

## **Prof. Dr. Helmut Weber**

Vortrag  
gehalten am 20.9.1993 in Osaka  
auf dem Symposium "Vom nationalen zum transnationalen Recht"  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
und der Städtischen Universität Osaka

zuerst veröffentlicht in:  
Kroeschell, Karl / Cordes, Albrecht:  
Vom nationalen zum transnationalen Recht  
S. 101-113, Heidelberg 1995, C.F.Müller Verlag  
ISBN 3-8114-7395-6

© 1993 / 1995 / 2006 Helmut Weber

(Eine Fassung des Vortrags in japanischer Sprache wurde veröffentlicht in:  
Ishibe, Masasuke / Matsumoto, Hiroyuki / Kodama, Hiroshi:  
Vom nationalen zum transnationalen Recht  
S. 133-151, Tokyo 1994, Shinzansha Verlagsbuchhandlung  
ISBN 4-88261-578-9)

# **Die Internationalisierung des Internationalen Privatrechts – (Nur) Meilenstein auf dem Wege zur Sachrechtsvereinheitlichung oder (eigentliches) Ziel mit Eigenwert?**

## **A.**

I. Die Ausgangslage ist bekannt - auf der Erde gibt es viele Privatrechtsordnungen. Sobald es aber mehr als eine gibt (und derzeit sind es mehrere hundert<sup>1</sup>) und diese territorial und personal und in den sonstigen möglichen Beziehungen nicht vollkommen hermetisch voneinander abgeschirmt sind (was derzeit in keinem Fall zutrifft) kommt es zu Sachverhalten, die in einzelnen ihrer Elemente in mehr als eine Rechtsordnung hineinspielen; wir mögen - wenn auch nicht ganz

---

<sup>1</sup> 184 UN-Mitglieder mit je mindestens einer eigenen, von den anderen tatsächlich oder potentiell (Ex-SU, Ex-Tschechoslowakei) abweichenden Privatrechtsordnung, Schweiz, Taiwan; ferner mehr oder weniger vollständige eigene Privatrechtsordnungen in mehr als 50 US-Staaten und -Territorien, den kanadischen Provinzen, den Teilen des Vereinigten Königreiches (England, Schottland, Nordirland ) usw. Hinzu kommen die personal (nach Religion, Kaste, Stamm etc.) differenzierenden Rechte.

präzise<sup>2</sup> - vereinfachend von internationalen Sachverhalten sprechen. Bei solchen<sup>3</sup> aber ist nicht von vornherein eindeutig, welcher Rechtsordnung Regeln im Einzelfall zur Geltung gelangen: Regeln unterschiedlichen Inhalts aus verschiedenen Rechtsordnungen 'kollidieren'<sup>4</sup>, stehen in 'Konflikt'<sup>5</sup> zueinander.

II. 1. Einem solchen Konflikt gegenüber sind mehrere Verhaltensweisen oder Lösungen vorstellbar. Die einfachste bestünde darin, ihn schlicht zu ignorieren. Dies geschähe, wenn eine Rechtsordnung ungeachtet der internationalen Elemente in Sachverhalten ausschließlich und ausnahmslos eigenes Sachrecht zur Anwendung brächte. Beispiel dafür gibt es - erfreulicherweise - nicht.<sup>6</sup>

2. Stattdessen finden sich - durch die Zeiten und Länder in mannigfachen Varianten - drei hauptsächliche Lösungsansätze.

a) Der erste besteht darin, für (bestimmte) internationale Sachverhalte eigenes sachliches Sonderrecht zu schaffen. Ein frühes Beispiel ist das römische *ius gentium*.<sup>7</sup> Des Weiteren ließen sich

---

<sup>2</sup> Nicht ganz präzise wegen der Staaten mit mehreren Rechtsordnungen (USA etc., siehe Fn 1); der Begriff ist also zu eng, aber anschaulich. *Wengler* spricht insofern richtiger von 'heterogen verknüpften Sachverhalten' (*Wilhelm Wengler*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Bd. 6, Berlin 1981, S. 1 u. passim); der Begriff wirkt aber papieren, zudem bleiben Art und Gegenstand des Verknüpften offen: der Begriff ist zu weit.

<sup>3</sup> Mindestens bei diesen; darüberhinaus wird das Kollisionsrecht auch als dem Sachrecht logisch vorgeschaltetes Recht verstanden, das auch den Weg zum eigenen Sachrecht in jedem einzelnen 'Inlandsfall' erst freigeben muß: *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1987, S. 5; *Christian von Bar*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, München 1987, S. 1987; *Helmut Weber*, Die Theorie der Qualifikation, Tübingen 1986, S. 116; je mwN.

<sup>4</sup> Zum Begriff der 'Kollisionsnorm' siehe *Weber* (Fn 3), S. 21 f; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994; je mwN.

<sup>5</sup> Vgl. die englische Bezeichnung 'Conflict of Laws' für das IPR

<sup>6</sup> Ein solcher Staat wäre "ein monströser Unrechtsstaat" (*Bar*, [Fn 3], S. 10).- Selbst Staaten, die hinsichtlich fremden Rechtes sehr restriktiv verfahren oder verfuhrten (etwa die Sowjetunion) haben niemals etwa ausländische Ehepaare im Inland allein deswegen als in Konkubinat lebend behandelt, weil bei der Eheschließung im Heimatland nicht alle materiellen oder formellen Eheschließungsvoraussetzungen des inländischen Rechtes eingehalten worden waren.

<sup>7</sup> Zum *ius gentium* siehe *Kegel* (Fn 3), S. 99 f (aber auch S. 82!); *Bar* (Fn 3), S. 23 ff; je mwN. Siehe ferner den Beitrag von *Karl Kroeschell* (unter I.), in diesem Band.

nennen: das mittelalterliche *law merchant*<sup>8</sup>; die - wenn es sie denn überhaupt gibt - *lex mercatoria*<sup>9</sup> unserer Tage; das Haager Einheitliche Kaufrecht<sup>10</sup>; das Wiener UN-Kaufrecht<sup>11</sup>.

Solches Sonderrecht für internationale Sachverhalte zieht seine Rechtfertigung in der Regel aus seinem Inhalt, der den jeweiligen Eigenheiten entsprechender Sachverhalte besonders angemessen sein mag. Die genannten Rechtskonflikte beseitigt es dagegen, wie die Beispiele zeigen, nicht schlechthin. Es beseitigt sie - im Verhältnis zum Recht anderer Staaten - ohnehin nicht, wenn es nur in *einem* Lande gilt, wie das *ius gentium*, oder jedenfalls nicht in allen Ländern. Selbst wenn es in allen Ländern (als einheitliches Sonderrecht) gälte (wenn etwa alle Länder das UN-Kaufrecht in Gang setzten), bliebe es vom 'normalen' Recht für nicht-internationale Sachverhalte abzugrenzen, wobei hier noch weiter unterschieden werden müßte, ob es sich um weites Sonderrecht handelt (alle Fälle umfassend, die nicht eigenem Sachrecht unterfallen) oder um enges Sonderrecht (die Fälle betreffend, die nicht dem eigenen *oder* einem bestimmten fremden Sachrecht unterfallen).

b) Der zweite Lösungsansatz besteht darin, den Konflikt schlechthin zu beseitigen, nämlich dadurch, daß die Sachrechtsregeln der verschiedenen Rechtsordnungen vereinheitlicht werden.<sup>12</sup> Bei völliger Inhaltsgleichheit sind Abgrenzungen der Anwendungsbereiche müßig.

---

<sup>8</sup> Zum *law merchant* siehe *Bar* (Fn 3), S. 28 ff mwN; *Frederick Pollock / Frederic William Maitland*, *The History of English Law before the Time of Edward I.*, 2. Aufl., Bd. 1, 1898, repr. Cambridge 1968, S. 467.

<sup>9</sup> Zur *lex mercatoria* siehe *Kegel* (Fn 3), S. 68 ff; *Bar* (Fn 3), S. 74 ff; *Stefan Grundmann*, *Lex mercatoria und Rechtsquellenlehre - insbesondere die Einheitlichen Richtlinien für Dokumentenakkreditive*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1991, S. 43-70; je mwN. Siehe dazu auch bei *Kroeschell* (Fn 7), unter V.

<sup>10</sup> Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1964 zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen; in Deutschland BGBl 1973 II 885, 886, BGBl I 856.- Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1964 zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen; in Deutschland: BGBl 1973 II 885, 919, BGBl 1973 I 868.- (In Deutschland sind beide Gesetze außer Kraft gesetzt: Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf [BGBl 1989 II 586], Art. 5, 7; Bekanntmachung vom 12.12.1990 BGBl 1990 I, 2894, 2895.

<sup>11</sup> (Wiener) Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf; in Deutschland: BGBl 1989 II 588.

<sup>12</sup> "... une législation uniforme, le moyen le plus radical et le plus efficace de faire disparaître les conflits de droit." (Institut de Droit International, Session de Turin, Résolution v. 12.9.1882, in: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Bd. 6, 1882/83).

Abgesehen von Rechtsvereinheitlichungen im Gefolge politischer Vereinigungen kleinerer Territorien<sup>13</sup> und der in bestimmten historischen Situationen erfolgten Rezeption ganzer Bereiche einer Rechtsordnung durch einen anderen Staat<sup>14</sup> gibt es hierfür nicht viele moderne Beispiele: Nennen lassen sich immerhin etwa die Wechsel- und Scheckgesetze mehrerer Staaten in Umsetzung der Genfer Übereinkommen von 1930 und 1931<sup>15</sup> oder gewisse einheitliche Vorschriften in Staatengruppen wie der EG, etwa die Vorschriften zur Produkthaftung in Umsetzung der Richtlinie von 1985.<sup>16</sup> Selbst hier kann aber von einer völligen Identität solchen 'vereinheitlichten' Rechts nicht die Rede sein; kleinere oder größere nationale Abweichungen<sup>17</sup> machen im Einzelfall doch wieder die Entscheidung zugunsten der Anwendung der Normen der einen oder der anderen Rechtsordnung erforderlich.

c) Der dritte Lösungsansatz besteht deswegen darin, Konflikte nicht schlechthin zu beseitigen, sondern sie dadurch zu regeln, daß festgelegt wird, welcher der kollidierenden Normen (der inländischen oder einer - welcher? - ausländischen im Einzelfall der Vorrang gebührt; diese Festlegung ist Aufgabe der Kollisionsnormen, also des Internationalen Privatrechts.

aa) Mit der Schaffung eines Internationalen Privatrechts in einem Land ist für die inländischen Gerichte das Grundproblem, wie zu verfahren sei, gelöst: mittels der Kollisionsnormen (des eigenen Landes) findet es den Weg zu den letztlich anwendbaren Sachnormen. Die Kollisions-

---

<sup>13</sup> Z.B. Deutschland seit 1866/1871 und in anderer Weise wieder seit 1990, Italien seit 1861/1870; ähnlich nach der Bildung von Staaten aus Territorien, die zuvor verschiedenen Rechtsordnungen unterstanden, wie bei Polen 1918.

<sup>14</sup> Z.B. Teile des römischen Rechts seit dem 12. und vor allem im 16. und 16. Jahrhundert in Kontinentaleuropa, dann auch in Schottland; der französische *code civil* 1825 in Haiti; das schweizer ZGB und OR 1926 in der Türkei. Siehe dazu auch bei *Kroeschell* (Fn 7), unter III. und IV.

<sup>15</sup> In Deutschland: RGBI 1933 II 377, I 399; RGBI 1933 II 537, I 579.

<sup>16</sup> Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/274/EWG).- In Deutschland: Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG) v. 15.12.1989 (BGBl I S. 2198). Siehe dazu den Beitrag von *Wolfgang Lüke* in diesem Band.

<sup>17</sup> In Deutschland z.B. Art. 1 I 2 EGScheckG (zu Artt. 37. 38 ScheckG). Umfassend bei: *Peter Müller*, Die Vorbehalte in Übereinkommen zur Privatrechtsvereinheitlichung, Tübingen 1979; *Rolf Kühner*, Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen, Berlin 1986. Hinzu kommen ganz allgemein die Probleme durch national unterschiedliche Auslegung und Handhabung von dem Wortlaut nach einheitlichem Recht.- Siehe insbesondere den Beitrag von *Lüke* (Fn 16) unter IV.

normen stellen einen Algorithmus dar, eine Handlungsanweisung zur Ermittlung des anzuwendenden (Sach)Rechts.

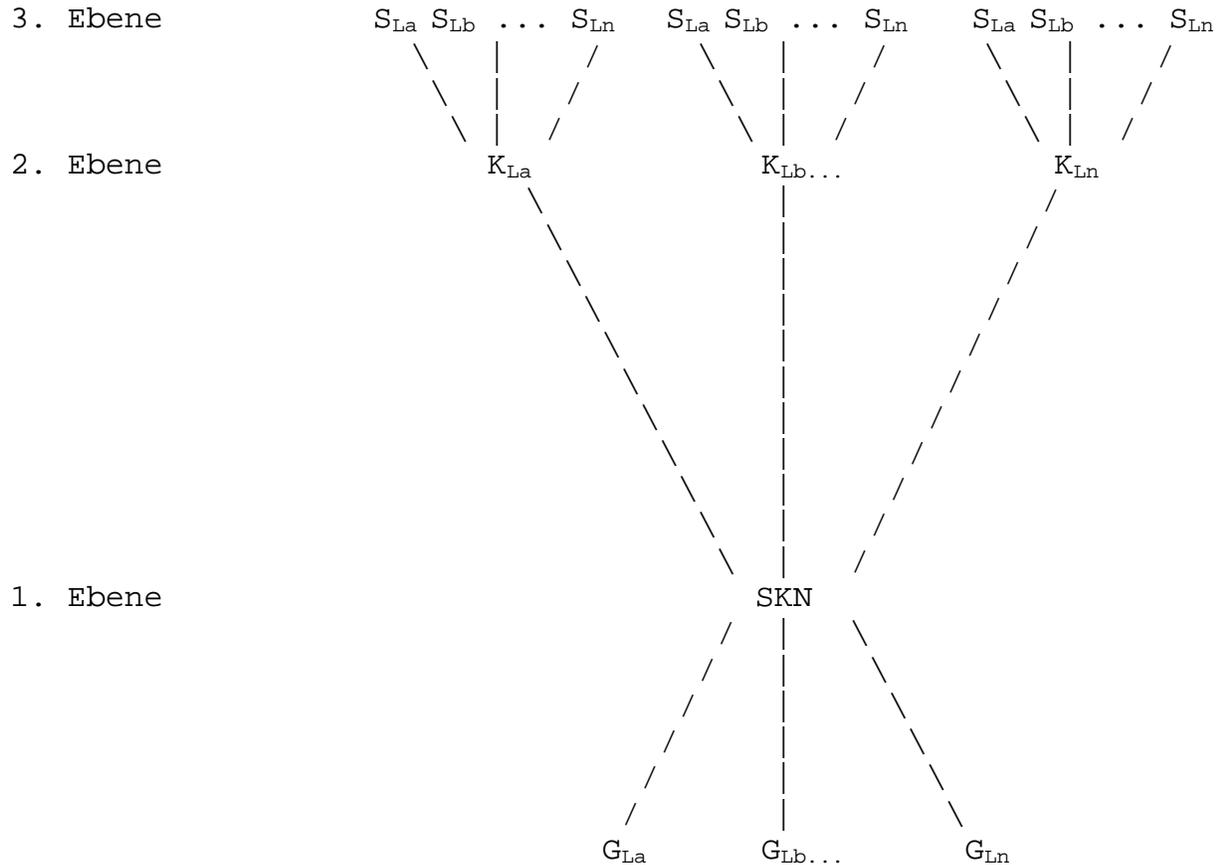
Auch inhaltlich ist etwas gewonnen: auf den Fall kommt nun nicht irgendein, sondern das (jedenfalls aus Sicht des Forums) 'richtige', dem Sachverhalt 'nächste' Sachrecht zur Anwendung.

bb) Unter dem Gesichtspunkt eines Konflikts nebeneinanderher existierender Rechte hat sich jedoch letztlich nicht viel geändert, das Problem ist nur verschoben: von der Ebene des Sachrechts auf die Ebene der IPR-Normen, die es in den verschiedenen Ländern inhaltsverschieden gibt.<sup>18</sup> Um nun wiederum diese Konflikte zu regeln (nicht: aufzulösen), erfolgt ein weiterer Regreß: Wie das Kollisionsrecht dem Sachrecht logisch vorgelagert ist, so ist dem Kollisionsrecht ein 'Superkollisionsrecht' oder 'Kollisionsnormenkollisionsrecht' vorgeordnet, das nun allerdings aus nur einem einzigen und zudem weltweit einheitlichen Rechtssatz besteht: Jedes Gericht geht vom Kollisionsrecht der eigenen Rechtsordnung aus<sup>19</sup> - ein besonders einfacher und praktikabler Algorithmus, angesichts der Verschiedenheit der Kollisionsnormen auch ein seiner Existenz (nicht seinem konkreten Inhalt) nach notwendiger.

---

<sup>18</sup> Diese systematische Ebene wird selten diskutiert. *Kegel* (Fn 3), S. 5, 13 meint: "keine Verdoppelungen". Siehe aber Fn 19.

<sup>19</sup> *Bar* (Fn 3), S. 12.



G            = Gericht  
SKN          = Superkollisionsnorm  
K            = Kollisionsrecht  
S            = Sachrecht  
 $L_a b \dots n$  = Land  $a, b \dots n$

Was dieser Algorithmus (die einheitliche Superkollisionsnorm) aber nicht leisten kann, ist: zu einheitlichen Ergebnissen zu führen; und dies in einem doppelten Sinne:

- wegen der Verschiedenheiten der *Sachrechte* (auf der oberen Ebene) macht es einen Unterschied, welches Sachrecht zur Anwendung gelangt: sachlich (vom kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt also abgesehen) *völlig gleichartige Fälle* werden verschieden entschieden, je nachdem welchem Sachrecht sie unterfallen, also auf welches Sachrecht das anwendbare Kollisionsrecht verweist;

- wegen der Verschiedenheit der *Kollisionsrechte* (auf der mittleren Ebene<sup>20</sup>) macht es einen Unterschied, welches Kollisionsrecht zur Anwendung gelangt: *ein und derselbe Fall* wird verschieden entschieden, je nachdem welchem Kollisionsrecht er unterfällt, also (auf Grund des Inhalts der Superkollisionsnorm auf der 1. Ebene) je nachdem vor welchem Gericht der Sachverhalt zufällig (oder im Sinne eines *forum shopping*) auch ganz bewußt) anhängig gemacht wird.

III. Es zeigt sich also, daß - im Hinblick auf das Generalthema unseres Symposions - drei verschiedene Wege von den nationalen Rechten zu einem umfassenden 'internationalen' Recht möglich sind, allerdings mit einer je ganz anders gearteten 'Internationalität', die dabei jeweils erzielt wäre:

Es ließen sich erstens die Internationalen Privatrechte der vielen Länder vereinheitlichen, mit der Folge, daß bei einer völligen Vereinheitlichung die untere Ebene des dreistufigen Schemas ersatzlos entfallen könnte und es gewährleistet wäre, daß ein und derselbe Fall immer gleich zu entscheiden wäre, ganz egal vor welchen Landes Gerichte.<sup>21</sup>

Oder es ließen sich zweitens die Sachrechte der vielen Länder vereinheitlichen, mit der Folge, daß bei völliger Vereinheitlichung die untere *und* die mittlere Ebene des dreistufigen Schemas ersatzlos entfallen könnte und es gewährleistet wäre, daß sachlich gleichartige Fälle immer gleich zu entscheiden wären (ohne Rücksicht auf irgendwelche kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte).

Oder schließlich ließe sich drittens ein weltweit einheitliches Sondersachrecht für internationale Sachverhalte schaffen. mit der Folge, daß ein modifiziertes dreistufiges Schema erhalten bliebe; für gleichartige internationale Sachverhalte wäre gewährleistet, daß sie weltweit gleich zu ent-

---

<sup>20</sup> Rück- und Weiterverweisungen bleiben hier unbeachtet. Es handelt sich bei ihnen um Komplikationen *innerhalb* der 2. Ebene.

<sup>21</sup> Vgl. schon *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, Berlin 1849, S. 27; *Pasquale Stanislao Mancini*, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de 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, in: (Clunet) Journal du droit international 1874, S. 221 ff, insb. S. 235.

scheiden wären. Aus kollisionsrechtlicher Sicht hätte sich dabei strukturell aber nichts geändert: hätte das Sondersachrecht engen Charakter, wäre lediglich zur Zahl der nationalen Sachrechte noch ein weiteres hinzugekommen; hätte das Sondersachrecht weiten Charakter, so hätte sich die Zahl der für ein Gericht zu beachtenden Sachrechte auf zwei reduziert: auf das eigene und das einheitliche Sondersachrecht.

In welchem Verhältnis stehen nun diese drei Wege einer 'Internationalisierung des Rechts' zueinander? Was spricht für und gegen diese Wege? Welchen sollte man anstreben? Sollte man überhaupt einen anstreben?

Dies sind eine ganze Reihe recht grundsätzlicher Fragen, über die sehr viel ausführlicher zu sprechen wäre, als in einem solchen Referat möglich. Ich will daher einen Teilgesichtspunkt herausgreifen, der aus meiner Sicht zu wenig Aufmerksamkeit findet, trotz seiner Relevanz nicht nur für das Gesamtthema, sondern auch für die aktuelle politische Diskussion mindestens in Deutschland.

## **B.**

**I.** Das Verhältnis von Sachrechtsvereinheitlichung zu Kollisionsrechtsvereinheitlichung wird nämlich häufig als Stufen- oder Wertigkeitsverhältnis angenommen, dergestalt, daß die Sachrechtsvereinheitlichung das anspruchsvollere, eigentlich angestrebte, wenngleich auf absehbare Zeit utopische Ziel sei, während es sich bei der Kollisionsrechtsvereinheitlichung um das weniger weitreichende, leichter durchsetzungsfähige Zwischenziel handele, das man verfolgen solle, solange und soweit die Zeit für die umfassende Sachrechtsvereinheitlichung noch nicht reif sei.<sup>22</sup>

1. Soweit diese Ansicht nicht nur als nahezu selbstverständlich vorausgesetzt, sondern auch begründet wird, gehen die Argumente etwa in folgende Richtung:

---

<sup>22</sup> *Kegel* (Fn 3), S. 43. Vgl. auch *Bar* (Fn 3), S. 87.

a) Vereinheitlichtes Sachrecht sei, wenn auch nur als Fernziel, der (bloßen) Kollisionsrechtsvereinheitlichung überlegen, da es im Sinne des Gleichheitsgedankens zu einem gerechteren Ergebnis führe, nämlich in der Sache selbst einheitliche Rechtsbedingungen für alle Menschen schaffe; es sei ferner ökonomisch günstiger, und zwar volkswirtschaftlich wie betriebswirtschaftlich, da es die Transaktionskosten der Wirtschaft auf allen Ebenen verringere; schließlich sei es praktikabler: es erhöhe die Freizügigkeit der Menschen im allgemeinen und der Juristen im besonderen und vereinfache das Leben nicht nur für Geschäftsleute, sondern auch für Verbraucher und insbesondere für Touristen.

Trotzdem könne das sachliche Einheitsrecht allenfalls Fernziel sein, da seine Verwirklichung besonders schwierig sei. Selbst wenn es den vielen Regierungen gelänge, sich auf ein einheitliches Sachrecht zu verständigen, bliebe zu bedenken, daß Rechtsvereinheitlichung stets zugleich Rechtsveränderung bedeute, und zwar für viele Menschen (im Falle der Rezeption des Rechts eines Landes in allen anderen Ländern) oder sogar für alle Menschen (im Falle der Schaffung inhaltlich neuen Einheitsrechtes); die meisten Menschen seien von ihrem Naturell her aber konservativ - eine Veränderung des gesamten Sachrechts sei kaum durchsetzbar und könne, wenn überhaupt, nur sehr langsam nach und nach erfolgen. In besonderem Maße zeige sich diese Änderungsträgheit oder gar Änderungsresistenz bei den mehr emotional besetzten und durch unterschiedliche Mentalitäten und Kulturtraditionen oder gar religiöse Gebote geprägten Materien wie dem Familien- und Erbrecht.

b) Das Kollisionsrecht hingegen habe eher technischen Charakter. Inhaltlich sei es den meisten Menschen kaum bekannt; seine Änderung stoße daher auf weniger Widerstände. Da die Zahl der weltweit verwendeten kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte weit geringer ist als die der möglichen Sachrechtsregelungen, sei eine Vereinheitlichung hier auch leichter zu bewerkstelligen.<sup>23</sup>

Allerdings bleibe das Einheitskollisionsrecht hinter dem Einheitssachrecht zurück, weil es Konflikte nicht beseitige, sondern nur regele: die Unterschiede der nationalen Lösungen für sachlich

---

<sup>23</sup> *Bar* (Fn 3), S. 165.

gleichgeartete Fälle, und somit im Sinne des Gleichheitsgedankens ein Gerechtigkeitsdefizit gegenüber einem Einheitssachrecht, bestünden weiter.

2. Die aus diesem Befund meist gezogene Folgerung lautet dann: im Bereich von Familien- und Erbrecht und ähnlich emotional besetzten Materien müsse man sich - mindestens vorläufig - auf die Kollisionsrechtsvereinheitlichung beschränken; Bemühungen zur Sachrechtsvereinheitlichung (für die internationalen oder gar für alle Sachverhalte) seien vorsichtig anzugehen und lohnten nur für Materien wie das Handelsrecht, das Scheckrecht und dergleichen, wo nüchterne Kaufleute einheitliche Voraussetzungen und Umstände für ihre weltumspannenden Geschäfte zu schätzen wissen.

II. 1. Diese herkömmliche Auffassung läßt sich in ihren Voraussetzungen mit Beispielen gut belegen, und von diesen Beispielen ausgehend ist die Folgerung stimmig. Dennoch ist diese Sicht der Dinge - die Stufenfolge der Wertigkeit mit der Sachrechtsvereinheitlichung als Endziel - meines Erachtens zu undifferenziert und daher als allgemeine These falsch. Nicht als ebenso pauschale Gegenthese, wohl aber für bestimmte Bereiche und in bestimmter Hinsicht, halte ich das Umgekehrte für richtig: nämlich daß das mehrstufige Modell aus idealiter zwei Ebenen (also Sachrecht und Einheitskollisionsrecht) das anspruchsvollere, schwierigere und gerechtere ist, in anderen Worten: daß insoweit das einheitliche Internationale Privatrecht nicht nur Zwischenstation auf dem Wege zum Einheitssachrecht ist, sondern daß ihm (dauerhafter) Eigenwert zukommt.

2. Dies ausführlich zu begründen, ist im Zeitrahmen dieses Referats nicht möglich. Ich will aber einige<sup>24</sup> Einzelargumente dafür anführen und daran anschließend ein mögliches Abgrenzungskriterium für den Bereich, in dem die Anknüpfung an das Heimatrecht dominierend bleiben sollte, vorschlagen.

---

<sup>24</sup> Hier unerwähnt lassen will ich weitere, anderwärts schon häufiger hervorgehobene Gesichtspunkte gegen die (vollständige) Vereinheitlichung des Sachrechts: erschwerte Veränderbarkeit durch Mitwirkungs- und Konsensfordernis der vielen Gesetzgeber, Gefahr des inhaltlichen Kompromisses auf dem niedrigsten Niveau, Erschwerung von Innovationen und Experimenten, Ausschluß des Wettbewerbs unter den Rechtsordnungen; siehe dazu und generell zum für und wider einer umfassenden Sachrechtsvereinheitlichung: *Paul Heinrich Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, S. 18 ff; *Bar* (Fn 3), S. 164; *Erik Jayme*, Ein internationales Privatrecht für Europa, Heidelberg 1991, S. 5-23; *Oliver Remien*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1991, S. 11, 23 ff; *Jochen Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, Tübingen 1993, S. 7 ff.

a) Zunächst scheinen mir schon nicht alle<sup>25</sup> Argumente überzeugend, wonach eine Sachrechtsvereinheitlichung besonders anspruchsvoll und schwierig durchsetzbar sein sollte. Selbst was das Familienrecht angeht, wird dessen Veränderungsresistenz überschätzt. Vergleicht man das deutsche BGB des Jahres 1900 mit dem des Jahres 1993, so wird man gerade umgekehrt kaum einen Teilbereich finden, in dem die Veränderungen ähnlich umfassend und tiefgreifend sind wie im Familienrecht und den angrenzenden Rechtsmaterien. 1973 noch mußten sich Vermieter einer Wohnung, die an ein unverheiratetes Paar vermietet, oder Eltern, die den Partner des unverheirateten Kindes mit in die Wohnung aufnahmen, fragen, ob und unter welchen näheren Umständen sie sich womöglich wegen Kuppelei<sup>26</sup> strafbar machten; noch 1975 entschied ein Gericht, der Vertrag über ein Doppelzimmer mit Frühstück in einer Pension für einen dreiwöchigen Urlaubsaufenthalt eines unverheirateten Paares sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig<sup>27</sup>; in den achtziger Jahren wurde dagegen zur herrschenden Ansicht, daß ein Mieter das Recht habe, den Partner einer zu begründenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft in die Wohnung mit aufzunehmen<sup>28</sup>; jüngst nun hat der BGH entschieden<sup>29</sup>, daß nach dem Tod des Mieters der überlebende Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sogar einen Anspruch auf Eintritt in den Mietvertrag entsprechend § 569 a BGB habe: eine Wendung um 180 Grad in gerade zwei Jahrzehnten.

b) Übertrieben scheint auch die Einschätzung von der Undurchsetzbarkeit allzuvieler (Sach)Rechtsänderungen auf einmal. Zweifellos ist zwar beispielsweise in den östlichen Bundesländern Deutschlands derzeit eine ausgesprochene Veränderungsmüdigkeit zu konstatieren; und auf europäischer Ebene findet sich eine schwächere, aber der Art nach nicht unähnliche Ver-

---

<sup>25</sup> Manche dagegen sind sicher richtig. Insbesondere die unterschiedliche religiöse Unterfütterung mancher Rechte ist ein erheblicher Faktor. Die Vereinheitlichung beispielsweise der Eheingangsrechte des Vatikanstaates und Saudi-Arabiens ist derzeit kaum vorstellbar.

<sup>26</sup> §§ 180 f StGB a.F.

<sup>27</sup> AG Emden U. v. 11.2.1975 - 5 C 788/74: NJW 1975, 1363.

<sup>28</sup> Streitig bleibt bis heute allein, ob es sich dabei um unselbständigen Mitgebrauch durch die andere Person oder um einen Fall des § 549 BGB handele. Zum Ganzen siehe OLG Hamm, E. v. 17.8.1982 - 4 ReMiet 1/82: NJW 1982, 2876; *Putzo*, in: Palandt, BGB, 52. Aufl., § 549 BGB, Rn 3 f m.w.N.

<sup>29</sup> BGH U. v. 13.1.1993 - VIII ALZ 6/92: NJW 1993, 999.

drossenheit, die sich an jeder neuen Maßnahme der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EG entzündet<sup>30</sup>. Dennoch ist bei Lichte besehen gerade umgekehrt erstaunlich, wieviel an Rechtsveränderung auf einen Schlag durchsetzungsfähig ist. Für die Menschen in den östlichen Bundesländern Deutschlands hat sich im Oktober 1990 das politische System, das Wirtschaftssystem und das Rechtssystem von einem Tag auf den andern radikal verändert. Die enormen Schwierigkeiten dieses Wandels sind bekanntlich noch bei weitem nicht überwunden. Bisher hat er sich aber mit weit weniger Widerstand vollzogen als sich - rückblickend betrachtet - denkbarerweise auch hätte einstellen können.- Ohne solch Verschärfung durch politische und wirtschaftliche Umwälzungen und beschränkt auf das Privatrecht fand auch im Jahre 1900 mit Einführung des BGB anstelle der vielen Partikularrechte eine umfassende Veränderung statt; nicht zu unterschätzen ist ferner das Ausmaß an Veränderung in den Jahren 1918/19, 1933 ff, 1945/49. Von daher muß man sich fragen, ob in der EG mit der Methode immer neuer Detailveränderungen alle paar Wochen statt der einen großen Gesamtvereinheitlichung nicht sogar der Weg des größeren Widerstandes eingeschlagen wurde.

c) Vor allem aber scheint mir fraglich, ob einer umfassenden Sachrechtsvereinheitlichung tatsächlich gegenüber einem zweistufigen System mit beibehaltenem (vereinheitlichten) Kollisionsrecht der höhere Gerechtigkeitswert beizumessen wäre. Versteht man Gerechtigkeit schlicht als Ergebnisgleichheit, so ist dies zwar zweifellos der Fall. Spätestens seit Aristoteles wissen wir aber, daß zur Gerechtigkeit nicht nur die Gleichbehandlung von Gleichem, sondern auch die Ungleichbehandlung von Ungleichem gehört; da keine zwei Sachverhalte jemals identisch sind, liegt die Crux darin, Konsens darüber herbeizuführen, welche Sachverhaltselemente als zu irrelevanten und unerwünschten Differenzierungen führend außer Betracht bleiben sollen und welches die für die weitere Fallösung relevanten Unterscheidungsmerkmale sind. Das Kollisionsrecht ist unter diesem Gesichtspunkt nichts anderes als die positivrechtliche Festlegung, welches in internationaler Hinsicht die relevanten (und damit umgekehrt welches unbeachtliche) Sachverhaltselemente sind. In den Anknüpfungspunkten des Kollisionsrechts (Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Lageort etc.) hat die Rechtswissenschaft über die Jahrhunderte einen Katalog jedenfalls prinzipiell zur Differenzierung geeigneter und damit verfeinernder Kriterien dafür erarbeitet, was

---

<sup>30</sup> Als Stichworte mögen genügen: Reinheitsgebot für Bier (Deutschland; EuGH, U. v. 12.3.1987 - Rs 178/84, in: NJW 1987, 1133), Hartweizengrieß für Spaghetti (Italien; EuGH, U. v. 14.7.1989 - Rs 90/86, in: NJW 1988, 2169), Tilde auf Computertastatur (Spanien; vgl. Economist, 26.12.1992, S. 37).

'gleich' und was 'ungleich' ist. In anderen Worten: ein zweistufiges Rechtssystem mit (einheitlicher) Kollisionsrechtsebene und darüber befindlicher Sachrechtsebene aus national oder regional oder personal etc. unterschiedlichen Sachrechtsregeln erlaubt einen Differenzierungsgrad, demgegenüber ein weltweit einheitliches Sachrecht als plump und grobschlächtig erschiene.

Die kollisionsrechtlichen Differenzierungen erlauben es insbesondere, die Menschen unabhängig von den Zufälligkeiten des Aufenthaltsortes und des Gerichtsortes dauerhaft 'ihrem' Recht (dem Heimatrecht<sup>31</sup>) nach Staatsangehörigkeit, *domicile of origin*, Religion u.s.w. unterstellt zu belassen.

In dieser Weise wird also nicht im Kahlschlagwege egalisiert, sondern im Sinne des *suum cuique* ein Höchstmaß an individueller Gerechtigkeit über die Grenzen einer Sachrechtsordnung hinaus erreicht.

3. a) So zeigt sich, daß diese in Wirklichkeit die anspruchsvollere Lösung ist<sup>32</sup>, anspruchsvoll allerdings in einem doppelten Sinne: der Anspruch auf individuelle Gerechtigkeit wird in hohem Maße erfüllt; zugleich wird aber die Wohnumwelt in beträchtlichem Maße beansprucht, ihre Bereitschaft zu Toleranz und Pluralität wird auf die Probe gestellt - die Menschen müssen bereit sein zu dulden, daß der Nachbar im Ergebnis anders behandelt wird als sie selbst. Solches fällt offenbar schwer. Zugespitzt, aber letztlich treffend, formulierte der deutsch-argentinische Rechtsphilosoph Werner Goldschmidt dies 1952 wie folgt: "Da am Anfang jedes Gemeinschaftslebens ein handfester Chauvinismus herrscht, der in den häufigen Zeiten des Rückfalles durch einen krankhaften abgelöst wird, so ist das auf dem juristischen Kosmopolitismus aufgebaute IPR eine späte und seltene Erscheinung. Die Kultur einer Gemeinschaft kann daran gemessen werden, in welchem Umfang sie fremdes Recht anerkennt"<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> In Erweiterung der üblichen Begriffsverwendung, wonach damit nur die Staatsangehörigkeitsanknüpfung gemeint sei (*Kegel* [Fn 3], S. 237).

<sup>32</sup> In *diesem* sine also gerade nicht die der "größeren Bescheidenheit" (*Bar* [Fn 3], S. 165).

<sup>33</sup> *Werner Goldschmidt*, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, S. 205, in: Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S. 203-222.

Eine Rechtsordnung muß aber geeignet sein, das praktische Zusammenleben der Menschen zu regeln. Sie muss in ihren Ansprüchen an die Rechtsunterworfenen berücksichtigen, was im allgemeinen noch durchsetzbar ist. Offenbar ist aber der egalitäre Aspekt der Gerechtigkeit der den Menschen zunächst leichter eingängiger als der differenzierende. Die folgende Geschichte wird aus Rußland erzählt<sup>34</sup>, aber sie zeigt in gewissem Ausmaß wohl eine allgemein menschliche Einstellung: Eine Fee kommt zu einem armen Bauern und sagt: "Du hast einen Wunsch frei. Wisse aber, den Wunsch, den ich dir erfülle, erfülle ich deinem Nachbarn doppelt." Der Bauer überlegt: Eine Kuh? Aber dann bekommt der Nachbar zwei Kühe. Ein Stück Feld? Aber dann bekommt der Nachbar zwei Felder. Schließlich sagt er zur Fee: "Reiß mir ein Auge aus!" Also: Lieber gleiche Armut als ungleichen Wohlstand.

b) Nicht zufällig daher, dass die klassischen Einwanderungsländer wie die USA, dem 'Schmelztiegel'-Gedanken folgend, im personenrechtlichen Bereich<sup>35</sup> als hauptsächlich kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt ein leicht wandelbares *domicile (of choice)*<sup>36</sup> verwenden, dass für die ansässige Bevölkerung fast vollständig zum inländischen Sachrecht führt; die Anwendung des Herkunftsrechts bleibt auf einzelne mobile Individuen wie auswärtige Touristen, Geschäftsleute, allenfalls Wissenschaftler, Sportler, Künstler und ähnliche mit Zeitverträgen beschränkt.

Entsprechend sind es die klassischen Auswanderungsländer wie England, Italien oder Deutschland, die als primären Anknüpfungspunkt ein schwer wandelbares *domicile (of origin)*<sup>37</sup> oder die Staatsangehörigkeit verwenden, was bedeutet, daß nur ein ungefähr ähnlich enger Personenkreis fremdem Herkunftsrecht unterstellt bleibt.

c) Unterdessen haben sich die tatsächlichen Verhältnisse aber erheblich gewandelt. Länder wie Italien oder Deutschland sind - lange ohne dies wahrhaben zu wollen - *de facto* zu Einwande-

---

<sup>34</sup> Vgl. Economist, 15.12.1990, S.79.

<sup>35</sup> 'Personenrechtlich' hier in einem weiten Sinne verstanden, das Familien- und Erbrecht miteinschließend; vgl. die zweite Bedeutung von 'Personalstatut' bei Bar (Fn 6), S. 18

<sup>36</sup> Zum us-amerikanischen *domicile*-Begriff siehe Kropholler (Fn 4); Eugene Scoles / Peter Hay, Conflict of Laws, 2. Aufl., St. Paul 1992, S. 162 ff.

<sup>37</sup> Zum englischen *domicile*-Begriff siehe Kegel (Fn 3), S. 283; Bar (Fn 3), S. 463; je mwN.

run gsländern geworden.<sup>38</sup> Die zunäch st nur wenige, zudem sozial meist hervorgehobene Menschen betreffende<sup>39</sup> (und daher leicht zu gewährende) Großzügigkeit der weitgehenden Heimatrechtsverweisung betraf nun auf einmal etwa in Westdeutschland fast ein Zehntel der ansässigen Wohnbevölkerung: im Sinne Goldschmidts sicherlich eine der fortschrittlichsten Rechtsordnungen der Welt!

In der gegenwärtigen politischen Stimmung in Deutschland (und wohl nicht unähnlich in seinen Nachbarländern) wird das aber verbreitet nicht so empfunden, vielmehr gilt ein hoher Anteil 'Fremder' als Problem. Zur klassischen, aber drastischen Lösung mittels intensiver Integrationspolitik (das 'Schmelztiegel'-Modell) vermag man sich nach wie vor nicht zu verstehen, und zwar auf beiden Seiten. Auf Seiten der einheimischen Verfechter der bisherigen Politik wird dies abgelehnt, nicht etwa um Toleranz und Pluralismus im Sinne Goldschmidts zu fördern, sondern wegen einer Fremde eher abwehrenden Grundstimmung auf der Basis des alten "Wir sind kein Einwanderungsland"-Grundverständnisses. Aber auch auf Seiten des ausländischen Teils der Wohnbevölkerung gibt es keine breite Nachfrage nach intensiver Integration: die bestehenden Möglichkeiten zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit werden wenig genutzt, weil sie in der Regel den Verlust der Herkunftsstaatsangehörigkeit mit sich bringen. So kommt es zur paradoxen Situation, daß in der politischen Diskussion Vertreter der letztgenannten Gruppe gemeinsam mit einer sich für besonders tolerant und progressiv haltenden Minderheit aus der einheimischen Bevölkerung vehement für die Möglichkeit grundsätzlicher Doppelstaatsbürgerschaft werben, weil sie sich davon eher eine sanfte, schrittweise Integration der ansässigen Ausländer in die Wohnumwelt bei Aufrechterhaltung ihrer Bindungen zum Herkunftsland versprechen. Paradox ist diese Forderung, bei der fast nur an Paß und Wahlrecht gedacht wird, weil ihre Verwirklichung großteils das der Intention entgegengesetzte Ergebnis hätte: Nach Erwerb (auch) der deutschen Staatsangehörigkeit würden die Betroffenen vor deutschen Gerichten nach geltendem

---

<sup>38</sup> Siehe dazu und zu den beiden vorherigen Absätzen im Text die ausführlichen und aussagekräftigen Zahlenzusammenstellungen bei *Jürgen Basedow / Barbara Diel-Leistner*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland - Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht, in: *Erik Jayme / Hans-Peter Mansel*, Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1990, S. 13-43.

<sup>39</sup> Vgl. *Bar* (Fn 3), S. 424; *Kropholler* (Fn 4), S. 2.

deutschen IPR (nur noch) deutschem Sachrecht unterstehen<sup>40</sup>; die primäre Anknüpfung an das Herkunftsrecht<sup>41</sup> wäre schlagartig gekappt.

d) Dieser kurze Exkurs in die deutsche tagespolitische Diskussion hat gezeigt, daß im kollisionsrechtlichen Bereich die Dinge komplizierter sind, als sie auf den ersten Blick erscheinen, und daß die Suche nach der richtigen Balance zwischen eigenem Sachrecht, fremdem Sachrecht und Einheitsrecht noch lange eine Aufgabe der Rechtswissenschaft bleiben wird. Es wird sogar eine Daueraufgabe bleiben, wenn man der hier vertretenen These folgt, daß es Rechtsmaterien gibt, in denen eine weltweite Sachrechtsvereinheitlichung (im Gegensatz zur Kollisionsrechtsvereinheitlichung) dauerhaft gar nicht angestrebt werden sollte.

4. Abschließend will ich daher in aller Kürze als Vorschlag für den personenrechtlichen Bereich ein *mögliches* Abgrenzungskriterium wenigstens nennen und der Diskussion stellen: Von alters her wurde das Kriterium primär bei den *Rechtsinhalten*<sup>42</sup> gesucht, beginnend schon mit der Statutenlehre. Vielleicht wäre der Akzent hier dergestalt zu verschieben, daß primär nach den *Rechtswirkungen* geschaut wird: Heimatrecht sollte einem Menschen jedenfalls überall dort zugestanden werden, wo rechtlich gesehen nur seine Person betroffen ist oder wo die Rechtswirkungen in dem Sinne nach innen<sup>43</sup> gerichtet sind, daß es die Rechtsbeziehungen von Personen desselben Heimatrechts oder derselben Herkunft untereinander betrifft (Namensrecht, allgemeine Ehwirkungen, Ehegüterrecht im Verhältnis zwischen den Ehegatten, Ehescheidungsrecht, Ehegattenerbrecht, Ehegattenpflichtteilsrecht, Verwandtenerb- und Pflichtteilsrecht). Soviel jedenfalls sollte jede Rechtsordnung im Sinne Goldschmidts an souveräner Toleranz gegenüber nach Staatsangehörigkeit oder *domicile of origin* Fremden an den Tag legen können. Bei Rechtsbe-

---

<sup>40</sup> Art. 5 I 2 EGBGB; auch bei Rückkehr zum bis August 1986 von der Rechtsprechung praktizierten Prinzip der Anknüpfung an die 'effektive' Staatsangehörigkeit würde die bei der hiesigen (auch) ausländischen Wohnbevölkerung überwiegend zum deutschen Sachrecht führen.

<sup>41</sup> Art. 13 ff EGBGB.

<sup>42</sup> *Kegel* (Fn 3), S. 83, 273.

<sup>43</sup> Siehe dazu auch den Beitrag von *Akihiro Kunitomo* in diesem Band und die dort unter III. referierten Vorschläge u.a. *Akibas*. Siehe ferner bereits bei *Heinrich Neuhaus*, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 1. Aufl., Berlin 1962, S. 160 f.

ziehungen, die nach außen wirken oder sich im Ergebnis nach außen bewähren müssen<sup>44</sup> (Ehegüterrecht im Verhältnis zu dritten Gläubigern, Trennungs- und Scheidungsunterhalt, Kindesunterhalt) wird sich hingegen eine Heranziehung des Sachrechts der Wohnumwelt empfehlen, also eine kollisionsrechtliche Anknüpfung an Wohnsitz, Aufenthalt oder *domicile of choice*.

### C.

Natürlich sind im Einzelfall zahlreiche weitere Gesichtspunkte zu beachten. Das genannte Kriterium der *Richtung* der Rechtswirkung könnte aber im Sinne der Suche nach der richtigen Balance ein Ausgangspunkt für die Schaffung eines nicht nur als Zwischenlösung gedachten international einheitlichen Kollisionsrechts sein, auch im Sinne eines Kompromisses im alten Streit<sup>45</sup> um grundsätzliche Staatsangehörigkeits- oder Wohnsitzanknüpfung.

---

<sup>44</sup> Es geht also nicht nur um die Interessen der Wohnumwelt (*Kegel* [Fn 3], S. 281), sondern auch um die Interessen der Einzelnen in dieser Umwelt, siehe z.B. *Helmut Weber*, der Streit um die vorläufige Zuweisung der Ehewohnung während bestehender Ehe, in : *IPrax* 1990, S. 95-98, insb. S. 97 f.

<sup>45</sup> *Kegel* (Fn 3), S. 83, 277 ff; *Kropholler* (Fn 4), S. 237; *Erik Jayme*, Nation und Staat im Internationalen Privatrecht - Einführung, in: *Jayme / Mansel* (Fn 38), S. 3 f. Zuletzt umfassend *Mathias Rohe*, Staatsangehörigkeit oder Lebensmittelpunkt? Anknüpfungsgerechtigkeit im Lichte neuer Entwicklungen, in: *Christoph Engel / Helmut Weber*, Festschrift für Dietrich Rothoef, München 1994, S. 1 ff.