
Zeitschrift für
**Vergleichende
Rechtswissenschaft**

**einschließlich des Rechts der
Entwicklungsländer und der
ethnologischen Rechtsforschung**

82. Band 1983

Begründet 1878 von *Franz Bernhöft, Georg Cohn, Josef Kohler*

Herausgegeben von

Rolf Birk, Augsburg — Otto Sandrock, Bochum — Reinhold Trinkner, Heidelberg

Unter Mitwirkung von

*Huntington Cairns, Washington D.C. — J. Duncan M. Derrett, London — Georg W. Paton,
Melbourne — Jean Poirier, Paris — Hermann Trimborn, Bonn*

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft



**Verlagsgesellschaft
Recht und Wirtschaft mbH
Heidelberg**

Inhalt des 82. Bandes

Abhandlungen

<i>Arnold, Hans</i> , Rechtsordnung und Rechtspflege der Bahamas	97
<i>Brüggemeier, Gert</i> , Privater Schadensersatz beim Ausfall öffentlicher Funktionen? . .	62
<i>Coester, Michael</i> , Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut	1
<i>Dreyling s. Graupner/-</i>	193
<i>Follak, Klaus Peter</i> , Die „Young-Anleihe“ von 1930 und das Währungsrecht	88
<i>Giesen, Dieter</i> , Frühstück in London, Lunch in New York, Koffer in Bombay oder Begründung und Beschränkung der Haftung im internationalen Flugreiseverkehr . .	31
<i>Gramlich, Ludwig</i> , Zur Zulässigkeit von Vergesellschaftungen (Nationalisierungen) nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland	165
<i>Graupner, Rudolf / Dreyling, Anette</i> , Erblose Nachlässe im deutsch-britischen internationalen Privatrecht	193
<i>Heberer, Thomas</i> , Neue Aspekte der Autonomiegesetzgebung in der Volksrepublik China	152
<i>Hesse, Hans Albrecht</i> , Die Relevanz der Soziologie Max-Webers für juristische Praxis und Juristenausbildung	242
<i>Heuser, Robert</i> , Das neue chinesische Warenzeichenrecht	142
<i>Kaufmann, Otto</i> , Grundzüge des Rechts der sozialen Sicherheit im Senegal	239
<i>Klinke, Ulrich</i> , Ehegattenunterhalt im französischen Recht	223
<i>Lee, Sun Chol</i> , Das Hypothekenrecht der Republik (Süd-)Korea	208
<i>Petersmann, Ernst-Ulrich</i> , Stand der Arbeiten der International Law Association über eine neue Weltwirtschaftsordnung	195
<i>Sack, Peter G.</i> , Law in New Guinea and the Risks of Academic Pioneers	231
<i>Stecki, Leopold</i> , Scheidungsfolgen nach dem polnischen Familienrecht	216

Literatur

<i>Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.)</i> , Vertragspraxis und Streiterledigung im Wirtschaftsverkehr mit arabischen Staaten (Rezensent: <i>Otto Sandrock</i>)	254
<i>Lansky, Ralph</i> , Handbuch der Bibliographien zum Recht der Entwicklungsländer (Rezensent: <i>Renate Bellmann</i>)	190
<i>Spindel, Günter</i> , Josef Kohler — Bild eines Universaljuristen	192
<i>Will, Michael R.</i> , Quellen erhöhter Gefahr (Rezensent: <i>Ernst A. Kramer</i>)	261

ABHANDLUNGEN

Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut

Rechtsmethodische und -politische Überlegungen zu Art. 7 Abs. 1 des
europäischen Vertragsübereinkommens vom 19. 6. 1980*

Von Privatdozent Dr. Michael Coester, Augsburg/Göttingen

ZVglRWiss 82 (1983) 1—30

Inhalt

A. Einführung und Fragestellung	2
I. Ausgangssituation	2
II. Fragestellung	4
B. Anknüpfungshäufung	5
C. Der Ansatz beim Geltungswillen der Vorschriften	8
I. Unilateralistisches Konzept des Art. 7 Vertragsübereinkommen?	8
II. Mittelbare Auswirkungen der Anknüpfung an den Geltungswillen	10
III. Die Tauglichkeit des Geltungswillens als Anknüpfungskriterium	14
D. Die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit	17
I. Einzelfallgerechtigkeit im Einheits-IPR	18
II. Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen als Generalklausel	19
1. Tatbestandsseite	19
2. Rechtsfolgenreihe	20
3. Ergebnis	21
III. Richterliche Konkretisierung des Art. 7 Abs. 1	21
1. Natur und Gegenstand	21
2. Folgenberücksichtigung	25
3. Zielsetzung des Vertragsübereinkommens	26
E. Zusammenfassung und Ergebnis	29

* Diese Untersuchung hat dem Habilitationsvortrag des Verfassers am 4. 11. 1981 an der Universität Augsburg zugrunde gelegen. Abgekürzt zitiert werden: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlußbericht der Expertenkommission zum Gesetzentwurf, Zürich 1979 (Expertenkommission); *Giuliano, Mario/Lagarde, Paul*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Amtsbl. Nr. C 282 v. 31. 10. 1980; *Joerges, Christian*, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, Berlin/Tübingen 1971; *Kegel, Gerhard*, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. München 1977; *Lando/v. Hoffmann/Stiehr*, European Private International Law of Obligations, Tübingen 1975; *Lorenz, Egon*, Zur Struktur des Internationalen Privatrechts, Berlin 1977; *Neubaus, Paul Heinrich*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Tübingen 1976; *Reithmann, Christoph*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. Köln 1980; *Sandrock, Otto* (Hrsg.), Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung (Bd. 1, 2), Heidelberg 1980 (*Sandrock/Bearbeiter*); *Schulte, Dieter*, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftlicher Art, im internationalen Vertragsrecht, Bielefeld 1975; *Schulze, Johannes*, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht, Frankfurt/M. 1972; *Schurig, Klaus*, Kollisionsnorm und Sachrecht. Zur Struktur, Standort und Methode des Internationalen Privatrechts, Berlin 1981; *Staudinger/Firsching*, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetz-

A. Einführung und Fragestellung

I. Ausgangssituation

Seit etwa 40 Jahren wird im deutschen und europäischen IPR ein Problem diskutiert, das im Grundsatz allerdings schon von *v. Savigny* gesehen wurde: Die kollisionsrechtliche Behandlung solcher in- und ausländischer Normen, die nicht ausschließlich Privatinteressen zum Gegenstand haben, sondern die mit einem besonderen Interesse des Urheberstaates selbst „besetzt“ sind und — wie *v. Savigny* meint — deshalb einer „so freien Behandlung“ wie rein privatrechtliche Normen im Sinne wechselseitiger Austauschbarkeit nicht zugänglich sind¹. Ungeachtet aller Differenzierungen lassen sich drei Grundansätze bei der Behandlung dieser Normen unterscheiden: Die „Schuldstatutstheorie“ läßt das den Vertrag beherrschende Recht auch und ausschließlich für zwingende Normen öffentlichen Interesses maßgeblich sein, vorbehaltlich nur des *ordre public* des Gerichtsstaats². Eine andere, insbesondere von *Kegel* begründete und von der deutschen Rechtsprechung im wesentlichen übernommene Lehre stellt auf die öffentlich-rechtliche Natur der Vorschriften ab. Sie seien durch das internationale Privatrecht grundsätzlich nicht erfaßt, sondern unterföhlen einem gesonderten „öffentlichen Kollisionsrecht“. Dessen beherrschender Leitsatz sei die Unanwendbarkeit öffentlichen Rechts außerhalb des Territoriums des Urheberstaates; nur aktuelle Durchsetzungsmacht dieses Staates rechtfertige die Berücksichtigung durch andere Staaten. Anderes gelte unter Umständen nur für sozialpolitische Vorschriften; im übrigen sei es Sache des Vertragsstatuts, durch seine Sachnormen der Auslandsverknüpfung des Sachverhalts einschließlich der Existenz fremder Normen Rechnung zu tragen³. Die als

buch, Teil 2 b: Internationales Schuldrecht I, 10./11. Aufl., Berlin 1978; *Steindorff, Ernst*, Sachnormen im Internationalen Privatrecht, Frankfurt/M. 1958 (*Steindorff*, Sachnormen); *Steindorff, Ernst*, Entwicklungen des deutschen Internationalen Privatrechts, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Tübingen 1974 (*Steindorff*, Entwicklungen); *Soergel/Kegel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 10. Aufl. Stuttgart u. a. 1970; *Toubiana, Annie*, Le Domanie de la Loi du Contrat en Droit International Privé, Paris 1972; *Wengler, Wilhelm*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, BGB-RGRK, Bd. VI: Internationales Privatrecht, 12. Aufl. Berlin/New York 1981; *Schwander, Ivo*, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Zürich 1975.

- 1 System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, Berlin 1849, S. 32 ff.; zu *Savigny* neuestens *Neuhaus*, *RabelsZ* 46 (1982) 4, 13 f.
- 2 Zur Bezeichnung als „Schuldstatutstheorie“ *Schulze* S. 32. Vertreten von *Melchior*, Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin/Leipzig 1932, S. 267; *Serick*, *RabelsZ* 18 (1953) 636 f., 643, 646 ff.; *Mann*, Festschrift Wahl, Heidelberg 1973, S. 159 f.; ders., Festschrift Beitzke (1979) 607 ff.; zur älteren deutschen Rechtsprechung *Wolff*, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. Berlin u. a. 1954, S. 69. Vgl. die Diskussion bei *Schulze* S. 32 ff.; *Schulte* S. 74 ff. (*Schulte* selbst folgt diese Lehre nur bezüglich solcher Eingriffsnormen, die nicht internationale Geltung beanspruchen, S. 123, 127; zust. insoweit *Neuhaus*, *RabelsZ* 41 (1977) 428). Vgl. *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, 190 ff.
- 3 *Soergel/Kegel* vor Art. 7, Anm. 383—388; *Kegel* S. 504 ff.; ders., Festschrift Beitzke (1979) 551 ff., 560 ff.; *Kegel/Seidl-Hohenveldern*, Festschr. Ferid (1978) S. 233 ff., 239. Deutsche Rechtsprechung vor allem: BGH 17. 12. 1959, BGHZ 31, 367; 12. 11. 1959, BGHZ 31, 168; 21. 12. 1960, BGHZ 34, 169; 24. 5. 1962, NJW 1962, 1436; 22. 6. 1972, BGHZ 59, 82, 85 f.; 16. 4. 1975, BGHZ 64, 183. Zur deutschen Rechtsprechung vgl. die Darstellungen bei *Staudinger/Firsching* Rdn. 371—380;

ditte zu nennende Sonderanknüpfungslehre geht ebenfalls von der Unangemessenheit herkömmlicher international-privatrechtlicher Regeln für Eingriffsnormen⁴ aus. Für sie sind Eingriffsnormen jedoch grundsätzlich beachtlich, soweit diese selbst Anwendung auf einen bestimmten Fall beanspruchen. Bei fremden Normen tritt eine einschränkende Kontrolle anhand räumlicher oder sachlicher Kriterien des Gerichtsstaats hinzu⁵.

Der relativ gefestigte Diskussionsstand ist durch das europäische „Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“ (Vertragsübereinkommen) vom 19. 6. 1980⁶, mit dem die Vereinheitlichung der europäischen Kollisionsrechte angestrebt wird⁷, wieder aufgelockert worden.

Art. 7 des Vertragsübereinkommens, auf den sich die hier behandelte Thematik beschränkt, ist im Regelungszusammenhang mit den voranstehenden Vorschriften zu sehen.

-
- Schulze* insbes. S. 59–62; *Schulte* S. 18f. Für die Schweiz BG 2. 2. 1954, BGE 80 II 53, 61 ff.; *Heini*, SJZ 74 (1978) 258 (gegen Art. 18 des Schweizer IPR-Gesetzesentwurfs). Rechtsvergleichend: *Lando*, Contracts, in: Int. Encyclopedia of Comp. Law, Vol. III, Ch. 24, Tübingen u. a. 1976, Rdn. 202.
- 4 Der Begriff „Eingriffsnorm“ wird hier aus Gründen der sprachlichen Praktikabilität für alle vom staatlichen Interesse besetzten Vorschriften gebraucht. Der Sache nach ist der Begriff diffus: Er unterscheidet nicht nach internem oder internationalem Geltungswillen, er kann meinen „Eingriff in die Privatautonomie“ oder „Eingriff in das allgemeine Gefüge des IPR“, dazu noch unten C. I., bei Fn. 34 ff.
- 5 Vgl. insbes. *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 168 ff.; ders. *RabelsZ* 19 (1954) 401, 415 ff.; *Zweigert*, *RabelsZ* 14 (1942) 283 ff.; ders., in: 50 Jahre Institut für internationales Recht an der Universität Kiel (Kieler Festschrift, Hamburg 1965, 124 ff.; *K. H. Neumayer*, *Rev. crit.* 46 (1957) 579 ff.; 47 (1958) 53 ff.; *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971) S. 159 ff.; *Mertens*, *RabelsZ* 31 (1967) 385 ff.; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 396 ff.
- 6 ABL. Nr. L 266 v. 9. 10. 1980; Text auch in *RabelsZ* 46 (1982) 196 ff. (dtsch./engl.). Vorangegangen war ein Entwurf von 1972 (Doc. XIV/398/ 72), abgedruckt *RabelsZ* 38 (1974) 211 ff.; Literatur dazu bei *Staudinger/Firsching* Rdn. 140; vgl. weiter *Cavers*, *So. Cal. L. Rev.* 48 (1975) 603; *Coing*, WM 1981, 810; *Collins*, I.C.L.Q. 25 (1976) 35; Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, Travaux du Comité français du Droit International Privé 1971–1973; *Firsching*, IPRax 1981, 37; *Foyer*, *Clunet* 103 (1976) 555; *van Hecke*, *Festschr. Mann* (1977) S. 183; *Mann*, *Festschr. Beitzke* (1979) S. 616; *Nadelmann*, *Am. J. Comp. L.* 24 (1976) 1; ders., *Law + Cont. Prob.* 41 (1977) 54; *Pocar*, RIW/AWD 1979, 384; *Steindorff*, *Europarecht* 16 (1981) 426 (speziell zu EG-rechtlichen Aspekten); *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982) 57 ff.; ders., *Am. J. Comp. L.* 30 (1982) 99 ff.; *Lando*, *Am. J. Comp. L.* 30 (1982) 19 ff.; *Vitta*, *Am. J. Comp. L.* 30 (1982) 1 ff.; *Sandrock/Steinschulte* I, Rdz. 195, 196; *Heini*, ZSR 100 I (1981) 65 ff.; *Mengozzi*, *Arch. Giur.* 197 (1979) 3 ff. Das Übereinkommen beruht auf Art. 220 EWGV, bedarf also der Umsetzung in nationales Recht, um die Gerichte unmittelbar zu binden.
- 7 *Giuliano/Lagarde* S. 4, 5; *Pocar* a. a. O. 384 f. Vgl. als „Vorläufer“ Art. 13 Abs. 2 des (nicht in Kraft getretenen) Benelux-Abkommens von 1969 (Tractatenblad der Nederlanden 1969 Nr. 167, Anlage; dazu *Rigaux*, *Droit international privé* N. 361, S. 462; ders., *Clunet* 1969, 347; *de Winter*, *Rev. crit.* 57 (1968) 594; *Giuliano* in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 241); Art. 16 des Haager Übereinkommens v. 14. 3. 1978 über das die Vertretung anwendbare Recht; der Alnati-Fall des holländischen Hoge Raad v. 13. 5. 1966, *Rev. crit.* 56 (1967) 522 (dazu *Struycken* ebenda; *Sawveplanne*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 188; *Neubaus*, *RabelsZ* 35 (1971) 404 Fn. 16; in einem späteren Fall *Kharagitsingh v. Sewrajsingh* (12. 1. 1979), *Rev. crit.* 69 (1980) 68 hat der Hoge Raad das Alnati-Dictum nicht wieder aufgenommen, zur Interpretation dieses Urteils Rooij, ebenda S. 69 ff.). Vgl. auch Art. 18 des Schweizer IPR-Entwurfs v. 1978 in: Expertenkommission S. 315. Zum Vergleich des Art. 7 mit dem Restatement 2d, Conflict of Laws s. *Lando*, *Am. J. Comp. L.* 30 (1982) 19 ff.

Art. 3 und 4 des Übereinkommens legen die Anknüpfung für das allgemeine Vertragsstatut fest: Primär die Rechtswahl der Parteien (Art. 3), hilfsweise die „engste Verbindung“ zu einem Staat, eine Generalklausel, die im einzelnen aufgeschlüsselt wird (Art. 4). Art. 5 und 6 regeln, davon abweichend, die Anknüpfung für besondere Vertragstypen, den Verbraucher- und den Arbeitsvertrag schon unter Berücksichtigung des Umstands, daß auf diesen Gebieten in allen Staaten Eingriffsnormen häufig sind⁸. Daran anschließend bestimmt Art. 7 Abs. 1 generalklauselartig:

„Bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates aufgrund dieses Übereinkommens kann den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden, soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Bestimmungen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden.“

II. Fragestellung

Die sachliche und systematische Position von Art. 7 Vertragsübereinkommen ist nicht leicht zu verorten angesichts der Offenheit dieser Vorschrift vor allem auf der Rechtsfolgenseite. Nur allerdings wenn man sich auf den Standpunkt stellt, in Ausfüllung des Art. 7 sei alles möglich und erlaubt, scheint die Behauptung der Verfassergruppe vertretbar, Art. 7 bestätige lediglich die in den Mitgliedsstaaten der EG geltenden Grundsätze⁹. Der Aufbau der Norm und die zu ihren Gunsten vorgebrachten Argumente weisen demgegenüber eher in eine Richtung, die mit den Stichworten Unilateralismus, „Politisierung“ und „Ablösung des klassischen, auf von Savigny zurückgeführten IPR-Systems“ bezeichnet werden kann. Damit sind allerdings Probleme angesprochen, die die Grundfragen des heutigen IPR berühren und in diesem Rahmen nicht voll aufgenommen werden sollen. Die Thematik ist in dreifacher Hinsicht einzugrenzen und zu präzisieren:

(1) *Sachlich* beschränken sich die Darlegungen auf die Bedeutung von *Eingriffsnormen dritter Staaten im Sinne des Art. 7 Abs. 1*. Eigenständige Probleme der Eingriffsnormen von *lex fori* und Vertragsstatut bleiben ausgeklammert¹⁰.

8 Dazu insbes. *Firsching*, IPRax 1981, 40f.; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 32f.; *Giuliano*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 249f.; *Stoll*, *Festschr. Beitzke* (1979) 774f.

9 *Giuliano/Lagarde* S. 26. Kritisch zu dieser Behauptung *Coing*, *WM* 1981, 813 („Abkehr von den bisher in Deutschland anerkannten und befolgten Grundsätzen“).

10 Dazu *Staudinger/Firsching* Rdn. 382; *Wengler*, *ZvglRW* 54 (1941) 173 ff., 211; *Selvig, Hjermer, Drobniq*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 16, 19, 85; *Heini*, *SJZ* 74 (1978) 258; *v. Overbeck*, *RabelsZ* 42 (1978) 611. Nur hinzuweisen ist auf die Möglichkeit, daß der einer Sachnorm beigegebene Anwendungsbefehl sich *nur an die Gerichte des Urheberstaates* wendet, die Norm also stets durch Art. 7 Abs. 2, niemals aber durch Art. 7 Abs. 1 erfaßt wäre: vgl. — allerdings familienrechtlich — § 2 Abs. 1 des irischen Family Law Act 1981: „An Agreement between two persons to marry one another . . . shall not under the law of the State have effect as a contract and no action shall be brought in the State for breach of such an agreement, whatever the law applicable to the agreement.“

(2) Es geht nicht um die Ideallösung der Probleme fremder Eingriffsnormen im IPR, sondern *allein* um die Frage, *ob die Regelung in Art. 7 Abs. 1 als befriedigender und weiterführender Lösungsansatz angesehen werden kann.*

(3) Bei dieser kritischen Normenanalyse wird zentrales Augenmerk gelegt auf rechtspolitische, vor allem aber methodische und systematische Aspekte¹¹. Ausgangsposition bei dieser Fragestellung ist die Überzeugung von der Notwendigkeit wertmäßiger und wertverwirklichender Systematik des Rechts¹². Das System ist nicht Selbstzweck, wohl aber unerlässliches Kontrollinstrument für Verständnis, Ergänzung und Fortbildung des Rechts — letztlich somit Postulat der Rechtsidee selbst. Es wäre verfehlt, den Systemgedanken auf den generellen Aspekt der Gerechtigkeit zu beschränken und Individualgerechtigkeit als im wesentlichen systemfrei zu verstehen¹³: Die Systematik des Rechts liefert Rahmen und Leitlinien für gerechte Einzelfallentscheidungen und setzt der sich über den Einzelfall vorwärtstastenden Rechtsfortbildung Orientierungsdaten für den gebotenen Verfestigungs- und Generalisierungsprozeß. Methodenpluralismus ist in diesem Rahmen oft notwendiges Gebot¹⁴. Systempluralismus hingegen ist denkbar nur als Mehrheit von Teilsystemen, deren gegenseitige Zuordnung und Abgrenzung durch ein übergeordnetes Rahmensystem gewährleistet wird. Zusammenhanglos nebeneinander stehende Systeme oder Systemteile stören sich regelmäßig gegenseitig und bewirken Orientierungslosigkeit; jeweils für sich gut gemeint, bilden sie in ihrer Gesamtheit bestenfalls — in einer Formulierung von *Schurig* — „methodisches Patchwork“¹⁵. Die so konkretisierte Fragestellung für Art. 7 lautet also: Handelt es sich um den Ausdruck sachangemessener, begrüßenswerter Methodenvielfalt bei der Verwirklichung kollisionsrechtlicher Gerechtigkeit, oder würde mit Art. 7 ein systemstörendes, sachlich unbefriedigendes Regelungselement in das deutsche IPR übernommen? Unter diesem Blickwinkel sollen im folgenden drei Problemschwerpunkte erörtert werden: Das Prinzip der Anknüpfungshäufung, die Anknüpfung beim internationalen Geltungswillen der Normen und die Verlagerung der kollisionsrechtlichen Entscheidung in den Einzelfall.

B. Anknüpfungshäufung

Art. 7 beruft für den Teilaspekt „Eingriffsnormen“ gleichzeitig mehrere Rechtsordnungen, verbindet also Teilfragenbildung und Anknüpfungshäufung. Dem geltenden Kollisionsrecht sind Anknüpfungshäufungen nichts Fremdes. Sie begegnen als Anknüpfungs-

11 Systemfragen *sind* Teil der juristischen Methodik. Dennoch ist die Trennung gerechtfertigt, wenn man — wie hier — mit „Methode“ schwerpunktmäßig Rechtsanwendungsfragen und mit „System“ Rechtsgestaltungsfragen bezeichnen will.

12 Zum teleologisch-axiologischen Systembegriff *Canaris*, Systemdenken und Systembegriffe in der Jurisprudenz, Berlin 1969, insb. S. 41 ff., 86 ff.

13 Vgl. *Canaris* a. a. O. S. 112.

14 Zum „Methodenpluralismus“ im IPR *Schwander* S. 447 ff.; *Schurig* S. 336 ff.; vgl. *Neubaus*, *RabelsZ* 35 (1971) 401 ff.

15 *Schurig* S. 336. Zu einer Kritik des schweizerischen IPR-Entwurfs speziell aus methodologischem Blickwinkel vgl. *Moser*, in: Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 319 ff.

alternative, etwa beim Form- oder Deliktstatut, oder als Anknüpfungskumulierung, etwa bei den Ehevoraussetzungen. Auch die Kumulierung nur bezüglich eines Teilaspektes, etwa den Einwilligungen des Kindes und seiner Angehörigen zur Adoption ist im EGBGB statuiert (Art. 22 Abs. 2)¹⁶. Vor diesem Hintergrund erscheint Art. 7 hinsichtlich der Regelungstechnik nicht als Systembruch. Dennoch gelingt auch keine reibungslose Einordnung in die vorerwähnten Ansätze.

Wie zuletzt *Schurig* herausgestellt hat, wird die Häufung von Anknüpfungen eingesetzt, um bei annähernd ausgewogener kollisionsrechtlicher Interessenlage ein für wichtig erachtetes Sachinteresse schon bei der Wahl der letztlich maßgeblichen Rechtsordnung den Ausschlag geben zu lassen¹⁷, etwa dem Interesse an der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, der Begünstigung des Deliktsgeschädigten oder dem Schutz des Kindes. Welches Sachinteresse diese Funktion in Art. 7 übernehmen soll, ist nicht erkennbar¹⁸. Zwar stand in der Diskussion zum Vorentwurf des Vertragsübereinkommens der „Schutz des Schwachen“ im Mittelpunkt¹⁹. Damit sind jedoch von vornherein nur sozialpolitische Eingriffsnormen der Staaten angesprochen, für wirtschafts- und staatspolitische Vorschriften wie Im- oder Exportverbote oder Devisengesetze liefert der Schutzaspekt keine Kriterien. Übergeordnetes Ziel des Art. 7 soll es weiterhin sein, internationale Ordnung zu schaffen im Sinne der Bildung einer spezifischen, auf die Internationalität der Sachverhalte bezogenen materiellen Gerechtigkeit. Hintergrund ist die Vorstellung, daß ein einzelnes nationales Recht diese Aufgabe nicht zu leisten vermag, und daß der Kontakt des Sachverhalts zu mehreren Rechtsordnungen einschließlich ihrer Eingriffsnormen deren kumulative Berücksichtigung wünschenswert macht²⁰. Hier wird offenbar, daß die Mehrfachverknüpfung in Art. 7 nichts mit dem Modell der vorhandenen Anknüpfungshäufungen im EGBGB zu tun hat. Der Auswahlprozeß bis hin zu einer letztlich maßgeblichen Rechtsordnung soll gar nicht zu Ende geführt werden, so daß das Fehlen eines ausschlaggebenden Sachinteresses erklärlich wird. Eine Mehrfachanknüpfung aber in dem Sinne, daß aus den gleichzeitig berufenen Sachrechten gewissermaßen ein Normfundus gebildet und aus diesem wiederum ein der Internationalität der Sachverhalte angemessenes Regelungsgefüge zusammengestellt wird, also eine Sachrechtskumulierung im Gegensatz zu einer kollisionsrechtlichen An-

16 Zum allseitigen Ausbau dieser Vorschrift *Soergel/Kegel* Art. 22 Anm. 7; *Schurig* S. 208, 209; zu hier nicht interessierenden stufenweisen Anknüpfungen *Neubaus* S. 138 f.

17 A. a. O. S. 204 ff., 209; vgl. schon *Wengler*, AcP 38 (1959/60) 549; *ders.*, Rec. des Cours 104 (1961—III) 317 ff.; *ders.*, Eranion Maridakis, Bd. 3 (Athen 1964) 368 ff.; *ders.*, RGRK I, S. 217. Methodisch ähnlich, soweit der kollisionsrechtliche Aspekt betroffen ist, das Offenlassen der Rechtswahl bei übereinstimmenden Sachrechten, *Steindorff*, JZ 1963, 200 ff.; *ders.*, Entwicklungen S. 169 f.; v. *Caemmerer*, Festschr. Hallstein (1966) S. 62 ff.; vgl. *Behn*, ZfRV 19 (1978) 241 ff. Zum Schweizer IPR-Entwurf *Siebr*, RIW/AWD 1979, 734 f.

18 S. auch *Coing*, WM 1981, 813.

19 Vor allem *Drobnig*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 83.

20 *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 168 f., 206 ff.; (differenzierend jedoch AcP 38 (1959/60) 548 ff.); *Roth*, ZHR 144 (1980) 379; zur Lehre vom „New Law Merchant“ *Schmittboff*, RabelsZ 28 (1964) 47 ff.; *Langen*, Transnationales Recht, Heidelberg 1981; *Bonell*, RabelsZ 42 (1978) 485 ff.; *Kegel*, Rec. des Cours 112 (1964—II) 257 ff.; vgl. auch *Batiffol*, Rec. des Cours 179 (1973—II) 122 ff.; weitere Nachw. bei *Staudinger/Firsching* Rdn. 331; *Schurig* S. 43, 331 f.

knüpfungskumulierung²¹, ist dem geltenden Kollisionsrechtssystem fremd. Natürlich gibt es auch im herkömmlichen System ein Nebeneinander und Miteinander verschiedener Sachrechte, das aus der kollisionsrechtlichen Differenzierung von Teilfragen, Vorfragen und auch Hauptfragen im Rahmen eines zusammenhängenden Lebensverhältnisses resultiert. Im Prinzip hat dabei aber jedes Sachrechtsfragment seine eigene, ihm vorbehaltene Regelungsthematik; ausnahmsweise Korrekturen im Hinblick auf andere Sachrechte gründen sich auf Anpassungsschwierigkeiten, bedeuten aber nicht die gemeinsame Berufung mehrerer Rechte für ein und dieselbe Rechtsfrage.

Art. 7 ermöglicht demgegenüber die Bildung eines Normfundus zur rechtsschöpferischen Bedienung durch den Richter. Hiergegen sind vor allem zwei Einwände zu erheben. Erstens ist es zweifelhaft, ob die Sachrechtskumulierung gerade im Bereich der Eingriffsnormen auch zu „kumulierter“, daß heißt zu *mehr* Gerechtigkeit führen wird. Vorschriften, die primär dem Gemeininteresse dienen, sind treffend mit „Steuern“ verglichen worden²²; sie belasten und stören den privaten Rechtsverkehr, ihre Kumulierung mag zwar die Anerkennungsfähigkeit von Urteilen fördern, unterminiert aber gleichzeitig die Vertragstreue, der bei internationalen Wirtschaftsbeziehungen erhöhte Bedeutung zukommt²³. Aber auch bei Eingriffsschutznormen ist mit einer Kumulierung nicht notwendig „mehr“ Gerechtigkeit erreicht. Schon frühzeitig hat *Gamillscheg* auf das Problem der Kumulierung sogenannter „sozialer Spitzen“ hingewiesen²⁴; aber selbst ein theoretischer möglicher Gerechtigkeitserfolg wird angesichts der Kompliziertheit, oft Aussichtslosigkeit, der Ermittlung und Harmonisierung der konkurrierenden Schutzsysteme nur selten zu realisieren sein²⁵.

Zweitens wird mit der Bildung eines internationalen Sachrechtsfundus die bisher allen Übergängen zum Trotz intakte Funktionsgrenze zwischen Sachrecht und Kollisionsrecht

21 Vgl. einen in diese Richtung gehenden Vorstoß von *Steindorff*, Sachnormen; v. *Mehren*, Harv. L. Rev. 88 (1974) 347 ff.; in diesem Punkt vergleichbar, unter der Generalklausel des „besseren Rechts“ *Juenger*, Zum Wandel des internationalen Privatrechts, Karlsruhe 1974.

22 *Neubaus* S. 35.

23 Vgl. *Kharagjtsingh v. Sewrajsingh* (oben Fn. 7). Allgemein schon *Serick*, RabelsZ 18 (1953) 648; *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 1959, S. 197; *Hjerner*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 17; *van Hecke*, Festschr. Mann (1977) S. 190; vgl. auch *Sturm*, Festschr. Wahl (1973) S. 229, 239 (bezüglich des Vertragshändlers); *Toubiana* S. 252 (auf ausländisches Recht beruft sich diejenige Vertragspartei, die nicht erfüllen will); *Mann*, Festschr. Beitzke (1979) 620; *Stoll*, ebenda S. 773. Nicht überzeugend *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 192 f.; *Steindorff*, Sachnormen S. 248 f. (jetzt aber *Europarecht* 16 (1981) 440); *Mann*, Festschr. Wahl (1973) S. 142, wonach der internationale Geschäftsverkehr längst alle berührten Rechtsordnungen prüfe und berücksichtige — letzteres eben doch nur, soweit mit deren *Anwendung* zu rechnen war. Auch als *Sollensatz* vermag die Forderung nach umfassender Berücksichtigung und Unterwerfung (*Steindorff*, Entwicklung S. 166) nicht zu überzeugen, vgl. *Gamillscheg* a. a. O. S. 196.

24 *Gamillscheg* a. a. O. S. 197; ein weiteres Beispiel im Zusammenhang mit der Kontrolle von AGB bringen *Stoll*, Festschr. Beitzke (1979) 764 f.; *Jayme*, ZHR 142 (1978) 112 ff., 114. Auf einem anderen Blatt steht die Notwendigkeit, bei Schutznormen die Zuständigkeit *jedenfalls einer* Rechtsordnung zu gewährleisten, vgl. unten bei Fn. 55 ff. und *Kropholler*, RabelsZ 42 (1978) 659.

25 Vgl. *Sonnenberger*, Festschr. Ferid (1978) S. 394 f.; *Firsching*, IPRax 1981, 40 41; *Lorenz* S. 99 ff. m. w. N.; *Hübner*, NJW 1980, 2604 f.

verwischt²⁶. Natürlich ist Gerechtigkeit unteilbar, auch für internationale Sachverhalte²⁷. Nur: Als undifferenzierte Gesamtidee leistet sie nichts für eine rationale und eben darum unserem Rechtsempfinden entsprechende Rechtsfindung. Die Ausdifferenzierung der Gerechtigkeitsidee in sachlicher und funktioneller Hinsicht und damit die Herstellung ihrer Operationalität ist — zumal bei komplizierten Lebensverhältnissen — Voraussetzung ihrer Verwirklichung. Die Sonderung der international-privatrechtlichen Fragestellung zur Aufdeckung eines spezifischen Gerechtigkeitsaspektes²⁸ steht nicht im Gegensatz, sondern entlastet und ergänzt die Frage nach der materiellrechtlichen Gerechtigkeit²⁹. Wird die Technik der Mehrfachanknüpfung schlicht als Instrument sachlicher Zweckverfolgung, gewissermaßen zu deren Fortsetzung mit „kollisionsrechtlichen“ Mitteln eingesetzt, führt das unmittelbare Durchschlagen sachrechtlicher Interessen zur Abdankung des internationalen Privatrechts auf breiter Front zugunsten einer better law- oder lex fori-Prärogative³⁰, die den Ansprüchen internationaler Gerechtigkeit kaum genügen dürfte.

Das Gewicht dieser Bedenken wird dadurch außerordentlich erhöht, daß Art. 7 Vertragsübereinkommen die Konstituierung des fallentscheidenden Sachrechts selbst nicht mehr leistet oder vorzeichnet, sondern dem Richter im Einzelfall überläßt³¹. Die hierdurch ausgelösten Probleme sind später gesondert zu erörtern³².

C. Der Ansatz beim Geltungswillen der Vorschriften

I. Unilateralistisches Konzept des Art. 7 Vertragsübereinkommen?

Das geltende, allseitig-sachbezogen anknüpfende System bekennt sich demgegenüber zur ungeteilten Verantwortung jedes Staates für die Verwirklichung kollisionsrechtlicher Gerechtigkeit durch seine Gerichte, begrenzt jedoch auf den nationalen Bereich. Sieht man die kollisionsrechtliche Gerechtigkeit — wie zuvor angedeutet — als spezifischen, aber integrierenden Teil der jedem Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsidee, versteht sich die Entscheidung für das multilateralistische System von selbst. Das einseitige, „unilateralistische“

26 Dazu insb. *Rabel*, *RabelsZ* 3 (1929) 755; ders., *RabelsZ* 5 (1931) 245 f., 283, 288; ders., *Conflict of Laws I*, Ann Arbor 1958, S. 60 f.; *Schurig* S. 58 ff., 106; vgl. auch *Neubaus* S. 20—29; *Ferid*, *GRUR Int.* 1973, 472 ff.; *Kegel*, *Festschr. Beitzke* (1979) 552 ff., 558 ff.

27 Zu extrem deshalb *Mann*, *Festschr. Beitzke* (1979) 620; vgl. demgegenüber bei Fn. 17.

28 Dessen Rückführung allein auf den Gleichheitssatz (*Wengler*, *Eranion Maridakis* (Athen 1964) S. 323 ff., insb. 342, 347; ders., *RGRK I* S. 62 ff., II § 7 N. 3; *Lorenz* S. 60, 63 ff.; zustimmend *Hoyer*, *ZfRV* 19 (1978) 75) scheint indessen eine unzutreffende Verengung. Die Berücksichtigung der Auslandsverknüpfung eines Sachverhalts ist doch auch unmittelbar eine Frage der *Sachgerechtigkeit*; dies wird deutlich, wenn man neben der kollisionsrechtlichen (Auswahl der räumlich angemessensten Rechtsordnung) die materiellrechtliche Reaktionsmöglichkeit (Bildung von Auslandsachverhalten innerhalb eines Sachrechts) ins Licht rückt. In letzterem Sinne wohl auch *Kropholler*, *RIW/AWD* 1981, 360; *Neubaus*, *RabelsZ* 46 (1982) 15 f.

29 Schlagend die Beweisführung bei *Schurig*, insb. Teil II; *Lorenz* S. 62; vgl. auch *v. Schwind*, *Festschr. Coing* (1982) S. 482 ff., insb. S. 487 f.

30 *Kegel*, *Festschr. Beitzke* (1979) S. 571.

31 *Wengler*, *AcP* 38 (1959/60) 459, 551.

32 Unten D.

System gesteht hingegen jedem nationalen Recht grundsätzlich nur zu, über den Anwendungsbereich der *eigenen* Normen zu entscheiden. Für den Anwendungsbereich ausländischer Gesetze ist der jeweilige Urheberstaat zuständig, so daß der *Geltungswille*³³ der einzelnen Rechte im konkreten Fall zum entscheidenden Kriterium wird.

Fragt man nach der systematischen Zugehörigkeit des Art. 7 Vertragsübereinkommen, so ist die zentrale Bedeutung, die dem Geltungswillen der Gesetze in dieser Vorschrift eingeräumt wird, unübersehbar. Nicht minder stark ist allerdings auch das autonomistische Element: Der Kreis der auf ihren Geltungswillen befragten Rechtsordnungen wird von vornherein auf diejenigen mit einer „engen Verbindung“ begrenzt, und selbst ein festgestellter internationaler Geltungswille auch von Normen dieser Rechtsordnungen bindet das Gericht nicht. Die Verantwortung für die gerechte Berücksichtigung der Auslandsbeziehung des Sachverhalts liegt eindeutig und ausschließlich beim Richter. Folgerichtig taucht auch erst auf dieser zweiten Stufe, zumindest andeutungsweise die Thematik der Eingriffsnormen („Gegenstand“) als entscheidungsrelevantes Merkmal auf.

Welche Funktion hat angesichts dieses Tatbestands der „Geltungswille“ in Art. 7?

Zunächst könnte daran gedacht werden, daß es in Art. 7 um die Begrenzung der Vereinbarungsfreiheit der Parteien geht. Zwingendes Recht begrenzt intern die Privatautonomie, international zwingendes Recht auch die schuldrechtliche Parteiautonomie³⁴. Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen würde sich bei dieser Sicht als Versuch darstellen, über die gesonderten objektiven Anknüpfungen beim Arbeits- und Verbrauchervertrag hinaus das international zwingende Recht des Gerichtsstaats (Art. 7 Abs. 2) und der *lex causae* durch entsprechende ausländische Normen anzureichern und die sachliche Bewegungsfreiheit der Parteien weiter einzuschränken³⁵. Der „Geltungswille“ wäre dann, internem Sprachgebrauch entsprechend, sachlicher Kontrapunkt zu privater Freiheit.

Diesem Verständnis steht entgegen, daß Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen das Vertragsstatut auf der Rechtswahl der Parteien beruht. Die Beachtung fremder Eingriffsnormen kommt gleichermaßen beim objektiv angeknüpften Vertragsstatut in Betracht. Damit verlagert sich aber die Konfliktsebene: Es steht nicht mehr zwingendes Recht gegen Parteiwille, sondern zwingendes Recht von Drittstaaten gegen Vertragsstatut. Auf *dieser* Konfliktebene, die häufig von der ersten nicht hinreichend unterschieden wird³⁶, ergibt sich eine gänzlich andere funktionale Bewertung des Geltungswillens. Es trägt deshalb nicht zur konzeptionellen Klarheit bei, wenn sich *Giuliano*

33 Eingespielter Terminologie folgend wird hier von „Geltungswillen“ gesprochen, obwohl es richtig „Anwendungswille“ heißen müßte.

34 Zur schuldrechtlichen Parteiautonomie *Staudinger/Firsching* Rdn. 309 ff.; *Hübner*, NJW 1980, 2601 f. Zur Lösung im Schweizer IPR-Gesetzentwurf: Art. 117 Abs. 2, 122; dazu *van Hecke*, in: Freiburger Kolloquium über den schweizerischen Entwurf ..., Zürich 1979, S. 86; *Siehr*, RIW/AWD 1979, 735.

35 Je enger die sachliche Bewegungsfreiheit, desto großzügiger darf die räumliche definiert werden, vgl. *Wengler*, ZVglRW 54 (1941) 206 ff.; Art. 3 Abs. 3 des Vertragsübereinkommens wäre deshalb nicht zwingend geboten.

36 Vgl. sogleich im Text und *Joerges* S. 159–161; deutlich insoweit *Steindorff*, Sachnormen S. 192; eine klare Unterscheidung auch bei *Wengler*, ZVglRW 54 (1941) 171 f.; vgl. *Heini*, SJZ 74 (1978) 258; *Kropholler*, *RabelsZ* 42 (1978) 636 ff., 644.

in seinem Bericht zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens auf Vorbilder beruft, deren Thematik eindeutig nur die Eingrenzung privater Vereinbarungsfreiheit war, nämlich Art. 13 Abs. 2 des Benelux-Abkommens und den Alnati-Fall des niederländischen Hoge Raad³⁷.

Es kommt also auf die Bedeutung des Geltungswillens gegenüber dem subjektiv oder objektiv angeknüpften Vertragsstatut, auf sein spezifisch kollisionsrechtliches Gewicht an. Art. 7 eröffnet die kollisionsrechtliche Interessenbewertung nicht nur wieder neu für den Zweck einer Mehrfach- (Neben-) anknüpfung, sondern hebt den internationalen Geltungswillen der fremden Normen als zu *diesem* Zwecke besonders wichtig hervor. Aber auch hier bleibt der Geltungswille, seinerseits Ergebnis fremder kollisionsrechtlicher Bewertung, nur Faktum in doppelter Funktion: Als objektives Kriterium einer Vorauswahl³⁸ und als Gesichtspunkt unter anderen im Rahmen der sodann autonom zu treffenden Entscheidung über die Mitberücksichtigung.

Von seiner unmittelbaren Normstruktur her kann Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen deshalb nicht dem einseitigen Kollisionsrechtssystem zugerechnet werden. Es bleibt jedoch zu fragen, ob mit der Anknüpfung an den Geltungswillen nicht doch mittelbar eine diesem System eigenartige Denkweise importiert wird³⁹. Geltungswille für bestimmte Sachnormen ohne Rücksicht auf das allgemeine Vertragsstatut ist ambivalent: Er kann die Vorform einer allseitigen Kollisionsnorm, gewissermaßen diese selbst in statu nascendi darstellen, entsprechend der Definition des ordre public durch *Kahn* als „unfertiger Teil“ des IPR⁴⁰. Er kann aber auch, wie bereits erwähnt, Bauelement eines einseitigen Kollisionsrechtssystems sein. Welche Konsequenzen ergeben sich nun daraus, daß Art. 7 gerade diese ambivalente Erscheinung zum Anknüpfungspunkt wählt? Zur Beantwortung dieser Frage muß etwas ausgeholt werden.

II. Mittelbare Auswirkungen der Anknüpfung an den Geltungswillen

In den Zeiten sozialen und rechtlichen Umbruchs ist die Bildung sachbezogener, allseitiger Kollisionsnormen oft noch nicht möglich: Weder für die sachliche Abstrahierung von Einzelnormen zugunsten begrifflicher Umschreibung der Normthematik noch für die Erstreckung der Kollisionsnorm auf gleichartige ausländische Regelungskomplexe liefert die aktuelle Rechtsentwicklung hinreichend gesicherten Boden, wie etwa derzeit im Bereich der Arbeitnehmer-Mitbestimmung⁴¹. Vom Standpunkt des klassischen IPR aus handelt es sich bei der dann häufigen Zuflucht zu einseitigen, gesetzesbezogenen Kollisionsnormen

37 Oben Fn. 7, S. 27; vgl. auch *Lagarde*, in: Examen (Fn. 6). S. 160 (Regazzoni v. Sethia), 161 (Beispielfall zum franz. Fernunterrichtsgesetz v. 12. 7. 1971); *Francescakis*, ebenda S. 171 (Zusammenhang Art. 7 (Rechtswahlfreiheit). Kritisch zu diesen Parallelen (Art. 13 Abs. 2 Benelux-Abkommen) *Coing*, WM 1981, 812.

38 Letztlich entscheidender Grund für die Wirkung des fremden Gesetzes ist nicht sein Geltungswille, sondern eine es berufene Kollisionsnorm der *lex fori*, *Mänhardt*, Die Kodifikation des österreichischen internationalen Privatrechts, Berlin 1978, S. 41; Expertenkommission S. 66.

39 Zur unilateralistischen „Schlagseite“ des Art. 7 *Lagarde*, in: Examen (Fn. 6) S. 162; *Toubiana*, ebenda S. 186; allgemeiner *Schurig* S. 324: Hoffnung mancher, „hier ‚ein bißchen Unilateralismus‘ zu verwirklichen“.

40 Jher. Jb. 39 (1898) 108.

41 Dazu *Birk*, RIW/AWD 1975, 589 ff.

nur um einen Notbehelf, das Streben aller an der Fortentwicklung des Rechts Beteiligten muß darauf gerichtet sein, mittels dogmatischer Durchdringung, Systematisierung und Rechtsvergleichung den Reifungsprozeß hin zu allseitigen, im Anknüpfungsthema von Einzelnormen unabhängigen Kollisionsnormen voranzutreiben. So zeichnen sich bereits Ansätze ab, wonach die einseitige Regelung des § 12 AGB-Gesetz in einer allseitigen Kollisionsnorm für den Verbrauchervertrag aufgehen wird⁴². Da das IPR nationales Recht ist, kann dieser Reifungsprozeß in einzelnen Staaten unterschiedlich weit fortgeschritten sein. Wie reagiert Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen darauf, wenn es in einer Rechtsordnung gelungen ist, vom Geltungsbefehl für bestimmte Sachnormen zu einer — ein- oder allseitig formulierten — eigenständigen Kollisionsnorm voranzuschreiten⁴³? Der Geltungswille rückt dann von der einzelnen Sachnorm ab und wird zur kollisionsrechtlichen Spezialnorm, etwa für bestimmte Vertragstypen oder für Teile eines Vertrags⁴⁴. Für die klassische und in der Bundesrepublik herrschende Sicht liegt hierin kein qualitativer Sprung. Das kollisionsrechtliche Element war schon immer vorhanden, hatte zuvor nur der Sachregelung angehaftet, war möglicherweise gar in der Sachnorm versteckt und ist jetzt von ihr räumlich-systematisch getrennt und in seiner Eigenschaft unübersehbar geworden⁴⁵. Die Verfasser des Art. 7 Vertragsübereinkommen sind demgegenüber offensichtlich von der Vorstellung beherrscht, daß internationale Eingriffsnormen (*lois d'application immédiate*) ein tertium zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht darstellten und gesonderter Behandlung bedürften⁴⁶. Das führt zu Ungereimtheiten in mehreren Zusammenhängen⁴⁷, nicht zuletzt auch hier. Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen beruft nicht Kollisionsnormen, sondern Sachnormen mit eigenem Geltungswillen⁴⁸. Dieses Konzept wird verstärkt durch

42 Vgl. Art. 5 des Vertragsübereinkommens; *Firsching*, IPRax 1981, 40; zur Reduzierung der kollisionsrechtlichen Sonderbehandlung von AGB auf den Verbrauchervertrag *Stoll*, Festschr. Beitzke(1979) S. 774f.

43 Prägnant zu diesem Vorgang *E. Lorenz* S. 74; vgl. auch *Schurig* S. 93, 129f., 168ff., 247f., 278, 286, 323ff.; *Kegel*, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1976) S. 73ff.; *Neubaus* S. 106; *ders.*, RabelsZ 35 (1971) 405; *Kropholler*, RabelsZ 33 (1969) 98f.; *ders.*, RabelsZ 42 (1978) 657ff.

44 Vgl. den Ausbau von Art. 4 des belg. Gesetzes für Eigenhändler (*Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente v. 27. 7. 1961/13. 4. 1971*, Les Codes Belges I, Brüssel S. 565) durch *Rigaux*, Droit international privé, Brüssel 1968, N. 84 S. 117ff.; ihm folgend *Sturm*, Festschr. Wahl (1973) S. 204.

45 *Neubaus* S. 98ff.; *ders.* RabelsZ 35 (1971) 405; *Kegel* (Fn. 58) S. 62f., 67ff., 73ff., 84ff.; *Schurig* S. 58, 69f., 247, 312f., 319; v. *Hoffmann*, RabelsZ 38 (1974) 407f.; vgl. *Toubiana* S. 207, 229ff., 258ff.

46 Zur Inkorporation dieser Lehre in Art. 7 *Lando*, RabelsZ 46 (1982) 33; *Drobnig*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 85f.; *Cavers*, So. Cal. L. Rev. 48 (1974/75) 612; *Coing*, WM 1981, 811; *Francescakis*, in: Examen (Fn. 6) S. 172. Für die im Text erwähnte Auffassung *Francescakis*, La théorie du renvoi, Paris 1958, S. 11; *ders.*, Rev. crit. 55 (1966) S. 9f.; *De Nova*, Cal. L. Rev. 54 (1966) 1569ff.; *ders.*, Festschr. Ferid (1978) S. 311; *Graulich*, Mélanges Dabin II (Paris 1963) S. 629ff.; vgl. *Jayne*, StAZ 1971, 69; vgl. auch die schweizerische Expertenkommission S. 29f. Gegen diese Lehre im allgemeinen *Kegel* (Fn. 70); *Neubaus* S. 105f.; *Siehr*, RabelsZ 37 (1973) 469f.; *Toubiana* (Fn. 70); *Birk*, RIW/AWD 1975, 590; *Maury*, Rev. crit. 48 (1959) 603; *Schwander* S. 248ff. Unzutreffend die Bemerkung von *Pocar*, RIW/AWD 1979, 390, wonach „die Doktrin diese Kategorie von Normen bereits voll akzeptiert“ habe.

47 Vgl. *Drobnig*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 85f.

48 *Giuliano/Legarde* S. 28.

Art. 15 Vertragsübereinkommen, der generell den renvoi ausschließt: Verweisungen des Übereinkommens seien stets und ausschließlich auf das Sachrecht zu beziehen. Die Folge dieser Interpretation wäre, daß die Fortentwicklung des Kollisionsrechts in einzelnen Staaten nicht honoriert, sondern bestraft würde. Die ehemals vom Art. 7 erfaßten Sachnormen fielen aus seinem Einzugsbereich heraus, da sie fortan nicht mehr „selbst“ gelten wollten, sondern in ihrer Geltung von der Berufung durch eine Kollisionsnorm abhingen. Rechtspolitisch bedeutete das eine Diskriminierung von Internationalisierungstendenzen innerhalb einzelner Staaten und die Honorierung von nationalem Protektionismus, kleinbürgerlichem Denken⁴⁹ und gesetzgeberischer Unlust oder Unvermögen, kollisionsrechtliche Problemstellungen zu sehen oder gar zu bewältigen. Rechtssystematische Folge wäre das Einfrieren der kollisionsrechtlichen Entwicklung auf primitiver Stufe und die Behinderung des Systemausbaus⁵⁰.

Bei negativer Motivation könnten sich die Staaten aufgerufen sehen, ihre eigenen Sonderanknüpfungen zu forcieren. Vor eigenen Gerichten wäre damit gemäß Art. 7 Abs. 2 die Berücksichtigung von Drittrechten blockiert, vor fremden Gerichten eine Berücksichtigungsmöglichkeit gemäß Art. 7 Abs. 1 geschaffen⁵¹. *Kegels* lapidare Feststellung „Vordrängeln gilt nicht^{52!}“ gälte ihrerseits nicht mehr.

Aber auch legitime Sachinteressen könnten Sonderanknüpfungen nahelegen: Schutznormen zugunsten der schwächeren Vertragspartei sind oft mit einem räumlichen Abgrenzungsmerkmal versehen, das ihre Geltung von bestimmter Inlandsverknüpfung des Sachverhalts, insbesondere Inlandswohnsitz des Schutzbedürftigen abhängig macht. Man denke nur an § 12 AGB-Gesetz, den Verbraucherschutz im englischen Unfair Contract Terms Act von 1977⁵³ oder die verbreiteten Schutznormen zugunsten des Handelsvertreters⁵⁴. Es kann sich nun die Situation ergeben, daß zwar alle beteiligten Rechtsordnungen einschlägige Schutznormen haben, daß aber dennoch keine dieser Normen im konkreten Fall eingreift⁵⁵. Staat A, der kraft Rechtswahl das Vertragsstatut stellt, begrenzt seine Schutzregeln

49 *Sturm*, Festschr. Wahl (1973) S. 228; vgl. *Neubaus*, *RabelsZ* 35 (1971) 405, 414; *Lorenz* S. 72, 74.

50 Das übersieht *v. Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 414, der unilateralistisch vorgeht, aber auf die spätere allseitige Ausbaumöglichkeit verweist. Vgl. (in etwas anderem Zusammenhang) *Birk*, *RIW/AWD* 1975, 590: „Das Kollisionsrecht . . . feiert in seiner primitivsten Form fröhliche Urständ!“. Zwar ist nach Auffassung von *Francescakis*, *Rev. crit.* 55 (1966) 16 (Fn. 2) ein Ausbau von Eingriffsnormen derzeit gar nicht möglich. Er klammert aber sozialpolitische Normen aus seinem Begriff der „lois de police“ aus (a. a. O. S. 13, 14 und 17). Für einen Ausbau jetzt wieder *Neubaus*, *RabelsZ* 46 (1982) 24.

51 *Cavers*, *So. Cal. L. Rev.* 48 (1974/75) 615: „ . . . conceivably we may observe an epidemic of national laws labeling their protective laws as compulsory and exclusively applicable.“; *Graue*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 100; krit. zur Expansion eigener und fremder Sonderanknüpfungen *Heini*, *SJZ* 74 (1978) 257 f.

52 Gedächtnisschrift *Ehrenzweig* (1976) S. 82.

53 *Sec. 27 (2) (b)*; dazu *Coote*, *M. L. R.* 41 (1978) 312 ff.; *Cheshire/North*, *Private International Law*, 10. Aufl. London 1979, S. 232 ff.; *Mann*, *I. C. L. Q.* 26 (1977) 903; *ders.*, *I. C. L. Q.* 27 (1978) 661.

54 Dazu unten Fn. 78.

55 Dazu *Steindorff*, *Entwicklungen* S. 170 (deutsches/schweizerisches Handelsvertreterrecht); *v. Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 415 f. m. Beispielen aus dem niederländischen und englischen Recht (an die Stelle des *Supply of Goods (Implied Terms) Act. 1973* ist jetzt z. T. der *Unfair Contract Terms Act 1977*, insb. *sec. 26, 27* getreten, vgl. vorstehend Fn. 53); vgl. auch *Toubiana* S. 203; *Kegel*, *Gedächtnisschrift Ehrenzweig* (1967) S. 74 f.

auf Inländer; die Normen des Staates B, dem der Schutzbedürftige angehört, sind nicht anwendbar, und auch über Art. 7 nicht berücksichtigungsfähig, wenn sie nur intern zwingend gelten, aber nicht sonderangeknüpft sind. Ein klassischer Fall des *Normenmangels*⁵⁶ mit seinen Abhilfemöglichkeiten liegt deshalb nicht vor, weil die Ungereimtheit nicht auf der kollisionsrechtlichen *dépeçage* eines Lebenssachverhalts beruht (wie etwa bei der vermögensrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten), sondern auf der protektionistischen Selbstbeschränkung der Sachrechte auf eigene Bürger⁵⁷ oder der mangelnden Unterscheidung zwischen Sachregelung und internationalem Anwendungsbereich der Norm⁵⁸. Zwar sind in der Literatur Lösungsvorschläge unterbreitet worden. Nach *v. Hoffmann* soll das Kollisionsrecht der *lex fori* in diesen Fällen „durch eine subsidiäre Anknüpfung (an das Wohnsitzrecht) den teilweisen Fehlschlag des Versuchs der Anrufung des Vertragsstatuts“ kompensieren⁵⁹. Für *Steindorff* stehen Sachnormen für internationale Fälle im Vordergrund; nach seiner Auffassung sollte deshalb „die übereinstimmende materielle Wertung der betroffenen Rechtsordnung(en) einen Vorrang vor kollisionsrechtlichen Gestaltungen haben“⁶⁰.

Schließlich könnte man auch daran denken, die örtlich oder personell begrenzte Sachnorm des Vertragsstatuts „auszubauen“, ebenso wie man es mit den einseitigen Kollisionsnormen des EGBGB getan hat. Die Sachnorm würde dann analog auch für gleichwertige Auslandsfälle gelten — eine These, die insbesondere *Birk* für § 244 BGB vertritt⁶¹. All diese Lösungswege sind zwar bedenkenswert, aber als übergreifende Lösungen konsensual und methodisch (noch) nicht abgesichert. Der Staat, der den Schutz seiner Einwohner gewährleisten will, wird sich deshalb nicht auf sie verlassen können, sondern muß zur Sonderanknüpfung seiner Schutznormen schreiten⁶². Fremde Einseitigkeiten, honoriert durch Art. 7, zwingen ihn zum Nachziehen.

Es ist demnach nach Wegen zu suchen, Art. 7 abweichend von seiner historischen Interpretation systemkonform auszulegen. Dabei bietet sich eine Lösung an, zu der einseitige Systeme stets greifen müssen, wenn sie in der realen Welt, die geprägt ist von allseitig-sachbezogen anknüpfenden Kollisionsrechtssystemen, funktionieren wollen: Gehen an-

56 So *v. Hoffmann* a. a. O.

57 Kritisch zur Rechtspolitik des § 53 Abs. 2 Ziff. 2 BörsG BGH 16. 3. 1981, NJW 1981, 1897, 1898: entspricht nicht „den Anforderungen eines abgewogenen Rechtsschutzes“.

58 Wohl deshalb spricht *Steindorff* (Fn. 55) nicht von „Normenmangel“, sondern von einem „Konflikt zwischen Sachnormen und Kollisionsrecht“. Die Verengung des staatlichen Gerechtigkeitsauftrags auf Inländer ist *zum Teil* wohl auf die Fragestellung der governmental-interest-Lehre zurückzuführen, vgl. nur *Neubaus* S. 30 f.; *Kegel*, Festschr. Beitzke (1979) S. 559 ff.; s. a. *Stoll* ebenda S. 775.

59 *RabelsZ* 38 (1974) 416.

60 *Entwicklungen* S. 170.

61 AWD 1973, 438. Bezüglich des *Gegenstands* des Ausbaus ist also sorgfältig zu trennen: Ausbau des *kollisionsrechtlichen* Normelements zur allseitigen Kollisionsnorm (bei § 244 BGB: es gilt das jeweilige Recht des Zahlungsortes, *Neubaus* S. 99 Fn. 285), oder „Ausbau“ der *Sachnorm* (bei § 244 BGB: Ersetzungsbefugnis durch die jeweilige Zahlungsort-Währung bei Maßgeblichkeit deutschen Vertragsrechts).

62 Die gesonderten Anknüpfungen für Arbeits- und Verbrauchervertrag in Art. 5, 6 des Übereinkommens entschärfen das Problem zum Teil.

dere Staaten nicht unilateralistisch vor, so wird ihren kollisionsrechtlichen Wertungen doch nur gerade der Teil entnommen, der den Bauelementen unilateralistischer Normen entspricht — der multilateralistische „Überbau“ wird ignoriert⁶³. Das bedeutet, daß die allseitige, sachbezogen formulierte Kollisionsnorm in ihre Einzelelemente zerlegt und nur in einem engen Ausschnitt berücksichtigt wird, nämlich soweit sie sich auf bestimmte Sachnormen des Urheberstaates bezieht. Die gesonderte Anknüpfung im fremden Kollisionsrecht wird somit wieder zur Sonderanknüpfung der fremden Sachnorm und fällt als solche unter den Tatbestand des Art. 7. Dieses Verfahren verhindert unerträgliche Systemstörungen, zeigt aber die konzeptionelle Fragwürdigkeit des Art. 7. Eine Klarstellung in Art. 15 des Übereinkommens, der Verweisungen stets nur auf das Sachrecht bezieht, wäre allerdings dringend erforderlich, um fremden Kollisionsnormen wenigstens die Beachtung zum Zwecke ihrer „Auflösung“ im soeben bezeichneten Sinne zu sichern.

III. Die Tauglichkeit des Geltungswillens als Anknüpfungskriterium

Neben diesen systembezogenen Bedenken bleibt schließlich die Frage, ob der internationale Geltungswille von Eingriffsnormen als Anknüpfungspunkt geeignet ist. Neben gewissen unilateralistischen Strömungen verdankt der Geltungswille seine Herausstellung sicherlich dem Umstand, daß eine sachliche Klassifizierung der angesprochenen Eingriffsnormen schwierig ist. Ihre Thematik ist äußerst heterogen; die klassische Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht greift nicht mehr angesichts einer zunehmenden gegenseitigen Durchdringung beider Bereiche⁶⁴. Mit dem internationalen Geltungswillen scheint der einzige gemeinsame Nenner und überdies gesicherter Boden erreicht zu sein. Bei näherem Hinsehen müssen jedoch erhebliche Zweifel sachlicher und methodischer Natur kommen.

Soweit Thema des Art. 7 Rücksichtnahme auf die Internationalität des Sachverhalts und die unterstellte Unzulänglichkeit eines nationalen Rechts ist, dieser Internationalität Rechnung zu tragen, und man deshalb eine (potentielle) Kumulierung der beteiligten Rechtsordnungen für nötig erachtet, will es zunächst nicht recht einleuchten, warum für diese, die einzelnen Rechtsordnungen übergreifende Gerechtigkeit nur die sonderangeknüpften Sachnormen jeder Rechtsordnung herangezogen werden dürfen⁶⁵. Ob eine Sachregelung international oder nur intern zwingend ausgestaltet wird, hängt oft mehr vom Zufall oder

63 Schurig S. 76.

64 v. Hoffmann, *RabelsZ* 38 (1974) 399, 408; *ders.*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 17 f.; Joerges S. 15 f., 18 f., 154 f., 164; Kegel, *Gedächtnisschrift Ehrenzweig* (1967) S. 69 f. m. Fn. 69, 72, 83, 84; Soergel/Kegel Rdn. 281—287 vor Art. 7; Lipstein, *Festschr. Rheinstein* (1969) S. 420 f., Mann, *Festschr. Wahl* (1973) S. 142 ff., 146 f., 152 f.; Neubaus, *RabelsZ* 35 (1971) 403 ff.; Reh binder, *JZ* 1973, 153 ff.; Schurig S. 138 ff., 165 ff.; Sonnenberger, *Festschr. Ferid* (1978) S. 388 f.; Staudinger/*Firsching* Rdn. 381; Francescakis, *Rev. crit.* 55 (1966) 15; Gotbot, *Rev. crit.* 60 (1971) 225 f., 232. Als spezifisch nationale Unterscheidung ist sie für Internationalisierungsbestrebungen ohnehin untauglich, vgl. Frank, *RabelsZ* 34 (1970) 71 f.

65 Insoweit konsequenter Steindorff, *Sachnormen* S. 228, 231, 233 f., 252, 255, 257, 262 f.; s. a. Lipstein, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 159; Lando, *RabelsZ* 38 (1974) 36: „Peace meal application of his most „urgent rules only“, Kropholler, *RabelsZ* 42 (1978) 652 ff.

wenig fundamentalen Erwägungen ab und hat mit ihrem Gerechtigkeitsgehalt nicht unmittelbar zu tun⁶⁶.

Soweit Art. 7 allseitige Anerkennung der Urteile und Herstellung internationaler Ordnung auch auf dem durch Staatsinteresse besetzten Teil des Privatrechts anstrebt⁶⁷, ist es weiterhin fragwürdig, mit dem internationalen Geltungswillen ein Merkmal als Fundament der internationalen Ordnung zu nehmen, das nur zu oft auf protektionistischen, eigensüchtigen oder undurchdachten Motiven beruht⁶⁸.

Schlicht unklar bleibt außerdem die genauere Definition des von Art. 7 gemeinten Geltungswillens. Offensichtlich hatte man sonderangeknüpfte Normen im Auge, deren Merkmal es ist, daß sie die allgemeine kollisionsrechtliche Anknüpfung gar nicht erst zum Zuge kommen lassen⁶⁹: Art. 7 spricht vom Geltungswillen „ohne Rücksicht darauf . . . , welchem Recht der Vertrag unterliegt“. Wie verhält sich Art. 7 aber zu den sogenannten „speziellen Vorbehaltsklauseln“, etwa solchen, die — wie Art. 12 AGB-Gesetz⁷⁰ — bestimmte Mindestschutzstandards des Urheberstaats absichern wollen? Bei diesen Klauseln ist *zunächst* das regulär berufene Vertragsrecht zu analysieren; das Eingreifen der Mindeststandards hängt davon ab, daß ein wertender Vergleich ein Schutzdefizit des Vertragsstatuts gegenüber dem Recht des Urheberstaats ausweist⁷¹. Vom Wortlaut des Art. 7 sind derartige Vorschriften nicht erfaßt: Schon der kollisionsrechtliche Geltungswille an sich ist fraglich, und wenn er vorliegt, wäre er jedenfalls nicht von jener verdrängenden Natur, die Art. 7 voraussetzt. Vom *Normzweck* her wäre die Erfassung aber sachgerecht, denn spezielle Vorbehaltsklauseln stellen lediglich eine alternative Regelungstechnik zur unbedingten Sonderanknüpfung dar — sie sind die das allgemeine Kollisionsrecht schonendere Version der internationalen Durchsetzung von sozialpolitischen Wertungen. Über die Zweifel am Gel-

66 *Cavers*, So. Cal. L. Rev. 48 (1974/75) 615 Fn. 41. § 187 (2) (b) Restatement 2d, Conflict of Laws verwendet statt des Geltungswillens das objektive Kriterium, ob die fremden policies „fundamental“ seien; dazu Comment ebenda S. 568 f.; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 34, 35, 37; *ders.*, Am. J. Comp. L. 30 (1982) 1, 33 f.; vgl. auch *Kropholler*, *RabelsZ* 33 (1969) 98 f. (Ausbaufähigkeit zur allseitigen Kollisionsnorm als Test für angemessene Gerechtigkeitsverwirklichung). Es erscheint deshalb sachlich unzutreffend, wenn das Thema fremder Eingriffsnormen unter der Überschrift „Ordre public eines Drittstaates“ behandelt wird, so (schweizerische) Expertenkommission S. 65 f. und die Marginale zum Gesetzentwurf; vgl. auch *Ferid*, StAZ 1961, 245 zu Art. 13 Abs. 2 des Benelux-IPR-Entwurfs. Zwar hat man bei Art. 7 „des dispositions impératives extrêmelement importantes“ im Auge gehabt (*Lagarde*, in: Examen (Fn. 6) S. 160), dies aber im Wortlaut von Art. 7 nicht präzise genug zum Ausdruck gebracht.

67 Vgl. unten D. III. 2. a) cc).

68 Vgl. oben Fn. 49.

69 Zum „verdrängenden“ Charakter der Sonderanknüpfungen *Steindorff*, *Sachnormen* S. 209; *Heldrich*, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin/Tübingen 1969, S. 49; *Roth*, NJW 1967, 136; *Wengler*, JZ 1979, 176; Art. 17 Abs. 2 des Schweizer IPR-Gesetzentwurfs. Unerheblich ist insoweit, ob man von *lois d'application immédiate* spricht oder von Sachnormen mit eigener, „versteckter“ und grundsätzlich ausbaufähiger Kollisionsnorm, oben Fn. 45.

70 H. M., vgl. *Jayme*, ZHR 1978, 119; *Sonnenberger*, *Festschr. Ferid* (1978) S. 393 ff.; *Kropholler*, *RabelsZ* 42 (1978) 651; *Schütze*, DB 1978, 2304; *Palandt/Heldrich*, BGB 41. Aufl. 1982, § 12 AGBG, Anm. 3 m. w. N.

71 Vgl. *Jayme* a. a. O. S. 117 ff.; *Kropholler* a. a. O. 649 ff.; *Sonnenberger* a. a. O. S. 393 ff.; *Reithmann* Rdn. 226; w. N. bei *Palandt/Heldrich* a. a. O.; *Kegel* S. 296 f.; *Schurig* S. 260 Fn. 207; *Hübner*, NJW 1980, 2604 f.; *Pocar*, RIW/AWD 1979, 391.

tungswillen als solchen könnte man hinwegkommen, wenn man — anders als beispielsweise *Kropholler* — die Ergebniskorrektur durch die Mindeststandardklauseln nicht als rein materiellrechtlichen Vorgang ansieht⁷², sondern — jedenfalls für die Zwecke des Art. 7 — von einem *bedingten* internationalen Geltungswillen spricht, der dem Vertragsstatut einen Regelungsprimat zugesteht⁷³. Um auch diesen *bedingten* Geltungswillen unter Art. 7 subsumieren zu können, bedürfte es im übrigen aber wohl einer teleologischen Extension des Normwortlauts⁷⁴.

Schließlich erweist sich die vermeintliche *Anknüpfungssicherheit* bei Verwendung des „Geltungswillens“ weitgehend als Illusion. Sie besteht zwar dort, wo der Urheberstaat die unbedingte internationale Geltung der Sachnormen positiv und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht hat. Zumeist ist ein derartiger Wille aber *nicht* klar hervorgetreten. Nicht einmal die Aufnahme einer besonderen Inlandsverknüpfung in den Tatbestand einer zwingenden Norm kann verlässliches Indiz für den auch internationalen Geltungswillen bei Vorliegen dieser Verknüpfung sein⁷⁵ — bei § 244 BGB wird sie nach der jedenfalls in der Kommentarliteratur herrschenden Meinung zwar so gewertet⁷⁶, beim Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gemäß §§ 89 b, 92 c HGB aber, wenn man der Rechtsprechung des BGH folgt⁷⁷, schon nicht mehr⁷⁸.

Die *Erkennung* von Sonderanknüpfungen wird damit zur zentralen Frage, sowohl für eigene (Art. 7 Abs. 2), erst recht für fremde Normen⁷⁹. Die scheinbar objektive Anknüpfung

72 *Kropholler*, *RabelsZ* 42 (1978) 649; sowohl auch *Pocar*, *RIW/AWD* 1979, 391.

73 Unschärf *Staudinger/Firsching* Rdn. 382 (Fn. 413): § 12 AGBG wird strukturell mit Art. 7 Vertragsübereinkommen (statt mit Art. 5, 6) verglichen, er enthalte „wesensmäßig eine Sonderanknüpfung . . . , wirkt sich aber . . . wie eine ordre-public-Klausel aus“.

74 Daß die Erstreckung sachgerecht wäre, ergibt sich z. B. bei einem Zusammentreffen von englischem Vertragsstatut und § 12 AGBG, wenn der Konsument in Deutschland sitzt, vgl. oben bei Fn. 55—62. *Stoll*, *Festschr. Beitzke* (1979) S. 773 scheint demgegenüber der Auffassung zu sein, daß Art. 7 schon dem Wortlaut nach „spezielle Vorbehaltsklauseln“ erfaßt. Umgekehrt hält *Mengozzi*, *Arch. Giur.* 197 (1979) 3, 39 f. eine Norm wie § 12 AGBG für von Art. 7 Abs. 1 nicht erfaßt.

75 Gegen einen entsprechenden Regelsatz bei *Neubaus* S. 99 (allerdings selbst abschwächend) wendet sich vorbehaltlich näherer Prüfung *Ferid*, *GRUR int.* 1973, 474 Fn. 11; vgl. *Mann*, *Festschr. Raiser* (1974) S. 501, 502 f.; *van Hecke*, *Festschr. Mann* (1977) S. 185 f.

76 *Neubaus* S. 98 f.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 70) §§ 244, 245, Anm. 4 b; *Staudinger/Firsching* Rdn. 393; *Soergel/Kegel* Rdn. 628—630 vor Art. 7. *Dagegen* allerdings *Staudinger/Weber*, § 244 Rdn. 13; *Mann*, *Festschr. Raiser* (1974) S. 504; überzeugend *Birk*, *RIW/AWD* 1973, 433 f.; ihm folgend *Siehr*, *RabelsZ* 46 (1982) 365.

77 BGH 30. 1. 1961, *NJW* 1961, 1061 = *IPRspr.* 1960—61 Nr. 29 b; *OLG Frankfurt/M.* 14. 6. 1960, *IPRspr.* 1960—61 Nr. 39 a; *Kegel*, *Gedächtnisschrift Ehrenzweig* (1976) S. 59; *Mann*, *Festschr. Raiser* (1974) S. 501 ff.; *Reithmann/Martiny* Rdn. 553 (gg. Voraufgabe Rdn. 375).

78 Gegen den BGH *Neubaus* S. 99; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 405; *Ferid*, *GRUR int.* 1973, 474 Fn. 11. Zur Rechtsprechung in Frankreich vgl. *Cass. soc.* 9. 12. 1960, *Rev. crit.* 50 (1961) 835; vgl. auch *Cass. soc.* 1. 7. 1964, *Rev. crit.* 55 (1966) 47; 5. 3. 1969, *Rev. crit.* 59 (1970) 279 m. Anm. *Batiffol*.

79 *Kegel* a. a. O. S. 78; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 35; *ders.*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 14; *Lipstein* ebenda S. 159; *van Hecke*, *Festschr. Mann* (1977) S. 185 f.; *Lorenz* S. 98; *Rehbinder*, *JZ* 1973, 157; *Schurig* S. 290, 298, 315, 327; *Steindorff*, *Sachnormen* S. 236 Fn. 4; *Wengler*, *ZvglRW* 54 (1941) 176 ff.; *Toubiana* S. 161; *Stoll*, *Festschr. Beitzke* (1979) 774; *Cavers*, *So. Cal. L. Rev.* 48 (1974/75) 614 ff.; *Mengozzi*, *Arch. Giur.* 197 (1979) 40.

an den Geltungswillen verwandelt sich in ein Interpretationsproblem. Da aber das Interpretieren und Fortdenken der materiellrechtlichen Wertungen allein nicht zu kollisionsrechtlichen Antworten führt⁸⁰, wird der Richter zumeist eine neue, spezifisch kollisionsrechtliche Wertung in Stellvertretung für den Gesetzgeber des jeweiligen Urheberstaats der Sachnorm zu konstituieren haben. Die Übergänge zu autonomen kollisionsrechtlichen Wertungen sind dabei notwendigerweise gleitend.

Der Richter wird also zumeist schon bei der Feststellung des Geltungswillens rechtsschöpferisch tätig⁸¹. Für die Frage nach dem Werthorizont, den Richtlinien und Richtpunkten seiner Rechtsschöpfung gilt im wesentlichen das gleiche wie für die Ermessensausübung bei der Berücksichtigungsentscheidung, auf die im folgenden einzugehen ist.

D. Die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit

Das dritte Charakteristikum des Art. 7 Abs. 1 ist seine generalklauselartige Offenheit zugunsten einer dem Einzelfall angepaßten Entscheidung⁸². Die Schwerpunktsetzung auf der Achse zwischen dem generellen und dem individuellen Pol der Gerechtigkeit liegt im gesetzgeberischen Ermessen, Kritik setzt sinnvollerweise erst bei unvertretbaren Lösungen ein. Welcher Weg im IPR grundsätzlich angemessen ist, steht hier nicht zur Diskussion⁸³. Allerdings wird sich das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit auf seine grundsätzliche Eignung für ein staatsvertraglich vereinheitlichtes IPR befragen lassen müssen. Im übrigen ist zu prüfen, ob Art. 7 den Vertretbarkeitsrahmen legislativer Gestaltung überschreitet, d. h. ob das Prinzip der Individualgerechtigkeit in konturenlose Billigkeit umschlägt⁸⁴; ob

80 *Rabel*, Conflict of Laws (Fn. 26) S. 103; vgl. *E. Lorenz* S. 76 f.; *Kegel*, Festschr. Beitzke (1979) S. 559 ff.; *ders.*, Gedächtnisschrift Ehrenzweig (1967) S. 78. Im Ansatz ungenau deshalb BVerfG 4. 5. 1971, BVerfGE 31, 58 ff., 76 f.; *Steindorff*, Entwicklungen S. 162 f.

81 Deutlich *Rehbinder*, JZ 1973, 157; vgl. *Schurig* S. 301. Das gleiche gilt für die Feststellung fremder Staatsinteressen im Rahmen des governmental-interests-approach, vgl. *Lipstein*, Festschr. Zweigert (1981) S. 187 ff. Unrealistisch wäre es, Abhilfe von einer Aufforderung an die Gesetzgeber zu erwarten, sich klarer über etwaige Sonderanknüpfungen zu äußern, so *Gothot*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 14 f.; skeptisch *Batiffol* ebenda. Außerdem würde man damit nur schlafende Hunde wecken und den oben dargestellten Trend zu einseitigen Kollisionsnormen unter Vernachlässigung der Kollisionsrechtsfortbildung provozieren, vgl. oben II.

82 Eine entsprechende Tendenz macht sich auch an anderen Stellen des Übereinkommens bemerkbar, vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 S. 2; Art. 6 Abs. 2 a.E.

83 Dazu z. B. *Neuhaus* S. 108 ff.; *Lorenz* S. 75 f. („Ewigkeitsdiskussion“).

84 Zumindest rahmensetzend und richtungsweisend muß der Gesetzgeber tätig werden, wenn nicht von einer „gesetzgeberischen Flucht aus der Verantwortung“ die Rede sein soll, vgl. zu Art. 18 Schweizer IPR-Gesetzesentwurf ähnlich *Heini*, SJZ 74 (1978) 258 Fn. 43. Außerdem muß jede Konkretisierung von Einzelfallgerechtigkeit den *Keim* zu potentiell, generalisierendem Ausbau in sich tragen, v. *Hippel*, Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik (1964) S. 152; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1974, S. 144 ff.; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972, S. 159; Beachtlich insoweit Art. 18 des Schweizer IPR-Entwurfs, der das richterliche *Ermessen* beruft und damit auf Art. 4 ZGB (nicht Art. 1 Abs. 2) verweist. Die allgemeine Ausweichklausel des Art. 14 hingegen dient nicht so sehr der Bil-

— wie *Meier-Hayoz* kürzlich formulierte — der Gesetzgeber sich seiner „strategischen Verantwortung“ dadurch entzieht, daß er „zentrale rechtspolitische Konkretisierungsaufgaben auf den Richter“ abschiebt⁸⁵.

I. Einzelfallgerechtigkeit im Einheits-IPR

Als Bestandteil eines europäischen Einheits-IPR muß sich Art. 7 zuerst darauf befragen lassen, inwieweit er den gewünschten Vereinheitlichungseffekt zu erreichen geeignet ist. Vor allem *Sauveplanne* hat hervorgehoben, daß breite Generalklauseln im Einheits-IPR eine unbrauchbare Regelungsmethode darstellen⁸⁶. Es liegt in der Tat auf der Hand, daß unter der vereinheitlichten Worthülle des Art. 7 in den einzelnen EG-Staaten höchst unterschiedliche Rechtsprechung zu erwarten ist. *Sauveplanne* sieht einen Ausweg in der zusätzlichen Einrichtung eines Stabilisierungsfaktors („*mécanisme unificateur*“): Dem EuGH soll ein Interpretationsprimat eingeräumt werden. Dieser Vorschlag wurde von den Verfassern des Vertragsübereinkommens gehört, seine Realisierung ist jedoch noch nicht gesichert⁸⁷. Im übrigen wäre die Effektivität dieses *mécanisme unificateur* nur begrenzt. Der Auslegungsvorrang des EuGH könnte sich nur auf den Text des Übereinkommens beziehen⁸⁸. Der EuGH könnte nicht das Herzstück des Art. 7, das Einzelfallermessen des Richters binden⁸⁹, und er könnte nicht die Unsicherheit beseitigen, die sich bei der Auslegung der einzelnen Sachnormen im Hinblick auf ihren internationalen Geltungswillen ergibt⁹⁰.

Darüber hinaus errichtet Art. 7 selbst für die einheitliche Rechtspraxis ein unüberwindliches Hindernis: Am Abwägungsprozeß des Abs. 1 nehmen nur fremde Eingriffsnormen teil, während sich solche der *lex fori* nach Abs. 2 unmittelbar durchsetzen. Der Richter jedes Staates steht also, würde ihm derselbe Fall unterbreitet, vor einer anderen normativen Situation als seine ausländischen Kollegen — jeden *binden* andere Normen und jeder wägt eine andere Normkonstellation ab⁹¹. Nimmt man hinzu, daß das Vertragsübereinkommen die Möglichkeit eröffnet, Art. 7 Abs. 1 bei der Zeichnung oder der Ratifizierung auszu-

ligkeit im Einzelfall, sondern der Rechtsfortbildung i.S. einer Ausdifferenzierung der Anknüpfungen. Folglich soll der Richter Art. 14 „*modo legislatoris*“ konkretisieren, also nach Art. 1 Abs. 2 ZGB vorgehen, Expertenkommission S. 29; vgl. die (wohl unberechtigte) Kritik von *Mann*, in: Kolloquium (Fn. 59) S. 85. Zum Schweizer Entwurf auch *Siehr*, RIW/AWD 1979, 736 (sub a) und b)).

85 JZ 1981, 417.

86 In: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 186 f.; ausführlich in gleichem Sinne *Nadelmann*, Am. J. Comp. L. 24 (1976) 12, 16 ff.; anders offenbar *Pocar*, RIW/AWD 1979, 391 f.

87 *Giuliano/Lagarde* S. 8.

88 Vgl. *Bleckmann*, Europarecht, 3. Aufl. Köln u. a. 1980, 183; *Nadelmann*, Am. J. Comp. L. 24 (1976) 16; vgl. Art. 18 des Übereinkommens.

89 *Nadelmann* a. a. O. S. 17: Wie kann man „*non-rules*“ abstrakt, ohne Ansehung eines konkreten Sachverhalts „*einheitlich*“ interpretieren? Vgl. *ders.*, Law + Cont. Prob. 41 (1977, Nr. 2) 70. Kritisch auf der Grundlage eines Vergleichs mit der Funktion des US-Supreme-Court *Lowenfeld*, Am. J. Comp. L. 30 (1982) 99. 108 ff.; skeptisch auch *Juenger*, RabelsZ 46 (1982) 62 f.

90 Oben C. III.

91 *Pocar*, RIW/AWD 1979, 391 fordert deshalb eine weitestmögliche Gleichschaltung von anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit.

schließen (Art. 22 Abs. 1 Ziff. a), dann kann als nahezu sicher davon ausgegangen werden, daß Art. 7 Abs. 1 nicht zur Rechtsvereinheitlichung in Europa beitragen wird^{92,93}.

II. Art. 7 Vertragsübereinkommen als Generalklausel

Tritt man nun der Frage näher, wie Art. 7 die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit organisiert, so sind zunächst die einzelnen Wertungsspielräume der Vorschrift gesondert zu betrachten.

1. Tatbestandsseite

Auf der Tatbestandsseite wurde bereits zuvor im scheinbar objektiven Merkmal des „Geltungswillens“ ein Wertungselement entdeckt, das schon auf normative Kriterien des „Gelten-sollens“ vorgreift⁹⁴. Darüber hinaus enthält der Vorbehalt einer „engen Verbindung“ des Drittstaates zum Sachverhalt offensichtlich ein generalklauselartiges Element. Der Vorentwurf zum Vertragsübereinkommen hatte eine entsprechende Einschränkung noch nicht enthalten, der Kritik hieran⁹⁵ hat man in der Endfassung Rechnung getragen. Obwohl der Bericht zum Vertragsübereinkommen versucht, das neue Merkmal als deskriptiv und als effektive Einschränkung erscheinen zu lassen⁹⁶, ergeben sich doch Zweifel an seiner normativen Qualität. Über die „Enge“ einer Verbindung wird man sicherlich erst urteilen können, wenn die *Art* der geforderten Verbindung näher präzisiert ist⁹⁷.

Im übrigen haben all jene recht, die darauf hinweisen, daß die Merkmale, die die Intensität einer Verbindung begründen, erst im Hinblick auf einzelne Vertragstypen und auf die hierfür üblicherweise oder im Einzelfall aufgestellten Regelungen konkretisiert werden

92 Dies räumt der Berichtstatter *Giuliano* z. T. selbst ein. Er setzt lediglich dagegen, die Angemessenheit der Bestimmung sei dennoch „incontestable“ (in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 278) — eine höchst unbefriedigende Stellungnahme. Vgl. auch *Drobnig* ebenda S. 83, der rechtspolitische Argumente für Art. 7 nachschiebt. Hier offenbart sich eine immanente Widersprüchlichkeit des Art. 7 Vertragsübereinkommen: Nach der überzeugenden These von *Lorenz* (S. 47) handelt es sich beim statutentheoretischen und multilateralistischen Ansatz um zwei notwendige Strukturmodelle des IPR, von denen jeweils das eine oder das andere epochenbedingt im Vordergrund stehe (ähnlich *Schurig* S. 89 ff.). Wenn es richtig ist, daß gegenwärtig eine Renaissance des „Nationalismus“ oder des nationalen reformerischen Umbruchs stattfindet, was durch die zunehmenden Sonderanknüpfungen in den einzelnen Staaten — auf die Art. 7 gerade reagieren will — belegt wird, dann ist es widersinnig, ausgerechnet jetzt das Kollisionsrecht vereinheitlichen zu wollen. Die eigenbrötlerischen Tendenzen in den einzelnen Rechtsordnungen lassen sich nur scheinbar vereinheitlichend erfassen.

93 Großbritannien hat schon bei der Zeichnung von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht. Skeptisch zum Vereinheitlichungseffekt des gesamten Übereinkommens *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982) 62 f.

94 Oben bei Fn. 79 ff.

95 Vgl. *Drobnig* a. a. O. S. 83 f.; österreichisches Justizministerium ebenda, S. 81.

96 *Giuliano/Lagarde* S. 36.

97 Eine Rolle könnten spielen der räumliche Aspekt, die soziale Einbettung des Rechtsverhältnisses, die Durchsetzungsmacht des Drittstaates und andere Gesichtspunkte; vgl. *Wengler*, *ZvglRW* 54 (1941) 185; *Neumayer*, *Rev. crit.* 47 (1958) 73; Art. 13 Abs. 2 des Benelux-Abkommens.

können⁹⁸. Die Notwendigkeit, Sachverhalt und Normkomplex schon hier miteinander in Beziehung zu setzen, zeigt, daß es sich aber auch bei dieser typenmäßigen Konkretisierung nicht um Erkennung faktischer Gegebenheiten handelt, sondern um die Ergebnisse einer *kollisionsrechtlichen Interessenabwägung*. Es besteht deshalb ein offener Übergang zu der von Art. 7 der Rechtsfolgenseite zugeordneten Entscheidung über das „Ob“ der Berücksichtigung: Ist das Regelungsinteresse des Drittstaates in concreto grundsätzlich legitim, liegt eine „enge Verbindung“ vor. Eigenständigen normativen Gehalt hat das Merkmal der engen Verbindung deshalb nicht, es ist Bestandteil der dem Richter ohnehin aufgebürdeten kollisionsrechtlichen Gerechtigkeitsprüfung. Nur täuscht die Verlagerung in den Normtatbestand eine Einschränkung vor, die in Wahrheit nicht besteht⁹⁹, und sie eröffnet einen Weg zur Verschleierung der wirklichen Urteils motive: Es ist bequemer, die Zurückweisung geltungswilliger Normen von Drittstaaten mit dem Fehlen einer engen Verbindung des Sachverhalts zu diesen Staaten zu begründen, als offenzulegen, daß die Verbindung zwar eng, die Normen aber dennoch nicht zu berücksichtigen seien.

2. Rechtsfolgenseite

Auf der Rechtsfolgenseite eröffnet Art. 7 dem Richter durch die Worte „kann“ und „Wirkung verleihen“ einen weiten Ermessensspielraum, der typusmäßig in Handlungs- und Gestaltungsermessen aufgegliedert werden kann. Ungeachtet des Übergreifens der hier zu vollziehenden Wertungen schon auf die Tatbestandsfeststellung¹⁰⁰ sind theoretisch drei Wertungsphasen unterscheidbar: (1) die Entscheidung, ob ein geltungswilliges Gesetz als solches berücksichtigungswürdig ist; (2) seine Berücksichtigungsfähigkeit im Vergleich und in Abwägung zu anderen, nicht harmonisierenden Bestimmungen des Vertragsstatuts, der *lex fori* oder anderer Drittrechte, und (3) schließlich die Frage, in welcher Form eine Berücksichtigung durchzuführen ist. Diese Aufgliederung ist von analytischem Wert, kennzeichnet aber nicht den realen Denkvorgang. Die Fruchtbarmachung hermeneutischer Lehren für die juristische Methodik hat den Blick für die „operative“ Natur des Rechtsfindungsprozesses geschärft, für die wechselseitige „Aufbereitung“ von Sachverhalt und Rechtsnorm, von Tatbestand und Rechtsfolge durch ständiges „Hin- und Herwandern des Blicks“, wie zuerst *Engisch* formulierte¹⁰¹. So bildet die normative Konstellation im übrigen schon den Verständnishorizont bei der Interpretation und scheinbar isolierten Bewer-

98 *Wengler*, ZVglRW 54 (1941) 185 f.; *v. Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 410; vgl. *Staudinger/Firsching* Rdn. 383 f., 425, 418 ff.; *Reithmann* Rdn. 205, der in Rdn. 206 ff. eine ganze Reihe von konkretisierenden Beispielen aufführt.

99 Insoweit bleiben die Warnungen vor einer Arbeitsüberlastung und Überforderung der Gerichte wie der Einwand der Rechtsunsicherheit berechtigt (*Staudinger/Firsching* Rdn. 368, 369; *Firsching*, *IPRax* 1981, 40), wenngleich *Neubaus* S. 34 zuzugeben ist, daß im Durchschnittsfall der Kreis der in Betracht kommenden Rechtsordnungen nicht groß sein, sich gar auf eine Rechtsordnung beschränken wird.

100 Oben 1.

101 *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. Heidelberg 1963, S. 15; *Esser*, *Vorverständnis* (Fn. 143) S. 40 ff., 153; *Hassemer*, *Tatbestand und Typus*, Köln 1968, S. 14, 109, 118; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. Berlin u. a. 1979 S. 185, 213 ff., 265; *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, Tübingen 1977, S. 197, 385.

tion des fremden Eingriffsgesetzes¹⁰², ein wesentlicher Teil der Normenkonflikte wird bereits auf dieser Interpretationsebene „bereinigt“. Auch zwischen dem „Ob“ der Berücksichtigung, das die beiden vorerwähnten Aspekte betrifft, und der konkreten Berücksichtigungsform besteht eine unübersehbare Interdependenz. Wo ein Weg zur Berücksichtigung erkennbar ist, wird auch der Wille zur Berücksichtigung überhaupt leichter fallen. Der Zusammenhang wird auch in Art. 7 Abs. 1 S. 2 deutlich: Für die Entscheidung, ob eine Berücksichtigung in Frage kommt, sollen auch die jeweiligen Folgen mit erwogen werden. Die Folgen hängen aber zweifellos davon ab, in welcher konkreten Form die Berücksichtigung erfolgt.

3. Ergebnis

Es ergibt sich also, daß die vom Wortlaut der Bestimmung her gesonderten, teils offenen, teils versteckten Entscheidungsspielräume des Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen sachlich und erkenntnistheoretisch untrennbar miteinander verbunden sind. Art. 7 Abs. 1 Vertragsübereinkommen ist in seiner Gesamtheit zu verstehen als eine Generalklausel, die den Richter dazu ermächtigt, neben dem Vertragsstatut zwingendes Recht dritter Staaten heranzuziehen. Sein Entscheidungsfeld wird dabei zunächst nur bestimmt durch die Elemente Sachverhalt, normative Situation und Rechtsidee¹⁰³; an die Stelle der Entscheidungsregel treten Hinweise, wie eine Regel im Einzelfall zu finden sei.

III. Richterliche Konkretisierung des Art. 7 Abs. 1

Ob die Ersetzung von Regeln durch bloße Methode in Gesetzen besonders bedenklich ist¹⁰⁴, ist hier nicht generell zu entscheiden. Auch methodische Anweisungen können effektiv leiten und begrenzen; sie können aber auch bloßes Feigenblatt für legislatives „Nicht-sagenwollen“ sein¹⁰⁵. Unter diesem Aspekt sind die normativen „Vorgaben“ des Art. 7 Abs. 1 auf ihre Substanz zu überprüfen.

1. Natur und Gegenstand

In sachlicher Hinsicht verweist Art. 7 den Richter darauf, daß „Natur“ und „Gegenstand“ der fremden zwingenden Bestimmung von Bedeutung seien. So nichtssagend diese Formulierung auch scheint, so ist sie doch durch das Konzept des Art. 7 geboten: Im unilateralistischen Bauelement der Norm, dem Geltungswillen, ist kein Raum für eine inhaltliche Betrachtung der fremden Normen; die autonome, multilateralistische Wertung auf der zweiten Stufe ist aber ohne Berücksichtigung des Norminhalts nicht möglich.

102 Vgl. Larenz, Festschr. Klingmüller, Karlsruhe 1974, S. 237. Zur Verfassungsinterpretation in bezug auf das IPR BVerfG 4. 5. 1971, BVerfGE 31, 76f.; ausbauend Steindorff, Entwicklungen 162f.

103 Eine Eingrenzung auf kollisionsrechtliche Gerechtigkeit ist schon nicht mehr möglich, da er u. U. auch Aspekte der materiellen Sachgerechtigkeit zu beachten hat, vgl. oben B. II.

104 Kegel, Festschr. Beitzke (1979) 566f.

105 So zu Art. 7 Coing, WM 1981, 813 (Abschiebung auf den Richter).

Als greifbare Aussage ist also zunächst festzuhalten, daß eine autonome Kontrolle des fremden Geltungswillens stattfinden soll¹⁰⁶. Insoweit stimmt Art. 7 mit nahezu allen Lehren überein, die dem Geltungswillen fremder Vorschriften maßgebliche Bedeutung einräumen: Es sind Vorkehrungen zu treffen, „um exzessive Geltungsansprüche ausländischer Rechte abzuwehren“¹⁰⁷. An die Stelle pauschaler Zurückweisung ausländischen öffentlichen Rechts treten damit „relations internationales sélectives“, wie *Francescakis* zutreffend festgestellt hat¹⁰⁸.

Bei der Suche nach Substanz in den Formulierungen von Art. 7 bezüglich des „Wie“ der Kontrolle ist man mangels weiterer Anhaltspunkte auf Spekulationen angewiesen. Es könnte daran gedacht werden, daß der Richter jetzt, nach Feststellung des internationalen Geltungswillens, zu den „governmental interests“ hinter der Norm verstoßen soll, sie ermitteln und daraufhin bewerten soll, ob sie den Geltungswillen auch wirklich zu tragen geeignet sind¹⁰⁹. Bei dieser Bewertung würde das erwähnte politische Element, die Unterscheidung zwischen befreundeten und „feindlichen“ Staaten eine wesentliche Rolle spielen¹¹⁰. Wie bei der governmental-interests-Lehre verdrängten dabei die Staatsinteressen die Privatinteressen — eine Entwicklung, die durch die Konzentrierung auf den (staatlichen) Geltungswillen in Art. 7 zumindest begünstigt wird.

Denkbar ist auch eine Interpretation von Art. 7, wonach mit „Natur“ und „Gegenstand“ gewisse objektive Klassifizierungen der Eingriffsnormen angesprochen werden sollen. „Na-

-
- 106 *Giuliano/Lagarde* S. 27; *Pocar*, RIW/AWD 1979, 391; im Vorentwurf war dieser Punkt noch klarer zum Ausdruck gebracht worden („... insoweit berücksichtigt, als ihre Art und ihr besonderer Zweck diese Ausschließlichkeit rechtfertigen können“, vgl. *RabelsZ* 38 (1974) 213). Deutlich betont wird der Kontrollaspekt bei *Drobnig*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 84; *van Hecke*, Festschr. Mann (1977) S. 188. Vgl. die schweizerische Expertenkommission S. 31.
- 107 *v. Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 413; vgl. *Wengler*, *ZvglRW* 54 (1941) 185 ff.; *Zweigert*, *Kieler Festschrift* (Fn. 5) S. 172; *Toubiana* S. 89; *Niboyet*, *Traité de Droit International Privé Français*, Bd. 3, Paris 1944, S. 248 f.; für *Pilenko* bleibt die Abwehrfunktion dem ordre public vorbehalten, vgl. *Wiethölder*, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts*, Berlin 1956, S. 32, 33.
- 108 *Rev. crit.* 55 (1966) 16 Fn. 2; vgl. *Gothot*, *Rev. crit.* 60 (1971) 238. Vgl. jüngstens *Atty.-General of New Zealand v. Ortiz* (1982) *W. L. R.* 10 ff.: Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts nur dann, wenn der eigene ordre public entgegensteht.
- 109 Man könnte dabei auf die Interessenkataloge amerikanischer Autoren zurückgreifen (positiv zur Übernahmefähigkeit US-amerikanischer Rechtsprechung für Art. 7 *Lando*, *Am. J. Comp. L.* 30 (1982) 34), stände dann aber vor den gleichen Erkenntnisproblemen wie schon bei Feststellung des Geltungswillens selbst, oben C. III.; kritisch zur Fiktion, fremde Gemeininteressen würden „festgestellt“, *Rehbinder*, *JZ* 1973, 157; *Siehr*, *RabelsZ* 34 (1970) 615 f. Auch hätte man sich mit dem Streit auseinanderzusetzen, ob nur die Gemeininteressen zu beachten sind oder auch die Privatinteressen und in welchem Verhältnis gegebenenfalls beide zueinander stehen, vgl. *Rehbinder* a. a. O. S. 157; *Heini*, *ZSR* 108 (1967) 280; *Siehr* a. a. O. S. 624 ff.; *Vischer*, *Festschr. Germann*, S. 302, 305; *Steindorff*, *Sachnormen* S. 256; *Neubaus* S. 30 f.
- 110 *BGH* 21. 12. 1960, *BGHZ* 34, 169, 177; 24. 5. 1962, *NJW* 1962, 1436, 1437. Vgl. auch die englische Entscheidung *Lorentzen v. Lydden* (1942) *K. B.* 202: Requisition von Schiffen durch die norwegische Regierung anerkannt als Ausdruck der *englischen* public policy, da Großbritannien und Norwegen im Krieg gegen Deutschland verbündet waren, dazu *Ceshire/North*, *Private International Law*, 10. Aufl. London 1980, S. 141 f.; *Kegel/Seidl-Hohenveldern*, *Festschr. Ferid* (1978) S. 243 f. m. w. Rechtsprechungsbeispielen; *Schulze* S. 181 f.; vgl. auch *Regazzoni v. Sethia* (1956) 2 *Q. B.* 490, 425 (*J. Parke*): „friendly state“; dazu klarstellend *Mann*, *Festschr. Beitzke* (1979) 619.

tur“ könnte dabei, einer verbreiteten Unterscheidung folgend, den privatrechtsfördernden oder privatrechtsstörenden Charakter der Norm meinen¹¹¹, „Gegenstand“ das konkrete rechtliche Regelungsgebiet, auf dem die Norm ergangen ist (Kartellrecht, Devisenrecht, Arbeitsrecht etc.)¹¹². Möglicherweise meint Art. 7 auch eine Typenbildung innerhalb der Eingriffsnormen, wie sie etwa *Zweigert* mit den „Leistungsverboten“ versucht hat¹¹³.

Jedoch helfen all diese Differenzierungen dem Richter bei der Anwendung des Art. 7 nicht weiter. Zum einen hat sich gezeigt, daß schon bei der Ermittlung des *Geltungswillens* weitgehend auf „Natur und Gegenstand“ der Gesetze zurückgegriffen werden muß¹¹⁴. Es kann nicht eingewandt werden, daß auf dieser ersten Stufe der Werthorizont des Urheberstaates, bei der Berücksichtigungsentscheidung der des Forumsrechts maßgeblich sei, da die grundsätzliche, hermeneutisch bedingte Eingebundenheit des Richters in die eigene Wertordnung in beiden Fällen gemeinsam ist¹¹⁵. Zum zweiten läßt Art. 7 Abs. 1 S. 2 völlig offen, welche Folgerungen der Richter aus seinen jeweiligen Befunden ziehen soll¹¹⁶. Die eigentlichen entscheidungsleitenden Maximen, in deren Licht eine Prüfung von „Natur und Gegenstand“ überhaupt erst Sinn und Zweck erhalte, fehlen, so daß man nicht umhin kann, Art. 7 insoweit als besonders offenkundige Form gesetzgeberischer Regelungsverweigerung einzustufen¹¹⁷.

111 Überwiegend werden sozialpolitische Gesetze einerseits, wirtschafts- und rein politische Gesetze andererseits gegenübergestellt oder darauf abgestellt, ob die Regelung schwerpunktmäßig den Privatinteressen oder den Staatsinteressen dient, vgl. *Staudinger/Firsching* (Fn. 3) Rdn. 381; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 35; *Kegel/Seidl-Hohenveldern*, *Festschr. Ferid* (1978) S. 238 f. (selbstlos/selbstsüchtig); *Steindorff*, *Sachnormen* S. 206 (Gerechtigkeit/Zweckmäßigkeit). Weniger treffend die Alternative „reines/ordnungsrelevantes Privatrecht“, *Rehbinder*, *JZ* 1973, 156; Anklänge dazu bei *Francescakis*, *Rev. crit.* 55 (1966) 16. Wegen der Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen beiden Normgruppen (*Mann*, *Festschr. Wahl* (1973) S. 142 ff.; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 408 f.; *Sonnenberger*, *Festschr. Ferid* (1978) S. 389; *Selvig, Lagarde*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 18) hat man zwar darauf verzichtet, den Tatbestand des Art. 7 auf dieser Unterscheidung aufzubauen, vgl. die Diskussion bei v. *Hoffmann*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* a. a. O. S. 17 f. Ihre Brauchbarkeit als *Typusbeschreibung* (vgl. *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 445 ff.) ist aber unbestreitbar, so daß jedenfalls bei erkennbaren Schwerpunkten der Richter im Einzelfall eine entsprechende Zuordnung vornehmen könnte.

112 Für *Francescakis* hingegen soll der „Gegenstand“ der Normen Aufschluß über ihre „Natur“ geben, *Rev. crit.* 55 (1966) 12. Dies zeigt nur die Leere beider Begriffe.

113 *RabelsZ* 14 (1942) 292 ff.

114 *Oben C. III.*

115 Vgl. *Steindorff*, *Sachnormen* S. 279; *Wengler* I S. 94 ff.; *Schurig* S. 255, 301 (nicht ohne Widerspruch zu S. 288, 313). Genau genommen hat der Richter bei seiner Ermessensausübung drei Werthorizonte zu beachten: Den des Vertragsstatuts einschließlich dessen *ordre public* (*Wengler* *ZvglRW* 54 (1941) 206; *ders.*, I S. 530 f.; vgl. auch *Schurig* S. 262); den der *lex fori* und — darüber hinaus — einen übernationalen, die Mitgliedsstaaten des Vertragsübereinkommens umfassenden Werthorizont, der vom Vereinheitlichungszweck des Übereinkommens getragen wird (Art. 18). Zum vergleichbaren Problem des Werthorizontes beim „better-law-approach“ *Gutzwiller*, *Schw. Jb. Int. R.* 25 (1968/1970) 189 ff.; *E. Lorenz* S. 99 ff.

116 Vgl. *Mann*, *Festschr. Beitzke* (1979) 620.

117 Bezeichnend für die Regelungsschwäche der Verfasser ist der Bericht von *Giuliano/Lagarde* S. 28: dem Vorschlag einer Seite, einen sachlichen Kontrollmaßstab („international anerkannte Kriterien“) in Art. 7 aufzunehmen, wurden Bedenken von anderer Seite entgegengesetzt. Darauf der Bericht: „Ohne den Gedanken an sich zu verwerfen, machte sich die Gruppe daher diesen Redaktionsvorschlag nicht zu eigen“.

Die Antwort auf der Suche nach einem sachlichen Kontrollmaßstab wird der Richter in dem Spannungsfeld zu verorten haben, das gekennzeichnet ist durch die Interessen und die Gerechtigkeitsverantwortung der einzelnen Staaten einerseits, durch das Postulat internationaler Ordnung und Kooperation andererseits. Dem internationalen Zugeständnis an jeden Staat, eigene Wege zu gehen, steht als Korrelat eine „Opfergrenze“ gegenüber, an der der Einzelstaat seine Interessenverfolgung zugunsten internationaler Ordnung zurückzustellen hat. Da ein „superlaw“ fehlt, das diese Grenze konkretisiert¹¹⁸, muß man zweiseitig vorgehen: Einerseits kann man auf die sachliche Rechtfertigung einer Regelung *unmittelbar* zugreifen, ist hierbei aber auf die beschränkten, international nicht repräsentativen Werthorizonte des Vertragsstatus und der *lex fori* angewiesen. Deshalb kommt ergänzend dem *internationalen* Werthorizont eine Vergewisserungs- und Korrektivfunktion zu. Der erste Aspekt klingt an in der Forderung, daß die fremden Eingriffsnormen „vernünftig“ sein müßten¹¹⁹, der zweite Aspekt in der Forderung nach „internationaler Anerkanntheit“ oder „international-typischen Interessen“¹²⁰. Die Zweifel an der Existenz entsprechender internationaler Maßstäbe¹²¹ greifen dabei nicht durch. Sie wären zwar berechtigt, wenn es darum ginge, diese Maßstäbe sachlich zu formulieren und zum Tatbestandselement einer generellen Kollisionsnorm zu machen¹²². Die „international-typischen Staatsinteressen“ können auch nicht als generalklauselartiges Tatbestandsmerkmal einer allseitigen Sonder-

118 Zur Bedeutung des Völkerrechts, insbesondere des Grundsatzes der Nichteinmischung *Meessen*, Festschr. Mann (1977) S. 227 ff., insbesondere 234, 238; vgl. *Kropholler*, RIW/AWD 1981, 361.

119 *Drobnig*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 84 f.; *Zweigert*, Kieler Festschrift (Fn. 5) S. 131 ff., 136; v. *Overbeck*, ZfRV 19 (1978) 203.

120 Diese Maxime begegnet zuerst bei *Zweigert*, *RabelsZ* 14 (1942) 291 ff.. Allerdings sollte hinsichtlich der Funktion der „international-typischen Interessen“ sorgfältig differenziert werden. Sie können

(1) (abwehrend) die *Forumsinteressen* bezeichnen, die eine Zurückweisung fremden Geltungswillens rechtfertigen könnten: So *Zweigert* a. a. O. (ungenau deshalb die Berufung auf *Zweigert* bei *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 37);

(2) als positiver Rechtfertigungsmaßstab auf die *fremden Interessen* bezogen werden, die in der Eingriffsnorm zum Ausdruck kommen. Diese Funktion ist im Text gemeint, vgl. *Drobnig*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 84 f.; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 37; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 413 f.; *van Hecke*, Festschr. Mann (1977) S. 191; *Zweigert*, Kieler Festschrift (Fn. 5) S. 131 f. (sympathisch/artfremd); *Kronke*, IPRax 1981, 158, 160. Vgl. *Neubaus*, *RabelsZ* 15 (1949/50) 380; *ders.*, *RabelsZ* 35 (1971) 405, 414; *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 200; *Vivier*, Rev. crit. 42 (1953) 671. Es ist darauf hinzuweisen, daß die Rechtsprechung bei Anwendung des § 138 BGB auf fremde Verbotsgesetze praktisch die gleiche Wertung vollzieht;

(3) (nur) als *Konfliktregel* fungieren, d. h. der Auswahlmaßstab zwischen kollidierenden Gesetzen verschiedener Staaten sein, vgl. v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 417; vgl. *Steindorff*, Sachnormen S. 256;

(4) als Sammelbegriff Anknüpfungsmerkmal einer multilateralistischen Kollisionsnorm sein, dazu v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 412 f. (ablehnend).

Restriktiver als die „international-typischen Interessen“ ist der Begriff des „internationalen ordre public“, der die *ausnahmsweise* Beachtung grundsätzlich nicht anwendbarer fremder Normen rechtfertigen soll, *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, 191; aber im Sinne „international-typischer Wertmaßstäbe“ *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980) 448 ff.

121 Vgl. *Giuliano/Lagarde* S. 27; *Gothot*, Rev. crit. 60 (1971) 242.

122 Gerade weil das nicht möglich ist, glaubte man ja, vom allseitigen zum einseitigen Ansatz wechseln zu müssen, vgl. *Gothot* a. a. O. S. 242; *Joerges* S. 7.

anknüpfung dienen¹²³. Anders verhält es sich jedoch, wenn der internationale Konsens nur *Richtpunkt* eigenverantwortlicher Bewertung durch den Richter ist. Wie auch bei der internen Rechtsschöpfung und Rechtsfortbildung ist der *existierende* Konsens der Rechtsgemeinschaft ohnehin mehr Fiktion als Realität, gleichwertig und letztlich entscheidend tritt neben ihn der intendierte Konsens, die Konsenswerbung¹²⁴. Aktuelle Indizien für internationale Bewertung und deren Fortentwicklung zu einem *hypothetischen* Wertgefüge durch den Richter greifen nahtlos ineinander. Erstere sind Richtpunkt der Einzelfallentscheidung; gleichzeitig liefert diese ihrerseits einen Mosaikstein für den nicht nur hypothetischen, sondern aktuellen Aufbau des internationalen Werthorizonts¹²⁵.

Allerdings muß festgestellt werden: Art. 7 Abs. 1 selbst gibt insoweit keinen positiven Impuls, geschweige denn richtungsweisende sachliche oder methodische Anleitungen. Man kann nur, wie in jede Leerformel, alles in Art. 7 Abs. 1 hineinlesen.

2. Folgenberücksichtigung

Neben dem Hinweis auf „Natur und Gegenstand“ lenkt Art. 7 das Augenmerk des Richters noch auf die Folgen seiner (positiven oder negativen) Berücksichtigungsentscheidung. Darin erschöpft sich der Wortlaut allerdings auch schon. Inwieweit dieses Merkmal die Vorschrift des Art. 7 „genauer, deutlicher und strenger“ machen soll, wie die Berichterstatler meinen¹²⁶, ist deshalb nicht nachvollziehbar¹²⁷.

123 Vgl. vorstehend Fn. 120 (sub 4).

124 Zum fiktiven Charakter „allgemeiner Rechtsüberzeugung“ o. ä. Begriffe *Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss. Tübingen 1962, S. 99; *Esser*, Vorverständnis (Fn. 143), S. 25; *Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, Berlin 1977, S. 83 ff.; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958, S. 12 ff.; *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974, S. 191 ff.

Zur Vergewisserungsfunktion aktueller oder angestrebter Intersubjektivität von Wertungen *Esser*, Grundsatz und Norm (Fn. 143), S. 134; *ders.*, Festschr. F. v. Hippel (1967), S. 114; *ders.*, AcP 172 (1972) 99, 112 f., 125, 127; *ders.*, Vorverständnis a. a. O. S. 164 ff.; *Fikentscher*, Methoden IV (Fn. 134) S. 221, 241 und öfter; *Steindorff*, Festschr. Larenz (1973) S. 222, 232 ff.; *Zippelius*, Festschr. Maunz (1971) S. 512 ff.; *ders.*, Gesellschaft und Recht, München 1980, S. 57 ff.; speziell zum *intendierten* Konsens *Esser*, Vorverständnis a. a. O. S. 9, 15, 21, 27, 164, 172, 187, 195; *Zippelius*, Festschr. Bruns (1978) S. 7; *Winter*, Rechtstheorie I (1971) 178 ff.; *Llewellyn*, The Common Law Tradition, Boston/Toronto 1960, S. 190 f.

125 Das müßte auch für die Konkretisierung des Art. 18 des Schweizer IPR-Gesetzentwurfs gelten, der zwar nicht Einheits-IPR ist, wohl aber aus sich selbst heraus auf Internationalisierung zielt. Zu eng deshalb *v. Overbeck*, ZfRV 19 (1978) 203 (vorerst nur nationale Maßstäbe). Zur Ausbildung und Wirkung eines internationalen Werthorizonts vgl. auch *Horn*, RabelsZ 44 (1980) 448 ff.; zu den organisatorischen Schwierigkeiten bei der Beachtung ausländischer Rechtsprechung durch die Gerichte *Lowenfeld*, Am. J. Comp. L. 30 (1982) 107 ff.

126 *Giuliano/Lagarde* S. 27.

127 Daß die Folgenberücksichtigung für den verantwortungsvollen Richter eine bare Selbstverständlichkeit ist, braucht nicht hervorgehoben zu werden. Die „Gerechtigkeitskontrolle“ einer tentativen Entscheidung hat nicht nur bei überwiegend rechtsschöpferischen Erkenntnissen, sondern auch bei der Interpretation positiver Normen stattzufinden, *Esser*, Vorverständnis (Fn. 143) S. 16, 90 ff., 155; *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 173) S. 18 f., 61; *Schurig* S. 177. Gegen die rechtstheoretischen Einwände bezüglich der richterlichen Folgenberücksichtigung jüngstens *Walde*, Juristische Folgenorientierung, „Policy Analysis“ und Sozialkybernetik, Königstein/Ts. 1979, S. 124 ff.; vgl. auch *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg i. Br. 1981.

Allerdings ergäbe sich aus der „Folgenberücksichtigung“ ein greifbarer Hinweis für die konkrete Rechtsfindung, wenn man der Neudefinition von ordre-public-Klauseln für den EG-Bereich durch *Steindorff*¹²⁸ folgte: Das Tatbestandsmerkmal „Folgen“ erlaube eine generelle Äquivalenzprüfung zwischen den einschlägigen Schutznormen des Vertragsstatuts einerseits, der lex fori und dritter Staaten andererseits. Bei generell äquivalenter Verwirklichung des gemeinsamen Schutzanliegens durch das Vertragsrecht verbiete Art. 5 EWGV die Durchsetzung konkurrierender zwingender Normen anderer Rechte¹²⁹. Es erschiene durchaus bedenkenswert, diesen Grundsatz von seiner EG-rechtlichen Begründung zu lösen und als „Vorrang des Vertragsstatuts“ für sozialpolitische Normen generell in Art. 7 Abs. 1 hineinzulesen.

Im übrigen wird der Richter bei der Folgenberücksichtigung, neben allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen im Hinblick auf die Parteien, vor allem auf zwei Aspekte achten: Zunächst auf die faktische Durchsetzungsmacht des Drittstaates, deren Gewicht als „Realie“ daran erkenntlich wird, daß sie in nahezu jedem der unterschiedlichen theoretischen und praktischen Modelle Stellenwert hat¹³⁰. Zweitens kann die Anerkennungsfähigkeit des Urteils in den beteiligten Staaten eine Rolle spielen¹³¹.

3. Zielsetzungen des Vertragsübereinkommens

Insbesondere der letztere Gesichtspunkt regt dazu an, den Blick vom Wortlaut des Art. 7 zu lösen und auf die allgemeinen Zielsetzungen des Vertragsübereinkommens zu richten, um gegebenenfalls hieraus Entscheidungsmaximen zu gewinnen.

128 Europarecht 16 (1981) 440.

129 Zum Wirkungsbereich zwingenden Rechts i. S. des Art. 7 auf Gebieten, die der europäischen *Rechtsangleichung* unterliegen, vgl. a. a. O. S. 434 f.

130 Zur Rechtsprechung des BGH oben Fn. 3; vgl. auch *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 185 (allerdings vorverlagert: Indiz für „enge Verbindung“); *Zweigert*, *RabelsZ* 14 (1942) 301 ff.; *Soergel/Kegel* vor Art. 7, Rdn. 284; *Kegel*, *IPR* S. 64 ff.; *Kegel/Seidl-Hohenveldern*, *Festschr. Ferid* (1978) S. 242 ff., 245 f.: Einziges und ausschlaggebendes Kriterium der Berücksichtigung bei Art. 7 Vertragsübereinkommen; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 37, 38; *Staudinger/Firsching* Rdn. 383, 384; *Neuhaus* S. 161 f.; *Schulze* S. 192 ff. (soweit der Vertrag noch nicht gänzlich vollzogen ist. „Macht“ liegt auch dann vor, wenn der Staat mit faktischer Herrschaft auf die Rechtsordnung des Urheberstaates verweist, S. 207). Vgl. auch die Beispiele bei *Reithmann* Rdn. 265–268, die allesamt letztlich auf das Machtelement zurückzuführen sind. Für die Schweiz: Expertenkommission S. 31, 66. *Mann*, *Festschr. Wahl* (1973) S. 155 f. wendet sich gegen jegliche Berücksichtigung der „Macht“ als solcher. Das kann aber grob ungerecht sein gegenüber der Vertragspartei, die der Durchsetzungs- und Sanktionsmacht des Drittstaates tatsächlich ausgesetzt ist.

131 *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 181; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 413; *Schmeding*, *RabelsZ* 41 (1977) 311; *Toubiana* S. 208; Expertenkommission S. 66; *Steindorff*, *Europarecht* 16 (1981) 428. Auch im Rahmen des deutschen materiellen Familienrechts wird gelegentlich auf die Anerkennung im Ausland geachtet, um hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden, etwa bei Adoptionen (unter der Generalklausel „Kindeswohl“), *Randzio*, *Verfahren und Zuständigkeit im internationalen Adoptionsrecht*, Diss. Kiel 1969, S. 218 f. m. w. N.; *Jayme*, *StAZ* 1971, 71 f.; *Neuhaus* S. 53; vgl. den englischen Fall *Re B. (S.) (An Infant)* (1967) 3 W.L.R. 1438; kritisch dazu *Lipstein*, *Camb. L. J.* 1968, 32 ff. Vgl. auch die Praxis der Spezialkammer des LG Hamburg für Ehesachen mit Auslandsberührung, *Luther*, *RabelsZ* 37 (1973) 670.

Obwohl Art. 7 nicht nur das von den Parteien gewählte Vertragsstatut relativiert¹³², richtet sich seine Spitze doch *auch* gegen die Parteiautonomie¹³³. Im Alnati-Fall des niederländischen Hoge Raad, der im Bericht als Beispiel für Art. 7 zitiert wird, heißt es sinngemäß: Es *kann vorkommen*, daß dem zwingenden Recht dritter Staaten größeres Gewicht zukommt als dem parteiautonom gewählten Vertragsstatut¹³⁴. Die hier entscheidende Frage, *wann* und unter welchen Bedingungen dies der Fall ist, bleibt offen — in casu schied eine Berücksichtigung fremden Rechts aus¹³⁵. Art. 13 Abs. 2 des Benelux-Entwurfs ist präziser: Das zwingende Recht des Drittstaats ist schlechthin unabdingbar. Allerdings sind die tatbestandlichen Voraussetzungen ganz anders gefaßt als in Art. 7. Nur wenn „der Vertrag eindeutig in einem ganz bestimmten Staat lokalisiert ist“, ist das zwingende Recht dieses, und nur dieses Staates neben dem Vertragsstatut anzuwenden. Aus dem Gesichtspunkt einer Einschränkung der Parteiautonomie lassen sich deshalb keine Richtlinien für Art. 7 gewinnen.

Weiterhin soll die Berücksichtigung fremder Eingriffsnormen den internationalen Entscheidungseinklang¹³⁶ und die Anerkennungsfähigkeit der Urteile fördern¹³⁷, den internationalen Rechtsverkehr erleichtern und stabilisieren¹³⁸ und ganz allgemein die internationale Ordnung fördern¹³⁹ durch comitas¹⁴⁰ und einer Art „Rechtshilfe“ für die Urheberstaaten der Eingriffsnormen¹⁴¹. All diese Gesichtspunkte scheinen nun in der Tat dafür zu

132 Dazu oben bei Fn. 36.

133 Vgl. *Giuliano/Lagarde* S. 26.

134 Rev. crit. 56 (1967) 523: „... il peut arriver que, pour un État étranger, l'observation de certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doit en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence en droit d'un autre État qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat...“.

135 Zu diesem Fall *Toubiana* S. 242 ff.; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 406 f.; *Neubaus*, *RabelsZ* 35 (1971) 404 Fn. 16; *Wengler* II, Fn. 97 zu S. 96; *Sauveplanne*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 188. Das Urteil *Kharajtsingh v. Sewrajsingh* dürfte dem Alnati-Dictum wesentliche „Schubkraft“ genommen haben, vgl. *Rooij* (oben Fn. 7) S. 79.

136 *Zweigert*, *RabelsZ* 14 (1942) 288; *Wengler*, *ZvglRW* 54 (1941) 181; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 34; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 413; *Rehbinder*, *JZ* 1973, 152 f., 155 f.; *Reithmann* Rdn. 265; *Jayme*, *StAZ* 1971, 71. Kritisch zum Entscheidungseinklang generell: *Vischer* (Fn. 2) S. 200 f. (nicht Selbstzweck); *Kegel*, *Festschr. Lewald* (1953) 277; *Lüderitz*, *RabelsZ* 36 (1972) 35. Speziell in obigem Zusammenhang: *Vischer* a. a. O. S. 200 f. (ohnehin nicht erreicht); *Mann*, *Festschr. Wahl* (1973) 158; vgl. *Steindorff*, *Sachnormen* S. 195 Fn. 1; *Schurig* S. 293 f.; *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982) 81.

137 S. oben Fn. 131.

138 *Giuliano/Lagarde* S. 4 f.

139 *Kegel*, *Gedächtnisschrift Ehrenzweig* (1976) S. 83; *Kegel/Seidl-Hohenveldern*, *Festschr. Ferid* (1978) S. 242 (Basis allerdings allein die territorial beschränkte Macht); kritisch: *Mann*, *Festschr. Wahl* (1973) S. 158; *Toubiana* S. 156.

140 *Zweigert*, *Kieler Festschrift* (Fn. 5) S. 128; *ders.*, *RabelsZ* 14 (1942) 301; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 413; *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974) 37 f.; *Koppensteiner* (Fn. 5) S. 148; kritisch *Vischer* (Fn. 2) S. 201 f.; *Mann*, *Festschr. Beitzke* (1979) 620; vgl. auch *Rehbinder*, *JZ* 1973, 156. Zum comitas-Begriff *Neubaus*, *RabelsZ* 15 (1949/50) 368; *Schurig* S. 53 f., 324, der auf den Zusammenhang mit dem internationalistischen (universalistischen) Funktionsverständnis des IPR hinweist.

Nach *Lando* (Fn. 3) gibt es zwei Säulen, auf die sich eine Beachtung fremden Rechts stützen kann: (1) Sachliche, internationale Gerechtigkeit der Normen (Natur und Gegenstand!) = comitas; (2) Durchsetzungsmacht des Urheberstaates (Folgen!), Rdn. 209.

141 Vgl. *Wengler*, *ZvglRW* 54 (1941) 181, 185; *Drobnig*, in: *Lando/v. Hoffmann/Siehr* S. 83.

sprechen, fremdem Recht weitestmöglichen Einfluß zu gewähren. Gegenläufige Gesichtspunkte vereiteln jedoch die Aufstellung einer entsprechenden Maxime. Je mehr Rechte von einem dritten Rechte beachtet werden, desto größer ist die Gefahr des Normwiderspruchs¹⁴². Der notwendige Ausgleich zwischen nicht übereinstimmenden Sachregelungen gefährdet Entscheidungseinklang und Anerkennung — entweder im Drittstaat oder dem Staat, der das Vertragsstatut stellt. Diese Gefahr wäre geringer, wenn Art. 7, wie von verschiedener Seite gefordert¹⁴³, auf die Rechte von Mitgliedsstaaten des Übereinkommens beschränkt worden wäre, da dann generell ein gewisser Gegenseitigkeitsrahmen bestände¹⁴⁴. Ein Bestehen auf *aktueller* Gegenseitigkeit als Voraussetzung der Berücksichtigung im Einzelfall, wie sie *Wengler* fordert¹⁴⁵, würde die internationalrechtliche Entwicklung aber weit zurückwerfen¹⁴⁶. Daß die Kumulierung von Eingriffsnormen mehrerer Rechtsordnungen auch nicht notwendig die Sachgerechtigkeit fördert, ist bereits oben festgestellt worden¹⁴⁷.

Insgesamt läßt sich aus den mit Art. 7 verfolgten Zielen keine eindeutige Entscheidungsrichtlinie für den Richter gewinnen, da die Ziele teilweise untereinander, teilweise mit anderen anerkannten Rechtswerten kollidieren¹⁴⁸.

-
- 142 Österreichisches Justizministerium, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 81; *Vischer* (Fn. 2) S. 198 f.; *Neubaus* S. 102 f., 135 f.; *Lipstein*, Festschr. Zweigert (1981) 182 f.; vgl. im Grundsatz auch *v. Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974) 416; *Zweigert*, *Kieler Festschrift* (Fn. 5) S. 135, die darin aber keine unüberwindlichen Hindernisse sehen. Interessant die These *Steindorffs* (Sachnormen S. 40), daß die Statuentheorie wesentlich durch die subsidiäre Existenz des gemeinen Rechts ermöglicht wurde; nach *Lipstein* (a. a. O.; vgl. auch *Int. Comp. L. Q.* 26 (1977) 900) gilt entsprechendes für die governmental-interests-Theorie auf der Basis des common law.
- 143 *Hjerner*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr S. 17; *van Hecke*, Festschr. Mann (1977) S. 190; *Staudinger/Firsching* Rdn. 369 a. E.; *Vischer* (Fn. 2) S. 198 f.
- 144 Vgl. z. B. das Abkommen von Bretton Woods (*Staudinger/Firsching* Rdn. 415 ff. m. w. N.). Die gegenseitige Berücksichtigung der jeweiligen Eingriffsnormen soll den „wahren Vorteil für alle Teile“ bringen, der in *Savignys* IPR-Modell durch die grundsätzliche Gleichstellung und Austauschbarkeit der Privatrechtssysteme erreicht wurde (oben Fn. 1, S. 26 f.), dazu *Neubaus*, *RabelsZ* 15 (1949/50) 368 ff.; *Joerges* S. 168; *Steindorff*, Sachnormen S. 236. *Savigny* ging demgegenüber davon aus, daß die „wünschenswerte Gegenseitigkeit“ bei mit staatlichem Interesse besetztem Privatrecht (oder gar öffentlichem Recht) gerade nicht zu erreichen sei (a. a. O. S. 32 f., 35 f.; hier ansetzend *Francescakis*, *Rev. crit.* 55 (1966) 5, 16). Auch die Behauptung einer internationalen privatrechtlichen Rechtsgemeinschaft anstelle der „völkerrechtlichen Gemeinschaft“ *Savignys* (a. a. O. S. 27) durch *Steindorff* a. a. O. S. 264 ff. (vgl. auch S. 50 Fn. 2) überzeugt nicht als Gemeinsamkeitsgrundlage. Deren Fehlen bezüglich der Eingriffsnormen ist gerade das Argument unilateralistischer Strömungen, *Gothot*, *Rev. crit.* 60 (1971) 242 f., vgl. auch S. 220, 230; *Joerges* S. 51; vgl. *Francescakis* a. a. O. S. 13 (für lois d'application immédiate). In *Europarecht* 16 (1981) 439 ff. scheint *Steindorff* seine Position auf die Europäischen Gemeinschaften zu verengen, im Einklang mit den in Fn. 143 aufgeführten Autoren.
- 145 *Wengler* I S. 95 f., 530 f. (es sei denn, das fremde Interesse stimme mit dem des Forums überein oder das Vertragsstatut beachte die fremden Normen).
- 146 Vgl. nur *Neubaus*, *FamRZ* 1981, 743: Ein „ängstliches Bestehen auf Gegenseitigkeit“ sei seit langem als verfehlt erkannt; zutr. auch *Frank*, *RabelsZ* 34 (1970) 73. *Krit. zu Wengler* (vorstehende Fn.) *Kropholler*, *RIW/AWD* 1981, 362.
- 147 Oben Fn. 22–25.
- 148 Nicht von der Hand zu weisen ist der von *Mann*, (Festschr. Beitzke (1979) S. 619) geäußerte Verdacht, „daß die Verfasser des Art. 7 über ihre eigenen Ziele und Vorstellungen verwirrt und im Unklaren waren“ (ähnlich zu Art. 18 des Schweizer IPR-Entwurfs, ebenda S. 624: „undurchsichtige dogmatische Erwägungen, vielleicht etwas vermengt mit amerikanischer Terminologie“).

E. Zusammenfassung und Ergebnis

Mit Art. 7 wird eine neue Antwort auf — wenn nicht neue, so doch verstärkt fühlbar gewordene — Probleme gesucht. Was jedoch von vielen als begrüßenswerter Methodenpluralismus ausgegeben wird, stellt sich bei näherem Hinsehen als Einfügung systematisch undurchdachter und störender Elemente in das geltende und in seiner Grundkonzeption fortbestehende Kollisionsrecht dar. Die Anknüpfungskumulierung in Art. 7 ist „open-ended“; sie führt zur Bildung eines internationalen Sachrechtsfundus, aus dem sich der Richter nach Maßgabe eines nicht weiter ausdifferenzierten Gerechtigkeitspostulats bedienen kann (und muß). Insbesondere entfällt die Funktionstrennung von kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Fragestellung bei der Gerechtigkeitssuche.

Der internationale Geltungswille der fremden Eingriffsnormen ist als Anknüpfungspunkt verfehlt: Er ist objektiv oft nicht feststellbar; er wirft der Konzeption nach Zweifelsfragen auf, etwa bei „speziellen Vorbehaltsklauseln“; er indiziert nicht verlässlich die durchsetzungswürdigen Wertungen in den einzelnen Staaten, und die Konzentration auf den internationalen Geltungswillen führt tendenziell zu erheblichen Störungen der Kollisionsrechtsfortbildung.

Die legislative Vorstrukturierung der richterlichen Entscheidung über die Berücksichtigung bleibt in den ersten Ansätzen stecken — wenn man Formulierungen wie „Natur“ und „Gegenstand“ der Eingriffsnormen, „enge Verbindung“ und „Wirkung verleihen“ überhaupt als Regelungsansätze gelten lassen will.

Es bedürfte sowohl bezüglich der Ziele als auch der Maßstäbe seiner Entscheidung erst grundlegender Konsensbildung, um dem Richter verlässliche Anhaltspunkte außerhalb seines subjektiven Gerechtigkeitsempfinden zu geben. Art. 7 wurde deshalb zu Recht als „non-rule“ im *Ehrenzweigschen* Sinne bezeichnet¹⁴⁹; der Zwang zum staatsvertraglichen Kompromiß hat gleichzeitig das Hauptziel des Übereinkommens, die Rechtsvereinheitlichung in Frage gestellt. Moderne Lehren kritisieren regelmäßig die Kompliziertheit und Praxisferne des geltenden IPR¹⁵⁰. Art. 7 als Emanation derartiger Lehren bringt für die Praxis jedoch keine Vereinfachung. Zusätzlich zur kollisionsrechtlichen Ermittlung des Vertragsstatuts sind fremde Sachrechte auf geltungswillige Normen zu untersuchen; die Berücksichtigungsentscheidung, vor allem die Abwägung kollidierender Vorschriften stellt die Gerichte vor neue, den justiziellen Rahmen oft sprengende Probleme. Das von *Juenger* gebrauchte Bild vom traditionellen IPR als einer Maschine, deren Leistung zu ihren Be-

149 *Kegel*, Gedächtnisschrift *Ehrenzweig* (1967) S. 84; vgl. *ders.*, Festschr. *Beitzke* (1979) S. 558 ff., 566 f.; vgl. auch *Nadelmann*, *Am. J. Comp. L.* 24 (1976) 10 (außerdem S. 9 ff.: legal impressionism); *ders.*, *Law + Cont. Prob.* 41 (1977, Nr. 2) S. 70. *Lagarde* betont, daß man sehr viel Zeit auf die Diskussion des Art. 7 verwendet habe (in: *Examen* (Fn. 6) S. 160 (vgl. S. 148)); *Mezger* ergänzt, daß es einfach keine Möglichkeit gebe, Art. 7 präziser zu fassen (ebenda S. 183). Wenn dem aber so ist, muß *Kegel* voll zugestimmt werden (Festschr. *Beitzke* (1979) S. 567): „... gilt für den Gesetzgeber, der keine Regel finden kann, Wittgensteins Gebot des Schweigens“. Die Befolgung dieses Gebots durch den Gesetzgeber des EGBGB im Hinblick auf das Vertragsstatut hat sich als weise herausgestellt, vgl. *Hartwig/Korkisch*, *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts* (1973), S. 337 f., 373, 380.

150 Diskussion bei *E. Lorenz* S. 94 ff.

triebskosten in Mißverhältnis stehe¹⁵¹, wendet sich in besonderem Maße gegen die „moderne“ Vorschrift des Art. 7. Die von Art. 7 intendierte Flexibilität bei der Bewertung fremder Eingriffsnormen steht in direktem Konflikt zum erklärten Hauptanliegen des Vertragsübereinkommens, die Rechtssicherheit zu erhöhen¹⁵². Diese gebietet nicht Offenhaltung des Entscheidungsprozesses bis zum Urteil im Einzelfall, sondern seine sachliche sowie methodische Strukturierung und Bindung auf Kosten der Vision einer einmaligen und maßgeschneiderten Gerechtigkeit¹⁵³.

Es ist zuzugeben, daß Art. 7 Abs. 1 eine Antwort sucht auf Probleme, die auch das bisherige Kollisionsrecht nicht befriedigend löst. Andererseits sind die Probleme nicht neu, und die deutsche Rechtsprechung hat bisher stets Wege gefunden, Normen von Drittstaaten, deren Beachtung im Einzelfall angemessen erschien, Wirkungsmöglichkeiten zu eröffnen¹⁵⁴.

Zwar verschließt sich diese Rechtsprechung einer geschlossenen Systematisierung, sie beruht nicht auf einer übergreifenden Konzeption. Aber es führt auch nicht weiter, die gegenwärtige Ratlosigkeit über die kollisionsrechtliche Behandlung von Eingriffsnormen zum gesetzlichen Prinzip zu erheben. Dann läßt man es besser beim alten und tut „gut daran, die betreffenden Lebensverhältnisse in bescheidener Weise vorerst kasuistisch zu pflegen und abzuwarten, wann aus der Fülle sorgsam erarbeiteter Einzelregelungen die tragenden Richtlinien endlich zusammenschießen¹⁵⁵“. Die Bundesrepublik sollte deshalb bei der Ratifizierung des Übereinkommens von der Vorbehaltsmöglichkeit des Art. 22 Abs. 1 Ziff. a Gebrauch machen und Art. 7 Abs. 1 nicht übernehmen.

151 Wandel (Fn. 39) S. 6; vgl. *Currie*, Selected Essays S. 138.

152 *Giuliano*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr (Fn. 7) S. 242 f.; vgl. auch das Vorwort der Herausgeber ebenda. Bedenken gegen Art. 7 werden deshalb geäußert von *Batiffol* und *Derain*, ebenda S. 20; *Staudinger/Firsching* Rdn. 381; *Firsching*, IPRax 1981, 40. Gänzlich verfehlt die These von *Joerges*, wonach das Eindringen der Gemeininteressen in das Privatrecht ein Zurücktreten der Privatinteressen und vor allem auch der Rechtssicherheit mit sich bringe (oben Fn. 53, S. 162 ff., 164, 168), beeinflusst wohl von *Currie*, Selected Essays S. 707 ff. und öfter. In einem unverkürzten Gerechtigkeitsbegriff ist die Rechtssicherheit integrierender Bestandteil, nicht Gegensatz. Zur Rechtssicherheit *Neuhaus* (Fn. 26) S. 162 f., 170 (der „Gerechtigkeit“ wohl als „Sachgerechtigkeit“ meint); *Schurig* (Fn. 21) S. 305, 341.

153 *Gernhuber*, Festschr. Tübinger Juristenfakultät 1977, S. 210: „Utopie“; vgl. auch *E. Lorenz* (Fn. 39) 75 f.; zu Art. 7: *Mann*, Festschr. Beitzke (1979) 617 ff. (gleichermaßen zu Art. 18 des Schweizer IPR-Entwurfs: „Geschenk für die Anwaltschaft“, S. 623); *Nadelmann*, Am. J. Comp. L. 24 (1976) 7 f.

154 Rechtsprechungsnachweise bei *Staudinger/Firsching* Rdn. 373, 377; *Soergel/Kegel* vor Art. 7, Rdn. 280, 281, 285, 286; *Wengler*, ZvglRW 54 (1941) 202 ff.; *Schulze* S. 59 ff., 61 f.; *Schulte* S. 32–48.

155 *F. v. Hippel*, Richtlinie und Kasuistik (oben Fn. 84) S. 189.