

1. Kapitel: Begriff, Gegenstand, Methode und Quellen des internationalen Privatrecht

§ 1 Problemstellung und hauptsächliche Lösungsmöglichkeiten im IPR

I. Die Problemstellung

1. Die inhaltliche Verschiedenheiten der nationalen Rechtsordnungen

Jeder Staat hat seine eigene Rechtsordnung und damit sein eigenes Privatrecht. Diese weichen inhaltlich stark voneinander ab.

2. Die internationalen Sachverhalte

Die staatlichen Privatrechtsordnungen regeln fast ausschliesslich inländische Sachverhalte. Andere Regelungen (z.B. OR 515 III) sind selten.

Der nach Territorialität abgegrenzten staatlichen Macht und Rechtsordnung steht eine weltweit unter sich kommunizierende internationale „Gesellschaft der Privaten“ gegenüber. Daher gibt es Sachverhalte, welche nicht nur Beziehungen zur Rechtsordnung eines einzigen Staates haben, sondern mehrere Staaten und deren Rechtsordnungen berühren.

Wie sind grenzüberschreitende Sachverhalte vom Gericht zu beurteilen? Wie haben sich Private zu verhalten, wenn die verschiedenen Rechtsordnungen für den gleichen Sachverhalt unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen?

Sachverhalte die zu mehr als einer Rechtsordnung Beziehungen haben nennt man internationale oder plurinationale Sachverhalte. *Im IPR geht es um Rechte und Pflichten von Privaten in Sachverhalte, die gleichermassen Bezüge zu zwei oder mehreren Rechtsordnungen aufweisen.*

3. Ursachen und Arten der dem internationalen Privatrecht gestellten Probleme

IPR befasst sich mit Fragen, die sich daraus ergeben, dass:

- Jeder Staat seine eigene Privatrechtsordnung hat, es aber Sachverhalte mit Beziehungen zu mehr als nur einer nationalen Rechtsordnung gibt
- Die Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten inhaltlich voneinander abweichen und demnach für denselben Sachverhalt unterschiedliche oder gar widersprüchliche Rechte und Pflichten vorsehen
- Die Rechtsätze der einzelnen Rechtsordnungen primär für rein inländische Sachverhalte geschaffen sind und daher nicht immer adäquate Rechtsfolgen für Sachverhalte mit Berührung zum Ausland bieten.

Problematisch ist weiter, dass IPR seiner Quelle nach grösstenteils nicht international, sondern national ist. *Jeder Staat befolgt eigene Regeln und Grundsätze zur Lösung der obigen Probleme.* (Von Staatsverträgen und Konventionen abgesehen gibt es nur staatliche Rechtsätze des IPR).

Jedes Gericht wendet die IPR-Regeln seines eigenen Staates an. Die Frage nach der internationalen Zuständigkeit der Gerichte eines Staates (im Verhältnis zu den Gerichten anderer Staaten) ist bedeutsam, da sich je nach anwendbarem Recht eine andere Rechtsfolge ergibt (die zuständigen Gerichte ziehen jeweils ihr eigenes IPRG bei, dieses sagt dann welches Privatrecht anwendbar ist).

1. Gericht

2. anwendbares Recht

Die internationale Gerichtszuständigkeit wird nicht vom IPR, sondern vom IZPR geordnet. Dieses wird abgesehen von Staatsverträgen und Konventionen vom nationalen Recht ge-

regelt, daher können sich die Gerichte mehrere Staaten für zuständig erachten. Dann kann die klagende Partei entscheiden in welchem Staat sie klagt.

IPR und IZPR sind verschiedene Rechtsdisziplinen, ihre Aufgaben sind aber eng miteinander verknüpft. *Die Frage nach dem anwendbaren Recht (IPR-Frage) lässt sich erst zutreffend beantworten, wenn die internationale Gerichtszuständigkeit (IZPR-Frage) geklärt ist. Deshalb regelt das schweizerische IPRG in jedem Abschnitt zuerst die Gerichtszuständigkeit der schweizerischen Gerichte und Behörden und erst danach bestimmt es, welches Recht das schweizerische Gericht in der Sache selbst anzuwenden hat.*

Eine weitere Frage des IZPR ist die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Entscheidungen sowie ausländischen Konkursdekreten.

Kapitel 1-5 beziehen sich aufs IPR

Kapitel 6 bezieht sich aufs IZPR

II. Zehn mögliche Ausgangspunkte

1. Übersicht

Es gibt verschiedene Standpunkte von welchem aus plurinationale Sachverhalte zu lösen versucht werden.

Heute herrscht die Kollisionsrechtliche Methode vor. Sie muss aber durch andere Methoden korrigiert und ergänzt werden, so v.a. durch Rechtsvereinheitlichung, Anwendung zwingender Rechtsätze aufgrund ihres speziellen räumlichen Anwendungsbereichs und durch Bildung speziellen Privatrechts für plurinationale Sachverhalte.

Die 10 Methoden:

1. Jeder Staat wendet nur sein eigenes Recht an (fremdes Recht wird ignoriert):

Vorteil: Richter muss nur das vertraute, eigene Recht anwenden.

Nachteile: Keine gerechte Lösung, weil die Besonderheiten plurinationaler Sachverhalte ausser Acht gelassen werden. IPR Problematik wird so auf die Ebene der Gerichtszuständigkeit verlagert (diese Kriterien sind aber völlig anders, zudem ist Gerichtszuständigkeit meist noch unklar bei der Begründung des Rechtsverhältnisses). Forum shopping. Es gibt auch Gerichtszuständigkeiten, die keine wesentliche Beziehung des strittigen Rechtsverhältnisses oder Sachverhalts zum Inland erfordern (z.B. Art. 4 IPRG).

2. Weltweiter Rechtsvereinheitlichung (utopische Idee):

Es ist denkbar, dass Teile des Privatrecht vereinheitlicht werden oder dass Vertragsstaaten gemeinsame materiellprivatrechtliche Rechtssätze, welche auf plurinationale Sachverhalte anwendbar sind, vereinbaren.

Vorteile: Frage nach dem anwendbaren Recht wird überflüssig. Vorhersehbarkeit für die Privaten. Besonderheiten des Sachverhaltes wird besser Rechnung getragen.

Nachteile: Rechtsvereinheitlichung ist träger Vorgang und kann nur durch Kompromisse erreicht werden. Bestehende Staatsverträge und Konventionen werden nur mit Verzögerung angepasst. Keine weltweite Vereinheitlichung, da Wertvorstellungen der Staaten in Politik, Wirtschaft, Gesellschaft,... zu verschieden sind. Vereinheitlichter Gesetzestext garantiert noch keine Einheit wegen Auslegung, es wäre ein supranationales Gericht notwendig.

3. Respektierung von im Ausland erworbenen subjektiven Rechten

Vorteile: Es wird primär auf im Ausland vollzogene Rechtsakte und Rechtserwerbe geschaut. Optik der betroffenen Privaten steht im Vordergrund. (Heute im Familienrecht)

Nachteile: Selbst rein privatrechtliche Sachverhalte lassen sich nicht ausschliesslich mit der Prüfung von subjektiven Rechten der Beteiligten lösen; Organisations- und Prozessrechts-

normen konkretisieren die Ansprüche. Evtl. Konflikt zwischen den im einen Staat erworbenen subjektiven Rechte und dem zwingenden Recht eines anderen Staates. Frage in welchem Staat erworbene Rechtspositionen zu respektieren sind.

4. Respektierung bestimmter Rechtsregeln als Fakten

Sog. „datum-Theorie“: Bestimmte Rechtssätze sind als „Fakten“ mitanzuwenden, sobald sich ein Sachverhalt im betreffenden Staat abgespielt hat (z.B. Verkehrsunfall → Beachtung der Verkehrsregeln).

Vorteile: Datum-Theorie macht klar, wie stark ein zu beurteilender Sachverhalt mit Auslandsberührung bereits von den an einem bestimmten Ort geltenden Rechtsregeln mitgeprägt sein kann. Der Sachverhalt kann teilweise ohne Beachtung des Rechts, welches am Ort gilt wo sich der Sachverhalt zugetragen hat, nicht zutreffend analysiert werden. Sachverhalt und anwendbare Rechtsnorm können nicht getrennt werden. Vgl Statutenwechsel von Art. 102 I IPRG.

Diese Methode führte zu Sonderanknüpfungen bei Teilfragen (vgl. 125 & 142 II IPRG).

An sich nicht anwendbares fremdes Recht wird im Rahmen der Auslegung inländischen Rechts berücksichtigt, soweit sich Tatbestandselemente der inländischen Sachnorm im Ausland ereignet haben.

Nachteile: Die Methode ist nicht geeignet, weil sie nur für eine sehr geringe Anzahl von Tatbestände und Rechtsnormen zum Zuge kommen kann. Die meisten plurinationalen Sachverhalte bedürfen einer Bewertung durch das IPR.

Ist fraglich ob es nicht bloss eine Präzisierung der Kollisionsrechtlichen Methode ist (z.B. Unfallort als überzeugendes Anknüpfungskriterium für die Teilfrage der Verkehrs- und Verhaltensregeln).

5. Kumulative Anwendung aller berührten Rechtsordnungen und gestützt darauf Suche des Gerichts nach einer im Einzelfall gerechten Lösung

So wäre es, wenn es kein IPR-Regeln gäbe. Judizierung im Einzelfall.

Vorteile: Flexible Lösung mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Inhalte der vom Sachverhalt berührten nationalen Rechtsordnungen und die damit verbundenen Pflichtenkonflikte der Privaten. Entwicklung von adäquaten Lösungen im Einzelfall bei unauflösbaren Widersprüchen von Rechtssätzen der verschiedenen Rechtsordnungen. Einzelfallgerechtigkeit, da kollisions- und materiellprivatrechtliche Gesichtspunkte gleichermassen berücksichtigt werden. IPR-Probleme werden nicht künstlich auf kollisionsrechtliche Frage bgl. des anwendbaren Rechts reduziert, womit alles offen bleibt. Methodenpluralismus wird nicht verleugnet. Gesteht ein, dass es kein lückenloses System der positiven IPR-Rechtssätze gibt.

Nachteile: Generell-abstrakte Regeln bieten aber besseren Schutz vor Willkür und Rechtsunsicherheit. Auch zur Lückenfüllung sollen allgemein anwendbare Regeln gebildet werden, die gleichermassen auf eine Vielzahl gleichgearteter Sachverhalte angewendet werden.

Methode betrachtet nur die gerichtliche Auseinandersetzung. Viele Private sind aber bereit ihre Differenzen aussergerichtlich zu regeln, ohne klare Kollisionseregeln die sagen welches Recht im Streitfall anwendbar ist, sind Private im Ungewissen.

6. Bezeichnung der massgeblichen Rechtsätze durch die Parteien selbst

Gericht muss nur den vorgetragenen Sachverhalt unter die von den Parteien bestimmten Rechtssätze subsumieren.

Vorteile: Parteien können ein Recht wählen, das beiden Vertraut ist, dessen Inhalt sie leicht feststellen können und auf das sie ihr Verhalten ausrichten. Gewählte oder selbst formulierte Normen sind meist sachgerecht.

Nachteile: Funktioniert als alleinige Methode nicht, da die Privaten oft vergessen IPR-Fragen zu regeln. Und wenn der Streit ausgebrochen ist lässt sich sowieso keine Einigung mehr erzielen, da jede Partei die Anwendung des günstigeren Rechts verlangen wird. Zudem sind nicht alle Rechtsgebiete für eine solche Gestaltungsfreiheit

durch Private geeignet. Zwingende Rechtssätze sollen durchgesetzt werden können. Eine Übervorteilung wirtschaftlich Schwächerer durch aufgedrängte Rechtswahl soll verhindert werden.

U.a. IPR-Schuldvertragsrecht gilt Rechtswahlfreiheit der Privaten.

7. Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereichs der einzelnen, insbesondere der zwingenden Rechtssätze durch Auslegung

Frage welchen räumlichen Anwendungsbereich Inhalt und Zweck der einzelnen Rechtssätze verlangen. Vgl. Art. 18 & 19 IPRG.

Vorteile: Zwingende, uniforme Anwendung bestimmter rechts-, ordnungs- oder wirtschaftspolitischer Entscheidungen des Gesetzgebers ist gewährleistet. Räumliche Anwendungsbereiche der einzelnen zwingenden Rechtssätze können präziser und schneller gefasst werden als mit allgemeinen Kollisionsregeln. Nicht nur Anwendung zu Gunsten des einheimischen Rechts, sondern auch gegenüber zwingenden ausländischen Rechtsnormen angewendet.

Nachteile: Es kann nicht jedem Rechtssatz auf dem Weg der Auslegung ein eigener räumlicher Anwendungsbereich entnommen werden. Daher kann diese Methode nicht als einzige angewendet werden. Gefahr dass Staaten den Geltungswillen des eigenen Rechts zu stark ausweiten und den legitimen Anwendungsbereich fremden Rechts missachten.

8. Verweidung durch eine Kollisionsregel auf eine der berührten nationalen Rechtsordnungen (kollisionsrechtliche Methode)

Sachverhalte mit Beziehungen zu zwei oder mehreren Rechtsordnungen werden mittels bilateraler Kollisionsregeln einer einzigen nationalen Rechtsordnung unterstellt → vorherrschende IPR-Methode. Die Kollisionsregel ordnet nicht unmittelbar die Rechte oder Pflichten des Privaten, sondern verweist lediglich auf eine Rechtsordnung. Sie soll diejenige Rechtsordnung bezeichnen, zu welcher der Sachverhalt die stärkste Beziehung aufweist. Der Richter hat das von der Kollisionsregel als massgeblich bezeichnete nationale Recht anzuwenden, als ob der Sachverhalt nur Beziehungen zu diesem einen staatlichen Recht hätte!

Der plurinationale Sachverhalt wird durch ein in der Kollisionsregel enthaltenes Kriterium (Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit) einer einzigen nationalen Rechtsordnung unterworfen. Das Recht aller anderen berührten Staaten bleibt grundsätzlich unbeachtet.

Vorteile: Es werden generell-abstrakte Zuordnungskriterien verwendet, welche unabhängig davon angewendet werden, ob sie im Einzelfall zu Anwendung des in- oder eines ausländischen Rechts führen. Überstaatliche Optik, welche den Interessen der Privaten am ungehinderten grenzüberschreitenden Rechtsverkehr entgegenkommt. Private können den Inhalt der Kollisionsregel zum Voraus in Erfahrung bringen, womit das anzuwendende Recht vorhersehbar wird. Je überzeugender das Zuweisungskriterium der Kollisionsregel, desto wahrscheinlicher, dass andere Staaten auf denselben Sachverhalt das gleiche Recht anwenden.

Ziel der Kollisionsrechtlichen Methode: Konfliktminimierung, sog. Internationaler Entscheidungseinklang!

Nachteile: Plurinationale Sachverhalte werden künstlich auf einen „nationalen“ Sachverhalt einer einzigen Rechtsordnung reduziert. Rein kollisionsrechtliche Methode kümmert sich nicht um den Inhalt der anwendbaren Rechtsordnung und um das materiellprivatrechtliche Ergebnis. Aber alle Staaten korrigieren die kollisionsrechtliche Methode (mittels ordre public, Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Gesetzesumgehung, Ausnahmeklausel) zugunsten eines befriedigenden Ergebnisses.

9. Jeder Staat bestimmt, auf welche plurinationalen Sachverhalte sein eigenes Privatrecht anwendbar ist (einseitige Kollisionsregel)

Es geht um einseitige Kollisionsregeln, die sich nur über den Anwendungsbereich des eigenen Privatrechts äussern. Sie ist die Ausnahme.

Vorteile: Genaue Kenntnis der Zielvorstellung des nationalen Gesetzgebers. Richter wird Anwendungswillen des fremden Rechts weitgehend befolgen, womit Konflikte mit anderen IPR-Systemen vermieden werden.

Nachteile: Gefahr, dass der Gesetzgeber nur die Anwendung des eigenen Rechts in Betracht zieht und dadurch die legitimen Interessen der Privaten an der Anwendung fremden Rechts weniger stark gewichtet. Unilateralismus taugt aber nicht als einzige Methode, da Lücken für Sachverhalte entstehen, welche nicht einheimischem Recht unterworfen sind. Verlangen zwei ausländische Rechtsordnungen die Anwendung, muss der Richter Hilfsregeln bilden, welche bilateral sind.

10. Bildung eines speziellen Privatrechts für plurinationale Sachverhalte

Dieses „Aussenprivatrecht“ würde unmittelbar die Rechtsfolgen regeln und nicht auf das eine oder andere nationale Recht verwiesen. Es enthielte daher Sach- und nicht Kollisionsnormen.

Vorteile: Trägt der Besonderheit der plurinationalen Sachverhalte Rechnung. Bedürfnisse des internationalen Handels können adäquat gelöst werden. Werte und Werturteile können gebührend berücksichtigt werden.

Nachteile: Wird ein solches Recht nicht international vereinheitlicht, führt dies zu Rechtsunsicherheit. Zudem entspricht es nicht immer dem Rechtsempfinden der beteiligten Privaten.

Vermischung und Ergänzung der verschiedenen Methoden

In Gesetzgebung und Rspr. vermischen und ergänzen sich diese Methoden. Dabei herrscht die Kollisionsrechtliche Methode vor. Ein reines Kollisionsrechtssystem wäre aber nicht lebensfähig. Daher sind Korrekturen und Ausnahmebehelfe (wie *ordre public*, *renvoi*, Ausnahme Klauseln) zu den bilateralen Kollisionsregeln erforderlich und es werden offen oder versteckt andere IPR-Methoden verwendet, v.a. die einseitige Kollisionsnorm.

Wäre das IPR-Kollisionsrecht nicht von Anfang an für ergänzende und korrigierende Behelfe und Methoden offen gewesen, wäre es schon längst abgestorben. Vgl. S.22 3. Abschnitt.

§2 Gegenstand, Definition und Name des IPR

I. Internationale Sachverhalte als Gegenstand des IPR

1. Gegenstand des IPR im Allgemeinen

Gegenstand des IPR sind internationale oder plurinationale Sachverhalte. Es geht um Privatrechtsverhältnisse mit Bezügen zu zwei oder mehreren nationalen Rechtsordnungen. Wobei aber nicht schon jede Berührung zu einer ausländischen Rechtsordnung den Sachverhalt zu einem internationalen macht. Die Auffassungen, aber welcher Intensität des Auslandsbezügen ein Sachverhalt die Frage nach dem anwendbaren Recht aufwirft, divergieren.

Gem. Schwander kann von einem internationalen Sachverhalt schon dann gesprochen werden, wenn ein nach dem IPR irgendeines der beteiligten Rechtsordnung rechtlich relevanter Teil des Lebenssachverhaltes (z.B: Wohnsicht, Staatsangehörigkeit) einen Auslandsbezug hat. Internationaler Sachverhalt liegt vor, sobald ein Auslandsbezug (Lagerort der Sache, ...) juristisch bewertet werden muss. Man spricht nicht nur dann von einem plurinationalen Sachverhalt, wenn die Frage nach dem anwendbaren Recht gestellt wird, sondern auch dann wenn eine modifizierte Auslegung des anwendbaren einheimischen Rechts oder eine andere IPR-Methode erwogen werden muss.

Absolut internationaler Sachverhalt: Sachverhalt wirft auch in überstaatlicher Optik relevante Beziehungen zu mehr als einer Rechtsordnung auf.

Relativ internationaler Sachverhalt: Ausländische Binnensachverhalte werden von einem inländischen Gericht beurteilt.

Bsp. S. 26

2. Gegenstand des schweizerischen IPRG

Es geht um den sachlichen Anwendungsbereich des IPRG's. Art. 1 I IPRG regelt die aufgezählte Materie im internationalen Verhältnis. Das Gesetz regelt aber nicht was darunter zu verstehen ist. Aus dem Gesetz kann kein einheitlicher Begriff der internationalen Sachverhalte als Gegenstand des IPRG abgeleitet werden. Die Differenzierung zwischen Binnensachverhalt und internationalem Sachverhalt ist je nach Sachgebiet selbständig zu suchen.

Bei der Lösung von Sachverhalte mit irgendeiner Beziehung zum Ausland oder zu ausländischen Rechtsordnungen hat man sich die Fragen zu stellen:

1. Liegt ein internationaler Sachverhalt im Sinne des IPR oder des IZPR im Allgemeinen vor?
2. Sieht die im IPRG enthaltene Regel auch eine Anordnung für diese Art von Sachverhalt mit Auslandsberührung, wie sie vorliegt, vor? → wird selten verneint, da der sachliche Anwendungsbereich des IPRG sehr weit ist.

II. Definition des internationalen Privatrecht

Herkömmliche unvollständige Lehre: IPR ist der Inbegriff der Rechtssätze, die bestimmen, welche von mehreren staatlichen Privatrechtsordnungen auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung anwendbar ist.

→ Definition ist aber unvollständig, da sie nur die Methode 8 im Auge hat. Zudem beschränkt sich selbst die Kollisionsrechtliche Methode nicht allein darauf zu sagen welche Rechtsordnung anwendbar ist. Das IPR muss auch durch die Anwendung des materiellen Rechts aufgeworfene Probleme lösen (vgl. ordre public, ...). Auch bei Methode 8 ist das IPR also nicht nur Verweisungs-, sondern auch Entscheidungsrecht.

Das IPR ist zwar eine eigene Rechtsdisziplin mit eigener Fragestellung und eigenen Methoden, aber es bietet noch kein vollständiges, lückenloses System positiver Rechtssätze.

Das IPR hilft die dargestellten Probleme zu lösen, aber nicht dadurch, dass es verbindliche Rechtssätze aufstellt, sondern dadurch, dass es eine Methode bietet, welche zur Lösung führt, oder mindestens den Rechtssuchenden und den Gerichten sagt, nach welchen Überlegungen und Maximen sie die Lösung suchen sollen.

Definition IPR

Das IPR ist der Inbegriff der Rechtssätze, Methoden und Leitlinien, mit welchen Sachverhalte des Privatrechtsverkehrs mit Bezügen zu mehr als bloss einer einzigen staatlichen Rechtsordnung, aus einer quasi überstaatlichen Optik, gerechten und der Plurinationalität des Sachverhalte adäquaten Rechtsfolgen zugeführt werden sollen.

III. Der Name des IPR

Es handelt sich der Quelle nach um nationales Recht, wobei der Gegenstand internationale Fälle sind, d.h. es geht um Lebensverhältnisse mit Beziehungen zu mehr als einer einzigen Privatrechtsordnung.

Es ist zu unterscheiden:

AT: Befasst sich mit den Methoden des IPR und jenen Grundsätzen, welche für eine Mehrzahl von IPR-Regeln gelten.

BT: Rechtssätze für die einzelnen Sachbereiche, wie IPR des Personen-, Familien-, Erb-, Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts.

§3 Stellung des IPR innerhalb des Rechtssystems

I. Die Einordnung des IPR in das schweizerische Rechtssystem

IPR ist Privatrecht. Es geht um die Zuordnung von Rechten und Pflichten an Private und nicht um die Abgrenzung staatlicher Machtbereiche.

Innerhalb des schweizerischen Rechts ist das IPR Bundesrecht, selbst dann wenn nicht das Gesetz, sondern das Gericht Kollisionsregeln aufstellt.

II. Die Beziehung des IPR zu anderen Rechtsdisziplinen

1. Beziehungen zum VR

- Soweit das IPR in bilateralen Staatsverträgen oder multilateralen Konventionen geregelt ist, ist es internationales Recht. Für die Auslegung gelten die üblichen Grundsätze gem. VR.
- Gegenseitige minimale Anerkennung der Staaten und deren Rechtsordnungen ist Grundlage des VR. Eine vollständige Negierung des IPR und reine Anwendung inländischen Rechts bei einem Fall mit Auslandsbezug ist daher völkerrechtswidrig.
- Es wird kaum ein Rechtssatz des IPR als völkerrechtlich angesprochen
- Versuche aus dem VR Anknüpfungsgrundsätze für das IPR zu folgern und zu entwickeln, habe nicht zu praktikablen Lösungen geführt.
- Manchmal stellen sich dem Zivilgericht völkerrechtliche Vorfragen (Auslegung und Feststellung des Geltungs- und Anwendungsbereichs von Staatsverträgen, Staatennachfolge, Immunität fremder Staaten und Diplomaten, ...)
- Verweist unsere IPR-Kollisionsregel auf völkerrechtswidriges materielles Recht des Auslands, so wird diese nicht angewandt (Berufung auf völkerrechtswidrigen Charakter oder auf *ordre public*)

2. Beziehungen zur Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichung zeigt die Verschiedenheiten der Rechtsordnungen und damit der Fragen des IPR's. Sie ist Anschauungsmaterial, anhand dessen die IPR-Regeln auf ihren praktischen Nutzen überprüft werden können und sie übt den Praktiker in der richtigen Handhabung fremden Rechts. Das IPR als nationales Recht bedarf befruchtender Einflüsse von ausländischen IPRG's, Rspr. und Lehre.

3. Beziehungen zum Fremdenrecht und zum Recht der Staatsangehörigkeit

Fremdenrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche die Rechtsstellung der Ausländer von der übrigen inländischen Privatrechtsordnung abweichend regeln. Es gehört daher nicht zum IPR, weil es materielles Recht ist. (Anders in Frankreich)

Vom Fremdenrecht begrifflich zu unterscheiden sind die öffentlichrechtlichen Sonderregeln bezüglich Gebietsfremden (Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland).

Auch nicht zum IPR gehören Gesetze, welche Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit oder die öffentlichrechtliche Stellung der Ausländer im Inland (Fremdenpolizeirecht, Recht der Flüchtlinge und Asylsuchenden, Arbeitsbewilligungen) regeln. (anders in romanischen Staaten)

4. Beziehungen zum Strafrecht

Das internationale Strafrecht befasst sich im Bereich des Strafrechts mit plurinationalen Sachverhalte. Ausländisches Strafrecht ist direkt nur als milderes Recht anwendbar. Indirekt wird es berücksichtigt, wenn Strafbarkeit im In- und Ausland verlangt wird.)Art. 5&6 StGB. Berührung mit dem IPR besteht dann, wenn der Richter privatrechtlichen IPR-Sachverhalt als Vorfrage beantworten muss.

5. Beziehungen zum öffentlichen Recht und zum Verfassungsrecht

Das internationale öffentliche Recht befasst sich unter dem Aspekt der jeweiligen einzelnen Rechtsdisziplin mit plurinationalen Sachverhalte. Es geht dabei nicht um die Anwendung des einen oder des anderen Rechts, sondern um die Abgrenzung der staatlichen Hoheit und das Aufstellen besonderen materiellen Rechts, insbesondere auch in Staatsverträgen.

Berührungspunkte des IPR zum verfassungsrecht:

- Verfassungsrechtliche Grundlage für das IPRG ist heute Art. 122 BV und die Zuständigkeit des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten.
- Gem. Art. 191 BV können gesetzliche oder staatsvertragliche Kollisionsregeln von den Gerichten nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Abhängige Wohnsitze im IPR sind Gemäss 20, II Satz 3 BV unzulässig.
- Verfassungskonforme Auslegung von IPR-Kollisionsregeln. Bei Lückenfüllung, Rechtsfortbildung und Ermessensausübung ist im Rahmen der GR zu entscheiden.
- Die Anwendung fremden Rechts ist den Grundrechten der ausländischen Verfassung unterworfen. Liegt der ausländische GR-Schutz weit hinter dem Inländischen zurück, so erfolgt eine Korrektur über den ordre public (da sich dessen Werturteile sowieso an den verfassungsmässigen GR und den allgemeinen MR orientieren). Das Eingreifen des ordre public setzt aber ein unerträgliches Ergebnis als Folge der Anwendung fremden Rechts voraus.

6. Beziehungen zum IZPR

Das IZPR regelt:

- Die Frage der internationalen Zuständigkeit der Gerichte und Behörden
- Besonderheiten des Verfahrensrechts, wenn der Sachverhalt Beziehungen zum Ausland aufweist (z.B. Rechtshilfe und Beweisverfahren)
- Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen
- Das Internationale Konkurs- und Insolvenzrecht
- Das Schiedsgerichtswesen in IPR-Fällen.

7. Beziehungen zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht

Internationales Handelsrecht ist Teil des IPRG, welcher Handelsstand, Wechsel- und Checkrecht sowie andere Geschäfte handelsrechtlicher Natur regelt. Strittig ist, ob es ein von den nationalen Rechtsordnungen unabhängiges, sog. Autonomes Handelsrecht, gibt.

8. Beziehungen zum Einheitsrecht

Vereinheitlichung des Privatrechts beruht auf bewusster Entscheidung zur inhaltlich übereinstimmenden Rechtssetzung zweier oder mehrerer Staaten durch Staatsverträge, Konventionen, Einheitsgesetze (lois uniformes), Modellgesetze oder absprachgemässe parallele nationale Gesetzgebung.

Es ist zu unterscheiden zwischen Einheitsrecht, das ausschliesslich internationale Sachverhalte regelt und solchem, das gleichermassen auf Binnensachverhalte und auf internationale Sachverhalte anwendbar ist.

9. Beziehungen zum Europarecht

EUR vereinheitlicht nach innen und grenzt nach aussen ab. Es hat spezielle Koordinations- und Kollisionsregeln, wobei das Rangkollisionsrecht im Vordergrund steht.

Da infolge zeitverschobener Umsetzung IPR-Konflikte entstehen, ist die Vereinheitlichung von IPR & IZPR ein zentrales Anliegen der WEG- und EG-Politik.

In den Regelungsmaterien des EU-Rechts bedient sich das vereinheitlichte IPR, aber auch das nationale IPR der MS vermehrt der Technik der Sonderanknüpfung und der IPR-Sachnormen, sowie der sog. *Lois d'application immédiate*. Die einheitliche Rechtspolitik der EU akzentuiert gewisse gemeinsame Wertvorstellungen, was sich auch auf die Handhabung des IPR (gemeinsamer *ordre public*) unter den MS, aber auch ggü. Dritten auswirkt.

Soweit das EU-IPR seine Funktion nur in einem einheitlichen Wirtschaftsraum anwenden kann, findet es auf die Schweiz keine Anwendung. Das schweizerische IPRG darf aber nicht dazu dienen, systematisch zwingendem EU-Recht ausweichen zu wollen.

10. Beziehungen zu anderen Kollisionsrechten

Das intertemporale Privatrecht regelt das Verhältnis zwischen alten und neuen Privatrechtsnormen. Wobei es zumeist kollisionsrechtlich vorgeht und auf das bisherige oder das neue Recht verweist, wobei aber auch ein Übergangsrecht Anwendung finden kann.

Ein Staat mit mehreren territorialen Teilrechtsordnungen hat ein interlokales Recht zu bestimmen, welches sagt welche Teilrechtsordnung anwendbar ist. Analoges gilt für interpersonales Privatrecht.

§ 4 Quellen und Hilfsmittel des schweizerischen IPR

I. Staatsverträge und Konventionen

1. Multilaterale Übereinkommen

2. Bilaterale Staatsverträge

II. Gesetzesrecht

1. Altes Recht: NAG von 1891

Bis Ende 1988 war das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niederelassenen und Aufenthalter (NAG) in Kraft. Es war vor allem für interkantonale Privatrechtsverhältnisse geschaffen worden. Das Privatrecht war auf Bundesebene damals nur zum Teil vereinheitlicht (OR von 1881 und ZGB von 1912). Internationale Verhältnisse sollten nach dem Willen des Gesetzgebers einzig geregelt werden, soweit die Schweiz interessiert ist und es einseitig geschehen kann.

Das NAG regelte nur Kollisionsrecht im Bereich des Personen-, Familien- und Erbrecht. Es war lückenhaft und nicht sehr flexibel. Die Lücken des NAG wurden in anderen Bundesrechtlichen Erlassen gefüllt. Zudem mussten die Gerichte Kollisionsregeln entwickeln.

2. Seit 1.1.1989 geltendes Recht: IPRG von 1987

Anfang 1989 trat das IPRG in Kraft. Es regelt die zwei wichtigsten Bereiche des IZPR, nämlich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in der Schweiz, sowie das eigentliche IPR (d.h. die Frage welche Rechtsordnung und Rechtsregeln das Schweizer Gericht der Beurteilung plurinationaler Privatrechtssachverhalte zugrunde zu legen hat).

III. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist eine wichtige Quelle des IPR. Sie soll Lücken füllen und das Gesetz den veränderten Bedürfnissen anpassen. IPR-Kollisionsregeln sind meist dürftig und zu allgemein. Sie müssen ausgelegt, präzisiert und teilweise sogar korrigiert werden. Nur das Ge-

richt kann beurteilen, ob eine Kollisionsregel ohne weiteres angewendet werden kann oder ob einer der vielen Korrekturbefehle des IPR eingreifen muss

IV. Rechtslehre

Sie ist keine Rechtsquelle, spielt aber im IPR wegen der Lückenhaftigkeit und der Entwicklungsbedürftigkeit des positiven Rechts eine erhebliche Rolle. Sie gibt der Rspr. Impulse und hilft aussergerichtliche Lösungen zu finden. Die Konsultation ausländischer Standardwerke ist im IPR sehr wichtig.

§ 5 Entstehung, Regelungsbereiche und Charakter des IPR-Gesetzes von 1987

I. Entstehung des IPRG

Im Vorentwurf von Eugen Huber zum ZGB war der Einbezug von Kollisionsregeln in das ZGB vorgesehen. Das Parlament wollte es aber beim NAG bewenden lassen. Das IPRG wurde erst 1987 verabschiedet und 1989 in Kraft gesetzt.

II. Regelungsbereiche und Systematik des IPRG

1. Das IPRG als Kodifikation

Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen kann man bezüglich der IPR Regelung in drei Kategorien einteilen.

1. Das IPR wird nur in vereinzelten Bestimmungen gesetzlich geregelt, im übrigen der Rspr. Überlassen (z.B. Frankreich)
2. Eine mehr oder minder detaillierte Regelung von IPR- und IZPR Regeln wird systematisch in die Privatrechtskodifikation und in die ZPO integriert, ohne dass Lückenlosigkeit angestrebt wird (z.B. Deutschland)
3. Es gibt eine selbständige IPR-Gesetzgebung (teils nur Regeln zum IPR, teils auch Regeln des IZPR) (z.B. Schweiz und viele Oststaaten)

Das schweizerische IPRG ist grundsätzlich abschliessend geregelt und versteht sich somit als Kodifikation.

2. Regelungsbereiche und Systematik

Das IPRG beschränkt sich nicht nur auf eigentliche IPR-Regeln. Es regelt zusätzlich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und Behörden, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen sowie weitere Fragen des IZPR.

Innerhalb jedes Kapitels werden die Sachgebiete unter 3 Aspekten geregelt:

1. **internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und Behörden**
2. **das von diesen anzuwendende Recht**
3. **Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen und Akte in der Schweiz**

Gliederung und Systematik auf S. 60

III. Zum Anwendungsbereich des IPRG

Primär ist das IPRG für seine Handhabung durch schweizerische Gerichte und Behörden konzipiert. Es regelt daher das anwendbare Recht primär für jene Sachverhalte, bei denen schweizerische Gerichte und Behörden überhaupt zur Entscheidung zuständig sein können. Manchmal tritt das IPRG ausdrücklich vor ausländischem IPR zurück (Art. 37 I; Art. 91 I IPRG).

In sachlicher Hinsicht beschränkt sich das IPRG auf die Regelung der verschiedenen Sachbereiche „im internationalen Verhältnis“ (Art. 1 I IPRG).

IV. Kurze Charakterisierung des IPRG

Wie das IPRG Zuständigkeit, anwendbares Recht, Anerkennung und Vollstreckung regelt, konnte der Gesetzgeber die Bestimmungen des IPR und des IZPR aufeinander abstimmen. Wäre das IZPR weiterhin grösstenteils dem kantonalen Recht verblieben, hätte keine kohärente und konsequente Reform durchgeführt werden können. Die IZPR-Normen sind mit Rücksicht auf ihre besondere Natur auszulegen. Daher kann der gleiche Begriff teilweise etwas anderes bedeuten, je nachdem, ob er eine IPR- oder IZPR-Norm ist.

Die Regelungen der direkten Zuständigkeit und der Anerkennung und Vollstreckung sind weitgehend abschliessend geregelt. Den eigentlichen *IPR-Regeln* kommt aber nicht die Funktion einer ausnahmslosen und gänzlich abschliessenden Regelung zu. Der AT des IPRG entzieht sich einer eigentlichen Kodifikation und die wenigen Gesetzesbestimmungen hierzu (IPRG 13-19) schreiben eine offene Methode vor:

Art. 15 IPRG ist eine allgemeine Ausnahmeklausel, Art. 17 IPRG schliesst ordre public widriges fremdes Recht von der Anwendung aus, Art. 18 IPRG setzt gewisse zwingende Normen des schweizerischen Rechts durch und Art. 19 IPRG lässt die Sonderanknüpfung fremden zwingenden Rechts zu.

Das IPRG bekennt sich zum Methodenpluralismus für die Frage welches Recht anwendbar ist.

Das schweizerische IPR verwirklicht materiell-privatrechtliche und soziale Wertvorstellungen. Das IPR beschränkt sich im heutigen Rechtsverständnis nicht mehr auf die Vorfrage, welches Recht anwendbar sei; vielmehr hat es kollisionsrechtliche und materiell-privatrechtliche Rechtssätze und Wertungen zu liefern, um den plurinationalen Sachverhalt einer befriedigenden Lösung zuzuführen. Die Verweisung genügt hierfür nicht mehr. Daher gibt das Gesetz dem Gericht gewisse Wertmassstäbe vor und favorisiert in manchen Bereichen ein Bestimmtes Ergebnis. Im übrigen stellt es dem Gericht das zur Korrektur der Kollisionsregeln notwendige Werkzeug in Form einiger Generalklauseln (vgl. Art. 15, 17-19) zur Verfügung.

2. Kapitel: Handhabung der IPR-Kollisionsregeln

§ 6 Struktur und Arten der Kollisionsregeln

I. Begriff der Kollisionsregel

Der plurinationale Sachverhalt wird mittels sog. Kollisionsregeln (Kollisionsnormen) einer bestimmten, einzelnen staatlichen Rechtsordnung unterstellt (vgl. Methode Nr. 8). Es gibt noch andere Terminologien für Kollisionsnormen vgl. S. 67.

IPR-Kollisionsregeln sagen, welches Recht anwendbar sein soll. Sie bestimmen das auf den in Frage stehenden plurinationalen Sachverhalt anwendbare inländische oder ausländische Recht.

Das Kollisionsrecht steht im Gegensatz zum sog. Sachenrecht (Rechtssätze, welche im materiellen Privatrecht Rechte und Pflichten der Privaten direkt regeln. Im IPR gibt es neben dem IPR-Kollisionsrecht auch sog. Materiellrechtliches IPR, welches spezielle materiellrechtliche Rechtssätze mit direkter Rechtsfolgebezeichnung aufstellt (vgl. § 21).

Beispiele für gesetzliche Kollisionsregeln: Art. 90 I; Art. 68; Art. 128 IPRG

Beispiele für richterliche Kollisionsnormen: S. 68

Kollisionsregeln beschränken sich darauf eine nationale Rechtsordnung für anwendbar zu erklären. Sie sind Wegweise, die darauf hinweisen, in welcher staatlichen Rechtsordnung die auf den Sachverhalt anzuwendenden Rechtssätze zu suchen sind. *Die Kollisionsregeln sind somit Ausgangspunkt und nicht das Ende des internationalprivatrechtlichen Gedankenganges.*

Den in den Kollisionsregeln enthaltenen Befehl des Gesetzes einen plurinationalen Sachverhalt einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung zu unterstellen nennt man *Verweisung*. Diese erfolgt mit der *Bezeichnung* der anwendbaren Rechtsordnung durch die *Anknüpfung*.

II. Bestandteile der Kollisionsregel

Bestandteile der Kollisionsregel sind: Verweisungsbegriff, Anknüpfungsbegriff und das aufgrund der Verweisung anwendbare Recht.

1. Verweisungsbegriff	=	das, was angeknüpft wird
2. Anknüpfungsbegriff	=	das, womit angeknüpft wird
3. anwendbares Recht	=	das, woran angeknüpft wird

Bsp. Art. 121 I IPRG: Der Arbeitsvertrag untersteht dem Recht des Staates, in dem der AN gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

- der Arbeitsvertrag	=	Verweisungsbegriff
- gewöhnlicher Arbeitsort	=	Anknüpfungsbegriff
- Recht des Staates, in dem der gewöhnliche Arbeitsort liegt	=	anwendbares Recht

Tatbestand: Verweisungs- und Anknüpfungsbegriff

Rechtsfolge: anwendbare Rechtsordnung

Verweisungsbegriff: umschreibt abstrakt das Rechtsproblem für welches eine Lösung gesucht wird. Er setzt stillschweigend voraus, dass jede staatliche Rechtsordnung irgendeine Regel für dieses Problem hat. Mit dem Verweisungsbegriff wird der Anwendungsbereich der Kollisionsregel begrenzt.

Anknüpfungsbegriff: Kriterium, nach welchem die Kollisionsregel die eine oder andere Rechtsordnung für anwendbar erklärt. Person, Gegenstand oder Handlung.

Anwendbares Recht: ist die durch die Verweisung der Kollisionsregel bezeichnete in- oder ausländische nationale Rechtsordnung. Diese ist als Ganzes auf en im Verweisungsbegriff umschriebenen Tatbestand anzuwenden. Das anwendbare Recht stellt die Rechtsfolge in der Anwendung der Kollisionsnorm dar. **Das auf den im Verweisungsbegriff umschriebenen Tatbestand anwendbare Recht nennt man Statut.** Z.B. Erbstatut, Deliktstatut, Vertragsstatut, Ehestatut, Unterhaltsstatut, egal ob man weiss welche Rechtsordnung anwendbar ist oder nicht.

III. Die Anwendung der Kollisionsregel

1. Vier Gedankenschritte bei der Anwendung der Kollisionsregel

Erklärung anhand des Einsatzes eines Ingenieurs im Interesse eines schweizerischen Unternehmens in der BRD.

1. **Gedankenschritt:** Der plurinationale Sv wird nach juristischen Kriterien auf das relevante Lebensverhältnis bzw. Rechtsproblem hin formuliert. Z.B. Dienstleistungsgeschäft.
2. **Gedankenschritt:** Suche nach der einschlägigen Kollisionsregel. Erste Orientierung anhand des Verweisungsbegriffes. Z.B. 116, 117 und 121 IPRG. Da Arbeitsvertragsverhältnis vorliegt nur 121 IPRG.
3. **Gedankenschritt:** Welches ist nach richtiger Auslegung der entscheidende Anknüpfungsbegriff? Z.B. Falls Rechtswahl gem. Art. 121 III getroffen diese, falls nicht gewöhnlicher Arbeitsort
4. **Gedankenschritt:** Auf welche staatliche Rechtsordnung weist dieser massgebliche Anknüpfungsbegriff im zu beurteilenden Einzelfall hin? Erst dies führt zum anwendbaren Recht. Z.B. das gem. Abs. 3 vereinbarte Recht, falls gewöhnlicher Arbeitsort in BRD gilt deutsches Recht, wobei aber zwingende Normen zum Schutz des AN gem. Art. 18 und 19 IPRG u.U. unabhängig vom gem. Art. 121 bezeichneten Recht anzuwenden sind.

Für die richtige Tatbestandsbehandlung im IPR ist es unerlässlich den relevanten Sachverhalt richtig zu umgrenzen.

Sog. Anspruchsmethode des Privatrecht: Umschreibung des Lebenssachverhaltes auf die möglichen Anspruchsgrundlagen hin.

IPR: Abstellung darauf, was der Kläger zur Klagegrundlage macht. Der Kläger könnte sich aber so ein günstiges Recht erschleichen. Für die Bezeichnung des massgeblichen Rechts sind daher im IPR auch Tatbestandselemente wesentlich, welche die Parteien nicht immer von vornherein als solche erkennen oder erwähnen. Die verschiedenen staatlichen Ordnungen können ein Rechtsverhältnis gänzlich unterschiedlich regeln oder negieren, daher wird der Kläger den Klagegrund verschieden formulieren. Damit der Richter den Kläger nicht begünstigt hat er alle unter irgendeinem Gesichtspunkt massgeblichen Sachverhaltselemente und Rechtsfragen im Auge zu behalten. **Der Sachverhalt darf nicht ein für allemal auf einen engen Verweisungsbegriff reduziert werden**, auch dann nicht, wenn es vorerst ausschliesslich um die richtige Anwendung der Kollisionsregel geht.

2. Zwei Theorien über die Folge der Verweisung

1. **Vorherrschende Theorie = Kollisionsnorm ist Kompetenznorm:** Sie besagt, die Kollisionsregel erkläre diejenige staatliche Rechtsordnung, auf welche sie verweist, als zur Regelung des Sachverhalt „kompetent“, „zuständig“. Grundlage der Theorie ist die universalistische Auffassung, dass das IPR seiner Natur nach eine überstaatliche Funktion auszuüben hat, auch wenn die Rechtsquellen des IPR überwiegend staatlich sind.
Folgen: Das ausländische Recht ist so auszulegen und zu handhaben, wie dies im Ausland getan wird. Das Recht ist selbst dann anzuwenden, wenn der Staat völkerrechtlich nicht anerkannt ist.
2. **Inkorporationstheorie:** Sie besagt, die Kollisionsregel transponiere den Inhalt des anwendbar erklärten ausländischen Rechts in eine Rechtsnorm des eigenen Staates; es werde damit eine neue inländische Rechtsnorm geschaffen, welche inhaltlich der im Ausland geltenden Norm entspreche. Diese Theorie beruht auf der Grundannahme, dass Recht nur das dem eigenen Staat entspringende Recht sein könne.

IV. Arten der IPR-Kollisionsregeln

Sie geben ein bestimmtes Auslegungsergebnis wieder und sind nicht vorgegebene Kategorien.

1. Einseitige und zweiseitige Kollisionsregeln

Einseitige (unilaterale, unvollkommene) Kollisionsregeln sagen, unter welchen VSS inländisches Recht anzuwenden ist. Sie verweisen nicht auf ausländisches Recht, sondern grenzen nur den Anwendungsbereich des inländischen Rechts ab.

Zweiseitige (bilaterale, mehr- oder allseitige, vollkommene) Kollisionsregeln bestimmen, unter welchen VSS inländisches oder welches ausländische Recht anwendbar ist.

2. Generell-abstrakte und relativ verweisende Kollisionsregeln

Generell-abstrakte Kollisionsregeln bestimmen aus der Optik des Staates, der sie erlässt, ganz allgemein das anwendbare Recht. Sie sind auch von Bedeutung, wenn Vorfragen zu entscheiden sind oder wenn die Frage ausserhalb des konkreten Zivilstreites, für den im Inland eine Zuständigkeit bestünde, gestellt wird. Art. 110.

Relativ wirkende Kollisionsregeln wollen das anwendbare Recht nur für den Fall bestimmen, dass die inländischen Gerichte und Behörden zur Entscheidung zuständig sind. Art. 44 I

3. Offene und verdeckte Kollisionsregeln

Offene Kollisionsregeln liegen vor, wenn sich bereits aus deren Formulierung die Verweisungsfunktion ergibt (was meistens der Fall ist).

Versteckte Kollisionsregeln sind materiellprivatrechtliche oder verfahrensrechtliche Normen, aus welchen auslegungsmässig abgeleitet werden kann, welche Rechtsordnung anwendbar ist.

4. Selbständige und unselbständige Kollisionsregeln

Selbständige Kollisionsregeln bestimmen selber und grundsätzlich umfassend das anwendbare Recht z.B. Art. 48 I IPRG.

Unselbständige Kollisionsregeln sind Hilfsnormen, welche andere Kollisionsregeln nur ergänzen, allein also keine Antwort auf die Frage des anwendbaren Rechts geben z.B. Art. 20 & 21 IPRG.

5. Weitere Unterscheidungen

Regelrechte Kollisionsregeln beruhen auf gewöhnlicher Rechtsanwendung.

Regelwidrige Kollisionsregeln (oder Exklusivnormen), dehnen als Spezialnormen ausnahmsweise und einseitig den Anwendungsbereich des einheimischen Rechts aus.

Unvollkommene Kollisionsnormen können auch lückenhafte Bestimmungen sein, welche das anwendbare Recht nur für eine beschränkte Anzahl von Sachverhalte bezeichnen.

Bei Sachnormverweisungen verweist die Kollisionsregel nur auf eine Sachnorm in der fremden Rechtsordnung.

Bei Gesamtnormverweisungen verweist die Kollisionsregel auch auf das IPR der fremden Rechtsordnung.

§7 Die richtige Anknüpfung als kollisionsrechtliches Ziel

I. Die Suche nach der „richtigen“ Anknüpfung

Ziel der IPR-Kollisionsregeln ist es, für jede zusammengehörige Gruppe von Sachverhalte mit Auslandsberührung dasjenige Kriterium zu vermitteln, welches zur „sachgerechten“, „richtigen“ Anknüpfung führt. Es wird dasjenige Anknüpfungskriterium gesucht, mit welchem plurinationale Sachverhalte unter diejenige nationale Rechtsordnung gestellt werden, welche am besten geeignet ist diesen Sachverhalt zu regeln. → sog. **engster Zusammenhang**.

Österreichische Terminologie, die von stärkster Beziehung des Sachverhaltes zu einer nationalen Rechtsordnung spricht ist besser, denn es geht ja letztlich um ein Werturteil.

Jedes Anknüpfungskriterium hat seine Vor- und Nachteile, und jede Kollisionsregel lässt sich zusätzlich differenzieren und weiterentwickeln.

Es gibt nicht eine richtige Anknüpfung.

II. Zur geschichtlichen Entwicklung der Fragestellung

1. Friedrich Carl von Savigny

Savigny ist der Begründer des modernen IPR. Er sagte, die Aufgabe gehe dahin, dass bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat).

2. Adolf F. Schnitzer

Lehre vom charakteristischen Inhalt der Rechtsverhältnisse und von der funktionellen Anknüpfung. Es geht nicht um äusserliche Kriterien wie etwa der Abschlussort eines Vertrages, sondern um den typischen Inhalt des Rechtsverhältnisses, also um die *charakteristische Leistung* (= *Leistung, die nicht in Geld zu erfüllen ist*).

Es geht um die Zuordnung gemäss „Zugehörigkeit zum Wirtschafts- oder Sozialleben eines Landes“.

3. Gerhard Kegel

Man hat konkreter nach den Interessen zu forschen, denen die Rechtssätze des IPR Rechnung tragen. Im materiellen Privatrecht geht es um den Inhalt des Rechts, im IPR um die Anwendung eines Rechtes, gleich welchen Inhalt es hat.

Er unterscheidet zwischen:

1. Internationalprivatrechtlichen Interessen: Parteiinteressen, Verkehrsinteressen & Ordnungsinteressen.

2. materiellprivatrechtliche Interessen, die nur ausnahmsweise im IPR zu berücksichtigen sind: v.a. ordre public.
3. Staatsinteressen

Der Streit um die Unterscheidung zwischen einer spezifischen kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit und der materiellprivatrechtlichen Gerechtigkeit betrifft die zentrale Frage nach dem Ziel der Anknüpfungspolitik eines staatlichen IPR's. Verschieden gelagerte Interessen können und müssen in der herkömmlichen Kollisionsrechtstechnik berücksichtigt werden.

4. Wilhelm Wengler

Leitprinzipien: Gleichbehandlung bei der Steuerung menschlichen Verhaltens durch das Recht in internationalen Sachverhalte und in Binnensachverhalte; Rechtsverhältnisse im Forumsstaat; Verweigerung der Anwendung des vom eigenen Recht des Forumstaates krass abweichenden ausländischen Recht; aussenprivatrechtspolitisch motivierte Stellungnahmen eines Staates zu internationalen Sachverhalte; Berücksichtigung der Stellungnahmen anderer beteiligter Staaten; Gegenseitigkeitserfordernis.

→ Diese Leitsätze können untereinander kollidieren. Daher ist die Technik der einzelnen Kollisionsregeln und der übrigen Befehle des IPR an diesen kritisch zu messen.

5. Ergebnisbestimmte, materiellrechtlich bewertete Anknüpfung

Die Lehre der USA und ein Teil der kontinentaleuropäischen Lehre befürworten die Befolgung rechtspolitischer Zielsetzungen. Ohne dieses Motiv zuzugeben, haben die Gerichte die Anknüpfungspunkte oft implizit danach gewählt, zu welchem Ergebnis sie gelangen wollen.

III. Die für die „richtige“ Anknüpfung massgeblichen Gesichtspunkte

Die nachfolgenden Gesichtspunkte sind im Einzelfall zu gewichten. Es obliegt dem Richter im Einzelfall eine Wertungsentscheid vorzunehmen.

1. Vorwiegend kollisionsrechtliche Gesichtspunkte

- **Gleichstellung aller Rechtsordnungen:** Schon gemäss Savigny sind in- und ausländische Rechtsordnungen als gleichrangig zu beachten. Das inländische Recht soll daher grundsätzlich unter denselben Sachverhaltsvoraussetzungen angewandt werden. Eine Folge davon ist die Ausformung zweiseitiger Kollisionsregeln.
- **Näherberechtigung, „stärkste“ Rechtsordnung, „engster“ Zusammenhang:** Es bleibt nicht immer bei der von der Kollisionsregel gebotenen Anknüpfung. Die Kollisionsregeln können verfeinert, spezialisiert und weiterentwickelt werden.
- **Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit:** Die in den Kollisionsregeln generell-abstrakt formulierten Anknüpfungskriterien sind VSS für eine rechtsgleiche Praxis. Die Vorhersehbarkeit ist für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr wichtig, denn niemand nimmt fremde Gerichtszuständigkeiten in Kauf, wenn er überhaupt nicht weiss, nach welchen Rechtsnormen er beurteilt werden wird.
- **Internationaler Entscheidungseinklang und Konfliktminimierung:** Schon bei Savigny ist es Aufgabe des IPR Anknüpfungskriterien zu finden, aufgrund derer ein und derselbe Sachverhalt, gleichgültig in welchem der in Frage stehenden Staaten eine Gerichtszuständigkeit besteht, nach denselben Rechtsregeln beurteilt würde. Die Rechtssätze aufgrund derer das Verhalten der Privaten beurteilt wird, sollen dieselben sein unabhängig davon in welchem Staat der Prozess stattfindet.
- **Möglichst weite Verweisungsbegriffe für Hauptanknüpfungen, aber enge Umschreibung der Verweisungsbegriffe für Spezialnormen:** Dies soll einer Zersplitterung der Anknüpfung entgegenwirken.

2. Vorwiegend materiellrechtliche Gesichtspunkte

- **Interne Entscheidungsharmonie:** Wendet der Richter fremdes Recht an, muss er darauf achten, dass sich daraus nicht Konsequenzen ergeben, welche in wesentlichen Wertungswidersprüchen zum inländischen Recht stehen (*ordre public*) oder sich mit den im übrigen anwendbaren inländischen Rechts- und Ordnungsvorschriften überhaupt nicht vereinbaren, somit auch nicht durchsetzen lassen (Einheit der Rechtsordnung).
- **Besondere Rechtswerte im internationalen Rechtsverkehr:** Im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ist oft ein und dieselbe Rechtsfrage anders zu bewerten als in reinen Binnensachverhalten. Einige Rechtsfragen stellen sich sogar ausschliesslich in plurinationalen Sachverhalte.

IV. Stellungnahme zum Streit um „kollisionsrechtliche“ oder „materiellrechtliche Gerechtigkeit

S. 86 ff.

Gem. Schwander ist bei der Lösung von IPR-Fällen zwischen zwei Phasen der Rechtsfindung zu unterscheiden, wobei deren erste überwiegend der kollisionsrechtlichen und deren zweite überwiegend der materiellrechtlichen Gerechtigkeit dienen soll. Diese Vorgehen will nicht den einen Gesichtspunkt gegenüber dem anderen überbetonen oder die beiden Aspekte der Gerechtigkeit gänzlich voneinander trennen. Vielmehr geht es dabei um eine zweckmässige Ordnung der verschiedenen Methodenansätze und Behelfe.

§8 Die einzelnen Anknüpfungsbegriffe

I. Allgemeines

1. Aufgabe der Anknüpfungsbegriffe

Der Anknüpfungsbegriff (= Kriterium nach welchem die Kollisionsregel das eine oder andere Recht für anwendbar erklärt) ist derjenige Teil des Tatbestand einer selbständigen Kollisionsregel, der den materiellprivatrechtlichen Sachverhalt mit einem bestimmten Staat verknüpft.

Dabei wird die „gerechte“ Anknüpfung primär (aber nicht ausschliesslich) mit der Wahl eines überzeugenden Anknüpfungsbegriffs angestrebt, da je nach Anknüpfungsbegriff eine andere Rechtsordnung zur Anwendung gelangt.

2. Übersicht über die Anknüpfungsbegriffe

3. Arten der Anknüpfungsbegriffe

Es ist zu unterscheiden zwischen persönlichen (z.B. Staatsangehörigkeit), räumlichen bzw. territorialen (z.B. Wohnsitz, Handlungsort) und funktionellen (z.B. Rechtswahl der Parteien, Gesetz der charakteristischen Leistung, Gerichtszuständigkeit) Anknüpfungen.

4. Zur Auslegung der Anknüpfungsbegriffe

Der Anknüpfungsbegriff ist nach den Regeln derjenigen Rechtsordnung auszulegen, welcher die Kollisionsnorm zugehört. Die Auslegung muss sich aber an der spezifischen Aufgabe des IPR orientieren. Der gleiche Begriff kann daher im IPR eine andere Bedeutung haben, als im Privat- oder Verwaltungsrecht desselben Staates.

In internationalen Konventionen und Staatsverträgen enthaltene Kollisionsregeln sind nach den für Staatsverträge entwickelten Regeln auszulegen.

Die 3 Elemente des Anknüpfungsbegriffs:

1. **Subjekt:** Person, Sache, subjektives Recht oder Ereignis
2. **Attribut diese Subjekts:** Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Wille der Person, Lage oder Registerort der Sache, Ort des Ereignisses

3. Zeitpunkt: ist nicht immer ausdrücklich genannt

→ Der Anknüpfungsbegriff muss mindestens nach diesen 3 Seiten hin ausgelegt werden.

5. Wohnsitz- oder Staatsangehörigkeitsprinzip

Zu den grossen Kontroversen im IPR gehört der Streit, ob im Bereich des Personen-, Familien- und Erbrechts die Anknüpfung an den Wohnsitz (oder Aufenthalt) oder aber an die Staatsangehörigkeit der natürlichen Person erfolgen solle.

Die Schweiz folgt dem Domizilprinzip. Weltweit ist eine Tendenz zugunsten dieses Prinzips festzustellen.

Es ist aber zu beachten, dass sich diese beiden Prinzipien gegenseitig auflockern, indem jedes nationale IPR aus Gründen der Praktikabilität Zugeständnisse an das andere Prinzip macht.

II. Wohnsitz

1. Wohnsitz als nationaler Rechtsbegriff

Der Begriff des Wohnsitzes ist nicht einheitlich in den verschiedenen Staaten. Das schweizerische IPRG geht vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Wohnsitzes aus. Der in Staatsverträgen und Konventionen verwendete Wohnsitzbegriff ist vertragsautonom auszulegen. Bemühungen einen übernationalen Wohnsitzbegriff für die Bedürfnisse des IPR zu schaffen, haben bisher nicht zum Ziel geführt.

2. Der Wohnsitzbegriff im IPRG

Eine natürliche Person hat ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Diese Definition des Art. 20 I lit. a IPRG lehnt sich an Art. 23 I ZGB an. Daraus ergibt sich:

1. Erforderlich ist ein effektives physisches Verweilen, ein **tatsächlicher Aufenthalt**
2. **Absicht dauernden Verbleibens ist zu objektivieren**

Da die Wohnsitzverhältnisse auch für Dritte und Behörden relevant sind, kann nicht allein auf den inneren Willen der Person abgestellt werden. Es ist daher aus den nach aussen in Erscheinung tretenden Umständen darauf zu schliessen, ob die Person diesen Aufenthaltsort zum Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen und -verhältnisse gemacht hat.

Niemand kann an mehreren Orten zugleich Wohnsitz haben (Art. 20 II IPRG). Dies entspricht in etwa Art. 23 II ZGB. Daher hat der Richter den Wohnsitz als die engste räumliche Beziehung einer Person zu einem Aufenthaltsort im Sinne des **Lebensmittelpunktes** zu verstehen.

Hat eine Person keinen Wohnsitz im obigen Sinn, so tritt an dessen Stelle der **gewöhnliche Aufenthalt** als Anknüpfungskriterium (Art. 20 II IPRG).

Mit dem Ausschluss der Bestimmungen des ZGB über Wohnsitz und Aufenthalt (Art. 20 II IPRG) lehnt das IPRG vor allem abgeleitete und fiktive Wohnsitze ab. Für jede natürliche Person sind Wohnsitz und Aufenthalt gesondert zu bestimmen.

Die Definition des Wohnsitzes in Art. 20 I lit. A und II gilt für das ganze IPRG.

3. Vor- und Nachteile der Anknüpfung an den Wohnsitz

Vorteile: Bei der Anknüpfung an den Wohnsitz wird jene Rechtsordnung angewandt mit welcher diese Person am engsten verbunden ist. Sie kommt daher dem Kollisionsrechtlichen Ideal der stärksten Beziehung am nächsten (sofern die Kollisionsregel auf die Verhältnisse nur einer Person abstellt oder alle am Rechtsverhältnis Beteiligten im selben Staat Wohnsitz haben. Die betroffenen Privaten kennen dieses Recht. Das Urteil kann rasch und effizient

durchgesetzt werden. Die Interessen Dritter werden geschützt, da die Wohnsitzverhältnisse meist nach aussen ersichtlich sind (im Gegensatz zur Staatsbürgerschaft).

Nachteile: Auch die internationale Verbreitung des Wohnsitzprinzips führt nicht zu internationalem Entscheidungseinklang solange der Wohnsitzbegriff nicht vereinheitlicht ist. Die Anknüpfung an den Wohnsitz führt nicht zu einem Befriedigenden Ergebnis, wenn es nicht nur überwiegend auf die Interessen einer einzigen natürlichen Person ankommt und die beiden am Rechtsverhältnis beteiligten Personen in verschiedenen Staaten Wohnsitz haben. Es kann sehr aufwendig sein die für die Bestimmung des Wohnsitzes relevanten Tatsachen festzustellen. Der Wohnsitz kann leicht gewechselt werden, wodurch die Anknüpfung nicht konstant ist. Die Gefahr der Umgehung besteht aber nicht, da der Richter diese, schon durch die Beurteilung ob wirklich ein echter Lebensmittelpunkt vorliegt, vereiteln kann.

III. Gewöhnlicher Aufenthalt

1. Der gewöhnliche Aufenthalt als auf Fakten beruhender Anknüpfungsbegriff

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ist einheitlicher als der Wohnsitzbegriff. *Der gewöhnliche Aufenthalt bestimmt sich nach äusserlich wahrnehmbaren Fakten und nicht nach Willensmomenten.* Diese Anknüpfung beruht daher auf einer effektiven Verknüpfung des Sachverhalts mit einem bestimmten Territorium und ist, weil er kein reiner Rechtsbegriff ist, international funktionsfähig. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist flexibel, eil dieser leicht geändert oder in mehreren Staaten bestehen kann.

2. Der gewöhnliche Aufenthalt im IPRG

Gem. Art. 20 I lit. b hat eine natürliche Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum vornherein befristet ist.

Kriterien:

- Physische Präsenz an einem Ort
- Gewisse Dauer
- Eindruck nach aussen, als halte sich die Person an diesem Ort normalerweise oder meistens auf

Der gewöhnliche Aufenthalt bestimmt sich für jede natürliche Person separat. Er hängt weder von behördlichen Aufenthaltsbewilligungen noch von der Zustimmung oder von den Wohnsitz- oder Aufenthaltsverhältnissen anderer Personen ab. Er muss nicht notwendigerweise auf Freiwilligkeit oder Willensbeschluss beruhen. Urteilsunfähige (Minderjährige, Entmündigte, ...) begründen einen eigenen gewöhnlichen Aufenthalt.

Der gewöhnliche Aufenthalt kann unterbrochen oder zum Voraus begrenzt werden (Faustregel: 3 Monate).

Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt fallen meistens, aber nicht immer, zusammen.

Hat eine Person nirgends einen Wohnsitz, tritt der gewöhnliche Aufenthalt an dessen Stelle (Art. 20 II IPRG). So ist der gewöhnliche Aufenthalt eine wichtige Hilfsfunktion.

Falls eine Person weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat, fragt sich, ob hilfsweise auf den sog. Schlichten Aufenthalt (physische Präsenz ohne die für einen gewöhnlichen Aufenthalt erforderliche Dauer) abzustellen sei, da im IPRG diesbezüglich eine Lücke besteht.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes im IPRG gilt für alle IPRG Bestimmungen, unabhängig davon, ob sie Zuständigkeit, anwendbares Recht oder Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide betreffen. Verwenden aber ein ausländisches IPRG oder ein Staatsvertrag den Begriff, ist dieser im Sinne des ausländischen Rechts bzw. des Staatsvertrages auszulegen.

IV. Sitz und Niederlassung

Stellt das IPRG auf den Wohnsitz ab so meint es bei natürlichen Personen deren Wohnsitz i.S. des Art. 20 I lit. a und II IPRG und bezüglich Gesellschaften und juristischen Personen deren Sitz i.S. des Art. 21 II IPRG.

Während der Begriff „Sitz“ juristischen Personen und Gesellschaften vorbehalten ist, unterscheidet das IPRG zwischen der Niederlassung natürlicher Personen und derjenigen der Gesellschaften und juristischen Personen.

Eine **natürliche Person** hat ihre **Niederlassung** in dem Staat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet (Art. 20 I lit. c IPRG). Es geht um jede Aktivität, die eine Person um des Erwerbs willen entfaltet. Ort von dem aus die Geschäfte abgewickelt werden. Örtlicher Schwerpunkt der Tätigkeit und gewisse Dauer.

Eine **juristische Person** oder eine **Gesellschaft** i.S.v. Art. 150 IPRG hat ihre **Niederlassung** in dem Staat, in welchem sie ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung hat (Art. 21 III IPRG). Dieser Anknüpfungsbegriff im Vergleich zum Sitz erweitert sich also lediglich um die Zweigniederlassungen.

V. Staatsangehörigkeit

1. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Allgemeinen

Die Anknüpfung an die Nationalität bietet den Vorteil der Konstanz des anwendbaren Rechts. Dies bedeutet aber gleichzeitig Starrheit in der Anknüpfung. Auswanderungsländer setzen auf die Nationalität, Einwanderungsländer auf den Wohnsitz.

Anlass zur Abkehr vom Staatsangehörigkeitsprinzip gab die Gleichberechtigung von Mann und Frau, mit der es unvereinbar wurde, wie bis anhin bei gemischt-nationalen Ehen oder Familien auf die Staatsangehörigkeit des Mannes oder Vaters abzustellen. Ferner wirft das Nationalitätsprinzip erhebliche praktische Probleme im Zusammenhang mit der Feststellung der Staatsangehörigkeit, mit Doppelstaatlern, mit Staatenlosen und Flüchtlingen auf. Schliesslich führt die Anknüpfung an die Nationalität bei wachsendem ausländischem Bevölkerungsanteil zu vermehrter Anwendung fremden Rechts, was die Gerichte zunehmend als Belastung empfinden. Das Domizilprinzip hingegen bringt, weil die Gerichtszuständigkeit regelmässig einen Wohnsitz mindestens der einen Partei in diesem Staat voraussetzt, relativ häufiger eigenes Recht zu Anwendung.

Das IPRG knüpft zumeist nur hilfsweise subsidiär, bei Fehlen eines gemeinsamen Wohnsitzes (Art. 54 II, 61 II, 68 II, 82 II IPRG) oder alternativ, um ein bestimmtes Ergebnis zu begünstigen (Art. 44 II, 72 I, 77 II IPRG), an die Staatsangehörigkeit an. Ferner kann ein Heimatrecht (Art. 37 II, 52 II, 87 II, 90 II, 95 II & III IPRG) gewählt werden. Oft bringt auch die schweizerische Heimatzuständigkeit die Anwendung schweizerischen Heimatrechts mit sich (Art. 48 III, 61 IV, 91 II IPRG).

Das Nationalitätsprinzip spielt somit im IPR des Personen-, Familien- und Erbrechts eine untergeordnete, im Übrigen schweizerische IPRG überhaupt keine Rolle.

2. Feststellung der Staatsangehörigkeit

Jeder Staat bestimmt autonom, unter welchen VSS die Zugehörigkeit zu ihm entsteht oder untergeht. Die Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person bestimmt sich nach dem Recht des Staates, zu dem die Staatsangehörigkeit in Frage steht (Art. 22 IPRG).

Dem Grundsatz, dass jeder Staat die Zugehörigkeit zu ihm selber abschliessend regelt, sind gewisse völkerrechtliche Schranken und die Berufung auf Rechtsmissbrauch vorbehalten. Unter diesen VSS können die anderen Staaten ausnahmsweise eine ausländische Staatsangehörigkeit anerkennen.

Ist die Beziehung einer Person zu ihrem Heimatstaat so gelockert, dass dies einer Staatenlosigkeit gleichkommt, behandelt Art. 24 I IPRG diese Person, wie wenn sie staatenlos wäre. Z.B. Personen die nicht gem. Art. 24 II als Flüchtlinge anerkannt sind, im Heimatstaat aber faktisch keinen Rechtsschutz mehr geniessen. Das IPRG will dem Richter die Beachtung

einer nur formal auf dem Papier bestehenden Staatsangehörigkeit nicht vorschreiben, sondern diesfalls die Anwendung des Wohnsitzrechtes ermöglichen (Art. 24 III IPRG).

3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

Für die Frage des anwendbaren Rechts bestimmt Art. 23 II IPRG: Besitzt eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten, so ist, soweit diese Gesetz nichts anderes vorsieht, für die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Angehörigkeit zu dem Staat massgebend, mit dem die Person am engsten verbunden ist. Dabei sind die gesamten Umstände, die auf den engsten Zusammenhang hinweisen → Grundsatz der effektiven oder vorherrschenden Staatsangehörigkeit.

Für die direkte Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte bestimmt Art. 23 I, dass für Schweizer mit einer zusätzlichen Staatsangehörigkeit ausschliesslich die schweizerische Staatsangehörigkeit massgebend ist.

Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in der Schweiz ist Art. 23 III IPRG massgebend: Ist die Staatsangehörigkeit einer Person VSS für die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung in der Schweiz, so genügt die Beachtung einer ihrer Staatsangehörigkeiten. Somit wird die Anerkennung von im Ausland erworbenen Rechtspositionen erleichtert und sog. Hinkende Rechtsverhältnisse werden vermieden (Bsp. S. 108).

4. Staatenlose und Flüchtlinge

Stellt eine Regel des IPRG auf die Staatsangehörigkeit natürlicher Personen ab, und handelt es sich dabei um Staatenlose oder Flüchtlinge, so gilt gem. Art. 24 III IPRG der Wohnsitz an Stelle der Staatsangehörigkeit. Die Flüchtlinge werden dadurch besser gestellt, dass das Recht des Heimatstaates, aus dem sie ja fliehen mussten oder in dem sie keine Zuflucht fanden, nicht angewendet wird. (Beispielsweise entfällt die Anwendung gemeinsamen Heimatrechts nach Art. 61 II IPRG bei der Ehescheidung, wenn auch nur einer der Ehegatten staatenlos oder Flüchtling ist.). Dies führt aber auch dazu, dass dort wo die Möglichkeit der Rechtswahl des Heimatrechts besteht, diese nicht ausgeübt werden kann.

Als staatenlos gilt eine Person, welcher diese Eigenschaften gemäss dem NY-Übereinkommen zukommt oder wenn die Beziehung zum Heimatstaat so gelockert ist, dass dies einer Staatenlosigkeit gleichkommt (Art. 24 I IPRG).

Der Zivilrichter hat die Flüchtlingseigenschaft selbständig, mit Rücksicht auf die Funktion dieser IPRG-Bestimmung (v.a. Unzumutbarkeit, die Heimatgerichte anzurufen) anzuwenden. Hat die zuständige Behörde hingegen Asyl gewährt, bindet diese Anerkennung als Flüchtling den Richter.

VI. Belegenheit

Die Anknüpfung an den Ort der belegenen Sache beruht auf starken, realistischen Argumenten und ist daher weltweit im IPR des Sachen- und (soweit es um Grundstücke geht) des Schuldrechts verbreitet. Im Bereich des Sachenrechts drängt sich die Anwendung des Lageort (lex rei sitae) auf, weil es dabei um absolute Rechte gegenüber jedermann geht und der Schutz dinglicher Rechte nur wirksam ist, wenn keinerlei andere Ansprüche an der Sache bestehen können, als die Rechtsordnung am Lageort zuerkennt. (So stellt sich auch nicht das Problem, dass ein auf ein anderes Recht gestütztes Urteil evtl. am Lageort gar nicht vollstreckbar wäre).

Vgl. Art. 58 I lit. d, 86 II, 88, 96 I lit b II & III, 97-108, 119 IPRG.

VII. Handlungsort

An den Ort einer rechtsgeschäftlichen, einer bereicherungsrechtlichen oder einer deliktischen Handlung knüpft verschiedentlich das IPR des Schuldrechts an.

IPR des Schuldvertragsrechts:

- Abschlussort
- Tatsächlicher Erfüllungsort

- Rechtlicher (d.h. vertraglich oder gesetzlich) bestimmter Erfüllungsort
- Zahlungsort

IPR der Bereicherungsrechts: Ort des Eintrittes der Bereicherung als subsidiärer Anknüpfungsort (Art. 128 II IPRG).

IPR des Deliktsrechts: Begehungsort (Handlungs- oder Erfolgsort)

VIII. Rechtswahl der Parteien

An den Willen der Parteien knüpft eine Kollisionsregel an, wenn sie die Rechtswahl den Parteien überlässt → sog. Subjektive Anknüpfung (alle anderen Anknüpfungen nennt man objektiv).

Mit der Wahl der Parteien will der Gesetzgeber diejenige Rechtsordnung zum Zuge kommen lassen, welche nach Auffassung der direkt betroffenen Privaten das nützlichste, gerechteste oder beste Recht ist. Damit wird auch dem Bedürfnis der Privaten nach Vorhersehbarkeit entgegengekommen. In den meisten Staaten besteht aber nur eine Rechtswahlmöglichkeit innerhalb des Schuldrechts. Das schweizerische IPRG geht weiter und lässt Rechtswahl auch bei Personen-, Ehegüter-, Erb-, Sachen-, Bereicherungs- und Deliktrecht zu. Ist aber ein ausländisches Gericht zuständig, wird dieses nach seinem IPR beurteilen, ob eine Rechtswahl zulässig und gültig ist. Daher ist es unerlässlich, mit der Rechtswahlklausel in einem Schuldvertrag auch eine Gerichtsstandsvereinbarung (Zuständigkeitsvereinbarung vgl. Art. 5 IPRG) zu verbinden.

Grundlage und VSS der Rechtswahl ist eine entsprechende gesetzliche oder richterliche Bestimmung des nationalen IPR (Staatsvertragsrecht vorbehalten). Das Recht, die anwendbare Rechtsordnung zu bezeichnen, steht den Privaten nur zu, soweit dies das positivrechtliche IPR ausdrücklich vorsieht.

Kollisionsrechtliche Rechtswahl und materiell-privatrechtliche Privatautonomie sind zu unterscheiden. Die privatrechtliche Parteiautonomie steht den Privaten im Rahmen einer nationalen Privatrechtsordnung offen, deren Anwendung bereits feststeht. Die kollisionsrechtliche Rechtswahl aber bezeichnet erst die überhaupt anwendbare Privatrechtsordnung. Im Gegensatz zur Privatautonomie des Privatrechts kann somit die Rechtswahl im IPR sogar zwingende Rechtsnormen (aller anderen Rechtsordnung ausser der gewählten, vorbehaltlich der Art. 17-19 IPRG) ausschalten.

Zulässigkeit, Form und Zustandekommen der Rechtswahl müssen somit von jedem nationalen IPR direkt oder indirekt, durch Verweisung auf eigenes oder fremdes Recht, geregelt werden. Sodann ist zu unterscheiden zwischen einseitiger Rechtswahl (Erklärung einer Partei genügt) und dem Rechtswahlvertrag (Verweisungsvertrag, Rechtswahlklausel).

Einseitig: 37 II, 87 II, 90 II, 95 II, 123 135 I, 139 I IPRG

Verweisungsvertrag: 52f., 95 II, 104, 116, 128 II, 132 IPRG

IX. Forum (Gerichtsort)

Die bequemste Anknüpfung erfolgt am Ort der zur Entscheidung zuständigen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde (lex fori). Bequem ist es für die Anwälte und Richter, unbequem für die betroffenen Privaten, welche auf die Anwendung eines anderen Rechts vertraut haben.

Verbreitet ist der sog. Grundsatz, dass Gerichte und Behörden das eigene Verfahrensrecht anwenden (prozessuale lex fori). Als Notlösung ersetzt eigene Recht zuweilen ein anderes an sich anwendbares Recht (lex fori als Ersatzrecht, Art. 16 II IPRG). Im Interesse des sog. Inneren Entscheidungseinklanges muss das IPR vereinzelt die materiellrechtlichen Wertungen der inländischen Rechtsordnung durchsetzen, obwohl auf den Sachverhalt normalerweise fremdes Recht anwendbar wäre (Art. 17&18 IPRG). Relativ unbedenklich sind diejenigen Kollisionsregeln mit direkter Verweisung auf die materielle lex fori, welche nur zum Zuge kommen, wenn die Gerichtszuständigkeit auf entsprechend eng und sachgerecht umschriebenen Kriterien beruht (Z.B. Art 61 I i.V.m. Art. 59 IPRG).

Die h. L. in Kontinentaleuropa lehnt im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Lehre, die Idee der Vorherrschaft der *lex fori* ab, weil das einheimische Recht eben gerade nicht für plurinationale Sachverhalt geschaffen worden ist. Die Auffassung der Richter habe auch in IPR-Fällen grundsätzlich einheimisches, nur ausnahmsweise ausländisches Recht anzuwenden, berücksichtigt einseitig die Optik des Richters und missachtet die Interessen der Privaten und der Wirtschaft daran, dass das mit dem plurinationalen Sachverhalt am engsten verknüpfte Recht angewandt wird. (Obwohl BGE 92 II 111 einen Fehltritt darstellt, der aber glücklicherweise folgenlos blieb.)

Auch der Hinweis darauf, der Richter sei mit dem einheimischen Recht vertraut und die Anwendung der *lex fori* gewährleiste daher qualitativ bessere Urteile, überzeugt nicht. Es sollte selbstverständlich Amtspflicht des Richters sein, sich gegebenenfalls ins ausländische Recht soweit einzuarbeiten, dass er keinen Fehlentscheid trifft. Im übrigen nützt den Parteien eine auch noch so hochkarätige Auslegung des einheimischen Rechts nichts, wenn der plurinationale Sachverhalt keinen oder nur geringen Bezug zur *lex fori* aufweist.

Von der Anknüpfung an die materielle *lex fori* zu unterscheiden ist die Tendenz der Praxis zum **sog. Heimwärtsstreben**. Es geht hierbei nicht um die Anwendung des Schweizerischen Rechts, weil ein schweizerisches Gericht zuständig ist. Mit dem Heimwärtsstreben wird die teils unbewusste **Tendenz** der Richter beschrieben, die **Kollisionsregeln** – gleichgültig, ob sie z.B. auf Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Staatsangehörigkeit abstellen, - **so auszulegen, dass diese im Ergebnis auf einheimisches Recht verweisen**. Dann wird schweizerisches Recht angewendet, nicht weil es *lex fori* ist, sondern weil das Auslegungsergebnis scheinbar zum schweizerischen Wohnsitz-, Aufenthalts- oder Heimatrecht führt. In diesem letzteren Fall sollte man, um eine klare Terminologie einzuhalten von einheimischem Recht, nicht von der materiellen *lex fori* sprechen.

§ 9 Übersicht über die hauptsächlichen Anknüpfungen im IPRG

Vgl. S. 116 - 122

§ 10 Qualifikation

I. Begriffliches

IPR-Kollisionsregeln sind auszulegen. Dabei gibt es neben den üblichen **Auslegungsgrundsätzen** noch **zusätzliche Gesichtspunkte** zu beachten:

1. dass es Ziel der Kollisionsregel ist, das für einen plurinationalen Sachverhalt adäquate Recht zu bezeichnen und
2. dass die Kollisionsregel zwar regelmässig einzelstaatliches Recht ist, aber eine überstaatliche Aufgabe zu erfüllen hat.

Innerhalb der Kollisionsregel sind v.a. der Verweisungs- und der Anknüpfungsbegriff auszulegen.

Probleme, die bei der Auslegung des Verweisungsbegriffes und bei der folgenden Subsumtion entstehen nennt man Qualifikationsprobleme. Ziel ist es, sowohl den richtigen Sinn des Verweisungsbegriffes zu ermitteln, als auch die gestellte Rechtsfrage bzw. die möglicherweise zur Anwendung berufene ausländische Gruppe von materiellen Rechtsätzen (Sachnormen) unter den Tatbestand der Kollisionsregel zu subsumieren.

Entstehen diese Probleme wegen der Verschiedenheit der auszulegenden Begriffe im in- und ausländischen Recht, spricht man von *Qualifikationskonflikt*.

Der Auslegungsvorgang selbst ist die Qualifikation.

Folge der abgeschlossenen Qualifikation ist die Abgrenzung der einzelnen Kollisionsregeln bzw. von deren Verweisungsbegriffen und damit die Umschreibung von deren sachlichen Anwendungsbereich.

II. Qualifikationsprobleme

Fallgruppen der Qualifikationsprobleme:

- **Systemunterschiede zwischen eigenem und fremdem materiellem Recht:** Die Kollisionsregel geht vom selben Klassifikationssystem wie das materielle Privatrecht des eigenen Staates aus. Vergleichbare Rechtsinstitute werden aber im ausländischen Recht möglicherweise in einem anderen Teil des Privatrechts geregelt.
- **Systemlücken des eigenen materiellen Rechts:** Einem Rechtsinstitut des ausländischen Rechts entspricht kein analoges Rechtsinstitut im eigenen Privatrecht; deshalb kennt das IPR auch keine ausdrückliche Kollisionsregel, ihm fehlt der Verweisungsbegriff. (z.B. Kaufehe)
- **Systemunterschiede zwischen eigenem materiellem Recht und eigenem IPR:** Eine IPR-Kollisionsregel erfasst ein Rechtsinstitut unter einem anderen Systembegriff (Verweisungsbegriff), als dies das eigene Privatrecht tut. (z.B. Gesellschaft in Art. 150 IPRG geht weiter als im OR).
- **Verwendung sehr weiter Verweisungsbegriffe**

3 Fragen, die sich der Rechtsanwender vor einem Qualifikationsproblem zu stellen hat:

1. An welche Art von Sachnormen hat der inländische IPR-Gesetzgeber gedacht?
2. Welcher Art ist die von dem ausländischen Recht, das von der inländischen Kollisionsnorm berufen ist, bereitgestellte Sachnorm?
3. Ist die gegebene ausländische Sachnorm unter den von der inländischen Kollisionsnorm gebrauchten Begriff zu bringen?

III. Lösung der Qualifikationsprobleme

Alte Methoden zur Lösung:

- *Auslegung der Verweisungsbegriffe nach den Begriffen des eigenen, einheimischen Rechts (Qualifikation lege fori).*
Dafür spricht, dass die Kollisionsregel Teil des internen Rechts ist, zudem fehlen überstaatliche Rechtsbegriffe. Die Methode versagt aber, wenn es um dem einheimischen Privatrecht fremde Rechtsinstitute geht oder wenn das ausländische Recht ein Rechtsinstitut im Prozessrecht statt im materiellen Recht Regelt.
- *Auslegung der Verweisungsbegriffe nach demjenigen Recht, auf welches die Kollisionsregel verweist (Qualifikation lege causae), d.h. nach derjenigen Rechtsordnung, welche für das Rechtsverhältnis insgesamt anwendbar ist. Z.B. Art. 22 I IPRG.*
Vorwurf des Zirkelschlusses: solange die Anwendbarkeit eines Rechts noch nicht feststehe, sei es unlogisch, zur Auslegung der Kollisionsregel bereits die Begriffe dieser nur möglicherweise anwendbaren Rechtsordnung heranzuziehen. Der Einwand übersieht aber, dass die Kollisionsregel ihrem Zweck nach durchaus für die Auslegung des von ihr selbst verwendeten Verweisungsbegriffes auf ausländisches Recht verweisen kann. Die Qualifikation lege causae führt jedoch häufig zu Normwidersprüchen oder zu Normmängeln.
- *Autonome, rechtsvergleichende Qualifikation.*
Gedanke von Rabel es könnten auf rechtsvergleichender Basis international gültige allgemeine Rechtsbegriffe geschaffen werden. Methode konnte sich in der Praxis nicht durchsetzen. Direkt anwendbar ist sie nur auf in Staatsverträgen enthaltene Kollisionsregeln. Wenig praktikabel wäre der Einbezug der Rechtsvergleichung mit allen, selbst den vom konkreten Sachverhalt nicht berührten staatlichen Rechtsordnungen.

Heute geht die h.L. davon aus, dass es keine allgemeine Lösung des Qualifikationsproblems und damit auch keine diesbezügliche einheitliche Methode gibt. Es ist im Einzelfall die dem Zweck und der Funktion der Kollisionsregel adäquate Qualifikation vorzunehmen.

Insgesamt betont die moderne Lehre, wie wichtig die *teleologische Betrachtungsweise* und die Qualifikation aufgrund eines *Funktionsvergleiches* sind. Gemeint ist damit der Vergleich

der in- und ausländischen Rechtssätze und –institute nach der von diesen in ihren Rechtssystemen zu erfüllenden Funktion.

Die von Schnitzer entwickelte Lehre von der *Qualifikation ersten und zweiten Grades unterscheidet* zwei Stadien. Die Qualifikation ersten Grades ist erforderlich, bis das anzuwendende Recht feststeht, diejenige zweiten Grades erfolgt von diesem Zeitpunkt an. Im ersten Stadium hat die Rechtsordnung der den behandelnden Stelle die Begriffsanwendung zu ordnen. Sie kann dabei den einheimischen Begriff anwenden, einen besonderen Begriff für den internationalen Tatbestand verwenden oder den Begriff einem fremden Recht entnehmen. Die Qualifikation zweiten Grades entnimmt die Begriffe dem anzuwendenden Recht.

Neuhaus definiert die Qualifikation ersten Grades als Subsumtion unter den Tatbestand der Kollisionsregel des Forums und diejenige zweiten Grades als Subsumtion unter diejenige Rechtsordnung, welche durch diese Kollisionsregel für anwendbar erklärt wird.

Die heute herrschende Lehre weicht von Schitzer und Neuhaus dadurch ab, als sie die Qualifikation in der zweiten Stufe nicht der *lex causae* überlassen (das wäre eine offene Verweisung) will. Vielmehr sei die Verweisung durch die Kollisionsregel kanalisiert, d.h. die Verweisung auf ausländisches Recht beschränke sich auf jenen Rahmen des fremden Rechtes, der vom Zwecke der eigenen Verweisungsnorm und den von ihr geschützten kollisionsrechtlichen Interessen vorgezeichnet ist. Genau so wenig wie die Qualifikation *lege fori* darf auch die Qualifikation *lege causae* nicht generell vorherrsche.

IV. Die Qualifikation im schweizerischen Recht

Das IPRG nimmt nicht generell zu Qualifikationsfragen Stellung.

Aus IPRG 13 kann einzig allgemein abgeleitet werden, dass es im Rahmen des anwendbaren ausländischen Rechts nicht allein darauf ankommen kann, dass die einschlägigen Rechtssätze innerhalb der ausländischen Rechtsordnung systematisch anders eingeordnet sind oder als öffentlichrechtliche Normen angesehen werden. Im BT versucht der Gesetzgeber Qualifikationskonflikte zu vermeiden, indem er die Verweisungsbegriffe sorgfältig formuliert oder definiert.

Soweit ausländisches Kollisionsrecht zu beachten ist (Art. 14 IPRG), hat der schweizerische Richter die Qualifikation im Rahmen des ausländischen IPR gleich vorzunehmen wie der ausländische Richter (also gem. Rspr. & Lehre des ausländischen IPR).

IPR & IZPR: Um positive oder negative Konflikte zwischen den Normen des IPRG auf den drei Ebenen Zuständigkeit, Rechtsanwendung und Vollstreckung zu vermeiden, sollte wenn immer möglich eine einheitliche Begriffsbestimmung angestrebt werden.

Wo eine Qualifikation der IPR-Kollisionsregel den Verweisungsbegriff einengt, sollte gem. Schwander das schweizerische Gericht auch im Rahmen der Bestimmung seiner Entscheidungszuständigkeit darauf Rücksicht nehmen. Für die Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln kann es gem. Schwander hingegen nicht auf die Qualifikation im ausländischen Entscheid ankommen; vielmehr hat das Schweizer Exequaturgericht die „Verweisungsbegriffe“ in den Vollstreckungsbestimmungen gleich wie in den Regeln über die direkte Zuständigkeit zu verstehen, d.h. prinzipiell *lege fori*. Die angesprochene Problematik muss jedoch bezüglich jeder Materie im BT näher untersucht werden.

Verweisungsbegriffe in Staatsverträgen sind unabhängig vom nationalen Recht zu qualifizieren, da sie als vereinheitlichte Kollisionsregeln vertragsautonom sind.

In der Schweiz und in der ausländischen Rechtsprechung herrscht die Qualifikation *lege fori* vor.

§ 11 Häufung und Spaltung der Anknüpfungen; Teilfragen; Sonderanknüpfungen

I. Übersicht

Es werden die Differenzierungen der Kollisionsregeln bezüglich der Anknüpfungsbegriffe (Häufung & Spaltung) und bezüglich der Verweisungsbegriffe (Teilfragen) einander gegenübergestellt. In beiden Kategorien von Weiterentwicklungen und Verfeinerungen der Kollisionsregeln stecken rechtspolitische Erwägungen, die zu neuen Sonderanknüpfungen führen.

II. Häufung und Spaltung der Anknüpfung

Oft stellt eine Kollisionsregel auf eine Mehrzahl von Anknüpfungsbegriffen ab, die in unterschiedlicher Weise miteinander verbunden werden. Diese Kombinationen von Anknüpfungsmomenten bewirken zumeist eine Erweiterung.

- **Kombinierte Anknüpfung:** Einengung, denn eine Rechtsordnung wird nur dann als massgeblich bezeichnet, wenn zugleich mehrere Anknüpfungsbegriffe auf diese eine staatliche Rechtsordnung hinweisen. (z.B. Art. 61 II IPRG).
- **Alternative Anknüpfung:** Erweiterung. Der Richter hat sich zwischen zwei oder mehreren Rechtsordnungen zu entscheiden, auf welche mehrere gleichrangige Anknüpfungsbegriffe hinweisen. Er sucht dabei das von der Kollisionsregel begünstigte Ergebnis. (z.B. 44 I&II, 56, 72 I, 93 I, 124 I&II, 141 IPRG)
- **Subsidiäre Anknüpfung:** Erweiterung. Notwendig, wenn die Hauptanknüpfung (primäre Anknüpfung) versagt, v.a. wenn sich der primäre Anknüpfungsbegriff nicht realisiert hat oder nicht feststellbar ist. Es folgt dann eine oder mehrere Ersatzanknüpfungen → sog. Stufenweise Anknüpfung, Kaskadenanknüpfung oder Anknüpfungsleiter. (Z.B. 54, 116, 117, 128, 154 IPRG)
- **Kumulative Anwendung:** Erweiterung. Die kumulative Anwendung mehrerer Rechtsordnungen auf dieselbe Rechtsfrage bewirkt entweder, dass die Rechtsfolgen aller Rechtsordnungen (bzw. die am weitesten gehende Rechtsfolge, die eine Rechtsordnung vorsieht) eintritt, oder aber, dass nur diejenigen Rechtsfolgen eintreten, die nach allen von den kumulierten Anknüpfungsbegriffen bezeichneten Rechtsordnungen begründet sind. (Z.B. 102 III, 123, 136 I IPRG)
- **Distributive (gekoppelte) Anknüpfung, Koppelung oder unechte Kumulation:** Erweiterung. Liegt vor, wenn mehrer VSS ein und derselben Rechtsfolge nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt werden.
- **Akzessorische Anknüpfung:** Erweiterung. Unterstellung eines Rechtsverhältnisses unter eine Rechtsordnung, die bereits für ein anderes übergeordnetes Rechtsverhältnis massgeblich ist. Damit wird die Anwendung eines anderen Rechts für diese Teilfrage ausgeschlossen. (z.B. 34 II, 63 II, 64 II IPRG)
- **Relative Anknüpfung:** Erweiterung. Zum Schutz von Verkehrsinteressen bezüglich ein und desselben Rechtsverhältnisses gelten unterschiedliche Anknüpfungsbegriffe für das Innen- und Aussenverhältnis. (z.B. 53-55, 57; 35, 36; 126 I, 126 II-IV IPRG)
- **Spaltung oder Zerlegung der Anknüpfungen:** Erweiterung. Für die einzelnen Stadien oder Aspekte eines Lebensverhältnisses sind, gestützt auf mehrere Kollisionsregeln, verschiedene Rechtsordnungen anwendbar. (z.B. 44, 48, 52ff, 61 IPRG)

III. Teilfragen

Mit dem Verweisungsbegriff umschreibt die Kollisionsregel den von ihr erfassten Lebenssachverhalt in Hinsicht auf die gestellte Rechtsfrage und definiert damit grob ihren eigenen sachlichen Anwendungsbereich. Verweisungsbegriffe sind meist zu weit definiert und weil sie sich auch auf fremde Rechtsordnungen beziehen auslegungsbedürftig (Problem der Qualifikation). Durch Abspaltung einzelner Teilfragen und deren Charakterisierung durch einen engeren Sammelbegriff entstehen neue Verweisungsbegriffe; weist man diesen einen anderen für sei bestimmten Anknüpfungsbegriff zu entsteht eine neue Kollisionsregel.

Gesetzgeber: Frage, ob er in einem bestimmten Lebens- und Rechtsbereich für alle Tatbestandsgruppen nur eine einzige Kollisionsregel bilden oder ob er einzelne Tatbestandsgruppen anders bewerten und für diese separate Kollisionsregeln schaffen soll.

Der *Richter* hat sich dieselbe Frage zu stellen, wenn er für ein mehr oder weniger umfassendes Gebiet, das im IPRG nicht geregelt ist, Kollisionsregeln entwickeln muss.

Der Teil der Lehre spricht nur dann von Teilfragen, wenn es sich zwar *begrifflich um einen abspaltbaren, aber rechtlich unselbständigen Teil eines Rechtsinstitutes* oder einer Rechtsfrage handelt. Gem. Schwander ist diese *Einengung zu streng*.

Einige Teilfragen werden vom Gesetz *ausdrücklich* mit einer eigenen Kollisionsregel geordnet z.B. Art. 53, 56, 123-125 IPRG.

Geht man statt vom zu beurteilenden Sachverhalt von den *abstrakten Rechtsfragen* aus, die sich aus dem Lebenssachverhalt und den von ihm berührten in- und ausländischen Rechtsordnungen ergeben, versteht sich von selbst, dass die Rechtsfrage im ersten Stadium weit und im Verlaufe der näheren Beschäftigung immer enger formuliert werden muss.

Selbst wenn das Gericht eine feststehende gesetzliche oder richterliche Kollisionsregel handhabt, kann es sich ergeben, dass die im Verweisungsbegriff umschriebene Rechtsfrage zu allgemein gehalten ist und daher von dieser Hauptfrage Teilfragen abgespalten werden müssen. Es stellt sich für das Gericht die Frage, ob es in einengender Auslegung der Kollisionsregel eine Lücke feststellen und mit einer neuen Kollisionsregel für die abgespaltene Teilfrage füllen soll. Frage, ob der Sachverhalt nicht dem Hauptstatut, sondern einem Teil- oder Sonderstatut unterstellt werden soll.

IV. Sonderanknüpfungen

Grenzt das Gericht eine Teilfrage vom herkömmlichen Verweisungsbegriff einer Kollisionsregel ab und unterstellt es sie aufgrund eines abweichenden Anknüpfungskriteriums einem anderen Recht, schafft es eine Sonderanknüpfung.

Terminologie: Von Haupt- oder Teilfrage spricht man, wenn die gestellte Rechtsfrage Ausgangspunkt für die Bildung der neuen Kollisionsregel war. Wer von Spaltung spricht, denkt entweder an die Zergliederung eines Rechtsverhältnisses und die Unterstellung der einzelnen Glieder unter verschiedene Rechtsordnungen oder aber an bereits anerkannte Sonderanknüpfungen.

Spaltung setzt etwas voraus, von dem abgespalten werden kann; die Teilfrage setzt eine Hauptfrage voraus, eine Sonderanknüpfung eine Hauptanknüpfung. Was Hauptfrage oder Hauptanknüpfung ist bestimmt das gesetzlich oder richterlich feststehende IPR.

2 Generelle Argumente gegen neue Sonderanknüpfungen:

- Die Sonderanknüpfung zerreiht die Rechtsinstitute
Aber: nationale Rechtsinstitute sind keine kritiklos hinzunehmenden, naturgegebenen Größen. Es ist möglich, dass sie unter rein juristischen Gesichtspunkten etwas zerreißen, was in sozialer und wirtschaftlicher Realität zusammengehört. Das IPR soll dann mit Hilfe der Sonderanknüpfung wieder das zusammenfügen, was Rechtsinstitute auseinandergerissen haben.
- Sie ist positivrechtlich unzulässig, weil das Gesetz oder bestehendes Richterrecht sie verbieten.
Aber: dieser Einwand ist nur zulässig, wenn eine Kollisionsregel den Sachverhalt unzweifelhaft, vollständig und unter allen Gesichtspunkten erfasst. Dies ist aber eine Auslegungsfrage und die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung sind bekanntlich fließen.

Mit dem Laufe der Zeit werden Kollisionsregeln des IPRG als zu undifferenziert angesehen. Das IPRG anerkennt Sonderanknüpfungen in Art. 115, 18 & 19. Da die richtige Handhabung

des IPRG auch die Bildung neuer Sonderanknüpfungen erfordern kann, hat sie der Richter von Amtes wegen zu erwägen.

Jede Verfeinerung, Konkretisierung und Weiterentwicklung der herkömmlichen Kollisionsregeln, welche als Teilregel formulierbar ist und dem kollisionsrechtlichen Ideal des noch engeren Zusammenhanges verpflichtet ist, ist eine Sonderanknüpfung im weiteren Sinne. Dabei werden die verschiedenen Anknüpfungsargumente gegeneinander frei abgewogen. *Sonderanknüpfungen sind das dynamische Element im Kollisionsrecht* und treiben zu weiterer Differenzierung und Verfeinerung der Verweisungsbegriffe und der Anknüpfungskriterien zur besseren Anknüpfung.

Sonderanknüpfungen:

- **Abspaltung einer Teilfrage von einer Hauptfrage**
- **Spezielle Anknüpfung einzelner Rechtssätze** oder kleinerer Gruppen von Rechtssätzen, die einer Rechtsordnung angehören, welche nach unserer Kollisionsregel nicht anwendbar wäre. V.a. Sonderanknüpfung eigenen zwingenden und fremden zwingenden Rechts.
- **Freie Abwägung des Richters, wenn sich mehrere Kollisionsregeln in ihrem Anwendungsbereich überschneiden** (der Richter muss dann eine Auswahl zwischen den Verweisungsbegriffen treffen) **oder wenn sich der Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses im Einzelfall atypisch in einer Weise verschoben hat**, dass eine andere Anknüpfung an diesem besonderen Schwerpunkt stattfinden muss (Prinzip des engsten Zusammenhangs)

Ein spezielles Auslegungsproblem im Sinne einer Überschneidung zweier Kollisionsregeln stellt sich unter dem Gesichtspunkt Gesamtstatut oder Einzelstatut bzw. Vermögenseinheit oder Vermögensspaltung. Es geht dabei um die rechtliche Zuordnung einer Sache entweder nach dem Gesamtstatut (d.h. dem Recht, das auf die Vermögensmasse insgesamt anwendbar ist, wie z.B. eheliches Vermögen) oder nach dem Einzelstatut (wie Sachstatut der einzelnen in Frage stehenden Sache, *lex rei sitae*). Im allgemeinen favorisiert das IPRG die Anwendung des Gesamtstatuts.

§ 12 Berücksichtigung des ausländischen IPR; Renvoi (Rück- und Weiterverweisung)

I. Renvoi (Rück- und Weiterverweisung)

1. Begriffliches

Die Haltung des ausländische IPR, das entweder auf das Recht des Ausgangsstaates zurück- oder auf das Recht eines dritten Staates weiterverweist, nennt man Rück- oder Weiterverweisung. Der Oberbegriff heisst Renvoi.

*Will eine IPR-Kollisionsregel, dass unmittelbar die einschlägigen materiellen Rechtssätze (sog. Sachnormen) der als massgeblich bezeichneten Rechtsordnung abgewendet werden, handelt es sich um eine **Sachnormverweisung**. Damit wird die Beachtung einer Rück- oder Weiterverweisung ausgeschlossen. Verweist die IPR-Kollisionsregel hingegen auf die ausländische Rechtsordnung als Ganzes, inklusive deren IPR, spricht man von **Gesamtverweisung** (oder **Kollisionsnormverweisung**), mit der Folge, dass eine allfällige Rück- oder Weiterverweisung zu beachten ist.*

Die Beurteilung, ob eine Kollisionsregel als Sachnorm- oder Gesamtverweisung zu verstehen ist, stellt eine besondere Auslegungsfrage dar, die nach dem System derjenigen Rechtsordnung zu beantworten ist, welcher die Kollisionsregel angehört.

Bisher ging die h.L. davon aus, dass jede Rückverweisung als Sachnormverweisung auf schweizerisches Recht zu verstehen ist.

Aus Sicht des schweizerischen IPR (A) kann man von Weiterverweisung nur sprechen, wenn sich unsere Kollisionsregel als Gesamtverweisung versteht. Verweist das IOR der von

unserer Kollisionsregel als massgeblich bezeichneten ausländischen Rechtsordnung (B) im Sinne einer Sachnormverweisung auf eine dritte Rechtsordnung (C), haben wir deren Sachnorm anzuwenden.

Verweist hingegen die von unserer Kollisionsregel (A) bezeichnete ausländische Rechtsordnung (B) mit ihrem IPR als Gesamtverweisung auf eine andere ausländische Rechtsordnung (C), haben wir nach dem Sinn der Kollisionsregel dieses anderen ausländischen Staates (C) zu fragen. Ist die Verweisung des Kollisionsrechts von C eine Sachnormverweisung endet die Weiterverweisung mit der Anwendung des zuletzt bezeichneten Rechts. Nach h.L. wäre aber auch jede Gesamtverweisung der zweiten ausländischen Rechtsordnung zurück auf A oder B als Sachnormverweisung zu interpretieren. Nur eine Gesamtverweisung auf die dritte ausländische Rechtsordnung (D) wäre dann von uns als weitere Gesamtverweisung anzusehen, mit der Möglichkeit einer zusätzlichen Weiterverweisung oder Rückverweisung auf A, B, oder C. Vgl. Grafiken S. 148ff.

2. Der Lehrmeinungsstreit (bzgl. Renvoi)

Befürworter nennen folgende Vorteile der Beachtung einer Rück- oder Weiterverweisung:

1. Übereinstimmende Beurteilung eines Sachverhalt nach den Sachnormen derselben Rechtsordnung, unabhängig davon, welcher Staat zur Entscheidung zuständig ist. Dieser natürliche Entscheidungseinklang tritt aber nur ein, wenn die eine Rechtsordnung eine Gesamtnormverweisung und die andere eine Sachnormverweisung ausspricht. Stehen sich zwei Sachnormverweisungen (positiver Konflikt) oder zwei Gesamtverweisungen (negativer Konflikt) gegenüber, hat das IPR des Forums einen Entscheid zu fällen, der zwangsläufig den Entscheidungseinklang verfehlt.
2. Das legitime Heimwärtsstreben, ist auch aus einer übernationalen Gesichtspunkt der Anwendung lex fori gerechtfertigt.
3. Postulat der Beachtung von Rück- und Weiterverweisungen aus dem anerkannten Axiom, dass wir das anwendbare Recht möglichst genau so auslegen und handhaben sollen, wie dies der ausländische Richter täte. Die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung, obwohl die sich selbst nicht als zuständig erachtet entbehrt einer politischen Rechtfertigung.
4. Mit Hilfe des Renvoi kann auch besonderen Fallkonstellationen oder Ausnahmesituationen Rechnung getragen werden. So etwa beim Statutenwechsel, v.a. wenn sich die Parteien aufgrund einer Kollisionsregel eines anderen Staates auf die Anwendung einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung verlassen hatten.

Gegner des Renvoi:

Verweisung unseres IPR auf eine ausländische Rechtsordnung ist als Sachnormverweisung zu verstehen, weil zu jener nach unserem Verständnis der engste Zusammenhang des Sachverhalt besteht.

Diese Argumentation beruht aber auf einem Zirkelschluss. Sie übersieht, dass gerade der Widerspruch des ausländischen IPR die Effektivität und jedenfalls dort, wo es um die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen und die Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen geht, auch die Überzeugungskraft des von uns verwendeten Anknüpfungskriteriums in Frage stellt und somit nach einer erneuten, korrigierenden kollisionsrechtlichen Erwägung des engsten Zusammenhanges ruft.

Richtigerweise diskutiert die **neure Lehre** in den letzten Jahrzehnten Vor- und Nachteile einer Beachtung des Renvoi bezüglich der einzelnen Kollisionsregeln nach Praktikabilitätsabwägungen. Eine völlige Ablehnung des Renvoi ist nicht begründbar, seine Beachtung in jedem Fall praktisch undurchführbar. Jede einzelne Kollisionsregel muss ausgelegt werden und die kollisionsrechtlichen Interessen müssen bewertet werden.

3. Die Regelung des Renvoi im IPRG

Art. 14 I IPRG: Sieht das anwendbare Recht eine Rückverweisung auf das schweizerische Recht oder eine Weiterverweisung auf ein anderes ausländisches Recht vor, so ist sie zu beachten, wenn dieses Gesetz sie vorsieht.

Dies bestätigt die neuere Lehre, wonach der Renvoi nicht generell ausgeschlossen, aber auch nicht schematisch zu handhaben ist. Unter Gesetz ist dabei nicht nur der Wortlaut des Gesetzes zu verstehen, sondern auch dessen Sinn, wie er sich unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente ergibt. Ergibt die Auslegung einer Kollisionsregel im BT des IPRG, dass sie ihrem Sinn und Zweck nach eine Gesamtverweisung ausspricht, dann ist dieser Auslegung selbst dann zu folgen, wenn sie nicht schon dem blossen Wortlaut zu entnehmen ist. Art. 14 I IPRG fordert nicht, dass das Gesetz den Renvoi ausdrücklich vorsehen muss, daher ist die Auslegung nötig.

Von Bedeutung ist auch die **systematische Stellung** von Art. 14 IPRG. Art. 13 IPRG verlangt, ausländisches Recht so anzuwenden, wie es im Ausland gehandhabt wird, was eher für eine Gesamtverweisung spricht. Und in Art. 15 I IPRG ist nach einem noch engeren Zusammenhang zu suchen, welcher ausnahmsweise zu einer anderen Anknüpfung (Sonderanknüpfung i.w.S. führen kann. Ein Element, das einen noch engeren Zusammenhang herzustellen vermag, kann der Umstand sein, dass die von unserer Kollisionsregel bezeichnete ausländische Rechtsordnung nach ihrem IPR selbst nicht die Anwendung verlangt, sondern zurück- oder weiterverweist; vor allem dann wenn damit Entscheidungseinklang herbeigeführt oder besonderen Situationen Rechnung getragen werden soll. → Im Kontext mit Art. 13 und 15 IPRG kann in Art. 14 I IPRG kein grundsätzliches Renvoiverbot gesehen werden, sondern eher dass das Gesetz die Beachtung der Rück- oder Weiterverweisung vorschreibt.

Die **teleologische Auslegung** des Art. 14 I kann kein generelles Verbot des Renvoi begründen. Wie die h.L. gezeigt hat, ist die Beachtung einer Rück- oder Weiterverweisung allgemein sinnvoll. Auch der Grundsatz des engsten Zusammenhangs kann dem nicht widersprechen, denn selbst wenn eine Kollisionsregel dem Grundsatz des engsten Zusammenhangs folgt, schliesst sie damit den Renvoi noch nicht mit logischer Stringenz aus. Vielmehr wird der Zweck der Kollisionsregel möglicherweise mit der Beachtung des Renvoi zur Vermeidung eines negativen Konflikts besser erreicht.

Art. 14 II IPRG: In Fragen des Personen- oder Familienstandes ist die Rückverweisung auf das schweizerische Recht zu beachten.

Diese Bestimmung wird allgemein als Ausschluss der Weiterverweisung und als Befehl zur Beachtung der Rückverweisung verstanden.

Mit **internationalen Übereinkommen** vereinheitlichte Kollisionsregeln sind regelmässig als Sachnormverweisungen zu verstehen. Denn die Übereinkommen wollen die Anwendung der nationalen Anknüpfung ausschliessen, so dass es sinnwidrig wäre, über den Renvoi dann doch das nationale IPR der anwendbaren Rechtsordnung ins Spiel zu bringen.

Eine **Rechtswahl der Parteien** bezieht sich gem. h.L. und Rspr. auf Sachnormen und nicht auf das IPR der gewählten Rechtsordnung. Dasselbe gilt für die im Gesetz vorgesehenen **einseitigen Rechtswahlerklärungen**. Es kann aber durch Auslegung bei der freien Rechtswahl ermittelt werden, ob ausnahmsweise der Renvoi in der Rechtswahl mit eingeschlossen ist. Werden vom Gesetz aber nur eine bestimmte Anzahl von Rechtsordnungen zugelassen, so schliesst das den Einbezug des Renvoi aus.

Die Lehre hat allgemein nur wenige Gesichtspunkte gebildet anhand derer sich der Richter orientieren kann. Für die Beachtung des Renvoi spricht die Entscheidungsharmonie. Bei alternativer Anknüpfung ist die Rück- oder Weiterverweisung aber meist nicht gerechtfertigt, ausser sie führt zur Anwendung des von der Kollisionsregel begünstigten Ergebnisses. Verallgemeinernd kann gesagt werden, dass ein Renvoi in den meisten Staaten im Personen-, Familien- und Erbrecht und teils im Sachenrecht eher zugelassen, im

Schuldrecht zumeist ausgeschlossen wird. Dies ist aber nur eine Tendenz und keine konkrete Auslegungshilfe.

Es gilt das Prinzip fremdes Recht möglichst genau so anzuwenden, wie es im betreffenden Ausland ausgelegt wird. Deshalb sind bei Anwendung des fremden IPR nicht nur dessen reguläre Kollisionsregeln zu beachten, sondern auch die Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im ausländischen IPR. Daher sind auch die sog. Versteckten Rückverweisungen zu beachten. Des kommt also oft auf die Auslegung im Zusammenhang mit dem aus der Zuständigkeitsbestimmung resultierenden Sinn an. V.a. im Verhältnis zum anglo-amerikanischen Rechtskreis stellen sich Probleme. Denn Rückverweisungen können auch die Folge einer von unserem IPR abweichenden Qualifikation im ausländischen IPR oder eines Staatsvertrages, dem der ausländische Staat, nicht aber die Schweiz angehört, sein.

II. Andere Arten der Beachtung des ausländischen IPR

1. Gegenseitigkeit und Vergeltung

Einige wenige Gesetzesbestimmungen machen die Anwendung der gewöhnlichen Kollisionsregel oder des normalerweise anwendbaren schweizerischen Rechts vom entsprechenden Inhalt des ausländischen IPR oder anderer ausländischer Rechtssätze in umgekehrt gelagerten Sachverhalte abhängig → sog. *Gegenseitigkeitsklausel* (Gegenrecht, Reziprozität). Vgl. Art. 166 I lit. c IPRG.

Dem schweizerischen Recht unbekannt sind hingegen sog. Vergeltungsklauseln (Retorsion). Diese bedeuten ausnahmsweise Nichtanwendung der ordentlichen Rechtsfolge, sofern das ausländische IPR nicht analog anknüpft.

Gegenseitigkeit und Vergeltung bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift und sind keine stillschweigende VSS unseres IPR (und auch keine generelle Ausnahme von der ordentlichen Anknüpfung). Der Richter ist nicht befugt von sich aus die Anwendung fremden Rechts vom Erfordernis der Gegenseitigkeit abhängig zu machen. (Denn obwohl Gegenseitigkeit gegen die Rechtspolitik des ausländischen Gesetzgebers gerichtet ist, trifft es am Ende immer die Privaten).

2. Selbstbeschränkung des ausländischen Rechts durch Sachnormen und Abgrenzungsnormen

Ausländisches IPR muss so ausgelegt werden, wie es ein Gericht dieses ausländischen Staates täte.

Zu beachten sind öffentlich- oder prozessrechtliche Abgrenzungsnormen in der an sich anwendbaren ausländischen Rechtsordnung, aus welchen ersichtlich ist, dass die ausländische Rechtsordnung gerade diese Fallgruppe von internationalen Sachverhalten doch nicht erfassen will.

3. Gänzliches Zurücktreten des schweizerischen IPRG vor ausländischem IPR

Der schweizerische Gesetzgeber hat bezüglich einzelner internationaler Sachverhalte bewusst im Sinne einer beabsichtigten Lücke zugunsten des ausländischen IPR auf eine Regelung verzichtet. So z.B. Art. 37 I und Art. 91 I IPRG.

Von gewöhnlichen Renvoi-Vorschriften unterscheiden sich diese beiden Bestimmungen gem. Schwander in Folgendem: Die Entscheidung, ob es zur Anwendung der Sachnormen des Wohnsitzrechts oder zur Anwendung eines anderen Rechts kommt, ist in dieser Konstruktion gänzlich dem ausländischen IPR, das der schweizerische Richter gleich zu handhaben hat wie der ausländische Richter, überlassen. Vorbehalten bleibt nur der *ordre public*. → *foreign court theory*.

4. Beachtung fremden Kollisionsrechts im Rahmen der Ausnahmeklausel

Einige Autoren wollen i.S.e. Ausnahme von der gewöhnlichen Anknüpfung ausländisches IPR berücksichtigen zum Schutz wohlverworbener Rechte oder zur Spezialisierung und

Korrektur zu allgemeiner oder zu starrer Kollisionsregeln. Im IPRG fallen diese Probleme unter Art. 15 (und nicht unter Art. 14).

5. Berücksichtigung fremden Kollisions- und Anerkennungsrechts in Anerkennungs- und Vollstreckungsbestimmungen

Soweit die Schweiz ausländische Urteile anerkennt und vollstreckt, lässt sie die von der Rechtsfindung des ausländischen Gerichts herrührenden Rechtsfolgen in der Schweiz wirksam werden. Indirekt wird damit auch die Entscheidung des ausländischen Gerichts über die Frage des anwendbaren Rechts und über den Renvoi durchgesetzt.

§ 13 Der Zeitfaktor im IPR

I. Übersicht

Das intertemporale Privatrecht grenzt den Anwendungsbericht mehrerer zeitlich nacheinander geltender Rechtsnormen oder Gesetze ab. Es arbeitet hauptsächlich mit Kollisionsregeln, mit Übergangsrecht und mit der sofortigen Anwendung einzelner zwingender Rechtsätze.

Der Zeitfaktor spielt im IPR eine Rolle wenn:

- Das (eigene oder fremde) IPR revidiert wird (Vgl. II)
- Das vom IPR bezeichnete (in- oder ausländische) materielle Recht ändert (vgl. III)
- Nach den IPR-Kollisionsregeln auf ein Rechtsverhältnis infolge tatsächlicher Änderung eines mobilen Anknüpfungskriteriums (wie Wohnsitzwechsel, Standortwechsel einer beweglichen Sache) eine andere Rechtsordnung als zuvor anwendbar wird (Sog. Statutenwechsel, vgl. IV)

II. Änderungen im IPR

1. Allgemeines

Werden Rechtssätze des IPR revidiert stellt sich die ITR-Frage: Welche der sich zeitlich aufeinander folgenden IPR-Kollisionsregeln ist anwendbar.

Den Anwendungsbereich der neuen Rechtssätze im Verhältnis zur bisher geltenden Regelung bestimmt das IPR-Gesetz i.d.R. ausdrücklich und selber. Haben weder Gesetz noch Rspr. eine Regel, haben sich die Richter an die Grundsätze zu halten, die im betreffenden Staat für das intertemporale Privatrecht ganz allgemein massgeblich sind. Dabei hat sich der Richter aber stets die besondere Aufgabe des IPR zu vergegenwärtigen.

I.d.R. enthalten auch die Staatsverträge, mit denen IPR-Kollisionsregeln vereinheitlicht werden, ausdrücklich intertemporal-rechtliche Normen. Fehlen solche, hat man sich an die einschlägigen, im VR allgemein anerkannten Grundsätze und die WVK zu halten, aber auch spezielle Gesichtspunkte zu beachten. Die Art. 196-199 IPRG dürfen für Staatsverträge nicht herangezogen werden (Art. 1 II IPRG).

2. Die intertemporalrechtlichen Bestimmungen im IPRG

Die einschlägige ITR-Kollisionsregel ist Art. 196 IPRG. Die rechtliche Wirkung von Sachverhalte oder Rechtsvorgängen, die vor dem 1.1. 1989 entstanden sind, beurteilen sich nach altem IPR. Sachverhalte oder Rechtsvorgänge, die vor dem 1.1.1989 entstanden sind, aber auf Dauer angelegt sind werden „geteilt“. Ihre rechtlichen Wirkungen bis zum 31.12.1988 beurteilen sich nach altem IPR und ihre Wirkungen ab diesem Zeitpunkt nach neuem IPR (Art. 196 II IPRG).

E contrario sagt 196, dass Entstehung und Wirkungen von Sachverhalte oder Rechtsvorgängen nach dem 1.1.1989 neuem IPR unterstehen.

Was unter „abgeschlossenen“ und was unter „auf Dauer angelegten Sachverhalte und Rechtsvorgängen“ zu verstehen ist regeln die Materialien nicht. Es ist daher auf Literatur und Rspr. abzustellen.

Da Art. 196 IPRG den Grundsatz der Nichtrückwirkung bestätigt, wie er sich ohnehin für das schweizerische Bundesprivatrecht aus Art. 1 SchlT ZGB ergibt, liegt es nahe, die in Art. 2-4 des SchlT festgehaltenen allgemeinen Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot auch im Rahmen des Art. 196 IPRG zu beachten. Dies gilt insbesondere für den ordre public und die wohlverworbenen Rechte.

Art. 196 findet ausschliesslich bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts (IPR-Regeln im eigentlichen Sinne) Anwendung, nicht aber bei zivilprozessrechtlichen Zuständigkeits- oder Anerkennungsbestimmungen.

Die Art. 197-199 IPRG enthalten spezielles Übergangsrecht. Sie beantworten einzig die Frage, wie zu entscheiden sei, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits ein Verfahren rechtshängig ist. (Art. 198 sagt, dass für am 1.1.1989 erstinstanzlich hängige Verfahren dasselbe gilt, wie für erst nach diesem Datum anhängig zu machende Verfahren, nämlich Art. 196 IPRG).

3. Änderungen im ausländischen IPR

Soweit auf fremdes IPR abgestellt wird, ist dieses grundsätzlich gleich anzuwenden, wie der ausländische Richter es tun würde, also mit den intertemporalen Regeln des ausländischen IPR. Soweit das ausländische Recht keine speziellen Regeln zum intertemporalen Verhältnis vom alten zum neuen IPR kennt, haben wir auf die allgemeinen Regeln des ausländischen intertemporalen Privatrechts abzustellen. Dabei darf den Besonderheiten des IPR im allgemeinen und dem Zweck der beteiligten (in- und ausländischen) Kollisionsregeln Rechnung getragen werden.

III. Änderungen in der anwendbaren Rechtsordnung

1. Änderungen im anwendbaren schweizerischen Recht

Es ist gestützt auf Art. 14 SchlT ZGB eine Lösung zu finden.

2. Änderungen im anwendbaren ausländischen Recht

Aus Art. 13 I IPRG leitet sich der selbstverständliche Grundsatz ab, dass die ausländische Rechtsordnung als lebendes Recht, die einzelnen ausländischen Rechtssätze somit in der nach ausländischem intertemporalem Recht massgeblichen Fassung anzuwenden sind.

Einschränkungen können sich aus Art. 16 II (Nichtfeststellbarkeit) und aus Art. 17 IPRG (ordre public) ergeben. Gem. Lehre gibt es zwei weitere Ausnahmen: nämlich beim Statutenwechsel, wenn das ausländische Recht in einem Zeitpunkt revidiert wurde, als der Sachverhalt bereits keine Beziehungen mehr zu dieser Rechtsordnung hatte und bei der Rechtswahl mit Versteinerungsklausel, mit welchen die Parteien die Anwendung künftigen Rechts ausschliessen wollen.

IV. Statutenwechsel

1. Das Problem des Statutenwechsels

Den Kollisionsregeln ist ein zeitliches Moment eigen, nämlich der Eintritt oder das Vorhandensein eines Anknüpfungskriteriums in einem bestimmten Zeitpunkt.

Einzelne Gesetzesbestimmungen regeln ausdrücklich den relevanten Zeitpunkt, in dem sich der Anknüpfungsbegriff verwirklicht haben muss (so Art. 69 I und 100 I IPRG). Anderen Kollisionsregeln lässt sich der Zeitpunkt leicht durch Auslegung entnehmen (z.B. Art. 90 I Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes). Wiederum andere Kollisionsregeln werfen hingegen schwierige Auslegungsprobleme auf (z.B. Art. 48 I und 61 I i.V.m. 59 IPRG → Wohnsitz im Zeitpunkt der Klage oder des Urteils?).

Die im Kollisionsrecht verwendeten Anknüpfungsbegriffe sind entweder wandelbar (mobile Anknüpfungsbegriffe wie Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt oder Lageort einer beweglichen Sache z.B. 35 I, 82 I, 100 II IPRG) oder unwandelbar (Lageort der Grundstücke, der Handlungs- oder Deliktort einer einmaligen Handlung sowie alle Anknüpfungen, die das Gesetz auf einen bestimmten Zeitpunkt fixiert, wie Art. 69 I vorbehaltlich II, 90 I, 100 I 133 IPRG).

Knüpft das IPR mit mobilen Anknüpfungsbegriffen an, ohne diese auf einen bestimmten, einmaligen Zeitpunkt zu fixieren, entsteht das Problem des Statutenwechsels.

Ein Teil der Lehre spricht von Eingangsstatutenwechsel, wenn zuerst ausländisches und dann inländisches Recht anwendbar ist und im umgekehrten Fall von Ausgangsstatutenwechsel.

2. Lösungsvorschläge

Im Grundsatz soll der Statutenwechsel beachtet werden, d.h. das infolge des Statutenwechsels herbeigeführte „neue“ Recht angewendet werden. Wenn das Gesetz eine bewegliche Anknüpfung als sachgerecht ansieht, so ist dieses Kriterium im jeweiligen Stadium massgeblich. Dieser *effet immédiat* rechtfertigt sich insbesondere bei noch schwebenden Statuten, d.h. noch offenen Rechtsverhältnissen (wie Ehewirkung und Rechte & Pflichten zwischen Eltern und Kindern) oder bei erst eintretenden Rechtsverhältnissen (wie beim künftigen Erbstatut einer lebenden Person). Dasselbe gilt allgemein bei Rechtswirkungen, die auf einem noch nicht beendigten Rechtsverhältnis beruhen.

Bei Dauerrechtsverhältnissen führt dieser Grundsatz dazu, dass regelmässig ihre Wirkungen vor dem Statutenwechsel nach bisher auf sie anwendbarem Recht beurteilt werden, ihre Wirkung nach dem Statutenwechsel hingegen dem neu anwendbaren Recht unterliegen. Diese Zweiteilung ist zuweilen nicht sinnvoll, wenn die gestellte Rechtsfrage nur bejaht oder verneint werden kann und keine Spaltung nach Zeiträumen zulässt. In solchen Fällen wird der *effet immédiat* durch den *effet rétroactif* des neuen Statutes ergänzt.

Müssen wohlerworbene Rechte oder besonderes Vertrauen der Parteien geschützt werden (z.B. Wahrung der Formgültigkeit eines Vertrages oder des Bestandes der Ehe), bleibt es beim bisher anwendbaren Recht, ebenso bei abgeschlossenen Sachverhalten.

§ 14 Die Ausnahmeklausel

I. Rechtfertigung einer allgemeinen Ausnahmeklausel

Die Regeln des IPR sind auf einem hohen Abstraktionsniveau. Die einzelnen Kollisionsregeln betreffen eine Vielzahl von Sachnormen des In- und Auslandes und sind daher wenig spezialisiert. Je nach Inhalt der konkurrierenden Kollisions- und Sachnormen stellen sich unterschiedliche Rechtsfragen, die von der gleichen IPR-Kollisionsregel des Forums erfasst werden sollen. Auch kann die Anknüpfung ungeeignet sein. Daher kann das IPR nicht auf Ausnahmeverbehalte verzichten.

Die Rspr. Neigt dazu traditionell anerkannte Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung, (wie *ordre public*, *Renvoi* oder korrigierende Qualifikation), über deren eigentlichen Sinn hinaus anzuwenden, wenn sie die dringende Notwendigkeit einer anderen Anknüpfung sieht, diese aber nicht anders begründen kann. Es sollte aber jede Abweichung vom Anknüpfungsvorgang oder vom Anknüpfungsergebnis genau analysiert werden (vgl. § 11 IV, Sonderanknüpfung).

Solche *Ausnahmen* sind, weil sie dem kollisionsrechtlichen Ziel (engster Zusammenhang, Entscheidungseinklang...) dienen und mit kollisionsrechtlichem Instrumentarium arbeiten, *selbst dann zulässig, wenn sie vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sind*.

II. Die Ausnahmeklausel in Art. 15 IPRG

Art. 15 I IPRG: Das Recht, auf das dieses Gesetz verweist, ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht nur in geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung ist als allgemeine Ausnahmeklausel gegenüber allen IPR-Regeln im BT des IPRG vorbehalten, nicht jedoch gegenüber den im IPRG enthaltenen zivilprozessrechtlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit und die Anerkennung ausländischer Entscheide, auch nicht gegenüber staatsvertraglichen Kollisionsregeln (Art. 1 II IPRG, weiter nicht gegenüber von den Parteien gewähltem Recht.

Kollisionsregeln, die selbst auf den engsten Zusammenhang abstellen (Art. 117 I IPRG) gehen Art. 15 I IPRG als *lex spezialis* vor, was aber im Ergebnis auf dasselbe hinauskommt. Art. 15 I IPRG unterscheidet nicht zwischen anwendbarem in- oder ausländischem Recht. Sie ist kein Vehikel für sog. Heimwärtsstreben, denn es ist immer die Frage zu stellen: würden wir auch bei umgekehrtem Sachverhalt (ausl. Recht statt inl. Recht) von der Ausnahmeklausel Gebrauch machen?

Fallgruppen für die Anwendung von Art. 15 I IPRG:

- **Berechtigte Parteierwartungen:** v.a. bei für die Parteien nicht vorhersehbarem Statutenwechsel. Auch Schutz wohlerworbener Rechte.
- **Ein noch engerer Zusammenhang:** Anwendung der näher berechtigten, effektiveren Rechtsordnung.
- **Interne Entscheidungsharmonie:** Vermeidung von Widersprüchen zur materiellen *lex fori*.
- **Internationaler Entscheidungseinklang (Konfliktminimierung):** Vermeidung von Widersprüchen mit den am Sachverhalt nahe beteiligten ausländischen Rechtsordnungen durch Anpassung von Vorfrageentscheidungen und weiter als Art. 14 IPRG gehende *Renvois*.
- **Unklar ist inwieweit das mit der gewöhnlichen Anknüpfung unbefriedigende materiellrechtliche Ergebnis Anlass zur Anwendung des Art. 15 I IPRG sein darf:** In der Praxis kann die materiellrechtlich begründete Ablehnung des zuerst gefundenen Ergebnisses zumeist mit verallgemeinerungsfähigen kollisionsrechtlichen Argumenten verbunden werden, dann ist die Anwendung des Art. 15 gerechtfertigt. Wird ausländisches Recht ausschliesslich wegen dessen Ergebnis abgelehnt, steht in krassen Fällen der *ordre public* (IPRG 17) zu Verfügung. Gem. Schwander sollte aber auch darüber hinaus Art. 15 vorbehalten bleiben, wenn die materielle *lex fori* zu einem unhaltbaren Ergebnis führen würde. Denn es sollte darauf geachtet werden, dass der materiellrechtliche Zweck auch in Ausnahmesituationen erreicht wird.
- **Sonderanknüpfungsvorgänge:** Insbesondere Sonderanknüpfung von Teilfragen und Bildung neuer kollisionsrechtlicher Teilregeln.

Bejaht man die VSS des Art. 15 I IPRG, so kann nach dem Gesetzeswortlaut nur die (gänzliche oder teilweise) Anwendung einer anderen Rechtsordnung Rechtsfolge sein. Da aber aufgrund der Materialien aber z.B. Anpassungen von Art. 15 I IPRG gedeckt sind, wird man auch weitere Korrekturen an den Kollisionsregeln und den dazugehörigen Hilfsregeln mit Art. 15 I IPRG begründen können.

3. Kapitel: Anwendung des massgeblichen Rechts

§ 15 Ermittlung und Anwendung fremden Rechts

I. Die Anwendung der IPR-Rechtssätze von Amtes wegen

1. Anwendung des schweizerischen IPR

Die Gerichte und Behörden in der Schweiz haben das schweizerische IPR als Teil des Bundesprivatrechts von Amtes wegen anzuwenden. Ob ein internationaler VS vorliegt und welches Recht auf ihn anwendbar ist, haben sie daher selbst dann zu prüfen, wenn keine Partei sich darauf beruft. Das gilt für alle Arten von IPR-Rechtssätzen und für alle Verfahrensarten. Das IPRG setzt implizit die Anwendung der IPR-Rechtssätze von Amtes wegen voraus. Wenn Art. 16 I Satz 1 IPRG die amtswegige Ermittlung und Anwendung des von der Kollisionsregel bezeichneten fremden Rechts verlangt, wäre es höchst inkonsequent, nicht ebenso die vorgängige Frage, ob in- oder ausländisches Recht zum Zuge kommt, von Amtes wegen entscheiden zu lassen.

2. Anwendung des ausländischen IPR

Soweit das inländische Gericht überhaupt auf ausländisches IPR abzustellen hat, namentlich im Rahmen des Renvoi oder der Sonderanknüpfungen zwingenden Rechts (Art. 14 & 19 IPRG), muss es ebenfalls von Amtes wegen geschehen. Der Grund liegt darin, dass wir fremdes Recht beachten, weil wir das eigene IPR richtig anwenden wollen.

II. Die Ermittlung und Anwendung des fremden materiellen Rechts

1. Der Grundsatz: Ermittlung und Anwendung von Amtes wegen (Art. 16 I IPRG)

Nach kontinentaleuropäischer Auffassung wird *ausländisches Recht als wir wirkliches Recht angewendet, nicht als Tatsache*. Dies bedeutet die Entnahme der Rechtsfolgen aus ausländischen Rechtssätzen, die ein Sollen, Müssen, Dürfen usw. vorschreiben. Der einzige in der Sache selbst liegende qualitative Unterscheid zwischen in- und ausländischem Recht be-

steht darin, dass der verbindliche Anwendungsbefehl des ausländischen Rechtssatzes nur das Gericht des ausländischen Gesetzgebungsstaates bindet, nicht aber das schweizerische Gericht. *Das ausländische Recht gilt im betreffenden ausländischen Staat (Geltungsbereich), ist aber in der Schweiz nur aufgrund der IPR-Regeln des Staatsvertragsrechts oder des schweizerischen IPR anwendbar (Anwendungsbereichs).* Dies rechtfertigt aber keine unterschiedliche prozessuale Behandlung, denn das schweizerische Gericht greift nicht auf ausländisches Recht, weil dieses es binden würde, sondern weil es nach schweizerischer Rechtsauffassung rechters ist. Daher darf die Prozessmaxime der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht auf inländisches Recht beschränkt werden.

Es stellt daher einen Fortschritt dar, dass Art. 16 I IPRG die amtswegige Feststellung des Inhaltes des anzuwendenden ausländischen Rechts ausdrücklich vorschreibt. Neben Art. 16 ist kein Raum für kantonale Bestimmungen. Die Anwendung von Amtes wegen schliesst nicht aus, den Parteien Gelegenheit zu geben zu den Ergebnissen der Recherchen der Gerichte und Behörden Stellung zu nehmen, sie können auch dazu angehalten werden bei der Ermittlung des Inhaltes des anwendbaren fremden Rechts mitzuwirken (Art. 16 I IPRG). Die Mitwirkung der Parteien entbindet das Gericht aber nicht davon, selber alles Zumutbare vorzukehren, um sich die notwendigen Unterlagen zu besorgen.

2. Ausnahmeregeln für „vermögensrechtliche“ Ansprüche

Wenn es um vermögensrechtliche Ansprüche geht, kann der Nachweis des ausländischen Rechtsinhaltes den Parteien überbunden werden (Art. 16 I Satz 3). Macht der Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch, ist er trotzdem nicht an die Parteidarstellungen gebunden. Überzeugen ihn die Vorbringungen der Parteien nicht, kann er entweder selbst von Amtes wegen weitere Abklärungen treffen oder schweizerisches Ersatzrecht verwenden (Art. 16 II IPRG). Der Begriff der vermögensrechtlichen Ansprüche ist restriktiv auszulegen. Immer sind vorfragliche Rechtsverhältnisse, welche nicht vermögensrechtlich sind (z.B. Bestand der Ehe) auch dann als nichtvermögensrechtlich i.S. des Art. 16 I IPRG zu behandeln, wenn die Klage selbst als vermögensrechtliche anzusehen wäre.

3. Hilfsmittel zur Ermittlung des fremden Rechts

Vgl. S. 185 f.

III. Ersatzrecht

Es obliegt pflichtgemässer Rechtsfindung des Richters, ob ihm der Nachweis des Inhaltes fremden Rechts genügt, oder ob er erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Schlüssigkeit der ihm von den Parteien oder Dritten gegebenen Unterlagen nicht überwinden kann. Bleiben solche Zweifel bestehen, muss sich der Richter im Sinne der in Art. 16 I IPRG statuierten Amtspflicht um eine weitere Klärung bemühen.

Kann der Richter unter Ausschöpfung aller Hilfsmittel die anwendbaren ausländischen Rechtssätze nicht feststellen, so hat er gem. Art. 16 II IPRG schweizerisches Recht als Ersatzrecht anzuwenden. Die Anwendung eines „nächstverwandten“ Rechts (Recht desselben Rechtskreises) kann aber im Rahmen des Art. 15 I vorgenommen werden.

IV. Die richtige Anwendung fremden Rechts

1. Umfang der Verweisung

Art. 13 Satz 1 IPRG: Die Verweisung auf ein ausländisches Recht umfasst alle Bestimmungen, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind.

Die fremde Rechtsordnung ist in ihrer Gesamtheit zu konsultieren. Die Verweisung unserer Kollisionsregel ist daher prinzipiell als Gesamtverweisung (mit den Vorbehalten bezüglich Renvoi) zu verstehen.

Die ausländische Normenhierarchie ist zu befolgen. Zudem sind die Selbstbeschränkungen ausländischer Rechtssätze zu beachten. Will ein ausländischer Rechtssatz nach ausländischem Verständnis nur in Binnensachverhalten, nicht aber in den fraglichen IPR-Sachverhal-

ten zur Anwendung kommen, sollte dies gem. Schwander befolgt werden. Wenn mittels Art. 19 IPRG schon der positive Anwendungswille beachtet werden kann, soll auch der negative Anwendungswille beachtet werden.

2. Anwendung des effektiv geltenden ausländischen Rechts

Anzuwenden ist das ausländische Recht, o wie es im ausländischen Staat effektiv gilt, also das positive Recht mitsamt den dazugehörigen territorialen, persönlichen und zeitlichen Begrenzungen.

Unerheblich ist, ob der betreffende ausländische Staat von der Schweiz völkerrechtlich anerkannt ist. Es kommt auf die Rechtsorganisation und das Rechtsleben, wie sie in diesem Staat verwirklicht sind, an. (Setzt sich aber das Recht der Zentralgewalt in einem abtrünnigen Territorium nicht durch, so haben wir grundsätzlich dem Recht dieses neuen Territoriums zu folgen, sofern unsere Kollisionsregel darauf verweist.)

3. Teilrechtsordnungen

Bestehen im ausländischen Staat, dessen Rechtsordnung wir anzuwenden haben, räumlich oder personal nebeneinander bestehende Teilrechtsordnungen, so stellt sich die Frage, welche dieser Teilrechtsordnungen unser Gericht anwenden soll.

Räumliche Teilrechtsordnungen: Hierbei ist das vertikale Verhältnis zum Bundesstaat bzw. zur Zentralgewalt einerseits und das horizontale Verhältnis, nämlich die Abgrenzung unter den Teilrechtsordnungen andererseits zu unterscheiden (vgl. USA, GB, ...)

Personal gespaltenes Recht: Interpersonal verschiedene Teilrechtsordnungen gelten für Angehörige einer bestimmten Religion oder Konfession, eines Stammes, einer Volksgruppe. Dementsprechend spricht man auch von interreligiösem, interkonfessionellem oder intergentilem Recht. Meistens besteht aber nur (teils ungeschriebenes) Sonderrecht im Bereich des Familien-, Erb- und Sachenrechts.

Verweist eine IPR-Kollisionsregel das schweizerische Gericht an eine territorial oder personal gespaltene ausländische Rechtsordnung, sollte gem. Schwander diejenige Teilrechtsordnung angewendet werden, die ein Gericht dieses ausländischen Staates zur Anwendung brächte.

In vielen Staaten besteht auf der Ebene Bundesstaat oder Zentralstaat ein einheitliches Kollisionsrecht. In anderen Staaten ist es aber den Gliedstaaten überlassen das Verhältnis zum Recht anderer Gliedstaaten abzugrenzen. Besteht kein solches Kollisionsrecht, oder führt die Konsultation der Kollisionsrechte der Gliedstaaten zu keinem Ergebnis, kann eine Lösung über die Beachtung des in unserer IPR-Kollisionsregel enthaltenen Anknüpfungskriterium (wie Wohnsitz, Aufenthaltsort, Lageort), das bereits zur ausländischen Rechtsordnung geführt hat weiterhelfen. Ist eine Entscheidung auch nach diesem Kriterium nicht möglich, wird jene Teilrechtsordnung angewandt, mit welcher der Sachverhalt den engsten Zusammenhang aufweist.

4. Anwendung fremden öffentlichen Rechts

Die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht ist fließend und verläuft nicht in allen Rechtsordnungen gleich. Die meisten Privatrechtsordnungen sind heute derart mit öffentlich-rechtlichen Rechtssätzen durchsetzt, dass eine Nichtanwendung dieser Rechtssätze viele Lücken schaffen würde. Die Unterscheidung zwischen dem Privatrecht dienendem und dem Privatrecht feindlichem öffentlichen Recht hilft nicht weiter, sondern setzt bezüglich jedes ausländischen Rechtssatzes ein Werturteil voraus.

Was das öffentliche Recht gegenüber dem Privatrecht auszeichnet, ist die besondere imperative Art seiner Durchsetzung, welche ihm im Staat, der es erlassen hat und in dem es gilt, zukommt.

Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht verliert ihre grundsätzliche Bedeutung, sobald es sich um die Anwendung dieser Rechtssätze durch Organe eines anderen Staates handelt. Das Institut de Droit International hat 1975 eine Resolution gefasst,

mit welcher die grundsätzliche Möglichkeit, fremdes öffentliches Recht anzuwenden bejaht wurde.

Art. 13 Satz 2 IPRG wird vom Bger folgendermassen beendet: Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird. Verweist die Kollisionsregel auf eine ausländische Rechtsordnung, so erfasst diese Verweisung alle privat- oder öffentlichrechtlichen Rechtssätze dieses Staates, welche den Sachverhalt unter dem Aspekt der gestellten Rechtsfrage regeln. Entscheidend ist nur, dass sie, richtig ausgelegt, für den Justizsyllogismus herangezogen werden müssen.

Die *Schranken* der Anwendung fremden öffentlichen Rechts sind dieselben wie diejenigen bei der Anwendung fremden Privatrechts. Es ist aber denkbar, dass der ordre public häufiger angerufen wird, da im öffentlichen Recht eine von unseren Werturteilen abweichende ausländische Rechtspolitik unmittelbarer zum Ausdruck kommen mag. Zudem werden öfters Selbstbeschränkungen der ausländischen Rechtssätze anzutreffen sein, weil viele öffentlichrechtliche Normen eng mit dem ausländischen Behördenapparat oder mit ausländischen Verfahren verknüpft sind.

5. Die Anwendung fremden Rechts im Geiste der ausländischen Rechtsordnung

Fremdes Recht muss aus dem Zusammenhang innerhalb des ganzen ausländischen Rechtssystems, im Geist, Stil und Vorverständnis der fremden Rechtsordnung begriffen werden.

Der schweizerische Richter hat grundsätzlich fremdes Recht genau so auszulegen und anzuwenden, wie dies der Richter im betreffenden ausländischen Staat täte.

Dieser Grundsatz lässt sich aus Art. 13 Satz 1 IPRG ableiten und bezieht sich sowohl auf gesetztes Recht als auch auf Gewohnheits- und Richterrecht. Der Richter hat sich auch an die ausländischen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden und an die überzeugende ausländische Lehre zu halten.

Regelmässig hält sich der Richter an die höchstrichterliche Rspr. des ausländischen Staates. Ist die Praxis nicht einheitlich, wird der schweizerische Richter jener Auffassung folgen, die ihn mehr überzeugt oder die im Einzelfall besser durchsetzbar ist und insbesondere im Ausland eher anerkannt wird.

Dem schweizerischen Richter steht derselbe Auslegungs- und Ermessensspielraum zu wie dem Richter des betreffenden ausländischen Staates. So kann er fremdes Recht weiter entwickeln, eine veraltete Rspr. negieren oder für neue Fallgruppen Rechtssätze bilden.

V. Rechtsmittel ans Bger

1. Richtige Anwendung des IPR

Wird beanstandet, die letzte kantonale Instanz habe die Regeln des IPR unrichtig gehandhabt und daher eine falsche Rechtsordnung angewendet stehen die Rechtsmittel der Berufung oder der Nichtigkeitsbeschwerde zur Verfügung (Art. 43a I lit a, 68 I lit. a-c OG). Diese gelten nicht nur für die fälschliche Anwendung des ausländischen statt des schweizerischen Rechts (oder umgekehrt), sondern auch für den Fall, dass die Anwendung des einen ausländischen Rechts statt diejenige eines anderen beantragt wird. Wenn die richtige Anwendung des schweizerischen IPR dies erfordert, so hat das Bger auch die richtige Anwendung des ausländischen IPR zu überprüfen (Renvoi und ähnliche Situationen).

Subsidiär zur Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde ist die staatsrechtliche Beschwerde gem. Art. 84 I lit. a und c OG.

2. Schutz der Pflicht, fremdes Recht von Amtes wegen anzuwenden

Nahm die letzte kantonale Instanz zu Unrecht an, die Ermittlung des Inhaltes fremden Rechts sei nicht möglich, und wandte sie daher schweizerisches Ersatzrecht an (Art. 16 II

IPRG), so stellt dies einen Berufungsgrund nach Art. 43a I lit. b OG dar. Zudem liegt ein Nichtigkeitsgrund gem. Art. 68 I lit. d OG vor, wenn das anwendbare ausländische Recht nicht oder nicht genügend sorgfältig ermittelt worden ist. Weiter kann gerügt werden, der kantonale Richter habe den Parteien den Nachweis für fremde Rechtsinhalte zu Unrecht überbunden (z.B. falsche Interpretation der vermögensrechtlichen Ansprüche gem. Art. 16 I Satz 3 IPRG).

Subsidiär gilt die staatsrechtliche Beschwerde

3. Richtige Anwendung des ausländischen Rechts

Eine Berufung an das Bger mit der Rüge, die letzte kantonale Instanz habe das anwendbare ausländische Recht nicht richtig ausgelegt oder angewendet, ist nur in nichtvermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten möglich (Art. 43a II OG).

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten (und in solchen in denen aus anderen Gründen kein berufungsfähiger Entscheid vorliegt) verbleibt nur die staatsrechtliche Beschwerde, und zwar mit freier Kognition bei Rüge der Verletzung von Staatsverträgen und mit auf Willkür beschränkte Kognition in den übrigen Fällen (Art. 4 BV).

Rechtspolitisch ist die Nichtüberprüfung der richtigen Anwendung fremden Rechts in vermögensrechtlichen Streitigkeiten zu kritisieren.

§ 16 Anpassung, Substitution und ähnliche Probleme

I. Die Anpassung (Angleichung, Adaption)

1. Die Problemstellung

Manchmal muss der Richter mehrere Rechtsordnungen neben- oder nacheinander anwenden. Das ist auf die Existenz verschiedener Kollisionsregeln für die einzelnen Rechtsbereiche (wie Erb- und Güterrecht) oder auf weitergehende Spaltungen der Anknüpfung (§11) zurückzuführen. Auch Sonderanknüpfungen zwingender Normen (Art. 18 & 19 IPRG § 20) bewirken ein Nebeneinander zweier Rechtsordnungen. Auch die Beachtung eines Statutenwechsels führt zur Anwendung zweier verschiedener Rechtsordnungen.

Die Anwendung zweier oder mehrere Rechtsordnungen neben- oder nacheinander kann Normwidersprüche bewirken, nämlich Normenmangel, Normenhäufung oder qualitative Normendiskrepanz. Solche Normwidersprüche zu lösen, ist Aufgabe der Anpassung (Angleichung, Adaption).

Beispiele auf S. 199!

Es gibt Normwidersprüche, die eine Entscheidung verunmöglichen, weil sie unvereinbare Rechtsfolgen anordnen; hier muss das Gericht anpassen. Es gibt aber auch Normenhäufungen oder Normenmängel, bezüglich derer das Gericht erst ein Werturteil treffen muss, ob es diese Häufung oder Mängel hinnehmen oder durch Anpassung korrigieren soll.

2. Lösungsmöglichkeiten

3 Möglichkeiten zur Lösung von Anpassungsproblemen:

1. **Materiellprivatrechtliche Lösungen:** Die Sachnormen der einen oder beider anwendbaren Rechtsordnungen werden so umgestaltet, dass die Sachnormen beider Rechtsordnungen bezüglich der zu entscheidenden Rechtsfolgen zueinander passen und zu einem widerspruchsfreien, vernünftigen Ergebnis führen.
2. **Internationalprivatrechtliche (kollisionsrechtliche) Lösungen:** Die IPR-Kollisionsregeln werden restriktiv oder extensiv ausgelegt, ergänzt, nicht angewendet oder durch andere Kollisionsregeln ersetzt, dass die dadurch zur Anwendung berufenen Sachnormen zu einem widerspruchsfreien, vernünftigen Ergebnis führen. (Oft wird die in einem ersten Auslegungsvorgang vorgenommene Qualifikation nachträglich durch eine modifizierte Auslegung des Verweisungsbegriffes korrigiert, mit der Folge, dass der Anwendungsbereich der einen Kollisionsregel geringer, derjenige der

anderen Kollisionsregel grösser wird. Im Extremfall werden statt zweier Rechtsordnungen nur noch eine RP für die Anordnung der Rechtsfolge herbeigezogen.

3. **Bildung spezieller IPR-Sachnormen:** Anstelle der modifizierten Anwendung der nationalen Rechtsordnungen wird ein spezieller, nur für derartige internationale Sachverhalte geschaffener materieller Privatrechtssatz gebildet (§ 21).

Bsp S. 201

Es lässt sich allgemein eine Bevorzugung der internationalprivatrechtlichen Methode feststellen. Sie wird damit begründet, dass unsere IPR-Kollisionsregel die Ursache des Anpassungsproblems ist und diese daher auch durch Korrektur am IPR zu lösen ist.

Die Anpassung ist Aufgabe des Richters. Die Anpassung nimmt ihren Ausgangspunkt im Werturteil, dass das gefundene materiell Ergebnis unhaltbar ist (wie im *ordre public*). Es kann sich dabei auch nur um logische Widersprüche handeln, die wertungsmässig verschiedene Lösungen offen lassen. Mit dem *ordre public* kann nur fremdes Recht ausgeschaltet werden (und das Werturteil stützt sich auf Prinzipien der materiellen *lex fori*), die Anpassung hingegen kann auch zu Korrekturen am inländischen Recht führen. *Die Anpassung geht der Anwendung des ordre public vor!*

Richterliche Anpassungen erwecken zuweilen den Eindruck des Willkürlichen, da nicht vorhersehbar ist, welche Lösungsmethode angewendet werden wird. Im Interesse einer vernünftigen Rechtsanwendung ist der weite richterliche Spielraum bei der Anpassung in Kauf zu nehmen. Dieser rechtfertigt sich damit, dass zwei grundsätzlich gleichermassen anwendbare Rechtsordnungen miteinander in Einklang gebracht werden müssen, damit das Gericht so zu einem widerspruchsfreien Justizsyllogismus kommen kann. Besteht die internationalprivatrechtliche Lösung in einer anderen Anknüpfung, kann sie sich auf Art. 15 I IPRG stützen.

II. Ähnliche Problemstellungen

1. Der Anpassung verwandte Problemstellungen

Hier wird nur das Problem behandelt, dass der einheimische Richter zwei Rechtsordnungen neben- oder nacheinander anwenden muss. Damit werden einzig Normwidersprüche durch zwei Rechtsordnungen, die von unseren Kollisionsregeln als anwendbar bezeichnet werden, erfasst, unter Einschluss des Statutenwechsels.

Mit der Anpassungsproblematik i.e.S. sind mehrere Situationen verwandt, in denen der Richter über einen grösseren Spielraum in Auslegung der anwendbaren Sachnormen oder eventuell der Kollisionsregeln verfügen muss, um zu einem widerspruchsfreien oder vernünftigen Ergebnis zu gelangen. Es handelt sich nicht um Billigkeitsentscheide, sondern um notwendige Lückenfüllungen oder „Anpassungen“ von Rechtssätzen der einen Rechtsordnung mit solchen der anderen Rechtsordnung. Sie rühren von Differenzen der nationalen Rechtssysteme her und sind daher eine spezifische IPR-Problematik. (Bsp S. 203).

2. „Anpassung“ zur Konfliktminimierung, wenn zwei Staaten eine Gerichtszuständigkeit in Anspruch nehmen

Zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse oder gravierender Nachteile für die betroffenen Privaten rechtfertigt es sich u. U., auf Rechtssätze einer ausländischen Rechtsordnung Rücksicht zu nehmen, obgleich diese gar nicht anwendbar ist. So z.B. richterliche Modifikationen am anwendbaren Recht, um die VSS einer Anerkennung des schweizerischen Entscheides im Ausland zu erleichtern. Diese Rücksicht auf ausländisches Recht empfiehlt sich v.a. dann, wenn der ausländische Staat sich selber als zu Entscheidung zuständig ansieht oder künftig andere Verfahren zwischen denselben Personen entscheiden könnte.

3. Substitution

Im Tatbestand der anwendbaren (in- oder ausländischen) Rechtssätze können Begriffe, Rechtsformen oder Rechtsinstitute auftauchen, welche die Frage ihrer Gleichwertigkeit (Äquivalenz, Adäquanz) mit möglicherweise entsprechenden Rechtserscheinungen in einer anderen nationalen Rechtsordnung, die sich im Sachverhalt tatsächlich verwirklicht haben, aufwerfen. Regelmässig ist zwar nur eine Rechtsordnung anwendbar. Aber weil der massgebliche Rechtssatz innerhalb der anwendbaren Rechtsordnung ein Tatbestandselement voraussetzt, das sich im zu beurteilenden Sachverhalt gerade nicht nach dem an sich anwendbaren Recht abgespielt hat, muss vorgängig der Subsumtion gefragt werden, ob die entscheidenden Rechtsphänomene gleichwertig sind oder nicht.
Bsp. S. 205

4. Handeln unter falschem Recht

Hat eine Person oder haben beide Parteien ihr Verhalten auf ein anderes Recht als das eigentlich anwendbare ausgerichtet, so stellt sich die Frage, ob diese „Handeln unter falschem Recht“ streng nach dem eigentlich anwendbaren Recht beurteilt werden muss, oder ob die gestützt auf das nicht anwendbare Recht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gerettet werden sollen.

Sollen die Rechtsgeschäfte aufrechterhalten werden, gibt es 2 Möglichkeiten. Entweder wird das anwendbare Recht modifiziert ausgelegt oder es wird eine besondere Anfechtungsmöglichkeit (clausula, Irrtum, Heilung der Form) zur Verfügung gestellt (sog. *Transposition*). Die andere Lösungsmöglichkeit besteht in der gänzlichen oder teilweisen Anwendung dieses anderen Rechts, in dessen Anwendung die Privaten vertraut hatten, über die Ausnahmeklausel des Art. 15 I IPRG.

Bsp. S. 205 f.

§ 17 Die Vorfrage im IPR

I. Die rechtliche Behandlung von Vorfragen im allgemeinen

Unter Vorfragen versteht man im Allgemeinen Rechtsfragen, deren Beantwortung notwendige VSS für die Beurteilung der hauptsächlich zu beantwortenden Rechtsfrage (Hauptfrage) ist. Vorfragen stellen sich in allen Bereichen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts.

Ebenso stellen sich für die Zivilgerichte, die hauptsächlich einen reinen Binnensachverhalt entscheiden müssen, u.U. Vorfragen aus einem internationalen Sachverhalt.

Es wurden bislang 4 verschiedene Lösungsmöglichkeiten herangezogen:

1. Autonome Beantwortung der privatrechtlichen Vorfrage durch das öffentliche Recht, ohne Verweisung auf das Privatrecht.
2. Beurteilung der privatrechtlichen Vorfrage direkt gestützt auf schweizerisches Privatrecht, ohne Konsultation der IPR-Regeln.
3. Beantwortung der privatrechtlichen Vorfrage nach dem in- oder ausländischen Privatrecht, auf welches die IPR-Kollisionsregel der Schweiz verweist.
4. Beurteilung einer zivilrechtlichen Vorfrage nach dem in- oder ausländischen Privatrecht, auf welches ausländisches IPR verweist.

Zusätzlich zu diesen 4 Möglichkeiten ist eine Sistierung des Verfahrens denkbar, bis die für die Entscheidung der Vorfrage als Hauptfrage ordentlich zuständige Instanz entscheiden hat.

II. Die Vorfrage im IPR

1. Die Problemstellung

Vorfrage im IPR ist nach herkömmlicher Definition die vorab zu stellende Frage nach dem Bestand eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses, die im Tatbestand einer Sachnorm (d.h.

eines materiellrechtlichen Rechtssatzes) der in der Hauptfrage anwendbaren Rechtsordnung auftaucht.

Bsp. S. 209: Klärung bei Unterhaltsklage, ob überhaupt ein Kindsverhältnis besteht (für diese Klärung kann aufgrund unseres IPR oder des IPR der in der Hauptsache anwendbaren Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung anwendbar sein).

Praktische Schwierigkeiten wirft die Vorfrageproblematik des IPR erst auf,

1. wenn auf die Hauptfrage fremdes Recht anwendbar ist,
2. und wenn zugleich das IPR dieser fremden Rechtsordnung für die Vorfrage auf eine andere Rechtsordnung verweist als unser IPR
3. und wenn zugleich die nach fremdem IPR anwendbaren materiellen Rechtssätze zu einem anderen Ergebnis führen als die materiellen Rechtssätze der von unserem IPR bezeichneten Rechtsordnung; dies mit der Folge, dass je nachdem der Bestand des präjudiziellen Rechtsverhältnisses bejaht oder verneint werden muss.

2. Erweiterte Problemstellung: Einschluss der Erstfrage

Ein Teil der Lehre will Vorfrage und Erstfrage auseinander halten. *Die Erstfrage betrifft ein im Tatbestand der Kollisionsregel vorausgesetztes präjudizielles Rechtsverhältnis.* Diese Unterscheidung ist nur dann notwendig, wenn man Erstfragen prinzipiell anders behandeln will als die Vorfrageproblematik im IPR. Die Vertreter der Differenzierung wollen die Erstfrage immer nach dem Kollisionsrecht anknüpfen, dem die Kollisionsregel, in deren Tatbestand sie sich befindet, angehört. (Bsp. S. 210)

Ein Teil der Lehre spricht von der sog. *Nachfrage*, wenn in der Rechtsfolge des für die Hauptsache anwendbaren materiellrechtlichen Rechtssatzes ein präjudizielles Rechtsverhältnis vorausgesetzt wird.

Kollisionsnormen		Sachnormen	
Tatbestand	Rechtsfolge	Tatbestand	Rechtsfolge
1. Erstfrage		2. Vorfrage	3. Nachfrage
Präjudizielles Rechtsverhältnis im Tatbestand der Kollisionsnorm		Präjudizielles Rechtsverhältnis im Tatbestand der Sachnorm	Präjudizielles Rechtsverhältnis in der Rechtsfolge der Sachnorm

Die h.L. erkennt keine Notwendigkeit zur Unterscheidung zwischen Erst-, Vor- und Nachfrage, da die Lösung dieser Probleme gleich ist. Es wäre besser den Begriff „*Vorfrage im IPR*“ weit zu fassen als „*Frage des Bestehens eines selbständigen präjudiziellen Rechtsverhältnisses, welches VSS ist für die Anwendbarkeit einer in- oder ausländischen Sach- oder Kollisionsnorm*“. So wird auch Erst- und Nachfrage mit umfasst.

3. Lösungen der Vorfrageproblematik in Lehre und Praxis

In der Lehre werden 2 grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten erörtert.

1. Anknüpfung der Vorfrage nach den IPR-Kollisionsregeln de von unserem IPR als anwendbar bezeichneten ausländischen Rechtsordnung (IPR der *lex causae*); sog. *Unselbständige Anknüpfung der Vorfrage nach dem IPR derjenigen Rechtsordnung, die in der Hauptfrage anwendbar ist.* Wir entscheiden dann die Vorfrage nach demselben Recht, das das ausländische Gericht anwenden würde, dessen Privatrecht wir in der Hauptsache anwenden.
2. *Anknüpfung der Vorfrage nach den IPR-Kollisionsregeln des Forums; sog. Selbständige Anknüpfung der Vorfrage.* Wir entscheiden dann die Vorfrage nach demselben Recht, das das Schweizer Gericht anwenden würde, wenn es die mit der Vorfrage gestellte Rechtsfrage in einem anderen Prozess als Hauptfrage entscheiden würde.

Die selbständige Anknüpfung der Vorfrage führt daher die interne Entscheidungsharmonie herbei, während die unselbständige Anknüpfung die internationale Entscheidungsharmonie begünstigt.

H.L.: Hat der Fall starke Inlandsbeziehungen, so ist die interne Entscheidungsharmonie wichtiger, hat er aber ausschliesslich oder überwiegend Auslandsbeziehungen, so überwiegt die internationale Entscheidungsharmonie → die h.L. neigt in Einzelfragen stärker zur selbständigen Anknüpfung. Das Bger hat es nicht explizit geregelt, knüpft aber meist selbständig an.

4. Behandlung der IPR-Vorfrageproblematik im IPRG

Das IPRG nimmt nicht allgemein zur Vorfrageproblematik Stellung. Es lässt sich aber eine Tendenz zur selbständigen Anknüpfung erkennen.

Gem. Schwander sollte dort, wo das in- oder ausländische IPR zur Begünstigung eines Rechtsverhältnisses oder Ergebnisses alternativ anknüpft, diese Begünstigung je nachdem durch selbständige oder unselbständige Anknüpfung der Vorfrage gefördert werden. Praktisch läuft dies auf eine „alternative“ Anknüpfung der Vorfrage hinaus.

Soweit die selbständige oder unselbständige Anknüpfung der Vorfrage den bedeutend engeren Zusammenhang des Sachverhalt mit der einen oder anderen in Frage kommenden Rechtsordnung durchsetzen soll, kann sie sich auf Art. 15 I IPRG abstützen.

Vielfach ist die Vorfrage bereits durch einen Akt der freiwilligen oder durch Urteil der streitigen Gerichtsbarkeit entschieden oder durch rechtsgenügende Registration festgestellt (z.B. Eheschliessung, Adoption...). *Der individuell-konkrete Gestaltungsentscheid geht dem generell-abstrakten Rechtssatz vor.*

Im staatsvertraglich vereinheitlichten Kollisionsrecht geht natürlich die staatsvertragliche Regelung des Vorfrageproblems vor. (Lehre geht eher Richtung unselbständige Anknüpfung der Vorfrage).

§ 18 Ordre public (Vorbehaltsklausel)

I. Begriff und Funktion

*Wendet der inländische Richter aufgrund einer IPR-Kollisionsregel fremdes Recht an, stösst er dabei manchmal auf Rechtssätze, deren Anwendung auf den zu beurteilenden Sachverhalt zu einem **gänzlich ungerechten Ergebnis** führen würde. Diesfalls darf der Richter den an sich anwendbaren ausländischen Rechtssatz **ausnahmsweise unbeachtet lassen**, da er auch in einem „internationalen“ Sachverhalt ein gerechtes Urteil fällen muss, welches er rechtsethisch und in Befolgung der Grundwerte der inländischen Rechtsordnung vertreten kann.*

Diese Ausnahme von der Anwendung fremden Rechts, die ihren Grund in einer besonders schwerwiegenden Ungerechtigkeit der Rechtsfolge des fremden Rechtssatzes hat ist weltweit unter dem Begriff des ordre public bekannt.

Der ordre public ist eine Generalklausel, eine allgemeine Ermächtigung des Richters zu ausnahmsweiser Nichtanwendung fremden Rechts, das im Einzelfall zu einem krass ungerechten Ergebnis führen würde.

Art. 17 IPRG setzt die Kenntnis dieses Begriffes voraus.

Nach den Umschreibungen des Bger greift der ordre public ein, wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde, oder wenn grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet würden.

II. Voraussetzungen des Eingreifens des ordre public

1. Schutzzweck und Vergleichsmassstab

Der ordre public schützt die wesentlichen Wertungen der inländischen Rechtsordnung. Es gibt in jeder Rechtsordnung einen grundlegenden *Kern von rechtsethischen Wertvorstellungen*.

Es sind immer die *Umstände des Einzelfalles* zu beachten. Der ordre public greift erfahrungsgemäss ehre in den Bereichen der persönlichen Freiheit, der Rechts- und Ehefähigkeit sowie des Familienrechts als im Schuld- und Handelsrecht ein.

Internrechtlich zwingende Rechtssätze (i.S. des nicht-dispositiven Rechts) rechtfertigen selbstverständlich nicht ohne weiteres die Anrufung des ordre public in internationalen Sachverhalte. Es ist zwischen dem „ordre public interne“ und dem „ordre public international“ zu unterscheiden.

Beispiele für Bejahung und Verneinung des ordre public auf S. 218f.

Vergleichsmassstab und Schutzobjekt des ordre public sind die grundlegenden Werturteile des inländischen Rechts.

Insoweit wir ausländischen IPR anwenden (wie im Falle des Renvoi), haben wir auch den ausländischen ordre public zu beachten, es sei denn, dieser verstösse wiederum gegen den schweizerischen ordre public.

(Ein Teil der Lehre befürwortet aus guten Gründen, in den mit dem ordre public verbundenen Werturteilen künftig vermehrt einen übernationalen Gesichtspunkt einzunehmen.)

Der ordre public schützt neben den grundlegenden Werten im einheimischen Privat- und Verwaltungsrecht die wesentlichen Verfahrensrechte und die Grundrechte. Der Richter hat den ordre public von Amtes wegen zu beachten.

2. Negative Funktion

Lehre, Bger-Praxis und Art. 17 IPRG stehen auf dem Boden der sog. *Negativen Funktion des ordre public*. Der ordre public beschränkt sich darauf, den stossenden ungerechten Rechtssatz der fremden Rechtsordnung von der Anwendung auszuschliessen. Es handelt sich um eine defensive, abwehrende Haltung der eigenen Rechtsordnung. Folge des ordre public ist unmittelbar die ausnahmsweise Nichtanwendung des fremden Rechtssatzes.

(Gemäss der älteren Lehre der sog. positiven Funktion des ordre public, hat er nicht der Abwehr ausländischen Rechts zu dienen, sondern der Durchsetzung fundamentaler Rechtssätze der lex fori. Mit der positiven Funktion nicht zu verwechseln ist die neuere Lehre der sog. „lois d'application immédiate. Diese werden nach besondern Regeln angeknüpft und gehen als leges speciales den ordentlichen Anknüpfungen mittels Kollisionsregeln vor. Vgl. § 20)

3. Die Relativität des ordre public

Nicht jeder Verstoß gegen unser Rechtsempfinden rechtfertigt den Eingriff mit dem ordre public. Der Richter muss fremdes Recht im Geiste der Toleranz anwenden und somit nur höchst zurückhaltend vom ordre public Gebrauch machen. Zudem bedarf der ordre public als Ausnahme von der gewöhnlichen Anknüpfung stets einer besonderen Begründung. Er muss sich auch der räumlichen und zeitlichen Relativität der Massstäbe und der Werturteile nationaler Rechtsordnungen bewusst sein. *Der Richter beurteilt den ordre public nach dem im Zeitpunkt seines Urteils massgeblichen Werturteilen.*

Zudem verlangen bisherige Rspr. und Lehre, der ordre public dürfe nur eingreifen, wenn der Sachverhalt eine hinreichende Binnenbeziehung (Inlandsbezug) zur Schweiz bzw. zur schweizerischen Rechtsordnung aufweise. Gem. Schwander ist dies aber abzulehnen (Begründung S. 223).

4. Krass ungerechtes Ergebnis im Einzelfall

Der Griff zum *ordre public* rechtfertigt sich nicht schon dann, wenn der ausländische Rechtsatz in unüberbrückbarem Widerspruch zu unseren Wertvorstellungen steht. Zusätzlich erforderlich ist, dass die *Anwendung* des von uns als ungerecht empfundenen fremden Rechtsatzes gerade *im konkret zu beurteilenden Einzelfall zu einem stossenden ungerechten Ergebnis führt*. Es muss im Einzelfall ein unhaltbares und ungerechtes Urteil herbeigeführt werden. Das probeweise Ergebnis der Subsumtion ist anhand aller Umstände des Einzelfalles unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* zu bewerten. Bsp. S. 223

→ Die neuere schweizerische Rspr. ruft den *ordre public* selten an.

III. Folgen des Eingreifens des *ordre public*

Der *ordre public* schaltet ausländisches Recht nur insofern aus, als dieses zum ungerechten und daher mit dem *ordre public* zu korrigierenden Ergebnis führt. Oft genügt die bloße Nichtanwendung einer einzigen Bestimmung oder die Anwendung der Hauptregel unter Ausschluss einer Ausnahme. Eine korrigierende Auslegung stellt gem. Schwander einen geringeren Eingriff ins fremde Recht dar.

Entsteht hingegen mit dem Eingreifen des *ordre public* eine Lücke im fremden Recht, die notwendigerweise geschlossen werden muss, sollte zunächst versucht werden, diese Lücke im Geist und mit Rechtssätzen der fremden Rechtsordnung zu füllen.

Nur wenn eine *ordre public*-konforme Umgestaltung des fremden Rechts (ein anpassungsähnlicher Vorgang) nicht möglich ist, darf nach überzeugender Auffassung eines Teils der Lehre zum schweizerischen Ersatzrecht gegriffen werden. Das Gesetz regelt aber im Falle des *ordre public* das Ersatzrecht nicht. Rspr. und Lehre befürworten aber die direkte Anwendung des schweizerischen Ersatzrechtes, sobald der *ordre public* eingreift.

IV. Einzelfragen

1. Staatsvertraglich vereinbarte Kollisionsregeln

Selbst staatsvertraglich vereinheitlichte Kollisionsregeln stehen unter dem Vorbehalt des *ordre public*, wenn dieser im Staatsvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Allerdings greift der *ordre public* in Anwendung vereinheitlichter Kollisionsregeln nur in besonders gravierenden Situationen ein. (Vgl. Formulierung der Haager Konventionen: ...nur abgelehnt werden, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar ist“).

2. Spezielle *ordre public*-Bestimmungen

In einzelnen Regelungsbereichen hat der Gesetzgeber bereits die Frage des *ordre public* beantwortet. Der Richter ist an diese speziellen *ordre public*-Bestimmungen gebunden.

Bsp: 61 III, 135 II, 137 II IPRG.

3. Der *ordre public* in der direkten und in der indirekten Rechtsanwendung

Bisher wurde von der **direkten Rechtsanwendung** ausgegangen, d.h. der schweizerische Richter hat in einem *Erkenntnisverfahren* fremdes Recht anzuwenden.

Die Frage des *ordre public* stellt sich in der Praxis aber häufiger bei der *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen (indirekte Rechtsanwendung)*. Ausländische Entscheidungen dürfen in der Schweiz nicht anerkannt oder vollstreckt werden, wenn ihre Anerkennung oder Vollstreckung mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbar wäre (Art. 27 I IPRG). Ein krass ungerechtes ausländisches Urteil soll in der Schweiz keine oder nur *ordre public*-konforme Wirkungen entfalten. Für die indirekte Rechtsanwendung gilt das gleiche wie für die direkte Rechtsanwendung. Es ist aber zu beachten, dass Lehre und Praxis den *ordre public* im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung noch zurückhalten, als im Bereich der unmittelbaren Fremdrechtsanwendung durch den Richter. Der Grund liegt darin, dass das ausländische Urteil zumeist im Ausland Wirkungen entfaltet hat (oder noch entfalten kann) und dass Anerkennung und Vollstreckung oft aufgrund eines Staatsvertrages oder auf der Basis der Gegenseitigkeit erfolgen. (Gem. Schwander ist diese

Zurückhaltung aber nicht immer gerechtfertigt, da die Vollstreckung eines Urteils einen stärkeren Eingriff darstellt. Zudem sind die jeweiligen sozialen und kulturellen Gegebenheiten zu beachten.)

Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile stellen sich häufig auch Fragen des **prozessrechtlichen bzw. verfahrensrechtlichen ordre public**. Ist der ausländische Entscheid in einem Verfahren ergangen, das rechtsstaatliche Prinzipien oder wichtige Verfahrensgarantien verletzt, die Parteien ungleich behandelt, rechtliches Gehör verweigert oder andere besonders schwerwiegende Mängel aufweist, so kann ebenfalls aus diesem Grund der ordre public angerufen werden (Art. 27 II IPRG, § 23)

§ 19 Rechtsumgehung (Gesetzesumgehung)

I. Erscheinungsformen

Im IPR versteht man unter Rechts- oder Gesetzesumgehungen ein von unserem IPR missbilligte Verhalten, durch das Private einen kollisionsrechtlichen Tatbestand schaffen, um einem sonst anwendbaren unerwünschten Rechtssatz auszuweichen.

Die Rechtsumgehung setzt begrifflich folgendes voraus:

- willentliche Beeinflussung des Anknüpfungstatbestandes und
- als Folge davon Nichtanwendung zumeist zwingender Normen der umgange-
nen oder Anwendung erwünschter Bestimmungen der ersuchten
Rechtsordnung.
- Nach überwiegender Lehrmeinung ist ein zusätzlich subjektives Element er-
forderlich → Umgehungsabsicht. Gem. Schwander ist dieses aber abzuleh-
nen, da nur schwer nachweisbar.

Formen der Rechtsumgehungen im IPR (gem. Neuhaus):

1. Die Begründung der Zuständigkeit eines anderen Staates, der aufgrund seines IPR eine andere Rechtsordnung anwenden wird (forum shopping)
2. Missbrauch einer formell zulässigen Rechtswahl
3. Ausnützung des Formalismus mancher Verweisungsbegriffe, so dass die Parteien z.B. ihre Rechtsgeschäfte nach Bedarf in ein kauf-, kredit- oder gesellschaftsrechtliches Gewand kleiden
4. Manipulierung der Anknüpfungskriterien wie Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthaltsort oder Handlungsort. Auf diese Weise wird die Anwendung einer anderen Rechtsordnung angestrebt oder sogar versucht, aus einem reinen Binnensachverhalt einen IPR-Sachverhalt mit der Möglichkeit der Rechtswahl (Art. 16 IPRG) zu machen.

Bei simulierten Rechtsgeschäften stellt sich für das IPR einzig das Problem, ob bei der Qualifikation auf das simulierte oder das dissimulierte Rechtsgeschäft abgestellt werden soll. Gem. Schwander soll dem Richter die Wahl offen stehen.

Auch im grenzüberschreitenden Verkehr werden die meisten Gesetzesumgehungen mit Vortäuschungen falscher Tatsachen versucht. Hier genügt es i.d.R. in richtiger Beweiswürdigung die wahren Verhältnisse zu ermitteln und diese dem Urteil zugrunde zu legen. Spezielle IPR-Probleme bestehen dabei nicht.

II. Bewertung und Bekämpfung der Rechtsumgehung im IPR

1. Bewertung

Nicht jede willentliche Beeinflussung des Anknüpfungstatbestandes durch Private darf als Rechtsumgehung bewertet und bekämpft werden. Unserem IPR mit gesetzlichen Kollisionsregeln liegt das Bestreben zugrunde, die richterliche Entscheidung über das anwendbare Recht voraussehbar zu machen. Daher ist die willentliche Beeinflussung der Anknüpfungstatsachen für sich allein von unserer Rechtsordnung zu tolerieren.

Hingegen wird das Werturteil des Richters umso eher zu einer Bejahung des Rechtsumgehungsstatbestandes führen, wenn eine Partei die andere getäuscht hat oder das Umgehungsmanöver gänzlich einseitig zum Nachteil der Gegenpartei ausfallen würde.

Von Rechtsumgehung sollte nur die Rede sein, wenn der Zweck der umgangenen Rechtsätze (Kollisionsregel und / oder Rechtssätze der anwendbaren Rechtsordnung oder der lex fori) gerade auch den Fall erfassen will, auf den sich die Parteien berufen oder welcher tatsächlich vorliegt.

Ist die ungewöhnliche Herbeiführung eines anderen als des sonst anwendbaren Rechts nur VSS oder Folge eine hauptsächlich beabsichtigten Steuer-, Fremdenrechts- oder anderen Gesetzesumgehung, so kann deren Bekämpfung zumeist gänzlich dem Steuer- oder Verwaltungsrecht bzw. dem betreffenden anderen Rechtsgebiet überlassen werden.

Es soll nicht nur die lex fori, sondern auch fremde Rechtsordnungen geschützt werden.

2. Bekämpfung

Das IPRG regelt die Frage der Rechtsumgehung nicht allgemein. Soweit inländisches Recht durch künstliche Herbeiführung fremden Rechts umgangen werden soll, wird herkömmlicherweise der ordre public angerufen (Art. 17 IPRG). Soweit international zwingende Rechtsätze des Forums in Frage stehen, kommt auch Art. 18 IPRG zum Zug.

Das Verbot der Rechtsmissbrauchs (Art. 2 II ZGB) gehört laut Bger zur schweizerischen öffentlichen Ordnung. Direkt ist diese Bestimmung jedoch nur anwendbar, wenn die Kollisionsregel auf schweizerisches Recht verweist, oder eine missbräuchliche Anrufung der schweizerischen Kollisionsregel vorliegt.

Die Umgehung zwingender Rechtssätze einer an sich nicht anwendbaren ausländischen Rechtsordnung kann über Art. 19 IPRG bekämpft werden.

Wo ein mit dem Sachverhalt wesentlich enger zusammenhängendes Recht durch Manipulation objektiver Anknüpfungen umgangen werden soll, hilft Art. 15 I IPRG.

Ist ein Anknüpfungstatbestand bereits erfüllt und wird in missbilliger Weise ein zweiter Anknüpfungstatbestand geschaffen, so wird der Richter nur den zuerst realisierten Tatbestand beachten.

Die neuere Lehre steht auf dem Standpunkt, eine teleologische Auslegung der in Frage stehenden Rechtssätze verunmögliche Gesetzesumgehungen. Die Rechtssätze sind im Zweck anders auszulegen, als das der Gesetzesumgeher möchte.

Ein entsprechendes Mittel müsste auch gegen Gesetzesumgehungen im Bereich der direkten Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen vorbehalten bleiben (z.B. teleologische Auslegung der Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln).

III. Warnung

Vgl. s. 232 f.

4. Kapitel: Besondere Behandlung der international zwingenden Rechtssätze und der IPR-Sachnormen als weitere IPR-Methode

§ 20 Die Behandlung in- und ausländischer Rechtssätze, die im internationalen Verhältnis zwingend angewendet werden (lois d'application immédiate, Eingriffsnormen)

A) Loi s'application immédiate (Eingriffsnormen) des schweizerischen Rechts

I. Problemstellung

Lois d'application immédiate sind einzelne Rechtssätze oder Rechtssatzgruppen einer nationalen Rechtsordnung, welche selbst dann auf internationale Sachverhalte zwingend angewendet werden wollen, wenn die ordentliche IPR-Kollisionsregel auf fremden Recht verweist. Art. 18 IPRG.

Der Vorrang dieser besonders zu behandelnden Rechtssätze vor dem nach den gewöhnlichen Kollisionsregeln anwendbaren Recht ergibt sich aus der *Positivität* und der *Spezialität* dieser Rechtssätze. Sie gehören alle dem gesetzten Recht (geschriebenes Recht oder aner-

kanntes Richter- oder Gewohnheitsrecht) an und sind gegenüber den IPR-Kollisionsregeln *leges speciales* insofern, als der ihnen eigene räumliche Anwendungsbereich nach anderen, spezielleren Anknüpfungskriterien zu bestimmen ist.

2 Erklärungen dieses Phänomens:

1. *Die materiellrechtliche Begründung erklärt die Sonderstellung dieser zwingenden Rechtssätze mit deren Inhalt und Zweck.*

Definition als Rechtssätze, deren Bedeutung für die „organisation“ und die „société étatique“ dieses Staates derart ist, dass sie ihrem Zweck gemäss nicht mit Rechtssätzen anderer Rechtsordnungen konkurrieren können.

Bei den derart besonders behandelten Rechtssätzen handelt es sich zumeist um solche der Organisation des Staatsapparates, des Sozial- und Wirtschaftsrecht, des Massnahmen- und Notrechts, sowie um grundlegende Werte des Privat- und Verfassungsrecht. Es kommt aber immer auf den jeweiligen Zweck der Rechtssätze oder Rechtssatzgruppen an. → Zweck sagt, ob Rechtssatz international zwingend ist oder nicht.

2. *Die kollisionsrechtliche Erklärung definiert die lois d'application immédiate als privat- oder öffentlichrechtliche Rechtssätze, welche einen speziellen, nur auf sie beschränkten räumlichen Anwendungsbereich aufweisen, wobei dieser ihnen eigene räumliche Anwendungsbereich als so erheblich zu bewerten ist, dass er sich selbst gegen die allgemeinere Kollisionsregel durchzusetzen vermag.*

Diese beiden Tendenzen schliessen sich nicht gegenseitig aus.

II. Arten der international zwingenden Rechtssätze (lois d'application immédiate, Eingriffsnormen) im schweizerischen Recht

1. Durch ausdrückliche einseitige Kollisionsregeln bezeichnete Rechtssätze

Manchmal bezeichnet eine ausdrückliche einseitige Kollisionsregel eine bestimmte Gruppe von schweizerischen Rechtssätzen als unmittelbar anwendbar, selbst wenn im Übrigen fremdes Recht anwendbar sein könnte.

2. Unmittelbar anwendbare IPR-Sachnormen

IPR-Sachnormen sind materiellrechtliche Rechtssätze, die nur internationale Sachverhalte regeln sollen (§21). Werden solche IPR-Sachnormen zwingend selbst dann angewendet, wenn aufgrund der IPR-Kollisionsregel normalerweise fremdes Recht anwendbar wäre, dann sind sie zugleich lois d'application immédiate.

Es gibt aber auch Rechtssätze, die primär für Binnensachverhalte geschaffen wurde, aber auch in Fällen mit Auslandsberührung zwingend durchgesetzt werden sollen.

3. Rechtssätze, die als Teil des Verfahrensrechts oder des öffentlichen Rechts zwingend angewendet werden

Im Rahmen eines bestimmten Verfahrens oder bei Anwendung des Verwaltungsrechts werden oftmals vernünftigerweise privatrechtliche Bestimmungen der *lex fori* mitangewendet, ohne danach zu fragen, ob sie nach den gewöhnlichen IPR-Kollisionsregeln bei internationalen Sachverhalte überhaupt zum Zuge kämen.

4. Rechtssätze mit eigenem räumlichen Anwendungsbereich

Manchen Rechtssätzen lässt sich schon durch grammatikalische oder systematische Auslegung ein eigener räumlicher Anwendungsbereich entnehmen (z.B. Art. 952 I i.V.m. Art. 952 II OR).

Meistens hat man jedoch zur *teleologischen Auslegung* zu greifen. Diese greift auf 2 Ebenen. Auf der *ersten Ebene* stellt sich die Frage, ob sich dem Zweck des Rechtssatzes über-

haupt ein Hinweis auf den räumlichen Anwendungsbereich entnehmen lässt (Will der Rechtssatz auch auf plurinationale Sachverhalte angewendet werden?).

Auf der zweiten Ebene wird gefragt, wie sich der festgestellte räumliche Anwendungsbereich dieses Rechtssatzes zur IPR-Kollisionsregel verhält. Will der Rechtssatz angewendet werden, verweist das Kollisionsrecht aber nicht auf schweizerisches Recht, stellt sich die Frage, ob dem Rechtssatz ein Zweck eigen sei, welcher gegenüber der Kollisionsregel derartiges Gewicht hat, das er sich gegen das an sich anwendbare fremde Recht durchsetzt. Hier ist aber Zurückhaltung geboten, denn nicht jeder Zweck rechtfertigt eine Anwendung des Rechtssatzes gegen die IPR-Kollisionsregel. *Es ist detaillierter danach zu fragen, ob der Zweck des Rechtssatzes gerade eine Anwendung erfordere, wie sie den lois d'application immédiate nachgesagt wird, nämlich: direkte, unbedingte Anwendung des Rechtssatzes, ohne zu fragen, ob er der von der Kollisionsregel bezeichneten Rechtsordnung angehört; genaue Anwendung wo, wie wenn ein reiner Binnensachverhalt vorläge.*

Gem. Schwander sollte weiter beachtet werden, dass einzig der dem einzelnen Rechtssatz eigene Zweck geprüft wird. Eine loi d'application immédiate rechtfertigt sich nur dann, wenn ihr Zweck ihre ausnahmslose Anwendung erfordert; kann der Zweck auch mit anderen Mitteln erreicht werden liegt keine loi d'application immédiate vor.

III. Funktion und Wirkungsweise der lois d'application immédiate

Viele Vertreter der lois d'application immédiate sind der Auffassung, dass bei Bestehen solcher zwingender Normen von vornherein auf eine Anwendung der ordentlichen IPR-Kollisionsregel verzichtet werden könne. Die meisten zwingenden Rechtssätze regeln aber nur einen Teil der Fragen, sodass das im Übrigen anwendbare Recht ohnehin festgestellt werden muss. Zudem erkennt man eine loi d'application immédiate oft erst richtig, wenn man sie dem ansonsten anwendbaren ausländischen Recht gegenüberstellt.

→ es gibt heute keinen abgeschlossenen Katalog von lois d'application immédiate. Daher sollte immer zuerst das ordentlicherweise anwendbare Recht festgestellt werden.

→ *Die lois d'application immédiate greifen nur punktuell in das im übrigen anwendbare Recht ein.* Alles was die lois d'application immédiate nicht regelt, beurteilt sich nach der im Übrigen anwendbaren Rechtsordnung.

Insoweit eine loi... ihren spezifischen Anwendungsbereich räumlich beschränkt, ist der betreffende Rechtssatz ausserhalb seines selbstbeschränkten räumlichen Anwendungsbereichs nicht anzuwenden, selbst wenn die Kollisionsregel auf einheimisches Recht verweist.

Die Rechtsfolge der Anwendung einer lois... besteht in der Sonderanknüpfung dieses Rechtssatzes oder der zusammengehörigen Rechtssatzgruppe. Besonderheiten:

1. Liegt eine loi... vor, steht dem Richter kein Auslegungsspielraum mehr zu. Die loi... ist zwingend
2. Methodischer Ansatzpunkt sind immer Inhalt und Zweck der loi... Frage nach dem räumlichen Anwendungsbereich des einzelnen Rechtssatzes
3. Im schweizerischen IPR sind fremde lois... (nach Art. 13 & 19 IPRG) anders zu behandeln als eigene. Insofern beruht die besondere Behandlung international zwingender Rechtssätze nicht auf dem allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsatz der Gleichwertigkeit der nationalen Rechtsordnungen.

Wesentliche Unterschiede zwischen ordre public und lois...

1. ordre public ist Generalklausel. Die lois... bedürfen keiner Generalklausel, sondern gehen als Spezialregeln vor.
2. Der ordre public ist ein Schutz von Werten, von Rechtsgedanken, die entweder in einheimischen Rechtssätzen positiviert oder dem einheimischen Rechtsgefühl, dem Naturrecht usw. zugrunde liegen. Der ordre public kann auch nichtpositivierte (und sogar übernationale Werturteile) schützen.

→ Lois... sind positivierte Rechtssätze eines Staates. Ihr besonderer räumlicher Anwendungsbereich rechtfertigt sich mit der puren Notwendigkeit ihrer uniformen Durchsetzung in Befolgung des Anwendungsbefehls des Gesetzgebers.

Art. 18 IPRG behält in allen vom IPRG geregelten Materien die schweizerische lois... gegenüber den bilateralen Kollisionsregeln im BT vor. Sie gehen daher als leges speciales den bilateralen Kollisionsregeln vor.

Innerhalb des schweizerischen IPRG stellt Art 18 (und 19) IPRG ein notwendiges Korrektiv gegenüber den weitgehenden Rechtswahl- und anderen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien dar. Mit Art. 18 kann der Richter materiellrechtliche Gesichtspunkte über die Frage des räumlichen Anwendungsbereichs berücksichtigen.

Im Verhältnis zum im Übrigen anwendbaren fremden Recht schützt Art. 18 IPRT, wenn dies unabdingbar ist, die schweizerische Rechtspolitik.

Die lois... stellt dem plurinationalen Sachverhalt einen rein inländischen Sachverhalt gleich.

B) Lois d'application immédiate (Eingriffsnormen) der ausländischen Rechtsordnung

I. Lois d'application immédiate in der ohnehin anwendbaren ausländischen Rechtsordnung

Als Teil der ohnehin anwendbaren ausländischen Rechtsordnung sind fremde lois... selbstverständlich im Grundsatz mit anzuwenden (vgl. Art. 13 IPRG). Zu beachten sind einzig die Selbstbeschränkungen, die sich aus dem speziellen räumlichen Anwendungsbereich ergeben, sowie die Besonderheiten, die bei der Anwendung fremden öffentlichen Rechts genannt worden sind. Die fremden lois... sind ein Hinweis darauf, dass das ausländische Recht nicht zurück oder weiterverweist, oder dass es gerade ausserhalb des selbstbeschränkten Anwendungsbereiches zurück- oder weiterverweisen will.

II. Lois d'application immédiate der nicht anwendbaren ausländischen Rechtsordnung

1. Problemstellung

In der Lehre war heftig umstritten, ob öffentlichrechtliche (oder allgemein international zwingende) Rechtssätze eines ausländischen Staates, auf dessen Recht unsere IPR-Kollisionsregel *nicht* verweist, u.U. gesondert angeknüpft werden sollten.

Es geht dabei vor allem um die Problematik, dass auf ein Rechtsgeschäft nach den IPR-Kollisionsregeln das Recht des Staates A (Forumstaat oder ein ausländischer Staat) anwendbar ist, jedoch der ausländische Staat B mit öffentlichrechtlichen oder anderen zwingenden Rechtssätzen auf dieses Rechtsgeschäft einwirkt.

Naturgemäss werden solche zwingenden Regelungen vom Staat, der sie erlässt, in seinem Territorium von Amtes wegen und mit Straf- und Zwangsgewalt durchgesetzt. Dies führt zu Pflichtkonflikten der am Rechtsgeschäft beteiligten Privaten.

Die *herkömmliche Lösung* bestand in einer Berücksichtigung dieser Vertragsstörungen im Rahmen des an sich anwendbaren Rechts, des Vertragsstatuts (materiellprivatrechtliche Lösung). Es wird dann ein Ausgleich der Privatinteressen im Rahmen der schuldrechtlichen Bestimmungen zur Rechts- oder Sittenwidrigkeit, zur Unmöglichkeit, zur clausula oder zur richterlichen Vertragsergänzung gesucht. Es ist aber eine besondere Auslegung der auf Binnensachverhalte zugeschnittenen nationalen Rechtssätze in plurinationalen Sachverhalte notwendig. Das ist dem Richter bei der Anwendung nationalen Recht zumutbar, sobald es aber um ausländische Rechtsordnungen geht, gibt das Probleme.

Da sich hinter der materiellprivatrechtlichen Lösung meistens doch eine kollisionsrechtliche Entscheidung verbirgt, sollte die Lösung dem IPR überlassen werden. Es geht um die vernünftige Lösung eines Pflichtenkonflikts, den die reguläre Kollisionsregel unseres IPR mitverursacht hat.

Es drängt sich eine kollisionsrechtliche Lösung über Sonderanknüpfungen der zwingenden Normen auf, wie es in Art. 19 IPRG gefordert wird.. Es ist daher jeweils ge-

sondert zu prüfen. *Der Richter beurteilt diese stark von Werturteilen mitgeprägten Fragen aufgrund kollisionsrechtlicher Prinzipien der eigenen Rechtsordnung.*

2. Auslegung des Art. 19 IPRG

- Vorausgesetzt wird, dass die zwingende Bestimmung der an sich nicht anwendbaren ausländischen Rechtsordnung gemäss der Auslegung, die der Rechtsnorm im Staat, der sie erlassen hat zukommt, zwingend im internationalen Verhältnis anzuwenden ist, und zwar auch auf einen Sachverhalt, wie er gerade zu beurteilen ist. Der spezielle räumliche Anwendungsbereich und allfällige Selbstbeschränkungen dieses Rechtssatzes sind sorgfältig festzustellen.
- Sodann muss der Sachverhalt einen engen Zusammenhang mit dem Recht des Staates, der die zwingende Bestimmung erlassen hat, aufweisen. Der Richter hat daher in Anwendung des schweizerischen IPR spezielle Anknüpfungskriterien für derartige Sachverhalte zu entwickeln, denen auch im Vergleich zu dem in der gewöhnlichen Kollisionsregel enthaltenen Anknüpfungsbegriff erhebliches argumentatives Gewicht zukommt. Wegen dieser freien kollisionsrechtlichen Abwägung liegt ein Sonderanknüpfungsvorgang vor.
- Hinzukommen muss, dass nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Berücksichtigung der in Frage stehenden Rechtssätze gebieten.
Gem. Schwander ist dies aber verfehlt, denn Art. 19 IPRG soll auch Umgehungen fremden Rechts verhindern. Die zwingenden Normen sollen Private auch gegenüber sich selbst schützen. Der Richter hat somit die zwingenden Normen von Amtes wegen und sogar gegen die „Interessen“ der Prozessparteien durchzusetzen.
Hingegen verlangt Art. 19 IPRG urecht ein Werturteil, das richtig formuliert lauten muss: Die im Spiele stehenden Interessen an der Sonderanknüpfung der zwingenden Rechtssätze müssen nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswert sein und offensichtlich das Interesse an der Anwendung der *lex causae* überwiegen. Das Werturteil stützt sich auf materielle und auf kollisionsrechtliche Gesichtspunkte.
- Art. 19 II IPRG soll das Werturteil erleichtern. *Der Entscheid über die Sonderanknüpfung hängt davon ab, wie wir den Zweck des zwingenden Rechtssatzes bewerten und welche Rechtsfolgen eine Sonderanknüpfung ergeben würde. Massstab sind (wie beim ordre public) die grundlegenden Werte unserer Rechtsordnung.* Dabei ist nicht erforderlich, dass wir ähnliche zwingende Rechtssätze kennen, es genügt, dass wir die dahinter stehende Zielsetzung billigen. (Bsp. S. 253)
*Die wichtigste Aussage in Art. 19 II IPRG besteht darin, dass eine Sonderanknüpfung nur insofern gerechtfertigt ist, als sie zu einer **sachgerechten Entscheidung** führt.*
- Art. 19 I IPRG sagt lediglich die gesondert angeknüpfte zwingende Bestimmung kann berücksichtigt werden. Da nur isolierte Rechtssätze der ausländischen Rechtsordnung herangezogen werden, kann es gar nicht darum gehen, sie gänzlich im Geiste der fremden Rechtsordnung anzuwenden. Die meisten so anwendbaren Rechtssätze betreffen die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens oder die Unzulässigkeit eines Rechtsgeschäftes. Die Konsequenzen hat der Richter pflichtgemäss gestützt auf Art. 19 I IPRG selbst zu ziehen. Die Folgen darf der Richter nicht einfach dem ausländischen Recht überlassen. Vielmehr ist zu untersuchen, ob der Vertrag trotz des Verbotes ausgeführt werden kann, welche Folgen die Ignorierung des Verbots für die betroffene Partei hat, ob die Parteien mit dem Verbot rechnen mussten, vor allem aber auch, ob der Richter des Forums die Sanktion für geboten ansieht, weil er die Zielsetzung der Norm bejaht.
Der Richter ist diesbezüglich nicht auf Lösungen der *lex causae* verwiesen (wie dies bei der materiellprivatrechtlichen Lösung der Fall gewesen wäre), sondern er darf entsprechende richterliche Regeln entwickeln, die in ihrer Technik naturgemäss entsprechenden Rechtsfiguren des schweizerischen Schuldrechts ähnlich sein werden, in ihrer Zielrichtung jedoch den Besonderheiten des internationalen Rechtsverkehrs Rechnung tragen.

§ 21 IPR-Sachnormen (materielles IPR)

I. Begriffliches

IPR-Sachnormen sind materielle Rechtssätze, welche den internationalen Sachverhalt ganz oder teilweise direkt regeln. Sie begnügen sich nicht damit, wie Kollisionsregeln die eine oder andere Rechtsordnung als anwendbar zu bezeichnen. Vielmehr ordnen sie selber eine Rechtsfolge im Sinne einer Verteilung von Rechten und Pflichten der Privaten in internationalen Sachverhalten an. Sie können damit die Bedürfnisse des internationalen Handels und Rechtsverkehrs besonders gut berücksichtigen.

Das intertemporale Recht kennt eine analoge Gesetzestechnik.

II. Arten der IPR-Sachnormen

1. Berücksichtigung rein tatsächlicher Beziehungen zum Ausland in Form leichter Modifikationen innerhalb des anwendbaren Rechts

Die „schwächste“ Form von IPR-Sachnormen ist in Bestimmungen zu sehen, welche als Teil des ohnehin anwendbaren Rechts Sachverhalte mit einer bloss tatsächlichen Beziehung zum Ausland im Vergleich zu reinen Binnensachverhalten leicht modifiziert behandeln.

Bsp: Art. 84 II, 189 II, 485 I OR oder 66 IV SchKG. Diese Bestimmungen setzen einen eigentlichen internationalen Sachverhalt voraus, welcher die Frage des anwendbaren Rechts aufwirft.

2. Modifikationen im ohnehin anwendbaren schweizerischen Recht

Weiter gibt es materiellrechtliche Bestimmungen des schweizerischen Rechts, welche nur auf eigentliche internationale Sachverhalte anwendbar sind, aber voraussetzen, dass nach den IPR-Kollisionsregeln schweizerisches Recht massgeblich ist.

Bsp: Art. 515 III OR, Art. 22 II & III VVG. Diese Bestimmungen regeln einen plurinationalen Sachverhalt und sind anwendbar, wenn das Kollisionsrecht auf schweizerisches Recht verweist.

3. IPR-Sachnormen, welche trotz Anwendbarkeit eines anderen Rechts angewendet werden

Die stärkste Wirkung entfalten jene IPR-Sachnormen, welche innerhalb des ihnen eigenen räumlichen Anwendungsbereiches dem von der Kollisionsregel bezeichneten Recht vorgehen. Sie sind zugleich eine Unterart der lois... und werden daher gesondert angeknüpft.

Diese IPR-Sachnormen unterscheiden sich gegenüber anderen lois... dadurch, dass sie speziell in Hinsicht auf den plurinationalen Charakter des Sachverhalts geschaffen worden sind, während die übrigen lois... den Auslandsbezug im Sachverhalt bewusst negieren und den plurinationalen Sachverhalt einem Binnensachverhalt gleichstellen. Ihre strikte Durchsetzung entgegen dem anderenfalls anwendbaren Recht lässt sich aber, wie bei den übrigen lois..., nur mit dem besonderen Inhalt und Zweck des Rechtssatzes sowie dem kollisionsrechtlichen Gewicht des der IPR-Sachnorm eigenen räumlichen Anwendungsbereich rechtfertigen.

Bsp S. 258.

4. IPR-Sachnormen im Richterrecht

Der Richter muss, wenn er im IPR eine Lücke zu füllen hat, nicht immer eine Kollisionsregel bilden, sondern er darf auch eine IPR-Sachnorm entwickeln.

Andere richterliche IPR-Sachnormen entstehen von selbst als Folge des kollisionsrechtlichen Rechtsfindungsprozesses (z.B. durch das eingreifen des ordre public oder durch Anpassungen § 16).

5. Das sog. Autonome Handelsrecht (lex mercatoria)

Handelsbräuche, grenzüberschreitende Übungen der Branchen, standardisierte Klauseln (z.B. Incoterms, ...) bestimmen in bedeutendem Umfang das Verhalten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr. Solche *selbstgeschaffene Normen der Wirtschaft* werden von den direkt Beteiligten oft als adäquater und sachgerechter empfunden als die staatlichen Gesetze, welche primär für reine Binnensachverhalte geschaffen worden sind.

Obwohl es keine eigentlichen Rechtsregeln sind, werden sie von den massgeblichen Institutionen und Kreisen des internationalen Handels effektiv gelebt. Ihre Nichtbeachtung hat zu meist keine rechtlichen, aber um so effizientere wirtschaftliche und gesellschaftliche Sanktionen. Staatliche Gerichte (im Gegensatz zu Schiedsgerichten) haben die selbstgeschaffenen Normen des internationalen Handels (soweit sie noch kein Gewohnheitsrecht sind) nur soweit zu beachten, als das nach IPR bestimmte staatliche Recht dispositiv ist und weitere materiellrechtliche VSS diese Rechts erfüllt sind.

Das moderne IPR bietet aber grosse Flexibilität, vor allem im Zusammenhang mit dem Schutz der berechtigten Parteierwartungen (Art. 15 I IPRG), mit Sonderanknüpfungen von Teilfragen und der stärkeren Beachtung materiellrechtlicher Wertungen (Treu und Glauben) sowie des Grundsatzes *pacta sunt servanda*.

Zumindest in 3 Konstellationen hat der staatliche Richter, der aufgrund der IPR-Kollisionsregel schweizerisches Schuldvertragsrecht anwendet, internationale Handelsbräuche heranzuziehen:

1. Etliche Bestimmungen des OR verweisen auf Übung oder Ortsgebrauch als sog. mittelbares Gesetzesrecht (objektives Recht).
2. Die Parteien können sich ausdrücklich oder stillschweigend unter denselben VSS einem internationalen Handelsbrauch unterwerfen, wie einer regionalen oder brancheneigenen schweizerischen Usance. Das Vertrauensprinzip lässt annehmen, dass die internationale Verkehrssitte Vertragsbestandteil geworden ist. Als Vertragsinhalt können internationale Handelsbräuche selbstverständlich dispositives Recht verdrängen.
3. Liegt eine Vertragslücke vor, weil die Parteien in ihrem Vertrag eine Frage nicht geregelt haben, dürfte es in plurinationalen Sachverhalte adäquat sein den Inhalt internationaler Handelsbräuche im Rahmen des hypothetischen Parteiwillens heranzuziehen anstatt auf dispositives Recht zurückzugreifen.

In der Praxis besteht das Hauptproblem darin den Inhalt internationaler Handelsbräuche festzustellen. Daher muss ihn die beweisbelastete Partei nachweisen, wenn sie ihn als Vertragsinhalt gelten machen will. Wird er aber nach 1.-3. als objektives Recht herangezogen, so gilt Art. 16 IPRG.

6. IPR-Sachnormen in Staatsverträgen und internationalen Konventionen

In Haager IPR-Konventionen finden sich nebst den vereinheitlichten Kollisionsnormen zuweilen einzelne IPR-Sachnormen, damit ein notwendigerweise zu treffendes Werturteil nicht nationalem Recht der Vertragsstaaten überlassen werden muss.

Davon zu unterscheiden sind jene Konventionen, welche internationale Sachverhalte gänzlich mit vereinheitlichtem materiellem Sonderrecht regeln. (z.B. WVK)

III. Funktion der IPR-Sachnormen

Die IPR-Kollisionsregeln verweisen lediglich auf ein staatliches Recht und stellen damit den internationalen Sachverhalt einem Binnensachverhalt der anwendbaren nationalen Rechtsordnung gleich. IPR-Sachnormen hingegen gestatten eine Regelung, welche die Besonderheit grenzüberschreitender Sachverhalte materiellrechtlich adäquat berücksichtigt, ohne eng an nationale Rechtskonstruktionen oder -sätze gebunden zu sein.

Allerdings kommt dieser methodische Vorteil der IPR-Sachnormen nur in international vereinheitlichtem Recht ganz zur Entfaltung. Nationale IPR-Sachnormen schaffen zwar ein

zweckmässiges Aussenprivatrecht, können aber nicht mit einer Übernahme oder Anerkennung in anderen Staaten Rechnen.

Als absolut internationale Sachverhalte, welche die Schaffung materiellen Sonderrecht rechtfertigen, gelten gem. Lehre, Sachverhalte ohne enge Beziehung zu einzelstaatlichen Rechtsordnungen, wie:

- Sachverhalte welche den herkömmlichen Kollisionsregeln keinen ausreichenden oder konstanten Anknüpfungspunkt bieten
- Sachverhalte für welche keine nationale Rechtsordnung oder zumindest keine der beteiligten Rechtsordnungen adäquate Rechtsnormen kennt.
- Sachverhalte welche zwar an sich in nationalen Rechtsordnungen geregelt sind, welche aber im Falle einer Auslandsberührung einer Sonderregelung bedürfen
- Sachverhalte welche keine überwiegende Beziehung zu einer nationalen Rechtsordnung oder annähernd gleich starke Beziehungen zu mehreren nationalen Rechtsordnungen haben und für welche die in Betracht kommenden nationalen Rechtsordnungen völlig entgegengesetzte Regelungen treffen.

IPR-Sachnormen erfüllen auch eine wichtige Hilfsfunktion als Komplementär- oder Ersatznormen. Sie sind in manchen Situationen (Lückenfüllung, Anpassung, modifizierte Auslegung nationalen Rechts in plurinationalen Sachverhalte) notwendige und selbstverständliche Begleiterscheinungen der kollisionsrechtlichen IPR-Methode. Das kommt daher, dass das IPR von der Frage ausgeht, welches Recht ist anwendbar, die übliche Frage aber wäre, Welches ist für diesen Tatbestand die adäquate, gerechte Rechtsfolge. Die Kollisionsregel sagt aber noch nicht, was im grenzüberschreitenden Verkehr gerecht sein soll. Die Existenz der IPR-Sachnormen zeigt das Ungenügen der Kollisionsregel als einzige Methode des IPR auf. Andererseits werden auch in Zukunft die IPR-Sachnormen nur einen geringen Teil des IPR bilden.

5. Kapitel: IPR in Staatsverträgen und internationalen Konventionen

§ 22 IPR in Staatsverträgen und internationalen Konventionen

I. Natur und Arten der Staatsverträge

Ein wichtiges Instrument des IPR sind Staatsverträge, da sie die einheitliche Behandlung der internationalen Sachverhalte anstreben. Der Wert einer Vereinheitlichung besteht für den Privatrechtsverkehr in der gleichen Beurteilung desselben Sachverhalte durch alle Vertragsstaaten und damit in der Vorhersehbarkeit der Entscheidungen.

Vereinbarung, Ratifikation, Verbindlichkeit des Staatsvertragsrechts sowie dessen Verhältnis zum Landesrecht unterstehen den Regeln des Völkerrecht und subsidiär oder ergänzend denjenigen des Staatsrechts.

Es gibt bilaterale oder zweiseitige Verträge und multilaterale Übereinkommen oder Konventionen. Weiter wird zwischen offenen und geschlossenen Vertragswerken unterschieden.

Konventionen, die das eigentliche IPR (anwendbares Recht) betreffen, haben regelmässig self-executing Charakter, es sei denn, sie setzen ausnahmsweise eine Institution oder organisatorische Massnahme voraus.

Es gibt multilaterale Konventionen, die einzig das Verhältnis unter den Vertragsstaaten regeln und daher auf dem *Prinzip der Gegenseitigkeit* beruhen. Und es gibt multilaterale Konventionen, die das IPR jedes Vertragsstaates im Verhältnis zu allen (Vertrags- oder Nichtvertrags-) Staaten regeln sog. lois uniformes oder Konventionen mit *erga omnes-Wirkung*. Da der nationale IPR-Gesetzgeber insoweit keine eigenen Kollisionsregeln erlassen darf, ist es nur folgerichtig, dass das IPRG an den einschlägigen Stellen auf Konventionen mit erga omnes Wirkung hinweist (Art. 49, 83 I, 93 I, 118 I, 134 IPRG).

Das schweizerische IPRG weist die Besonderheit auf, dass es einzelne Staatsverträge, die an sich auf dem Gegenseitigkeitsprinzip beruhen oder für welche die Schweiz eine völkerrechtliche Verpflichtung nur auf der Basis der Gegenseitigkeit eingegangen war, auf national-rechtlicher Ebene so anzuwenden vorschreibt, als ob ihnen erga omnes-Wirkung zukäme. Dafür braucht es eine entsprechende Gesetzliche Grundlage. Z.B. Art. 85 II, 194 IPRG.

II. Vereinheitlichung des IPR mit Konventionen

Dem Pluralismus der Gesetzestechniken und Methoden im nationalen IPR entspricht auch eine Mehrzahl von Regelungsmöglichkeiten in IPR-Konventionen:

1. Vereinbarung *gemeinsamer IPR-Kollisionsregeln*
2. Vereinheitlichung der *IPR-Sachnormen* (im Sinne eines speziellen materiellen Privatrechts) *für internationale Sachverhalte*. In Binnensachverhalten bleibt das nationale Privatrecht anwendbar. Es muss aber klar bestimmt werden, ab welchem Auslandsbezug ein vom Übereinkommen erfasster internationaler Sachverhalt vorliegt
3. Vereinbarung eines *einheitlichen materiellen Rechts*, das von den Vertragsstaaten gleichermassen auf *Binnensachverhalte* und auf *internationale Sachverhalte* angewendet wird.

III. Auslegung der Staatsverträge und der internationalen Konventionen

Es genügt nicht, die Texte der Kollisionsregeln und anderen IPR-Rechtssätze zu vereinheitlichen. Echte Rechtsvereinheitlichung wird erst erreicht, wenn die Vertragsstaaten diese Texte auch einheitlich auslegen.

Grundsätzlich sind bei der Interpretation dieselben Auslegungselemente zu berücksichtigen wie bei der Auslegung anderer Rechtssätze; allerdings kommt ihnen bei der Auslegung von Staatsvertragsrecht ein unterschiedliches Gesicht zu.

1. Der Wortlaut ist besonders wichtig. In den meisten Staatsverträgen und Konventionen wird ausdrücklich festgehalten in welcher Sprache der verbindliche Originaltext verfasst ist.
2. Auch die historische Auslegung ist relativ wichtig. Dabei gehen gemeinsame Materialien oder Materialien der die Konvention vorbereitenden Organisationen im Widerspruchsfall der Botschaft des Bundesrates vor.
3. Die systematische Auslegung ist nützlich, wenn mehrere Konventionen denselben Begriff verwenden und damit auch dasselbe meinen.
4. Teleologische Auslegung ist wichtig. Der Zweck der Vereinheitlichung spricht dafür, bei der Auslegung regelmässig Präjudizien und Schrifttum der anderen Vertragsstaaten heranzuziehen; sog. Rechtsvergleichende Auslegung.

IV. Konventionskonflikte

Viele scheinbare Konventionskonflikte lösen sich rasch, wenn der Anwendungsbereich der Staatsvertragsnormen in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht genau festgestellt wird. Erst wenn selbst nach exakter Auslegung ein Widerspruch bestehen bleibt, liegt ein echter Konventionskonflikt vor.

V.a. die neueren Staatsverträge regeln selbst ihren Anwendungsbereich im Verhältnis zu anderen Staatsverträgen so etwa *lex posterior derogat legi priori* oder der *lex specialis*.
Fehlen Konfliktregel im Staatsvertrag oder in der Konvention, so kann auf die völkerrechtliche Staatenpraxis der WVK zurückgegriffen werden.

V. Der Vorbehalt der völkerrechtlichen Verträge in Art. 1 II IPRG

Art. 1 II IPRG behält ausdrücklich völkerrechtliche Verträge dem IPRG vor. Gemeint sind damit nicht nur die Staatsverträge, die das IPR im engeren Sinne betreffen, sondern alle internationalen Abkommen, die in irgendeiner Art und Weise im grenzüberschreitenden Privatrechtsverkehr von Belang sein können.

Art. 1 II IPRG erfüllt 2 Funktionen:

1. Will er darauf aufmerksam machen, dass immer die einschlägigen Staatsverträge und Konventionen zu konsultieren sind
2. Ist er eine Einschränkung des Geltungsbereichs des IPRG. Das IPRG soll nur das regeln, was nicht von Staatsvertragsrecht erfasst wird. Daher variiert der Geltungsbereich des IPRG je nach Stand der Ratifikation der Staatsverträge. Der Geltungs- und Anwendungsbereich des IPRG zieht sich gestützt auf dessen Art. 1 II automatisch zurück, sobald neues Staatsvertragsrecht hinzutritt.