



---

FAKULTATIVES KOLLISIONSRECHT

Author(s): Axel Flessner

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1970, 34. Jahrg., H. 3/4, KONRAD ZWEIGERT zum 60. Geburtstag (1970), pp. 547-584

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27875385>

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

## II. KOLLISIONSRECHT

### FAKULTATIVES KOLLISIONSRECHT

Von AXEL FLESSNER

Hamburg \*

Zu den Elementarregeln richterlicher Tätigkeit gehört in Deutschland der Grundsatz, daß der Richter die maßgebenden Rechtsnormen von Amts wegen festzustellen und anzuwenden hat, also auch dann, wenn die Parteien sich nicht auf sie berufen haben: „Iura novit curia.“<sup>1</sup> Diesem Satz folgt man auch im Internationalen Privatrecht. Wenn also der vorgelegte Sachverhalt ein internationales Element enthält und das heimische Kollisionsrecht deshalb auf ausländisches Recht verweist, so muß der Richter das ausländische Recht anwenden, selbst wenn die Parteien es nicht verlangt oder sogar zu erkennen gegeben haben, daß sie an der Anwendung fremden Rechts nicht interessiert sind<sup>2</sup>.

Der deutschen Doktrin ist dies im Laufe der vergangenen Jahrzehnte so selbstverständlich geworden, daß die Lehrbücher schon gar keine Begründung mehr dafür geben<sup>3</sup>. Nur im internationalen Schuldrecht macht man faktisch eine Ausnahme. Wenn die Parteien eines Vertrages sich im Rechtsstreit auf deutsches Recht berufen oder auch nur stillschweigend von seiner Anwendung ausgehen, genügt das der Rechtsprechung, um weiteres kollisionsrechtliches Fragen zu unterdrücken und schlicht das eigene Recht anzuwenden<sup>4</sup>. Gerechtfertigt wird diese Praxis traditionell kolli-

\* Abgekürzt werden zitiert: *Dölle*, IPR (1968); *Kegel*, IPR<sup>2</sup> (1964); *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des IPR (1962); *Raape*, IPR<sup>5</sup> (1961); *M. Wolff*, Das IPR Deutschlands<sup>3</sup> (1954).

<sup>1</sup> *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht<sup>10</sup> (1969) § 134 II 4; *Stein/Jonas (-Pohle)*, ZPO<sup>19</sup> (1965 ff.) Anm. IV 2 e vor § 128.

<sup>2</sup> Siehe z. B. RG 24. 5. 1921, RGZ 102, 214 (125); 5. 11. 1928, JW 1929, 434; *Kegel* 177; *ders.*, Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts: Festschrift Nipperdey I (1965) 453 ff. (458); *Neuhaus* 224; *Raape* 122; *Wolff* 84 N. 1; *Dölle*, Über die Anwendung fremden Rechts: Jb. MPG 1956, 34 ff. (54) (= GRUR 1957, 56 ff. [61 f.]).

<sup>3</sup> Siehe *Kegel* 177; *Raape* 122; *Wolff* 84 N. 1. Die letzte ausführliche Begründung stammt von *Zitelmann*, IPR I (1897) 302 ff.

<sup>4</sup> Siehe z. B. BGH 24. 6. 1958, IPRspr. 1958-59 Nr. 36; 21. 11. 1960,

sionsrechtlich: Man sagt, das Verhalten der Parteien im Prozeß sei ein maßgebendes Indiz dafür, daß die Parteien eine stillschweigende Rechtswahl getroffen hätten, oder dafür, daß der Schwerpunkt des Vertrages in Deutschland liege<sup>5</sup>.

Gelegenheit zur Überprüfung der deutschen Position ergab sich auf dem internationalen Kolloquium „Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht“, das 1966 vom Max-Planck-Institut in Hamburg veranstaltet wurde<sup>6</sup>. Hier zeigte sich, daß man im Ausland zum Teil anders verfährt. Es gibt zwar einerseits Länder, besonders in Kontinentaleuropa, die den deutschen Standpunkt teilen, so z. B. Österreich und Italien, außerdem durchweg die sozialistischen Länder<sup>7</sup>. Auf der anderen Seite stehen jedoch u. a. Frankreich, England, die Vereinigten Staaten<sup>8</sup>, manche Kantone der Schweiz<sup>9</sup> und – jedenfalls für den Prozeß bei Verhandlungsgrundsatz – auch die skandinavische Praxis<sup>10</sup>: Ausländisches Recht, auf das die heimischen Kollisionsnormen verweisen, wird nur dann angewandt, wenn eine Partei es beantragt.

Die deutschen Teilnehmer des Kolloquiums waren von den abweichenden ausländischen Lösungen nicht beeindruckt, wobei sie sich in ihrem Standpunkt dadurch bestärkt fühlen mochten, daß man im Ausland das fremde Recht vielfach noch als Tatsache behandelt und gerade damit auch die Antragslast der Parteien erklärt<sup>11</sup> – eine Auffassung, die hierzulande längst überwunden ist<sup>12</sup>. In der Diskussion zeigte sich denn, daß die deutsche Seite einmütig an der bisherigen deutschen Praxis festhalten

IPRspr. 1960–61 Nr. 30; 1. 4. 1965, IPRspr. 1964–65 Nr. 44; 7. 3. 1962, NJW 1962, 1005 = IPRspr. 1962–63 Nr. 18; OLG Frankfurt 25. 11. 1960, IPRspr. 1960–61 Nr. 51; anders nur BGH 13. 7. 1959, IPRspr. 1958–59 Nr. 3.

<sup>5</sup> Siehe die Entscheidungen oben N. 4 sowie *Soergel/Siebert (-Kegel)*, BGB<sup>9</sup> V (1961) Anm. 183 vor Art. 7 EGBGB mit weiteren Nachweisen; *Raape*, Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts: Festschrift Boehmer (1954) 111 ff. (119 f.); *Gamillscheg*, Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht: AcP 157 (1958/59) 303 ff. (314 f.).

<sup>6</sup> In Buchform hrsg. vom Max-Planck-Institut; 1968 (im folgenden zitiert: Kolloquium).

<sup>7</sup> Siehe die Berichte von *Cappelletti*, *Schwimann*, *Lunz*, *Katičić*, Kolloquium 28 ff. (32 ff.), 81 ff. (82), 141 ff. (142), 147 ff. (155 f.).

<sup>8</sup> Berichte von *Zajtay*, *Schmitthoff* und *Hay*, Kolloquium 15 ff. (16 ff.), 88 ff. (91 f.), 102 ff.

<sup>9</sup> Siehe darüber *Gentinetta*, Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts (1964) 56 N. 2, 3.

<sup>10</sup> *Lando*, Kolloquium 128 ff.

<sup>11</sup> So z. B. lange Zeit ein Teil der Lehre und die Praxis in Frankreich (darüber *Zajtay*, Kolloquium 15 f.), heute noch in England (siehe *Schmitthoff*, Kolloquium 92 ff.) und zum Teil noch in den Vereinigten Staaten (*Hay*, Kolloquium 102 ff., 117).

<sup>12</sup> *Neuhaus* 222 ff.; *Dölle* (oben N. 2) 37, 39; *Ferid*, Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen: Festschrift Dölle II (1963) 119 ff. (130 ff.); siehe auch *Zajtay*, Die Lehre vom Tatsachencharakter und die Revisibilität ausländischen Rechts: Kolloquium 193 ff.

wollte<sup>13</sup>. Fakultative Kollisionsnormen – so hieß es – gebe es nicht für den Richter<sup>14</sup>.

Diese kategorische Feststellung sollte indessen nicht als letztes Wort akzeptiert werden. Denn zum einen bleibt – trotz der jahrzehntelangen und nunmehr wieder bekräftigten Einmütigkeit zwischen der Rechtslehre und den Obergerichten – die auch von der Doktrin häufig genug vermerkte Tatsache, daß die Instanzgerichte wegen ihrer Unsicherheit im ausländischen Recht dazu neigen, die kollisionsrechtliche Frage geflissentlich zu übersehen, wenn sie nicht von einer Partei darauf gestoßen werden<sup>15</sup>. Sollte da die Insuffizienz wirklich nur auf der Seite der Richter zu suchen sein?

Zum anderen: Alle Überlegungen über die praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung ausländischen Rechts fußten bisher mehr oder weniger auf der Vorstellung, daß der Richter selbst ein Interesse daran habe, sich die Arbeit zu erleichtern, und deswegen zur Anwendung des eigenen Rechts strebe<sup>16</sup>. Die kollisionsrechtliche Doktrin ist realistisch genug, dieses „Heimwärtsstreben“ nicht schlechthin zu verdammen. Man sieht die Schwierigkeiten und stellt in begrenztem Maße sogar Denkfiktionen bereit, die zur gewünschten Anwendung des heimischen Rechts führen – wie z. B. die hier abzubrechende Rückverweisung<sup>17</sup>. Wenn der Richter aber die kollisionsrechtliche Frage schlicht übergeht, sieht die Lehre den Vorgang doch eher so, daß der Richter sich vor seinen Aufgaben „drücken“ wolle. Der bloßen „Trägheit“ aber will man nicht kollisionsrechtlich die Hand reichen<sup>18</sup>.

Mit dieser Einstellung hat man bisher gar nicht bedacht, ob nicht vielleicht auch die Parteien daran interessiert sein könnten, daß der Richter nach dem ihm vertrauten Recht entscheide. Besonders unter diesem Gesichtspunkt soll das Problem daher im folgenden zur Diskussion gestellt werden, und von daher mag unter Umständen auch das Heimwärtsstreben des Richters in einem neuen Licht erscheinen.

### I. Parteiinteresse

Welches Interesse könnten die Parteien an der Anwendung der *lex fori* haben? Es ist – auf eine kurze Formel gebracht – nichts anderes als das

<sup>13</sup> *Kegel, Zweigert, Neuhaus, Liesecke*, Kolloquium 185f. – dies vor allem gegen *Lando*, ebd., der es vom skandinavischen Standpunkt aus als realistisch bezeichnete, die Frage nach dem anwendbaren Recht nur aufzuwerfen in großen und bedeutenden Sachen, in denen sie sich lohne.

<sup>14</sup> Kolloquium 185.

<sup>15</sup> *Kegel* 40; *Neuhaus* 45f.; *Neuhaus, Kegel*, Kolloquium 185; Beispiel: OLG Köln 17. 4. 1962, VersR 1962, 791 mit Anm. *Heldrich*.

<sup>16</sup> Vgl. *Nußbaum*, Deutsches IPR (1932) 42; *Neuhaus* 46; *Kegel* 40.

<sup>17</sup> Siehe z. B. *Wolff* 76f.; *Neuhaus* 181f.; *Kegel* 40, 124.

<sup>18</sup> Vgl. *Wolff* 76; *Neuhaus* 46; *Kegel* 40.

natürliche Interesse jedes Rechtsuchenden an qualitativ hochwertiger Justiz. Wenn der Richter ausländisches Recht anwendet, genügt er diesem Interesse in mancherlei Hinsicht weniger, als wenn er von vornherein nach deutschem Recht urteilen würde. Worin der „Qualitätsunterschied“ besteht, sei im folgenden näher dargelegt.

Nachteile ergeben sich zunächst bei der Ermittlung des ausländischen Rechts. Unternimmt der Richter sie auf eigene Faust, so ist sie in den meisten Fällen nicht verlässlich; denn kaum ein deutscher Richter hat so viel Ausbildung und Erfahrung im Auslandsrecht, kaum eine ihm zugängliche Bibliothek so gute Bestände, daß er die gleiche Gewißheit wie in seinem heimischen Recht gewinnen würde, nicht vielleicht ein Gesetz, eine höchstrichterliche Entscheidung, eine tatsächliche Praxis übersehen zu haben. Die Gefahr, daß nach dem anwendbaren Recht falsch entschieden wird, ist deshalb größer, wenn ausländisches Recht angewendet wird.

Über den Inhalt des ausländischen Rechts kann der Richter in Deutschland freilich von einem der Institute für internationales und ausländisches Privatrecht ein Gutachten einholen<sup>19</sup>. Das kostet aber Sachverständigengebühren und vor allem Zeit, denn die gerichtlichen Anfragen an die in Betracht kommenden Institute sind so zahlreich, daß viele erst nach mehreren Monaten, manche gar erst nach Jahresfrist bearbeitet werden. Durch ein solches Gutachten wird dann freilich die Gefahr einer falschen Entscheidung erheblich vermindert – obwohl nicht verkannt werden darf, daß selbst den gutachtenden Mitarbeitern der Institute, die sich häufig in das betreffende Recht auch erst einarbeiten müssen, nicht selten Ermittlungsfehler und Mißdeutungen unterlaufen. Die größere Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der zu beachtenden Rechtssätze, Präjudizien und Lehrmeinungen wird jedoch erkaufte damit, daß der Richter in Abhängigkeit vom Gutachter gerät. Denn normalerweise wird dem Institut nicht eine abstrakte Rechtsfrage, sondern der ganze Sachverhalt – meistens mit den Akten – zur Begutachtung vorgelegt. Wirklich nützlich ist die Rechtsauskunft des Instituts dem Richter erfahrungsgemäß dann aber nur, wenn sie nicht bloß die anwendbaren Rechtssätze aufführt, sondern mit einem konkreten Entscheidungsvorschlag endet, und so wird deshalb in der Praxis durchweg verfahren<sup>20</sup>. Dann befindet sich aber der Richter selbst gegenüber einem ausführlich begründeten Gutachten, das vielleicht sogar auf alternative Entscheidungsmöglichkeiten eingegangen ist, in der gleichen Rolle, die auch sonst in Sachverständigenprozessen als mißlich empfunden wird. Er kann das Gutachten wohl auf seine innere Schlüssigkeit nachprüfen; ob der Verfasser des Gutachtens aber alle Umstände be-

<sup>19</sup> Dazu siehe *Kegel* (oben N. 2) 453 ff.; *D. Müller*, Kolloquium 69 ff.

<sup>20</sup> Siehe die Gutachten in: Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht 1965–66 und 1967–68 (hrsg. von *Ferid/Kegel/Zweigert*; 1968 bzw. 1970).

achtet und alle in Betracht kommenden Sätze des anwendbaren Rechts in seine Überlegungen einbezogen hat, bleibt ihm verschlossen: der Richter wird zum Ausführungsgehilfen des Sachverständigen<sup>21</sup>. Wer die deutsche Praxis kennt, wird bestätigen, daß diese Situation in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich eintritt.

Aber angenommen, die bis zu diesem Punkt geschilderten Nachteile der Anwendung fremden Rechts ließen sich vermeiden, dem Richter gelänge es also, das auslandsrechtliche Material ebenso vollständig herbeizuschaffen und im Hinblick auf den anstehenden Fall mit ebenso großer Expertise zu würdigen, wie es in den Instituten geschieht. Dann bleibt immer noch die Tatsache, daß der Richter mit anderer Einstellung an den Fall und die anwendbare Rechtsordnung herangeht, als wenn er nach deutschem Recht zu urteilen hätte. Denn idealiter verlangt man heute den souveränen Richter, der nicht an Buchstaben von Paragraphen oder Lehrmeinungen haftet, sich seiner rechtsschöpferischen Potenz bewußt ist und die Eigenart und soziale Einbettung des ihm unterbreiteten Sachverhalts zu würdigen weiß<sup>22</sup>. Ganz anders zeichnet die Lehre dagegen das Bild des Richters, der fremdes Recht anzuwenden hat. Er soll zwar entscheiden, wie ein ausländischer Richter entscheiden würde, d. h. die fremde Rechtsordnung aus ihrem Gesamtzusammenhang und Geist heraus auslegen, zu umstrittenen Fragen Stellung nehmen und auch vor Kritik und Rechtsfortbildung nicht zurückschrecken, soweit dies auch dem ausländischen Richter gestattet wäre. Bei alledem wird ihm jedoch angeraten, nicht der „Besserwisserei“ anheimzufallen, vielmehr in besonderem Maße „Zurückhaltung“, „Behutsamkeit“, „Takt“ zu üben, d. h. vorsichtiger und „konservativer“ vorzugehen, als er es in vergleichbarer Situation nach seinem eigenen Recht tun würde<sup>23</sup>.

Man mag einwenden wollen, das seien Idealbilder, die mit der Praxis nicht übereinstimmen. Daran ist richtig, daß die Gerichte einerseits oft genug auch bei der Anwendung ihres heimischen Rechts am Buchstaben des Gesetzes haften oder dogmatische Lehrmeinungen allzu getreulich verwirklichen und daß andererseits deutsche Gerichte sich gelegentlich nicht scheuen, in Zweifelsfragen des ausländischen Rechts gegen obergerichtliche Entscheide des betreffenden Landes zu judizieren<sup>24</sup>. Aber die

<sup>21</sup> *J. Blomeyer*, Der Ruf nach dem spezialisierten und sachverständigen Richter: *Z. f. Rechtspolitik* 1970, 153 ff. (155). Speziell zur internationalrechtlichen Problematik siehe *D. Müller*, Kolloquium 71; *Simitis*, Die Informationskrise des internationalen Rechts: *Z. f. Rvgl.* 10 (1969) 276 ff. (285).

<sup>22</sup> Siehe z. B. aus jüngster Zeit *Redeker*, Bild und Selbstverständnis des Juristen heute (1970).

<sup>23</sup> Vgl. *Nußbaum* (oben N. 16) 99 f.; *Wolff* 86; *Neuhaus* 229; *Kegel* 180 f.; *Dölle* 108; *Neumayer*, Fremdes Recht und Normenkontrolle: *RabelsZ* 23 (1958) 573 ff. (594 f.); *D. Müller*, Kolloquium 69.

<sup>24</sup> *RG* 12. 2. 1906, *RGZ* 62, 379 (383 f.); 14. 11. 1929, *RGZ* 126, 196 (202);

Macht der Tatsachen ist doch so, daß normalerweise auch in praxi ein spürbarer Unterschied festzustellen ist, ja daß der Unterschied größer ist, als die Ermahnungen der Doktrin erahnen lassen. Mit dem heimischen Recht ist der Richter durch Ausbildung, berufliche Erfahrung und durch das Leben in der heimischen sozialen Umgebung vertraut, hier kann er seine eigentlichen richterlichen Qualitäten voll einsetzen. Auf dem unsicheren Boden des ausländischen Rechts wird er sie dagegen ganz natürlich nur zögernd zur Geltung bringen wollen. So ist es schwer vorstellbar, daß ein deutsches Gericht ausländisches Recht von sich aus so fortbilden könnte wie z. B. der Bundesgerichtshof das deutsche Recht in der Frage des Geldersatzes für Persönlichkeitsverletzungen<sup>25</sup> oder in der Frage der Produzentenhaftung<sup>26</sup>.

Aber nicht bloß um Rechtsfortbildung im großen geht es. Auch soweit Gerechtigkeit nur für den Einzelfall erzielt werden soll, bleibt bei Anwendung ausländischen Rechts die richterliche Leistung unter dem normalen Inlandsstandard – dies besonders, wenn das ausländische Recht dem Richter einen gewissen Interpretations- oder Ermessensspielraum läßt<sup>27</sup>. Normalerweise wird der Richter in einem solchen Fall auch dort noch nach fremder Autorität (Präjudizien, Lehrmeinungen etc.) suchen, wo er bei Anwendung seines heimischen Rechts ohne Zögern und ganz legitim seine eigene Wertung eingesetzt hätte. So sind bekanntlich bei uns seit einiger Zeit die bislang akzeptierten Sätze für Schmerzensgeld wegen Körperverletzung nach oben in Bewegung geraten<sup>28</sup>. Es ist kaum anzunehmen, daß dieselben Gerichte, wenn sie etwa französisches Recht anzuwenden hätten, in gleicher Weise von sich aus von den französischen „Tabellen“ abweichen würden.

Als Zwischenergebnis läßt sich feststellen: Will das Gericht nach ausländischem Recht urteilen, so erhalten die Parteien einen schlechteren Richter, als wenn deutsches Recht zugrunde gelegt würde – statt eines „gelernten“ einen dilettantischen, statt eines erfahrenen einen „Anfänger“, statt eines überlegenen einen ängstlichen. Aber nicht nur an den normalen Richterqualitäten fehlt es; auch das ausländische Recht, wel-

---

siehe auch OLG Frankfurt vor BGH 21. 2. 1962, BGHZ 36, 348 = IPRspr. 1962–63 Nr. 2 (S. 9).

<sup>25</sup> BGH 14. 2. 1958, BGHZ 26, 349; 19. 9. 1961, BGHZ 35, 363; siehe dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, II: Institutionen (1969) 414f.

<sup>26</sup> BGH 26. 11. 1968, BGHZ 51, 91, dazu jetzt *Werner Lorenz*, Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftpflicht im deutschen Recht: oben Heft 1 S. 14 ff.

<sup>27</sup> – wie das deutsche Recht etwa bei „Verschulden“, „Schaden“, „Wohl des Kindes“.

<sup>28</sup> Siehe darüber *Teplitzky*, Neue Tendenzen bei der Schmerzensgeldbemessung: NJW 1968, 1350f. mit zahlreichen Nachweisen.

ches angewendet wird, ist nicht von der ihm eigenen Güte – im Vergleich nämlich zu der Art und Weise, wie es von den Gerichten in seinem „Heimatstaat“ praktiziert würde. Denn weil der einheimische Richter nun einmal in der Rechtsorganisation und in der gesamten sozialen Bezugswelt des fremden Staates nicht lebt, besteht hier eher als vor den Gerichten der *lex causae* die Gefahr, daß den Parteien blosses Buchstabenrecht zugemessen wird. Die Parteien werden dann doppelt benachteiligt: weder Justiz noch Recht erhalten sie in der eigentlich vorgestellten normalen Qualität.

Was bisher über den Richter und das anwendbare Recht gesagt wurde, spiegelt sich in der verfahrensrechtlichen Stellung der Parteien. Wird das ausländische Recht vom Richter selbst unzulänglich ermittelt, so werden die Parteien in ihrem Vortrag behindert. Jeder Anwalt weiß, wie schwer es ist, vor einem Gericht zu plädieren, das die Rechtsmaterie nur unzulänglich beherrscht. Wird das ausländische Recht dagegen zufriedenstellend ermittelt – sei es durch ein Gutachten, sei es, weil der Richter zufällig auch mit dem betreffenden Recht vertraut ist –, dann wird damit evident, daß der Gutachter oder der Richter einen Wissensvorsprung vor den Parteien hat. In einem Verfahren auf der materiellen Grundlage deutschen Rechts stehen die Parteien, die durch Anwälte vertreten sind, mit dem Richter auf gleicher Stufe. Wird jedoch fremdes Recht angewendet, das der Richter kraft eigener Sachkunde ermittelt hat oder das durch ein wissenschaftliches Gutachten präsentiert wurde, so kann die Partei, zu deren Ungunsten entschieden werden soll, prozessualen Widerpart nur bieten, wenn sie ebenfalls einen Auslandsexperten zu Rate zieht. Das wiederum müßte in streitigen Sachen die andere Partei zu gleichem veranlassen.

In Prozessen, in denen das Gericht ein Gutachten eingeholt hat, bliebe dann als Nachteil immer noch, daß das gutachtende Institut die Parteien in der Regel nicht selbst anhört und sich deshalb durch sein Gutachten bereits festgelegt hat, bevor die Parteien zu eigener Darlegung Anlaß und Gelegenheit hatten. Aber auch auf der Grundlage eines von ihr selbst eingeholten Gutachtens ist die deutsche Partei in ihrer Argumentation beschränkt. Denn das Gutachten erhellt in der Regel nur einen recht begrenzten Ausschnitt des fremden Rechts, alles übrige bleibt in tiefem Dunkel. Es wird niemals die Fülle der Gesichtspunkte bieten, die ein deutscher Anwalt aus seiner Kenntnis der gesamten heimischen Rechtsordnung heranziehen kann. In der Praxis ist es freilich ohnehin meistens so, daß die Parteien sich mit dem gerichtlich eingeholten Gutachten zufriedengeben, weil alles andere unverhältnismäßiger Aufwand wäre. Damit verzichten sie auf die prozessuale Stellung, die ihnen bei Anwendung deutschen Rechts zukäme und von der Zivilprozeßordnung auch als die normale gewollt ist.

Eine weitere Benachteiligung der Parteien fließt aus der oben gekennzeichneten Unsicherheit, die auch der gut informierte Richter gegenüber dem ausländischen Recht empfindet. Sie hat zur Folge, daß die Partei, die eine Änderung der Rechtsprechung anstrebt oder die Eigenart ihres Falles herausstellen will, viel eher „gegen die Wand argumentiert“ als in vergleichbarer Situation nach deutschem Recht; denn der Richter, der sich seiner fachlichen Kompetenz nicht ganz sicher ist, wird eher geneigt sein, eine Argumentation ungeprüft zu übergehen, die ihn von vorhandenen Präjudizien fortführen will.

Verkürzt werden den Parteien schließlich auch die Rechtsmittel. Denn nach § 549 ZPO und der ständigen Rechtsprechung kann mit der Revision nicht gerügt werden, daß ausländisches materielles Recht unrichtig angewandt worden sei<sup>29</sup>. Wird also im Einklang mit den Normen des Kollisionsrechts in der Tatsacheninstanz nach ausländischem Recht entschieden, so entfällt für den Unterliegenden die Möglichkeit der Revision, die ihm in einem vergleichbaren Fall bei Anwendung deutschen Rechts offengestanden hätte.

Als Ergebnis können wir festhalten: Wird ein Sachverhalt nach ausländischem Recht beurteilt, so ist die gewährte Justiz von anderer Qualität, als wenn deutsches Recht angewendet würde, und zwar – das geht aus allen dargelegten Einzelheiten hervor – von *minderer* Qualität. Das Verfahren ist zeitraubender und kostet mehr, die Entscheidungsqualität erreicht nicht den normalen Inlandsstandard, die verfahrensrechtliche Position der Parteien verschlechtert sich, der Instanzenzug wird verkürzt.

Es ist nur natürlich, daß unter diesen Verhältnissen im Einzelfall durchaus ein Parteiinteresse daran bestehen kann, daß statt des nach Kollisionsrecht an sich anwendbaren Rechts das inländische zugrunde gelegt werde. Dagegen sollte nicht eingewendet werden, den Parteien komme es letztlich doch nur auf das Ergebnis an; das hieße, die Zivilprozeßordnung zur Aktenordnung degradieren. Begriffe wie „fair trial“, „trial by jury“, „due process“, „rechtliches Gehör“ zeigen, daß es eine eigene Verfahrensgerechtigkeit gibt, und die Tatsache, daß viele dieser Gerechtigkeitsvorstellungen in Verfassungsurkunden aufgenommen wurden, indiziert außerdem, wie vital bloße Verfahrensinteressen sein können.

Daß zu den vitalen Interessen der Rechtsuchenden die Qualität der Justiz gehört, ist sicher – in der Bundesrepublik beweisen es die ernsthaften aktuellen Bestrebungen zur Justizreform sowie die heftig angeschwollene Diskussion um Ausbildung, Stellung und Funktion der Richter. Von hier aus erscheint deshalb auch ein im Einzelfall vorhandenes

<sup>29</sup> Siehe dazu *D. Müller*, Kolloquium 74 ff. mit Nachweisen.

Interesse der Parteien an der Anwendung des dem Richter vertrauten heimischen Rechts ohne weiteres als gewichtig und legitim, und angesichts der geschilderten Realitäten des Kollisionsrechts ist es erstaunlich, wie rundheraus bisher der Gedanke abgelehnt wurde, ausländisches Recht solle nur auf Antrag angewendet werden. Denn die nur fakultative Heranziehung der Verweisungsnormen wäre jedenfalls aus der Sicht der Beteiligten die optimale Lösung, weil es dann in ihren Händen läge, ihr Interesse an guter Justiz abzuwägen gegen andere Gesichtspunkte, die für die Anwendung der sonst maßgebenden Rechtsordnung sprechen. Welche Bedenken sind es dann, die nach der herrschenden Meinung die kategorische Ablehnung dieser Lösung rechtfertigen?

## II. Die Struktur des Kollisionsrechts

### 1. Der Rechtscharakter der Kollisionsnormen

Wenn man in Deutschland überhaupt eine Begründung dafür findet, daß das Internationale Privatrecht von Amts wegen angewendet werden müsse, dann ist es die Erwägung, daß auch die Kollisionsnormen inländisches *Recht* seien und deshalb nicht anders als andere Rechtsnormen behandelt werden dürften<sup>30</sup>. Indessen folgt doch schon aus § 293 ZPO, soweit er vom Gewohnheitsrecht und den Statuten handelt, daß inländisches Recht je nach seiner Eigenart im Prozeß durchaus unterschiedlich behandelt werden kann.

Gegen die Begründung aus dem Rechtscharakter der Kollisionsnormen spricht aber noch mehr ein Vergleich mit der prozessualen Stellung des *ausländischen* Rechts. Dieses wird vor den Gerichten vieler Staaten vielfach den Tatsachen zugerechnet, und damit erklärt man dann seine besondere prozessuale Behandlung, wie etwa seine Irrevisibilität oder die Regel, daß die interessierte Partei es vortragen und beweisen muß<sup>31</sup>. In Deutschland ist man von dieser Lehre seit langem abgekommen. Ausländisches Recht ist auch vor den deutschen Gerichten Recht – aber man ist sich einig darüber, daß diese Einordnung für seine prozessuale Behandlung keine Rolle spielt. Wenn also § 293 ZPO den Richter nach heutiger Auslegung ermächtigt, die Parteien hinsichtlich fremden Rechts zur Ermittlungshilfe aufzufordern, so nicht, weil auslän-

<sup>30</sup> *Zitelmann* (oben N. 3) 302f.; *Habicht*, IPR (1907) 43: „... der Richter verletzt das Gesetz, wenn er die Erörterung der internationalrechtlichen Frage unterläßt, obwohl ihm Anhaltspunkte vorlagen, die ihm die Möglichkeit des Eingreifens von Kollisionsnormen nahelegten“; *Kegel*, Die Ermittlung ausländischen Rechts: Kolloquium 157 ff., 164: „[Die Parteien] herrschen über Tatsachen, nicht über Normen.“

<sup>31</sup> Siehe oben N. 11.

disches Recht für unsere Gerichte kein Recht ist, sondern weil wegen der mangelnden Vertrautheit des Richters mit ausländischem Recht dieses Vorgehen zweckmäßig sein kann. Ebenso denkt man bei der Revisibilität, deren Erwünschtheit zwischen der Doktrin und der Richterschaft streitig ist: Der Streitpunkt ist auch hier, ob die „Ausländereigenschaft“ der angewendeten Normen die eine oder die andere Lösung angemessen erscheinen läßt<sup>32</sup>.

Es zeigt sich also, daß mit der Klassifizierung einer Norm als „Recht“ keine praktischen Prozeßprobleme zu lösen sind. Daher führt auch die bloße Berufung auf den Rechtscharakter der Kollisionsnorm für unser Problem nicht weiter. Entscheidend ist vielmehr die praktische Funktion des Satzes „*iura novit curia*“ einerseits und die Eigenart der *Kollisionsnorm* andererseits. Was die Rechtsanwendung von Amts wegen angeht, so liegt deren praktischer Effekt darin, daß die interessierte Partei – anders als hinsichtlich ihres Tatsachenvortrages nach Verhandlungsmaxime – keinen Prozeßnachteil erleidet, wenn sie den ihr günstigen materiellen Rechtssatz überhaupt nicht oder nicht zweifelsfrei genug darlegen kann. Die Kollisionsnorm andererseits, die auf ausländisches Recht verweist, hat die Eigenart, daß ihre Nichtanwendung keiner der Parteien einen prozessualen Nachteil bringt, sondern nur bewirkt, daß statt der einen – nämlich der ausländischen – die andere – nämlich die inländische – Rechtsordnung angewandt wird. Mit dieser Konstellation kann der Satz „*iura novit curia*“ nicht sinnvoll in Verbindung gebracht werden.

## 2. Die Integration in das Kollisionsrecht

Gegen den Gedanken, das Kollisionsrecht nur auf Antrag ins Spiel zu bringen, wird vom Standpunkt der traditionellen Lehre ferner eingewendet, die Parteien könnten sich auf die Anwendung der *lex fori* wirksam nur insoweit einigen, als das Kollisionsrecht selbst ihnen diese Freiheit zugestehe, nicht aber so, daß sie das Kollisionsrecht von vornherein gänzlich ausschalteten<sup>33</sup>.

Solche Vorstellungen erinnern an den langen, aber wenig rühmlichen Widerstand der Doktrin gegen die Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht. Die Gerichte haben den Parteien bekanntlich seit jeher zugestanden, das den Vertrag regierende Recht selbst zu wählen<sup>34</sup>. Die

<sup>32</sup> Siehe dazu *D. Müller*, Kolloquium 74ff. mit Nachweisen; *Kegel* 181; *Neuhaus* 226f. sowie die Diskussion zwischen *Zweigert* einerseits und *Mormann* andererseits, Kolloquium 215f.

<sup>33</sup> *Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht (1949) 492; *Dölle* (oben N. 2) 54f.

<sup>34</sup> Nachweise bei *Melchior*, Die Grundlagen des deutschen IPR (1932) 501 ff.

Doktrin mochte diesen Ausbruch aus dem System des normalen Kollisionsrechts jedoch lange Zeit nicht anerkennen; denn der Parteiwille könne rechtliche Bedeutung doch nur haben, soweit eine bestimmte Rechtsordnung ihm diese zuerkenne, und diese an sich zuständige Rechtsordnung müsse deshalb zunächst nach den vorhandenen Kollisionsregeln bestimmt werden<sup>35</sup>. Den erlösenden Gedanken hob in Deutschland dann vor allem *Haudek* ins allgemeine Bewußtsein: Wenn die Parteien das Vertragsstatut wählen können, so ist es eben das heimische Kollisionsrecht, welches ihnen dies erlaubt – der Parteiwille selbst ist das Anknüpfungsmoment<sup>36</sup>. Damit war die Parteiautonomie gedanklich ins Kollisionsrecht integriert und deshalb für die Doktrin akzeptabel geworden, ohne daß eigentlich eine neue Bewertung der relevanten Interessen stattgefunden hätte<sup>37</sup>.

Ähnlich liegt es bei unserem Problem: Vom Standpunkt der bisherigen Doktrin muß der Satz, die interessierte Partei habe sich auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts zu berufen, als Möglichkeit zur Ausschaltung des Kollisionsrechts erscheinen. Hat man sich aber mit dem Gedanken erst einmal vertraut gemacht, so läßt sich der Satz auch als kollisionsrechtlicher denken. Aber wie immer man es macht: Die Bewertung des hier zur Diskussion stehenden Parteiinteresses wird durch diese gedankliche Einordnung weder erleichtert noch behindert.

### III. Die materiellen Aufgaben des Kollisionsrechts

Aus dem Vorangegangenen ergibt sich, daß die normlogischen Erwägungen, die von der deutschen Doktrin bisher beigesteuert wurden, dem tatsächlichen Interessenproblem nicht gerecht werden. Wichtiger erscheint die Frage, ob die nur fakultative Geltung der Kollisionsnormen sich mit den materiellen Aufgaben verträgt, die dem Internationalen Privatrecht gestellt sind.

Die Aufgaben des Internationalen Privatrechts sieht man seit *Savigny* darin, im Interesse des internationalen Verkehrs von Menschen und Gütern das Nebeneinander der verschiedenen Rechtssysteme zu ordnen<sup>38</sup>. Nach der auf dem europäischen Kontinent vorherrschenden Anschauung löst man diese Aufgabe durch Verweisungsnormen: Das Internationale

<sup>35</sup> Nachweise über die Doktrin bei *Melchior* a. a. O. 500; dazu *Rabel*, *The Conflict of Laws*<sup>2</sup> I (1958) 90: „... an example of obstinate theory opposed to universal practice.“

<sup>36</sup> *Haudek*, *Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR* (1931) 5f.

<sup>37</sup> Zum heutigen Stand der Lehre siehe *Gamillscheg* (oben N. 5) 303 ff.; *Kreuzer*, *Das IPR des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung* (1964) 50 ff.

<sup>38</sup> Siehe *Wolff* 1 ff.; *Kegel* 3 ff.; *Neuhaus* 2, 12 ff., 15; *Dölle* 1 f.

Privatrecht bietet für die internationalen Sachverhalte keine eigenen Lösungen, sondern beruft eine der in Frage kommenden nationalen Rechtsordnungen zur Entscheidung, und zwar grundsätzlich ohne vorher zu fragen, welche materielle Lösung die berufene Rechtsordnung vorsieht<sup>39</sup>. Darin, daß die Verweisungsnorm nicht selbst die sachliche Entscheidung trifft, ähnelt sie einer Zuständigkeitsregel, und man stellt sich deshalb die Funktion des Kollisionsrechts gern vor als Zuständigkeitsordnung, als Abgrenzung der Anwendungsbereiche mehrerer Rechtsordnungen<sup>40</sup> mit dem Ziel, jeden internationalen Sachverhalt derjenigen Rechtsordnung zuzuschreiben, zu welcher er die engsten (räumlichen wie sachlichen) Beziehungen aufweist<sup>41</sup>. Technisch sind die Kollisionsnormen nationalen Ursprungs; doch als ideal gilt dasjenige Kollisionsrecht, welches im internationalen Gemeinschaftsgeist gestaltet ist, das also auch als überstaatliche Kompetenzordnung allseits akzeptabel wäre. Das bedeutet: Inländisches und ausländisches Recht müssen möglichst gleichberechtigt zur Anwendung kommen<sup>42</sup>, und es muß Entscheidungsharmonie angestrebt werden in dem Sinne, daß der Sachverhalt nach derselben Rechtsordnung beurteilt wird, gleichgültig in welchem Land er anhängig gemacht wird<sup>43</sup>.

Diese internationalistischen Ideale werden bekanntlich in der amerikanischen Rechtswissenschaft heftig – und mit einigem Erfolg – befehdet, durchweg mit dem Ziel, der *lex fori* wieder einen selbstverständlicheren Platz im Kollisionsrechtsdenken zu verschaffen<sup>44</sup>. Und auch auf dem europäischen Kontinent beginnen sich Zweifel zu regen, ob die bisherige Grundkonzeption unverändert fortgeführt werden kann<sup>45</sup>. Das hier be-

<sup>39</sup> Siehe *Kegel* 21 f., 34; *Neuhaus* 2, 15 f., 17 ff.; *Dölle* 38 ff.; *Raape* 90: „Die Verweisung auf das ausländische Recht ist ein Sprung ins Dunkle.“

<sup>40</sup> Vgl. *Neuhaus* 2, 25; *Kegel* 21.

<sup>41</sup> *Kegel* 33 f.; *Neuhaus* 35 f.; *Dölle* 38 f.

<sup>42</sup> *Wolff* 9; *Neuhaus* 35.

<sup>43</sup> *Wolff* 9; *Kegel* 38 f.; *Neuhaus* 38 ff.; *Dölle* 38 f.; *Zweigert*, Die dritte Schule im IPR: Festschrift *Raape* (1948) 35 ff. (50 ff.).

<sup>44</sup> So vor allem *Brainerd Currie* und *Ehrenzweig*; über sie *Heini*, Neuere Strömungen im amerikanischen IPR: Schw. Jb. Int. R. 19–1962 (1964) 31 ff. (47 ff.); *Kegel*, The Crisis of Conflict of Laws: Rec. des Cours 112 (1964–II) 95 ff.; *Heldrich*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (1969) 23 ff.; *Siehr*, Ehrenzweigs Lex-Fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht: unten S. 585 ff.

<sup>45</sup> Siehe etwa *Francescakis*, Rev. crit. 56 (1967) 435 ff.; *Deelen*, De blinddoek van von Savigny (Amsterdam 1967); *Wiethölter*, Internationales Nachlaßverfahrensrecht, in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts (1969) 142 ff.; *Vischer*, Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR, in: Rechtsfindung, Festschrift *Germann* (Bern 1969) 287 ff.; *P. M. Gutzwiler*, Von Ziel und Methode des IPR: Schw. Jb. Int. R. 25–1968 (1970) 161 ff.; *Siehr* a. a. O.; Kritisch auch – allerdings wohl unbeeinflusst von den amerikanischen Tendenzen – *Stöcker*, Außenprivatrechtliche Grundlagenprobleme und inländischer Enteignungsschutz für Minderheits-

handelte Problem würde durch die neuen Lehren jedoch nicht aus der Welt geschafft, denn wenn nach ihnen der *lex fori* zwar ein gewisser Vorrang zukommt, dann doch jedenfalls nicht deshalb, weil dem Interesse der Parteien an der Qualität der Justiz Rechnung getragen werden sollte. Es würden also auch danach genug Fälle bleiben, in denen ohne Rücksicht auf dieses Parteiinteresse ausländisches Recht maßgebend wäre. Wie dem aber auch sei: In Deutschland ist das internationalistische Verständnis des Internationalen Privatrechts in Lehre und Praxis noch ungebrochen, und mit ihm muß die These von der fakultativen Geltung der Kollisionsnormen sich daher auseinandersetzen; das ist auch deshalb notwendig, weil die traditionelle Auffassung unter allen denkbaren Konzeptionen der *lex fori* am wenigsten zuneigt.

### 1. Zuständigkeitsordnung

Vom Standpunkt der traditionellen Auffassung her müßte zunächst wohl gefragt werden, ob es denn nicht ein Widerspruch wäre, einerseits nach einer objektiv befriedigenden Zuständigkeitsordnung aus internationalem Geiste zu streben, es andererseits aber den Parteien zu überlassen, im gerichtlichen Streitfall diese Ordnung nach ihrem subjektiven Belieben zugunsten der *lex fori* außer Kraft zu setzen. Solche „Prorogation“ der *lex fori* wäre natürlich besonders bedenklich, wenn durch sie ein Anwendungsinteresse des eigentlich berufenen Rechts vereitelt würde.

Daß wir es im Internationalen Privatrecht mit den Herrschaftsansprüchen verschiedener Rechtsordnungen zu tun hätten, ist eine Vorstellung, die auch in der gegenwärtigen deutschen Doktrin durchaus noch virulent ist. Zwar hat man seit langem die Vorstellung abgeschüttelt, das Internationale Privatrecht betreibe quasi völkerrechtlich eine Abgrenzung von Souveränitätsbereichen<sup>46</sup>. Auch reagiert man mit entschiedener Ablehnung auf den Versuch des Amerikaners *Brainerd Currie*, im Kollisionsrecht auszugehen von einer Abwägung der rechtspolitischen Gemeininteressen, die im materiellen Recht der verschiedenen Staaten wirksam seien und im konkreten Fall zur Verwirklichung drängten<sup>47</sup>. Dennoch schimmert immer wieder die Vorstellung durch, es würden durch unsere Verweisungsnormen Regelungsbefugnisse verliehen oder anerkannt<sup>48</sup>.  
aktionäre, deren Gesellschaftsanteile durch ausländische Staaten konfisziert werden: WM 1965, 442 ff. (446 ff.); gegen ihn *Neuhaus*, Zum „internationalistischen Formalismus“ des IPR: WM 1966, 134 ff.

<sup>46</sup> Siehe dazu *Nußbaum* (oben N. 16) 8 ff.; *Raape* 15 ff.; *Wolff* 8; *Kegel* 4 ff.; *Neuhaus* 28 ff., 103.

<sup>47</sup> Siehe z. B. *Kegel* (oben N. 44) 180 ff.

<sup>48</sup> Siehe z. B. *Raape* 15; *Wolff* 9; *Neuhaus* 25, 31 f., wo von Respektierung fremder Rechtsordnungen und Abgrenzung von Kompetenzbereichen die Rede ist.

Das wird besonders deutlich bei der Rückverweisung, deren Befolgung ja bedeutet, daß wir unsere kollisionsrechtliche Sicht des einzelnen Falles von dem Anwendungswillen einer fremden Rechtsordnung abhängig machen<sup>49</sup>.

Mit den tatsächlichen Verhältnissen stimmt diese Sicht der Dinge jedoch recht wenig überein. Wohl wird man einen räumlich und persönlich gefaßten Herrschaftswillen finden können hinter den sogenannten Eingriffsnormen, bei Rechtssätzen also, die um eines präzisen öffentlichen Interesses willen private Rechtsverhältnisse gestalten: Einfuhr- und Ausfuhrverbote, Devisengesetze, Kartellverbote etc.<sup>50</sup>. Auf den klassischen Gebieten des Privatrechts jedoch, mit denen das IPR ja immer noch vorwiegend zu tun hat, lassen sich den einzelnen Rechtssätzen in der Regel keine Anhaltspunkte für einen räumlichen und persönlichen Geltungswillen entnehmen<sup>51</sup>. In diesem Bereich ist vielmehr jede nationale Lösung nur eine der möglichen Antworten auf die übernationale und ganz allgemeine Frage nach der Gerechtigkeit zwischen Privaten<sup>52</sup>. Bei einem privatrechtlichen internationalen Sachverhalt darf man sich die Situation also nicht so vorstellen, als drängten sich mehrere Rechtsordnungen vor den Richter, die miteinander um ihre Anwendung wetteifern. Der Richter befindet sich vielmehr in der Lage eines Handwerkers, der sich entscheiden muß, aus welchem der vor ihm stehenden Instrumentenkästen er das Werkzeug zur Erledigung seines Auftrages nehmen soll. Das Internationale Privatrecht regelt also eigentlich nicht eine „Kollision“ konkurrierender Rechtsordnungen, sondern ermöglicht die Wahl zwischen verschiedenen Bewertungssystemen, die dem Juristen rein gedanklich zur Disposition stehen, sobald er einmal den Zustand der Unschuld, in dem er ganz selbstverständlich jeden Sachverhalt nach seinem heimischen Recht beurteilt, für den konkreten Fall hinter sich gelassen hat<sup>53</sup>. Aus alledem folgt: Wenn es dem Willen beider Parteien entspricht, daß der Richter die ihm vertraute heimische Rechtsordnung anwendet, kann dem jedenfalls in der Regel nicht entgegengehalten werden, es würde damit der legitime Herrschaftsanspruch einer fremden Rechtsordnung vereitelt.

Dann bleibt aber immer noch zu untersuchen, ob nicht unsere eigenen kollisionsrechtlichen Entscheidungen der nur fakultativen Anwendung des Kollisionsrechts im Wege stehen müssen. Denn wenn das Internationale Privatrecht über Staatsangehörigkeit, Belegenheit, Handlungsort, Ab-

<sup>49</sup> Vgl. *Raape* 67, 80 ff.; *Wolff* 76; *Neuhaus* 181 f.; *Dölle* 67 f., 71.

<sup>50</sup> Siehe dazu *Neuhaus* 58 ff.; *Kegel* 43 ff.

<sup>51</sup> Treffend *Neuhaus* 6: „In der Regel sind privatrechtliche Normen in der Frage ihres größeren oder geringeren Anwendungsbereichs ganz indifferent.“

<sup>52</sup> So *Kegel* (oben N. 44) 182, 183.

<sup>53</sup> Der englische Ausdruck „choice of law“ bezeichnet die Situation am treffendsten.

schlußort oder ähnliche objektive Sachverhaltselemente eine bestimmte Rechtsordnung für maßgeblich erklärt, dann ja nach herrschender Auffassung nicht nur, um der – wenn auch bloß gedanklichen – Konkurrenz verschiedener Rechtsordnungen irgendwie ein Ende zu machen, sondern vor allem deswegen, weil nach seiner eigenen Wertung das berufene Recht für sich genommen dem Sachverhalt nahesteht und deshalb die angemessene materielle Entscheidungsgrundlage liefert<sup>54</sup>. Darf dieses kollisionsrechtliche Gerechtigkeitsurteil vor seiner eigentlichen Bewährungsprobe, nämlich dem Rechtsspruch, von den Parteien nach Belieben unterlaufen werden?

Vielleicht kann solches Ausmanövrieren des Kollisionsrechts tatsächlich nicht hingenommen werden auf einzelnen Bereichen, für die man die kollisionsrechtliche Parteiautonomie generell nicht anerkennt. Das wird noch zu untersuchen sein. Aber allein die Tatsache, daß den Kollisionsnormen überhaupt bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen zugrunde liegen, darf nicht pauschal gegen den fakultativen Charakter des Kollisionsrechts ins Feld geführt werden. Denn die besondere Interessenlage, die sich für die Parteien daraus ergibt, daß ein internationaler Sachverhalt von dem Gericht eines Landes nach dem Recht eines anderen Landes beurteilt werden muß, ist internationalrechtlich in Wirklichkeit bisher noch gar nicht vollständig gewertet worden. Wohl nimmt man an, daß Parteiinteressen einerseits die Festlegung der internationalen Zuständigkeit beeinflussen, nämlich in dem Sinne, daß jede Partei ein Interesse daran hat, die ihr vertraute und leicht zugängliche Gerichtsbarkeit in Anspruch nehmen zu können<sup>55</sup>; auch geht man davon aus, daß Parteiinteressen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts berücksichtigt werden müssen, nämlich in dem Sinne, daß jede Partei ein Interesse daran hat, ihren Fall nach dem ihr vertrauten und von ihr tatsächlich gelebten eigenen Recht beurteilt zu sehen<sup>56</sup>. Gar nicht in die Interessenwertung einbezogen hat man bisher jedoch den eigentlichen Schnittpunkt von Gerichtsbarkeit und Rechtsordnung, wenn nämlich Recht und Gericht sich in der Rechtsanwendung verbinden. Der besondere, bislang unberücksichtigt gebliebene Effekt dieses Vorgangs liegt darin, daß für den anstehenden Fall nunmehr einerseits ausschließlich der Richter den Inhalt des angewendeten Rechts, andererseits das angewendete Recht die Qualität des Richters bestimmt. Die Realien dieser wechselseitigen Verbindung sind die, daß die Rechtspflege von unterschiedlicher Qualität ist je nachdem, ob nach inländischem oder ausländischem Recht judiziert wird, oder – anders gewendet – daß das berufene Recht von unterschiedlicher Qualität ist, je nachdem, ob es in seinem Heimatland oder im Ausland

<sup>54</sup> Vgl. *Kegel* 33 ff.; *Neuhaus* 35 f.; *Dölle* 1 f., 38 f.

<sup>55</sup> Siehe BGH (GSZ) 14. 6. 1965, BGHZ 44, 45 (50 f.) = I PRspr. 1964–65 Nr. 224 (S. 669).

<sup>56</sup> Siehe z. B. *Kegel* 34, 35 f.; *ders.* (oben N. 44) 184, 186.

angewandt wird. Es erscheint nur natürlich, daß – ebenfalls im Parteiinteresse – für diese Situation die Vertrautheit des Richters mit dem anzuwendenden Recht in das kollisionsrechtliche Kalkül eingestellt wird. Das ist keine Negation der sonstigen Anknüpfungsmomente, sondern kollisionsrechtliche Inbesitznahme des Niemandlandes, das sich zwischen IPR und Internationalem Zivilprozeßrecht erstreckt, solange einerseits das Internationale Privatrecht sich nur um Rechtssätze, das Internationale Zivilprozeßrecht sich andererseits nur um Gerichte, keines der beiden sich aber um das Produkt der Verbindung von Gerichten und Rechtssätzen kümmert.

## 2. Gleichberechtigung des ausländischen Rechts

Wird fremdes Recht nur dann angewendet, wenn eine der Parteien es verlangt, so erhält damit die *lex fori* bessere Chancen der Anwendung als das ausländische Recht. Das widerspricht aber nur scheinbar dem Ideal der gleichberechtigten Anwendung fremder Rechte. Denn dieses Ideal bedeutet nur, daß es nach traditioneller Auffassung unrichtig wäre, wenn der Richter bewußt oder unbewußt von der inhaltlichen Überlegenheit oder von einem Geltungsvorrang seines heimischen Rechts ausginge<sup>57</sup> – was ja gerade von den neueren amerikanischen Lehren, vor allem von *Brainerd Currie*, für richtig gehalten wird<sup>58</sup>. Darum geht es jedoch nicht, wenn das ausländische Recht nur auf Antrag angewendet wird. Die Möglichkeit, den Sachverhalt statt nach dem eigentlich berufenen Recht nach der *lex fori* beurteilen zu lassen, ist nicht deshalb erwünscht, weil die rechtspolitischen Interessen des Forum-Staates vorrangig durchgesetzt werden müßten oder weil die *lex fori* die Vermutung der überlegenen Lösung für sich hätte, sondern allein deshalb, weil nur ihre Anwendung den Parteien Justiz von der gleichen Qualität gewährleistet, wie sie normalerweise in jedem Inlandsfall angeboten wird: Die *lex fori* gilt als das Recht des urteilenden, nicht als das des materiell interessierten Staates. Wollen die Parteien von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen, so liegt es an ihnen, das normale Spiel der überkommenen Kollisionsnormen in Gang zu setzen.

Im übrigen gilt hier wie auch in anderen Zusammenhängen, daß Gleichberechtigung tatsächliche Gleichheit voraussetzt. „Gleich“ in diesem Sinne sind verschiedene Rechtssysteme aber nur, soweit sie jeweils in ihrem Heimatland praktiziert werden. „Ungleich“ dagegen, wenn das eine im Heimatland, das andere aber von ausländischen Gerichten zur

<sup>57</sup> Vgl. *Neuhaus* 35, 45f.

<sup>58</sup> *B. Currie*, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1963); über ihn die Autoren oben N. 44.

Geltung gebracht wird. Auch an diesem Faktum können die Idealvorstellungen im Kollisionsrecht nicht vorbeigehen.

### 3. *Entscheidungsharmonie*

Es bleibt das wichtige Ideal der Entscheidungsharmonie<sup>59</sup>. Dieses hat zwei Gesichter, je nachdem, ob man nach seiner Relevanz für die Zeit vor oder nach der Rechtshängigkeit des Streitfalls fragt.

Für die Zeit vor der Rechtshängigkeit hat *Savigny* es in die klassischen Worte gekleidet, daß „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“<sup>60</sup>. Bei *Savigny* war dieser Grundsatz inspiriert von der Vision der „Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen“, die einer übernational gestalteten Kompetenzabgrenzung zwischen den objektiven Rechtsordnungen bedürfe. Daß aus dem Gedanken der Zuständigkeitsverteilung aber keine Schlußfolgerungen für die aktuelle Gestaltung unseres Kollisionsrechts gezogen werden dürfen, wurde bereits dargelegt.

In Wirklichkeit hat eine ex ante gewährleistete Entscheidungsharmonie handfestere Bedeutung: Nur die Unabhängigkeit der kollisionsrechtlichen Entscheidung vom jeweiligen Forum ermöglicht es den Beteiligten, sich auf *eine* rechtliche Beurteilung ihrer Beziehungen einzurichten. Damit wird zugleich verhindert, daß im Streitfall eine Partei sich unter mehreren konkurrierenden die Gerichtsbarkeit aussucht, deren Kollisionsrecht ihr als das günstigste erscheint. Daran würde jedoch durch den fakultativen Charakter des Kollisionsrechts nicht gerührt, denn die Partei, die auf die Rechtslage nach dem anwendbaren Kollisionsrecht vertraut hat, braucht sich darauf ja nur zu berufen, um es ins Spiel zu bringen. Weil diese Möglichkeit immer besteht, entfällt für jede Partei der Anreiz, in der Hoffnung auf die unmittelbare Anwendung der *lex fori* zu Lasten der anderen Partei „forum shopping“ zu betreiben.

Manchem mag es freilich eigenartig erscheinen, daß die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts offen bleiben soll, bis die Beteiligten sich im Prozeß schlüssig geworden sind, ob sie sich auf das nach Kollisionsrecht anwendbare Recht berufen oder es schlicht bei der Anwendung der materiellen *lex fori* belassen sollen. Von dieser Seite ist der Einwand zu erwarten, daß doch jeder rechtlich relevante Sachverhalt notwendigerweise von Anfang an einer Rechtsordnung unterstehe, quasi sein „statut juridique“ habe, und daß dieses Statut auch grundsätzlich unwandelbar

<sup>59</sup> Dazu *Zweigert* (oben N. 43) 50 ff.; *Kegel* 38 f.; *Neuhaus* 38 ff.

<sup>60</sup> *Von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts VIII (1849; Neudruck 1956) 27.

sein müsse<sup>61</sup>. Darauf wäre zu erwidern, daß die Vorstellung von einer „Herrschaft“ des Rechts über Sachverhalte nur ein Bild ist, das insoweit seine Berechtigung haben mag, als es – wie viele andere bildliche Darstellungen von Rechtsgedanken – der Veranschaulichung oder der Anregung zu weiterführenden Überlegungen dient. Wo es jedoch darauf ankommt, einzelne Sachfragen zu entscheiden, muß unmittelbar zurückgegriffen werden auf die rechtspolitischen Gesichtspunkte, die mit dem Bild veranschaulicht werden sollen, und das sind hier keine anderen Erwägungen als die, welche soeben vorgeführt wurden: Vorhersehbarkeit, Vertrauensschutz, Vermeidung der Zuständigkeitsmanipulation zu Lasten einer Partei.

Für die Zeit nach der Rechtshängigkeit reduziert sich das Streben nach Entscheidungseinklang auf die Vermeidung einer hinkenden Entscheidung. Daß solche Entscheidungen vermieden werden, ist nicht so sehr für das abstrakte „Ansehen“ der Rechtsordnung wichtig<sup>62</sup>, sondern liegt im unmittelbaren Interesse der Rechtsuchenden, mindestens der obsiegenden Partei, die ja gerade in internationalen Sachen nicht selten erwarten wird, daß sie sich auf die ergangene Entscheidung auch im Ausland stützen kann<sup>63</sup>. Diesen Interessen kann aber das Kollisionsrecht eines Landes ohnehin nur sehr beschränkt gerecht werden, gleichviel ob man es fakultativ oder von Amts wegen anwendet. Denn ob es zu einer hinkenden Entscheidung kommt, hängt von den Anerkennungsvoraussetzungen in dem Land ab, in dem sich eine Partei auf das Urteil berufen will. Die Anerkennung ausländischer Urteile ist jedoch in weitem Maße unabhängig davon, auf welchem materiellen Recht die Entscheidung fußt. Worauf international gewöhnlich Wert gelegt wird, ist die internationale Zuständigkeit des Urteilsstaates, die Einhaltung bestimmter Verfahrensgrundsätze und die Vereinbarkeit des Urteilsinhalts mit dem *ordre public* des Anerkennungsstaates. Das sind die wesentlichen Voraussetzungen der Anerkennung zum Beispiel in den Ländern des Common Law, also vor allem in England und den Vereinigten Staaten<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> In diese Richtung gehen z. B. die Bedenken von *Louis-Lucas*, *Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?*: *Rev. crit.* 48 (1959) 405 ff. (412). Welche Schwierigkeiten das traditionelle Denken überwinden muß, um die Wandelbarkeit zu akzeptieren, zeigt sich bei *Raape* (oben N. 5) 111 ff., bes. 121 ff.; zu den Bedenken gegen die Wandelbarkeit des anwendbaren Rechts in der Schweiz siehe *Stauffer*, Bundesgericht und Parteiautonomie auf dem Gebiete des internationalen Schuldrechts: *Festschrift Lewald* (1953) 393 ff. (396 ff.) – der selber diese Bedenken nicht teilt.

<sup>62</sup> Dieses betont *Neuhaus* 39.

<sup>63</sup> Diese Erwägung stellt zutreffend *Heldrich* (oben N. 44) 123 in den Vordergrund.

<sup>64</sup> Siehe dazu *Lenhoff*, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in den USA: *RabelsZ* 19 (1954) 201 ff.; *Peterson*, Die Anerkennung ausländischer Urteile in den Vereinigten Staaten von Amerika: *RabelsZ* 33 (1969) 543 ff.; für England siehe das deutsch-britische Abkommen über die gegen-

Ein ausländisches Urteil hat in diesen Ländern natürlich faktisch mehr Aussicht auf Anerkennung, wenn es auf dem „richtigen“ Recht beruht, weil es dann weniger wahrscheinlich der „public policy“ widersprechen wird. Aber das ist praktisch nicht sehr wichtig, weil die englischen und amerikanischen Gerichte auf public policy im materiellen Sinne ohnehin nur ganz selten rekurren, wenn die ausländische Zuständigkeit und das Verfahren nicht zu beanstanden sind<sup>65</sup>.

Auf dem europäischen Kontinent ist es zwar vielfach üblich, die Anerkennung auch davon abhängig zu machen, daß der ausländische Richter das Recht angewendet hat, welches nach den Kollisionsnormen des Anerkennungsstaates anzuwenden gewesen wäre. An der Spitze dieser Länder steht Frankreich, das diesen Grundsatz auf alle ausländischen Urteile anwendet. In vermögensrechtlichen Sachen wird dies jedoch nur selten praktiziert, weil man in der Anerkennungspraxis ebenso wie sonst verlangt, daß die Parteien sich auf das französische Kollisionsrecht ausdrücklich berufen und weil eben dies so gut wie nie geschieht<sup>66</sup>. Größere Bedeutung hat diese Voraussetzung in Statussachen<sup>67</sup>, und dies ist auch in mehreren Anerkennungsabkommen Deutschlands mit kontinentaleuropäischen Staaten in leicht wechselndem Umfang berücksichtigt worden<sup>68</sup>. Jedoch ist durchweg anerkannt<sup>69</sup> oder vertraglich vorgesehen<sup>70</sup>, daß es genüge, wenn die ausländische Entscheidung im Ergebnis gleichlaute mit dem von der heimischen Kollisionsnorm an sich berufenen Recht, und damit ist dem Erfordernis viel von seiner Schärfe genommen. Im übrigen ist der Gedanke, das Gericht müsse im Sinne des Anerkennungsstaates nach dem richtigen Recht geurteilt haben, international ohnehin auf dem Rückzug und sollte deshalb auch für die zukünftige Handhabung unseres Kollisionsrechts keine entscheidende Rolle mehr spielen<sup>71</sup>.

seitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 14. 7. 1960, BGBl. 1961 II 302 ff., Art. III.

<sup>65</sup> Siehe *Lenhoff* a. a. O. 236 f.; *Peterson* a. a. O. 562.

<sup>66</sup> Siehe dazu *Einmahl*, Die Vollstreckung ausländischer Zahlungsurteile in Frankreich und die Verbürgung der Gegenseitigkeit: *RabelsZ* 33 (1969) 114 ff. (126 ff.).

<sup>67</sup> *Einmahl* a. a. O. 126 f.; ebenso in Jugoslawien: *Beitzke*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer zivilrechtlicher Entscheidungen in Jugoslawien: *RabelsZ* 30 (1966) 642 ff. (650 ff.).

<sup>68</sup> Abkommen mit Italien vom 9. 3. 1936, RGBl. 1937 II 145, Art. 4 II; Vertrag mit Österreich vom 6. 6. 1959, BGBl. 1960 II 1246, Art. 3 II; Abkommen mit der Schweiz vom 2. 11. 1929, RGBl. 1930 II 1066, Art. 4 II; Abkommen mit Belgien vom 30. 6. 1958, BGBl. 1959 II 766, Art. 2 II; Vertrag mit den Niederlanden vom 30. 8. 1962, BGBl. 1965 II 26, Art. 3 II; Vertrag mit Griechenland vom 4. 11. 1961, BGBl. 1963 II 110, Art. 4 II.

<sup>69</sup> *Einmahl* a. a. O. 128.

<sup>70</sup> In allen der in N. 68 genannten Abkommen außer in dem deutsch-schweizerischen.

<sup>71</sup> So zu Recht *Vischer* (oben N. 45) 302; siehe z. B. den neuen Haager Entwurf eines Scheidungsabkommens, abgedruckt *RabelsZ* 33 (1969) 330, in dem

Schließlich: Wo es nach allem für die Anerkennung dennoch eine Rolle spielen könnte, welches Recht der Richter seiner Entscheidung zugrunde legt, da mögen die Parteien selbst abwägen, ob sie sich auf die deutsche Kollisionsnorm berufen wollen, d.h. ob sie um der besseren Aussichten auf ausländische Anerkennung willen die geringere Justizqualität im Inland, die mit der Anwendung ausländischen Rechts verbunden ist, in Kauf nehmen wollen. Freilich mögen dann immer noch Fälle bleiben, für die man wegen übergeordneter Gesichtspunkte den Parteien diese Wahl nicht lassen möchte – so vielleicht in dem noch zu erörternden internationalen Scheidungsrecht, wenn der Heimatstaat Scheidungen überhaupt nicht anerkennt. Aber das sind partikuläre Erwägungen, die den Gedanken der nur fakultativen Geltung nicht für den gesamten Bereich des Kollisionsrechts widerlegen.

#### IV. Einzelne Anknüpfungen

Bis zu diesem Punkt der Untersuchung hat sich ergeben, daß aus der Struktur des Kollisionsrechts und seinen Aufgaben im ganzen keine Bedenken bestehen, dem Parteiinteresse an der Anwendung des dem Richter vertrauten Rechts Rechnung zu tragen und deshalb ausländisches Recht nur auf Verlangen der Parteien anzuwenden. Im Gegenteil: Die Kollisionsnormen nur fakultativ heranzuziehen, ist die Folge der interessengerechten Bewertung einer Situation, deren Besonderheit bisher nicht ausreichend gewürdigt wurde. Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit dies mit den speziellen Zwecken einzelner Kollisionsnormen zusammenstimmt.

##### 1. *Vertragsrecht*

Im Vertragsrecht gelten die Normen des IPR faktisch schon seit langem nur fakultativ, da die Gerichte hier deutsches Recht in der Regel ohne weiteres anwenden, wenn die Parteien ihr Vorbringen nicht ausdrücklich auf ausländisches Recht gestützt haben<sup>72</sup>. Allerdings versuchen die Gerichte immer noch, diese Praxis in die traditionellen Verweisungsregeln des internationalen Vertragsrechts einzuordnen, indem sie in dem Verhalten der Parteien eine stillschweigende Wahl deutschen Rechts oder das maßgebende Indiz dafür sehen, daß der Schwerpunkt des Vertrags im deutschen Rechtsbereich liegt<sup>73</sup>. Aber es gibt schon Entscheidungen, in dieses Erfordernis ausdrücklich aufgegeben wird, Art. 6 II. Ebenso der Vorschlag der Ehrechtskommission des Deutschen Rates für IPR hinsichtlich § 328 Nr. 3 ZPO, in: *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Ehrechts* (1962) 4f., 34f.

<sup>72</sup> Siehe oben zu N. 4.

<sup>73</sup> Siehe oben N. 4; ebenso Bundesrichter *Liesecke*, Kolloquium 186.

denen diese Einkleidung fallengelassen wird. So heißt es in einem Urteil des Bundesgerichtshofs: „Die Parteien haben im Rechtsstreit ihre Rechtsbeziehungen nach deutschem Recht erörtert. Sie haben damit deutlich zum Ausdruck gebracht, daß auch das Gericht nach deutschem Recht entscheiden soll. Dem hat das Berufungsgericht entsprochen. Hiergegen werden von den Parteien keine Bedenken geltend gemacht. Es ist demnach deutsches Recht anzuwenden.“<sup>74</sup>

In der Tat wird die verweisungsrechtliche Sicht dem hier gegebenen Phänomen nicht gerecht. Denn wenn das Kollisionsrecht den Parteien die Rechtswahl überläßt oder den Vertrag objektiv nach seinem Schwerpunkt lokalisiert, so denkt es dabei notwendigerweise nur an die Eignung einer Rechtsordnung, nicht aber an die Qualität des Richters – der ja *ex ante* nicht feststeht. Außerdem erstrebt man im internationalen Vertragsrecht die Herrschaft nur einer Rechtsordnung über den ganzen Vertrag unabhängig vom jeweiligen Gerichtsstand. So liegen die Interessen der Parteien hier aber gerade nicht. Denn jeder Vertrag, besonders aber ein Vertrag über nicht nur einmalige Leistungen, bietet Zündstoff für mehr Streitigkeiten als die gerade anstehende, und solche anderen Streitigkeiten können je nach den Parteirollen auch in einem anderen Land rechtshängig werden, wenn nicht gerade ein ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart wurde. Wenn die Parteien sich zur Erleichterung des Verfahrens und um der Qualität der erstrebten Entscheidung willen nicht auf fremdes Recht berufen, heißt das also nur, daß die Anwendung der *lex fori* für den anstehenden, nicht aber auch, daß sie für andere Streitfälle vor möglicherweise anderen Gerichten ihrem Interesse entspricht.

Das Verhalten der Parteien ist also nicht Verweisungsvereinbarung und auch nicht Anknüpfungselement im materiell-kollisionsrechtlichen Sinne, sondern schieres Prozeßverhalten in einem ganz bestimmten Verfahren, und dieses verdient als solches Beachtung ohne den Umweg über das Kollisionsrecht. Es liegt hier ebenso wie in anderen Fällen, in denen ein Rechtsgedanke zunächst nur über die richterliche Konstruktion stillschweigender oder mutmaßlicher Parteivereinbarungen Anerkennung findet. Wird nach einiger Zeit seine selbständige Bedeutung erkannt, dann kann die alte Einkleidung abgestreift werden, und damit erhält der Jurist gleichzeitig den richtigen Blick für die Lösung mancher Einzelfragen<sup>75</sup>.

Diese Wirkung stellt sich auch in unserem Zusammenhang ein. So hat man einerseits zu bedenken gegeben, daß die Prozeßvertreter im allgemeinen ja gar nicht bevollmächtigt seien, von sich aus eine Vereinbarung

<sup>74</sup> BGH 23. 11. 1964, IPRspr. 1964–65 Nr. 41.

<sup>75</sup> Beispiele: der Haftungsausschluß wegen Handelns auf eigene Gefahr (dazu *Stoll*, *Das Handeln auf eigene Gefahr*; 1961) und die Entwicklung des anglo-amerikanischen Bereicherungsrechts aus „implied contract“ (dazu *Zweigert/Kötz* [oben N. 25] 263 ff.).

über das anzuwendende Recht zu treffen<sup>76</sup>. Andererseits möchte man aus dem Gedanken, daß es um eine *vereinbarte* Rechtswahl gehe, die Folgerung ziehen, die Parteien könnten sich auf die Anwendung ausländischen Rechts nicht mehr berufen, sobald sie im Rechtsstreit überhaupt einmal „verbindlich“ von der Geltung deutschen Rechts ausgegangen seien<sup>77</sup>.

Vom Interessenstandpunkt der Parteien her befriedigen diese Ansichten beide nicht, weil sie aus dem Verhalten der Parteien und der Parteivertreter einerseits zu geringe, andererseits übertriebene Konsequenzen ziehen. Die richtige Perspektive ergibt sich aus der Erkenntnis, daß das relevante Verhalten der Parteien oder ihrer Vertreter rein prozessualen Charakter trägt. Der Rechtsanwalt wird bestellt wegen seines Sachverständnisses, und ihm muß die Partei es daher auch überlassen, auf welcher rechtlichen Basis der Rechtsstreit geführt werden soll; die Berufung der Rechtsanwälte auf die *lex fori* ist also gedeckt durch die Prozeßvollmacht – schließt diese doch sogar Vergleiche, Verzichte und Anerkenntnisse ein (§ 81 ZPO). *Gebunden* sind die Parteien daran aber nicht, solange die Tatsacheninstanz noch nicht abgeschlossen ist und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Sinne von §§ 278, 529 ZPO noch vorgebracht werden können. Denn wenn man den Parteien die Entscheidung darüber läßt, ob das kollisionsrechtlich an sich berufene fremde oder ob heimisches Recht angewendet werden soll, so ist die Berufung der Parteien auf das eine oder das andere Recht ein prozessuales Angriffs- oder Verteidigungsmittel genauso wie etwa der Vortrag von Tatsachen oder die Verjährungseinrede: Prozeßhandlungen mit dem Ziel, dem Richter die Entscheidungsgrundlage zu liefern<sup>78</sup>. Wie daher ein Prozeß noch in der Berufungsinstanz auf eine neue tatsächliche Grundlage gestellt werden kann, so kann auch die rechtliche Grundlage von den Parteien bis dahin noch erneuert werden, indem sie vom deutschen auf ausländisches oder vom ausländischen auf deutsches Recht „umschalten“.

## 2. Deliktsrecht

Was im internationalen Vertragsrecht schon seit langem praktiziert wird, wird über kurz oder lang ebenso im Deliktsrecht geläufig sein. Die Rechtsprechung hat hier schon vereinzelt angenommen, daß die *lex fori* anzuwenden ist, wenn nur beide Parteien ihre Anwendung vom Gericht er-

<sup>76</sup> *Neuhaus* 176.

<sup>77</sup> So OLG Saarbrücken 13. 10. 1965, OLGZ 1966, 142 = IPRspr. 1964-65 Nr. 48; siehe auch BGH 19.4.1962, IPRspr. 1962-63 Nr. 163.

<sup>78</sup> „Angriffs- oder Verteidigungsmittel [sind] alle Prozeßhandlungen, die zum Zwecke der inhaltlichen Bestimmung der richterlichen Entscheidungen vorgenommen werden“: *Stein/Jonas* (–*Pohle*) (oben N. 1) § 146 Anm. I 1.

warten<sup>79</sup>. In Zukunft wird sie sich hierfür auch auf die Rechtslehre berufen können, wo neuerdings mit guten Gründen gefordert wird, auch im Deliktsrecht den Parteien die kollisionsrechtliche Rechtswahl zu lassen<sup>80</sup>. Wo aber Parteiautonomie gilt, will ja auch die traditionelle Auffassung die Möglichkeit, daß Kollisionsnormen nur fakultativ anzuwenden seien, nicht völlig ausschließen<sup>81</sup>. In Wirklichkeit freilich bedürfte es keines solchen Umweges über die Verweisungsvereinbarung; der Umweg erweist sich sogar als gefährlich, weil auf ihm die für die Lösung von Einzelfragen richtige Perspektive verlorengeht.

### 3. Sachenrecht

Ist der Gedanke der nur fakultativen Geltung der Kollisionsnormen im Vertragsrecht und Deliktsrecht im Ergebnis akzeptiert, wenn auch in seiner Eigenart noch nicht erkannt, so muß ihm im Sachenrecht der Eingang erst verschafft werden<sup>81a</sup>. Hier herrscht im wesentlichen unerschüttert die Regel, wonach das am Lageort geltende Recht anzuwenden ist, das heißt genau: dasjenige Recht, in dessen Geltungsbereich die Sache sich zu dem Zeitpunkt befand, als der in Frage stehende sachenrechtliche Tatbestand sich verwirklichte<sup>82</sup>. Die herrschende Lehre reagiert äußerst abweisend auf gelegentliche Anregungen, auch auf diesem Gebiet die Parteiautonomie zuzulassen<sup>83</sup>. Begründet wird sowohl der Grundsatz wie

<sup>79</sup> BGH 27. 11. 1962, IPRspr. 1962–63 Nr. 36; OLG Köln 16. 12. 1953, IPRspr. 1954–55 Nr. 35; OLG Hamburg 6. 4. 1961, IPRspr. 1960–61 Nr. 37; OLG Hamburg 21. 4. 1959, IPRspr. 1960–61 Nr. 44a.

<sup>80</sup> *Kropholler*, Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut: *RabelsZ* 33 (1969) 601 ff. (639 ff.); mindestens zugunsten der *lex fori* auch *Beitzke*, Les obligations délictuelles en d. i. p.: *Rec. des Cours* 115 (1965–II) 63 ff. (72 f.); *Seetzen*, Zur Entwicklung des internationalen Deliktsrechts: *VersR* 1970, 1 ff., 6.

<sup>81</sup> *Dölle* (oben N. 2) 55; *Neuhaus* 224.

<sup>81a</sup> Siehe aber neuestens BGH 1. 7. 1970, *NJW* 1970, 1733, wo (ohne nähere Begründung) allein wegen des übereinstimmenden Verhaltens der Parteien im Prozeß nach *deutschem* Recht beurteilt wurde, unter welchen Voraussetzungen der deutsche Verkäufer die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache mit dem *dinglichen* Herausgabeanspruch von dem belgischen Käufer zurückholen könne.

<sup>82</sup> Siehe *Soergel/Siebert (-Kegel)* (oben N. 5) Anm. 269 ff. vor Art. 7 EGBGB mit zahlreichen Nachweisen über die Rechtsprechung.

<sup>83</sup> Für Parteiautonomie: BayObLG 3. 1. 1934, IPRspr. 1934 Nr. 24; OGH *Brit. Z.* 7. 7. 1949, OGHZ 2, 226 = IPRspr. 1945–49 Nr. 9; OLG Hamburg 25. 10. 1961, IPRspr. 1960–61 Nr. 72 = AWD 1963, 261 mit zust. Besprechung *Meyer-Ladewig*. Gegen Parteiautonomie: *Nußbaum* (oben N. 16) 305; *Kegel* 249; *Beitzke* in *Achilles/Greif*, BGB<sup>21</sup> (1958) Anm. III. 1 zu Art. 12 EGBGB. Für die Möglichkeit der Rechtswahl in gewissen Grenzen: *Drobnig*, Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland: *RabelsZ* 32 (1968) 450 ff. (460 f., 465 ff.).

auch seine Unabdingbarkeit mit den Verkehrsinteressen des Lageortes: Man hat das Gefühl, die im Sachenrecht so notwendige Rechtsklarheit sei nicht mehr gewährleistet, wenn der Rechtsverkehr am Lageort – vor allem ein Gläubiger oder Rechtsnachfolger des Besitzers – gewärtigen muß, daß die dinglichen Rechtsverhältnisse an der Sache nach irgend-einer fremden Rechtsordnung zu beurteilen sind<sup>84</sup>.

Ob diese Erwägung so generell richtig ist, erscheint zweifelhaft. Denn die kollisionsrechtliche Frage wird ja häufig gerade in den Fällen akut, in denen eine Sache von einem Land in ein anderes gelangt ist und nunmehr am neuen Lageort zu klären ist, welche dinglichen Rechte am früheren Lageort entstanden und jetzt noch anzuerkennen sind. Allein von den Verkehrsinteressen des neuen Lageortes her könnte es aber naheliegen, auch frühere Sachverhalte allein nach dem Recht der neuen Umgebung zu beurteilen oder die nunmehr Interessierten darüber entscheiden zu lassen, ob sie sie nach der früheren *lex rei sitae* oder der jetzigen *lex fori* beurteilt wissen wollen<sup>85</sup>.

Daß die herrschende Lehre im internationalen Sachenrecht keinen Raum für die Parteiautonomie sieht, ist aber immerhin erklärlich daraus, daß Kollisionsnormen *ad futurum* aufgestellt werden und man gerade im Sachenrecht befürchten muß, es könnten durch die Parteiautonomie Dritte, die an der Verweisungsvereinbarung nicht beteiligt sind, in ihren dinglichen Rechten beeinträchtigt werden. In dieser Situation befinden wir uns aber nicht, wenn die dinglichen Verhältnisse an einer Sache zu einem gerichtlichen Streitfall zwischen zwei Personen geworden sind und nunmehr die Frage entsteht, ob dieser Fall je nach dem Verhalten der Parteien nach der *lex rei sitae* oder der *lex fori* zu beurteilen ist. Ob durch die Wahl zwischen diesen beiden Rechten die Positionen Dritter berührt werden, ist dann ausschließlich eine Frage der personellen Reichweite der Rechtskraft der zu erwartenden Entscheidung. Die Rechtskraft wirkt aber bekanntlich normalerweise nur zwischen den Parteien (§ 324 ZPO), Rechte Dritter werden nicht präjudiziert.

Verkehrsinteressen lassen sich also nicht dagegen ins Feld führen, daß die *lex rei sitae* nur auf Verlangen der Parteien angewendet wird. Allenfalls ist das umgekehrte Problem zu bedenken, ob nämlich die *Parteien* nicht davor geschützt werden müssen, daß später Rechte Dritter gegen sie aufgrund der im Prozeß nicht berücksichtigten *lex rei sitae* geltend gemacht werden. Das aber ist eine Situation, die wegen der grundsätzlichen Begrenzung der Rechtskraft auf die Streitparteien einerseits ebenso bei

<sup>84</sup> *Kegel* 249; *Drobnig* a. a. O. 456, 460 f.

<sup>85</sup> Dazu tendiert das Haager Abkommen über das auf den Eigentumserwerb bei internationalen Käufen beweglicher Sachen anwendbare Recht von 1956, indem es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der „Inanspruchnahme“ („*réclamation*“) abstellt, Artt. 3 I, 4 I, 5 I; siehe dazu *Kegel* 255; *Petersen*, Die 8. Haager Konferenz: *Rabelsz* 24 (1959) 1 ff. (10 ff.).

reinen Inlandsfällen, andererseits auch bei Anwendung des kollisionsrechtlich berufenen fremden Rechts auftritt. Gegen sie können die Parteien durch Streitverkündung an die Drittprätendenten Vorsorge treffen (§§ 72 ff. ZPO), und das ist dann auch in dem Fall der richtige Weg, in dem die Parteien statt der kollisionsrechtlich berufenen *lex rei sitae* die *lex fori* als Entscheidungsgrundlage gewählt haben. Denn hinsichtlich der Rechte Dritter können die Parteien ohnehin nur von der Anwendung des Lagerrechts ausgehen, da Dritte sich weder in einem späteren selbständigen Prozeß noch als Streitgenossen in dem anhängigen Verfahren auf die Anwendung der *lex fori* einzulassen brauchen.

Die Geltung der *lex rei sitae* wird allerdings nicht nur mit Verkehrsinteressen, sondern auch damit begründet, daß die Durchsetzbarkeit der zu fallenden Entscheidung im Lagestaat gesichert sein müsse<sup>86</sup>. Das gilt natürlich besonders für Grundstücke, für die ja überall seit altersher der Lagestaat eine besonders intensive Zuständigkeit in Anspruch zu nehmen pflegt, auf die auch andererseits ausländische Rechtsnormen häufig gar nicht zugeschnitten sind. So ist es von vornherein unmöglich, auf den Erwerb und Verlust von Rechten an ausländischen Grundstücken deutsches Recht anzuwenden, soweit nach diesem für die Rechtswirksamkeit bestimmte Eintragungen im Grundbuch erforderlich (z. B. § 873 BGB) oder sonst von Bedeutung sind (§§ 891, 892 BGB), denn das Grundbuch wird nun einmal nur für deutsche Grundstücke geführt. Zweifel an der unbedingten Geltung der *lex rei sitae* ergeben sich aber auch für Grundstücke z. B. schon dann, wenn es um die Nebenansprüche aus dem Eigentum geht, die lediglich die Zahlung einer Geldsumme (z. B. Nutzungsvergütung, Schadenersatz) zum Gegenstand haben (vgl. z. B. §§ 987 ff. BGB)<sup>87</sup>. Ebenso aber z. B. bei nachbarrechtlichen Fragen. Warum sollen etwa zwei Deutsche, die an der spanischen Küste benachbarte Bungalows besitzen, in einem Streit vor einem deutschen Gericht nicht verlangen können, daß ihre nachbarrechtlichen Probleme (z. B. Immissionen, Überhang und Überfall, Wegerecht) nach deutschem Recht beurteilt werden<sup>88</sup>?

Die Zweifel an der unbedingten Geltung der *lex rei sitae* für Grundstücke seien hier jedoch nur angedeutet. Für bewegliche Sachen kann es keinesfalls zugegeben werden, daß im Interesse der Durchsetzbarkeit die *lex rei sitae* angewendet werden müsse. Das ist evident für die Fälle, in denen das Recht des *früheren* Lageortes anzuwenden wäre, ebenso für

<sup>86</sup> Vgl. *Kegel* 41.

<sup>87</sup> Diese Ansprüche sind nach deutscher Auffassung wohl ebenfalls nach dem Lagerrecht zu beurteilen, siehe *Raape* 600f.; einschränkend aber *Wolff* 179.

<sup>88</sup> § 24 ZPO erklärt allerdings für die „dinglichen Klagen“ das Gericht für ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk das Grundstück liegt. Vor deutschen Gerichten könnten nachbarrechtliche Probleme jedoch als Vorfragen bedeutsam werden, z. B. in einem Schadenersatzprozeß.

die, in denen die dingliche Rechtslage nur als Vorfrage für Geldansprüche (Rechtsgewährleistung nach Kaufrecht, Eigentumsverletzung, Nutzungsvergütung o. ä.) relevant wird; es gilt jedoch auch für dingliche Ansprüche, die tatsächlich im Ausland vollstreckt werden müssen: Ein Urteil auf Herausgabe einer beweglichen Sache ist nicht so national gebunden – wie etwa der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB –, daß es nicht im Ausland vollstreckt werden könnte, vorausgesetzt natürlich, daß der Lagestaat für Herausgabeansprüche überhaupt ein Vollstreckungsverfahren in irgendeiner Form zur Verfügung stellt. In der Regel kümmert sich der Lagestaat auch nicht darum, nach welchem Recht der Herausgabeanspruch beurteilt worden ist. Für ihn mag es unter Umständen wichtig sein, die Sache physisch auf seinem Staatsgebiet zu halten, so etwa aus steuerrechtlichen, zollrechtlichen, außenhandelsrechtlichen oder strafprozessualen Gründen; dagegen interessiert es ihn in der Regel nicht, welchem der Teilnehmer am Rechtsverkehr das Eigentum an einer bestimmten Sache zugeteilt wird. Wenn die Parteien sich also vor einem deutschen Gericht z. B. um ein Bild streiten, das beim Kläger veruntreut, vom Beklagten in England erworben wurde und sich dort noch befindet, dann steht nichts dagegen, die Eigentumsvermutungen und die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach deutschem Recht zu beurteilen, solange die Parteien damit einverstanden sind. Befindet sich der streitige Gegenstand aber inzwischen in Deutschland, so hat die Beurteilung auch der im früheren Lagestaat verwirklichten Tatbestände nach deutschem Recht den Vorteil, daß die schwierige Anpassung der im Ausland entstandenen an die hiesige Sachenrechtslage entfallen kann<sup>89</sup>.

#### 4. Erbrecht und Familienrecht

Sind für die Berufung der *lex rei sitae* vornehmlich Verkehrsinteressen maßgebend, so erfolgt die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im internationalen Familien- und Erbrecht in erster Linie um der Parteien willen. Das Heimatrecht soll gelten, weil die Parteien nach ihm leben, mit ihm am engsten verbunden sind<sup>90</sup>. Angesichts solcher Inter-

<sup>89</sup> Die Schwierigkeiten bleiben natürlich, wenn die Parteien über die Anwendung deutschen Rechts im Prozeß *nicht* einig sind; siehe z. B. BGH 2. 2. 1966, BGHZ 45, 95, und dazu *Kegel*, Der Griff in die Zukunft – BGHZ 45, 95: JuS 1968, 162 ff., und *Drobnig* (oben N. 83).

<sup>90</sup> *Kegel* 34, 35 f., 262, 277, 283, 291, 308, 324, 355; siehe auch *ders.*, Zur Reform des deutschen internationalen Ehescheidungsrechts, in: Vorschläge und Gutachten (oben N. 71) 106: „Man glaubt, daß der Einzelne ein Interesse daran habe, nach einem materiellen Recht beurteilt zu werden, dem er aus Gründen des Vertrauens, des Gemeinschaftsgefühls, des Heimatstolzes oder auch nur der Gewohnheit nahesteht, und daß die Anwendung dieses Rechts seinem Wunsch entspreche.“

essenwertung sollte man für diese Gebiete auch von der traditionellen Anschauung her keine Einwände dagegen erwarten, daß die Parteien die Anwendung der *lex fori* herbeiführen, wenn sie meinen, *dies* läge in ihrem Interesse. Tatsächlich ist es aber gerade umgekehrt: Auf den bisher behandelten Gebieten steht das Rechtsgeschäft im Vordergrund der Betrachtung; dort erscheint auch die kollisionsrechtliche Parteiautonomie als akzeptables Phänomen. Im Familien- und Erbrecht liegt der herrschenden deutschen Auffassung jedoch bisher die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ganz fern und deshalb wahrscheinlich auch der Gedanke, das Kollisionsrecht könne auf diesen Gebieten nur fakultativ angewendet werden<sup>91</sup>.

Die Zurückhaltung gegenüber kollisionsrechtlicher Parteiautonomie begründet man zum einen gern mit dem zwingenden Charakter der familien- und erbrechtlichen Rechtssätze, zum andern mit der Sorge, es könnten durch eine Rechtswahl die Rechtspositionen Dritter beeinträchtigt werden. Bei näherem Hinsehen zeigt sich indessen, daß diese Bedenken – jedenfalls so pauschal – nicht richtig sind, soweit es nur um die Anwendung der von den Parteien akzeptierten *lex fori* geht.

a) Im *Erbrecht* und hinsichtlich der *vermögensrechtlichen Seite des Familienrechts* gelten dieselben Überlegungen wie zum internationalen Sachenrecht: Wenn die Frage nach dem anwendbaren Recht gestellt wird für einen konkreten Rechtsstreit zwischen bestimmten Personen, dann können die Parteien sich mit der Anwendung der *lex fori* einverstanden erklären, sofern sie auch den ganzen Streit ohne Präjudizierung dritter Rechtspositionen beenden könnten. Das ist z. B. nicht möglich im Erbscheinvfahren (§§ 2353 ff. BGB), da nach dem an sich berufenen Erbrecht ja ein Dritter als Erbe in Betracht kommen könnte, der am Verfahren nicht beteiligt ist. Im übrigen aber stehen die vermögensrechtlichen Ansprüche aus Erb- oder Familienverhältnissen voll zur Disposition der Streitparteien – vor und im gerichtlichen Verfahren. Wenn im Rahmen eines vermögensrechtlichen Streits Erbquoten, Pflichtteile, die Nachlaßhaftung, Güterstandsfragen, Schlüsselgewalt, Eigentumsvermutungen eine Rolle

<sup>91</sup> Vgl. *Makarov*, Die Gleichberechtigung der Frau und das deutsche IPR: *RabelsZ* 17 (1952) 382 ff. (388); *Beitzke*, Zur Reform des Ehegüterrechts im deutschen Internationalprivatrecht, in: *Vorschläge und Gutachten* (oben N. 71) 89 ff. (91); *ders.*, Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern, in: *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Kindschafts-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts* (1966) 67 ff. (72) (zum Unterhaltsrecht); *Vorschläge der Erbrechtskommission des Deutschen Rates für IPR*, in: *Vorschläge und Gutachten* (oben N. 45) 12 f.; *Ferid*, Die gewillkürte Erbfolge im IPR: ebd. 91 ff. (93 ff.). Für die Möglichkeit der parteiautONOMEN Rechtswahl nur *Dölle*, Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht: *RabelsZ* 30 (1966) 205 ff., und *Sturm*, Zur Gleichberechtigung im deutschen IPR, in: *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung*, Festschrift ... Heidelberg (1967) 155 ff.

spielen, so können die Parteien sich vergleichen wie auch ein Verzichts- oder Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen lassen. Dann muß ihnen für diesen Fall auch die viel weniger weitgehende Vorentscheidung darüber überlassen werden können, ob der Rechtsstreit nach dem Recht A oder der *lex fori* beurteilt werden soll. Das gilt z. B., wenn nur über die Höhe eines Unterhaltsanspruchs gestritten wird, aber auch, wenn der erb- oder familienrechtliche Status als solcher in Frage steht, so etwa beim Streit um die Gültigkeit einer Erbeinsetzung der Geliebten: Wenn die übergangene Ehefrau und die Geliebte des Ausländers sich über die Verteilung des Nachlasses einigen könnten, warum dann nicht auch in der Vorfrage, welches Recht ihrem Streit über die Gültigkeit des Testaments zugrunde gelegt werden soll? Rechte Dritter werden dadurch nicht präjudiziert, da die Rechtskraft nur zwischen den Parteien wirkt. Auch insofern gilt, was oben zum Sachenrecht gesagt wurde<sup>92</sup>.

b) Wir kommen nunmehr zum harten Kern des IPR: Soweit nur *persönliche Beziehungen* des Familienrechts zur Beurteilung stehen, gelten die eben angestellten Erwägungen über die Dispositionsfreiheit der Parteien nicht; über Voraussetzungen der Eheschließung, Voraussetzungen der Vaterschaft und der Ehelichkeit, persönliche Pflichten aus Ehe und Kinderschaft, über Voraussetzungen und Wirkungen der Adoption können die Parteien tatsächlich nicht verfügen, was sich in den Amtsmaximen der dazugehörigen Gerichtsverfahren widerspiegelt (vgl. §§ 617, 622, 640 ZPO, § 12 FGG).

Freilich gibt es auch hier Gebiete, wo das Lebensverhältnis zur Disposition der Parteien steht – so etwa bei der Verteilung der elterlichen Gewalt nach der Scheidung; darüber hat zwar in jedem Falle das Vormundschaftsgericht zu entscheiden, jedoch darf es von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern nur abweichen, wenn es zum Wohle des Kindes erforderlich ist (§ 1671 II BGB), und das bedeutet, daß in diesem Fall die Entscheidung der Eltern nur aus sehr schwerwiegenden Gründen beiseitegeschoben werden darf<sup>93</sup>. Ähnliches gilt sogar für die Scheidung: Die Konventionalscheidungen sind weltweit so sehr Konvention geworden, daß die Parteien faktisch auch hier mit Hilfe des Gerichts über das Eheband disponieren. Wenn die Gerichte sich aber materiellrechtlich nicht einmischen, warum sollen sie dann eigentlich kollisionsrechtlich „Schwierigkeiten“ machen?

Selbst wenn man aber von dieser faktischen Parteiautonomie im Familienrecht absieht, muß man sich doch fragen, ob es richtig ist, aus der Unabdingbarkeit der materiellen Rechtssätze die zwingende Natur auch des Kollisionsrechts zu folgern. Denn wenn die in Frage kommenden Rechtsordnungen ein Rechtsgebiet zwingend regeln, folgt daraus doch nicht, daß auch die Auswahl der schließlich maßgebenden Rechtsordnung

<sup>92</sup> Oben S. 570 f.

<sup>93</sup> Vgl. *Dölle*, Familienrecht II (1965) § 97 III 6.

zwingend vorgeschrieben sein muß<sup>94</sup>. Im Grunde geht es hier doch nur darum, unerwünschte Gesetzesumgehungen zu verhindern. Unter diesem Blickwinkel wird man die Sachverhalte jedoch unterscheiden müssen, wenn man die eigentlich kritischen Fälle in den Blick bekommen will. Einmal gibt es den Fall, daß das eigentlich berufene ausländische Recht milder ist als das deutsche; dann erweist sich jegliche „Umgehung“ als untauglicher Versuch. Oder das ausländische Recht ist in den wesentlichen Zügen ebenso strikt oder mild wie das deutsche: eine Umgehung des fremden Rechts zugunsten der *lex fori* „lohnt“ sich dann auch nicht – so etwa wenn beide Rechtsordnungen unter annähernd gleichen Voraussetzungen die Scheidung aus ehelichem Verschulden oder wegen Zerrüttung kennen oder z.B. für Adoptionen im großen und ganzen vergleichbare Kautelen vorsehen. Es gibt keinen Grund, in einer solchen Konstellation das legitime Interesse der Parteien an einer Anwendung des dem Richter und den Anwälten vertrauteren deutschen Rechts nicht durchdringen zu lassen. Echte Umgehungen kann man mithin nur dort suchen, wo das deutsche Recht deutlich liberaler ist als das sonst maßgebliche fremde Recht.

Gesetzesumgehungen im Familienrecht generell zu vermuten, wäre demnach nicht gerechtfertigt; ihre Auffindung und Bekämpfung ist Sache des Einzelfalls. Der Richter muß also konkrete Anhaltspunkte dafür haben, daß die Beteiligten sich mit der Anwendung deutschen Rechts nur deshalb einverstanden erklären, weil sie dem an sich anwendbaren Recht wegen seines Inhalts ausweichen wollen. Ob solchen Umgehungsversuchen entgegenzutreten ist, hängt ab vom Sinn der Kollisionsnorm, mit deren Hilfe die Umgehung bewerkstelligt würde<sup>95</sup>. Die Kollisionsnorm, wonach die Parteien das sonst anzuwendende Recht zugunsten der *lex fori* verdrängen können, will den Parteien den nach seinem eigenen Recht urteilenden Richter verschaffen um der inneren Qualität des Verfahrens und des Entscheidungsprozesses willen. Sie deckt mithin nicht den Fall, daß die Parteien ein bestimmtes Prozeßergebnis erzielen oder vermeiden wollen. In solchem Fall hätte der Richter die gemeinsame Berufung der Parteien auf deutsches Recht also zurückzuweisen.

Damit erledigen sich auch etwaige Befürchtungen, die Bundesrepublik könne bei nur fakultativer Anwendung ihres internationalen Scheidungsrechts zum Scheidungsparadies für Ausländer werden, deren Heimat-

---

<sup>94</sup> Ebenso *Sturm* (oben N.91) 170: „... daraus, daß zahlreiche Regeln des Familienrechts *ius cogens* sind, folgt noch lange nicht, daß auch die Rechtsordnung zwingend vorgeschrieben sein muß, deren *ius cogens* ... maßgebend sein soll.“ Ähnlich treffende Überlegungen schon bei *Haudek* (oben N. 36) 16 ff. und *Gamillscheg* (oben N. 5) 306 f. anlässlich der Frage, inwieweit zwingendes Vertragsrecht der kollisionsrechtlichen Rechtswahl entgegenstehe.

<sup>95</sup> *Kegel* 169 f.; *Neuhaus* 128 f.

staat die Scheidung nicht gestattet – was besonders für die in Deutschland arbeitenden Italiener, Spanier und Portugiesen<sup>96</sup> bedeutsam würde<sup>97</sup>. Wenn eine in Deutschland beehrte Rechtsgestaltung nach dem eigentlich anwendbaren ausländischen Recht – so wie in den Rechten jener Länder – schlechthin ausgeschlossen ist, ist die Berufung der Parteien auf deutsches Recht am gewünschten Ergebnis orientiert und deswegen unbeachtlich. Wo die Entscheidung dagegen für Parteien und Richter nach dem an sich anwendbaren Recht noch „offen“ ist – etwa hinsichtlich gesetzlicher Empfängniszeiten, Beiwohnungs- und Vaterschaftsvermutungen in einem Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft oder hinsichtlich der Voraussetzungen einer Eheverfehlung im Scheidungsprozeß –, da ist nicht einzusehen, warum die Beteiligten nicht in der Lage sein sollen, sich dem deutschen Recht zu unterstellen.

Der Sinn und Zweck der familienrechtlichen Kollisionsnormen steht also auch auf dem Gebiet der persönlichen Rechtsbeziehungen der Anwendung der *lex fori* nicht grundsätzlich im Wege. Wie aber ist es mit den Rechtspositionen Dritter? Man könnte meinen, sie möchten unter Umständen Schaden nehmen, da doch im Kindschafts- und Eheprozeß die Rechtskraft für und gegen alle wirkt (siehe §§ 636 a, 638, 640 h S. 1, 641 k ZPO). Tatsächlich ist dies jedoch nicht der Fall. Denn die Rechtskraftwirkung für und gegen alle hat zunächst nur den Zweck, den Bestand der Ehe oder des Eltern-Kind-Verhältnisses für jeden beliebigen Rechtsgenossen verbindlich festzulegen. Rechtspositionen können dadurch nur tangiert werden, soweit das materielle Recht solche Positionen wirklich schützen will. Es gibt aber niemanden, der am Weiterbestand einer Ehe ein rechtlich geschütztes Interesse hat; nicht einmal den ehelichen Kindern wird eine solche Position zugebilligt, wie sich darin zeigt, daß das deutsche Eherecht der Scheidung einerseits unmittelbare Folgen auch für das Eltern-Kind-Verhältnis beimißt (z. B. Verteilung der elterlichen Gewalt), andererseits die Kindesinteressen bei den Scheidungsgründen nicht berücksichtigt. Im Kindschaftsrecht gibt es dagegen schutzwürdige Interessen eines Dritten, nämlich desjenigen, der selbst das Eltern-Kind-Verhältnis oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt; seine Position

---

<sup>96</sup> Portugal erlaubt die Wahl zwischen Zivilehe und kanonischer Ehe; die letztere, die von etwa 85 % der Bevölkerung gewählt wird, ist unscheidbar; siehe *Rau*, *RabelsZ* 26 (1961) 124.

<sup>97</sup> Wo keiner der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, fehlt es freilich bereits an der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte, wenn die Entscheidung im Heimatstaat des Mannes nicht anerkannt werden wird (§ 606 b Nr. 1 ZPO). Diese Voraussetzung für die internationale Zuständigkeit soll aber nach den Vorschlägen der Eherechtskommission des Deutschen Rates für IPR künftig entfallen: Vorschläge und Gutachten (oben N. 71) 4, 30.

wird denn auch nach besonderer Vorschrift nicht präjudiziert, wenn er am Prozeß nicht teilgenommen hat<sup>98</sup>.

Es bleibt schließlich das Problem der Entscheidungsharmonie. Insofern gilt auch hier, was oben allgemein zu diesem Gesichtspunkt gesagt wurde<sup>99</sup>: Ein ganz großer Teil der Welt überprüft das anzuerkennende Urteil am Maßstab des *ordre public* inhaltlich nur auf grobe Abweichungen; in einem anderen Teil verlangt man zwar gerade in Statussachen Anwendung des nach den eigenen Vorstellungen anwendbaren Rechts, ist aber auch zufrieden, wenn zwar nach „falschem“ Recht, aber mit „richtigem“ Ergebnis geurteilt wurde; das ist besonders wichtig für die Fälle, in denen die Unterwerfung der Parteien unter deutsches Recht hauptsächlich in Frage kommt, wo nämlich das sonst berufene fremde Recht im großen und ganzen ebenso strikt oder liberal ist wie das deutsche<sup>100</sup>. Das Hauptproblem des Anerkennungsrechts schließlich, die ausländische Scheidung von Eheleuten, deren Heimatrecht eine Scheidung überhaupt nicht zuläßt, ist für uns kein Problem, weil in diesem Fall den Parteien die Unterstellung unter das deutsche Recht in der Regel nicht gestattet werden wird. Die nach allem nicht sehr zahlreichen Fälle, in denen die von den Parteien hingegenommene Anwendung deutschen Rechts die Anerkennung im Heimatstaat gefährden mag, rechtfertigen es nicht, das Kollisionsrecht auch gegen das Interesse der konkreten Parteien in jedem statusrechtlichen Fall von Amts wegen anzuwenden. Mögen die Parteien selbst abwägen, ob ihnen eine schnellere und qualitativ befriedigendere Entscheidung oder die Anerkennung in einem anderen Land wichtiger ist.

## V. Andere Lösungen

Unsere Untersuchung hat bis zu diesem Punkt ergeben, daß auf den klassischen Gebieten des Privatrechts weder die Aufgaben des Kollisionsrechts im ganzen noch die Zwecke der untersuchten Einzelnormen grundsätzlich dagegen stehen, ausländisches Recht nur auf Verlangen der Parteien anzuwenden. Wir müssen uns aber noch fragen, ob dem Interesse der Parteien an qualitativ hochwertiger Justiz nicht besser mit anderen Mitteln Rechnung getragen würde.

<sup>98</sup> § 640 h S. 2 ZPO. Die gerichtliche Feststellung der *nichtehelichen* Vaterschaft wirkt allerdings auch gegenüber einem Dritten, der die Vaterschaft für sich in Anspruch nimmt (§ 641 k ZPO), aber das nur, weil auch das materielle Recht dem Dritten keinen Schutz zubilligt (vgl. § 1600 g I BGB); siehe *Baumbach/Lauterbach/Albers*, ZPO<sup>30</sup> (1970) Bem. zu § 641 k.

<sup>99</sup> Oben S. 564 f.

<sup>100</sup> Siehe oben S. 575.

### 1. Umformung vorhandener Kollisionsnormen

Sollte man vielleicht, statt das Kollisionsrecht im ganzen zu relativieren, die vorhandenen Kollisionsnormen dem bezeichneten Parteiinteresse entsprechend umformen?

a) Zunächst könnte man daran denken, der kollisionsrechtlichen *Parteiautonomie* allgemein in größerem Umfang als bisher Raum zu geben. Die Freigabe der Rechtswahl im vorhinein für alle auf einem bestimmten Gebiet denkbaren Konstellationen erscheint jedoch riskant und würde über das Ziel hinausschießen. Denn erwünscht ist vom Interesse der Parteien her ja nur die Möglichkeit, für einen bereits anhängigen Fall die Geltung der *lex fori* zu wählen. Man kann natürlich auch dies noch als *Parteiautonomie* im traditionell kollisionsrechtlichen Sinne denken – in der Weise, daß die einzelne Kollisionsnorm jedenfalls insofern dem Parteiwillen Raum läßt. Aber in diesem Fall überhaupt noch mit dem traditionellen Begriff der *Parteiautonomie* zu arbeiten, hat doch den Nachteil, daß die eigentlichen Probleme dieser „Rechtswahl“ undeutlich werden. Es könnte daraus vor allem auch hergeleitet werden, die Parteien müßten, um die *lex fori* ins Spiel zu bringen, sich positiv auf diese einigen, statt lediglich übereinstimmend davon abzusehen, sich auf das fremde Recht zu berufen<sup>101</sup>. Diese Forderung würde aber der Interessenlage nicht gerecht; denn besteht einmal Streit zwischen den Parteien, dann kann eine Vereinbarung auch nur über das anwendbare Recht von ihnen nicht mehr erwartet werden, zumal sie eine gegenseitige Bindung schon vor Abschluß der Tatsacheninstanz herbeiführen würde<sup>102</sup>. Sind die Parteien aber zur positiven Rechtswahl nicht fähig, so können sie dennoch gleichlaufende Interessen an der Anwendung der *lex fori* haben, die respektiert zu werden verdienen.

b) Eine weitere Möglichkeit zur Lösung unseres Problems wäre der neuerdings wieder verstärkt propagierte Wechsel unseres Kollisionsrechts vom Staatsangehörigkeits- zum *Wohnsitzprinzip*<sup>103</sup>. Das würde im Effekt zu einer viel häufigeren Anwendung der *lex fori* führen, weil die internationale Zuständigkeit weitgehend ebenfalls an den Wohnsitz anknüpft. So wird denn das Wohnsitzprinzip heute u. a. auch deswegen befürwortet, weil es dem Interesse der Parteien an schneller und sicherer Rechtsanwendung entgegenkomme<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> So z. B. *Neuhaus* 176; *Zweigert, Kegel und Zajtay*, Kolloquium 186.

<sup>102</sup> Siehe oben S. 568.

<sup>103</sup> Siehe vor allem *Wahl*, Die Entwicklung des Personalstatuts im europäischen Raum: Festschrift Heidelberg (oben N. 91) 123 ff.; *Drobnig*, Verstößt die kollisionsrechtliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?: unten S. 636 ff.

<sup>104</sup> *Wahl* a. a. O. 153; vgl. auch *Drobnig* a. a. O. 639 f., 644.

Eine vollwertige Alternative zur fakultativen Einschränkung des Kollisionsrechts ist die Übernahme des Wohnsitzprinzips jedoch nicht. Denn erstens würde dieses ja doch nur in Personalstatutssachen helfen, und zweitens würde das Kollisionsrecht oft auf das Domizil einer Partei abstellen, die an dem konkreten Rechtsstreit nicht beteiligt ist; so vor allem im Erbrecht, wo es den streitenden Erben nicht helfen würde, wenn nach dem Wohnsitzrecht des Erblassers entschieden würde, der im Ausland gewohnt hatte. Auch muß angesichts der ganz überwiegend immer noch positiven Einstellung unserer Kollisionsrechtswissenschaft zum Staatsangehörigkeitsprinzip und angesichts des klaren Wortlauts der einschlägigen Vorschriften des EGBGB davon ausgegangen werden, daß der Wechsel zum Wohnsitzprinzip nur vom Gesetzgeber vollbracht werden könnte<sup>105</sup>. Das Kollisionsrecht dagegen nur fakultativ anzuwenden, ist auch *de lege lata* möglich, weil hier nur eine ergänzende Interessenwertung vorgenommen wird, die das bisherige Kollisionsrecht als solches intakt läßt für die Fälle, in denen die Parteien sich mit der Anwendung der *lex fori* nicht einverstanden erklären.

## 2. *Einschränkung der Zuständigkeit*

Eine zweite Möglichkeit wäre die, im Sinne eines „Gleichlaufs“ die deutschen Gerichte möglichst nur dann für international zuständig zu erklären, wenn deutsches Recht anwendbar ist<sup>106</sup>. Eine akzeptable Lösung wäre das jedoch nicht, weil es in praxi nicht angängig erscheint, daß die deutsche Justiz, um ihre Qualität zu verbessern, sich rar macht. Im Bereich der EWG würde dem auch das Diskriminierungsverbot entgegenstehen, denn eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung wäre es sicherlich, wenn Angehörige von EWG-Staaten in der Bundesrepublik nicht den gleichen Zugang zu den Gerichten hätten wie Inländer<sup>107</sup>.

## 3. *Spezialisierung der Richter*

Eine andere Möglichkeit wäre die, Kollisionsrecht und Zuständigkeiten zu lassen, wie sie sind, statt dessen vielmehr die auslandsrechtliche Ausbildung der Richter zu verbessern und ihre Erfahrungen so zu erweitern,

<sup>105</sup> Anders nur vielleicht im EWG-Raum, wo das Diskriminierungsverbot unmittelbar auf das nationale Recht einwirkt; siehe *Drobnig a. a. O.*

<sup>106</sup> Über den Gedanken, Gleichlauf zwischen *ius* und *forum* wegen der Schwierigkeiten der Anwendung ausländischen Rechts anzustreben, siehe *Neuhaus*, Internationales Zivilprozeßrecht und IPR: *RabelsZ* 20 (1955) 201 ff. (243 ff., 247 ff., 256 ff.).

<sup>107</sup> Siehe dazu auch *Drobnig* (oben N. 103).

daß auch bei Anwendung ausländischen Rechts die Rechtspflege von derselben Güte wäre wie bei vergleichbaren Inlandsfällen. Das wäre selbstverständlich nicht für alle 12000 Richter in der Bundesrepublik zu erreichen, sondern überhaupt nur dann, wenn die auslandsrechtlichen Sachen bei wenigen Gerichten konzentriert würden. Von der Seite der Kollisionsrechtswissenschaft ist eine solche Spezialisierung immer wieder gefordert worden<sup>108</sup>, und von da aus könnte die Möglichkeit der nur fakultativen Anwendung des Kollisionsrechts nicht nur als überflüssig, sondern als schädlich bewertet werden, weil sie der Justiz ein Mittel sein könnte, sich ihrer Pflicht zur Vervollkommnung im Internationalen Privatrecht und im Auslandsrecht zu entziehen.

In Wirklichkeit ist eine ausreichende Qualitätsverbesserung der Rechtspflege auf diesem Gebiet *nicht zu erwarten*. Zwar gibt es vereinzelt schon heute an Gerichten der Bundesrepublik Kammern und Abteilungen, bei denen auslandsrechtliche Sachen eines bestimmten Gebiets (Scheidungen, Vormundschaftssachen) zusammengefaßt werden<sup>109</sup>. Gegenüber dem sonstigen Spezialisierungsbedarf der Praxis haben weitergehende Vorschläge zur internationalrechtlichen Konzentrierung jedoch keine Aussicht auf Verwirklichung, denn man wird davon ausgehen können, daß die Spezialisierung am ehesten dort gefördert werden wird, wo die Praktiker selbst – Richter und Anwälte – sie für notwendig halten. Der Praxis aber dürfte heute Spezialisierung am dringendsten erscheinen für Bauprozesse, Mietzinsprozesse und Unfallhaftungsklagen. Kennzeichnenderweise kommen die Vorschläge zur internationalrechtlichen Spezialisierung vorzugsweise aus der Wissenschaft, während z. B. der jüngste Vorschlag aus der Praxis eine Fülle konzentrationsfähiger Materien aufzählt, dabei jedoch mit keinem Wort der auslandsrechtlichen Sachen Erwähnung tut<sup>110</sup>: Hier die Klage des Mannes, den der Schuh drückt, dort der Schmerz des Meisters, dessen edles Produkt von einem derben Fuß ausgetreten wird.

Selbst wenn man aber der internationalrechtlichen Spezialisierung bessere Aussichten zubilligen wollte, wäre sie keine *ausreichende* Hilfe. Erstens wäre es nicht damit getan, richterliche Sachkenner für das Auslandsrecht schlechthin zu bekommen, sondern – das zeigt die interne Organisation der internationalrechtlichen Institute – man braucht Spezialisten für amerikanisches, für englisches, für französisches Recht etc. Zweitens wird auch der hochspezialisierte Richter, der das Rechtsrohmaterial überblickt, sich in einem entscheidenden Punkt von seinem nach deutschem Recht urteilenden Kollegen unterscheiden, darin nämlich, daß er aus

<sup>108</sup> Vgl. *Zweigert*, Zur neueren Entwicklung des IPR: Jur. Jb. 1 (1960) 134 ff. (145 f.); *Neuhaus* 227 f.; *D. Müller*, Kolloquium 71.

<sup>109</sup> Das berichtet *D. Müller*, Kolloquium 71.

<sup>110</sup> *J. Blomeyer* (oben N. 21).

natürlicher Courtoisie vor den fremden Rechtsanschauungen und aus mangelnder Vertrautheit mit der ausländischen sozialen Umwelt bei der Anwendung des Rechtsstoffes ängstlicher sein wird.

Im übrigen würde es nicht genügen, nur den Richtern die erforderliche Sachkunde zu verschaffen. Will man die verfahrensrechtliche Stellung der Parteien nicht schwächen, so muß auch der Anwaltschaft Gelegenheit und Anreiz geboten werden, sich den gleichen Sachverstand wie die Richter anzueignen. Nun gibt es zwar viele Anwaltssozietäten, die international ausgerichtet sind – dies jedoch in der Regel auf dem Gebiet des Handels-, Wirtschafts- und Steuerrechts. Es wäre unrealistisch anzunehmen, solche Sozietäten würden sich mit dem Hauptstoff des Kollisionsrechts – Scheidungs-, Unterhalts- und Kindschaftsprozessen – befassen wollen. Andererseits wird man schwerlich Anwälte finden, die sich in genügender geographischer Breite auf eben diese familienrechtlichen Auslandsfälle spezialisieren wollen. Denn die dazu notwendigen Sprach- und Rechtskenntnisse wären Qualifikationen, die in angemessener Weise eben nur durch wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Sozietäten bezahlt werden könnten. Gelänge es aber nicht, den internationalrechtlich spezialisierten Richtern eine ebenso qualifizierte Anwaltschaft gegenüberzustellen, so hätte der Zivilprozeß in internationalen Sachen mehr den Charakter eines Betreuungsverfahrens, was – wenn vielleicht auch nicht für das materielle Ergebnis, so doch sicher prozessual – die Stellung der Parteien im Vergleich zu reinen Inlandsfällen verschlechtern würde.

Schließlich: Wenn überhaupt, so wäre die Gleichwertigkeit des Verfahrens und der Entscheidung in Auslandsrechtsfällen doch nur in sehr ferner Zukunft zu erreichen. Heute und für absehbare Zeit besteht sie nicht, und deswegen müssen wir im Interesse der Parteien jedenfalls vorerst die nur fakultative Anwendung der Kollisionsnormen als einzigen Ausweg akzeptieren. Die Forderung nach internationalrechtlicher Spezialisierung der Richter verliert dadurch nichts von ihrer Berechtigung. Die Fälle, in denen die Parteien sich dem deutschen Recht nicht unterstellen wollen, werden immer noch zahlreich sein, und sie allein sind Anlaß genug, die auch nur relative Verbesserung der Justizqualität anzustreben, die durch Spezialisierung erreichbar ist.

## VI. Prozessuales

Die prozessualen Probleme, die daraus entstehen, daß man die Parteien zwischen dem kollisionsrechtlich berufenen Recht und der *lex fori* wählen läßt, seien kurz skizziert:

- (1) Wie die Wahl im Prozeß getroffen werden muß, wurde bereits ange-

deutet<sup>111</sup>: Es genügt, daß keine der Parteien sich auf die Anwendung ausländischen Rechts beruft; der Interessenlage würde es nicht entsprechen, wenn die Parteien sich auf die Anwendung der *lex fori* positiv einigen müßten. Wie aber umgekehrt? Genügt es für die Anwendung des ausländischen Rechts, daß eine der Parteien es verlangt, oder muß die andere Partei zustimmen? Stellt man das Parteiinteresse an sicherer Rechtspflege in den Vordergrund, so könnte es naheliegen, eine übereinstimmende Berufung auf das fremde Recht zu fordern, denn warum sollte eine Partei das vorhandene Interesse der anderen nach eigenem Gutdünken überspielen können? Nähere Überlegung zeigt jedoch, daß gerade dies in Kauf genommen werden muß. Denn würden *beide* sich auf das fremde Recht berufen müssen, so könnte die Partei, die an der *lex fori* festhalten will, das ursprüngliche Vertrauen der anderen auf die nach Kollisionsrecht gegebene Rechtslage ihrerseits ohne weitere Voraussetzungen zunichte machen<sup>112</sup>. Fakultativen Charakter soll das Kollisionsrecht aber nur deshalb haben, damit es aus dem Wege treten kann, wenn *beide* Parteien meinen, daß es ihnen keinen Nutzen bringt.

(2) Die prozessuale Folge der Nichtberufung auf das ausländische Recht muß sein, daß der Richter hieran gebunden ist, nicht etwa, daß er nunmehr nach seinem Ermessen das fremde Recht oder sein eigenes anwenden könnte; denn wegen der Parteien, nicht um seinetwillen darf die kollisionsrechtliche Frage offenbleiben.

(3) Das Gericht kann die kollisionsrechtliche Frage jedoch aufwerfen kraft des Rechts und der Pflicht zur Aufklärung (§ 139 ZPO). Es sollte dies tun, wenn ihm das ausländische Recht bekannt und das daraus folgende Ergebnis für den konkreten Fall sicher ist; denn ihren Sinn erhält die Möglichkeit der Unterstellung unter die *lex fori* ja aus der Überlegung, daß die Parteien bei Anwendung des fremden Rechts einen unsicheren Richter erhalten. Wo der Richter sich aber in Wirklichkeit sicher fühlt, sollte er die Parteien darüber nicht im unklaren lassen, auch wenn dies dazu führt, daß die vom ausländischen Recht begünstigte Partei sich dann natürlich auf das ausländische Recht berufen wird. Ist das Gericht sich dagegen seiner Sache nicht sicher – sei es in der Frage des anzuwendenden Rechts, sei es hinsichtlich des Inhalts der berufenen Rechtsordnung –, so sollte es nach seinem Ermessen verfahren. In Sachen, die einen hohen Streitwert haben, von prinzipieller Bedeutung sind oder auch nach deutschem Recht schwierige Rechtsfragen aufwerfen, wird es angebracht sein, die Parteien zur Erklärung über das anzuwendende Recht aufzufordern; in kleineren Sachen würden die Parteien dadurch vielleicht nur

---

<sup>111</sup> Oben S. 578.

<sup>112</sup> Siehe oben S. 563 f.

in unnötige Zweifel gestürzt oder zu unverhältnismäßigen Untersuchungen veranlaßt<sup>113</sup>.

Freilich sollte es nicht geschehen, daß eine Partei sich auf die Anwendung deutschen Rechts ohne Arg, die andere aber ganz bewußt deshalb einläßt, weil sie weiß, daß das ausländische Recht ihr ungünstiger ist. Der Richter wird deshalb auch in kleineren Sachen die Parteien auf die kollisionsrechtliche Lage hinweisen müssen, wenn er sieht, daß eine Partei nicht die gleiche Möglichkeit wie die andere hatte, sich über das Kollisionsrecht und das danach berufene ausländische Recht zu informieren. Solche prozessuale Fürsorge für den Schwächeren gehört zur guten Tradition der deutschen Gerichte. Sie wird bei den Amtsgerichten (wo kein Anwaltszwang besteht) in ähnlichen Fällen täglich praktiziert, indem der Richter den rechtsunerfahrenen Beklagten etwa auf Verjährungsfristen oder die Möglichkeit von Prozeßeinreden (z. B. örtliche Unzuständigkeit, Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten) aufmerksam macht, wenn der Kläger anwaltlich vertreten ist oder sonstwie rechtsgewandter erscheint.

Wenn der Richter die kollisionsrechtliche Frage aufwirft, muß er den Sachstand allerdings so darlegen, daß jede Partei die Vorteile der Anwendung heimischen Rechts gegen die Chancen der Reise ins ungewisse ausländische Recht verständlich abwägen kann. Gebunden sind die Parteien an ihre Erklärungen so lange nicht, als neue Angriffs- und Verteidigungsmittel noch geltend gemacht werden können<sup>114</sup>.

## VII. Ausblick

Wenn wir den kollisionsrechtlichen Verweisungen auf fremdes Recht nur auf Antrag einer Partei Folge leisten, so geschieht dies im Interesse der Parteien. Fakultatives Kollisionsrecht bringt aber Vorteile auch für die Gerichte und die Wissenschaft. Die Gerichte erhalten den Mechanismus, mit dem sie offen und legitim die Interessenwertung verwirklichen können, die ihnen bisher nur unter der Hand gestattet wurde. Für die Wissenschaft bedeutet es zwar einerseits eine gewisse Relativierung ihrer bisherigen Arbeit, andererseits aber eine Gelegenheit, das Kollisionsrecht genauer auf die Situationen zuzuschneiden, in denen für eine Kollisionsnorm ein echter Bedarf besteht.

Positive Auswirkungen können sich aber vor allem ergeben für das Verhältnis zwischen der Kollisionsrechtswissenschaft und der Gerichtspraxis. Die-

<sup>113</sup> *Lando*, Kolloquium 131 f., 185 f.; in diesem Sinne auch *Schlesinger*, Die Behandlung des Fremdrechts im amerikanischen Zivilprozeß: *RabelsZ* 27 (1962/63) 54 ff. (71 f.).

<sup>114</sup> Siehe oben S. 568.

ses Verhältnis ist heute in Deutschland gekennzeichnet dadurch, daß die Gerichte bei den wissenschaftlichen Instituten Gutachten über das eigene Internationale Privatrecht einholen und die Wissenschaft sich gegenüber der Praxis nicht selten in der Rolle des Pädagogen fühlt. Die Führerrolle der Wissenschaft ist erklärlich, denn das Internationale Privatrecht ist in der ganzen Welt wie kein anderes Rechtsgebiet seit jeher Gelehrtenrecht gewesen, dessen intellektueller Autorität die Gerichte aus eigenem nichts entgegenzusetzen hatten. Diese Rollenverteilung birgt jedoch in sich die Gefahr, daß die Gerichte die Schwierigkeit des internationalen Falles hauptsächlich darin sehen, sich in dem von der Wissenschaft postulierten Gedankensystem richtig zu bewegen (oder es zu umgehen), daß andererseits die Wissenschaft den Erfolg ihrer Arbeit zu einem guten Teil darin sieht, daß ihr System möglichst oft und in sich korrekt benutzt wird. Ein Kollisionsrecht, das nur fakultativ angewendet wird, hat demgegenüber den Vorzug, daß es einerseits bei den Gerichten zunächst die Frage nach der angemessenen Behandlung des Falles in den Vordergrund treten läßt und andererseits der Wissenschaft erlaubt, ihre Energie auf die Fälle zu konzentrieren, in denen der Einsatz des kollisionsrechtlichen Instrumentariums nicht von ihr, sondern von der konkreten Interessenslage verlangt wird.

### Summary

#### OPTIONAL CONFLICTS LAW

A German court is traditionally supposed to apply foreign law *ex officio* whenever a choice-of-law rule refers to it. However, this may often amount to doing the parties a disservice: Judges and attorneys are normally used to think only in terms of domestic law so that the judicial process tends to be of inferior quality if foreign law is to furnish the rule of decision. Conflicts law should therefore be left to the option of the parties, that is, foreign law declared applicable by a conflicts rule should actually be applied only if it is invoked by a party wishing to take advantage of it.

The greater part of the article is devoted to a discussion of how this would fit into the established framework of private international law. The author demonstrates in detail that optional conflicts law would be compatible with the general functions of the law of conflict of laws as well as with the purposes of individual German conflicts rules, including those rules that refer to the *lex situs* and those in the field of family law and the law of succession.