

Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts

Von JÜRGEN BASEDOW, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Positives Recht: Internationales Vertragsrecht	33
1. Weltweite Anerkennung der Parteiautonomie	33
2. Ausschluss der Parteiautonomie in Lateinamerika	34
3. Ausschluss der Parteiautonomie im Nahen Osten	36
4. Beschränkungen der Vertragsfreiheit	37
II. Aprioristische und abgeleitete Bedeutung der Parteiautonomie	38
III. Theoretische Einwände gegen die Parteiautonomie	40
1. Souveränität	41
2. Ordre Public	44
3. Keine Vertragsbindung ohne Rechtsordnung	46
4. Schutz der schwächeren Partei.	48
5. Fazit.	50
IV. Theoretische Begründung der Rechtswahl	50
1. Freiheit und natürlicher Wille.	50
2. Bindungswirkung	51
3. Rechtswahlvereinbarungen als Verfügungsverträge	52
4. Rechtswahlfreiheit als vorstaatliches Recht	54
V. Fazit und Schlussfolgerung	57
1. Interaktion von Rechtswahl und objektivem Recht	57
2. Der Umfang der Rechtswahlfreiheit im Privatrecht.	58
Summary: Theory of Choice of Law	59

Die Parteiautonomie gilt gemeinhin als weltweit akzeptierter Grundsatz des internationalen Schuldvertragsrechts, obwohl ihre theoretische Begründung immer wieder Schwierigkeiten bereitet hat. An ihrem Siegeszug hat dies nichts ändern können. Manche haben deshalb von einer »Verlegenheitslösung« gesprochen, die man gleichsam trotz besserer Einsicht wegen ihrer

praktischen Vorteile befürwortet.¹ Inzwischen dehnt sich die Parteiautonomie auf immer neue Rechtsgebiete aus, ohne dass sich noch irgendjemand vertiefte Gedanken über ihre innere Rechtfertigung macht. Im Allgemeinen hat es mit kurzen Hinweisen auf das freiheitliche Menschenbild und den Grundsatz »in dubio pro libertate« sein Bewenden; das Interesse an den konkreten Grenzen und Ausformungen der Rechtswahlfreiheit ist jedenfalls durchweg viel größer.²

So wichtig es ist, das Phänomen im Einzelnen zu durchdringen, so wenig kann es doch befriedigen, dass das gesamte Kollisionsrecht zunehmend unter den Einfluss eines theoretisch unbewältigten Prinzips gerät. Dies umso weniger, als sich die Rechtswahlfreiheit nicht einmal in ihrem Stammgebiet, dem internationalen Schuldvertragsrecht, wirklich universell durchgesetzt hat. Die folgende Untersuchung ist deshalb dem theoretischen Fundament der Parteiautonomie – und nur ihm – gewidmet. Ausgehend von einer Bestandsaufnahme im internationalen Vertragsrecht (I.) ist sie zunächst um Begriffsklärung bemüht (II.); sie wendet sich sodann den rechtstheoretischen Einwänden gegen die Rechtswahl (III.) und schließlich der theoretischen Grundlegung (IV.) zu.

I. Positives Recht: Internationales Vertragsrecht

1. Weltweite Anerkennung der Parteiautonomie

Der Vertrag unterliegt gemäß Art. 3 I der Rom I-Verordnung »dem von den Parteien gewählten Recht«,³ und nach den Erwägungsgründen ist »die freie Rechtswahl der Parteien ... einer der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse«⁴. Damit wird nur wiederholt, was schon im Römischen Übereinkommen der EWG-Mitgliedstaaten über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht fest verankert war.⁵ Überhaupt scheint dieser Grundsatz nichts Überraschendes an sich zu haben, hat doch Flessner im Jahre 1990 konstatiert:

¹ So schon früh Kegel in seinem Lehrbuch, siehe *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht³ (1971) 255.

² Exemplarisch verwiesen sei hier auf den umfassenden Überblick bei *Stefan Leible*, Parteiautonomie im IPR, Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: FS Erik Jayme I (2004) 485–503.

³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6; siehe dazu *Ole Lando/Peter Arnt Nielsen*, The Rome I Regulation: C.M.L. Rev. 45 (2008) 1687 (1698ff. zur Parteiautonomie).

⁴ Siehe Rom I-Verordnung (vorige Note) Erwägungsgrund 11.

⁵ Siehe Art. 3 I des Römischen Übereinkommens vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, konsolidierte Fassung: ABl. 2005 C 334/1.

»Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist für das Schuldrecht weltweit anerkannt: Die Parteien können das anwendbare Recht selbst wählen, und diese Rechtswahl schließt prinzipiell das zwingende Recht der gewählten Rechtsordnung ein und das der anderen, »abgewählten« Rechtsordnungen aus.«⁶

So selbstverständlich ist die Anerkennung der freien Rechtswahl indessen nicht. Sie gilt für Europa und viele Industriestaaten in aller Welt,⁷ etwa für die USA⁸, Australien⁹ oder Japan¹⁰. Auch in China ist die Parteiautonomie in verschiedenen Rechtsquellen anerkannt.¹¹ Auf der Weltkarte des Internationalen Privatrechts fehlt es aber doch nicht an Staaten, in denen der Grundsatz der freien Rechtswahl keine Anerkennung findet, jedenfalls nicht so, wie von Flessner beschrieben. Entsprechende Gesetze finden sich vor allem in Lateinamerika und im Nahen Osten.

2. Ausschluss der Parteiautonomie in Lateinamerika

Ein besonders wichtiges Beispiel liefert das brasilianische Recht. Nach Art. 9 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch von 1942 findet »auf die Qualifikation und Regelung der Obligationen ... das Gesetz desjenigen Landes Anwendung, in welchem sie entstanden sind.«¹² Im Gegensatz zu

⁶ Axel Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht* (1990) 97; ähnlich Leible, (oben N. 2) 486 mit weiteren Nachweisen.

⁷ Grundlegend, wenn auch zum Teil nach über 30 Jahren überholt, ist immer noch die umfassende rechtsvergleichende Untersuchung von *Ole Lando, Contracts*, in: *Int. Enc. Comp. L. III: Private International Law* (1976) Kap. 24, S. 14–32.

⁸ Siehe § 1–105 des Uniform Commercial Code; siehe auch *Giesela Rühl, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, in: *Conflict of Laws in a Globalized World*, hrsg. von *Eckart Gottschalk/Ralf Michaels/Giesela Rühl/Jan v. Hein* (Cambridge 2007) 153 (157 f.).

⁹ *Peter E. Nygh/Martin Davies, Conflict of Laws in Australia*⁷ (Chatswood, NSW 2002) 358 f.

¹⁰ *Yuko Nishitani, Party autonomy and its restrictions by mandatory rules in Japanese private international law: Contractual conflicts rules*, in: *Japanese and European private international law in comparative perspective*, hrsg. von *Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani* (2008) 77 (80 ff.) (zitiert: *Japanese and European PIL*); siehe auch Art. 7 des Act on general rules for application of laws, no. 78 of 2006, *ibid.*, S. 405, 407; das Gesetz findet sich auch in: *Yearbook PIL* 8 (2006) 427 ff.; dazu *Yasuhiro Okuda, Reform of Japan's private international law: Act on the general rules of the application of laws*: ebd. 145 (148 f.).

¹¹ *Baoshi Wang, Neue Entwicklung im IPR der VR China: IPRax* 2007, 363 (367 ff.); siehe auch § 3 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von zivil- und handelsrechtlichen Vertragsstreitigkeiten mit Außenberührung: *IPRax* 2008, 67 und dazu *Lutz-Christian Wolff, VR China, Neue IPR-Regeln für Verträge*: ebd. 55 (56 f.).

¹² Text mit deutscher Übersetzung in: *Außereuropäische IPR-Gesetze*, hrsg. von *Jan Krop-holler/Hilmar Krüger/Wolfgang Riering/Jürgen Samtleben/Kurt Siehr* (1999) 108 ff.

der entsprechenden Bestimmung von Art. 13 des vorangegangenen Zivilgesetzbuchs von 1916 enthält Art. 9 keinen Hinweis auf eine abweichende Vereinbarung der Parteien. Diese Regelung wird dahin ausgelegt, dass das auf einen Vertrag anzuwendende Recht von den Parteien nicht wirksam gewählt werden kann. Während für die Schiedsgerichtsbarkeit durch das Gesetz 9307/1996 ausdrücklich die Möglichkeit der Rechtswahl eingeführt wurde, bleibt es vor staatlichen Gerichten bei der Anknüpfung an den Abschlussort.¹³

Die Wahl eines ausländischen Rechts wird zum Teil aber wohl, soweit es um dispositive Bestimmungen geht, anerkannt. Allerdings wird nicht recht deutlich, ob dies als Inkorporation auf der Ebene des materiellen Rechts zu verstehen ist; die praktischen Wirkungen sind, wenn man die Rechtswahl auf rein dispositives Recht beschränkt, auch die gleichen.¹⁴ Darüber hinaus wird eine Bestimmung des Vertragsstatuts durch Vereinbarung für den Fall diskutiert, dass der Abschlussort in einem ausländischen Staat liegt, der seinerseits die Rechtswahl anerkennt;¹⁵ freilich lässt sich diese Ausnahme eher durch die Anerkennung des Renvoi erklären als durch die ausdrückliche Billigung der Rechtswahl.

Ähnlich liegen die Dinge nach dem Schlusstitel des Zivilgesetzbuchs von Uruguay. Gemäß Art. 2399 unterliegen Rechtsgeschäfte dem Recht des Erfüllungsortes; das Gesetz verweist zur Spezifizierung auf die Artt. 34–38 des Vertrages über das Internationale Privatrecht von Montevideo.¹⁶ Diese Bestimmungen schreiben für verschiedene Leistungen objektiv zu bestimmende Vertragsstatuten vor; eine Wahl des Erfüllungsortes soll ausgeschlossen sein.¹⁷ Gemäß Art. 2304 des Zivilgesetzbuchs sind die Vorschriften über

¹³ Luiz Otávio Pimentel/Patricia de Oliveira Areas/Michele Copetti, Brazil, in: *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, hrsg. von Carlos Esplagues Mota/Daniel Hargain/Guillermo Palao Moreno (Madrid u. a. 2008) 135 (137) (zitiert: *Derecho de los contratos internacionales*); ebenso mit einer eingehenden Analyse von Literatur und Rechtsprechung: Nadia de Araujo, *Contratos internacionais², Autonomia da vontade, Mercosul y convenções internacionais* (Rio de Janeiro u. a. 2000) 109; siehe auch Jürgen Samtleben, *Das Internationale Privatrecht des MERCOSUR: RabelsZ* 63 (1999) 1 (59).

¹⁴ Siehe Wilson de Souza Campos Batalha, *Direito internacional privado²* II (São Paulo 1977) 248; João Grandino Rodas, *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*, in: *Contratos internacionais³*, hrsg. von João Grandino Rodas/Calixto Salomão Filho (São Paulo 2002) 19 (32).

¹⁵ Irineu Strenger, *Da autonomia da vontade em direito internacional privado* (São Paulo 1967) 205 f. in Anlehnung an Oscar Tenório, *Lei de introdução ao Código civil brasileiro*, (1943) (siehe auch die 2. Aufl. [Rio de Janeiro 1955] Tz. 610).

¹⁶ *Tratado de Derecho Civil Internacional*, Montevideo, 12. 2. 1889, siehe etwa <<http://normas.diprargentina.com/2007/06/tratado-de-derecho-civil-internacional.html>>; die Kollisionsnormen des uruguayischen Zivilgesetzbuchs sind mit deutscher Übersetzung abgedruckt bei Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr (oben N. 12) 908 ff.

¹⁷ Daniel Hargain/Gabriel Mihali, Uruguay, in: *Derecho de los contratos internacionales* (oben N. 13) 765 (766 mit Hinweis auf die Rechtsprechung).

die gesetzgeberische und richterliche Zuständigkeit der Verfügung der Parteien entzogen; der Einschluss der gesetzgeberischen Zuständigkeit entzieht das IPR der Rechtswahl. Nur wenn das nach dem IPR von Uruguay anzuwendende nationale Recht die Rechtswahl zulässt, wird sie – gleichsam im Wege des Renvoi – auch in Uruguay beachtet.¹⁸ Zwar gewinnt der Gedanke der Rechtswahl in neuerer Zeit mehr und mehr Anhänger und findet seinen Niederschlag inzwischen auch in dem Entwurf des Außenministeriums für ein allgemeines Gesetz über Internationales Privatrecht,¹⁹ doch ist die Rechtswahl nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge im IPR ohne Wirkung.

3. Ausschluss der Parteiautonomie im Nahen Osten

Auf Ablehnung stößt der Gedanke der Rechtswahl zum Teil auch im Nahen Osten. So bestimmt Art. 968 des iranischen Zivilgesetzbuchs von 1935²⁰: »Verpflichtungen, die aus Verträgen resultieren, unterstehen dem Recht des Abschlussortes, es sei denn, die Vertragschließenden sind Ausländer und haben ausdrücklich oder stillschweigend die Verbindlichkeiten einem anderen Recht unterstellt.« Die Rechtswahl wird also nur für den seltenen Fall relevant, dass vor iranischen Gerichten aus Verträgen prozessiert wird, die zwischen Parteien mit ausschließlich ausländischer Staatsangehörigkeit abgeschlossen wurden. Gegenüber früheren Entwürfen, in denen die Rechtswahl in weiterem Umfang zugelassen war, hat erst das Gesetzgebungsverfahren zu der gegenwärtigen Einengung geführt.²¹

Die kollisionsrechtlichen Gesetze mehrerer arabischer Länder stimmen, was die Anknüpfung von Verträgen betrifft, in einem Grundschemata überein, das wohl zuerst im ägyptischen Zivilgesetzbuch von 1948 niedergelegt ist. Nach dessen Art. 19 gilt (1) das Recht des Wohnsitzes, wenn die Parteien ihn in demselben Land haben, sonst (2) das Recht des Abschlussortes. (3) Für Verträge über Liegenschaften soll das Belegenheitsrecht maßgeblich

¹⁸ Siehe näher *Hargain/Mihali* (vorige Note) 773; mit eingehenden Nachweisen auf die Rechtsprechung auch *Cecilia Fresnedo de Aguirre*, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (Montevideo 1991) 70 ff.

¹⁹ *Ministerio de Relaciones Exteriores, Ley General de Derecho Internacional Privado*, zur Zeit im Gesetzgebungsverfahren (der Entwurf liegt dem Verfasser vor), siehe Art. 48. Unterstützt wird die Parteiautonomie etwa von *Hargain/Mihali* (oben N. 17) 773 ff.; siehe auch eingehend *Jorge Talice*, *La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el derecho internacional privado uruguayo*, in: *Liber amicorum Didier Opertti Badán* (Montevideo 2005) 527 ff.

²⁰ Text aus *Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr* (oben N. 12) 298 ff.

²¹ Siehe *Nadjma Yassari*, *Das internationale Vertragsrecht des Irans*: IPRax 2009, 451–456.

sein.²² Die Regeln (1) und (2) können durch Rechtswahl abbedungen werden. Die gleiche Trias von Regeln findet sich etwa im Jemen²³, in Jordanien²⁴ oder im Irak²⁵. Unklar ist allerdings, ob sich der Vorbehalt der Rechtswahl in diesen Folgeordnungen auf alle Verträge mit Ausnahme der Grundstücksverträge bezieht oder aber nur auf Verträge zwischen Parteien, die ihren Wohnsitz in verschiedenen Staaten haben.²⁶ Sollte die Rechtswahl nur für Verträge zwischen Parteien mit Wohnsitz in verschiedenen Staaten zugelassen sein, wären zwar die wichtigsten Fälle erfasst, doch wäre die Einschränkung immer noch spürbar; können doch auch Verträge zwischen Parteien, die im selben Staat ansässig sind, einen sehr ausgeprägt internationalen Charakter haben, man denke nur an die Vereinbarung von Leistungen mit ausländischem Erfüllungsort, die Einbettung eines Vertrages in ein internationales Vertragsnetz und dergleichen.

4. Beschränkungen der Vertragsfreiheit

Es gibt also durchaus nach wie vor einige Länder, in denen die Rechtswahl im Schuldvertragsrecht abgelehnt wird, in etlichen anderen steht ihre Tragweite jedenfalls nicht fest. Neben dem völligen Ausschluss der Rechtswahlfreiheit sind bislang auch schon Beschränkungen deutlich geworden, die sich auf die Internationalität des Vertrages beziehen und die Parteiautonomie jedenfalls für solche Verträge ausschließen, die aus der Sicht der jeweiligen *lex fori* einen rein innerstaatlichen Charakter haben. Nur hinzuweisen ist an dieser Stelle auf weitere Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit, die sich auf das gewählte Recht oder den Gegenstand des Vertrages beziehen.

²² Text aus *Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr* (oben N. 12) 14ff.

²³ *Hilmar Krüger*, Allgemeiner Rechtszustand und internationales Privatrecht der Republik Jemen: RIW 1993, 28 mit einer Übersetzung des maßgeblichen Art. 30 des Zivilgesetzbuchs auf S. 31.

²⁴ *Hilmar Krüger*, Das internationale Privatrecht Jordaniens: IPRax 1987, 126 mit einer Übersetzung des maßgeblichen Art. 20 des Zivilgesetzbuchs auf S. 130.

²⁵ *Hilmar Krüger/Norbert F. Küppers*, Das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht des Irak: IPRax 1989, 180, mit der Übersetzung des maßgeblichen Art. 25 des Zivilgesetzbuchs auf S. 183.

²⁶ Die deutschen Übersetzungen (oben N. 23–25) unterscheiden sich in Wortwahl und Satzbau von der des ägyptischen Textes. Dort steht nach der von der ägyptischen Regierung autorisierten französischen Übersetzung außer Frage, dass die Parteien – außer bei Grundstücksverträgen – immer das anwendbare Recht wählen können. In der deutschen Übersetzung des irakischen und des jemenitischen Texts bezieht sich dagegen der Nebensatz mit dem Vorbehalt der Rechtswahl nach grammatikalischen Regeln nur auf den Fall verschiedener Wohnsitze der Parteien. Doch schreibt *Krüger* (oben N. 23) 30, dass Art. 30 des jemenitischen Zivilgesetzbuchs den Grundsatz der Parteiautonomie im Internationalen Schuldvertragsrecht statuiert.

In den USA ist nach § 1–105 UCC eine »reasonable relation« eines Geschäfts zu dem gewählten Recht erforderlich. Die Gerichte haben diese Schwelle freilich in der Praxis immer weiter abgesenkt, sodass darin keine spürbare Einschränkung der Rechtswahlfreiheit mehr zu sehen ist.²⁷ Gegenständliche Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit finden sich überall in großer Zahl, insbesondere für Rechtsgebiete, in denen die Vertragsfreiheit auch materiellrechtlich eingeschränkt wird, in der Rom I-Verordnung vor allem für Arbeitsverträge, Verbraucherverträge, Versicherungsverträge und Beförderungsverträge.²⁸ Die sektorspezifische Betrachtung schlägt die Brücke zum materiellen Recht; sie stellt damit auch die Verbindung zu einer neueren Tendenz her, die der Parteiautonomie auch in anderen Gebieten als dem Schuldvertragsrecht, so etwa im Familien- und Erbrecht, zunehmend Raum gewährt.²⁹

Diese Ausdifferenzierungen werden in der Rechtswissenschaft intensiv diskutiert, sollen hier aber nicht weiter erörtert werden. Sie setzen allesamt voraus, dass den Privatpersonen die Wahl des auf ihre Verhältnisse anzuwendenden Rechts überhaupt zugestanden wird. Dass die Mehrheit der Staaten sie heute gestattet, zeigt zwar eine Tendenz an, ist aber in der Auseinandersetzung mit den Gegnern der Rechtswahl kein Argument. Die folgenden Überlegungen sind der theoretischen Grundlage der Parteiautonomie gewidmet und nehmen ihren Ausgangspunkt bei den Argumenten ihrer Gegner.

II. Aprioristische und abgeleitete Bedeutung der Parteiautonomie

Der Grundsatz der Parteiautonomie lässt sich in doppelter Hinsicht als Quelle kollisionsrechtlicher Rechtsfindung verstehen. Zum einen kann man darunter die Fähigkeit des Menschen verstehen, außerhalb und vor jeder Rechtsordnung die für ihn maßgeblichen Normen selbst zu setzen. Ein zweites Verständnis sieht in der Privatautonomie die Möglichkeit des Individuums, im Rahmen einer gegebenen Rechtsordnung für sich selbst und/oder andere Verbindlichkeiten zu schaffen. Soweit diese Rechtsordnung dem Einzelnen auch die Möglichkeit eröffnet, sich durch Rechtswahl einer

²⁷ Siehe *Rühl* (oben N. 8) 163: »[I]t seems that American courts consider almost any relationship to the foreign law as a substantial relationship ...«

²⁸ Siehe Artt. 5–8 der Rom I-Verordnung (oben N. 3).

²⁹ Siehe *Leible* (oben N. 2) 493–501; *Jürgen Basedow*, The recent development of the conflict of laws, Some comparative observations, in: *Japanese and European PIL* (oben N. 10) 3 (15f.); *Erik Jayme*, Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, hrsg. von *Brigitta Jud/Walter H. Recheberger/Gerte Reichelt* (Wien 2008) 63, 65f. mit vielen Nachweisen.

anderen Rechtsordnung zu unterstellen, spricht man von Parteiautonomie. Das erste, aprioristische Konzept wurde von Frankenstein als primäre, das letztere als sekundäre Anknüpfung bezeichnet.³⁰

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Ansätzen liegt darin, dass das zweite, abgeleitete Verständnis der Parteiautonomie als Rahmen die Existenz einer positiven Rechtsordnung voraussetzt, die auf anderem Wege zu bestimmen ist und folglich nicht von dem subjektiven Willen des Einzelnen abhängen kann. Wie diese Rechtsordnung zu bestimmen ist, bleibt offen. Der Hinweis auf das IPR eines bestimmten Landes hilft nicht weiter, weil dessen Rechtsanwendungsregeln nur für die Gerichte und Behörden dieses Landes maßgeblich sind. Soweit der Kläger zwischen den für ihn verfügbaren Gerichtsständen in verschiedenen Staaten auswählen kann, entscheidet letztlich, wenn auch auf einem Umweg, doch wieder der subjektive Wille darüber, ob ein Kollisionsrecht zur Anwendung kommt, das die Parteiautonomie anerkennt.

In sich konsistent wäre das abgeleitete Verständnis der Parteiautonomie nur, wenn es objektive und für jedes Gericht auf der Welt verbindliche Regeln darüber gäbe, welches positive Kollisionsrecht maßgeblich ist. Ein solches Meta-Kollisionsrecht würde dann für jedes Rechtsverhältnis ein – und nur ein – positives Kollisionsrecht anweisen; soweit dieses Kollisionsrecht die Parteiautonomie anerkennt, stünde für jedes Rechtsverhältnis unabhängig vom angerufenen Gericht fest, ob eine Rechtswahl der Parteien wirksam ist oder nicht. Frankenstein hatte mit seiner »primären Anknüpfung« ein solches Meta-Kollisionsrecht im Sinne; er hielt »für den Menschen die Staatsangehörigkeit, für die Sache ihre räumliche Lage« für die »beiden einzigen Anknüpfungen, welche aus dem Wesen des Rechts unabhängig von jeder gesetzgeberischen Willkür sich ergeben, das einzige, was man überhaupt a priori über Beziehungen von Menschen und Sachen zur Rechtsordnung auszusagen vermag«. Diese »primäre[n] (originäre[n], aprioristische[n]) Anknüpfungen verweisen auf eine Rechtsordnung, welche die Rechtsverhältnisse erschöpfend ordnen könne«; sie könne »sich aber auch auf eine mittelbare Beherrschung beschränken und aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder anderen Erwägungen durch einen Akt, den wir sekundäre (derivative) Anknüpfung nennen, die Person oder Sache ihrerseits wieder einer

³⁰ Siehe *Ernst Frankenstein*, Internationales Privatrecht II (1929) 159 und 162; zu Frankenstein's Verständnis von primärer und sekundärer Anknüpfung siehe *ders.*, Internationales Privatrecht I (1926) 49 und 50. Dieselbe Aufspaltung des Begriffs in ein aprioristisches und ein abgeleitetes Verständnis findet sich in der Sache bei mehreren Autoren, siehe etwa für Uruguay *Quintín Alfonsín*, La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos, in: *ders.*, Escritos jurídicos II/2 (Montevideo 1977) 351; siehe auch *Henri Batiffol*, Aspects philosophiques du droit international privé (réédition de l'ouvrage paru initialement en 1956) (Paris 2002) 65f., 70.

anderen Rechtsordnung unterwerfen ..., die dann erst ihrerseits die Herrschaft unmittelbar ausübt«. ³¹

Ein solches Meta-Kollisionsrecht der primären Anknüpfung besteht freilich nicht. Zwar wird man für die dinglichen Rechte an Immobilien in den Kollisionsrechtsordnungen der Welt auf eine weitgehend übereinstimmende Verweisung auf die *lex situs* treffen, doch war das für alle sonstigen Rechtsverhältnisse propagierte Staatsangehörigkeitsprinzip schon zu Zeiten von Frankenstein keineswegs allgemein anerkannt und befindet sich heute auf dem Rückzug. Damit setzt sich das aus dem positiven Recht abgeleitete Verständnis der Parteiautonomie dem schon erläuterten Einwand aus, dass es in internationalen Sachverhalten – über den Umweg der gerichtlichen Zuständigkeit – letztlich doch wieder dem subjektiven Willen des Klägers maßgeblichen Einfluss auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts einräumt. Es ist also nicht widerspruchsfrei.

Das aprioristische Konzept der Parteiautonomie ist dem Vorwurf der Widersprüchlichkeit nicht ausgesetzt. Seine Autorität leitet sich aus vorrechtlichen Überlegungen ab (siehe unten IV.). Dieses Verständnis ist kennzeichnend für ein allgemeines Prinzip, an dem sich Gesetzgeber und Rechtsanwender gleichermaßen orientieren sollen. Damit wirft es zwei theoretische Fragen auf: (1) Woher rührt die Legitimität eines solchen vorrechtlichen Prinzips? (2) Welcher Rang kommt diesem Prinzip im Verhältnis zu positivrechtlichen Regelungen des Kollisionsrechts zu, in denen die Parteiautonomie keine oder keine nennenswerte Anerkennung findet? (Siehe dazu unten IV.)

III. Theoretische Einwände gegen die Parteiautonomie

Die wohl umfangreichste und vollständigste Aufarbeitung der Argumente für und gegen die Parteiautonomie stammt, was ihre Gegner betrifft, von Cecilia Fresnedo de Aguirre aus Uruguay. ³² In einer umfassenden rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Bestandsaufnahme arbeitet sie acht Gründe heraus, derer sich die Befürworter der Parteiautonomie bedienen, und unterzieht diese Argumente einer kritischen Würdigung. ³³ Dabei geht es zum Teil um Begründungen von einer eher rechtstechnischen Dimension wie die Reverenz vor der internationalen Vertragspraxis oder das Streben nach höherer Rechtssicherheit (siehe dazu unten V. und VI.). Zum anderen weist ihre Erörterung aber auch auf grundlegende theoretische Einwände hin, welche die Berechtigung einer Rechtswahl durch die Par-

³¹ Siehe *Frankenstein* (vorige Note) I, 49–50.

³² Siehe oben N. 18.

³³ *Fresnedo de Aguirre* (oben N. 18) 115ff.

teien schon im Kern in Frage stellen; darauf beschränken sich die folgenden Ausführungen.

1. Souveränität

(1) *Rechtswahl als Souveränitätsschmälerung.* – Die Abwahl eines kraft objektiver Anknüpfung maßgeblichen Rechts kann in dem Sinne verstanden werden, dass der private Wille imstande ist, den rechtspolitischen Gestaltungsanspruch der kraft objektiver Anknüpfung maßgeblichen *lex causae* einzuschränken. Dieser Gedanke liegt insbesondere dann nahe, wenn die objektive Anknüpfung des Vertrages durch das Kollisionsrecht des Forum-Staates auf die *lex fori* verweist. In diesem Falle schmälert die Wahl eines ausländischen Rechts im Ergebnis den Umfang der Anwendung des eigenen Rechts und – da das eigene Recht Ausdruck der souveränen Gesetzgebung des Forum-Staates ist – auch den Umfang von dessen Souveränität.

Unmissverständlich hat dieser Gedanke den Gesetzgeber von Uruguay geleitet; in den Materialien zu Art. 2403 des Zivilgesetzbuchs³⁴ schreibt der Redaktor des Gesetzes über »las competencias internacionales [legislativa y judicial] que son fundamentalmente de orden público porque afectan en su faz legislativa o judicial la *soberanía del país* en que se localiza la relación jurídica y están por lo tanto por ensima de sus individuales voluntades«. Die Regelung der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts »se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica«. ³⁵ Auch in der europäischen Doktrin klingt dieser Gedanke an, so etwa bei Batiffol: »Il est certes choquant de penser que la solution jurisprudentielle dans le sens généralement reçu du choix par les partis de la loi applicable signifierait que l'empire de chaque loi dépendrait de la volonté des partis: Une pareille vue semble peu conciliable avec la notion que la loi exerce une autorité assortie de sanctions coercitives.«³⁶

(2) *Objektives Rechtsverständnis.* – Rechtstheoretisch steht hinter dieser Position ein rein objektives Verständnis des Rechts. Recht ist danach ganz im Sinne Hegels nur, was gesetzt ist, also positives Recht.³⁷ Dem Einzelnen können danach Rechte, also subjektive Rechte, nur zustehen, soweit die objektive Ordnung sie ihm verleiht. Noch weiter geht Kelsen in seiner reinen Rechtslehre: »Vom Standpunkt der objektiven Ordnung oder der

³⁴ Siehe oben im Text nach N. 17.

³⁵ *Alvaro Vargas Guillemette*, Codificación nacional del derecho internacional privado (Montevideo 1943) 22 (meine Hervorhebung, J. B.); die Kenntnis dieser Quelle verdanke ich Herrn Prof. Gonzalo Lorenzo Idiarte, Montevideo.

³⁶ *Batiffol* (oben N. 30) 83–84.

³⁷ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. von *Helmut Reichelt* (1972) 186 (§ 211).

durch sie konstituierten Gemeinschaft gibt es überhaupt kein selbständiges Individuum. ... Indem die reine Rechtslehre das so genannte subjektive Recht in allen seinen Erscheinungsformen ... als vom objektiven Recht verschiedene Wesenheit auflöst und nur als besondere Gestaltung ... des objektiven Rechts begreift, hebt sie jene subjektivistische Einstellung zum Recht auf, in deren Dienst der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht: jene advokatorische Auffassung, die das Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Parteiinteresses, das heißt im Hinblick darauf betrachtet, was es für den Einzelnen bedeutet, inwiefern es ihm nützt ...«³⁸

Die einseitige Betonung der Souveränität als der Quelle einer objektiven Ordnung von Staat und Recht führt zu der Frage, woraus sich denn ihrerseits jene objektive Ordnung und Souveränität ableitet. Hegel bezeichnet den Staat als »die Wirklichkeit der sittlichen Idee, ... das an und für sich Vernünftige, ... die Wirklichkeit der konkreten Freiheit.«³⁹ Die Entstehung und Absolutheit des Staates wird also nicht auf menschliches Handeln zurückgeführt, insbesondere lehnt Hegel die Begründung des Staates durch die Eingehung von Vertragsverhältnissen ab.⁴⁰ Maßgeblich für Entstehung und Aufbau eines Staatswesens kann danach nur die Erkenntnis einer Idee sein, nämlich der Sittlichkeit.

(3) *Kritik und vertragstheoretisches Gegenmodell.* – Allerdings führt Erkenntnis als solche noch nicht unbedingt zu einem ihr entsprechenden Handeln. Warum die Betreffenden die Erkenntnis umsetzen in die Mitarbeit an der Begründung und Entwicklung von Staat und Rechtsordnung, bleibt bei Hegel dunkel. Dies verlangt jenseits der Erkenntnis der Sittlichkeit auch das vom Willen getragene Handeln, letztlich also die Zustimmung der betreffenden Bürger.

Dann ist freilich – trotz Hegels Widerspruch – der Weg nicht weit zu denjenigen politischen Philosophen, die im Willen der einzelnen Bürger die Grundlage für das verfasste Gemeinwesen, also für Staat und Rechtsordnung sehen. Dies gilt besonders für John Locke, der bereits Ende des 17. Jahrhunderts schreibt: »The only way whereby anyone devests himself of his Natural Liberty, and puts on the bonds of Civil Society is by agreeing with other Men to joyn and unite into a Community, for their comfortable, safe and peaceable living one amongst another in a secure Enjoyment of their Properties, and a greater Security. ... When any number of Men have so consented to make one Community or Government, they are thereby presently incorporated, and make one Body Politick wherein the Majority have a Right to act and conclude the rest.«⁴¹ Einige Jahrzehnte später vertritt

³⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 1. Auflage 1934) 59 und 60, hier zitiert nach der Neuausgabe von Matthias Jestaedt (Tübingen 2008) 70 und 71.

³⁹ Hegel (oben N. 37) S. 214f., 221 (§§ 257, 258 und 260).

⁴⁰ Hegel (oben N. 37) S. 80 (§ 75).

⁴¹ John Locke, *Two treatises of government* (London 1698), hier zitiert nach der Neuaus-

Jean-Jacques Rousseau einen ähnlichen Ansatz. Die Wurzel des verfassten Gemeinwesens ist nach seiner Lehre der Gesellschaftsvertrag, dessen Bindungswirkung sich aus dem freien Willen der Bürger ableitet: »L'association civile est l'acte du monde le plus volontaire; toute homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujétir sans son aveu.«⁴²

In den staatsphilosophischen Vertragstheorien geht es nicht um eine realitätsnahe Beschreibung geschichtlicher Abläufe, die zur Begründung von Staat und Rechtsordnung geführt haben. Sie sollen vielmehr eine Erklärung dafür geben, dass in modernen Staatswesen, die sich nicht mehr auf feudale interpersonelle Bindungen stützen, alle Staatsgewalt einschließlich der Gesetzgebung in einer anonymen Korporation konzentriert ist, die insofern als souverän bezeichnet wird. Sie begründen also die Souveränität des Staates und damit die Existenz des objektiven Rechts letztlich mit dem Willen der Einzelnen. Wenn dies so ist, muss dem Willen des Individuums aber auch schon eine vorstaatliche Bindungswirkung zukommen.

(4) *Schlussfolgerungen.* – Daraus ergeben sich erste Schlussfolgerungen für die Parteiautonomie im IPR. Wenn die staatliche Souveränität ihrerseits wiederum auf individuellen Willen zurückgeführt wird, lässt sich die Bedeutung dieses Willens für die Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung im IPR nicht mit dem Argument anzweifeln, dass die Rechtswahl zu einer Schwämmerung der Souveränität eines Staates führt. Zumindest erscheint es von diesem gedanklichen Ansatz her nicht als ausgeschlossen, dass der Einzelne seinen staatsbegründenden Willen unter gewissen Bedingungen auch wieder zurückzieht oder dass er nach der Ausübung dieses Willens doch noch einen Teil seiner Willensmacht zurückbehält und sie unter Umständen dazu nutzen kann, sich gleichsam aus der Souveränität des einmal begründeten Staates und seiner Rechtsordnung hinauszuwählen.

Sehr viel weitergehende Schlussfolgerungen lassen sich allerdings nicht ziehen. Denn den Vertragstheoretikern der politischen Philosophie ging es um die Erklärung von Entstehung und Gewaltmonopol des Staates an sich, also eines einzelnen Staatswesens, nicht um das Verhältnis verschiedener Staaten und Rechtsordnungen zueinander. Insofern finden sich in den genannten Schriften auch lediglich Hinweise auf die willentliche Zuwendung des Einzelnen zu einem Staat, nicht dagegen auf den *actus contrarius*, nämlich die Abwahl von dessen Recht oder – noch weiter gehend – einen Auflösungsvertrag oder die einseitige Kündigung seiner Mitgliedschaft.

gabe von Peter Laslett, 17th printing (Cambridge 2005) S. 330–331 (§§ 95 of the Second Treatise).

⁴² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), hier zitiert nach der Ausgabe von Bruno Bernardi (Paris 2001) Livre IV, chapitre 2, S. 146.

2. Ordre Public

Eine kollisionsrechtsimmanente Spielart des Souveränitätsarguments geht dahin, dass es die Rechtswahl den Parteien erlaubt, den *ordre public* der Rechtsordnung außer Kraft zu setzen, die ohne Rechtswahl für den Vertrag maßgeblich wäre.⁴³ Batiffol betont diese Wirkung der Rechtswahl jedenfalls indirekt für rein interne Verträge: »Toute législation impérative devient inutile s'il suffit à ceux que ces dispositions dérangent de déclarer leur contrat soumis à une autre loi, ce contrat serait-il purement interne.«⁴⁴

(1) *Ausdifferenzierung des ordre public.* – Seit diesen Äußerungen hat sich die Lehre vom ordre public in einer Weise fortentwickelt, die den geäußerten Einwänden den Boden entzieht. Es ist nicht nur zwischen dem internen und internationalen ordre public zu unterscheiden, wie dies auch schon bei manchen oben genannten Autoren geschieht. Hinzu kommt für den internationalen ordre public eine deutlichere Konturierung des räumlichen Anwendungsanspruchs in grenzüberschreitenden Fällen. Was den ersten Punkt betrifft, so ist weltweit anerkannt, dass der interne ordre public, verstanden als die Gesamtheit aller zwingenden Normen einer Rechtsordnung, zunächst einmal für Inlandsfälle bestimmt ist; insofern setzt seine Durchsetzung die Anwendung des inländischen Rechts voraus. Wenn dieses Recht in Fällen mit Auslandsbezug nicht anwendbar ist, werden nur diejenigen zwingenden Normen und Prinzipien durchgesetzt, die ohne Rücksicht auf das im Übrigen maßgebliche Recht unbedingte Geltung beanspruchen. Dies ist der internationale ordre public.

Der internationale ordre public spaltet sich seinerseits wieder in solche Regeln und Grundsätze auf, die auch in Fällen mit Auslandsberührung unbedingt *tels quels* selbst durchgesetzt werden wollen: Dies ist der positive internationale ordre public. Daneben gibt es zwingende Prinzipien einer Rechtsordnung, die sich lediglich der Anwendung solchen ausländischen Rechts widersetzen, das mit ihnen ganz und gar unvereinbar ist, die aber die Anwendung abweichender ausländischer Normen innerhalb einer gewissen Marge inhaltlicher Divergenz durchaus tolerieren, also nicht unbedingt selbst durchgesetzt werden wollen. Dies ist der negative ordre public.

(2) *Inlandsbeziehung.* – Sowohl der negative wie der positive ordre public setzen voraus, dass der zu entscheidende Sachverhalt eine hinreichende Inlandsbeziehung aufweist.⁴⁵ Wie eng sie sein muss und an welche Elemente

⁴³ Siehe *Quintín Alfonsín* (oben N. 30) 355f. und das Zitat von *Vargas Guillemette* (oben im Text vor N. 35); siehe auch *Fresnedo de Aguirre* (oben N. 18) 70.

⁴⁴ *Batiffol* (oben N. 30) S. 69.

⁴⁵ So zuerst *Franz Kahn*, *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*, Neudruck in: *ders., Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* (München 1928) 161, 171; siehe zu der internationalen Akzeptanz dieser Lehre näher *Paul Lagarde*, *Public Policy*, in: *Int. Enc. Comp. L. III: Private International Law* (1994) Kap. 11 (1994) 22–38.

des Sachverhalts sie anknüpft, hängt von den durchzusetzenden Vorschriften und Rechtsgrundsätzen ab. Dazu finden sich zum Teil ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen, die aus den fraglichen Regelungen so genannte Eingriffsnormen, *lois de police*, *lois d'application immédiate* oder *leggi di applicazione necessaria* machen. So wird in § 130 GWB für das deutsche Kartellrecht das Auswirkungsprinzip festgeschrieben und bestimmen verschiedene verbraucherrechtliche Richtlinien der Europäischen Union, dass ihre Normen auch im Falle der Wahl eines drittstaatlichen Rechts anzuwenden sind, wenn der Vertrag eine enge Beziehung zum Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten hat.⁴⁶

Wo solche spezifischen Kollisionsnormen fehlen, ist es Sache des Gerichts zu ermitteln, ob zwingende Regelungen oder Prinzipien nach ihrem Sinn und Zweck einen Sachverhalt erfassen oder nicht.⁴⁷ Dies gilt nicht nur für den positiven *ordre public*. Auch wenn es nur darum geht, ausländisches Recht mit dem negativen *ordre public* abzuwehren, wird der Richter feststellen müssen, ob die Inlandsbeziehung des Falles nach dem Sinn und Zweck der eigenen Rechtsgrundsätze eng genug ist, um diese gegen die Anwendung ausländischen Rechts zum Tragen zu bringen.

(3) *Schlussfolgerungen für die Rechtswahl.* – Die Lehre vom *ordre public* hat also im Laufe der Jahrzehnte eine bemerkenswerte Ausdifferenzierung erfahren. Dem ist bei der Zulassung der Rechtswahl Rechnung zu tragen. Sie wegen der Gefährdung des *ordre public* schon dem Grunde nach abzulehnen, trägt dessen Ausdifferenzierung nicht Rechnung und greift zu kurz. Sinnvoll ist es, die Analyse umzukehren: Führt die – zulässige – Rechtswahl dazu, dass im konkreten Fall Regelungen und Prinzipien, die dem *ordre public* zugeordnet werden, umgangen werden? Dies ist im Falle von Eingriffsnormen, die ihren eigenen zwingenden Anwendungsbereich regeln, schon theoretisch ausgeschlossen.

Wo eine gesetzliche Regelung des Anwendungsbereichs fehlt, obliegt es dann dem Gericht zu befinden, ob der Fall einen so engen Inlandsbezug hat und die Bedeutung einer zwingenden Vorschrift so groß ist, dass sie in dem strittigen Sachverhalt mit Auslandsberührung durchgesetzt werden muss. Diese differenzierende *ex-post*-Kontrolle der Regelanknüpfung, die insbe-

⁴⁶ Siehe Art. 6 II der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95/29; ebenso zum Beispiel Art. 7 II der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171/12.

⁴⁷ Exemplarisch hierfür ist die – freilich im Ergebnis umstrittene – Entscheidung EuGH 9. 11. 2000, Rs. C-381/98 (*Ingmar ./. Eaton Leonard Technologies*), Slg. 2000, I-9305, wo der Gerichtshof Vorschriften der europäischen Handelsvertreter-Richtlinie 86/653/EWG (Abl. L 382/17) nach ihrem Sinn und Zweck auf einen Handelsvertreter-Vertrag zwischen einem britischen Handelsvertreter und einem US-Unternehmer erstreckte, der kalifornischem Recht unterlag; Generalanwalt Léger hatte in seinen Schlussanträgen auf das Konzept der *lois de police* hingewiesen, siehe Tz. 89.

sondere auch für die Rechtswahl gilt, spiegelt sich in verschiedenen Normen der Rom I-Verordnung.⁴⁸ Die Abwahl der Normen der kraft objektiver Anknüpfung maßgeblichen *lex fori* kann also deren Anwendung hinsichtlich ihres international zwingenden Kerns letztlich nicht beeinträchtigen.

3. Keine Vertragsbindung ohne Rechtsordnung

(1) *Vertragsschluss als Ergebnis der Rechtsanwendung.* – Ein weiteres Argument gegen die Rechtswahlfreiheit wird daraus abgeleitet, dass Vereinbarungen nur im Rahmen einer Rechtsordnung bindende Wirkung entfalten können. Wenn ein Gericht um die Sanktionierung einer privaten Vereinbarung er sucht werde, gehe es darum, staatlichen Zwang einzusetzen, was nur im Rahmen des anwendbaren Rechts möglich sei. Wenn nach dem Code civil – und anderen ihm folgenden Rechtsordnungen – »les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites« (Art. 1134), so werde damit verdeutlicht, dass der Konsens nur im Rahmen der anwendbaren Gesetze Rechtswirkung entfalten könne. Dies seien nicht notwendig die eigenen materiellen Gesetze, wohl aber diejenigen, auf die durch die objektive Anknüpfung des IPR verwiesen werde.⁴⁹

Diese Überlegungen appellieren an die Logik. Damit ein Vertrag, also auch eine Rechtswahlvereinbarung, rechtliche Wirkungen entfalten kann, muss feststehen, dass der Vertrag rechtswirksam geschlossen wurde; ob dies der Fall ist, hängt von den Normen einer Rechtsordnung ab. Also hat die Bestimmung des maßgeblichen Rechts logischen Vorrang vor jeder Rechtswahl. Eine rechtliche Bindungswirkung des natürlichen menschlichen Willens kann es danach nicht geben.

(2) *Kern und Corona der Einigung.* – So unangreifbar, wie die Logik dieser Beweisführung erscheint, ist sie in Wirklichkeit nicht. Gewiss weisen die nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich des Zustandekommens von Verträgen Unterschiede auf, die auf eine Ermittlung der maßgeblichen Rechtsordnung zu drängen scheinen, lässt sich die Bindungswirkung des Vertrages doch ohne sie nicht mit letzter Sicherheit feststellen. Allerdings betreffen die Unterschiede des positiven Rechts die Marginalia des Vertragsschlusses wie etwa die Modalitäten von Angebot und Annahme oder pathologische Situ-

⁴⁸ Siehe die Artt. 3 III und IV, 6 II, 8 I und IX der Rom I-Verordnung (oben N. 3); zu der vorangegangenen rechtspolitischen Diskussion siehe die Erörterung in Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization: RabelsZ 68 (2004) 1 (53–59).

⁴⁹ *Batiffol* (oben N. 30) 75 und 76; ebenso für Art. 1291 I des Código Civil in Uruguay: *Quintín Alfonso* (oben N. 30) 357.

ationen wie Willensmängel.⁵⁰ Dies sind Randprobleme, wie sie im Zuge der fortschreitenden Anwendung des Rechts zunehmend sichtbar werden und zu einer Ausdifferenzierung der Rechtsregeln führen. Die Unterschiede zwischen ihnen dürfen aber über die gemeinsamen Grundprinzipien nicht hinwegtäuschen.

Dass die Einigung als solche Bindungswirkung entfaltet, wird nirgends bestritten und folgt aus dem universellen Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*⁵¹, der im Völkervertragsrecht lange vor der Positivierung in Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention als Grundlage der rechtlichen Bindung von Verträgen anerkannt war⁵². Gewiss regelt dieser Grundsatz nicht die Rahmenbedingungen und das Ausmaß der vertraglichen Bindung in allen Einzelheiten. Doch handelt es sich um einen Rechtsgrundsatz, der die rechtliche Bindungswirkung von Vereinbarungen zum Ausdruck bringt und dafür keiner weiteren Positivierung bedarf. Es geht also nicht um einen außerrechtlichen Grundsatz des gesellschaftlichen Zusammenlebens, der zur Einhaltung von Vereinbarungen auch dann verpflichtet, wenn diese gar nicht auf Rechtswirkungen angelegt sind, wie etwa die Verabredung zum gemeinsamen Kinobesuch oder zu einem Rendezvous.

Der Vereinbarung zweier Parteien, ihre vertragliche Beziehung dem brasilianischen oder deutschen Recht zu unterstellen, kommt nach diesem allgemeinen Grundsatz also durchaus im Kern eine rechtliche Bindungswirkung zu, auch wenn die Details, die gleichsam die Corona dieser Bindung bilden, letztlich nur aufgrund einer spezifischen Rechtsordnung ermittelt werden können. Vor diesem Hintergrund wird man zur Bestimmung des Vertragsabschlussstatuts auch den Willen der Parteien nicht außer Acht lassen und ausschließlich auf objektive Faktoren schauen dürfen. Die Rom I-Verordnung trägt dem Rechnung, indem sie das von den Parteien gewählte Recht zum Vertragsabschlussstatut bestimmt.⁵³

⁵⁰ *Batifföl* (oben N. 30) 76, beruft sich auf Unterschiede im Recht der Willensmängel, um die Notwendigkeit eines objektiv bestimmten Vertragsabschlussstatuts zu begründen.

⁵¹ Siehe etwa Art. 1.3 der *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, ed. 2004 (Rom 2004).

⁵² Für das Völkerrecht spricht *Ian Brownlie*, *Principles of Public International Law*⁶ (Oxford 2003) 591f., von einem »general principle of international law«. Auch ohne die Positivierung in Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention folgt dieser Grundsatz aus der Natur des Vertrages, vgl. *Dominique Carreau*, *Droit international*⁷ (Paris 2001) 151, no. 355; ähnlich *Anthony Aust*, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge 2000) 144; *Ian Sinclair*, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*² (Manchester 1984) 83: »Article 26 of the Convention reproduces, in lapidary language, the basic principle *pacta sunt servanda*«; auch *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*² (1981) 293f., sehen in dem Grundsatz die normative Grundlage des Rechts der völkerrechtlichen Verträge untrennbar verknüpft mit dem Grundsatz der *bona fides*; *Karl Doehring*, *Völkerrecht* (1999) Rz. 7–12 und 741, erkennt den Grundsatz als empirisch feststellbar, aber nicht begründbar an.

⁵³ Siehe Art. 3 V und Art. 10 der Rom I-Verordnung (oben N. 3). Gegen den Vorwurf

4. Schutz der schwächeren Partei

(1) *Rechtswahlfreiheit und Macht.* – Jede Form der Vertragsfreiheit, auch die Rechtswahlfreiheit, überantwortet die Festlegung dessen, was für die Parteien gelten soll, letztlich ihren Verhandlungen, also den jeweiligen Präferenzen und dem Machtgefüge zwischen den Parteien. Wo die Position des Stärkeren nicht durch Wettbewerb kontrolliert wird, wird dieser das Machtgefälle ausnutzen, indem er überhöhte Preise verlangt oder die Vertragsbedingungen einseitig zu seinen Gunsten festlegt.⁵⁴

Sehr kraftvoll ist dieser Befund in Uruguay von Fresnedo de Aguirre gegen die Rechtswahlfreiheit vorgebracht worden. Sie weist hin auf die Kartelle der Seeschifffahrt, die Linienschiffahrtskonferenzen, die Verladern aus Ländern ohne eigene Handelsflotte wie Uruguay aller Wahlmöglichkeiten berauben. Gegenüber den standardisierten Konnossementen mit ihren Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen, die regelmäßig auf Gerichte und das Recht in den Industriestaaten mit ihren starken Schiffahrtsinteressen verweisen, könne Uruguay mit dem Verbot solcher Klauseln in Art. 2403 des Zivilgesetzbuchs seine eigenen Belange verteidigen.⁵⁵ Der internationale Handel werde immer stärker von fertigen Vertragsformularen beherrscht, die auf das Recht und die Gerichte der nördlichen Hemisphäre verweisen, sodass die Zulassung der Parteiautonomie aus der Sicht Uruguays darauf hinauslaufe, *ab initio* auf die Anwendung der eigenen Gesetzgebung in den eigenen Gerichten zu verzichten, auch wenn die Verträge in Uruguay erfüllt würden.⁵⁶

(2) *Entmachtung durch Wettbewerb.* – Diese Argumentation ist insofern fragwürdig, als sie von den Linienschiffahrtskonferenzen, in denen tatsächlich bis in die jüngste Vergangenheit monopolistische Macht ausgeübt wurde,⁵⁷ auf sämtliche Märkte des internationalen Wirtschaftsverkehrs schließt. Wo aber der Wettbewerb funktioniert, wie dies auf vielen Waren- und Dienstleistungsmärkten der Fall ist, können auch Kunden aus Entwicklungsländern ihre Wünsche zum Tragen bringen und, wenn ihnen dies wichtig ist, auf der Entfernung der Rechtswahlklauseln aus den Formularen der Anbie-

mangelnder Logik wird diese Lösung in Schutz genommen von *Lando* (oben N. 7) 44, sect. 83.

⁵⁴ *Batiffol* (oben N. 30) 73, übersieht das Korrektiv des Wettbewerbs, wenn er schreibt: »La liberté contractuelle entre personnes économiquement inégales aboutissait à l'oppression du faible par le fort.«

⁵⁵ *Fresnedo de Aguirre* (oben N. 18) 100.

⁵⁶ *Fresnedo de Aguirre* (oben N. 18) 129.

⁵⁷ Zu den Linienschiffahrtskonferenzen siehe *Jürgen Basedow*, Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten (1989) 24f.; zur Aufhebung ihrer Freistellung vom Kartellverbot des Art. 81 EG siehe *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (-Basedow)*, Wettbewerbsrecht⁴ – Bd. I: EG/Teil 2: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht (2007) Verkehr Rz. 5 und 12ff.

ter bestehen. Je intensiver der Wettbewerb, desto größer sind dabei ihre Aussichten auf Erfolg.

(3) *Motivationsgefälle.* – In der Wirklichkeit haben die Kunden daran aber im Allgemeinen gar kein Interesse oder jedenfalls kein Interesse, das ähnlich stark wäre wie das des Anbieters an der Durchsetzung seiner Gerichtsstands- und Rechtswahlklausel. Dies hängt damit zusammen, dass der Anbieter, der Verträge mit Kunden in vielen Ländern schließt, durchweg einen deutlich höheren Anreiz zur Standardisierung seiner Absatzbedingungen hat als der einzelne Kunde an der Gleichförmigkeit seiner Einkaufsbedingungen.⁵⁸ Denn das Volumen der gesamten Einkäufe ist auf Seiten des Kunden in der Regel geringer als das Gesamtvolumen der Verkäufe auf Seiten des Anbieters. Die Anzahl der nationalen Absatzmärkte des Anbieters wird auch durchweg die Anzahl der nationalen Einkaufsmärkte des einzelnen Kunden übersteigen. Deshalb wird der Anbieter insgesamt eine größere Anzahl von Prozessen mit Kunden in aller Welt führen als umgekehrt der Kunde mit Anbietern aus verschiedenen Ländern. Folglich bedeutet die Standardisierung durch Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln für den Anbieter einen deutlich größeren Vorteil, nämlich höheren Effizienzgewinn durch Kostenersparnis, als umgekehrt eine entsprechende Standardisierung seiner Einkaufsbedingungen für den einzelnen Kunden.

Diese Umstände erklären, warum viel mehr Unternehmen AGB für die Vertragsbeziehungen auf ihren Absatzmärkten aufstellen als Einkaufs-AGB für die Verträge auf ihren Bezugsmärkten. Einzelverhandlungen darüber werden ohnehin fast nie geführt, weil die meisten AGB-Klauseln ihre Bedeutung nur in seltenen Fällen von Leistungsstörungen entfalten. Darüber vor Vertragsschluss zu verhandeln verbietet sich häufig, denn es könnte das Geschäftsklima vergiften. Hinter der von Fresno de Aguirre beobachteten Einseitigkeit der Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln steckt also oft ein vernünftiges kaufmännisches Kalkül auf beiden Seiten.

(4) *Makroökonomisches und individuelles Ungleichgewicht.* – Fragwürdig ist der Hinweis auf das Nord-Süd-Gefälle in diesem Zusammenhang ferner deshalb, weil es auch in den Entwicklungs- und Schwellenländern zum Teil große Unternehmen gibt, die Leistungen von kleineren Lieferanten in fremden Staaten beziehen. Die Ungleichgewichtslage müsste hier dazu führen, dass eine Rechtswahlklausel in den AGB des kleineren ausländischen Lieferanten auch in den Entwicklungsländern Beachtung findet. Das generelle Verbot schießt also deutlich über das Ziel hinaus.

Ein makroökonomisches Gefälle zwischen verschiedenen Volkswirtschaften kann eben nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden mit einem

⁵⁸ Zu den nachfolgenden Überlegungen siehe schon Jürgen Basedow, *Lex mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, in: *An Economic Analysis of Private International Law*, hrsg. von *dems./Toshiyuki Kono* (2006) 57, 68ff.; auch in: *Unif. L. Rev.* 12 (2007) 697 (709ff.).

entsprechenden Machtungleichgewicht zwischen einzelnen Privaten aus den betreffenden Ländern. Dies umso weniger, als sich die Volkswirtschaften in Bewegung befinden und sich die nationalen Interessen, wenn man sie denn im Privatrecht bedenken will, im Laufe der Zeit verändern. Länder wie die Volksrepublik China, die vor drei Jahrzehnten noch kaum über eigene Schiffstonnage verfügten, haben heute Reedereien, die zu den größten der Welt gehören. Wer der Ausnutzung von Machtungleichgewichten zwischen Vertragsparteien entgegenzutreten will, kann dies nicht mit pauschalen Verboten tun, sondern braucht feinere Instrumente.

5. Fazit

Die kategorische Ablehnung der Rechtswahlfreiheit steht nach alledem auf tönernen Füßen. Weder die rechtstheoretischen noch die logischen noch die rechtspolitischen Einwände erweisen sich als hieb- und stichfest. Dies ist kein Plädoyer für eine unbeschränkte Rechtswahl, verdient der Gestaltungswille der staatlichen Rechtsordnungen doch durchaus Beachtung. Dem ist jedoch durch eine Feinjustierung Rechnung zu tragen, nicht durch ein generelles Verbot.

IV. Theoretische Begründung der Rechtswahl

Die Entkräftung der Einwände gegen die Rechtswahl vermag noch nicht zu begründen, warum eine Rechtswahlvereinbarung Bindungswirkung entfaltet. Nach der voranstehenden Kritik lässt sich zwar feststellen, dass ein Vorrang von Souveränität, *ordre public* und objektivem Recht vor der Rechtswahl nicht denknotwendig ist und dass die verteilungspolitischen Argumente gegen die Rechtswahl letztlich nicht überzeugen. Warum aber der auf eine Rechtswahl gerichtete Wille zweier Vertragsparteien ohne Rücksicht auf eine Rechtsordnung bindend sein soll, ergibt sich daraus nicht.

1. Freiheit und natürlicher Wille

Ansatzpunkt für eine rechtstheoretische Begründung der Bindungswirkung von Verträgen kann nur der natürliche Wille des Einzelnen sein, den zu bilden er kraft der ihm angeborenen Freiheit im Stande ist. Die Philosophen der Aufklärung sehen den Menschen in einen natürlichen Zustand der Freiheit hineingeboren. So formuliert Locke: »We must consider what State all Men are naturally in, and that is, a *State of perfect Freedom* to order

their Actions, and dispose of their Possessions, ... within the bounds of the Law of Nature, without asking leave, or depending upon the Will of any other men. A *State also of equality* ...⁵⁹ Und auch bei Rousseau wird die freie Geburt zum Kern und Ausgangspunkt der politischen Philosophie: »L'homme est né libre, ...«⁶⁰ und wenig später heißt es über Kinder: »Ils naissent hommes et libres; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux.«⁶¹

In Deutschland bindet Immanuel Kant Freiheit und Gleichheit in eins: »Das angeborene Recht ist nur ein einziges. Freiheit (unabhängig von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht – die angeborene Gleichheit, d. i., die Unabhängigkeit, nicht zu mehreren von Anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; ... die Befugnis, das gegen Andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen ... – alle diese Befugnisse liegen schon im Prinzip der angeborenen Freiheit und sind wirklich von ihr nicht ... unterschieden.«⁶² Damit kommt ein subjektives Rechtsverständnis zum Ausdruck: am Anfang steht die natürliche Freiheit als subjektives Recht des Einzelnen. Vor ihrem Hintergrund definiert Kant das objektive Recht als den »Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.«⁶³

2. Bindungswirkung

Die Textpassagen aus der Aufklärung verdeutlichen den Zusammenhang von Freiheit und Willen oder Willkür, wie es bei Kant heißt.⁶⁴ Auch die Fähigkeit, sich durch den eigenen Willen zu binden, klingt hier an. Doch warum sollte die Freiheit nicht auch die Möglichkeit einschließen, diese Bindung nach Belieben zurückzunehmen? Wenn sie dies täte, könnte keine Bindung zustande kommen, wären bindende Verträge also logisch ausgeschlossen. Zur Koordinierung menschlichen Verhaltens bliebe dann nur das

⁵⁹ Siehe *Locke* (oben N. 41) 269 (§ 4 of the Second Treatise, Hervorhebungen im Original).

⁶⁰ *Rousseau* (oben N. 42) Livre I, chapitre 1, S. 46.

⁶¹ *Rousseau* (oben N. 42) Livre I, chapitre 4, S. 51.

⁶² *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1797/1798), hier zitiert nach der Ausgabe von *Hans Ebeling* (1990) 76 (S. 237–238 der Originalausgabe).

⁶³ *Kant* (vorige Note) S. 66f. (S. 230 der Originalausgabe).

⁶⁴ Siehe auch das *Rousseau*-Zitat (oben bei N. 42) und *Locke* (oben N. 41) S. 309 (§ 63 des Second Treatise): »The Freedom then of Men and Liberty of acting according to his own Will is grounded on his having Reason ...«

Instrument der – rechtlich unverbindlichen – Vereinbarungen, wie sie tagtäglich über die trivialen Dinge des Lebens zustande kommen. Solche Vereinbarungen werden innerhalb sozialer Gruppen sanktioniert, sind aber offenbar ungeeignet für die Verhaltensabstimmung und Zukunftsplanung in Beziehungen, die über die eigene soziale Gruppe hinausreichen oder auf eine längerfristige Zukunft ausgerichtet sind. Hier ist rechtliche Bindungswirkung unverzichtbar, auch wenn sie deshalb nicht uneingeschränkt sein muss.

Man mag die Bindungswirkung vom Standpunkt der angeborenen individuellen Freiheit aus damit erklären, dass der Einzelne kraft seiner Freiheit auch auf die Aufkündigung seiner Versprechen verzichten kann. Aber ist der Verzicht auf ihre Ausübung noch mit der natürlichen Freiheit vereinbar? Die Frage führt geradewegs in eine Diskussion, die von den Philosophen der Aufklärung im Hinblick auf die Begründung der Sklaverei geführt wurde. In Auseinandersetzung mit Grotius schreibt Rousseau: »Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, au droit de l'humanité, même à ses devoirs.«⁶⁵ Locke lehnt die Konfiszierung von Eigentum durch den Herrscher mit der Begründung ab, dass »then all free and voluntary *Contracts* cease, and are void, in the World; ... can there be any thing more ridiculous than to say, I give you and yours this forever; and that in the surest and most solemn way of conveyance can be devised: and yet, it is to be understood that I have Right, if I please, to take it away from you again to Morrow?«⁶⁶

Letztlich werden hier also Evidenzargumente herangezogen, um die Bindungswirkung von Absprachen zu begründen, gerade so wie die Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge auch heute noch gelegentlich aus der »Natur des Vertrages« abgeleitet wird.⁶⁷ Mit anderen Worten ist die rechtliche Bindungswirkung, von der Warte der natürlichen Freiheit des Einzelnen aus betrachtet, nicht weiter begründbar. Die rechtliche Bindung markiert vielmehr das, was Rousseau als »passage de l'état de nature à l'état civil« bezeichnet hat.⁶⁸ Sie hat ihre Wurzeln in der natürlichen Freiheit und im Willen des Einzelnen, ihre Wirkungen entfalten sich dagegen in einem von Menschen geschaffenen Rechtssystem.

3. Rechtswahlvereinbarungen als Verfügungsverträge

Diese Schlussfolgerung hat, wie oben in Teil III näher ausgeführt, manche dazu bewogen, Rechtswahlklauseln nur im Rahmen eines positiven kollisionsrechtlichen Systems anzuerkennen. Dabei wird jedoch nicht hin-

⁶⁵ Rousseau (oben N. 42) Livre I, chapitre 4, S. 51.

⁶⁶ Locke (oben N. 41) S. 395 (§ 194 des Second Treatise, Hervorhebung im Original).

⁶⁷ Siehe oben N. 52.

⁶⁸ Rousseau (oben N. 42) Livre I, chapitre 8, S. 60.

reichend beachtet, was Bindungswirkung bei Rechtswahlvereinbarungen – im Gegensatz zu anderen Verträgen – bedeutet; so kommt es zu einer unzulässigen Vermengung verschiedener Vertragsarten.

Wer sich zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtet, legt sein Verhalten für die Zukunft fest oder schließt jedenfalls bestimmte künftige Handlungen aus. Darauf baut sein Vertragspartner, wenn er seinerseits bestimmte Versprechungen abgibt. Die rechtliche Bindungswirkung des Versprechens ist Voraussetzung und Folge für das Gegenversprechen; die wechselseitige Abhängigkeit kommt in der *exceptio non adimpleti contractus*, der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, zum Ausdruck: wenn eine Partei ihren Verpflichtungen nicht nachkommt, hat auch die andere Dispens.

Die Vereinbarung über die Rechtswahl hat eine ganz andere Natur. Keine der beiden Parteien verspricht für die Zukunft ein bestimmtes Verhalten, das zur Durchführung des Vertrages erforderlich wäre. Wenn die Parteien wirksam das Recht A vereinbart haben, sich aber eine von ihnen später im Prozess auf das Recht B beruft, so wird die andere Partei dadurch nicht beeinträchtigt; es wird bei der Anwendung von Recht A bleiben, wenn nicht eine neue Vereinbarung über die Anwendung von Recht B erzielt wird. Mit anderen Worten ist der Rechtswahlvertrag nicht in einem verpflichtenden Sinne verbindlich, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann es nicht geben. Er hat mit seinem wirksamen Zustandekommen seine Wirkung schon erreicht. Ihm ist also gleichsam eine Verfügungswirkung zu eigen: Er verfügt die Zuweisung des Vertrages an eine einzige von mehreren hundert auf der Welt vorfindbaren Rechtsordnungen.

Als Verfügungsvertrag kommt er zustande in einem Umfeld, in dem es an einer *a priori* maßgeblichen Rechtsordnung fehlt und diese immer nur nach dem IPR eines angerufenen Gerichts bestimmt werden könnte.⁶⁹ Dass die Parteien eine solche verfügende Vereinbarung abschließen können, ergibt sich aus ihrer natürlichen Freiheit und der Notwendigkeit, dass letztlich eine von den vielen Rechtsordnungen ihre Beziehung bestimmen muss. Die Parteien können die Zuweisung zu einer nationalen Rechtsordnung kraft ihres natürlichen Willens beschließen, weil die Alternative, nämlich die Zuweisung nach nationalem IPR, von Land zu Land unterschiedlich ausfällt und den Parteien damit nicht die Gewähr dafür bietet, dass ihre Beziehung weltweit ein und derselben Rechtsordnung unterworfen ist. Das Prinzip der gleichen natürlichen Freiheit, das Kant hervorhebt, schließt aber im Ausgangspunkt die Gewähr eines einheitlichen rechtlichen Rahmens für das rechtsverbindliche Handeln des Einzelnen ein. Der Richter hat dies im Grundsatz anzuerkennen, auch wenn er im Einklang mit seinem Kollisionsrecht in einem zweiten Schritt verschiedenartige Beschränkungen durchsetzen kann.

⁶⁹ Siehe oben Teil II.

4. Rechtswahlfreiheit als vorstaatliches Recht

(1) *Aufklärungsphilosophie und Menschenrechte.* – Die oben beschriebene Herleitung des objektiven Rechts aus subjektiven, von Geburt wegen erworbenen Rechten des Menschen findet ihren Widerhall in der Entwicklung der Menschenrechte seit Ende des 18. Jahrhunderts. Am Anfang steht die revolutionäre *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* vom 26. August 1789. Ihr erster Artikel greift die Formulierungen von Rousseau und Kant fast wörtlich auf: »Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ...«⁷⁰ Mit ähnlichem Pathos heißt es 150 Jahre später in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 verkündet wurde, in Art. 1: »Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.«⁷¹

Diese menschenrechtliche Dimension mag vielleicht als Attribut der Rechtswahlfreiheit als übertrieben erscheinen. Ist die Möglichkeit von Vertragsparteien, das auf eine Vereinbarung anzuwendende Recht zu wählen, neben den grundlegenden Menschenrechten auf Leib und Leben, auf ein faires Verfahren oder freie Meinungsäußerung nicht nur eine vergleichsweise kleine Münze? Kann man den Wunsch von Vertragsparteien nach Transaktionssicherheit, dem das IPR dient, wirklich auf eine Stufe stellen mit dem elementaren Bedürfnis nach Freiheit von Folter und Versklavung? Dies ist natürlich nicht angemessen.

Die Frage verkennt aber die rechtstheoretische Zielrichtung dieser Untersuchung. Es geht nicht um das Gewicht der jeweiligen Beeinträchtigung des Einzelnen, sondern darum, dass dem Menschen außerhalb und vor jeder staatlichen Rechtsordnung subjektive Rechte zustehen, Rechte gegen den eigenen Staat und Rechte gegen fremde Staaten, die vom positiven Recht eines Staates zwar in deklaratorischer Weise anerkannt werden mögen, deren Existenz aber von einer solchen Anerkennung nicht abhängt. Die Menschenrechtskataloge beschränken sich auch keineswegs auf die Verankerung solcher Rechte, welche die biologische Existenz des Menschen sichern; zahlreiche Rechte beziehen sich gerade auf das Verhältnis des Einzelnen zum Staat, seinem Recht und seinen Institutionen: Man denke nur an den Anspruch auf rechtliches Gehör, den Anspruch auf Rechtsschutz, den Grundsatz *nulla poena sine lege* etc.

Freilich geht es nach der Herkunft der Menschenrechte aus der politischen Philosophie der Aufklärung darum, die natürliche Würde des Einzelnen und die politische Macht miteinander in Einklang zu bringen. Demgemäß sind diese Rechte dadurch gekennzeichnet, dass sie das Individuum in sei-

⁷⁰ Siehe die zweisprachige Veröffentlichung des Centre juridique franco-allemand: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/constitution58/decl1789.htm>>.

⁷¹ General Assembly, Official records, III, Resolutions, UN-Doc. A/810, S. 71.

nem Verhältnis zu einem einzigen Staat schützen: zu »dem« Staat schlechthin. Der Mensch wird hier, ohne dass dies expliziert würde, durchweg als ein statisches Wesen verstanden, das sich gegenüber »dem« Staat, nämlich einer einzigen Staatsgewalt, behaupten will. Selbst Menschenrechte, die wie die Auswanderungsfreiheit oder das Asylrecht auf dynamische Vorgänge zugeschnitten sind, thematisieren letztlich den Konflikt zwischen dem Einzelnen und einem einzigen Staat, sei es der Herkunfts- oder der Aufnahme-staat.

Dass sich das Individuum unter den Bedingungen der Globalisierung immer häufiger in Konflikten mit mehreren Staaten zugleich sieht, kommt in den Menschenrechtskatalogen nur am Rande zum Ausdruck. So hat nach Art. 28 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte »jeder Mensch ... Anspruch auf eine ... internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können«. ⁷² Liest man diese Bestimmung zusammen mit einzelnen Rechten wie beispielsweise der Gewährleistung des Eigentums in Art. 17, so könnte man immerhin die Schlussfolgerung wagen, dass die internationale Ordnung, an der jeder einzelne Staat auch durch sein Internationales Privatrecht mitwirkt, so ausgestaltet sein muss, dass dem Einzelnen Rechtssicherheit im Hinblick auf seine Eigentumsrechte gewährt wird.

Verträge, mit denen Eigentumsrechte begründet oder verändert werden, müssen deshalb in ihren Wirkungen voraussehbar sein. Dies ist nicht der Fall, wenn ihre Wirkungen davon abhängen, welches nationale Gericht angerufen und von seinem jeweiligen Kollisionsrecht auf unterschiedliche nationale Rechte verwiesen wird. Aus der Konzeption der Menschenrechte, also der grundsätzlichen Existenz subjektiver Rechte *vor* jeder staatlichen Rechtsordnung, ist dann zu folgern, dass die Bemühungen der einzelnen Vertragspartner um die Herstellung von Rechtssicherheit, nämlich die Rechtswahl, dem Grunde nach Anerkennung finden. Es geht insoweit gleichsam um ein Menschenrecht in einer globalisierten Welt, das sich tendenziell nicht nur gegen einen, sondern gegen mehrere beteiligte Staaten richtet, nämlich gegen alle Staaten, deren Gerichte für die Austragung von Streitigkeiten aus einem Vertrag zuständig sind. Sie werden verpflichtet, die Rechtswahl als Instrument der rechtssicheren Orientierung in einer multi-jurisdiktionellen Welt anzuerkennen.

(2) *Erklärung der Rechtswahlfreiheit aus den Menschenrechten.* – Ansätze für eine menschenrechtliche Begründung der Rechtswahlfreiheit finden sich auch in der kollisionsrechtlichen Literatur. Einer der Begründer des europäischen Internationalen Privatrechts, Pasquale Stanislao Mancini, war nach den eingehenden Studien von Nishitani vom Kantschen Freiheitsbegriff stark be-

⁷² Siehe vorige Note.

einflusst.⁷³ Mancini sieht die Rechtsordnung als Garanten des »accord de la liberté privée et individuelle, avec l'exercice du pouvoir social, c'est-à-dire des rapports entre la loi de l'état et les prérogatives de l'individu, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés. L'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette liberté inoffensive.«⁷⁴ Und auf die Frage, warum man es dem Einzelnen erlauben sollte, sich in seinen Verträgen fremdem Privatrecht zu unterstellen, antwortet Mancini: »... parce qu'on doit respecter sa liberté en tant qu'elle est inoffensive, et que l'État n'a d'ailleurs aucun intérêt à en empêcher l'exercice.«⁷⁵

Diese Gedanken sind zum Ende des 20. Jahrhunderts vom Institut de Droit international und seinem rapporteur Erik Jayme wieder aufgegriffen worden.⁷⁶ Die Resolution des Institut führt in der Präambel aus »que l'autonomie de la volonté des parties est un des principes de base du droit international privé«; sie anerkennt zudem »la liberté de l'individu, telle qu'elle est reconnue par des conventions et des résolutions des Nations Unies«.⁷⁷ Mit der Bezugnahme auf die Resolutionen wird auch auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte hingewiesen. Demgemäß führt der Bericht von Jayme aus, dass die positivrechtlichen Normen der einzelnen Rechtsordnungen »sont inspirées et intégrées par des principes provenant de sources de caractère international telles que les conventions sur les droits de l'homme et les conventions et les résolutions de l'O.N.U. concernant les droits civils et politiques. La légitimation de l'autonomie de la volonté des parties est la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et commerciales, reconnue par les états.«⁷⁸

⁷³ Yuko Nishitani, Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht (2000) 45–47.

⁷⁴ Pasquale Stanislao Mancini, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les états, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles: *Clunet* 1 (1874) 221–239 und 284–304, 292.

⁷⁵ Mancini (vorige Note) 295.

⁷⁶ Siehe Erik Jayme, Rapport définitif, in: *Annuaire Inst. Dr. int.* 64 I (Session de Bâle 1991) 62, 65f.

⁷⁷ Siehe *Annuaire* (vorige Note) 77.

⁷⁸ Siehe Jayme (oben N. 76) 64.

V. Fazit und Schlussfolgerung

1. Interaktion von Rechtswahl und objektivem Recht

Wenn man an dieser Stelle eine Summe zieht, wird man feststellen können, dass es für die Parteiautonomie im Internationalen Vertragsrecht eine rechtstheoretische Begründung gibt. Sie liegt in einem vorstaatlichen subjektiven Recht des Einzelnen, sich durch private Willensäußerung einer bestimmten positiven Rechtsordnung zu unterstellen. Dieses Recht lässt sich für grenzüberschreitende Sachverhalte begründen, die also Bezug zu mehr als einer Rechtsordnung aufweisen. In solchen Fällen erbringt das positive Recht einzelner Rechtsordnungen gerade nicht die von ihm zu erwartende Leistung, nämlich die Herstellung von Rechtssicherheit; diese ist vielmehr durch gleichsam verfügende Vereinbarung der Parteien erst herzustellen. Insofern nimmt die Parteiautonomie teil an dem vorstaatlichen Charakter der individuellen Freiheit.

Nicht zu begründen vermag dieser Ansatz dagegen die Rechtswahlfreiheit für rein innerstaatliche Lebenssachverhalte; hier ist das staatliche Recht des betreffenden Landes selbst in der Lage, den Einzelnen einen rechtssicheren Rahmen für ihre Beziehungen untereinander zu schaffen. Dem entspricht die Unabdingbarkeit des gesamten zwingenden Rechts, wie sie Art. 3 III der Rom I-Verordnung für rein innerstaatliche Sachverhalte und Art. 3 IV Rom I für innergemeinschaftliche Sachverhalte anordnet.⁷⁹ Zwar ist danach auch bei rein internen Sachverhalten eine Rechtswahl möglich, freilich nur bezüglich des dispositiven Rechts; sie ist insofern aber nur eine Chiffre für die materiellrechtliche Inkorporation ausländischen Rechts.

Im Übrigen kann die individualrechtliche Begründung der Parteiautonomie, die man auf das Naturrecht und in neueren Zeiten auf die Menschenrechte zurückführen kann, nur ihren tieferen Grund erklären, nicht aber die vielfältigen Einschränkungen und damit ihre konkrete Reichweite. So wie die Vertreter eines rein positivrechtlichen, abgeleiteten Verständnisses der Parteiautonomie anerkennen müssen, dass dem Willen des Individuums letztlich doch eine Bedeutung zukommt,⁸⁰ so liefert auch ein aprioristisches, natur- oder menschenrechtliches Verständnis der Parteiautonomie keine vollständige Erklärung ihrer Tragweite, wenn nicht zugleich der im positiven Recht der einzelnen Rechtsordnungen zum Ausdruck kommende politische Wille der jeweiligen Gesetzgeber mitberücksichtigt wird. Erst aus dem Nebeneinander von vorstaatlicher Parteiautonomie und ihrer vielfältigen Begrenzung im objektiven Recht der einzelnen Staaten entsteht ein verlässliches Gesamtbild.

⁷⁹ Siehe oben N. 3.

⁸⁰ Siehe oben II. und III. 1. (c).

Diese Schlussfolgerungen für das Internationale Privatrecht stimmen in weitem Umfang überein mit Beobachtungen, die sich in Bezug auf das Nebeneinander von privater und staatlicher Rechtsschöpfung im materiellen Privatrecht anstellen lassen.⁸¹ Die Notwendigkeit privater Regelbildung folgt im Wirtschaftsleben aus dem kontinuierlichen Wissensvorsprung der Privaten vor dem Staat, der sich aufgrund der Dynamik der Märkte ergibt. Das Bewusstsein für Regelungsbedürfnisse stellt sich zuerst bei den Privaten ein. Der staatliche Gesetzgeber hinkt zwangsläufig hinterher, wenn sich in den Marktprozessen herausstellt, dass private Regelbildung zur Benachteiligung schwächerer Marktteilnehmer oder von Dritten führt oder aber das öffentliche Interesse beeinträchtigt. So wie der staatliche Gesetzgeber in solchen Situationen mit fein justierten Maßnahmen interveniert, so fällt ihm auch im Internationalen Privatrecht die Aufgabe zu, durch Einzelbeschränkungen der Rechtswahl zu reagieren.

2. Der Umfang der Rechtswahlfreiheit im Privatrecht

Die hier beschriebene Arbeitsteiligkeit von Parteiautonomie und ihrer Begrenzung durch das positive Recht der einzelnen Rechtsordnungen ist im Grundsatz nicht auf das Schuldvertragsrecht beschränkt. Die rechtstheoretische Herleitung betrifft vielmehr im Prinzip alle Bereiche, in denen Private durch ihr Handeln allein, das heißt, ohne konstitutive Beiträge staatlicher Behörden, Rechtswirkungen erzeugen können. Dies gilt namentlich für weite Bereiche des Familienrechts – wie etwa das Ehwirkungsstatut, das Ehegüterstatut und das Scheidungsstatut –, aber auch des Erbrechts, ferner auch des Deliktsrechts und des Sachenrechts sowie des Gesellschaftsrechts.

Eine Theorie des Internationalen Privatrechts, die der Rechtsentwicklung den Weg weisen und nicht nur auf schon eingetretene Veränderungen mit rationalen Erklärungen reagieren will, sollte bei der grundsätzlichen Berechtigung und Überlegenheit der Rechtswahl ansetzen, um sodann in einem zweiten Schritt für die einzelnen Rechtsgebiete ihre spezifischen Einschränkungen zu untersuchen. Darüber hinaus wird sie sich auch der Frage zuwenden müssen, welche Erwägungen die Rechtsanwendung bestimmen, wenn die Privaten von ihrem Recht auf Rechtswahl keinen Gebrauch gemacht haben. Dies sind nicht mehr Aufgaben dieser Studie, doch ist festzuhalten, dass es sich dabei um nachgeordnete, wenngleich unbestritten wichtige Fragen handelt. Für das freiheitliche Menschenbild, wie es sich

⁸¹ Siehe *Jürgen Basedow*, *The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*: *Am. J. Comp. L.* 56 (2008) 703–721, mit eingehenden empirischen Befunden.

seit der europäischen Aufklärung insbesondere in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durchgesetzt hat, steht die Rechtswahl als primäre Methode der Zuweisung internationaler Rechtsverhältnisse an einzelne Rechtsordnungen dagegen im Vordergrund.

Summary

THEORY OF CHOICE OF LAW

Party autonomy is acknowledged in an increasing number of areas of the law by positive conflict of laws legislation across the globe. However, its theoretical foundations are unclear and have even been neglected for decades: The practical benefits arising from party autonomy were considered to be sufficient. But legislation rejecting party autonomy like that in some Latin-American or Middle-Eastern countries is difficult to counter on that basis. The article therefore explores the theoretical counter arguments against party autonomy rooted in a sovereignty-based conception of the law prevailing since the Hegelian philosophy which is reflected by contemporary political conceptions of the law as a countervailing measure against a social disequilibrium. Drawing from the philosophy of the Enlightenment the author develops a two-pronged theory of the free choice of law whose core is part of the natural rights of the individual in a multi-jurisdictional world, but whose corona consisting of multifarious limitations has to be established and ordered by the positive conflict rules of the various jurisdictions. This theory would apply, not only to contracts, but also to other areas of the law such as family law or the law of succession, intellectual property or tort law where the positive restrictions of the free choice of law may, however, be more numerous and detailed than in the field of contracts.

