Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 90 (1971)

Artikel: Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechtes : Gesamtkodifikation des internationalen Privatrechtes der Schweiz oder Revision des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufe...

Autor: Vischer, Frank

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896143

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechtes

Gesamtkodifikation des internationalen Privatrechtes der Schweiz

oder

Revision des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG)

Referat von Dr. FRANK VISCHER
Professor an der Universität Basel

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 3

Literaturverzeichnis 5

Kapitel 1 **Der Stand des heutigen internationalen Privatrechtes in der Schweiz**

§ 1 Die Charakterisierung des heutigen Rechtszustandes 7

I. Das positivierte IPR 7

II. Die Tendenzen des Bundesgerichts bei der Auslegung der Bestimmungen und der Füllung der Lücken des NAG 10

1. Die Ausrichtung auf die internationale Entscheidungsharmonie 11
2. Die Anerkennung des schweizerischen Urteils im Ausland . . 14
3. Das sogenannte «Policy Weighing» zur Feststellung der «most concerned jurisdiction» 16
4. Der sogenannte «better law approach» 19
5. Die Herbeiführung der Anwendung der materiellen lex fori . 23

§ 2 Schlußfolgerungen 26

Kapitel 2 **Der Kodifikationsgedanke und das heutige IPR**

§ 1 Die Aufgaben und die Voraussetzungen einer umfassenden gesetzlichen Regelung des IPR 29

I. Die Aufgaben einer umfassenden Gesetzgebung 29

II. Die Voraussetzungen einer umfassenden Kodifikation im IPR . 31

§ 2 Die Bestrebungen zu einer Neukodifikation des IPR in der Schweiz seit Schaffung des NAG 35

§ 3 Die Bestrebungen zur Neukodifikation des IPR in den umliegenden Staaten 39

§ 4 Schlußfolgerungen für die Frage der Kodifikation des IPR in der Schweiz 45

I. Die Gesamtkodifikation des IPR 46

II. Die Revision des NAG 56

Kapitel 3 **Die Revision des NAG**

§ 1 Vorfragen einer Revision 58
1. Wohnsitz oder Nationalität als Anknüpfungspunkt 58
2. Der Gleichlauf von Ius und Forum 66
3. Die Sondernorm für Auslandschweizer 67
4. Die Anerkennung von im Ausland vollzogenen Rechtsakten . 68
5. Die Stärkung der Rechtssicherheit durch Ausdehnung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie auf ausgewählte Bereiche des NAG 70
6. Die Übernahme der internationalen multilateralen Regelungen in das NAG. 73
7. Die Einführung einer generellen Ausnahmebestimmung . . . 74

§ 2 Bemerkungen zur Neufassung einzelner Bestimmungen des NAG 78

A. Handlungsfähigkeit 78

B. Eheschließung und Ehescheidung 80
I. Eheschließung 80
1. Materielle Ehevoraussetzungen 80
2. Formelle Voraussetzungen der Eheschließung 82
II. Ehescheidung 83
1. Die Scheidung in der Schweiz 83
a) Die Scheidung von Ausländern in der Schweiz 83
b) Die Scheidung des Schweizers mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland 85
2. Die Anerkennung der im Ausland ausgesprochenen Scheidung 85

C. Das Kindschaftsrecht 86
I. Vorbemerkungen 86
II. Legitimatio per subsequens matrimonium 90
III. Die Adoption 91
IV. Unterhaltsforderung des Kindes 93

D. Vormundschaft und elterliche Gewalt 94

E. Eheliches Güterrecht und Erbrecht 97
I. Eheliches Güterrecht 97
II. Erbrecht 98

Kapitel 4 **Die Revision des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege**

§ 1 Die Überprüfung der richtigen Anwendung des schweizerischen Kollisionsrechtes und des anwendbaren ausländischen Rechtes durch das Bundesgericht 102

§ 2 Die Anwendung ausländischen Rechtes durch die kantonalen Instanzen 104

Abkürzungen

Annuaire	Annuaire suisse de droit international
AS	(Amtliche Sammlung) Eidgenössische Gesetzessammlung (seit 1948: Sammlung der Eidgenössischen Gesetze)
BBl	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGH	Bundesgerichtshof der Deutschen Bundesrepublik
BV	Schweizerische Bundesverfassung
CCI	Codice Civile Italiano
CIEC	Commission Internationale de l'Etat Civil
Clunet	Journal de droit international privé (später: Journal de droit international) gegr. von E. Clunet (Paris 1874ff.)
EGBGB	Einführungsgesetz zum (deutschen) Bürgerlichen Gesetzbuch
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Harvard LR	Harvard Law Review
IPR	Internationales Privatrecht
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dezember 1943
Prospettive	Prospettive del diritto internazionale privato, herausgegeben vom Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, Mailand 1968
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec	Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye
Restatement	Restatement of the Conflicts of Laws as adopted and promulgated by the American Law Institute, St. Paul Minn. 1934
Revue critique	Revue critique de droit international privé (Paris 1934ff.)
RG	Deutsches Reichsgericht
SchlT ZGB	Schlußtitel zum ZGB (Anwendungs- und Einführungsbestimmungen)
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StenB/StR	Stenographisches Bulletin des Ständerates
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen

Literaturverzeichnis

BATIFFOL, H. Traité élementaire de droit international privé, 3. Aufl., Paris 1959.

– Droit international privé, 4. Aufl., Paris 1967.

BERTOLF, A. Die Anwendung der materiellen lex fori im schweizerischen IPR, Diss. Basel 1969.

BOSSHARD, W. Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechtes, Diss. Zürich 1929.

BREULEUX, G. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Diss. Zürich 1969.

CURRIE, B. Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham, N.C. 1963.

DAHRENDORF, R. Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1966.

DELACHAUX, J.L. Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasidelikt im IPR, Zürcher Studien zum internationalen Recht Nr. 30, 1960.

DOELLE, H. Internationales Privatrecht, Karlsruhe 1968.

EGGER, A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 1–89, 2. Aufl., Zürich 1930.

EHRENZWEIG, A.A. Private International Law, Leyden/New York 1967.

FRANKENSTEIN, E. Internationales Privatrecht (Grenzrecht), 4 Bände, Berlin 1926–1935.

GARDINER, G.; ANDREW, A. Law Reform Now, London 1964.

GENTINETTA, J. Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts, Fribourg 1964.

GERMANN, O.A. Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967.

GULDENER, M. Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zürich 1951.

GUTZWILLER, P.M. Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF H. 389, Bern 1969.

HABICHT, H. Internationales Privatrecht, nach dem Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1907.

HUBER, E. Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern 1901.

HUBER, L. Die Vormundschaft im Internationalen Privatrecht der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Haager Abkommen, Diss. Basel 1970.

JAGMETTI, M. Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter, Zürcher Studien zum internationalen Recht, Nr. 31, 1961.

KALLMANN, F. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Heft 5 der «Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen», Basel 1946.

KEGEL, G. Internationales Privatrecht, 2. Aufl., München/Berlin 1964.

KNOEPFLER, F. Les nouvelles conventions de la Haye de droit international privé, Etude de leurs clauses d'adhésion et de leur rôle de lois-modèles, Diss. Neuchâtel 1968.

LIVER, P.; MEIER-HAYOZ, A.; MERZ, H. u.a. Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Einleitung Art. 1–10 ZGB, Bern 1962.

MAKAROV, A.N. Quellen des internationalen Privatrechts, Band II, Staatsverträge, 2. Aufl., Berlin/Tübingen 1960.

MEHREN, A.T. VON; TRAUTMANN, D.T. The Law of Multistate Problems, Boston/Toronto 1965.

MEILI, F. Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, Zürich 1901.

NEUHAUS, P.H. Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlin 1962.

NIEMEYER, Th. Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1901.

RABEL, E. The Conflict of Laws, A Comparative Study, Band I, 2. Aufl., Ann Arbor 1958.

SANDROCK, O. Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Band 35, 1966.

SAVATIER, R. Cours de droit international privé, 2. Aufl., Paris 1953.

SAVIGNY, F.K. VON. System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, Berlin 1849.

SCHOENENBERGER, W.; JAEGGI, P. Kommentar Obligationenrecht, Art. 1–529 OR, Band V 1a, Allgemeine Einleitung, 3. Aufl., Zürich 1961.

TRUTMANN, V. Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen, Diss. Basel 1969.

VISCHER, F. Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, Basel 1953.

- Internationales Vertragsrecht, Die kollisionsrechtlichen Regeln der Anknüpfung bei internationalen Verträgen, Bern 1962.
- Internationales Privatrecht in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, herausgegeben von M. GUTZWILLER, Basel/Stuttgart 1969.

WIEACKER, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.

Zahlreiche weitere Literaturangaben, insbesondere Verweise auf Aufsätze und Abhandlungen in Zeitschriften und Festschriften, finden sich in den einzelnen Anmerkungen.

Kapitel 1

Der Stand des heutigen internationalen Privatrechtes in der Schweiz

§ 1 Die Charakterisierung des heutigen Rechtszustandes

I. Das positivierte IPR

1. Das schweizerische internationale Privatrecht ist nur bruchstückweise kodifiziert. Das «IPR-Gesetz», das *Bundesgesetz über die Niedergelassenen und Aufenthalter* vom Jahre 1891 (NAG), regelt die internationalprivatrechtlichen Verhältnisse lediglich in einigen ausgewählten Materien und nur anhangsweise zu den im Vordergrund stehenden, heute weitgehend obsolet gewordenen interkantonalen Konflikten. Das NAG ist seiner ursprünglichen Bedeutung nach ein Ausführungsgesetz zu Art. 46 und 47 BV.

Die Ordnung der internationalen Verhältnisse sollte nach Ansicht des damaligen Gesetzgebers nur erfolgen, «soweit die Schweiz interessiert ist und es einseitig geschehen kann»[1]. Für die Ausländer, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, erklärt Art. 32, daß die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes entsprechende Anwendung zu finden hätten. Die lange Zeit heftig umstrittene Frage, ob die Verweisung in Art. 32 nur auf den ersten Titel (interkantonale Konflikte), nur auf den zweiten Titel (rechtliche Stellung der Schweizer im Ausland) oder auf beide Titel laute, wird heute allgemein im Sinne der dritten Lösung beantwortet. Doch sollte die Betonung auf das Wort «entsprechend» gelegt werden, d. h. geprüft werden, wieweit die Anwendung auf Ausländer in der Schweiz sinnreich ist. Art. 28 enthält die für die Rechtsstellung der Schweizer im Ausland maßgebliche Kollisionsnorm.

Bezüglich der *geregelten Materie* beschränkt sich das NAG auf ausgewählte Fragen des Personenrechts (Handlungsfähigkeit durch Verweis in Art. 34 NAG auf Art. 10, Abs. 2 und 3 des BG betreffend die persönliche

[1] Bericht der Kommission des Nationalrates vom 12. 6. 1888, BBl 1888 III, S. 610.

Handlungsfähigkeit vom 22.6.1881), des Familien- und Erbrechtes. Bei der Schaffung des Zivilgesetzbuches wurden im Schlußtitel Anpassungen und Ergänzungen des NAG vorgenommen, die neben einer Bestimmung über das Recht der Handlungsfähigkeit das Eherecht betreffen (Art. 59 SchlT ZGB Art. 7a–7i). Nicht geregelt ist, von der Handlungsfähigkeit abgesehen, das Personenrecht, das OR und das Sachenrecht. Begründet wurde dieser Standpunkt damit, daß im Gebiete des OR durch die einheitliche OR-Gesetzgebung interkantonale Konflikte nicht mehr bestanden, während, wie man glaubte, Praxis und Wissenschaft in der Lösung der internationalen Konflikte einig seien: Im Sachenrecht wurde der Grundsatz der lex rei sitae als so gefestigt bezeichnet, «daß Statutenkollisionen nicht wohl denkbar sind»[2].

Nicht geregelt ist die Frage der Rechtsstellung der Ausländer im Ausland, somit auch das Problem der Anerkennung der von Ausländern im Ausland vollzogenen Rechtsakte.

Nicht kodifiziert ist ferner der ganze sogenannte allgemeine Teil des IPR (Qualifikation, Vorfrage, Renvoi, ordre public, fraus legis, Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechtes usw.).

2. Das NAG nahm in der Zeit seiner Entstehung bei der Lösung der Konflikte international gesehen insofern eine Sonderstellung ein, als es sich in wichtigen Fragen zugunsten des *Wohnsitzprinzipes* aussprach. Dies war, wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgeht, ein bewußter Akt der Stellungnahme gegen die damals herrschende Doktrin, die sich zum Nationalitätsprinzip bekannte. Der Entscheid gegen die Meinung der «Fürsten der Wissenschaft», vor allem gegen MANCINI, erfolgte in erster Linie, um den Ausländern in der Schweiz die Assimilierung zu erleichtern, aber auch aus Gründen der Gebietshoheit des Staates, des Verkehrsinteresses und der Rechtssicherheit. Die damit entstehenden Konflikte mit den Staaten, die das Heimatrechtsprinzip bejahten, wurden bewußt in Kauf genommen[3]. Die damals als unmodern empfundene Lösung ist heute durch die Krise des Nationalitätsprinzipes modern geworden[4]. Allerdings hat das Domizilprinzip, vor allem im Eherecht, insbesondere durch die Einfügungen bei der Schaffung des ZGB, bei der Regelung der Handlungs-

[2] Vgl. die Zitate bei F. VISCHER, IPR, Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, S. 514.

[3] Bericht der Kommission des Nationalrates vom 12.6.1888, BBl 1888 III, S. 616. Vgl. zur Entstehungsgeschichte des NAG ausführlich F. VISCHER, IPR, S. 514ff.

[4] Vgl. unten S. 59ff.

fähigkeit sowie durch die globale Unterstellung der Statusfragen unter den Gerichtsstand und das Recht des Heimatstaates (Art. 8 NAG) Einbrüche erlitten, so daß heute kaum von einer einheitlichen Konzeption des NAG in der Frage des relevanten Anknüpfungspunktes gesprochen werden kann. Zwar stellt Art. 2 NAG das grundsätzliche Prinzip der Maßgeblichkeit des Wohnsitzrechtes und des Wohnsitzgerichtsstandes auf. Die Bundesgerichtspraxis hat aber, wie zu zeigen sein wird, nicht konsequent darauf aufgebaut.

In wichtigen Fragen wird ein *Ausgleich zwischen Nationalitäts- und Domizilprinzip* angestrebt. Für die Auslandschweizer wurde mit Art. 28 NAG eine vermittelnde Lösung getroffen: Wo das ausländische Domizilrecht die Herrschaft für den Auslandschweizer in Anspruch nimmt, tritt das schweizerische Heimatrecht zurück, wodurch ein positiver Gesetzeskonflikt, damit auch eine Pflichtenkollision des Auslandschweizers vermieden werden soll.

Im Erbrecht wurde der Ausgleich zwischen Nationalitäts- und Domizilprinzip im Institut der Professio iuris zugunsten des Heimatrechtes gefunden. Die Zulassung der Parteiautonomie außerhalb des Gebietes des Vertragsrechtes, allerdings in sehr beschränktem Rahmen, war ein Unikum der schweizerischen Regelung. Interessanterweise findet gerade diese liberale Lösung heute erneut zahlreiche Anhänger und dient als Vorbild neuer internationaler Regelungen.

3. Das NAG regelt nicht nur die materielle Rechtsanwendung, sondern bei zahlreichen Fragen auch die *Zuständigkeit* und ist bestrebt, den *Gleichlauf von Ius und Forum* zu begünstigen (vgl. insbes. Art. 2, 8, 28 NAG). Diese Tendenz wird, wie zu zeigen sein wird, in der bundesgerichtlichen Praxis noch verstärkt. Das NAG hat somit nicht nur kollisionsrechtliche, sondern auch internationalzivilprozessuale Bedeutung.

4. Außerhalb des NAG finden sich verstreut *vereinzelte gesetzliche Bestimmungen* internationalprivatrechtlichen Inhalts: Im OR (Art. 418b, Abs. 2 Agenturvertrag und Art. 1086 betr. die Wechselfähigkeit); im Schlußtitel OR (Art. 14 betr. Immigration einer ausländischen AG in die Schweiz); in der Handelsregisterverordnung (Art. 50 und 51 betr. Immigration und Emigration einer AG aus der Schweiz resp. in die Schweiz); im Straßenverkehrsgesetz (Art. 85, Abs. 2 über das auf eine Kollision im Ausland anwendbare Recht, wenn ein mit schweizerischen Kontrollschildern oder Kennzeichen versehenes Fahrzeug einen Unfall verursacht) und in der

Zivilstandsverordnung (Art. 71 und 87 betr. im Ausland erfolgte Geburt bzw. erfolgten Tod und Art. 88 ff. betr. Verschollenheit).

5. Über die von der Schweiz ratifizierten multilateralen und bilateralen *Konventionen* wird auf meine Darstellung des IPR im Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, S. 521 ff. verwiesen.

6. Eine *Bestandesaufnahme des positiven schweizerischen IPR*, wie es auf der Grundlage der Gesetzgebung und der Praxis heute vorliegt, soll hier nicht vorgenommen werden. Ich darf auf meine Darstellung des IPR im Schweizerischen Privatrecht verweisen, wo ich versucht habe, den heutigen Stand des IPR möglichst vollständig zu erfassen.

II. Die Tendenzen des Bundesgerichts bei der Auslegung der Bestimmungen und der Füllung der Lücken des NAG

Das NAG ist angesichts seines Alters und seiner rudimentären Regelung in besonderem Maße auslegungs- und ergänzungsbedürftig. Eine Analyse der neueren bundesgerichtlichen Praxis soll zeigen, von welchen Grundsätzen und Zielvorstellungen sich die Gerichte in der Schweiz bei der *Auslegung und Lückenfüllung* tatsächlich leiten lassen. Dabei kommt es weniger auf die verbale, oft vorgeschobene Rechtfertigung einer Lösung, als auf diese selbst an. Ich möchte somit versuchen, aus einem realistischen «approach» Aufschluß über den wirklichen Stand des schweizerischen IPR zu gewinnen. Dabei soll zunächst der Schwerpunkt auf die im NAG geregelten Materien gelegt werden.

Ist schon im materiellen Recht der Übergang zwischen der gesetzesauslegenden und der lückenfüllenden Tätigkeit des Richters fließend, sind im internationalen Privatrecht die Konturen noch mehr verwischt; sehr oft läßt sich kaum feststellen, ob der Richter sich im Bereiche der Gesetzesauslegung oder der gesetzgeberischen Tätigkeit der Lückenfüllung bewegt.

Die Auslegung des Kollisionsrechtes hat auf die Besonderheiten des internationalen Privatrechtes, auf seine Probleme und Zielsetzungen, Rücksicht zu nehmen. Die für das materielle Recht geltenden methodologischen Grundsätze finden auf das internationale Privatrecht deshalb nur bedingt Anwendung. Wo das Gesetz nach Wortlaut und Sinn keine Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage erteilen kann, ist auch im Bereiche des IPR der Richter grundsätzlich zur gesetzgeberischen Tätigkeit, zur

Regelbildung gemäß Art. 1, Abs. 2 ZGB berufen[5]. Dieser Aufgabe ist das Bundesgericht im Bereich des internationalen Vertragsrechtes in vorbildlicher Weise gerecht geworden. Das vom Bundesgericht geschaffene und ständig im Ausbau befindliche System der Anknüpfung internationaler Verträge hat mit Recht weit über die Grenzen Beachtung gefunden. Anders im Bereich der vom NAG erfaßten Materien. Hier zeigt sich mit Deutlichkeit, daß es im heutigen IPR an einheitlichen Ordnungsvorstellungen fehlt und sehr widersprüchliche Tendenzen einander gegenüberstehen. Die Aufgabe unserer Analyse soll darin liegen, diese Tendenzen aufzudecken, die Antwort auf die Frage zu erlauben, ob in der Rechtsprechung sowie in den in ihr reflektierenden doktrinären Strömungen Grundlagen für eine Reform der Gesetzgebung zu finden sind. Dabei sollen diejenigen Kriterien herausgegriffen werden, die heute im Vordergrund der internationalen Diskussion stehen: Die Ausrichtung auf die internationale Entscheidungsharmonie und die Rücksicht auf die Vollstreckbarkeit des Urteils im Ausland, die Methode des «Policy Weighing», der sogenannte «better law approach», die Förderung der Anwendung der materiellen lex fori.

1. Die Ausrichtung auf die internationale Entscheidungsharmonie

Seit SAVIGNY wird als wesentliches Ziel der Konfliktlösung die *Herbeiführung der Entscheidungsharmonie* angesehen. Es soll garantiert werden, daß im Falle einer Gesetzeskollision die Rechtsverhältnisse «dieselbe Beurteilung zu erfahren haben ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staat das Urteil gesprochen wird»[6]. Der Grundsatz der Harmonie muß als Aufgabe an den Gesetzgeber verstanden werden, nur solche Regeln aufzustellen, die in Übereinstimmung mit den Lösungen der andern Staaten stehen und der Internationalisierung fähig sind (Gesetzesharmonie im eigentlichen Sinne), wie als Auftrag an den Richter, bei der Auslegung diejenige Entscheidung zu treffen, welche die Übereinstimmung mit den ausländischen Lösungen am besten garantiert (Entscheidungsharmonie im engeren Sinne).

Der tragende Gedanke liegt in der Vermeidung einer Pflichtenkollision für die Rechtssubjekte, hervorgerufen durch widersprüchliche Entscheidungen über dieselbe Sache in verschiedenen Staaten. Es ist offensichtlich, daß eine absolute Entscheidungsharmonie weder durch den einzelstaat-

[5] Vgl. hierüber ausführlich F. VISCHER, Der Richter als Gesetzgeber im IPR, SJIR 1955, S. 75ff.

[6] System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, 1849, S. 27.

lichen Gesetzgeber noch den einzelstaatlichen Richter herbeigeführt werden kann. Oft scheitert die Entscheidungsharmonie schon daran, daß sich kaum mit Sicherheit voraussagen läßt, wie ein zweiterfaßtes Gericht entscheiden würde, da jeder Richter viele Möglichkeiten in der Hand behält, um von der allenfalls bestehenden gesetzlichen Regelung im Einzelfalle abzuweichen (man denke insbesondere an die Mittel der Qualifikation, des ordre public und des Renvoi). Insofern wird der utopische Charakter der absoluten Entscheidungsharmonie mit Recht betont[7]. Zudem sagt die Entscheidungsharmonie über die Richtigkeit der Anknüpfung unter anderen Gesichtspunkten vorerst nichts aus. Sie erlaubt dem Forumstaat die Durchsetzung eigener Ziele und Vorstellungen nicht. Auch zwingt die Rücksicht auf die Lösungen anderer Staaten zu einer abwartenden, traditionalistischen Haltung. Letztlich ist die Entscheidungsharmonie nur im Wege internationaler Abkommen über einheitliche IPR-Regelungen zu erreichen. Andererseits muß gerade im Bereiche der vom NAG erfaßten Materien die Gefahr der Schaffung «hinkender Rechtsverhältnisse», die für die Betroffenen schwerwiegende Konsequenzen haben, betont werden.

Es ist deshalb nicht erstaunlich, daß die Entscheidungsharmonie in der bundesgerichtlichen Praxis keine dominante Rolle spielt. Nur Ansatzpunkte sind vorhanden: So wird etwa die Verweisung auf das Heimatrecht dann als Gesamtverweisung betrachtet, wenn die Ratio der Kollisionsnorm in der Sicherung der Anerkennung des Rechtsaktes im Heimatstaat besteht. In diesen Fällen wird ausnahmsweise eine Kollisionslösung folgen, die von der von unserer Norm bezeichneten Rechtsordnung abweicht. Dies wird vom Bundesgericht anerkannt bei der Eheschließung (Art. 7c, Abs. 1 NAG, BGE 80 I, 1954, S. 427ff.) und Ehescheidung (Art. 7h NAG, BGE 84 II, 1958, S. 479ff.). Der gleiche Gesichtspunkt sollte richtigerweise auch bei den Statusfragen (Art. 8 NAG) gelten, geht es doch darum sicherzustellen, daß dem Heimatstaat nicht gegen seinen Willen ein Statusverhältnis aufgezwungen wird. Das Bundesgericht anerkennt jedoch eine Rückverweisung des Heimatrechtes auf den schweizerischen Wohnsitz-

[7] Mit Recht erklärt H. A. STOCKER, «Vom ordre public-Vorbehalt zur internationalprivatrechtlichen Härteklausel», Das Standesamt 22, 1970, S. 325ff. bes. S. 326, daß die Entscheidungsharmonie «nicht aus realen Gegebenheiten sondern eher aus einer philosophischen Idee» abgeleitet wurde und daß damit die Weiche im Sinne einer absoluten Theorie gestellt wurde, die dann auf einer unteren Ebene insbesondere durch die ordre public-Klausel außer Kraft gesetzt wird. Diese Klausel wird nicht im Sinne SAVIGNYS als eine «quasi-völkerrechtliche» Klausel verwendet sondern als eine internationalprivatrechtliche Härteklausel, die dem «intérêt particulier» dient.

gerichtsstand und das Wohnsitzrecht nur dann, wenn das Heimatrecht überhaupt keinen Gerichtsstand vorsieht, somit für die fragliche Person eine eigentliche Rechtsverweigerung resultieren würde, wenn ihr nicht ein Ersatzgerichtsstand am Wohnsitz garantiert würde[8].

Der Harmonie dient in besonderem Maße die *Sondernorm für die Auslandschweizer* (Art. 28 NAG). Nach der Auslegung des Bundesgerichtes (insbes. BGE 78 II, 1952, S. 200), die sich auf H. LEWALD[9] stützt, enthält Art. 28 NAG eine bedingte Sachnormverweisung auf das Heimatrecht, bedingt durch die Haltung des ausländischen Domizilrechtes. Dem Auslandschweizer soll die Anwendung seines Heimatrechtes dann gesichert werden, wenn nicht ein positiver Gesetzeskonflikt mit dem Domizilrecht eintritt[10].

Das Bundesgericht verfolgt den *Grundsatz der Vermeidung des positiven Gesetzeskonfliktes* allerdings nicht konsequent. So erklärt es (BGE 81 II, 1955, S. 17), das schweizerische Heimatrecht habe hinter dem Domizilrecht nur dann zurückzutreten, wenn dieses seine eigene Zuständigkeit kraft Wohnsitzprinzips bejahe, nicht dagegen wenn die Anwendung des Wohnsitzrechtes deshalb erfolge, weil an die mit dem Wohnsitzrecht identische Nationalität einer andern am Rechtsverhältnis beteiligten Person angeknüpft werde. Käme es tatsächlich auf die Vermeidung eines positiven Gesetzeskonfliktes an, so dürfte nicht entscheidend sein, *weshalb* das Wohnsitzrecht die Herrschaft für sich in Anspruch nimmt. Nicht folgerichtig ist es deshalb auch, den Rücktritt des schweizerischen Heimatrechtes dann abzulehnen, wenn das Wohnsitzrecht die Herrschaft beansprucht, weil der Auslandschweizer gleichzeitig Bürger des Wohnsitzstaates ist (BGE 86 II, 1960, S. 323).

Die Auslegung nach dem *Grundsatz der möglichsten Harmonie* mit den betroffenen ausländischen Regelungen zwingt angesichts divergierender Lösungen der berührten ausländischen Rechtsordnungen sehr oft zu einer *Selektion*. Dies hat sich deutlich im viel diskutierten Entscheid Caliaro (BGE 80 I, 1954, S. 427) gezeigt. Es ging um die Frage der Anerkennung der

[8] Vgl. die Judikatur bei F. VISCHER, IPR, S. 552ff.

[9] Renvoi revisited, Festschrift H. Fritzsche, 1952, S. 177.

[10] Das Bundesgericht lehnt damit die andern möglichen Auslegungen ab: Die Sanktionierung des Prinzips der Gesamtverweisung, die historisch wohl im Vordergrund stand, die grundsätzliche Anknüpfung an das Domizilrecht, verbunden mit einer subsidiären Anknüpfung an das Heimatrecht (vgl. A. v. OVERBECK in SJIR 1968, S. 298 und M. JAGMETTI, Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter, Zürcher Studien zum internationalen Recht, Nr. 31, 1961, S. 86).

in England vollzogenen Wiederverheiratung eines in der Schweiz geschiedenen Italieners. Die Scheidung in der Schweiz war möglich gewesen, weil die klägerische Ehefrau auch Schweizerbürgerin war. Das Bundesgericht entschloß sich zu derjenigen Lösung, welche die Harmonie mit dem Heimatstaat des Mannes sicherstellte, somit zur Nichtanerkennung dieser Eheschließung. Es verneinte damit die Rechtsgültigkeit der in England vollzogenen Eheschließung, obwohl ein schweizerisches Gericht mit der von ihm ausgesprochenen Scheidung die Grundlage hiezu geschaffen hatte. Dem Grundsatz der Harmonie mit dem Heimatrecht wurden die materiellrechtlichen Bedenken, die sich aus einer solchen «Halbscheidung» ergeben, die sog. «materiellrechtliche Harmonie», und die Rücksicht auf die Entscheidung des Eheschließungsstaates (England) geopfert[11]. Das Beispiel zeigt die Problematik, die einer Auslegung nach den Grundsätzen der Entscheidungsharmonie inhaerent ist.

2. Die Anerkennung des schweizerischen Urteils im Ausland

Als Wegweiser für die Auslegung des NAG käme auch die mit der Harmonie eng verbundene Forderung nach *Sicherstellung der Anerkennung des schweizerischen Urteils im Ausland* in Betracht. Das NAG ist in diesem Punkt zwiespältig. Einerseits verlangt Art. 7c, Abs. 1 NAG für die Eheschließung von Ausländern und Art. 7h NAG für die Scheidung von Ausländern in der Schweiz die Anerkennung der Rechtsakte im Heimatstaat. Anderseits wird durch das aus Art. 7g, Abs. 1 NAG abgeleitete sogenannte «Ferrari-Prinzip» der Schweizerin, auch wenn sie neben der schweizerischen eine ausländische Nationalität besitzt, immer die Scheidung in der Schweiz ermöglicht, damit aber die Frage der Anerkennung des Urteils im ausländischen Heimatstaat des Beklagten bewußt außer acht gelassen[12]. Wo das NAG die Anerkennung des Urteils im Ausland nicht voraussetzt, hat das Bundesgericht es in ständiger Praxis ausdrücklich abgelehnt, den Gesichtspunkt der Anerkennung im Ausland zu berücksichtigen. Als Beispiele: *BGE 61 II, 1935, S. 17* (Zuständigkeit der Behörden am schweizerischen Wohnsitz eines Ausländers zur Anordnung der Vormundschaft): «Ob diese Zuständigkeit der schweizerischen Wohnsitzbehörden auch nach den holländischen Kollisionsnormen gegeben sei und ob sie in Holland

[11] Dem Bundesgericht kann zugute gehalten werden, daß die anwendbare Haager Eheschließungskonvention von 1902 die Anwendung des Heimatrechtes ausdrücklich vorschrieb.

[12] F. VISCHER, IPR, S. 598.

anerkannt werde, muß dahingestellt bleiben; denn das schweizerische Gesetz macht die Anwendung des Wohnsitzrechtes und die Zuständigkeit der Wohnsitzbehörden nicht von der Anerkennung durch den Heimatstaat abhängig». *BGE 82 II, 1956, S. 576:* «Ma nell'azione di paternità senza effetti di stato civile il giudice svizzero non ha da occuparsi delle difficoltà che potrebbe incontrare l'esecuzione della sentenza». *BGE 81 II, 1955, S. 179:* «Schließlich kommt auch nichts darauf an, ob das schweizerische Scheidungsurteil hinsichtlich der Nebenfolgen im Heimatstaate des Beklagten und der Kinder anerkannt und vollstreckt werde. Das schweizerische IPR macht die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Beurteilung der Nebenfolgen einer in der Schweiz ausgesprochenen Scheidung und die Anwendung des schweizerischen Rechts auf diese Frage nicht vom Nachweis der Anerkennung und Vollstreckbarkeit des Urteils im ausländischen Heimatstaate abhängig.»

Mit der Frage der Anerkennungsfähigkeit des Urteils im Ausland verbunden ist die Verwirklichung des *Grundsatzes der Effektivität* der schweizerischen Lösung. Treten die Wirkungen eines schweizerischen Urteils vornehmlich im Ausland ein, bleibt die schweizerische Entscheidung, die sich um die Anerkennungsfähigkeit nicht kümmert, auf dem Papier. Sicherlich ist G. BEITZKE zuzugeben, daß der Grundsatz der Effektivität bei der Auslegung einheimischer Normen nicht allein entscheidend sein kann, weil sonst der einheimische Richter sich immer der ausländischen Macht beugen müßte[13]. Andererseits erscheint es dort, wo die Wirkungen des Urteils primär im Ausland zu erwarten sind, sinnlos, den schweizerischen Rechtsstandpunkt geltend zu machen ohne Rücksicht darauf, ob er sich auch durchsetzen läßt.

Die Frage der Anerkennung eines Urteils im Ausland ist zum voraus oft nicht mit Sicherheit zu beantworten. Wertvoll sind daher in diesem Zusammenhang die *Haager Abkommen*, welche die Voraussetzungen für die Anerkennung ausländischer Urteile festlegen[14] sowie die bilateralen Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommen. Die Vollstreckungsabkommen umschreiben allerdings nur die Bedingungen, unter denen die von den Gerichten eines Vertragsstaates erlassenen Urteile im anderen Vertrags-

[13] Betrachtungen zur Methodik im IPR, Festschrift R. Smend, Göttingen 1952, S. 17.

[14] Vgl. z. B. Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants 1958, Projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile ou commerciale 1966, Projet de convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps 1968.

staat anzuerkennen und zu vollstrecken sind; die Vertragsstaaten bleiben in der Ordnung ihrer Gerichtsstände frei[15]. Eine Garantie, daß im ausländischen Vertragsstaat nur vollstreckungsfähige Urteile ergehen, besteht deshalb nicht. Anders ist die Situation bei den Gerichtsstandsverträgen, die den Vertragsstaaten abschließende Gerichtsstände vorschreiben (z. B. schweizerisch-französischer Staatsvertrag von 1869)[16].

3. *Das sogenannte «Policy Weighing» zur Feststellung der «most concerned jurisdiction»*

In der neueren amerikanischen Doktrin wird vor allem von BRAINARD CURRIE gefordert, bei der Lösung kollisionsrechtlicher Probleme von der Frage nach dem *Anwendungsinteresse der in Betracht kommenden Rechtsordnungen* auszugehen. Er definiert das Anwendungsinteresse: «An interest, as I use the term, is the product of a) a governmental policy and b) the concurrent existence of an appropriate relationship between the state having the policy and the transaction, the parties or the litigation»[17].

Bei der Auslegung des NAG und bei der Lückenfüllung, insbesondere im Bereich des Familienrechtes, steht die Frage nach dem Rechtsanwendungsinteresse an vorderster Stelle. Eine gegenseitige Abwägung der Rechtsanwendungsinteressen der in Frage stehenden Rechtsordnungen findet allerdings in der Praxis des Bundesgerichts nicht statt; vielmehr wird das Rechtsanwendungsinteresse der Schweiz in den Vordergrund gestellt und diesem, wenn immer möglich, der Vorzug gewährt.

Das heuristische Mittel zur Feststellung eines Rechtsanwendungsinteresses der Schweiz ist der *ordre public* und zwar in seiner sogenannten *positiven Ausgestaltung*. Während die Berufung auf den ordre public in seiner negativen Funktion voraussetzt, daß eine Kollisionsnorm auf ein ausländisches Recht verweist, ein Vergleich des Inhaltes dieses Rechtes mit den eigenen Rechtsauffassungen in offenem Widerspruch steht und somit nicht berücksichtigt werden kann, werden bei der positiven Funktion des ordre public gewisse Bestimmungen der materiellen lex fori zum vornherein als zum ordre public gehörend und deshalb bei Vorliegen einer genügenden Inlandbeziehung immer anwendbar erklärt. Eine rechtsvergleichende Konfrontation zwischen dem einheimischen und dem fremden Recht findet nicht statt. Bei der positiven Funktion des ordre public klingt

[15] Vgl. hiezu BGE 94 II, 1968, S. 292ff.
[16] Vgl. BGE 92 II, 1966, S. 82ff.
[17] Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, S. 62.

der Begriff der «Lois d'ordre public» nach, wie er von der Schule MANCINIS geprägt wurde. Unter der Tarnkappe der positiven ordre public-Funktion wurde in der Rechtsprechung speziell zum Familienrecht eine ganze Reihe ungeschriebener *einseitiger Kollisionsnormen* entwickelt, die bei Vorliegen einer genügenden Binnenbeziehung die Anwendung des schweizerischen Rechtes, die Durchsetzung eigener Rechtsanwendungsinteressen sichern[18]. Sie treten an die Seite der im NAG positivierten einseitigen Kollisionsnormen (Art. 7c, Abs. 2 NAG formelle Eheschließungsvoraussetzungen und 7b NAG Stellung des handlungsunfähigen Ausländers, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat).

Es seien nur *einige Beispiele solcher einseitiger durch die Rechtsprechung geschaffener Kollisionsnormen*, welche die Anwendung des schweizerischen Rechtes sichern, genannt: In BGE 81 II, 1955, S. 178 wird ausgeführt, daß bei Scheidung in der Schweiz die Nebenfolgen, insbesondere die Kinderzuteilung, ebenfalls nach schweizerischem Recht zu beurteilen seien, wobei nicht ins Gewicht falle, ob das schweizerische Urteil über die Nebenfolgen im Heimatstaat des Beklagten oder der Kinder vollstreckt werde. Zu dieser Frage enthält das NAG keine präzisen Vorschriften. Durch Vorschiebung der öffentlichen Ordnung wird eine einseitige Kollisionsnorm zugunsten des schweizerischen Rechtes geschaffen. Ähnliches kann man in der Rechtsprechung zum Zwangsvollstreckungsverbot zwischen Ehegatten (Art. 173 ZGB) feststellen: ZGB Art. 173 wurde in BGE 42 III, 1916, S. 342ff. als zum schweizerischen ordre public gehörend bezeichnet und die Betreibung einer im Ausland wohnenden Frau gegen ihren in der Schweiz ansässigen Mann nicht zugelassen. Dagegen wurde Art. 173 ZGB als nicht verletzt bezeichnet, wenn beide Ehegatten im Ausland wohnen (53 III, 1927, S. 33) oder wenn der betriebene Ehegatte im Ausland wohnt (56 III, 1930, S. 169), insbesondere wenn Art. 174 und 176 ZGB über den Pfändungsanschluß und die Durchführung der gesetzlichen oder richterlichen Gütertrennung anwendbar wären, würde der betriebene Ehegatte in der Schweiz wohnen (79 III, 1953, S. 138). Bei all diesen Entscheiden handelt es sich letztlich um eine vom *Zwecke der Bestimmung ausgehende räumliche Auslegung* der wohl eher als vollstreckungsrechtlich zu qualifizierenden Bestimmung von Art. 173 ZGB. Die auf das eheliche Güterrecht bezüglichen Vorschriften des NAG (19f., 31) wurden denn auch kaum herangezogen und Art. 173 ZGB ausdrücklich als nicht spezifisch güterrechtlich be-

[18] Vgl. F. VISCHER, Der ordre public im Familienrecht, ZZW 1969, S. 324ff. insbes. S. 331ff.

zeichnet[19]. Unter Berufung auf den ordre public wurde ferner ein Schweizer Gerichtsstand für die Eheungültigkeitsklage Dritter geschaffen[20].

Besonders instruktiv ist in diesem Zusammenhang die *Rechtssprechung zur Vaterschaftsklage auf Vermögensleistung*. Anfänglich hat das Bundesgericht das in Art. 2 NAG grundsätzlich verankerte Wohnsitzprinzip zur Anwendung gebracht und den Anknüpfungspunkt zeitlich konkretisiert: Maßgebend war das Wohnsitzrecht des Beklagten zur Zeit der Konzeption[21]. Seit dem Entscheid 82 II, 1956, S. 570ff. (575) stellt das Bundesgericht jedoch auch für die materielle Rechtsanwendung auf die Gerichtsstandsbestimmung von Art. 312 ZGB ab. Bei Vorliegen eines schweizerischen Forums sei auch das schweizerische Recht anzuwenden[22]. In Ermangelung einer ausdrücklichen Kollisionsnorm sei, so führt das schweizerische Bundesgericht aus, nicht einzusehen, weshalb das schweizerische Recht bei einer rein vermögensrechtlichen Frage zurückzuweichen habe vor einem ausländischen Recht, das dem außerehelichen Kindesverhältnis ungünstiger sei. Die durch die Gerichtsstandsvoraussetzungen geschaffenen Beziehungen zur Schweiz seien intensiv genug, auch die Anwendung der materiellen lex fori zu rechtfertigen. Das Bundesgericht ist später noch weitergegangen, indem es die Anwendung des schweizerischen Rechtes auch dort bejahte, wo dieses gegenüber dem Wohnsitzrecht des Beklagten ungünstiger sein kann (BGE 84 II, 1958, S. 602), und zwar mit der Begründung, daß die Anwendung fremden Rechts bei Fehlen besonderer gesetzlicher und staatsvertraglicher Kollisionsnormen wegen des sittlichen Gehalts der vom ZGB aufgestellten Norm über das Vaterschaftsrecht abzulehnen sei und daß auch die klagausschließenden Bestimmungen einen solchen sittlichen Gehalt hätten. Man wird die Berufung auf den sittlichen Gehalt unserer Bestimmungen über das Vaterschaftsrecht mit Zurückhaltung aufnehmen. Im Grunde meint ja wohl das Bundesgericht lediglich, daß im Hinblick auf die maßgebenden Bestimmungen des schweizerischen Rechtes ein Rechtsanwendungsinteresse der Schweiz bestehe und angesichts der bloß vermögensrechtlichen Natur des Anspruches eine Rücksicht auf entgegenstehende Interessen ausländischer Staaten nicht notwendig sei. Daß Art. 312 ZGB nicht für internationale Konflikte gedacht

[19] BGE 42 III, 1916, S. 342; vgl. für den Eigentumsvorbehalt BGE 93 III, 1967, S. 96ff. und die Bemerkung von A. HEINI, ZSR 87, 1968 I, S. 647ff. (unten S. 51).

[20] BGE 92 II, 1966, S. 217.

[21] Vgl. z. B. noch BGE 77 II, 1951, S. 113.

[22] Vgl. auch BGE 84 II, 1958, S. 602ff. (605), 85 II, 1959, S. 80ff. (82) und S. 318ff. (319), 89 II, 1963, S. 113ff. (115) und 92 II, 1966, S. 82ff. (88) und unten S. 66.

war, ist offensichtlich. Die Bestimmung gab aber dem Bundesgericht den positivrechtlichen Einstieg, um einen möglichst weiten Anwendungsbereich des schweizerischen Rechtes festzulegen, einen weiteren jedenfalls, als er auf Grund einer Auslegung von Art. 2 NAG, dessen Anwendung sich ganz offensichtlich aufdrängt, möglich gewesen wäre.

Die Praxis des Bundesgerichtes, insbesondere zum Familienrecht, entspricht damit in unerwartetem Maße der von vielen Autoren der Vereinigten Staaten vertretenen Forderung, das *Anwendungsinteresse einer Rechtsordnung* in jedem Einzelfall in den Vordergrund zu stellen, die IPR-Entscheidung auf Grund der maßgebenden Zielsetzungen und Interessen der tangierten Rechtsordnungen zu treffen. Die Neigung zur Anwendung der lex fori führt allerdings dazu, von vornherein ein Rechtsanwendungsinteresse dieser Ordnung anzunehmen. Die bundesgerichtliche Praxis kommt nicht aus einer grundsätzlichen dogmatischen Entscheidung zu diesen Schlüssen. Ein direkter Einfluß z. B. der USA-Lehren liegt nicht vor; sie dürften dem Bundesgericht nicht bekannt gewesen sein. Das Bundesgericht folgt einer «natürlichen» Tendenz, den eigenen Gesetzen einen weiten Anwendungsbereich zu sichern. Vielleicht kann man auch sagen, daß die *Statutentheorien*, die vom Anwendungsbereich der materiellen Rechtssätze ausgingen, besonders für die familienrechtlichen Verhältnisse teilweise ihre Geltung behielten. Die von SAVIGNY aufgestellte *Antithese*, den «*Sitz*» *des Rechtsverhältnisses* zum Ausgangspunkt zu nehmen, hat sich nur im Vertragsrecht völlig durchgesetzt. Hier ist die «Gleichwertigkeit» der materiellrechtlichen Lösungen auch in viel größerem Maße gegeben als etwa im Familienrecht, weshalb von dominanten Rechtsanwendungsinteressen der lex fori nur wenig die Rede sein kann[23].

4. *Der sogenannte «better law approach»*

Nach der herkömmlichen Ansicht erfolgt die Lösung der Kollisionsfrage abstrakt in dem Sinne, daß die Entscheidung ohne Rücksicht auf das materielle Ergebnis in der aufgefundenen Rechtsordnung getroffen wird. Die Rechtsordnungen der Staaten, die der «völkerrechtlichen Gemein-

[23] Die Feststellung A. SCHNITZERS (Die funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht, Mélanges W. Schönenberger, 1968, S. 403): «Die Annahme der Statutenlehrer, daß der Charakter der Norm die Rechtsanwendung bestimme, ist seit SAVIGNY tot», ist deshalb nur bedingt richtig. Vgl. in unserem Sinn auch G. VAN HECKE, Principes et Méthodes de solutions des Conflicts de Lois, Rec 1969 I, S. 450 ff; ebenso E. YAIME, Neuere Entwicklungen im internationalen Kindschaftsrecht, Das Standesamt, 1971, S. 69/70.

schaft der miteinander verkehrenden Nationen»[24] angehören, gelten grundsätzlich als gleichwertig. Eine Korrektur, die das materielle Resultat der kollisionsrechtlichen Rechtsfindung berücksichtigt, erfolgt allenfalls nachträglich unter dem Gesichtspunkt des ordre public. 1933 erhob DAVID F. CAVERS in der Harvard Law Review in seinem Artikel «A Critique of the Choice-of-Law Problem» die Forderung nach dem «result selective approach», nach Lösung des Konfliktes auf der Grundlage der Wertung der konkurrierenden Rechtsordnungen, insbesondere des materiellen Inhalts der in Frage kommenden Rechte: «The court is not idly choosing a law; it is determining a controversy. How can it choose wisely without considering how that choice will affect that controversy?»[25]. CAVERS und mit ihm andere Autoren, wie vor allem ROBERT A. LEFLAR[26], erteilen (von R. DE NOVA trefflich formuliert) den Befehl: «Look before you leap»[27].

In Europa ist diese These vor allem unter Hinweis auf die speziellen Aufgaben des IPR, eine kollisionsrechtliche, nicht eine materiellrechtliche Gerechtigkeit herbeizuführen, scharf abgelehnt worden. Aufgabe des IPR sei es, das *örtlich beste*, nicht das materiell beste Recht aufzufinden[28]. Die *kollisionsrechtliche Gerechtigkeit* wird der *materiellen Gerechtigkeit* entgegengestellt.

Bereits bei der Auslegung auf der Grundlage des «Policy Weighing»[29] ist die Lösung des Kollisionskonfliktes durch das materielle Resultat beeinflußt. Allerdings erfolgt dort die Wahl nicht primär auf Grund einer Auswahl unter verschiedenen materiellrechtlichen Lösungen der aufgeworfenen Rechtsfrage. Es finden sich nun aber auch Beispiele, in denen das Bundesgericht bewußt nach der «*result selective method*» vorgegangen ist. Das hervorstechendste ist der Fall Cardo, BGE 94 II, 1968, S. 65 ff. Es handelt sich um die Scheidung der Ehe einer Französin, die mit ihrer Heirat Italienerin geworden war, aber das französische Bürgerrecht beibehalten hatte, somit um die Scheidung einer «mariage mixte». Bis zum Jahre 1968 galt für die Scheidung von Ehegatten mit verschiedener ausländischer

[24] F. K. v. SAVIGNY, System, Bd. VIII, S. 27.

[25] Harvard LR 47, 1933, S. 173 ff. (189).

[26] Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law, New York University Law Review 41, 1966, S. 281.

[27] Rec 1966 II, S. 608.

[28] Vgl. z. B. H. DÖLLE, IPR, 1968, S. 1; G. KEGEL, IPR, 2. Aufl. 1964, S. 33 ff.; P. H. NEUHAUS, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, S. 49.

[29] Vgl. oben S. 16.

Nationalität der Grundsatz der kumulativen Anwendung der beiden Heimatrechte aus Rücksicht auf die internationale Anerkennung der Ehescheidung[30]. Im Entscheid Cardo hat sich das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 7h NAG zu einem neuen Kriterium entschlossen. Im Interesse einer möglichsten Begünstigung der Scheidung genügt es, daß das Urteil in *einem* Heimatstaat des Klägers anerkannt wird. Dabei stellt das Bundesgericht auf dasjenige Heimatrecht ab, dessen Lösung dem schweizerischen Recht am ehesten entspricht, was zur Anwendung des für die Scheidung günstigsten Heimatrechtes führt. Daß Italien das Urteil nicht anerkennen wird[31], somit ein «hinkendes Eheverhältnis» entsteht, ein Resultat, das Art. 7h NAG ausschalten will, wird nicht berücksichtigt; der Richter *will* ein bestimmtes Resultat, selbst auf Kosten spezifisch kollisionsrechtlicher Gesichtspunkte[32].

Gegenüber dem bundesgerichtlichen Urteil im Falle Cardo läßt sich ohne Zweifel Verschiedenes einwenden, so z. B., daß es den Kläger begünstige (in der Regel die Frau) und dem Ehepartner, der nur eine Nationalität besitzt, die Möglichkeit einer Scheidungsklage in der Schweiz verweigere[33]. Auch erscheint das Bemühen, die Entscheidung aus Art. 7h NAG zu gewinnen, wenig überzeugend, da die Ratio der Norm, die internationale Sicherung des Rechtsaktes, völlig außer acht gelassen wird. Bei der Schaffung des NAG war der Fall der «mariage mixte» weitgehend unbekannt. Das Bundesgericht hätte deshalb davon ausgehen müssen, das NAG enthalte keine adäquate Regelung für diesen Fall; es hätte, wie es das französische Kassationsgericht getan hat, eine Lücke feststellen sollen, die im Wege der richterlichen Rechtsschöpfung zu schließen gewesen wäre[34].

[30] Fall Schmidlin 59 II, 1933, S. 113, ferner F. VISCHER, «mariage mixte», Festschrift M. Gutzwiller 1959, S. 413ff. und die dortigen Verweise.

[31] Vgl. für den neuen Rechtszustand unten S. 62.

[32] Das Bundesgericht hatte übrigens bereits im Entscheid 59 II, 1923, S. 412 für die Verwandtenunterstützung in ähnlicher Weise erklärt, daß nur solches ausländisches Recht zur Anwendung gelange, das weitergehe als Art. 328 ZGB. Vgl. auch z. B. BGE 85 II, 1959, S. 153: Ersatzgerichtsstand in der Schweiz und Anwendung schweiz. Rechts, um die Anwendung des islamischen Elternrechts auszuschließen. Das NAG verweist in Art. 9 auf den Wohnsitz des Gewaltinhabers.

[33] Vgl. P. M. GUTZWILLER, Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht, Abhandlung zum schweiz. Recht, 1969, S. 74ff.

[34] Anlehnung an die französische Praxis in Sachen Rivière: Maßgeblichkeit des Rechts des gemeinsamen Domizils, in Ermangelung eines solchen des Rechts des Forums.

Der Fall Cardo deckt aber den grundsätzlichen Aspekt auf: Wo die «issues» Fragen betreffen, die in den tangierten Rechtsordnungen diametral entgegengesetzt beantwortet werden, ist der Richter geneigt, schon bei der Rechtswahl einen Weg zu finden, der ein materielles Resultat ermöglicht, welches mit seiner Vorstellung über die richtige Lösung am besten harmoniert. Insofern ist es auch nicht richtig, generell anzunehmen, die Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen könne Grundlage der IPR-Entscheidungen sein. Der dialektische Ablauf des Prozesses konfrontiert das Gericht mit den Konsequenzen der Rechtsanwendung. Es ist naheliegend, daß der Richter bei der Lösung der kollisionsrechtlichen Vorfrage sich zumindest auch vom materiellrechtlichen Resultat, auf das es ja im Prozeß ankommt, beeinflussen läßt, somit «schaut, bevor er springt». In der Regel vollzieht sich dieser Vorgang mehr un- oder unterbewußt. Wo sich aber, wie bei der Scheidung, die materielle Grundsatzentscheidung so eindeutig typisieren läßt, schlägt sich die materiellrechtliche Präferenz in der Kollisionsnorm nieder. Die enge Berührung mit dem odre public liegt auf der Hand, handelt es sich doch beide Male um die Durchsetzung materiellrechtlicher Gesichtspunkte[35].

Es ist deshalb nicht angängig, eine *spezifisch kollisionsrechtliche Gerechtigkeit* gegen eine *materiellrechtliche Gerechtigkeit* auszuspielen. Im IPR treten für die «gerechte» Entscheidung wohl zusätzliche Gesichtspunkte auf, die aber meist wiederum auf materiellrechtlichen Wertvorstellungen beruhen. Wie immer stehen auch hier die einzelnen topisch festzustellenden Elemente der Gerechtigkeit in einer dialektischen Spannung zueinander[36].

Vgl. auch die Fälle Lewandowsky, Tarwid, Corcos und Ortiz zit. bei F. VISCHER, IPR, S. 597, Anm. 9.

[35] Das gleiche gilt im USA-Recht dort, wo die Gerichte die *result selective method* anwenden, vorweg im außervertraglichen Schadenersatzrecht. Es handelt sich um eindeutige typisierte «issues», wie z. B. summenmäßige Haftungsbegrenzung gegen unbeschränkte Haftung. Vgl. V. TRUTMANN, Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen, Diss. Basel, 1969, S. 80ff.

[36] H. STOCKER, Vom ordre public-Vorbehalt zur internationalprivatrechtlichen Härteklausel, Das Standesamt, 23, 1970, S. 326 nennt den Begriff der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit eine der absoluten Theorie von der Entscheidungsharmonie «kongeniale Erfindung». Sie vertritt eine Gerechtigkeit, «die sich darin genügt, kollisionsrechtlich berufene Fremdnormen abzuwenden, ohne sich – im Prinzip – darum zu kümmern, ob dies zu einem materiell befriedigenden Ergebnis führt». Mit Recht erklärt G. HOLLEAUX (FamRZ 1963, S. 636), die Gerechtigkeitsfrage sei ein konkretes und menschliches Problem, dessen abstrakte Behandlung die Gefahr schaffe, das IPR zum wurzellosen Formalismus zu degradieren.

5. Die Herbeiführung der Anwendung der materiellen lex fori

Es besteht bei allen Gerichten eine natürliche Tendenz, eine Lösung zu finden, welche die *Anwendung der eigenen Rechtsordnung* ermöglicht. Die bessere Vertrautheit mit dem eigenen Recht, die Vorstellung, dieses sei dem ausländischen Recht materiell überlegen, die Schwierigkeiten des Nachweises ausländischen Rechtes und andere Elemente fördern diese Tendenz. Die gegenwärtigen Kontroversen über die Grundlagen des IPR und die dadurch geschaffene Unsicherheit dürften ein weiterer wesentlicher Grund sein. Der Vorrang der lex fori wird auch in der Doktrin vor allem von ALBERT A. EHRENZWEIG[37] als Grundprinzip gefordert. Aus der Überzeugung, daß eine tragende Rechtfertigung für die Anwendung eines bestimmten Rechtes sich in der Regel nicht finden lasse, aus der Erkenntnis, daß eine Wahl der anwendbaren Ordnung auch nach der von CURRIE vertretenen Methode der «policy»-Analyse letztlich doch zufällig bleibe, aus der realistischen Beachtung der hinter allen Phrasen und Techniken stehenden Rechtswirklichkeit gelangt EHRENZWEIG zur Anwendung der materiellen lex fori als Grundregel. Diese soll als «residuary rule» immer vorgehen, wenn die Anwendung einer ausländischen Norm nicht durch eine ausdrückliche oder «etablierte» Kollisionsregel vorgeschrieben ist und die Auslegung der «policy» der betreffenden lex fori-Bestimmung nicht die Anwendung einer fremden Norm verlangt. Als «forum policy» nennt EHRENZWEIG vor allem die Suche nach der «better rule of law, which will lead a court automatically to its own lawbooks»[38]. Vorbehalten bleiben die «local data» ausländischer Ordnungen (wie z. B. Verkehrsvorschriften)[39].

Das *Bundesgericht* hat im viel diskutierten und kritisierten Fall Sznajer (BGE 92 II, 1966, S. 111 ff.) diesen Grundsatz, allerdings ohne Berufung auf EHRENZWEIG, auch für das schweizerische Recht als maßgebend bezeichnet. Der Richter, sagt das Bundesgericht, habe «das einheimische Recht anzuwenden, dessen Vorschriften den hier herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen entsprechen». Die lex fori soll nur zurückweichen, wenn es um Ansprüche geht, die unter der Herrschaft ausländischen Rechtes begründet wurden (sogenannte wohlerworbene Rechte) oder wenn die Anerkennung einheimischer Urteile, vor allem über Statusfragen,

[37] Private International Law, Leyden/New York 1967, S. 60.

[38] Private International Law, S. 97.

[39] Für eine ausführliche Darstellung der Lehre EHRENZWEIGS im deutschen Schrifttum vgl. K. SIEHR, Ehrenzweigs Lex-fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, RabelsZ, 1970, S. 585 ff.

bewirkt werden soll. Unter Verwendung eines Zitats von BATIFFOL wird von der «plénitude de compétence» der lex fori gesprochen[40].

Das Bundesgericht hat diese These formuliert, man möchte sagen unnötigerweise, im Zusammenhang mit der Frage der Überprüfung schweizerischen Rechts, das als Ersatzrecht für nicht nachgewiesenes anwendbares ausländisches Recht angewandt wurde. Es kann ihr jedenfalls in dieser Absolutheit nicht zugestimmt werden. Das Bundesgericht übersieht, daß der Grundsatz der lex fori-Anwendung die Problematik des IPR von der Kollisionsnorm auf die Gerichtsstandsfestsetzung verlagert. Die relevante Anknüpfung müßte immer bereits in der Gerichtsstandsnorm zum Ausdruck kommen. Der Vorrang der lex fori verlangt vom Gesichtspunkt der internationalen Harmonie, daß sich die Staaten auf ein System ausschließlicher Gerichtsstände einigen könnten. Abgesehen davon beinhalten die bundesgerichtlichen Dicta eine nicht vertretbare Vereinfachung der Problematik.

Trotz grundsätzlicher Ablehnung der bundesgerichtlichen These kann nicht übersehen werden, daß in der Praxis die Tendenz, die lex fori zur Anwendung zu bringen, stark hervortritt. Schon die Methode des «policy weighing» führt, wie wir sahen, in aller Regel zur Anwendung des schweizerischen Rechts. Die Anwendung des schweizerischen Rechts wird außerdem ganz besonders durch die Praxis der Kantone über den *Nachweis des an sich anwendbaren ausländischen Rechtes* gefördert. Die Mehrheit der Kantone auferlegt den Parteien den Nachweis des Inhaltes des ausländischen Rechtes und wendet bei Unterlassung oder Unmöglichkeit das schweizerische Recht als Ersatzrecht an. Dadurch haben es die Parteien weitgehend selbst in der Hand, das an sich anwendbare ausländische Recht durch das schweizerische Recht zu ersetzen[41]. Zudem begünstigt das Interesse an einem berufungsfähigen Entscheid seit der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Praxisänderung in BGE 92 II, 1966, S. 116ff. die Option zugunsten der lex fori.

Das klassische Mittel zur Herbeiführung der Anwendung der lex fori ist der *ordre public* in seiner doppelten Funktion. Eine kürzlich durchgeführte Analyse der bundesgerichtlichen Praxis[42] zeigt, daß das Bundes-

[40] H. BATIFFOL, Traité élémentaire de droit international privé, 3. Aufl. 1959, S. 403ff. In der 4. Auflage von 1967, S. 394ff., spricht BATIFFOL dagegen von «vocation subsidaire de la loi française», was inhaltlich allerdings das Gleiche bedeutet.

[41] Vgl. hiezu unten S. 104ff.

[42] Vgl. A. BERTOLF, Die Anwendung der materiellen lex fori im schweizerischen IPR, Diss. Basel, 1969.

gericht in der Geltendmachung der negativen Funktion des ordre public eher Zurückhaltung übt[43]. Über die Anwendung der positiven Funktion ist schon gesprochen worden.

Weitere Hilfsmittel zur Herbeiführung der Anwendung der materiellen lex fori bieten die *Qualifikation* und der *Renvoi*. Wird dieser richtigerweise als «expédient» in der Hand des Richters verstanden, um ein sonst unbefriedigendes Ergebnis zu korrigieren, so besteht die Möglichkeit, durch die Anerkennung einer Rückverweisung auf die lex fori diese zur Anwendung zu bringen. Das Bundesgericht hat bisher von dieser Möglichkeit nicht nachweisbar Gebrauch gemacht[44]. Interessant ist, daß die Tendenz, der materiellen lex fori zur Anwendung zu verhelfen, nicht nur im angloamerikanischen und europäischen Rechtskreis, sondern beispielsweise auch in Japan festzustellen ist. Nach dem Bericht von KAWAKAMI anerkennen die dortigen Gerichte eine Rückverweisung nicht selten nur, um einen Vorwand für die Anwendung japanischen Rechts zu haben. Es sollen damit Unzulänglichkeiten beseitigt werden, die sich ergeben aus den japanischen Kollisionsnormen, welche die Anwendung des Heimatrechts vorschreiben[45]. Auch die Qualifikation bietet sich dem Richter als Mittel an, die Anwendung der lex fori schon auf der Stufe der Verweisungsnorm herbeizuführen. Oft läßt sich dadurch eine nachträgliche Korrektur durch den ordre public vermeiden, d.h. es liegt sozusagen eine Vorwegnahme des ordre public vor.

Im Bereich des NAG wird die Herbeiführung der Anwendung der lex fori durch den im Gesetz und durch die Praxis angestrebten Gleichlauf

[43] Vgl. F. VISCHER, Der ordre public im Familienrecht, ZZW 1969, S. 324ff. Immerhin hat das Bundesgericht gelegentlich den ordre public beigezogen, um eine Lösung zu treffen, die atypischen Einzelinteressen dient. So wurde in BGE 86 II, 1960, S. 323 die Kinderzuteilung nach einer Scheidung durch ein Gericht in Caracas nicht anerkannt. In Caracas lag der ehemalige Wohnsitz der Eltern und der Wohnsitz der Mutter, der nach dem Tod des Vaters die elterliche Gewalt über das Kind zugesprochen wurde. Das Kind ging in der Schweiz zur Schule. Die Nichtanerkennung erfolgte, weil angeblich die Kindesinteressen nicht genügend berücksichtigt wurden. Man wird aber den Eindruck nicht los, daß die Gerichte eine Lösung finden wollten, die den Interessen der in der Schweiz wohnenden Schwester des verstorbenen Vaters am besten gerecht wurde.

[44] In BGE 61 II, 1935, S. 18 ließ das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offen, ob ein Renvoi des Heimatrechtes auf das mit der lex fori übereinstimmende Wohnsitzrecht zu beachten sei.

[45] Vgl. T. KAWAKAMI, RabelsZ, 1969, S. 503.

von Forum und Ius gefördert[46]. Auch begünstigt überall, wo an die Nationalität einer Person angeknüpft wird, die ausschließliche Berücksichtigung des Schweizerbürgerrechts bei schweizerisch-ausländischen Doppelbürgern die Anwendung des schweizerischen Rechts vor schweizerischen Gerichten[47]. Die gleiche Wirkung hat bei der Scheidung das sogenannte «Ferrariprinzip», wonach bei einer «mariage mixte», an der ein Schweizer beteiligt ist, es für die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes allein auf das Schweizerbürgerrecht des Klägers ankommt[48].

Auch *außerhalb des Bereiches der im NAG geregelten Materien* wird die Tendenz zur Anwendung der lex fori gefördert: Im Vertragsrecht vor allem durch die Möglichkeit einer nachträglichen Rechtswahl selbst noch vor den Schranken des Gerichtes, im außervertraglichen Schadenersatzrecht durch das Ubiquitätsprinzip mit dem Wahlrecht des Klägers, ob das Recht am Begehungsort oder am Erfolgsort anzuwenden sei.

§ 2 Schlußfolgerungen

1. Die Konkordanz zwischen der bundesgerichtlichen Praxis und den heute herrschenden Strömungen in der Doktrin ist überraschend. Zwar nimmt, wie ausgeführt, das Bundesgericht kaum je Bezug auf die Auseinandersetzungen in der Doktrin; insbesondere die US-Autoren werden nie berücksichtigt, und doch sind es gerade ihre Thesen, die wir in der bundesgerichtlichen Praxis wenigstens teilweise bestätigt finden.

Die *Rechtsprechung zum NAG* bestätigt die eingangs genannte Tatsache, daß eine einheitliche Zielsetzung bei der Auslegung und Lückenfüllung fehlt. Deswegen dem Bundesgericht einen Vorwurf zu machen, wäre falsch. Schon das NAG selbst enthält keine einheitliche Lösung. Auch erscheint es fraglich, ob es überhaupt einen einheitlichen Nenner gibt und geben kann, einen Nenner, der alle im Bereich der vom NAG erfaßten Materien auftretenden Probleme umschließt. Gerade diese Schwierigkeit wird bei der Frage nach Reformlösungen fühlbar werden. Eines dürfte im Hinblick auf die Reform bereits jetzt feststehen: Eine bloße Kodifika-

[46] Vgl. z.B. die Praxis des Bundesgerichts zur Anknüpfung der einfachen Vaterschaftsklage erstmals in BGE 82 II, 1956, S. 575, F. VISCHER, IPR, S. 620f.

[47] Vgl. unten S. 61, F. VISCHER, IPR, S. 540ff. und die dortigen Verweise.

[48] Vgl. unten S. 84, F. VISCHER, IPR, S. 598ff. und die dortigen Verweise.

tion der bundesgerichtlichen Praxis kommt kaum in Frage. Sie ist zu wenig abgeschlossen, zusammenhängend; es fehlt ihr das vorläufig Endgültige.

2. Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß im *Bereich des internationalen Vertragsrechtes* die Situation eine andere ist. Hier hat das Bundesgericht mit der Konkretisierung des Begriffes des engsten räumlichen Zusammenhanges und mit der Lehre von der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie ein in sich geschlossenes System entwickelt. Weshalb diese Diskrepanz zwischen den vom NAG erfaßten Materien und dem Vertragsrecht? Im internationalen Vertragsrecht besteht eine verschiedene Ausgangslage: Eine weitgehende Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen, das Fehlen dominanter Rechtsanwendungsinteressen der Schweiz, die Eignung der Materie für rationale Lösungen. Auch erleichtert die Anerkennung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie die Fixierung von Anknüpfungsregeln, weil man sich damit beruhigen kann, daß es die Parteien selbst in der Hand gehabt hätten, eine andere, ihnen angemessener erscheinende Lösung herbeizuführen. Das Fehlen gesetzlicher Regeln, welche die Anknüpfungskriterien verbindlich festlegen, hat sich positiv ausgewirkt; der gesetzesfreie Raum hat die volle Entfaltung der richterlichen Rechtsschöpfung ermöglicht. Allerdings ist, wie noch näher zu zeigen sein wird, die Durchdringung des internationalen Vertragsrechtes noch bei weitem nicht vollendet[49].

Unbefriedigend ist die bundesgerichtliche Praxis zur Anknüpfung *internationaler Delikte*. Die vom Bundesgericht bei Distanzdelikten angewendete Ubiquitätstheorie, die nach Wahl des Verletzten das Recht des Handlungs- oder Erfolgsortes zur Anwendung bringt, ist problematisch[50].

3. Hemmend für die Entwicklung des schweizerischen internationalen Privatrechtes hat sich die Selbstbeschränkung des Bundesgerichts in der *Überprüfung der richtigen Rechtsanwendung* ausgewirkt[51]. Das Bundesgericht überprüft in aller Regel nur, ob die kantonale Instanz zu Recht ausländisches statt schweizerisches oder schweizerisches statt ausländisches Recht angewendet hat, weil nur von dieser Frage die spätere Revisibilität des Urteils abhängt, nicht dagegen, welches von zwei in Frage stehen-

[49] Vgl. unten S. 48 ff.

[50] Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 694 und unten S. 50.

[51] Vgl. J. GENTINETTA, Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts, 1964, sowie unten, Kap. 4.

den ausländischen Rechten zur Anwendung gelangt. Diese Einengung der bundesgerichtlichen Kognitionsbefugnis verhindert, die internationalprivatrechtlichen Probleme losgelöst vom Gesichtspunkt Schweiz/Ausland zu erfassen, somit zu Kollisionsregeln zu kommen, die einer wirklichen Internationalisierung zugänglich wären.

Die bundesgerichtliche Kontrollpraxis führt zu einer *Bilateralisierung* des IPR, fördert gleichzeitig die Tendenz, den Anwendungsbereich der eigenen materiellen Normen auszudehnen.

Kapitel 2

Der Kodifikationsgedanke und das heutige IPR

§ 1 Die Aufgaben und die Voraussetzungen einer umfassenden gesetzlichen Regelung des IPR

I. Die Aufgaben einer umfassenden Gesetzgebung

1. Bei der Schaffung der großen abendländischen Kodifikationen stand an vorderer Stelle die Absicht, die *innere Einheit in der meist politisch noch zersplitterten Nation* zu fördern. Diese politische Zielsetzung der Kodifikation entfällt für das internationale Privatrecht.

2. Mit dem Kodifikationsgedanken verbindet sich die Vorstellung, das *Recht solle zum wirklichen Besitz der Nation werden*[1]. Die Kodifikation soll das Recht aus einer vorwiegend wissenschaftlichen Tradition befreien, das Auseinanderklaffen von Theorie und Praxis beheben. Typisch ist die Bemerkung PETER CONRADIN VON PLANTAS in der Einleitung zum bündnerischen Civilgesetzbuch: «Auf der Hand liegt endlich, wieviel tröstlicher es für die Richter selbst, besonders für juristisch nicht gebildete, ist, ihre Rechtskenntnis aus dem Quell eines einheimischen und volkstümlichen Rechtsbuches schöpfen zu können, als sich von den Anwälten auf dem Kampfplatz der römisch-, deutsch- und vernunftrechtlichen Kontroversen umhertreiben zu lassen[2]». Auch für das IPR dürfte dieser Gedanke eine gewisse Rolle spielen. Nur muß man sich klar sein, daß ein IPR niemals «volkstümlich» sein kann. Mit Recht hat H. FRITZSCHE[3] darauf hinge-

[1] Vgl. A. F. J. THIBAUT, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, in: THIBAUT und SAVIGNY, Zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches Recht in Deutschland, Berlin 1914, S. 51f.

[2] Zit. nach P. LIVER, Berner Komm. Einleitung N 141. Dieser Gedanke geht zurück auf MONTESQUIEU und FEUERBACH.

[3] ZSR 46, 1927, S. 232.

wiesen, daß die Bestimmungen des NAG keinen Eingang in die Volksmeinung gefunden hatten, und daß sich weder Volk noch Räte für die Materie wirklich interessierten.

3. Die Kodifikation soll eine *Materie in einem geschlossenen, systematischen Zusammenhang zur Darstellung bringen.* Diese Anforderung, auf die wir zurückkommen werden, ist beim heutigen Stand des IPR schwer erfüllbar. Fraglich erscheint auch, ob einer solchen Systematisierung das IPR überhaupt zugänglich ist. So erklärt ALBERT A. EHRENZWEIG: «Private International Law is not a legal subject accessible to systematic treatment»[4]. Das ist sicherlich eine Übertreibung, die aber ihren wahren Kern enthält. Ein geschlossenes System wie etwa das von MANCINI errichtete und im italienischen Recht kodifizierte Gebäude, das auf wenigen Grundprinzipien (Nationalität für die legge d'ordine privato und Territorialität für die legge d'ordine pubblico) beruht, ist heute undenkbar. Einem entsprechenden Versuch in Italien, diesen Anlauf zu wiederholen, wurde mit Skepsis, ja Ablehnung begegnet[5].

4. Die Kodifikation soll die *gleichmäßige Rechtsanwendung* (Rechtsgleichheit) und die *Rechtssicherheit* garantieren.

Man muß sich klar sein, daß diese beiden Ziele einer Kodifikation im Bereich des IPR nur schwer erfüllbar sind und überdies in einem letzlich unlösbaren Spannungsverhältnis zum Gebot der Einzelfallgerechtigkeit stehen[6].

Was das *Gleichbehandlungsinteresse* anbetrifft, besteht die Schwierigkeit, daß im IPR die Tatbestandskombinationen so vielfältig und unvorhersehbar sein können, daß eine gleichmäßige Behandlung auf Grund starrer Anknüpfungsregeln oft zur Ungerechtigkeit führt. Die gesetzliche Fixierung führt im IPR mehr als im materiellen Recht zu einer gewissen mechanischen Rechtsanwendung, die dem Einzelfall oft nicht gerecht wird. Es stellt sich daher die Frage nach der grundsätzlichen Anerkennung eines Vorbehalts des noch engeren Zusammenhanges für den Fall, daß der ordentliche Anknüpfungspunkt nicht zur Anwendung des Rechts führt, zu dem der konkrete Tatbestand die engste Beziehung aufweist. Dem Ermessen des Richters in bezug auf die Handhabung der Kollisionsregeln

[4] Prospettive 1968, S. 301.

[5] Vgl. unten S. 55.

[6] Vgl. P. H. NEUHAUS, Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws, in: Law and Contemporary Problems, Duke University 1963, S. 795ff.

würde damit allerdings ein großer Spielraum eingeräumt. Auch die Anerkennung eines Vorbehalts des noch engeren Zusammenhanges ist daher gewissen Richtlinien zu unterwerfen, die jedoch nicht abschließend sein können[7]. Eine Gleichbehandlung kann im Grunde nur dort garantiert sein, wo die gleichen Tatbestandskombinationen zur Entscheidung vorliegen und die materiellen Rechtsinhalte vorweg bekannt sind. Dies dürfte vornehmlich im bilateralen Verhältnis möglich sein.

Die *Rechtssicherheit* ist im IPR von vornherein nur eine bedingte. Die Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung ist wegen der einzelstaatlichen Quelle des IPR von der Voraussehbarkeit des Forums, dessen IPR-Normen zur Anwendung gelangen, abhängig. Die Prävisibilität ist deshalb von der Prämisse abhängig: Nur wenn das Forum in der Schweiz liegt, kommt die gesetzliche Norm zur Anwendung. Der Verlaß auf die Anwendung der gesetzlichen Kollisionsnorm ist weiter beschränkt durch die Grundsätze des sogenannten allgemeinen Teils des IPR, die sich schwer kodifizieren lassen. Es sei an die Stichworte Qualifikation, Rück- und Weiterverweisung, Vorfrage, ordre public, Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts, fraudulöse Anknüpfung erinnert.

II. Die Voraussetzungen einer umfassenden Kodifikation im IPR

1. Die erste Voraussetzung für eine umfassende gesetzliche Regelung ist ein *gefestigter Stand der Dogmatik*. Angesichts der reichdotierten Büchergestelle in den Rechtsinstituten könnte man annehmen, diese Voraussetzung sei erfüllt. In diesem Sinn wurde auch für das schweizerische IPR die Ansicht vertreten, die Wissenschaft und die Rechtsprechung hätten heute die Voraussetzungen für eine Kodifikation geschaffen, die 1912 noch nicht bestanden hätten[8]. Es erscheint mir aber zweifelhaft, ob dies aus der heutigen Sicht noch stimmt, werden doch nicht nur zu Einzelproblemen neue Ansichten geäußert, sondern die Grundlagen des traditionellen IPR überhaupt in Frage gestellt. Auch dürfte unser Überblick über die Rechtssprechung zum NAG gezeigt haben, daß das IPR in der Praxis der traditionellen Lehre kaum in dem Ausmaße gefolgt ist, wie man allgemein ange-

[7] Vgl. unten S. 76.

[8] Vgl. A. SCHNITZER, SJIR 1955, S. 59; P. A. LALIVE, Regards sur le droit international privé suisse, in: Regards sur le droit suisse – Aujourd'hui et demain, Festschrift hg. vom SJV zur Schweiz. Landesausstellung Lausanne 1964, S. 193.

nommen hat. Man spricht heute oft von einer Krise des IPR, die vor allem durch die Thesen der USA-Lehrer hervorgerufen wurde[9]. Zwei Aufgaben kann aber eine Kodifikation nicht erfüllen: Sie kann ohne einheitliche Zielvorstellungen in der Wissenschaft die Krise nicht überwinden. Sie kann und soll aber auch nicht einen Damm aufrichten gegen Neuerungen, die ungewohnt und unbequem erscheinen.

2. Voraussetzungen einer Kodifikation des materiellen Rechtes sind *geschlossene soziale und wirtschaftliche Wertvorstellungen.* Diese sind im Bereich der nationalen, materiell-rechtlichen Kodifikation derart ins Wanken gekommen, daß eine starke Relativierung der Privatrechte zutage tritt. Das Gesetz ist weitgehend nicht nur Abgrenzung der Rechts- und Freiheitssphäre gegen andere, insbesondere auch gegenüber der öffentlichen Gewalt; der Richter hat nicht mehr nur die Gesetze ihrem Buchstaben und Sinn gemäß auszulegen und anzuwenden, er wird vielmehr zur Tätigkeit als «social engineer» aufgerufen, der aus den aktuellen Bedürfnissen heraus die gesellschaftlichen Verhältnisse mitgestalten soll. F. WIEACKER [10] kennzeichnet z. B. die Arbeitsweise des BGH wie folgt: «Während das RG grundsätzlich an Gesetzestreue festhielt ... bekennt sich der BGH offen und selbstbewußt zu einem richterlichen Auftrag zur Fortbildung der geschriebenen Rechtsordnung nach den sozialen Bedürfnissen und moralischen Wertungen der gegenwärtigen westdeutschen Gesellschaft.» Mit der Loslösung vom Gesetzestext ist eine Abkehr vom inneren System, dem Rechtsbegriff und Konstruktionszusammenhang verbunden, die einst tragende Grundlagen des bürgerlichen Rechts waren. Dazu kommt das Bemühen jedes staatlichen Gesetzgebers, durch sich ständig ablösende Novellen im Wettlauf der Kodifikation mit den veränderten sozialen Umständen und den richterlichen Rechtsschöpfungen Schritt zu halten.

Wenn auch das IPR primär keine materielle Entscheidung zu treffen hat, steht doch fest, daß es ohne ein *Minimum inhaltlicher Übereinstimmung der beteiligten Rechtsordnungen* nicht auskommen kann[11]. Wo diese Voraussetzung fehlt, werden die kollisionsrechtlichen Normen durch den ordre public außer Kraft gesetzt. Infolge der geschilderten Umstände findet das IPR nicht mehr eine vorgegebene, einigermaßen statische Gesetzgebung vor, auf die es mit seinen abstrakten Regeln verweisen kann.

[9] Vgl. F. VISCHER, Festschrift O. A. Germann, 1969, S. 288ff.
[10] Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 530.
[11] P. H. NEUHAUS, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, S. 37.

Von den begrifflichen Zusammenhängen und der Einheit der Privatrechtssysteme sowie von einer gewissen Konstanz der materiell-rechtlichen Lösung ist das IPR aber stets ausgegangen, arbeitet es doch mit sog. Systembegriffen (wie etwa elterliche Gewalt/Vormundschaft, uneheliches/eheliches Kindschaftsverhältnis, erbrechtliche/güterrechtliche Verhältnisse), die eine gewisse übereinstimmende Dogmatik und Systematik voraussetzen. Auch ist nicht ohne Konsequenz für das Kollisionsrecht, daß mit der Desintegration des bürgerlichen Rechts nicht nur dessen innere Geschlossenheit, sondern auch seine Abgrenzung gegenüber dem öffentlichen Recht in Frage gestellt wird.

Die Wirklichkeit, an der sich die Gerechtigkeit des IPR zu orientieren hat, sind, wie wir betont haben, auch die materiellen Rechte und ihre Lösungen. Jede IPR-Norm kann deshalb nur auf der Grundlage einer umfassenden rechtsvergleichenden Analyse geschaffen werden. Die Voraussetzung hierzu erscheint heute mehr als früher erschwert. Die Verweisung auf eine ausländische Rechtsordnung ist trotz des Fortschritts der Rechtsvergleichung ein Sprung ins Ungewisse, der erhebliche Überraschungsmöglichkeiten enthält.

3. Voraussetzung einer Kodifikation ist endlich das Erfordernis der *einheitlichen Staatlichkeit*. Dieses würde an sich für die nationale IPR-Kodifikation keine Probleme aufwerfen. Immerhin ist auf die alte ungelöste Frage hinzuweisen, ob angesichts des internationalen Ziels des IPR eine einzelstaatliche Kodifikation überhaupt sinnvoll ist, ob insbesondere ein Staat allseitige Kollisionsnormen mit Anspruch auf allgemeine Gültigkeit aufstellen kann. Es wird in diesem Zusammenhang auf die Diskussion anläßlich der Kodifikation des IPR im EGBGB verwiesen[12], die noch heute eine gewisse Bedeutung besitzt. Es wurde betont, die Materie des IPR bilde einen Teil des Völkerrechts oder greife doch in dasselbe ein und entziehe sich mit Rücksicht darauf der Regelung durch einen einzelnen Staat. Dieser könne lediglich festlegen, wann seine eigene Rechtsordnung zur Anwendung gelange. Der Gesetzgeber habe sich auf einseitige Kollisionsnormen zu beschränken, die den Anwendungsbereich der eigenen Rechtsordnungen regelten. Diese These finden wir auch heute noch vertreten[13]. Ihre Berechtigung besteht darin, daß idealerweise die Aufgabe der Verteilung der Zuständigkeiten durch einen übernationalen Gesetzgeber erfol-

[12] Vgl. TH. NIEMEYER, IPR, 1901, S. 26f.; H. HABICHT, IPR, 1907, S. 13ff.
[13] Vgl. z. B. R. SAVATIER, Cours de droit international privé, 2. Aufl. 1953, Nr. 231f.

gen müßte. Sie nimmt aber unrichtigerweise die Entbehrlichkeit ganzseitiger Kollisionsnormen auch im einzelstaatlichen Bereich an.

Nicht zu übersehen ist allerdings, daß jede staatliche kollisionsrechtliche Gesetzgebung die *internationale konventionsrechtliche Einigung* erschwert, weil jeder Staat nur mit Widerstreben bereit ist, seine gesetzlichen Normen einer abweichenden konventionsrechtlichen Regelung zu opfern. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um eine neue Gesetzgebung handelt. Insofern muß die Frage gestellt werden, ob nicht durch eine staatliche Gesetzgebung die Arbeit der internationalen Gremien, wie der Haager Konferenz für IPR, des CIEC und des Europarates erschwert, wenn nicht gar verhindert wird. Angesichts der starken Intensivierung der internationalen Kodifikationstätigkeit in den letzten Jahren wird das Bedürfnis nach nationalen IPR-Kodifikationen zurückgedrängt. So hat z. B. die Haager Konferenz für wichtige Rechtsgebiete, wie die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern (1956 und 1958), den Schutz der Minderjährigen (1961), die Adoption (1965), die Testamentsform (1964) und den internationalen Warenkauf (1958) internationale Übereinkommen geschaffen. Ferner hat die Haager Konferenz Abkommensentwürfe von zentraler Bedeutung ausgearbeitet, so z. B. über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen (1968) und über das auf Unfälle im Straßenverkehr anwendbare Recht (1968)[14].

Neben den Haager Abkommen besteht eine Reihe von Konventionen der Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), so z. B. die convention sur la reconnaissance des décisions relatives au lieu conjugal (1967) und die convention sur la légitimation par mariage (1969). Weitere Abkommen befinden sich im Stadium der Anregung oder der Erarbeitung, so insbesondere ein Abkommen zur Vermeidung von bestimmten Fällen der Heimatlosigkeit, ein Abkommen über Namensfragen sowie ein Abkommen über ein einheitliches Eheschließungsverfahren.

[14] Vgl. zum Haager Kodifikationswerk insbes. F. KNOEPFLER, Les nouvelles conventions de la Haye de droit international privé, Diss. Neuchâtel, 1968. Auf dem Programm der Haager Konferenz für ihre nächsten Sessionen stehen zunächst die Schaffung internationaler Bestimmungen über die Produktenhaftpflicht und das Erbrecht. In zweiter Linie sollen u. a. die in den Abkommen von 1956 und 1958 noch nicht geregelten Unterhaltsverpflichtungen, das Eheschließungsrecht unter Revision der Konvention von 1902, das eheliche Güterrecht sowie das auf Wertpapiere anwendbare Recht eine internationale Regelung erfahren. Für die weitere Zukunft ist sodann ein Abkommen über die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Scheidungssachen geplant.

Das *Bestehen verschiedener internationaler Gremien*, die internationale Abkommen ausarbeiten, kann allerdings insbesondere angesichts der Tatsache, daß die Staaten oft gleichzeitig verschiedenen Gremien angehören, zu Konventionskonflikten führen. Wenn sich auch gewisse Grundsätze zur Lösung von Konventionskonflikten aufstellen lassen, so werden dadurch doch praktisch die Bestrebungen, das IPR durch internationale Abkommen zu vereinheitlichen und die Rechtslage dadurch zu vereinfachen, vereitelt und die Ratifikation der Abkommen durch die einzelnen Staaten in Frage gestellt[15]. Der in verschiedenen Haager Abkommen enthaltene Vorbehalt zugunsten konkurrierender bilateraler oder multilateraler Abkommen ist berechtigt, was bestehende Abkommen anbetrifft. Der Vorbehalt auch künftiger Abkommen[16] leistet jedoch der Entstehung von Konventionskonflikten geradezu Vorschub[17].

§ 2 Die Bestrebungen zu einer Neukodifikation des IPR in der Schweiz seit Schaffung des NAG

1. Im Zusammenhang mit der *Schaffung des schweizerischen Zivilgesetzbuches* war geplant, die Gesetzgebung betreffend das internationale Privatrecht grundsätzlich zu revidieren. EUGEN HUBER hatte ursprünglich die Absicht, das IPR nicht in ein Spezialgesetz zu verweisen, sondern in 21 Paragraphen der Ordnung des internen Rechtes die internationalen Beziehungen anzufügen[18]. Die Einzelbestimmungen sollten durch einen allgemeinen Artikel (Art. 5) und durch weitere allgemeine Bestimmungen des Schlußtitels zusammengefaßt werden. Die große Expertenkommission hatte jedoch die das internationale Recht beschlagenden Artikel des Vorentwurfs sofort von ihren Beratungen ausgeschieden[19]. Der bundesrätliche

[15] Vgl. F. VISCHER, SJIR 1968, S. 127ff., insbes. S. 130.

[16] So z.B. Art. 18 des Haager Abkommensentwurfes von 1968 über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen.

[17] Ein Anfang zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten und Konventionskonflikten kann in dem vor kurzem zwischen der CIEC und der Haager Konferenz angebahnten Briefwechsel gesehen werden, in dem sich die beiden Gremien über Probleme informieren, die sie im Hinblick auf eine künftige Konvention zu bearbeiten gedenken.

[18] Erläuterungen 1901, S. 32ff. (insbesondere die Ausführungen EUGEN HUBERS zur Methodenfrage).

[19] Vgl. die Ausführungen von Dr. A. HOFFMANN, StenB/StR 1907/8, S. 126: «Es war wie ein Heiligtum, das von einem Engel mit feurigem Schwert bewacht wurde, welcher jedes profane Auge von diesen Bestimmungen ferngehalten hat.»

Entwurf eines ZGB vom 28.5.1904 ging ohne internationalprivatrechtliche Bestimmungen an die Bundesversammlung; doch war beabsichtigt, im ersten Abschnitt des Schlußtitels in 33 Artikeln die «Anwendung schweizerischen und fremden Rechts» zu regeln.

Die Lösung, die der *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 3. März 1905* zugrunde lag, enthielt – wie schon der Vorentwurf von 1900 – als wichtigen Grundgedanken den Übergang zum Nationalitätsprinzip für die Ausländer in der Schweiz, jedoch mit der Ausnahme, daß diejenigen Ausländer, die sich der Schweizerbevölkerung assimiliert hatten, dem Recht des schweizerischen Wohnsitzes unterstellt werden sollten. Während jedoch der Vorentwurf das schweizerische Recht anwenden wollte auf alle Ausländer, die seit ihrer Geburt oder seit zehn Jahren ohne Unterbruch ihren Wohnsitz in der Schweiz hatten, wollte der Entwurf von 1905 aus praktischen Gründen lediglich auf die Tatsache der Geburt in der Schweiz abstellen[20].

Der Übergang zum Nationalitätsprinzip wurde trotz der wichtigen Ausnahme zugunsten der in der Schweiz geborenen Ausländer[21] zur Klippe, an welcher die Vorlage scheiterte. Man hielt es für richtiger, beim gegenwärtigen Stand der Dinge, somit beim NAG, zu verbleiben. Es wurden deshalb lediglich im Schlußtitel einige unumgängliche Anpassungen und Ergänzungen des NAG vorgenommen, die abgesehen von einer Bestimmung über die Handlungsfähigkeit das Eherecht betreffen. Der Vorsitzende der ständerätlichen Kommission, Dr. A. HOFFMANN, hat diese Lösung damit begründet, daß das internationale Privatrecht sich in einem Übergangsstadium befinde: «Es ist noch nichts definitiv Abgeklärtes vorhanden. Wir dürfen uns auch zugestehen, daß bei aller Reserve, die wir den internationalen Konventionen entgegenbringen müssen (und nach den Erfahrungen, die wir gemacht haben, mit Grund), es doch möglich ist, daß wir in die Zwangslage versetzt werden, in Zukunft noch weiteren internationalen Konventionen unsere Zustimmung zu geben. Es scheint daher

[20] Vgl. über die Behandlung des IPR bei der Schaffung des ZGB vor allem H. FRITZSCHE, ZSR 46, 1927, S. 233–240.

[21] Bereits 1906 hat T. M. C. ASSER von dem Institut de Droit International (Annuaire 26, 1906, S. 452) angeregt, das nationale Recht so lange anzuwenden, bis der Fremde (durch sechs Jahre lange «résidence») sich im Wohnsitzstaat assimiliert habe. A. SCHNITZER hat den Grundgedanken in seinem Entwurf für ein Rechtsanwendungsgesetz wieder aufgenommen (SJIR 1955, S. 55ff. und Festschrift M. Gutzwiller, 1959, S. 429ff.; vgl. unten S. 60).

auch von diesem Gesichtspunkt aus besser, noch abzuwarten, was uns die nächste Zeit bringen wird»[22].

2. Seit das Vorhaben, gleichzeitig mit dem Erlaß des ZGB das IPR gesetzlich zu regeln, mißglückt ist, wurde in der *schweizerischen Literatur* immer wieder die Frage einer Kodifikation des IPR aufgeworfen. F. MEILI hat zwar die im Vorentwurf zum ZGB enthaltenen kollisionsrechtlichen Lösungen scharf kritisiert, aber sich ebenso vehement für eine Kodifikation des IPR ausgesprochen[23]. Für das Gebiet des OR wurde das Problem am Juristentag 1925 auf Grund von Referaten der Professoren H. FRITZSCHE und G. SAUSER-HALL behandelt[24]. FRITZSCHE äußerte sich damals nicht abschließend zur Frage der Notwendigkeit einer Kodifikation, sondern stellte es der Diskussion anheim, die Bedürfnisfrage abzuklären; er forderte jedoch die Überprüfung der Anwendung fremden Rechts durch das Bundesgericht[25]. Auch SAUSER-HALL erachtete eine Kodifikation des internationalen OR nicht als dringlich. Der Vorteil der Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehe darin, daß sie genügende Flexibilität für die Komplexität der internationalen Tatbestände gebracht habe. Eine Kodifikation würde zwar die Voraussehbarkeit erleichtern, sei aber trotzdem nicht dringend, weil ja die Parteien das anwendbare Recht wählen können; außerdem sollten die Arbeiten der Haager Konferenz abgewartet werden[26].

Am Juristentag 1925 trat vor allem Prof. M. GUTZWILLER mit dem Hinweis auf die Forderung nach Rechtssicherheit für eine Kodifikation ein, wobei er es als sekundär bezeichnete, wie die Lösung schließlich aussehen würde[27]. Andere Votanten verneinten dagegen das Bedürfnis nach einer Kodifikation und wiesen u.a. auf die Gefahr hin, daß eine Kodifikation die Weiterentwicklung der konstanten und wissenschaftlich anerkannten Praxis hindern könnte[28]. Das internationale OR bietet ein schlagendes Beispiel, wie eine gute Rechtsentwicklung durch eine Kodifikation ver-

[22] StenB/StR 1907, S. 127.

[23] F. MEILI, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, 1901, S. 112ff., bes. S. 121.

[24] ZSR 44, 1925, S. 220aff. und S. 271aff.

[25] ZSR 44, 1925, S. 263aff.

[26] ZSR 44, 1925, S. 315a.

[27] ZSR 44, 1925 S. 338a.

[28] A. HOMBERGER, ZSR 44, 1925, S. 346a; vgl. auch Votum V. MERZ, ZSR 44, 1925, S. 353a.

hindert worden wäre: Der Entwurf von 1905 sah vor, daß das Recht des Erfüllungsortes für Verträge maßgebend sei; SAUSER-HALL schlug dagegen in seinem Referat das Recht des Abschlußortes vor. Die heute allgemein als befriedigend betrachtete Praxis des Bundesgerichtes ist schließlich weder zur einen noch zur anderen Lösung gelangt! Indessen kam eine Resolution zustande, in der die Anhandnahme der Revision des schweizerischen IPR gefordert wurde.

Wenig später befaßte sich Prof. H. FRITZSCHE in einem Aufsatz allgemein mit der Gesetzgebung für das IPR[29]. Er beurteilte den damaligen Zustand als unbequem und schwierig für die Praxis. Insbesondere war er der Meinung, daß die Praxis die durch die unvollkommene Lösung des NAG geschaffenen Schwierigkeiten nicht überwunden habe. Er befürwortete die Kodifikation im Interesse der Sicherheit und Erkennbarkeit und wies schließlich darauf hin, daß es sich gezeigt habe, daß auch durch die gegenseitige Berührung der Wissenschaften der verschiedenen Länder keine einheitliche Lösung erzielt wurde.

Für eine Kodifikation des IPR spricht sich auch A. SCHNITZER aus, indem er der Überzeugung Ausdruck verleiht, die Wissenschaft habe sich so entwickelt, daß die Gesetzgebung möglich geworden sei[30]. Als einziger legt er einen ausgearbeiteten «Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes»[31] vor; dieser stellt nach seiner Ansicht «etwa die mittlere Linie dar, die zwischen der bisherigen und einer Ideallösung nach dem heutigen Stand der Dinge in der Schweiz liegt». Die Vorlage soll eine Diskussion fördern «und dazu beitragen, einen schon allzulang verewigten und unbefriedigenden Zustand der Gesetzgebung durch eine bessere Regelung in einem Land zu ersetzen, das infolge seiner umfangreichen internationalen Beziehungen besonders dazu berufen ist, internationales Privatrecht in einer dem heutigen Stand der Dinge angemessenen Weise zu ordnen». P.A. LALIVE meint zwar, daß heute insbesondere durch die Rechtsprechung Voraussetzungen für eine Gesetzgebung geschaffen worden seien, die 1912 noch nicht bestanden hatten. Trotzdem spricht er sich nicht eindeutig zugunsten einer Kodifikation aus; er betrachtet die Aufgabe, die sich der Doktrin auf dem Gebiet des IPR stelle, als sehr komplex und zöge das

[29] H. FRITZSCHE, Das Problem der Gesetzgebung über das IPR der Schweiz, ZSR 46, 1927, S. 232ff.

[30] SJIR 1955, S. 55ff. bes. S. 59.

[31] In Ius et Lex, Festgabe M. Gutzwiller, 1959, S. 429ff. Wir werden an zahlreichen Orten auf die Lösungen dieses anregenden Entwurfes hinweisen.

Fehlen jeglicher gesetzlichen Regelung dem durch das NAG geschaffenen unzulänglichen Zustand vor[32]. Für eine gesetzliche Regelung des internationalen OR spricht sich W. SCHÖNENBERGER aus[33] und zwar im Interesse der Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung. Es sei ungerecht, wenn der Rechtsuchende erst nach dem Urteil erfahre, nach welcher Regel er sich hätte richten sollen. Er betrachtet die Probleme als durch Wissenschaft und Rechtsprechung hinreichend gelöst, um eine gesetzliche Ordnung zu ermöglichen. Unter dem Eindruck der neuen Methoden und Ziele des IPR, wie sie vornehmlich durch die amerikanischen Autoren verkündet werden, wendet sich andererseits P. M. GUTZWILLER neuerdings vehement gegen eine Kodifikation: «Damit aber würde das Kollisionsrecht just in diesem bereits als überholt sich abzeichnenden Stadium versteinert und die so grundlegend gegenläufige aktuelle Entwicklungstendenz brüsk abgebrochen!»[34].

§ 3 Die Bestrebungen zur Neukodifikation des IPR in den umliegenden Staaten

1. Die *bestehenden Kodifikationen* des IPR in den umliegenden Staaten (Deutschland, Österreich, Frankreich, Italien) weisen mit Ausnahme Italiens (1942) ein ehrwürdiges Alter auf. Sie sind zum Teil sehr lückenhaft. So besteht die gesetzliche Regelung Frankreichs aus einem einzigen Artikel im Titre Préliminaire des Code Civil (Art. 3). Das Kollisionsrechtssystem ist weitgehend durch die Praxis errichtet. Gemeinsam ist den IPR-Rechten der umliegenden Staaten die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Heimatrechtes.

Nach dem 2. Weltkrieg sind in den umliegenden Staaten *Anläufe zu Neukodifikationen* genommen worden. Die Arbeiten wurden von privaten oder halbamtlichen Gremien ausgeführt. In *Frankreich* hat das von NIBOYET gegründete Comité Français de Droit International Privé 1951 ein Projet de Loi relative au Droit International Privé ausgearbeitet; es stützte sich dabei auf einen von NIBOYET stammenden Vorentwurf aus dem Jahr 1939. Der Entwurf vom Jahre 1951 wurde ohne materielle Verände-

[32] P. A. LALIVE, Regards sur le droit international privé suisse, a. a. O. (oben Anm. 8), S. 181 ff.

[33] W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, Allg. Einleitung, N 94.

[34] P. M. GUTZWILLER, Von Ziel und Methode des IPR, SJIR 1968, S. 196.

rung in das Avant-Projet der Commission de réforme du Code Civil von 1955 übernommen (Art. 51 ff.). Das Avant-Projet wurde seit 1951 im Schoße des Comité immer wieder diskutiert, und es wurden Änderungen und Ergänzungen vorgeschlagen[35]. Es diente als Grundlage für ein der Europäischen Gemeinschaft 1969 vorgelegtes Projet de loi complétant le Code Civil en matière de droit international privé[35a]. In der *Bundesrepublik* wurden vom deutschen Rat für IPR Revisionsvorschläge für das internationale Ehe-[36], Kindschafts-[37] und Erbrecht[37a] ausgearbeitet. In *Italien* liegt ein 1967 von EDUARDO VITTA ausgearbeiteter Entwurf[37b] zur umfassenden Neukodifikation des IPR vor, der die Disposizioni Preliminari des italienischen Codice Civile vom Jahre 1942 ersetzen soll. In *Österreich* besteht ein von GSCHWIND verfaßter Vorentwurf für ein neues IPR-Gesetz, der allerdings erst den allgemeinen Teil des Kollisionsrechtes umfaßt.

Amtlichen Charakter trägt der Entwurf der *Beneluxstaaten* zu einem einheitlichen Gesetz über das IPR aus dem Jahr 1968, der einen gleichen Entwurf von 1951 ersetzt und dessen Unterzeichnung in Kürze erfolgen sollte[38].

Am Anfang steht die Arbeit für eine *EWG IPR-Kodifikation*. Bis jetzt liegt ein Gutachten von MARIO GIULIANO für die Regelung der vertraglichen und außervertraglichen Obligationen vor[39].

Die *nordischen Staaten* (Dänemark, Finnland, Island, Norwegen,

[35] P. BELLET, Clunet 1968, S. 46 ff. 1959 wurde ein zweites Projekt (BATIFFOL), 1965–1967 ein drittes (FOYER) ausgearbeitet. Vgl. hiezu J. FOYER, Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français, Clunet 1971, S. 31 ff.

[35a] Bull. Europ. Comm. 1969, S. 103 ff.; dazu K. H. NADELMANN/A. T. VAN MEHREN, A French Draft of a Law on Private International Law, American Journal of Comparative Law, Bd. 18, 1970, S. 614 ff.

[36] RabelsZ 1960, S. 339 ff.

[37] Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Kindschaftsrechts, vorgelegt im Auftrag der Familienrechts-Kommission des deutschen Rats für IPR von W. LAUTERBACH, Berlin/Tübingen 1966.

[37a] Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechtes, vorgelegt im Auftrag der Erbrechtskommission des deutschen Rats für IPR von W. LAUTERBACH, Berlin/Tübingen 1969.

[37b] Vgl. unten S. 55.

[38] F. RIGAUX, Le nouveau projet de la loi uniforme Benelux relative au droit international privé, Clunet 1969, S. 334.

[39] Vgl. M. GIULIANO, Expertise de droit international privé, Partie A, la loi applicable aux obligations contractuelles et extra-contractuelles, Commission des Communautés Européennes, Juli 1970 (XIV/14217/70-F.).

Schweden) haben untereinander verschiedene regionale Konventionen abgeschlossen, die internationalprivatrechtliche Bestimmungen enthalten. Von Bedeutung ist insbesondere das Abkommen vom 6. Februar 1931 über Ehe, Adoption und Vormundschaft in der Fassung vom 26. März 1953[40] sowie die Konvention über Erbschaft und Nachlaßteilung vom 19. November 1934[41]. In Schweden ist seit 1959 eine allgemeine Reform des internationalen Familien- und Erbrechts im Gange[42].

In *Portugal* ist anläßlich der Neukodifikation des Code civil vom 25. November 1966 in Kapitel III auch das IPR neu geregelt worden[43].

Zum Abschluß gelangten die Kodifikationsarbeiten in einigen *osteuropäischen Staaten*, in *Polen* (Gesetz vom 12. November 1965, dazu die Kollisionsnormen im Seegesetzbuch vom 1. Dezember 1961 und im Gesetz über das Luftrecht vom 31. Mai 1962)[44], in der *Tschechoslowakei* (Gesetz vom 4. Dezember 1963 sowie die IPR-Bestimmungen im Gesetzbuch des internationalen Handels vom 4. Dezember 1963)[45] und in *Albanien* (Gesetz vom 21. November 1964)[46]. In *Rumänien* ist eine Neukodifikation des gesamten Zivilrechtsge plant; dabei soll das IPR in einem Sondergesetz ebenfalls neu geregelt werden[47]. Die *übrigen Staaten Osteuropas* haben anläßlich der Neuregelung einzelner Teilbereiche des Zivilrechts auch kollisionsrechtliche Normen erlassen, besonders solche des internationalen Personen- und Familienrechts. Dies gilt für *Bulgarien* (Familiengesetzbuch vom 15. März 1968), für die *DDR* (Einführungsgesetz zum Familiengesetzbuch vom 20. Dezember 1965), für *Jugoslavien* (Ehegrundgesetz vom 3. April 1946 in der Fassung vom 28. April 1965, Grundgesetz über die Vormundschaft vom 4. April 1965, Gesetz über die Personennamen vom 8. Februar 1965, Gesetz über die Beerbung vom 27. April 1955, Gesetz

[40] A. N. Makarov, Quellen des IPR, Bd. II, Staatsverträge, 2. Auflage 1960, S. 552ff.

[41] A. N. Makarov, Quellen des IPR, Bd. II, S. 688ff.

[42] J. Fischler, Vorläufige Teilreform des internationalen Familienrechts in Schweden, RabelsZ 1966, S. 505.

[43] Revue critique 1968, S. 369ff.

[44] Vgl. hiezu J. Rajski, The New Polish Privat International Law, The International and Comparative Law Quarterly 15, 1966, S. 457ff.; S. Szer, La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé, Clunet 1966, S. 346ff.; F. Korkisch, Neues Internationales Privatrecht in Ostmitteleuropa, RabelsZ 1968, S. 602, 604.

[45] F. Korkisch, RabelsZ 1968, S. 602, 604; Z. Kucera, La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, Clunet 1966, S. 783ff.; R. Bystricky, Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé, Rec 1968 I, S. 123ff.

[46] F. Korkisch, RabelsZ 1968, S. 603.

[47] RabelsZ 1969, S. 153.

über Verträge zur Nutzung von Seeschiffen vom 13. Juni 1959) sowie für *Ungarn* (Gesetz Nr. IV/52 über die Ehe, Familie und Vormundschaft)[48]. Neben diesen Kollisionsnormen, die grundsätzlich allen Staaten gegenüber gelten, haben die genannten osteuropäischen Länder miteinander und mit der Sowjetunion ein Netz zweiseitiger Staatsverträge über Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechts abgeschlossen und dadurch weitgehend ein einheitliches Kollisionsrecht für den gesamten Ostblock geschaffen[49].

In *Griechenland* wurden 1946 mit der Schaffung des neuen Zivilgesetzbuches internationalprivatrechtliche Bestimmungen in dessen Art. 4–33 aufgenommen[50].

Eine weitgehende Vereinheitlichung ihres Kollisionsrechtes haben die *mittel- und südamerikanischen Staaten* erreicht durch den sogenannten Codigo Bustamante, das IPR-Gesetz vom 20. Februar 1928, den alle lateinamerikanischen Länder unterzeichnet und mehrheitlich auch ratifiziert haben[51]. Dazu kommen die beiden Verträge von Montevideo vom 12. Februar 1889 und vom 19. März 1940, denen nur eine Minderheit der südamerikanischen Staaten beigetreten sind[52].

2. Es ist auffallend, daß die Kodifikationsbestrebungen in den *umliegenden Staaten* sich erst im Vorfeld einer Gesetzesvorlage befinden und sich bis heute nicht zu staatlichen Gesetzesvorlagen verdichtet haben. Die genannten Entwürfe entstammen bezeichnenderweise, von Italien und Frankreich abgesehen, der Zeit, da die «Welle der Kritik» aus den USA Europa noch nicht erreicht hatte.

Grundfrage aller dieser Kodifikationsbestrebungen ist die Entscheidung, ob für das *Personalstatut* das in den genannten Staaten bisher anerkannte *Heimatprinzip* aufrecht erhalten oder zumindest teilweise durch das *Domizilprinzip* ersetzt werden soll. Insbesondere im Eherecht stellt sich die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der «mariage mixte»[53].

[48] F. KORKISCH, RabelsZ 1968, S. 603f. Ende 1968 wurde ein Entwurf eines Gesetzes über das IPR publiziert, der meines Wissens bis heute nicht in Übersetzung vorliegt. Auszüge betreffend das Kindschaftsrecht finden sich bei E. JAIME, Neue Entwicklungen im Internationalen Kindschaftsrecht, Das Standesamt 1971, S. 65ff. und S. 73ff.

[49] F. KORKISCH, RabelsZ 1968, S. 604/5.

[50] Vgl. hiezu G. S. MARIDAKIS, Rec 1954 I, S. 111ff.

[51] A. N. MAKAROV, Quellen des IPR II, S. 1ff.

[52] A. N. MAKAROV, Quellen des IPR II, S. 82ff., 98ff.

[53] Vgl. unten S. 63f.

Nur der *italienische Entwurf Vitta* folgt uneingeschränkt der Tradition MANCINIS. Der *deutsche Entwurf*[54] will im Eherecht zwar grundsätzlich die Anknüpfung an das Heimatrecht beibehalten, sieht aber für den Fall, daß die Ehegatten verschiedene Nationalitäten besitzen, eine «Kaskaden-Anknüpfung» vor (letzte gemeinsame, von einem Gatten beibehaltene Staatsangehörigkeit, gewöhnlicher Aufenthalt der Eheleute im selben Staat, letzter gewöhnlicher, von einem Gatten beibehaltener Aufenthalt der Eheleute im selben Staat, schlichter Aufenthalt der Eheleute im selben Staat, letzter schlichter Aufenthalt der Eheleute im selben Staat). Im Scheidungsrecht ist das Prinzip der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des gemeinsamen Staatsangehörigkeitsrechts der beiden Ehegatten gemildert durch das sog. «Antrittsrecht» jedes Ehegatten, d.h. das Personalstatut jedes Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung, falls die Ehegatten nach dem gemäß der Anknüpfungsleiter zuständigen Recht nicht geschieden werden können. Das Antrittsrecht kommt jedoch nur zum Zuge, wenn der betreffende Ehegatte seine Staatsangehörigkeit aus mit der Ehe zusammenhängenden Gründen verloren hatte und das Recht dieser Staatsangehörigkeit die Scheidung erlaubte.

Das *französische «Avant-Projet»* übernahm ursprünglich den von EUGEN HUBER für die Revision des schweizerischen IPR vorgesehenen Vorschlag, Ausländer in Frankreich für Fragen des Personalstatuts zwar dem Heimatrecht zu unterstellen, nach 5jährigem Wohnsitz in Frankreich dagegen das französische Recht anzuwenden. Die Rechtsverhältnisse der Franzosen im Ausland wurden dem französischen Heimatrecht unterstellt. Diese Lösung wurde allerdings in den späteren Diskussionen stark kritisiert und von einem der Hauptbeteiligten des Entwurfes, BATIFFOL, selbst aufgegeben[55]. Das Comité hat verschiedene Abänderungen vorgeschlagen; so soll bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Heimatprinzips unter dem Eindruck des Kassationsentscheides vom 18.4.1953 in Sachen Ehegatten Rivière[56] für die Ehewirkung, Scheidung und Trennung einer «mariage mixte» anstelle des Heimatrechts das gemeinsame Domizilrecht der Ehegatten treten. Der gleichen Grundtendenz folgt das französische Avant-Projet von 1969.

[54] RabelsZ 1960, S.339ff. Vgl. auch für das Ehewirkungsstatut die Vorschläge der Familienrechtskommission des deutschen Rats für IPR «Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Eherechts vorgelegt im Auftrag der Familienrechtskommission des deutschen Rats für IPR von W. LAUTERBACH» Berlin/Tübingen 1966.

[55] Vgl. A.N. MARAKOV, Festschrift M. Wolff, 1952, S.267ff.

[56] Clunet 1953, S.860ff.; vgl. hiezu J. FOYER, op.cit., Clunet 1971, S.31ff.

Der *Beneluxentwurf* geht von der Staatsangehörigkeit als der hauptsächlich maßgebenden Anknüpfung in Status- und Ehesachen aus. Daneben übernimmt der Gesetzesentwurf die Haager Konvention von 1961 über den Schutz der Minderjährigen.

Der *österreichische Vorentwurf* stellt als generelles Anknüpfungsprinzip in § 1 den Grundsatz der engsten Beziehung an den Anfang: «Alle Rechtsträger, Rechtsobjekte, Rechte und Rechtsverhältnisse, die Beziehungen zu mehr als einer Rechtsordnung aufweisen, sind nach der Rechtsordnung zu beurteilen, zu der sie die engste Beziehung haben». Dieser Grundsatz, der eine Rechtsfindung auf der Grundlage einer Bewertung aller Umstände des typischen Tatbestandes erwarten läßt, wird allerdings eingeschränkt durch den 2. Absatz, der ausdrücklich festhält: «Soweit dieses Bundesgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift eine ausdrückliche Regelung trifft, sind die darin angeführten Anknüpfungspunkte Ausdruck dieser engsten Beziehung». Für das Personalstatut der natürlichen Personen gilt gemäß § 11 lit. a als Recht der engsten Beziehung das Heimatrecht, bei «Mehrstaatern» die Ordnung jenes Heimatrechtes, zu dem die engste Beziehung besteht (§ 11, lit. b).

Von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des Heimatrechtes geht auch das *tschechoslowakische Gesetz* aus und folgt damit einem in den osteuropäischen Staaten generell anerkannten Prinzip. Immerhin wird für die Scheidung ausländischer Ehegatten eine wichtige Ausnahme vorgesehen: Sofern die beiden oder ein ausländischer Ehegatte während längerer Zeit in der Tschechoslowakei lebten und das Heimatrecht keine Scheidung der Ehe oder eine Scheidung nur unter sehr erschwerten Voraussetzungen vorsieht, kann das tschechoslowakische Recht zur Anwendung kommen (Art. 22)[56a].

3. Aufschlußreich sind auch die Bestrebungen einer Fixierung des Kollisionsrechtes in den *Vereinigten Staaten*. Bereits 1935 wurde mit dem ersten «Restatement of the Conflicts of Laws»[57], einem Band des vom

[56a] Interessant ist der Versuch des ungarischen Entwurfes von 1969 (vgl. oben S. 42, Anm. 48), das (materiellrechtliche) Günstigkeitsprinzip im Kindschaftsrecht allgemein zu verankern: § 85 lautet: «Für die familienrechtliche Stellung eines ungarischen Staatsbürgers oder eines in Ungarn wohnenden Kindes bzw. für die zwischen ihm und seinen Eltern bestehenden familienrechtlichen Verhältnisse sowie für die Verpflichtung zum Kindesunterhalt ist das ungarische Recht anzuwenden, wenn dieses für das Kind vorteilhafter ist.»

[57] Restatement of the Conflicts of Laws as adopted and promulgated by the American Law Institute, St. Paul Minn. 1934.

American Law Institute herausgegebenen «Restatement of the Law», ein Versuch einer sehr detaillierten Darstellung des in den Vereinigten Staaten geltenden Kollisionsrechtes unternommen. Das Restatement ist keine Kodifikation; es ist eine private Arbeit und schafft kein Recht, sondern soll lediglich «an orderly statement of the general common law of the United States» sein[58]. Eine widerlegbare Vermutung soll dafür sprechen, daß das Restatement das geltende Recht richtig wiedergibt[59]. Obschon es sich beim amerikanischen Restatement nicht um eine Kodifikation handelt, ist es doch gerade auch für uns insofern interessant, als bei einer Kodifikation des schweizerischen IPR in weiten Gebieten ebenfalls bereits durch die Rechtsprechung geschaffenes Recht darzustellen wäre, so daß die Erfahrungen mit dem Restatement einen Anhaltspunkt über die Möglichkeiten und Aussichten einer solchen Fixierung der Rechtsprechung geben können.

Dieses erste Restatement wurde schon unmittelbar nach seiner Entstehung von verschiedener Seite angegriffen[60]; es hat heute unter dem Ansturm der Kritik praktisch abgedankt und wird gegenwärtig durch ein, allerdings bereits wieder angefochtenes, zweites Restatement ersetzt[61].

§ 4 Schlußfolgerungen für die Frage der Kodifikation des IPR in der Schweiz

Ausgehend von den in den vorangehenden Paragraphen dargelegten Erkenntnissen ist nun die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob sich eine umfassende Kodifikation des schweizerischen IPR empfiehlt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Materien, die bereits im NAG eine mehr oder weniger vollständige Regelung erfahren haben, und solchen, die noch nicht gesetzlich geregelt sind. Es kann bereits hier vorweggenommen werden, daß für die im NAG geregelten Fragen eine Rückkehr in einen ungeregel-

[58] Restatement, S. VIII.

[59] "The object of the Institute is accomplished in so far as the legal profession accepts the Restatement as prima facie a correct statement of the general law of the United States." Restatement, S. VIII.

[60] Vor allem auch von E. Rabel, The Conflict of Laws, A Comparative Study, 2. Aufl. 1958, Bd. I, S. XIX, der den Autoren unter anderem vorwarf, sie seien ihrem Plan, das Recht, wie es war, darzustellen, untreu geworden und hätten ferner zu wenig Kenntnisse vom kontinentaleuropäischen IPR gehabt.

[61] Restatement of the Laws Second, Conflict of Laws, Tent. Drafts No. 1–13 (1953–1966), Proposed Official Draft Part I (1967).

ten Zustand nicht in Frage kommt, so daß sich die Frage der Kodifikation allein für die vom NAG nicht erfaßten Materien mit Einschluß des allgemeinen Teils stellt.

I. Die Gesamtkodifikation des IPR

1. Allgemein läßt sich feststellen, daß unsere Zeit gegenüber dem Kodifikationsgedanken skeptischer geworden ist[62]. Bezeichnend ist der starke Einfluß, den die Ideen der «*Sociological Jurisprudence*» und des «*Legal Realism*» heute in Europa ausüben. Man kann geradezu von einer Renaissance dieser amerikanischen Bewegung sprechen, die auf das Ende der Zwanziger- und den Anfang der Dreißigerjahre zurückgeht und mit den Namen JUSTICE HOLMES, ROSCOE POUND, KARL N. LLEWELLYN, JEROME FRANK, HERMANN OLIPHANT u.a. verbunden ist[63]. Ihre These, daß an Stelle der traditionellen Lehre, welche die Ordnung als ein geschlossenes, systematisches Ganzes verstehe, «the conception of law in flux, of moving law and of judicial creation of law»[64] treten solle, ihre kritische Einstellung gegenüber der Rechtssicherheit: «There is not and cannot be the perfect uniformity and mechanical certainty of result which the last century believed in»[65], die Forderung, die Funktion des Rechts habe gesellschaftsverändernd zu sein, womit sich die Aufgabe des Richters, rechtsschöpferisch zu wirken, verbindet, entsprechen der heutigen gesellschaftlichen Situation, die auch von der Jurisprudenz verlangt, nicht primär hermeneutisch, sondern experimentell eingestellt zu sein[66]. Gegenbewegungen zeichnen sich sicherlich ab, so das Verlangen, den Richter erneut strenger an das Gesetz zu binden, der Ruf nach dem «strict constructionist».

Soll in dieser Situation gerade auf dem Gebiet des IPR, das für Kodifikation aus der Natur der Sache wenig geeignet ist[67], eine umfassende, alle

[62] Vgl. z.B. R. DAHRENDORF, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1966, bes. S. 268/9, der ein kodifiziertes, im ganzen doch eher starres Recht als Ausdruck einer hierarchischen, zuweilen autoritären Struktur der Rechtsinstitutionen empfindet.

[63] Vgl. F. VISCHER, Festschrift O. A. GERMANN, S. 295 ff.

[64] K. N. LLEWELLYN, Harvard LR 44, 1931, S. 1236.

[65] R. POUND, Harvard LR 44, 1931, S. 707.

[66] Vgl. R. DAHRENDORF, op. cit. S. 269/270.

[67] «Codification per se has no virtue in a field like conflict of laws», K. H. NADELMANN, The Benelux Uniform Law on private international Law, American Journal of Comparative Law, 18, 1970, S. 418, vgl. auch unten S. 47, Ziff. 2.

Materien und Fragen umschließende Gesetzgebung an die Hand genommen werden? Soll nicht vielmehr hier eine Domäne des «prätorischen Rechtes» erhalten bleiben? Voraussetzung ist allerdings eine wirklich rechtsschöpferische und regelbildende Rechtsprechung[68].

2. Es ist nicht zu leugnen und hat sich vor allem in den Vereinigten Staaten deutlich gezeigt, daß *die gegen Kodifikationen allgemein vorgebrachten Einwände* für das Gebiet des IPR in höherem Maße zutreffen, als dies für andere Gebiete der Fall ist. Dies hängt mit den besonderen Schwierigkeiten zusammen, denen eine umfassende Kodifikation dieser Materie begegnen muß und die auf den Stand und die Entwicklung des IPR heute sowie auf die Problematik einer nationalen Kodifikation einer Materie mit internationaler Zielsetzung zurückgehen.

Der Umbruch, in dem sich das IPR heute befindet, ist hier und anderswo zur Genüge dargestellt worden. Schon diese Tatsache allein spricht gegen eine Kodifikation; sie birgt die Gefahr der Zementierung von Lösungen, die in einer Zeit des Überganges geschaffen werden. Die 1925 im Rahmen der Behandlung im Juristenverein[69] für das internationale Obligationenrecht vorgeschlagenen Lösungen sind ein eindrückliches Beispiel.

Für den Gedanken der Kodifikation müssen zwei Tendenzen der neuen Lehren besonders bedeutsam sein: Einerseits, daß die Tauglichkeit allgemeiner Regeln zur Lösung kollisionsrechtlicher Probleme mehr und mehr in Frage gestellt wird und andererseits die damit zusammenhängende Forderung, den *Inhalt* der in Frage stehenden materiellen Rechte bei der Lösung kollisionsrechtlicher Fragen mitzuberücksichtigen. Daraus folgt, daß eine Kodifikation des IPR nicht bloß Grundsätze festhalten könnte, sondern sich notwendigerweise mit zahlreichen Einzelfragen beschäftigen müßte.

[68] Flexibilität und Anpassungsfähigkeit sind in einem gesetzlichen System nicht a priori weniger möglich als in einer Ordnung, die auf richterlichem Recht beruht. So erklären G. Gardiner und A. Andrew (Law Reform Now, London 1964, S. 11) für das englische Recht, die schweizerischen und deutschen Kodifikationen «have created systems which are far less rigid than ours». Allerdings ist gerade neuerlich das «stare decisis»-Prinzip, das wesentlich zur Erstarrung des angelsächsischen Rechts beitrug, durch das Oberhaus wesentlich gemildert worden. Im Kollisionsrecht kann die Flexibilität meist nur ungenügend über den Umweg über die Generalklausel erreicht werden.

[69] Vgl. oben S. 37f.

Nach EUGEN HUBER[70] ist es Aufgabe des Gesetzgebers, möglichst viele Tatbestände in einem Rechtssatz zusammenzuziehen. Das kann für das IPR nicht von vornherein gelten; hier ist die Situation deshalb anders, weil die Kollisionsnorm nichts über das materielle Ergebnis aussagt. Der Gesetzgeber kann deshalb die praktischen Auswirkungen seiner Norm nur dann abschätzen, wenn er die möglichen Tatbestandssituationen auch in bezug auf die möglicherweise beteiligten Rechte genügend differenziert. Dies läßt aber eine Generalisierung nur noch in beschränktem Maße zu, da Tatbestände, die verschiedene Rechtsordnungen berühren, nicht mehr ohne weiteres einander gleichzusetzen sind. Da der Richter auch bei einem Tatbestand, der mehrere Rechtsordnungen berührt, schließlich eine *materielle* Entscheidung zu fällen hat, ergibt sich von selbst, daß der materielle Inhalt des Rechtes, auf das verwiesen wird, nicht völlig außer acht gelassen werden kann. Diese Tatsache ist im Rahmen des ordre public schon immer anerkannt worden und ist nicht zuletzt auch in der Praxis des Bundesgerichts bewußt und unbewußt über das Gebiet des ordre public hinaus zur Geltung gelangt[71]. Wenn man aber im Interesse von sachgerechten Lösungen auch den materiellen Gehalt der beteiligten Rechte in die Tatbestandsumschreibung miteinbeziehen soll, wird eine Kodifikation im Sinne einer umfassenden abschließenden Regelung kaum mehr möglich sein.

3. Nun kann man einwenden, daß gerade die im NAG nicht geregelten Materien sich relativ leicht gesetzlich fixieren lassen, da die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu grundsätzlichen Lösungen gelangt ist, die zumindest im Bereich des *Vertragsrechts* allgemein Anerkennung gefunden haben.

Allerdings ist, wie bereits oben (S. 27) bemerkt, das kollisionsrechtliche System auch hier nicht vollendet. Zwar ist das allgemeine Prinzip der Anknüpfung in der bundesgerichtlichen Praxis gefestigt, doch fehlt es noch an einer eingehenden wissenschaftlichen Abklärung, wie die einzelnen typischen, im Verkehrsleben immer wiederkehrenden Sachverhalte zu regeln sind. Sicherlich hat die schweizerische Rechtsprechung und Lehre gerade in dieser Frage einen hohen Stand erreicht und unterscheidet sich positiv von den Lösungen der umliegenden Staaten. In seiner rechtsschöpferischen Arbeit hat das Bundesgericht mit Recht anerkannt, daß

[70] Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern 1901, S. 4.

[71] Vgl. vorne S. 19.

das Prinzip des engsten räumlichen Zusammenhangs für jeden Vertragstyp gesondert zu konkretisieren ist und ein generelles Anknüpfungsprinzip (wie etwa Maßgeblichkeit des Abschlußortes oder des Erfüllungsortes) der typischen Interessenlage beim einzelnen Vertragstyp nicht gerecht zu werden vermag[72]. Doch steht diese Arbeit im wesentlichen noch am Anfang. Für zahlreiche typische Tatbestände bedarf es vorerst noch der Abklärung, inwieweit bei der sogenannten objektiven Anknüpfung bereits existente Verkehrsübungen, die zur Anwendung eines bestimmten Rechtes führen, berücksichtigt werden können und wieweit diesen spezielle normative Ordnungsinteressen von seiten des Staates entgegenstehen.

Es wäre demgemäß für die *einzelnen Vertragstypen* abzuklären, welche Anknüpfung für den betreffenden Geschäftstypus charakteristische «Durchschnittstypen» gewählt hätten, was also, um den Begriff von SANDROCK zu verwenden, unter dem Gesichtspunkt der «hypothetischen Faktizitäten» gelten würde und wieweit dieser, nach objektiven Kriterien festgestellten Erwartung der Parteien auf Anwendung eines bestimmten Rechtes spezielle Ordnungsinteressen gegenüberstehen wie etwa Übersichtlichkeit, leichte Systematisierung der Anknüpfungsregeln, Wahrnehmung der Interessen der schwächeren Vertragspartei, Durchsetzung dominanter Rechtsanwendungsinteressen der lex fori in einzelnen Fragen (wie etwa beim Abzahlungskauf, bei der Bürgschaft). Mit Recht stellt SANDROCK[73] fest: «Nur die Arbeit an den speziellen Kollisionsnormen für die einzelnen Vertragstypen wird die Vielfalt dieser einzelnen Normativitäten zutage fördern können und damit ihre Systematisierung ermöglichen. Angesichts dessen empfiehlt es sich, einstweilen mit der dogmatischen Ordnung und Durchdringung dieser einzelnen Normativitäten so lange abzuwarten, bis der Hauptteil jener wissenschaftlichen Arbeit einmal geleistet sein wird». Ferner bedarf es einer noch eingehenderen Untersuchung, wieweit für atypische Fälle eine Sonderlösung zu gelten habe. Das Bundesgericht steht mit der *Konkretisierung der Ausweichklausel* des noch engeren Zusammenhanges (vgl. BGE 94 II, 1968, S. 355ff.) noch am Anfang[74].

Es ist nicht zu übersehen, daß auch im internationalen Vertragsrecht

[72] Vgl. O. SANDROCK, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Bd. 35), 1966, S. 253.

[73] O. SANDROCK op. cit. S. 261.

[74] Vgl. F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht, 1962, S. 133 ff.; DERSELBE, Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht, SJIR 1957, S. 43 ff.; O. SANDROCK, op. cit. S. 266ff.

ein enger Zusammenhang zwischen den materiellrechtlichen Vorschriften und der kollisionsrechtlichen Regelung besteht. So erklärt SANDROCK[75]: «Je differenzierter die materiellrechtlichen Vorschriften sind, desto spezieller werden im allgemeinen auch die kollisionsrechtlichen Vorschriften ausfallen müssen. Und je globaler die materiellrechtliche Regelung ist, desto genereller wird auch die kollisionsrechtliche Normierung ausgestaltet werden dürfen»[76]. Mit der gesetzlichen Festlegung bloß der Maßgeblichkeit des Rechtes des Erbringers der typischen Leistung wäre kein Fortschritt gegenüber dem heutigen Rechtszustand erzielt[77].

Auch im Bereich des *allgemeinen Teils des Obligationenrechts* stellen sich eine Reihe von Fragen, die noch der weiteren Abklärung bedürfen.

Bei der Frage der Parteiautonomie wären die Anforderungen an die Rechtswahl, die Frage der Gültigkeit des Verweisungsvertrages (lex fori oder lex causae) und die Grenzen festzulegen, insbesondere zu sagen, welche Vertragsverhältnisse allenfalls der Parteiwahl entzogen sind. Auch müßte die Kodifikation weitere Grundfragen des allgemeinen Teils des OR lösen, wie Anknüpfung der Form (mit Einschluß der Frage, welches Recht für die Fragen der Formverletzung zuständig ist), Stellvertretung und Vollmacht, Übertragung der Obligation, Verjährung etc. Sie müßte gegenüber dem allgemeinen Vertragsstaat die Sonderstatute wie z. B. für Prüfungs- und Erfüllungsmodalitäten und allenfalls für die Währungsfragen regeln und die gegenseitigen Abgrenzungen festlegen[78].

Besondere Schwierigkeiten zeigen sich im *Deliktsrecht*. Meines Erachtens läßt sich eine Kodifikation des Ubiquitätsprinzips, das von verschie-

[75] Vgl. O. Sandrock op. cit., S. 251/2.

[76] O. SANDROCK (op. cit., S. 248) umschreibt die gesetzgeberische Aufgabe zutreffend: «Die Tatbestände der Kollisionsnormen müssen einerseits speziell genug sein, um für jeden Geschäftstypus eine Regelung bereit zu halten. Sie dürfen sich nicht in einer einzigen oder in mehreren blankettnormhaften Generalklauseln erschöpfen... Die Tatbestände des Internationalen Obligationenrechts müssen andererseits aber auch generell genug sein, um sich nicht in kasuistisch-labyrinthischen Einzelregelungen zu verlieren... Nur in Ausnahmefällen darf der Richter auf eine Fortbildung der jeweiligen lex privata, d.h. auf eine ergänzende Vertragsauslegung verwiesen werden.»

[77] Eine solche allgemeine Formel schlägt das französische Avant-Projet von 1969 (Art. 2313, Abs. 2) vor: Bei Fehlen einer Rechtswahl durch die Parteien soll der Vertrag der Rechtsordnung unterstehen, mit der er im Hinblick auf seine Natur und unter besonderer Berücksichtigung des Erfüllungsortes seine engste Beziehung hat.
Nicht sehr ermutigende Beispiele für die Kodifikation des Internationalen Obligationenrechts stellen das Benelux-Abkommen und der EWG-Entwurf von M. GIULIANO dar (Vgl. oben S. 40).

[78] Vgl. F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht, 1962, S. 147ff.

denen Autoren[79] als fragwürdig empfunden wird, kaum rechtfertigen. Es müßten grundsätzlichere Lösungen gefunden werden, welche die Eigenart der in Frage stehenden Deliktstatbestände nach ihrer sozialen Funktion berücksichtigen.

Befriedigender ist die bundesgerichtliche Lösung der Tatbestände der *ungerechtfertigten Bereicherung*[80]. Sie bedarf aber einer differenzierten Behandlung der verschiedenen Ursachen der Vermögensverschiebung.

Relativ einfach erscheint die Lösung bei den *juristischen Personen*, wenn einmal die grundsätzliche Frage, ob der Inkorporationslehre oder der Lehre von der Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu folgen ist, gelöst ist[81], wobei allerdings neben der Bestimmung des Personalstatuts auch z.B. die Fragen der Sitzverlegung, der Handlungsfähigkeit juristischer Personen, des Namens- und Firmenrechts geregelt werden müßten.

Im *Sachenrecht* erweist sich die prinzipielle Maßgeblichkeit der lex rei sitae als beinahe selbstverständlich. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß über die Anknüpfung zahlreicher wichtiger Fragen des Mobiliarsachenrechts die Meinungen sowohl in der Doktrin wie auch in der Praxis weit auseinanderklaffen. Zu diesen umstrittenen Problemen gehören vor allem der Eigentumsübergang bei Distanzkäufen (insbesondere auch der Übergang von Nutzen und Gefahr), die Behandlung der res in transitu, die Gültigkeit des im Absendestaat begründeten Eigentumsvorbehalts im Transit- und insbesondere im Bestimmungsstaat[82] sowie die Fragen gesetzlicher Sicherungsrechte des Verkäufers (Rücknahmerecht

[79] Vgl. z.B. E. FRANKENSTEIN, IPR Bd. II, 1929, S. 367ff. sowie J.L. DELACHAUX, Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasidelikt im IPR, Zürcher Studien zum internationalen Recht, 1960, S. 153ff., der auf die Möglichkeit hinweist, daß das Ubiquitätsprinzip zu einer vermehrten Anwendung der lex fori führt; V. TRUTMANN, Das IPR der Deliktsobligationen, Diss. Basel, 1969, S. 4ff.

[80] Vgl. z.B. BGE 78 II, 1952, S. 387; 93 II, 1967, S. 377; F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht, S. 263ff., 266ff.

[81] Die Frage wurde vom Bundesgericht in BGE 80 II, 1954, S. 58f. ausdrücklich offengelassen und in BGE 91 II, 1965, S. 125 andeutungsweise zugunsten der Anknüpfung an das Recht des statutarischen Sitzes (was eher der Inkorporationslehre entspricht) entschieden.

[82] Vgl. BGE 93 III, 1967, S. 96ff. dazu die kritischen Bemerkungen von A. HEINI, ZSR 87, 1968 I, S. 647ff. So ist z.B. bei einem Verkauf einer Sache aus der Schweiz ins Ausland ein Eintrag in das Register nicht nötig, wenn das Recht des Bestimmungslandes einen Registereintrag nicht vorsieht. Auch hier ist die Lösung des Anknüpfungsproblems dem Sinn und Zweck der zur Diskussion stehenden Bestimmungen (in casu der Registererfordernisse) der beteiligten Rechte zu entnehmen.

bei Distanzkäufen), der gutgläubige Erwerb vom Nichteigentümer und die Anrechnung der Ersitzungsdauer, wenn eine Sache von einem Land in ein anderes gelangt[83].

Besondere Schwierigkeiten bereitet die *Kodifikation des allgemeinen Teils*. Zwar läßt sich eine gesetzgeberische Entscheidung bei einzelnen Fragen denken. So kann etwa die Frage des *Renvoi* in der einen oder andern Richtung gelöst werden[84]. Allein durch eine generelle Regelung wird eine Starrheit herbeigeführt, die der spezifischen Aufgabe des Renvoi, als «expédient» zu dienen[85], nicht gerecht wird. Höchstens im Zusammenhang mit speziellen Fragen kann erklärt werden, ob die Verweisung als Sachnorm- oder als Gesamtverweisung zu betrachten sei. Es bedarf dann der weiteren Präzisierung, ob es bei einmaliger Weiter- oder Rückverweisung bleiben soll oder ob die Mehrfach-Verweisung miteinbezogen sei[85a]. Ähnliches gilt für die *Vorfrage*, wobei kaum alle Fälle gleich behandelt werden können. Die Vorfragelösung steht in erster Linie im Dienst der Herbei-

[83] Vgl. hierzu A. LÜDERITZ, Die Beurteilung beweglicher Sachen im IPR (Gutachten für den deutschen Rat für IPR, 1970, noch unveröffentlicht). Sein Versuch eines Gesetzesvorschlages (S. 32), der meines Erachtens kaum befriedigt, lautet:

«§ A (Regel 1)

Rechte an Sachen richten sich nach dem Recht des Ortes, wo sich die Sache befindet.

§ B (Regel 2, 3)

(1) Sind Sachen in einen anderen Staat als den, in dem sie sich befinden, zu liefern, so richtet sich der Rechtserwerb anläßlich einer Veräußerung nach dem Recht des Ortes, das den Erwerb am ehesten eintreten läßt. (Unberücksichtigt bleiben Orte, an denen sich die Sache nur vorübergehend befindet.)

(2) Vereinbarte Sicherungsrechte des Veräußerers oder Dritter werden bis zum Eintreffen der Sache im Bestimmungsstaat nach dem Recht des Absendestaates, ab Eintreffen im Bestimmungsstaat nach dem Rechte dieses Staates beurteilt, auch wenn sich der das Sicherungsrecht begründende Tatbestand vor Eintritt in diesen Staat ereignet hat. Bei Eintritt in den Bestimmungsstaat bereits begründete Sicherungsrechte bleiben bestehen; ihre Wirkungen richten sich nach dem am jeweiligen Belegenheitsort geltenden Recht. (Entsprechendes gilt für gesetzliche Sicherungsrechte Dritter.)»

[84] So bezeichnet A. SCHNITZER in seinem Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes (in: Ius et Lex, Festgabe M. Gutzwiller, 1959, S. 429ff.) die Verweisung grundsätzlich als Gesamt-, die Rückverweisung als Sachnormverweisung.

[85] Vgl. H. LEWALD, Renvoi revisited, Festschrift H. Fritzsche, 1952, S. 165ff.

[85a] Eine Renvoi-Regelung sieht Art. 2284 des französischen Avant-Projet von 1969 vor: Die Kollisionsregeln des zuständigen ausländischen Rechts sind zu berücksichtigen, wenn sie zur Anwendung des französischen Rechts oder des Rechts eines andern Staates führen, das die Verweisung annimmt. Im Bereich des Vertragsrechts, des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts im Falle einer Professio iuris ist indessen die Verweisung stets eine Sachnormverweisung.

führung der materiellrechtlichen Harmonie und ist oft ergebnisbezogen. Eine gesetzliche Erfassung des *ordre public* in seiner negativen Funktion ist, von letztlich inhaltsleeren Formeln abgesehen, nicht möglich. Es ist kaum voraussehbar, wann der Richter eine ausländische Regelung als mit den einheimischen Prinzipien in Widerspruch stehend erachten wird. Letztlich hängt alles von der Wertung des Richters ab. Auch hier läßt sich allerdings bei einzelnen Kollisionsfragen denken, in der Norm selbst zu sagen, was zum «vorbehaltenen» (somit abzulehnenden) Tatbestand gehört (z. B. das Verbot der Legitimation von Ehebruchskindern) und gleichzeitig festzulegen, was für eine Ersatzanknüpfung zur Anwendung gelange, wenn das zuständige Recht den Tatbestand im umschriebenen ausgeschlossenen Sinn regelt[86]. Solche Normen setzen aber eine umfassende rechtsvergleichende Analyse mit vorweggenommener Wertung des Gesetzgebers voraus. Sie tragen die erhebliche Gefahr in sich, daß eine wandelnde inländische Rechtsauffassung sie rasch veralten läßt. Auch kann eine solche rechtsvergleichende Erfassung immer nur von einem statischen Bild ausgehen. Dagegen kann der ordre public in seiner positiven Funktion durch einseitige Kollisionsnormen erfaßt werden, die für bestimmte Fragen die Anwendung des schweizerischen Rechts bei Vorliegen einer bestimmten Binnenbeziehung sichern[87]. Nicht gesetzlich lösbar ist der Mechanismus zur Lösung der *Qualifikationskonflikte*, es sei denn, man übernehme die kaum vertretbaren strengen lex fori- oder lex causae-Theorien oder die kaum allgemein anerkannte Unterscheidung zwischen Qualifikation ersten und zweiten Grades[88]. Es sind aber gerade diese allgemeinen Rechtsbehelfe, welche die Prävisibilität einer Entscheidung im IPR in Frage stellen. Unsere kurze Analyse der bundesgerichtlichen Praxis zum NAG hat gezeigt, wie gerade die Behelfe des allgemeinen Teils dazu führen können, die gesetzliche Regelung zu unterwandern. Man könnte allerdings geltend machen, bei den Fragen des allgemeinen Teils habe sich ein hoher Grad eines internationalen Consensus herausgebildet. Der

[86] Vgl. F. VISCHER, Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR, Festschrift O. A. GERMANN, 1969, S. 299f.

[87] Vgl. die oben, Kap. 1 S. 17ff. genannten Beispiele.

[88] So A. SCHNITZER in Art. 2 seines Entwurfes; vgl. Gutachten zur Methode der Qualifikation, erstattet von F. GAMILLSCHEG für den deutschen Rat für IPR 1970 (unveröffentlicht), der mit Recht feststellt, daß sich in den letzten Jahren die Erkenntnis immer mehr durchgesetzt habe, «daß auch die Qualifikation kein tauglicher Gegenstand für starre Einheitslösungen ist und daß hier wie bei der Auslegung im innern Recht die Bewertung der Interessen entscheidet...».

Schein dürfte aber trügen. Wohl sind bei einzelnen Fragen übereinstimmende Strömungen in der Doktrin festzustellen (z. B. Qualifikationskonflikte, Vorfragefälle). Aber alle Antworten enthalten sehr differenzierte Lösungen und lassen in der Regel einen weiten Ermessensspielraum offen. Beim Renvoi-Problem treten dagegen diametral sich widersprechende Lösungen auf; die gesetzliche Fixierung *einer* Lösung würde die Fronten noch starrer machen und den internationalen Entscheidungseinklang noch mehr stören. Die Unsicherheit über die Grundlagen des IPR wirkt sich gerade bei den Fragen des «allgemeinen Teils» aus.

4. Gegen den Versuch einer *gesetzlichen Fixierung der Ergebnisse der Rechtsprechung* erheben sich grundsätzliche Bedenken. Gerade in diesem Zusammenhang muß das Beispiel des amerikanischen ersten Restatement warnend wirken. Die Zielsetzung war, die Rechtsprechung festzuhalten. Es hat sich dabei gezeigt, wie schwierig es ist, aus dieser allgemeine Regeln herauszudestillieren. Die Gefahr ist groß, daß eine Einzelentscheidung verallgemeinert wird, in der sich ein Gericht zu einer Theorie bekennt, die im entscheidenden Fall ihre entscheidende Probe gar nicht besteht oder in Tat und Wahrheit gar nicht allein für die Entscheidung maßgebend ist, während die wahre Begründung versteckt bleibt. Ein Beispiel dafür ist die vom Bundesgericht vertretene Ubiquitätstheorie im internationalen Deliktsrecht, die bisher stets zur Anwendung des schweizerischen Rechts geführt hat und noch nie für die Anwendbarkeit eines fremden Rechts herangezogen wurde. Es ist somit noch ungewiß, ob das Bundesgericht in jedem Fall die Ubiquitätstheorie als allgemeine Regel heranziehen würde. So sind auch in das Restatement Regeln aufgenommen worden, die in ihrer allgemeinen Fassung nie zur Anwendung gelangt sind. Es ist den Verfassern nicht gelungen, die selbstgestellte Aufgabe zu erfüllen, nämlich das Recht so darzustellen, wie es war.

5. Als *Vorteil einer Kodifikation* wird vor allem die Rechtssicherheit genannt, worunter in diesem Zusammenhang vor allem die Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts verstanden wird. Der Rechtsuchende will sich auf einfache Weise darüber Klarheit verschaffen können, welchem Recht er in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis unterworfen ist.

Auf die *Problematik der Rechtssicherheit* im Bereich des IPR ist bereits oben[89] hingewiesen worden. Auch heute kann keine gesetzliche Regelung

[89] Vgl. vorne S. 31.

ohne die dazugehörige Rechtsprechung verstanden werden; die Rechtsprechung ist also ohnehin stets mitberücksichtigt. Tatsache ist, daß eine wenn auch scheinbar allgemein anerkannte Regel die Rechtssicherheit nicht garantieren kann, wenn die Anwendung dieser Regel im Einzelfall zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Denn dann wird der Richter Mittel und Wege finden, die Anwendung dieser Kollisionsregel auszuschalten, sei es durch besondere Qualifikation, durch Annahme oder Ablehnung einer Rück- oder Weiterverweisung oder durch Berufung auf den ordre public.

Das *Postulat der Voraussehbarkeit* des anwendbaren Rechts hat zudem für verschiedene Materien eine ganz unterschiedliche Bedeutung. Im Deliktsrecht kann es nur beschränkt gelten, da es hier nicht um die Vorausplanung eines Lebensverhältnisses geht. Ganz anders verhält es sich im Vertragsrecht; hier ist es aber durch die Anerkennung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie weitgehend verwirklicht.

6. Nachdem dargelegt wurde, welchen Schwierigkeiten eine Kodifikation des heute noch nicht geregelten schweizerischen IPR begegnen müßte, und andererseits auch gezeigt wurde, daß die geltend gemachten Vorteile einer Kodifikation sich als trügerisch erweisen könnten, führt mich eine Abwägung aller Argumente pro und contra zur Ansicht, daß, mindestens im gegenwärtigen Zeitpunkt, der weiteren Entwicklung durch die bundesgerichtliche Praxis und die internationalen Konventionen nicht vorgegriffen werden soll.

Zur Vorsicht mahnen muß nicht zuletzt auch die Tatsache, daß die gegenwärtigen Gesetzgebungsversuche in den umliegenden Ländern[90] alles andere als vielversprechend sind. Die von dort ausgehenden Anregungen sind nicht überwältigend; aus der Doktrin wird ihnen eher Skepsis als Ermunterung entgegengebracht.

So scheint die *Entscheidung gegen eine Kodifikation* im Einklang mit der überwiegenden Zahl der Internationalisten zu sein. Der *italienische Entwurf Vitta* wurde einer großen Zahl von Sachverständigen in Italien und im Ausland unterbreitet[91]. Gegen eine Kodifikation überhaupt sprachen sich dabei aus: A. A. EHRENZWEIG, USA, der sich als grundsätzlicher Gegner einer umfassenden IPR-Kodifikation bekannte («I am on principle opposed to any attempt at a comprehensive codification of private inter-

[90] Vgl. vorne S. 39ff.

[91] Vgl. die Stellungnahmen in Prospettive del diritto internazionale privato, 1968.

national law»)[92]. P. LAGARDE, Frankreich, der auf die Gefahr der Kristallisierung der Lösungen und der Paralysierung einer weiteren Entwicklung hinweist[93]. G. BISCOTTINI, Italien, der das Risiko «di soffocare lo spirito della legge e di impedire all'interprete quelle soluzioni che l'equità ed il retto raziocinio imporrebbero in singoli casi specifici» beschwört[94]. R. DE NOVA, Italien, der auf die Instabilität und Unsicherheit der heutigen Lage der Wissenschaft verweist und deshalb die Frage stellt: «L'intervento legislativo non sarebbe prematuramente chirurgico?»[95]. E. JAYME, Deutschland, der vor allem eine Erschwerung der Rechtsvereinheitlichung (der materiellrechtlichen und kollisionsrechtlichen) befürchtet[96]. Gegen eine Regelung der Fragen des allgemeinen Teils sprechen sich W. GOLDSCHMIDT[97] und A. v. OVERBECK[98] aus. Als Gegner einer Kodifikation bekannte sich G. HOLLEAUX vom Comité Français de Droit International Privé, der aus der Sicht des Richters den großen Vorteil einer sich ständig weiterentwickelnden Praxis, die vernünftige und billige Lösungen erlaubt, gegenüber einer Gesetzgebung pries[99]. Als Argumente für eine Kodifikation wurden dagegen z.B. angeführt von BISCOTTINI[100] der Vorteil der Rechtssicherheit und von LAGARDE[101] Alter und Ungenügen der heutigen Gesetze sowie der große Umfang der internationalprivatrechtlichen Doktrin.

II. Die Revision des NAG

Was die im NAG bereits geregelten Materien betrifft, ist der heutige Rechtszustand vor allem deshalb unbefriedigend, weil die Regelung des NAG zahlreichen Problemen nicht mehr gerecht wird, in vielen Fragen veraltet und durch die bundesgerichtliche Praxis in einer Weise ausgehöhlt ist, daß die Bestimmungen einen Rechtszustand vorspiegeln, der gar

[92] Prospettive, S. 301.
[93] Prospettive, S. 359.
[94] Prospettive, S. 278.
[95] Prospettive, S. 292.
[96] Prospettive, S. 339.
[97] Prospettive, S. 337.
[98] Prospettive, S. 398.
[99] Comité Français de droit international privé (1962–1964), Travaux S. 251, 280 (1962), Sitzung vom 13. 3. 1964.
[100] Prospettive, S. 278.
[101] Prospettive, S. 359.

nicht mehr besteht. Der Gedanke ist verführerisch, die Regelung des NAG einfach außer Kraft zu setzen und der Entwicklung auf der Grundlage der richterlichen Rechtsfindung freien Lauf zu lassen. Allein eine solche Lösung dürfte kaum realistisch sein. Es ist ein allgemeiner Erfahrungstatbestand, daß es nicht möglich ist, von einer einmal gegebenen Kodifikation in den Zustand des unkodifizierten Rechts zurückzukehren. Zudem ist gerade in den Materien des NAG die gesetzliche Fixierung angezeigt, weil vorweg im Familien- und Erbrecht die Frage der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung ist und, was besonders hervorzuheben ist, die Rechtsanwendung zu einem großen Teil in der Hand der Register- und Vormundschaftsbehörden sowie der Erbschaftsämter liegt.

Die vordringliche Aufgabe liegt in einer *Neufassung der vom NAG geregelten und der mit ihnen eng verbundenen Tatbestände.* Hierzu tritt ein weiteres Anliegen: Damit die Rechtsprechung des Bundesgerichtes sich freier und gleichzeitig grundsätzlicher entfalten kann und insbesondere in den nicht gesetzlich geregelten Materien zur Regelbildung führt, ist es notwendig, die heutigen Hemmungen, die sich das Bundesgericht auf der *Grundlage des OG* auferlegt[102], zu überwinden, somit in der Frage der Überprüfung der richtigen Anwendung des schweizerischen Kollisionsrechtes wie auch des anwendbaren ausländischen materiellen Rechtes zu neuen Lösungen zu gelangen. Es stellt sich ferner das Problem, ob der Nachweis des ausländischen Rechtes tatsächlich eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes ist. Ich habe bereits 1955 geschrieben: «Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der wichtigste und gewinnbringendste Fortschritt in unserem Lande auf dem Gebiet des IPR durch eine Änderung der Praxis des Bundesgerichtes in der Frage der Anwendung ausländischen Rechts durch die Gerichte und der höchstrichterlichen Überprüfung der richtigen Anwendung ausländischen Rechts und der Normen des schweizerischen IPR erzielt werden könnte»[103].

[102] Vgl. unten S. 102 und oben S. 27.

[103] F. VISCHER, Der Richter als Gesetzgeber im IPR, SJIR 1955, S. 101.

Kapitel 3

Die Revision des NAG

§ 1 Vorfragen einer Revision

Die Revision der Bestimmungen des NAG setzt die Beantwortung einer Reihe von Vorfragen voraus.

1. Wohnsitz oder Nationalität als Anknüpfungspunkt

Eine Hauptfrage der Revision ist, ob als maßgeblicher Anknüpfungspunkt das Domizil oder die Nationalität zu gelten habe oder ob allenfalls Ausgleichslösungen vorzusehen wären. Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß das NAG zwar von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des Domizil ausgeht, jedoch in wichtigen Fragen, insbesondere bei der Handlungsfähigkeit, bei den Statusfragen und im Eherecht auf das Heimatrecht verweist[1].

Die Diskussion über die Bedeutung, die den beiden Anknüpfungspunkten zukommen soll, und über die Präferenz ist noch nicht endgültig ausgetragen. Auffallend ist, daß in den Kodifikationsbestrebungen der umliegenden Staaten (vor allem in Italien, in Frankreich, in Österreich und in der Bundesrepublik Deutschland sowie in den Beneluxstaaten) das Nationalitätsprinzip immer noch an vorderer Stelle steht.

a) Für das Nationalitätsprinzip werden, von der historischen Tradition abgesehen, gegenüber dem Domizilprinzip eine Reihe von Vorteilen angeführt, die kurz kritisch beleuchtet werden sollen.

– Die relativ leichte Qualifizierbarkeit der Staatsangehörigkeit

Während das Domizil ein nicht in allen Staaten einheitlich umschriebenes Rechtsverhältnis darstellt, wird die Nationalität als Zugehörigkeits-

[1] Vgl. oben S. 8f.

voraussetzung zu einem Staat überall gleich verstanden. Die Nationalität wird von demjenigen Staat bestimmt, dessen Staatsangehörigkeit behauptet wird (lex causae – Qualifikation). Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn man aus dem «Nottebohm»-Entscheid des Haager ständigen Gerichtshofes[2] folgert, daß den Staaten völkerrechtliche Schranken für die Verleihung der Staatsangehörigkeit gesetzt sind, die auch der fremde Richter zu beachten hat. Probleme ergeben sich ferner bei mehrfacher Staatsangehörigkeit einer Person. Endlich besteht bei den plurislegislativen Ordnungen die Schwierigkeit, daß die Anknüpfung an die Nationalität zunächst ins Leere geht. Es ist interessant festzustellen, daß, wie die neueste Forschung zeigt, bereits MANCINI in diesem Fall das Heimatrechtsprinzip durch das Domizilrechtsprinzip ersetzt hat[3].

Die Schwierigkeiten der Qualifikation beim Domizilrecht werden vermieden, wenn man den Anknüpfungspunkt der «*résidence habituelle*» übernimmt. «Résidence habituelle» setzt einen Aufenthalt von gewisser Dauer voraus. Die Auslegung sollte dem Zweck der Anknüpfung der einzelnen Rechtsfrage angepaßt werden. Maßgebliche Bedeutung besitzt die Frage, wo sich der Schwerpunkt des Lebensverhältnisses befindet; gesetzliche Wohnsitzfiktionen fallen dabei außer Betracht; es gibt keinen gesetzlichen oder abgeleiteten gewöhnlichen Aufenthalt. Die «résidence habituelle» als Anknüpfungspunkt hat in allen neuen Haager Abkommen Eingang gefunden und setzt sich auch in den Konventionsentwürfen durch. Ebenso hat das Bundesgericht in BGE 89 I, 1963, S. 303; 94 I, 1968, S. 235 und 94 II, 1968, S. 220 in rechtsschöpferischer Weise den gewöhnlichen Aufenthaltsort einer Person als einen dem Wohnsitz gleichwertigen Anknüpfungspunkt anerkannt.

– *Die größere Konstanz der Nationalität*

Es ist zuzugeben, daß die Nationalität die größere Konstanz besitzt, weit weniger häufig gewechselt wird als das Domizil oder die «résidence habituelle». Demgegenüber steht die Gefahr, daß an ein Heimatrecht angeknüpft wird, zu dem der Betroffene nie eine wirkliche Beziehung gehabt hat oder von dem er sich durch längeren Aufenthalt außerhalb des Territoriums des Heimatstaates entfremdet hat. In diesen Fällen führt das Nationalitätsprinzip zu einer rein formalistischen Anknüpfung.

[2] Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1955, S. 4ff.

[3] Vgl. K. H. NADELMANN, Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems, American Journal of Comparative Law, 17, 1969, S. 418ff.

Entscheidend dürfte die Frage sein, ob man dem *Element der Assimilation* in der Rechtsordnung, in der man lebt, und der leichteren Erkennbarkeit des Rechts in allen Fragen des Rechtsverkehrs oder der Konstanz größere Bedeutung zumißt.

Man könnte daran denken, beiden Prinzipien, Assimilation und Konstanz, dadurch Rechnung zu tragen, daß Ausländer erst nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer oder nach der Erteilung der Niederlassung[4] dem schweizerischen Recht unterstellt werden.

Diesem Kompromißvorschlag, der bereits von EUGEN HUBER unterbreitet worden ist[5], haften jedoch schwerwiegende Nachteile an: Die Lösung ließe sich nur formulieren in einseitigen Kollisionsnormen, die allein für Ausländer in der Schweiz gälten. Sie verunmöglichte die Übernahme der IPR-Konventionen ins ordentliche Recht. Für das Eherecht bliebe bis zum Übergang zum Domizilprinzip nach Ablauf der Assimilationsfrist das Problem der mariage mixte ungelöst. Auch für verschiedene Fragen des Kindschaftsrechtes erscheint die Lösung ungeeignet[6]. Ganz allgemein ist sie mit dem bewährten Grundtenor des NAG der Maßgeblichkeit des Wohnsitzrechts und -gerichtsstandes nicht vereinbar. Erscheint der Vorschlag als Prinzip wenig geeignet, so kann er doch in besonderen Fällen einen Ausgleich zwischen dem Domizil- und Nationalitätsprinzip herbeiführen[7].

– *Die Intensität der Verbindung mit einem Rechtsgebiet*

Für die Großzahl von Menschen ist die Verbindung mit dem Heimatstaat noch heute die intensivste. Die Frage stellt sich nicht für die Inländer im Inland, auch nicht für die Inländer, die sich nur vorübergehend im Ausland befinden, sondern für Personen, die in einem anderen Lande als dem Heimatstaat ihren Lebensmittelpunkt haben. Das Problem besteht einerseits darin, wieweit beim Rechtssubjekt, das dauernd im Ausland lebt, das *psychologische Bedürfnis* nach der dauernden Verbindung mit dem Heimatstaat über den Weg der Rechtsanwendung vorhanden ist, andererseits, ob *staatspolitisch* dem Heimatrecht ein legitimes Interesse zusteht, die Staatsbürger im Ausland an das Heimatrecht zu binden. Es dürfte, soweit auf die *psychologische Seite* hingewiesen wird, ein romanti-

[4] So A. SCHNITZER in Art. 13 seines Entwurfes, vgl. oben S. 36 Anm. 21.
[5] Vgl. oben S. 43.
[6] Vgl. unten S. 86ff.
[7] Vgl. unten S. 80 und S. 85.

sches Element mitklingen. Man kann wohl auch heute mit dem Bericht der Kommission des Nationalrates vom Jahre 1888 feststellen, daß der Grundgedanke des Nationalitätsprinzips, wonach jeder Bürger, «welcher durch das Schicksal hinausgetrieben wird in die Fremde, als Talisman und als vornehmstes Gut, das wie eine körperliche Eigenschaft mit ihm wandert, das Recht der Heimat beibehält», seinen Sinn in erster Linie dort hat, wo das Privatrecht der einzelnen Staaten noch sehr verschieden entwickelt ist, «das Bewußtsein der Verbundenheit mit dem Heimatrecht den Angehörigen dieser zivilisierten Nationen deshalb auch auf unwirtlichem Gestade mit Mut beleben und mit Tatkraft erfüllen werde». Da aber in den meisten Staaten geordnete Rechtsverhältnisse und, mit ganz unbedeutenden Ausnahmen, ausgebildetes, den modernen Begriffen entsprechendes Privatrecht besteht, treffen diese Voraussetzungen nicht zu. «Wo das Recht hier und das Recht dort ungefähr auf gleicher Stufe der Entwicklung stehen, hat es, auch vom Standpunkt des Rechtssubjektes aus, gar keinen Sinn, daß jeder sein eigenes Recht in der Tasche trage.»[8]

Staatspolitische Motive für die Wahl des Heimatprinzips sind von besonderer Bedeutung für Staaten mit hohen Auswandererziffern: Man wollte die auswandernde Bevölkerung nicht von der Verbindung mit dem Heimatstaat abschneiden, sondern bewußt auch über die Rechtsanwendung das Zugehörigkeitsgefühl zur Heimat pflegen. Dies war im 19. Jahrhundert verständlich. Ob das heute noch gilt, ist jedenfalls dann fragwürdig, wenn die Abwesenheit längere Zeit gedauert hat oder gar die Emigration eine bewußte Absage an das Heimatland enthält, wie etwa bei Flüchtlingen. Eine Lockerung der Bindung zum Heimatstaat tritt in den sich häufenden Fällen der mehrfachen Staatsangehörigkeit ein. Mit der Selektion[9] der maßgeblichen Staatsangehörigkeit bei Doppelbürgern wird in der Regel das Band mit dem ursprünglichen Heimatstaat durchschnitten.

Ein anderes Problem ist es, ob der Heimatstaat dem Ausgewanderten nicht für bestimmte Fragen, wie für die Scheidung, ein *Forum mit der entsprechenden einheimischen Rechtsanwendung* zumindest im Sinne eines Notgerichtsstandes zur Verfügung halten soll.

[8] BBl 1888 III, S. 610ff.

[9] NAG Art. 5: Praevalenz der Zugehörigkeit zum Staat, in dessen Gebiet gleichzeitig der Wohnsitz liegt, verbunden mit dem Prinzip, daß jeder Staat die eigene Staatsangehörigkeit als ausschließliche betrachtet (F. VISCHER, IPR, S. 539ff.).

– *Die Rücksicht auf die besondere Situation der Schweiz*

Eine besondere Problematik für die Schweiz ergibt sich im Eherecht aus der großen Zahl ausländischer Gastarbeiter. Spanien und Portugal kennen noch heute keine Scheidung. Für die Italiener hat sich die Rechtslage durch die Einführung der «*piccolo divorcio*» wesentlich verändert[10]. Der bedeutsamste Scheidungsgrund ist die vorausgegangene mindestens fünfjährige Trennung (Art. 3, Ziff. 2b)[11]. Für die internationale Rechtsanwendung ist die Scheidungsmöglichkeit für den Fall der im Ausland ausgesprochenen Scheidung einer «mariage mixte» von besonderem Interesse (Art. 3, Ziff. 2e). Dadurch wird das Problem der Scheidung der «mariage mixte» und der nachfolgenden Wiederverheiratung weitgehend entschärft.

Ungewiß ist allerdings, welches die Haltung der italienischen Gerichte in der Frage der *Anerkennung ausländischer Scheidungen* von Italienern sein wird; bei Festhalten am strikten Nationalitätsprinzip müßte der Italiener selbst im Falle der mariage mixte eine nochmalige Scheidungsklage in Italien führen[12].

[10] Das Gesetz steht allerdings unter Referendumsvorbehalt.

[11] Die Frist erhöht sich bei Opposition eines Ehegatten, wenn die Trennung aus alleinigem Verschulden des Klägers ausgesprochen worden ist, auf 7 Jahre, im Falle der durch das Gericht bestätigten «separazione consensuale» auf 6 Jahre.
Die Konsensualtrennung wird nur anerkannt, wenn sie gerichtlich bestätigt ist («omologata»).

[12] Die Haager Ehescheidungskonvention von 1968 stellt allerdings Italien, sofern überhaupt eine Ratifikation in Betracht gezogen werden sollte, vor eine neue Situation. Die Möglichkeit der Nichtanerkennung einer ausländischen Scheidung ist gemäß Art. 7 nur gegeben, wenn eine Scheidung «entre deux époux qui, au moment où il a été acquis, étaient exclusivement ressortissants d'Etats dont la loi ne connaît pas le divorce» ausgesprochen worden ist. Auch den Vorbehalt von Art. 20, wonach eine Scheidung nicht anzuerkennen ist, «si au moment où celui-ci a été acquis, l'un des époux était ressortissant d'un Etat, dont la loi ne connaissait pas le divorce», kann Italien nicht mehr anbringen, da diese Reserve nur Staaten zusteht, «dont la loi ne connaît pas le divorce». Allerdings könnte sich Italien auf den Vorbehalt von Art. 19, Ziff. 1 berufen, der einem Staat das Recht der Nichtanerkennung verleiht, wenn auf eine Scheidung von Ehegatten, «qui au moment où il a été acquis étaient exclusivement ses ressortissants», ein anderes als das von seinem internationalen Privatrecht bezeichnete Recht angewendet worden ist «à moins que cette application n'ait abouti au même résultat que si l'on avait observé cette dernière loi». Die Bestimmungen von Art. 7 und 20 wollten bei der Ausarbeitung der Convention vor allem den besonderen Interessen von Italien und Spanien dienen (vgl. z. B. Actes et Documents de la Oncième session, Bd. 2 Divorce, 1947, 157ff.); die Einführung der Scheidung in Italien wurde von den italienischen Vertretern nicht erwartet.

Angesichts dieser Sachlage stellt sich nach wie vor die Frage, ob im schweizerischen internationalen Eherecht ein *vorbehaltloser Übergang zum Domizilrecht* auch aus staatspolitischen Gründen zu rechtfertigen ist und es angängig wäre, z. B. italienische und spanische Ehegatten, die keine andere Nationalität besitzen und in der Schweiz ihre «résidence habituelle» oder ihren Wohnsitz haben, in der Frage der Eheschließung und Scheidung dem schweizerischen Recht zu unterstellen. Von Bedeutung dürfte sein, ob diese Personen in absehbarer Zeit in ihren Heimatstaat zurückkehren oder sich voll hier integrieren und die schweizerische Staatsangehörigkeit erwerben werden. Dabei ist aber gerade im Falle der Scheidung nicht zu übersehen, daß die Ehefrau, auch wenn sie längere Zeit hier gelebt hat, oft in ihr Heimatland zurückkehren und dort weiter als verheiratet gelten wird. Meines Erachtens muß die besondere Situation dazu führen, für die Eheschließung und Scheidung nach einer ausgleichenden Lösung zu suchen[13].

b) Bei der Nationalität als Anknüpfungspunkt stellt sich das besondere *Problem der «mariage mixte»*, der Ehegatten mit verschiedener Nationalität. Auf die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung und der Lösung des Bundesgerichtes ist bei der Erwähnung des Falles *Cardo*[14] hingewiesen worden. Grundsätzlich dürften sich folgende Lösungen präsentieren:

– Die französische Lösung der Maßgeblichkeit des gemeinsamen Domizils und der Ersatzanwendung der lex fori, soweit ein gemeinsames Domizil nicht vorliegt;

– die Kaskadenanknüpfung, wie sie vom deutschen Rat für IPR vorgeschlagen wird[15];

– die Anknüpfung an die gemeinsame Nationalität; sie war die Lösung des Haager Ehescheidungsabkommens vom Jahre 1902, aber auch gerade der Grund zur Kündigung durch die Schweiz, weil mit dieser Regelung der wiedereingebürgerten Schweizerin die Scheidung in der Schweiz verwehrt wurde.

Grundsätzlich scheint mir die französische Lösung, wie sie der Kassationshof durch den Arrêt Rivière begründet hat[16], die konsequenteste und

[13] Vgl. meinen Vorschlag unten S. 80ff.

[14] Vgl. oben S. 21f.

[15] Vgl. oben S. 43. Das Prinzip wird neuerdings für die Schweiz de lege ferenda auch von B. DUTOIT vertreten (vgl. L'avenir possible du rattachement à la loi nationale en droit international privé suisse in SJIR 1969/70, S. 45).

[16] F. VISCHER, «Mariage mixte» und Ehescheidung im IPR der Schweiz, Festgabe M. Gutzwiller, 1959, S. 424f. Die Lösung wurde im französischen Avant-Projet in Art.

überzeugendste zu sein. Meines Erachtens ist meine früher gemachte Einschränkung, wonach das gemeinsame Domizilrecht nur zur Anwendung gelangen soll, wenn die beiden Heimatrechte die Scheidung als Institut nicht kennen, fallenzulassen; die Einführung der Scheidung in Italien schließt ohnehin den Fall weitgehend aus. Nachdem das Bundesgericht durch die konsequente Anwendung des «Ferrari-Prinzips» und durch die Einführung des «Cardo-Prinzips»[17] bei der mariage mixte der Anerkennung der Scheidung im Heimatstaat keine grundsätzliche Bedeutung mehr zuerkennt, ist ein Vorbehalt nur dort angezeigt, wo infolge der gemeinsamen und ausschließlichen Nationalität der Ehegatten eine «cellule nationale» vorliegt[18].

c) Im geltenden Rechtszustand erscheint die *globale Unterstellung der Statusfragen unter den Gerichtsstand und das Recht der Heimat* besonders fragwürdig. Art. 8 NAG hatte vornehmlich Bedeutung im interkantonalen Verkehr. Er beruht auf der Überlegung, daß Statusfragen oft Bürgerrechtsfolgen nach sich ziehen und daß dies das Recht auf Armenunterstützung involviert, weshalb keinem Kanton durch Urteil eines anderen Kantons ein neuer Kantonsbürger zugeteilt werden soll.

Selbst im interkantonalen Verhältnis hat sich die Rechtslage wesentlich geändert. Die Armenfürsorge, die ja bei der Regelung des Kindschaftsrechtes auch im ZGB eine überbetonte Rolle spielt, ist durch Konkordat weitgehend den Wohnsitzbehörden übertragen worden. Im Vordergrund steht heute der gewöhnliche Aufenthalt einer Person.

Die Übernahme der Anknüpfung auf internationaler Ebene könnte

2294/95 übernommen, allerdings mit der Änderung, daß ein *gemeinsames* Domizil unnötig ist; es genügt getrennter Wohnsitz der Ehegatten im selben Land. Vgl. J. FOYER, op. cit., Clunet 1971, S. 42.

[17] Vgl. unten S. 83f.

[18] Das Haager Ehescheidungsabkommen von 1968 (vgl. oben S. 62, Anm. 12) zwingt hier zu keinen besonderen Rücksichten. Art. 7 gibt zwar Staaten, die die Scheidung nicht kennen, das Recht, eine Auslandscheidung nicht anzuerkennen, wenn die Ehegatten «étaient exclusivement ressortissants d'Etats dont la loi ne connaît pas le divorce». Der italienische Vertreter, MONACO, unterstrich aber mit Recht, «que l'art. 7 concerne surtout deux Etats, l'Italie et l'Espagne, et que la Commission ne devrait pas manquer d'avoir des égards pour leur systèmes de nationalité» (Actes et Documents de la Onzième session, Bd. 2 [Divorce], S. 147). Die Einführung der Scheidung in Italien verändert die Situation. Eine Kontrolle des anwendbaren Rechts durch den Anerkennungsstaat (was nur durch Anbringung des Vorbehalts gemäß Art. 19, Ziff. 1 möglich ist) ist nur für den Fall vorgesehen, daß die Ehegatten ausschließlich Angehörige des Anerkennungsstaates waren.

lediglich damit begründet werden, daß die Nichtanerkennung eines Urteils über Statusfragen im Heimatstaat des Vaters, des Adoptierenden usw. als besonders schwerwiegend anzusehen ist. Die Praxis indessen zeigt, daß sich die Lösung auf der Ebene der internationalen Beziehungen nicht bewährt hat, vor allem weil die Interessen des schweizerischen Kindes, das durch einen ausländischen Vater anerkannt oder adoptiert wird, nicht adäquat berücksichtigt werden können[19].

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß nach dem Bürgerrechtsgesetz vom Jahre 1952 das außereheliche Kind der Schweizer Mutter von Gesetzes wegen Schweizer ist, während das alte Bürgerrechtsgesetz in Art. 5 lediglich die Kantone ermächtigt hatte, die im Kanton geborenen Kinder von im Kanton wohnenden Ausländern als Schweizer Bürger zu erklären, wenn die Mutter schweizerischer Herkunft war.

Im Bereiche der Anerkennung mit Standesfolge ist das Verfahren teils ein gerichtliches, teils ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Während sich das behördliche Verfahren (insbes. der Einspruch von Mutter und Kind) bei der Anerkennung eines Schweizer Kindes durch einen Ausländer in der Schweiz vor der schweizerischen Behörde vollziehen kann, verweist das Bundesgericht in BGE 75 II, 1949, S. 183 den Vater für die Klage auf Beseitigung des Einspruches vor sein heimatliches Forum, behandelt somit internationalprivatrechtlich das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anders als das der streitigen, ohne Rücksicht darauf, ob die beiden Rechte z. B. bei der Verteilung der Klägerrollen kongruent sind.

Konflikte mit dem Heimatrecht sind höchstens dort zu beachten, wo die Person, um die es primär geht, also in erster Linie das Kind einen engen Kontakt zum Heimatstaat unterhält und eine allfällige Nichtanerkennung des Statusaktes im Heimatstaat einen erheblichen Nachteil für das Wohl des Kindes bedeuten würde, mit andern Worten: Die Anerkennung des Aktes durch den Heimatstaat sollte lediglich unter dem materiellrechtlichen *Gesichtspunkt des Kindeswohles* berücksichtigt werden.

d) Schließlich ist grundsätzlich zu erwägen, ob das Nationalitätsprinzip allgemein dort in Geltung bleiben soll, wo sämtliche Beteiligten die gleiche

[19] Das gleiche gilt für die Aberkennungsklage eines ausländischen Kindes, dessen Mutter vom Registervater geschieden ist und den natürlichen Vater, der Schweizerbürger ist, heiratet. Die Aberkennung der Ehelichkeit ist Voraussetzung der Legitimation. Vgl. den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4.9.1969, SJZ 1969, S. 374ff. und darüber unten S. 75.

Nationalität besitzen, somit eine «*geschlossene Gruppe*» bilden[20]. So sehr diese Lösung anspricht, kann nicht übersehen werden, daß gerade im Rahmen der Familie sich rasch Veränderungen ergeben können und Umweltbeziehungen eine maßgebliche Rolle spielen.

2. Der Gleichlauf von Ius und Forum

Das NAG geht vom Prinzip des möglichsten Gleichlaufes von Gerichtsstand und anwendbarem Recht aus. Diese Tendenz ist durch die bundesgerichtliche Praxis vor allem im Bereich der Vaterschaftsklage noch verstärkt worden[21].

Ius und Forum können in verschiedener Weise koordiniert werden[22]. Es kann das *Prinzip der Parallelität* oder das *Prinzip der Subsidiarität* von Zuständigkeit oder Rechtsanwendung befolgt werden. Im ersten Fall wird für die Zuständigkeit und für das anwendbare Recht derselbe Anknüpfungspunkt verwendet (z. B. Immobiliensachenrecht, Statusfragen, Auslandschweizer). Im zweiten Fall wird entweder von der Anknüpfung für die Rechtsanwendung ausgegangen und das Forum davon abhängig gemacht oder es wird von der Zuständigkeit ausgegangen und damit die Rechtsanwendung der lex fori verbunden (so z. B. in der Bundesgerichtspraxis zum Vaterschaftsrecht)[23].

Die Koordination von Zuständigkeit und anwendbarem Recht erstrebt die Anwendung der lex propria in foro proprio. Diese Koordination drängt sich vor allem dort auf, wo ein enger Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht besteht und die beiden Komplexe schwer zu trennen sind, insbesondere somit im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbar-

[20] So im Prinzip die französische Praxis, vgl. zuletzt Cour de Cassation vom 3. III. 1970 i. S. Calon und Cons., Clunet 1970, S. 911 ff. Ebenso das französische Avant-Projet (Art. 2294, 2295, 2296, 2297, 2310). Vgl. J. FOYER, op. cit., Clunet 1971, S. 55 ff.

[21] Vgl. oben S. 18.

[22] Vgl. G. BREULEUX, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Diss. Zürich, 1969, insbes. S. 116 ff., MICHAEL SCHWIMANN, Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae, RabelsZ 1970, S. 201 ff.

[23] Vgl. die diesbezügliche Praxisänderung in BGE 82 II, 1956, S. 570 ff. (575) und seither z. B. 84 II, 1958, S. 602 ff. (605); 85 II, 1959, S. 80 ff. (82); 89 II, 1963, S. 113 ff. (115). Eine Abhängigkeit des anwendbaren Rechtes von der Zuständigkeit ist teilweise in den neuen Haager Abkommen vorgeschrieben, so im Abkommen über die Zuständigkeit der Behörden und im Abkommen zum Schutz der Minderjährigen von 1961, das anwendbare Recht und die Anerkennung der Entscheidungen auf dem Gebiete der Adoption von 1965.

keit[24]. Gegen eine grundsätzliche Anerkennung des Gleichlaufs von Ius und Forum spricht aber, daß der Kreis der in Betracht kommenden Rechte in der Regel enger ist als derjenige der möglicherweise zuständigen Gerichte. International gelagerte Sachverhalte haben oft zu mehreren Gerichten prozessual geeignete Beziehungen, was zu einer Fungibilität der Gerichte führt. Eine konsequente Abhängigkeit der Rechtsanwendung von der Zuständigkeit wäre nur denkbar, wenn beziehungsarme Gerichtsstände, wie z. B. das Forum arresti, preisgegeben würden. Aber auch dann würde sich das Problem der Bestimmung des anwendbaren Rechtes einfach in den Bereich der Zuständigkeitsnorm verlagern. Umgekehrt hätte die Abhängigkeit der Zuständigkeit vom anwendbaren Recht zur Folge, daß bei Fehlen einer die Anwendung des einheimischen Rechtes rechtfertigenden nahen Beziehung zur Schweiz dem Rechtsuchenden hier ein Gerichtsstand verweigert werden müßte. Die Gründe für die Zulassung eines Gerichtsstandes sind aber häufig verschieden von denjenigen, die für die Anwendung eines bestimmten Rechtes sprechen.

So sehr zuzugeben ist, daß der Gleichlauf von Ius und Forum in vielen Fällen eine Erleichterung der Rechtsanwendung mit sich bringt, kann doch de lege ferenda die Koordination nicht zum generellen Prinzip erhoben werden. Vielmehr ist die Frage der Möglichkeit eines Gleichlaufes für jede Materie gesondert zu prüfen.

3. *Die Sondernorm für Auslandschweizer*

Eine grundsätzliche Vorfrage der Revision ist, ob Art. 28 NAG, die Sondernorm für Auslandschweizer, beibehalten werden soll. Für die heutige Lösung, wenn auch in klarerer Formulierung unter Beseitigung der Einschränkungen, die das Bundesgericht auferlegt[25], spricht der richtige Grundgedanke der *Vermeidung positiver Gesetzeskonflikte.* Jedoch ist die Rechtsanwendung wegen des Einbezugs fremden Kollisionsrechtes kompliziert. Schwierigkeiten ergeben sich immer wieder, wenn sich ausländische Gerichte (z. B. im Wege des Renvoi) mit der Norm zu befassen haben[26]. Zudem trägt die Regelung dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit

[24] Vgl. allerdings die Kritik E. FRANKENSTEINS (IPR, IV (1935) S. 247): «Es wäre besser, die Unterstellung unter das Recht der Behörde als das zu kennzeichnen, was sie tatsächlich ist, ein Hilfsmittel für die Bequemen.»

[25] Siehe oben S. 13.

[26] Vgl. z. B. den Entscheid des New Yorker Surrogate Court «in re Schneider's Estate», SJZ 47, 1951, S. 207 und dazu H. LEWALD, Renvoi revisited, Festschrift H. Fritzsche, 1952, S. 165ff.

kaum Rechnung; dem im Ausland wohnhaften Schweizer dürfte Art. 28 NAG die Orientierung über das anwendbare Recht nicht erleichtern.

Eine *Preisgabe der Sondernorm* drängt sich jedenfalls dann auf, wenn man, meinem Vorschlag folgend, die Haager Konventionsregelungen in das staatliche Recht überführt; das damit angestrebte Ziel der Förderung der internationalen Harmonie und der erleichterten Rechtsanwendung würde sonst weitgehend illusorisch. Gegen eine Beibehaltung spricht, daß für verschiedene Rechtsverhältnisse, an denen ein Auslandschweizer beteiligt ist, in der schweizerischen Kollisionsnorm nicht die Person dieses Auslandschweizers Subjekt der Anknüpfung ist. Im Erbrecht, wo heute die Norm ihre besondere Bedeutung hat, ist die Rechtslage durch die Anerkennung der Professio iuris zugunsten des Heimatrechts (inkl. des Heimatkantonsrechtes) ohnehin entschärft.

4. *Die Anerkennung von im Ausland vollzogenen Rechtsakten*

Bei der Frage der Anerkennung im Ausland ausgesprochener Urteile und entstandener Rechtsverhältnisse drängt sich eine möglichst *liberale Haltung* auf. Die Voraussetzung, daß der Urteilsstaat nach den gleichen Kollisionsregeln wie der Vollstreckungsstaat entschieden hat, erscheint nicht haltbar. Der Vollstreckungsstaat soll auf seine eigene Zuständigkeit verzichten, wo er keine ausschließliche Zuständigkeit in Anspruch nimmt und der Urteilsstaat nach seinen eigenen, mit den internationalen Prinzipien übereinstimmenden Regeln zuständig war[27].

Sicherlich muß insbesondere bei statusbegründenden Akten der Anerkennungsstaat eine gewisse Kontrolle behalten. Dies dürfte, um dem liberalen Grundgedanken möglichst zu entsprechen, vor allem im Bereich des Familienrechtes zu *Alternativanknüpfungen* führen: Ein Rechtsakt oder

[27] So nun auch BGE 96 I, 1970, S. 394 (im ausdrücklichen Gegensatz zur herrschenden Doktrin). Auch der Vorschlag der Familienrechtskommission des deutschen Rates für IPR will die Anerkennung ausländischer Urteile in Kindschaftsrechtssachen nur bei Unzuständigkeit des fremden Staates oder Verletzung des ordre public versagen. Die Nichtanwendung des deutschen IPR soll nur dann Grund zur Nichtanerkennung sein, wenn bei einer Legitimation ohne Eheschließung oder bei einer Adoption die Zustimmung des Kindes oder eines leiblichen Angehörigen fehlt. Die Kritik von P. H. NEUHAUS, FamRZ 1967, S. 24, das IPR werde durch eine solche Lösung ausgehöhlt, erscheint mir nicht gerechtfertigt. Vgl. zum ganzen Problem G. VAN HECKE, Principes et méthodes en droit international privé, Rec 1969, I, S. 529ff., bes. S. 530/I, sowie das Projet de Traité entre des Etats de la Communauté Economique Européenne sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, bes. Art. 27 (zit. bei VAN HECKE, S. 531, N. 109).

ein Urteil ist anzuerkennen, wenn entweder das Heimatrecht oder das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes oder gar ein drittes Recht, z. B. das Recht des Eheschließungsortes (so schon für die Auslandschweizer in Art. 7 f NAG) die Rechtsfolgen anerkennt. Zwar wird man bedauern, daß damit «hinkende» Rechtsverhältnisse anerkannt werden. Doch kann der Anerkennungsstaat durch seinen Entscheid – sei es daß er sich für oder gegen eine Anerkennung entschließt – das «hinkende» Rechtsverhältnis nicht zum Verschwinden bringen. Das «hinkende» Verhältnis ist entstanden und hat oft soziale Wirkungen von großer Tragweite entfaltet. Durch eine Nichtanerkennung wird die unbefriedigende Rechtslage nur verstärkt, indem diese Wirkungen einfach negiert werden. Es ist grundsätzlich etwas Verschiedenes, ob in der Schweiz im Widerspruch zu andern, näher beteiligten Staaten ein Rechtsverhältnis geschaffen wird oder ob es um die Anerkennung eines im Ausland geschaffenen Rechtsverhältnisses, somit um einen «fait accompli» geht.

Für die *außerhalb des NAG stehenden Materien* wäre zu untersuchen, ob die Festlegung der Voraussetzungen für die *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile* grundsätzlich (unter Vorbehalt der Staatsverträge) Sache der Kantone bleiben muß[28]. Es ist nicht zu übersehen, daß der Bund für einzelne internationale Tatbestände seit dem Erlaß des NAG die Regelung der Anerkennung in Anspruch nahm (insbes. Art. 7 g, 7 i, 8, 28, 32 NAG); auch ist die umfassende Bundeskompetenz zum Abschluß von internationalen Anerkennungs- und Vollstreckungsverträgen nicht bestritten[29]. Die Frage der Anerkennung ausländischer Urteile gehört ohnehin nicht zur klassischen Prozeßrechtsdomäne, die doch wohl durch eine dienende Funktion gegenüber dem materiellen Recht gekennzeichnet ist, sondern ist eng mit dem Kollisionsrecht verbunden[30]. Der Gewinn für den internationalen Rechtsverkehr wäre hier besonders groß; denn die heutige Regelung ist kaum übersehbar[31]. Eine Überprüfung durch das Bundesgericht, ob die kantonale Nichtanerkennung des ausländischen Urteils gerechtfertigt war, ist heute, sofern kein Staatsvertrag verletzt ist,

[28] Vgl. BGE 54 I, 1928, S. 243 ff., S. 253.

[29] Vgl. M. GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, 1951, S. 51. Man kann nicht aus der Beifügung in BV Art. 64, Abs. 3 «wie bis anhin» eine Beschränkung auf die im NAG geregelten Materien folgern. Ohnehin ist das NAG jünger als die Bundesverfassung.

[30] Im Rahmen der Untersuchungen des Juristenvereins (ZSR 88, 1969 II) ist diese spezielle Frage kaum untersucht worden. Vgl. einzig die Bemerkung F. BALMERS eben dort, S. 434.

[31] M. GULDENER, op. cit., S. 93 ff.

nicht möglich. Nur der beklagte Schuldner kann sich bei Gewährung der Anerkennung wegen behaupteter Verletzung von BV Art. 59 an das Bundesgericht wenden; der Kläger genießt nicht den gleichen Schutz[32].

Eine Regelung sollte die in diesem Abschnitt eingangs erwähnten Überlegungen zum Ausgangspunkt nehmen. Im Rahmen dieser Arbeit wird die Anerkennung ausländischer Urteile und im Ausland geschaffener Rechtsakte nur bei wenigen Fragen untersucht. Eine umfassende Prüfung des Problemes ist dringlich erwünscht; denn im internationalen Verhältnis sind die Rechtsanwendung durch schweizerische Gerichte und die Anerkennung der im Ausland geschaffenen Rechtsakte und ergangenen Entscheidungen durch die Schweiz eng miteinander verbunden.

5. *Die Stärkung der Rechtssicherheit durch Ausdehnung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie auf ausgewählte Bereiche des NAG*

Die Verwirklichung der *Rechtssicherheit im IPR* stellt, wie ich mehrfach gezeigt habe, fast unlösbare Probleme; und doch ist das Bedürfnis der Parteien nach Voraussehbarkeit der Entscheidung gerade in internationalen Verhältnissen besonders groß. Die gesetzlichen Regelungen vermögen dieses Bedürfnis nur bedingt zu befriedigen. Das wohl sicherste und beste Mittel zur Garantie der Rechtssicherheit ist die Anerkennung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie.

Die klassische Domäne für die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist das *internationale Vertragsrecht*, wo das Bundesgericht die Rechtswahl der Parteien, soweit sie vernünftig ist[33], als für den Richter bindend anerkennt. Hier hat sich die kollisionsrechtliche Parteiautonomie durchgesetzt, weil die materiellen vertragsrechtlichen Grundlagen der verschiedenen Rechtsordnungen in den Grundprinzipien weitgehend übereinstimmen, die Rechtsordnungen deshalb als «austauschbar» erscheinen, und hier das praktische Bedürfnis nach Voraussehbarkeit der Entscheidung und nach Bestand der geschaffenen Rechtsverhältnisse besonders dringend ist. Dazu kommt als entscheidender Gesichtspunkt, daß Interessen Dritter beim Vertrag in der Regel nicht berührt sind.

Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie dürfte allgemein dort ausgeschlossen sein, wo Drittinteressen die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung verlangen. Deshalb müssen der oft vorgeschlagenen An-

[32] Vgl. F. KALLMANN, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946, (Heft 5 der Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht) S. 146.

[33] BGE 91 II, 1965, S. 51.

wendung der Parteiautonomie im Gebiete des *Mobiliarsachenrechtes* enge Grenzen gesetzt sein; sie kommt nur in Betracht, soweit dingliche Wirkungen inter partes in Frage stehen. Dies trifft insbesondere beim viel diskutierten und praktisch bedeutsamen Problem der Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes nicht ohne weiteres zu. Zwar ist beim Distanzkauf das Interesse des Verkäufers an möglichster Aufrechterhaltung der geschaffenen Rechtslage (insbesondere an der Fortdauer des am Situs der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses formlos begründeten Eigentumsvorbehaltes) besonders groß; doch müssen die Interessen der Gläubiger des Käufers denjenigen des Verkäufers vorgehen, weshalb die Anwendung der Sachrechtsordnung des Bestimmungsortes mit ihren Publizitätsvorschriften nicht durch die Wahl einer andern Rechtsordnung umgangen werden kann[34]. Der in einem internationalen Kaufvertrag schuldrechtlich vereinbarte Eigentumsvorbehalt, der am Situs der Sache zur Zeit der Begründung nicht wirksam werden konnte, entsteht jedoch spätestens dann, wenn die Sache in den Bereich einer Rechtsordnung gelangt, die den Parteiwillen auch sachenrechtlich honoriert[35].

Dagegen dürfte für die *güterrechtlichen Verhältnisse* der Ehegatten, soweit sie das sogenannte interne Verhältnis betreffen, eine beschränkte Rechtswahl anzuerkennen sein, wie es die französische Praxis schon immer getan hat[36]. Damit würde die Voraussehbarkeit der Entscheidung insbesondere bei Statutenwechsel und die Wahl der den Parteien am nächsten liegenden Rechtsordnung ermöglicht. Die Wahlmöglichkeit der Ehegatten kann allerdings nur eine beschränkte sein[37].

Das schweizerische IPR hat im Bereich des *Erbrechtes* die Professio

[34] Vgl. zu diesem Problem den aufschlußreichen Entscheid der französischen Cour de Cassation vom 8. Juli 1969 (Verkauf eines Automobils aus Deutschland nach Frankreich, wobei in Deutschland ein formloser Eigentumsvorbehalt begründet wurde; Anwendung der französischen lex rei sitae), Clunet 1970, S. 916. Dazu die ausführliche Note von JEAN DERRUPPÉ, Clunet 1970, S. 917ff. besonders S. 919ff. Vgl. auch BGE 93 III, 1967, S. 96ff. sowie die Anmerkung von A. HEINI in ZSR 87 I, 1968, S. 647ff. und oben S. 51/2, Anm. 82/3; K. SIEHR, Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 1971, S. 10ff. sowie BGHZ 45, S. 95, 50 S. 45.

[35] Vgl. K. SIEHR, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 1971, S. 20.

[36] Vgl. H. BATIFFOL, Droit international privé, 4. Aufl. 1967. S. 689; ebenso Art. 2310, Abs. 2 des französischen Avant-Projet von 1969. Vgl. J. FOYER, op. cit., Clunet 1971, S. 48f.

[37] Vgl. unten S. 97f.

iuris zugunsten des Heimatrechtes in Art. 22, Abs. 2 NAG sanktioniert: Der Erblasser kann, auch im internationalen Verhältnis, seinen Nachlaß durch testamentarische Verfügung oder Erbvertrag dem Heimatrecht (anstelle des primär zuständigen Domizilrechtes) unterstellen. Diese Regelung beinhaltet eine beschränkte kollisionsrechtliche Autonomie und wird heute als eine besonders attraktive und moderne Lösung gepriesen[38].

Die Professio iuris im Erbrecht vermag die Rechtssicherheit für den Erblasser zu verwirklichen. Anerkennen wir aber das Postulat nach einem *internationalen Vertrauensprinzip*[39], so müßten wohl richtigerweise auch die Erben in ihrem begründeten Vertrauen auf Anwendung eines Rechts mit ihrer Pflichtteilsordnung berücksichtigt werden. Zwar kann die Erwartung auch durch einen Statutenwechsel mittels Verlegung des Domizils durch den Erblasser in das Gebiet einer andern Rechtsordnung zerstört werden; der hierzu nötige Aufwand seitens des Erblassers ist aber ungleich größer als bei der Professio iuris. Dies spricht nicht gegen die grundsätzliche Anerkennung der Professio iuris im internationalen Erbrecht, für deren Beibehaltung eine Vielzahl von Gründen sprechen: Das Interesse des Erblassers nach sicherer Anwendung des ihm am besten vertrauten Rechts; die Überwindung der Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß international teils das Heimatprinzip teils das Domizilprinzip gilt[40], die Möglichkeit der gegenseitigen Abstimmung des Erb- und Güterrechtsstatus[41]. Doch ist auch die Professio iuris unter den restriktiv anzuwendenden Generalvorbehalt der sachlichen Angemessenheit speziell unter den hier relevanten Gesichtspunkt eines begründeten Vertrauens zu stellen[42]. Die unten S. 74ff. zu erörternde Ausnahmeklausel müßte auch hier Anwendung finden[43].

[38] Vgl. A. VON OVERBECK, La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé, Liber amicorum Baron Louis Fredericq, S. 1085ff.
In den Vorarbeiten zu einem Haager Abkommen über Fragen des internationalen Erbrechts wird sie für die internationale Regelung empfohlen. Sie findet sich auch in Art. 2308 des französischen Avant-Projet von 1969. Die Rechtswahl ist zwar unbeschränkt, steht aber unter dem Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Erbstatuts.

[39] A. HEINI, Neue Methode im IPR, ZSR 86 I, 1967, S. 280.

[40] Vgl. A. VON OVERBECK, La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé, op. cit., S. 1099.

[41] Vgl. unten S. 97.

[42] Vgl. insbesondere A. HEINI, Unorthodoxe Bemerkungen zu dem auf letztwillige Verfügungen anwendbaren Recht, ZSR 89 I, 1970, S. 417ff., bes. S. 423.

[43] Das gleiche gilt auch für den Wechsel des Erbstatuts durch Domizilverlegung.

6. Die Übernahme der internationalen multilateralen Regelungen in das NAG

Für die Revision des NAG dürfte sich empfehlen, die Regelungen derjenigen Haager Konventionen, welche die Schweiz ratifiziert hat[44] oder deren Ratifikation zumindest in Aussicht steht[45], zu übernehmen. Dies würde die Rechtsanwendung erheblich erleichtern, weil sich eine verschiedene Rechtsanwendung vermeiden ließe, je nachdem ein Konventionsfall vorliegt oder nicht, gleichzeitig eine Lösung garantieren, die in Übereinstimmung steht mit dem Prinzip des Entscheidungseinklanges und dem Prinzip der möglichsten Anerkennung der schweizerischen Entscheidungen im Ausland. Für die Übernahme spricht ferner, daß neuere Konventionen auch gegenüber Nicht-Vertragsstaaten Anwendung verlangen (wie etwa die Konvention über den Schutz der Minderjährigen von 1961).

Die Lösung drängt sich in erster Linie für die «*conventions doubles*»[46] auf, die den Staaten die Rechtsanwendung und/oder ausschließliche Gerichtsstände vorschreiben. Aber auch bei den «*conventions simples*»[47], die nur die Voraussetzungen für anerkennungsfähige Urteile festlegen, sollte

[44] Die Schweiz hat folgende neuere Haager Konventionen ratifiziert:
- Convention relative à la procédure civile vom 1. März 1954, AS 1957, S. 465 ff.
- Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants vom 24. Oktober 1956, AS 1964, S. 1279 ff.
- Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants vom 15. April 1958, AS 1964, S. 1283 ff.
- Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs vom 5. Oktober 1961, AS 1969, S. 181 ff.

[45] Hat die Schweiz eine Haager Konvention unterschrieben, so kommt diesem Umstand aller Regel nach die Bedeutung zu, daß die Ratifikation in Aussicht steht. Dies trifft zu für die
- Convention supprimant l'exigence de la législation des actes publics étrangers vom 5. Oktober 1961 und die
- Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption vom 15. November 1965. Vgl. unten S. 91 Anm. 104

Ferner steht die Ratifikation der Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels vom 15. Juni 1966 und der Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires vom 5. Oktober 1961 in Aussicht. Die letztgenannte Konvention ist am 8. Juni 1971 (während der Drucklegung dieses Referates) von der Bundesversammlung genehmigt worden und wird demnächst durch den Bundesrat ratifiziert werden.

[46] So z. B. der schweiz./französische Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869.

[47] So z. B. das Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958.

eine Harmonisierung des NAG mit den konventionsrechtlichen Lösungen gefunden werden in der Weise, daß von den Fora conventionis selektiv Gebrauch gemacht wird. Zwar hindert eine «convention simple» die Vertragsstaaten nicht, auch andere Gerichtsstände als die in der Konvention vorgesehenen anzuerkennen. Jedoch genießen Urteile, die auf Grund eines solchen nationalen Gerichtsstandes ergehen, keine Garantie der Vollstreckung[48].

7. *Die Einführung einer generellen Ausnahmebestimmung*

Den Kollisionsnormen klassischer Prägung wird mit gewissem Recht eine zu große Starre und mangelnde Anpassungsfähigkeit vorgeworfen. Das verleitet entweder zur rein mechanischen Rechtsanwendung mit den Mitteln der Begriffsjurisprudenz oder zur Unterwanderung mit den Behelfen des allgemeinen Teils. Wir haben darauf besonders im ersten Kapitel dieser Arbeit bei der Analyse der bundesgerichtlichen Praxis hingewiesen. Es ist deshalb grundsätzlich die Frage aufzuwerfen[49], ob nicht eine *allgemeine Vorbehaltsklausel* in die Gesetzgebung einzuführen wäre, die dem Richter erlaubte, ausnahmsweise von der gesetzlichen Regelung abzuweichen, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen.

Im Bereich des *Obligationenrechts* hat das Bundesgericht die Notwendigkeit einer Ausweichklausel für atypische Sachverhalte anerkannt[50]. Solche finden sich aber auch *außerhalb des Vertragsrechtes*. Die ordentliche Kollisionsnorm wird ihnen oft nicht gerecht; sie kann nur soweit Geltung beanspruchen, als die dem Anknüpfungsprinzip zugrunde liegende Ratio auf den konkreten Tatbestand zutrifft und das materielle Resultat den im Spiele stehenden Interessen gerecht wird. Die Regel versagt, wenn zwar die formale Subsumierbarkeit besteht, «die Anwendung der Bestimmung auf den betreffenden Fall aber nach dem Sinn, Gehalt und Zusammenhang der gesetzlichen Ordnung nicht dem wahren Willen des Gesetzes entsprechen kann» (BGE 60 II, 1934, 186), oder wenn die Subsumierung zu praktisch stoßenden Ergebnissen führen würde (BGE 74 II, 1948, 121). Subjektive wie objektive Elemente können einen Ausnahmefall begründen. Der Kollisionsregel kommt deshalb nur eine prima facie-Bedeutung zu. Wie im Vertragsrecht kann auch in den übrigen Bereichen die Anknüpfung nur *bedingt aprioristisch* sein, nur soweit gelten, als eine posterioristische

[48] Über das Verhältnis zwischen Konventionsrecht und einzelstaatlicher Konvention vgl. E. VITTA, International Conventions and National Conflict Systems, Rec 1969 I, S. 168ff.; vgl. hiezu vorne S. 15f.

[49] Vgl. oben S. 49. [50] Vgl. oben S. 49.

Betrachtung aller Umstände des Falles nicht zwingend die Anwendung eines andern Rechtes nahelegt[51]. Der Befehl der Kollisionsnorm muß damit unter einen Generalvorbehalt der Interessen- und Tatbestandsanalyse gestellt werden. Ergibt diese, daß die Lösung des Gesetzes, somit die in der Kollisionsnorm vorweggenommene Ermittlung und Abwägung der typischen Interessen, dem Fall in keiner Weise gerecht wird, so ist der Richter von der Anwendung der Kollisionsnorm ausnahmsweise dispensiert.

Die schweizerische Praxis ist dieser Überlegung immer wieder gefolgt, allerdings selten in so offener Weise wie im Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4.9.1969[52]. Entgegen dem Wortlaut der Art. 8 und 32 NAG wurde einem ausländischen Kind gestattet, in der Schweiz seine Ehelichkeit anzufechten, wenn es bei Gutheißung der Klage bei Legitimation durch den zweiten Ehemann der Mutter das schweizerische Bürgerrecht erwürbe und dessen Vaterschaft nicht ausgeschlossen ist. Die nach Art. 8 NAG vorgeschriebene Anwendung des Heimatgerichtsstandes und Heimatrechts des ausländischen Registervaters wird mit der Begründung abgelehnt, es sei stoßend, auf das Recht des Registervaters abzustellen, dem die Geburt des Kindes nicht einmal mitgeteilt wurde, der sich um dieses überhaupt nicht gekümmert hatte, während der zweite Ehemann dieses gezeugt, auferzogen und die Mutter geheiratet hatte. Unter Berufung auf die Feststellung P. A. LALIVES[53] – «Wo die Verhältnisse nicht gleichartig sind, dürfen und sollen Abweichungen stattfinden, um zu einer gerechten Lösung zu gelanden» – wird im Urteil bemerkt: «Das dort (sc. im interkantonalen Verhältnis) maßgebende Gebot der Gleichbehandlung weicht hier (sc. im Verhältnis Ausländer/Schweizer) dem der billigen Berücksichtigung der Interessen der eigenen Bürger»[54].

Elemente, die eine Ausnahmelösung rechtfertigen können, sind:

– Die *Erwartung der Parteien auf Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung*, soweit diese Erwartung nicht bloße Spekulation oder Hypothese

[51] Vgl. hierzu ausführlich meinen Aufsatz: Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im Internationalen Privatrecht SJIR 1957, S. 43ff.

[52] SJZ 1969, S. 374ff.

[53] Semaine Judiciaire 1966, S. 624.

[54] Um einen Konflikt mit der Zuständigkeit und dem Recht anderer Staaten zu vermeiden, wurde die schweizerische Zuständigkeit und Rechtsanwendung vom Nachweis abhängig gemacht, daß die Vaterschaft des zweiten Ehemannes nicht ausgeschlossen ist; denn sonst bestände die Gefahr, daß die Legitimation angefochten würde und das Kind neben dem ehelichen Stand auch das schweizerische Bürgerrecht verlöre.

ist, sondern aus den im Zeitpunkt der Gestaltung der Rechtsverhältnisse gegebenen Umständen nachgewiesen und gerechtfertigt war. Dieser Fall dürfte z. B. eintreten bei einem nachträglichen Statutenwechsel, der von den Parteien nicht vorauszusehen war, oder bei Entscheidung des Falles an einem nicht zu erwartenden Gerichtsstand unter Anwendung der zugehörigen nationalen Kollisionsrechtsordnung, deren Lösung derjenigen widerspricht, die bei Anwendung des Kollisionsrechtes am zu erwartenden Forum eingetreten wäre. Die Erwartung der Parteien kann auch auf die Aufrechterhaltung eines unter einer früher maßgeblichen Rechtsordnung gültig geschaffenen Rechtsaktes (z. B. Kindschaftsanerkennung, Adoption) gerichtet sein[55]. Auch die Interessen Dritter, speziell der Erben[56], sind zu berücksichtigen.

– *Ein noch engerer Zusammenhang*, wobei an folgende Situationen zu denken wäre: Die enge Abhängigkeit des zu entscheidenden Falls von einem Rechtsverhältnis, das einem andern Recht untersteht (für das Vertragsrecht anerkannt in BGE 94 II, 1968, 355 ff.), die Isolierung des ordentlichen Anknüpfungspunktes in räumlicher oder zeitlicher Hinsicht[57].

– *Die Vermeidung widerspruchsvoller Ergebnisse*, wobei sowohl die materielle wie die kollisionsrechtliche Harmonie im Vordergrund stehen (Adaptationsfälle[58]), z. B. die Berücksichtigung des Zusammenhanges von Ehescheidung und Eheschließung[59] oder die Herbeiführung einer Entscheidung, die in Übereinstimmung mit der gleichlautenden Lösung der andern am Rechtsverhältnis nahe beteiligten Staaten steht[60].

Es ist hier vor allem auch die Zurücksetzung eigener Rechtsvorstellungen für den Fall zu prüfen, daß ein anderer Staat die Herrschaft des Falles für sich in Anspruch nimmt und überdies die Potestas de facto zur Durchsetzung besitzt (z. B. Sachstatut c. Erbstatut, Anspruch iure imperii auf bona vacantia c. erbrechtlicher Anspruch des Staates im Falle des erblosen Nachlasses[61]).

[55] Vgl. auch oben S. 68.

[56] Vgl. oben S. 72 und unten S. 99.

[57] Für das Vertragsrecht anerkannt in BGE 78 II, 1952, S. 191; vgl. F. VISCHER, Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung, SJIR 1957, S. 14 ff.; W. SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung N 240 ff.; F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht, 1962, S. 129 ff.

[58] Vgl. F. VISCHER, Rechtsvergleichende Tatbestände im IPR, 1953, S. 125 ff.

[59] Diesem Zusammenhang wurde vom Bundesgericht im Fall Caliaro 80 I, 1954, S. 427 ff. nicht Rechnung getragen.

[60] Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 529, 3 b.

[61] Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 645 ff.

– *Der Verstoß gegen Grundprinzipien der eigenen Rechtsordnung und die Vermeidung unzumutbarer Härten für die Betroffenen*, mit andern Worten wären der ordre public sowie eine allgemeine Härteklausel[62] als weitere Ausnahmebeispiele in die allgemeine Vorbehaltsklausel aufzunehmen[63].

Ich bin mir der zahlreichen und gewichtigen *Einwände*, die gegen eine solche Lösung sprechen, durchaus bewußt. Der Richter kann in Versuchung geraten, allzu leicht eine Ausnahmelösung für den einzelnen Fall anzuerkennen, womit eine Entwertung der gesetzlichen Regelung zur bloßen Richtlinienlösung verbunden wäre. Andererseits spricht *für die angedeutete Lösung* vor allem das Interesse der Parteien, um deretwillen ja letzten Endes die IPR-Lösung getroffen wird, und die ehrliche Anerkennung der Tatsache, daß gesetzliche Regelungen im Bereich des IPR wegen der nicht voraussehbaren Tatbestandskombination oft zu völlig ungerechten Resultaten führen. Ich habe zu zeigen versucht, daß der Richter heute sehr oft den Ausweg in der Anwendung der materiellen lex fori findet, wobei er zur Erreichung des Resultates Zuflucht zu zweifelhaften heuristischen Hilfsmitteln nimmt. Die Generalklausel würde diesen Weg vermeiden helfen und einen Ausgleich zwischen dem herkömmlichen «single aspect approach» und den von den USA-Lehrern vertretenen «multi aspects approach»[64] herbeiführen. Letztlich geht es um den kaum befriedigend zu lösenden Antagonismus zwischen der generellen Angemessenheit einer gesetzlichen Lösung und der Einzelfallgerechtigkeit, die sich im IPR in akzentuierter Weise stellt. Eine solche *Generalklausel* muß allerdings als Auftrag an den Richter verstanden werden, typische Fallgruppen einer grundsätzlichen Lösung zuzuführen, die Generalklausel *modo legislatoris* zu konkretisieren und in nicht abgeschlossene Einzelregeln aufzulösen.

[62] Vgl. in diesem Zusammenhang bes. H. STOCKER, Vom ordre public-Vorbehalt zur interntationalprivatrechtlichen Härteklausel, Das Standesamt, 23, 1970, S. 329.

[63] Eine solche Norm könnte etwa lauten: «Der Richter kann ausnahmsweise eine andere als die von der Kollisionsnorm bezeichnete Rechtsordnung anwenden, um ein Ergebnis zu vermeiden, das im Widerspruch zu den Grundprinzipien der eigenen Rechtsordnung stehen oder für den Betroffenen eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Eine Abweichung von der gesetzlichen Lösung ist ausnahmsweise auch zulässig, wenn sich dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, wie gerechtfertigte Erwartungen und Interessen der Parteien, noch engerer Zusammenhang mit einer anderen Rechtsordnung, überwiegende Durchsetzungsinteressen eines anderen Staates, Gefahr widersprüchlicher Ergebnisse, aufdrängt.»

[64] Vgl. A. T. VON MEHREN/D. T. TRAUTMANN, The Law of Multistate Problems, Boston/Toronto, 1965, S. 76ff., die den methodologisch identischen «functional approach» vertreten.

Dem schweizerischen Richter ist eine solche Aufgabe nicht unvertraut (vgl. die Rechtsprechung zu Art. 2 ZGB und Art. 4 BV)[65].

§ 2 Bemerkungen zur Neufassung einzelner Bestimmungen des NAG

Im folgenden sollen Gedanken zur Neufassung einzelner Bestimmungen des NAG zur Diskussion gestellt werden. Der heutige Stand der Wissenschaft erlaubt nicht, die Frage, wie die Bestimmungen de lege ferenda zu lauten hätten, anders als im Sinne von vorläufigen Überlegungen und der Darstellung von Alternativen zu beantworten.

Bewußt habe ich mich beschränkt auf *einzelne ausgewählte Fragen*, die mir von besonderer Bedeutung erscheinen. Eine Revision des NAG müßte *weitere Fragen* einbeziehen, wie etwa eine Regelung der Nationalität bei mehrfacher Staatsangehörigkeit und bei de facto- und de iure-Staatenlosigkeit[66], eine Bestimmung über das Domizil und die résidence habituelle, eine Regelung des Verschollenheits- und Todeserklärungsverfahrens[67] und die Bestimmung des Ehewirkungsstatuts. Ferner wäre zu prüfen, ob die im Schlußtitel OR und in der Handelsregisterverordnung enthaltenen Bestimmungen über die Immigration und Emigration von Aktiengesellschaften nicht mit einer grundsätzlichen Regelung der juristischen Personen verbunden und in das IPR-Gesetz verlegt werden sollten.

A. Handlungsfähigkeit

1. Die Handlungsfähigkeit untersteht nach geltendem Recht dem Heimatrecht (ebenso die Wechselfähigkeit, Art. 1086 OR). Die jetzige Regelung in Art. 34 NAG, der auf Art. 10, Abs. 2 und 3 des längst aufgehobenen Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 20. Juni 1881[68] verweist, ist für den nicht Eingeweihten kaum verständlich. De lege ferenda drängt sich der Ersatz der jetzigen Anknüpfung durch die

[65] Vgl. zum ganzen Problem H. MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 2 N. 42ff., der von «Durchgangslücken» spricht; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 1 N. 144ff.; O. A. GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., S. 111ff.

[66] Vgl. meine Ausführungen im Internationalen Privatrecht, S. 539ff. und A. SCHNITZER, Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, Art. 11.

[67] Vgl. meine Vorschläge im Internationalen Privatrecht, S. 558ff.

[68] Vgl. zur Kontroverse über die Bedeutung und Gültigkeit dieses Verweises F. VISCHER, IPR, S. 565 und die dort zitierten Autoren sowie BGE 82 II, 1956, S. 169ff.

Unterstellung unter das *Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes* auf. Die heutige Bestimmung ist systemwidrig und nur historisch zu erklären. Relevante Gründe zur Berücksichtigung des Heimatrechtes bestehen außer dem allgemeinen Gesichtspunkt der Konstanz nicht. Denkbar wäre allerdings, die Handlungsfähigkeit nicht selbständig anzuknüpfen, sondern sie wie die Rechtsfähigkeit demjenigen Recht zu unterstellen, welches das Rechtsverhältnis beherrscht, für das die Handlungsfähigkeit Vorfrage ist (Anknüpfung an die lex causae)[69]. Doch scheint mir eine gewisse Konstanz und Ubiquität in der Beurteilung der Handlungsfähigkeit notwendig. Auch ist der Zusammenhang mit dem Recht der Vormundschaft zu beachten. Der Ausgleich würde am besten in der Maßgeblichkeit des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltes gefunden.

2. Art. 7b NAG statuiert eine *Ausnahmenorm zugunsten des inländischen Rechtsverkehrs:* Die Handlungsfähigkeit ist nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wenn das Rechtsgeschäft im Inland abgeschlossen wurde. Der Grundgedanke dürfte auch de lege ferenda beachtlich sein. Zwei Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang: Einmal ist zu prüfen, ob der Vorbehalt nicht zu einem *allgemeinen Gutglaubensschutz* erweitert werden sollte, der auch im Falle einer ausländischen Entmündigung, die der inländische Partner nicht kannte noch kennen mußte, zur Anwendung käme[70]. Zum zweiten ist zu überlegen, ob die einseitige Kollisionsnorm des ordre public nicht in dem Sinne zu einer *ganzseitigen Kollisionsnorm* ausgeweitet werden sollte, daß der Vorbehalt auch für im Ausland geschlossene Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens und für «commercial contracts» (analog zu Art. 1086, Abs. 2 OR) gilt. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur der inländische Rechtsverkehr geschützt werden soll[71].

Art. 7b NAG findet keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte. Diese Ausnahme erscheint begründet. Der Ausschluß der Geltung für den Fall, daß in der Schweiz Verfügungen über ausländische Grundstücke getroffen werden, ist dagegen zumindest in dieser Fassung problematisch. Die Ratio ist schwer aufzuzeigen[72]. Konsequent wäre, Grundstückverfügungen ohne Rücksicht auf deren Lage von der Ausnahmebestimmung auszuschließen.

[69] Vgl. für die Entwicklung G. VAN HECKE, op. cit., S. 544ff.

[70] Vgl. für die französische Praxis F. VISCHER, IPR, S. 566. In diesem Sinne auch Art. 2291 des französischen Avant-Projet von 1969.

[71] Vgl. F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht, S. 167ff.

[72] Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 566/67.

B. Eheschließung und Ehescheidung

I. Eheschließung

1. Materielle Ehevoraussetzungen

a) Für die *Eheschließung in der Schweiz* geht das geltende Recht in Art. 7c, Abs. 1 NAG von der Maßgeblichkeit des Heimatrechtes jedes Nupturienten aus[73]. Grundgedanke ist die Anerkennung der Ehe im Heimatstaat, die Vermeidung einer «hinkenden Ehe». Unter diesem Gesichtspunkt ist dort, wo die Ehefrau ihre bisherige Staatsangehörigkeit verliert und diejenige des Mannes erwirbt, die Beachtung der Vorschriften des Heimatrechtes der Frau nicht zu rechtfertigen[74].

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, *ob das Heimatrechtsprinzip beibehalten werden soll.* Das Bundesgericht legt im Falle Caliaro (BGE 80 I, 1954, S. 427ff.) besonderes Gewicht auf die Anerkennung der Eheschließung im Heimatstaat. Dieser Gesichtspunkt dürfte sich im heutigen Zeitpunkt angesichts der territorialen und bevölkerungspolitischen Situation der Schweiz rechtfertigen für Nupturienten, die *ausschließlich die gleiche Nationalität* besitzen, also z. B. für Spanier mit Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz. Anders ist die Situation bei der «*mariage mixte*»: Hier drängt sich der Übergang zum Recht des gemeinsamen Domizils bzw. der *gemeinsamen «résidence habituelle»* auf. Aber auch im erstgenannten Fall empfiehlt sich, eine Eheschließung nach schweizerischem Recht zu erlauben, wenn beide Nupturienten während längerer Zeit (z. B. 5 Jahren) ununterbrochen in der Schweiz ihren Wohnsitz bzw. ihre «résidence habituelle» hatten, somit hier integriert sind und zu erwarten ist, daß sie die schweizerische Nationalität erwerben werden. Eine Eheschließung nach schweizerischem Recht müßte jedoch auch bei Nupturienten mit gemeinsamer und ausschließlicher Nationalität vor Ablauf der Frist möglich sein, wenn das Heimatrecht die Eheschließung anerkennt[75, 76].

[73] Vgl. zum heutigen Rechtszustand F. VISCHER, IPR, S. 585ff.

[74] Mit Recht wird auf den Nachweis der Ehefähigkeit gemäß Heimatrecht dann verzichtet, wenn die ausländische Braut einen Schweizer heiratet und feststeht, daß sie durch die Eheschließung ihr früheres Heimatrecht verliert und gemäß schweizerischem Recht ehefähig ist. Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 586.

[75] Sicherlich ist G. VAN HECKE (Rec 1969 I, S. 535/6) zuzugeben, daß die Fixierung einer solchen Frist immer eine gewisse Willkür beinhaltet; das Abstellen auf die vollzogene

Das grundsätzliche Prinzip der Anerkennung der Eheschließung im Heimatstaat müßte ohnehin preisgegeben werden, wenn man den Caliaro-Grundsatz des Bundesgerichtes verläßt, was sich unter allen Gesichtspunkten aufdrängt und sowohl von der Haager Ehescheidungskonvention wie vom CIEC-Abkommen betreffend die Anerkennung von Scheidungen gefordert wird[77].

Die erleichterte Scheidungsmöglichkeit bei ausländischen Ehegatten mit verschiedenen Nationalitäten, wie sie im Fall Cardo (BGE 94 II, 1968, S. 65ff.) vom Bundesgericht anerkannt wird, kann nicht ohne Rückwirkung auf die Frage der Eheschließung sein. Das Ehehindernis der bestehenden Ehe nach Heimatrecht muß in allen Fällen unbeachtlich sein, wo die Ehe durch ein von der Schweiz ausgesprochenes oder anzuerkennendes Urteil aufgehoben wurde. Das im Vordergrund stehende Ehehindernis des Ehebruchs und das impedimentum ligaminis, sofern es im Heimatrecht auf Angehörige einer bestimmten Religion beschränkt ist, verstößt gegen den schweizerischen «ordre public» und ist damit ohnehin unbeachtlich[78].

Für eine Neuregelung im genannten Sinn spricht auch der auffällige *Zwiespalt*, den das NAG heute enthält: Bei der Frage der *materiellen Ehe-*

Integration im Gastland (unter Verzicht auf eine bestimmte Dauer der résidence habituelle) würde jedoch ein zu unsicheres Kriterium darstellen.

[76] Interessant ist, daß in Frankreich über das Verwaltungsrecht die Kollisionsnorm über die Eheschließung weitgehend ausgeschaltet wurde. Eine «instruction administrative sur l'Etat civil» vom Jahre 1955 autorisiert die «maires», eine Ehe von Ausländern nach französischem Recht schließen zu lassen, wenn die Parteien sich weigern, ein «certificat de coutume» über den Inhalt ihrer Heimatrechte vorzulegen. Die Parteien müssen allerdings auf das Risiko der Nichtanerkennung der Ehe im Ausland hingewiesen werden. Somit steht es im Willen der Parteien, sich mit einer nur in Frankreich gültigen Ehe zu begnügen. Vgl. Revue critique 1955, S. 574, G. VAN HECKE, op. cit., S. 540.

[77] Vgl. Haager Ehescheidungsabkommen Art. 11, CIEC-Abkommen, Art. 9. Art. 11 der Haager-Abkommen befiehlt zwar, jedenfalls bei wörtlicher Auslegung, nur dann die Gestattung der Wiederverheiratung, wenn die Scheidung in einem ausländischen Vertragsstaat ausgesprochen wurde und anerkennungsfähig ist, nicht jedoch, wenn die Wiederverheiratung nach Scheidung im gleichen Staat zur Diskussion steht. Doch ist es, wie A. VON OVERBECK (Le remariage du conjoint divorcé selon le projet de Convention de la Haye sur la reconnaissance des divorces et selon le droit allemand et suisse, Revue critique 1970, S. 45ff., bes. S. 49) mit Recht betont, undenkbar, daß ein Staat zwar die Wiederverheiratung auf Grund eines ausländischen Urteils erlaubt, nicht aber auf Grund eines Urteils seines eigenen Gerichtes.

[78] Vgl. Regierungsrat Zürich SJZ 48, 1952, S. 376ff. und das dort wiedergegebene interessante Gutachten von H. FRITZSCHE zum impedimentum ligaminis und zum Ehehindernis des Ehebruchs nach liechtensteinischem Recht.

voraussetzungen wird streng das Heimatrecht beachtet, bei den *formellen Ehevoraussetzungen* dagegen (Art. 7c, Abs. 2, NAG) jede Rücksicht auf das Heimatrecht fallen gelassen, obwohl bei Nichteinhaltung der religiösen Trauvorschriften nach Heimatrecht, insbesondere nach ostkirchlichem Recht, ein matrimonium non existens vorliegt. Dieser Widerspruch wird vom Bundesgericht ohne weiteres hingenommen[79].

Die Schweiz ist noch immer Mitglied der *Haager Konvention zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiet der Eheschließung* vom 12. Juni 1902. Eine Kündigung dieses Abkommens drängt sich auf, allein schon weil es im Widerspruch zur neuen Haager Konvention betreffend die Anerkennung ausländischer Scheidungen und Ehetrennungen vom Jahres 1968 steht. Die in der neuen Konvention in Art. 11 geforderte Zulassung der Wiederverheiratung nach der Scheidung ist mit der Regelung des Haager Eheschließungsabkommens nicht zu vereinbaren[80].

b) Für die *Anerkennung der im Ausland geschlossenen Ehe* wird in Art. 7f NAG in Ausführung von Art. 54, Abs. 3 BV die im Ausland nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe zwischen Schweizern anerkannt, wenn der Abschluß nicht in der offenbaren Absicht, die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechts zu umgehen, ins Ausland verlegt wurde. Nach der Praxis des Bundesgerichtes[81] findet diese Bestimmung keine Anwendung auf Ausländer im Ausland, weil es hier primär auf die Anerkennung der Eheschließung im Heimatstaat ankomme. Wie bereits ausgeführt, sollte die im Ausland vollzogene Eheschließung von Ausländern möglichst in liberaler Weise von der Schweiz anerkannt werden, weil nun einmal das Rechtsverhältnis mit seinen sozialen Konsequenzen entstanden ist. Es rechtfertigt sich deshalb, die im Ausland vollzogene Eheschließung anzuerkennen, wenn sie nach dem *Recht des Eheschließungsstaates, dem Recht des gemeinsamen Domizils bzw. der gemeinsamen «résidence habituelle» oder dem Recht des gemeinsamen Heimatstaates* gültig ist.

2. Formelle Voraussetzungen der Eheschließung

a) Für die *in der Schweiz geschlossene Ehe* enthält das geltende Recht in Art. 7c, Abs. 2 NAG in Form einer einseitigen Kollisionsnorm den Grund-

[79] Vgl. BGE 76 IV, 1950, S. 109ff.

[80] a. A. A. VON OVERBECK, op. cit., S. 61/2, der davon ausgeht, das Eheschließungsabkommen regle nur die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung, zwinge aber nicht, das Heimatrecht auch auf die Wirkungen des Konstitutivaktes d. h. der Ehescheidung, die im Domizilstaat ausgesprochen oder anerkannt wurde, anzuwenden.

[81] Vgl. BGE 80 I, 1954, S. 427; 69 II, 1943, S. 342ff.

satz, daß die schweizerischen Formvorschriften zu beachten sind. Die Bestimmung will aus Gründen des «ordre public» den Grundsatz der Zivilehe auf dem Territorium der Schweiz auch bei Ausländern durchsetzen. Die in der Schweiz vorgenommene *kirchliche und konsularische Eheschließung* von Ausländern wird somit nicht anerkannt. Diese Bestimmung erscheint heute kaum mehr vertretbar; sie trägt noch stark kulturkämpferischen Charakter. Es rechtfertigt sich, bei Ausländern auch die vom gemeinsamen Heimatrecht vorgeschriebene religiöse Trauung bzw. anerkannte konsularische Trauung als gültige Eheschließungsform anzuerkennen.

Für Angehörige insbesondere eines Staates mit *griechisch-orthodoxem Eherecht*, in welchem die priesterliche Einsegnung sozusagen als drittes Element der Eheschließung neben den Konsenserklärungen steht, sollte zur Vermeidung von Konflikten mit dem Heimatstaat zumindest neben der Ziviltrauung zwingend auch die priesterliche Einsegnung verlangt werden, es sei denn, die Nupturienten hätten seit 5 Jahren hier ihre «résidence habituelle»[82]. Eine Abstimmung der Vorschriften über die Behandlung der materiellen auf die der formellen Ehevoraussetzungen drängt sich auf.

b) Das NAG regelt die *Anerkennung der im Ausland geschlossenen Ehe bezüglich der formellen Ehevoraussetzungen* nicht. Auch hier rechtfertigt sich, die Ehe dann als gültig anzuerkennen, wenn sie quoad formam dem Heimatrecht, dem Recht des gemeinsamen Domizils resp. der gemeinsamen «résidence habituelle» oder der lex loci celebrationis entspricht[83]. Dies ist auch im Grundsatz die Lösung von Art. 5 des Haager Eheschließungsabkommens.

II. Ehescheidung

1. Die Scheidung in der Schweiz

a) *Die Scheidung von Ausländern in der Schweiz*

Das Hauptproblem besteht wiederum in der Frage, ob und allenfalls wieweit sich die *Berücksichtigung des Heimatrechtes* aufdrängt. Die in Art. 7h NAG geforderte Rücksicht auf die Anerkennung der Scheidung

[82] Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 589.
[83] F. VISCHER, IPR, S. 591.

im Heimatstaat wird nach der heutigen Praxis, was das Heimatrecht des Beklagten anbetrifft, fallen gelassen, wenn der klagende Teil (auch) Schweizer ist (Ferrari-Prinzip) und allgemein, wenn das Heimatrecht des klagenden Teils die Scheidung erlaubt[84]. So spielt für die große Zahl der Scheidungen einer «*mariage mixte*» der Gedanke der Vermeidung einer «hinkenden Scheidung» schon de lege lata keine Rolle mehr. Die Rücksicht auf nur *ein* Heimatrecht des Klägers entbehrt im Grunde der Rechtfertigung und ist unbillig gegenüber dem Beklagten, dem jede Scheidungsmöglichkeit wegen der Haltung seines Heimatrechts verwehrt ist[85]. Es drängt sich auf, in Anlehnung an die Entscheidung Rivière des französischen Kassationshofes[86] bei der «mariage mixte» grundsätzlich auf das *Recht der gemeinsamen «résidence habituelle»* abzustellen. Lebt nur ein Ehegatte in der Schweiz, so sollte die Klage ermöglicht werden, wenn der Kläger mindestens 1 Jahr seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder wenn die Ehegatten ihren letzten ehelichen Wohnsitz hier hatten. Damit würde die Gefahr der leichtfertigen Inanspruchnahme des schweizerischen Forums gebannt und eine Abstimmung auf die Gerichtsstandsnormen der Haager Ehescheidungskonvention von 1968 herbeigeführt.

Das *Haager Ehescheidungsabkommen* anerkennt als Forum Conventionis unter den gleichen Bedingungen wie für den Kläger auch die «résidence habituelle» des Beklagten. Zweifelhaft ist jedoch, ob der Ausländer, der im Ausland wohnt, eine Klage gegen den in der Schweiz wohnenden Ehegatten immer erheben kann. Es dürfte sich rechtfertigen, eine solche Klage von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß dem Kläger im Zeitpunkt der Klage weder in seiner Heimat, noch am letzten ehelichen Wohnsitz, noch an seinem gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland ein Gerichtsstand offen steht.

Fraglich ist allerdings, ob Ehegatten, die eine *gemeinsame und ausschließliche Nationalität* besitzen, der gleichen Regelung zu unterwerfen sind. Die bereits erwähnte Rücksicht auf Nachbarländer verlangt wohl im heutigen Zeitpunkt noch Zurückhaltung. Die Gefahr läge zu nahe, daß die Schweiz für Angehörige von Staaten, welche die Scheidung nicht oder nur unter einschränkenden Voraussetzungen kennen, zu einem Schei-

[84] Cardo-Prinzip, vgl. oben S. 21.

[85] Vgl. P. M. GUTZWILLER, Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht, Abhandlung zum schweizerischen Recht, 1969, S. 74ff.

[86] Vgl. oben S. 43.

dungsparadies würde. In Übereinstimmung mit unserem Vorschlag für die Eheschließung wäre allerdings auch im Falle der gemeinsamen und ausschließlichen Nationalität eine Scheidungsmöglichkeit in der Schweiz vorzusehen, wenn die Ehegatten oder bei getrenntem Wohnsitz der Ehegatten der klägerische oder der beklagte Ehegatte seit (z. B.) mindestens 5 Jahren ununterbrochen Wohnsitz resp. «résidence habituelle» hier hatten, somit in unserem Lande integriert sind. Die Scheidung in einem früheren Zeitpunkt müßte jedoch auch bei Ehegatten mit gemeinsamer und ausschließlicher Nationalität möglich sein, wenn der Heimatstaat die schweizerische Scheidung anerkennt.

b) *Die Scheidung des Schweizers mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland*

Nach Art. 7g, Abs. 1 NAG kann ein im Ausland wohnender Schweizer Ehegatte immer eine *Scheidungsklage beim Richter seines Heimatortes* anbringen. Bei der Beratung des Haager Ehescheidungsabkommens wurde mit gewissem Recht diese Ausnahmebestimmung für Auslandschweizer, sofern der beklagte Teil nicht auch Schweizer ist, als eine zu extensive Beanspruchung der Gerichts- und Rechtsanwendungshoheit des Heimatstaates empfunden. Art. 2, Ziff. 5a der Konvention verlangt für den Fall der «mariage mixte» als Voraussetzung für ein anerkennungsfähiges Urteil, daß der Kläger im Zeitpunkt der Klage in seinem Heimatstaat anwesend war («était présent dans cet Etat...»). Darüber hinaus erlaubt Art. 2, Ziff. 5b eine Klage im Heimatstaat des Klägers, und zwar ohne Anwesenheit, wenn die Ehegatten ihre gemeinsame «résidence habituelle» zuletzt in einem Staat hatten, der im Zeitpunkt der Klage eine Scheidung nicht kennt. Diese durchaus akzeptable Einschränkung für Ehegatten, die nicht beide Schweizer sind, sollte bei der Revision des NAG in unsere Gesetzgebung aufgenommen werden, womit die Voraussetzungen für anerkennungsfähige Scheidungsurteile geschaffen würden.

2. *Die Anerkennung der im Ausland ausgesprochenen Scheidung*

Angesichts des *Haager Übereinkommens über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen* empfiehlt es sich, die dort getroffenen Lösungen ins schweizerische Kollisionsrecht *zu übernehmen*[87]. Eine im Ausland ausgesprochene Scheidung sollte in der Schweiz anerkannt werden, wenn eine der Voraussetzungen von Art. 2 der Haager Scheidungskonvention erfüllt ist. Anerkennung der ausländischen Scheidung im Heimatrecht ist somit nicht notwendig. Es ist erneut zu betonen, daß die Nichtanerkennung der

[87] Vgl. oben S. 73 ff.

Scheidung durch die Schweiz den hinkenden Rechtszustand nicht zu beseitigen vermag. Voraussetzung der Anerkennung ist, abgesehen vom Vorbehalt des ordre public, daß die Verteidigungsrechte des Beklagten hinreichend gewahrt wurden.

Das Bundesgericht anerkennt eine ausländische Scheidung, wenn ein schweizerischer Ehegatte beteiligt ist, dann nicht, wenn sie nicht *im Wege eines streitigen Verfahrens*, sondern, wie im islamischen Recht, durch einseitige Verstoßung erfolgte (BGE 88 I, 1962, S. 50). Die einseitige Verstoßung des islamischen Rechts kann sicherlich unseren ordre public verletzen. Betrachtet man aber im genannten Entscheid die Interessen der von ihrem ägyptischen Ehemann verstoßenen Schweizerin, welche die Anerkennung der islamischen Scheidung in der Schweiz verlangt, so erscheint es sinnlos, ja geradezu schikanös, mit dem Einwand des ordre public die Anerkennung zu verweigern, die Frau somit zu zwingen, weiterhin als verheiratet zu gelten oder eine Scheidungsklage in der Schweiz anzustrengen, während der Mann sich wohl bereits wieder verheiratet hat[88]. Eine solche abstrakte Betrachtung führt im vorliegenden Fall gerade zu einem ordre public-widrigen Resultat. Die Analyse der typischen, faktischen Situationen unter Einbezug der Interessenlage kann und sollte zur Regelbildung führen. Etwa: Die Anerkennung einer Scheidung durch einseitige Verstoßung der Ehefrau kann nur auf Begehren der verstoßenen Frau erfolgen.

C. Das Kindschaftsrecht

I. Vorbemerkungen

1. An vorderster Stelle steht de lege ferenda die Frage, ob zwischen ehelichem und unehelichem Kindschaftsrecht differenziert werden soll. Die materielle Rechtsentwicklung in internationaler Sicht tendiert eindeutig auf eine *Angleichung des Rechts der unehelichen an dasjenige der ehelichen Kinder*, wie das neue deutsche Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. 8. 1969 zeigt. Die daraus insbesondere von deutscher Seite[89] gezogene Konsequenz, die Rechtsstellung ehelicher und nicht-

[88] Vgl. hiezu auch F. VISCHER, Der ordre public im Familienrecht, ZZW 1969, S. 327.

[89] P. H. NEUHAUS, Um die Reform des deutschen Kindschaftsrechtes, FamRZ 1967, S. 22ff., insbesondere S. 25; K. SIEHR, Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahresrecht, FamRZ 1970, S. 457ff., insbesondere S. 465. E. YAIME, Das Standesamt 1971, S. 65ff.

ehelicher Kinder kollisionsrechtlich gleich zu behandeln und auf alle das Kind berührenden Fragen, von der Abstammung bis zur Vormundschaft (ausgenommen nur das Erbrecht, das um der einheitlichen Nachlaßregelung willen dem Recht des Erblassers unterstellt bleiben muß) dem Recht des Kindes zu unterstellen, besticht aus mehreren Gründen: Vermieden werden Qualifikationsschwierigkeiten, die sich vor allem bei der Anwendung derjenigen Rechte stellen würden, welche die Rechtsstellung des unehelichen derjenigen des ehelichen Kindes angleichen. Das Kind wird für alle wesentlichen Fragen einem einheitlichen Statut unterstellt, wodurch sich die Rechtsanwendung erheblich vereinfacht. Auch läßt sich, wenn auch unter gewisser Vereinfachung, sagen, daß in allen Fragen des Kindschaftsrechtes die primär betroffene Person doch in erster Linie das Kind ist, dessen Lebensmittelpunkt deshalb zum Ausgangspunkt der IPR-Regelung genommen werden sollte.

2. Bei einer *einheitlichen Regelung* käme als Anknüpfungspunkt für das Personalstatut des Kindes schon wegen der Gefahr eines circulus vitiosus die Staatsangehörigkeit des Kindes nicht in Frage[90]; denn die Nationalität hängt jedenfalls nach dem System des ius sanguinis von der ehelichen oder nichtehelichen Abstammung ab. Es müßte an den *gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes* angeknüpft werden. Allerdings wäre bei der Begriffsauslegung für den gewöhnlichen Aufenthalt Nachdruck auf das Moment der Stabilität zu legen. Mit Recht fordert P. H. NEUHAUS[91], gerade im Kindschaftsrecht müsse verlangt werden, daß kein ernsthafter «animus alio revertendi» vorliegt. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man statusbegründende Akte für das neugeborene Kind einschließt. Man müßte hier abstellen z. B. auf den animus manendi der Person, die über den Aufenthalt des Kindes bestimmt[92]. Dabei wäre vorzusorgen gegen eine willkürliche Verlegung des Geburtsortes durch geeignete Auslegung des Begriffs der résidence habituelle oder durch Beizug des Vorbehalts des noch engeren Zusammenhangs.

3. Gegen eine solche globale Regelung des Kindschaftsrechtes läßt sich sicherlich Verschiedenes einwenden. Wegen der im ehelichen Kindschafts-

[90] Wie es das Recht der DDR vorsieht. Vgl. P. H. NEUHAUS, FamRZ 1967, S. 24; J. WILLENBERG, Das neue Internationale Familienrecht der SBZ (Sowjet-besetzten Zone) FamRZ 1966, S. 385 ff. bes. S. 390–392. E. YAIME, Das Standesamt 1971, S. 66.

[91] FamRZ 1967, S. 25 und Grundbegriffe S. 161 ff.

[92] P. H. NEUHAUS, FamRZ 1967, S. 25.

recht bestehenden engeren Familieneinheit ist man geneigt, das eheliche Kind dem Recht der Eltern zu unterstellen. Auch ist auf den nahen Zusammenhang zwischen dem Ehewirkungsstatut (Wohnsitz resp. gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten) und dem Kindschaftsrecht (insbesondere bei der elterlichen Gewalt) hinzuweisen. Wegen dieses Konnexes hat die Familienrechtskommission des deutschen Rates für IPR[93] vorgeschlagen, maßgebende Fragen des Rechts des ehelichen Kindes dem Ehewirkungsstatut zu unterstellen, dieses insbesondere zuständig zu erklären für die Frage der Ehelichkeit, des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kind, der Legitimation durch nachfolgende Ehe und der gemeinschaftlichen Adoption durch Ehegatten[93a]. Jedoch dürften auch bei der globalen Unterstellung aller Rechtsbeziehungen des Kindes unter das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes wenigstens im Normalfall Konflikte mit dem Ehewirkungsstatut vermieden werden; denn solange die Kinder minderjährig und die familiären Beziehungen nicht ernstlich getrübt sind, wird der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes mit demjenigen der Eltern identisch sein. Besteht aber die Familieneinheit nicht mehr, läßt sich auch die selbständige Rechtsstellung des Kindes rechtfertigen.

4. Der besonderen Prüfung bedarf die Frage, ob für statusbegründende oder statusändernde Akte eine gesonderte Anknüpfung vorzusehen ist. Es läßt sich durchaus rechtfertigen, statusbegründende und statusändernde Vorgänge kollisionsrechtlich anders zu behandeln als ihre Wirkungen. So drängt sich jedenfalls für die *Legitimation per subsequens matrimonium* wegen der besonderen Problematik eine differenzierende Lösung auf. Eine *generelle* unterschiedliche Behandlung der statusbegründenden oder -ändernden Akte und ihrer Wirkungen würde jedoch die Rechtsanwendung mit dem Problem der Vorfrage belasten und deshalb erheblich erschweren.

Die *generelle Anwendung des Kindesrechtes* würde allerdings eine weitgehende Änderung des bisherigen Rechtszustandes bedeuten, bei dem die Person des Vaters, des Anerkennenden, resp. des Adoptierenden im Vordergrund steht. Auch widerspricht, was nach dem oben sub Kap. 3, § 1, 6. Gesagten von besonderer Bedeutung ist, eine solche Regelung der Lösung,

[93] Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Kindschafts-, Vormundschafts- und Familienrechts, vorgelegt im Auftrag der Familienrechtskommission des deutschen Rates für IPR von W. LAUTERBACH, Berlin/Tübingen 1966.

[93a] Auch das französische Avant-Projet von 1969 will das eheliche Kindschaftsverhältnis sowie die Legitimation dem Ehewirkungsstatut unterstellen (Art. 2296/97).

welche die Haager Konferenz für die Adoption vorgeschlagen hat. Das Haager Abkommen stellt grundsätzlich auf das Recht des *Adoptierenden* oder der adoptierenden Ehegatten ab[94].

Es ist deshalb zu erwägen, ob nicht wie schon für die Legitimation auch für die *Adoption* eine in Übereinstimmung mit der Haager Regelung stehende Sonderregelung vorzusehen wäre, obwohl ein Zusammenhang zwischen der Adoption und andern statusbegründenden Akten besteht[95]. Trotz dieser Bedenken würde ich, von den zwei genannten Ausnahmen abgesehen, der einheitlichen Rechtsanwendung den Vorzug geben. Gerade bei der Anerkennung unehelicher Kinder wären die Interessen des schweizerischen Kindes, das von einem Ausländer anerkannt wird, durch die Anwendung des Kindesrechts besser gewahrt[96]. Man wird einwenden, eine solche Lösung beinhalte eine en bloc-Verweisung und widerspreche dem Ruf nach engeren «issues» für die Kollisionsnormen. Allein die Aufspaltung in präzise, eng begrenzte Fragen findet dort ihre Grenze, wo die aufgeworfene Rechtsfrage international systemmäßig nicht mehr äquivalent behandelt wird, d.h. auch im anwendbar bezeichneten Recht keiner entsprechenden Systematik begegnet. Auch muß immer, wie bereits ausgeführt[97], die Wahrung des materiellrechtlichen Gesamtzusammenhanges beachtet werden.

Die generelle Ausnahmeklausel des noch engeren Zusammenhanges[98] würde gerade bei einer solchen globalen Regelung ihre besondere Bedeutung und Funktion erhalten. Dabei wäre besonders auch der Gedanke des favor legitimitatis et adoptionis einzubeziehen[98a].

Mit der Regelung der Rechtsanwendung wäre eine *Lösung der Zuständigkeit* zu verbinden. Es wäre grundsätzlich ein Forum am Ort der «résidence habituelle» des Kindes anzunehmen, aber doch auch zu prüfen, ob

[94] Vgl. im einzelnen unten S. 91 ff.; ebenso die im Zusammenhang mit der Reform des materiellen schweizerischen Adoptionsrechtes vorgeschlagene Lösung.

[95] So hat im islamischen Recht die Vaterschaftsanerkennung legitimierende Kraft auch ohne nachfolgende Eheschließung; in romanischen Rechten hat die Gefälligkeitsanerkennung häufig die Wirkung einer Adoption. Vgl. die deutschen Entscheide bei K. Siehr, op. cit, FamRZ 1970, S. 460, Anm. 25 und 26.

[96] Vgl. auch BGE 75 II, 1949, S. 183, wo als Möglichkeit erwogen wurde, entgegen Art. 8 NAG bei schweizerischer Nationalität und «résidence habituelle» des Kindes in der Schweiz das schweizerische Recht anzuwenden.

[97] Vgl. oben S. 76.

[98] Vgl. oben S. 74.

[98a] Vgl. E. Yaime, Das Standesamt 1971, S. 65 ff.

nicht zusätzliche Gerichtsstände für das schweizerische Kind und den schweizerischen Vater vorzusehen wären.

Im folgenden soll die besondere Problematik bei der Legitimation per subsequens matrimonium, bei der Adoption, bei der Alimentationsforderung des Kindes, bei der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft kurz erörtert werden.

II. Legitimatio per subsequens matrimonium

Bei der internationalprivatrechtlichen Regelung des Institutes steht das Interesse des Kindes an der Legitimation im Vordergrund. Wie überall, wo im IPR das Interesse an der möglichsten Aufrechterhaltung oder an der Schaffung eines Rechtsaktes besteht, sollte auch hier das *Prinzip der alternativen Anknüpfung* befolgt werden[99]. Auch die in Aussicht genommene CIEC-Konvention über die Legitimation geht von diesem Grundsatz aus: Die Legitimation tritt ein, wenn die Ehe nach dem Heimatrecht des Vaters oder demjenigen der Mutter Legitimationswirkung hat. Diese alternative Anknüpfung sollte dadurch ergänzt werden, daß die Legitimation immer eintritt, wenn nach schweizerischem Recht eine gültige Eheschließung vorliegt und dieser Ehe Legitimationskraft zukommt. Die Gültigkeit der Eheschließung ist ohnehin Vorfrage der Legitimation. Ferner ist diese zu anerkennen, wenn sie nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes eintritt.

Für die Schweiz stellt sich das Problem des Ausschlußes der *Legitimation von Ehebruchskindern* in gewissen ausländischen Rechten (z. B. nach italienischem Recht, solange noch minderjährige eheliche Kinder aus der aufgelösten Ehe vorhanden sind, Art. 252, Abs. 3 CCI[100]). Der BGH hat in seinem Beschluß vom 17. 9. 1968[101] die Unvereinbarkeit einer solchen Bestimmung mit dem einheimischen Rechtsempfinden aber auch mit der allgemeinen internationalen Entwicklung festgestellt. Dies dürfte auch für die Schweiz zutreffen. Die vorgeschlagene Anknüpfung wird die Anrufung

[99] Vgl. oben S. 68f. und als Beispiel Art. 24 NAG für die Testamentsform.

[100] Das neue italienische Ehescheidungsgesetz hat in Art. 7 lediglich für die Anerkennung von Ehebruchskindern, nicht für die Legitimation eine Änderung gebracht. Art. 252, Abs. 2 CCI wird in dem Sinne modifiziert, daß die Anerkennung eines Ehebruchskindes möglich ist, wenn der Erzeuger in einer Ehe lebte, die durch Tod des andern Gatten oder durch Scheidung aufgelöst wurde.

[101] Das Standesamt 1968, S. 10ff. mit Anmerkung SIMITIS.

des ordre public in solchen Fällen in der Regel entbehrlich machen. Die alternative Anknüpfung im CIEC-Konventionsentwurf hat den ausgesprochenen Zweck, der Schweiz zu ermöglichen, Legitimationen von Ehebruchskindern eines Ausländers bei der Eheschließung des Vaters mit einer Schweizerin vorzunehmen[102]. Die gleiche Anknüpfung wie für die gesetzliche Legitimation sollte auch für die gerichtliche oder behördliche Legitimation gelten[103].

III. Die Adoption

Die Adoption ist Gegenstand der Haager Konvention von 1964 über die Zuständigkeit der Behörden, das anwendbare Recht und die Anerkennung von Entscheidungen bei der Adoption. Es empfiehlt sich insbesondere angesichts der Tatsache, daß die betreffende Konvention von der Schweiz unterschrieben wurde und ihre Ratifikation somit zu erwarten ist, die *Haager Regelung* in das schweizerische Gesetz *zu übernehmen*[104], obwohl damit eine Ausnahme von der generellen Anwendung des Kindesrechts verbunden ist. Das Haager Abkommen geht von der Anwendung des Rechts und der Zuständigkeit der Behörden entweder am gewöhnlichen Aufenthalt oder im Heimatstaat des Adoptierenden resp. des adoptierenden Ehepaares aus. Von diesen alternativen Anknüpfungen drängt sich für die Schweiz die Wahl des *gewöhnlichen Aufenthaltes* auf. Vorbehalten bleibt in Art. 5 die Anwendung des Heimatrechtes des Kindes auf alle Fragen der Zustimmung seitens des Kindes selbst, seiner ursprünglichen Familie oder der vormundschaftlichen Behörden. Richtig wäre es, die materiell-rechtliche Vorschrift der Konvention (Art. 6), wonach eine Adoption nur zulässig ist, wenn sie dem Kindeswohl entspricht, in der schweizerischen Regelung zu wiederholen.

Die Frage der *Anerkennung der Adoption* durch das Heimatrecht des Adoptierten sollte, wie in der heutigen Rechtsprechung, nur unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohles beachtlich sein (vgl. BGE 79 I, 1953, S. 321 ff.). Es wäre wünschenswert, mit der Adoption eines ausländischen Kindes durch Schweizer die automatische Aufnahme in das schweizerische

[102] Vgl. E. Götz, Bericht über die CIEC, Jahreskonferenz vom 2./3. Oktober 1969 in Baden, Schweiz.

[103] Vgl. F. Vischer, IPR, S. 618.

[104] Vgl. oben S. 73 f. In diesem Sinn die (während der Drucklegung erschienene) Botschaft des Bundesrats vom 12. Mai 1971, worin der Bundesversammlung die Übernahme des Haager Abkommens beantragt wird.

Bürgerrecht zu verbinden, wodurch eine erhebliche Entschärfung der Rechtslage einträte[105].

Im Rahmen der *Revision des ZGB* wurde ein Entwurf für das Kollisionsrecht der Adoption ausgearbeitet, der vom Domizilrecht des Adoptierenden resp. des adoptierenden Ehepaares ausgeht. Es besteht die Schwierigkeit, daß die dem Heimatstaat des Minderjährigen zuerkannten Kompetenzen nur zugunsten der Vertragstaaten gelten. Doch wirken sich die Ausnahmen auch zugunsten der Schweiz aus. Das Problem der Anerkennung der Adoption im Heimatstaat des Kindes wird lediglich unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohles betrachtet: Der Richter hat neben dem schweizerischen Recht das ausländische Heimatrecht zu beachten, wenn dem Kind aus der Nichtanerkennung ein schwerer Nachteil erwachsen würde.

Die *gesetzgeberische Entscheidung* liegt somit in erster Linie in der Frage, ob der *Vorbehalt des Haager Abkommens zugunsten des Heimatrechtes für die Zustimmung* in die ordentliche Gesetzgebung zu übernehmen sei. Man mag den Vorbehalt, wie es der Revisionsvorschlag tut, als im Grunde entbehrliche Konzession zugunsten der Staaten mit Heimatrechtsprinzip ansehen, was die Rechtslage kompliziert. Auf der andern Seite steht die Sicherung der Anerkennung der Adoption zumindest in den Vertragsstaaten und die Vermeidung einer doppelten Rechtsanwendung, Argumente, denen ich ein gewisses Übergewicht zuerkennen möchte[106].

Zuständig für die *Aufhebung einer Adoption* sind nach Art. 7 der Haager Konvention wahlweise die Behörden am gewöhnlichen Aufenthalt des Adoptierten oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Adoptierenden im Zeitpunkt des Aufhebungsbegehrens oder die Behörden, welche die Adoption aussprachen. Für die Aufhebung ist der Gleichlauf von Ius und Forum nicht zwingend vorgeschrieben. Die angerufene Behörde kann ihre lex fori anwenden, sie kann aber auch wahlweise das Recht des Landes anwenden, in dem die Adoption angeordnet wurde, das Heimatrecht des Adoptierenden bzw. des adoptierenden Ehepaars, wenn die Aufhebung

[105] Die Experten-Kommission für die Revision des Familienrechts empfiehlt mit Recht eine entsprechende Änderung von Art. 7 des Bundesgesetzes über den Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechtes von 1952. (Auskunft des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 22. Juli 1970)

[106] Unglücklich erscheint mir der Vorschlag, die internationale Bestimmung für die Adoption im ZGB im Anhang zur Regelung des materiellen Rechts vorzunehmen. Damit würde jeder innere Zusammenhang der IPR-Regelung zerrissen.

wegen eines der Adoption entgegenstehenden Verbotes dieses Heimatrechts verlangt wird, oder endlich das Heimatrecht des Adoptierten, wenn die Aufhebung wegen Mangelhaftigkeit einer von diesem Recht verlangten Zustimmung begehrt wird. Meines Erachtens rechtfertigt sich für die Schweiz der Gleichlauf von Ius und Forum.

IV. Unterhaltsforderung des Kindes

Die 8. Haager Konferenz hat zwei Abkommen ausgearbeitet, welche die Alimentationsforderungen des Kindes betreffen; beide sind von der Schweiz ratifiziert worden[107]. Das *erste Abkommen betrifft das anwendbare Recht auf Unterhaltsforderungen von Kindern*, seien sie legitim, außerehelich oder adoptiert, die nicht verheiratet und weniger als 21 Jahre alt sind. Unter diese Konvention fällt die einfache Vaterschaftsklage im Sinne von Art. 319 ZGB. Die Anknüpfung erfolgt an das Recht der «*résidence habituelle*» *des Kindes*.

Die Schweiz hat vom Vorbehalt in Art. 2 Gebrauch gemacht: Sofern die Klage vor einer schweizerischen Behörde erhoben wird, Beklagter und Kind die schweizerische Nationalität besitzen und die Person, von welcher Unterhalt verlangt wird, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, findet schweizerisches Recht Anwendung. Dies kann dazu führen, daß ein ausländisches Kind, das seine «résidence habituelle» im Ausland hat, infolge der für es günstigeren ausländischen Gesetzgebung besser gestellt ist, als das im gleichen Staat wohnende schweizerische Kind[108].

Das *2. Abkommen betrifft die Anerkennung und Vollstreckung der in Alimentationsprozessen ergangenen Urteile* und bezieht sich sowohl auf Entscheide von Gerichten als auch von Administrativbehörden. Es handelt sich um eine sogenannte «convention simple»: Die in der Konvention genannten Zuständigkeiten sind nicht ausschließlich in dem Sinn, daß sie den Bestimmungen des internen Rechtes vorgehen; der Vertragsstaat be-

[107] AS 1964, S. 1279 ff. und S. 1283 ff. sowie die Botschaft zu den beiden Abkommen, BBl 1964 I, S. 501 ff.

[108] Das Bundesgericht erklärte in BGE 96 II, 1970, S. 4 ff. auf eine einfache Vaterschaftsklage für die nach Inkraftsetzung des Haager Abkommens betreffend das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht geforderten Unterhaltsbeiträge das Haager Abkommen für anwendbar. Dieses verwies im vorliegenden Fall auf das österreichische Recht, das im Gegensatz zum schweizerischen Recht für die Vaterschaftsklage keine Verwirkungsfrist kennt.

hält seine Freiheit, jedoch ist nur bei Vorliegen eines Forum Conventionis die Anerkennung und Vollstreckung in den anderen Vertragsstaaten gesichert[109].

Es drängt sich auf, die Regelung der *Konvention über das anwendbare Recht* in die schweizerische Gesetzgebung *zu überführen*. Sie steht in Übereinstimmung mit dem eingangs erwähnten Anknüpfungsprinzip. Die heutige Regelung, die von den (interkantonal gedachten) Gerichtsständen in Art. 312 ZGB ausgeht und den Gleichlauf von Ius und Forum annimmt, ist ohnehin eher fragwürdig[110]. Zwar rechnet Art. 3 der Konvention über das anwendbare Recht mit dem Weiterbestand nationaler Konfliktsregeln, indem er diese zur Anwendung gelangen läßt, wenn das Recht am Ort der «résidence habituelle» dem Kinde jeglichen Unterhalt verweigert[111]. Doch könnte in diesem Fall mit der ordre public-Klausel oder mit der allgemeinen Ausweichklausel[112] geholfen werden. Das eminente Interesse an vollstreckungsfähigen Entscheiden verlangt, für die Frage des Gerichtsstandes die Fora Conventionis zu übernehmen oder eine Auswahl unter diesen zu treffen. Zuständig sind nach Art. 3 dieses Abkommens die Behörden des Staates, in welchem der Schuldner im Zeitpunkt der Klage seine «résidence habituelle» besaß (dieses Forum entspricht Art. 312 ZGB, Abs. 1, 2. Fall), ferner die Behörden des Staates, in welchem das Kind im Zeitpunkt der Klage seine «résidence habituelle» hatte und endlich die Behörden des Staates, denen sich der Schuldner ausdrücklich oder durch vorbehaltlose Einlassung unterworfen hatte.

D. Vormundschaft und elterliche Gewalt

1. Elterliche Gewalt und Vormundschaft über Minderjährige verfolgen primär das Ziel, das persönliche Wohl und die ökonomischen Interessen des Kindes zu wahren. Beide sind auf Dauer angelegt und unterstehen der behördlichen Aufsicht. Auf internationaler Ebene gibt die Abgrenzung der beiden Institute oft Anlaß zu Qualifikationsschwierigkeiten: Derselbe Tatbestand kann in einem Staat als elterliche Gewalt, im andern als Vor-

[109] BGE 92 II, 1966, S. 82ff.

[110] Kritisch F. VISCHER, IPR, S. 620ff. und die dort zitierten Autoren.

[111] Art. 3 ist übrigens ein Beispiel, daß auch im Bereich des Konventionsrechtes das vorausgesetzte materiellrechtliche Resultat die Kollisionslösung beeinflußt.

[112] Vgl. oben S. 74ff.

mundschaft bezeichnet werden. Das Abgrenzungsproblem stellt sich besonders deutlich bei der Stellung des überlebenden Elternteils[113].

2. *Die Übernahme der von der Schweiz ratifizierten Haager Regelung betreffend den Schutz der Minderjährigen vom 5. Oktober 1961*[114] drängt sich meines Erachtens schon deshalb auf, weil die Konvention gemäß Art. 13, Abs. 1 Anwendung findet auf alle Minderjährigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Vertragsstaaten haben, aber im Gegensatz zum Abkommen von 1902 nicht nur die Angehörigen der Vertragsstaaten selbst erfaßt[115], sondern auch diejenigen eines Nicht-Vertragsstaates sowie die Heimatlosen. Aus diesem Grund bleibt für eine nationale IPR-Regelung wenig Raum.

Die Haager Regelung entspricht dem eingangs erwähnten Anknüpfungsprinzip wie auch, dem Grundsatz nach, der geltenden schweizerischen Regelung über das internationale Vormundschaftsrecht. Sie enthält allerdings in mehrfacher Hinsicht Ausnahmen zugunsten des Heimatstaates, die offensichtlichen Kompromißcharakter besitzen. Im Vordergrund steht das Evokationsrecht (Art. 4, Abs. 1) des Heimatstaates, der nach vorausgegangener Verständigung mit den Behörden des Aufenthaltsstaates Schutzmaßnahmen treffen kann, wenn er der Auffassung ist, daß das Wohl des Minderjährigen sein Einschreiten erfordere.

3. Die im Haager Abkommen über den Schutz der Minderjährigen vorgesehenen Lösungen treffen auch für die *Vormundschaft über Volljährige* zu. Schon das geltende Recht geht ja generell von der «résidence habituelle» des zu Bevormundenden oder des Bevormundeten aus und unterscheidet nicht zwischen Minderjährigen und Volljährigen[116].

Die *grundsätzliche Zuständigkeit der Behörden und die Maßgeblickeit des Rechts am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des zu Bevormundenden oder*

[113] Vgl. die ausführliche Übersicht bei A. von Overbeck, Essai sur la délimination des conventions de droit international privé, in: Ius et Lex, Festschrift M. Gutzwiller, 1955, S. 335ff.

[114] AS 1969, S. 181ff., Botschaft BBl 1966 I, S. 349ff.

[115] Sofern die Staaten nicht gemäß Art. 13, Abs. 3 einen diesbezüglichen Vorbehalt anbringen. Die Schweiz ist dem Abkommen vorbehaltlos beigetreten.

[116] Für eine umfassende Darstellung der Regelung des NAG und der Haager Abkommen vgl. L. Huber, Die Vormundschaft im Internationalen Privatrecht der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Haager Abkommen, Diss. Basel, 1970 und die dortigen Verweise.

des Bevormundeten ist gerechtfertigt durch die Interessenlage: Wo sich die Person aufhält, sollen auch die vormundschaftlichen Maßnahmen getroffen werden können (Prinzip der Sachnähe).

Die öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzgebungen finden Anwendung auf alle im Staate sich aufhaltenden, der Fürsorge bedürftigen Personen. Mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Betroffenen werden die im Fall Boll des internationalen Gerichtshofes im Haag[117] zutage getretenen Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden.

4. Mit der Übernahme der Haager Regelung von 1961 in die ordentliche schweizerische Gesetzgebung würde die Diskussion um das *Verhältnis von Art. 28 NAG zu Art. 29/30 NAG*, sofern die Sonderregelung über die Auslandschweizer entgegen meinem Vorschlag beibehalten werden sollte, gegenstandslos[118]. Die Haager Regelung enthält in Art. 4 des Übereinkommens den im Interesse des zu Bevormundenden bzw. des Bevormundeten notwendigen Vorbehalt zugunsten des Heimatrechtes, während im übrigen die Art. 28, Ziff. 1 NAG entsprechende Zuständigkeit der Behörden und die Maßgeblichkeit des Rechts an dessen gewöhnlichen Aufenthalt gilt. Um die unerläßliche Kontinuität des Schutzes des Bevormundeten zu sichern, regelt Art. 5 des Übereinkommens von 1961 die Folgen eines Wechsels des gewöhnlichen Aufenthalts. Gemäß Art. 5, Abs. 1 bleiben die von den Behörden des früheren Aufenthaltsstaates getroffenen Maßnahmen in Kraft, bis die Behörden des neuen gewöhnlichen Aufenthaltsortes sie aufheben oder ersetzen. Art. 5, Abs. 3 enthält eine Ausnahme von dieser Zuständigkeitsordnung zugunsten des Heimatstaates. Stand der Minderjährige bisher unter dem Schutz der Heimatbehörden, so bleiben die von diesen Behörden nach ihrem innerstaatlichen Recht getroffenen Maßnahmen am neuen Aufenthaltsort in Kraft. Diese Regelung entspricht Art. 29 NAG.

5. Werden elterliche Gewalt und Vormundschaft internationalprivatrechtlich gleich behandelt, so ist die *elterliche Gewalt* dem *Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes* zu unterstellen. Die heutige bundesgerichtliche Praxis geht von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des Wohnsitzrechtes des Gewaltinhabers aus, schafft aber einen Ersatzgerichtsstand

[117] Clunet 1960, S. 208ff.

[118] Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen bei L. HUBER, Die Vormundschaft im IPR der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Haager Abkommen, Diss. Basel, 1970, S. 41ff.

in der Schweiz verbunden mit der Anwendung schweizerischen Rechts, wenn Mutter und Kind sich hier aufhalten und die Regelung der elterlichen Gewalt im ausländischen Wohnsitzrecht des Vaters dem Kindesinteresse nicht Rechnung trägt[119]. Die grundsätzliche Unterstellung unter das Recht am Ort der «résidence habituelle» des Kindes rechtfertigt sich vor allem durch das im Vordergrund stehende Kindesinteresse. Auf die im Ausland gültig geschaffene Rechtslage ist allerdings Rücksicht zu nehmen.

Um einer *mißbräuchlichen Verbringung des Kindes ins Ausland* entgegenzuwirken, sind zwei Lösungen denkbar: Die elterliche Gewalt bleibt dem Recht des früheren gewöhnlichen Aufenthalts unterworfen, bis sie von den Behörden am neuen gewöhnlichen Aufenthalt aufgehoben oder ersetzt wird (so Art. 5 der Haager Konvention über den Schutz der Minderjährigen von 1961), oder es gilt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes erst, wenn dieser im Zeitpunkt der Klage schon eine bestimmte Zeit gedauert hat. Andernfalls ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des tatsächlichen Inhabers der elterlichen Gewalt maßgebend. Ich gebe der ersten Lösung den Vorzug, schon weil sie in Übereinstimmung mit der Haager Lösung steht.

Für die Regelung der elterlichen Gewalt in Zusammenhang mit der Scheidung sollte wie bisher das Scheidungsstatut maßgebend sein.

6. Sowohl bei der Vormundschaft wie bei der elterlichen Gewalt ist für den *Gefahrenfall* (z. B. Entführung durch einen nicht berechtigten Elternteil) der Staat des bloßen Aufenthaltes zur Intervention berechtigt[120].

E. Eheliches Güterrecht und Erbrecht

I. Eheliches Güterrecht

1. Zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht besteht ein enger sachlicher Zusammenhang. Eine *korrespondierende Anknüpfung für das Ehegüterrechtsstatut und das Erbstatut* ist anzustreben. Insbesondere sollte für die Parteien die Möglichkeit geschaffen werden, eine Gleichschaltung durch die Gewährung einer Rechtswahl auch mit Bezug auf das für die Teilung maßgebende interne Güterrecht herbeizuführen. Das Erbrecht

[119] BGE 85 II, 1959, S. 153.
[120] Vgl. Abkommen über den Schutz der Minderjährigen Art. 8, Abs. 1.

erlaubt in Art. 22, Abs. 2 die Unterstellung des Nachlasses unter das Heimatrecht des Erblassers. Es sollte den Ehegatten gestattet werden, zum Beispiel durch ehevertragliche Bestimmung auch die güterrechtliche Auseinandersetzung dem Heimatrecht der Ehegatten oder bei einer «mariage mixte» dem Heimatrecht des einen oder andern Ehegatten zu unterstellen[121].

2. Im übrigen befriedigt die bisherige Regelung, die von der *Unterscheidung des internen und externen Güterstandes* ausgeht und diese Sachverhalte kollisionsrechtlich gesondert regelt, nicht mehr. Mit Recht hat A. SCHNITZER[122] vorgeschlagen, auch den internen Güterstand dem Recht des Wohnsitzes zu unterstellen, den Parteien aber die Möglichkeit zu geben, durch eine ausdrückliche Erklärung die Unwandelbarkeit dieses Güterstandes herbeizuführen. Damit würde die Rechtslage (NAG Art. 19 und 20) in umgekehrtem Sinn geregelt: Internes und externes Güterrecht würden dem Recht des jeweiligen Wohnsitzes unterstellt, während den Parteien neben der sub 1. vorgeschlagenen Wahl des Heimatrechts die Beibehaltung des bisherigen internen Güterrechts ermöglicht würde. Im Normalfall würde eine Abgrenzung zwischen internem und externem Güterstand, die schon dogmatisch Schwierigkeiten bereitet, vermieden. Dem Interesse an der Unwandelbarkeit des Güterstandes würde soweit Rechnung getragen, als es die Parteien selbst wünschen. Die Erfahrung zeigt, daß nicht selten der erste Ehewohnsitz nur kurz gedauert hat oder doch sehr lange zurückliegt und eine wirkliche Beziehung zu diesem Recht nicht mehr besteht. Endlich würden durch die vorgeschlagene Lösung auch im Normalfall Güterrechtsstatut und Erbstatut zusammenfallen.

II. Erbrecht[123]

1. Die *heutige Regelung* darf im ganzen als befriedigend angesehen werden. Das Nebeneinander der drei Statute, Erbstatut (letzter Wohnsitz des

[121] Vgl. über die Rechtswahl oben S. 70ff. Eine umfassende Rechtswahl sieht das französische Avant-Projet von 1969 in Art. 2310, Abs. 2 vor.

[122] SJZ 1970, S. 322.

[123] Das internationale Erbrecht wird Gegenstand der Verhandlungen der 12. Haager Konferenz sein, die einen Abkommensentwurf ausarbeiten soll. Vorarbeiten sind bereits im Gange, indem die Mitgliedstaaten eingeladen wurden, auf Grund eines Fragebogens die Grundzüge ihres internationalen Erbrechts darzulegen sowie allfällige Vorschläge anzubringen.

Erblassers unter Vorbehalt einer Professio iuris zugunsten des Heimatrechtes), Eröffnungsstatut (immer letzter Wohnsitz des Erblassers) und Formstatut für das Testament (alternative Anknüpfung gemäß Art. 24 NAG) bringt zwar gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten, ist aber sachlich begründet.

Es stellt sich die Frage, ob der *Domizilbegriff* durch denjenigen der «*résidence habituelle*» ersetzt werden soll. Dafür würde die Vermeidung von Härten sprechen, die sich aus der gesetzlichen Wohnsitzfiktion für die verheiratete Frau ergeben[124].

Die Bestimmung des Erbstatuts – speziell wenn eine Professio iuris vorliegt – steht unter dem Vorbehalt der sachlichen Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt eines *berechtigten Vertrauens der Erben auf Anwendung einer Rechtsordnung*[125]. Diesen Vorbehalt gesetzlich durch abschließende Formulierung der Ausnahmetatbestände zu fixieren, wie ANTON HEINI mittels einer Differenzierung des Erbstatuts vorschlägt[126], dürfte jedenfalls beim heutigen Stand der Wissenschaft schwierig sein. Es ist grundsätzlich fraglich, ob der entscheidende Gesichtspunkt des wirklich berechtigten Vertrauens der Erben auf Anwendung einer Rechtsordnung überhaupt abschließend formuliert werden kann. In jedem Fall bedarf es einer eingehenden Konfrontation der Interessen des Erblassers, des aus dem Testament Bedachten, der gesetzlichen Erben und allenfalls des überlebenden Ehegatten, wobei eine Wertung der Interessen stattzufinden hat, bei welcher diejenigen des Erblassers sicherlich an vorderer Stelle stehen. Es liegt meines Erachtens ein allgemeines Problem des internationalen Privat-

[124] Vgl. S. 8 der «Orientation des études relatives à certains problèmes du droit des successions» des Bureau Permanent, 1968.

[125] Vgl. oben S. 72f. und S. 76.

[126] ZSR 89 I, 1970, S. 423ff. Sein ausdrücklich als provisorisch bezeichneter Vorschlag, der erweitert und verbessert werden müsse, lautet:

Art. 1 Die Erbfolge richtet sich unter dem Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers.

Art. 2 Hat der Erblasser im Zeitraum eines früheren, mindestens zehn Jahre dauernden Wohnsitzes eine letztwillige Verfügung errichtet, so gelangt das Recht jenes früheren Wohnsitzes zur Anwendung, sofern die Dauer späterer Wohnsitze, einschließlich des letzten Wohnsitzes, nicht mehr als fünf Jahre beträgt.

Art. 3 Ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der Art. 1 und 2 ist das Recht desjenigen Landes anzuwenden, in welchem mindestens die Hälfte der Pflichtteilserben ihren Wohnsitz haben, sofern dieses Land einen Pflichtteilsschutz kennt und sofern der Erblasser dort länger als an den nachfolgenden Wohnsitzen gewohnt hat. Hat indessen der letzte Wohnsitz mindestens zehn Jahre gedauert, so ist dessen Rechtsordnung anzuwenden.

rechts vor, dem durch einen generellen Vorbehalt, verbunden mit dem Auftrag zur Konkretisierung und Auflösung in nicht abgeschlossene Tatbestände[127], besser Rechnung getragen werden kann.

2. Zweckmäßig wäre es, die Aufgabenbereiche besonders denjenigen des *Eröffnungsstatutes* gegenüber dem des allgemeinen Erbstatutes näher abzugrenzen. Auch hier liegt eine Materie vor, deren Handhabung hauptsächlich in der Hand der Verwaltungsbehörden liegt, die auf klare Richtlinien angewiesen sind. Dem Eröffnungsstatut untersteht die *gesamte formelle Nachlaßbehandlung*, aber auch diejenigen *materiellen Grundsätze*, die mit dem formellen Recht eng verbunden sind oder für die sich aus der Interessenlage eine Anwendung des Rechts des letzten Wohnsitzes des Erblassers aufdrängt. Selbst bei einer Professio iuris zugunsten des Heimatrechts oder bei staatsvertraglicher Verweisung auf dieses ist dem Eröffnungsstatut in eigener Zuständigkeit vorbehalten: Die Eröffnung der Erbschaft (ZGB Art. 537); die Ausstellung des Erbscheins (wobei allerdings für die Bestimmung der Erben bei einer Professio iuris oder bei staatsvertraglicher Verweisung das Heimatrecht maßgebend ist); die Fristen (insbesondere zur Ausschlagung, zur Anerkennung eines öffentlichen Inventars, zur Annahme unter öffentlichem Inventar); die Formen der Ausschlagung; das öffentliche Inventar und seine Wirkungen; die amtliche Liquidation. Die Stellung der Erben vor der Teilung (Art. 602f. ZGB) wie auch die Haftung der Erben gegenüber den Gläubigern unterstehen zum Schutz der Gläubiger des Erblassers dem Eröffnungsstatut. Auch für den Erwerb der Erben und Vermächtnisnehmer ist das Eröffnungsstatut zuständig. Grundsätzlich gilt bei schweizerischem Eröffnungsstatut das Prinzip der Universalsukzession, auch wenn das Erbstatut eine andere Art der Devolution vorsieht. Endlich untersteht die Erbschaftsklage in formeller Hinsicht dem Eröffnungsstatut[128]. Dieser zugegebenermaßen weitgehende Zuständigkeitsbereich des Eröffnungsstatutes sichert insbesondere für die freiwillige Gerichtsbarkeit den Gleichlauf von behördlicher Zuständigkeit und Verfahren und vermeidet einen komplizierten und, wie die ausländische Praxis zeigt, wenig praktikablen Dualismus von inländischem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ausländischem Recht[129].

[127] Vgl. oben S. 77.

[128] Vgl. F. VISCHER, IPR, S. 642ff. und die dortigen Belege.

[129] Vgl. zum Problem freiwillige Gerichtsbarkeit im IPR F. VISCHER, Rechtsvergleichende Tatbestände, Basel 1953, S. 77ff.; G. BREULEUX, op. cit. S. 90ff.

3. Das geltende internationale Erbrecht der Schweiz geht vom Prinzip der sogenannten *Nachlaßeinheit* aus, unterscheidet nicht zwischen Mobiliar- und Immobiliarnachlaß. Eine Ausnahme gilt allerdings für die Auslandschweizer, deren Grundstücke in der Schweiz auch bei ausländischem Erbstatut grundsätzlich dem schweizerischen Recht unterstehen (Art. 28, Ziff. 1 NAG). Es ist zu überlegen, ob das in zahlreichen Staaten anerkannte Prinzip der Maßgeblichkeit der lex rei sitae für den Nachlaß an Grundstücken grundsätzlich übernommen werden sollte[130]. Für eine solche Regelung spricht, daß der Staat, in dem sich das Grundstück befindet und der die Herrschaft für die Nachlaßregelung bezüglich dieses Grundstückes beansprucht, ohnehin die Möglichkeit hat, seinen Standpunkt durchzusetzen. Die Nachlaßspaltung hat allerdings den großen Nachteil, daß die Berechnung der Erb- und Pflichtteilsquoten größte Schwierigkeiten mit sich bringt. Man sollte deshalb die Zuständigkeit der lex rei sitae auf die Fälle beschränken, in welchen der Staat, wo sich das Grundstück befindet, die Herrschaft tatsächlich in Anspruch nimmt.

4. Für die *Testamentsform* sollte die von der 9. Haager Konferenz ausgearbeitete und vor der Ratifizierung stehende Regelung betreffend das auf die Form der Testamente anwendbare Recht von 1964 in die Gesetzgebung übernommen werden. Die Ratifikation dieses Abkommens steht bevor[131].

Sie entspricht dem Grundsatze nach der heutigen Regelung in Art. 24 NAG, erweitert aber den Katalog der alternativen Anknüpfung durch Einführung der «résidence habituelle» des Erblassers und der res sita, letzterer nur soweit, als letztwillige Verfügungen über Grundstücke in Frage stehen.

[130] G. Droz, Commentaire du Questionnaire sur le droit international privé des successions, Document préliminaire No. 1, September 1969, S. 6ff.

[131] Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 21. Oktober 1970, BBl 1970 II, S. 1121ff.

Kapitel 4

Die Revision des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege

§ 1 Die Überprüfung der richtigen Anwendung des schweizerischen Kollisionsrechtes und des anwendbaren ausländischen Rechtes durch das Bundesgericht[1]

1. Nach *heutiger Praxis* überprüft das Bundesgericht, wie bereits aufgeführt, nicht, ob die kantonalen Gerichte

– bei Feststehen der Anwendbarkeit ausländischen Rechts *unter mehreren ausländischen Rechten* das richtige für anwendbar erklärt haben,

– ausländische Kollisionsnormen oder materielle Normen *richtig angewandt und ausgelegt* haben. Eine Ausnahme von der Nichtüberprüfung ausländischen Rechtes macht das Bundesgericht dann, wenn ein nach diesem Recht vollzogener Rechtsakt präjudizielle Voraussetzung zur Anwendung des schweizerischen Rechtes ist[2].

Seit seiner Praxisänderung im Fall Sznajer gegen Rodi & Wienberger AG, BGE 92 II, 1966, S. 111ff. (116ff.) überprüft das Bundesgericht auf Berufung hin die Anwendung schweizerischen Rechts, das die kantonalen Gerichte anstelle des anwendbaren ausländischen Rechts subsidiär beigezogen haben. Diese Praxisänderung entspricht den einhelligen Forderungen der Doktrin[3]. Voraussetzung des Entscheides war die Preisgabe der Vermutung, das von den Parteien nicht nachgewiesene ausländische Recht stimme inhaltlich mit dem schweizerischen Recht überein.

Grundlage der bundesgerichtlichen Praxis ist Art. 43 OG. Das Bundesgericht ist nur Wächter für die richtige Anwendung des Bundesrechtes und der Staatsverträge und soll vor allem die einheitliche Rechtsanwendung sichern[4].

[1] Vgl. hiezu J. GENTINETTA, Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts, 1964.

[2] BGE 91 II, 1965, S. 125 und unten S. 103.

[3] Zit. vom BGER. S. 116.

[4] Vgl. Botschaft des Bundesrates zum OG, BBl 1943 I, S. 119.

2. Ohne Zweifel gehören zum Bundesrecht auch die *schweizerischen Kollisionsnormen* und zwar sowohl die geschriebenen wie die ungeschriebenen. Richtigerweise wäre das Bundesgericht im Rahmen der Befugnisse von Art. 43 OG verpflichtet zu überprüfen, ob die kantonalen Gerichte von verschiedenen in Frage kommenden ausländischen Rechten das nach schweizerischem Kollisionsrecht richtige angewandt haben. Die Begründung des Bundesgerichtes, im Falle der Konkurrenz zweier ausländischer Rechte erscheine die kollisionsrechtliche Entscheidung nur als Vorfrage auf einem Gebiet – Anwendung ausländischen Rechtes –, wo dem Bundesgericht jede Kognitionsbefugnis fehle[5], ist nicht stichhaltig. Das Kollisionsrecht ist in *seiner Gesamtheit* Bestandteil des schweizerischen Rechts[6]. Jede Entscheidung, auch wenn sie nicht die Frage involviert, ob schweizerisches oder ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, fällt darunter; schon logisch läßt sich die Unterscheidung nicht rechtfertigen.

3. Eine *umfassende Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechtes*, wie sie z. B. von den obersten Gerichten Italiens und Österreichs vorgenommen wird, ist unter allen Gesichtspunkten wünschbar, auch wenn man die faktischen Schwierigkeiten in Rechnung stellt. Sie kann jedoch nicht auf Grund einer Interpretation des OG gewonnen werden.

Art. 65 OG bestimmt allerdings in widersprüchlicher Weise: «Kommen für die Entscheidung neben eidg. Gesetzesbestimmungen auch kantonale oder ausländische Gesetze zur Anwendung und hat der angefochtene Entscheid sie nicht angewendet, so kann das Bundesgericht die Anwendung des kantonalen oder ausländischen Rechts selbst vornehmen oder die Sache an die kantonale Instanz zurückweisen.» Daraus ergibt sich das nicht einleuchtende Resultat, daß eine Überprüfung zwar dann erfolgen kann, wenn ausländisches Recht überhaupt nicht angewendet wurde, nicht dagegen, wenn seine Anwendung eine unrichtige war[7].

4. Eine *Revision des OG* mit dem Zweck, die Überprüfung des gesamten Kollisionsrechtes und des ausländischen Rechts durch das Bundesgericht herbeizuführen, könnte etwa folgendermassen aussehen:

[5] BGE 67 II, 1941, S. 218.

[6] Vgl. auch BGE 96 II, 1970, S. 87.

[7] Vgl. K. BLOCH, Die Entwicklung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts bei Feststellung und Anwendung von Kollisionsnormen des schweizerischen IPR, SJZ, 1954, S. 408.

a) *Art. 43* OG

«Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechts mit Einschluß der schweizerischen Kollisionsnormen, der Staatsverträge des Bundes oder der auf Grund der schweizerischen Kollisionsnormen anwendbaren ausländischen Rechtsordnung.

Hat der angefochtene Entscheid das ausländische Recht nicht oder nicht richtig angewendet, so kann das Bundesgericht die Anwendung selbst vornehmen oder die Sache an die kantonale Instanz zurückweisen»[8].

b) *Art. 60 OG*

In Art. 60, lit. a), Abs. 2 wären die Worte «oder ausländisches Recht» zu streichen[9].

§ 2 Die Anwendung ausländischen Rechtes durch die kantonalen Instanzen

Ausländisches Recht wird auf eine dem schweizerischen Richter vorgelegte Rechtsfrage deshalb angewendet, weil unsere Kollisionsnorm dies befiehlt. Die Anwendung ausländischen Rechtes ist somit Folge der Weisung eines schweizerischen Rechtssatzes. Es wäre deshalb logisch allein richtig, wenn der Richter gehalten wäre, *das ausländische Recht ex officio anzuwenden*, und zwar ohne daß man, wie das Bundesgericht[10] meint, die kaum haltbare Inkorporationstheorie, die das ausländische Recht zu einem Bestandteil des schweizerischen Rechts erhebt, zur Begründung heranziehen müßte. Für die interkantonalen Verhältnisse vor dem Erlaß des ZGB befiehlt Art. 2, Abs. 2 NAG dem Richter folgerichtig, das Zivilrecht

[8] Entsprechend wären in Art. 65 OG die Worte «oder ausländische» (sc. Gesetze) zu streichen.

[9] Der Absatz lautet gegenwärtig: Nichteintreten, «wenn Entscheidungsgründe des kantonalen oder ausländischen Rechts unter allen Umständen ausschlaggebend sind.» Diese Bestimmung hatte den Zweck, Leerläufe zu vermeiden, indem bei Rückweisung gemäß OG 60 lit. c) in allen Kantonen, deren ZPO eine Fiktion der Übereinstimmung des ausländischen mit dem schweizerischen Recht aufstellt (z. B. ZG, A. a. R., A. i. R., SG) die kantonalen Gerichte erneut statt ausländischem Recht schweizerisches Recht anwenden würden. Nach dem Sznajer-Entscheid BGE 92 II, 1966, S. 111 ff. ist die Ratio ohnhin fragwürdig.

[10] BGE 73 II, 1947, S. 137.

eines andern Kantons von Amtes wegen anzuwenden. Es ist zu bedauern, daß das Bundesgericht den Grundsatz nicht auch auf die internationalen Verhältnisse ausgedehnt hat. Selbst wenn man die Bestimmung von Art. 32 NAG auf Art. 2, Abs. 2 NAG nicht zur Anwendung bringen will, obwohl meines Erachtens hiefür kein Grund besteht[11], so ergibt sich, wie W. NIEDERER[12] mit Recht bemerkt, die Anwendung des Satzes «iura novit curia» mit Bezug auf das ausländische Recht auch aus der Überlegung, daß nach unserer schweizerischen Auffassung ausländisches Recht nicht als bloße «Tatsache» wie z. B. in England, sondern als «Recht» zu gelten hat.

Richtigerweise müßte eine ungeschriebene Regel des Bundesrechtes angenommen werden, die dem Richter zur Pflicht macht, ausländisches Recht nach Möglichkeit von Amtes wegen anzuwenden. Man wird dem Richter, analog zur Regelung in der deutschen ZPO § 392, nicht verwehren, nötigenfalls die Mithilfe der Parteien zu verlangen[13]. Die legislative Freiheit der Kantone in dieser Frag kann nicht unbeschränkt sein. Der Vorbehalt zugunsten des kantonalen Prozeßrechtes in Art. 64, Abs. 3 BV darf nie dazu führen, daß die Kantone durch zivilprozessuale Vorschriften die Ausführung des Befehls einer schweizerischen Bundesnorm verhindern[14]. Leider hat das Bundesgericht in ständiger Praxis die meines Erachtens bundesrechtswidrigen Prozeßnormen der Kantone, nach welchen der Richter ausländisches Recht überhaupt nur dann anwenden darf, wenn die Parteien den Inhalt des anwendbaren fremden Rechts nachweisen (vgl. z. B. die ZPO Schwyz 159, Schaffhausen 171, Neuenburg 70, Tessin 35, Zürich 100, ebenfalls gleichlautend auch die Praxis in Basel trotz ZPO 158, Bern und Luzern) geschützt[15]. Es darf in diesem Zusammenhang die

[11] Vgl. W. BOSSHARD, Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts, Zürcher Diss., 1929, S. 55, 58–59.

[12] Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, Zürich 1954, S. 345.

[13] Vgl. A. REICHEL, Die Stellung des IPR im System des Zivilgesetzbuches, ZBJV 49, 1913, S. 492. In diesem Sinne auch der Vorschlag A. SCHNITZERS in seinem Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, Art. 4. Er enthält die Verpflichtung der Behörden, sich «die Kenntnis fremden Rechts nach pflichtgemässem Ermessen zu verschaffen und erforderlicherweise die Beteiligten aufzufordern, sie bei dieser Ermittlung zu unterstützen». Im gleichen Sinn Art. 2258 des französischen Avant-Projet von 1969, vgl. hiezu J. FOYER, op. cit., Clunet 1971, S. 40.

[14] Vgl. A. EGGER, Kommentar zum ZGB, 2. Aufl., N. 14 zu Art. 6 ZGB.

[15] J. GENTINETTA, op. cit., S. 57 und 58 und die dortigen Beispiele, sowie z. B. BGE 95 II, 1969, S. 119ff.; 67 II, 1941, S. 181, 217; 63 II, 1937, S. 390; 60 II, 1934, S. 324. Vgl. auch Obergericht Luzern vom 22. März 1944, ZBJV 80, 1944, S. 240. Im Entscheid BGE 95 II, 1969, S. 119ff. erklärt das Bundesgericht, Art. 35 der Tessiner ZPO, der

Dringlichkeit eines schweizerischen rechtsvergleichenden Instituts in Erinnerung gerufen werden, das durch Dokumentation und Gutachtertätigkeit die Voraussetzungen für die ex officio-Anwendung ausländischen Rechtes schaffen würde.

den Richter zur Anwendung ausländischen Rechts nur verpflichtet, wenn die Parteien dasselbe anrufen und nachweisen, widerspricht «in matteria conttratuale» nicht dem Bundesrecht. Ob daraus zu schließen ist, daß für die nicht vertragsrechtlichen Domänen die kantonale Prozeßhoheit eingeschränkt sei, ist nicht eindeutig zu beantworten. Grundsätzlich ließe sich eine differenzierte Behandlung der Kollisionsnormen verschiedener Materien nicht rechtfertigen. Vgl. meine ausführliche Besprechung des BGE in SJIR 1969/70, S.339.