zur Diskussion des Verhältnisses von IPR und Völkerrecht, vgl. Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, S. 44 f.

ausgedrückt, interessiert hier die Frage, ob sich den universalistischen Strömungen Ansätze für einen Umgang mit den einzelnen materiellen Rechten als Teil eines übergeordneten Systems entnehmen lässt. Der hier anklingende Gedanke ist später noch intensiv zu beleuchten.

Was die autonomistischen Modelle angeht, so dürften sie hingegen, mit ihrer Lokalisierung im Nationalstaatlichen, in klassischer Weise primär an eigenen Interessen orientiert sein.

3.2 Geschichtliche Entwicklung der beiden Strömungen

Bevor die einzelnen Modelle ausgewählter Vertreter der beiden Strömungen vorgestellt werden, soll eine kurze Skizze einen Überblick zur geschichtlichen Einordnung der beiden Theorielager geben.

3.2.1 Anfänge des modernen IPR – Statutisten: universalistische Vorstellung

Wie bereits angedeutet, gingen die Statutisten stillschweigend von einer universalistischen Grundordnung aus³³⁰, innerhalb deren dem IPR die Aufgabe zukam, Macht- und Einflussphären der verschiedenen Staaten gegeneinander abzugrenzen.³³¹ Die italienischen Autoren, welche die Statutentheorie entwickelten, lebten im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation; in einer Gesellschaft und Vorstellungswelt, für die nur eine Rechtsordnung denkbar war – die römische, nur ein einziges politisches System – das Reich, und die selbstverständlich die universelle Werteordnung der katholischen Kirche und des Naturrechts akzeptierten.³³² Die Denker der damaligen Epoche gingen von einer homogenen Welt aus - und hatten sich auch in den einzelnen Entitäten unterschiedliche *materielle* Rechte, Statuten, herausbilden mögen, so drang die Möglichkeit unterschiedlicher *Kollisionsnormen* noch nicht ins Bewusstsein vor. Die so gedachte Universalität des Kollisionsrechts mag, wie bereits angemerkt, psychologisch als Ersatz für die zum Teil verlorengegangene Universalität des römischen Rechts gedient haben³³³; jedenfalls aber lässt der Hintergrund einer ursprünglich umfassenden Geltung des römischen Rechts die instinktive Annahme eines homogenen Kollisionsrechts in einer homogenen Welt plausibel erscheinen.

³³⁰ Vgl. hierzu Schurig, a.a.O., S. 118.

³³¹ Vgl. Schurig, a.a.O., S. 111.

³³² Vgl. Cheatham, American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility, Harvard L. Rev. 1945, S. 361, 364.

³³³ Vgl. Schurig, a.a.O., S. 112.

3.2.2 Erste Risse im universalistischen Weltbild

3.2.2.1 *Niederländische Comitas-Lehre*

Die Vorstellung, dass das IPR den Staaten nicht als Teil einer umfassenden Weltordnung zur passiven Ausführung gegeben, sondern im Sinne *eigener* Staatsinteressen autonom und aktiv zu regulieren sei, schwang erstmals in der in den Niederlanden in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts entstandenen Comitas-Lehre mit.³³⁴ In der Sorge um eigene Souveränitätsbelange sahen die Niederländischen Autoren, wie ausgeführt, das „Übergreifen“ fremden Rechts als Bedrohung an, die es zu zähmen galt. So prägten sie den Begriff der „Comitas“, des freundlichen Entgegenkommens eines jeden Staates gegenüber dem anderen, als Motor und Grund der Anwendung fremden Rechts. Nicht mehr ein universeller Ordnungsgedanke verschaffte so fremdem Recht Gehör, sondern der alleinige und unabhängige – eben souveräne – Wille des eigenen Staats. Damit war ein erster wichtiger Schritt auf dem Weg zur „nationalen Emanzipation“ der einzelnen Internationalprivatrechte getan, wenngleich sich die Entwicklung zunächst alleine auf latent-theoretischer Ebene, ohne Formulieren klarer Konsequenzen und sichtbarem Niederschlag in der Praxis, abspielen sollte.³³⁵

3.2.2.2 *Wächter / Savigny*

Was in der Comitas-Lehre seinen Anfang nahm, wurde in der Lehre des *Carl Georg Wächter* zu einem vorläufigen Ende gedacht: Vor dem Hintergrund seiner Kritik an der Statutenlehre nahm Wächter eine Umkehrung der Wertigkeiten vor und rückte die *lex fori* vehement in den Vordergrund. Der Richter ist alleine an das positive Recht seines Staates gebunden und hat hierbei zunächst einmal allen ausdrücklichen Kollisionsregeln zu folgen. Ansonsten sind im Kollisionsfalle Gesetze des eigenen Landes ohne Rücksicht auf die „Natur der Sache“ immer schon dann anzuwenden, wenn sie dies „wollen.“ Lässt sich keine eindeutige Entscheidung treffen, ist auf Forumsrecht zurückzugreifen.³³⁶ In dem Bestreben, dem Formalismus der Statutenlehre zu entweichen, ist Wächter so Opfer eines am anderen Ende des Kontinuums gelagerten Formalismus geworden, nämlich dem des „blinden nationalen Positivismus.“³³⁷

Im Kontrast hierzu vollbrachte es *Carl Friedrich von Savigny*, auf der einen Seite zwar die Kruste der Statutenlehre aufzureißen, ohne dabei jedoch in das entgegengesetzte Extrem zu verfallen. Mithilfe seiner als „kopernikanische Wende“ gefeierten Konstruktion des „Sitzes

³³⁴ Hierzu und zu den geschichtlichen Bedingungen vgl. 1.1.4.

³³⁵ Vgl. Schurig, a.a.O., S. 124, 118.

³³⁶ Vgl. v. Wächter, Carl Georg, Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, AcP 1841, S. 261, 263, 265, 267.

³³⁷ Vgl. Schurig, a.a.O., S. 118.

der Rechtsverhältnisse“ ließ er die groben völkerrechtlichen Kategorien „Territorial- und Personalhoheit“, welche Grundlage der Statutenlehre waren, hinter sich und schaffte mit seinem Ansatz beim Rechtsverhältnis Raum für eine rationalere und differenziertere Auffassung, auf deren Grundlage ausländisches und inländisches Recht als gleichwertig betrachtet werden konnten. Ob Savigny vor diesem Hintergrund noch als Universalist oder aber bereits als Überwinder des Universalismus zu betrachten ist, ist umstritten.³³⁸ Eine Synthese könnte lauten: Savigny ging von einem autonomen staatlichen IPR aus³³⁹, gründete das Kollisionsrecht jedoch auf universalistische rechtspolitische Prinzipien und orientierte sich außerdem am Ziel eines in der Zukunft liegenden, einheitlichen Welt-Internationalprivatrechts.

So verlagerte einerseits der Ansatz beim Rechtsverhältnis automatisch den Schwerpunkt des Denkens von einer der Determinierung des Einflussbereiches von Staaten impliziten Abgrenzung universal vorgezeichneter Hoheitsbereiche hin zu einer Bestimmung des „richtigen Rechts“, das sich aus einer Vielzahl grundsätzlich in Frage kommender Ordnungen nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten wählen ließ, ohne dass damit eine Aussage zur Stellung dieser Rechtsordnung im Weltgefüge verbunden gewesen wäre. Andererseits war eben zum einen dieser rein wissenschaftliche Ansatz als solcher universal³⁴⁰, und zum anderen betonte Savigny ausdrücklich, dass sich das Internationalprivatrecht letztlich gründe auf die „völkerrechtliche Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen“³⁴¹, auf die „im Allgemeinen geforderte Rechtsgemeinschaft aller Staaten“³⁴², die wiederum zurückgehe auf den „Einfluss theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht.“³⁴³ Universalistisch sind auch die Ziele, welche Savigny dem IPR steckt, wenn er den Zustand eines vollkommenen Gleichklangs zeichnet, in welchem „die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde.“³⁴⁴

So lässt sich sagen, dass Savigny in der Methode zwar Raum für autonomistische Ansätze geschaffen hat, in der Motivation jedoch dem universalistischen Vorstellungsbild treu geblieben ist.

³³⁸ Vgl. zur Diskussion Schurig, a.a.O., S. 118, 125.

³³⁹ Vgl. zur Illustration: Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VIII, S. VI, 24 ff., 117; 127.

³⁴⁰ Vgl. Mayer/Heuzé, Droit international privé, Rn. 69, der in diesem Zusammenhang von der „universalité de toute science“ spricht.

³⁴¹ Savigny, a.a.O., S. 27

³⁴² A.a.O., S. 38.

³⁴³ A.a.O., S. 27.

³⁴⁴ A.a.O., S. 27, vgl. auch S. 128 ff.

3.2.3 Nationalisierung der Internationalprivatrechte

Trotz der verschiedenen Schulen war das Kollisionsrecht ursprünglich, wie dargestellt, als Einheitsrecht gedacht worden. Die von der Comitas-Lehre und dem bedeutenden Einfluss Savignys verursachten ersten Risse im universalistischen Weltbild weiteten sich im 19. und 20. Jahrhundert zu einer kompletten Zersetzung dieser Vorstellung aus, als nämlich die Kollisionsrechte der einzelnen Länder nationalisiert wurden, wie es dem damaligen allgemein-politischen Drang zur Abspaltung und Emanzipation der einzelnen Nationen entsprach.

Das Erstarren der autonomistischen IPR-Konzeption hatte zwar bereits mit den großen Kodifikationen (Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794, Code civil von 1804 und österreichisches ABGB von 1811) begonnen, eine konsequente Behandlung des Kollisionsrechts als *nationales* setzte jedoch erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts ein; nach der italienischen Kodifizierung des IPR in den sogenannten *Preleggi* zum *Codice civile* von 1865 und um die Zeit der Vorbereitung des Einführungsgesetzes zum deutschen BGB von 1896. Als einflussreichste Denker der nationalistischen Schulen sind zu nennen *Anzilotti* (Italien), *Bartin* (Frankreich) und *Kahn* (Deutschland).³⁴⁵

Eine weitere Kodifikationswelle ließ sich seit Beginn der sechziger Jahre im 20. Jahrhundert in den Staaten West- und Osteuropas beobachten.³⁴⁶ Als Beispiel wären unter anderem die ehemalige Tschechoslowakei (1963), Polen (1965), Ungarn (1979) und die Türkei (1982) zu nennen.³⁴⁷

3.2.4 Neuere universalistische Auffassungen

Trotz – und in einigen Fällen sicherlich *wegen* – der deutlichen Entwicklung hin zur Nationalisierung gab und gibt es weiterhin Stimmen, die von einer universalistischen Konzeption des IPR ausgehen. Einige von ihnen sehen das IPR als Teil der übergreifend geltenden völkerrechtlichen Ordnung und betrachten es als Aufgabe des Kollisionsrechts, die Kollision von *Souveränitäten* zu regeln. Prominente Vertreter dieser Auffassung waren, in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, der Italiener *Mancini*³⁴⁸ sowie, zu Anfang des 20. Jahrhunderts, der Franzose *Pillet*.

³⁴⁵ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 72; Kropholler, a.a.O., § 2 III 2.

³⁴⁶ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 2 III 3.

³⁴⁷ Weitere Beispiele bei Kropholler, a.a.O., § 11 III 1 e).

³⁴⁸ Wobei hervorzuheben ist, dass *Mancini* zu denjenigen Vertretern des Universalismus gehört, welche das IPR in der Ausführung als rein – gar dezidiert – nationale Angelegenheit begreifen, hierbei jedoch von Gedanken einer übergreifenden Ordnung (in diesem Falle: Abgrenzung souveräner Hoheitsbereiche) getragen sind.

Dass eine völkerrechtliche Begründung des IPR zumindest in der Praxis – angesichts der unleugbar vorhandenen nationalen Kodifikationen und unabhängigen Gerichtspraxen – nicht haltbar ist, sahen und sehen auch die meisten Vertreter des Universalismus. Namentlich *Mancini* verschloss sich dieser Einsicht nicht und suchte pragmatisch Abhilfe, indem er auf die Gründung des *Institut de droit international* (1873) hinwirkte, außerdem die Zeitschrift *Journal du droit international privé* (1874) und, vor allem, die zur Ausarbeitung internationaler Verträge vorgesehene *Conférence de la Haye* (1893) ins Leben rief.³⁴⁹ Auf dieser Grundlage konnte sich ein „neuer Internationalismus“ mit dem Zustandekommen vieler Staatsverträge auf dem Gebiet des IPR und des internationalen Zivilverfahrensrechts entwickeln, unterstützt durch die immer weltoffener werdende Haltung der Wissenschaft.³⁵⁰

Auch sind immer wieder Versuche zu verzeichnen, das IPR als Teil einer universal geltenden Ordnung in Wesen und Funktionsweise theoretisch zu begründen. Über den Gedanken der faktischen Abgrenzung gegebener Souveränitäten hinausgehend, entwarf so beispielsweise *Frankenstein* eine elaborierte Theorie, die suchte, das IPR unter Aufdeckung rechtspsychologischer „Grundwahrheiten“ zu begründen.

In jüngere Zeit ist der Beitrag des Völkerrechtlers *Bleckmann* zu nennen, welcher im IPR einen Zweig des Völkerrechts sieht und bei der Theorie der „Doppelfunktionalität“ (*dédoublement fonctionnel*) Anleihen macht, zurückgehend auf *Scelle* für das Völkerrecht und transponiert auf das IPR von *Wiebringhaus*. Auf diese Ansätze wird noch näher einzugehen sein.

Die wohl konsensfähigste Gegenbewegung zum Nationalismus liegt in Beiträgen solcher einflussreicher Autoren wie *Henri Batiffol*, welchem es auf eine *Koordination* der verschiedenen nationalen IPR-Systeme ankommt³⁵¹ sowie in der auf *Ernst Rabel* gründenden rechtsvergleichenden IPR-Wissenschaft³⁵². Ohne die Perspektive des partikularen Systems zu überwinden, haben diese Autoren doch den Blick auf das Gesamte gerichtet und nach einem Weg gesucht, die Gegensätze in Einklang zu bringen. Ziel dieser Arbeit ist herauszufinden, ob inzwischen nicht sogar eine über diese Ansätze hinausgehende Betrachtungsweise angebracht ist. Dies soll im folgenden Abschnitt näher ausgeführt werden.

³⁴⁹ Vgl. Mayer/Heuzé, a.a.O., Rn. 70.

³⁵⁰ Vgl. Kropholler, a.a.O., § 2 III 3.

³⁵¹ Vgl. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, S. 102 ff.

³⁵² Vgl. Rabel, *The Conflict of Laws*.

3.2.5 Ausblick

Aufgabe dieser Abhandlung wird sein, der Frage nachzugehen, ob sich im Zuge der wirtschaftlichen Globalisierung und kommunikativen Überwindung der Landesgrenzen Ansätze für einen neuen Universalismus, einen „Neo-Universalismus“, begründen lassen, dessen mögliches Fundament eine Parallele zu der eingangs dargestellten Homogenität der mittelalterlichen Welt- und Rechtsvorstellung sein könnte. So wie damals die abendländische Welt durch das überspannende Zelt der Christenheit und das „Reich“ geeint war - bevor die (europäische) Welt in Nationalstaaten zerfiel - so könnte man heute in der Erosion der Bedeutung der Nationalstaaten bei durch die Globalisierung bewirkter Nivellierung nationaler Eigenheiten und dem Entstehen übergreifender (kapitalistischer) „Werte“ den Beginn einer neuen Homogenisierung der Welt erblicken, in dem die Unterschiede der nationalen Rechte an Schärfe und Bedeutung verlieren.³⁵³

Bevor jedoch dieser Frage weiter nachzugehen ist, soll die überblickartig angerissene Entwicklung vom Universalismus zum Autonomismus in den für die hier verfolgten Zwecke relevanten Punkten vertieft dargestellt werden.

3.3 Autonomistische und universalistische Strömungen und die Anwendung fremden Rechts

In diesem Abschnitt sollen die Theorien einiger Vertreter der oben aufgezeigten Strömungen näher beleuchtet werden. An eine detailliertere Darstellung der jeweiligen Gesamtkonzeption wird sich die Frage anschließen, ob – und wenn ja, welche – Rückschlüsse sich für die Fragen des „Warum“ und des „Wie“ der Anwendung fremden Rechts ergeben.

Die vertiefte Beleuchtung beginnt mit den Modellen der Partikularisten und wendet sich sodann den moderneren universalistischen Theorien zu. Die (unbewusst) universalistische Vorstellung der Statutisten wird nicht eigens behandelt, da sie zum einen in Kapitel I für die hier interessierenden Zwecke bereits hinreichend beleuchtet wurde und zum anderen die Frage der Anwendung fremden Rechts den Statutisten noch nicht als Problem bewusst war. Die Frage des „Warum“ stellten sich erstmalig, wie bereits ausgeführt, die niederländischen Autoren des 17. Jahrhunderts. Aufgegriffen wurden deren Theorien vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis, dessen Vertreter hier zunächst untersucht werden sollen. An die Darstellung dieser partikularistischen Modelle wird sich eine Betrachtung

³⁵³ Im Fokus der Betrachtungen stehen hierbei die rechtstheoretischen Grundlagen – zum weiterführenden Gedanken einer praktischen gemeineuropäischen IPR-Wissenschaft, vgl.: Kadner-Graziano, Gemeineuropäisches internationales Privatrecht.

kontinentaleuropäischer anschließen, bevor schließlich die universalistischen Modelle näher beleuchtet werden.

3.3.1 Autonomisten

3.3.1.1 *Anglo-Amerikanischer Rechtskreis*

3.3.1.1.1 Comity – Joseph Story

Wie im Kapitel zur geschichtlichen Entwicklung dargestellt, tat sich das Common Law über lange Jahre sehr schwer damit, sich der Konfrontation mit fremden Privatrechten zu stellen. Nachdem endlich die Entscheidung gefallen war, fremdes Recht überhaupt mit einzubeziehen, stellte sich die Frage, auf welche Weise das geschehen sollte. Auch in den Niederlanden des 17. Jahrhunderts hatte man, aus den bereits dargestellten Gründen, Schwierigkeiten, ein „Eindringen“ fremden Rechts zu akzeptieren. Es bildete sich die Lehre von der strengen Territorialität des Rechts heraus, die vor dem Hintergrund des relativ neu entstandenen Souveränitätsgedankens zu verstehen ist: Die Befehlsgewalt des Souveräns endet an den Grenzen seines Gebiets, also muss auch die Wirkung des Rechts, als Ausdruck souveränen Willens, denselben Limitationen unterliegen.

3.3.1.1.1.1 „Warum“

Um zu erklären, wie es vor diesem dogmatischen Hintergrund sein konnte, dass im Inland dennoch in Fällen mit Auslandsberührung teilweise ausländisches Recht berücksichtigt werden sollte, verfiel man auf die Comitas-Lehre. Hiernach wird, um es zu wiederholen, fremdes Recht nicht etwa aufgrund einer wie auch immer gearteten äußeren Pflicht angewendet, sondern alleine aus freundlichem Entgegenkommen des anwendenden Staates heraus. Diese Lehre wurde im anglo-amerikanischen Rechtskreis dankbar aufgegriffen und von *Joseph Story*³⁵⁴ aufbereitet. Sie vermochte den – als solchen aufgefassten – Widerspruch zwischen umfassender Wahrung der *eigenen* Souveränität und Einströmen des Rechtsbefehls eines *fremden* Souveräns aufzulösen: Die Anwendung des fremden Rechts im Inland bedeutete kein „Einknicken“ vor der Souveränität des anderen Staates, sondern ist Ausdruck des eigenen souveränen Willens, wie er sich im freundlichen Entgegenkommen manifestiert. Fremdes Recht kommt zum Zuge, *weil* es der eigene Souverän so will. Der Wille des Souveräns wiederum gründet sich auf Einsicht in die Notwendigkeit: Angesichts des dichten

³⁵⁴ Vgl. Joseph Story, Commentaries on the Conflict of Laws.

Geflechts an internationalen privatrechtlichen Kontakten „without some general rules of right and obligation, [...] the most serious mischief and most injurious conflicts would arise.“³⁵⁵

3.3.1.1.1.2 „Wie“

Die Lehre von der *comitas gentium* war also eine Erklärung für die *ausnahmsweise* Anwendung fremden Rechts. Ausnahmsweise zwar – jedoch ging man, wie schon die umfangreichen Bemühungen um Erklärungen vermuten lassen, davon aus, dass fremdes Recht in den entsprechenden Fällen tatsächlich als *solches angewendet* wurde.³⁵⁶ So scheint es sich auch bei *Story* zu verhalten, wie folgende Textstelle nahe legt:

„A state may prohibit the *operation* of all foreign laws, and the rights growing out of them, within its own territories. It may prohibit some foreign laws, and it may admit the *operation* of others.“³⁵⁷

Story scheint, indem er das Wort „operation“ verwendet, also vorauszusetzen, dass das fremde Recht im Inland „Wirkung entfaltet“ - er gesteht dem fremden Recht einen aktiven Status zu, der eine sich über die Landesgrenze hinwegerstreckende Anerkennung der fremdem Recht innewohnenden *Normkraft* impliziert. Dabei scheint er davon auszugehen, dass das fremde Recht gleichsam inkorporiert wird (vgl. hierzu auch die folgenden beiden Theorien), wie es folgende Formulierung nahe legt:

„[...] courts of justice presume the tacit adoption of [foreign laws] by their own government [...].“³⁵⁸

3.3.1.1.2 Vested Rights – Dicey/Beale/Holmes

Während die *Comitas*-Doktrin das fremde Recht also noch als *solches* überwirken lässt, geht die von dem Engländer *A.V. Dicey* begründete *Vested-Rights Theory* einen Schritt weiter. Die Grundzüge der Theorie, welche *Joseph H. Beale* seit 1896 in den USA aufgegriffen hatte³⁵⁹, wurden bereits im zweiten Kapitel dargestellt. Hier sollen die in diesem Zusammenhang relevanten Aspekte der Theorie nochmals eingehender beleuchtet werden.

³⁵⁵ *Story*, a.a.O., § 4.

³⁵⁶ Vgl. auch v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 114.

³⁵⁷ Vgl. *Story*, Conflict of Laws, § 23 (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁵⁸ A.a.O., § 38.

³⁵⁹ In der Praxis vertrat diese Theorie der Richter *Oliver Wendell Holmes*, der lediglich eine leicht abgeänderte Terminologie benutzte; so sprach er anstatt von „right“ von „obligation“; vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § XI b).

3.3.1.1.2.1 „Warum“

Auf die Frage, warum fremdes Recht angewendet werden sollte, hat Dicey eine pragmatische Antwort:

„The growth of rules for the choice of law is the necessary result of the peaceful existence of independent nations combined with the prevalence of commercial intercourse. From the moment that these conditions are realised, the judges of every country are compelled *by considerations of the most obvious convenience to exercise a choice of law* [..]“³⁶⁰

Sollen in einer von internationalem Handel gekennzeichneten Welt friedliche Beziehungen zwischen den einzelnen Ländern herrschen, so ist die Berücksichtigung fremden Rechts ein Gebot der Praxis. Und Dicey führt zur Untermauerung weiter aus: Die Gerichte Englands könnten sich zum einen weigern, Fälle mit Auslandsberührung zur Entscheidung anzunehmen, oder aber alle Fälle, gleich welchen Charakters, ausschließlich nach heimischem Recht entscheiden. Im ersten Fall jedoch, so stellt Dicey fest, würde Engländern wie Fremden der Rückgriff auf die Gerichte abgeschnitten und so die Möglichkeit genommen, ihre Rechte durchzusetzen. Aber auch die zweite Variante wäre nach Dicey nicht tragbar –

„gross injustice would [..] result as well to Englishman as to foreigners.“³⁶¹

Denn, so führt der Autor aus, – und das leitet zu der Frage über, *wie* fremdes Recht anzuwenden ist – eine rechtliche Entscheidung hat zum Objekt, ein bereits existierendes Recht *durchzusetzen*, nicht aber etwa, neue Rechte zu *kreieren*.³⁶² Wenn aber nun beispielsweise die rechtlichen Konsequenzen eines in Schottland zwischen Schotten geschlossenen Vertrages nach englischem Recht bestimmt würden, gestünde man den Parteien damit Rechte zu, die sich qualitativ von den ursprünglichen, im Vertrag begründeten, unterscheiden. Denn diese Rechte sind eben schottische – nicht britische – und deswegen auch als schottische in England durchzusetzen.³⁶³

Die Anwendung fremden Rechts, so lässt es sich zusammenfassen, ist für Dicey nicht ein Gebot des höflichen Entgegenkommens zwischen Souveränen, sondern ein solches des Pragmatismus und der Gerechtigkeit.

3.3.1.1.2.2 „Wie“

Sollte nun aber fremdes Recht deshalb tatsächlich als solches, d.h. in seiner vollen Normkraft, angewandt werden? Wie Huber und Story ging Dicey von einer strikt territorialen Geltung des Rechts aus. Das veranlasste ihn zu der deutlichen Aussage:

³⁶⁰ Dicey, A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws, S. 8. (Hervorhebung hinzugefügt)

³⁶¹ Dicey, a.a.O., S.9

³⁶² Vgl. Dicey, a.a.O.

³⁶³ Vgl. Dicey, a.a.O.

“rules prevailing in other countries [...] are not laws to us at all, since they do not rest on the authority of our own state.”³⁶⁴

Die *vested-rights doctrine* half nun, das Spannungsverhältnis zwischen strikter Territorialität des Rechts auf der einen und Berücksichtigung außerhalb des Ursprungsterritoriums geltendem Recht auf der anderen Seite aufzulösen: Wie Beale erläutert, besteht die Funktionsweise des Rechts darin, dass es „right after right, in a long series“ produziert, um Verletzungen geschützter Interessen auszugleichen.³⁶⁵ Da nun also der Hauptzweck des Rechts („law“) im Schaffen von Rechten („rights“) liegt, und die Hauptaufgabe des Kollisionsrechts darin zu bestimmen, an welchem Ort ein Recht entstanden ist und unter welcher Rechtsordnung es zur Entstehung kam,³⁶⁶ ist die Anwendung fremden *Rechts* („law“), richtig verstanden, nichts anderes als das Durchsetzen fremder *Rechte* – der *vested rights*. Dass man im nicht-englischsprachigen Raum nicht zu diesem Schluss kam, mag – so scheint es Beale nahe zu legen – auch daran liegen, dass in den meisten Sprachen die sich hinter der generellen Bezeichnung „Recht“ verbergenden unterschiedlichen Objekte – nämlich sowohl *Rechtsordnung* als auch *subjektive Rechte* – mit ein und demselben Wort – eben „Recht“ – bezeichnet werden, während die englische Sprache für die beiden Phänomene vollkommen unterschiedliche Begriffe bereithält, nämlich „law“ (Rechtsordnung, Normengefüge) auf der einen und „right“ (subjektives Recht) auf der anderen Seite.³⁶⁷

Mit der von den Anhängern der *vested-rights* Theorie auf diese Weise vorgenommenen Unterscheidung tritt die Bedeutung des Rechts im Sinne der Normen bereithaltenden Rechtsordnung in den Hintergrund: sobald auf Grundlage einer Rechtsnorm ein subjektives Recht entstanden ist, kommt diesem Recht in gewisser Weise ein unabhängiges Eigenleben zu – weswegen sich die Frage nach der Anwendung fremden Rechts, bei Licht besehen, gar nicht mehr als Problem stellt: Bezugspunkt des Anwendungsproblems ist nämlich, nach dem Dargestellten, nicht etwas die fremde *Norm*, sondern das nunmehr abstrahierte *subjektive Recht*. Wird dieses Recht in einen fremden Kontext transponiert, so ist damit keinerlei Aussage zur Geltungskraft der fremden *Rechtsnorm* getroffen. Die fremden *Rechtsnormen* „bleiben, wo sie sind“, sie haben ihre Funktion bereits erfüllt; von Interesse ist nur noch das entstandene subjektive Recht, und *es* alleine wird „exportiert“ und im Inneren des betreffenden Forums implementiert.

³⁶⁴ Vgl. Dicey, a.a.O., S.3

³⁶⁵ Vgl. Beale, A Treatise on the Conflict of Laws I, § 8A.7.

³⁶⁶ Vgl. Beale, a.a.O., § 8A.8.

³⁶⁷ Vgl. Beale, a.a.O. (Hervorhebung hinzugefügt.)

Von dieser Warte aus erscheint es nur konsequent, das fremde (subjektive) Recht jeglichen normativen Charakters zu entkleiden und als simple Tatsache aufzufassen. So erläutert denn Beale:

“It is quite obvious that since the only law that can be applicable in a state is the law of that state, no law of a foreign state can have there the force of law. [...] If, then, the law of a state says that a question [...] is to be determined in accordance with the foreign law, this does not mean that the foreign will be applied as law but that those provisions of the foreign law indicated by the rule will be used as facts [...]. The law of the forum is the only law that prevails as such. The foreign law is a fact in the transaction.”³⁶⁸

Damit ist das Problem elegant gelöst: Da Recht in seiner Funktionsweise aus subjektiven Rechten besteht, stellt sich die Frage der Anwendung einer fremden Norm in der Praxis erst gar nicht; und die- einzig - ins Innere zu transponierenden *vested rights* haben einen abstrakten, faktischen Charakter – sie sind nichts als Tatbestandsmerkmale des im Inland zu lösenden Rechtsproblems.

3.3.1.1.3 Local Law – Cook/Learned Hand

Auch den Vertretern der sogenannten *local-law theory* bereitet die Frage Kopfzerbrechen, wie sich das Überwirken fremder Rechte mit der Konzeption der eigenen Souveränität vertrage.³⁶⁹ Beeinflusst vom *legal-realism movement*, brachten diese Autoren eine Theorie hervor, welche im Rechtskreis des *Civil Law* ihre Entsprechung in der italienischen Inkorporationslehre hat (vgl. hierzu 3.3.1.2.)

Prominentester Vertreter der *local-law theory* in den USA war *Walter Wheeler Cook*; ihm folgte in der Gerichtspraxis *Judge Learned Hand*. In seinem Werk „The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws“ rechnet *Cook* sowohl mit den Ansichten *Storys*³⁷⁰ als auch mit der *vested-rights theory* ab. Ausgangspunkt ist für ihn die Feststellung, dass jeglicher Versuch, Antworten aus vorausgesetzten Axiomen zur Natur des Rechts, der Limitationen von Staatsgewalt etc. abzuleiten, von vornherein zum Scheitern verurteilt ist.³⁷¹ Der Fehler liegt nach *Cooks* Ansicht darin, dass die übrigen Rechtsgelehrten das „Recht“ als ein Objekt begreifen, das eine eigenständige Existenz führt; eine Existenz, die über das beobachtbare Verhalten der mit Recht befassten Ordnungsträger (Richter, Verwaltungsbeamte etc.) hinausgeht.³⁷²

³⁶⁸ Beale, a.a.O., § 5.4.

³⁶⁹ Vgl. z.B. *Cook*, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, S. 41; S. 27, wo *Cook* eine Entscheidung von *Judge Learned Hand* zitiert.

³⁷⁰ Vgl. *Cook*, a.a.O., S. 49 ff.

³⁷¹ Vgl. a.a.O.

³⁷² Vgl. a.a.O., S. 30.

In Wirklichkeit aber, so bezieht sich Cook auf Holmes' Worte, ist das, was wir unter „Recht“ verstehen, lediglich „the prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious.“³⁷³ Das „Recht“ ist hiernach nichts anderes als das relevante Verhalten derjenigen Staatsträger, die in unserer Gesellschaft für das Recht zuständig sind, allen voran der Richter. Es sei ein Trugschluss zu meinen, dem Recht komme irgendeine darüber hinausgehende „verdinglichte“ Existenz zu – das „Recht“ als solches existiere nicht, vielmehr, um es wiederum mit den Worten von Holmes zu sagen: „for legal purposes a right is only the hypostasis of a prophecy [...]“³⁷⁴ Die übrigen Denker begehen nun nach *Cook* den grundlegenden Fehler, dass sie die „verdinglichten“ Aussagen über das Recht nicht als schlichtes Mittel begreifen, ein Ergebnis zu *beschreiben*, sondern sie als *Axiom* annehmen und meinen, mit deren Hilfe das Ergebnis *erklären* zu können.³⁷⁵

Entsprechend schlägt Cook eine neue Methode vor: Das Recht solle begriffen werden als schlichte Zusammenfassung der Beobachtung konkreter Phänomene. Was „das Recht“ vermöge oder nicht vermöge, ließe sich alleine aus den rechtlichen Konsequenzen ableiten, mit denen tatsächliche Situationen in der Praxis verknüpft würden. Was zähle, sei, was die Gerichte tatsächlich *getan* hätten, während die hierauf verwandten Erklärungen von zweitrangiger Bedeutung seien.³⁷⁶

3.3.1.1.3.1 „Warum“

Was passiert nun, wenn die Gerichte davon sprechen, sie wendeten das Recht eines fremden Staates an? Cook hat hierauf eine Antwort parat, die der Frage nach dem „Warum“ der Anwendung radikal den Boden entzieht. Wie im nächsten Abschnitt gezeigt werden wird, ist die Rhetorik der Gerichte nämlich vollkommen irreführend: In Wirklichkeit wird fremdes Recht in keiner Weise „angewendet“, weder aus „comitas“ noch in der Form fremder subjektiver Rechte.

3.3.1.1.3.2 „Wie“

Was also geschieht wirklich, wenn die Gerichte einen Fall mit Auslandsberührung zu entscheiden haben? Nach Cook verhält es sich nicht etwa so, dass die Gerichte, wenn sie das Rechte eines fremden Staates für „anwendbar“ halten, ihre eigene Entscheidung tatsächlich an dessen Recht ausrichten. Denn das hieße nach *Cook*, den gesamten Fall, so wie er sich

³⁷³ Vgl. a.a.O., S. 15.

³⁷⁴ Vgl. a.a.O., S. 30.

³⁷⁵ Vgl. a.a.O., S. 36.

³⁷⁶ Vgl. a.a.O. S. 8.

konkret darstellt, hypothetisch ins betreffende Ausland zu transponieren und *exakt* die Entscheidung zu treffen, zu der auch das fremde Gericht käme. Das aber, so Cook, passiert in der Realität – und alleine hierauf kommt es im Recht an – nicht. In Wirklichkeit nämlich beschränkten sich die Gerichte darauf, das Recht des betreffenden fremden Staates in seinem materiellen Gehalt zu konsultieren und entschieden dann den Fall schlicht entsprechend den gefundenen Sachnorm. Mit anderen Worten: die Gerichte machten sich nicht die Mühe, die oft komplizierten Wege eines möglichen *renvoi* nachzuvollziehen, sondern begnügten sich damit herauszufinden, wie das fremde Gericht in einem *reinen Inlandsfall* in der zur Entscheidung stehenden Konstellation urteilen würde. Das habe zur Konsequenz, dass das Forumsgericht gar nicht wissen *könne*, ob im betreffenden fremden Staat *tatsächlich* ein „*vested right*“ entstanden sei, das es nunmehr lediglich zu transponieren gelte. Wenn nun aber trotz alledem eine Entscheidung zustande kommt, so lässt sich nach Cook kein anderer Schluss ziehen, als dass das Gericht in Wirklichkeit nach *seinem eigenen Recht* entscheidet, mag es sich auch in dieser Entscheidung eng an den im entsprechenden fremden Recht gefundenen Vorgaben orientieren und die fremde Rechtsnorm so gewissermaßen „inkorporieren.“³⁷⁷ Um es mit den zusammenfassenden Worten Cooks auszudrücken:

„[T]he forum, when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar though not identical, in scope with a rule of decision found in the system of law in force in another state [...]. The forum thus enforces not a foreign right but a right created by its own law.“³⁷⁸

3.3.1.1.4 Zusammenfassende Stellungnahme

Eine Gegenüberstellung der beleuchteten Theorien lässt eine gewisse Tendenz dahingehend erkennen, das fremde Recht in seiner Normhaftigkeit mehr und mehr auszublenden. Während die Denker der *Comitas*-Lehre noch von einer tatsächlichen Geltung fremden Rechts, wenn auch höchstens ausnahmsweise, ausgingen, schafften es die Vertreter der *vested-rights theory* bereits, das fremde Recht, „the law“, als solches beiseite zu schieben und sich statt dessen auf ein Derivat zu konzentrieren, dessen verobjektivierter, gewissermaßen „neutralisierter“ Charakter seine Handhabung weniger bedrohlich zu machen schien. Mit der *local-law theory* schließlich war der Schritt getan, ausländische Normen gänzlich auszuhebeln: Nunmehr wurde dem fremden Recht, wenn es schon nicht als solches überzuwirken vermochte, nicht einmal mehr die Kapazität zugestanden, subjektive Rechte nach seinen Regeln

³⁷⁷ Vgl. a.a.O., S. 16 ff. insb. 20/21.

³⁷⁸ A.a.O., S. 20/21.

hervorzubringen – fremdes Recht diene lediglich als Matrix, nach der das *eigene* Recht im Inland wirkte.

Ziel ist hier nicht, die konkrete Methodik der einzelnen Theorien kritisch zu beleuchten, vielmehr soll das Augenmerk auf die hinter den Theorien stehenden Grundkonzeptionen gerichtet werden. Wie bereits angeklungen, verbirgt sich hinter all den hier dargestellten Modellen die Annahme, dass Recht Ausdruck der staatlichen Souveränität sei, die es vor „Übergriffen“ fremder Souveräne zu beschützen gelte. Diese Vorstellung vom „Kampf der Souveräne“, die eifersüchtig ihre Territorien gegeneinander abgrenzen, spielt auch im heutigen Kollisionsrecht der USA noch eine nicht unerhebliche Rolle³⁷⁹ und ist ein Grund für die starke Betonung der *lex fori*. Der Ansatz bei der staatlichen Souveränität im Zusammenhang mit internationalem *Privatrecht* jedoch geht von einer falschen Prämisse aus und widerspricht der Logik des Systems, wie vor allem *Christian von Bar* deutlich dargelegt hat: Nicht zufällig, so stellt *von Bar* zunächst fest, entwickelte sich das Bedürfnis nach einer Theorie für die Anwendung fremden Rechts im Anschluss an die Entstehung des Souveränitätskonzeptes, und nicht zufällig ist seitdem immer wieder versucht worden, ausländischem Recht die Rechtsqualität abzusprechen.³⁸⁰ Dabei wird übersehen, dass die Anwendung von Auslandsrecht und die Souveränität des eigenen Staates deshalb gar nicht miteinander kollidieren *können*, weil sie nicht auf derselben geistigen Abstraktionsebene operieren: So nämlich wie das materielle *Privatrecht* zwar formell vom Staat geschaffen wurde, aber funktional gerade den Zweck hat, dem Bürger einen *staatsfreien* Raum zur privatrechtlichen Interaktion abzustecken, so bewegt sich auch das Kollisionsrecht auf der Ebene der freien, vom Staat getrennten, Gesellschaft. Die Souveränität aber, so *v. Bar*, ist im Recht auf der Ebene „Staat“ und nicht auf der Ebene „Gesellschaft“ anzuordnen, weswegen sie mit der Anwendung von fremdem Recht durch Befehl des IPR strukturell nicht kollidieren kann.³⁸¹

Dieser Ansicht *v. Bars*, die bereits bei *v. Savigny* anklang³⁸², ist zuzustimmen, selbst wenn man sich der Beobachtung nicht verschließen möchte, dass in den letzten Jahrzehnten eine gewisse „Politisierung“ des *Privatrechts* (vgl. z.B. Verbraucherschutz, Mieterschutz) stattgefunden hat. Trotz allem spielt sich weiterhin der Großteil des privatrechtlichen Verkehrs in Bereichen ab, in denen kein Bedürfnis zum regulierenden Eingreifen des Staates

³⁷⁹ Vgl. hierzu aber Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, S. 154 ff., welcher in der entscheidend von Souveränitätsinteressen geprägten Herangehensweise Curries (vgl. 2.3.1.1.3.1.) gerade eine implizite Loslösung vom absolutistischen Territorialstaat sieht, die Recht als Produkt der „society“ erklärbar mache.

³⁸⁰ Vgl. *v. Bar*, Theorien zur Erklärung der Anwendung fremden Rechts und kollisionsrechtliche Methode, S. 1167, 1176

³⁸¹ Vgl. a.a.O., S. 1178.

³⁸² Vgl. System des heutigen Römischen Rechts VIII, S. 117.

besteht – und wo Notwendigkeit besteht, existieren die Instrumentarien des *ordre public* und der Eingriffsgesetze, ohne dass damit eine generelle „Verstaatlichung“ des kollisionsrechtlichen Mechanismus angezeigt wäre.³⁸³

Insbesondere ist die Fixierung auf die staatliche Souveränität nicht mehr zeitgemäß und verstellt den Blick auf adäquate Lösungen für eine Welt, in der die Souveränität des Nationalstaates, wie wir sie bislang definieren, sich einem Erosionsprozess ausgesetzt sieht, und mit zunehmender Interdependenz nicht mehr das Einzelinteresse, sondern das Allgemeininteresse aller Staaten *gemeinsam* im Mittelpunkt steht.³⁸⁴ Hierauf wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.

3.3.1.2 *Kontinentaler Rechtskreis: Ago/Anzilotti*

In Italien zeichnete sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ein radikaler Bruch mit den überkommenen universalistischen Vorstellungen ab. Besonderen Einfluss übte in diesem Zusammenhang *Roberto Ago* aus, welcher vor dem Hintergrund seiner Theorie von der Exklusivität der Rechtssysteme gegen die Modelle der Universalisten argumentiert: Diese Modelle, so *Ago*, bauen auf einem grundlegend falschen Verständnis vom Wesen der Rechtsordnungen und ihrem Verhältnis zueinander auf. Die interne und die internationale Rechtsordnung nämlich könnten nicht – wie von den Universalisten vertreten – miteinander verkoppelt sein, die eine gar von der anderen Befehle erhalten, weil die beiden Rechtsordnungen strikt voneinander getrennt seien: sie hätten unterschiedliche Quellen und richteten sich an unterschiedliche Subjekte.³⁸⁵ Die Konzeption der Über- und Unterordnung von völkerrechtlicher und nationaler Ebene, welche universalistische Vorstellungen möglich macht, lasse die fundamentale Tatsache außer Betracht, dass jede originäre Rechtsordnung ein ausschließendes und geschlossenes Normensystem in dem Sinne darstelle, dass alles sich außerhalb des Normensystems Befindliche für dieses keinen normativen Wert haben könne. Aus diesem Grund könne man nicht gleichzeitig mehr als eine Rechtsordnung in Betracht ziehen und, vor allem, könne man zwischen zwei originären Rechtsordnungen keine juristische Verbindung herstellen.³⁸⁶

Eine Norm kann in der Logik *Agos* also nur in dem System ihre Wirkung entfalten, welches sie beheimatet. Außerhalb dieses Systems ist die Norm ein Fremdkörper und als solcher ohne

³⁸³ Vgl. auch Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, S. 61 f.

³⁸⁴ Wobei nicht übersehen werden darf, dass gerade in jüngster Zeit eine gewisse Gegenbewegung spürbar ist, insbesondere von den USA ausgehend. Anschaulich zur Geschichte und zum Begriff der Souveränität: Fassbender, *Die Souveränität des Staates als Autonomie im Rahmen der völkerrechtlichen Verfassung*, S. 1089 ff.

³⁸⁵ Vgl. Ago, *Règles générales des conflits de lois*, *Recueil des Cours* 1936, S. 247, 248.

³⁸⁶ Vgl. a.a.O., S. 259.

juristische Kraft. Entsprechend, so *Ago*, existieren die völkerrechtlichen Regeln für die Ebene der nationalen Rechtsordnungen nicht als juristische Regeln und stellen umgekehrt, für das Völkerrecht, die nationalen Rechtsordnungen keine Rechtsordnungen dar.³⁸⁷

Vor diesem Hintergrund sieht *Ago* es als falsch an, Normen, die vom inländischen Gesetzgeber verabschiedet worden sind, als (materiell) internationale zu betrachten oder ihnen die Funktion eines „Lückenfüllers“ für fehlende internationale Normen zuzusprechen. Das internationale Privatrecht, gesetzt vom nationalen Gesetzgeber, sei deshalb rein nationaler Natur, „une partie du droit national pur et simple“.³⁸⁸

Das für die Ebenen Völkerrecht/nationales Recht beschriebene Ausschließlichkeitsverhältnis herrscht nach der Konzeption *Agos* auch auf der Ebene nationaler Rechtsordnungen untereinander. Auch hier haben, vom Standpunkt der betroffenen Rechtsordnung aus, normativen Wert nur die *eigenen*, nicht aber fremde Gesetze. Berühmt geworden ist in diesem Zusammenhang die Anmerkung, wonach eine Rechtsordnung immer notwendigerweise ausschließlich sei, in dem Sinne, dass sie den juristischen Charakter all dessen ausschließe, was nicht in ihr selbst enthalten sei.³⁸⁹

Zu ähnlichen Ergebnissen wie *Ago* kommt dessen Landsmann *Dionisio Anzilotti*. Auch dieser geht von dem Modell der gegenseitigen Exklusivität der Rechtsordnungen aus³⁹⁰ und versteht das internationale Privatrecht als rein nationales Regelwerk, das jeweils von den einzelnen Gesetzgebern in freier Berücksichtigung ihrer nationalen Besonderheiten konzipiert werde³⁹¹. Wie *Ago* zieht *Anzilotti* aus dem Modell der sich gegenseitig ausschließenden normativen Räume Konsequenzen für die Art und Weise der Anwendung fremden Rechts. Bevor dieses Thema behandelt wird, soll zunächst kurz die Frage des „Warum“ der Anwendung fremden Rechts beleuchtet werden.

3.3.1.2.1 „Warum“

Die Frage der Anwendungsnotwendigkeit fremden Rechts beantwortete *Anzilotti* zunächst unter anderem mit einem Verweis auf das Völkerrecht – hier sei es den Staaten gewohnheitsrechtlich verboten, die Rechte anderer Staaten gänzlich zu ignorieren.³⁹² Allerdings bezieht der Autor dieses Verbot schon in seinem Frühwerk auf extrem wenige

³⁸⁷ Vgl. a.a.O., S. 259 f., 273.

³⁸⁸ Vgl. a.a.O., S. 273/274, mit einem Verweis auf *Anzilotti*.

³⁸⁹ Vgl. a.a.O., S. 302, Originalzitat: « [...]l'ordre juridique est toujours nécessairement exclusif, dans le sens qu'il exclut le caractère juridique de tout ce qui ne rentre pas en lui-même. »

³⁹⁰ Vgl. *Anzilotti*, Corso di lezioni di diritto internazionale, S. 1, 6 f.

³⁹¹ Vgl. *Anzilotti*, Corso di diritto internazionale privato, S. 385, 388.

³⁹² Vgl. a.a.O., S. 172.

Fälle³⁹³ und scheint es später gänzlich aufgegeben zu haben.³⁹⁴ Nunmehr verweist *Anzilotti* auf Betrachtungen der Gerechtigkeit und praktischen Notwendigkeit³⁹⁵; eine Überlegung, die im übrigen auch bereits im Frühwerk angeklungen war.³⁹⁶ Auch *Ago* beantwortet die Frage nach dem „Warum“ mit Hinweis auf praktische Belange: das ausschließliche Anwenden der *lex fori* in Fällen mit Auslandsberührung würde eine normale Entwicklung des Handels und der internationalen Beziehungen erheblich behindern.³⁹⁷ Insbesondere wendet sich *Ago*, anders als *Anzilotti*, strikt gegen das Bestehen auch nur einer völkerrechtlichen Minimalanforderung: die Tatsache, dass alle Staaten Kollisionsregeln vorsähen und damit fremdes Recht berücksichtigten, gebe keinerlei Aufschluss über ein angebliches Bewusstsein, im Sinne einer Verpflichtung zu handeln (*opinio iuris*). Von der bloßen Tatsache auf eine solche Motivationslage zu schließen, berge das Risiko, ein in allen Staaten gleichermaßen lediglich für praktisch befundenes Vorgehen mit dem Erfüllen einer Pflicht zu verwechseln.³⁹⁸

3.3.1.2.2 „Wie“

Der eigentlich interessante Beitrag der Theorien *Agos* und *Anzilottis* besteht in den Folgerungen, die sie aus ihren Ansichten zum Wesen der Rechtsordnungen für die Anwendung fremden Rechts ziehen. Vor dem Hintergrund der absoluten Ausschließlichkeit einer Rechtsordnung, für die alles außerhalb Liegende automatisch nicht-normativen Charakter hat, stellt die Geltung einer fremden Rechtsnorm im Landesinneren zunächst einen Widerspruch in sich dar. *Anzilotti* vollzieht folgende Denkschritte, um den Widerspruch aufzulösen: Aus dem Prinzip, dass eine Norm juristischen Wert habe, wenn und soweit sie einer bestimmten Rechtsordnung angehöre, folge, dass fremden Rechtsnormen als solchen kein *juristischer* Wert zukäme. Da nun jeder Satz und jedes Prinzip juristischen Wert annehme, sobald und insoweit es in eine Rechtsordnung gelange und Teil derselben werde, komme den ausländischen Normen juristischer Charakter deshalb und insofern zu, als sie Teil unserer Rechtsordnung würden. Aufgabe der Kollisionsnormen sei deshalb, den ausländischen Normen juristischen Charakter einzuhauchen, was zwangsläufig bedeute, die fremden Normen in die Rechtsordnung des Forums zu inkorporieren. Ab diesem Moment besage dann die Bezeichnung „fremde Rechtsnorm“ nichts anderes mehr als: interne

³⁹³ Vgl. a.a.O., S. 172 f.; für den Rest verweist *Anzilotti* auf das Konzept der *comitas*.

³⁹⁴ Vgl. *Anzilotti*, *Corso di diritto internazionale privato*, S. 385, 386.

³⁹⁵ Vgl. a.a.O.

³⁹⁶ Vgl. *Anzilotti*, *Corso di lezioni*, S. 1, 12.

³⁹⁷ Vgl. *Ago*, a.a.O., S. 247, 281.

³⁹⁸ Vgl. *Ago*, a.a.O., S. 247, 284 ff., insb. 289.

Rechtsnormen, die einer fremden Ordnung entnommen wurden.³⁹⁹ Aus der Tatsache, dass es sich nunmehr um rein interne Normen handelt, zieht *Anzilotti* im folgenden den Schluss, dass diese Normen bezüglich der Anwendbarkeit (*ex officio?*), der Nachforschungspflichten (*iura novit curia?*) sowie bezüglich der Revisibilität wie die „normalen“ internen Normen zu behandeln seien.⁴⁰⁰

Zu derselben Konzeption wie *Anzilotti* gelangt *Ago*: Mit dem Grundsatz der Ausschließlichkeit der Rechtsordnungen, nach dem nichts juristischen Wert habe, was außerhalb deren Grenzen liege, erkläre sich, was gemeint sei, wenn man davon spreche, einer fremden Norm Wirksamkeit zuzugestehen. Dies bedeute nichts anderes als der Norm juristischen Charakter zuzuerkennen, was wiederum nur durch eine Inkorporation der Norm in die Rechtsordnung des Forums geschehen könne.⁴⁰¹ Mit anderen Worten: man wisse, dass eine Rechtsnorm innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung nur dann juristischen Charakter haben könne, wenn man sie sich als Produkt einer Quelle derselben Rechtsordnung vorstellen könne. Wenn nun also eine fremde Rechtsnorm Wirksamkeit in der Rechtsordnung des Forums erlangen solle, müsse dieses ein Prinzip enthalten, mittels dessen die fremde Regel dogmatisch auf eine interne Quelle rückführbar sei und auf diese Weise als Teil der Rechtsordnung betrachtet werden könne.⁴⁰²

3.3.1.2.3 Stellungnahme

Eine ausführliche Stellungnahme zu den Theorien *Agos* und *Anzilottis* ist dem letzten Kapitel vorbehalten, wo der Standpunkt der Ausschließlichkeit von Rechtsordnungen mit dem hier vertretenen Gegenstandspunkt kontrastiert wird.

³⁹⁹ Vgl. *Anzilotti*, *Corso di diritto*, S. 381, 434.

⁴⁰⁰ Vgl. a.a.O., S. 434 ff.

⁴⁰¹ Vgl. *Ago*, a.a.O., S. 247, 302.

⁴⁰² Vgl. a.a.O., S. 303. Dem Konzept der „Nationalisierung“ fremder Normen widerspricht *Santi Romano* in seinem rechtsphilosophischen Werk „L'ordinamento giuridico“, S. 187 (Fußnotentext): Soweit der inländische Gesetzgeber eine Verweisung auf die Normen eines anderen Staates ausspreche, betrachte er diese Norm gerade ihrem spezifischen Gehalt nach, nicht jedoch als herausgelöst aus der Rechtsordnung, deren Teil sie sei (und die, so möchte man anfügen, gerade ihren Charakter ausmacht). Deshalb behandle das Forum fremde Normen als Normen mit *juristischem* Wert gerade weil und solange bis diese juristischen Charakter im fremden Staat hätten; gerade weil und solange bis sie der Rechtsordnung dieses Staates angehörten.

Zum Rechtskonzept *Romanos* im übrigen vgl. insb. a.a.O. S. 90, wo eine holistische („Recht“ sind nicht nur die Normen, sondern umfasst ist auch die Organisationsebene) und prä-staatliche Rechtsauffassung zum Ausdruck kommt.

3.3.2 Universalisten

Im Lager der Universalisten erübrigt sich eine Einteilung in Autoren aus dem kontinentalen Rechtskreis und solche aus dem des *Common Law*, denn der Universalismus ist geschichtlich vorrangig ein kontinentales Phänomen.

3.3.2.1 *Frankenstein*

Ernst Frankenstein suchte im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts die „Verwirrung im internationalen Privatrecht“ durch einige einfache Einsichten ein für allemal beizulegen. Als Universalist ist er insofern einzuordnen, als er das positive IPR – oder „Grenzrecht“, wie er es nennt – zwar als (national)staatliches Recht ansieht, jedoch davon ausgeht, dass dieses staatliche Recht auf „überstaatlichen Axiomen“ beruht.⁴⁰³

Ausgangspunkt sind folgende Betrachtungen zum Wesen von Recht und Gesetz: das Recht ist, gemäß *Frankenstein*, der Inbegriff der unbewusst zur Maxime erhobenen Lebensbedingungen einer Gruppe; das Gesetz die bewusst daraus abgeleitete Zwangsordnung.⁴⁰⁴ Gesetz und Recht stehen dabei in einer Wechselbeziehung zueinander: Dem Gesetz als vom Gewalthaber auferlegter Zwangsordnung wirkt „als Werk der Masse die Rechtsüberzeugung regelnd entgegen; sie formt den Rohstoff, aus dem das Gesetz entsteht.“⁴⁰⁵ Recht als Ausdruck der gemeinsamen Überzeugungen kann, so führt *Frankenstein* aus, in jeder „unter ungefähr gleichen Bedingungen lebenden Vielheit, Gesetz nur in der geordneten Vielheit, der Gruppe, entstehen.“⁴⁰⁶

Wichtig für das Verständnis des *Frankenstein'schen* Entwurfs ist dessen Auffassung vom Recht als *psychologischer* Größe –es entsteht in den Köpfen der Menschen und lebt dort als Rechtsüberzeugung. Aus diesem Grund kann es z.B. kein zwischenstaatliches Recht geben, das durch bloßen Staatsvertrag geschlossen wäre, denn die Staaten, seien sie auch die Ordnung bringenden Zusammenschlüsse der in ihnen lebenden Menschen, könnten keine eigene, „gefühlte“ Rechtsüberzeugung bilden.⁴⁰⁷ Der „Staat“ sei eben kein lebendiges Wesen, sondern lediglich eine Denkform.⁴⁰⁸

Die Relevanz des Staates liegt nun aber darin, dass in seinem Gebiet all diejenigen Menschen vereint sind, die „unter ungefähr gleichen Bedingungen leben und ungefähr gleichen

⁴⁰³ Frankenstein, Internationales Privatrecht I, S. 258.

⁴⁰⁴ A.a.O., S. 12.

⁴⁰⁵ Vgl. a.a.O., S. 17/18.

⁴⁰⁶ A.a.O., S. 19.

⁴⁰⁷ Vgl. a.a.O., S. 22/23.

⁴⁰⁸ Vgl. a.a.O., S. 22.

Einwirkungen der Umwelt ausgesetzt sind.⁴⁰⁹ Hier formt sich die in Gesetz gerinnende Rechtsüberzeugung, welche die Staatsangehörigen ihr Leben lang in juristischer Hinsicht an ihr Ursprungsland binden wird. Entsprechend räumt *Frankenstein* der Staatsangehörigkeit herausragende Bedeutung ein – nur innerhalb der durch sie determinierten Heimatordnung kann „Recht“ entstehen und als solches angewandt werden, wohingegen die Anwendung von Normen einer fremden Rechtsordnung „nicht Recht, sondern Gewalt“ (Polizei) ist.⁴¹⁰

Die Antwort auf die Frage nach dem „Grenzrecht“ ist nun nach *Frankenstein* ganz einfach zu beantworten, wenn man sich die dargestellten Grundsätze vor Augen führt, welche nach Einschätzung des Autors „völkerpsychologische und staatsrechtliche Notwendigkeit“⁴¹¹, um nicht zu sagen: „wissenschaftliche Wahrheit“⁴¹² sind. Da Anwendung fremden Rechts auf Einheimische und Anwendung eigenen Rechts auf Fremde „Gewalt“ darstellt, ist diese Praxis so weit wie möglich einzuschränken. „Aufgabe richtig verstandener Grenzsatzung ist es [...], die Grenzen des Herrschaftsanspruchs gegenüber den eigenen Staatsangehörigen zu ziehen, gegenüber den Fremden dagegen nur soweit, als eine polizeiliche Regelung ihrer Rechtsbeziehungen für das Staatswohl unerlässlich ist.“⁴¹³ Richtig verstanden, bestimmt im IPR jede Rechtsordnung nur, wieweit sie selber Geltung beansprucht, und sie tut dies über eine Abstufung primärer und sekundärer Anknüpfungen, wobei primär die Verbindung zum Heimatstaat ist und sekundär (derivativ) alle weiteren, davon abweichenden, sind, die unter Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit festgelegt werden.⁴¹⁴

3.3.2.1.1 „Warum“

Die Antwort auf die Frage, warum fremdes Recht angewandt werden sollte, ergibt sich für *Frankenstein* aus der Logik seines Systems. Anders als die frühen anglo-amerikanischen Autoren, die von der strengen Territorialität des Rechts ausgingen und jede Abweichung hiervon als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme betrachteten, folgt *Frankenstein* einem personalisierten Rechtskonzept. Wie dargestellt, entfaltet sich hiernach eigentliches „Recht“ nur zwischen einem Staat und dessen Staatsangehörigen, wohingegen die Anwendung eigenen Rechts auf *Fremde* „Gewalt“ darstellt, mögen sich die Fremden auch auf dem Staatsterritorium aufhalten.

⁴⁰⁹ A.a.O., S. 19.

⁴¹⁰ Vgl. a.a.O., S. 30.

⁴¹¹ A.a.O., S. 34.

⁴¹² A.a.O., S. 253.

⁴¹³ A.a.O., S. 47.

⁴¹⁴ Vgl. a.a.O., S. 49 ff., wo auch die Beziehung zwischen Sachen – in Abgrenzung zu den hier illustrativ behandelten Personen – und Rechtsordnung dargestellt wird.

Vor dem Hintergrund dieser Schablone betrachtet *Frankenstein* die Entwicklung der Anwendung fremden Rechts und kommt zu dem Schluss, dass die „Notwendigkeiten des Verkehrs, die Rücksicht auf die eigenen im Ausland weilenden Staatsangehörigen“ dazu geführt haben, dass die „Ausübung der Gebietshoheit, de[r] brutale[.] Machtgedanke[.], allmählich in den Hintergrund gedrängt“ wurde.⁴¹⁵ Zwar habe man zunächst „Höflichkeit, die *comitas gentium*“ „vorgeschützt“, im 19. Jahrhundert sei man allerdings zu der Erkenntnis gelangt, dass es sich um eine Frage des Rechts, nicht der Courtoisie, handelte. Von der Einsicht allerdings, auf die der Autor selbst sein Modell stützt, sei man noch weit entfernt gewesen⁴¹⁶: Der eigentliche Grund der Anwendung fremden Rechts nämlich liegt, so *Frankenstein*, in einem wohlverstandenen Umgang mit den eigenen Machtmöglichkeiten. Da, wie erläutert, die Anwendung eigenen Rechts auf Fremde „Gewalt“ darstelle, sei diese Praxis so weit wie möglich zu beschränken. Es sind die von *Frankenstein* als solche empfundenen tieferen Einsichten in das Wesen des Rechts, die jeden Staat, der am internationalen Verkehr teilnehmen wolle, zur Selbstbeschränkung mahnten und ihn zu der Erkenntnis kommen ließen, dass die Anwendung fremden Rechts auf die Angehörigen der in Frage stehenden fremden Nation der Natur der Sache Rechnung trage. In dieser Konstellation nämlich, wo Fremde sich im Inland aufhalten, ist in der Logik *Frankensteins* nicht die Anwendung fremden Rechts rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, sondern stellt vielmehr, umgekehrt, die Anwendung *eigenen* Rechts einen gesondert zu legitimierenden Verstoß gegen das Wesen des Rechts dar.

3.3.2.1.2 „Wie“

Zu der Frage, wie fremdes Recht angewendet wird, äußert sich *Frankenstein*, soweit ersichtlich, nicht explizit. Nach seinem Modell sind vor den Forumsgerichten zwei Konstellationen denkbar: zum einen die Anwendung fremden Rechts auf *Fremde* im Inland – Ausdruck „primärer“ Anknüpfung – oder Anwendung fremden Rechts auf *Einheimische*, welches Folge einer von der Heimatordnung gewählten „sekundären“ Anknüpfung – wie z.B. Erfüllungs- oder Deliktsort – sein kann.⁴¹⁷ Nach *Frankensteins* Grundauffassungen lässt sich mutmaßen, dass er fremdem Recht im Inland, soweit auf Einheimische angewendet, nicht die Qualität von Rechtsnormen zuspricht, stellt sich doch eine rechtliche Beziehung nur zwischen dem Staat und dessen eigenen Angehörigen qua von diesen kollektiv gebildeter Rechtsüberzeugung ein – Rechtsbeziehung, die zwischen Einheimischen und dem

⁴¹⁵ Vgl. a.a.O., S. 43.

⁴¹⁶ Vgl. a.a.O.

⁴¹⁷ Zu den unterschiedlichen Anknüpfungen vgl. a.a.O., S. 50 ff.

Ursprungsstaat des im Einzelfalle angewandten fremden Rechts gerade *nicht* existiert. Zwar hat der Staat die legitime Macht, seine Staatsangehörigen einer anderen Rechtsordnung zu „unterwerfen“⁴¹⁸, und dieser Unterwerfungsakt ist dann keine „Gewalt“, sondern „Recht“, da er den *eigenen* Angehörigen gegenüber geschieht.⁴¹⁹ Entscheidend dürfte in dieser Konstellation dann allerdings auch nur dieser „Unterwerfungsakt“, mit anderen Worten: der Rechtsanwendungsbefehl, sein, denn nur er wendet sich an die eigenen Staatsangehörigen, während das materielle fremde Recht gegenüber Nicht-Staatsangehörigen (im Verhältnis zum fremden Staat) zum Einsatz kommt. Es dürfte also zu unterscheiden sein zwischen – auf der einen Seite - Kollisionsrecht, das der eigene Staat an seine Einheimischen richtet, und – auf der anderen Seite - dem Einsatz ausländischen Rechts, der auf dieser Rechtswahl beruht und eine Verbindung zwischen einem Staat und Nicht-Angehörigen herstellt. Da nun „Recht“ im *Frankenstein'schen* Sinne nur in der Beziehung zum Heimatstaat entstehen kann, ist davon auszugehen, dass das auf Einheimische angewandte materielle fremde Recht in die Nähe von Tatsachen gerückt wird, jedenfalls aber das fremde Recht in der dargestellten Konstellation Wirkung nicht aus eigener Kraft, sondern alleine aufgrund des inländischen Anwendungsbefehls entfaltet.

Anders könnte es sich hingegen verhalten, soweit fremdes Recht auf *Fremde* angewandt wird: Hier liegt die Vermutung nahe, dass *Frankenstein* den Grund der normativen Wirkung in der fremden Rechtsordnung selbst sieht – die Rolle des Inlands dürfte in diesen Fällen eher die einer den Einsichten in das Wesen des Rechts entspringenden Selbstbeschränkung sein. Das fremde Recht wirkt dann, seinen eigenen Angehörigen gegenüber, aus sich selbst heraus; die Heimatrechtsordnung beschränkt sich darauf, diese „wesensgemäße“ Entfaltung der Rechtswirkung zuzulassen.

3.3.2.1.3 Stellungnahme

Auch die *Frankenstein'sche* Gesamtkonstruktion wird im letzten Kapitel vor dem Hintergrund des noch vorzustellenden hier vertretenen Lösungsmodells kommentiert werden. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Konzeption *Frankensteins* von einer gewissen Widersprüchlichkeit bezüglich der Rolle des Staates im Rechtsschöpfungs- und Rechtsanwendungsprozess geprägt ist. Auf der einen Seite nämlich spricht *Frankenstein* dem Staat, wie dargestellt, jegliche Rolle in der Herausbildung von Recht ab, da Recht das Produkt von Überzeugungen sei, diese sich aber nur auf der Ebene von lebenden Menschen formen

⁴¹⁸ Vgl. a.a.O., S. 50.

⁴¹⁹ Anders wenn z.B. England auch gegenüber Fremden, die sich auf seinem Territorium befinden, die Wohnsitz-Anknüpfung vornimmt – hier handelt es sich um „Pseudo-Anknüpfung“, um „Gewalt“, vgl. a.a.O., S. 52/53.

könne.⁴²⁰ Der Staat ist nach *Frankenstein*, wie bereits zitiert, lediglich eine „Denkform, keine Wirklichkeit“⁴²¹ – mit anderen Worten: pure Fiktion. Auf der anderen Seite aber, wenn es um die Frage der Rechtsanwendung geht, scheint dieses amorphe Fiktivgebilde plötzlich zu Leben zu erwachen – und dies ganz unabhängig von den den Staat doch angeblich einzig ausmachenden Individuen. Mit einem Male hat der Staat einen eigenen Willen, er muss sich die Frage stellen, bis wohin er „auf eigenem Gebiete das Vordringen fremden Rechts gestatten will“⁴²², „bestimmen, bis wohin sie [die Heimatrechtsordnung] von den im Ausland weilenden Angehörigen Gehorsam beansprucht“⁴²³, und der Staat hat gar, plastisch formuliert, die Möglichkeit, seine Angehörigen „im Gehorsam zu erhalten.“⁴²⁴

Woher dieses Eigenleben, diese eigenständige Willensentfaltung der „Rechtsordnung“, des Staates, mit einem Male kommt, lässt *Frankenstein* im Dunkeln. Es liegt der Verdacht nahe, dass der Autor unbewusst menschliche psychologische Konzepte übertragen und damit die Rechtsanwendungsfrage mit Implikationen befrachtet hat, die mit ihr, sachlich betrachtet, in keinerlei Zusammenhang stehen. Denn wie *Frankenstein* selbst bemerkt: der Staat ist eine Fiktion – ob fremdes oder eigenes Recht angewandt wird, *kann* ihn nicht in diesem Sinne *interessieren*.⁴²⁵

Um aber die Anwendungsfrage möglichst objektiv zu klären, gilt es sich auf sachliche Argumente zu konzentrieren und ist der Rekurs auf intuitive menschliche Verhaltensmuster – die Unterstellung, jeder wolle so weit wie möglich „das eigene“ durchsetzen – kontraproduktiv.

3.3.2.2 *Scelle/Wiebringhaus –Theorie der „funktionalen Verdoppelung“*

Eine Besonderheit innerhalb der völkerrechtlichen IPR-Theorien stellt die der „funktionalen Verdoppelung („*dédoublement fonctionnel*“) dar. Das Modell wurde von *George Scelle* hauptsächlich für das Völkerrecht entworfen und von *Hans Wiebringhaus* spezifisch für das IPR aufbereitet.⁴²⁶

⁴²⁰ Vgl. a.a.O., S. 23: „Wenn der Staat handelt, so geschieht das nur im übertragenen Sinne, denn außerhalb des Einzelmenschen gibt es weder Muskeln noch Nerven, die allein erlauben zu denken und zu handeln“ – wie auch immer man es mit der wissenschaftlichen Fundiertheit dieser Aussage halten möchte.

⁴²¹ A.a.O.

⁴²² A.a.O., S. 23.

⁴²³ A.a.O.

⁴²⁴ A.a.O.

⁴²⁵ Vgl. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, S. 60 f.: „Interesse“ setzt einen „Interessenten“ voraus.

⁴²⁶ Eine weitere – weniger detaillierte – Auseinandersetzung mit der Theorie für das IPR findet sich in Kopelmanas, *La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit des conflits de lois*, S. 753 ff., vgl. insb. S. 760, 782 sowie S. 787/88, wo Kopelmanas, anders als Wiebringhaus, den Zustand der funktionalen Verdoppelung (hierzu vgl. unten im Haupttext) nicht als Notlösung, sondern als ausbaufähigem Sollzustand darstellt.

Im folgenden sollen zunächst die Grundzüge der *Scelle`schen* Theorie und sodann das IPR-Modell *Wiebringhaus`* dargestellt werden.

3.3.2.2.1 Scelle

In seinem Aufsatz „Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel“ baut *Scelle* seine Lehre folgendermaßen auf: Grundlegend ist zunächst die Feststellung, dass Recht ein soziologisches Phänomen ist – „ubi societas ibi ius“; Recht entstehe durch eine gewohnheitsmäßige Herausbildung von Rechtsüberzeugung, nicht etwa durch einen bloßen voluntativen Akt.⁴²⁷ Das Dasein in Gesellschaften nun, welches Ursprung der Normativität ist, tendiere dazu, die anfänglich gezogenen Grenzen zu überschreiten und mit Menschen aus anderen Gesellschaften in Kontakt zu treten. Hieraus ergebe sich dann automatisch eine neue normative Ordnung, nämlich eine „intersoziale“ normative Ordnung.⁴²⁸ Diese neue Ordnung, so *Scelle*, ist automatisch eine übergeordnete mit hierarchischem Charakter, denn die Ebene der zusammengesetzten Ordnung dominiere die der Einzelteile; jede - strukturell - übergeordnete Ordnung gehe notwendig der untergeordneten vor. Wäre dies nicht der Fall, würden die Einzelinteressen in zersetzender Weise die Oberhand gewinnen und die neue Ordnung an Strukturschwäche zerbrechen. Mögen, im internationalen Kontext, die auf Wahrung ihrer Souveränität bedachten Staaten auch Schwierigkeiten haben, dieses Über-Unterordnungsverhältnis zu akzeptieren – so handelt es sich doch nach *Scelle* um ein „soziologisches Gesetz der Hierarchie der Normen“ („loi sociologique de la hiérarchie des normes“), welches sich aus der Natur der Sache ergebe.⁴²⁹

Nun entsteht diese übergreifende Ordnung, wie aufgezeigt, nicht durch einen institutionellen Gründungsakt, sondern kommt vielmehr spontan, als Reflex gesellschaftlicher Notwendigkeiten, zustande. Dies hat zur Konsequenz, dass der übergeordneten Sphäre die entsprechenden Institutionen fehlen, weswegen deren Aufgaben von den vorhandenen Einrichtungen der „niedrigeren Ordnung“ übernommen werden müssen. An dieser Stelle verankert *Scelle* seine Theorie von der funktionalen Verdoppelung, die er wie folgt definiert:

„Les agents dotés d’une compétence institutionnelle ou investis par un ordre juridique utilisent leur capacité « fonctionnelle » telle qu’elle est organisée dans l’ordre juridique qui les a institués, *mais* pour assurer l’efficacité des normes d’un *autre ordre juridique* privé des organes nécessaires à cette réalisation, ou n’en possédant que d’insuffisants.“⁴³⁰

⁴²⁷ Vgl. a.a.O. S. 324, 325: « [L]a coutume (..) est à l’origine de toute la réglementation ou normativité d’un système social. »

⁴²⁸ Vgl. a.a.O., S. 324, 329.

⁴²⁹ Vgl. a.a.O., S. 324, 330, 333.

⁴³⁰ A.a.O., S. 324, 331.

Die Institutionen der Einzelteile – im internationalen Kontext der Staaten – übernehmen also gleichsam kommissarisch diejenigen Aufgaben, welche in den Aufgabenbereich der - nicht existierenden – internationalen Organe fielen. Ihnen kommt damit eine Doppelfunktion zu: zum einen handeln sie als reguläre Organe ihrer Ursprungsordnung, zum anderen nehmen sie Aufgaben der internationalen Gemeinschaft wahr. Ausdrückliche Vorsicht ist nach *Scelle* geboten, die hier vorausgesetzte übergreifende Rechtsordnung deshalb nicht als eine solche anzuerkennen, weil ihr die institutionelle Organisation fehlt: Essenz eines Rechtssystems nämlich sei nicht etwa der „Organizismus“, sondern vielmehr der Normativismus.⁴³¹

3.3.2.2.2 Wiebringhaus

Wiebringhaus knüpft nun an *Scelle* an, indem er von einer monistischen Völkerrechtstheorie ausgeht, innerhalb deren der unmittelbare Primat des internationalen Rechts gilt.⁴³² In diesem Blickwinkel sind Völkerrecht und IPR gleichgeordnete Teilgebiete einer internationalen Ordnung, welche sich über den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten befindet.⁴³³ Seinsgrund und Finalität der Normen der beiden Rechtsgebiete sind nach *Wiebringhaus* identisch – beide regeln Interessen auf internationaler Ebene mit dem einzigen Unterschied, dass das IPR sich der privaten, das Völkerrecht hingegen der kollektiven Interessen annimmt.⁴³⁴

Nun kommt *Wiebringhaus* nicht um die Feststellung herum, dass das existierende IPR in weiten Bereichen nicht internationalen Ursprungs ist, sondern vielmehr das Produkt sich unabhängig voneinander vollziehender, rein nationaler Gesetzgebungsakte. Jedoch ist diesem „formellen“ Aspekt nach *Wiebringhaus* nur vernachlässigenswerte Bedeutung beizumessen – eigentlich entscheidend für den Charakter des Rechtsgebietes sei dessen *materieller* Gehalt.⁴³⁵ Parallel unterscheidet *Wiebringhaus* konstruktive und normative Rechtsquellen: Konstruktiv sei bspw. der Legislationsakt des jeweiligen Landesparlaments, normativ aber – und entscheidend – seien die Rechtsquellen, welche dem Gesetzgebungsakt vorgelagert sind: Hier nennt *Wiebringhaus* beispielhaft die Rechtsüberzeugung, welche sich innerhalb einer bestimmten sozialen Gruppe bildet, und welche das Parlament in der offiziellen Gesetzgebung sodann lediglich nachempfendet.⁴³⁶

⁴³¹ Vgl. a.a.O., S. 324, 336.

⁴³² Vgl. *Wiebringhaus*, Das Gesetz der funktionalen Verdoppelung, S. 26/27, 81/82, 87.

⁴³³ Vgl. a.a.O., S. 91.

⁴³⁴ Vgl. a.a.O., S. 86/87.

⁴³⁵ Vgl. a.a.O., S. 86.

⁴³⁶ Vgl. a.a.O., S. 81/82.

Auf internationalprivatrechtlicher Ebene verhalte es sich nun so, dass die Konfliktregeln der Form nach zwar national sein mögen, es sich normativ und materiell aber um die Regelung eines *internationalen* Sachverhalts drehe, was, wie dargestellt, ausreiche, um die in Frage stehenden Normen als internationale einzuordnen.

Diese der internationalen Ebene zuzuordnenden Normen müssten nun eigentlich von Organen, welche ebenfalls dieser Ebene entstammen, verwaltet werden. Wie *Scelle* aber sieht *Wiebringhaus*, dass die entsprechenden Institutionen fehlen, und behilft sich deshalb ebenfalls des Modells der funktionalen Verdoppelung: Mögen sich die nationalen Organe dessen auch nicht bewusst sein, so übten sie doch auf kollisionsrechtlichem Gebiet eine originär internationale Funktion aus – sie agierten provisorisch so lange als Vertreter der eigentlich adäquaten internationalen Institutionen, bis diese eingesetzt seien und die ihnen zufallende Aufgabe selbst übernehmen könnten.⁴³⁷

3.3.2.2.1 „Warum“

Aussagen zu der Frage, warum fremdes Recht angewendet wird, lassen sich aus der *Wiebringhaus'schen* Systematik gewinnen. Wie ausgeführt, gilt der Vorrang des Völkerrechts vor den einzelnen staatlichen Ordnungen: „Völkerrecht bricht Staatsrecht“⁴³⁸ zitiert *Wiebringhaus* die Lehre von *Scelle*, welche er sich zu eigen macht. Wenn nun das internationale Privatrecht, wie dargestellt, Teil der übergeordneten völkerrechtlichen Ebene ist, so lässt sich daraus schließen, dass fremdes Recht in den Einzelstaaten deswegen angewendet werden muss, weil dies dem Befehl einer hierarchisch übergeordneten Norm entspricht. Die Staaten haben gar keine Wahl – die Anwendung fremden Rechts wird „von oben“ angeordnet. Der *Grund* für diese Anordnung wiederum geht auf einen Gedanken zurück, der ebenfalls bei *Scelle* bereits Ausdruck gefunden hatte: soll das Miteinander der Staaten sinnvoll koordiniert werden, „eine wirkliche Ordnung von Rechtsbeziehungen stattfinden“, so *müssen* sich die Einzelteile der regelnden Gewalt einer übergreifenden Ebene unterwerfen.

Der Grund für die Anwendung fremden Rechts ist also im *Scelle'schen/Wiebringhaus'schen* Modell unmittelbar mit dem Ordnungsgedanken verbunden: parallele Systeme (Landesrechte) bedürfen der Koordination (Anwendung fremden Rechts), und diese ist sinnvoll nur durch hierarchische Steuerung zu erreichen (Anwendungsbefehl „von oben“).

⁴³⁷ Vgl. a.a.O., S. 87, 98/99.

⁴³⁸ A.a.O., S. 27.

3.3.2.2.2 „Wie“

Die Logik der dargestellten Systematik legt den Schluss nahe, dass fremdes Recht als vollwertige Norm zur Anwendung gelangt. In der Tat äußert sich *Wiebringhaus* hier eindeutig: „Das von einem internen Richter angewandte Recht ist [...] Recht wie das entsprechende interne Privatrecht auch.“⁴³⁹ Die nationalen Rechte sind alle gleichermaßen dem Völkerrecht untergeordnet, Teil desselben – monistischen – Systems, und als solche untereinander gleichwertig austauschbar, wenn die übergeordnete Ebene es befiehlt.

Ist nun geklärt, dass fremdes Recht als vollwertiges „Recht“ angewandt wird, so stellt sich im *Wiebringhaus'schen* Modell eine weitere Frage: Wird fremdes materielles Recht als nationales Recht, oder als „funktional verdoppeltes“ internationales Recht angewandt? Nach Einschätzung *Wiebringhaus'* behält das zum Einsatz kommenden materielle Recht seinen nationalen Charakter.⁴⁴⁰ Allerdings gestaltet sich der Vorgang der Fremdrechtsanwendung recht komplex, so dass selbst dem Begründer des Systems eindeutige Aussagen schwer zu fallen scheinen. Letztlich ausschlaggebend dürfte folgende Gedankenführung sein: Die Theorie der funktionalen Verdoppelung befasst sich in erster Linie mit den verschiedenen Organen einer Rechtsordnung und deren Funktionen.⁴⁴¹ Die Funktion der Kollisionsnorm ist es nun, *internationale* Koordinationsprobleme zu lösen, wodurch sie – wie oben dargestellt, als „funktional verdoppelte“ *nationale* Norm zu betrachten ist. Das nationale materielle Privatrecht aber wird im Grunde nur mit Blick auf das Landesinnere geschaffen und wird lediglich im Einzelfalle, „nur zufällig“, *aufgrund* der in der *funktional verdoppelten* Kollisionsnorm ausgesprochenen Delegation an eine fremde Rechtsordnung zur Regelung internationaler Koordinationsprobleme herangezogen.⁴⁴² In diesen Fällen mag auch das materielle Recht im Grunde „funktional verdoppelt“ sein, jedoch handelt es sich lediglich um eine *mittelbare* funktionale Verdoppelung, gleichsam eine Verlängerung des funktional verdoppelten Charakters der die Anwendung des materiellen Rechts befehlenden Norm. *Wiebringhaus* scheint aber vorrangig auf den unmittelbaren *teleologischen* Aspekt abzuheben: alleine die Kollisionsnormen sind eigens für den internationalen Bereich *geschaffen*, während die materiellen Normen nicht gezielt, sondern lediglich punktuell und als „Ersatzlösung [...] [anstelle] eines gegenwärtig noch utopischen „Weltrechtes““ angewendet werden.⁴⁴³

⁴³⁹ A.a.O., S. 123.

⁴⁴⁰ *Wiebringhaus* ist an dieser Stelle aber nicht vollkommen eindeutig. Auf die aufgeworfene Frage nach dem internationalen Charakter antwortet er: „Diese Frage wird wahrscheinlich zu verneinen sein“, a.a.O., S. 102, an anderer Stelle heißt es, die funktionale Verdoppelung trete auch hinsichtlich der materiellen Rechte ein, vgl. S. 122.

⁴⁴¹ Vgl. a.a.O., S. 102.

⁴⁴² Vgl. a.a.O., S. 102/103.

⁴⁴³ Vgl. a.a.O., S. 122/123.

3.3.2.2.3 *Stellungnahme*

Die Gedanken *Scelles* und *Wiebringhaus* sollen im Kontext des hier zu unterbreitenden Vorschlages in Kapitel 8 ausführlich behandelt werden. An dieser Stelle ist lediglich darauf hinzuweisen, dass eine Parallele zu *Frankenstein* in der soziologischen Betrachtungsweise besteht. Während *Frankenstein* seine Betrachtungen allerdings auf das jeweils rein Landesinnere bezieht, denken *Scelle* und *Wiebringhaus* bereits in den Strukturen einer übergreifenderen Gesellschaft. Dass – und inwiefern – meiner Meinung nach selbst dieser Ansatz noch zu kurz greift, werde ich ausführen.

3.3.2.3 *Bleckmann*

Einen weiteren Versuch, das IPR universalistisch einzubetten, hat in jüngerer Zeit *Albert Bleckmann* unternommen. In seinem Werk „Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts“ stellt er explizit die Frage nach dem „Warum“ und dem „Wie“ der Anwendung fremden Rechts. Eine Antwort, so der Autor, ergebe sich aus dem Verhältnis der nationalen Rechtsordnungen zueinander, welches wiederum nur unter Berücksichtigung des Verhältnisses von nationalem Recht und Völkerrecht beurteilt werden könne.⁴⁴⁴

Im Rahmen der Untersuchung dieses Verhältnisses lehnt *Bleckmann* zunächst, anders als *Scelle*, das Modell einer monistischen Ordnung ab, obwohl durchaus ein organisationsrechtliches und materiellrechtliches Zusammenwachsen von nationalen Rechtsordnungen und Völkerrecht anerkannt wird.⁴⁴⁵ Auch auf der Grundlage eines dualistischen Systems kommt *Bleckmann* jedoch zu einer Theorie, die von einer unmittelbaren Determinierung des IPR durch das Völkerrecht ausgeht. Hierbei macht er Anleihen bei der Theorie der funktionalen Verdoppelung *Scelles*, wie sie oben dargestellt wurde: Vor dem Hintergrund völkerrechtlicher Betrachtungen zu den Kompetenzen der Staaten sowie einer Analyse der Anknüpfungsmomente, welche *Bleckmann* zu dem Schluss kommen lässt, dass Referenzpunkte – den Parteiwillen einmal außer Acht gelassen – ausschließlich die Personal- oder Gebietshoheit sind, kommt der Autor zu folgender Feststellung: Das IPR der Staaten beruhe auf dem aus dem Völkerrecht fließenden Grundsatz, dass die Staaten grundsätzlich nur im Rahmen der ihnen vom Völkerrecht verliehenen Kompetenzen handeln und zur Gesetzgebung befugt seien. Konsequenz hiervon sei

⁴⁴⁴ Bleckmann, Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts, S. 5.

⁴⁴⁵ Vgl. a.a.O., S. 23, 21/22. Die Ablehnung des monistischen Modells erfolgt unter Hinweis auf Souveränitäts-, Demokratie-, Rechts- und Sozialstaatsprinzip, vgl. S. 16 f.

wiederum, dass auf Sachverhalte mit internationalen Bezügen nur die jeweils nach Völkerrecht zuständige Rechtsordnung angewendet werden dürfe.⁴⁴⁶ Das Völkerrecht kenne nun aber eindeutige und klare Zuständigkeitsregeln nur in begrenztem Maße.⁴⁴⁷ Dies mache eine nähere Konkretisierung nötig, welche, mangels entsprechender Ressourcen auf internationaler Ebene, einstweilen von den nationalen Gesetzgebern gestaltet werde. Der Materie nach aber – „Gesetzgebungszuständigkeit der Staaten“ – handele es sich „eindeutig“ um eine Zuständigkeit des Völkerrechts, womit *Bleckmann* den Kreis zur *Scelle'schen* Konstruktion schließt: Die Staaten handeln in funktionaler Verdoppelung als Sachwalter der internationalen Gemeinschaft.⁴⁴⁸

3.3.2.3.1 „Warum“

Warum nun wenden die einzelnen Staaten fremdes Recht an? Woher kommt der Anwendungsbefehl? Zur Beantwortung dieser Frage stützt sich *Bleckmann* hauptsächlich auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchsverbots. Wie dargestellt, geht *Bleckmann* von der Maßgeblichkeit des Völkerrechts aus, welchem sich jedoch in der praktischen Umsetzung nur recht allgemein gehaltene und damit ausfüllungsbedürftige Vorgaben entnehmen ließen. Den Staaten sei also ein breiter Ermessensspielraum belassen, bei dessen Konkretisierung sie sich vom Verbot des Rechtsmissbrauches leiten lassen müssten.⁴⁴⁹

Die kritische Diskussion um die Existenz dieses Prinzips für das Völkerrecht wird von *Bleckmann* wiedergegeben und mit dem eigenen Standpunkt abgeschlossen, die Entwicklung des Völkerrechts verlaufe eindeutig in Richtung einer Verallgemeinerung des für das Nachbarrecht entwickelten Grundsatzes, dass jeder Staat seine Kompetenzen zwar nicht ausschließlich nach Gesichtspunkten des Allgemeininteresses auszuüben habe, die Interessen anderer Staaten aber in die bei Entscheidungen vorzunehmenden Abwägungen einfließen müssten.⁴⁵⁰ Nun bestehe zwar, so *Bleckmann*, nach dem momentanen Stand des Völkerrechts noch keine generelle Pflicht der Einzelstaaten zur positiven Förderung der Allgemein- bzw. Fremdinteressen, jedoch läge im spezifischen Bereich des IPR eine Pflicht zur Anwendung fremden Rechts qua Rechtsmissbrauchsverbot dann vor, wenn die „fremde Rechtsordnung einen Anspruch erhebt und diesen nach der Zuständigkeitsordnung des Völkerrechts auch erheben kann, auf einen bestimmten internationalen Sachverhalt angewendet zu werden.“⁴⁵¹

⁴⁴⁶ Vgl. a.a.O., S. 42.

⁴⁴⁷ Vgl. a.a.O., S. 43.

⁴⁴⁸ Vgl. a.a.O.

⁴⁴⁹ Vgl. a.a.O., S. 45.

⁴⁵⁰ Vgl. a.a.O. S. 25 ff., 29.

⁴⁵¹ Vgl. a.a.O., S. 34.

Hintergrund der Überlegung ist, dass „auch mit dem Privatrecht bestimmte öffentliche Interessen durchgesetzt werden“ und die Staaten die öffentlichen Interessen des jeweils anderen, wie aufgezeigt, nicht verletzen dürfen.⁴⁵² Im konkreten Fall könne sich so das negative Verbot der Verletzung fremder Interessen zu einer positiven Förderungspflicht entwickeln.⁴⁵³

Neben dem Gedanken der Berücksichtigung fremder Interessen stecken nach *Bleckmann* folgende weitere Prinzipien hinter dieser Förderungspflicht: Zum einen verlange das Allgemeininteresse der Völkerrechtsgemeinschaft am internationalen Handel ein Minimum an „Effektivität, Rechtssicherheit und Einheit der Weltrechtsordnung“, mit anderen Worten: Entscheidungsgleichklang; dies auch mit Blick auf den Schutz wohlverworbener Rechte bzw. des Vertrauens. Weiter zieht *Bleckmann* das teilweise für die Staaten vertretene Verbot heran, alle Fallkonstellationen unterschieds- und ausnahmslos nach eigenem Recht zu entscheiden. Der eigene Rechtskreis sei also zu beschränken - damit jedoch hierdurch kein Vakuum entstehe, verlange die Völkerrechtsordnung die Existenz von Kollisionsnormen, welche zur Anwendung eines anstelle der *lex fori* anwendbaren Rechts führen.⁴⁵⁴ Schließlich wird die Überlegung herangezogen, die Anerkennung fremder Staaten gebiete die Anwendung ihres Rechts.⁴⁵⁵

Nach alledem kommt *Bleckmann* zu dem Schluss, dass der Anwendungsbefehl für fremdes Recht im Inland nicht eigentlich aus den nationalen Kollisionsnormen, sondern aus der Völkerrechtsordnung selbst fließt.⁴⁵⁶ Zur weiteren Untermauerung dieser Ansicht greift *Bleckmann* auf die Überlegung zurück, dass die Regelung der Staatsangehörigkeit von jedem Staat selbst vorgenommen werde und automatisch in jedem anderen Staate Wirkung entfalte. Dies sei darauf zurückzuführen, dass diese Regelung eigentlich in den Zuständigkeitsbereich der Völkerrechtsordnung falle, diese aber kein entsprechendes Instrumentarium bereithalte und deswegen an die staatliche Kompetenz überweise. Ähnliche verhält es sich nach *Bleckmann* mit den Kollisionsregeln des IPR – sie seien als Konkretisierung der Zuständigkeitsregeln des Völkerrechts „Völkerrecht in einem weiteren Sinne“, an welches die übrigen Staaten automatisch gebunden seien und welches automatisch in deren innerstaatlichen Rechtsraum hineinwirke.⁴⁵⁷

⁴⁵² Vgl. a.a.O., S. 33.

⁴⁵³ Vgl. a.a.O., S. 34.

⁴⁵⁴ Vgl. a.a.O., S. 35.

⁴⁵⁵ Vgl. a.a.O., S. 35 unter Hinweis auf Alexander N. Makarov.

⁴⁵⁶ Vgl. a.a.O., S. 36, 44.

⁴⁵⁷ Vgl. a.a.O., S. 37 f.

3.3.2.3.2 „Wie“

Aus soeben Dargestelltem ergibt sich bereits die Antwort auf die Frage, wie, als was, fremdes Recht im Inland angewendet wird: fremdes Recht ist vollwertiges Recht – durch den internationalen Anwendungsbefehl sogar mit Normqualität ausgestattet, welche *nicht* von nationalen Befehlen abhängig ist.

Zu bedenken in diesem Zusammenhang gibt *Bleckmann* die Tatsache, dass man sich inzwischen von den überzogenen Souveränitätsvorstellungen des 19. Jahrhunderts gelöst und damit eine neue Sicht auf das Recht gewonnen habe. Das Dogma des übergeordneten staatlichen Willens als Geltungsgrund habe einer Sicht Platz gemacht, welche die Verbindlichkeit des Rechts mit seiner Funktion als allgemeine Werteordnung erkläre. Damit könne das Recht auch außerhalb der nationalen Grenzen Verbindlichkeit beanspruchen.⁴⁵⁸

3.3.2.3.3 Stellungnahme

Während die zuletzt wiedergegebene moderne Rechtsauffassung *Bleckmanns* Zustimmung verdient, erscheint sein theoretisches Gesamtkonstrukt problematisch. Den generellen Schwierigkeiten völkerrechtlicher Begründungen des IPR vermag auch die *Bleckmann'sche* Theorie nicht zu entgehen: Der Schluss von völkerrechtlichen Axiomen zur Zuständigkeit der Staaten auf Wesen und Funktionsweise des IPR lässt sich zwar postulieren, seine Fundiertheit jedoch in der Realität nicht ausreichend verankern. Das IPR bleibt *de facto* nationales Recht, allen theoretischen Versuchen, das Gegenteil zu etablieren, zum Trotz. Die von den tatsächlichen Verhältnissen ausgehende Evidenzwirkung ist hierbei um so größer, als die axiomatischen Begründungsversuche *Bleckmanns* nicht ganz nachvollziehbar erscheinen.

Das beginnt mit dem oben wiedergegebenen Dreierschritt, in dem von der völkerrechtlichen Gebiets-/Personalhoheit mit entsprechender Gesetzgebungskompetenz auf ein Beruhen des IPR auf dem Grundsatz dieser Kompetenzbeschränkung und hieraus wiederum gefolgert wird, auf Sachverhalte mit internationalen Bezügen dürfe nur die nach Völkerrecht jeweils zuständige Rechtsordnung Anwendung finden.

Hierzu ist folgendes anzumerken: Was die Tatsache anbelangt, dass „die Staaten gesetzliche Regelungen nur im Rahmen ihrer Gebiets-, Personal- und Organisationshoheit erlassen dürfen“⁴⁵⁹, so ist dies zwar nicht zu leugnende Wirklichkeit des Nebeneinanders souveräner Staaten, lässt jedoch keinen Schluss auf ein Fundament des IPR zu. Entgegen *Bleckmann* ist diese Kompetenzbeschränkung nicht etwa *Grundlage* des IPR, sondern *Daseinsgrund*; sie

⁴⁵⁸ Vgl. a.a.O., S. 39 f.

⁴⁵⁹ A.a.O., S. 42.

liefert keine deduktionsfähigen Vorgaben, sondern macht eine Koordination der verschiedenen Einzelrechte – also das IPR – lediglich praktisch *notwendig*.

Hieran ändert sich auch nichts unter Zuhilfenahme der Feststellung, dass alle Anknüpfungspunkte außer dem des Parteiwillens ihren Ursprung „letztlich in der Personal- oder Gebietshoheit haben.“⁴⁶⁰ Wie im ersten Kapitel aufgezeigt, sind in der bisherigen Entwicklung des Rechtsbegriffs einzig die Konzepte der personalen oder territorialen Verankerung rechtlicher Geltung herausgebildet worden, weswegen bislang auch die (den Parteiwillen ausklammernden) Anknüpfungsmöglichkeiten auf dieses Alternativenpaar beschränkt sind. Das IPR „bedient“ sich aus dem Instrumentarium, welches die grundsätzliche Theorie des Rechtsbegriffs bereithält – ein eigenständiger Aussagegehalt für das Fundament des IPR lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten.

Wie problematisch die Ansicht *Bleckmanns* einer Begründetheit des IPR auf die völkerrechtliche Kompetenzabgrenzung ist, zeigt sich in seinem nächsten Ableitungsschritt, wo er zu dem Ergebnis kommt, internationale Sachverhalte dürften nur nach dem jeweils völkerrechtlich zuständigen Recht beurteilt werden. Die Folgerung von der Gesetzgebungskompetenz auf den Anwendungsbereich wird in *Bleckmanns* Werk nicht weiter problematisiert, sondern offenbar als automatisch einleuchtend vorausgesetzt. Gerade dieser Schritt ist aber aus mehreren Gründen besonders fragwürdig: Zum einen verbindet er zwei Ebenen, die ganz unterschiedlichen Problembereichen zugeordnet sind: Während die Gesetzgebungskompetenz in der Tat Fragen hoheitlicher Gebietungsmacht impliziert, verhält es sich bei der bloßen *Anwendung* eines Rechtssatzes ganz anders. Automatisch binden kann jeder nationale Gesetzgeber nur die ihm qua territorialer oder personaler Verfügungsmacht unterworfenen Subjekte; die so definierte Gesetzgebungskompetenz ist also durch die Grenzen der entsprechenden Hoheitsmacht abgesteckt. Nach dem traditionellen IPR-Mechanismus aber wird ein fremder Rechtssatz nicht aus sich selbst heraus, sondern erst auf Befehl der (inländischen) Kollisionsregel hin (worin dieser Befehl letztlich auch seine Wurzeln haben mag⁴⁶¹) angewendet – das fremde Recht ist damit gerade *nicht* automatisch qua intrinsischer Hoheitsmacht anwendbar, sondern wird erst mittels eines „externen“ Operators zum Einsatz gebracht. Denn Gesetzgebungskompetenz und Anwendungsbereich decken sich gerade *nicht* in Fällen mit Auslandsberührung – täten sie es, bedürfte es im

⁴⁶⁰ A.a.O.

⁴⁶¹ Laut Bleckmann, wie gezeigt, im Völkerrecht

übrigen des IPR nicht – so dass sich aus den räumlichen Grenzen der Gesetzgebungsmacht auch keine Aussagen zum Anwendungsbereich folgern lassen.⁴⁶²

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass selbst unter Zugrundelegung der gegenteiligen Ansicht äußerst fraglich ist, wie die „jeweils nach Völkerrecht zuständige Rechtsordnung“⁴⁶³ zu bestimmen sein soll. Wie *Bleckmann* selbst feststellt, enthält das Völkerrecht in diesem Bereich nur wenige konkrete Aussagen⁴⁶⁴ - und die von *Bleckmann* aufgestellte Regel, das nationale IPR dürfe vor dem Hintergrund völkerrechtlicher Zuständigkeiten nur auf Anknüpfungspunkte zurückgreifen, die aus der Gebiets-, Personal- oder Organisationshoheit fließen⁴⁶⁵, ist wenig ergiebig. Wieso es etwa, wie der Autor postuliert, unter gleichberechtigten Geschäftspartnern nicht erlaubt sein soll, die Geltung chinesischen Rechts zu vereinbaren, selbst *wenn* keinerlei Bezugspunkte zur chinesischen Rechtsordnung bestehen⁴⁶⁶, ist nicht ersichtlich.⁴⁶⁷ Gerade eine solche Freiheit ist Ausdruck der Parteiautonomie, wie sie durch die Anknüpfung an den Parteiwillen berücksichtigt wird. Außerhalb des Parteiwillens aber ist die Verweisung auf Anknüpfung mit Bezug auf Gebiets-, Territorial- oder Organisationshoheit, wie dargelegt, ohnehin müßig, da Alternativen hierzu nach dem heutigen Stand des IPR noch nicht vorliegen und im übrigen eine entsprechende Anknüpfung schon alleine aus Zweckmäßigkeitgründen sich aufdrängen wird. Warum z.B. sollten die rechtlichen Folgen eines Unfalls an Faktoren angeknüpft werden, die außerhalb des betroffenen Gebietes bzw. der involvierten Personen liegen? Es scheint, als würde hier die Kategorie der evidenten Zweckmäßigkeit mit jener der völkerrechtlichen Gebotenheit durcheinandergeworfen.

Eine Begründetheit des IPR auf das Völkerrecht, wie *Bleckmann* sie vertritt, ist damit äußerst fragwürdig. Entsprechend problematisch sind die weiteren Schlussfolgerungen, welche der Autor in der Logik seiner Konstruktion zieht. Wie dargestellt, soll fremdes Recht unter anderem wegen des sich konkret zu einer Förderungspflicht auswirkenden völkerrechtlichen Verbots des Rechtsmissbrauchs Anwendung finden. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist für *Bleckmann* dabei Maßstab der doppelfunktionalen Ausfüllung der groben völkerrechtlichen Vorgaben zur Anwendung fremden Rechts, welche jeder Staat

⁴⁶² Vgl. hierzu auch v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, S. 106 f., welcher darauf hinweist, dass eine Schlussfolgerung von Gebiets- und Personalhoheit auf die Frage der Anwendung fremden Rechts die Abstraktionsebenen „Staat“ und „Gesellschaft“ nicht ausreichend trenne. Die Frage der Anwendung fremden Rechts habe nichts mit der nach der Reichweite staatlicher Macht zu tun, denn während Gesetzgebung ein Akt der Souveränität (> Staat) sein möge, spiele sich die Anwendung des Privatrechts im *staatsfernen* gesellschaftlichen Bereich ab (s. auch oben, 3.3.1.1.4.).

⁴⁶³ Vgl. *Bleckmann*, a.a.O., S. 42.

⁴⁶⁴ Wobei selbst dies angezweifelt werden mag.

⁴⁶⁵ Vgl. *Bleckmann*, a.a.O., S. 47.

⁴⁶⁶ Vgl. a.a.O.

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu auch Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, EGBGB § 27 Rn. 3.

vorzunehmen habe. Hierzu ist folgendes zu sagen: Da bereits die Konstruktion des völkerrechtlichen Überbaus abgelehnt wurde, ist die Vorstellung eines durch das Völkerrecht abgesteckten Ermessensspielraumes hinfällig. Schon mit Rücksicht auf die Abhängigkeit von der Gesamtkonstruktion vermag die Idee des Rechtsmissbrauches daher nicht zu überzeugen. Aber noch ein weiterer, davon unabhängiger Gesichtspunkt spricht gegen dieses Konzept: Wie oben erwähnt, geht die Idee des Rechtsmissbrauches maßgeblich auf den Gedanken zurück, dass „auch mit dem Privatrecht bestimmte öffentliche Interessen durchgesetzt werden.“⁴⁶⁸ Mit Rücksicht hierauf kann nach *Bleckmann* eine fremde Rechtsordnung einen Anspruch erheben, auf einen bestimmten Sachverhalt mit internationalen Bezügen angewendet zu werden. An dieser Konstruktion ist Verschiedenerlei problematisch. Zum einen ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass – wie bereits festgestellt - auch das Privatrecht, zumal in der Entwicklung der letzten Jahre, Ausdruck gewisser öffentlicher Interessen ist bzw. sein kann. Allerdings ergreift dieses Phänomen bei weitem nicht das gesamte Privatrecht, sondern lediglich Teilbereiche (wie z.B. den Verbraucherschutz etc.), so dass von einem pauschalen „Interesse“ des fremden Staates an der Anwendung „seines“ Privatrechts schon aus diesem Grunde keine Rede sein kann; auf jeden Fall nicht in ausreichendem Maße, um hierauf eine Theorie mit generellem Geltungsanspruch für das IPR zu begründen. Zudem bleibt schleierhaft, auf welche Weise eine fremde Rechtsordnung zum Ausdruck bringt, vor den Gerichten eines fremden Staates Anwendung finden zu wollen. Das vorhandene, sich in den jeweiligen Konfliktregeln ausdrückende, Instrumentarium gibt bislang Ausdruck lediglich darüber, welches Recht der Gesetzgeber für sein *eigenes* Land in den verschiedenen Fallkonstellationen für angemessen - oder auch zwingend - hält. Eine mögliche Berücksichtigung des Anwendungs“willens“ eines fremden Staates hinge dann von dem – aus der Sicht des Auslandes rein zufälligen – Umstand ab, ob im Inland zunächst eine Verweisung auf ausländisches Recht ausgesprochen wird, die es dann erlaubt, auch die Konfliktregeln in dieser Rechtsordnung zu befragen.

Der Hauptkritikpunkt an *Bleckmanns* auf das Rechtsmissbrauchsverbot aufbauender Konstruktion aber ist folgender: Obwohl der Autor auf der einen Seite, wie oben dargestellt, die „überzogenen“ Souveränitätsvorstellungen des 19. Jahrhunderts für obsolet hält, baut er auf der anderen Seite sein eigenes Modell auf dem gedanklichen Hintergrund von ihre Souveränitätsbereiche gegeneinander abgrenzenden Staaten auf. So geht *Bleckmann* unter dem Hinweis auf öffentliche Interessen davon aus, dass jeder Staat sein *eigenes* Recht angewendet haben will – der Gedanke, dass ein rationaler Staat nicht an eifersüchtiger

⁴⁶⁸ Bleckmann, a.a.O., S. 33/34.

„Besitzstandwahrung“, sondern vielmehr an Kooperation interessiert sein könnte, scheint in *Bleckmanns* Konzeption keinen Platz zu haben. Dabei dürfte angesichts der immer weiter fortschreitenden Interdependenz auf globaler Ebene, immer undurchdringlicher werdender Komplexität des internationalen Netzwerkes, den Staaten inzwischen dringend daran gelegen sein, die rechtlichen Beziehungen sinnvoll zu koordinieren und dabei *aus eigenem Interesse* an reibungslosem Ablauf auch fremde Rechte anzuwenden, wenn diese besser geeignet sind, das sich jeweils stellende Problem zu lösen. *Bleckmann* aber scheint den jeweiligen Forumsstaat aus seinen Überlegungen zum Rechtsmissbrauch gedanklich auszuklammern – wenn er beispielsweise eine Pflicht zur Förderung von Allgemeininteressen diskutiert, so sind das „fremde Allgemeininteressen“⁴⁶⁹. Schon an diesem Oxymoron zeigt sich, dass die *Bleckmann'sche* Auffassung zu kurz greift, ist „das Allgemeine“ doch ein „das Fremde“ und „das Eigene“ *einigender* Begriff.

An dieser Stelle wird ein Kritikpunkt deutlich, der an späterer Stelle ausführlich dargestellt werden soll: In Einklang mit der Tradition der bisherigen IPR-Wissenschaft zieht *Bleckmann* eine fundamentale Unterscheidung zwischen „Fremdem“ und „Eigenem“; um es mit dem Vokabular Niklas Luhmanns auszudrücken, ist der Staat ein abgeschlossenes „System“, während alles andere „Umwelt“ ist. Ausgangs- und Referenzpunkt ist der jeweilige Einzelstaat – um ihn dreht es sich, seine Interessen gilt es zu wahren – oder, auf der anderen Seite, die der „anderen“ Staaten. Der Schritt zu einem *gemeinsamen* Interesse *aller* Staaten an Kooperation ohne Blick auf die *Eigeninteressen* wird nicht vollzogen. In einer Welt aber, in der kein Staat mehr auf sich alleine beschränkt handeln und existieren kann, in der jeder sich im formalen „Innenbereich“ abspielende Vorgang potentielle Folgen weltweiten Ausmaßes hat, ist eine gedankliche Aufteilung in „Innen“ und „Außen“ an den Grenzen der einzelnen Staaten für die IPR-Wissenschaft nicht mehr angemessen..

3.4 Abschließende Bemerkung

Dieser Überblick hat zweierlei zutage gefördert: Zum einen zeigt sich, dass sowohl die autonomistischen als auch die universalistischen Strömungen sich innerhalb der klassischen Einteilung in entweder nationales Recht oder Völkerrecht bewegen. Für die keinem der Bereiche gänzlich zuordenbare Materie des *internationalen Privatrechtsverkehrs* werden keine neuen Kategorien gefunden, sondern schlicht eine Zuordnung in Bestehendes vorgenommen. Da Rechtssubjekte des Völkerrechts die Staaten sind, bleiben die Universalisten ebenfalls der nationalstaatlichen Logik verhaftet: Ausgangspunkt des Denkens

⁴⁶⁹ A.a.O., S. 31.

ist zunächst alleine das nationale Rechtssystem, was gedanklich zu der klassischen Einteilung in (eigenes) System und Umwelt führt. Entsprechend überrascht es nicht, wenn sich auch bei den Universalisten *Frankenstein* und *Bleckmann* die vertraute Auffassung wiederfindet, das „Eigene“ wolle sich auf Kosten des „Fremden“ durchsetzen.

Allerdings sehen die Universalisten die nationalen Systeme immerhin in eine höhere Ordnung *eingebunden*, woran die zweite Beobachtung anknüpft: Da die Autonomisten den Anwendungsbefehl *alleine* in der jeweils eigenen Rechtsordnung verankern und in der Regel keine externen Zwänge anerkennen, fällt es ihnen in der Tat, wie antizipiert, schwer, fremdes Recht im Landesinnern als vollwertig anzuerkennen. Dies ist bei allen hier vorgestellten Theorien deutlich zu verzeichnen.⁴⁷⁰ Unter den Universalisten lassen sich hingegen ermutigende Ansätze erkennen, das fremde Recht als vollwertige Normen anzuwenden. Für *Wiebringhaus* ergibt sich dieser Normcharakter fremden Rechts aus der Gleichordnung der in das übergeordnete völkerrechtliche System eingebundenen Staaten: befiehlt die *höhere* Instanz, eines der Rechte anzuwenden, so sind alle in Frage kommenden Rechte der *untergeordneten* Ebene im Verhältnis zueinander gleichrangig. *Bleckmann* verfolgt einen ähnlich weitgehenden Ansatz, wenn er den Anwendungsbefehl für fremdes Recht im Inland nicht eigentlich aus den nationalen Kollisionsnormen, sondern aus der Völkerrechtsordnung selbst fließen sieht.

Sind dies auch erste Ansätze in die richtige Richtung, so greifen sie nach der hier vertretenen Meinung dennoch zu kurz: Es kommt es darauf an, eine die nationale Rechtsordnung transzendierende Denkform zu entwerfen, die es erlaubt, dem internationalen Privatrechtsverkehr in seiner Natur als *weder* rein nationalem *noch* völkerrechtlichem Phänomen zu begegnen. Bisher steht dem die Auffassung entgegen, dass sich rechtliche Gebilde nur im Rahmen der einzig Recht generierenden Institution, dem territorialen Nationalstaat, denken lassen. Dies führt zu der oben angesprochenen klassischen Kategorisierung.

Dass eine solche Auffassung inzwischen schwerwiegenden Bedenken begegnet, soll im Folgenden ausgeführt werden.

⁴⁷⁰ Anzumerken ist allerdings, dass auch Vertreter der autonomistischen Grundauffassung vereinzelt Minimalverpflichtungen zur Anwendung fremden Rechts aus dem Völkerrecht anerkennen. Vgl. bspw.: Kahn, Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrecht, S. 37, 40.

4 Die modernen Bedingungen des IPR

4.1 Das Grunddilemma

Die bisherigen Untersuchungen haben das fundamentale Paradox des IPR herausgestrichen: die Materie hat die Regelung internationaler Sachverhalte zum Gegenstand, bleibt der Genese nach allerdings, wie aufgezeigt, entweder im rein national-staatlichen verhaftet – so die Autonomisten – oder aber es wird zwar ein völkerrechtlicher bzw. „universeller“ Überbau konstruiert und das IPR mit Bezug hierauf verankert, jedoch verbleibt der Ausgangspunkt dennoch im Einzelstaatlichen.

Vereinheitlichungen des Kollisions- bzw. Sachrechts in internationalen Abkommen stellen erste Versuche dar, diesem Dilemma zu entweichen, ändern jedoch nichts an der grundsätzlichen Schieflage⁴⁷¹: die Kompetenz zur Regelung globaler Koordinierungsprobleme liegt auf der Ebene der Nationalstaaten – mögen diese sich auch im Einzelfall zusammentun und gemeinsame Lösungen schaffen. Diese Sachlage geht auf das klassische Bild von Recht als einem zwangsläufig staatlichen Phänomen zurück. Es lässt kein „Recht“ außerhalb des nationalen oder internationalen Bereichs zu: Recht wird von *Staaten* – ob alleine oder im Zusammenschluss - gesetzt.

Nun hat jedoch, wie bereits angedeutet, die Wirklichkeit die Rechtsdogmatik überholt: Zwar haben sich die Staaten ohne Zweifel weltweit noch nicht ausreichend strukturell zusammengeschlossen, um ein „Weltrecht“ zur Regelung globaler Sachverhalte schaffen zu können.⁴⁷² Es mögen wohl erste Schritte auf einem möglichen Weg dorthin, so z.B. in Gebilden wie der EU und anderen Wirtschafts- und Rechtsgemeinschaften existieren, jedoch sind diese Phänomene noch lokal begrenzt und haben nicht selten mit den klassischen Souveränitätsansprüchen der Mitgliedsstaaten zu kämpfen.⁴⁷³ Eine handlungsfähige globale Staatengemeinschaft ist damit weit von der Wirklichkeit entfernt.

Gleichzeitig aber ist über die letzten Jahrzehnte die globale Vernetzung exponentiell vorangeschritten; die Globalisierung hat gar solche Ausmaße angenommen, dass sich bereits *globale Gegenbewegungen* herausgebildet haben.⁴⁷⁴ Im Zeitalter ständig abnehmender

⁴⁷¹ Zur Frage, inwieweit Einheitsrecht überhaupt die ihm zugedachte Rolle erfüllen kann (v.a. für den Bereich des Wirtschaftsrechts) vgl. Mertens, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 1992, S. 219, 220 ff.

⁴⁷² Zum Projekt der „Global Governance“ vgl. www.bundestag.de/gremien/welt/glob_end/10.html ff. mit Erläuterungen zum Begriff sowie einer kurzen Darstellung, nach der „Global Governance“ nicht mit „Global Government“ gleichzusetzen ist, die einzelnen Staaten vielmehr eine Rolle behalten, die sie im Sinne eines „Mehrebenensystems gemeinsam mit anderen, zum Teil privaten, Akteuren, ausüben“, vgl. www.bundestag.de/gremien/welt/glob_end/10_2.html f. (aufgerufen am 7. Oktober 2003).

⁴⁷³ Zum neuen Verständnis und modifizierten Aufgabenfeld des Nationalstaats vgl. www.bundestag.de/gremien/welt/glob_end/10_2_1_2.html (aufgerufen am 7. Oktober 2003).

⁴⁷⁴ In welchem Maße das Phänomen der Globalisierung innerhalb kürzester Zeit von einer kaum beachteten Randerscheinung zum zentralen Thema geworden ist, lässt sich bspw. an der Zahl der jährlichen Nennungen des

Transportkosten, des Abbaus von Zöllen, des rasanten Anstiegs von ausländischen Direktinvestitionen, der Herausbildung transnationaler Konzerne und globaler Finanzmärkte⁴⁷⁵, mühelos grenzüberschreitender Kommunikation durch das Internet und nicht zuletzt des Massentourismus hat sich auf globaler Ebene eine Interaktionsdichte ergeben, die einen von jeglichem Nationalstaat unabhängigen, eigenständigen Regelungsbedarf mit sich bringt.

Während traditionell Regelungsbedarf und politische Einheit im Gebilde des Nationalstaates zusammenfielen, das Volumen grenzüberschreitender Sachverhalte gering genug war, um als Abweichung vom Normalfall zu gelten, hat der grenzüberschreitende Verkehr auf allen Ebenen heute derartige Ausmaße angenommen, dass das klassische Modell aus den Fugen gerät. Es ergibt sich damit erheblicher Regelungsbedarf auf einer Ebene, die über keine politisch geschlossene Struktur verfügt.

4.1.1 Verstärkung des Dilemmas und sich ergebende Fragestellung

Das angesprochene Paradox - globale Sachverhalte werden auf nationaler Ebene geregelt - tritt so mit dem massiven Anwachsen globaler Verflechtungen akuter denn je zutage und stellt die Grundkonzeption von der Natur des IPR in Frage: Während früher das Denken im National-Rechtssystem aufgrund der erwähnten Kongruenz von Regelungsbedarf und politischen Grenzen natürlich erschien und grenzüberschreitende Regelungsprobleme ausreichenden Ausnahmecharakter hatten, um nicht die Grundprämissen in Frage zu stellen, zeichnet sich inzwischen ein deutlicher Trend zur Änderung der Verhältnisse ab. Grenzüberschreitende Kontakte sind genauso selbstverständlich (wenn auch noch nicht ganz so häufig) geworden wie ausschließlich im Innenbereich von Staaten gelagerte Sachverhalte. Damit stellt sich die Frage, ob im IPR das Denken in und von nationalen Rechtssystemen aus noch zeitgemäß ist. Wie dargestellt, überschreitet der globale Regelungsbedarf die nationalen Grenzen, ohne auf internationaler, d.h. von Staaten gemeinsam gestalteter, Ebene, ein ausreichendes Lösungsinstrumentarium vorzufinden. Schnelle legislative Abhilfe wäre auch bei größter Entschlossenheit der Staaten wohl nicht zu erreichen, denn eine von oben

Begriffs „Globalisierung“ in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung ablesen: während der Begriff 1993 noch lediglich 34 Mal genannt wurde, kam er nur acht Jahre später, 2001, bereits 1136 Mal vor. (1993 also ca. *einmal* in jeder *zehnten* Ausgabe der Zeitung, 2001 *vier* Mal in *jeder* Ausgabe.) Quelle: Abbildung 1-1 unter www.bundestag.de/gremien/welt/glob_end/n1.html (aufgerufen am 7. Oktober 2003).

⁴⁷⁵ Es existieren weltweit mehr als 63 000 transnationale Konzerne; bereits in den späten 90-er Jahren wurden auf den Weltdevisenbörsen *täglich* ca. 1200 Milliarden US-Dollar gehandelt. Angaben s. a.a.O.; vgl. auch die allgemeinen Angaben zur Globalisierung. Das Auslandsvermögen von Shell nimmt einen Anteil von 67,8 % ein, 77,9 % der Niederlassungen befinden sich im Ausland; die entsprechenden Zahlen für Volkswagen sind: 84,8 %, 44 %; die für Nestlé: 86,9 %, 97 %; vgl. Galgano, die Globalisierung im Spiegel des Rechts, ZEuP 2003, S. 237 f.

dekretierte Rechtsvereinheitlichung läuft Gefahr, unnatürlich zu wirken und auf nicht ausreichend vorbereitetem – und damit wackeligem – Boden zu stehen.⁴⁷⁶

4.1.2 Lösungsvorschlag - Skizze

Eine einfache Lösung des aufgeworfenen Problems ist nicht in Sicht. Es ist nun auch nicht Ziel dieser Abhandlung, eine klare praktische Marschrichtung vorzuschlagen. Vielmehr geht es darum, auf theoretischer Ebene das Fundament für eine künftige fruchtbare Entwicklung zu errichten. Zugrunde liegt hierbei der Gedanke, dass die intellektuelle Auseinandersetzung mit und das Akzeptieren einer bestimmten *Theorie* von Recht und Rechtssystemen sich automatisch, wenn auch häufig unterbewusst, auf die *Rechtspraxis* auswirken wird.⁴⁷⁷ Entsprechend soll hier eine neue Perspektive auf das internationale Privatrecht vorgeschlagen werden, die einen natürlicheren Umgang mit vermeintlich „systemwidrigen“, weil außerhalb des nationalen Spielfeldes gelagerten, Sachverhalten ermöglicht. Daraus, so ist zu hoffen, wird sich ein selbstverständlicherer Umgang mit fremden Rechten, eine größere Neugierde und Offenheit gegenüber unbekanntem Rechtsphänomenen ergeben, was zu Vertrautheit der Rechtskulturen untereinander und intellektueller Annäherung führen wird. Sind die Berührungssängste abgebaut und Verständnis für die Rechtskultur des jeweils anderen hergestellt, sollte sich ein allmählicher Übergang zu Einheitsrecht – wo sinnvoll und gewünscht - weitgehend reibungslos gestalten lassen.

Den größten „Hemmfaktor“ in Fällen mit Auslandsberührung stellt in der gerichtlichen Praxis die Anwendung fremden Rechts dar. Wie in Kapitel 2 aufgezeigt, erliegen die Richter nur allzu häufig der Versuchung, dem „Heimwärtstrend“ nachzugeben und das eigene, vertraute Recht anzuwenden. Es wurde dargestellt, welche Faktoren im Rechtsfindungsprozess im einzelnen dieses Phänomen begünstigen, wenn nicht gar herausfordern. Leitmotiv für all diese Faktoren ist die fundamentale Unterscheidung zwischen dem *eigenen* („vollwertigen“) Recht auf der einen Seite und allen anderen *fremden* (im prozessualen/dogmatischen Status von der *lex fori* verschiedenen) Rechten auf der anderen Seite, welche, wie aufgezeigt, schon frühzeitig durch das Prinzip *iura novit curia* dogmatisch unterlegt und verfestigt wurde. Solange die Dichotomie „eigen/fremd“ mit den entsprechenden prozessualen Differenzierungen besteht, wird den Richtern suggeriert, dass der Umgang mit fremden Rechten etwas „Besonderes“ ist; etwas, das – weil abweichend vom Normalfall – eigens begründet werden muss. Angesichts der im Kanon der meisten Rechtsordnungen fest

⁴⁷⁶ Vgl. zu den „zwei Schulen“ der Rechtsvereinheitlichung („von oben“ vs. „von unten“): Berger, Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode, ZEuP 2001, S. 4 f.

⁴⁷⁷ Vgl. hierzu La Torre, On the Relevance of Legal Theory for Legal Practice, S. 687 f.

verwurzelten Regel, nach welcher Ausnahmebestimmungen restriktiv auszulegen sind, lässt sich eine grundsätzliche Instinktüberzeugung unter Rechtsanwendern vermuten, nach welcher auch der Umgang mit der „Ausnahmeerscheinung“ fremdes Recht einem Trend zur Minimierung folgen sollte.

Diese Haltung ist angesichts des dargestellten massiven Anwachsens des Volumens und der Bedeutung globaler Begegnungen und Transaktionen anachronistisch. In einem späteren Kapitel werde ich eine alternative Betrachtungsweise vorschlagen und eingehend erläutern, die an dieser Stelle zum besseren Verständnis bereits kurz skizziert werden soll:

Kernpunkt ist die Überlegung, dass das internationale Privatrecht nicht mehr aus der Perspektive von je separaten und sich selbst genügenden nationalen Rechtssystemen betrachtet, sondern vielmehr als *ein* umfassendes globales System begriffen werden sollte, in welchem die einzelnen Nationalstaaten lediglich untergeordnete Subsysteme darstellen. Von einer solchen Warte aus lautet die Systemaufgabe: Koordinierung des *globalen* (nicht: *internationalen*) Privatrechtsverkehrs – der Bezugsrahmen ist damit von vornherein nicht mehr national. Dieser Akzentverschiebung vom „Internationalen“ zum „Globalen“ liegt die Überlegung zugrunde, dass das System nicht durch einen Willensakt von Einzelstaaten geschaffen wird – wie etwa im Völkerrecht – sondern rein *faktisch* aus dem massiven grenzüberschreitenden Privatrechtsverkehr (mit entsprechendem Regelungsbedarf) erwächst. In dem sich so darstellenden System *kooperieren* die Staaten mit gleichmäßiger Verantwortung in der Lösung der *übergeordneten* Systemaufgabe; die Unterteilung in „eigene“ und „fremde“ Belange erübrigt sich.

In der hier vorgeschlagenen Optik bestehen zwei Rechtssysteme *parallel* zueinander: zum einen die einzelnen nationalen Systeme, die ihre landesinternen Rechtsaufgaben lösen, zum anderen das übergreifende globale System, welches auf den grenzüberschreitenden Regelungsbedarf reagiert (und sich daraus ergibt). Nur in der ersten Systemkategorie, der der Nationalstaaten, ist die Anwendung ausländischen Rechts systemfremd; nur hier ist eine Einteilung in „fremd“ und „eigen“ (theoretisch) sinnvoll. Auf der Ebene des globalen Systems hingegen ist die Anwendung jedweden fremden Rechts *gerade systemkonform*: zwar wäre ein eigenständiges materielles Weltrecht systematisch schlüssiger, jedoch existiert ein solches bekanntermaßen nicht und liegt es deswegen nahe, als (vorläufiges?) Substitut die jeweiligen nationalen Rechte als der Sache nach „globalisierte“ Rechte zur Lösung der dem globalen System eigenen Koordinierungsaufgabe einzusetzen. Die Anwendung fremder Rechte ist unter dieser Optik für jeden ausführenden Staat nicht die Ausnahme, sondern der Normalfall; den verschiedenen Rechten kommt gleicher Status als systeminterne Rechte zu.

Zusammenfassend lässt sich sagen: die Nationalstaaten erkennen sich als Einheiten auf zwei Ebenen: zum einen als abgeschlossene Systeme im nationalen Kontext, zum anderen als Subsysteme im globalen Bereich. Entsprechend der Rollen ändert das zur Anwendung kommende materielle Recht seine Funktionsweise.⁴⁷⁸

In den folgenden Kapiteln soll die angedeutete Konstruktion rechtstheoretisch fundiert werden, wobei die in Kapitel 1 angestellten Analysen aufgegriffen und dogmatisch weiterentwickelt werden. Die Aufmerksamkeit gilt hierbei weiterhin den zwei Hauptanalysepunkten: Natur des Rechts als staatlich sanktioniert und territorial gebunden sowie Auffassung vom System des IPR als rein nationales oder internationales bzw. überstaatliches Gebilde.

4.2 Wandel der Auffassung von der Natur des Rechts

Im ersten Kapitel wurde der Wandel der Auffassung von „Recht“ vom persönlichen Attribut hin zur *territorial* verbindlichen Norm und schließlich zum vom *Staat* für sein Territorium gesetzten Normengefüge nachgezeichnet. In diesem Abschnitt sollen Belege für dafür angeführt werden, dass die Auffassung vom staatlich gesetzten, territorial geltenden Recht nicht den Endpunkt der Entwicklung darstellt, sondern ihrerseits an heutige Realitäten anzupassen ist. Zwei Phänomene aus der Praxis sollen hier beleuchtet werden, die aufgrund ihrer Verbreitung und ihres Potentials geeignet sind, die bisherige Rechtsauffassung in Frage zu stellen.

Was zunächst den Aspekt der Staatlichkeit anbelangt, wird im Folgenden exemplarisch – und in aller Kürze - auf die allmähliche Erosion der nationalstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen innerhalb der europäischen Union verwiesen. Dass Recht zudem seiner Aufgabe, soziale Beziehungen zu koordinieren, unter der Annahme ausschließlich territorialer Geltung nicht mehr gerecht werden kann, soll anhand des sich aus der Funktionsweise des Internets ergebenden Regelungsbedarfs demonstriert werden.

4.2.1 Europäisches Gemeinschaftsrecht

4.2.1.1 *Materielles Recht*

Das Phänomen der Überlagerung materiellen Rechts nationalen Ursprungs durch direkt oder indirekt (nach Umsetzung von Richtlinien) auf die EU zurückzuführendes, ist hinreichend bekannt und soll hier nicht weiter ausgeführt werden. Es sei lediglich nochmals in das Bewusstsein gerufen, in welchem Maße die Kompetenzen der nationalen Gesetzgeber

⁴⁷⁸ Auf die Parallelen dieser Konstruktion zur unter 3.3.2.2. besprochenen Theorie der funktionalen Verdoppelung („*dédoublement fonctionnel*“) wird an späterer Stelle eingegangen.

inzwischen durch solche von Gemeinschaftsorganen überlagert sind: so gehen im deutschen Zivilrecht bereits zahlreiche Gesetze auf Richtlinien⁴⁷⁹ der Europäischen Gemeinschaft zurück, und weitergehende Angleichungen kraft ausdrücklicher Kompetenz in Kerngebieten sind geplant⁴⁸⁰.

4.2.1.2 IPR

Teilweise ungeklärt ist der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Kollisionsrechte. Hier sollen nur zwei Phänomene kurz angerissen werden.

Zum einen besteht seit dem Vertrag von Amsterdam⁴⁸¹ eine durch Art. 61 lit. c, 65 EG begründete Kompetenz für die Gemeinschaft, Vorschriften auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts zu erlassen.⁴⁸² Theoretisch könnten damit in der Zukunft die bestehenden nationalen Kollisionsrechte zu Fall gebracht werden.⁴⁸³ Der im Rahmen des materiellen Rechts bereits angesprochene Kompetenzverlust lässt sich damit auch auf der Ebene des Kollisionsrechts beobachten.

Interessant ist weiter die Frage, ob das primäre Gemeinschaftsrecht über die bewusst sich der Materie widmenden Bestimmungen hinausgehend *versteckte* Kollisionsnormen enthält, die sich unbeabsichtigt aus der Logik des Systems ergeben. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen hier die Grundfreiheiten des EG, insbesondere die Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit⁴⁸⁴. Es wird vertreten, dass diesen ein positiver kollisionsrechtlicher Gehalt insofern zukommt, als sie die Anwendung des (günstigen) Herkunftslandsrechts gebieten: Seit der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung habe die Integrationspolitik den Schwerpunkt ihres Ansatzes von der Rechtsangleichung auf die gegenseitige Anerkennung und Gleichwertigkeit der nationalen Regeln gelegt.⁴⁸⁵ Hinter dem damit eingeführten Herkunftslandprinzip, welches den Aufnahmestaat zwingt, Rechtserscheinungen des Ursprungslands (vorbehaltlich zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls) als gleichwertig anzuerkennen, stecke in Wahrheit nichts anderes als die unpräzise Umschreibung

⁴⁷⁹ Z.B. Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf (Richtlinie 1999/44/EG), zur Zahlungsmoral (Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG) und zum elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG); vgl.

www.bundesregierung.de/Themen-A-Z/Europaeische-Union-,11592/Rechtsharmonisierung-im-Zivilr.htm (aufgerufen am 23.03. 2004).

⁴⁸⁰ So bspw. im Recht der Schuldverhältnisse (Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, Erfüllung, Leistungsstörung etc.), im Familienrecht, Erbrecht etc; vgl. a.a.O.

⁴⁸¹ In Kraft seit dem 1.5.1999.

⁴⁸² Im einzelnen ist vieles umstritten, jedoch scheinen Rat und Kommission von einer umfassenden Kompetenz auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts auszugehen, vgl. v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 31.

⁴⁸³ Vgl. zu dieser Schlussfolgerung: Sandrock, Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, S. 1337, 1345.

⁴⁸⁴ Vgl. zur Überlagerung des nationalen IPR durch die Entscheidungen des EuGH im Zusammenhang mit der Sitzverlegung von Gesellschaften: Sandrock, a.a.O., S. 2, 6.

⁴⁸⁵ Vgl. Basedow; Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, S. 1, 4.

einer Kollisionsnorm.⁴⁸⁶ Etwaige entgegenstehende nationale Kollisionsnormen träten qua Anwendungsvorrang hinter der impliziten EU-Kollisionsnorm zurück⁴⁸⁷.

Unabhängig davon, wie man zu der Diskussion stehen mag⁴⁸⁸, zeigt die bloße Tatsache, dass Meinungen wie die soeben dargestellte von eminenten Autoren vertreten werden, wie stark das Konzept der staatlichen Souveränität inzwischen aufgeweicht ist: Der mit dem Konzept der versteckten Kollisionsnormen einhergehende Kompetenzverlust ist insofern besonders schwerwiegend, als er gerade nicht mehr auf einem bewussten Übertragungsakt der einzelnen Staaten beruht, sondern sich aus der Eigendynamik des Systems ergibt, ohne dass die Staaten eine entsprechende ausdrückliche Entscheidung getroffen hätten.⁴⁸⁹ Damit wird akzeptiert, dass der Staat bis zu einem gewissen Grad sein Legislativmonopol eingebüßt und die Kontrolle über seine Kompetenzen verloren hat.

4.2.2 Bedeutung des Internets

4.2.2.1 Materielles Recht

Das Internet stellt die geläufige Konzeption von Recht als das von einem Souverän zur Regelung sozialer Interaktion für ein bestimmtes Territorium erlassene Normengefüge auf fundamentale Weise in Frage.

Zwar sind die für das Funktionieren des Internets notwendigen Geräte durchaus lokal determiniert, jedoch kommt deren geographischer Lage keinerlei Relevanz zu. Dies zeigt sich schon alleine daran, dass die Geräte an einen anderen Ort transportiert und dort angeschlossen werden können, ohne dass sich irgendetwas am Ablauf der Netzkommunikation ändern würde. Ein Server mit einem deutschen („[..].de“) Domain-Namen muss sich demgemäß keineswegs in Deutschland befinden, sondern kann *irgendwo* auf der Welt betrieben werden, ohne dass die Internetbenutzer sich des Standortes bewusst werden könnten.⁴⁹⁰ Das Internet entwickelt sich und „lebt“ so weitgehend unbeeinflusst von den Bedingungen in der „realen“ Welt; es stellt ein virtuelles Paralleluniversum dar, das von manchen bereits als ein vollwertiges und eigenständiges soziales System angesehen wird; verfügend über eigene Merkmale, eine eigene Struktur und eine eigene Kultur.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Vgl. a.a.O., S. 13.

⁴⁸⁷ Vgl. Basedow, a.a.O., S. 5.

⁴⁸⁸ Eindeutige Kritik übt z.B. Sonnenberger; Europarecht und Internationales Privatrecht, ZVglRWiss 1996, S. 3, 8 ff., 13.

⁴⁸⁹ Wobei anzumerken ist, dass auch die bewusste Entscheidung, Kompetenzen zu übertragen, insofern nicht mehr wirklich „frei“ ist, als den Staaten angesichts der zunehmenden wirtschaftlichen Interdependenz keine echte Alternative zum Eintritt in Verbände wie die EU bleibt.

⁴⁹⁰ Vgl. hierzu Johnson/Post, Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace, Stanford Law Review 1996, S. 1367 ff., Zitate aus der Netzversion unter www.cli.org/X0025_LBFIN.html; aufgerufen am 14. Okt. 2003.

⁴⁹¹ Boele-Woelki, Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?, S. 307, 317.

Entsprechend wird teilweise ein den Besonderheiten des Internets gerecht werdendes, spezifisches Internet-Recht, eine eigene *lex electronica*⁴⁹², gefordert: Territorial geltendes Recht sei in der „realen“ Welt insofern geeignet, als es die Kontrolle eines Souveräns über ein abgegrenztes Gebiet gewährleiste; Verhalten reguliere, welches zumeist lokal spürbare Wirkungen habe; durch die Bürger des betroffenen Gebietes demokratisch legitimiert sei und schließlich aufgrund der erkennbaren Grenzen des lokalen Geltungsbereiches allen Betroffenen die Möglichkeit gebe, sich auf die entsprechenden Normen einzustellen.⁴⁹³ Im Internet hingegen komme all diesen Funktionen und Merkmalen keine Bedeutung mehr zu – Souveräne könnten Online-Verhalten kaum kontrollieren und regulieren; die Wirkungen von Online-Handlungen könnten geographisch *irgendwo* eintreten; die Legitimation eines Souveräns beziehe sich nur auf sein Land und nicht das gesamte Internet und schließlich gehe im Internet die dem geographischen Grenzüberqueren immanente Signalfunktion bezüglich des herrschenden Rechts verloren.⁴⁹⁴ Die Lösung sei darin zu finden, dass man das Internet als einen eigenen, von realen Territorien unabhängigen, „Ort“ begreife. Das hier geltende Recht müsse den dargestellten Besonderheiten Rechnung tragen und werde den Vorteil haben, dass sein „Herrschaftsbereich“ für die Nutzer klar erkennbar sei: Die Grenze verlaufe hier nicht mehr zwischen territorialen Einheiten in der „realen“ Welt, sondern vielmehr zwischen der realen und der virtuellen Welt, welche durch Bildschirme und Passwörter repräsentiert sei. Da niemand ohne es zu wissen ins Internet „stolpere“, komme dem Überschreiten der Grenze zwischen realer und virtueller Welt auch die notwendige Signalfunktion zu, welche, wie dargestellt, die territorialen Rechtsordnungen nicht mehr gewährleisten können.⁴⁹⁵

4.2.2.2 IPR

Vor diesem Hintergrund sieht sich der traditionelle IPR-Mechanismus in zweifacher Hinsicht in Frage gestellt: Zum einen ist problematisch, ob der traditionell erfolgende Verweis auf ein territorial geltendes Recht angesichts der dargestellten Forderungen nach einer *lex electronica* aufrecht erhalten werden kann.

Noch fundamentaler – und mit der erstgenannten Problematik in Zusammenhang stehend - ist jedoch die Frage, ob das auf geographische Anknüpfungspunkte ausgerichtete IPR im Bereich des Internets überhaupt operabel oder wenigstens sinnvoll ist. Anschaulich lässt sich diese

⁴⁹² Zum Ausdruck vgl. Boele-Woelki, a.a.O., S. 310.

⁴⁹³ Vgl. Johnson/Post, Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace, www.cli.org/X0025_LBFIN.html.

⁴⁹⁴ Vgl. a.a.O.

⁴⁹⁵ Vgl. a.a.O. Zur Kritik vgl. Schack, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, MMR 2000, S. 59, der eine eigene Internet-Rechtsordnung als „pure Illusion“ bezeichnet.

Frage beleuchten an der Problematik von ehrverletzenden oder anderweitig anstößigen Inhalten, welche über das Internet verbreitet werden. Nach klassischer IPR-Konzeption gilt in vergleichbaren Fällen, welche sich auf *gedruckte* Medien beziehen, das im Deliktsrecht übliche Günstigkeitsprinzip; die Betroffenen können also zwischen Handlungsort (= Erscheinungsort) und Erfolgsort (= jeder Verbreitungsort) wählen.⁴⁹⁶ Überträgt man dies auf das Internet, so kommen kumulativ, als Handlungsort, der des Einspeisens der Informationen, sowie, als Erfolgsort, jeder Ort, an dem die Information abgerufen wird, in Frage. Tatsächlich wird diese sich an der klassischen Methodik orientierende Lösung vertreten.⁴⁹⁷ Was daran problematisch ist, fällt sofort ins Auge: während im Rahmen der „klassischen“ Pressedelikte die Verantwortlichen Kontrolle über den Erfolgsort haben, indem sie bestimmen, wo die in Frage stehende Publikation verbreitet wird, gibt derjenige, welcher im Internet veröffentlicht, mit dem Moment des Einspeisens der Information jegliche Kontrollgewalt bezüglich potentieller Erfolgsorte auf.

Hier zeigt sich, dass die mehr oder minder analoge Anwendung von aus dem klassischen IPR bekannten Prinzipien auf die Welt des Internets, entgegen anderslautenden Stimmen⁴⁹⁸, zu unhaltbar schiefen Ergebnissen führt. Das hat seine Ursache in der kategorischen Unterschiedlichkeit von „realer“, territorial fassbarer Welt, auf welche sich das klassische IPR bezieht, und der virtuellen Welt des Internets. Im Online-Bereich ist jede Vorstellung von lokal greifbarer Örtlichkeit müßig – das Internet existiert unabhängig von territorialen Determiniertheiten und ist potentiell *immer* und *überall* zugänglich. Während im Rahmen der klassischen Pressedelikte der Verteiler den Erfolgsort bestimmt, kann der „Erfolgort Internet“ auf der gesamten Welt hergestellt werden. Hält man sich nun also tatsächlich an die klassische IPR-Methodik, so müssen Autoren sich auf die potentielle Anwendbarkeit *jedes* auf der Welt existierenden Rechts einstellen, was sicherlich die Grenzen der Zumutbarkeit sprengt. Korrekturen sind möglich in Form der Vorhersehbarkeits- oder Schwerpunktlösung⁴⁹⁹, jedoch ist nicht zu übersehen, dass diese lediglich die Symptome etwas abmildern, ohne etwas an der grundsätzlichen Schieflage zu ändern.

Wir möchten hier nicht den Versuch unternehmen, Lösungen für die angerissenen Probleme zu finden. Vielmehr zielt die Darstellung darauf ab zu illustrieren, wie sehr die geläufigen Vorstellungen von territorialer Rechtsgeltung in der modernen Welt auf den Kopf gestellt

⁴⁹⁶ Vgl. Palandt, EGBGB § 40 Rn. 3,4.

⁴⁹⁷ Vgl. a.a.O., Rn. 12; Zur Kritik und Alternativvorschlägen in Form des Vorhersehbarkeitsprinzips und der Schwerpunktlösung vgl. v. Hinden, Persönlichkeitsverletzung im Internet: Das anwendbare Recht, S. 94 ff., 168 ff.

⁴⁹⁸ Vgl. hierzu Boele-Woelki, a.a.O., S. 309, Fn. 5, wo Vertreter der Meinung „Was offline gilt, muss auch online gelten“ aufgeführt werden; vgl. Fn. 6 für Vertreter der gegenteiligen Ansicht.

⁴⁹⁹ Vgl. hierzu v. Hinden, a.a.O.

werden und in welchem Maße hier das klassische Lösungsinstrumentarium des IPR inadäquat ist.

4.3 Ausblick

Die angeführten Beispiele haben gezeigt, wie sehr die Vorstellung von Recht als einer territorial geltenden, souverän-staatlich gesetzten Größe unter Berücksichtigung moderner Entwicklungen ins Wanken geraten ist. Die Globalisierung konfrontiert uns mit Phänomenen, die unsere geläufigen Kategorien verwässern (vgl. Folgen der Abgabe von Souveränitätsprärogativen an supranationale Zusammenschlüsse) oder gar vollkommen auf den Kopf stellen (vgl. Unverortbarkeit des Internets). Die hier dargestellten Phänomene können als Indikatoren dafür dienen, dass sich nicht-staatlich gesetzte und keinem bestimmten Territorium zugeordnete (oder auch nur zuordenbare) Rechte herausbilden.

Dass wir es dabei nicht mit letztlich bedeutungslosen Ausnahmereischeinungen, sondern vielmehr mit Anzeichen eines deutlichen Trends zu tun haben, möchte ich am Beispiel des Phänomens der *lex mercatoria* belegen. Hier handelt es sich, so möchte ich zeigen, um eine gesamte Rechtsordnung, deren Normen weder durch *staatlichen Willensakt* gesetzt sind bzw. staatlicher Sanktionierung bedürfen, noch *territorial* zuordenbar sind. Vielmehr ergibt sich die *lex mercatoria* als Antwort auf einen *faktisch* bestehenden Regelungsbedarf und konsolidiert sich durch die beteiligten *privaten* Akteure zu einem Rechtssystem. Dieses Rechtssystem, so möchte ich später argumentieren, ist strukturell dem oben angedachten „globalen Privatrechtssystem“ ausreichend ähnlich, um Rückschlüsse auf dessen rechtstheoretische Begründetheit zuzulassen.

5 Lex Mercatoria

5.1 Begriff

Unter *lex mercatoria* versteht man das spezifische Recht der privaten internationalen Wirtschaftsbeziehungen, welches spontan mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Sachgebietes und weitestgehend außerhalb der üblichen staatlichen Rechtsetzungsmechanismen entsteht.⁵⁰⁰ Als Quelle des neuen Welthandelsrechts⁵⁰¹ werden angeführt: die allen Handel treibenden Nationen gemeinsamen Rechtsprinzipien,⁵⁰² Völkerrecht, das Recht internationaler Organisationen,⁵⁰³ internationale Handelsbräuche, Formulare und Klauseln für Außenhandelsgeschäfte, nationale Normen zum Überseehandel, Formularverträge und Geschäftsbedingungen der nationalen Handelskammern, schiedsrichterliche Praxis, internationale Staatsverträge (Einheitsrecht), einheitliche Richtlinien, die Judikatur staatlicher Gerichte sowie gewisse „Codes of Conduct.“⁵⁰⁴

Die theoretische Debatte um die *lex mercatoria* entzündet sich vor allem um deren Status als autonome Rechtsordnung. Es stehen sich im Großen zwei Lager gegenüber: auf der einen Seite diejenigen, welche der *lex mercatoria* den Charakter eines autonomen, in seiner Normativität von jeglicher staatlichen Beteiligung unabhängigen Rechtssystems zusprechen, sowie, auf der anderen Seite, diejenigen, welche die *lex mercatoria* letztlich in Abhängigkeit von den nationalen Rechtsordnungen sehen und ihr damit keine autonome Existenz zubilligen. Die Hauptargumente der wichtigsten Vertreter der beiden Ansichten sollen im Folgenden vorgestellt werden.

5.2 Die Debatte um das Phänomen *lex mercatoria*

Seitdem *Berthold Goldman* im Jahre 1964 die These aufstellte, das internationale Handelsrecht sei zumindest auf dem Wege dahin, eine eigenständige Rechtsordnung zu bilden⁵⁰⁵, haben sich Autoren in einer schier unüberblickbaren Vielzahl von Publikationen mit der Thematik auseinandergesetzt.⁵⁰⁶ Um diese Diskussion so übersichtlich wie möglich darzustellen und die Referenzpunkte meiner eigenen Stellungnahme vorzubereiten, werden

⁵⁰⁰ Vgl. Stein, *Lex Mercatoria*, S. 1.

⁵⁰¹ Begrifflichkeit in Abgrenzung zur *lex mercatoria* mittelalterlicher Prägung, dem damals existierenden universalen Gewohnheitsrechts des „internationalen“ Kaufmannsstandes, vgl. Siehr, *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria*, S. 103, 113/114.

⁵⁰² Vgl. hierzu und zur Kritik daran Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five years*, S. 149, 155.

⁵⁰³ Vgl. Mustill, a.a.O., S. 173.

⁵⁰⁴ Vgl. Siehr, a.a.O., S. 114.

⁵⁰⁵ Vgl. Goldman, *Frontières du droit et „lex mercatoria“*, *AcP* 1964, S. 177 ff.

⁵⁰⁶ Einen guten Überblick bieten: Stein, *Lex Mercatoria*, S. 184 ff.; Berger, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, S. 29 ff.; Blaurock, *Übernationales Recht des Internationalen Handels*, *ZEuP* 1993, S. 247 ff.; vgl. auch Remien, *Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?*, *RabelsZ* 1992, S. 301 ff.

die Beiträge folgendermaßen aufgeteilt: auf der einen Seite in solche, welche die Frage, was ein Rechtssystem ausmache, zum Ausgangspunkt nehmen und die Argumentation entsprechend orientieren, andererseits in solche, die einzelne Aspekte der *lex mercatoria* herausgreifen und behandeln.

Hier sollen zunächst die systembezogenen Argumente vorgestellt werden, bevor die sich auf Einzelaspekte konzentrierenden Stimmen zu beleuchten sind. Anhand der Darstellung beider Strömungen werden sich die Streitpunkte herauskristallisieren, die für die Debatte wesentlich sind. Gleichzeitig werden die geläufigsten Argumentationslinien kurz vorgestellt, wenn sie auch nicht alle aufgegriffen und diskutiert werden können, da der Schwerpunkt der Betrachtung auf übergreifenden Gesichtspunkten liegen soll.

5.2.1 Ansatz beim Rechtssystem

Unter den hier anzusiedelnden Autoren lässt sich zum einen eine Strömung ausmachen, welche eine bestimmte Konzeption vom Rechtssystem bzw. dessen notwendigen Bestandteilen – weitgehend ohne Diskussion - zugrundelegen und deren konstituierende Elemente aufzählen, um sodann die *lex mercatoria* an diesem Maßstab zu messen, und zum anderen eine Richtung, die sich zunächst mit der Frage beschäftigt, welche Konzeption des Rechtssystems als Ausgangspunkt dienen sollte.

5.2.1.1 Vorausgesetzte Bestandteile eines Rechtssystems

Was die Elemente anbelangt, welche nach dem erstgenannten Schema notwendig vereint sein müssen, um einer Ordnung den Charakter eines Rechtssystems zu verleihen, verwenden die einzelnen Autoren zwar zum Teil abweichende Begriffe, kommen jedoch im Großen auf denselben Nenner. Als Schablone mag die Aufstellung *Goldmans* dienen, welche die Faktoren „règles“⁵⁰⁷, „autorité“⁵⁰⁸, „sanctions“⁵⁰⁹ umfasst. Andere Autoren sprechen von: „règles de conduite“, „règles de décision“ sowie „contrainte“⁵¹⁰; „rules of law [that] are normally respected and obeyed“, „sanctions“, „centralized and hierarchical administrations of justice“⁵¹¹ oder auch „normes de conduite“, „une règle d’habilitation originaire, ou règle de reconnaissance“ „sanctions“⁵¹². Allen Definitionen ist gemein, dass sie einen Bestand an (verhaltenssteuernden) Normen sowie Sanktionen bzw. Zwang („contrainte“) voraussetzen.

⁵⁰⁷ Goldman, a.a.O., S. 189.

⁵⁰⁸ A.a.O., S. 190.

⁵⁰⁹ A.a.O., S. 191.

⁵¹⁰ Rigaux, *Souveraineté des États et arbitrage international*, S. 261, 262.

⁵¹¹ Von Mehren, *To what Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?*, S. 217, 218.

⁵¹² Lyon-Caen, *Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales*, S. 185, 194.

Als drittes Element wird eine steuernde bzw. richtende „Autorität“ teilweise explizit genannt, in anderen Ansätzen verbirgt sie sich hinter Konzepten wie den „règles de décision“ – welche ohne sie anwendende Gerichtsbarkeit sinnentleert wären – oder der „règle de reconnaissance“⁵¹³ – welche ohne sie umsetzende Autoritäten in komplexen Gesellschaften nicht operabel wäre.

5.2.1.1.1 Regeln

Über die Frage, ob die *lex mercatoria* Regeln aufstellt, herrscht wenig Debatte. In seiner grundlegenden Publikation aus dem Jahre 1964 definiert *Goldman*, auf seinen Kollegen *Batiffol* zurückgehend, den Begriff der Regel folgendermaßen: „C’est une prescription de caractère général, formulée avec une précision suffisante pour que les intéressés puissent la connaître avant d’agir.“⁵¹⁴ Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die *lex mercatoria* über einen Bestand an allgemeinen und präzise formulierten Verhaltensvorschriften verfügt, deren Inhalt im Kern – auch unter Kritikern - unstreitig ist.⁵¹⁵ Problematischer ist die von *Goldman* aufgeworfene und hier später noch eingehender zu diskutierende Frage, ob die existierenden Regeln der *lex mercatoria* ein *System* bilden. Während der Autor in seiner Publikation aus dem Jahre 1964 eher zu einer verneinenden Antwort tendiert⁵¹⁶, kommt er in einem späteren Artikel zu dem Schluss, dass ein System mindestens im Werden sei⁵¹⁷ und bejaht schließlich, im Jahre 1993, den Systemcharakter ohne Einschränkung.⁵¹⁸

5.2.1.1.2 Autorität

Zu der Problematik, ob sich hinter der *lex mercatoria* eine „Autorität“ im Rechtssinne verbirgt, merkt *Goldman* zunächst an, dass das Postulat der Autorität nicht in allen Rechtskonzeptionen als unabdingbar vorausgesetzt werde. So sehe beispielsweise die historische Schule Recht als ein spontanes Phänomen an, geboren aus dem „Volksgeist“, und die soziologische Schule betrachte das Recht als eine schlichte soziale *Tatsache*. Auch in der

⁵¹³ Lyon-Caen meint hiermit die „rule of recognition“ im Hart’schen Sinne, vgl. a.a.O., S. 194, Fn. 18. Zum Konzept der „rule of recognition“ vgl. Hart, *The Concept of Law*, S. 94: “[The rule of recognition] will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts.” Mithilfe der “rule of recognition”, einer “secondary rule”, werden die “primary rules“ identifiziert, welche unmittelbar verhaltenssteuernde Funktion haben, vgl. a.a.O. S. 91 ff., 94 ff.

⁵¹⁴ Goldman, *Frontières du droit et „lex mercatoria“*, AcP 1964, S. 187 f.

⁵¹⁵ Eine Liste findet sich bei dem der *lex mercatoria* kritisch gegenüberstehenden Mustill, *The New Lex Mercatoria*, a.a.O., S. 174 ff.

⁵¹⁶ Vgl. Goldman, *Frontières du droit et „lex mercatoria“*, a.a.O., S. 189.

⁵¹⁷ Vgl. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux : réalité et perspectives*, *Journal du droit international (Clunet)* 1979, S. 475, 490.

⁵¹⁸ Vgl. Goldman, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, S. 241, 249.

Praxis erscheine es inadäquat, Recht und Autorität unlösbar miteinander zu verknüpfen, denn das mache es schwierig, den Rechtscharakter von Gewohnheitsrecht, wichtig vor allem im Völkerrecht, zu erklären. Zudem stellt *Goldman* fest, dass – will man am Erfordernis der „Autorität“ festhalten – im Bereich der *lex mercatoria* durchaus mit den entsprechenden professionellen Organismen „Autoritäten“ existierten, welche zwar keinen *öffentlichen* Charakter hätten, von den betroffenen Akteuren jedoch als zur Normausarbeitung kompetent anerkannt seien.⁵¹⁹

Selten wird ansonsten die Frage der „Autorität“ explizit angesprochen. Die übrigen Autoren behandeln das Thema implizit in der allseits heftig umstrittenen Frage nach den im Rahmen der *lex mercatoria* zur Verfügung stehenden Sanktionen, welche auch für *Goldman* mit der Autoritäts-Frage verbunden ist.⁵²⁰

5.2.1.1.3 Sanktionen

Das öffentliche Sanktions- bzw. Zwangsmonopol des Staates ist für viele Teilnehmer der Debatte *das* ausschlaggebende Argument, um der *lex mercatoria* den Charakter einer eigenständigen Rechtsordnung abzusprechen. Zwar möge es sein, dass die Verfahren der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit weitgehend nach eigenem materiellen und prozessualen Recht verliefen, jedoch träten die Unzulänglichkeiten in dem Moment hervor, in welchem die verurteilte Partei nicht bereit sei, sich dem Schiedsspruch zu beugen: Dann nämlich – wenn die tatsächliche Effizienz des Systems in Frage stehe – sei man doch gezwungen, den Staat um Hilfe in Form der Anwendung öffentlicher Zwangsmittel zu bitten.⁵²¹

Hierauf antworten die Befürworter der *lex mercatoria*, dass zum einen der Mehrzahl der Schiedsgerichtsentscheidungen freiwillig Folge geleistet werde. Zum anderen aber verfüge die Struktur des internationalen Handels durchaus über effektive Zwangsmechanismen, welche es ihr ermöglichen, ohne staatliche Intervention auszukommen. Zu nennen seien hier beispielsweise Disziplinarsanktionen, die von den betroffenen Korporationen ausgesprochen würden, die „moralische“ Sanktion, welche durch Veröffentlichung des Schiedsspruches mit entsprechender negativer Publizität erreicht werde, direkte berufliche Sanktionen wie z.B. die Eliminierung von einer Handelsbörse bzw. der Ausschluss von gewissen kaufmännischen

⁵¹⁹ Vgl. Goldman, *Frontières du droit et „lex mercatoria“*, a.a.O., S. 190.

⁵²⁰ Vgl. Goldman, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, S. 241, 247.

⁵²¹ Vgl. z.B. Highet, *The Enigma of Lex Mercatoria*, *Tulane Law Review* 1989, S. 613, 615; Klein, *De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux*, S. 617, 632 f.

Aktivitäten oder auch pekuniäre Sanktionen in Form von zuvor gestellten Garantien.⁵²² Kurz: die eng gefasste Gesellschaft, welcher die Parteien eines internationalen Handelsschiedsverfahrens angehören, vermöge auf seine Mitglieder ausreichend sozialen Druck auszuüben, um sicherzustellen, dass die Schiedssprüche ohne staatliche Intervention befolgt würden.⁵²³

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die zuletzt wiedergegebenen Autoren die *lex mercatoria* als eigenständige und vollwertige Rechtsordnung betrachten⁵²⁴, welche die Elemente „Regeln, Autorität und Sanktionen“ vereinigt.

5.2.1.2 Gegenüberstellung von Grundkonzeptionen

Es ist hier weder möglich noch zweckmäßig, einen umfassenden Überblick zu den verschiedenen rechtstheoretischen Modellen, welche im Zusammenhang mit der *lex mercatoria* auftauchen, zu geben. Stattdessen sollen die Konzeptionen herausgegriffen werden, die für den hier verfolgten Zweck am relevantesten erscheinen.

5.2.1.2.1 Zwangsordnung / Regelung sozialer Beziehungen

Zunächst findet sich die Gegenüberstellung der Auffassung von der Rechtsordnung als Zwangsordnung („appareil de contrainte“)⁵²⁵ sowie der Definition von Recht als einem System der „rationalisation“, der Regelung, sozialer Beziehungen.⁵²⁶ Im Begriff der „Zwangsordnung“, wonach Recht eine Sanktion vorsieht, die notfalls mit Zwang durchgesetzt werden kann, schwingt, aufgrund des staatlichen Zwangsmonopols, eine Auffassung vom Recht als notwendig staatlichem mit. Auf die Schwierigkeiten, welche sich hieraus für das Völkerrecht ergeben, wurde bereits kurz eingegangen.⁵²⁷ In Abgrenzung zur Vorstellung einer staatlichen Zwangsordnung legt die zweite der hier vorgestellten Konzeptionen das Schwergewicht auf das Vorhandensein von verhaltenssteuernden Regeln und dem Etablieren von Institutionen im weitesten Sinne: Verträge, Verwaltungsakte, Gerichtsbarkeit.⁵²⁸ Das Recht ist nach dieser Auffassung unmittelbarer Ausdruck der sozialen Belange der Gesellschaft und weniger Funktion des Grades staatlicher Sanktionsmacht.

⁵²² Vgl. Goldman, *Frontières du droit et „lex mercatoria“*, a.a.O., S. 191 f., Lyon-Caen, *Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales*, S. 195.

⁵²³ Vgl. Rigaux, *Souveraineté des États et arbitrage transnational*, S. 274.

⁵²⁴ Vgl. auch v. Mehren, *To what Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?*, S. 222.

⁵²⁵ Zurückgehend auf die Konzeption Hans Kelsens, *Pure Theory of Law*, S. 34.

⁵²⁶ Vgl. Virally, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, S. 372, 374 f.

⁵²⁷ S.o., vgl. hier Virally, a.a.O.

⁵²⁸ Vgl. Virally, a.a.O.

Was bei den oben dargestellten Autoren teilweise bereits angeklungen ist, wird hier also explizit als Frage aufgeworfen: Ist das (staatliche) Sanktionieren integrierender Bestandteil der Definition von Recht bzw. Rechtssystemen?

Wie dargestellt, lassen sich selbst bei Bejahen der Frage Argumente für den Rechtsordnungscharakter der *lex mercatoria* finden. Dieser Aufwand wird hingegen gänzlich unnötig, wenn man das Merkmal der Sanktion erst gar nicht als grundlegend betrachtet, wie dies eminente Autoren mit Hinweis auf „primitive“ Rechte und selbst heute bestehende (Rechts)regeln⁵²⁹ vertreten und in folgender Wendung griffig zum Ausdruck bringen: „Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique.“⁵³⁰

5.2.1.2.2 Regelsystem / Institutionenstruktur

Der Blickwinkel wird leicht modifiziert, wenn die Untersuchung sich auf die Frage bezieht, ob die *lex mercatoria* ein geordnetes Ganzes („ensemble“) von Regeln darstellt oder vielmehr der institutionellen Konzeption einer Rechtsordnung entspricht.⁵³¹

Um herauszufinden, ob die *lex mercatoria* der ersten Definition unterfällt, gilt es zunächst herauszufinden, ob die *lex mercatoria* über einen Bestand an (eigenständigen, d.h. nicht-staatlichen) Regeln verfügt, sodann, bejahendenfalls, ob diese Regeln ein System bilden. Während die erste Anforderung von dem hier zu besprechenden Autor, *Paul Lagarde*, mit Verweis auf bspw. die „Incoterms“ noch bejaht wird, fällt die Antwort bezüglich des systematischen Charakters negativ aus.⁵³²

Der institutionelle Rechtsbegriff legt nun den Akzent weniger auf die positive Existenz von Normen als auf das Vorhandensein von organisatorischen Strukturen, welcher der Entstehung von Normen logisch vorgelagert ist. Der Blickwinkel der Untersuchung richtet sich auf die Frage, ob die in Frage stehende Gruppierung über die strukturellen *Voraussetzungen* zur Hervorbringung von Normen verfügt.⁵³³ Damit ist die auf *Santi Romano* zurückgehende institutionelle Rechtsauffassung angesprochen, die für die Debatte um die *lex mercatoria* insofern von hoher Relevanz ist, als ihre Anhänger von einem Pluralismus der Rechtsordnungen ausgehen – und damit das „Rechtsmonopol“ des Staates ablehnen.⁵³⁴ Diese

⁵²⁹ Bspw. Fristvorschriften, deren Nichtbeachtung keinen Rechtsverlust herbeiführt oder Regeln, deren Nichtbeachtung nicht zur Ungültigkeit führt, vgl. Kahn, *La vente commerciale internationale*, S. 42.

⁵³⁰ Vgl. Kahn, *La vente commerciale internationale*, S. 42 mit Verweis auf *Marty et Raynaud, Droit Civil I, Rn. 34.*

⁵³¹ Vgl. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, S. 125, 127.

⁵³² Zur hier zu weit führenden Argumentation im Einzelnen vgl. : Lagarde, a.a.O., S. 131.

⁵³³ Vgl. a.a.O.

⁵³⁴ Vgl. Romano, *L'ordinamento giuridico*, S. 111 ff.

Auffassung vom Pluralismus der Rechtsordnungen folgt aus der Gleichsetzung von Sozialkörper und Rechtsordnung: In dem Moment, in welchem sich eine ausreichend ausdifferenzierte (Teil-) Gesellschaft organisiert, bilde sich für diese automatisch ein eigenes Recht. Die Organisation der Gesellschaft wiederum sei eine schlichte Tatsache – sobald diese Tatsache vollendet sei, entstehe „das Recht“, könne die Norm „geboren“ werden. Nicht die Norm also als solche etabliert hiernach das Recht; sie ist vielmehr der nachgelagerte Beleg, dass eine Rechtsordnung bereits existiert.⁵³⁵

Allerdings stellt nicht bereits jede nach gewissen Kriterien einteilbare gesellschaftliche Kategorie – wie bspw. eine gesellschaftliche Schicht - eine eigene Rechtsordnung dar, es bedarf vielmehr, über eine reine Affinität der Mitglieder hinausgehend, einer *ausreichenden* Organisation.

Von der Warte dieser Konzeption aus beurteilt sich die Frage, ob die *lex mercatoria* eine Rechtsordnung darstellt, nach dem Grad ihrer Organisiertheit. Es gilt also zu beurteilen, ob die *societas mercatorum* über ausreichend ausdifferenzierte institutionelle Strukturen verfügt, um sich als eigenständige „Gesellschaft in der Gesellschaft“ auszuzeichnen. Das Meinungsspektrum hierzu geht stark auseinander. *Lagarde* verneint die Existenz einer hinreichend homogen strukturierten *societas mercatorum*: Es sei merkwürdig, dass die Befürworter von einer *lex mercatoria* im Singular sprächen, wo doch in Wirklichkeit doch das einzig einende Merkmal der betroffenen Normen ihre nicht-staatliche Provenienz sei. Dieses *negative*, von außen betrachtende Identifikationskriterium erlaube nun aber nicht den *positiven* Schluss auf *eine* Rechtsordnung des internationalen Handels. In Wirklichkeit nämlich existiere eine Mehrzahl von „sociétés de marchands“, alle mit unterschiedlichen – oder gerade parallelen - Interessenprofilen und entsprechend möglicherweise gegenläufigen Agenden.⁵³⁶

In diametralem Gegensatz zu dieser Ansicht steht diejenige *Philippe Kahns*, der in seinem Werk *La vente commerciale internationale* die Bedingungen für die Existenz einer eigenständigen *societas mercatorum* beschreibt und deren Vorliegen bejaht. In einem ersten Schritt definiert *Kahn* die Operation der „vente internationale“⁵³⁷, um sodann von deren Vorliegen auf Bedürfnisse zu schließen, die nur durch eine spezifische Gesellschaft gestillt werden könnten: Das spezifische Feld der internationalen Wirtschaftstransaktionen erzeuge unter den beteiligten Akteuren eine Solidarität, die sich aus dem allen gemeinsamen Bedürfnis

⁵³⁵ Vgl. a.a.O., S. 50 f.

⁵³⁶ Vgl. *Lagarde*, a.a.O., S. 135, 136, wo er das Beispiel der *London Corn Trade Association* anführt, deren Interessenfeld sich auf den Handel mit Getreide limitiere und damit in Rivalität zu einer Parallelorganisation mit gleichem Interessenfeld treten könne.

⁵³⁷ *Kahn*, *La vente commerciale internationale*, S. 2 ff.

nach Regelung ergebe; Bedürfnis, welches auf allen Seiten als essentiell, jedoch staatlicherseits nicht ausreichend berücksichtigt empfunden werde.⁵³⁸ Nicht nur die Existenz wichtiger ökonomischer Interessen und gemeinsamer Denkmuster eine so die Betroffenen, sondern auch die Entwicklung spezifischer, ihren Bedürfnissen angepasster Vertragsinstrumente. Hieraus ergebe sich eine ausreichende Kohäsion, um von der Gruppierung der international Handel Treibenden als echter außerstaatlicher Gesellschaft zu sprechen.⁵³⁹ Gleichwohl räumt *Kahn* ein, dass sich der Übergang von der schlichten Gruppierung zur veritablen Gesellschaft erst vor kurzem vollzogen habe und somit noch das Maß an Homogenität und Solidarität noch relativ gering sei.⁵⁴⁰

Mit der Feststellung, dass der internationale Handel sich im Rahmen einer eigenständigen Gesellschaft abspiele, bejaht *Kahn* sodann die Existenz einer entsprechenden Rechtsordnung: da das Recht nichts anderes als die Regelung sozialer Beziehungen sei, habe jede Gesellschaft - und damit auch die der international Handel Treibenden - ihr „Recht.“⁵⁴¹

In diesem Abschnitt sind einige für die Diskussion um den Charakter der *lex mercatoria* grundlegende Auffassungen vorgestellt worden. Es zeigt sich, dass ein entscheidender Ankerpunkt der Diskussion die Frage nach der Sanktionsbewehrtheit von Rechtsnormen ist, welche wiederum auf das Zwangsmonopol des Staates verweist und in die Problematik mündet, ob eine Rechtsordnung als (staatliche) „Zwangsordnung“ oder nicht vielmehr (von einem soziologischen Blickwinkel aus) als hinreichend organisiertes Institutionengefüge begriffen werden sollte.

Im Folgenden sollen kurz diejenigen Meinungen analysiert werden, welche die *lex mercatoria* nicht unter dem Blickwinkel einer bestimmten rechtsphilosophischen Grundauffassung beleuchten, sondern vielmehr einzelne, als besonders entscheidend eingestufte, Punkte argumentativ herausgreifen. Es wird sich herausstellen, dass diese Punkte sich im Wesentlichen auf dieselben Themenbereiche wie die soeben herausgestellten beziehen.

⁵³⁸ Vgl. *Kahn*, a.a.O., S. 36 f., unter Hinweis auf die soziologische Rechtsauffassung Belings.

⁵³⁹ Vgl. *Kahn*, a.a.O., S. 14.

⁵⁴⁰ Vgl. *Kahn*, a.a.O., S. 15, wobei anzumerken ist, dass dieser Standpunkt aus dem Jahre 1961 stammt – bei ungebrochener Entwicklung über die letzten 40 Jahre also inzwischen bereits ein hohes Maß an Solidarität und Homogenität zu extrapolieren ist.

⁵⁴¹ Vgl. *Kahn*, a.a.O., S. 36 f.

5.2.2 Ansatz beim Einzelargument

Die einzelnen Argumentationspunkte, welche im Rahmen der *lex mercatoria* – Debatte auftauchen, lassen sich in die Themenbereiche „Theorie“ und „Praxis“ aufteilen.

5.2.2.1 Theoretische Argumentationslinie

Was die theoretischen Argumente anbelangt, so zeichnen sich zwei grobe Kategorien ab: zum einen die, welche sich auf die Quelle der *lex mercatoria* beziehen, zum anderen jene, die ihren Inhalt zum Gegenstand hat.

5.2.2.1.1 Quelle

Auch hier lässt sich eine Unterscheidung einführen: übergreifend stellt sich Frage, ob es *überhaupt* Recht nicht-staatlicher Qualität geben kann. Auf einer konkreten Ebene schließt sich sodann die Frage an, ob denn der Wille der Parteien als Rechtsschöpfungsakt ausreicht.

5.2.2.1.1.1 **Möglichkeit nicht-staatlichen Rechts**

Die Frage der Möglichkeit nicht-staatlichen Rechts wird mit teilweise erstaunlich erbittertem Elan geführt. Der Linie, welche ein Recht außerhalb des Staates kategorisch ablehnt, stehen diejenigen gegenüber, welchen diese Meinung zu kurz greift.

Zu den erklärtesten Gegnern der *lex mercatoria* – Idee gehört *F.A. Mann*. Mit Unverständnis konstatiert er, dass das, was über die Jahrhunderte mühsam erkämpft worden sei – die Unterwerfung aller unter den Primat des Rechts – auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit nun wieder in Frage gestellt werden solle.⁵⁴² *Mann* verurteilt mit deutlichen Worten die oben dargestellte Konzeption *Goldmans*: „Alle solche Versuche [der Etablierung eines außerstaatlichen Rechtssystems] sind jedoch nutzlos. Niemand war zu irgendeinem Zeitpunkt oder in irgendeinem Lande in der Lage, auf ein Gesetz oder ein juristisches Prinzip zu verweisen, das es dem Individuum gestatten würde, außerhalb der Grenzen eines nationalen Rechtssystems zu handeln [...].“⁵⁴³ „Es ist in keinem Fall möglich und [...] erwünscht, den festen Boden eines bestimmten Rechtssystems zu verlassen und sich irgendeinem „droit anational“ oder irgendeiner „loi d'autonomie“ anzuvertrauen.“⁵⁴⁴

Verstärkung erhält *Mann* von *Frédéric-Edouard Klein*, welcher sich mit dem soziologischen Rechtskonzept und insbesondere dessen Betonung des nicht-streitigen Aspekts auseinandersetzt. Zwar mag er zugeben, dass „das Recht“ über den bloßen Rechtsstreit

⁵⁴² Vgl. *Mann*, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 1968, S. 97 f.

⁵⁴³ *Mann*, a.a.O., S. 97, 102.

⁵⁴⁴ *Mann*, a.a.O., S. 97, 108.

hinausgehe, kann jedoch nicht umhin, die Frage zu stellen: „Mais qu`est-ce qu`un droit sans autorité?“⁵⁴⁵ – wobei als „Autorität“ diskussionslos alleine die staatliche vorausgesetzt wird.⁵⁴⁶

Die Gegenseite betrachtet die Auffassung, dass ein internationales Schiedsgericht zwangsläufig in einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung verankert sein müsse, als obsolet.⁵⁴⁷ Neben hier bereits aufgeführten Argumenten (s.o.) wird geltend gemacht, diese Ansicht sei unlogisch und „thoroughly ahistoric“⁵⁴⁸, beruhe sie doch auf dem nicht zu rechtfertigenden Axiom der Absolutheit einzelstaatlicher Souveränität: Diese wiederum gehe auf den Fehlschluss der Verabsolutierung einer limitierten geschichtlichen Periode – der staatsrechtlichen Realität des 19. Jahrhunderts – und deren Anhebung auf eine „unabänderliche rechtslogische Ebene“ zurück.⁵⁴⁹ Dabei habe Recht existiert, lange bevor *Jean Bodin* das Konzept der Souveränität formte und *John Austin* rechtliche Phänomene mit dem Begriff des Positivismus in Zusammenhang brachte. Nicht zuletzt auf grenzüberschreitender Ebene hätten sich die Menschen seit jeher materieller „Einheitsrechte“ bedient, wie z. B. im Falle des *ius gentium* im alten Rom, der mittelalterlichen *lex mercatoria* oder des früher vor den englischen *Admiralty Courts* angewandten weltweiten *maritime law*.⁵⁵⁰

Das Recht sei eben gerade *kein* naturgesetzliches Axiom, sonder vielmehr Bewusstseinsinhalt von Menschen und entsprechend der Wandlung in Raum und Zeit unterworfen. Vor diesem Hintergrund ergebe sich die Einsicht in die *Relativität der Rechtssysteme*⁵⁵¹.

5.2.2.1.1.2 Parteiwille als Rechtsquelle?

Diejenigen, welche die Möglichkeit nicht-staatlichen Rechts von sich weisen, tun dies teilweise mit einem konkreten Argument: eine Loslösung von staatlichen Rechten impliziere, dass der Impuls zur Rechtsentstehung im Willen der Parteien gesehen werde. Dies anzuerkennen aber bedeute eine „Übersteigerung des Prinzips der Privatautonomie.“⁵⁵² Es dürfe nicht übersehen werden, dass das Prinzip der Parteiautonomie nicht *a priori* bestehe,

⁵⁴⁵ Klein, De l`autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux, S. 617, 632.

⁵⁴⁶ Vgl. a.a.O., S. 632 f.

⁵⁴⁷ Vgl. z.B. Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 27.

⁵⁴⁸ Juenger, American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant, Vanderbilt Journal of Transnational Law 1995, S. 487, 490; vgl. auch Berman/Dasser, The “New” Law Merchant and the “Old”: Sources, Content, and Legitimacy, S. 21, 22: “contrary to historical fact.”

⁵⁴⁹ Vgl. Fabricius, Internationales Handelsrecht und Weltfrieden, S. 101, 110.

⁵⁵⁰ Vgl. Juenger, a.a.O., S. 490 f.

⁵⁵¹ Vgl. Fabricius, a.a.O., S. 110 f.

⁵⁵² V. Breitenstein, Rechtsordnung und „Lex Mercatoria“, S. 111, 132.

sondern nur deshalb, weil die Rechtsordnungen es den Parteien gewährten.⁵⁵³ Ausdrücklicher Verfechter dieses Gedankens ist der eingangs bereits vorgestellte *F. A. Mann*. Unmissverständlich heißt es bei ihm: „[S]elbst die Idee der Parteiautonomie besteht lediglich auf Grund eines bestimmten nationalen Rechtssystems und hat in verschiedenen Rechtssystemen verschiedene Eigenschaften und Wirkungen.“⁵⁵⁴ „Eine Partei-handlung – es kann nicht oft genug gesagt werden - bringt Rechtswirkung nur hervor, wenn sie von einem Rechtssystem sanktioniert wird.“⁵⁵⁵ „Diese elementare und offensichtliche Tatsache wird häufig übersehen. Es wird zuweilen gesagt oder wenigstens unterstellt, dass Parteiautonomie und Vertragsfreiheit auf Grund von Naturrecht bestehen und nicht davon abhängen, dass sie von einem Rechtssystem anerkannt und definiert werden. Eine solche Auffassung ist selbstverständlich unhaltbar. Die Verschiedenheiten zwischen den einzelnen Rechtsordnungen beweisen das Gegenteil.“⁵⁵⁶

Auch der amerikanische Autor *Keith Highet* setzt sich mit dem „paradox of the contrat sans loi“⁵⁵⁷ auseinander. Ein „Vertrag ohne Recht“ gleiche einem Hammer ohne Meister – eine logische Unmöglichkeit vom Standpunkt des Betrachters aus. Ein Vertrag „in vacuo“ sei vernünftigerweise nicht vorstellbar, beziehe doch die im Vertrag enthaltene Verpflichtung ihre Kraft gerade aus der Kraft des (staatlichen) *Rechtssystems*, welche die Verpflichtung kreierte.⁵⁵⁸

Dem steht die Meinung derjenigen gegenüber, welche den Parteiwillen durchaus als eigenständige Rechtsquelle einstufen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang zum einen *Clive Schmitthoff*, nach welchem die Möglichkeit eines außerstaatlichen Rechts aufgrund Parteientscheidung eine logische Folgerung aus dem Prinzip der Rechtswahl ist: Stehe es den Parteien offen, ihren Vertrag einem frei wählbaren staatlichen Recht zu unterstellen, so sei es nur konsequent, sie auch als zur Schaffung eines *außerstaatlichen* Vertragsregimes berechtigt zu erachten.⁵⁵⁹ Ein weiterer Befürworter der *lex mercatoria* unter Hinweis auf die Parteiautonomie ist *Aleksandar Goldstajn*. „It is time that recognition be given to the existence of an autonomous commercial law that has grown independent of the national systems of law“ heißt es bei ihm.⁵⁶⁰ Der Grund, dass eine solche Entwicklung möglich gewesen sei, liege in der Parteiautonomie: Durch die Möglichkeit, die historisch gewachsenen

⁵⁵³ Vgl. v. Breitenstein, a.a.O., S. 111, 133, mit Verweis auf F. A. Mann.

⁵⁵⁴ Mann, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 1968, S. 97, 102.

⁵⁵⁵ Mann, a.a.O., S. 97, 104.

⁵⁵⁶ Mann, a.a.O., S. 97, 104, Fn. 25.

⁵⁵⁷ Highet, The Enigma of Lex Mercatoria, Tulane Law Review 1989, S. 613.

⁵⁵⁸ Vgl. Highet, a.a.O., S. 615.

⁵⁵⁹ Vgl. Schmitthoff, International Trade Law and Private International Law, S. 257, 269.

⁵⁶⁰ Vgl. Goldstajn, The New Law Merchant Reconsidered, S. 171.

Limitationen nationaler Rechtssysteme zu überwinden, seien die Parteien in den Stand versetzt worden, ein spezifisches autonomes Recht zu schaffen.⁵⁶¹ *Fritz Fabricius* schließlich zieht eine Parallele zwischen dem ökonomischen Prinzip des Freihandels und dem Handelsrecht: beide stellten aufgrund einer *communio opinio* primär eine Koordinierung der Willen der einzelnen Marktteilnehmer dar. Durch den Vertrag, die gegenseitig Willenseinigung, hätten die Parteien die Möglichkeit, individuell zu entscheiden, was zwischen ihnen rechtens sein solle.⁵⁶²

5.2.2.1.2 Inhalt

Die Argumente, welche sich auf die inhaltliche Seite der *lex mercatoria* beziehen, haben hauptsächlich zwei Fragen zum Gegenstand: Ist die *lex mercatoria* in ihrer Substanz ausreichend greifbar und komplett?⁵⁶³ Und: ist sie notwendig?⁵⁶⁴

Beide Ansätze sollen an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden, da die einzelnen Argumente als solche die Diskussion für die hier verfolgten Zwecke nicht über das bereits Angeführte hinaus erhellen. An dieser Stelle sei lediglich vermerkt, dass die Debatten geführt werden; auf die Substanzdebatte wird an späterer Stelle in spezifischem Zusammenhang zurückzukommen sein.

5.2.2.2 *Auf die Praxis bezogenen Argumentationslinie*

Bisher wurden die theoretischen Argumente für und gegen die *lex mercatoria* vorgestellt. Unter verschiedenen Blickwinkeln, so zeigt sich, wird die Frage gestellt, ob die Vorstellung einer nichtstaatlichen internationalen Wirtschaftsrechtsordnung haltbar ist. Diese Diskussion verstellt häufig den Blick auf eine simple Tatsache, die von einigen Autoren hervorgehoben wird. Wie auch immer es um die *theoretische* Begründbarkeit der *lex mercatoria* stehen mag, eines lässt sich nicht von der Hand weisen: in der *Praxis*, der Realität des Weltwirtschaftsverkehrs, werden ihre Regeln anerkannt und befolgt. So formuliert *Joerges* schon im Jahre 1974: „Die vielfältigen Belege dafür, dass die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit als ein faktisch transnationales Sanktionssystem organisiert ist

⁵⁶¹ Vgl. Goldstajn, a.a.O.

⁵⁶² Vgl. Fabricius, Internationales Handelsrecht und Weltfrieden, S. 101, 115.

⁵⁶³ Vgl. hierzu: Klein, De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux, S. 617, 633 f.; Sandrock, Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 21, 75; Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 40 f.; Bredin, La loi du juge, S. 15, 26.; De Ly, Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization, S. 179, 189; Berger, Formalisierung oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, S. 30 f.; Gaillard, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making, S. 60.

⁵⁶⁴ Vgl. hierzu: Sandrock, Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 21, 79; Bredin, La loi du juge, a.a.O., Highet, The Enigma of Lex Mercatoria, a.a.O., S. 613, 627.

und funktioniert, können durch keine juristische Theorie hinwegdiskutiert werden.⁵⁶⁵ Prägnant bringt *Kahn* es auf den Punkt: „Peu importe la source s'il est efficient.“⁵⁶⁶ Und ironisch formuliert schließlich *Ursula Stein*: „Die Fülle von Schwierigkeiten, die sich [...] vor dem Rechtswissenschaftler tatsächlich oder vermeintlich aufürmen, steht in bemerkenswertem Gegensatz zu der Unbefangenheit, mit der die Praxis an die Probleme herangeht, und zu der Leichtigkeit, mit der sie in der Vertragsgestaltung und Konfliktentscheidung pragmatische Lösungswege findet.“⁵⁶⁷

5.3 Diskussion

Die Darstellung hat zweierlei zutage gefördert: Zum einen zeigt sich, dass die Diskussion, gleich von welchem Winkel aus sie betrieben wird, letztlich um einige wenige zentrale Punkte kreist. Zum zweiten treten die mit einer voraussetzungslos geführten Debatte verbundenen Gefahren hervor, wobei „voraussetzungslos“ die mangelnde Auseinandersetzung mit den Grundfragen der Rechtstheorie bedeuten soll. Im Folgenden werde ich beide Punkte näher erläutern.

5.3.1 Zentrale Themen der Debatte

Wie dargestellt, ist von den einzelnen Elementen, welcher ein Rechtssystem nach Meinung der entsprechenden Autoren bedarf, vor allem das der „Sanktion“ umstritten. Unmittelbar damit verbunden ist wiederum die Problematik des Zwangsmonopols des Staates, letztlich also der (notwendigen) Staatlichkeit des Rechts.

Auch die Auseinandersetzung mit Grundkonzeptionen von Rechtssystemen kristallisiert im ersten Theorienpaar die Frage nach der *staatlichen Zwangsordnung* (gegenüber der Regelung sozialer Beziehungen) heraus. Die unter der Rubrik „Einzelargumente“ geführte Quellendiskussion läuft auf dieselbe Frage heraus: Besteht die Möglichkeit Rechts nicht-staatlicher Herkunft?

Das zweite der unter „Grundkonzeptionen“ vorgestellte Theorienpaar stellt Regelsysteme und Institutionsstrukturen gegenüber. Zentral sind hier zum einen die Frage nach der Geschlossenheit bzw. Komplettheit des Normengefüges, zum anderen die nach dem Grade der Organisiertheit einer außerstaatlichen Gesellschaft.

⁵⁶⁵ Joerges, Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZHR 1974, S. 549, 560. Zu ähnlichen Argumenten mit Verweis auf die Praxis vgl. v. Mehren, To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous, S. 217, 224; Mertens, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, RabelsZ 1992, S. 219, 226.

⁵⁶⁶ Kahn, Lex mercatoria et Euro-Obligations, S. 215, 240.

⁵⁶⁷ Stein, Lex Mercatoria, S. 5.

Um es zusammenzufassen, bewegt sich die Debatte also um die drei Hauptdiskussionspunkte Staatlichkeit, Organisiertheit, Komplettheit. Diese Punkte lassen sich folgendermaßen kategorisieren: Die Trennungslinie verläuft zwischen „Staatlichkeit“ auf der einen und „Organisiertheit“ sowie „Komplettheit“ auf der anderen Seite. Folgende Fragen ließen sich zur Verdeutlichung formulieren: Ist nicht-staatliches Recht überhaupt möglich? Und wenn ja, ist die hypothetische „Parallelgesellschaft“ ausreichend organisiert (formales Argument) und ihre Normengefüge ausreichend inhaltlich geschlossen (materielles Argument)? Ich werde auf diese Fragen im Rahmen meiner eigenen Stellungnahme (s. dort 6.2.) zurückkommen.

5.3.2 Gefahren

Wie dargestellt, wird die Debatte von unterschiedlichen Ebenen aus geführt. Ein Teil der Autoren stellt zunächst die Grundsatzfrage nach dem Wesen des Rechtssystems (ohne aber die Entscheidung für ein bestimmtes Rechtsverständnis *als solche* zu begründen; vgl. dazu den hier vertretenen Ansatz unter 6.1.), andere argumentieren ohne Einführung von einer vorgefertigten Warte aus. Die Gefahren nun, welche mit dem letztgenannten Ansatz verbunden sind, sollen hier dargestellt werden. Folgendes spielt sich ab: die betreffenden Autoren argumentieren vor dem Hintergrund einer festgefassten Schablone vom Wesen eines Rechtssystems, wobei als Schablone das traditionelle staatliche System dient. In diesem Zusammenhang werden nun einzelne als unabdingbar eingestufte Elemente herausgegriffen und das in Frage stehende System (*lex mercatoria*) auf deren Vorhandensein hin überprüft.⁵⁶⁸ Das wenig überraschende Ergebnis ist negativ – so verfügt die *lex mercatoria* z.B. nicht über *staatliche* Autorität und Sanktionsgewalt. Aber, so möchte man einwenden, *gerade das* ist doch das sie ausmachende Charakteristikum, das Merkmal, in dem sie sich per definitionem vom traditionellen System unterscheidet und was ja gerade dazu führt, dass eine Debatte um den Rechtscharakter überhaupt *nötig* ist. Das Fehlen des Merkmals – im Unterschied zum traditionellen System - nun, welches gerade Grundanlass der Debatte ist, kann nicht gleichzeitig als (negative) Antwort in *derselben* Debatte dienen.

⁵⁶⁸ Besonders pointiert bei Hightet, *The Enigma of Lex Mercatoria*, a.a.O., S. 613, 624, der seine Analyse mit folgenden Worten einführt: “*Without swerving for too long into the fast lane of legal theory, one can say for our purposes that there are at least several other tests that must be met for a body of rules or principles to achieve the lineaments of a proto-typical system of legal rules - or even of “law”.* (Hervorhebung hinzugefügt).

5.3.2.1 Beispiel Highet

Zur Verdeutlichung mag das Beispiel *Keith Highets* dienen, welcher eine Liste von Bedingungen aufstellt, die seiner Meinung nach für ein Rechtssystem erfüllt sein müssen.⁵⁶⁹

Alle Elemente der Liste entstammen dem Paradigma des klassischen staatlichen Rechts. Es stellt sich heraus, dass die *lex mercatoria* dem Test kaum genügen kann – die Frage, ob der Test im Rahmen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit überhaupt sinnvoll ist, ob hier nicht vielmehr ganz andere (Rechts-) Bedürfnisse befriedigt werden müssen, wird hingegen nicht gestellt.

Der konstruktive Fehler, welcher *Highet* bei seiner Argumentation unterläuft, ist nach hier vertretener Meinung folgender: Anstatt die staatliche Rechtsordnung als *Untergruppe* der *Übergruppe* „Rechtssysteme“ aufzufassen, behandelt *Highet* das staatliche Rechtssystem selbst als Referenzgruppe (Übergruppe). Während die u.E. richtige Fragestellung wäre: „Rechtssysteme generell (= Übergruppe) weisen folgende Merkmale auf [...]. Staatliche Systeme (= Untergruppe) erfüllen diese (auf folgende Weise [...]). Erfüllt auch die *lex mercatoria* (= Untergruppe) sie (auf ihre Weise)?“, fragt *Highet*: „Verfügt die *lex mercatoria* über *dieselben* Attribute wie staatliche Rechtssysteme?“

Um den Gedankengang zu verdeutlichen, sei ein praktisches Beispiel angeführt: Anhand der auf staatliche Rechtssysteme zutreffenden Bedingungen zu prüfen, ob die *lex mercatoria* ein Rechtssystem ist, kommt dem Versuch gleich, anhand der den Menschen ausmachenden spezifischen Qualitäten zu verifizieren, ob Tiere Lebewesen sind. Wie im rechtlichen Bereich die Kategorie „Rechtssysteme“ die Übergruppe bildet, ist es im Beispiel die der „Lebewesen“. Um vom Menschen (Untergruppe) auf das Tier (Untergruppe) schließen zu können, muss zunächst der Umweg über die *generellen* Merkmale der Übergruppe (Lebewesen) eingeschlagen werden. M.a.W.: es kommt auf die generellen, wesensgrundlegenden Bedingungen an (z.B. Geburt, Organe, Blutkreislauf etc.) und gerade *nicht* auf die konkreten Ausformungen (kreatives Denken, artikulierte Sprache, Zivilisation etc.). Genauso ist es unzulässig, von den besonderen Merkmalen der staatlichen Rechtssysteme direkt auf die Qualität der *lex mercatoria* zu schließen, ohne zunächst den gemeinsamen Nenner mit Bezug auf die Referenzgruppe, die Übergruppe „Rechtssysteme“, zu bestimmen.

Dieser Fehler im Denken, so scheint es, ist in der Debatte bedauerlicherweise weit verbreitet. Die mangelnde Klarheit bezüglich der rechtstheoretischen Bezugspunkte, das Verwischen der Argumentationsebenen, führt dazu, dass Argumente manchmal schlicht aneinander

⁵⁶⁹ Die Elemente sind: 1) „accessibility or general applicability“, 2) „authoritativeness and consistency“, 3) „relative predictability“, 4) „evident fairness“; vgl. *Highet*, a.a.O.

vorbeirauschen, anstatt sich konstruktiv zu treffen. Gerade die schärfsten Wortführer sind hierbei nicht selten die kritikwürdigsten.

5.3.2.2 *Beispiel Mann*

Mann wurde bereits für seinen Standpunkt zitiert, niemand habe je ein juristisches Prinzip darzulegen vermocht, welches es der Einzelperson erlauben würde, außerhalb der Grenzen eines nationalen Rechtssystems zu handeln – selbst der Gedanke der Parteiautonomie bestehe ja lediglich aufgrund eines bestimmten Rechtssystems. Hierzu drängt sich die Frage auf, aufgrund welchen Prinzips die Parteien *vor* Entstehung der Nationalstaaten rechtlich zu handeln in der Lage waren. Auf den Punkt gebracht lautet die Frage: kreiert oder bewahrt/schützt das nationale Rechtssystem die individuelle Handlungsfreiheit?⁵⁷⁰ Die Antwort liegt bereits in der zuvor aufgeworfenen Frage selbst: da Parteien schon vor der Existenz nationalstaatlicher Rechtsstrukturen rechtlich relevante Geschäfte abgeschlossen haben, kann der Staat nur als Hüter dieser von vornherein bestehenden Prerogative aufgefasst werden.

Nach *Manns* Auffassung jedoch haben Parteiaktionen nur Wirkung, wenn und weil sie von einem Rechtssystem sanktioniert werden. „Diese elementare und offensichtliche Tatsache“, so der Autor, „wird häufig übersehen.“ Zuweilen nämlich werde vorgebracht, dass Parteiautonomie und Vertragsfreiheit aufgrund von Naturrecht bestünden und nicht von der Anerkennung und Definition eines Rechtssystems abhingen. „Eine solche Auffassung ist selbstverständlich abzulehnen.“ Denn: „Die Verschiedenheiten der einzelnen Rechtsordnungen beweisen das Gegenteil.“⁵⁷¹ An dieser Stelle zeigt sich, was geschieht, wenn unzureichende Klarheit bezüglich der rechtstheoretischen Grundlagen besteht. Um die Position der *Naturrechtler* zu widerlegen, verwendet *Mann* ein Argument, welches von der Logik der *Positivisten* geprägt ist. Das Argumentationsinstrumentarium des einen Bereiches ist jedoch im jeweils anderen wirkungslos, denn beide Ansätze gehen von völlig unterschiedlichen, sich gegenseitig ausschließenden, Vorstellungen aus. Kein Naturrechtler wird der Tatsache widersprechen, dass in allen positiven Rechtsordnungen untereinander *und* vom Naturrecht abweichende Rechte gelten – und das wird auch keinen Naturrechtler je irritieren, denn die simple Antwort aus Sicht der Naturrechtler ist: das positive Recht ist eben

⁵⁷⁰ Vgl. hierzu Robé, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, S. 45, 58 f., wo der Autor nachweist, dass der Staat eine „subsidiäre Institution“ („subsidiary institution“) ist, während – in liberalen Rechtsordnungen – Vertragsfreiheit und Eigentumsrechte an erster Stelle stehen. *Robé* fasst die Rechtsinstitute als persönliche „Souveränitätsinseln“ innerhalb des Staates auf und vergleicht deren Gehalt mit den Souveränitätsprerogativen, welche die Staaten ihrerseits innerhalb der Völkerrechtsordnung genießen (vgl. S. 59).

⁵⁷¹ Vgl. *Mann*, *Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung*, a.a.O., S. 104, Fn. 25.

nicht das richtige, das „wahre“ Recht. Bevor die Argumentationsmuster der Positivisten sinnvoll angewendet werden können, muss also zunächst die *Grundsatzfrage*, welche Auffassung die überzeugendere ist, gestellt werden. Die hierfür notwendige Argumentation muss jedoch auf einer Metaebene ansetzen und darf sich nicht des konkreten Instrumentariums eines der beiden Bereiche dienen, dessen Sinnhaftigkeit doch gerade erst *erwiesen* werden soll. Aus diesem Grunde geht der Versuch *Manns*, die Position der Naturrechtler mit einem Verweis auf die konkrete Ausgestaltung positiven Rechts zu widerlegen, ins Leere. Er verdeutlicht nur das, was schon die bloße Existenz der beiden Lager „Naturrechtler“ auf der einen und „Positivisten“ auf der anderen Seite impliziert: dass in den jeweiligen Bereichen unversöhnliche Auffassungen von Recht bestehen.

Zweck dieser Darstellung ist, dies sei angemerkt, nicht, einzelnen Wissenschaftlern Denkfehler nachzuweisen, sondern vielmehr auf die bereits angesprochene Gefahr der Verwirrung im Bereich der Diskussion um die *lex mercatoria* hinzuweisen. Viele Argumente sind nur unter bestimmten Voraussetzungen einschlägig, diese Voraussetzungen bleiben jedoch häufig im Dunkeln.

5.3.2.3 Beispiel Frage des Systemcharakters der *lex mercatoria*

Was hier anhand der Diskussion um den Aspekt der Staatlichkeit aufgezeigt wurde, lässt sich anhand der Debatte um den Systemcharakter der *lex mercatoria* noch grundsätzlicher verfolgen. In der hier nur angedeuteten „inhaltlichen“ sowie in der kurz wiedergegebenen „Regelsystem“ - Debatte wird verschiedentlich die Kritik geäußert, das neue Welthandelsrecht stelle ein in sich nicht geschlossenes Konglomerat von Einzelprinzipien dar, von denen einige noch dazu äußerst vage seien, so dass von einem geschlossenen System nicht die Rede sein könne. Besonders eindringlich formuliert es *v. Breitenstein*: „Dass es nicht ausreicht, eine offene Liste von teils zusammenhanglosen, teils antinomistischen Rechtsregeln diverser Provenienz mit der werbewirksamen Bezeichnung „*lex mercatoria*“ zu versehen und deren Autonomie gegenüber staatlichem Recht zu postulieren, sollte einsichtig sein. Die Gefahr liegt heute darin, dass ein solches Denken und Fühlen einem Zeitgeist entspricht, in dem das Zusammenhanglose, Unverbindliche und Ungeordnete gefällt. Dem sollte der Jurist des ausgehenden Jahrtausends, welches in Europa eine große Rechtstradition entfaltet hat, beherzt entgentreten. *Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, aber auch Gesetzgebung haben die Aufgabe, eine neue innere Geschlossenheit, eine feste dogmatische Tradition, kurz: eine Ordnung des Rechts wiederherzustellen und zu erhalten.*“⁵⁷² Der Jurist soll sich also der

⁵⁷² V. Breitenstein, Rechtsordnung und „Lex Mercatoria“, a.a.O., S. 111, 132; Hervorhebung hinzugefügt.

Aufgabe stellen, eine ins Chaos gestürzte Welt in die Utopie vergangener Ordnung rückzuführen. Das offensichtliche Unbehagen angesichts der Komplexität der modernen Welt ist durch Wiederanknüpfen an die Regelmäßigkeit alter Zeiten zu überwinden – aber lässt sich die Uhr zurückdrehen? Ist es möglich, sich mittels rigider Ordnung des Rechts den verwirrenden Realitäten der globalen Entwicklung entgegenzustemmen? Sollte nicht vielmehr das *Recht* der *Realität* folgen? Und, noch grundlegender, *existierte* die beschworene Ordnung des Systems *jemals*?

5.3.2.3.1 Rechtsordnung als geschlossenes System?

Diese Frage führt zu einem kurzen Exkurs in die Rechtsgeschichte und -theorie, welcher bei der Historischen Rechtsschule *Savignys* beginnt. Hier ging man zwar auf der einen Seite davon aus, dass das Recht in den rechtlich geordneten konkreten Lebensverhältnissen existiere, jedoch herrschte auf der anderen Seite die Vorstellung von der Rechtsordnung als einem begrifflich-logischen System.⁵⁷³ Im Anschluss an die Gedanken *Puchtas* entwickelte sich im weiteren Verlauf die Schule der Begriffsjurisprudenz, welche davon ausging, alle juristischen Entscheidungen ließen sich aus einem System von Rechtssätzen logisch und ohne eigene Wertung ableiten. Die mangelnde Umsetzbarkeit dieses Ansatzes wurde schon bald von den Anhängern der Interessenjurisprudenz und der Freirechtslehre bemängelt, welche nachwiesen, dass das positive Recht aufgrund seiner Unschärfe und Lückenhaftigkeit kein geschlossenes System bilde und auch nicht mit rein logischen Mitteln zu einem solchen zu ergänzen sei.⁵⁷⁴ Von einer noch grundsätzlicheren Warte aus argumentiert die generelle Systemkritik, welche vor allem mit dem Namen *Theodor Viehweg* verbunden ist. Die Rechtsordnung, so die Argumentation, ließe sich nur dann als ein homogenes logisches System begreifen, wenn alle Rechtssätze auf wenige Axiome rückführbar wären, deren Vollständigkeit, Gleichläufigkeit und Unabhängigkeit feststehen müsste. Angesichts der Vielfältigkeit und Vielschichtigkeit der Rechtsnormen sei eine solche Ableitbarkeit jedoch Illusion.⁵⁷⁵ Dem Denken in einem deduktiv-axiomatischen System stellte *Viehweg* dementsprechend einen alternativen Denkstil gegenüber – den in der Antike entwickelten Mechanismus der „Topik“, das Denken vom *Problem* aus.

⁵⁷³ Vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 254.

⁵⁷⁴ Vgl. Zippelius, a.a.O., S. 256.

⁵⁷⁵ Vgl. Zippelius, a.a.O., S. 258.

5.3.2.3.2 Topiklehre

Die Topiklehre stellt die Systemlehre mit folgender Argumentation in Frage: Ein System sei dadurch gekennzeichnet, dass aus wenigen, unabhängigen Axiomen eine Vielzahl von Theoremen (Einzelsätzen) nach streng festgelegten und formalisierten Verfahren abgeleitet werden könnten, wobei die innerhalb des Systems vorzunehmenden logischen Operationen in Gestalt des Kalküls festgelegt seien. Das System zeichne sich also dadurch aus, dass seine Ableitungen auf es selbst rückführbar seien und keines Außenbezuges bedürfen. Sollte nun das Ergebnis in der Praxis – in der „Außenwelt“ - auf Tauglichkeit und Verwertbarkeit überprüft werden, böten sich als Referenzpunkt einzig die Axiome, welche das ganze System und folglich auch die Einzelergebnisse trügen, an. Diese Axiome aber, welchen so zentrale Bedeutung zukomme, seien aus der Logik des Systems heraus gerade *nicht* begründbar, sie müssten vielmehr als vorauszusetzen hingenommen werden - wie bereits *Aristoteles* hervorgehoben habe, seien sie einer logischen Ableitung nicht zuführbar. Dieser Zustand wird als Dilemma empfunden.

Wie nun, lautet entsprechend die Frage, kann man sich über die Grundprämissen verständigen, wenn der Weg der logischen Deduktion versperrt ist? Hierauf sucht die Topiklehre eine Antwort zu geben.⁵⁷⁶

Die Verständigung müsse im Wege der wissenschaftlichen Diskussion geschehen, wobei diese Diskussion methodisch geordneten Bahnen zu folgen habe. Das Erkenntnis- und Begründungsverfahren der Topik biete sich als problemorientiertes Denkverfahren, als die Technik des Problemdenkens, an.⁵⁷⁷ Diese Technik operiert nun nicht etwa unter Missachtung der Gesetze der formalen Logik. Deduktiv-systematischen Ableitungen ähnliche Vorgänge haben durchaus ihren Platz, spielen jedoch eine untergeordnete Rolle. Das Hauptanliegen gilt dem Auffinden möglichst aller für die Problemlösung in Betracht kommenden Prämissen, also quasi dem Bereitstellens des Denkstoffes, welcher, in einem zweiten Schritt, die Grundlage für spätere logische Schlüsse bietet. Hierbei ist man sich der Tatsache bewusst, dass nicht alle Ableitungen formallogisch restlos darstellbar sind und sucht insbesondere nicht ein geschlossenes System im Sinne des „klassischen“ Systemdenkens aufzustellen. Im Gegenteil stellt man sich der Herausforderung, der Vielschichtigkeit menschlichen Handelns gerecht zu werden, und verweist die Vorstellung rein formallogischer Deduzierbarkeit auf

⁵⁷⁶ Vgl. Horn, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, S. 601, 602.

⁵⁷⁷ Vgl. Horn, a.a.O., S. 602/603.

Gebieten, welche *Bewertungen* menschlichen Handelns betreffen und durch Ungenauigkeit des Sprachinstrumentariums gekennzeichnet sind, in das Reich der Utopie.⁵⁷⁸

Die Topiklehre lehnt so das strenge Systemdenken als wirklichkeitsfremde Haltung ab und verweist stattdessen auf die praktische Vernunft. Sie erarbeitet eine geordnete und übersichtliche Anzahl der Prämissen (Topoi), welche für die Lösung der sich stellenden Probleme in Betracht kommen. Ansatz- und Ausgangspunkt ist hier nicht das System, sondern der konkrete Rechtsfall.⁵⁷⁹

5.3.2.3.3 Rückschlüsse

Welche Bedeutung kommt nun dieser Denkweise in vorliegendem Zusammenhang zu? Es findet sich zunächst theoretisch-wissenschaftlich begründet, was an den zitierten Worten v. *Breitensteins* verstört: Die herbeigesehnte „innere Geschlossenheit“ und einer „feste[n] dogmatische[n] Tradition“ folgende „Ordnung“ des Rechts ist mit den Realitäten nicht in Einklang zu bringen. Wie die Darstellung belegt, gilt dies bereits unter den theoretischen „Idealbedingungen“ des klassischen Nationalstaates, welcher seine Rechtsordnung unabhängig von äußeren Einflüssen beherrschen kann und über eine unangefochtene legislative und administrative Monopolstellung verfügt. Eine strenge Geschlossenheit und Systematik des Rechts ist schon hier aufgrund der Natur der zu regelnden Sache nicht erreichbar. Das „System“ der Rechtsordnung kann nicht ausschließlich im Wege selbstreferentieller Ableitungen funktionieren, sondern muss sich wertenden Prinzipien aus der Umwelt öffnen: Mit der Einsicht, dass Rechtsprobleme nicht nach Art einer Rechenaufgabe gelöst werden können, ergibt sich die Notwendigkeit, auf Sätze zurückzugreifen, über die in der betreffenden sozialen Gemeinschaft Verständigung besteht, m.a.W.: auf allgemeine Rechtsprinzipien. Die Geltung dieser allgemeinen Rechtsprinzipien gehört damit zum *Wesen* der Rechtsordnung – und stellt es nicht etwa in Frage, wie in der Diskussion um den Systemcharakter der *lex mercatoria* angesichts der Allgemeinheit vieler ihrer Leitprinzipien verschiedentlich anklingt.

Es zeigt sich also, dass auch in der Diskussion um den Systemcharakter zu kurz gegriffen wird: anstatt die grundsätzliche Frage nach der *Möglichkeit* eines geschlossenen Systems zu stellen, wird dieses schlicht als im staatlichen Recht verkörpert vorausgesetzt und die *lex mercatoria* sodann einer Prüfung unterzogen, welcher, bei näherem Hinsehen, das Referenzobjekt selbst nicht hätte standhalten können.

⁵⁷⁸ Vgl. Horn, a.a.O., S. 603.

⁵⁷⁹ Vgl. Horn, a.a.O., S. 604.

Über diesen spezifischen Zusammenhang hinausgehend weist die Topiklehre eine Perspektive angesichts der aktuellen Globalisierungsentwicklung: Wenn sich schon im „idealen“ „monopolistischen“ Nationalstaat der geschlossene Systemcharakter des Rechts als Utopie erweist, kann die Erosion staatlicher Souveränität mit einhergehendem Anwachsen der Interdependenzen und Diversifizierung sozialer Realitäten nur eine Verstärkung dieser Tendenz mit sich bringen.

Wie moderne rechtliche Phänomene wie das der *lex mercatoria* angesichts dieser Entwicklungen zu bewerten sind, soll nun im Folgenden geklärt werden. Ziel ist dabei zunächst, Klarheit über die rechtstheoretischen Ausgangspunkte zu gewinnen, um die oben dargestellte Konfusion zu vermeiden und ein dogmatisch möglichst eindeutiges Bild zu entwerfen.

6 Eigener Standpunkt zur *lex mercatoria*

6.1 Klärung der rechtstheoretischen Prämissen

6.1.1 Geltungsbegriffe

Im Folgenden sollen kurz die gängigen Geltungsbegriffe vorgestellt werden, ohne dabei den - diese Arbeit sprengenden - Anspruch einer tiefgreifenden Analyse zu erheben. Es lassen sich grundsätzlich drei Geltungsbegriffe des Rechts unterscheiden: der ethische, der juristische und der soziologische.⁵⁸⁰

6.1.1.1 Ethischer Geltungsbegriff

Der ethische Geltungsbegriff führt die Norm auf die Moral – auf ethische bzw. religiöse Wertvorstellungen – zurück. Dieser Begriff liegt den Theorien des Natur- und des Vernunftrechts zugrunde.⁵⁸¹ Während im Mittelalter *Thomas von Aquin* (1225 – 1274) das Recht unmittelbar mit der christlichen Offenbarung verknüpfte, setzte sich im Anschluss an die Glaubensspaltung allmählich das mit dem Namen *Hugo Grotius* (1583 – 1645) verbundene Vernunftrecht mathematisch-naturwissenschaftlicher Prägung durch, waren doch allgemeingültige Aussagen zu religiösen Inhalten unmöglich geworden.⁵⁸²

Beiden Strömungen ist gemein, dass sie gewisse feststehende Größen zugrunde legen und diesen sodann inhaltliche Vorgaben für das Recht entnehmen. So ging man im Mittelalter von einem Dreistufenaufbau des Rechts aus, in dem über allem die unabänderliche göttliche „*lex aeterna*“ schwebte, welche – so die Vorstellung - vom Menschen in Form der „*lex naturalis*“ erkannt und in Gestalt der „*lex humana*“ umgesetzt wurde.⁵⁸³ Das Vernunftrecht hingegen hat sich vom „Göttlichen“ gelöst und fragt stattdessen nach der „Natur“ des Menschen – danach, wie der Mensch tatsächlich sei – und schlussfolgert hieraus logisch die „natürlichen“ Rechte und Pflichten des Menschen.⁵⁸⁴

Geltung kommt Recht nach beiden Auffassung unabhängig von sozialer Wirksamkeit oder ordnungsgemäßem Setzungsverfahren zu, entscheidend ist allein die Kongruenz mit dem Maßstab der Religion bzw. der Vernunft. Einer Norm gilt dann, wenn sie die entsprechenden

⁵⁸⁰ Vgl. zur Terminologie: Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 139 ff. Andere, parallele, Bezeichnungen sind z.B.: „philosophisch fundierter Geltungsbegriff“ (entspricht dem „ethischen Geltungsbegriff“ in der hier verwandten Terminologie); „rechtsnormativer Geltungsbegriff“ bzw. „Geltungsbegriff der Analytischen Wissenschaftstheorie“ (entspricht dem „juristischen“); „soziologisch-faktischer Geltungsbegriff“; vgl. Wagner, Normenbegründungen, S. 8 ff.

⁵⁸¹ Vgl. einführend zum Naturrecht: Ellscheid, Das Naturrechtsproblem, S. 179 ff.

⁵⁸² Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 249.

⁵⁸³ Vgl. Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, S. 49 f.

⁵⁸⁴ Vgl. Kaufmann, a.a.O., S. 58.

inhaltlichen Kriterien erfüllt, wenn sie vor dem Hintergrund des jeweiligen Gedankensystems „richtig“ ist.⁵⁸⁵

6.1.1.2 Juristischer Geltungsbegriff

Nach dem juristischen Begriff gilt eine Norm dann, wenn sie ordnungsgemäß gesetzt, d.h. von dem dafür zuständigen Organ in der vorgesehenen Weise verabschiedet wurde und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.⁵⁸⁶ Die Geltungsbegründung bricht bei der Kompetenz des Normsetzers ab; die Kompetenz des Verfassungs- bzw. Gesetzgebers ist ihrerseits nicht nach der Logik des Systems rückverfolgbar.⁵⁸⁷

Instrument zur Lösung dieses Dilemmas ist die „Grundnorm“, welche besonders ausgefeilt von *Hans Kelsen* entwickelt wurde.⁵⁸⁸ Grundnorm ist die Norm, auf welche die Geltung aller Normen eines Rechtssystems – mit Ausnahme der Grundnorm selbst – zurückzuführen ist. Zur Grundnorm gelangt man, indem man mittels der Frage „warum?“ die Kette der Ableitungen nachvollzieht.

Im Gegensatz zu Vertretern des Naturrechts konzipiert *Kelsen* ein rechtliches System, welches völlig unabhängig von inhaltlichen Aspekten funktioniert. Eine rechtliche Norm gelte nicht deshalb, weil sie einen bestimmten Inhalt habe, d.h., ihr Inhalt logisch von einer vorausgesetzten Grundnorm ableitbar sei, sondern vielmehr, weil sie auf eine bestimmte Weise zustande gekommen sei – auf eine in der vorausgesetzten Grundnorm vorgeschriebene Weise. *Alleine* deswegen gehöre die Norm zur entsprechenden Rechtsordnung, weswegen *jeglicher* Inhalt die Form von Recht annehmen könne.⁵⁸⁹

Die Grundnorm erfüllt im Rechtssystem nach der hier vertretenen Konzeption drei unterschiedliche Aufgaben: zum einen bewirkt sie eine „Kategorientransformation“, d.h. sie ermöglicht den Übergang vom „Sein“ zum „Sollen.“⁵⁹⁰ Weiter bestimmt die Grundnorm die Tatsachen, welchen rechterzeugende Wirkung beigemessen wird, sie legt also die relevanten Kriterien fest. Zum dritten schließlich sorgt die Grundnorm für ein einheitliches System, denn sie ist „letztinstanzlicher“ und gemeinsamer Geltungsgrund *aller* zum System gehörenden Normen.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Vgl. Alexy, a.a.O., S. 141 f; Wagner, a.a.O., S. 10.

⁵⁸⁶ Vgl. Alexy, a.a.O., S. 143.

⁵⁸⁷ Vgl. H. Wagner, a.a.O., S. 8.

⁵⁸⁸ In Form der „analytischen“ Grundnorm. Zur normativen Grundnorm Kants und zur empirischen Harts vgl. Alexy, a.a.O., S. 186 ff., S. 194 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. Kelsen, Pure Theory of Law, S. 198 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵⁹⁰ Vgl. zur Problematik Sein/Sollen in diesem Zusammenhang ausführlich Alexy, a.a.O., S. 156 ff.

⁵⁹¹ Vgl. zu den drei Funktionen Alexy, a.a.O., S. 170 ff.

6.1.1.3 Soziologischer Geltungsbegriff

Eine Norm gilt „sozial“, wenn sie befolgt oder aber ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.⁵⁹² Funktion der Rechtsnorm ist nach dieser Auffassung, Kontinuität und Stabilität in der gelebten Sozialordnung herzustellen⁵⁹³: als Bestandteil der Rechtsordnung übt die Norm soziale Kontrolle aus und weiß ihre Relevanz durch äußere Missbilligung bzw. Zwang gewährleistet.⁵⁹⁴

In Grenzfällen stellt sich die Frage, welche Normen „lediglich“ soziale sind und welchen in Abgrenzung dazu das Attribut „rechtlich“ zukommt. Die angesprochene Funktion, Kontinuität herzustellen und zu wahren, erfüllen sowohl soziale als auch rechtliche Normen. Unterschiede werden hingegen darin gesehen, dass rechtliche Normen innerhalb des Herrschaftsbereichs des staatlichen Souveräns allgemeine Geltung beanspruchen, während soziale Normen nur segmentär gelten. Als weitere Abweichung wird das Maß angeführt, zu dem die zwangsweise Durchsetzung der Normen formalisiert ist. Zwar gingen soziale Normen durchaus mit Zwang einher, jedoch existierten – anders als für Rechtsnormen – kein professionalisierter Stab zur Durchsetzung, keine ausdrückliche, öffentliche und kontrollierbare Definition normrelevanten Verhaltens, keine angekündigte Sanktion bei Normabweichung sowie, schließlich, kein ausgestaltetes Kontrollverfahren. Kurz: es fehle die formalisierte Sanktionierung und die formalisierte soziale Kontrolle.⁵⁹⁵

6.1.2 Stellungnahme zu den Geltungsbegriffen

Eine allgemeine Antwort auf die allgemeine Frage „Was ist Recht?“, anhand deren sich die *lex mercatoria* beurteilen ließe, ist nicht zu finden. Das beweisen die vielen Jahrhunderte wenn zwar fruchtbarer, so doch – mit Blick auf eindeutige, endgültige Antworten – letztlich ergebnisloser Diskussion.⁵⁹⁶ Es ist zwar nicht etwa so, dass es an Ansichten mit Anspruch letzter Gültigkeit mangelte, welche auch durchaus, innerhalb der ihnen je eigenen Logik, überzeugend sind. Betrachtet man jedoch die Gesamtheit der Diskussionsbeiträge mit einem gewissen Abstand, so stellt man fest, dass es so viele „endgültige“ Antworten wie Ausgangspunkte der Betrachtung gibt. Diese Ausgangspunkte aber sind letztlich eine Glaubens- und Überzeugungsfrage und damit in den meisten Fällen rational-wissenschaftlicher Diskussion nicht zuführbar.

⁵⁹² Vgl. Alexy, a.a.O., S. 139.

⁵⁹³ Vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 72 f.

⁵⁹⁴ Vgl. Büllsbach, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft, S. 440, 446.

⁵⁹⁵ Vgl. Büllsbach, a.a.O.

⁵⁹⁶ Vgl. zur Relativität der Aussagen über den Rechtsbegriff die sehr treffende Darstellung von Mertens, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht, *RabelsZ* 1992, S. 219, 231 ff.

Es ist dementsprechend nicht Anspruch dieser Abhandlung, einen weiteren grundlegenden Beitrag zur Rechts- bzw. Geltungsdiskussion zu liefern. Vielmehr sollen die Konsequenzen aus der Einsicht gezogen werden, dass eindeutige Aussagen mit Verbindlichkeitsanspruch in der Rechtstheorie nur eingeschränkt möglich sind⁵⁹⁷ und der Versuch unternommen werden, die Diskussion weitgehend von dogmatischem „Ballast“, von den angesprochenen nicht begründbaren Ausgangsüberzeugungen, zu befreien.⁵⁹⁸

Anstatt sich also einem der oben dargestellten Theorienlager grundsätzlich anzuschließen, um die Debatte sodann von hier aus zu führen, soll die Problematik ausschließlich zweckgebunden behandelt werden. Es soll mit anderen Worten *von vornherein* der Frage nachgegangen werden, welchen *Zwecken* die Antwort auf die Frage nach der Rechtsqualität im hier vorliegenden Zusammenhang dienen soll, um sodann vor diesem Hintergrund die Theorielager zu betrachten. Der Ansatz beim Zweck erscheint als einzig gangbares Mittel, weitestgehend Objektivität – anstelle von Glaubensbekenntnissen – zur Grundlage der Diskussion zu machen und ist gleichzeitig Eingeständnis der Relativität aller Aussagen, die später im Rahmen der Abhandlung zur Rechtsqualität getroffen werden. Untersuchungen mit anderem Erkenntnisinteresse werden zu anderen Ergebnissen kommen. Das schmälert jedoch den Wert keiner der Aussagen. Hier kommt es darauf an, sich der Komplexität der Problematik zu stellen und nicht die Illusion zu erzeugen, die eine, alles erklärende, Antwort liefern zu können.

Eine Antwort nun auf die Frage nach dem Zweck, welchem die rechtstheoretische Diskussion hier dienen soll, lässt sich zunächst nicht ohne Blick auf den Kontext liefern, innerhalb welchen sie sich bewegt. Was also ist kennzeichnend für den Kontext „*lex mercatoria*“? Hervorstechendstes Charakteristikum dürfte der Umstand sein, dass wir es mit einem spontanen, in seinen Anfängen alleine durch die Praxis getragenen und ausgeformten Recht zu tun haben. Die *lex mercatoria* ist eine Reaktion auf bestimmte *faktische* Bedürfnisse und erfüllt damit einen unmittelbaren praktischen Zweck. Wissenschaftliche Betrachtungen spielen demgegenüber eine eher nachvollziehende und untergeordnete Rolle. Ist also die *lex mercatoria* ein Instrument der Praxis, so soll auch die rechtstheoretische Diskussion mit Rücksicht hierauf geführt werden. Die zugrundeliegende Frage soll hier demnach lauten: welche theoretische Rechtsdefinition ist die fruchtbarste Grundlage für eine Auseinandersetzung mit dem *Praxisphänomen lex mercatoria*, welche Definition vermag die Spezifika der *lex mercatoria* am besten zu berücksichtigen?

⁵⁹⁷ Vgl. hierzu plastisch Mertens, a.a.O., S. 219, 232.

⁵⁹⁸ Ohne dabei, dies sei betont, deren grundsätzlichen Wert in Frage stellen zu wollen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, innerhalb welchen Kontextes sich wiederum die Entwicklung der *lex mercatoria* bewegt. Gemeint sind hiermit allgemeine rechtspolitische Phänomene, allen voran die bereits angesprochene Globalisierung, welche nicht ohne Einfluss auf die grundsätzlichen Betrachtungen bleiben können.

Zusammenfassend ausgedrückt kommt es im Folgenden darauf an, die adäquateste rechtstheoretische Grundposition, von der aus die Debatte geführt werden soll, zu identifizieren. Die Adäquanz richtet sich nach dem *Zweck* der Debatte, welcher wiederum von der Natur der *lex mercatoria* selbst sowie deren allgemeinen sozialen Rahmen determiniert ist.

6.1.2.1 *Ethischer Geltungsbegriff*

Ohne sich hier anzumaßen, die verschiedenen Natur- und Vernunftrechtstheorien, vor allem in ihren modernen Ausprägungen⁵⁹⁹, zu kennen und beurteilen zu können, erscheint der ethische Geltungsbegriff für die Zwecke dieser Darstellung wenig geeignet.

Was die *naturrechtliche* Variante angeht, so ergibt sich dies, vom Standpunkt einer westlichen und laizistischen Gesellschaft aus, schon angesichts der Relativität von Religion und des verlorengegangenen Glaubens an unumstößliche göttliche Wahrheiten. Die Theorien des *Vernunftrechts* sind zwar aufgrund ihrer Rationalität in der Lage, auf moderne Entwicklungen Rücksicht zu nehmen, jedoch stellt sich hier bei näherem Hinsehen ein ähnliches Problem: Ansichten zur Natur des Menschen oder zu dem, was für eine Gesellschaft das „common good“⁶⁰⁰ ausmacht, sind letztlich nichts anderes als Glaubensbekenntnisse und können damit zwar apodiktisch in den Raum gestellt, jedoch kaum rational bewertet werden. Dies vor allem vor dem Hintergrund der von Kulturkreis zu Kulturkreis stark abweichenden Wertvorstellungen; ein Problem, welches vor allem unter Bedingungen der Globalisierung deutlich zu Tage tritt.

Zu diesen allgemeinen Erwägungen tritt eine weitere hinzu, die an die oben gesteckten Ziele anknüpft: Es geht hier darum, eine zweckdienliche rechtstheoretische Basis für das wirtschaftlich-praktische Feld der *lex mercatoria*, das Feld des internationalen Handels,⁶⁰¹ zu erarbeiten. Wenn auch Werte hier selbstverständlich eine Rolle spielen (und vielleicht in noch viel größerem Umfang spielen sollten), lässt sich aus allgemeinen Aussagen zu Natur des

⁵⁹⁹ Interessante moderne naturrechtliche Theorie bieten z.B. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, vgl. v.a. S. 59 ff. mit einer Liste und Verteidigung bestimmter grundlegender Werte; Fuller, *The Morality of Law*, v.a. S. 33 ff., 152 ff.

⁶⁰⁰ Vgl. Finnis, a.a.O., S. 154 ff.

⁶⁰¹ Wobei nicht übersehen werden soll, dass Rechtsprobleme im internationalen Handel längst nicht durchgängig unter Zugrundlegung der *lex mercatoria* gelöst werden, sondern die Parteien häufig schlicht die Geltung eines nationalen Rechts vereinbaren.

Menschen und der Gesellschaft doch wenig Aufschlussreiches gerade für das hochspezifische soziale Segment des internationalen Wirtschaftsverkehrs gewinnen.

Der ethische Geltungsbegriff scheidet damit für die Zwecke dieser Abhandlung aus. Mehr Aufmerksamkeit verdienen hier hingegen der juristische und der soziologische Geltungsbegriff – welche bei näherem Hinsehen die Argumentationslinien zwischen notwendig staatlichem Recht auf der einen und der Möglichkeit von Recht nicht-staatlichen Ursprungs auf der anderen Seite repräsentieren.

6.1.2.2 *Juristischer Geltungsbegriff*

Der juristische Geltungsbegriff liegt dem Rechtsverständnis der modernen Nationalstaaten zugrunde⁶⁰²: Es gelten die positiv gesetzten Normen, welche aufgrund von und in Einklang mit der legitimierenden Grundnorm – meist der geschriebenen Verfassung – verabschiedet wurden. Diese Normen bilden sodann ein einheitliches, geschlossenes System.

Die Argumente, welche sich gegen den juristischen Geltungsbegriff in vorliegendem Zusammenhang anführen lassen, sind teilweise schon angeklungen. Im Folgenden sollen sie systematisch dargestellt werden.

6.1.2.2.1 Gegenargumente

6.1.2.2.1.1 **Grundsätzlich**

Die Vorstellung von der Rechtsordnung als einem auf eine bestimmte Anzahl feststehender Axiome (und letztlich die Grundnorm) zurückzuführenden System wurde bereits vor dem Hintergrund der Topik-Lehre in Frage gestellt. Diese Lehre, um es ins Gedächtnis zu rufen, wehrt sich gegen den Gedanken der logischen Ableitbarkeit auf einem Gebiet, in dem mit Wertungsbezogenheit erhöhte Relativität und Komplexität einhergehen und bloße Deduktionen damit illusorisch sind. Kritisiert wird zudem die Tatsache, dass zwar alle – sekundären - Ableitungen, nicht jedoch die das gesamte System *stützenden* – primären - Axiome (bzw. die Grundnorm) nachvollziehbar und begründbar sind.

Wie bereits angedeutet, gewinnen diese Kritikpunkte angesichts jüngerer rechtspolitischer Entwicklungen um so größeres Gewicht. Dies soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden, wobei mit der Kritik am juristischen Geltungsbegriff sogleich Alternativmodelle aufgezeigt werden, welche sodann zum soziologischen Geltungsbegriff überleiten.

⁶⁰² Vgl. Kelsen, der die *vollkommene* Identität von Staat und Recht vertritt; Pure Theory of Law, S. 318 f.

6.1.2.2.1.2 Konkret: Auseinanderbrechen von sozialer und juristischer Globalisierung

Die Vorstellung, dass alles auf die Grundnorm bzw. die Verfassung rückführbar sei, ist intellektuell unbefriedigend. Wenn doch alles derselben Logik folgt, so will man meinen, dann auch die Grundnorm, weswegen man nur nochmals „warum“ fragen sollte – um dann jedoch festzustellen, dass die Kette ins Unendliche reichen würde. Was den Ursprung des Rechts anbelangt, arbeitet die juristische Geltungstheorie also mit einem Paradox.⁶⁰³

Nach den Worten *Gunther Teubners* hat die verfassungsrechtliche Konstruktion des demokratischen Souveräns als der Spitze der Rechts-Hierarchie es lange Zeit ermöglicht, dieses Paradox zu externalisieren und der Politik zu übergeben, wo es durch Demokratie „gelöst“ werde.⁶⁰⁴ Dieses „Externalisierungsmanöver“, so *Teubner*, werde angesichts der Erosion staatlicher Souveränität im Zuge der Globalisierung nun allerdings offensichtlich.

Solange die gesellschaftspolitische Realität noch der juristischen Konstruktion des staatlich-territorialen Rechtsetzungsmonopols entsprochen habe, sei es elegant möglich gewesen, schlicht alle Formen des Rechts der einen staatlichen Quelle zuzuordnen. Mit dem Auftreten der Kluft zwischen hochgradig globalisierter Wirtschaft (mit entsprechendem Regelungsbedarf) auf der einen Seite und nur schwach globalisiertem politischen Reaktionsinstrumentarium auf der anderen Seite sei jedoch die Verschleierung offen hervorgetreten: wie sonst solle es möglich sein, dass auch in Bereichen, in denen der Staat völlig machtlos sei, funktionierende Regelungsmechanismen in Kraft seien – wie bspw. im Falle der *lex mercatoria*? Mit anderen Worten: es müsse ein Recht auch außerhalb des Staates geben; ein Recht, welches nicht heteronom gesetzt, sondern vielmehr autonom begründet sei.⁶⁰⁵

Ob diese Gedanken *Teubners* Zustimmung verdienen, untersucht der folgende Abschnitt, indem zunächst die gesellschafts- und rechtspolitischen Bedingungen der Entstehung des Nationalstaates nochmals kurz in Erinnerung gerufen und sodann die entsprechenden Bedingungen angesichts der jüngsten Globalisierungstendenzen dargestellt werden.

6.1.2.2.1.2.1 Historische Bedingungen: Entstehung des Nationalstaates

Wie unter 1.1.5. bereits angesprochen, bestanden vor Entstehung der Nationalstaaten, in welche sich die einzelnen Bevölkerungsgruppen territorial aufteilten, vornehmlich persönliche Herrschaftsbeziehungen mit verschiedenen Autoritäten. Hierdurch entstanden multiple, sich

⁶⁰³ Vgl. allgemein zum Umgang mit Paradoxie im Recht: Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, Columbia Law Review 1985, S. 1263, v.a. 1269 ff., 1279 f.

⁶⁰⁴ Vgl. *Teubner*, *The King's Many Bodies*, Law & Society Review 1997, S. 763, 765.

⁶⁰⁵ Vgl. *Teubner*, a.a.O., S. 763, 767, 769.

teils überlappende, Unterwerfungsverhältnisse, die keine klaren und einheitlichen territorialen Grenzen erkennen ließen.

Die Entstehung des modernen europäischen Staates wird auf das 14./15. Jahrhundert datiert, wo zum einen zunehmender Reichtum mit größeren und komplexeren Wirtschaftssystemen einherging, welche ihrerseits nach stärkerer Kontrolle und strafferer Verwaltung verlangten. Zum anderen erlaubten es der schwindende Einfluss der Kirche und die Entwicklung moderner Militärtechnologien den Herrschern, exklusivere Kontrolle über geographische Territorien auszuüben. Schließlich brachte der als Religionskonflikt ausgebrochene Dreißigjährige Krieg im Jahre 1648 den Westfälischen Frieden hervor, in welchem sich die einzelnen Länder versprachen, die territorialen Grenzen des jeweils anderen zu wahren und sich gegenseitig nicht in innere Angelegenheiten einzumischen. Hierdurch wurden die territoriale Macht individueller souveräner Staaten kodifiziert und die Vorrechte von Papst und Kaiser stark eingeschränkt.⁶⁰⁶

Während das Recht nun ursprünglich identisch gewesen war mit Religion, Moral und Sitte, differenzierte es sich mehr und mehr aus und geriet dabei immer stärker unter den Einfluss der Politik. Das Recht war ein weiteres Instrument zur effektiven Zentralisierung und Sicherung territorialer Macht, weswegen die werdende Staatsgewalt im Zuge ihres Wachstums Recht und Justiz vollständig unterwarf.⁶⁰⁷

Wie dieser Überblick nochmals verdeutlicht, ist Recht nicht zwangsläufig eine staatliche Erscheinung – es existierte vor Staatsentstehung und bei näherem Hinsehen auch unabhängig vom Staat⁶⁰⁸. So verfügte bspw. die katholische Kirche von vornherein – und mit großem Einfluss auf das weltliche Recht – über ihr eigenes Rechtssystem. Aufgrund seiner Machtfülle mag es dem Staat gelungen sein, diese Tatsache zu verdecken, nicht aber, sie aus der Welt zu schaffen. So ist es kein Zufall, dass gewichtige Stimmen schon zu Hochzeiten des partikularen Nationalstaats der katholischen Kirche und anderen sozialen Gebilden ihr eigenes, unabhängiges Recht zubilligten.⁶⁰⁹ Vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen tritt das „Eigenleben“ des Rechts noch deutlicher zutage. Den näheren Umständen dieses Phänomens ist der nächste Abschnitt gewidmet.

⁶⁰⁶ Vgl. Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, *University of Pennsylvania Law Review* 2002, S. 311, 454 ff.

⁶⁰⁷ Vgl. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, S. 281 ff.: vgl. auch Gurvitch, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, S. 175: „Die Tendenz, dem Staat gleichzeitig die politische und die Rechtssouveränität (die Kompetenz aller Kompetenzen) zu verleihen, entsprang nur einer *falschen Sehweise*. Diese Illusion entstand durch die historische Gleichzeitigkeit der Erweiterung der Kompetenzen des Staates, der aus dem Rechtssystem der Gesamtgesellschaften entsprang, die es ihm zugestanden, und der relativen Überlegenheit des politischen Rechts, die jedoch nichts Definitives hatten.“

⁶⁰⁸ Vgl. hierzu auch Zweigert/Puttfarcken, *Zum Nationalismus der Rechtsvergleichung – Ein Essay*, S. 593 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. Romano, *L'ordinamento giuridico*, S. 115 ff.

6.1.2.2.1.2.2 Heutige Bedingungen: Einfluss der Globalisierung

6.1.2.2.1.2.2.1 Gesellschaftliche Entwicklung

Wie bereits angesprochen, driften die Entwicklung des Rechts auf der einen und die der Gesellschaft auf der anderen Seite auseinander. Während das soziale System faktisch zu einer einheitlichen, nahezu alle Beziehungen zwischen Menschen betreffenden Weltgesellschaft zusammenwächst, bleibt das klassische positive Recht weitgehend innerhalb territorialer Jurisdiktionsgrenzen verhaftet – das rechtliche System verliert damit gleichsam den „Anschluss“ an das gesellschaftliche.⁶¹⁰

Verantwortlich für die rasante gesellschaftliche Verschmelzung sind allen voran die universellen und ubiquitären Kommunikationsmöglichkeiten, welche sich in den letzten Jahren mit Erstarren des Internets nochmals potenziert haben. Vor diesem Hintergrund verbindet wirtschaftlicher Verkehr alle Kontinente, gehören weltweite Vergleichsmöglichkeiten zur wirtschaftlichen Kalkulation und übertragen die einhergehenden Interdependenzen Störungen und Krisen. Wissenschaft und Technik sind weltumspannend geworden und kein Staat kann es sich mehr leisten, Verschiebungen in den Machtverhältnissen selbst der kleineren Mächte irgendwo auf dem Erdball zu ignorieren.⁶¹¹

Die tieferen Ursachen für diese territoriale Grenzen sprengende Entwicklung liegen im Übergang zur funktionalen Differenzierung des Gesellschaftssystems. Dieser hat sich in einer Abfolge über segmentäre (tribale) und stratifikatorische Differenzierung über die Geschichte der Zivilisation hinweg vollzogen: Während ursprünglich eine gesellschaftliche Einteilung in Stämme vorherrschte, bildeten sich mit der Zeit komplexere Gesellschaftsformen heraus, in der die Zugehörigkeit zu den verschiedenen Schichten ausschlaggebend war, bevor es schließlich zur funktionalen Differenzierung kam.

Der Übergang zur funktionalen Differenzierung nun scheint durch Überwindung der primären Relevanz der Ressource Landbesitz möglich geworden zu sein: Bis zum Mittelalter waren Politik und Wirtschaft gleichermaßen auf Landbesitz angewiesen gewesen und sahen mit dem Besitz mehrere wichtige Vorteile verknüpft, wie z.B. die Dauerhaftigkeit des Bestandes, die Selbsterneuerung von Einkünften und Einkommensüberschüssen sowie die Grundlage für eine generationenübergreifende Familienkontinuität. Angesichts dieser rein von territorialen Größen bestimmten Verhältnisse spielten sich Politik und Wirtschaft automatisch im selben Rahmen ab. Dies änderte sich durch Einführung und rasantes Erstarren der Geldwirtschaft,

⁶¹⁰ Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 333; vgl. auch Berger, *The New Law Merchant and the Global Market Place*, S. 21.

⁶¹¹ Vgl. Luhmann, a.a.O., S. 334.

welche die Interessen von Land auf Geld umstellte und in der Folge Landbesitz als Einkommensquelle und Kreditgrundlage rein ökonomisch bewertete.⁶¹²

Im Zuge des dergestalt territoriale Anbindungen mehr und mehr hinter sich lassenden Wirtschaftsverkehrs löst sich die gesamte Gesellschaft aus den zuvor üblichen geographischen Einteilungen und es kommt in der weiteren Folge zur angesprochen funktionalen Differenzierung: In dem Maße, in welchem sich Funktionsbereiche der Gesellschaft, wie z.B. Religion, Wissenschaft, Politik, Tourismus, zu hoher Eigenständigkeit entfalten, lassen sie die territorialen Grenzen hinter sich und stabilisieren sich als eigenständige *Teilsysteme* innerhalb der Gesellschaft. Es greifen damit weltumspannende funktionale Beziehungen ineinander; die entscheidende Frage ist nicht mehr, welchem Territorium man angehört, sondern welchem Teilsystem der (Welt-) Gesellschaft man zuzurechnen ist.⁶¹³

Folge dieser gesellschaftlichen Ausdifferenzierungsprozesse ist ein erhöhtes Maß an Komplexität in allen Bereichen. Nachdem nicht mehr untereinander relativ leicht koordinierbare separate territoriale Teilordnungen bestehen, sondern sich vielmehr vielgestaltige und überlappende Beziehungen über die Landesgrenzen hinweg ergeben, stellen sich Probleme von neuer Qualität: Das Phänomen übergreifender (und teilweise ineinander greifender) Funktionsbereiche bringt heterogene Regelungsbedürfnisse mit sich und ist von erhöhter wissenschaftlicher Unsicherheit gekennzeichnet (z.B. angesichts regionaler technologischer Entwicklungen mit potentiell globalem Effekt, Evaluierung auf Basis unvollständigen Wissens etc.).⁶¹⁴

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass die Gesellschaft sich in funktionale Teilbereiche ausdifferenziert, die mehr und mehr an Eigenleben gewinnen und ihre spezifischen, hochkomplexen Regelungsbedürfnisse mit sich bringen. Dies führt zu der Feststellung, dass sich Regelungsbedarf und Reaktionsinstrumentarium nicht mehr decken: während der Bedarf ohne Rücksicht auf territoriale Grenzen bereichsspezifisch hervortritt, steht zur Lösung vorrangig die politische Organisationsform des territorialen Nationalstaates bereit. Aufgabe des nächsten Abschnittes wird sein zu untersuchen, auf welche Weise dem neuartigen Regelungsbedarf adäquater begegnet werden kann.

⁶¹² Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 447 ff.

⁶¹³ Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 334 f.; Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 131; vgl. zur Entstehung funktionaler Kooperationsbereiche in der EU: Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 29 f.

⁶¹⁴ Vgl. Ladeur, Towards a Legal Theory of Supranationality, European Law Journal 1997, S. 33, 34.

6.1.2.2.1.2.2.2 *Rechtliche Implikationen: „legal pluralism“*

Als rechtliche Antwort auf die beschriebene Ausdifferenzierung der Gesellschaft bietet sich die Denkform des „rechtlichen Pluralismus“ („legal pluralism“) an. Diese Auffassung vermag der Erosion der zentralen Bedeutung des staatlichen Verbundes bei gleichzeitigem Erstarken der Relevanz funktional ausdifferenzierter gesellschaftlicher Teilbereiche Rechnung zu tragen. Dies soll zunächst ausgeführt werden, bevor die Frage zu beleuchten ist, wie die jeweiligen Rechte in den Teilsystemen konstruktiv zu denken sind.

Rechtlicher Pluralismus lässt sich definieren als das Vorhandensein von mehr als einer Rechtsordnung innerhalb einer gegebenen Gesellschaft. Die Konzeption steht im Gegensatz zu der des „rechtlichen Zentralismus“ („legal centralism“), welche gängigen positivistischen Rechtstheorien mit ihrem Fokus auf staatlich gesetztes Recht zugrunde liegt.⁶¹⁵

Anhänger des rechtlichen Pluralismus gehen davon aus, dass das Monopol staatlichen Rechts unpassend und verschleiern ist und weisen darauf hin, dass Konzeptionen von dem, was das Recht *ist*, im Laufe der Geschichte stets ideologische Vorstellungen von dem, was das Recht *sein soll*, widergespiegelt haben.⁶¹⁶

Rechtlicher Pluralismus anerkennt die rechtliche Relevanz jedes hinreichend organisierten Teilsegments der Gesellschaft⁶¹⁷ und fasst in diesem Zusammenhang den Staat als lediglich *eine* Form des Zusammenschlusses unter vielen auf.⁶¹⁸ Dem Staat kommt hiernach weder eine spezielle Position im Vergleich zu anderen Organisationsformen zu, noch verdient sein Recht eine spezifische Behandlung. Die Gesellschaft wird nicht als das vermeintlich homogene Ganze, welches der rechtliche Zentralismus suggeriert, aufgefasst, sondern vielmehr als chaotisches Durcheinander konkurrierender, überlappender, ständig in Änderung begriffener Gruppen, welche mehr oder weniger einschließend auftreten, vollkommen unterschiedliche Mitgliedschaftsprinzipien sowie soziale Funktionen aufweisen und sich in einer Vielfalt von strukturellen Beziehungen untereinander sowie dem Staat entgegentreten.⁶¹⁹

Es sei angemerkt, dass diese Bestandsaufnahme stark an die Verhältnisse erinnert, welche als vor Entstehung der modernen Staaten in Europa vorherrschend beschrieben wurden: Menschen sind in eine Vielzahl teils überlappender Unterwerfungsverhältnisse zu verschiedenen Autoritäten eingebunden. Mit Entstehung des Staates mag das

⁶¹⁵ Vgl. Griffiths, What is Legal Pluralism?, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 1986, S. 1.

⁶¹⁶ Vgl. Griffiths, a.a.O., S. 3.

⁶¹⁷ Vgl. Chevallier, L'ordre juridique, S. 45: „[...] chaque groupe social est amené, dès l'instant où il s'institutionnalise, à utiliser le *vecteur juridique* pour maintenir sa cohésion, affirmer son identité et assurer sa survie [...]. A partir du moment où l'institution atteint une certaine envergure, la rigueur, la cohérence et la complétude de ce dispositif s'accroissent, par un travail de systématisation et de formalisation: on est alors en présence d'*îlots de droit*, qui ont tous le caractère de véritables *ordres juridiques* [...].“

⁶¹⁸ Vgl. Berger, The New Law Merchant and the Global Marketplace, S. 18.

⁶¹⁹ Vgl. Griffiths, a.a.O. S. 27.

Unterwerfungsmonopol auf diesen übergegangen sein; die Einbindung in verschiedene Zugehörigkeitsverhältnisse allerdings besteht in Form von gesellschaftlichen Gruppen weiter. Warum diesen Gruppen, anders als dem Staat, keine rechtliche Relevanz zukommen soll, ist nicht einzusehen:

Denn innerhalb dieser Gruppen, so beweisen die Anhänger der Konzeption des rechtlichen Pluralismus, funktioniert das Rechtsbewusstsein nach anderen Prinzipien als im staatlichen Rahmen, weswegen das häufig angeführte Argument der Sanktionslosigkeit⁶²⁰, zurückgeführt auf das staatliche Gewaltmonopol, keine Schlagkraft hat: Die Mitglieder der einzelnen Gruppen sind auch angesichts des Fehlens von formalisierten Zwangsmitteln zu regelkonformem Verhalten bereit, weil sie von dem Platz, welcher ihnen innerhalb der Gruppe zukommt, in vielfältigen Hinsichten abhängen.⁶²¹ Im Vergleich zu dem Druck, welcher vom internen Reaktionspotential der einzelnen Gruppen ausgehen kann, wird der Sanktionsdruck des Staates oft als vergleichsweise mittelbar empfunden. So ist es bspw. für die Mitglieder bestimmter Gewerbezüge wichtig, sich den Gepflogenheiten der entsprechenden Kreise anzupassen, um nicht ihre Existenzgrundlage zu verlieren. Mögliche Sanktionen des Staates nehmen sich demgegenüber zweitrangig aus.⁶²²

Die Anhänger des rechtlichen Pluralismus gehen also davon aus, dass die einzelnen innerhalb der Gesellschaft bestehenden und hinreichend unterscheidbaren Gruppen mit nicht-staatlichen, teilweise nicht schriftlich niedergelegten, Regeln dieselbe Motivationslage herzustellen vermögen wie der Staat mittels der von ihm erlassenen positiven Normen.

6.1.2.2.2 Ergebnis

Die hier aufgeführten Kritikpunkte haben gezeigt, dass das juristische Modell nicht nur auf ein fundamentales Paradox gründet, sondern auch seiner Koordinierungsaufgabe nicht mehr gerecht werden kann: Wie dargelegt, ist unter den heutigen Bedingungen der staatliche Regelungsmechanismus des juristischen Geltungsbegriffs immer weniger adäquat, wodurch die Relevanz gruppeninterner Regelungen zunimmt.

Wie nun der „Rechtssetzungsprozess“ innerhalb der einzelnen Gruppen bzw. Teilsysteme vonstatten geht, soll unter Anknüpfung an das oben bezüglich der gesellschaftlichen Verhältnisse Beschriebene und unter Aufgreifen des soziologischen Geltungsbegriffs im folgenden Abschnitt dargestellt werden. Das vorzustellende Modell der autonomen Rechtsentstehung wird den Hintergrund für die Vorstellung vom globalen Privatrechtsverkehr

⁶²⁰ Vgl. die im Rahmen der *lex mercatoria* geführte Diskussion.

⁶²¹ Vgl. Griffiths, a.a.O.

⁶²² Vgl. Griffiths, a.a.O., S. 31.

als über den Machtbereich der Staaten hinweg und unabhängig von deren Einfluss entstehendem System bilden.

6.1.2.3 *Soziologischer Geltungsbegriff – Entstehung des Rechts innerhalb der Teilsysteme*

Nachdem hier, unter Berücksichtigung des verfolgten Zwecks, der ethische sowie der juristische Geltungsbegriff abgelehnt wurden, verbleibt der soziologische Geltungsbegriff. Dieser sich auf die objektiv beobachtbaren Elemente der „Befolgung“ und „Sanktionierung“ konzentrierende Ansatz erscheint dem hier gesteckten Ziel, eine nüchterne Antwort auf eine praktische Fragestellung zu liefern, am ehesten gerecht werden zu können.

Am vielversprechendsten erscheint ein Fokus auf die - im weitesten Sinne - systemtheoretische Spielart des soziologischen Geltungsbegriffs, denn sie vermag dem Milieu der Globalisierung und Diversifizierung, innerhalb welchen die *lex mercatoria* sich bewegt, in rechtlicher Hinsicht am adäquatesten Rechnung zu tragen. Ohne eine erschöpfende und abstrakte Diskussion des vielschichtigen soziologischen Begriffs in all seinen Facetten liefern zu können, soll also direkt die angesprochenen Untergruppe beleuchtet werden.

6.1.2.3.1 Systemtheorie

Als systemtheoretisch sollen hier all die Ansätze verstanden werden, die von einer autonomen Entstehung des Rechts ausgehen, d.h. von dessen selbstreferentieller, rekursiver Entstehung – im Gegensatz zur heteronomen Setzung. Diese Unterscheidung ist insofern von Relevanz, als sich abzeichnet, dass angesichts der beschriebenen Verhältnisse eine klar abgegrenzte heteronome Gesetzgebung *durch* den monolithischen souveränen Gesetzgeber *für* die monolithische Gesellschaft als Ganzes nicht mehr möglich ist. Das Gegenmodell autonomer Rechtsentwicklung soll im Folgenden beleuchtet werden.

Wie bereits ausgeführt, ist die jüngere gesellschaftliche Entwicklung durch ein Anwachsen der Komplexität aufgrund globaler funktionaler Differenzierung – und damit Herausbilden neuer relevanter Sektoren mit entsprechendem Interaktionspotential – gekennzeichnet. Vorbei sind die Zeiten, in denen es ausreichte, die naturrechtlichen Gesetze und die Monarchen des göttlichen Rechts durch Verfassungsgesetze und die nationale Souveränität zu ersetzen. Allmählich setzt sich die Erkenntnis durch, dass nicht die eine relativ einfache Idee schlicht durch eine ähnliche, modernere, abgelöst werden kann, denn Kennzeichen der heutigen Realität ist nicht mehr die lineare Abfolge, sondern die Koexistenz verschiedener, teils

antagonistischer, interagierender Ideen und Prinzipien.⁶²³ Vor diesem Hintergrund muss das Recht entsprechend neu gedacht werden.

6.1.2.3.1.1 *Natur des Rechts*

Das Recht büßt angesichts der rasanten Entwicklung seine klassische Struktur ein - die rein normative Komponente verliert an Bedeutung, während die Relevanz instrumentaler und operationaler Faktoren steigt. Zwang macht der „nicht-autoritären Verhaltensregelung“ Platz; das Recht wird mit kaum zu bewältigender sozialer Vielschichtigkeit, „Hyperkomplexität“, zum bloßen Steuerungsinstrument sozialer Beziehungen, welches vor allem auf Effektivität bedacht ist und Vorstellungen von Kohärenz als illusorisch hinter sich lässt.⁶²⁴

6.1.2.3.1.2 *Natur des Rechtssystems*

Vor diesem Hintergrund wandelt sich auch die Vorstellung vom Rechtssystem: einfache, lineare Beziehungen (Ableitung, Kausalität) werden durch rekursive Austauschverhältnisse ersetzt – an die Stelle des Prinzips externer Befehle (vgl. die des souveränen Gesetzgebers) tritt die Vorstellung eines autoregulierten Systems, welches seine Autonomie und Beständigkeit aufgrund der Herrschaft über sein eigenes Programm zu garantieren vermag. Das System ist hierbei nicht eine Ansammlung gegebener Elemente, sondern ein Netz von Prozessen, die Eigenschaften hervorbringen, welche die Einzelbestandteile isoliert betrachtet nicht besitzen.⁶²⁵

In dieser Optik stellt der Staat nicht mehr die kollektive Personifizierung einer zentralen Hierarchie dar, sondern funktioniert als loses Netzwerk privater und öffentlicher Akteure, in dem staatliche Stellen, politische Parteien, Wissenschaftler und eigenständige soziale Organisationen in einem lockeren kooperativen Verbund ineinander greifen.⁶²⁶ Die Systemtheorie befasst sich nicht mit einem System rechtlicher Attribute auf Staatsseite und deren Anwendung auf die rechtlichen Subjekte, sondern stattdessen mit der Matrix von Beziehungen *zwischen* einer Serie von Subjekten als Netzwerk, innerhalb welchen sich ein immer neue Elemente einspeisender Kreislauf entwickelt. Durch Kooperation werden hierbei Lösungen zu komplexen Problemen gefunden und spätere Probleme im Lichte des neu gewonnenen Wissens behandelt.⁶²⁷ In der Terminologie der Systemtheorie wird dieses

⁶²³ Vgl. Kerchove/Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, S. 8.

⁶²⁴ Vgl. Chevallier, *L'ordre juridique*, S. 7, 36 f.; vgl. auch Zumbansen, *Lex Mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *RabelsZ* 2003, S. 637, 677 f.

⁶²⁵ Vgl. Kerchove/Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, S. 10.

⁶²⁶ Vgl. Teubner, *The "State" of Private Networks*, *Brigham University Law Review* 1993, S. 553, 569 f.

⁶²⁷ Vgl. Ladeur, *A Legal Theory of Supranationality*, S. 33, 46.

Verwerten von durch das System selbst generierten Informationen als „Rückkoppelung“ bezeichnet.⁶²⁸ Die Rückkoppelung ist von zentraler Bedeutung für die hier beschriebenen selbstreferentiellen Systeme: Systeme, welche als Einheit all das hervorbringen, was sie selbst als Einheit benutzen.⁶²⁹

Mithilfe dieses Modells ist es möglich, dem staatlichen Recht nicht mehr das Monopol, sondern nur *einen* Bereich von mehreren zuzuweisen.⁶³⁰ Die Hierarchie des Staates gegenüber dem Individuum wird irreversibel durch eine Heterarchie verschiedener Sphären der Gesellschaft ersetzt.⁶³¹ Politische Rechtserzeugung genießt damit keine Sonderrolle mehr gegenüber anderen Formen sozialer Rechtserzeugung innerhalb der einzelnen funktional differenzierten Sektoren.⁶³² Als Beleg mögen z.B. ethnische und religiöse Minderheitenrechte, Regeln zur Standardisierung, das interne Recht multinationaler Konzerne oder das globale Sportrecht dienen.⁶³³

6.1.2.3.2 Bedeutung für die *lex mercatoria*

Die Funktionsweise des so eingeführten systemtheoretischen Geltungsbegriffs soll nun vertieft und anhand der *lex mercatoria* exemplifiziert werden.

6.1.2.3.2.1 *Das Gründungsparadox*

Wie oben dargestellt, leidet der juristische Geltungsbegriff unter dem Paradox der alles im System begründenden, ihrerseits aber aus der Logik des Systems nicht begründbaren Fundamentalnorm. Wie aber soll die Systemtheorie dem „Gründungsparadox“ entgehen? Schließlich muss auch ihre Konstruktion einen Anfangspunkt haben, der das fürderhin autoreferentielle System in Gang bringt, ohne es selbst vorauszusetzen.

Die in dem von Systemtheoretikern mit dem Begriff „Autopoiesis“ gelieferte Antwort ist einfach und kompliziert zugleich. Einfach, weil sie dazu auffordert, dem Paradox nicht zu entgehen zu suchen, sondern es sich auf produktive Weise zunutze zu machen.⁶³⁴ Kompliziert, weil diese Form des Denkens unseren gängigen Schemata diametral entgegenläuft.

⁶²⁸ Vgl. Eckhoff/Sundby, Rechtssysteme, S. 197, 209 ff.

⁶²⁹ Vgl. Luhmann, The Unity of the Legal System, S. 12, 13 f.

⁶³⁰ Zu betonen ist allerdings, dass der Staat, trotz Globalisierung und Zunahme privater Regulierungsmechanismen, eine bedeutende Rolle bewahrt; vgl. hierzu: Zumbansen, Lex Mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, *RabelsZ* 2003, S. 637, 647 f.

⁶³¹ Vgl. Teubner, The „State“ of Private Networks, a.a.O., S. 553, 556.

⁶³² Vgl. Teubner, Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors, S. xiii, xiv.

⁶³³ Vgl. Teubner, „Global Bukowina“, S. 3, 4.

⁶³⁴ Vgl. Teubner, How the Law Thinks, *Law and Society Review* 1989, S. 727, 734.

Die Systemtheorie betrachtet das Recht als System kommunikativer Prozesse⁶³⁵, welches nicht durch ein *Prinzip* (z.B. Gerechtigkeit), sondern durch eine *Unterscheidung* identifiziert wird – durch die Unterscheidung nämlich zwischen System und Umwelt.⁶³⁶ „Umwelt“ des „Systems“ ist in diesem Zusammenhang die Gesellschaft. Das Besondere ist nun, dass das Rechtssystem nicht durch von außen applizierte Operationen unterschieden wird, sondern *sich selbst* unterscheidet: Recht ist ein autopoietisches (sich selbst unterscheidendes) System, denn es produziert all die Unterscheidungen und Bezeichnungen, die es verwendet, selbst; und die Einheit des Rechts ist nichts anderes als das Faktum der Selbstproduktion, der „Autopoiesis“.⁶³⁷ Der „Unterscheidungs-Code“ lautet dabei „Recht/Unrecht“ – das Rechtssystem wird demnach als soziale Kommunikation verstanden, die eine Zuordnung der Werte „Recht“ und „Unrecht“ behauptet und als solche auf frühere entsprechende Kommunikationen anschließt und diese aufgreift.⁶³⁸ Dabei bestehen durchaus Wechselwirkungen zwischen System und Umwelt⁶³⁹, jedoch existiert, wie dargelegt, keine *äußere* – gesellschaftliche - Instanz, die bestimmen könnte, was Recht und was Unrecht ist.⁶⁴⁰ Daraus folgt: das rekursiv seine eigenen Elemente aus dem Netzwerk dieser selben Elemente produzierende Rechtssystem ist gerade auf die paradoxe Selbstreferentialität *gegründet*, welche die juristische Geltungstheorie durch Externalisierung des Gründungsmoments zu vermeiden sucht.⁶⁴¹ In gewisser Weise lässt sich sagen: in der Systemtheorie wird die Funktion der in der juristischen Theorie zentralen Grundnorm durch Offenlegen und Anerkennen des Paradoxes übernommen.

6.1.2.3.2.2 Überwindung des Gründungsparadoxes – Schritt eins

Die offene Konfrontation des Paradoxes alleine hilft jedoch nicht: wie dargestellt, reproduziert das System seine eigenen relevanten Kommunikationen durch Anschluss an frühere Kommunikationen selbst. Es muss also etwas vorhanden sein, auf das zurückgegriffen werden kann, um den Kreislauf des Systems aufrecht zu erhalten. Womit aber fängt dieser Kreislauf an? Die schlichte Antwort ist: Der Kreislauf beginnt mit einer Fiktion – die Produkte der Unterscheidung nehmen aufeinander Bezug und tun dabei so, als sei dies schon immer der Fall gewesen.⁶⁴²

⁶³⁵ Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 41.

⁶³⁶ Vgl. Luhmann, a.a.O., S. 26.

⁶³⁷ Vgl. Luhmann, a.a.O., S. 30.

⁶³⁸ Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 67.

⁶³⁹ Vgl. Luhmann, a.a.O., S. 42 ff. zur Bedeutung „offener“ und „operativ geschlossener“ Systeme.

⁶⁴⁰ Vgl. Luhmann, a.a.O., S. 69.

⁶⁴¹ Vgl. Teubner, How the Law Thinks, a.a.O., S. 727, 734.

⁶⁴² Vgl. Luhmann, a.a.O., S. 71.

Im Falle der *lex mercatoria* dient als Ausgangsbasis die Fülle der vorhandenen Handelspraxis. Die Umwandlung in rechtlich relevantes Material geht nun folgendermaßen vonstatten: Konfrontiert mit einer Schiedsgerichtssituation, tun die betroffenen Juristen so, als seien die durch Bräuche entstandenen rein sozialen Erwartungen Recht, auf welches der juristische Entscheidungsprozess als Präzedenzfälle zurückgreifen kann.⁶⁴³ Es muss genug nicht-juristisches „Bedeutungsmaterial“ vorhanden sein, welches als juristisch „missverstanden“ werden kann.⁶⁴⁴ Auf diese Weise gibt es, historisch gesehen, keinen Anfang des Rechts, sondern lediglich Situationen, in denen es hinreichend plausibel war, anzunehmen, dass auch früher bereits nach Rechtsnormen verfahren worden sei.⁶⁴⁵

6.1.2.3.2.3 Überwindung des Gründungsparadoxes – Schritt zwei

Wir haben gesehen, dass jedes Rechtssystem sich dem fundamentalen Gründungsparadox stellen muss. Im Falle der *lex mercatoria* kommt ein weiterer Komplikationsfaktor hinzu: zugrunde liegt nämlich die vertragliche Einigung zwischen den Parteien, in welcher nicht nur das materielle Recht festgelegt, sondern auch der Konfliktlösungsmechanismus – das schiedsgerichtliche Verfahren – bestimmt wird. Was aber passiert, wenn unter den Parteien Zweifel bezüglich der Gültigkeit des Vertrages auftauchen? Wie kann ein ungültiger Vertrag dennoch insofern Rechtswirkung entfalten, als der in ihm festgelegte Konfliktlösungsmechanismus greift?⁶⁴⁶ Wie kann es sein, dass die in Frage stehenden globalen Verträge ihre *nicht*-vertraglichen Fundamente selbst erschaffen? Mit anderen Worten: wie vermag die *lex mercatoria* das Paradox eines sich selbst regulierenden Vertrages, eines „*contrat sans loi*“ aufzulösen?⁶⁴⁷

Im wesentlichen drei Elemente sind hier zu nennen: Hierarchie, Zeit und Externalisierung.

Zunächst einmal etablieren die Verträge selbst eine interne Normenhierarchie: Sie enthalten nicht nur „*primary rules*“ im *Hart'schen* Sinne, also verhaltenssteuernde Regeln, sondern auch „*secondary rules*“ – Regeln, die der Identifikation und Interpretation von Primärregeln dienen sowie die Streitbeilegungsprozeduren regeln.⁶⁴⁸ Das Paradox der Selbst-Validierung

⁶⁴³ Vgl. Teubner, *The King's Many Bodies*, *Law and Society Review* 1997, S. 763, 776.

⁶⁴⁴ Vgl. Teubner, *Breaking Frames*, *The American Journal of Comparative Law* 1997, S. 149, 163. Vgl. auch die deutliche Formulierung a.a.O.: „[...] there must be sediments of social communication that can be used by the false memory syndrome of the law. Under the demanding influence of conflicts that press for resolution, the law searches for precedents and falsifies the sediments. No doubt that these sediments exist. But the law gives them meaning as “legal” precedents.”

⁶⁴⁵ Vgl. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 57.

⁶⁴⁶ Die Ungültigkeit des Hauptvertrages führt nicht zum Wegfall der Schiedsabrede, vgl. z.B. Art. 21 UNCITRAL Arbitration Rules; Art. 6.4 ICC Arbitration Rules; Art. 15.2 AAA Arbitration Rules; vgl. auch Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Rn. 5-30 f.

⁶⁴⁷ Vgl. Teubner, *Breaking Frames*, a.a.O., S. 149, 163.

⁶⁴⁸ Vgl. zu „*primary*“ und „*secondary rules*“ Hart, *The Concept of Law*, S. 79 ff.

besteht zwar auf diese Weise fort, wird aber durch die Aufteilung in hierarchische Ebenen entzerrt: Die Ebenen der Regeln und Metaregeln existieren unabhängig voneinander, obwohl beide desselben vertraglichen Ursprungs sind. Die Hierarchie ist zwar ineinander verwoben, dies hält jedoch die höhere Ebene nicht davon ab, die niedrigere zu regeln.⁶⁴⁹

Zum zweiten machen die Verträge sich das Kontinuum der Zeit insofern zunutze, als sie sich auf die Vergangenheit wie die Zukunft beziehen: aufbauend auf vorbestehende Standards und Normen reicht der Vertrag in die Zukunft, indem er die Lösung künftiger Konflikte regelt. Dadurch wird das Zirkuläre vertraglicher Selbst-Validierung aufgebrochen und ein iterativer Prozess ermöglicht, in welchem, wie oben beschrieben, das Netzwerk der Elemente die Elemente des Systems selbst hervorbringt.⁶⁵⁰

Der wichtigste Mechanismus aber ist der der Externalisierung. Die Verträge lösen die fatale Selbst-Validierung auf, indem sie die Entscheidung bezüglich Gültigkeitsbedingungen und zukünftigen Konflikten einer (obwohl vertraglich begründeten!) externen Instanz, nämlich dem Schiedsgericht, an die Hand geben. Besonders offensichtlich tritt diese Externalisierung hervor, wenn der Vertrag nicht ein in ihm selbst konstituiertes, sondern von feststehenden Institutionen wie dem *International Chamber of Commerce* in Paris oder dem *London Court of International Arbitration* ernanntes Schiedsgericht zur Entscheidung beruft.⁶⁵¹ Diese Vorgehensweise entzerrt nicht nur das Paradox, sondern ermöglicht auch die für moderne Rechtsordnungen fundamentale Interaktion zwischen einer „offiziellen“ und einer „nicht-offiziellen“ Rechtsordnung. Die so entstehende Differenzierung zwischen organisiertem und spontanem Recht stellt das funktionale Äquivalent zu „staatlichem Recht“ und „Verträgen“ im nationalen Kontext dar.⁶⁵²

Zusammenfassend lässt sich sagen: Private Schiedsgerichtsbarkeit und private Gesetzgebung werden zum Kern eines Entscheidungssystems, welches nach und nach eine Hierarchie von Normen und Entscheidungsträgern aufbaut. Dies ermöglicht die autoreferentielle Funktionsweise der *lex mercatoria*.⁶⁵³

6.2 Zusammenfassende Betrachtung: Stellt die *lex mercatoria* eine unabhängige Rechtsordnung dar?

Kann also die *lex mercatoria* nach alledem als eigenständige Rechtsordnung betrachtet werden? Wie aufgezeigt, hängt die Antwort auf diese Frage von den Standpunkten der

⁶⁴⁹ Vgl. Teubner, *Breaking Frames*, a.a.O., S. 149, 164.

⁶⁵⁰ Vgl. Teubner, a.a.O.

⁶⁵¹ Vgl. Teubner, a.a.O.

⁶⁵² Vgl. Teubner, a.a.O., S. 149, 165.

⁶⁵³ Vgl. Teubner, a.a.O.

jeweiligen Geltungstheorien ab. Nach der juristischen Theorie fehlt die ordnungsgemäße, auf eine Grundnorm zurückgehende Gesetztheit; eine den ethischen Lehren entsprechende Wesensmäßigkeit lässt sich nicht ausmachen. Beide Theorien wurden für den hier verfolgten Zweck abgelehnt – der ethische Geltungsbegriff aufgrund der Relativität religiöser bzw. ontologischer Aussagen, der juristische vor dem Hintergrund des Aufbrechens vermeintlich einheitlicher staatlicher Rechtssysteme, in Folge dessen zum einen das Paradox der Grundnorm nicht mehr ausreichend begründbar erscheint und sich zum anderen die Ausdifferenzierung der (globalen) Gesellschaft in eine *Vielzahl* rechtlich relevanter Subsysteme zeigt.

Der soziologische Geltungsbegriff erschien am geeignetsten, der praktisch-pragmatisch ausgelegten *lex mercatoria* – einer Antwort auf faktische Bedürfnisse – ein entsprechendes dogmatisches Fundament liefern zu können: wie dargestellt, stehen im Vordergrund der Systemtheorie nicht dogmatische Grundsatzüberlegungen, sondern schlichte *Beobachtungen* realer Abläufe, aus welchen sodann theoretische Schlüsse ohne im Vorhinein festgelegte ideologische Färbung gezogen werden.

Was nun vor diesem Hintergrund die Frage des Rechtscharakters der *lex mercatoria* angeht, so lässt die Systemtheorie nach den obigen Ausführungen eine positive Antwort zu:

Dies zunächst entgegen den unter 6.1.1.3. wiedergegebenen Ansichten zum Unterschied zwischen rein sozialen und rechtlichen Normen: Wie dargestellt, zeichnen sich hiernach *rechtliche* Normen durch übergreifende Geltung, lediglich *soziale* hingegen durch segmentäre Wirksamkeit aus. Im übrigen fehle den rein sozialen Normen die formalisierte Sanktionierung und die formalisierte soziale Kontrolle. Nach den hier angestellten Untersuchungen zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft und dem juristischen Begleitphänomen des rechtlichen Pluralismus zeigt sich, dass die Abqualifizierung aller segmentär geltenden Normen als zwangsläufig rein sozialer Natur nicht haltbar ist. Dies bestätigt sich, selbst in der Logik der wiedergegebenen Ansicht, anhand des zweiten Arguments: Wie aufgezeigt, verfügt nämlich nicht nur der Staat über einen ausreichend formalisierten Sanktions- und Kontrollapparat. Die internationale Handelsgemeinschaft hat ein ausreichendes Instrumentarium⁶⁵⁴ bzw. – vor allem in Form der Schiedsgerichte – entsprechende Institutionen an der Hand, um sowohl Sanktion als auch Kontrolle zu gewährleisten.

⁶⁵⁴ Einen sehr interessanten Ansatz bietet Schmidtchen, Territorialität des Rechts, *RebelsZ* 1995, S. 56 ff., welcher aus ökonomischer Sicht die Rolle (staatlichen) Vertragsrechts darin sieht, den unlauteren Teil mit Kosten zu belegen und damit die im „Gefangen-Dilemma“ exemplifizierten Anreize zu vertragsbrüchigem Verhalten auszugleichen, vgl. a.a.O., S. 92. In der internationalen Handelswelt funktionieren die staatlichen Instrumente jedoch nur unzulänglich (vgl. a.a.O., S. 93), weswegen privatautonome Mechanismen zur

Wie gezeigt, liefert der soziologische Geltungsbegriff in seiner systemtheoretischen Ausprägung sodann eine schlüssige Erklärung für autonome „insuläre“ Rechtsordnungen, welche sich – wie dies für die *lex mercatoria* in Frage stand - unabhängig von (staatlicher) heteronomer Setzung spontan in den jeweiligen regelungsbedürftigen Funktionsbereichen herausbilden.

Anzumerken bleibt, dass die *lex mercatoria* nicht nur durch die systemtheoretische Linse als vollwertige Rechtsordnung erscheint. Wie oben (5.2.1.1) dargelegt, werden als Grundelemente von Rechtssystemen im allgemeinen die drei Faktoren Regeln, Autorität und Sanktionen genannt. Die hier angestellten Ausführungen haben gezeigt, dass die *lex mercatoria* all diese Elemente in sich vereint: Es hat sich über die Jahre ein differenzierter Korpus von *Regeln* herausgebildet, *Autoritäten* existieren in Form der institutionalisierten Handelsorganisationen sowie der Regelwerke vorschlagenden Institutionen wie *UNCITRAL*⁶⁵⁵, und *Sanktionen* sprechen schließlich die Schiedsgerichte aus, oder aber sie werden in Form von Garantien in den Vertragmechanismus selbst integriert. Damit können die unter 5.3. aufgeworfenen Fragen für die *lex mercatoria* positiv beantwortet werden: Es hat sich gezeigt, dass, zunächst einmal, nicht-staatliches Recht *möglich* ist. Die Gesellschaft der international Handel Treibenden ist angesichts des aufgeführten institutionellen Rahmens sodann hinreichend *organisiert* und das zur Verfügung stehende Regelwerk zudem in ausreichendem Maße *fundierte*.

Bei alledem ist natürlich zu beachten, dass die Rechtsordnung der *lex mercatoria* nur einen spezifischen Teilbereich abdeckt und nur einem sehr spezifischen Zweckspektrum gerecht werden kann. Mit dem universellen Anspruch staatlichen Rechts kann sie nicht Schritt halten. Dies allerdings liegt in der Natur der Sache, hat sich doch gezeigt, dass die funktionale Ausdifferenzierung der Gesellschaft eigenständige *Teilsysteme* mit einhergehend spezifischem *Teilregelungsbedarf* mit sich bringt. Wie bereits angemerkt, haben sich mit zunehmender Komplexität der Gesellschaft auch die Rollen des Rechts diversifiziert. Es erscheint vor diesem Hintergrund nicht nur nicht widersprüchlich, sondern geradezu zwangsläufig, dass Recht in den verschiedenen Teilbereichen verschiedene Rollen erfüllt bzw. einzelne Aspekte einmal mehr, einmal weniger im Vordergrund stehen.⁶⁵⁶ Im Bereich

Manipulation von Kooperationsanreizen – und damit Überwindung des „internationalen Tauschdilemmas“ – geschaffen werden, vgl. a.a.O., S. 94 ff.

⁶⁵⁵ United Nations Commission on International Trade Law ; vgl. www.uncitral.org; zur Frage der Rechtsqualität der auch hier nennbaren UNIDROIT Principles, vgl. Bonell, The UNIDROIT Principles and Transnational Law, S. 23 ff.

⁶⁵⁶ Vgl. Kerchove/Ost, Le système juridique entre ordre et désordre, S. 162, 165.

der *lex mercatoria* dürfte das Recht stärker als Steuerungsinstrument denn als Zwangsmittel dienen; im Vordergrund steht also nicht die repressive, sondern die koordinierende Funktion.

7 Rückschlüsse auf das IPR

Nachdem im vorausgehenden Kapitel dargelegt wurde, dass die *lex mercatoria* eine vollwertige, eigenständige Rechtsordnung darstellt, ist nun der Frage nachzugehen, inwiefern die erarbeiteten Ergebnisse Rückschlüsse auf den „traditionellen“ internationalen Privatrechtsverkehr zulassen.

7.1 Übertragbarkeit der Ergebnisse zur *lex mercatoria* auf das „traditionelle“ IPR

7.1.1 Übertragbarkeit der Sache nach

7.1.1.1 Unterschiedlichkeit der logistischen Bedürfnisse

Die Tatsache, dass allein die internationale Handelsgemeinschaft über eine eigene Rechtsordnung außerhalb des traditionellen IPR verfügt, ist, so möchte ich behaupten, weniger Ausdruck der dogmatischen Unterschiedlichkeit beider Zweige, denn vielmehr pragmatische Reaktion auf die Unzulänglichkeiten des schwerfälligen IPR-Mechanismus angesichts der Bedürfnisse im globalen Handel.⁶⁵⁷

Während es im „Normalfall“ bereits belastend sein kann, z.B. lange Verfahrensdauern in Kauf zu nehmen, sich ggf. in die Rechtsordnung des Gegners hineinzudenken und die relevanten Rechtsordnungen auf Vollstreckbarkeitshindernisse zu untersuchen, ist im mit knappen Fristen und auf enormem Transaktionsniveau operierenden internationalen Handel das Bedürfnis nach Schnelligkeit, Sicherheit und Effizienz ungleich stärker ausgeprägt. Je mehr der internationale Handel an Umfang und Komplexität gewinnt, desto deutlicher tritt die spezifische Bedürfnissituation zutage.

Hat sich also ein Rechtszweig herausgebildet, welcher sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht über eigene Regelungen verfügt, so ist dies Folge der beschriebenen Situation. Internationale Abkommen zur Vollstreckbarkeit sichern die Effizienz der Schiedssprüche, die Verfahrensordnungen der großen Schiedsgerichtsorganisationen tragen den Besonderheiten des internationalen Handels Rechnung, und schließlich besteht sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht die Möglichkeit, das anwendbare Recht eigens auf den zu regelnden Fall abzustimmen.⁶⁵⁸

Kurz: der internationale Handel hat sich aufgrund der besonderen äußeren Umstände die Möglichkeit geschaffen, aus dem traditionellen IPR auszuscheren. Es bleibt zu untersuchen,

⁶⁵⁷ Vgl. zu den Problemen, welche Gerichtsverfahren in diesem Zusammenhang vor nationalen Gerichten aufwerfen: Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, S. 17 ff., 36 f.

⁶⁵⁸ Vgl. z. B. die United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (unter www.uncitral.org) sowie beispielhaft die Verfahrensordnungen des ICC oder LCIA (unter www.iccwbo.org; www.lcia-arbitration.com)

ob trotz der logistischen Unterschiede Parallelen zwischen den beiden Gebieten in struktureller Hinsicht bestehen.

7.1.1.2 Strukturelle Kongruenz

7.1.1.2.1 Identischer Regelungsbedarf

Während der internationale Handel seinen eigenen Rechtszweig herausgebildet hat und sich dem IPR damit „entziehen“ kann, werden traditionelle Materien wie das Familien- und Erbrecht nahezu ausschließlich über das IPR geregelt.⁶⁵⁹ Die äußerliche Unterschiedlichkeit der Gebietsgruppen kann leicht zu dem Schluss verführen, die beiden Zweige hätten so gut wie nichts gemein, zumal, wie gezeigt, wenigstens graduell unterschiedliche Bedürfnislagen herrschen.

Jedoch verdeckt die nach außen tretende Divergenz zwischen den beiden Gruppen die im Kern bestehende strukturelle Gleichheit: Wenn auch das Milieu des internationalen Handels einerseits und Fragen der internationalen Erbfolge, Scheidung etc. andererseits auf den ersten Blick inhaltlich nichts miteinander zu haben scheinen, so fällt bei näherem Hinsehen auf, dass es sich im Grunde auf beiden Gebieten um dasselbe dreht: Privatpersonen (bzw. Zusammenschlüsse solcher in Form von Handelsgesellschaften) sind mit zivilrechtlichen Problemen konfrontiert, deren tatsächlicher Hintergrund Berührungspunkte mit mehr als einer nationalen Rechtsordnung aufweist. Es geht also mit anderen Worten um die Koordinierung des internationalen Privatrechtsverkehrs – in seinen unterschiedlichen Ausprägungen.

Der Unterschied besteht damit nicht im Grundsätzlichen; der im Kern vorliegende Regelungsbedarf ist vielmehr für beide Gebiete identisch. Allerdings weichen die Lösungsinstrumentarien, welche für die Materien jeweils zur Verfügung stehen, stark voneinander ab. Während im klassischen internationalen Privatrecht der Weg normalerweise über die in einem nationalen Recht verankerten Kollisionsregeln zu einem – wiederum – nationalen Recht führt, hat sich für den internationalen Handel, wie gezeigt, inzwischen ein eigenständiges materielles Recht in Form der *lex mercatoria* entwickelt.

7.1.1.2.2 Das Kontinuum der globalen Konfliktlösung

Es ist nun möglich, den Weg über Kollisionsregeln auf der einen und das direkte Anwenden von materiellem Einheitsrecht auf der anderen Seite nicht als voneinander unabhängige

⁶⁵⁹ Was nicht heißen soll, dass dies die ausschließlichen Materien des IPR sind - vgl. z.B. das Deliktsrecht, das Kreditsicherungsrecht, das Sachenrecht oder das Gesellschaftsrecht. Zu Verdeutlichungszwecken sollen jedoch die in ihrem sozialen Gefüge besonders kontrastierenden Gebiete „internationaler Handel“ und „Familie“ gegenüber gestellt werden.

Reaktionen auf die jeweiligen spezifischen Anforderungen der beiden Gebiete zu betrachten, sondern vielmehr als zwei Pole *eines* gedanklichen Kontinuums. An dessen Anfang steht das System isolierter nationaler Rechtsordnungen mit ihren jeweiligen Kollisionsregeln, an dessen Ende ein einheitlich geltendes materielles Recht. Vom Anfangs- zum Endpol führt der Weg über die Zwischenstufe einheitlicher Kollisionsregeln, welche für eine stetig wachsende Anzahl von Sachgebieten gelten können.

Verwendet man diese Schablone als geistigen Hintergrund, so kann man sich die Systeme des klassischen internationalen Privatrechts auf der einen Seite und des internationalen Handelsrechts auf der anderen Seite als dem Wesen nach gleichartige, in der Ausdifferenziertheit jedoch unterschiedliche Instrumentarien zur Koordinierung des globalen Privatrechtsverkehrs vorstellen. Dies wird insbesondere dann plastisch, wenn man zur Betrachtung des klassischen IPR die Perspektive von jeweils *einem* nationalen Rechtssystem aus hinter sich lässt und den Blick auf das *Gesamtbild* des globalen Privatrechtaustausches öffnet. Mit anderen Worten: der Fokus richtet sich aus der „Vogelperspektive“ auf die sich *über* alle Nationengrenzen *gleichermaßen hinwegerstreckenden* Privatrechtsverhältnisse, anstatt *von einem* bestimmten nationalen Rechtssystem *aus* in- und ausländischen (bzw. internationalen) Privatrechtsverkehr zu unterscheiden.

Das Gedankenexperiment besteht also darin, die nationalen Rechtssysteme nur *faktisch* zu berücksichtigen, nämlich um festzustellen, ob ein grenzüberschreitendes Rechtsverhältnis vorliegt. Was die Beurteilung der *rechtlichen* Implikationen dieses Sachverhaltes jedoch angeht, erhebt sich der Blick auf eine übergeordnete Ebene, in welcher das Problem nicht mehr „internationaler“, sondern „globaler“ Privatrechtsverkehr heißt: Nicht mehr je *ein* Nationalstaat registriert isoliert für sich den über die Grenzen *herein-* und *hinaus*gehenden Privatrechtsverkehr, sondern die sich über die Grenzen *hinwegbewegenden* Operationen werden von einer neutralen Warte aus betrachtet.

Vor diesem Hintergrund muss man sich das globale System des „klassischen“ Privatrechtsverkehrs als dem des globalen Handelsverkehrs gegenüberstehend vorstellen. Beiden liegt der im Kern identische Regelungsbedarf zugrunde: Koordination des globalen Privatrechtsverkehrs. Der Grad an Ausdifferenziertheit allerdings ist, wie gezeigt, unterschiedlich. So hat sich im Bereich des globalen Handelsverkehrs bereits ein eigenständiges Rechtssystem mit eigenem materiellem Recht entwickelt, während im sonstigen globalen Privatrechtsverkehr weiterhin die nationalen Rechtssysteme als regelnde Akteure auftreten.

Ziel der hier erarbeiteten Gegenüberstellung, um es nochmals zu betonen, ist es herauszustellen, dass die Unterschiede in der Ausdifferenzierung nicht Ausdruck von Wesensverschiedenheit, sondern vielmehr Ausdruck unterschiedlicher Bedürfnislagen und, nicht zu vernachlässigen, unterschiedlicher Handlungsmöglichkeiten sind. So wäre sicher auch der einen grenzüberschreitenden Rechtsstreit führenden Familie an Effizienz, Schnelligkeit, Sicherheit gelegen, jedoch weiß sie sich nicht in einen mächtigen Verbund Gleichgesinnter integriert, welcher – wie für den Bereich des internationalen Handels ausgeführt – über hinreichende finanzielle Mittel, Organisiertheit und Institutionalisierung verfügt, um seinen Bedürfnissen mittels eines eigens hervorgebrachten Rechtssystems zu begegnen. Am grundsätzlich strukturell gleichen Koordinierungsbedarf in beiden System ändern diese Äußerlichkeiten jedoch nichts.

Abschließend lässt sich demnach zusammenfassen: Der klassische globale Privatrechtsverkehr und der globale Handelsverkehr sind Systeme gleicher struktureller Ordnung, jedoch unterschiedlichen Entwicklungsgrades. Aufgrund der mangelnden Ausdifferenziertheit des „globalen Privatrechtssystems“ sind die Ergebnisse zur *lex mercatoria* nicht ohne weiteres zu übertragen. Inwiefern sie dennoch fruchtbar gemacht werden können, soll im Folgenden dargelegt werden.

7.1.2 Übertragbarkeit unter rechtstheoretischen Gesichtspunkten

Wie soeben dargestellt, wird hier ein Perspektivenwechsel auf die Problematik des internationalen Privatrechts vorgeschlagen. Anstatt, wie bisher, die zu regelnden Sachverhalte von der Warte je eines nationalen Rechtssystems aus zu beurteilen, ist Ausgangspunkt nunmehr das *globale System des IPR* – mit anderen Worten: der globale Privatrechtsverkehr als eigenständiges Rechtssystem.

7.1.2.1 Mögliche Gegenargumente

Nach gängiger rechtstheoretischer Auffassung, gemäß welcher alleine Staaten Rechtssysteme darstellen, ist eine solche Konzeption nicht haltbar - oder aber zumindest solange nicht denkbar, wie die Staaten sich nicht willentlich zu einem globalen System zusammenschließen. Das tatsächliche Vorliegen globaler, alle Staaten übergreifender, Rechtsbewegungen ist in dieser Sichtweise unerheblich, denn es gilt alleine die Kategorie des staatlichen Rechtssystems.

Ergebnis ist, dass Phänomene, welche sich *faktisch* außerhalb der klassischen Kategorien abspielen, dem klassischen *rechtlichen* Instrumentarium unterworfen werden, entgegen aller

praktischen und theoretischen Schwierigkeiten. Dass das internationale Privatrecht so ganz weder zum Völkerrecht noch zum nationalen Recht passt, wurde bereits aufgezeigt: Weder treten *Staaten* miteinander in rechtlichen Kontakt, noch wickeln *Privatpersonen* ihre Rechtsgeschäfte im ausschließlich *nationalen* Rahmen ab. Für Staaten existiert das Völkerrecht, für im Landesinnern handelnde Privatpersonen das nationale Recht – welches Rechtssystem aber betrifft Privatpersonen, die über die Grenzen hinweg rechtliche Kontakte knüpfen?

Geht man von der Maxime aus, dass Rechtssysteme sachgemäß dort entstehen, wo der entsprechende Regelungsbedarf auftaucht, so müsste der *globale* Privatrechtsverkehr sich in einem *globalen* Privatrechtssystem abspielen. Diese Vorstellung ist jedoch bislang mit Verweis auf die traditionelle strukturelle Koppelung von „Staat“ und „Rechtssystem“ abwegig.

7.1.2.2 *Entgegnung - Globaler Privatrechtsverkehr innerhalb eines globalen Rechtssystems?*

Nach traditioneller Auffassung kann der globale Privatrechtsaustausch also bereits aus grundsätzlichen Erwägungen nicht als Rechtssystem eingestuft werden. Wie aber lässt sich die These eines solchen globalen Rechtssystems mittels der hier entwickelten „modernen“ Rechtsauffassung stützen? Zwei Aspekte sollen hierbei besonders beleuchtet werden: die Bedeutung der funktionalen Ausdifferenzierung sowie die Möglichkeit nicht-staatlicher Rechtssysteme.

7.1.2.2.1 Bedeutung der funktionalen Ausdifferenzierung

Um die soeben gestellte Frage zu beantworten, ist zunächst an den für die hier vertretene Auffassung zentralen Gedanken der funktionalen Ausdifferenzierung der Gesellschaft anzuknüpfen. Wie dargestellt, geht dieser Gedanke auf die Einsicht zurück, dass die traditionellen *territorialen* Grenzen nicht mehr mit den Bereichen identisch sind, in welchen sich das soziale Leben de facto *funktional* abspielt: Aufgrund der immer dichter werdenden bereichsspezifischen Verflechtungen über Landesgrenzen hinweg ist ausschlaggebend nicht mehr die Zugehörigkeit zu einem bestimmten *Territorium*, sondern das Agieren innerhalb eines bestimmten *Funktionsbereichs*. Entsprechend tritt Regelungsbedarf nicht mehr primär spezifisch für ein bestimmtes Territorium, sondern vielmehr für einen bestimmten Bereich auf. Die hier vorgestellte Rechtstheorie begegnet diesem Phänomen, wie dargestellt, indem sie den in den jeweiligen Funktionsbereichen auftretenden und von Bereich zu Bereich

verschiedenen Regelungsbedarf als je einem gesonderten, funktionalen Rechtssystem zugehörig anerkennt. So kommt es zu einer Vielzahl von Rechtssystemen unabhängig vom Staat – unter ihnen das der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit – zum sogenannten „*legal pluralism*“.

7.1.2.2.1.1 Mangelnde Organisiertheit

Untersucht man das klassische internationale Privatrecht vor dem Hintergrund dieser Vorstellung, so scheint es zunächst naheliegend, für jeden funktionalen Bereich – z.B. Familienangelegenheiten, bestimmte Verträge etc. – ein eigenes Rechtssystem anzunehmen – so wie es für den internationalen Handelsbereich mit der *lex mercatoria* der Fall ist. Hier fällt allerdings sofort auf, dass die globalen privatrechtlichen Beziehungen noch nicht ein ausreichendes Maß an Organisiertheit und Kohärenz erreicht haben, um jedem einzelnen Bereich gesondert die Qualität eines Rechtssystems zuzusprechen. Wie dargestellt, macht die Theorie des *legal pluralism* einen gewissen Organisationsgrad des jeweiligen gesellschaftlichen Segments zur Bedingung, um den entsprechenden Bereich als eigenständiges Rechtssystem anzuerkennen. Von einer „Weltgemeinschaft“ beispielsweise der Scheidungswilligen kann unter diesen Gesichtspunkten jedoch offensichtlich nicht die Rede sein.

Ist also der internationale Privatrechtsverkehr nicht ausreichend organisiert und können die anhand der *lex mercatoria* exemplifizierten Lehren des Rechtspluralismus deswegen nicht unmittelbar angewendet werden, so stellt sich die Frage, ob die *zugrundeliegenden* Ideen nicht dennoch richtungsweisend sind.

7.1.2.2.1.2 Übertragbarkeit der die Theorie des legal pluralism tragenden Gedanken

7.1.2.2.1.2.1 Globale Privatrechtskontakte: von der Ausnahmeerscheinung zum Alltagsphänomen

Eine positive Antwort scheint mit Rücksicht auf folgende Überlegung plausibel: Wie bereits dargestellt, spielt sich der globale Privatrechtsverkehr außerhalb der üblichen rechtlichen Schablonen ab. Diese Tatsache hat zwar seit jeher Kopfzerbrechen bereitet – das zweite Kapitel hat einen Eindruck von den dogmatischen Schwierigkeiten im Umgang mit fremdem Recht vermittelt – jedoch konnte man den Themenbereich lange auf die bekannte Weise abhandeln: Rein nationaler Privatrechtsverkehr (und ansonsten rechtliche Kontakte unter Staaten) waren der Normalfall, während grenzüberschreitende Privatrechtskontakte ausreichenden Ausnahmecharakter hatten, um sie rechtlich in eine der bekannten, wenn auch

nicht ganz passenden, Kategorien einzuordnen und dort mit manchem dogmatischem „Klimmzug“ als Abweichung von der Norm zu tolerieren.

Mit rapider Zunahme der internationalen Verflechtungen auf allen Ebenen und immer größerer Mobilität von Privatpersonen – ob virtuell im Internet oder räumlich-tatsächlich – sind grenzüberschreitende Privatrechtskontakte inzwischen jedoch eine alltägliche Selbstverständlichkeit geworden. Es geht nicht mehr an, sie als Abweichung vom normierten Standard der rein nationalen Kontakte zu begreifen: die Parameter haben sich dramatisch verschoben; das Nationale ist längst nicht mehr der ausschlaggebende Standard; globale Privatrechtsbewegungen beanspruchen gleichberechtigte Anerkennung als eigenständiges Phänomen.

7.1.2.2.1.2 Rechtliche Implikationen

Wie dargestellt, beruht die Theorie des rechtlichen Pluralismus nun auf der Idee, dass Rechtssysteme sich dort bilden, wo der entsprechende Regelungsbedarf entstanden ist. Eine Zeit lang mögen bestimmte „Randaspekte“ eines Regelungskomplexes diesem zugeschlagen und, unter Adaption der rechtlichen Instrumentarien, als dessen Ausnahme behandelt werden. Nimmt der Randaspekt jedoch ein nicht mehr leugbares Eigenleben an, so muss sich auch die rechtliche Beurteilung entsprechend ändern. Die hier vertretene These ist nun, dass mit dem enormen Anwachsen der globalen Privatrechtsbeziehungen faktisch ein nicht mehr ignorierbarer eigenständiger Regelungsbedarf entstanden ist, welcher aufgrund seiner Dimensionen nicht mehr länger als „Annex“ mit Ausnahmecharakter zu traditionellen Rechtsphänomenen betrachtet werden darf, sondern nach eigenständiger rechtlicher Würdigung verlangt.

7.1.2.2.2 Möglichkeit nicht-staatlicher Rechtssysteme

Vor dem Hintergrund des *legal pluralism* ist es nun möglich, einem faktisch existierenden Regelungsbedarf auf genau der Ebene Rechnung zu tragen, auf welche er sich bezieht. Es liegt im Wesen des globalen Privatrechtsverkehrs, sich über die Grenzen einzelner staatlicher Rechtssysteme hinwegzubewegen.⁶⁶⁰ Auf dem globalen Spielfeld fehlt nun bislang ein von den Staaten willentlich hervorgebrachter rechtlicher Zusammenschluss – jedoch ist ein solcher nach der hier vertretenen Theorie auch nicht mehr notwendig. Wie im Rahmen des strukturverwandten internationalen Handelssystems aufgezeigt, ist das staatliche

⁶⁶⁰ Wobei dies auf einigen Gebieten – so vor allem dem des Familien- und Erbrechts - vorerst recht zögerlich der Fall ist. Hier gilt es die weitere (Langzeit-) Entwicklung abzuwarten.

Rechtssystem nur eines unter vielen – existiert an anderer Stelle faktischer Regelungsbedarf, entwickelt sich dort ein eigenes, nicht staatliches Rechtssystem. Auf globaler Ebene kann sich so ohne Mitwirkung der Staaten ein eigenes Rechtssystem auf rein faktischer Grundlage entwickeln.

7.2 Paradigmenwechsel als Antizipation der Entwicklung

Zwar hat der globale Privatrechtsverkehr sich, wie festgestellt, bei weitem noch nicht in dem Maße wie der globale Handelsverkehr organisatorisch ausdifferenziert – und diesbezügliche Prognosen sind schwer zu treffen –, jedoch ist unverkennbar, dass angesichts der bekannten, hier unter 4.1.1. eingehend beschriebenen, Globalisierungsentwicklung ein zunächst ungewöhnliches rechtliches Phänomen allmählich zu eigenständiger Relevanz „heranwächst“. Entsprechend möchte ich hier folgende Umgang vorschlagen:

Wie gezeigt, ist es (derzeit) nicht möglich, die anhand der Beschäftigung mit der *lex mercatoria* und dem *legal pluralism* gewonnenen Einsichten direkt auf den globalen Privatrechtsverkehr zu übertragen. Jedoch wurde bereits dargelegt, dass die Unterschiede in der organisatorischen Ausdifferenzierung nicht den Blick auf die grundsätzliche strukturelle Parallele in Form des im Kern identischen Koordinierungsbedarfes verstellen dürfen. Entsprechend möchte ich hier zwar nicht die Behauptung aufstellen, der globale Privatrechtsverkehr stelle bereits ein eigenständiges Rechtssystem dar, jedoch erscheinen mir die tatsächlichen Umstände ausreichend, um wenigstens einen *Perspektivenwechsel* auf das Gebiet des internationalen Privatrechts vorzuschlagen. Wie diese neue Perspektive aussieht, ist oben bereits angeklungen: sie erhebt sich über die Einzelstaaten und formt ein Gesamtbild. Anerkennend, dass auf der einen Seite die traditionellen Kategorien nicht mehr ausreichen, auf der anderen Seite noch kein eigenes globales Privatrechtssystem entstanden ist, soll diese Dilemmasituation aufgelöst werden, indem zwar nicht die Existenz eines neuen Systems postuliert, jedoch ein möglicherweise im Entstehen begriffenes System anerkannt *und dieses dogmatisch mit einem Instrumentarium betrachtet werden soll, welches sich an einem (vorgestellten) voll ausgebildeten globalen System orientiert*. Anders gewendet: Für eine adäquate und progressive Entwicklung des IPR erscheint es sinnvoll, im Werden begriffene Phänomene nicht mehr durch die Schablone der Systematik zu betrachten, die sie hinter sich lassen, sondern durch eine derjenigen Form angepasste, zu welcher sie sich hinentwickeln. Die Betrachtungen zu *lex mercatoria* und *legal pluralism* haben gezeigt, dass bereichsspezifische Rechtssysteme *außerhalb* des Staates und determinierter Territorien dann entstehen, wenn die dargelegten faktischen Voraussetzungen existieren. Es wurde soeben

zeigt, dass der globale Privatrechtsverkehr faktische Ausmaße angenommen hat, welche die Entwicklung einer eigenständigen rechtlichen Kategorie notwendig machen. Mit Hilfe der hier verwendeten Rechtstheorie ist es möglich, eine solche Kategorie zu eröffnen, *obwohl* der globale Privatrechtsverkehr die staatlichen Grenzen überschreitet und sich nicht auf ein einheitliches Territorium festlegen lässt. Vor dem Hintergrund des *legal pluralism* kann sich der globale Privatrechtsverkehr ebenso zu einem eigenständigen Rechtssystem entwickeln, wie dies im Falle des globalen Handelsverkehrs geschehen ist. Ob dies eintritt, ist lediglich eine Frage der Praxis, nicht jedoch der theoretischen Möglichkeit.

Entscheidend ist vorerst die eine entsprechende Entwicklung begünstigende veränderte Perspektive. Wie diese im einzelnen aussehen soll, ist im Folgenden darzustellen.

7.2.1 Perspektive auf ein System des globalen Privatrechtsverkehrs

7.2.1.1 *Nebeneinander von nationaler und globaler Ebene*

Gemäß der Konzeption des *legal pluralism*, welche von einem *Nebeneinander* einer Vielzahl von Rechtsordnungen ausgeht, soll die Relevanz nationalstaatlicher Rechtssysteme mit Einführung der hier vorgeschlagenen Konstruktion nicht in Frage gestellt werden. Es geht vielmehr darum, für jeden Regelungsbedarf den passenden rechtstheoretischen Rahmen zu erarbeiten. Was die rein innerstaatlichen Privatrechtsverhältnisse anbelangt, so ist dies der traditionelle Rahmen der nationalstaatlichen Rechtsordnung: auf dem Territorium des Nationalstaates ergibt sich der Regelungsbedarf, und dort wird ihm mit dem nationalstaatlichen Rechtsinstrumentarium begegnet.⁶⁶¹

Anders sieht es allerdings, wie dargelegt, auf der Ebene des globalen Privatrechtsverkehrs aus. Hier entsteht der Regelungsbedarf gerade über die territorialen Staatsgrenzen hinweg, weswegen *zusätzlich* zum staatlichen Rechtssystem ein überstaatliches, globales Privatrechtssystem vorzustellen ist. Der Privatrechtsverkehr spielt sich damit gedanklich auf zwei Ebenen ab: zum einen im klassischen nationalen Rechtssystem, zum anderen im (entstehenden) globalen Privatrechtssystem. Daseinszweck, gewissermaßen: Motor, des Rechtssystems ist im ersten Fall der *national-territorial* anfallende privatrechtliche Regelungsbedarf, im zweiten derselbe sich auf *globaler* Ebene ergebende Bedarf. Für den Nationalstaat bedeutet dies, dass er in zwei Rollen auftritt: zum einen als abgeschlossenes und

⁶⁶¹ Zur Vereinfachung sollen hier nur die groben Raster „nationale Rechtsordnung“ und „globale Rechtsordnung“ gegenübergestellt werden. Dass gemäß der hier vertretenen Theorie des *legal pluralism* Teilbereiche - sowohl innerhalb des Territoriums als auch grenzübergreifend - eigene Rechtssysteme darstellen können (wie bspw. im Falle des internationalen Handelssystems), bleibt unberührt.

eigenständiges nationales System, zum anderen als *Subsystem* im übergeordneten globalen Privatrechtssystem. Dies soll im folgenden Abschnitt näher erläutert werden.

7.2.1.2 *Die zwei Systemrollen der nationalen Rechtsordnung*

Systeme können, wie oben bereits erwähnt, durch die Unterscheidung zu ihrer Umwelt identifiziert werden. In der Systemtheorie übernimmt dies ein „Code“ wie bspw. – für Rechtssysteme – der zwischen „Recht/Unrecht“⁶⁶² unterscheidende. Diese Einzelheiten sind in dem hier interessierenden Zusammenhang jedoch nicht länger zu beleuchten. Zur Verdeutlichung des hier vorgeschlagenen Modells relevant ist allein die Grundunterscheidung zwischen System auf der einen und Umwelt auf der anderen Seite.

Aus der Sicht des klassischen nationalen Rechtssystems gehört zum System all das, was sich rechtlich im Landesinnern abspielt: Umwelt ist hingegen der gesamte übrige Bereich, also alle übrigen auf der Welt existierenden nationalen Rechtssysteme. Vor diesem Hintergrund ist es selbstverständlich, dass die Anwendung fremden Rechts als etwas Besonderes, weil Systemfremdes, und damit speziellen Regeln folgend - wenn nicht gar zu rechtfertigend - gilt. Die Perspektive der globalen Privatrechtsordnung, die in ähnlicher Form bereits von Savigny antizipiert,⁶⁶³ jedoch nie konsequent umgesetzt wurde, führt zu einer fundamental anderen Konzeption: Ausgangspunkt ist nicht mehr je ein bestimmter Staat, sondern der globale Privatrechtsaustausch aus der Vogelperspektive. In diesem Gesamtsystem sind die Nationalstaaten nicht mehr füreinander jeweils Umwelt, sie gehören vielmehr als gleichgeordnete Bestandteile, als Subsysteme, zu *ein und demselben übergeordneten System*. Mit dieser Sichtweise ändert sich auch der Blick auf die Behandlung „fremden“ Rechts. Dies soll im übernächsten Abschnitt dargestellt werden. Ziel des folgenden Abschnitts ist es zunächst zu klären, inwiefern mein Vorschlag eine Neuerung zu bereits bestehenden surpranationalen Mechanismen in Form von Einheitsrecht darstellt.

7.2.1.3 *Unzulänglichkeit der durch Einheitsrecht begründeten Mechanismen*

Es besteht ein reicher Fundus an Vertragswerken, welche im Rahmen verschiedener Institutionen ausgearbeitet werden.⁶⁶⁴ Wichtige Akteure in diesem Zusammenhang sind die EU, der Europarat und die *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) – um nur einige Beispiele zu nennen.

⁶⁶² Vgl. hierzu Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 67 ff.

⁶⁶³ Vgl. Fn. 341 ff.

⁶⁶⁴ Einen Überblick nach Sachgebieten des deutschen IPR geordnet bietet MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 291.

Man unterscheidet zwischen, auf der einen Seite, „weichem“ Einheitsrecht, welches von Institutionen wie der IHK Paris oder der IATA⁶⁶⁵ verabschiedet wird und auf Beeinflussung des Verhaltens von Staaten und Privatpersonen abzielt. Auch die UNIDROIT-Prinzipien von 1994⁶⁶⁶ sind hier zu nennen.⁶⁶⁷

Auf der anderen Seite existiert das von Staaten gemeinsam und gezielt gesetzte und sodann in deren nationales Recht aufgenommene „eigentliche“ Einheitsrecht, welches sich wiederum einerseits in das Kollisionsrecht und andererseits das materielle Recht betreffende einteilen lässt.⁶⁶⁸

Insbesondere im Zusammenhang mit der Europäischen Gemeinschaft, wo Einheitsrecht sich als ein Element unter vielen in einen bereits bestehenden, relativ weit ausgeformten supranationalen Organisationsverbund einfügt, stellt sich die Frage, ob das hier entworfene „globale System“ nicht bereits (teilweise) verwirklicht ist – oder zumindest kurz davor steht. Auf den ersten Blick scheint hierfür tatsächlich einiges zu sprechen: Im Rahmen der EU haben die Staaten, wie oben kurz angerissen, inzwischen längst beachtliche Teile ihrer Kompetenzen auf die gemeinsamen Institutionen übertragen. Im IPR war das Vertragsrecht bereits 1980 durch das *Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*⁶⁶⁹(EVÜ) vereinheitlicht worden; dies aufgrund von Art. 293 EG als völkerrechtlicher Vertrag. Mit dem durch den Vertrag von Amsterdam herbeigeführten Wechsel des Internationalen Privatrechts aus der dritten (Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres) in die erste Säule der Europäischen Union (Art. 65 EG) besteht nunmehr die Möglichkeit, Kollisionsrecht nicht mehr über den „Umweg“ als Staatsvertrag, sondern als gemeinschaftsrechtliche Verordnung mit direkter Wirkung zu erlassen.⁶⁷⁰ Die Vorbereitungen zur Umwandlung des EVÜ in eine solche Verordnung laufen⁶⁷¹ ebenso wie die zur Vereinheitlichung⁶⁷² auch des außervertraglichen Schuldrechts⁶⁷².

⁶⁶⁵ Vgl. Bamberger/Lorenz, EGBGB Zweites Kapitel, Rn. 12.

⁶⁶⁶ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; abgedruckt in: IPRax 1997, 205-224; zu der Frage, ob die UNIDROIT Principles als „transnational law“ gelten können, vgl. Bonell, The UNIDROIT Principles and Transnational Law, S. 23 ff.

⁶⁶⁷ Solche Verhaltenskodizes erlangen im nationalen Recht Bedeutung erst durch Öffnungsklauseln wie die der §§ 138, 157, 242 BGB; ihre Bezeichnung als „Einheitsrecht“ ist daher irreführend. Vgl. MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 331.

⁶⁶⁸ Vgl. a.a.O., Rn. 332 f.

⁶⁶⁹ BGBl. 1986 II, 810; 3. Beitrittsübereinkommen vom 29.11.1996 BGBl. 1999 II, 7.

⁶⁷⁰ Vgl. v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 31.

⁶⁷¹ Vgl. das Projekt zur Rom I-VO: „Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung“ vom 14.1.2003, KOM (2002) 654.

⁶⁷² Vgl. Verordnungsentwurf vom 22.7.2003 („Rom II-VO“), KOM (2003) 427.

Art. 18 EVÜ betont die – im Rahmen aller Einheitsrechte bestehende⁶⁷³ – Pflicht zur einheitlichen („autonomen“) Auslegung, welche sich nicht an den jeweiligen nationalen Besonderheiten, sondern am Geiste des internationalen Werkes zu orientieren hat. Wird das gemeinschaftliche Kollisionsrecht in Form von Verordnungen vorliegen, so erwächst dem EuGH aus Art. 220 ff. EG Auslegungskompetenz. Zentrales Instrument zur Sicherung der einheitlichen Anwendung wird das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG sein, welches sich für den Bereich des Titels IV des EG-Vertrages durch Art. 68 EG modifiziert sieht. Nach Art. 68 I EG ist alleine das letztinstanzliche Gericht des jeweiligen Mitgliedsstaates zur Vorlage an den EuGH berechtigt (und verpflichtet).⁶⁷⁴

Insgesamt betrachtet, scheint hier alles in Richtung des „globalen Systems“ zu deuten: ein durch die EU versinnbildlichtes übergreifendes Bewusstsein, gemeinsames Recht mit einheitlichem Auslegungskanon und einem für dessen Kontrolle bereitstehenden gemeinsamen Gerichtshof.

Jedoch relativiert sich das Bild bei näherem Hinsehen. Zunächst fällt auf, dass alleine die höchsten Gerichte dem EuGH eine Auslegungsfrage zur Vorabentscheidung vorlegen müssen – und dürfen. Gerichte unterhalb dieser Ebene bleiben also – in jeder Nation einzeln – auf sich gestellt. Zudem werden sich die vom EuGH zu behandelnden Fragen nur auf die Frage der Auslegung des in den Verordnungen enthaltenen *Kollisionsrechts* als solchen beziehen. Die sich aus dem Kollisionsrecht ergebende *Konsequenz* jedoch – d.h. die Anwendung fremden Rechts – bleibt alleinige Verantwortung der jeweiligen nationalen Institutionen.⁶⁷⁵

Außerhalb supranationaler Verbände wie der EU hat Einheitsrecht keine direkte Wirkung, sondern muss ins Landesinnere transformiert werden. Auch ist die Auslegung der Übereinkommen selbst in der Regel Sache der nationalen Gerichte⁶⁷⁶; verstärkt wird der „Vereinzelungseffekt“ durch den in der Praxis verbreiteten Rückgriff auf nationales Recht, wenn ein Übereinkommen durch Auslegung im Wege der Lückenfüllung zu ergänzen ist.⁶⁷⁷

So mag zwar Einheitsrecht im Bewusstsein seines internationalen Charakters Anwendung finden⁶⁷⁸, die Rechtsanwender sind jedoch nichtsdestotrotz primär ihren je eigenen nationalen Rechtssysteme unterworfen.

⁶⁷³ Vgl. zum allgemeinen Auslegungskanon: MüKo/Sonnenberger, EGBGB Zweites Kapitel, Rn. 280 ff.

⁶⁷⁴ Vgl. v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, S. 122. Anzumerken ist, dass der hier beschriebene Mechanismus für die seit dem 1.3.2002 geltende EuGVVO – außer im Verhältnis zu Dänemark das EuGVÜ ersetzend – bereits gilt.

⁶⁷⁵ Hier gilt – wie gezeigt – in Deutschland der Grundsatz, dass fremdes Recht nicht revisibel ist. Dies selbst dann, wenn es sich der Quelle nach um Einheitsrecht handelt; vgl. MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 600.

⁶⁷⁶ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 9 V 1.

⁶⁷⁷ Vgl. MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 282.

⁶⁷⁸ Vgl. z.B. die Hinweise in nationalen Gesetzessammlungen („Schönfelder“) auf den EU-Richtlinien-Hintergrund der betreffenden Regelungen.

Als Fazit ist festzuhalten: Das Einheitsrecht alleine - und sei es auch in einem so weit entwickelten Verbund wie der EU angesiedelt - bringt keine der hier im „globalen System“ antizipierten vergleichbaren Zustände mit sich. So ist zwar das in allen Ländern unterschiedslos existierende Recht ein erster Schritt – vor allem im Bewusstsein der Rechtsanwender -, jedoch ist die Umsetzung bislang noch zu sehr in die jeweiligen nationalen Mechanismen eingebunden, als dass von einem übergreifenden System im hier vorgeschlagenen Sinne die Rede sein könnte.

7.2.1.4 Theoretische Implikationen für die Anwendung „fremden“ Rechts

Stellt man sich nun zu Verdeutlichungszwecken einen „klassischen“, nicht in den Anwendungsbereich eines internationalen Abkommens fallenden, internationalprivatrechtlichen Sachverhalt aus der hier vorgeschlagenen neuen Perspektive vor, so ergibt sich zunächst folgendes: da keine übergeordnete Instanz existiert, die sich des Falles von der „globalen“ Ebene aus annehmen könnte, ändert sich äußerlich nichts an dem üblichen Ablauf. Es ist nun auch weder Ziel noch Ehrgeiz dieser Abhandlung, einen neuen Mechanismus zu entwerfen. Vielmehr soll, wie erwähnt, mittels einer neuen Perspektive der Sinn für neue Entwicklungen geschärft und die notwendige progressive Haltung geschaffen werden.

In der hier vorgeschlagenen Betrachtungsweise agieren die staatlichen Institutionen gleichsam als Werkzeuge des imaginären globalen Systems. Der Fall wird auf äußerlich weitgehend gleichbleibende Weise, jedoch mit verändertem Bewusstsein gelöst: die Staaten sehen ihre Aufgabe nicht mehr darin, innerhalb ihres eigenen nationalen Systems für eine Regelung zu sorgen, sondern sie ziehen miteinander an *einem* Strang, um die sich ihnen allen gleichermaßen jeweils stellenden Koordinierungsaufgaben des gemeinsamen globalen Privatrechtsverkehrs zu lösen. Der Fokus richtet sich damit während des gesamten Prozesses zwangsläufig von der optimalen Lösung für das eigene Rechtssystem auf die Belange des gemeinsamen globalen Systems.⁶⁷⁹ Praktische Auswirkungen fordert diese Sichtweise, selbst innerhalb des zunächst beibehaltenen klassischen Ablaufs, bei der Anwendung „fremden“ Rechts. Eine detaillierte Darstellung der einzelnen Implikationen für die Anwendung fremden Rechts ist dem letzten Kapitel vorbehalten. Hier soll zunächst die neue theoretische Basis der Anwendung „fremden“ Rechts vorgestellt werden:

⁶⁷⁹ Womit nicht in Abrede gestellt werden soll, dass solche Belange nicht bereits berücksichtigt werden; die Besonderheit des hier unterbreiteten Vorschlages liegt jedoch darin, dass sie aus dessen Logik heraus nunmehr unausweichlich sind.

In der Logik des klassischen nationalstaatlichen Rechtssystems wird – gemäß der Unterscheidung zwischen System und Umwelt – zwischen „eigenem“ und „fremdem“ Recht differenziert. Nur das eigene Recht ist Teil des Systems, das fremde hingegen Teil der Umwelt und kann deshalb innerhalb des Systems nicht dieselbe Behandlung erwarten. Das ausländische Recht wird als regelrechter Fremdkörper in das Systeminnere eingeführt; es ist nicht für den Regelungsbedarf dieses alleine auf seine eigenen, inneren Angelegenheiten abgestimmten Systems geschaffen. Zu jedem staatlichen Territorium gehört traditionell grundsätzlich alleine sein eigenes Recht, während einem fremden Recht prinzipiell Regelungsbefugnis alleine auf dem entsprechenden fremden Territorium zugestanden wird. Liegen grenzüberschreitende Sachverhalte vor, führt diese Logik zu einem Dilemma, deren Ausdruck die seit Jahrhunderten unverändert bemühten Erklärungen und Theorien zur Anwendung fremden Rechts sind.

Nach der Logik der globalen Perspektive wird die Dichotomie „eigen/fremd“ hinfällig. Im Zentrum steht nicht mehr der Nationalstaat mit seinen – (vermeintlich) normalerweise – internen Koordinierungsproblemen, sondern das übergreifende Gesamtsystem mit dem ihm zugrundeliegenden globalen Koordinierungsbedarf. In diesem System verlassen die Staaten ihre Rolle als nationale Rechtssysteme und widmen sich als gleichgeordnete *Subsysteme* der gemeinsamen *Systemaufgabe*, der Regelung der globalen Privatrechtsprobleme. Vor diesem Hintergrund ist ein grenzüberschreitender, besser: globaler, Sachverhalt keine Ausnahme mehr, sondern zentraler Regelungsgegenstand des um entsprechender Fälle willen eigens existierenden (bzw. vorerst: imaginierten) globalen Systems.

Zur Regelung der globalen Privatrechtsfälle auf „Weltebene“ wäre nun ein materielles globales Recht konstruktiv am stimmigsten. Unabhängig von der Frage aber, ob ein solches Recht jemals realisierbar – und überhaupt wünschenswert – ist, drängt sich die Feststellung auf, dass ein solches Recht momentan utopisch ist. Es bleibt also nichts anderes übrig, als von dem Gebrauch zu machen, was vorhanden ist, nämlich von den nationalen materiellen Rechten.⁶⁸⁰

Diese Rechte können nun natürlich nicht in ihrem materiellen Gehalt verändert, jedoch durchaus in *prozessualer* Hinsicht einer veränderten Behandlung zugeführt werden: Hintergrund ist die Überlegung, dass den materiell nationalen Rechten im Kontext des globalen Koordinierungssystems eine andere Aufgabe zukommt als innerhalb der jeweiligen staatlichen Rechtssysteme. Im globalen System müssen die materiellen nationalen Rechte, wie angedeutet, die Lücke füllen, welche sich aufgrund der Abwesenheit eines materiellen

⁶⁸⁰ Abgesehen natürlich von Fällen, wo bereits ein einheitliches materielles Recht zur Verfügung steht, wie z.B. in Form des UN-Kaufrechts für die betroffenen Staaten.

globalen Rechts auftritt. Das jeweilige nationale materielle Recht ist damit in der Logik des globalen Systems als *konstruktiv globales* zu denken. Dies schlägt sich auf die prozessuale Behandlung nieder: das „fremde“ Recht ist als vollwertiges Recht anzuwenden, denn ihm kommen im *globalen* System all die Attribute zu, welche das *inländische* Recht im *nationalen* Kontext für sich beansprucht: es stellt ein eigens für die Lösung der spezifischen Koordinationsprobleme vorgesehenes, in diesem Kontext *systeminternes* Recht dar. Während die nationalen Rechte in der Logik der nationalen Rechtssysteme füreinander jeweils zur Umwelt gehören, sind sie auf der Ebene des globalen Systems integrierender Bestandteil.

Um es zusammenfassend zu verdeutlichen: Die nationalen Rechte bleiben ihrem Gehalt nach rein nationale, jedoch ergibt sich aufgrund der äußeren Umstände eine über ihren ursprünglich konzipierten Zweck hinausgehende Einsatznotwendigkeit. Mangels eines *tatsächlich* eigens für die globalen Koordinationsaufgaben des Privatverkehrs *geschaffenen* materiellen Rechts müssen auch hier die vorhandenen nationalen materiellen Rechte herangezogen werden. Sie werden so gewissermaßen „funktional verdoppelt“, ähnlich wie dies *Wiebringhaus* in seiner unter 3.3.2.2.2. dargestellten Theorie anklingen lässt.⁶⁸¹

7.2.2 Das globale System als Netzwerk der Akteure

Was ist nun der Nutzen einer solchen neuen Perspektive auf das internationale Privatrecht als globales System? Die Hoffnung ist, um dies nochmals zu erwähnen, dass Rechtsanwender, welche ihr Bewusstsein aus der den Blick einschränkenden Logik des nationalen Systems befreien, mit größerer Unbefangenheit und Selbstverständlichkeit an „fremde“ Rechtssysteme herangehen. Wird die Anwendung „fremden“ Rechts nicht mehr als Ausnahme, sondern – gemäß der Logik der jeweiligen Systeme – als ebensolche Selbstverständlichkeit wie die Anwendung inländischen Rechts betrachtet, hat es nichts Ungewöhnliches oder gar Exotisches mehr, sich mit Recht aus anderen nationalen Rechtsordnungen zu beschäftigen. Die einzelnen praktischen Auswirkungen der globalen Systemperspektive werden im letzten Kapitel dargestellt.

Hier soll nun die Frage vertieft werden, auf welcher konzeptionellen Basis der angedeutete Bewusstseinswandel der Akteure stattfinden soll. Das Augenmerk soll hier zum einen der Wissenschaft, zum anderen den Gerichten gelten.

Die Wissenschaft spielt im Kontext des hier vorgeschlagenen globalen Systems insofern eine herausragende Rolle, als gerade in diesem Bereich der Gesellschaft von früh an ein intensiver grenzüberschreitender Austausch stattgefunden hat. In kaum einem Segment der Gesellschaft

⁶⁸¹ Vgl. hierzu 8.1.2.2.2.

sind Offenheit und Interesse an neuen, „fremden“ Einflüssen so genuin und stark ausgeprägt wie hier. Die Wissenschaft liefert zum einen das „Rohmaterial“, welches zu späterer Gesetzgebung und in der Folge Rechtsanwendung durch die Gerichte führt, zum anderen greift sie die Entscheidungen der Gerichte auf und entwickelt sie weiter. So entsteht ein sich selbst speisender, auf gegenseitiger Befruchtung beruhender Kreislauf.

Dies ist vor folgendem Hintergrund besonders bedeutsam: Oben wurde bereits der Gedanke eingeführt, das Rechtssystem als Netzwerk zu betrachten. Ein Netzwerk lässt sich in diesem Zusammenhang folgendermaßen beschreiben: Es stellt zunächst mehr dar als eine irgendwie verdichtete Gruppierung von Interaktionsbeziehungen zwischen stabilen Subjekten und zeichnet sich in Abgrenzung hierzu vielmehr durch die Komplementarität und Interdependenz seiner Komponenten aus. Der entstehende Synergieeffekt bringt neue Optionen hervor, welche durch das Netzwerk als solches zugänglich und nicht bloße Produkte der Verhandlung zwischen Akteuren sind. Das Netzwerk basiert nicht auf einem vorgefertigten Konstruktionsplan, sondern erstellt sich seinen eigenen „Bauplan“ kontinuierlich selbst, indem es die einzelnen Knoten und deren Beziehungen untereinander immer neu verknüpft.⁶⁸²

Das hier angedachte System des globalen Privatrechtverkehrs ist vor diesem Hintergrund folgendermaßen als Netzwerk vorstellbar: Die einzelnen staatlichen Gerichte stellen die zentralen Knotenpunkte dar, welche durch ihre Entscheidungen zu grenzüberschreitenden Sachverhalten neue Informationen in Form von Gerichtsentscheidungen generieren. Diese Entscheidungen werden von anderen Gerichten und den Akteuren der Wissenschaft zur Kenntnis genommen, überdacht, weiterentwickelt und schließlich als neue Wissensbasis für alle Gerichte in deren zukünftige Entscheidungsprozesse „ingespeist“. So entsteht ein autoreferentieller Zyklus, in welchem die Gerichte der verschiedenen Nationen auf eine gemeinsame Basis von „Input“ zurückgreifen können, davon ihren „Output“ beeinflussen lassen, welches wiederum auf die in Zukunft zur Verfügung stehende „Inputmasse“ rückwirkt. Im Wege dieses – wie dargestellt, als Rückkoppelung bezeichneten – Prozesses ist eine organische und allmähliche Entwicklung eines gemeinsamen materiellen Rechts, möglicherweise auf gewisse Bereiche beschränkt, denkbar.⁶⁸³ Die sich als Akteure eines gemeinsamen globalen Systems verstehenden Richter und Wissenschaftler fassen die

⁶⁸² Vgl. Ladeur, Towards a Legal Theory of Supranationality, European Law Journal 1997, S. 33, 48.

⁶⁸³ Das hier anvisierte materielle Einheitsrecht unterscheidet sich von dem von Eugen Langen vorgeschlagenen „transnationalen Recht“ insofern, als es gerade *nicht* mehr in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen „fundamentiert“ sein soll (vgl. hingegen: Langen, Transnationales Recht, Rn. 2,4); auch handelt es sich um mehr als eine „mittlere Lösung“ zwischen zwei nationalen Rechtsordnungen (vgl. hingegen: Langen, Vom Internationalen Privatrecht zum Transnationalen Handelsrecht, NJW 1969, S. 358, 359, 361). Zur abweichenden Herleitung und Struktur des von Langen vorgestellten Gebildes im Einzelnen vgl.: Langen, Transnationales Recht, v. a. Rn. 38, 50, 60, 73.

einfließenden Rechte als gleichwertig auf⁶⁸⁴; nationale Unterschiede treten in den Hintergrund und verschmelzen letztendlich angesichts des Fokus - nicht mehr jedes Akteurs auf sein eigenes nationales System, sondern - aller Akteure auf eine gemeinsam zu bewältigende Aufgabe. Verinnerlichen die Akteure ihre neue Rolle im globalen System, so bleiben nationale Unterschiede, das Denken in den Kategorien „fremd/eigen“ schon deshalb außer Betracht, weil diese Kategorien innerhalb des globalen Systems keine Funktion erfüllen und deshalb in der Logik des Systems als kognitive Größe gar nicht zur Verfügung stehen.

⁶⁸⁴ Vgl. zu diesem Gedanken auch: Puttfarcken, *Droit commun législatif und die Einheit der Profession*, *RabelsZ* 1981, S. 91, 103.

8 Schlussfolgerungen für die Anwendung fremden Rechts

Fokus dieser Arbeit ist die Frage, warum und wie fremdes Recht angewendet wird oder werden sollte. Es wurde versucht, dies zu beantworten, indem der rechtstheoretische und gesellschaftliche Gesamtkontext untersucht und die entsprechenden Implikationen herausgestellt wurden. Vor dem Hintergrund der im letzten Kapitel angestellten Überlegungen soll nunmehr, wie angekündigt, an die in Kapitel 3. vorgestellten Theorien angeknüpft und die dort eingeleiteten Gedanken weitergeführt werden.

Wie gesehen, wurde eine Einteilung in sogenannte Universalisten und Autonomisten vorgenommen. Als Universalisten wurden dabei diejenigen bezeichnet, die das IPR in eine allgemeingültige höhere Ordnung eingebettet sehen bzw. von höherrangigen Axiomen ausgehen, an welchen sich das IPR auszurichten habe. Demgegenüber wurden die Autonomisten als Vertreter der Ansicht definiert, das IPR sei allein Sache der jeweiligen Nationalstaaten – zumindest in praktischer Hinsicht.

Unter den Universalisten ließen sich zwei Strömungen ausmachen: zum einen die ältere, für die Statutisten kennzeichnende Auffassung, nach der die Welt gemäß – schlicht als gegeben hingenommenen – übergeordneten Gesichtspunkten geordnet, gleichsam in Macht- und Einflussphären aufgegliedert war. Sinn der Kollisionsnormen war vor diesem Hintergrund, die entsprechenden Einflusszonen zuzuweisen, wobei man stillschweigend von einem universell geltenden IPR ausging: so wie einst das römische Recht universell galt, wurde jetzt – ohne bewussten Reflektionsakt – die universelle Geltung des IPR vorausgesetzt. Eine modernere Prägung, welche ebenfalls vorgestellt wurde, stützt ihre universellen Ideen nicht mehr auf die eher emotional denn rational begründete Annahme der Homogenität der Kollisionsregeln, sondern auf völkerrechtliche Überlegungen.

Es lässt sich damit eine den dogmatischen Entwicklungsstufen entsprechende Auffassung vom Wesen des IPR beobachten: von der stillschweigend vorausgesetzten Ordnung der Welt in Einfluss- und Machtsphären - zu einer Zeit, als die Idee der Nation noch nicht geboren war - vollzog sich die Wende zu modernen staatsrechtlichen Vorstellungen, nachdem der Begriff der Souveränität geprägt worden war und im Zuge der Nationenbildung herausragende Relevanz erlangt hatte. Entsprechend wurde das IPR zunächst als „Administrator“ der feststehenden Ordnung, dann als Bewahrer der Souveränitätsprärogativen, teilweise gar als Schutzmechanismus vor fremden Einflüssen, aufgefasst.

Unsere bereits unter 3.2.5. angedeutete These ist folgende: So wie das Erstarken des Nationalismus und des Souveränitätsbegriffs die homogen-universellen Vorstellungen von der Weltordnung und dem IPR zu Fall gebracht hat, öffnet nunmehr die Erosion

nationalstaatlicher Souveränität ihrerseits den Weg für einen „Universalismus neuer Prägung“. Die schwindende Relevanz der Nationalstaaten sowohl in rechtstheoretischer als auch in praktischer Hinsicht führt zu einer rechtlichen wie tatsächlichen „Schicksalsgemeinschaft“: In praktischer Hinsicht wächst täglich die Interdependenz, was wiederum, wie ausgeführt, eine Anpassung des rechtlichen Instrumentariums notwendig macht. Nicht mehr Staatsgrenzen spielen die entscheidende Rolle und trennen einen regelungsbedürftigen territorialen Bereich vom nächsten ab, es haben sich vielmehr funktionale Teilbereiche auf weltumspannender Basis herausgebildet, die einen globalen Koordinierungsbedarf mit sich bringen. Vor diesem Hintergrund ist die Welt enger zusammengerückt und entwickelt sich die Einsicht, dass die Probleme des einen nicht ohne Berücksichtigung der des anderen geregelt werden können. Sei es auch nur aus Einsicht in die Notwendigkeit, so ist vor diesem Hintergrund ein neues Gefühl von Homogenität zu verzeichnen.

Im Folgenden soll nun nochmals einen Blick auf die unter 3. vorgestellten Theorien geworfen werden, um vor dem Hintergrund des inzwischen Herausgearbeiteten herauszufinden, welchen konzeptionellen Bedenken diese Theorien begegnen.

8.1 Bedenken gegenüber den traditionellen Theorien

8.1.1 Allgemein

Die nach der hier vertretenen Ansicht alle Theorien treffende Kritik ist bereits angeklungen: Aufgrund der Gleichsetzung von „Recht“ mit „staatlichem Recht“ stehen nur zwei Kategorien zur Verfügung: die rein nationale und die völkerrechtliche. Nun passt die dem internationalen Privatrecht zugrundeliegende Materie, wie dargestellt, so recht in keine der Kategorien: weder verkehren Staaten miteinander, so wie im Völkerrecht, noch spielen sich die Kontakte der betroffenen Privatpersonen im rein innerstaatlichen Rechtsraum ab. Ergebnis sind unbefriedigende „Entweder-Oder-Lösungen“ oder aber ein wenig überzeugendes „Hin-und-Her-Oszillieren“ zwischen völkerrechtlichem und nationalstaatlichem Gedankengut:

Als rein nationale Lösungen wären bspw. die Vertreter der *Vested Rights* und der *Local Law Theory* zu nennen, ein Paradebeispiel für eine rein völkerrechtliche Lösung stellt *Zitelmann*⁶⁸⁵ dar. Andere, wie z.B. *Kahn*, sehen zwar die Kompetenz positiv eindeutig in der nationalen Sphäre⁶⁸⁶, leiten aus dem Völkerrecht allerdings dennoch gewisse „Minimalforderungen“ an das IPR ab – so z.B. die Verpflichtung, überhaupt ein internationales Privatrecht zu haben⁶⁸⁷ –

⁶⁸⁵ Vgl. Zitelmann, Internationales Privatrecht I, v.a. S. 55 f., 71 ff., 104 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. Kahn, Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts, S. 18, 22.

⁶⁸⁷ Vgl. a.a.O., S. 40.

und auch das „Warum“ der Anwendung fremden Rechts sieht *Kahn* im völkerrechtlichen begründet⁶⁸⁸. Eine ähnlich zwiespältige Haltung legt *Bartin* an den Tag, wenn er zwar zum einen das Kollisionsrecht als Ausdruck eines Konflikts der Souveräne um Einflussbereiche auffasst⁶⁸⁹, auf der anderen Seite aber betont, das IPR gehe auf rein nationale Quellen zurück⁶⁹⁰, um schließlich den Grund der Anwendung wiederum in einer aus der „Nationengemeinschaft“ fließenden „Naturalobligation“ zu sehen⁶⁹¹.

Auffallend, und mit dem beschriebenen „Kategorien-Dilemma“ verbunden, ist darüber hinaus die Tatsache, dass die überwiegende Mehrzahl der Autoren das internationale Privatrecht als einen Souveränitätskonflikt darstellt. Besonders deutlich wird dies bei den anglo-amerikanischen Gelehrten, schwingt jedoch auch in den meisten Theorien der aus dem *Civil-Law*-Kreis stammenden Autoren mit; besonders deutlich bspw. bei *Mancini*⁶⁹² und *Pillet*⁶⁹³. Bereits in der Hochphase der Nationalstaaten, deren Souveränität noch nicht durch Interdependenz unterhöhlt, war dieses Konzept schwer nachvollziehbar. Dies wurde anhand eines Zitats von *Bars* verdeutlicht, welcher darauf hinweist, dass sich das Privatrecht weitgehend gerade in einer vom Staat – und damit von Souveränitätsbelangen – abgeschirmten Zone abspielt (vgl. 3.3.1.1.4.)

Die Konzeption, im IPR gehe es um die Verteidigung territorial-souveräner Rechtsanwendungsinteressen, erscheint vor dem Hintergrund der in dieser Arbeit angestellten Überlegungen schließlich nicht mehr haltbar. Wie gezeigt, begreifen sich die Staaten inzwischen als Akteure auf einem globalen Spielfeld, welches keine Alleingänge mehr erlaubt, ja in letzter Konsequenz gar zu einer Verschmelzung der Interessen führt, denn angesichts der die Staaten aneinander kettenden Interdependenz kann keine Entscheidung mehr ohne Rücksicht auf ihre unmittelbaren und mittelbaren Folge- bzw. Rückkoppelungswirkungen getroffen werden. Die Frage: „Was ist im Interesse unseres Landes?“ lässt sich deshalb sinnvoll gar nicht mehr ohne Überlegungen zu der Frage: „Was ist im Interesse der globalen Gemeinschaft?“ beantworten.

Für das IPR bedeutet dies, dass ein Interesse an der Anwendung „eigenen“ Rechts überhaupt nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn damit auch den Belangen der globalen Gemeinschaft gedient ist. Ist dies nicht der Fall, wird sich die Anwendung „eigenen“ Rechts als qua Interdependenz vermittelte Folgewirkung negativer Konsequenzen im Ausland letztlich

⁶⁸⁸ Vgl. a.a.O., S. 38 ff.

⁶⁸⁹ Vgl. *Bartin*, *Principes de droit international privé*, S. 14.

⁶⁹⁰ Vgl. a.a.O., S. 75 ff.

⁶⁹¹ Vgl. a.a.O., S. 113 f.

⁶⁹² Vgl. *Mancini*, *Les règles générales du droit international privé*, S. 292 ff., 298 ff.

⁶⁹³ Vgl. *Pillet*, *Traité de droit international privé*, S. 20: « Tous les conflits de lois sont des conflits de souveraineté ».

ebenso negativ für das Inland auswirken. Mit anderen Worten: Eigen- und Fremdinteresse sind im allgemeinen wie im IPR nicht mehr klar auseinander zu halten, weswegen eine Konzeption der Staaten als eifersüchtig ihre Souveränität gegeneinander verteidigend obsolet ist. Vielmehr finden sich die Staaten, wie gezeigt, mit der alle *gleichermaßen* betreffenden, *gemeinsamen* Aufgabe globaler Koordination konfrontiert. Positive Wirkungen für sich selbst vermögen sie damit kaum mehr unmittelbar und im Alleingang herzustellen. Stattdessen gilt es das Gemeingut im Auge zu behalten, um - durch die Wirkungsmechanismen des Interdependenzgeflechts vermittelt - positive Rückwirkungen auf die eigenen Belange sicherzustellen.

8.1.2 Einzelprobleme

Ohne den theoretischen Wert und Ideengehalt der vorgestellten Theorien damit in Frage stellen zu wollen, soll im Folgenden anhand einiger Beispiele gezeigt werden, warum die entsprechenden Ansätze unter den heutigen gesellschaftlichen Bedingungen nicht mehr adäquat sind.

8.1.2.1 *Autonomisten*

8.1.2.1.1 Anglo-amerikanische Theorien

Die anglo-amerikanischen Autoren, stark unter dem Eindruck der niederländischen Comitas-Theorie, betrachteten das Recht als unmittelbaren Ausfluss souveränen Willens und, damit einhergehend, als in seiner Wirkung strikt territorial limitiert.

Eine solche auf das Territorium und den Souverän abhebende Rechtsauffassung ist, wie dargelegt, obsolet. Ursachen sind das beschriebene Entstehen von teilweise gänzlich „entterritorialisiertem“ Regelungsbedarf wie im Falle des Internets und, als generelles Phänomen, die dargestellte Verschiebung des Regelungsbedarfs von territorialen in (grenzüberschreitende) funktionale Bereiche, welche den Kompetenzradius *eines* Souveräns transzendieren.

Entsprechend unbefriedigend sind die Ergebnisse, zu welchen die Vertreter der anglo-amerikanischen Theorien bezüglich des „Warum“ und „Wie“ der Anwendung fremden Rechts gelangen. Nach der Auffassung *Storys* handelt es sich, wie dargestellt, um reine „Comity“, um freundliches Entgegenkommen, nach der *Vested-Rights Theory* sind Erwägungen des Pragmatismus und der Gerechtigkeit ausschlaggebend, während nach der *Local-Law Theory* fremdes Recht als solches schon gar nicht mehr angewendet wird. Fremdes Recht wird in

allen Theorien gleichermaßen als „Eindringling“, als Fremdkörper gesehen – entsprechend bemühen sich einige der Autoren, dessen Normkraft im Inland auszuschalten.

All diese Ansätze stehen dem hier vertretenen Modell diametral entgegen: weder wird „fremdes“ Recht gar nicht als solches angewendet noch aus reinem freundlichen Entgegenkommen dem souveränen Dafürhalten des jeweiligen Einzelstaats anheim gestellt. Am ehesten mit dem hier vertretenen Modell verwandt ist der Gedanke des Pragmatismus und der Gerechtigkeit, allerdings ergibt sich dieser aus einer anderen Hintergrundüberlegung. Nicht die Sorge um friedliche Beziehungen zwischen den einzelnen Ländern – gefährdet möglicherweise, wenn diese ihre eigenen Rechte im Ausland vernachlässigt sehen – verbirgt sich hinter den Worten „Pragmatismus“ und „Gerechtigkeit“. Die Länder tun sich nicht mehr gegenseitig „Gefallen“ und sind nicht mehr von Reziprozitätserwartungen motiviert, denn Ausgangspunkt ist nicht mehr das Interesse des Einzelstaates, sondern das von allen als *gemeinsame eigene* Angelegenheit erkannte Allgemeininteresse. Die neue Form des Pragmatismus ist Ausdruck der Einsicht in diese Umstände und hat sich aus dem Muster der unabhängig nebeneinander existierenden Staaten gelöst, deren „Kooperationsinteresse“ vorrangig ein negatives war, nämlich das, sich möglichst wenig zu „ärgern“ und in die Quere zu kommen.

8.1.2.1.2 Kontinent: Ago/Anzilotti

Die von den Italienern *Ago* und *Anzilotti* vertretene Theorie der Exklusivität der Rechtssysteme begegnet vor dem Hintergrund der hier vertretenen Meinung grundlegenden Bedenken.

Bereits der Ansatzpunkt, ein juristisches System stelle ein monolithisches Ganzes dar, welches nichts neben sich dulde und Normcharakter nur den in ihm selbst enthaltenen Elementen zugestehen könne, steht in krassem Gegensatz zum Gedanken des *legal pluralism*. Wie dargestellt, gründet dieser sich auf die Einsicht, dass Individuen in eine Vielzahl, teils überlappender, funktionaler Regelungskomplexe verflochten sind. Die Komplexität der heutigen Gesellschaft macht ein Rechtsdenken in starren territorialen Grenzen obsolet und erfordert eine flexible juristische Herangehensweise, welche den sich auf den verschiedenen Sektoren ergebenden Koordinationsproblemen Rechnung trägt. Mit diesem Bewusstsein ist die These der Ausschließlichkeit der Rechtssysteme nichts weiter als intellektuelle Spielerei – den Erfordernissen einer hochkomplexen sozialen Realität vermag sie nicht gerecht zu werden.

Die These von der Ausschließlichkeit der Rechtssysteme führt *Ago* und *Anzilotti* zu der logisch folgerichtigen Aussage, dass nationale Rechtsordnungen weder gleichzeitig für sich selbst Rechtssystem und als solches Teil der Völkerrechtsordnung sein noch *fremde* nationale Rechtssysteme als *Normengefüge* anerkennen können. Diese Konsequenz ist besonders drastischer Ausfluss einer sich strikt auf die jeweilige Einzelnation fokussierenden Perspektive. Ausschlaggebend – und gewissermaßen rechtlich fundiert – ist alleine die inländische Rechtsordnung, alles andere spielt sich auf einer anderen Ebene ab.

Gegen genau diesen Gedanken wendet sich die hier ausgearbeitete These. Im Gegensatz zur Theorie der Exklusivität nimmt sie gerade das globale Ganze als Ausgangspunkt und sieht die einzelnen Nationen von hier aus als gleichgeordnet nebeneinander existierende Teilelemente eines gemeinsamen Systems. In einem weiteren Schritt ergibt sich daraus, ein weiterer Gegensatz zur Theorie *Agos* und *Anzilottis*, dass die staatliche Rechtsordnung *nicht* ausschließlich ist, sondern in (für die hier interessierenden Zwecke) zwei Rechtsordnungen eingebunden ist: zum einen ist sie, neben vielen anderen, Untersystem des Gesamtsystems, zum anderen – für die rein internen Belange – alleine für sich stehendes nationales Rechtssystem.

Die Exklusivitäts-These macht, wie aufgezeigt, sehr komplizierte Erläuterungen zur Anwendung fremden Rechts nötig. Da nichts aus der einen Rechtsordnung in einer anderen normativen Bestand haben kann, bedarf es des Kunstgriffs der „nationalen Wiedergeburt“ fremder Rechtsregeln im Landesinnern. Der Gehalt der Kollisionsnorm wird entsprechend dahingehend interpretiert, das fremde Gesetz nicht einfach im Inneren zur Anwendung zu bringen, sondern ihm vielmehr qua Inkorporation in die nationale Rechtsordnung Normcharakter einzuhauchen. Die in der Logik dieser Konstruktion so schwierige Frage des Normcharakters stellt sich aus der Sicht der hier vertretenen Theorie erst gar nicht: Wie bereits an anderer Stelle beschrieben wurde, ist die zur Anwendung kommende (zwar) nationale Vorschrift im Kontext des globalen Systems das einzige zur Lösung der globalen Koordinierungsaufgaben zur Verfügung stehende rechtliche Instrument. Als solches wird es im Aufgabenbereich des globalen Systems als globales Recht angesehen: als das Recht, welches das sich stellende Problem *bestimmungsgemäß* (wenn auch unter Zuhilfenahme einer Fiktion) zu lösen hat. Ist das nationale Recht in diesem Sinne auf die Bedürfnisse des globalen Systems abgestimmt, gleichsam „globalisiert“; ist es also „das Recht“ des globalen Systems und damit dessen integrierender Bestandteil, ist eine Anwendung als vollwertig, als Recht mit vollem normativen Charakter, eine Selbstverständlichkeit. Die Anwendung als „Recht“ ergibt sich unter diesem Blickwinkel zwanglos aus der Logik des Systems selbst. Die Anwendung

des entsprechenden „fremden“ Rechts ist Ausdruck bestimmungsgemäßen Funktionierens des Systems, nicht erklärungsbedürftiges Abweichen vom Normalfall.

8.1.2.2 *Universalisten*

8.1.2.2.1 Frankenstein

Ausgangspunkt der Theorie *Frankensteins* ist seine völkerpsychologische Definition des Rechts. Recht entsteht hiernach, wie dargestellt, als Überzeugung innerhalb einer homogenen Gruppe und wird innerhalb derselben von der ordnenden Gewalt in Gesetze geprägt. Die Rolle der ordnenden Gewalt kommt hierbei dem Staat zu, denn er stellt die „höchste Entwicklung der Gruppe“⁶⁹⁴ dar. In seinem Rahmen, und nur hier, vollzieht sich die Rechts- und Gesetzgebung, denn nur auf seinem Gebiet sind diejenigen Menschen vereint, die „unter ungefähr gleichen Bedingungen leben und ungefähr gleichen Einwirkungen der Umwelt ausgesetzt sind.“⁶⁹⁵ Außerhalb des Staat–Angehörigen - Gefüges ist kein „Recht“ denkbar.

Eine solche Auffassung lässt sich nur so lange halten, wie die Mitglieder eines Staates eine homogene, sich hauptsächlich im Staatsgebiet aufhaltende und ihren Rechtsverkehr zum Großteil innerhalb der Landesgrenzen abwickelnde Gruppe darstellen. Nur unter diesen Prämissen rechtfertigt sich die Annahme, eine Rechtsüberzeugung bilde sich nur zwischen einem Staat und dessen Angehörigen. Sobald hingegen das „Heimatband“ durch häufigen Grenzübertritt, entweder der Personen selbst oder der von ihnen getätigten Rechtsgeschäfte, gelockert wird, ist das Interesse der Staatsangehörigen an rechtlicher Regelung nicht mehr ausschließlich auf Angelegenheiten, die sich innerhalb des Machtbereichs des eigenen Staates abspielen, gerichtet. Eine Rechtsüberzeugung kann sich unter Bedingungen erhöhter Mobilität vielmehr in vielen verschiedenen Bereichen unter den Mitgliedern der jeweiligen – grenzüberschreitenden – Subgruppe bilden, wie z.B. unter all denjenigen, die einen bestimmten international zugänglichen Internet-Service benutzen. Wie dargestellt, weisen ganz allgemein gesellschaftliches Leben, Solidaritäten und entsprechender Regelungsbedarf die Tendenz auf, sich nicht mehr primär auf (Staats-) Territorien, sondern vielmehr auf *funktional* ausdifferenzierte Bereiche zu beziehen. Recht bildet sich damit nicht mehr allein territorial, sondern ebenso in funktionalen Subsystemen

Vor diesem Hintergrund und eingedenk der hier vertretenen Konstruktion mutet es geradezu merkwürdig an, wenn *Frankenstein* die Anwendung fremden Rechts als „Gewalt“ auffasst und diese Frage unter Berücksichtigung wohlverstandener Machtausübung behandelt: jeder

⁶⁹⁴ Frankenstein, Internationales Privatrecht I, S. 35.

⁶⁹⁵ A.a.O., S. 19.

Staatsangehörige solle so weit wie möglich vom einzig ihm entsprechenden eigenen Landesrecht regiert werden, denn alles andere füge ihm Gewalt zu.

Ganz allgemein betrachtet erscheint die *Frankenstein'sche* Grundkonzeption vom Recht heutzutage als zu statisch und zu sehr auf die Rolle des Staates zentriert.

8.1.2.2.2 Scelle/Wiebringhaus: Theorie der funktionalen Verdoppelung

Die Theorien von *Scelle* und *Wiebringhaus* weisen auf den ersten Blick starke Parallelen zu dem hier vertretenen Modell auf. Bei näherem Hinsehen erweist sich jedoch, dass jeweils ganz unterschiedliche Prämissen zugrunde liegen.

So betrachtet *Scelle* Recht zwar als soziologisches Phänomen – „ubi societas, ibi ius“ –, jedoch ordnet er die entstehenden Rechtsordnungen in ein gänzlich anderes Gefüge ein: Nach seiner Auffassung entsteht Recht zunächst innerhalb einer gegebenen Gesellschaft, um dann deren Grenzen zu überschreiten und eine zusätzliche „intersoziale“ normative Ordnung zu bilden. Diese neue Ordnung sei nun automatisch hierarchisch übergeordnet, denn die Ebene der zusammengesetzten Ordnung müsse die Einzelteile dominieren, um nicht an Strukturschwäche zu zerbrechen. Aus dieser Sicht der Dinge ergibt sich für *Scelle* eine monistische Weltordnung, innerhalb welcher sich die Organe der staatlichen Rechtssysteme kommissarisch, in „funktionaler Verdoppelung“ der Aufgaben des Völkerrechts annehmen.

Wiebringhaus überträgt, wie dargestellt, diesen Gedankengang auf das IPR und betrachtet IPR und Völkerrecht als gleichgeordnete Teilgebiete einer sich oberhalb der Einzelstaaten befindenden internationalen Ordnung. Die Kollisionsregeln haben in dieser Optik eine genuin internationale Aufgabe zu erfüllen, weswegen die sie verwaltenden nationalen Organe hierbei als international funktional verdoppelte auftreten. Die Frage, ob auch das zur Anwendung kommende materielle Recht als funktional verdoppelt anzusehen ist, beantwortet *Wiebringhaus* nicht ganz eindeutig. Nach der hier vertretenen Einschätzung bezieht sich der Autor nur auf die gezielt funktional verdoppelt arbeitenden Organe und das gezielt für den internationalen Bereich geschaffene Kollisionsrecht, während das materielle Recht nur von Fall zu Fall und lediglich mittelbar in einer zweiten Funktion - zur Regelung internationaler Sachverhalte - zum Einsatz kommt.

Der grundlegende Unterschied zur hier vertretenen Auffassung besteht darin, dass *Scelle* und *Wiebringhaus* letztlich in den Kategorien des nationalstaatlichen Rechts auf der einen und des Völkerrechts auf der anderen Seite gefangen bleiben. Vermutlich vor diesem Hintergrund ist

eine mehrere Systeme umfassende Ordnung für sie nur als hierarchische zu denken, mit Primat des Völkerrechts über die einzelnen nationalen Rechtssysteme. Hiernach befiehlt sodann die übergeordnete Ebene die untergeordnete, welche durch funktional verdoppelte Organe ausführt.

Unser Modell zeichnet sich demgegenüber gerade durch die Abwesenheit hierarchischer Ordnung aus. Auf Grundlage der Vorstellung von einem (nicht selten chaotischen) Nebeneinander verschiedenster Rechtsordnungen gemäß der Lehre des *legal pluralism* sieht die hier vertretene Theorie nationale und globale Rechtsordnung als gleichberechtigt nebeneinander existierende Antworten auf den jeweiligen faktischen Regelungsbedarf, mit anderen Worten: als zwei gleichberechtigt nebeneinander existierende Rechtssysteme. Vor diesem Hintergrund treten die Organe der nationalen Rechtsordnung zwar auch als funktionale verdoppelt auf und dies – wie bei *Scelle/Wiebrinhaus* ebenfalls mangels eigener Organe der in Frage stehenden nicht-nationalen Ordnung, jedoch agieren die Staaten dabei nicht als ausführende Handlanger einer hierarchisch höheren, befehlenden Ordnung.

Wie aufgezeigt, geht *Wiebrinhaus* von einer vollwertigen Anwendung fremden Rechts aus, welche er mit der Gleichordnung der Staaten im monistischen völkerrechtlichen System motiviert: wenn der Befehl „von oben“ kommt, haben alle Rechte gleiche Berechtigung. Auch ich trete für die Anwendung „fremden“ Rechts als vollwertige Norm ein und greife hierbei ebenfalls (u.a.) argumentativ auf die Gleichordnung der Staaten im übergreifenden System zurück. Ein entscheidender Unterschied liegt jedoch darin, dass nach der hier vertretenen Konzeption gerade *kein* Über-/Unterordnungsverhältnis der Systeme zueinander besteht.

Ein weiterer Unterschied dürfte schließlich darin liegen, dass *Wiebrinhaus* mit teleologischen Überlegungen arbeitet, während ich mein Modell als rein pragmatische Antwort auf faktische Notwendigkeiten sehe. In *Wiebrinhaus`* Modell spielt die Tatsache eine entscheidende Rolle, dass die Kollisionsnormen eigens für den internationalen Bereich *geschaffen* wurden, weshalb sie seiner Logik nach als materiell der internationalen Ebene – mit den entsprechenden Implikationen für die sie verwaltenden Organe – zugehörig zu betrachten sind. Im hier vertretenen Modell hat hingegen der hinter den Kollisionsnormen ursprünglich stehende Regelungszweck zweitrangige Bedeutung; im Vordergrund steht vielmehr die Erwägung, dass der globale Privatrechtsverkehr faktisch in einem Maße zugenommen hat, dass daraus ein eigenständiger Regelungsbedarf entstanden ist, welcher Berücksichtigung in einem eigenständigen Rechtssystem verlangt. Vor diesem Hintergrund erscheint der Mechanismus der Kollisionsnormen sicherlich nicht als der geeignetste, zumal er der nationalstaatlichen Logik verhaftet bleibt, jedoch ist momentan noch kein anderes

Instrumentarium vorhanden – die Kollisionsregeln kommen somit gleichsam mangels eines adäquateren Instrumentariums, sozusagen als Notlösung, zum Einsatz. Das in diesem Prozess zur Anwendung gelangende materielle (nationale) Recht kann im hier vertretenen Modell sodann zwanglos als globales fingiert werden – dient es doch, wie dargelegt, im globalen Kontext *bestimmungsgemäß* (mangels eines tatsächlich spezifisch *geschaffenen* Rechts) der Lösung der sich stellenden globalen Koordinationsprobleme. In diesem Sinne ist das materielle Recht in demselben Maße funktional verdoppelt, wie es die Rechtsanwendungsorgane sind. Dies ergibt sich jedoch alleine aus den Regelungsnotwendigkeiten des faktischen globalen Privatrechtssystems und hat nichts mit in der Kollisionsregel getroffenen Zweckbestimmungen zu tun.

Wenn also das hier vertretene Modell wie das von *Wiebringhaus* mit dem Begriff der funktionalen Verdoppelung arbeitet, so mag derselbe Grundgedanke dahinterstecken, die einzelnen rechtstheoretischen und gesellschaftlichen Prämissen weichen jedoch fundamental voneinander ab.

8.2 Zusammenfassender Überblick: „Warum“ und „Wie“ der Anwendung fremden Rechts aus der Perspektive des globalen Systems

Anhand der Gegenüberstellung mit einzelnen, hierfür besonders geeignet erscheinenden Theorien, sind bereits einige Grundsätze der Anwendung „fremden“ Rechts in der Logik des globalen Systems angeklungen. Im Folgenden soll zusammenfassend eine abschließende, zusammenhängende Übersicht gegeben werden.

8.2.1 „Warum?“

Die am häufigsten anzutreffende Antwort, warum Kollisionsregeln die Anwendung fremden Rechts befehlen, dürfte sein: der materiellen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit willen.⁶⁹⁶

Diese konkreten Überlegungen sollen nicht in Frage gestellt werden. Hier interessiert vielmehr die eine Stufe zuvor ansetzende Überlegung, von welcher Perspektive aus die Anwendung „fremden“ Rechts betrachtet wird. Wie aufgezeigt, ist bislang entscheidend die Perspektive des nationalen Rechtssystems, aus dessen Perspektive alle anderen Staaten Umwelt und deren Recht damit „fremd“ ist.

Ich schlage hier eine umfassendere Perspektive vor, die ich wie folgt legitimiert habe: Mit massiver Zunahme des grenzüberschreitenden Privatrechtsverkehrs hat sich ein nicht mehr zu ignorierendes, *faktisches globales Interaktionsgefüge* herausgebildet. Dieses sich mehr und

⁶⁹⁶ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 4 III, IV; vgl. auch die unter 3.3. vorgestellten Theorien.

mehr verdichtende Gefüge führt zu einem eigenständigen, *globalen Koordinierungsbedarf* auf einer die Staaten transzendierenden Ebene. Zwar sind die beteiligten Akteure noch nicht ausreichend organisiert, so dass noch nicht von einem real existierenden Rechtssystem gesprochen werden kann, jedoch zeichnet sich ein solches *globales Rechtssystem* als Antwort auf den global bestehenden Koordinierungsbedarf ab.

Wir halten es nun für sinnvoll, für die Zwecke gerade der Materie, welche sich mit grenzüberschreitenden Privatrechtsproblemen befasst – für das IPR - eine der Zukunft vorausgreifende Perspektive einzunehmen. Das hier vertretene globale Privatrechtssystem ist vorerst eine Fiktion; ein Denkmodell, welches die theoretische Grundlage für eine mit den rasanten Veränderungen in der realen Welt Schritt haltende rechtliche Entwicklung bilden soll.

Setzt man also ein globales Rechtssystem voraus, müsste dieses System theoretisch über ein materielles Recht zur Lösung der es betreffenden Koordinierungsprobleme verfügen. Wäre dies der Fall, so wäre eine Anwendung dieses Rechts eine nicht weiter zu begründende Selbstverständlichkeit: jedes Rechtssystem greift zur Regelung der sich ihm stellenden Rechtsfragen auf das hierfür existierende Recht zurück. Wie dargestellt, sind wir von einem globalen materiellen Recht weit entfernt. Allerdings lässt sich diese Lücke durch Rückgriff auf die verschiedenen nationalen materiellen Rechte schließen, welche nicht direkt, sondern erst durch den vorerst beizubehaltenden Mechanismus der Kollisionsregeln angewendet werden.⁶⁹⁷ Die nationalen materiellen Rechte werden nun innerhalb der Logik des globalen Systems als globales materielles Recht fingiert. Anwendung finden diese Rechte sodann nicht mehr als „fremde“, sondern als *systeminterne* Rechte, nehmen sie doch den Platz eines den Bedürfnissen des globalen Systems entsprechenden „wahren“ globalen materiellen Rechts ein.

Die Frage nach dem „Warum“ der Anwendung „fremden“ Rechts lässt sich damit, auf den Punkt gebracht, folgendermaßen beantworten: weil in der Logik des Systems, in welchem sich grenzüberschreitende Privatrechtsfragen (zumindest gedanklich) abspielen, gerade *dieses* Recht das systemeigene Instrumentarium ist. Seine Anwendung ist damit ebenso selbstverständlich wie die Anwendung des systemeigenen nationalen Rechts im nationalen (sich auf interne Privatrechtsprobleme beziehenden) System.

⁶⁹⁷ Dies gilt natürlich nicht in Bereichen, in welchen bereits Einheitsrecht besteht, vgl. das CISG für die Staaten, in welchen es Anwendung findet. Was die Kollisionsregeln als solche betrifft, so müssen wir, wie bereits angeklungen ist, mangels eines direkten materiellen globalen Rechts zunächst auf diesen eigentlich für die Logik der einzelstaatlichen Perspektive geschaffenen Mechanismus zurückgreifen. Eine bereits höhere Stufe stellen in diesem Zusammenhang auf dem Gebiet mehrerer Staaten geltende uniforme Kollisionsregeln dar.

8.2.2 „Wie?“

Die Frage, wie „fremdes“ Recht im Landesinneren zu gelten habe, ist, wie im Verlaufe dieser Darstellung dargestellt, umstritten. Am eindeutigsten sprechen sich noch die zeitgenössischen deutschen Gelehrten für eine Anwendung als vollwertiges Recht aus. Allerdings betonen dabei selbst progressive Autoren, welche das Wesen des Rechts nicht im staatlichen Befehl begründet sehen, dass ausländisches Recht nicht aus sich selbst heraus im Landesinnern Geltung beanspruchen könne. Notwendig sei daher zunächst ein Anwendungsverweis der inländischen Rechtsordnung.⁶⁹⁸ Diese Schlussfolgerung ist innerhalb der Logik des nationalstaatlichen Systems zwingend. In der Tat kann nichts, was nicht zum System gehört, innerhalb desselben aus sich selbst heraus normative Kraft beanspruchen. Ist dies allerdings so, ist auch die Behandlung als vollwertiges Recht nicht selbstverständlich. Diese Konsequenz wird, wie dargestellt, in einigen Theorien⁶⁹⁹ und teilweise in der Praxis der Länder gezogen.

Aus der Perspektive des hier vorgestellten Systems stellt sich die Sachlage anders dar. Der Kollisionsnorm kommt lediglich Auswahlfunktion zu: sie bezeichnet das anwendbare Recht, welches sodann *aus sich selbst heraus*, als Konfliktlösungsinstrument des betroffenen globalen Systems, normative Wirkung⁷⁰⁰ entfaltet. Um es nochmals zu betonen: es handelt sich hierbei um eine Fiktion – die entsprechenden materiellen Rechte werden als Platzhalter des globalen materiellen Rechts so behandelt, als kämen ihnen dessen Systemeigenschaften zu.

Innerhalb des *globalen* Systems gelten die anzuwendenden Rechte damit fraglos als vollwertige Normen. Damit ist allerdings die Frage noch nicht beantwortet, ob das „fremde“ Recht des globalen Systems von den – doppelfunktional handelnden – *nationalen* Rechtssystemen auf genau die Weise anzuwenden ist wie inländisches Recht im rein nationalen Kontext. Dabei ist folgendes zu bedenken:

Um hier zu entscheiden, ob „fremdes“ Recht eine andersartige Behandlung verdient, kann man sich nicht mehr auf die – nur innerhalb der nationalen Perspektive gültige und

⁶⁹⁸Vgl. Kropholler, a.a.O., § 31 I 1.

⁶⁹⁹ Besonders plastisch dargestellt bei Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, S. 110 ff., welcher das Recht in eine „imperative“ und „rationelle“ Komponente zerlegt. Fremdes Recht verfüge im Inland gerade nicht mehr über das imperative Element und sei deswegen als Tatsache anzusehen.

⁷⁰⁰Zu der Frage, was Inhalt von Normwirkung ist, vgl. Luhmann, *Rechtssoziologie*, S. 40 ff, wo er zwischen kognitiven und normativen Erwartungen differenziert. Kognitive Erwartungen sind hiernach solche, die sich bei Enttäuschung der erlebten Realität anpassen, während Normen „kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen“ sind. „Ihr Sinn impliziert Unbedingtheit der Geltung insofern, als die Geltung als unabhängig von der faktischen Erfüllung oder Nichterfüllung der Norm erlebt und so auch institutionalisiert wird. Das Symbol des „Sollens“ drückt in erster Linie die Erwartung solcher kontrafaktischer Geltung aus, ohne diese Erwartungsqualität selbst zur Diskussion zu stellen; darin liegt der Sinn und die Funktion des „Sollens“.“ (A.a.O., S. 43.)

aussagekräftige – konkrete Unterscheidung zwischen „fremdem“ und „eigenem“ Recht beziehen, sondern muss das Augenmerk vielmehr einer auf einer höheren Abstraktionsstufe gelagerten Unterscheidung zuwenden, nämlich der *Grundunterscheidung* zwischen den beiden Systemperspektiven, der nationalen und der globalen. Denn wenn auch nunmehr feststeht, dass *innerhalb* beider Systeme das jeweils anwendbare Recht als vollwertiges zu behandeln ist, so ist damit noch nicht gesagt, dass beide Systeme das jeweilige Recht *im Vergleich zueinander* gleich anzuwenden haben. Nur aber wenn das der Fall ist, muss das (doppelfunktional) auftretende nationale System „fremdes“ und eigenes Recht auf identische Weise anwenden.

Es stellt sich also folgende Frage: berechtigt die Tatsache, dass der Nationalstaat einmal als solcher *sein* Recht anwendet und einmal als „globales Teilsystem“ „*globales*“ Recht anwendet, eine Ungleichbehandlung zwischen „eigenem“ und „globalem“ Recht? Um diese Frage zu beantworten, sind zwei Aspekte zu berücksichtigen, ein inhaltlicher und ein formal/prozessualer.

Inhaltlich erscheinen folgende Überlegungen ausschlaggebend: Zum einen, was die Qualität des zur Anwendung kommenden Rechts anbelangt, wurde gezeigt, dass innerhalb beider Systeme die entsprechenden Rechte jeweils als spezifisch der Lösung der sich stellenden Koordinationsaufgaben dienende Instrumente zum Einsatz kommen. Von dieser Warte aus kann sich damit kein Unterschied ergeben. Eine Ungleichbehandlung könnte allerdings dann gerechtfertigt sein, wenn die Koordinationsaufgaben der beiden Systeme unterschiedlich relevant wären. Einen Unterschied in der Relevanz anzunehmen, mag zu Zeiten, in denen sich Rechtsfragen üblicherweise ausschließlich im Inneren eines Landes ergaben, berechtigt gewesen sein. Mit im Zuge der Globalisierung explosionsartig zunehmenden grenzüberschreitenden oder – wie im Falle des Internets - gar nicht mehr territorial gebundenen Rechtskontakten und damit einhergehender Interdependenz verbietet sich eine solche Sicht jedoch. Inländischen und globalen Koordinationsaufgaben kommt vor diesem Hintergrund gleiche Relevanz zu. Was den inhaltlichen Aspekt angeht, so ist das doppelfunktional handelnde nationale Rechtssystem also den globalen Rechtsbelangen ebenso verpflichtet wie den inländischen.

In formaler Hinsicht könnte sich dann ein Unterschied ergeben, wenn das doppelfunktionale System in jeweils unterschiedlicher Verantwortungsposition aufträte. So ließe sich möglicherweise argumentieren, dass das nationale Rechtssystem als solches auf sich selbst gestellt und letztverantwortlich ist, während es im globalen System nur die Rolle *einer* Komponente unter vielen ausfüllt. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Subsysteme des

globalen Systems – die funktional verdoppelten nationalen Rechtssysteme – zwar in der Tat lediglich Teilkomponenten eines umfassenden Systems und damit nicht die oberste Systemgröße sind, jedoch geht mit diesem Sachverhalt keine verminderte Verantwortung einher: Da das globale System über keine übergeordneten, zentralen Institutionen verfügt, die den Subsystemen Aufgaben abnehmen könnten, trifft jedes einzelne Subsystem die jeweils volle Verantwortung. Die Aufgaben des globalen Systems können also nicht zwischen den zentralen Institutionen und denen der verschiedenen Subsysteme aufgeteilt werden; es kommt vielmehr zu einer *Multiplikation* der Letztverantwortung für das globale System. Diese betrifft alle Subsysteme gleichermaßen. Damit lässt sich auch in formaler Hinsicht kein Unterschied ausmachen: die Nationalstaaten trifft die Letztverantwortung sowohl in ihrer Rolle als nationale Obersysteme als auch in der als globale Subsysteme.

Die nationalen Systeme führen damit in beiden Rollen rechtliche Aufgaben von gleicher Art und gleicher Relevanz aus. Es besteht folglich kein Grund, die in ihren jeweiligen Funktionen zur Anwendung kommenden „inländischen“ und „fremden“ Rechte unterschiedlich zu behandeln.

Wie sich dieses Postulat der Gleichbehandlung in der Praxis auswirken sollte, wird im nächsten Abschnitt demonstriert, wo auf die in Kapitel 2. vorgenommene Darstellungsweise zurückgegriffen und anhand dessen die hier vorgeschlagenen Änderungen erläutert werden.

8.3 Konkrete Auswirkungen der Gleichbehandlung

Der Überblick über Theorie und Anwendungspraxis hat, um es nochmals kurz ins Gedächtnis zu rufen, folgende Tendenzen erkennen lassen: Gemein ist allen untersuchten Rechtsordnungen, dass sie inländisches und ausländisches Recht prozessual unterschiedlich behandeln. Selbst in Deutschland, wo fremdem Recht unbestritten der Rang von „echtem“ Recht zukommt, bestehen Sonderregelungen im Beweis- und Revisionsbereich. Unter französischen Gelehrten ist die Frage, ob fremdes Recht „Recht“ oder „Tatsache“ ist, bis heute umstritten, in der Praxis dürfte dies jedoch obsolet sein. Allerdings kommt fremdem Recht durchaus eine Sonderrolle zu: nicht immer müssen die Kollisionsregeln *ex officio* angewendet werden und auch in den übrigen Bereichen bestehen denen in Deutschland ähnelnde Ungleichbehandlungen. Während sich die beiden untersuchten kontinentalen Rechtsordnungen dennoch durch eine moderat bis sehr offene Einstellung gegenüber fremdem Recht auszeichnen, herrscht in den USA in weiten Teilen ein völlig anderes Klima vor. Wie aufgezeigt, betrachtet man hier IPR-Fragen nach wie vor stark unter Souveränitätsgesichtspunkten und lässt sich sowohl in Lehre als auch Rechtssprechung immer

wieder die Einstellung antreffen, fremdes Recht habe in den USA, um es überspitzt auszudrücken, „nichts zu suchen.“

Im folgenden wird dargestellt, wie „fremdes“ Recht unter der Perspektive des hier vorgeschlagenen globalen Systems zu behandeln ist. Die Ergebnisse der vergleichenden Darstellung in Kapitel 2. werden dabei nicht sämtlich einzeln herangezogen, sondern, nachdem die grobe Linie soeben nochmals dargestellt wurde, lediglich einige markante Punkte herausgegriffen und dem neuen Ansatz gegenübergestellt.

8.3.1 Anwendung ex officio?

Aus der globalen Perspektive, in welcher die jeweiligen nationalen materiellen Rechte das „globalisierte“ *eigene* Recht des Systems darstellen, ist die Anwendung der Kollisionsregeln zwingend. Sie sind notwendiger Schritt, um die Anwendung des zum System gehörenden materiellen „globalen“ Rechts - in Gestalt der funktional verdoppelten nationalen Rechte - zu ermöglichen.

Während es aus der Perspektive der nationalen Rechtsordnungen durchaus fraglich sein kann, ob die Kollisionsregeln *ex officio* anzuwenden sind – weisen sie doch den Weg zu *systemfremden* Rechten⁷⁰¹ und stellen damit eine gewisse Anomalie dar, so sind die Kollisionsregeln im globalen System nichts als ein Element im *normalen* Ablauf; ihre Anwendung ist damit eine Selbstverständlichkeit. Die in der Logik des nationalen Rechts erwägenswerte Frage des „fakultativen Kollisionsrechts“⁷⁰² kann sich deswegen im globalen System nicht mehr stellen; das Prinzip *iura novit curia* gilt direkt und ohne Einschränkung.

In dogmatischer Hinsicht ergeben sich aus dieser Forderung in Deutschland keine Änderungen – allerdings wäre ein verändertes Praxisverhalten wünschenswert. In Frankreich und den USA wären sowohl Dogmatik als auch Praxis auf generelles Anwenden der Kollisionsnormen umzustellen. Vor allem in den USA, wo nur wenige Richter von der ihnen schon jetzt an die Hand gegebenen Befugnis Gebrauch machen, wäre dies Konsequenz und zugleich Wegbereiter eines enormen Umdenkprozesses.

Je selbstverständlicher in den verschiedenen Ländern die Kollisionsregeln angewandt werden, desto häufiger wird, alleine aus diesem Grund, die Entscheidung unter Berücksichtigung fremden Rechts getroffen werden. Für die Gerichte hat dies, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, den Vorteil, dass sie nach und nach ihre Berührungängste verlieren und mit

⁷⁰¹ Wenn auch letztlich inländisches Recht zur Anwendung kommt, so bezieht doch die Kollisionsnorm zunächst möglicherweise anzuwendende fremde Rechte in die Betrachtung ein.

⁷⁰² Vgl. hierzu Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ* 1970, S. 547 ff., Wagner, Fakultatives Kollisionsrecht und Parteiautonomie, *ZEuP* 1999, S. 6 ff., Reichert-Facilides, Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht.

ausländischen Rechtsordnungen immer vertrauter werden. In einer sich selbst verstärkenden Aufwärtsspirale wird damit der Umgang mit fremdem Recht immer selbstverständlicher: je mehr Kenntnis, desto weniger Berührungsangst, desto bereitwilligere Anwendung der Kollisionsnormen, desto mehr Anwendung fremden Rechts, desto mehr Kenntnis etc. Dieses Muster gilt für alle Stufen der hier in Elemente zerlegten Rechtsfindung in globalen Privatrechtsfällen.

8.3.2 Umfang und Verteilung der Ermittlungslast

Da „fremdes“ Recht im globalen System das Recht ist, welches für die Lösung der Fälle zur Verfügung steht, müssen die Richter selbst das Recht kennen – soweit dies nicht der Fall ist, trifft sie die volle Ermittlungspflicht. Das ist eine weitere Implikation des Grundsatzes *iura novit curia*.

In Deutschland können damit die Parteien nicht mehr in die Recherche einbezogen werden, in Frankreich wird die Aufteilung in verschiedene Rechtsmaterien mit unterschiedlichen Ermittlungspflichten hinfällig, und in den USA müssen die Richter, auch in diesem Bereich, aus ihrer Lethargie erwachen.

Dabei wird berücksichtigt, dass die Kenntnis fremden Rechts nicht automatisch genauso selbstverständlich vorausgesetzt werden kann wie die des inländischen. Jedoch darf dieser Umstand nicht davon abhalten, Reformen in Gang zu bringen. Reformen, die nicht nur punktuell am IPR-Mechanismus ansetzen dürfen, sondern sich auf das gesamte Feld erstrecken müssen: In der modernen, hochkomplexen, globalisierten und interdependenten Gesellschaft ist so bspw. eine Beschränkung der juristischen Ausbildung auf nur ein Rechtssystem nicht mehr tolerierbar.⁷⁰³ Neben vielen anderen Maßnahmen gilt es außerdem, die Gerichtsbibliotheken auf die neuen Erfordernisse auszurichten und von den Recherchemöglichkeiten, welche das Internet bietet, umfassenden Gebrauch zu machen.

In Zusammenhang mit der Ermittlungspflicht ist schließlich die Frage zu behandeln, welches Recht bei Nichtermittlung – welche auch bei bestem Willen und Ausstattung auftreten wird – anzuwenden ist. Bislang herrscht in allen Rechtsordnungen der Grundsatz: im Zweifelsfall das Recht des Forums. Das ist insofern logisch, als die *lex fori* im System der nationalstaatlichen Rechtsordnung generellen Regelungsanspruch hat. Wenn auch nicht für Fälle mit Auslandsbezug geschaffen, so kann sie wenigstens mit Blick auf diese generelle

⁷⁰³ Vgl. auch Flessner, Juristische Methode und europäisches Privatrecht, JZ 2002, S. 14 ff, welcher mit Blick auf die Vernetzung innerhalb Europas eine Methodenlehre fordert, „die sich einstellt auf Pluralität der Rechtsquellen, Relativität der Teilrechtssysteme, Diversität der Rechtsinhalte.“ (S. 16); Kadner-Graziano, Gemeineuropäisches internationales Privatrecht.

Regelungskompetenz subsidiäre Anwendung beanspruchen. Diese Logik allerdings ist, wie aufgezeigt, die des *einzelstaatlichen* Rechtssystems. Im globalen System handelt der Einzelstaat jedoch nicht mehr als solcher, sondern als funktional verdoppelter. Er agiert als Subsystem des *globalen* Systems, welches allen nationalen materiellen Rechten – als gedanklicher Ersatz für das eigentlich systemkonforme globale materielle Recht – grundsätzlich gleichen Anwendungsanspruch zugesteht. Die Anwendung des national materiellen Rechts des handelnden Subsystems ist damit konstruktiv nicht näherliegend als die Anwendung des „fremden“ Rechts: im nationalen System mag *ausschließlich* das nationale materielle Recht generelle Regelungskompetenz haben - im globalen System jedoch kommt diese *allen* – doppelunktionalen – materiellen Rechten zu.

Um zu einem Ergebnis zu gelangen, ohne auf das „eigene“ nationale Recht zurückzugreifen, sollten die Gerichte deswegen in Fällen der Nichtermittelbarkeit auf die in Deutschland bereits teilweise verwendeten Hilfsanknüpfungen zurückgreifen. Dies wird vor allem denjenigen amerikanischen Gerichten schwerfallen, die mit *Currie* und *Ehrenzweig* fest von der nationalstaatlich fixierten Vorstellung ausgehen, das eigene Recht sei grundsätzlich und immer „besser berechtigt“ als irgendein fremdes Recht, weswegen sie die Anwendung eigenen Rechts auch in Konstellationen mit Auslandsberührung als den Normalfall betrachten.

8.3.3 Beweismittel

Das Wort „Beweismittel“ ist nach alledem nicht mehr angebracht: als vollwertiges Systemrecht wird das jeweilige „fremde“ Recht nicht bewiesen. Allerdings lässt sich nicht bestreiten, dass der Erkenntnis von - aus der Sicht des Richters – ausländischem Recht andere Hindernisse im Wege stehen als im Falle des inländischen. Es muss also auch – und gerade – nach dem hier vorgeschlagenen Weg zusätzliche Mechanismen geben, deren sich die Gerichte zur Ermittlung des fremden Rechts bedienen können. Bereits jetzt existierende positive Ansätze sind Kooperationsvereinbarungen wie das bereits erwähnte *Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht*⁷⁰⁴. Instrumente wie das in Frankreich übliche *certificat de coutume* allerdings scheiden in Zukunft aus: Es wird im Parteiauftrag erstellt – hinfällig aufgrund der den Richter treffenden vollumfänglichen Ermittlungspflicht – und ist für seine damit einhergehende Anfälligkeit für Parteilichkeit bekannt.

⁷⁰⁴ BGBl. 1974 II 938, deutsches Ausführungsgesetz BGBl. 1974 I 1433; vgl. auch oben, Fn. 161, zu weiteren Mechanismen.

Grundsätzlich ist hier vor allem eine den heutigen Erfordernissen angepasste Praxisreaktion gefordert, wie sie bereits oben anklang. Über die Nutzung der kommunikationstechnischen Möglichkeiten hinausgehend lässt sich vor allem an ein Ausbauen der Kooperation zwischen den Gerichten und Behörden der verschiedenen nationalen Rechtssysteme denken. Unter 7.2.2. wurde der Gedanke vorgestellt, die Entscheidungsträger der einzelnen Staaten bildeten untereinander, zusammen mit weiteren relevanten Akteuren, ein kommunikatives Netzwerk. Hier sind wir nun mit der konkreten praktischen Ausformung dieses Netzes konfrontiert; ein genaues Bild davon zu entwerfen, geht allerdings über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.

8.3.4 Revisibilität

Mit der Perspektive auf das globale Gesamtsystem erweitert sich der Blick der Akteure auf die Belange der Gemeinschaft. Das Argument, die sachlich richtige Anwendung fremden Rechts sei deswegen in der Revisionsinstanz nicht zu überprüfen, weil das höchste Gericht für Rechtseinheit nur im Landesinnern – sprich: Systeminnern – zu sorgen habe, ist damit hinfällig. Das Revisionsgericht agiert gerade nicht mehr für das nationale Rechtssystem als solches, sondern – funktional verdoppelt – für das globale System. Die falsche Anwendung eines „fremden“ Rechts ist vor diesem Hintergrund falsche Anwendung des *systemeigenen* Rechts und muss damit überprüfbar sein.

Das Rollenverständnis des Gerichts wird dabei gewahrt: Es wäre in der Tat widersinnig, für Rechtsentwicklung außerhalb des eigenen Systems oder für Rechtseinheit mit Blick auf Elemente aus der Umwelt zu sorgen. Dies wird dem Gericht deshalb auch nicht abverlangt: Durch Überprüfung der Anwendung „fremden“ Rechts sorgt es vielmehr für Rechtseinheit im Systeminnern – im Innern des *globalen* Systems.

Die in Deutschland getroffenen Unterscheidungen zwischen Verfahrens- und Anwendungsfehlern wird dadurch hinfällig, in Frankreich solche Konstruktionen wie der *contrôle de dénaturation*. Dieser Kontrollmechanismus beruht, wie dargestellt, auf einer Parallele zu dem im Vertragsrecht praktizierten. Die notwendige Parallele wird darin gesehen, dass Verträge wie fremdes Recht nur durch ausdrücklichen Befehl des inländischen Souveräns⁷⁰⁵ Normwirkung entfalten können. Diese Argumentation wird überflüssig: wie dargestellt, kommt dem „fremden“ Recht Normkraft *aus sich selbst heraus*, in seiner Rolle als Koordinationsinstrument im globalen Privatrechtskonflikt, zu.

⁷⁰⁵ Vgl. für Verträge Art. 1134 des französischen *code civil*: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »

8.4 Schlussbetrachtung

Diese Abhandlung plädiert für eine einheitliche Perspektive auf das internationale Privatrecht – das internationale Privatrecht als globales System, in welchem allen Privatrechten im IPR-Mechanismus gleicher Status zukommt und die globale Privatrechtskoordinierung als *gemeinsame* Aufgabe betrachtet wird.

Längst sind die Zeiten vorbei, in denen Nationen unabhängig voneinander ihre rechtlichen Besonderheiten pflegen konnten. Unter den aktuellen Bedingungen der Globalisierung muss es vielmehr darauf ankommen, die Internationalprivatrechte der verschiedenen Staaten zusammenzuführen. Ein erster Schritt auf diesem Weg ist eine Perspektive, welche nicht mehr das Trennende, sondern das Vereinende betont. Unter dieser neuen Perspektive wird das historisch gewachsene Prinzip *iura novit curia* – zentral, wie aufgezeigt, für die Unterscheidung zwischen „eigenem“ und „fremdem“ Recht – in seiner alten Form keinen Platz mehr haben. Ein Blick zurück auf den ideologischen Entstehungszusammenhang (vgl. 1.1.2.2.2) zeigt, dass die Beweggründe dafür, den Rechtsanwendern Kenntnis nur bezüglich der „eigenen“ Normen abzuverlangen, inzwischen keine Gültigkeit mehr beanspruchen können: In *logistischer* Hinsicht erlauben es das Internet und generell optimierte Kommunikationswege heutzutage, Informationen in Sekundenschnelle zu erlangen, und eine immer internationaler werdende juristische Ausbildung sollte in der Zukunft ganz allgemein für Grundkenntnisse in fremden Rechtsordnungen sorgen. Von einem *pragmatischen* Blickwinkel aus muss es *gerade* darauf ankommen, alle Rechte gleich zu behandeln, denn nur dies trägt der Tendenz Rechnung, dass mit zunehmender Interdependenz das „eigene“ Recht für jede Nation ebenso relevant wird wie das der Nachbarn. Dieselbe Überlegung greift auch in *politischer* Hinsicht: die Verhältnisse haben sich im Vergleich zu früher umgekehrt; keine Rechtsgemeinschaft kann sich heutzutage mehr erhoffen, die eigenen Belange auf Kosten anderer vorantreiben zu können, indem das „eigene“ Recht im Verhältnis zum „fremden“ überhöht wird.

Kurz: alle Gründe, die vor vielen hundert Jahren die Ausflüsse der Maxime *iura novit curia* praktisch und legitim gemacht haben mögen, sind heutzutage weggefallen. Angesichts der modernen Verhältnisse bedeutet die Anwendung des Grundsatzes nur auf das jeweilige Forumsrecht keine Erleichterung mehr, sondern stellt vielmehr ein Hindernis für progressive Entwicklungen dar.

LITERATURVERZEICHNIS

Abrahamson, Shirley/Fischer, Michael J.

All the World's a Courtroom: Judging in the New Millenium
in: Hofstra Law Review 1997, S. 273 ff

Ago, Roberto

Règles générales des conflits de lois
in: Recueil des Cours 1936, Bd. IV, S. 247 ff.

Akehurst, Michael

Jurisdiction in International Law
in: British Yearbook of International Law 1974, S. 215 ff.

Alexander, Gregory S.

The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekom
in: Northwestern University Law Review 1975, S. 602 ff.

Alexy, Robert

Begriff und Geltung des Rechts
München 1992

Anzilotti, Dioniso

Corso di lezioni di diritto internazionale, 1918
in: Corsi di diritto internazionale privato e processuale, S. 1 ff. (Sammelband)
Mailand 1996

Anzilotti, Dioniso

Corso di diritto internazionale privato, 1925
in: Corsi di diritto internazionale privato e processuale, S. 381 ff. (Sammelband)
Mailand 1996

Audit, Bernard

Droit International Privé, 3e édition
Paris 2000

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 1. Aufl.
München 2003

Bar, Christian v.

Theorien zur Erklärung der Anwendung ausländischen Rechts und kollisionsrechtliche Methode
in: Liber Memorialis François Laurent, S. 1167 ff.
Brüssel 1989

Bar, Christian v. /Mankowski, Peter

Internationales Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl.
München 2003

Bartin, Étienne

Principes de droit international privé
selon la loi et la jurisprudence françaises
Paris 1930

Basedow, Jürgen

Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor
offerentis
in: RabelsZ 1995, S. 1 ff.

Batiffol, Henri

Aspects philosophiques du droit international privé
Paris 1956

Batiffol, Henri

Droit International Privé, 8e édition
Paris 1993

Beale, Joseph

A Treatise on the Conflict of Laws I
New York 1935

Berger, Klaus Peter

Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode
in: ZEuP 2001, S. 4 ff.

Berger, Klaus Peter

Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts
Zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria
Berlin, New York 1996

Berger, Klaus Peter

The New Law Merchant and the Global Market Place
in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, S. 1 ff.
Den Haag, London, Boston 2001

Berman, Harold J./Dasser, Felix J.

The „New“ Law Merchant and the „Old“: Sources, Content and Legitimacy
in: Carbonneau, Thomas E. (Hrsg.), Lex Mercatoria and arbitration: a discussion of the new
law merchant, S. 21 ff.
New York 1990

Bleckmann, Albert

Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts
Köln, Berlin, Bonn, München 1992

Blaurock, Uwe

Übernationales Recht des Internationalen Handels
in: ZEuP 1993, S. 247 ff.

Boele-Woelki, Katharina

Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?

in: Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen

Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht

Heidelberg 2000

Bogdandy, Armin v.

Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam

Baden-Baden 1999

Bonell, Michael Joachim

The UNIDROIT Principles and Transnational Law

in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, S. 23 ff.

Den Haag, London, Boston 2001

Borchers, Patrick J.

The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study

in: Washington & Lee Law Review 1992, S. 357 ff.

Bredin, Jean-Denis

La loi du juge

in: Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman, S. 15 ff., Paris 1982

Breitenstein, Detlev v.

Rechtsordnung und „Lex Mercatoria“ – Zur vergeblichen Suche nach einem „anationalen“ Recht für die internationale Arbitrage

in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, S. 111 ff.

Heidelberg 2000

Broggini, Gerardo

Die Maxime „iura novit curia“ und das ausländische Recht

in: AcP 1965, S. 469 ff.

Brown, John R.

44.1 Ways to Prove Foreign Law

in: Maritime Law 1984, S. 179

Bucher, Andreas

Transnationales Recht im IPR

in: Schwind, Fritz (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Rechtsgelehrter, S. 11 ff.

Wien 1986

Bühning-Uhle, Christian

Arbitration and Mediation in International Business

Den Haag, London, Boston 1996

Büllesbach, Alfred

Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft

in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und
Rechtstheorie der Gegenwart, S. 440 ff.

Heidelberg 1994

Cavers, David F.

The Choice of Law – Selected Essays, 1933 – 1983

Durham, N.C. 1985

Cavers, David F.

The Choice-of-Law-Process

Ann Arbor 1965

Cheatham, Elliott E.

American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility

in: Harvard Law Review 1945, S. 361 ff.

Cheatham, Elliott E./Reese, Willis

Choice of the Applicable Law

in: Columbia Law Review 1952, S. 959 ff.

Chevallier, Jacques

L'ordre juridique

in : Chevallier, Jacques et al. (Hrsg.), Le droit en procès, S. 7 ff.

Paris 1983

Cook, Walter Wheeler

The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws

Cambridge, Mass. 1942

Currie, Brainerd

Selected Essays on the Conflict of Laws

Durham, N.C. 1963

Currie, Brainerd

The Disinterested Third State

in: Law and Contemporary Problems 1963, S. 754 ff.

Currie, David P./Kay, Herma Hill/Kramer, Larry

Conflict of Laws, 6th Edition

St. Paul, Minn. 2001

De Ly, Filip

Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization
in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, S. 179 ff.
Heidelberg 2000

Dicey, A.V.

A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws
Boston 1896

Dolinger, Jacob

Application, Proof and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private
International Law
in: Arizona Journal of International and Comparative Law 1995, S. 225 ff.

Eckhoff, Torstein/Sundby, Nils Kristian

Rechtssysteme: eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie
Berlin 1988

Ehrenzweig, Albert A.

A Treatise on the Conflict of Laws
St. Paul, Minn. 1962

Ellscheid, Günter

Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung
in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und
Rechtstheorie der Gegenwart, S. 179 ff.
Heidelberg 1994

Fabricius, Fritz

Internationales Handelsrecht und Weltfrieden – Eine Bestandsaufnahme
in: Fabricius, Fritz (Hrsg.), Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel,
Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, S. 101 ff.
Frankfurt am Main 1973

Fassbender, Bardo

Die Souveränität des Staates als Autonomie im Rahmen der völkerrechtlichen Verfassung
in: Festschrift für Erik Jayme, S. 1089 ff.
München 2004

Fastrich, Lorenz

Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts
in: ZZP 1997, S. 423 ff.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte

Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old
Couple
in: The American Journal of Comparative Law 2001, S. 407 ff.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte

Le juge français et le droit étranger
in: Rec. Dalloz 2000, S. 125 ff.

Ferrand, Frédérique

Die Behandlung ausländischen Rechts durch die französische Cour de Cassation
in: ZEuP 1994, S. 126 ff.

Finnis, John

Natural Law and Natural Rights
Oxford 1999

Flessner, Axel

Fakultatives Kollisionsrecht
in: RabelsZ 1970, S. 547 ff.

Flessner, Axel

Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht
Tübingen 1990

Flessner, Axel

Juristische Methode und europäisches Privatrecht
in: JZ 2002, S. 14 ff.

Fletcher, Gorge

Paradoxes in Legal Thought
in: Columbia Law Review 1985, S. 1263 ff.

Frankenstein, Ernst

Internationales Privatrecht (Grenzrecht) I
Berlin 1926

Friedenthal, Jack H. /Kane, Mary /Miller, Arthur Raphael

Civil Procedure, 3rd Edition
St. Paul, Minnesota 1999

Fuller, Lon L.

The Morality of Law
New Haven, London 1969

Gaillard, Emmanuel

Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making?
in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, S. 53 ff.
Den Haag, London, Boston 2001

Galgano, Francescom

Die Globalisierung im Spiegel des Rechts
in: ZEuP 2003, S. 237 ff.

Geisler, Werner

Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“ im Zivilprozeß
in: ZZP 1991, S. 176 ff.

Glenn, Patrick H.

Comparative Law and Legal Practice: On Removing the Borders
in: Tulane Law Review 2001, S. 977 ff.

Goldman, Berthold

Frontières du droit et lex mercatoria
in: AcP 1964, S. 177 ff.

Goldman, Berthold

La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives
in: Journal du droit international (Clunet) 1979, S. 475 ff.

Goldman, Berthold

Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria
in: Dominicé, Christian (Hrsg.), Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, S. 241 ff.
Frankfurt 1993

Goldstajn, Aleksandar

The New Law Merchant Reconsidered
in: Fabricius, Fritz (Hrsg.), Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel, Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, S. 171 ff.
Frankfurt am Main 1973

Griffiths, John

What is Legal Pluralism?
in: Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 1986, S. 1 ff.

Gruber, Joachim

Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte
in: ZRP 1992, S. 6 ff.

Gurvitch, Georges

Grundzüge der Soziologie des Rechts
Neuwied 1960

Gutzwiller, Max

Geschichte des Internationalprivatrechts – Von den Anfängen bis zu den großen
Privatrechtskodifikationen
Basel, Stuttgart 1977

Gutzwiller, Max

Le développement historique du droit international privé
in: Recueil des Cours 1929, Band IV, S. 291 ff.

Hart, H.L.A.

The Concept of Law
Oxford 1994

Hartley, Trevor C.

Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared
in: International and Comparative Law Quarterly 1996, S. 271 ff.

Hay, Peter

Vereinigte Staaten von Amerika (Länderbericht)
in: Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht
Tübingen 1968

Herzfelder, François

Die Prüfungspflicht der französischen Gerichte hinsichtlich kollisionsrechtlicher Fragen
in: RIW 1990, S. 354 ff.

Highet, Keith

The Enigma of the Lex Mercatoria
in: Tulane Law Review 1989, S. 613 ff.

Hinden, Michael v.

Persönlichkeitsverletzung im Internet: Das anwendbare Recht
Tübingen 1999

Hoffmann, Bernd v.

Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des internationalen
Zivilverfahrensrechts, 7. Aufl.
München 2002

Horn, Norbert

Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des
juristischen Denkens
in: NJW 1967, S. 601 ff.

James, Fleming, Jr/Hazard, Geoffrey C., Jr/Leubsdorf, John

Civil Procedure
Boston, Toronto, London 1992

Johnson, David/Post, David

Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace,
in: Stanford Law Review 1996, S. 1376 ff. / www.cli.org/X0025_LBFIN.html

Joerges, Christian

Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit
in: ZHR 1974, S. 549

Joerges, Christian

Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts
Berlin, Tübingen 1971

Juenger, Friedrich K.

A Third Conflicts Restatement?
in: Indiana Law Journal 2000, S. 403 ff.

Juenger, Friedrich K.

American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant
in: Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1995, S. 487 ff.

Juenger, Friedrich K.

Choice of Law and Multistate Justice
Dordrecht, Boston, London 1993

Juenger, Friedrich K.

Choice of Law: How It Ought Not to Be
in: Mercer Law Review 1997, S. 757 ff.

Juenger, Friedrich K.

The Lex Mercatoria and Private International Law
in: Louisiana Law Review 2000, S. 1133 ff.

Juenger, Friedrich K.

The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems
in: Tulane Law Review 1999, S. 1309 ff.

Kadner-Graziano, Thomas

Gemeineuropäisches internationales Privatrecht: Harmonisierung des IPR durch Wissenschaft
und Lehre
Tübingen 2002

Kahn, Philippe

Lex Mercatoria et Euro-Obligations
in: Fabricius, Fritz (Hrsg.), Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel,
Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, S. 215 ff.
Frankfurt am Main 1973

Kahn, Philippe

La vente commerciale internationale
Paris 1961

Kane, Mary

Civil Procedure in a Nutshell
St. Paul, Minn. 1996

Kay, Herma Hill

Theory into Practice: Choice of Law in American Courts
in: Mercer Law Review 1983, S. 521 ff.

Kaufmann, Arthur

Problemgeschichte der Rechtsphilosophie

in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 1 ff.

Heidelberg 1994

Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus

Internationales Privatrecht: ein Studienbuch, 8. Aufl.

München 2000

Kerameus, Konstantinos

Revisibilität ausländischen Rechts – Ein rechtsvergleichender Überblick

in: ZZP 1999, S. 166 ff.

Kindl, Johannes

Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten

in: ZZP 1998, S. 177 ff.

Klein, Frédéric-Edouard

De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux

in : Flume, Werner (Hrsg.), Internationales Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag, S. 617 ff.

München 1977

Kopelmanas, Lazare

La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit des conflits de lois

in: La technique et les principes du droit publique

Etudes en l'honneur de Georges Scelle II, S. 753 ff.

Paris 1950

Koschaker, Paul

Europa und das römische Recht, 4. Aufl.

München, Berlin 1966

Kramer, Larry

Choice of Law in American Courts in 1990: Trends and Developments

in: The American Journal of Comparative Law 1991, S. 465 ff.

Kropholler, Jan

Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht – Gedanken zur anstehenden Gesetzesreform

in: FamRZ 1980, S. 753 ff.

Kropholler, Jan

Internationales Privatrecht, 5. Aufl.

Tübingen 2004

Ladeur, Karl-Heinz

Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept

in: European Law Journal 1997, S. 33 ff.

Lagarde, Paul

Approche critique de la lex mercatoria

in : Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman,
S. 125 ff.

Paris 1982

Langen, Eugen

Transnationales Recht

Heidelberg 1981

Langen, Eugen

Vom Internationalen Privatrecht zum Transnationalen Handelsrecht

in: NJW 1969, S. 358 ff.

La Torre, Massimo

On the Relevance of Legal Theory for Legal Practice, A Plea for Jurisprudence

in: Aarnio, Aulis (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit

Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, S. 687 ff.

Berlin 1993

Leflar, Robert A.

Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law

in: NYU Law Review 1966, S. 267 ff.

Lequette, Yves

L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des
11 et 18 octobre 1988)

in : Revue critique de droit international privé 1989, S. 277 ff.

Loussouarn, Yvon/Bourel, Pierre

Droit international privé, 7e édition

Paris 2001

Luhmann, Niklas

Das Recht der Gesellschaft

Frankfurt am Main 1993

Luhmann, Niklas

Rechtssoziologie

Reinbek bei Hamburg 1983

Luhmann, Niklas

The Unity of the Legal System

in: Teubner, Gunther (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, S. 12
ff

Berlin, New York 1988

Lyon-Caen, Antoine

Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales

in : Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman

Paris 1982

Mancini, Pasquale Stanislao

Les règles générales du droit international privé
in: Journal du droit international 1874, Bd. I, S. 221 ff., 285 ff.
Bad Feilnbach 1987 (Neudruck)

Mann, F. A.

Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung
in: ZHR 1968, S. 97 ff.

Mayer, Pierre/Heuzé Vincent

Droit international privé, 7e édition
Paris 2001

McDougal, Luther L., III

Toward the Increased Use of Interstate and International Policies in Choice-of-Law Analysis
in Tort Cases under the Second Restatement and Leflar's Choice-Influencing Considerations
in: Tulane Law Review 1996, S. 2465 ff.

McDougal, Luther L.,III/Felix, Robert L./Whitten, Ralph V.

American Conflicts Law, 5th Edition
Ardsley, NY 2001

McFadden, Patrick M.

Provincialism in United States Courts
in: Cornell Law Review 1995, S. 4 ff.

Mehren, Arthur Taylor v.

The Significance of the State for Choice of Law
in: Bernstein, Herbert/Drobnig, Ulrich/Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert
zum 70. Geburtstag, S. 287 ff.
Tübingen 1981

Mehren, Arthur Taylor v.

To what Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?
in: Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman
Paris 1982

Mertens, Hans-Joachim

Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Recht und Rechtsbegriff
RabelsZ 1992, S. 219 ff.

Miller, Arthur R.

Federal Rule 44.1 and the 'Fact' Approach to Determining Foreign Law: Death-Knell for a
Die-Hard Doctrine
in: Michigan Law Review 1976, S. 613 ff.

Münchener Kommentar

zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 3. Aufl.

Internationales Privatrecht
München 1998

Münchener Kommentar
zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl.
München 2000

Mustill, Rt. Hon. Lord Justice
The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five years
in: Bos, Maarten (Hrsg.), Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce
Oxford 1987

Niederer, Werner
Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl.
Zürich 1961

Otto, Günter
Der verunglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch
„Beweiserhebung“
in: IPrax 1995, S. 299 ff.

Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl.
München 2004

Pillet, Antoine
Traité pratique de droit international privé
Grenoble, Paris 1923

Pollack, Milton
Practitioner`s Notebook, Proof of Foreign Law
in: The American Journal of Comparative Law 1978, S. 470 ff.

Ponsard, André
L`office du juge et l`application du droit étranger
in: Revue critique de droit international privé 1990, S. 607 ff.

Pfeiffer, Thomas
Die revisionsgerichtliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts
in: NJW 2002, S. 3306 ff.

Puttfarcken, Hans-Jürgen

Droit commun législatif und die Einheit der Profession
Eine ketzerische Reflexion zur Rechtsvergleichung
in: RabelsZ 1981, S. 91 ff.

Raape, Leo/Sturm, Fritz

Internationales Privatrecht, 6. Auflage
München 1977

Rabel, Ernst

The Conflict of Laws – A Comparative Study, 2nd Edition
Ann Arbor 1958

Redfern, Allen/Hunter, Martin

Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd Edition
London 1999

Reese, Willis

A Suggested Approach to Choice of Law
in: Vermont Law Review 1989, S. 1 ff.

Reese, Willis

Choice of Law: Rules or Approach
in: Cornell Law Review 1972, S. 315 ff.

Reichert-Facilides, Daniel

Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht
Tübingen 1995

Reimann, Mathias

Parochialism in American Conflicts Law
in: The American Journal of Comparative Law 2001, S. 369 ff.

Reinhard, Wolfgang

Geschichte der Staatsgewalt
Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart
München 2000

Remien, Oliver

Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?
in: RabelsZ 1992, S. 301 ff.

Rigaux, François

Souveraineté des États et arbitrage transnational
in : Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman
Paris 1982

Robé, Jean-Philippe

Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order
in: Teubner, Gunther (Hrsg.), Global Law without the State, S. 45 ff.
Aldershot, Brookfield 1997

Romano, Santi

L'ordinamento giuridico, 4. Aufl.
Florenz 1962

Sack, Alexander N.

Conflicts of Law in the History of the English Law
in: Law, A Century of Progress 1835 – 1935, Bd. 3
New York 1937

Sandrock, Otto

Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie
in: BB 1999, S. 1337 ff.

Sass, Stephen L.

Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey
in: The American Journal of Comparative Law 1968, S. 332 ff.

Sass, Stephen L.

Foreign Law in Federal Courts
in: The American Journal of Comparative Law 1981, S. 97 ff.

Savigny, Carl Friedrich v.

System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, Nachdruck der 2. Auflage 1849
Darmstadt 1956

Scelle, Georges

Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel
in: Schätzel, Walter/Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Rechtsfragen der internationalen
Organisation, Festschrift für Hans Wehberg, S. 324 ff.
Frankfurt 1956

Schack, Haimo

Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet –
Internationales Privatecht
in: MMR 2000, S. 59 ff.

Schiff Berman, Paul

The Globalization of Jurisdiction
in: University of Pennsylvania Law Review 2002, S. 311 ff.

Schlesinger, Rudolf B.

A Recurrent Problem in Transnational Litigation; The Effect of Failure to Invoke or Prove the
Applicable Foreign Law
in: Cornell Law Review 1973, S. 1 ff.

Schlesinger, Rudolf B.

Die Behandlung des Fremdrechts im Amerikanischen Zivilprozeß
in: *RabelsZ* 1962, S. 54 ff.

Schlesinger, Rudolf B./Baade, Hans W./Damaska, Mirjan R./Herzog, Peter E.

Comparative Law
Mineola, N. Y. 1988

Schmidtchen, Dieter

Territorialität des Rechts – Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte
in: *RabelsZ* 1995, S. 56 ff.

Schmitthoff, Clive M.

International Trade Law and Private International Law
in: von Caemmerer, Ernst/Nikisch, Arthur/Zweigert, Konrad (Hrsg.), *Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, Festschrift für Hans Dölle, S. 257 ff.
Tübingen 1963

Schulze, Hagen

Kleine deutsche Geschichte
München 1996

Schurig, Klaus

Kollisionsnorm und Sachrecht
Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts
Berlin 1981

Scoles, Eugene F./Hay, Peter

Conflict of Laws, 2nd Edition
St. Paul, Minn. 1992

Siehr, Kurt

Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria
in: Holl, Wolfgang/Klinke, Ulrich (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht: Referate eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt-Stiftung vom 26. – 30. September 1983 in Ludwigsburg*
Köln, Berlin, Bonn, München 1985

Smith, Gregory E.

Choice of Law in the United States
in: *Hastings Law Journal* 1987, S. 1041 ff.

Solimine, Michael E.

An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law
in: *Georgia Law Review* 1989, S. 49 ff.

Sommerlad, Klaus

Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung
in: *NJW* 1991, S. 1377 ff.

Sommerlad, Klaus

Grundsätze für die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß
in: RIW 1991, S. 856

Sonnenberger, Hans Jürgen

Europarecht und Internationales Privatrecht
in: ZVglRWiss 1996, S. 3 ff.

Spickhoff, Andreas

Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?
in: ZZP 1999, S. 265 ff.

Stein, Ursula

Lex Mercatoria, Realität und Theorie
Frankfurt am Main 1995

Story, Joseph

Commentaries on the Conflict of Laws, 5th Edition
Boston 1857

Symeonides, Symeon C.

Choice of Law in the American Courts in 1995: A Year in Review
in: The American Journal of Comparative Law 1996, S. 181 ff.

Symeonides, Symeon C.

The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)
in: Indiana Law Journal 2000, S. 437 ff.

Teitz, Louise Ellen

From the Courthouse in Tobago to the Internet: The Increasing Need to Prove Foreign Law in
US Courts
in: Journal of Maritime Law and Commerce 2003, S. 97 ff

Teubner, Gunther

Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems
in: The American Journal of Comparative Law 1997, S. 149 ff.

Teubner, Gunther

Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors
in: Teubner, Gunther (Hrsg.), Global Law without the State, S. xiii ff.
Aldershot, Brookfield 1997

Teubner, Gunther

“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society
in: Teubner, Gunther (Hrsg.), Global Law without the State, S. 3 ff.
Aldershot, Brookfield 1997

Teubner, Gunther

How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law
in: Law and Society Review 1989, S. 727 ff.

Teubner, Gunther

Recht als autopoietisches System
Frankfurt am Main 1989

Teubner, Gunther

The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy
in: Law and Society Review 1997, S. 763 ff.

Teubner, Gunther

The "State" of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in
Germany
in: Brigham Young University Law Review 1993, S. 553 ff.

Van de Kerchove, Michel/Ost, François

Le droit ou les paradoxes du jeu
Paris 1992

Van de Kerchove, Michel/Ost, François

Le système juridique entre ordre et désordre
Paris 1988

Virally, Michel

Un tiers droit? Réflexions théoriques
in: Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman
Paris 1982

Wächter, Carl Georg v.

Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten
in: AcP 1824, S. 230 ff.

Wagner, Gerhard

Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie
in: ZEuP 1999, S. 6 ff.

Wagner, Heinz

Normenbegründungen: Einführung in die spätbürgerliche Geltungsdiskussion
Köln 1982

Wesel, Uwe

Geschichte des Rechts
München 1997

Wieacker, Franz

A History of Private Law in Europe
Oxford 1995

Wiebringhaus, Hans

Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung
Saarbrücken 1955

Yntema, Hessel E.

Die Historischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts

in: Dölle, Hans/Rheinstein, Max/Zweigert, Konrad (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel Bd. I, S. 513 ff.

Tübingen 1954

Yntema, Hessel E.

The Comity-Doctrin

in : Caemmerer, Ernst/Nikisch, Arthur/Zweigert, Konrad (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle Bd. I, S. 65 ff.

Tübingen 1963

Zajtay, Imre

L'application du droit étranger : science et fictions

in: Revue internationale de droit comparé 1971, S. 49 ff.

Zippelius, Reinhold

Rechtsphilosophie, 4. Auflage

München 2003

Zumbansen, Peer

Lex Mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts

in: RabelsZ 2003, S. 637 ff.

Zweigert, Konrad/Puttfarcken, Hans-Jürgen

Zum Nationalismus der Rechtsvergleichung – Ein Essay

in: Horn, Norbert (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag Bd. II, S. 593 ff.

München 1982

Selbständigkeitserklärung

Ich versichere, dass ich die vorliegende Doktorarbeit selbständig angefertigt und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäß aus veröffentlichten und nicht nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich als solche kenntlich gemacht. Die Doktorarbeit hat keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen.

Berlin, im Oktober 2005

Gabriele Scherer