Biblioteka Cywilistyczna U. J.
Dz. IV L. 137 Nr inw. C3503

Zakład Prawa Cywilnego
i Prawa Międzynarodowego Prywatnego
Uniwersytetu Jagiellońskiego
w Krakowie

IV/188

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN IM AUFTRAGE
DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT IN PRAG VON DEN PROFESSOREN
OSKAR ENGLÄNDER, EDGAR M. FOLTIN UND WILHELM WEIZSÄCKER

3. HEFT

Dr. ROBERT R. NEUNER

DER SINN DER INTERNATIONALPRIVATRECHTLICHEN NORM. EINE KRITIK DER QUALIFIKATIONSTHEORIE.

MIT UNTERSTÜTZUNG DES TSCHECHOSLOWAKISCHEN MINISTERIUMS
FÜR SCHULWESEN UND VOLKSKULTUR



1932

VERLAG RUDOLF M. ROHRER
BRÜNN-PRAG-LEIPZIG-WIEN

Biblioteka Cywilistyczna U. J.
Dz. IV L. 137 Nr inw. 0359

DER SINN DER INTERNATIONAL-PRIVATRECHTLICHEN NORM

EINE KRITIK DER QUALIFIKATIONSTHEORIE

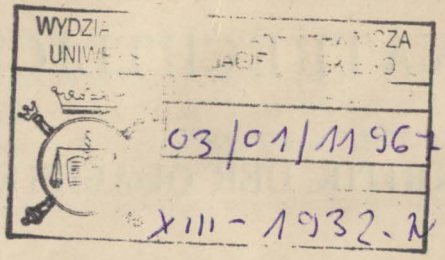
Wydz. Bibl. Prawnicza
1806104372

VON

DR. ROBERT R. NEUNER
A. O. PROFESSOR AN DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT PRAG

Zakład Prawa Cywilnego
i Prawa Międzynarodowego Prywatnego
Uniwersytetu Jagiellońskiego
w Krakowie
BIBLIOTEKA INSTYTUTU PRAWA CYWILNEGO U. J.
w: 3616
Dział: IV/126
w: t: egz:
Staatsbibliothek Krakau
Księgozbiór Zakładów Cywilistycznych
w Krakowie
L. inw. 188
Dział IV
Nr. działowy 126

1932
VERLAG RUDOLF M. ROHRER
BRÜNN - PRAG - LEIPZIG - WIEN



Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, vorbehalten.
Copyright 1932 by Rudolf M. Rohrer, Brünn.
Printed in Czechoslovakia.

Verlags-Nr. 652.



Gedruckt bei Rudolf M. Rohrer in Brünn.

Vorwort.

Diese Arbeit versucht zu zeigen, daß eine richtige Fassung des Sinnes der Kollisionsnorm und ihre entsprechende Anwendung es in den meisten Fällen gestattet, die Schwierigkeiten zu überwinden, welche die Qualifikationstheorie durch begriffliche Operationen zu beseitigen trachtete. Als Beispiele für die Durchführbarkeit und Undurchführbarkeit meiner Argumentationen und jener der Qualifikationstheorie zog ich hauptsächlich das deutsche und das französische Recht heran, weil hier Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft einen verhältnismäßig breiten Grundstock von internationalprivatrechtlichen Regeln entwickelt haben und daher nicht schon jedes Mal die ersten Ausgangspunkte festgestellt werden mußten. Daraus wird schon ersichtlich, daß es unrichtig wäre, aus meinen Ausführungen auf eine gesetzesfeindliche Haltung zu schließen. Wenn ich die Ansicht vertrete, daß sich im internationalen Privatrecht die richtige Entscheidung vielfach aus der Natur der Sache ergibt, so gilt das nur, wenn wenigstens gewisse Hauptgrundsätze feststehen. Diese festzulegen ist unter den heutigen Umständen Sache der Gesetzgebung. Damit ist aber die Aufgabe der Gesetzgebung nicht erschöpft. Den aus der Natur der Sache abgeleiteten Entscheidungen haftet immer eine gewisse Unsicherheit an. Wenn die Verhältnisse durch Wissenschaft und Rechtsprechung einmal in ihren Zusammenhängen genügend geklärt sind, dann sollte der Gesetzgeber die beste Lösung gesetzlich sanktionieren.

Der Glaube, in vielen Fällen aus der Natur der Sache eine angemessene Lösung ableiten zu können, berechtigt auch zur Hoffnung, meist eine internationalprivatrechtliche Regel zu finden, die von allen oder doch den meisten Staaten angenommen werden kann. Eine Bürgschaft für die Möglichkeit, diese Idee zu verwirklichen, liegt in der immer erneuerten Beobachtung der Rechtsvergleicher, daß die verschiedenen Rechtsordnungen im sachlichen Ergebnis oft übereinstimmen. Nur in der Technik, mit der sie ein wirtschaftliches oder soziales Ziel erreichen, weichen sie voneinander ab. Aber das Werkzeug darf nicht

Herr über den Arbeiter werden. Das begriffliche Werkzeug, dessen Unentbehrlichkeit niemand weniger als ich bestreite, muß gegebenenfalls zweckentsprechend umgeschmiedet werden. Hat man einmal die Bedeutung der begrifflichen Technik erkannt, dann erscheint ein einheitliches internationales Privatrecht nicht mehr als eine Unmöglichkeit, sondern als ein in langwieriger und mühseliger Arbeit erreichbares Ziel. Daß es wirklich erreicht werde, erfordert letzten Endes nur guten Willen.

Prag, Ende Jänner 1932.

Robert R. Neuner.

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Überblick über die Dogmengeschichte 9

2. Form und Inhalt der Rechtsgeschäfte 28

Das holographe Testament des Niederländers — die Testamentsform der Minderjährigen — das Verbot des gemeinschaftlichen Testaments — das Gebot der religiösen Eheschließung — Gründe und Prozedur der Scheidung

3. Güterrecht und Erbrecht 60

Die französische Rechtsprechung, die ältere deutsche Rechtsprechung — Behandlung des dower — Fehlen eines Gattenerbrechts — Gründe der erwachsenden Schwierigkeiten — Lösung: Auslegung der Verweisung mit Bezug auf den konkreten Fall — güterrechtliche und personenrechtliche Ansprüche, die Prozeßkostentragungspflicht — personenrechtliche und erbrechtliche Ansprüche, der gegen den Nachlaß gerichtete Alimentationsanspruch.

4. Rechte an Sachen und Vermögen 79

Begriff der Sache — Lage der Sache — bewegliche und unbewegliche Sachen — Mobiliar- und Immobiliarvermögen — Der Begriff des dinglichen Rechts — Miete — Zurückbehaltungsrecht.

5. Das Erbrecht des Staates 97

Erbrechts- und Okkupationssystem — ihre praktische Durchführung — die Qualifizierung des staatlichen Erbrechts im internen Recht — die international richtige Kollisionsnorm — die im gegenwärtigen Augenblick richtige.

6. Delikt und Deliktsort 105

Der Begriff des Delikts; können ausländische oder inländische Qualifikationen befolgt werden? — generelle Verweisung auf die lex loci actus — dasselbe Lebensverhältnis wird von dem einen Recht mittels Deliktsnorm vom anderen mittels familienrechtlicher Norm erfaßt, das uneheliche Kind der Französin — Art. 12 EG BGB. — mehrfacher Deliktsort — Durchführbarkeit der Kumulation mehrerer Deliktsrechte.

7. Vorschriften des materiellen und prozessualen Rechts. Die Zulässigkeit von Beweismitteln 117

Der Sinn der Vorschrift, daß für Prozeßfragen die lex fori maßgebend ist — Abgrenzung von Privatrecht und Prozeßrecht — Art. 1341 Code civil — s. 4 Sale of Goods Act — Art. 2275 Code civil — der Beweis der Eheschließung — der Beweis der ehelichen und unehelichen Abstammung.

8. Zusammenfassung der Ergebnisse 131

1. Übersicht über die Problemgeschichte.

Wie in der Philosophie, kann man auch in der Rechtswissenschaft von einer Dialektik der Gedanken sprechen. Ein Gedanke wird für ein mehr oder minder beschränktes Gebiet aufgestellt, er erweist sich als fruchtbar; allmählich wird er immer mehr angewendet und schließlich ist sein Anwendungsbereich so groß geworden, daß die ursprüngliche und eigentliche Bedeutung des Gedankens verloren zu gehen droht. Aber die Übertreibung ruft eine Reaktion hervor, die dann entweder den Gedanken ganz verwirft oder — was das Wünschenswertere ist — in seine richtigen Schranken zurückweist. Nirgends wird diese Entwicklung der Ideen so deutlich wie im internationalen Privatrecht, was leicht begreiflich ist. Denn schon die ersten Gedanken werden hier gerne mit einem ganz allgemeinen Geltungsanspruch aufgestellt und dann stößt sich ja auf keinem Rechtsgebiet die Spekulation so wenig an der harten Realität positiver Vorschriften wie im internationalen Privatrecht. Ich erwähne nur die Idee von der realen und personalen Natur der Gesetze, die Nationalitätstheorie Mancinis und — die Qualifikationstheorie.

Die Qualifikationstheorie ist offenbar die logische Konsequenz der nationalistisch-positivistischen Theorie des internationalen Privatrechts, wie sie sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf dem europäischen Kontinent entwickelte. So erklärt sich, daß in Deutschland und Frankreich ungefähr gleichzeitig die wesentlichen Thesen dieser Theorie aufgestellt wurden. Fragestellung und Antwort sind sich nahe verwandt. Auch der Zusammenhang mit dem Problem der Rückverweisung, das als solches auch erst um diese Zeit bekannt wurde, ist in beiden Fällen erkannt worden. Es handelt sich um das ganz allgemeine Problem: welchen Sinn und Inhalt hat die internationalrechtliche Norm, wie ist sie zu finden und anzuwenden, wenn man der sogenannten nationalen Schule folgt?

Gerade die Tatsache aber, daß die neue Lehre von zwei Männern, Kahn und Bartin, aufgestellt wurde, mußte ihr zum Verhängnis gereichen. Bei allem Gemeinsamen, das die beiden Gelehrten verband, wichen sie doch in vielen Voraussetzungen und noch mehr Einzelpunkten voneinander ab[1]) und wenn nun die Nachfolger die Lehren der beiden,

[1]) Schon Kahn hat Bartin eine Vermengung verschiedener Probleme vorgeworfen, Gesammelte Abhandlungen, herausgegeben von Lenel und Lewald 1, 317.

wie schon die Begründer zum Teil taten[1]), identifizierten, so mußten grundsätzliche Unklarheiten entstehen. Nichts ist bezeichnender für diese Unklarheit, als daß ich nirgends eine ausführliche Erörterung des Begriffs Qualifikation selbst (im Gegensatz zur Erklärung des „Qualifikationsproblems") gefunden habe[2]).

Die Problemstellung Fr. Kahns ist älter und wohl auch klarer als die Bartins, hauptsächlich deshalb, weil er von einem klaren Begriff der international-privatrechtlichen Norm ausgeht: Die Kollisionsnorm knüpft ein Rechtsverhältnis vermittels eines Anknüpfungsbegriffs an eine bestimmte Rechtsordnung; angeknüpft wird nicht das konkrete, sondern das abstrakte Rechtsverhältnis[3]). Dieses ist nichts anderes als die Zusammenfassung zusammengehöriger Normen, die man subjektiv oder objektiv gewendet ausdrücken kann[4]). In moderner Terminologie wäre man wohl geneigt, hier von Institutionen zu sprechen, doch bezeichnet Kahn auch die Handlungsfähigkeit[5]) und den Wohnsitz[6]) als Rechtsverhältnisse.

Die internationalprivatrechtlichen Normen verschiedener Staaten können nun aus drei Gründen voneinander abweichen: Entweder sie weichen in der ausdrücklichen Fassung voneinander ab — daraus entsteht das Problem der Rückverweisung — oder in der Definition der Anknüpfungsbegriffe oder schließlich in der Lokalisierung des anzuknüpfenden Rechtsverhältnisses. Als Fälle der Kollision der Anknüpfungsbegriffe findet man bei Kahn nicht nur Abweichungen in der Bestimmung der Begriffe Nationalität, Domizil, Erfüllungsort und Entstehungsort der Obligation, sondern auch Verschiedenheiten in der Fassung der Begriffe bewegliche und unbewegliche Sachen, Mobiliar- und Immobiliarvermögen. Das erklärt sich offenbar auf folgende Weise: Eigentliches Anknüpfungsmoment ist die Lage der Sache oder des Vermögens, diese Lage hängt aber davon ab, ob die Sache bzw. das Vermögen als beweglich oder unbeweglich betrachtet wird. Wenn z. B. die internationalprivatrechtliche Regel lautet, daß für die Erbfolge in Immobilien die lex rei sitae, für die in Mobilien das Recht des letzten Wohnsitzes gilt, so hängt die Erbfolge in eine hypothekarisch gesicherte Forderung davon ab, ob sie als Bestandteil des beweglichen oder des unbeweglichen Vermögens betrachtet wird und demnach als im Gebiet

---

[1]) Bartin, Études de droit international privé, Paris 1899 S. 2; Kahn a. a. O.

[2]) In dem anonymen Artikel des Répertoire de droit international über Qualifikationen, der die französische communis opinio gut wiedergibt, heißt es in n° 1: La qualification est la détermination de la nature juridique d'une institution.

[3]) Abhandlungen 1, 120/21.

[4]) 1, 23, 94, 99, 112; Kahn beruft sich auf Ihering.

[5]) 1, 23 unter Berufung auf Savigny 8, 2.

[6]) 1, 66.

des belasteten Grundstücks belegen oder als Teil der beweglichen Erbmasse als dem Wohnsitzrecht unterliegend angesehen wird. Wenn für die Übertragung von Mobilien das Recht des Eigentümers, für die von Immobilien das der belegenen Sache maßgebend ist, so muß zuerst festgestellt werden, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich ist; erst wenn man erkannt hat, daß sie unbeweglich ist, kann man ihre Lage und damit das anzuwendende Recht feststellen. Man kann daher in den eben behandelten Fällen mit einer gewissen Berechtigung von einer Kollision der Anknüpfungsbegriffe reden, weil eben die örtliche Beziehung des anzuknüpfenden Rechtsverhältnisses in den verschiedenen Rechtsordnungen verschieden aufgefaßt wird; aber diese verschiedene Auffassung ist begründet in einer unterschiedlichen Auffassung des Wesens des anzuknüpfenden Rechtsverhältnisses selbst, z. B. der Hypothek. Daher hätte Kahn diese Fälle wohl auch zu denen der latenten Gesetzeskollision rechnen können.

Bei letzteren[1]) handelt es sich um jene Kollisionen der internationalprivatrechtlichen Normen, die aus der verschiedenen Natur der verschiedenen positivrechtlich geregelten Rechtsverhältnisse hervorgehen. Die Rechtsverhältnisse gravitieren nämlich infolge der verschiedenen Konstruktion, die sie in den verschiedenen Rechtsordnungen erfahren, nach verschiedenen Richtungen[2]). So betont z. B. das eine Recht bei dem Verhältnis zwischen Vater und Kind die Rechte des Vaters und wird daher internationalrechtlich die Rechtsordnung des Vaters für maßgebend halten, das andere legt das Hauptgewicht auf die Rechte des Kindes und wird daher dessen Recht über das Verhältnis zwischen Vater und Kind entscheiden lassen. Die Folge dieser verschiedenen Auffassung vom Wesen der einzelnen Rechtsverhältnisse ist nun, daß die internationalprivatrechtliche Norm verschieden formuliert wird, je nachdem man von dem einen oder anderen Recht ausgeht. Hier sollte man nicht von latenten Kollisionen sprechen. Denn ein Konflikt zwischen Kollisionsnormen ist nicht deshalb ein latenter, weil die Kollisionsnormen nicht ausdrücklich in einem Gesetz formuliert sind, sondern erst durch Analogie oder sonstwie gefunden werden müssen. Die Nachfolger Bartins sind in einen ähnlichen Fehler verfallen. Sie sagen z. B. die Beantwortung der Frage nach dem Erbstatut für Immobilien hänge davon ab, ob man diese Frage als eine des régime foncier oder des statut personel qualifiziere[3]). In Wirklichkeit wird hier eine neue Kollisions-

[1]) 1, 48, 92 ff., 317.

[2]) 1, 317.

[3]) Siehe die unten dargestellte Auffassung Donnedieu de Vabres und außerdem etwa noch Perroud, Journal de droit international begründet von Clunet (im folgenden zitiert mit „J.“) 1923, 105; L. de Vos, Rev. de l'Institut Belge de Droit Comparé 16, 135; die Stellungnahme von Pillet-Niboyet, Manuel de Droit international privé, Paris 1928 S. 500/01, verglichen mit S. 843, ist nicht klar.

norm gesucht; die Frage, ob der Fall zu der einen oder anderen Gruppe gehört, versteckt nur das eigentliche Problem und präjudiziert die Antwort insofern, als es ja möglich ist, daß das Erbrecht in Grundstücke internationalrechtlich weder wie die eine noch wie die andere zu behandeln ist. Auch ist nirgends ein Beweis dafür erbracht, daß das Erbrecht in Grundstücke an sich, d. h. abgesehen von der Frage nach der Kollisionsnorm zu dem einen oder anderen „régime" gerechnet werden kann.

Kahn[1]) geht aber weiter und tiefer: Wenn auf Grund der Natur eines inländischen Rechtsverhältnisses eine Kollisionsnorm gebildet worden ist und ihr folgend ein ausländisches Recht angewendet werden soll, welches das in Frage stehende Rechtsverhältnis anders konstruiert und demnach einen anderen Schwerpunkt für es annimmt, so kann das ausländische Recht nicht gemäß seiner „örtlichen Herrschaftstendenz" angewandt werden. Ja es kann sein, daß das fremde Rechtsverhältnis, auf das unsere Kollisionsnorm verweist, so verschieden ist von dem unseren, daß es überhaupt nicht anerkannt werden kann, es ist „inkommensurabel". Da das letztere Problem wohl mit dem des ordre public zusammenfällt[2]), so liegt das eigentliche Problem der latenten Gesetzeskollision in den Schwierigkeiten, die aus der verschiedenen Natur und der abweichenden örtlichen Herrschaftstendenz der Rechtsverhältnisse und Rechtsnormen der verschiedenen positiven Rechte hervorgehen oder hervorgehen können. Das hier zur Erörterung stehende Problem hat zu dem der Kollision der Kollisionsnormen und der Anknüpfungsbegriffe keine unmittelbare Beziehung. Es kann wohl wie folgt formuliert werden: Wenn die Kollisionsnorm auf Grund der Natur eines inländischen Rechtsverhältnisses formuliert wurde, welche Bedeutung hat dann die Tatsache, daß ein ausländisches Recht die Natur eines Parallelinstituts abweichend auffaßt? Das ist einerseits eine Subsumtionsfrage: Kann die ausländische Sachnorm unter die inländische Verweisungsnorm subsumiert werden[3])? anderseits eine Frage der Beschränkung der

---

[1]) 1, 122.

[2]) Kahn selbst hat in einer später (1899) erschienenen Abhandlung die Vorstellung der inkommensurablen Rechtsverhältnisse aufgegeben; auch inkommensurable Rechtsverhältnisse bedürfen der Anknüpfung; Abhandlungen 1, 312.

[3]) Diese Subsumption setzt eine Qualifikation der ausländischen Rechtsnormen voraus, Kahn, Abhandlungen 1, 112, 496; dagegen Rabel, ZauslintPrR. 3, 756; Kahns Gedankengang ist hier nicht völlig klar. Er scheint von der Qualifikation die Anwendung einer bestimmten Kollisionsnorm abhängig machen zu wollen, denn er sagt: „Ob ein fremder Rechtssatz dem Erbrecht angehört oder dem ehelichen Güterrecht, ob er eine Formvorschrift ist oder eine eigentliche Statusregel — Zweifelsfragen, von denen das Platzgreifen der einen oder anderen Kollisionsnorm abhängt — sind Dinge, die man nicht ohne genaue Kenntnis . . . des betreffenden materiellen Rechts entscheiden kann."

Verweisung: Ist eine ausländische Rechtsnorm entgegen ihrer örtlichen Herrschaftstendenz anzuwenden? Kahn scheint gefürchtet zu haben, daß eine Subsumtion der ausländischen Sachnorm unter die inländische Kollisionsnorm, auch abgesehen von den Fällen der absolut fremden Rechtsinstitute, oft nicht möglich sein werde und daß die Anwendung der ausländischen Sachnorm im Widerspruch zu ihrer eigenen Herrschaftstendenz zu sinnwidrigen Ergebnissen führe. Er hat daher seine Abhandlung mit demselben Ton des Pessimismus geschlossen, der in dem Titel der Bartinschen Studie zum Ausdruck kommt[1]): Ein einheitliches internationales Privatrecht aller Völker, das für jeden Fall eine einzige und passende Sachnorm bestimmt, ist nicht möglich. In den 9 Jahre später erschienenen Abhandlungen hat der Gedanke eine etwas andere Wendung und wohl auch eine Klärung erfahren[2]). Darnach sind latente Gesetzeskollisionen jene, in denen die materiellen Rechte nach ihrem Sinn und ihrer örtlichen Herrschaftstendenz so voneinander abweichen, daß es nicht möglich ist, eine Kollisionsnorm aufzustellen, die die Vertreter der verschiedenen Rechtsordnungen annehmen könnten. Eine Gesetzesharmonie ist in diesen Fällen nicht zu erreichen. Bildet man aber die Kollisionsnorm nur in Hinblick auf ein bestimmtes Rechtssystem, so besteht die Vermutung, daß diese Kollisionsnorm eben wegen der einseitigen Voraussetzung nicht recht praktikabel sein wird. Aber darauf liegt jetzt nicht mehr der Hauptakzent, sondern auf dem anderen Punkt, daß durch die verschiedene Natur der Rechtsverhältnisse in den verschiedenen Rechtssystemen eine international einheitliche Kollisionsnorm ausgeschlossen ist. Burckhardt hat dann diesen Gedanken bis in seine letzten Konsequenzen verfolgt[3]).

Hier handelt es sich zunächst nur um Befürchtungen rein spekulativer Natur. Die Beispiele, die Kahn in dem dritten Abschnitt seiner ersten Abhandlung bringt, betreffen ein ganz anderes Problem, nämlich: Ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß eine ausländische Sachnorm angewendet oder nicht angewendet werden will? Kahn verneint diese Frage, weil sich dann Gesetzeskumulationen — mehrere Gesetze wollen gleichzeitig angewendet werden — oder Gesetzesvakuen — keines von den verschiedenen in Betracht kommenden Gesetzen will angewendet werden — ergeben würden[4]). In fast allen Fällen dieser Gesetzesvakuen und Gesetzeskumulationen wäre es ein leichtes eine international einheitliche Kollisionsnorm zu bilden, d. h. eine solche, die von allen Staaten angenommen werden

[1]) De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois J. 1897, 223.

[2]) Abhandlungen 1, 317.

[3]) Festgabe für Eugen Huber (1919), S. 276 ff. Eine ausführliche Kritik bei Rabel, ZauslintPrR. 5, 246 ff.

[4]) Vgl. hierzu auch Lewald, Récueil des Cours de L'Académie de droit international 1925, IV, 27 ff., der richtigerweise den positiven und negativen Konflikt als eine Folge der Verschiedenheit der Kollisionsnormen betrachtet.

könnte und man muß sogar zweifeln, ob man hier korrekterweise von einer latenten Gesetzeskollision sprechen kann. Gerade Kahn selbst hat hervorgehoben, daß dem gesetzgeberischen Willen die Beziehung auf ein räumliches Herrschaftsgebiet in der Regel fehlt[1]; der Herrschaftsbereich ergibt sich vielmehr aus der internationalrechtlichen Norm; die Nichtberücksichtigung des Geltungswillens der ausländischen Sachnorm bedeutet daher in der Regel nichts anderes als die Nichtberücksichtigung der ausländischen Kollisionsnorm. Es liegt daher auch hier ein offener Konflikt der Kollisionsnormen vor, der nur durch die schon behandelte Frage kompliziert wird, welche Bedeutung es hat, daß die Verschiedenheit der Kollisionsnormen durch die Verschiedenheit der Natur der Rechtsverhältnisse bedingt ist.

Daß Kahn diese Fälle erörtert, obwohl sie nicht eigentlich zum Thema des Kapitels gehören, erklärt sich aus dem Zweck der Abhandlung. Sie soll zugleich die internationale Schule des internationalen Privatrechts bekämpfen[2] und er zeigt daher, daß es auch nicht möglich ist, ein international einheitliches Privatrecht dadurch herzustellen, daß man auf den Geltungswillen der einzelnen Rechtsordnungen abstellt.

Der Kern der Kahnschen Problemstellung dürfte in folgendem liegen: 1. Sind die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen untereinander so verschieden, daß es unmöglich ist eine Kollisionsnorm zu bilden, die alle Rechtsordnungen in einer Weise abgrenzt, daß alle Fälle und jeder einzelne zweckmäßig erfaßt werden? 2. Sind die einzelnen positivrechtlichen Kollisionsnormen so eng mit dem materiellen Rechtssystem ihres Landes verbunden, daß ihre Anwendung auf fremde materielle Rechtsnormen unmöglich ist oder zu sinnlosen Ergebnissen führt? Verweist die Kollisionsnorm unter Umständen auf eine ausländische Sachnorm, die auf den Fall nicht paßt oder läßt sie die passende nicht finden? Auf beide Fragen ist es nicht schwer, eine Antwort zu finden. 1. Die Wissenschaft des internationalen Privatrechts ist noch lange nicht so entwickelt, daß man berechtigt wäre, auf Grund allgemeiner, rein theoretischer Erwägungen die Flinte ins Korn zu werfen. Hier heißt es Einzelfrage nach Einzelfrage zu untersuchen und zu prüfen, ob sich eine passende Kollisionsnorm finden läßt. Und selbst wenn man nicht eine Kollisionsnorm bilden kann, die alle überhaupt existierenden Sachnormen voneinander abgrenzt, so kann man, wie Kahn selbst in einer 1899 erschienenen Abhandlung gezeigt hat[3], wenigstens eine solche bilden, die Gruppen von Rechtssystemen, die untereinander näher verwandt sind, erfaßt. Tatsächlich hat die staatsvertragliche Schaffung von international gemeinsamen Kollisionsnormen immer größere Fortschritte gemacht und

---

[1]) Abhandlungen 1, 26 und 493/94; ebenso Anzilotti, Studi di diritto internazionale privato, Rocca S. Casciano 1898, S. 268.

[2]) Vgl. besonders 1, 110/11.

[3]) 1, 323 ff., vgl. auch S. 502.

soweit Versuche gescheitert sind oder sogar Rückschritte zu verzeichnen sind, lag die Ursache nicht in der verschiedenen Natur der verschiedenen positivrechtlich geordneten Rechtsverhältnisse, sondern darin, daß verschiedene Nationen nicht auf nationale Eigentümlichkeiten ihres internationalen Privatrechts, auf das Domizil- oder Heimatprinzip, auf die Nichtgeltung der Regel locus regit actum im Eherecht usw. verzichten wollten. 2. Die Kollisionsnorm darf eben nicht in Hinblick auf ein einziges positivrechtliches System des Privatrechts gebildet werden, obgleich sie selbst ein Teil der nationalen Rechtsordnung ist[1]). Das widerspricht ihrem Sinn. Sie soll ja die verschiedenen Rechtsordnungen voneinander abgrenzen und muß daher von vornherein auf deren Bestand Rücksicht nehmen. Daß mehrere materiell verschiedene Rechte voneinander abgegrenzt werden sollen, muß im Auge behalten werden, bei der Auslegung ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen sowohl wie bei der Findung neuer Normen.

Ebenso wie für Kahn ist für Bartin die Kollisionsnorm eine Regel, die einem bestimmten nationalen Rechtssystem angehört. Durch sie grenzt der nationale Gesetzgeber die verschiedenen Souveränitäten untereinander ab. Er ist hier selbständig[2]), aber er darf nicht willkürlich, sondern nur bona fide[3]) verfahren. Gegen die Idee, daß das internationale Privatrecht Souveränitäten voneinander abgrenze, ist von verschiedenen Seiten Widerspruch erhoben worden[4]), doch kann dessen Berechtigung hier dahingestellt bleiben, weil der eigentliche Gehalt der Bartinschen Theorie von dieser Auffassung unabhängig ist. Verschiedene nationale Systeme des internationalen Privatrechts können nun entweder in der ausdrücklichen Formulierung der Kollisionsnorm oder in der „Anwendung"[5]) dieser Kollisionsnorm voneinander abweichen. Die Abweichung in der Anwendung der Kollisionsnorm wird dadurch hervorgerufen, daß die Kollisionsnorm nicht für jede einzelne Institution aufgestellt wird, sondern für ganze Gruppen von Institutionen[6]). Die

[1]) Auch von einem Vertreter der nationalen Schule des internationalen Privatrechts nicht; a. A. Zitelmann, Internationales Privatrecht 2, 6; auf den im Text erwähnten Gesichtspunkt hat besonders eindrücklich Rabel hingewiesen ZauslintPrR. 5, 246.

[2]) Études S. 15 ff.

[3]) S. 23/24.

[4]) Donnedieu de Vabres, J. 05, 1232; derselbe, L'Évolution de la Jurisprudence française en matière des conflits de lois, Paris 1905, S. 582 (inhaltlich besteht zwischen beiden Darstellungen kein Unterschied); Vauthier, Sens et Application de la règle locus regit actum, S. 105; Arminjon, Rev. de droit int. et de législation comparée 1926, 278; de Vos a. a. O. 15, 4 ff.; Silz, Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle locus regit actum, Pariser These 1929 S. 17 und 23.

[5]) Études S. 88.; Principes de droit international privé, Paris 1930, 1, 221; eine genauere Analyse des Begriffes „Anwendung" fehlt.

[6]) Principes S. 223/24.

Gruppenbezeichnungen werden in den verschiedenen Ländern verschieden definiert und daher kommt es, daß dieselbe Kollisionsnorm in verschiedenen Ländern zu verschiedenen Ergebnissen führt; denn der Richter hat bei der Qualifikation dieser Begriffe immer dem einheimischen Recht zu folgen. Die Begründung liegt nach Bartin in folgendem: Wenn die Sachnorm des Richters mit irgend einer ausländischen Sachnorm in Konflikt steht, so erklärt sich die ausschließliche Berücksichtigung der inländischen Qualifikation daraus, daß der Geltungsbereich der inländischen Norm nur vom inländischen Gesetzgeber abhängen kann. Wäre die ausländische Qualifikation maßgebend, so könnte der ausländische Gesetzgeber durch die Definition seiner Begriffe den Geltungsbereich des inländischen Gesetzes beeinflussen[1]). Stehen zwei ausländische Gesetze miteinander in Konflikt[2]), so erschien dem Bartin der Études die Befolgung der inländischen Qualifikation noch nicht zweifellos, in den Principes begründet er sie damit, daß die Qualifikation als ein Teil der internationalrechtlichen Regel die Grundsätze mit enthält, die nach der Ansicht des Gesetzgebers für die Abgrenzung verschiedener Souveränitäten überhaupt gelten[3]). Ausnahmsweise ist die inländische Qualifikation nicht maßgebend. Die Qualifikationstheorie gilt in dieser Form nicht im internationalen Seerecht, weil hier das Prinzip der Freiheit der Meere eingreift[4]). Wenn es sich darum handelt, bewegliche und unbewegliche Sachen zu unterscheiden, so entscheidet die lex rei sitae[5]), das erfordert die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Im Bereich der Parteiautonomie hat die Qualifikation der von den Parteien verwandten Begriffe im Sinne des Parteiwillens zu erfolgen[6]). Da aber der Parteiwille nur kraft Gestattung durch die inländische Rechtsordnung über die Qualifikation entscheidet, so kann, wie Bartin seine früheren Ausführungen in den Principes verbessert[7]), nicht eigentlich von einer Ausnahme von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit der inländischen Qualifikation gesprochen werden. Eine andere nur scheinbare Ausnahme liegt in folgendem: Wenn die inländische Kollisionsnorm auf

[1]) Études S. 14 ff.

[2]) Études S. 36 ff.

[3]) S. 227/28.

[4]) Études S. 79.

[5]) Études S. 25 ff.; 31 ff.

[6]) S. 40; die weiteren Ausführungen über die Parteiautonomie können hier unerörtert bleiben.

[7]) S. 235; es hat überdies schon vorher eine Qualifikation stattgefunden, nämlich ob ein Vertragsverhältnis vorliegt oder nicht. Die Beispiele, die Bartin S. 234 bringt, haben meines Erachtens mit der internationalprivatrechtlichen Frage nichts zu tun. Es handelt sich um die Auslegung von Willenserklärungen im materiellrechtlichen Sinn. Daneben bleibt aber das Problem der Auslegung der Willenserklärung, soweit sie internationalrechtliche Bedeutung hat, der Begriffe Erfüllungsort, Abschlußort usw.; besser als Bartin die Darstellung im Répertoire v° Qualification n° 74—78.

ein ausländisches Recht verweist, so kann sie damit auch auf die ausländische Qualifikation verweisen; z. B. das Gesetz schreibt Beobachtung der ausländischen authentischen Form vor; dann bestimmt das ausländische Recht, was eine authentische Form ist[1]). Bartin nähert sich hier in auffallender Weise Frankenstein, dessen Lehre später zu erwähnen sein wird. Ja, er gebraucht sogar das von diesem in die Literatur eingeführte Wort „sekundäre Qualifikation".

Das zuletzt erwähnte Problem hat mit den vorher erörterten nichts mehr zu tun. Es handelt sich nicht mehr darum festzustellen, welches von verschiedenen Rechten anzuwenden ist, sondern welche Bestimmungen eines Rechtssystems, dessen Anwendbarkeit schon feststeht. Es ist das auch bei Kahn auftauchende Subsumptionsproblem. Auch hier berührt sich Bartin mit Kahn, er meint, daß gewisse ausländische Institutionen dem inländischen Recht so fremd sind, daß sie nicht qualifiziert und daher auch nicht anerkannt werden können[2]).

Mit dem geschilderten Gedankengang, der in den Principes viel deutlicher zutage tritt als in den Études, ist aber nur die eine Seite der Bartinschen Ausführungen dargestellt. Bisher handelte es sich um die Auslegung der von der Kollisionsnorm verwandten Begriffe. Aber auch das andere Problem, das des Zusammenhangs zwischen inländischer Sachnorm und Kollisionsnorm ist bei Bartin angedeutet. Bartin übernimmt den Savignyschen Gedanken, daß die Kollisionsnorm von der Natur der Rechtsverhältnisse abhängt. Diese Natur der Rechtsverhältnisse werde vom inländischen Recht bestimmt[3]). Da aber dasselbe Rechtsverhältnis in verschiedenen Staaten verschieden qualifiziert wird — hier heißt also Qualifikation Bestimmung der Natur eines Rechtsverhältnisses, während es vorher soviel wie Definition bedeutete — so wird es in verschiedenen Staaten nach verschiedenen Rechten beurteilt. Hier leidet meines Erachtens die Theorie Bartins an einer fundamentalen Unklarheit. Ein Rechtsverhältnis — mag man es abstrakt oder konkret betrachten — ist das Geschöpf einer bestimmten positiven Rechtsordnung, es ist verfehlt zu sagen, daß auf es ein bestimmtes Recht angewendet wird[4]). Daher kann das Wort Rechtsverhältnis hier nur soviel wie tatsächliches Verhältnis oder Lebensverhältnis bedeuten[5]). Aber dann ist es schwer vorstellbar wie ein Lebensverhältnis juristisch qualifiziert werden soll. Erst wenn eine konkrete Rechtsordnung dieses Lebensverhältnis ergriffen und in einem bestimmten Sinn geregelt hat, kann man die juristische Natur dieses Verhältnisses bestimmen. So ist es nicht zu verwundern, daß man nirgends genau erfährt, was denn eigentlich qualifiziert wird. Bartin

[1]) Principes S. 232.

[2]) Études S. 35.

[3]) Principes S. 166.

[4]) Dieser Fehler erscheint in besonders deutlicher Form auch bei Jitta, La Méthode du droit international privé, Haag 1890 S. 217.

[5]) So wohl auch Principes S. 14

spricht bald von einer Qualifikation des erhobenen Anspruchs (prétention litigieuse)[1]), bald von der einer Rechtsnorm[2]), bald von der eines élement de fait eines Vertrags, z. B. des Erfüllungsorts[3]), von der einer rechtlichen Institution[4]) und von der eines Rechtsverhältnisses[5]). Die sozusagen offizielle Definition des Qualifikationskonflikts auf S. 13 der Études lautet: Lorsque l'application de telle ou telle loi à un même rapport de droit dépend de la nature de ce rapport, quelle est la loi qui fixe la nature de ce rapport, de façon à soustraire ce rapport à l'empire de l'une des deux lois concurrentes, pour lui appliquer l'autre?

Vielleicht hat gerade diese Unklarheit der Bartinschen Theorie zu ihrem internationalen Erfolg mit beigetragen. Jeder Schriftsteller konnte in ihr gerade jene Gedanken bestätigt finden, die ihm besonders nahe lagen. Damit soll nicht geleugnet werden, daß die Theorie Bartins einen wahren Kern enthält, aber er ist jedenfalls viel mehr als bei Kahn verhüllt. Nichts kann den Erfolg der Bartinschen Theorie mehr kennzeichnen, als der Umstand, daß bis in die jüngste Vergangenheit seine Problemstellung selbst nicht eigentlich angegriffen, sondern gerade von der Kritik übernommen wurde. Nur die Antwort, die sie auf die gestellten Fragen gab, war eine entgegengesetzte. Das gilt ganz besonders von der Abhandlung Despagnets[6]), die man mit einiger Übertreibung als die Wiederholung der Abhandlung Bartins mit umgekehrtem Vorzeichen bezeichnen könnte. Als eine Fortentwicklung der Problemstellung kann man anführen die Bemerkung, daß die Qualifikation von Sachen als beweglicher und unbeweglicher keine Qualifikation von Rechtsverhältnissen sei und daher mit den anderen Problemen nichts zu tun habe[7]). Im sachlichen Ergebnis stimmt überdies hier Despagnet Bartin zu. Ebensowenig komme im Bereich der Parteiautonomie eine Qualifikation von Rechtsverhältnissen in Frage. Wenn es sich aber darum handle, den Parteiwillen zu ergänzen, z. B. wenn festzustellen ist, ob das Recht des Erfüllungsorts oder das des Abschlußorts gekürt worden

---

[1]) S. 8.

[2]) S. 7, 19 ff.

[3]) S. 42.

[4]) S. 16/17, 23, 35, 76, 86, 184.

[5]) S. 13, 35, 40.

[6]) J. 1898, 253 ff.; Catellani, Il Diritto privato internazionale e i suoi recenti progressi 2, 420 ff., stimmt ihm im wesentlichen zu; auch Pacchioni, Elementi di diritto internazionale privato, Padua 1930 S. 167 ff., läßt grundsätzlich die Qualifikation der anzuwendenden Sachnorm entscheiden. Dies ist richtig, insoweit er sagt, daß grundsätzlich, wenn ein bestimmtes Recht zur Anwendung berufen wird, es mitsamt seinen „Qualifikationen" anzuwenden ist. Daneben besteht aber noch der Fall, daß von der Qualifikation die Anwendung eines Rechts abhängig ist. Ich glaube nicht, daß P. dieses Problem gelöst hat.

[7]) J. 1898, 255.

sei, so habe die lex fori zu entscheiden[1]). Wenn von der Qualifikation die Abgrenzung des inländischen und eines ausländischen Rechts abhängt, so verlange es der Respekt vor der inländischen Kollisionsnorm der ausländischen Qualifikation zu folgen[2]), wenn man dagegen zwei fremde Rechtsordnungen abzugrenzen habe, so werde der inländischen Kollisionsnorm in gleicher Weise entsprochen, ob man die eine oder die andere ausländische Qualifikation entscheiden lasse; daher müsse sich der Richter auf den Standpunkt des einen der beiden in Konflikt stehenden Rechte stellen und so entscheiden, als ob dieses Recht sein eigenes wäre. Leider sagt uns Despagnet nicht, wie denn die Wahl zwischen den beiden Rechten zu erfolgen hat[3]). Eine weitere Kritik der Ansicht Despagnets erübrigt sich wohl, denn die grundsätzliche Unklarheit der Bartinschen Theorie macht sich bei ihm in ganz besonders störendem Maße bemerkbar. Eine Klarheit darüber, was denn qualifiziert wird, und die Beantwortung welcher Frage von der Qualifizierung abhängt, besteht nicht. Natürlich enthält die Arbeit viele interessante und richtige Einzelbemerkungen, so, daß die Qualifikation eines ausländischen Instituts nach dem inländischen Recht zu einem willkürlichen und unsicheren Ergebnis führen müsse, wenn das ausländische Institut dem inländischen Recht unbekannt ist[4]).

Die Kritik Gemmas[5]) hat das Verdienst, sich darum bemüht zu haben, den Begriff der Qualifikation näher zu fassen. Er sieht in der Qualifikation die Bestimmung der Natur des Rechtsverhältnisses[6]), von der im Sinn der Savignyschen Theorie der Sitz und das anzuwendende Recht abhängen. Freilich spricht er an einer anderen Stelle[7]) von der Qualifikation einer juristischen Tatsache. Er hat auch schon die Schwierigkeit angedeutet, die darin liegt, daß ein Rechtsverhältnis erst dann qualifiziert werden kann, wenn das anzuwendende Recht bekannt ist[8]). Daher könne man, solange sich das Rechtsverhältnis auf einem neutralen Boden befinde, es nicht nach den Kriterien der einen oder anderen Rechtsordnung qualifizieren (apprezzare); die Qualifikation habe vielmehr in Hinblick auf die Bedürfnisse des internationalen Verkehrs zu erfolgen, z. B. mit Rücksicht darauf, daß ein Bedürfnis besteht, im Ausland möglichst einfach zu testieren und daß es oft schwer ist, bestimmte Förmlichkeiten im Ausland zu beobachten. Es ist leicht gegen diese Theorie einzuwenden, daß die Bedürfnisse des internationalen Verkehrs

---

[1]) J. 98, 270.
[2]) J. 98, 261.
[3]) Das bemängelt auch Donnedieu de Vabres, J. 05, 1338.
[4]) J. 98, 259/60.
[5]) Propedeutica al diritto internazionale privato, Bologna 1899 S. 91 ff.
[6]) S. 95.
[7]) S. 111 „fatto giuridico".
[8]) S. 104

etwas ganz Unbestimmtes[1]) und zudem nur Postulate sind, aber es steckt doch der richtige Kern in ihr, daß eben ein internationales Privatrecht sinnlos ist, wenn es sich von vornherein an ein einziges nationales Rechtssystem bindet. Die Behandlung der Einzelfragen, teils in Übereinstimmung mit Bartin, teils im Gegensatz zu ihm, kann hier, wo es sich um die Problemstellung handelt, unerörtert bleiben.

Auch Buzzatti[2]) sieht als den Kern der Bartinschen Theorie das Problem an, wie ein bestimmtes Rechtsverhältnis einem bestimmten Rechtsgebiet zugewiesen und demnach dem einen oder anderen Recht unterworfen wird[3]). Er sieht richtig[4]), daß Bartin eine Reihe ganz verschiedener Probleme und Fälle, die schon früher bekannt waren, zusammengewürfelt hat. Der eigentliche Qualifikationskonflikt sei nicht ein Konflikt der Qualifikation der Gesetze, sondern einer ihrer Interpretation[5]). Diese Interpretation erfolgt — damit dürfte der Gedankengang Buzzattis scharf formuliert werden — durch wissenschaftliche Begriffe, die als solche feststehen[6]) und von den einzelnen positiven Rechtsordnungen unabhängig sind. Daher ist ein Qualifikationskonflikt verschiedener Gesetze gerade in diesen Fragen nicht denkbar[7]). Buzzatti hat damit einen wichtigen Gedanken in die Diskussion eingeführt. Hängt das Qualifikationsproblem mit dem Problem der Bedeutung der dogmatischen Begriffe im Privatrecht und im internationalen Privatrecht zusammen? Setzt seine Lösung eine Stellungnahme zu dem Problem der Bedeutung des Begriffs im Rechtssystem voraus? Sein Gedanke wurde besonders von Diena aufgenommen, der die Ansicht ausspricht, daß es sich beim sogenannten Qualifikationskonflikt meist um einen Konflikt der Doktrinen handle[8]). Im übrigen gehört er zu jenen zahlreichen Schriftstellern, die zwar die Qualifikationstheorie nicht grundsätzlich ablehnen, aber ihr nur eine beschränkte Bedeutung zuschreiben

[1]) Fedozzi, Archivio giuridico 69 (1902), 268; Venzi, Foro it. 1904, I, 761; Diena, Cours de l'Académie de droit international, 1927, II, 401; Lorenzen, Columbia Law Rev. 1920, 282; gegen ihn auch Pacchioni a. a. O. S. 179 unter Berufung auf den Sinn der Kollisionsnorm.

[2]) Festschrift für Pessima, Neapel 1899, III Bd.

[3]) S. 138.

[4]) S. 147.

[5]) Zustimmend Catellani 2, 423.

[6]) Vgl. S. 151.

[7]) Wie Lorenzen, Columbia Law Rev. 1920, 261 mitteilt, hat sich Buzzatti später der Ansicht Bartins angeschlossen.

[8]) Principi di diritto internazionale, 2. Aufl., 2, 81; derselbe, Cours de l'Académie de droit international 1927, II 403/04; in seiner Sieneser Antrittsvorlesung „Sui limiti all'applicabilità del diritto straniero", Turin 1898 S. 21 war Diena noch stärker von Bartin beeinflußt, hat aber schon einige wichtige Vorbehalte gemacht. Ähnlich wie Diena auch Fedozzi, Il diritto processuale civile internazionale, Bologna 1905 S. 525, 535; Catellani a. a. O. 2, 425 will das Qualifikationsproblem auf das des ordre public zurückführen.

oder zum mindesten dagegen Verwahrung einlegen, daß ihre Bedeutung übertrieben werde[1]).

Wir haben gesehen, daß die Theorie Bartins zwei Gedankenreihen enthielt: die Definition der von der Kollisionsnorm verwandten Begriffe und die Frage nach dem inneren Zusammenhang zwischen Sachnorm und Kollisionsnorm in einem positiven Rechtssystem. Donnedieu de Vabres[2]) hat die zweite Reihe besonders herausgearbeitet und sie in einer Form dargestellt, die der Idee der latenten Gesetzeskollision Kahns ganz außerordentlich nahe steht. Während das Problem der Rückverweisung auftaucht, wenn sich die Kollisionsnormen verschiedener Staaten widersprechen, die selbständig und ohne Rücksicht auf den Inhalt des anzuwendenden Rechts gebildet sind[3]), entsteht der Qualifikationskonflikt dann, wenn verschiedene materielle Gesetze deshalb in Konflikt geraten, weil sie nach Sinn und Zweck einen verschiedenen Anwendungsbereich haben. Es wird also vorausgesetzt, daß Sinn und Zweck eines Gesetzes den Anwendungsbereich bestimmen, was meines Erachtens nur selten der Fall ist. Wie Kahn meint auch Donnedieu de Vabres, daß sich positive und negative Konflikte ergeben können, je nachdem auf einen Fall zwei Gesetze oder gar keines Anwendung beansprucht. Als Qualifikationstheorie könnte diese Theorie nur dann bezeichnet werden, wenn man die Feststellung des Zwecks und des Geltungsbereichs eines Gesetzes als Qualifikation bezeichnet. Donnedieu de Vabres meint nun, und das ist das Neue gegenüber Bartin, daß der Qualifikationskonflikt in diesen Fällen unlösbar sei; lasse man die Qualifikation der lex fori entscheiden, so wende man ein Recht an, das auf den Fall nicht passe[4]), lasse man mit Despagnet die ausländische Qualifikation entscheiden, so verfalle man in einen Zirkel. Das ausländische Recht könne erst nach Lösung der Qualifikationsfrage angewandt werden[5]); immerhin sei die Lösung Bartins die weniger schlechte[6]).

Die Beispiele, die Donnedieu de Vabres bringt, sind besonders

[1]) Pillet, Principes de droit international privé S. 280; Valéry, Manuel de droit international privé S. 501; Perroud, J. 22, 18; Lorenzen a. a. O. S. 281; Fedozzi, Archivio giuridico 69, 263; derselbe, Il diritto proc. civ. int. S. 525; Salvioli, Riv. di diritto internazionale 8 (1919), 34, Anm. 3, dem De Nova, L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato, Pavia 1930 S. 8/9 folgt; Satter, Zeitschr. f. öffentl. Recht 11, 133; Diena, Cours de l'Académie int., 1927, II, 403.

[2]) J. 05, 1231 ff. L'évolution S. 580 ff.

[3]) J. 05, 1241.

[4]) Seine Argumentation für den Fall des positiven und des negativen Konflikts ist nicht ganz die gleiche. Arminjon a. a. O. S. 283 wendet ein, daß das ausländische Gesetz nur nach dem Willen des inländischen Gesetzgebers angewandt wird und daß deshalb eine Anwendung im Widerspruch zu seinem eigenen Zweck nicht sinnwidrig sei.

[5]) Ebenso Arminjon a. a. O. S. 280.

[6]) J. 05, 1243.

geeignet die Mängel dieser Seite der Qualifikationstheorie ins Licht zu rücken. Ein Franzose hinterläßt ein Grundstück in Italien. Kann man wirklich behaupten, daß der italienische Richter dem Sinn des französischen Erbrechts zuwiderhandeln würde, wenn er auf die Beerbung französisches Recht anwendet? Und wenn der französische Richter in diesem Fall auf den Erbgang italienisches Recht anwendet, widerspricht dann das Ergebnis dem Sinn des italienischen Erbrechts? Die Behauptung, daß das französische materielle Erbrecht sich nur auf französische Grundstücke beziehe[1]), ist völlig unbewiesen und in Wirklichkeit nichts anderes als die Umschreibung der Kollisionsnorm, nach der für den Erbgang in Grundstücke die lex rei sitae maßgebend ist[2]). Allerdings ist richtig, daß diese Kollisionsnorm historisch mit darauf zurückzuführen ist[3]), daß man von einer Anwendung ausländischer erbrechtlicher Vorschriften auf inländische Grundstücke eine Erschütterung des inländischen Systems des Grundeigentums befürchtete, aber diese Idee hat längst ihre Berechtigung verloren (mit einigen Ausnahmen hinsichtlich der Unteilbarkeit von Bauerngütern) und selbst wenn sie noch richtig wäre, so würde aus ihr mit nichten folgen, daß die Anwendung des auf die inländischen Grundverhältnisse zugeschnittenen Erbrechts auf ausländische Grundstücke zu sinnlosen Ergebnissen führen würde. Es steht höchstens zu befürchten, daß der ausländische Staat, der ein anderes System des Grundeigentums hat, die gemäß der inländischen Norm vorgenommene Verteilung der Erbmasse nicht anerkennen wird. Es liegt also in diesen Fällen ein ganz gewöhnlicher Konflikt der Kollisionsnormen vor, der sich nicht daraus erklärt, daß Sinn und Geltungsbereich der Sachnormen verschiedener Staaten sich widersprechen, sondern daraus, daß man in einigen Staaten glaubte, die Erbfolge in inländische Grundstücke müsse immer nach inländischem Recht beurteilt werden, um eine bestimmte Art der Bodenverteilung zu sichern. Ebensowenig kann die Behauptung überzeugen, daß die Regel des alten bayrischen Rechts, nach der die lex rei sitae für die Beerbung maßgebend ist, anzeige, daß das bayrische Erbrecht nur auf inländische Sachen gemünzt sei[4]) oder jene, daß die Normen über Status und Fähigkeit nur zum Schutze der Inländer erlassen würden[5]), so daß ihre Anwendung auf Ausländer, die im Inland ein Grundstück übertragen (das ist das System des common law), sinnwidrig sei. In allen diesen Fällen liegen gewöhnliche Konflikte der Kollisionsnormen vor. Ein Beweis dafür, daß sie durch die besondere Natur der verschiedenen materiellen Rechtsnormen be-

---

[1]) J. 05, 1234 ff.; Évolution S. 585.

[2]) So auch Bartin selbst, Études S. 185/86, da er diese Fälle als Fälle der Rückverweisung betrachtet.

[3]) J. 05, 1232; Évolution S. 582.

[4]) Évolution S. 602.

[5]) Évolution S. 595.

dingt sind, ist meines Erachtens nicht erbracht[1]). Ebensowenig ist dargetan, daß die Anwendung einer bestimmten Kollisionsnorm in diesen Fällen zu sinnwidrigen Ergebnissen führen müsse. Die Möglichkeit solcher Fälle muß zugegeben werden, aber Donnedieu de Vabres hat ihre Wirklichkeit ebensowenig bewiesen wie Kahn.

Besonderer Hervorhebung bedarf eine Feststellung Donnedieu de Vabres', zu der er kraft seiner Spezialstudien besonders kompetent war, nämlich, daß die französische Rechtsprechung das Qualifikationsproblem kaum gesehen hat und, soweit sie sich mit Qualifikationen befaßte, nicht die der lex fori als solcher entscheiden ließ[2]).

Es ist natürlich nicht möglich, alle Auswirkungen der Qualifikationstheorie in der Literatur zu verfolgen, es gibt ja kaum einen Schriftsteller, der sich nicht wenigstens im Vorübergehen mit dieser Theorie beschäftigt hätte. Es muß genügen, die Hauptrichtungen der Auswirkungen anzudeuten. Eine Reihe von Schriftstellern übernahm Fragestellung und Lösung Bartins fast unverändert. Z. B. Pillet-Niboyet, die auf S. 496 ihres Handbuches sagen: „Die Qualifikation ist nichts anderes als die Natur einer Institution. Die Anwendung einer internationalprivatrechtlichen Regel setzt notwendigerweise voraus, daß die juristische Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses bestimmt ist, mit anderen Worten, daß man sie qualifiziert hat." Oder Frankenstein[3]). Seine Ansicht unterscheidet sich von der Bartins nur dadurch, daß er nicht die lex fori, sondern teils das primär, teils das sekundär zuständige Recht über die Qualifikation entscheiden läßt. In den Fällen der sogenannten Pseudoanknüpfung entscheidet das Recht, das sich die unrechtmäßige Herrschaft angemaßt hat. Die Problemstellung selbst hat durch Frankenstein keine Förderung erfahren; was seine Lösung betrifft, so ist sie die logische Folge seines ihm eigentümlichen Systems, darauf ist hier nicht näher einzugehen, es muß genügen, zu sagen, daß ich mit der fast allgemein herrschenden Meinung Frankensteins An-

---

[1]) Die Entscheidung des Trib. civ. de la Seine vom 6. 2. 01 J. 01, 138 wird auf S. 594 der Évolution als ein Fall eines Qualifikationskonflikts behandelt. Hier war fraglich, ob eine Scheidung angeblich italienischer Gatten, welche von preußischen Gerichten ausgesprochen war, von französischen Gerichten anerkannt werden kann. Das preußische Gericht hatte in Anwendung des deutschen Domizilrechts geschieden. Das französische Gericht meint, die Scheidung könne nur anerkannt werden, wenn sie nach dem Heimatsrecht wirksam sei. Auch hier liegt ein Konflikt der Kollisionsnormen vor. Das eine Gericht folgt dem Domizilprinzip, das andere dem Heimatprinzip; daher dürfte Bartin, Principes 1, 235 zuzugeben sein, daß Donnedieu de Vabres diese Entscheidung nicht richtig analysiere.

[2]) Évolution S. 587 ff.; Arminjon a. a. O. S. 281 meint, daß die Gerichte in den Fällen, in denen sie der ausländischen Qualifikation gefolgt sind, vorher eine Qualifikation in grosso nach der lex fori vorgenommen hätten.

[3]) Internationales Privatrecht 1, 120 und besonders 273 ff.

sichten grundsätzlich ablehne. Von italienischen Schriftstellern möge Cavaglieri[1]) genannt werden.

Eine ungeheure Anwendung erfährt die Qualifikationstheorie bei der Lösung einzelner Probleme. Als Beispiel, welcher Mißbrauch mit ihr getrieben wird, möge der Aufsatz von Desbois J. 1931, 282 ff., dienen. Er glaubt die Frage, nach welchem Recht der Eigentumsübergang inter partes zu beurteilen ist, damit beantworten zu können, daß er untersucht[2]), ob dieses Problem zum régime des biens oder zu dem der vertraglichen Obligationen gehöre. Diese Qualifikation habe nach der lex fori zu erfolgen und er untersucht daher, ob Art. 1138 C. c. zu dem einen oder anderen régime[3]) gehöre. Auf Grund einer historischen Analyse des Art. 1138 meint er feststellen zu können, daß dieser Artikel „eine enge Verwandtschaft mit dem statut réel habe". Deshalb habe internationalrechtlich die lex rei sitae zu bestimmen, ob im Verhältnis zwischen den Parteien das Eigentum übergegangen sei oder nicht. Die Begründung wird dann noch durch einige praktische Erwägungen ergänzt. Die Schwäche der ganzen Argumentation braucht kaum hervorgehoben zu werden. Die Zuordnung des Art. 1138 zu dem einen oder anderen régime ist eine dogmatische Frage, zu deren Entscheidung man zunächst die Einteilungskriterien ganz genau festlegen müßte. Die Aufstellung der Kriterien selbst kann nur in Hinblick auf die Systembildung, die man anstrebt, erfolgen und ist daher bis zu einem gewissen Grade eine willkürliche. Zweck der so gebildeten Begriffe ist, die Rechtsnormen zu ordnen, irgend welche normative Folgerungen aus ihnen abzuleiten, ist schon innerhalb der Sachnorm selbst unzulässig und gar eine Kollisionsnorm aus ihnen zu erschließen wäre Begriffsjurisprudenz im übelsten Sinn des Wortes. Tatsächlich besteht auch nicht der geringste sachliche Zusammenhang zwischen der Behauptung, daß Art. 1138 C. c. zum régime des biens gehöre und der Regel, daß die lex rei sitae über die Eigentumsübertragung inter partes entscheide.

Soweit man die Problemstellung näher zu bestimmen versuchte, tritt in der Literatur immer mehr das Problem der Auslegung der von der Kollisionsnorm verwendeten Begriffe als der Kern des Qualifikationsproblems hervor. Man weist darauf hin, daß die Kollisionsnorm mehr oder minder weite Kategorien verwende, die im Sinn der lex fori verstanden werden müßten[4]). Damit geriet man in eine doppelte Gefahr.

---

[1]) Lezioni di diritto internazionale privato, 2. Aufl., Neapel 1929 S. 74 ff.; vgl. etwa noch Fedozzi, Il Digesto italiano 22, 809/10.

[2]) S. 290.

[3]) Ich übersetze nicht, um die Unklarheit, die in der Verwendung dieses Begriffes liegt, hervortreten zu lassen.

[4]) Regelsberger, Pandekten S. 165; Neumeyer, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., München 1930 S. 11; Staudinger-Raape S. 15 ff.; Rabel, ZauslintPrR. 5, 242; Lorenzen a. a. O. S. 247; Silz a. a. O. S. 29; Venzi, Foro it., 1904, I, 760; Anzilotti, Riv. dir. int. 8 (1914), 613; Ghirardini,

Einerseits drohte die Behauptung, daß die Qualifikation nach der lex fori zu erfolgen habe, zu einer bloßen Selbstverständlichkeit zu werden, wenn man nämlich unter der lex fori das ganze nationale Rechtssystem einschließlich der Kollisionsnorm verstand[1]). In Wirklichkeit meinte man natürlich unter der lex fori die Sachnorm des Richters und damit eröffnete sich ein anderes Bedenken. Wenn in der Sachnorm und in der Kollisionsnorm derselbe Ausdruck, z. B. Familienrecht, verwendet wird, so wäre der Schluß, daß damit dieselbe Sache gemeint ist, nur dann berechtigt, wenn der Gesetzgeber ein Mensch mit einem wahren psychologischen Willen wäre. Das ist er aber nicht und so kann man höchstens sagen, daß eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß die Verfasser der Kollisionsnorm, wenn sie gewisse Ausdrücke wie Familienrecht usw. gebrauchten, sie in dem Sinn verstanden, der ihnen gewöhnlich beigelegt wird. Ob aber diese Meinung der Gesetzesverfasser auch maßgebend für die Auslegung des Gesetzes sein kann, ist eine ganz andere Frage. Wie auch immer man zu dem Problem der Auslegung stehen mag, jedenfalls muß man sich darauf gefaßt machen, daß der Sinn einer Norm selbst es ausschließt einen Ausdruck in der Bedeutung zu fassen, die ihm die Gesetzesverfasser selbst beigelegt haben[2]).

Die zweite Gefahr ist, daß man die internationalprivatrechtliche Regel sozusagen rein äußerlich betrachtet. Man sieht, daß sie gewisse juristische Ausdrücke, Erbrecht, Familienrecht, Erfüllungsort usw. verwendet, und sagt, selbstverständlich sind alle diese Begriffe im Sinn der Sachnorm des entscheidenden Richters zu verstehen. So erklärt es sich, daß im Gegensatz zu Kahn die neueren Schriftsteller die Kollision der Anknüpfungsbegriffe, z. B. des Begriffs Erfüllungsort der der anzuknüpfenden Rechtsverhältnisse gleichsetzen und beide Fälle als Qualifikationsfragen behandeln. Es ist aber offensichtlich, daß beide Fälle nicht

---

Riv. dir. int. 13 (1919), 312 zieht aus dieser Auffassung des Qualifikationsproblems die Folgerung, daß er nur eine bestimmte Form der Rückverweisung sei; Perassi, Riv. dir. int. 18 (1926), 518; Pacchioni a. a. O. S. 168.

[1]) Rabel, ZauslintPrR. 3, 755.

[2]) Ich habe schon ZauslintPrR. 2, 130 darauf hingewiesen, daß der Begriff des Erfüllungsorts im Sinn des internationalen Privatrechts nicht mit dem des BGB. zusammenfallen muß. Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht S. 229 meint, daß damit nur die Fragestellung wiederholt sei. In einem gewissen Sinn ist das richtig, es ist aber schon wichtig zu wissen, daß man sich eben nicht ohne weiteres auf § 269 BGB. stützen darf. Wenn ich den Sinn meiner Ausführungen in den von Lewald mit so schöner Klarheit aufgestellten Kategorien ausdrücken soll, so wäre der internationalrechtliche Erfüllungsort das auf Grund des hypothetischen (ev. auch des realen und vermuteten) Parteiwillens gefundene Anknüpfungsmoment des ganzen Vertrags. Eine subsidiäre Anknüpfung der einzelnen Verpflichtung mit Hilfe des Erfüllungsorts scheint mir bei gegenseitigen Verträgen immer noch als undurchführbar; vgl. unten S. 90 Anm. 3.

gleich liegen und es wird an praktischen Beispielen zu untersuchen sein, welcher Unterschied zwischen ihnen besteht.

Erst in allerletzter Zeit hat man versucht, durch die Klärung des Sinngehalts der internationalrechtlichen Norm dem Qualifikationsproblem näherzukommen. Gutzwiller[1]) unterscheidet nach dem Vorgang Zitelmanns in der internationalprivatrechtlichen Norm, die Rechtsfrage, die staatliche Beziehung und die Rechtsfolge (Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts) und der Qualifikationskonflikt ist jener, der durch die verschiedene Definition der Rechtsfrage, z. B. der Geschäftsfähigkeit, bedingt ist. Die lex fori hat über diese Definition zu entscheiden.

Rabel[2]) weicht in der Fassung der Kollisionsnorm insofern von Gutzwiller ab, als er die Voraussetzung (die Rechtsfrage im Sinn Zitelmanns und Gutzwillers), an die die Kollisionsnorm die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts knüpft, anders bestimmt. Es sei wie bei den gewöhnlichen Privatrechtssätzen ein Lebensverhältnis, also Tatsachen[3]). Diese Auffassung erscheint ihm deshalb als nötig, weil nur sie die Loslösung der internationalrechtlichen Norm von einem bestimmten Privatrechtssystem ermöglicht. Der Grundgedanke dieser Abhandlung ist der, daß die kollisionsrechtlichen Rechtsbegriffe nicht in Hinblick auf ein einzelnes Recht, sondern in Hinblick auf alle Rechte, die voneinander abzugrenzen sind, gebildet werden müssen[4]). Daher ist Rechtsvergleichung die unentbehrliche Voraussetzung für Bildung und Auslegung der kollisionsrechtlichen Tatbestände. Wenn die einzelne Kollisionsnorm nicht ausreicht, so sind Hilfsnormen zu bilden, zur Ergänzung oder auch Einschränkung. So z. B. erfährt die Regel, daß dingliche Rechte nach der lex rei sitae zu beurteilen sind, eine Ergänzung durch die Regel, daß die lex rei sitae auch darüber entscheidet, ob ein Gegenstand beweglich oder unbeweglich ist[5]) und ob ein Recht dinglichen oder obligatorischen Charakter hat[6]).

---

[1]) Internationalprivatrecht in: Das gesamte deutsche Recht, herausgegeben von R. Stammler, Berlin 1931 S. 1544.

[2]) ZauslintPrR. 5, 241.

[3]) Die Auffassung, daß tatsächliche nicht Lebensverhältnisse zu qualifizieren seien, ist vor ihm nur von italienischen Schriftstellern angedeutet worden, die aber versäumt haben zu sagen, daß sie und warum sie sich gegen die herrschende Meinung erheben; Anzilotti, Riv. dir. int. 8 (1914), 613; derselbe, Corso di diritto int. priv. 1925 S. 2 ff., 51, 78; Ghirardini a. a. O. S. 303; Perassi a. a. O. S. 518—520; Neumeyer a. a. O. S. 8 will zuerst den tatsächlichen Vorgang, auf den sich der Anspruch gründet, an den Formen des inländischen Rechts messen; so auch Anzilotti, Corso S. 78; von Tatsachen will auch Neubecker, Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr, München 1912 S. 16, 43 ausgehen, will sie aber im Sinn des einheimischen Rechts erfassen, sie national benennen.

[4]) S. 263.

[5]) S. 272.

[6]) S. 287.

Eine zweite Frage ist nun — und mit dieser Unterscheidung hat Rabel einen entscheidenden Fortschritt für die Lösung des sogenannten Qualifikationsproblems gebracht — wie das Gebot fremdes Recht anzuwenden verstanden werden muß[1]). Anzuwenden ist das ganze fremde Recht, gleichgültig, welchem Rechtsgebiet die einzelne Norm angehört und gleichgültig wie wir oder das ausländische Recht die einzelne Norm qualifizieren. Der Sinn der in der Kollisionsnorm enthaltenen Verweisung selbst ergibt, welche Norm des ausländischen Rechts anzuwenden ist. Es gilt hier nichts anderes wie bei der Rückverweisung.

Als das Grundproblem der Qualifikationstheorie erscheint nach der bisherigen Analyse das Verhältnis zwischen Sachnorm und Kollisionsnorm. Die Zusammenhänge zwischen beiden treten in verschiedenen Punkten zutage und es war ein Hauptfehler der bisherigen Theorie, ausgenommen die jüngsten Veröffentlichungen, die verschiedenen Fälle nicht genügend auseinander gehalten zu haben. Es sind folgende[2]): 1. Ist die Kollisionsnorm von Sinn und Zweck der inländischen Sachnorm, sei es einer einzelnen, sei es einer ganzen Institution abhängig? 2. Sind die von der Kollisionsnorm verwandten Begriffe im Sinn der Sachnorm zu verstehen? 3. Verlangt die Verweisung auf eine ausländische Sachnorm, daß man sie qualifiziert und wie hat diese Qualifikation zu erfolgen? oder anders gewendet: Verlangt die Subsumtion der ausländischen Sachnorm unter die inländische Kollisionsnorm eine vorgängige Qualifikation der ersteren?

Die grundsätzlichen Antworten auf diese Fragen sind schon im bisherigen Verlauf der Untersuchung gegeben worden. Die Kollisionsnorm ist prinzipiell von einer einzelnen Sachnorm unabhängig, weil und insofern sie gerade mehrere Sachnormen zu erfassen und voneinander abzugrenzen hat[3]). Man kann diesem Gedanken noch eine andere Wendung geben, wenn man sich an die grundsätzliche Bedeutung des internationalen Privatrechts im Rechtssystem erinnert. Anzilotti[4]) hat die auf Savigny zurückgehende Idee schön formuliert und ich versuchte aus ihm im internationalen Zivilprozeßrecht ein heuristisches Prinzip ab-

---

[1]) S. 273 ff.

[2]) Im einzelnen kann das Problem natürlich jeweils verschieden gewendet werden.

[3]) Auch Kahn hat seine 1891 ausgesprochene radikale Meinung in den 1899 und 1900 erschienenen Abhandlungen revidiert und ausdrücklich erklärt, daß die Kollisionsnorm nicht aus der inländischen materiellen Rechtsordnung allein abgeleitet werden kann. Es müssen die verschiedenen materiellen Rechtsordnungen, deren Bereich abgegrenzt werden soll, berücksichtigt werden und daher ist die rechtsvergleichende Methode die einzige dem internationalen Privatrecht angemessene 1, 309/10, 315, 493/94.

[4]) Studi S. 135, 140, 302; doch scheint er mir in der inhaltlichen Gleichsetzung von Völkerrecht und internationalem Privatrecht zu weit zu gehen; Bedenken gegen die Auffassung Anzilottis bei Pacchioni a. a. O. S. 61 ff.

zuleiten[1]). Die Normen des internationalen Privatrechts sind zwar nationale Normen, aber sie sind international in dem Sinn, daß sie gerade das gleichzeitige Vorhandensein verschiedener nationaler Rechtssysteme voraussetzen und diese untereinander abgrenzen sollen. Der nationale Gesetzgeber erfüllt eine Aufgabe, die eigentlich dem internationalen Gesetzgeber zufällt. Wie kann er dann, ohne dem Sinn seiner Aufgabe zu widersprechen, nur in Hinblick auf seine eigene Sachnorm die Kollisionsnorm bilden[2]) ? Daß die Abgrenzung der verschiedenen Sachnormen eigentlich durch einen internationalen Gesetzgeber und von einem internationalen Standpunkt aus erfolgen sollte und nur in Ermangelung eines solchen durch den nationalen Gesetzgeber erfolgt, ist ja auch die Ansicht Bartins[3]). Wenn er trotzdem die nationalen Begriffe entscheiden läßt, so tut er es im Grunde nur deshalb, weil er glaubt, daß es internationale nicht gibt. Die nationalen Begriffe sind sozusagen der Festpunkt, an dem der Hebel angesetzt wird[4]). Man verwendet sie, weil man keine anderen hat. Gegen dieses Argument kann man nur einwenden, daß man eben die einzelnen Fälle untersuchen muß und daß es sich an ihnen zeigen wird, ob man eine Lösung finden kann, ohne zu den Begriffen der inländischen Sachnorm eine Zuflucht zu nehmen; und dabei wird sich auch zeigen, ob denn die Verwendung der nationalen Begriffe überhaupt eine Lösung verbürgt, die logisch einwandfrei und praktisch brauchbar ist.

Nur in einem Fall kann man von vornherein annehmen, daß die Kollisionsnorm in unmittelbarer Beziehung zu einer Sachnorm steht, nämlich dann, wenn die Kollisionsnorm eine einseitige ist. Sie kann den Geltungsbereich nur eines einzelnen Rechtssatzes oder einer einzelnen Institution, und zwar nicht nur einer inländischen, sondern auch einer ausländischen abstecken. Die Aufstellung einer solchen Kollisionsnorm wird besonders dann erforderlich sein, wenn es sich um eine Institution handelt, die nur einem bestimmten Recht bekannt ist, aber den anderen Rechten nicht so widerspricht, daß ihre Anerkennung überhaupt unmöglich ist.

2. Form und Materie der Rechtsgeschäfte.

1. Das eine klassische Beispiel für die Qualifikationstheorie ist das Testament, das ein Niederländer in Frankreich oder sonst einem Lande, das die holographe Testamentsform zuläßt, privatschriftlich errichtet hat. Man behauptet, das niederländische und französische Recht

[1]) Internationale Zuständigkeit, Mannheim 1929 S. 14.

[2]) Schon Kahn hat dieses Bedenken, das seiner Theorie entgegensteht, gesehen, 1, 309.

[3]) Études S. 15, 38.

[4]) So auch Gutzwiller, Int. Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen 3, 150.

stimmen darin überein[1]), daß die Form der Rechtsgeschäfte nach der lex loci actus und die Fähigkeit zu ihrer Errichtung nach dem Heimatsrecht zu beurteilen sei. Aber das französische Recht betrachte die „faculté de tester en la forme olographe" als eine Formvorschrift, weshalb von den französischen Gerichten das in Frankreich errichtete holographe Testament des Niederländers als gültig betrachtet werden müsse, das niederländische Recht „knüpfe das Verbot, in holographer Form zu testieren, an das Personalstatut an" und folgere aus dieser Qualifikation die Nichtigkeit eines solchen Testaments. Daß die Form, in der Bartin das Problem gestellt hat, außerordentlich unglücklich ist, liegt auf der Hand. Kann man eine Fähigkeit als Vorschrift betrachten? Was heißt, „ein Verbot an das Personalstatut anknüpfen?" Man muß daher zunächst versuchen, den eigentlichen Gehalt des Gedankengangs herauszuschälen. Er dürfte in folgendem liegen: Das Testament des Holländers ist gültig, wenn u. a. er nach seinem Heimatsrecht geschäftsfähig war und wenn das Testament der Ortsform genügt[2]). Daß es der Ortsform genügt, wird nun im Fall gerade vorausgesetzt, daher kann nur mehr zweifelhaft sein, ob der Niederländer geschäftsfähig war; für diese Frage ist das Heimatsrecht maßgebend und daher ist die eigentliche Frage, ob die Verweisung auf die Regeln des niederländischen Rechts über die Geschäftsfähigkeit die auf den Art. 992 BWB.[3]) in sich schließt[4]). Hängt die Antwort auf diese Frage von einer Qualifikation dieses Artikels ab und was könnte sie hier bedeuten? In erster Linie möchte man daran denken, daß Qualifikation hier Einordnung in das wissenschaftliche System des Privat-

[1]) Bartin, Principes 1, 225; vgl. ders. bei Aubry et Rau 10, 597; Niboyet, Rev. de droit int. 28, 105; Pillet-Niboyet 439/40, 666; Répertoire de droit int. v° capacité n° 56. Thébault im Répertoire de droit int. v° Succession n° 71 ff.

[2]) Für die, welche wie Duguit, Des Conflits de législation relatifs à la forme des actes, Thèse Bordeaux 1882 für die Privatform die Regel locus regit actum nicht gelten lassen, besteht das Problem natürlich überhaupt nicht; vgl. S. 146 dieser Schrift; ebenso Labbé, Rec. Sirey 83, 2, 249; weitere Vertreter dieser Lehre bei Fiore, Disposizioni generali (Il Diritto Civile italiano), 2. Aufl., 1, 662.

[3]) Art. 992 BWB. lautet: Een Nederlandsch onderdaan, die zich in een vreemd land bevindt, zal geenen anderen uitersten wil kunnen maken, dan bij authen ieke akte en met inachtneming van de formaliteiten welke in het land, alwaar de akte verleden wordt, gebruikelijk zijn.

Hji is echter bevoegd om bij een onder handsch stuk te beschikken, op den voet en de wijze als hier-boven bij art. 982 is omschreven.

[4]) Despagnet, J. 98, 262, Surville, 7. Aufl. S. 20 und Pacchioni S. 176 bejahen das, aber mit der unrichtigen Begründung, daß das niederländische Recht den Art. 992 als Fähigkeitsvorschrift betrachte und es auf die niederländische Qualifikation ankomme. Dagegen meint Crémieu, Dalloz 1928, 2, 34, daß die Qualifikationstheorie das Argument, daß Art. 992 eine Fähigkeitsvorschrift sei, zurückschlage.

rechts bedeutet. Aber es ist methodisch unzulässig, aus einer rein wissenschaftlichen Qualifizierung, aus der Einordnung in ein System, mag es für das einheimische oder für ein fremdes Recht aufgestellt werden, eine normative Folgerung abzuleiten. Und das wäre im vorliegenden Fall ganz besonders verfehlt, weil doch das System für die Sachnorm aufgestellt ist und die Schlußfolgerung auf eine Regel des internationalen Privatrechts in ein anderes Rechtsgebiet führen würde. Dazu kommt, daß wie an dem später zu besprechenden Beispiel des Testaments des Minderjährigen zu zeigen sein wird, gerade in solchen Zweifelsfällen schon die Einordnung in das privatrechtliche System selbst eine durchaus unsichere ist, so daß auf sie sich stützen auf Sand bauen hieße. Man kann also die Frage wohl nicht anders stellen, als ob im Sinn der Kollisionsnorm, welche die Geschäftsfähigkeit nach dem Heimatsrecht beurteilen heißt, unter den Regeln über die Geschäftsfähigkeit auch solche Normen zu verstehen sind, welche den eigenen Staatsangehörigen den Gebrauch einer bestimmten Form, sei es im Inland, sei es im Ausland, für bestimmte Rechtsgeschäfte verbieten. Man kann auch das eine Qualifikation nennen, aber sie erfolgt weder im Sinn der inländischen noch im Sinn der ausländischen Sachnorm, sondern im Sinn der inländischen Kollisionsnorm, die hier als eine Verweisung auf bestimmte ausländische Sachnormen zu fassen ist. Aus dem historisch überlieferten Sinn des Art. 7 EG. BGB. und der gleichlautenden gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen anderer Rechtsordnungen dürfte es sich wohl ohne Zweifel ergeben, daß die in ihm enthaltene Verweisung Vorschriften in der Art des Art. 992 BWB. nicht meint[1]). Es mag sein, daß in anderen Fällen die „Qualifikation" einer Vorschrift als Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit Schwierigkeiten macht, aber hier dürfte das wohl nicht der Fall sein.

Obwohl der unmittelbar normative Gehalt des Art. 992 völlig eindeutig ist, kann man über seine Stellung im Rechtssystem Zweifel hegen.

---

[1]) Viele Schriftsteller erklären den Art. 992 einfach für eine Fähigkeitsvorschrift; Duguit a. a. O. S. 41 ff.; Contuzzi, Il Diritto ereditario internazionale, Mailand 1908 S. 508 f.; ebenso das Urteil des Turiner Kassationshofes vom 12. 4. 92 bei Contuzzi S. 525 und das Urteil des Appellgerichts von Genua vom 4. 8. 1891 (vgl. hierzu die Analyse von Diena, Cours de l'Académie internationale 1927, II, 404); die Idee, daß es eine persönliche Fähigkeit sei, in holographer Form testieren zu können, die jeder mit sich trägt, stammt aus dem älteren französischen Recht: Ricard, Du Don mutuel II n° 307; Bouhier, Obsérvations sur la Coutume du Duché de Bourgogne, Dijon 1742, Chap. 28 n° 20 ff. Bericht über diese Literatur bei Lainé, Rev. de droit int., 1907, 874/75; gegen diese Auffassung Lainé selbst. ebenda S. 878; Valéry S. 1237; andere Schriftsteller heben mit Recht hervor, die Behauptung, Art. 992 betreffe die Fähigkeit, sei willkürlich und ohne Begründung: Diena, Principi 2, 53; Fedozzi, Il Digesto Italiano 22, 826; Poullet, Manuel de droit int. Belge, 2. Aufl. S. 357, 620.

Er kann als eine Regel des materiellen Privatrechts betrachtet werden, eben als Verbot an die eigenen Staatsangehörigen, sich der holographen Form zu bedienen, oder als eine Regel des internationalen Privatrechts, nämlich als eine Ausnahme von der Regel locus regit actum[1]). Die letztere Auffassung dürfte insofern die näher liegende sein, als die privatrechtliche Deutung eine Norm einführen würde, die ohne internationale Anwendungsnorm anwendbar wäre, weil sie schon in ihrem Inhalt den örtlichen Anwendungsbereich bestimmt. Damit wäre die allgemeine, wenn auch nicht ausnahmslose Regel durchbrochen, daß die materiellprivatrechtliche Norm noch einer besonderen Anwendungsnorm, die ihren örtlichen Anwendungsbereich regelt, bedarf. Im übrigen würde die Einordnung in das eine oder andere Rechtsgebiet davon abhängen, ob beide Normgruppen verschieden zu behandeln sind, z. B. hinsichtlich der Revisibilität, und ob gemäß seiner Behandlung Art. 992 der einen oder anderen Gruppe nahe steht. Die Entscheidung kann nur von Vertretern des Rechtskreises selbst getroffen werden.

Sollte Art. 992 als Kollisionsnorm zu betrachten sein, so wäre der hier zur Erörterung stehende Fall ein ganz gewöhnlicher Fall eines Konflikts der Kollisionsnormen[2]), für den die allgemeinen Grundsätze für die Lösung derartiger Konflikte gelten würden; nach ihnen ist grundsätzlich die ausländische Kollisionsnorm nicht zu berücksichtigen.

Hält dagegen der deutsche oder französische Richter Art. 992 für eine privatrechtliche Norm, so hat er die oben dargestellte Qualifikationsfrage zu beantworten; aber für den niederländischen Richter selbst ist die Qualifikation des Art. 992 völlig gleichgültig, er wendet ihn eben an wie er ist[3]) und daher ist es auf jeden Fall irreführend, hier von einem Qualifikationskonflikt zu sprechen, denn der niederländische Richter hat gar nichts zu qualifizieren.

---

[1]) So Kahn, Abhandlungen 2, 241; die Auffassung wird von der niederländischen Wissenschaft geteilt: Kosters, Het Intern. Burgerlijk Recht in Nederland, Haarlem 1917 S. 644, der aber doch S. 194/95 den Fall als einen Fall des Qualifikationskonflikts behandelt. Es ist ein Verdienst Fragistas' ZauslintPrR. 4, 934, endlich einmal der angeblichen Qualifikation des niederländischen Rechts nachgegangen zu sein. Noch Niboyet, Rev. de droit int. 28, 105 behauptet, das niederländische Recht fasse den Art. 992 als Bestimmung über den Fond auf.

[2]) In dieser Form erscheint der deutschen Doktrin seit Kahn, Abhandlungen 1, 42; 2, 226, das Problem des holographen Testaments des Niederländers; Walker, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. S. 830; Lewald, Rec. des Cours de L'Académie 1925, IV, 96; Frankenstein 1, 285; Fragistas ZauslintPrR. 4, 931; ebenso Anzilotti, Studi S. 256; Fedozzi, Digesto it. 22, 826; Arminjon, Précis 2, 133; Trib. civ. de la Seine 19. 2. 27, Rev. de droit int. 28, 102; und für ähnliche Bestimmungen des brasilianischen Rechts; Octavio, Rev. de droit int. 1913, 790.

[3]) Erstinstanzgericht von Amsterdam 6. 7. 86 J. 89, 175; 15. 2. 01 J. 03, 417; Rechtsbank von Amsterdam 19. 6. 24, JW. 25, 1123; Kosters a. a. O. S. 653.

Davon, daß eine Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts in dem hier erörterten Fall unmöglich ist, kann keine Rede sein. Der Haager Erbrechtsentwurf hat nur eine der vielen Möglichkeiten gezeigt.

Damit, daß man die Anwendung des Art. 992 als einer Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit ablehnt, ist aber das Problem noch nicht endgültig gelöst. Die Argumentation war eine rein negative, sie sagte, daß Art. 992 nicht als Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit behandelt werden kann, es blieb aber offen, ob er nicht unter einem anderen Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist. Faßt man ihn als eine Kollisionsnorm auf, so ist zu fragen, ob nicht einer jener Fälle vorliegt, in der eine ausländische Kollisionsnorm zu berücksichtigen ist. Da hier nur das Qualifikationsproblem zur Diskussion steht, genügt es auf die verschiedenen Gesichtspunkte kurz hinzuweisen.

Man kann eine Ausnahme von der Regel locus regit actum annehmen. Sie gelte nicht, wenn das Recht, das auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts zur Anwendung kommt, ihre Geltung ausschließt[1]). In dieser Allgemeinheit ist eine solche Annahme sicher unrichtig[2]). Sie widerspricht dem Wortlaut des Art. 11 EG. BGB. und dem geschichtlich überlieferten Sinn der Regel locus regit actum. Der rationelle Grund dieser Regel liegt nicht darin, daß das sogenannte Wirkungsstatut sie zuläßt, sondern darin, daß die Beobachtung der Form des Wirkungsstatuts oft nicht möglich ist. Es müssen schon ganz besondere Umstände nachgewiesen werden, um die Annahme zu rechtfertigen, daß die Geltung der Regel locus regit actum von dem Wirkungsstatut abhängig ist. Art. 11, II EG. BGB., enthält einen solchen Ausnahmefall. Mit der Möglichkeit analoger Anwendung muß gerechnet werden[3]). Der Grundgedanke des Art. 11, II, ist wohl der, daß die Geltung der Regel locus regit actum dann von der Zulassung durch das Wirkungsstatut abhängig ist, wenn das Rechtsverhältnis so eng mit einem Gebiet verknüpft ist,

[1]) Dieser Gedanke ist in einem in vieler Hinsicht erstaunlichen Urteil des Reichsgerichts vom 13. 12. 12 ZiR. 1914, 302 ausgesprochen; vgl. hierzu Beer, LZ. 1913, 775. Das Reichsgericht sagt, daß daran festzuhalten sei, „daß das für die Form der Rechtsgeschäfte maßgebende Recht von dem internationalen Recht des Staates bestimmt wird, nach dessen Recht das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis zu beurteilen ist". Für diesen Grundsatz auch Neubecker, Ehe und Erbvertrag S. 272; Frankenstein 1, 520/22 und bis zu einem gewissen Grade anscheinend auch Habicht Anm. III zu Art. 25.

[2]) Gutzwiller S. 1589; Raape Anm. B III, 1 b α zu Art. 11, der sich darauf beruft, daß eine einheitliche Entscheidung doch nicht erreicht würde, da das Wirkungsstatut nicht überall gleich bestimmt wird; Düringer-Hachenburg-Geiler 1, 54, Udina, Rép. de droit int. 6, 508 n° 116.

[3]) Daß die Regel locus regit actum Ausnahmen zuläßt, vertritt auch de Vos, Rev. de l'Institut Belge de droit comp. 16, 146; das Wirkungsstatut könne ihre Geltung ausschließen S. 148.

daß die Beziehungen zu allen anderen Rechtsgebieten im Vergleich zu dieser einen als unwichtig erscheinen. An einer solchen vorwiegenden Lokalisierung des Rechtsverhältnisses in einem einzigen Rechtsgebiet fehlt es aber gerade im Fall der testamentarischen Erbfolge. Das Heimatsrecht des Erblassers erscheint keineswegs als selbstverständlich in erster Linie zur Regelung des Erbgangs berufen[1]). Sonst wäre es nicht möglich, daß einige Staaten das Wohnsitzrecht des Erblassers und für Grundstücke das Recht der belegenen Sache über den Erbgang entscheiden lassen. Es liegen eben noch andere örtliche Beziehungen als zu dem Heimatstaat des Erblassers vor: zu dem Ort des Todes, zu dem Heimat- und Wohnsitzstaat der Erben, deren Recht ja auch tatsächlich in gewissem Umfang berücksichtigt wird. Von einem Primat des Heimatsrechts des Erblassers zur Regelung der Erfolge kann man nicht sprechen und daher liegt kein Grund vor, dieses Recht über die Geltung der Regel locus regit actum entscheiden zu lassen.

Man kann auch dem Heimatstaat als solchen[2]) — also nicht insofern das Recht des Heimatstaats Erbstatut ist — die Kompetenz zuschreiben, seinen Angehörigen gewisse Schranken aufzuerlegen, z. B. den Gebrauch einer gewissen Form zu verbieten und damit zugleich den Geltungsbereich der Regel locus regit actum einzuschränken. Zu einer solchen Annahme mußten besonders Schriftsteller geneigt sein, die von einem Primat des Personalstatuts ausgingen, wie die Anhänger Mancinis und auch Zitelmann und Frankenstein[3]). Mir scheint die Annahme eines generellen Primats des Personalstatuts besonders in der Form des Staatsangehörigkeitsprinzips durch nichts gerechtfertigt. Gerade der Gegensatz von Wohnsitz- und Staatsangehörigkeitsprinzip, der

---

[1]) A. A. Raape Anm. III 1 b β zu Art. 11, der das Wirkungsstatut immer dann, wenn es Personalstatut ist, über die Geltung der Regel locus regit actum entscheiden läßt. Er hält daher das holographe Testament des Niederländers für nichtig, Anm. B IV 2 zu Art. 25.

[2]) Dreyfus, L'Acte juridique en droit int. privé, Paris 1904 S. 430 hat die in Frankreich sonst übersehene Frage untersucht, ob das Erbstatut oder das Personalstatut über die Geltung der Regel locus regit actum zu entscheiden hat.

[3]) Frankenstein 1, 525, 553 ff.; Brunet, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 3, 477; Labbé, Rec. Sirey 82, 2, 250; Rolin 2, 406; Despagnet-de Boeck S. 661; Weiß, Traité de droit international privé 3, 117 will nur ein ausdrückliches Verbot des Heimatsrechts berücksichtigen; Fiore, Disposizioni generali 2, 385; auch Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1, 345 ff., 2, 323; gegen die Ansicht, daß das Heimatsrecht die Geltung der Regel locus regit actum ausschließen könne, ganz besonders Kahn 1, 42, der darin einen Fall der von ihm verpönten Näherberechtigung sieht. Gegen die Berücksichtigung auch Vareilles-Sommières 2, 278; Baudry-Lacantinerie et Colin, Des Donations entre vifs et testaments (1905), II, n° 2249, 2254; Niboyet, Rev. de droit intern. 28, 106; Diena, Principi 2, 52/53.

die Kulturvölker teilt, zeigt, daß die Annahme einer grundsätzlichen Herrschaft des Heimatstaats eine rein theoretische Spekulation ist. Würden völkerrechtliche Prinzipien oder praktische oder logische Notwendigkeiten ein solches Prinzip erfordern, so könnten die sachlichen Lösungen der verschiedenen positiven Rechte nicht soweit auseinander gehen.

Gewichtiger ist das Argument, das aus dem Prinzip der international einheitlichen Entscheidung zugunsten der Durchbrechung der Regel locus regit actum gewonnen werden kann. Darnach wäre das Testament des Niederländers für nichtig zu halten, weil es der niederländische Richter für nichtig hält. Aber man frägt sich, warum denn gerade wir uns nach dem niederländischen Richter richten sollen und nicht umgekehrt verlangen, daß er sich nach uns richte. Auch das könnte man nur mit dem Primat des Personalstatuts rechtfertigen. Und dann ist es ja möglich, daß auch ein dritter Staat, in dem sich z. B. Erbschaftsgegenstände befinden, über die Gültigkeit des Testaments zu entscheiden hat. Wir wissen nicht, auf welchen Standpunkt er sich stellen wird, und daher würde die Befolgung der niederländischen Anschauung eine international einheitliche Entscheidung doch nicht verbürgen. Nur dann, wenn ein Rechtsverhältnis seiner typischen Gestalt nach nur zu einem oder wenigstens zu einer bestimmten Anzahl von Rechtsgebieten örtliche Beziehungen hat, kann man unter Umständen befürworten, auf die internationalrechtliche Auffassung dieser Rechte Rücksicht zu nehmen.

Keinen direkten Zusammenhang hat das hier erörterte Problem mit der Frage der obligatorischen oder fakultativen Geltung der Regel locus regit actum[1]). Selbst dann, wenn man mit einigen französischen Schriftstellern der Regel locus regit actum einen zwingenden Charakter beilegt, kann man sich immer noch fragen, ob nicht doch dem Verbot des Heimatstaats, sich einer bestimmten Form zu bedienen, Rechnung zu tragen ist. Allerdings ist es wenig wahrscheinlich, daß ein Rechtssystem, in dem die Regel locus regit actum zwingenden Charakter hat, ein solches Verbot berücksichtigt[2]); denn es könnte dann sein, daß es unmöglich ist, überhaupt das Geschäft im Lande zu errichten, nämlich dann, wenn die einzige Ortsform gerade vom Heimatsrecht verboten ist[3]).

---

[1]) M. Vauthier, Sens et Application de la règle locus regit actum Brüssel 1926 S. 77.

[2]) Aus diesem Grunde haben wohl die in derselben Sache ergangenen Urteile des Appellgerichts von Paris 25. 5. 52 Sirey 52. 2. 289 und der Ch. des Req. 9. 3. 53 Sirey 53. 1. 275, die die Gültigkeit eines von einem Engländer in Frankreich errichteten Testaments zu prüfen hatten, gar nicht untersucht, ob das Heimatsrecht die Ortsform verbot oder nicht.

[3]) Für die Gültigkeit des holographen Testaments des Niederländers: Gebhard in Niemeyer, Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts S. 241; Gutzwiller S. 1590; Lewald S. 63/4, 315; Normann JW. 30, 976; Fragistas a. a. O. 4, 935; Hanseatisches OLG. SA. 72, 313 = OLG. 35, 295;

2. Ein Gegenstück zu dem holographen Testament des Niederländers ist das Testament, das der deutsche Minderjährige in der holographen Ortsform errichtet hat. Auch hier hat sich die Diskussion vorzüglich darum gedreht, ob § 2247 BGB. eine Formvorschrift ist oder eine Vorschrift, welche die Geschäftsfähigkeit einschränkt. Mir ist nicht bekannt, daß im internen deutschen Privatrecht zwischen Form und Fähigkeitsvorschriften unterschieden würde, und ich wüßte auch nicht, zu welchem Zweck eine solche Unterscheidung hier gemacht werden sollte. Würde man alle Vorschriften des BGB. z. B. zusammenstellen, welche die Form der Rechtsgeschäfte betreffen, so würde es sich um eine rein klassifikatorische Arbeit handeln; irgend eine normative Folgerung daraus zuziehen, daß eine Vorschrift im Sinn dieser Klassifikation eine Formvorschrift ist, wäre offenbar unzulässig. Nach seinem sachlichen Gehalt kann man § 2247 ebensogut als Formvorschrift wie als Fähigkeitsvorschrift bezeichnen. Er betrifft eben die Fähigkeit zu einer Form. Man betrachtete den Minderjährigen, der das 16. Jahr vollendet hat, zwar als fähig, ein Testament zu errichten, aber glaubte, daß seine geistigen Fähigkeiten doch nicht weit genug entwickelt sind, daß er ganz allein ein vernünftiges Testament errichten kann, und fürchtete, daß er, wenn er das Testament im geheimen errichten könnte, häufig verderblichen Einflüssen unterliegen würde. Deshalb wurde ihm der Gebrauch der holographen Form versagt. Das sind aber dieselben Gründe, die überhaupt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen rechtfertigen und man kann daher mit gutem Grund § 2247 in den Zusammenhang der Vorschriften über die Behandlung der Minderjährigen einreihen. Andererseits aber betrifft er doch gerade die Testamentsform und da ja die Formvorschriften überhaupt, wie man oft betont hat[1]), vor Übereilung sichern sollen, so kann man ihn auch als eine Formvor-

---

Pillet J. 94, 722; Colin J. 97, 937; Silz a. a. O. S. 384; Appellhof von Orléans 4. 8. 1859, Sirey 60. 2. 37 = J. 84, 408; das Urteil der Ch. civ. vom 25. 8. 47, Sirey 47. 1. 712 betrifft ein englisches Testament und erklärt, daß die Vorschriften über die Form der Testamente die Kapazität nicht berühren. Catellani 2, 425; Gemma S. 109/10; gegen die Gültigkeit Halot J. 02, 684; Vauthier a. a. O. S. 78/9; de Vos a. a. O. 16, 153; Trib. civ. von Brüssel 21. 7. 86 J. 87, 495; Trib. civ. von Termonde 24. 3. 07 J. 08, 885; Antwerpen 31. 5. 19 Bull. interméd. 1923 n° 2522; Appellgericht von Brüssel 16. 6. 26 J. 28, 1102 (nicht ganz klar); Trib. civ. de la Seine 13. 8. 03 J. 04, 167; 19. 2. 27 Dalloz 28. 2. 33 = Rev. de droit intern. 28, 102 = J. 28, 707; vgl. hierzu die in den vorgehenden Anmerkungen zitierten Urteile und Schriftsteller. Im englischen Recht spielt das Problem keine Rolle, weil die meisten Fälle durch das Wills Act getroffen werden und Personalstatut das Domizilrecht ist. Vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ist die Gültigkeit des Testaments über Mobilien ausschließlich nach dem Recht des letzten Wohnsitzes beurteilt worden. Dr. Lushington in Croker v. Hertfort IV Moore 339; 13 E. R. 334 (1844); Dicey, Conflict of Laws, 4. Aufl. S. 754; Williams, On Executors, 11. Aufl. S. 269/70.

[1]) Kahn, Abhandlungen 2, 232.

schrift bezeichnen. Auch im Sinn Zitelmanns[1]) ist er eine Formvorschrift, denn nach ihm sind Formvorschriften alle Vorschriften, die den Gebrauch einer bestimmten Form vorschreiben oder ausschließen, sofern die Möglichkeit einer anderen Erklärung bleibt. Eine Qualifikation im Sinn der Sachnorm des Richters kann also keine Lösung ergeben. Denn sie ist ganz unsicher und, selbst wenn sie sicher wäre, so wäre es, wie schon wiederholt betont, unzulässig aus ihr eine normative Folgerung abzuleiten. Man kann also wiederum nur fragen, unter welchem Gesichtspunkt § 2247 berücksichtigt werden kann. Man kann entweder sagen, daß er im Sinn des Art. 7 EG. BGB. eine Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit ist, oder eine besondere Kollisionsnorm bilden, nach der für deutsche Minderjährige die Regel locus regit actum nicht oder nicht immer gilt. Der ordre public schließe es aus, daß ein deutscher Minderjähriger im Ausland nach der leichteren Ortsform z. B. Art. 505, 467 Schweiz. ZGB, testiere[2]). Es scheint mir zweifelhaft, ob wirklich die deutsche öffentliche Ordnung erschüttert würde, wenn der deutsche Richter ein Testament anerkennen würde, das ein deutscher Minderjähriger in der holographen Ortsform errichtet hat, und ich möchte nicht ohne die allerzwingendsten Gründe zu diesem Argument Zuflucht nehmen; aber die erste der erwähnten Begründungen scheint mir recht nahe zu liegen. Wenn zu den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit jene gehören, welche einem Minderjährigen gewisse Arten von Geschäften, z. B. Schenkungen verbieten, warum sollen dann Vorschriften, die ihm gewisse Geschäfte, wenn sie in einer bestimmten Form geschlossen werden, verschließen, nicht auch dazu gehören? Die legislativpolitische Gleichheit erfordert internationalrechtlich gleiche Behandlung[3]). Die Verweisung auf die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit schließt die auf § 2247 in sich. Allerdings wäre es unzulässig, die Regel dahin zu verallgemeinern, daß alle Vorschriften, die für gewisse Personenklassen Formen vorschreiben, als Fähigkeitsvorschriften zu behandeln sind. Ob ein Kaufmann eine Bürgschaft mündlich eingehen kann, beurteilt sich zweifellos nicht nach seinem Heimatsrecht[4]). Nur der enge sachliche Zusammenhang der hier untersuchten „Formvorschrift" mit den Regeln über die Geschäftsfähigkeit rechtfertigt ihre Behandlung als Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit.

Die entwickelte Regel gilt nicht nur für deutsche Minderjährige, sondern auch für entsprechende Vorschriften eines anderen Rechts, z. B.

---

[1]) 2, 154; auch Raape Anm. B IV 1 zu Art. 24 und Anm. B III 2 zu Art. 25 bezeichnet die Vorschrift als eine Formvorschrift.

[2]) Raape Anm. B IV 1 zu Art. 24.

[3]) A. A. Bar 2, 325; Lewald, Rec. des Cours 1925, IV, 108 und Raape Anm. B IV 1 zu Art. 24 behandeln die Vorschrift als Formvorschrift. Nach Walker S. 835 ist § 569 öst. ABGB. nach Inhalt, Stellung und Zusammenhang eine Beschränkung der Testierfreiheit; das deutsche Recht daselbst S. 836.

[4]) Raape Anm. A III 2d zu Art. 7.

§ 569 des öst. ABGB., wenn und insoweit solche Vorschriften in engem sachlichem Zusammenhang mit den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit stehen[1]).

Von den Einwänden, die gegen die vorgeschlagene Lösung erhoben werden könnten, sind die wichtigsten die von Kahn erhobenen[2]). Er sagt, nicht die Begründung, sondern Inhalt und Gegenstand eines Gesetzes entscheiden, ob eine Förmlichkeit oder eine materielle Norm vorliegt, und demnach sei ein Gesetz, das für Minderjährige eine Form ausschließt, ebensogut eine Formvorschrift wie das, welches den Gebrauch einer Form für alle Testatoren ausschließt. Dagegen ist zu sagen, daß es eben gerade zur Diskussion steht, ob im Sinn der Regel locus regit actum alle Vorschriften, die Formen betreffen, gleich zu behandeln sind und daß eben das „ebensogut" erst bewiesen werden müßte. Und selbst wenn man § 2247 BGB. als eine Formvorschrift bezeichnet, so ergibt sich daraus nicht, daß diese Vorschrift nicht zugleich auch als Fähigkeitsvorschrift behandelt wird, eben wegen ihres engen Zusammenhanges mit den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen. Nur soviel ist richtig, daß es nicht deshalb gerechtfertigt ist, eine Formvorschrift als Fähigkeitsvorschrift zu behandeln, weil sie bezweckt, vor Übereilung zu schützen[3]). Denn wie schon gesagt, haben die meisten Formvorschriften diesen Zweck und es bliebe dann für die Anwendung der Regel locus regit actum überhaupt kaum noch Raum.

Wichtiger ist folgender Einwand[4]): Wenn man dem Minderjährigen eine Form verschließt, so geht der Gesetzgeber davon aus, daß ihm andere Formen zur Verfügung stehen. Vielleicht ist das aber im Ausland nicht der Fall. Der österreichische Minderjährige könnte z. B. in Frankreich mündlich wohl nicht testieren. Denn ein französisches Gericht oder ein französischer Notar dürfte wohl nicht das Testament in den Formen aufnehmen, die § 569 BGB. und § 20 N. O. verlangen. Die Folge wäre dann allerdings, daß er, wenn er sich dort ständig aufhält, überhaupt nicht testieren kann. Es fragt sich aber, ob das Ergebnis so verwerflich ist und ob damit dem Willen der beteiligten Rechtsordnungen größere Gewalt angetan wird, als wenn er z. B. in holographer Form testiert.

Die Behandlung der §§ 2247, 2238, II BGB. als Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit Deutscher bedeutet nicht, daß dieselben Bestimmungen nicht in einem anderen Zusammenhang als Formvorschriften behandelt werden könnten. Ein Minderjähriger errichtet in

[1]) Raape Anm. B III 2 zu Art. 25 kommt zu ungefähr demselben Ergebnis dadurch, daß er die Regel locus regit actum nur innerhalb der Schranken des Erbstatuts gelten läßt.

[2]) 2, 232.

[3]) Darauf stützten sich viele Schriftsteller, z. B. Fiore in Fiore-Antoine § 234/5, gegen den sich Antoine in der Anmerkung wendet; vgl. auch hierzu Silz a. a. O. 362 ff

[4]) 2, 233.

Deutschland ein Testament. Nach seinem Heimatsrecht ist er testierfähig, es bestehen keinerlei besondere Vorschriften über die Testamentsform der Minderjährigen. Das Testament genügt im konkreten Fall nicht den Vorschriften des Heimatsrechts. Ist bei der Frage, ob die deutsche Ortsform gewahrt ist, auf die deutschen Bestimmungen über die Testamentsform der Minderjährigen Rücksicht zu nehmen? Ich möchte die Frage mit Ja beantworten[1]). Die Regel locus regit actum soll den internationalen Rechtsverkehr erleichtern, dadurch, daß sie den Gebrauch der Ortsform, die eben in der Regel leichter zugänglich ist, gestattet. Es besteht kein Grund dafür, diese Erleichterung soweit zu treiben, daß dem Ausländer Möglichkeiten eröffnet werden, die der Inländer nicht hat und die ihm auch nicht das Wirkungsstatut gewährt. Es handelt sich hier nicht um eine ordre public-Erwägung, mit der man die Anwendung des § 2247 auf ausländische Minderjährige vielleicht auch begründen könnte, sondern um eine ganz allgemeine Erwägung, die auch für einen ausländischen Richter gilt und für den deutschen Richter auch gegenüber anderen Rechtsordnungen, die entsprechende Bestimmungen haben, Bedeutung gewinnt, so z. B. wenn ein Ausländer in Österreich ein Testament errichtet. Man sieht also, daß dieselbe Vorschrift einmal als Formvorschrift und einmal als Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit behandelt werden kann und zweckmäßigerweise so behandelt wird. Die Möglichkeit hiezu erklärt sich daraus, daß die in der Kollisionsnorm enthaltene Verweisung in beiden Fällen sinngemäß auf diese Vorschrift mitverweist.

3. Auch die Behandlung des Verbots gemeinschaftlicher Testamente soll von der Qualifizierung dieses Verbots abhängen. Ist es eine Formvorschrift, wie die französischen Gerichte annehmen[2]), so ist ein gemeinschaftliches Testament, das gemäß der Ortsform errichtet worden ist, gültig, obgleich das Heimatsrecht der Testierenden oder das Erbstatut gemeinschaftliche Testamente verbietet. Ist es eine Vorschrift, welche die Fähigkeit betrifft — das ist die Ansicht der italienischen Gerichte[3]) — so ist es nur gültig, wenn es das Heimatsrecht der Testierenden gestattet, ist es schließlich eine erbrechtliche Vorschrift, so entscheidet das Erbstatut. Man untersuchte daher, ob ein Verbot der gemeinschaftlichen

---

[1]) Ebenso Raape Anm. B III 2 zu Art. 25.

[2]) Trib. civ. de la Seine 23. 12. 1881; Le Droit 24. 12. 81, S. 1280 = J. 82, 322; Appellhof von Toulouse 11. 5. 50 Sirey 50. 2. 529; von Caen 22. 5. 50, Sirey 52. 2. 566; Oberstes Gericht von Portugal 23. 7. 23 Rev. de droit intern. 24, 257 = ZiR. 33, 415; der Auffassung der französischen Gerichte schließt sich das Reichsgericht 1. 3. 81 RG. 3, 342 an; keine wirkliche Bedeutung für die hier zu behandelnde Frage haben die Urteile des OlG Colmar 22. 11. 95 Dalloz 98. 2. 237 = J. 99, 609 und Köln 23. 11. 97 J. 99, 610.; a. A. Audinet, Répertoire de droit int. 10, 404.

[3]) Kassationshof von Florenz 9. 11. 96 Foro it. 1897. 1. 511; 12. 11. 96 Sirey 99. 4. 5. bei Contuzzi S. 537; über die Urteile des römischen Kassationshofes siehe unten Anm. 1 auf S. 40.

Testamente eine Formvorschrift[1]) oder eine Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit[2]) sei. Die Alternative zwischen Geschäftsfähigkeitsvorschrift und erbrechtlicher Vorschrift ist kaum näher geprüft worden, weil für das italienische Recht, in dem die Frage hätte praktisch werden können, Erbstatut und Personalstatut zusammenfallen.

Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente im französischen und italienischen Recht bezweckt nicht nur eine bestimmte Testamentsform, gegen die Bedenken bestehen, auszuschließen, sondern in erster Linie — diese Selbstverständlichkeit wird wohl nicht genug betont — Verfügungen zu verhindern, die in ihrem Bestand voneinander abhängig sind. Die erbvertragsähnliche Bindung und die gegenseitige Abhängigkeit sollen getroffen werden. Es dürfte wohl sicher sein, daß über diese materiellen Wirkungen der in einem gegenseitigen Testament enthaltenen Verfügungen das Erbstatut zu bestimmen hat[3]). Wenn daher Franzosen in Deutschland ein gemeinsames Testament errichten, so finden die §§ 2268 ff. BGB. keine Anwendung. Wohl aber finden sie Anwendung, wenn Deutsche in Österreich ein gemeinsames Testament errichten.

Eine zweite Frage ist, welche Personen ein gemeinschaftliches Testament errichten können. Können z. B. deutsche Verlobte in Österreich ein gemeinschaftliches Testament errichten? (§ 1248 öst. ABGB. mit Hofdekret vom 25. 6. 1817.) Hier kann man zwischen der Anwendung des Erbstatuts und der des Personalstatuts schwanken. Vorzuziehen ist, wie mir scheint, das Erbstatut[4]), denn die dem Erbstatut zu entnehmenden

---

[1]) Bar 2, 329; Kahn 2, 235; Zitelmann 2, 154, da der durch das gemeinschaftliche Testament zu erzielende Erfolg durch zwei Einzeltestamente zu erzielen sei; Walker S. 834; Laurent 6, 539 ff., der aber Art. 986 auf im Ausland errichtete Testamente kraft ordre publics anwenden will; Rolin 2, 410; Valéry S. 1222.

[2]) Weiß 4, 656; Surville S. 307; Despagnet-De-Boeck S. 662 und 1088; Diena, Sui Limiti S. 23; derselbe, Principi 2, 214 meint, es liege ein Konflikt der doktrinellen Qualifikation vor; aus dem Zweck des Verbots die Freiheit des Testators zu schützen und die freie Widerruflichkeit zu sichern, will er schließen, daß die Vorschrift die innere Wirksamkeit betrifft; viele erklären, das gemeinschaftliche Testament sei für das italienische Recht überhaupt kein Testament. Contuzzi S. 533/5; Fedozzi, Il Digesto it. 22, 824/5; Fiore, Disposizioni generali 1, 407; Lewald, Rec. des Cours 1925, IV, 100 und Internationales Privatrecht S. 320 sagt, die Lösung hänge von dem Charakter ab, den das Verbot nach dem Erbstatut habe. Das Urteil des Reichsgerichts vom 24. 4. 94 ZiR. 5, 58 schließt gerade aus der materiellrechtlichen Natur des Verbots, daß es nicht auf ein gemeinschaftliches Testament angewandt wird, das von Ausländern in einem Gebiet errichtet worden ist, in dem das Verbot gilt. Hätte das Reichsgericht der Regel locus regit actum keinen zwingenden Charakter beigelegt und das Verbot als Formvorschrift betrachtet, so wäre das Ergebnis wohl dasselbe gewesen.

[3]) Ebenso Kahn 2, 235; Raape Anm. B IV 2e zu Art. 25.

[4]) Raape Anm. F III 3 zu Art. 24.

Regeln über Korrespektivität und Bindung sind offenbar darauf abgestellt, welche Personen ein gemeinschaftliches Testament errichten können und es wäre denkbar, daß eine gewisse Diskrepanz entsteht, wenn man die Frage, welche Personen ein gemeinsames Testament errichten können und die, wie die Verfügungen wirken, nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt. Doch hat die Frage für das deutsche Recht nur selten praktische Bedeutung.

Es bleibt also nur noch die Frage, ob für die Form des gemeinsamen Testaments an sich die Regel locus regit actum gilt[1]). Ist ein Testament, das Franzosen oder Italiener in Deutschland gemäß § 2267 BGB. errichten, gültig? Daß es sich hier um eine Formvorschrift handelt und daß, wenn man die Regel locus regit actum anwendet, demnach das Testament gültig ist, kann eigentlich nicht bestritten werden. Es kann sich nur fragen, ob nicht aus einem besonderen Grund das Verbot, das das Heimatsrecht oder Erbstatut ausspricht, doch berücksichtigt werden muß. Es scheint nicht möglich, das Verbot als eine Norm über die Geschäftsfähigkeit im Sinn des Art. 7 zu betrachten[2]). Wenn manche Schriftsteller hier von einer besonderen incapacité sprechen, so ist das doch wohl nur eine bloße Redewendung, mit der das gewünschte Ergebnis vorweggenommen wird. Wie schon früher hervorgehoben, sind Normen, die, sei es allgemein, sei es den eigenen Staatsangehörigen, den Gebrauch einer bestimmten Form verbieten, keine Normen über die Geschäftsfähigkeit im Sinn des Art. 7. Noch weniger vermag die Argumentation Pillets[3]) zu überzeugen. Er meint, der Zweck des Verbots des gemeinschaftlichen Testaments sei, den Testierenden gegen eigene Unvorsichtigkeit und den Betrug anderer zu schützen, weshalb das Heimatsrecht zuständig sei. Dem gegenüber ist der Einwand Kahns zu wiederholen, daß dann fast alle Formvorschriften dem Heimatsrecht entnommen werden müßten[4]).

---

[1]) Eine ähnliche Unterscheidung hatte in intertemporaler Hinsicht der römische Kassationshof gemacht. Er sagte, unwirksam wird durch das neu im Codice civile enthaltene Verbot nicht die bloße Form des gemeinschaftlichen Testaments, sondern die gegenseitige Einsetzung 5. 12. 84 Foro it. 85. 1. 386; Sezioni unite 25. 6. 86, Foro it. 86. 1. 961; mir scheint auch das noch zu weit zu gehen, unwirksam wird nicht die gegenseitige Einsetzung, sondern nur eine ev. bestehende gegenseitige Abhängigkeit der Einsetzungen.

[2]) Ebenso Raape Anm. F III 1 zu Art. 24; er sagt aber, Art. 24, III setze voraus, daß der Akt als solcher nach dem Errichtungsstatut zulässig sei.

[3]) Traité 2, 437.

[4]) Die Schwächen des Pilletschen Systems werden gerade hier besonders deutlich. Es ist schon an und für sich ein logischer Fehler, aus dem Zweck eines einzelnen positiven Gesetzes (Schutz der Person) internationalrechtlich die Zuständigkeit des Heimatsstaats im allgemeinen ableiten zu wollen. Dazu kommt, daß der Begriff Schutz einer Person so weit ist, daß er schließlich auf alle Gesetze paßt und keinerlei brauchbares Kriterium dafür abgeben kann, ob ein Gesetz „extraterritoriale" Wirkung hat oder nicht.

Viel ernster ist die Erwägung, ob nicht das Verbot des gemeinsamen Testaments als ein Teil des Erbstatuts zu berücksichtigen ist[1]). Eigentlich besteht kein Bedürfnis, daß z. B. Italiener in Deutschland ein gemeinschaftliches Testament errichten können. Tun sie es, so werden sie wohl in der Regel voraussetzen, daß auch die besonderen materiellen Wirkungen, die das deutsche Recht an ein gemeinsames Testament knüpft, eintreten werden. Das geschieht aber gerade nicht und es ergibt sich daraus eventuell die Möglichkeit der Anfechtung, ein Problem, das besonderer Untersuchung bedürfte. Es scheint daher nicht unbillig, das Testament für nichtig zu erklären, die von den Parteien erwartete Wirkung tritt ohnehin nicht ein. Andererseits greift der gesetzgeberische Grund der Regel locus regit actum hier nicht Platz. Die Einfachheit des internationalen Verkehrs erfordert es nicht, daß sich Ehegatten gerade der Form des gemeinsamen Testaments, die das Ortsrecht vorsieht und die das Erbstatut versagt, bedienen können. Anders ist es schon, wenn das Erbstatut das gemeinschaftliche Testament erlaubt. Wenn z. B. deutsche Ehegatten in Österreich ein gemeinschaftliches Testament errichten, so können sie sich offenbar der vom österreichischen Recht vorgesehenen Formen für gemeinsame Testamente bedienen.

Weiter ist zu fragen, welche Bedeutung die Auffassung des Erbstatuts über die Bedeutung des Verbots des gemeinschaftlichen Testaments für unsere eigene Entscheidung haben kann. Wie schon gesagt, betrachten die italienischen Gerichte das Verbot als eine Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit, die französischen als eine Formvorschrift. Nach der bisher gegebenen Analyse heißt das nichts anderes, als daß die ersteren die Anwendung der Regel locus regit actum auf die Form des gemeinschaftlichen Testaments ablehnen, die letzteren nicht[2]). Im ersteren Fall ist, wie gesagt, auf diese Auffassung des Erbstatuts Rücksicht zu nehmen, weil ein gemeinschaftliches Testament, das zwar der Form nach gültig ist, aber nicht die ihm eigentümlichen Wirkungen entfalten kann, kein Gebilde ist, das besonderen Schutz verdient. Wenn es daher vom Erbstatut für nichtig erklärt wird, so betrachten wir es zweckmäßigerweise auch als nichtig, nehmen also eine Ausnahme von der Regel locus regit actum an. Hält dagegen der Richter des Erbstatuts, das in der Ortsform errichtete gemeinsame Testament für formgültig, so werden auch wir es als formgültig betrachten, Es entsteht zwar auch dann das gekennzeichnete Zwittergebilde, aber wenn sich das Erbstatut daran nicht stößt, so müssen wir ihm folgen, denn es hat doch in erster Linie über den Bestand des Testaments zu entscheiden. Wir haben also

[1]) Auf die besonderen Schwierigkeiten, die entstehen, wenn die Gatten nach der Errichtung des Testaments ihre Staatsangehörigkeit gewechselt haben oder wenn sie verschiedenen Staaten angehören, gehe ich nicht ein, vgl. hierzu Raape Anm. F. III zu Art. 24.

[2]) Über die Frage, wann eine Rechtsansicht ausländischer Gerichte von uns als ausländische Norm anzusehen ist, siehe unten!

die Anwendung der Regel locus regit actum von der Auffassung des Erbstatuts abhängig gemacht. Im allgemeinen ist ein derartiges Vorgehen allerdings unzulässig, aber hier hat die Anwendung der Regel locus regit actum so wenig innere Berechtigung, daß eine Durchbrechung des allgemeinen Prinzips am Platze sein dürfte[1]).

4. Weniger der theoretischen Ergiebigkeit halber als der Vollständigkeit wegen möge kurz auf das Gebot der religiösen Eheschließung eingegangen werden, das im griechischen und einigen anderen Rechten gilt[2]). Bekanntlich betrachten diese Staaten die Ehen, die ihre Angehörigen im Ausland in ziviler Form abgeschlossen haben, als nichtig. Man meinte die Berücksichtigung dieser Vorschriften daraus ableiten zu können, daß man sagte, das Gebot der religiösen Eheschließung sei für das griechische Recht eine sogenannte fond-Vorschrift, weil sie im Sinn des griechischen Rechts aus dem religiösen Wesen der Ehe folge. Daher müßten auch andere Staaten diese Vorschrift beachten, wenn die Gatten griechische Staatsangehörige sind. Dagegen wendet nun die Qualifikationstheorie ein[3]), das Gebot sei gemäß der inländischen Qualifikation eine Formvorschrift, die ausländische Qualifikation, nach der es eine fond-Vorschrift sei, sei unbeachtlich. Zunächst fragt sich, ob die letztere Voraussetzung richtig ist. Man kann eine Vorschrift als Formvorschrift bezeichnen entweder ihres Inhalts wegen, weil sie die äußere Gestalt einer Willenserklärung betrifft, oder wegen ihrer praktischen Behandlung, weil sie internationalrechtlich wie eine Formvorschrift behandelt wird. Daß inhaltlich das Gebot der religiösen Eheschließung eine Formvorschrift ist, selbst dann, wenn nicht die Verlobten, sondern der Priester als die Trauung vollziehend betrachtet wird, kann eigentlich nicht bestritten werden. Nirgends ist ein Beweis dafür erbracht, daß in dieser Hinsicht das griechische Recht von den anderen Rechten abweicht. Also bedeutet die griechische Qualifikation als Inhaltsvorschrift nichts anderes als die Behandlung als solcher und diese wiederum nichts anderes als daß das griechische Recht die Regel locus regit actum in dieser Beziehung nicht anerkennt. Es liegt also ein gewöhnlicher Konflikt der Kollisionsnormen vor. Das Problem ist also, ob auf die Einschränkung der Regel locus regit actum, die das Heimatsrecht ausspricht, Rücksicht zu nehmen ist.

Aus Art. 13, III EG. BGB. ergibt sich, daß in Deutschland Ehen nur standesamtlich geschlossen werden können[4]). Art. 11, I, 1 EG., gilt

---

[1]) Ebenso Lewald S. 65, 320; Raape Anm. B IV 2e zu Art. 25; Poullet S. 357; Diena, Sui Limiti S. 29; Cours 1927, II 403; Fedozzi a. a. O. S. 825.

[2]) Vgl. Tenekides J. 29, 53.

[3]) Z. B. Goulé, Répertoire de droit int. v° Mariage n° 46 f.

[4]) Vgl. die gelegentliche Bemerkung des Reichsgerichts, Urteil vom 3. 3. 30 JW. 31, 1335; RGSt. 1. 7. 30 JW. 31, 1366; a. A. Neubecker, Jahrb. f. d. int. Rechtsv. 99; auf demselben Standpunkt steht das französische Recht: Duguit a. a. O. S. 76, 88; Planiol-Ripert-Rouast, La Famille S. 192; Goulé

nicht. Ist die Beobachtung der Form des Wirkungsstatuts auch dann ungenügend, wenn die Ehe in einem ausländischen Staat geschlossen ist und dieser das Prinzip der obligatorischen Zivilehe befolgt? Ich möchte die Frage verneinen. Im Widerstreit zwischen Heimatsrecht und Ortsrecht verdient das Heimatsrecht den Vorzug, weil, wie gleich noch auszuführen sein wird, im Eherecht dem Heimatsrecht ein Primat zuzusprechen ist. Daher betrachten deutsche Gerichte die Ehe, die Griechen in Frankreich religiös geschlossen haben (der amtierende Priester begeht ein strafrechtliches Delikt)[1]), als wirksam[2]) (vgl. Art. 7 des Haager Eheschließungsabkommens)[3]).

Wenn die Ehe in Deutschland nur zivil geschlossen worden ist, so dürfte wohl keine Rücksicht darauf zu nehmen sein, daß die nach dem Heimatsrecht erforderliche religiöse Trauung nicht stattgefunden hat[4]).

---

a. a. O. n° 287 ff. bes. 292; Trib. civ. de la Seine 24. 12. 21 J. 22, 117; Appellhof von Paris 1. 3. 22 Rev. de droit int. 22/3, 310; Sirey 24. 2. 70; a. A. Surville S. 402; Trib. civ. de la Seine 20. 11. 20 J. 21, 185 (hier wurde die Ehe im Gesandtschaftspalais geschlossen); Audinet, Sirey 24. 2. 66, Rec. des Cours de l'Académie 1926, I, 204 meint, die religiöse Eheschließung sei in Frankreich wirksam, wenn sich die Ausländer nur vorübergehend in Frankreich aufhalten.

[1]) Goulé a. a. O. n° 301. Entsprechendes gilt in Deutschland RGSt. 10. 12. 12 DJZ. 1913, 588.

[2]) Ebenso Zitelmann 2, 612; Habicht S. 109; Neumeyer S. 20; Lewald S. 85; Raape Anm. C III, 1d β und C III, 2b zu Art. 13; Dreyfus a. a. O. 277; Audinet, Sirey 24. 2. 70; Perroud J. 22, 7; und die englische Entscheidung Berthiaume v. Dastous (1930) A. C. 79, 142 L. T. R. 54.

[3]) Es kann sein, daß der Priester im Heimatstaat als Standesbeamter funktioniert, dann genügt die im Ausland vorgenommene kirchliche Eheschließung nicht, wenn sie nicht zugleich die Ortsform ist. So in Österreich die ständige Rechtsprechung, z. B. OGH. 27. 3. 30 ZBl. 48, Nr. 178 und auch nach dem neuen italienischen Eherecht. Morelli, Annuario di diritto comparato IV/V, 416; Bosco, Riv. di dir. intern. 1931, 256; Valéry J. 31, 310 ff.

[4]) Ebenso Meyerowitz ZiR. 10, 9/10; Habicht Anm. III 2a zu Art. 13; Neubecker, Jahrb. f. d. int. Rechtsverkehr S. 98; Bergmann, Int. Ehe- u. Kindschaftsrecht, Berlin 1926 S. 29, 33; Neumeyer S. 19; Schöndorf, IhJb. 75, 71; Wolff, Familienrecht, 7. Aufl. S. 145; Raape Anm. E zu Art. 13; RG. 70, 139; 102, 118; 105, 363 setzen die Wirksamkeit einer solchen Eheschließung voraus. Die Beobachtung französischer Ortsform lassen genügen: Planiol-Ripert-Rouast, La Famille 2, 191; Bartin bei Aubry et Rau 7, 180; Audinet, Sirey 1924. 2. 66, wo weitere Literatur; Farcy, Nouv. Rev. prat. de droit int. privé 1912, 200/1; Arminjon 2, 137; Pillet-Niboyet S. 557, 732; Trib. civ. de la Seine 19. 11. 20 J. 21, 184; 7. 1. 22 Rev. de droit int. 1922/3, 441; Appellhof von Paris 17. 11. 22; Sirey 24. 2. 71 J. 23, 85 (in diesen Fällen war einer der Verlobten Franzose); im Ergebnis: Trib. civ. de la Seine 26. 6. 12 Rev. de droit int. 1913, 134; auch die in der Affaire Levinçon ergangenen Urteile Appellhof von Paris 17. 5. 02 Rev. de droit int. 05, 519 Ch. civ. 29. 5. 05 Rev. 05, 524; Appellhof von Paris 31. 12. 07 Rev. 09, 275 scheinen davon auszugehen, daß eine Ehe in Frankreich vor dem Standesbeamten wirksam ge-

Es ist nicht anzunehmen, daß ein Gesetz die Beobachtung einer gewissen Form vorschreibt und dann erklärt, sie reiche doch nicht aus, wenn auch, wie schon früher gesagt, eine andere Regelung wenigstens denkbar ist.

Zweifelhafter ist die Antwort auf die Frage, ob die Ehe, die Griechen in England oder Frankreich in der zivilen Ortsform geschlossen haben, vom deutschen Richter als wirksam betrachtet werden kann. Es kommt hier die schon früher erwähnte analoge Anwendung des Art. 11, II EG. in Frage. Sind Ehefragen so eng mit dem Heimatsrecht verbunden, daß es billig ist, es auch über den Anwendungsbereich der Regel locus regit actum entscheiden zu lassen? Mir scheinen viele Gründe für die Bejahung der Frage zu sprechen, wenn beide Verlobte demselben Staate angehören[1]). Das deutsche Recht stellt in so vielen eherechtlichen Fragen

---

schlossen werden kann. Das Trib. civ. de la Seine 26. 6. 1912 Nouv. Rev. prat. de droit int. privé 1912, 297 = Rev. de droit int. 13, 140; 27. 5. 13 Rev. 13, 857 und 10. 12. 18 Rev. 19, 120 (die letzteren Entscheidungen zitiert nach dem Répertoire) erklärt sich für unzuständig, darüber zu entscheiden, ob die Ehe wegen Nichtbeachtung der vom Heimatsrecht verlangten religiösen Form nichtig sei. Diese Entscheidung erklärt sich nur aus den für die Scheidung entwickelten Grundsätzen, siehe darüber unten; vgl. mit diesem Fall Appellhof von Douai 28. 3. 28 J. 29, 400; Antwerpen 20. 4. 27 J. 28, 489 = J. 29, 199; Appellhof von Brüssel 25. 5. 28 J. 29, 769; Vroonen, Rev. de l'Institut Belge de droit comp. 10, 25. Für die Berücksichtigung des Heimatsrechts: Keidel, ZiR. 7, 240; Unger, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts 1, 210; Endemann JW. 1914, 118; Weiß 3, 556 (wenn beide Gatten verschiedenen Staaten angehören, so ist die Beobachtung der Ortsform zwingend); Dreyfus a. a. O. S. 225/6, 283; Valéry S. 1059; Fiore-Antoine § 544; de Vos a. a. O. 16, 147; Trib. civ. de la Seine 28. 4. 06 J. 06, 1146, wo aber das Heimatsrecht (österreichisches Recht) nicht richtig verstanden ist; dasselbe Gericht 25. 11. 07 J. 08, 1148 = Rev. de droit int. 08, 242; über die Anordnungen der deutschen Justizverwaltungen, die bestimmen, daß eine Trauung nur stattfindet, wenn zu erwarten steht, daß die vom Heimatsrecht verlangte kirchliche Trauung nachfolgt, vgl. Keidel, ZiR. 7, 239/40 und Boschan, ZauslintPrR. 5, 334. Auch die englischen Gerichte, die, wie später zu zeigen sein wird, grundsätzlich alle Voraussetzungen der Ehe nach der lex loci actus beurteilen, gehen davon aus, daß es für die Beurteilung des Bestehens der Ehe unerheblich ist, daß nach dem Heimatsrecht eines Gatten die Ehe wegen Mangels kirchlicher Eheschließung nichtig ist. Stathatos v. Stathatos 107 L. T. R. 592 J. 13, 963; Papadopoulos v. Papadopoulos 142 L. T. R. 237, ZauslintPrR. 5, 424.

[1]) A. A. Zitelmann 2, 612, weil es das positive deutsche Recht so gebiete; nach völkerrechtlichem internationalem Privatrecht gibt er dem Heimatsrecht einen noch viel weiter reichenden, meines Erachtens übertriebenen Einfluß auf die Anwendung der Regel locus regit actum; a. A. auch Diena, Principi 2, 134 und die deutsche Rechtsprechung, die sich einfach auf Art. 11, I, 2 EG. stützt; am ausführlichsten setzt sich das Urteil des Reichsgerichts vom 6. 4. 16 RG. 88, 191 mit dem Problem auseinander. Es sagt, die Vorschriften des armenischen Rechts über die religiöse Form der Eheschließung seien nicht materiellrechtlicher Natur. Unter Form der Eheschließung sei mit Zitelmann

auf das Heimatsrecht der Gatten ab, daß ihm das Prinzip entnommen werden kann, daß das Heimatsrecht primär über das eheliche Verhältnis zu entscheiden hat. Anknüpfungen zu anderen Rechtsordnungen fehlen fast völlig. Sogar über die Zuständigkeit zur Scheidung hat das Heimatsrecht zu entscheiden, § 606, IV ZPO. Folgt man der Auffassung des Heimatstaats über die Notwendigkeit einer religiösen Trauung, so läßt sich ein Teil der Schwierigkeiten vermeiden, die nach § 606, IV ZPO. entstehen, wenn eine Ehe in Deutschland geschieden werden soll, die nach der Auffassung des Heimatstaats nichtig ist. Das Haager Abkommen freilich läßt für dritte Staaten die Ortsform auch im Widerspruch zum Heimatsrecht genügen (Art. 5, I).

Alle die erörterten Probleme können nicht als Qualifikationsprobleme, sondern nur als Problem der Auslegung und des Geltungsbereichs der Regel locus regit actum bezeichnet werden. Die Begriffe von Form und Inhalt sind hier in den verschiedenen Rechten nicht verschieden. Dies gilt auch im Verhältnis zum englischen Recht. Es wird manchmal, selbst in englischen Entscheidungen[1]), die Meinung ausgesprochen, daß das englische Recht anders zwischen Form- und Inhaltsfragen unterscheide, wie die kontinentalen. In Wirklichkeit ist aber damit die wahre englische Rechtslage nicht richtig gekennzeichnet. Das common law geht von dem Grundsatz aus, daß die Wirksamkeit der Ehe in jeder Hinsicht nach dem Recht des Abschlußorts zu beurteilen ist[2]). Erst allmählich, besonders durch Entscheidungen des House of Lords[3]) wurde dieser Grundsatz eingeschränkt und es wurden gewisse, die persönlichen Fähigkeiten

---

zu verstehen nicht nur die äußere Gestaltung der Willenserklärung, sondern die Mitwirkung von Beamten, Geistlichen und Hilfspersonen; Karlsruhe 18. 4. 17 OLG. 35, 343 (anders das Urteil desselben Gerichts vom 28. 3. 17 an derselben Stelle, das aber die entgegengesetzte Entscheidung auf verschiedene andere Gründe stützt); RG. 1. 10. 25 JW. 26, 375, IPrRspr. 1, 26; Hans. Oberlandesger. 15. 11. 26, IPrRspr. 1, 27; RG. 22. 6. 31, RG. 133, 161 (= JW. 31, 2784); auch das Urteil des Trib. civ. de la Seine vom 15. 2. 22 J. 22, 396 hält die von einem polnischen Juden und einer Französin zivil im Ausland geschlossene Ehe für wirksam. Wie hier Frankenstein 1, 555; Valéry S. 1039; Raape Anm. C III, 1 dα zu Art. 13 EG.; Audinet, Sirey 24. 2. 68; Rec. des Cours de l'Académie internationale, 1926, I, 199 meint, es komme auf die Auffassung der lex fori an; die in der zivilen Ortsform geschlossene Ehe werde von den Staaten anerkannt, die selbst die zivile Ehe eingeführt haben. Die in derselben Sache ergangenen Urteile des Trib. civ. de la Seine 21. 5. 97 J. 98, 736 und des Appellhofs von Paris vom 26. 1. 98 J. 98, 747 beurteilen die Gültigkeit der zwischen einem katholischen und einem orthodoxen nach Polen zuständigem Russen geschlossenen Ehe nach dem Heimatsrecht.

[1]) Lord Campbell in Brook v. Brook 11 E. R. 713; Chetti v. Chetti 99 L. T. R. 890.

[2]) Dicey S. 603 ff.

[3]) Brook v. Brook 9 H. L. 193, 11 E. R. 703 (1861); Mette v. Mette 1 Sw. & Tr. 416; 164 E. R. 792.

betreffende Fragen nach dem Domizilrecht beurteilt. Wenn aber z. B. das Fehlen der elterlichen Zustimmung, der der Bräutigam nach seinem Personalstatut bedurfte, die aber die lex loci actus nicht verlangte, nicht berücksichtigt wurde[1]), so ist das nicht deshalb geschehen, weil die Frage als eine Formfrage betrachtet wurde, sondern weil eben einfach die allgemeine Regel, daß alle Erfordernisse nach der lex loci actus zu beurteilen sind, angewendet wurde. Diese ist eben nicht nur als Formstatut zuständig. Allerdings mußte sich das Gericht mit dem Einwand auseinander setzen, daß nach den Präzedenzien Vorschriften des Personalstatuts über die Fähigkeit zur Eheschließung beachtet werden müssen. Der wahre Grund, warum dieser Grundsatz nicht auf die Notwendigkeit einer elterlichen Zustimmung ausgedehnt wurde, ist nicht, daß eine solche Vorschrift als Formvorschrift zu betrachten sei[3]) — das wäre eine reine Formalbegründung —, sondern entweder, daß die betreffenden Vorschriften des Personalstatuts keinen unbedingt zwingenden Charakter haben[3]), oder, was wohl richtiger ist, daß die Vorschriften des Personalstatuts über die Fähigkeit zur Eheschließung nur in ganz bestimmten Fällen, z. B. bei verbotenen Verwandtschaftsgraden, berücksichtigt werden[4]), im übrigen aber die allgemeine Regel, daß das Ortsrecht anzuwenden ist, befolgt wird[5]). Es liegt demnach auch hier ein Konflikt der Kollisionsnormen vor. Das englische Recht verweist bei der Beurteilung der Ehefähigkeit in einer weniger umfassenden Weise auf das Personalstatut als die kontinentalen Rechte. Die Regel locus regit actum gilt nicht nur für Formfragen, sondern ganz allgemein für alle Voraussetzungen der Ehe.

5. Als Grundsatz für die Ehescheidung gilt, daß das materielle

---

[1]) Simonin v. Mallac (1860) 2 Sw. & Tr. 67; Ogden v. Ogden 97 L. T. R. 827 C. A. Sottomayor v. De Barros 5. P. D. 94, wo angenommen wurde, daß die Braut in Portugal, der Bräutigam in England domiziliert war, während im entgegengesetzt entscheidenden Urteil des Court of Appeal 3 P. D. 1; 37 L. T. R. 415 angenommen worden war, daß beide Parteien in Portugal domiziliert waren; auch die amerikanischen Gerichte beurteilen grundsätzlich alle Voraussetzungen der Ehe nach der lex loci actus; Goodrich, Conflict of Laws, St. Paul Minnesota 1927 S. 252, 256; aber einzelne positive Vorschriften des Domizilrechts werden beachtet Goodrich S. 258; Hall v. Industrial Commission, Supreme Court of Wisconsin 1917, 165 Wisc. 364, 162 NW. 312.

[2]) Dicey S. 690.

[3]) Baty, Yale L. J. 26, 447; Westlake § 23.

[4]) So betonen die Richter in Brook v. Brook, daß das Law of God verletzt sei. Die Fälle The Sussex Peerage Case (1844) 8 E. R. 1034 und in re De Wilton v. De Wilton (1900) 2 Ch. 481 behandeln die Anwendung positiver statutarischer Vorschriften des englischen Rechts auf im Ausland geschlossene Ehen britischer Untertanen.

[5]) Das dürfte der Gedankengang von Sir Gorell Barnes in Ogden v. Ogden sein. In Chetti v. Chetti 99 L. T. R. 885 wird die Anerkennung gewisser religiöser Unfähigkeitsgründe des Personalstatuts abgelehnt.

Scheidungsrecht dem Recht des Mannes zur Zeit der Scheidung (die näheren Details, Kumulation mit der lex fori usw. interessieren hier nicht) zu entnehmen ist und daß die Form der Scheidung nach dem Recht des Scheidungsorts zu beurteilen ist. Man möchte glauben, daß die Zuordnung einer Vorschrift zum formellen oder materiellen Scheidungsrecht schwierige Qualifikationsprobleme erwachsen läßt. Wie stellt sich aber das Problem in Wirklichkeit?

Die Rechtsvergleichung hat uns mit den grundsätzlichen Typen der Scheidungsformen der verschiedenen Länder bekanntgemacht. Man kann bei unendlich verschiedenen Spielarten und Übergangsformen im einzelnen folgende Typen unterscheiden: Private Erklärung ohne oder mit Mitwirkung einer Behörde; Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliches Urteil, Akt der Verwaltungsbehörde, individuelles Gesetz, Fehlen jeglicher Scheidung. Offenbar hängt die Einführung der einen oder anderen Scheidungsform mit dem materiellen Scheidungsrecht zusammen. Es wäre sinnlos, ein gerichtliches Verfahren zu verlangen, wenn das freie Belieben eines Gatten über den Fortbestand der Ehe entscheiden kann[1]). Wenn dagegen die Ehe nur aus bestimmten Gründen geschieden werden kann, so ist es zweckmäßig, das Vorliegen dieser Gründe in einem der Untersuchungsmaxime unterliegenden gerichtlichen Verfahren feststellen zu lassen, bevor die Scheidung ausgesprochen wird. Diese Abhängigkeit der Scheidungsform von dem materiellen Scheidungsrecht wird auch im internationalen Privatrecht Ausdruck finden müssen. Die Berücksichtigung des materiellen Scheidungsrechts bei der Beantwortung der Formfrage liegt um so näher, als auf die Scheidungsprozedur weder die Regel locus regit actum noch der Grundsatz, daß für Prozeßfragen die lex fori maßgebend ist, unmittelbar Anwendung finden. Die Regel locus regit actum bezieht sich ihrem historischen Ursprung nach nur auf Rechtsgeschäfte, ihre Ausdehnung auf Tatbestände wie die Scheidung muß mit großer Vorsicht erfolgen. Der Grundsatz, daß Prozeßfragen nach der lex fori zu beurteilen sind, ist in seinem näheren Inhalt durchaus unbestimmt, darauf wird später in anderem Zusammenhang nochmals zurückzukommen sein. Sicher ist meines Erachtens nur, daß für den eigentlichen modus procedendi, für die ordinatoria litis die lex fori maßgebend ist. Hier handelt es sich aber um eine andere Frage, nämlich, ob eine und welche Rechtsschutzform zu gewähren ist.

Zunächst ist die Frage aufzuwerfen, ob nicht überhaupt das Heimatsrecht eines oder beider Gatten über die Scheidungsprozedur zu verfügen hat. Hängt es von ihm ab, ob im Ausland und in welcher Form eine Scheidung erfolgen kann? Wenn beide Gatten demselben Staate angehören, dürfte diese Frage zu bejahen sein, denn es besteht, wie schon gesagt, ein Primat des Heimatsrechts in Ehefragen. § 606, IV ZPO. ist hier teils unmittelbar teils analog anzuwenden. Wenn beide Gatten ver-

[1]) Raape Anm. M I, 2 zu Art. 17.

schiedenen Staaten angehören, so sind wohl übereinstimmende Vorschriften der beiden Heimatsrechte über die Scheidungsprozedur zu beachten (materiellrechtlich ist das Recht des Mannes maßgebend), im übrigen greift das Recht des Scheidungsorts in näher zu bestimmenden Grenzen ein.

Es wird sich empfehlen, die Scheidung im Inland und die im Ausland gesondert zu untersuchen. Im Deutschen Reich kann eine Scheidung nur ausgesprochen werden, wenn sowohl nach dem Recht des Ehemanns, wie nach deutschem Recht ein Scheidungsgrund vorliegt. Aus der Anwendung des materiellen deutschen Scheidungsrechts ergibt sich, daß in Deutschland eine Scheidung nur durch gerichtliches Urteil erfolgen kann[1]), selbst dann, wenn das Heimatsrecht eine Scheidung durch private Erklärung zulassen würde. Denn die effektive Durchführung des materiellen deutschen Scheidungsrechts verlangt, daß in einem gerichtlichen Verfahren die Voraussetzungen des Scheidungsanspruchs geprüft werden. Die Rechtsprechung steht grundsätzlich auf demselben Standpunkt; sie hatte sich wiederholt mit der Wirksamkeit von Scheidungen vor Rabbinatsbehörden zu beschäftigen. Sie sprach solchen Scheidungen die Wirksamkeit mit der Begründung ab, daß in Deutschland die geistliche Gerichtsbarkeit abgeschafft sei (§ 76 PStG., § 17, III GVG)[2]). Die

[1]) Bergmann 1, 49; Lewald S. 105; Raape Anm. F I, 1 zu Art. 17; Wolff, Familienrecht 7. Aufl. S. 148; Bay. Ost. 29. 9. 05 SA. 61, 463; derselben Ansicht für England Lord Reading im Fall Rex v. Superintendent Registrar of Marriages for Hammersmith, Ex parte Mir Anwaruddin (1917) 1 K. B. 640 C. A. 115 L. T. R. 882; die Entscheidung stützt sich aber darauf, daß eine „englische" Ehe vorliege, nicht eine indische; Bentwich J. 30, 607; a. A. Zitelmann 2, 744; eine positive Ausnahme enthält das Zusatzprotokoll zu Art. 19 des deutsch-russischen Vertrages.

[2]) Bay. Ost. LG. 29. 1. 21 und 30. 3. 21 Sammlung 21, 33 und 151; RG. 11. 1. 17 Warn. 14 (1921), 40; 16. 12. 20 ZiR. 30, 257; 21. 4. 21 RG. 102, 118, das auch noch betont, daß der Rabbiner auch nicht als russische Behörde in Deutschland funktionieren könne, weil das die deutsche Gebietshoheit verletzen würde; 21. 2. 25 Warn. 17 (1925), 175; 15. 2. 26 RG. 113, 38, IPrRspr. 1, 112; Kiel 26 11. 26 ZiR. 38, 388, IPrRspr. 1928, 148; KG. 8. 7. 27 OLG. 46, 202, IPrRspr. 1, 114 (incidenter); Boschan, ZauslintPrR. 5, 340; auf Art. 30 EG. BGB stützt sich Dresden 18. 1. 27 ZiR. 38, 390; auch in Frankreich hält man eine private oder religiöse Scheidung, die in Frankreich vollzogen wird, für nichtig, ebenso entsprechend in Belgien, Bartin, Dalloz 05. 2. 52; derselbe bei Aubry et Rau 7, 409; Arminjon 3, 37; Audinet, Cours 1926, I, 244; Silz a. a. O. S. 242; Poullet S. 490; Trib civ. de la Seine 18. 11. 11 2e espèce Rev. de droit int. 1912, 368; 27. 12. 12 Nouv. Rev. prat. de droit int. 1913, 87, Rev. de droit int. 13, 444; J. 1914, 172 mit Anm. von Cluzel; 24. 12. 21 J. 22, 117; Sirey 24. 2. 13; das Urteil des Appellhofs von Paris vom 15. 1. 25 J. 28, 1190 ist nicht einschlägig, weil für polnische Juden der rein religiöse Charakter der Ehe nicht mehr gilt. Lüttich 21. 3. 29 J. 29, 1158 2e espèce; Trib. civ. de la Seine 2. 6. 30 J. 31, 1078; a. A. Appellhof von Nancy 17. 6. 22; Sirey 24. 2. 14, J. 24, 668.

Begründung ist nicht ganz stichhaltig[1]), denn nach einer verbreiteten Auslegung des talmudischen Rechts ist die jüdische Scheidung eine Privatscheidung, der Rabbiner übt dabei keine gerichtlichen Funktionen aus[2]). Zweifellos ist aber auch eine rein private Scheidung, die in Deutschland vollzogen wird, unwirksam.

Wenn es feststeht, daß im Deutschen Reich eine Scheidung nur durch gerichtliches Urteil ausgesprochen werden kann, so erhebt sich die Frage, was zu geschehen hat, wenn das Heimatsrecht eine andere Scheidungsform vorsieht. Wenn es die Scheidung durch rein private Erklärung zuläßt, so ergeben sich meines Erachtens keinerlei Schwierigkeiten. Das Gericht hat zu prüfen, ob die nach dem Heimatsrecht erforderliche Scheidungserklärung abgegeben worden ist und ob nach deutschem Recht ein Scheidungsanspruch besteht. Manche Schriftsteller[3]) haben behauptet, die Gerichte könnten nicht bei einer ihnen absolut fremden Prozedur wie einer privaten Scheidung mitwirken, aber diese Mitwirkung bei der Scheidung ist für die Anwendung des deutschen Rechts notwendig und die Anwendung des ausländischen materiellen Scheidungsrechts macht keinerlei praktische Schwierigkeiten. Die Gerichte haben keine anderen Aufgaben zu erfüllen als in einem gewöhnlichen Scheidungsprozeß. Mit Rechtskraft des Scheidungsurteils wird die Ehe aufgelöst[4]).

Manche Staaten, z. B. Bulgarien[5]) und vor der Revolution Rußland[6]) haben die Ehegerichtsbarkeit den geistlichen Gerichten übertragen und sie sind soweit gegangen, daß sie eine Scheidung durch eine andere als eine kirchliche Behörde nie anerkennen. Man hat auch hier versucht die Berücksichtigung dieser Vorschrift dadurch zu erreichen, daß man erklärte, sie gehöre nach bulgarischer oder russischer Auffassung zu den fond-Vorschriften, weshalb sie von den inländischen Gerichten berücksichtigt werden müsse. Die Scheidung durch ein inländisches Gericht sei daher unzulässig. Die klassische Qualifikationstheorie wendet

[1]) Ebenso Raape Anm. M I, 2 zu Art. 17.

[2]) L. Weill, Rev. de droit int. 1909, 148; Levy, Le Divorce juif et les conflits de lois qu'il peut engendrer. Thèse Nancy 1929 S. 136; S. 99 Aufzählung der Länder, wo das jüdische Scheidungsrecht noch gilt.

[3]) Jordan, Rev. de droit int. 1922/3 S. 388; Bartin bei Aubry et Rau 7, 409; derselbe, Dalloz 03. 2. 50, der aber sagt, die talmudische Scheidung habe ihren Charakter gewandelt und es komme auf den praktischen Gehalt an; KG. 19. 12. 05 ZiR. 09, 263, OLG. 4, 241, das sich zugleich auf § 606 ZPO. stützt; ähnlich Landgericht München I ZRpfl. in Bayern 4, 482; LG. Straßburg 13. 2. 24, Rev. de droit int. 25, 354.

[4]) Lewald S. 117 mit Berichtigung am Schluß des Bandes.

[5]) Bergmann 2, 40/1. Die Nichtanerkennung ausländischer staatlicher Urteile ist zweifelhaft.

[6]) Für das neue italienische Recht vgl. Bosco, Riv. di diritto int. 10 (1931), 256/7; über das griechische Recht Carabiber, Rev. de droit int. 1931, 590.

dagegen ein, daß die ausländische Qualifikation nicht maßgebend ist[1]). Die französischen Gerichte haben lange Zeit in diesen Fällen die Klage zurückgewiesen mit der Begründung, daß hier die Scheidung eine religiöse Prozedur sei, die von französischen Gerichten nicht vorgenommen werden könne[2]). Der wahre Grund dieser Rechtsprechung ist wohl der, daß sich die Gerichte gescheut haben, eine Scheidung auszusprechen, die vom Heimatstaat nicht anerkannt wird[3]). Im deutschen Recht ist diesem Gesichtspunkt durch § 606, IV ZPO Rechnung getragen. Im Sinne dieser Vorschrift sind die deutschen Gerichte zur Scheidung von Ausländern auch dann nicht zuständig, wenn nach dem Heimatsrecht die Scheidung bestimmten Behörden ausschließlich vorbehalten ist[4]).

Die Gründe, die die französischen Gerichte anführen, vermögen allerdings nicht zu überzeugen. Wenn sie sagen, die Gerichte könnten nicht als religiöse Instanzen funktionieren, so ist einzuwenden, daß es sich ja nur darum handelt, eine zivilrechtlich wirksame Ehe mit zivilrechtlicher Wirkung aufzulösen. Es ist doch unbestreitbar, daß auch der

---

[1]) Jordan, Rev. de droit int. 1922/3, 374; Audinet, Sirey 24. 2. 10; derselbe, Rec. des Cours 1926, I, 243; Bartin, Principes S. 417, der den Gerichten Verwechslung von Form- und fond-Fragen vorwirft; Degand, Rép. de droit int. v° Divorce n° 201, Nast J. 31, 166.

[2]) Übersicht über die Rechtsprechung bei Jordan a. a. O. 377 ff.; Levy S. 123 ff.; Audinet, Sirey 24. 2. 10; Appellhof von Paris 17. 5. 02 Rev. de droit int. 05, 519, Dalloz 03. 2. 49 mit Anm. von Bartin; Ch. civ. 29. 5. 05 Sirey 06 1. 161, Rev. de droit int. 05, 518; Trib. civ. de la Seine 9. 5. 11 Rev. de droit int. 1911, 640; 18. 11. 1911 1ère espèce Rev. de droit int. 1912, 368; 18. 12. 02 J. 03, 805; 11. 3. 13 Rev. de droit int. 13, 447; 25. 5. 12 Rev. de droit int. 13, 151 (betrifft eine Nichtigkeitsklage); 9. 12. 21 Sirey 24. 2. 13; Appellhof von Paris 26. 12. 12 Rev. de droit int. 13, 424; 26. 6. 10 Rev. de droit int. 10, 837; Req. 5. 7. 26 Rev. de droit int. 29, 258, wo aber im konkreten Fall die Scheidung zugelassen wird, weil nach dem Heimatsrecht die Zivilgerichte zuständig sind. Ebenso Appellhof von Paris 20. 11. 20 J. 21, 185; Trib. civ. von Antwerpen 9. 2. 09 Rev. de l'Institut Belge de Droit comp. 14, 132; diese Auffassung wird gebilligt von Vroonen, Rev. de l'Institut Belge de Droit comp. 10, 20; Poullet S. 490, es sei denn, daß die Ehe nach dem Heimatsrecht nichtig ist.

Die Zuständigkeit wird bejaht: Trib. civ. de la Seine 11. 6. 21 J. 21, 525, Sirey 24. 2. 10 mit Anm. von Audinet; 24. 12. 21 J. 22, 117; Erstinstanzgericht von Brüssel 6. 12. 22 Rev. de l'Institut de Droit comp. 14, 138; Appellhof von Brüssel 8. 1. 27 J. 28, 486; Landgericht Straßburg 22. 10. 30 J. 31, 166.

Daß der religiöse Charakter der Ehe kein Hindernis bildet sie zu scheiden, betonen Planiol-Ripert-Rouast, Traité prat. de droit civil fr., Paris 1926, 2, 460; Bartin bei Aubry et Rau 7, 409; Pillet, Sirey 06. 1. 161. Übersicht über die Rechtsprechung, Silz a. a. O. S. 244; Degand a. a. O. n° 200 ff.

[3]) Vauthier a. a. O. sieht den Grund darin, daß die Gerichte zwischen Form- und Inhaltsvorschriften keine radikale Scheidung machen wollen. S. 127, 142.

[4]) Stein-Jonas Anm. II, 2 zu § 606; Landgericht Straßburg 13. 2. 24 Rev. de droit int. 1925, 354.

ausländische Staat zivilrechtliche Wirkungen an Eheschließung und Scheidung knüpft und nur um die handelt es sich.

Die Behauptung, daß nach bulgarischem Recht die Vorschriften über die kirchliche Zuständigkeit zu den fond-Vorschriften gehöre, ist wohl in Wirklichkeit nichts anderes als eine Umschreibung des Grundsatzes, daß der betreffende Staat eine Scheidung durch ein weltliches Gericht nicht anerkennt. Er knüpft an die Verletzung der Zuständigkeitsvorschrift dieselbe Folge wie an die Verletzung einer materiellrechtlichen Norm, aber das heißt nicht, daß er die Norm in anderer Beziehung als eine materiellrechtliche betrachtet. Nur in der internationalen Regelung unterscheidet sich das bulgarische Recht von dem deutschen. Es will nicht zulassen, daß auch ein ausländischer Staat bulgarische Bürger scheidet. Über diese Auffassung geht der deutsche Richter hinweg, es sei denn, daß beide Gatten bulgarische Staatsangehörige sind, denn für ihn gilt der Grundsatz, daß die Scheidungsprozedur nach dem Ortsrecht zu erfolgen hat. Auch der Hinweis, daß die Vorschriften über die kirchliche Zuständigkeit mit der sakramentalen Auffassung der Ehe und damit mit dem fond zusammenhängen und daher selbst fond-Vorschriften seien, zieht nicht; denn wegen des Zusammenhangs mit der materiellrechtlichen Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses wird eine prozessuale Norm nicht zu einer materiellrechtlichen, sonst wären die Normen, welche wegen der Eigenart des Scheidungsanspruchs die Verhandlungsmaxime einschränken, auch materiellrechtliche.

Nach kanadischem Recht erfolgt die Scheidung durch ein individuelles Gesetz, ein private bill. Kann ein Kanadier in Deutschland durch gerichtliches Urteil geschieden werden? Niboyet[1]) glaubte mit Hilfe der Qualifikationstheorie die Antwort zu finden. Es sei nach inländischer Qualifikation zu entscheiden, ob das private bill des kanadischen Parlaments ein jurisdiktioneller oder ein legislativer Akt sei. Im ersteren Fall seien die französischen Gerichte für die Scheidung zuständig, im letzteren nicht. Nach französischem Staatsrecht, das angewandt wird, weil es sich um eine Qualifikationsfrage handelt, sei ein individuelles Gesetz eine contradictio in adjecto, daher sei das private bill als ein jurisdiktioneller Akt anzusprechen, die Scheidung im Inland möglich. Die Begründung vermag nicht zu überzeugen, da sie eine rein begriffsjuristische ist. Der Begriff des jurisdiktionellen Akts ist ganz unsicher, er wird z. B. von der noch herrschenden deutschen Theorie anders aufgefaßt als von der französischen; er ist ein rein wissenschaftlicher, nicht normativer. Dazu kommt folgendes: Steht es wirklich fest, daß Gerichte nur jurisdiktionelle Akte gerade in dem so oder so definierten Sinn vornehmen können? Diese Frage kann nur dann sofort bejaht werden, wenn man den jurisdiktionellen Akt als einen, der von Gerichten vorgenommen werden

[1]) Sirey 24. 2. 114.

kann, definiert. Doch verbirgt sich unter der begriffsjuristischen Hülle ein sachlicher Kern: man kann ihn wie folgt ausdrücken: Würde bei der Scheidung eines Kanadiers den Gerichten eine Tätigkeit zugemutet, die außerhalb des Bereichs der Funktionen liegt, die dem Gericht gewöhnlicherweise obliegen?

Richtig ist daher, daß man die Natur des private bill näher zu untersuchen hat. Es ergibt sich, daß das private bill formell zwar ein Akt des Gesetzgebers ist und einem Gesetz gleich steht, aber die Gesetzgebungsgewalt wird wie eine richterliche ausgeübt, d. h. die Scheidung wird nur bei Vorhandensein bestimmter Gründe ausgesprochen, wie wenn das Parlament an eine bestimmte Rechtsnorm gebunden wäre. Man beachtet nämlich die Regeln des materiellen englischen Scheidungsrechts[1]). Aus dieser Sachlage ergibt sich, daß kein Hindernis besteht, kanadische Bürger in Deutschland zu scheiden. Eine Anwendung des materiellen kanadischen Scheidungsrechts ist möglich, man folgt eben denselben Grundsätzen, denen das kanadische Parlament folgt. Dabei haben die deutschen Gerichte keinerlei Funktion auszuüben, die ihrer Organisation widerspricht[2]).

Gegen die Anwendung der vom kanadischen Parlament befolgten Grundsätze könnte eingewendet werden, daß sie keine Privatrechtssätze sind, sondern nur Gewohnheiten oder unverbindliche Maximen und die Kollisionsnorm nur Rechtssätze anzuwenden heißt. Es handelt sich hier um ein weitreichendes Problem, das hier nur angedeutet werden kann. In den verschiedenen Rechtssystemen hat die rechtsanwendende Behörde, in der Regel der Richter, eine ganz verschiedene Stellung zur Rechtsnorm und daher muß auch die Rechtsnorm selbst jeweils verschieden formuliert werden. Praktisch kommt hauptsächlich der Unterschied zwischen der Regel des common law und der des kontinentalen Privatrechts in Betracht. Ebenso ist die Entstehung der Norm in den beiden Rechtssystemen verschieden. Auf diese Verschiedenheiten muß auch das internationale Privatrecht Rücksicht nehmen. Wir können nicht erwarten, daß alle Erscheinungen eines ausländischen Rechts in unser eigenes Schema passen; würden wir unsere staatsrechtlichen Begriffe ohne Überlegung anwenden, so würden wir oft ins Leere greifen. Daher müssen wir neben der theoretischen Erwägung, die uns sagt, wann nach der ausländischen Verfassung eine bindende Norm vorliegt[3]),

---

[1]) Das hat Rabel; ZauslintPrR 5, 262 nachgewiesen. Nach Champcommunal, Annuaire de législation étrangère 1922, 479 wurde die Scheidung in 95 von 101 Fällen wegen Ehebruchs ausgesprochen, die anderen Gründe sind Impotenz und Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Ebenda S. 394 Näheres über die Prozedur.

[2]) Für die Zulässigkeit der Scheidung von Kanadiern in Frankreich haben sich ausgesprochen der Appellhof von Douai 29. 1. 24 Sirey 24. 2. 113, J. 24, 389; Bartin, Principes S. 423.

[3]) Vgl. hierzu Kunz, ZiR. 32, 28 ff.

auch das praktische Funktionieren der ausländischen Rechtsordnung berücksichtigen; der materiale Gehalt muß neben der formalen Konstruktion zur Geltung kommen. Daher sind die von einer ständigen Rechtsprechung befolgten Grundsätze oder wie im vorliegenden Fall vom Parlament befolgte Maximen wie Sätze des ausländischen Privatrechts zu behandeln. Wenn man die Klassifizierung der von Gericht oder Parlament befolgten Grundsätze als Rechtsnorm oder bloße Gewohnheit mit dem Wort Qualifikation bezeichnen will, so liegt auch hier ein Qualifikationsproblem vor. Aber internationalrechtlich ist diese Qualifikation nicht oder wenigstens nicht allein maßgebend, sondern in erster Linie ist die praktische Auswirkung zu beachten.

Auch dann, wenn die kanadische Scheidung kein jurisdiktioneller Akt im Sinn einer Anwendung einer schon bestehenden Norm (dies Wort im weitesten Sinn genommen) wäre, hielte ich eine Scheidung durch deutsche Gerichte nicht für ausgeschlossen. Auch in diesem hypothetischen Falle erfolgt ja die Scheidung und ihre Verweigerung wenigstens ihrem Sinn nach nicht rein willkürlich und zufällig, wie wenn etwa das Los entscheiden würde[1]), sondern nach der Gerechtigkeit des Einzelfalls. Es wäre möglich, daß der deutsche Richter kanadische Gatten scheidet, wenn es die Gerechtigkeit des Einzelfalls fordert und ein deutscher Scheidungsgrund vorliegt. Er müßte dann allerdings offenbar die Gerechtigkeitsvorstellungen des kanadischen Volkes, wenn sie von den deutschen abweichen sollten, berücksichtigen, das ist eine schwere, aber nicht unlösbare Aufgabe, da Präjudizien zur Verfügung stehen. Eine Tätigkeit, die über seinen normalen Aufgabenkreis hinaus geht, würde auch hier vom Richter nicht verlangt. Auch sonst muß er eine Entscheidung in Hinsicht auf den Einzelfall treffen: eine Vertragsstrafe herabsetzen, entscheiden, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, ob ein wichtiger Grund für eine Kündigung vorliegt u. ä.

Eine andere Frage ist wieder, ob nicht darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß das ausländische Recht dadurch, daß es die Scheidung dem Parlament vorbehält, implicite die Scheidung durch ausländische Gerichte für unwirksam erklärt[2]). Nach dem früher Gesagten ist ein solches Verbot des Heimatstaats zu beachten, wenn beide Gatten demselben Staate angehören[3]).

Es ist leicht einzusehen, daß dieselben Erwägungen, die für die

---

[1]) Man ist sich im Verwaltungs- und Strafrecht darüber einig, daß es ein absolut freies Ermessen nicht gibt; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930 S. 43.

[2]) Da das common law dem Wohnsitzprinzip folgt, ist das im konkreten Fall nicht anzunehmen.

[3]) Auch Bartin, Principes S. 418/9 meint, es sei möglich, aus dem engen Zusammenhang zwischen Grund und Prozedur der Scheidung zu schließen, daß in Frankreich eine gerichtliche Scheidung nicht möglich sei, wenn das Heimatsrecht eine abweichende Prozedur vorsehe.

Scheidung durch individuelles Gesetz angestellt wurden, entsprechend für die durch Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder administrative Verfügung angestellt werden können. Die Schwierigkeit dürfte wohl nie in der Trennung der materiellen Fragen und der Scheidungsprozedur liegen; anscheinend lassen sich bei allen Rechten, die Voraussetzungen und die Prozedur der Scheidung in einer Weise trennen, die allgemeingültig ist. Wenn verschiedene Rechtsordnungen miteinander in Konflikt geraten, so liegt es nicht daran, daß sie die Grenze zwischen materiellem Scheidungsrecht und Prozedur verschieden ziehen, sondern daran, daß sie nicht eine Prozedur durch die andere wollen ersetzen lassen; auch steht die Prozedur selbst oft in so engem sachlichem Zusammenhang mit dem materiellen Scheidungsrecht, daß nicht eine beliebige andere an Stelle der eigentlich passenden gesetzt werden kann. Alle diese Konflikte können nicht damit entschieden werden, daß man Normen oder Institutionen qualifiziert, damit würde man das Problem nur äußerlich lösen, sondern dadurch, daß man auf die sachlichen Gründe der Differenzen eingeht und sie nach Wertgesichtspunkten zu schlichten trachtet.

Dasselbe Verfahren muß der deutsche Richter bei der Behandlung der im Ausland vollzogenen Scheidung beobachten. Ist die Scheidung im Ausland durch Urteil vollzogen, so findet § 328 ZPO. Anwendung. Hier wird einmal eine Qualifikation erheblich, es fragt sich nämlich, wann ein ausländischer Staatsakt ein Urteil im Sinn des § 328 ist. Die Frage, ob der Akt seinem Inhalt nach ein Urteil ist, braucht nicht erörtert zu werden, weil ja vorausgesetzt wird, daß darin eine Scheidung ausgesprochen wird. Es fragt sich also nur, ob die Behörde, die die Scheidung ausgesprochen hat, ein Gericht war und ob das Verfahren einem gerichtlichen Verfahren entspricht. Da man nicht erwarten kann, daß ausländische Staaten ihre Behörden genau so wie Deutschland organisieren, kann jedenfalls nicht Identität dieser beiden Faktoren vorausgesetzt werden. Ebensowenig kann es darauf ankommen, wie der ausländische Staat den Akt benennt, ausschlaggebend kann nur die ungefähre Übereinstimmung in der sachlichen Funktion sein[1]).

Die Qualifikation als gerichtliches Urteil hat aber nur für die Anwendung des § 328 ZPO. Bedeutung. Erscheint der ausländische Scheidungsakt nicht als Urteil im Sinn des § 328, so ist damit über seine Nichtanerkennung noch nichts entschieden. Auszugehen ist davon, daß die grundsätzliche Möglichkeit besteht, jeden beliebigen Scheidungsakt, mag er rein privater Natur sein oder ein Administrativakt[2]) oder ein in-

[1]) Neuner, Internationale Zuständigkeit S. 16.

[2]) Beispiel der Anerkennung eines dänischen Scheidungsdekrets, Trib. civ. von Rom 8. 4. 1908 J. 10, 670; auch bei Kosters-Bellermans, Conventions de la Haye, Harlem-Haag 1921 S. 341 (auf Grund des Art. 7 der Haager Scheidungskonvention).

dividuelles Gesetz[1]), anzuerkennen. Das Deutsche Reich kann nicht verlangen, daß andere Staaten das Scheidungsverfahren in gleicher Weise wie es organisieren, eine grundsätzliche Nichtanerkennung ausländischer Scheidungen, die keine Urteile sind, würde zu den unsinnigsten Konsequenzen führen. Sollte man etwa eine Ehe, die ein Russe mit einer Russin in Rußland geschlossen hat, deshalb für nichtig halten, weil seine frühere Ehe durch einen bloß privaten Akt geschieden wurde? Jedenfalls wird man die nichtgerichtliche Scheidung anerkennen, die im Heimatstaat gemäß seinem Recht stattgefunden hat. Wir werden aber wohl auch eine Scheidung anerkennen, die in einem anderen als dem Heimatstaat in der Form des Heimatsrechts erfolgt ist[2]), selbst dann, wenn das Ortsrecht zwingend die Beobachtung seiner Scheidungsform verlangt[3]). Man hat wohl keinen Anlaß, die für das deutsche Recht aufgestellte Regel auf andere Rechte zu übertragen; im Streit zwischen Ortsrecht und Heimatsrecht hat, wie schon öfters erwähnt, das Heimatsrecht einen gewissen Vorrang.

Schwieriger ist schon der Fall zu entscheiden, daß die Scheidung in einem fremden Staat in der von der Form des Heimatsrechts abweichenden Ortsform erfolgt ist[4]). Können sich z. B. Deutsche in Rußland privat scheiden? Ich möchte die Frage bejahen für den Fall, daß sie ihren Wohnsitz in Rußland haben[5]). Es ist unmöglich, in Rußland einen Scheidungsprozeß durchzuführen, auch kann man nicht verlangen, daß der russische Staat die gerichtliche Scheidung einführt; denn die Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse gehört mit wenigen Ausnahmen zu jenem Tätigkeitsbereich, in dem sich die staatliche Souveränität völlig frei entfalten kann. Andererseits kann man von den deutschen Bürgern meist nicht verlangen, ihren Scheidungsprozeß in Deutschland zu führen. Das kann geradezu unmöglich sein, nämlich, wenn kein deutsches Gericht zuständig ist (anders das österreichische Recht, das für einen solchen Fall in § 100 JN. Vorsorge trifft). In vielen Fällen wird es wenigstens tatsächlich unmöglich sein, den Scheidungsprozeß in Deutschland zu führen, weil sich eben alle prozeßerheblichen Ereignisse fern vom deutschen

---

[1]) Champcommunal, Annuaire de législation étrangère 1922, 397 will das kanadische Scheidungsbill als ausländisches Gesetz anwenden, weil die Auffassung dieses Aktes als eines Aktes der souveränen Gewalt entscheide.

[2]) Zitelmann 2, 756 ff., 775; Lewald S. 125 ff.; Silz a. a. O. S. 230; Bertrand, Rev. de l'Institut Belge de droit comparé 14, 138.

[3]) Ebenso Trib. civ. von Brüssel 16. 6. 28 J. 28, 1253 = J. 29, 773.

[4]) Endemann JW. 1914, 151/2 verlangt Beachtung des Heimatsrechts.

[5]) A. A. Zitelmann 2, 775, Frankenstein 1, 557 und Raape Anm. M. I, 1 zu Art. 17; so sehr ich mit Raape in der Betonung des Zusammenhangs des formellen und materiellen Scheidungsrechts übereinstimme, so scheint es mir doch bedenklich, den Vorschriften über das Scheidungsverfahren materiellrechtlichen Charakter beizulegen um daraus die internationalrechtliche Behandlung zu erschließen.

Reiche abgespielt haben. Wenn man also dem deutschen Bürger nicht überhaupt die Möglichkeit zur Scheidung verschließen will, muß man ihm schon die in der Ortsform gestatten. Aber sie wird natürlich nur dann als wirksam anerkannt, wenn nach deutschem Recht ein Scheidungsgrund vorgelegen ist. Es ist hier nicht der Platz zu untersuchen, ob nicht für die Anerkennung von ausländischen Scheidungen, die in der Form eines Administrativakts ergangen sind, besondere Voraussetzungen der Anerkennung etwa in Analogie zu § 328 aufzustellen sind. Für die private Scheidung kommt eine solche Analogie, abgesehen vom Wohnsitzerfordernis, nicht in Frage[1]).

Ähnliches gilt für die Scheidung von Ausländern in einem dritten Staat. Hier wird besonders die Frage brennend, inwieweit man dem Heimatstaat gestatten soll, die Scheidungsprozedur seiner Bürger zu regeln. Wie schon früher betont, scheint die Zuständigkeit des Heimatstaats nur dann billigerweise anerkannt werden zu können, wenn beide Gatten demselben Staat angehören oder wenn doch die beiden Heimatsrechte in dieser Frage denselben Standpunkt einnehmen[2]).

Die Erörterung der vorstehenden Beispiele dürfte ergeben haben, daß diese Fälle nicht mit Hilfe der Qualifikationstheorie gelöst werden können. Die Lösung, die sie gibt, ist weder logisch wirklich einwandfrei begründet, noch rationell zu verstehen. Man begreift nicht den sachlichen Grund des Ergebnisses. Andererseits dürfte klar geworden sein, daß man auch ohne Hilfe der Qualifikationstheorie Lösungen finden kann, die dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechen und mit jener Sicherheit begründet sind, die überhaupt auf einem so schwankenden Boden, wie dem des internationalen Privatrechts möglich ist. Der einzige prinzipielle Einwand, der gegen die hier befolgte Methode erhoben werden könnte, ist der, daß sie sich über die Regel locus regit actum hinwegsetzt. Aber dieser Regel kann nicht der Sinn zukommen, den ihr die herrschende Lehre mehr oder minder unbewußt zuschreibt. Sie hat bekanntlich historisch eine merkwürdige Erweiterung und Formalisierung erfahren. Früher wandte man sie nur auf die instrumentalen Formen der Rechtsgeschäfte an; die öffentliche Form des einen Landes kann durch die des anderen Landes ersetzt werden. Erst später und unter Widerspruch

[1]) Im Fall Kapigian v. Der Minassian 212 Mass. 412, Lorenzen Cases on Conflict of Laws S. 696 wurde eine gemäß dem Wohnsitzrecht automatisch durch den Religionswechsel bewirkte Eheauflösung anerkannt. Ebenso ist ständige amerikanische Praxis, die gemäß dem Indianerrecht erfolgte Eheauflösung anzuerkennen. Goodrich a. a. O. S. 270.

[2]) Raape Anm. M I, 3 zu Art. 17; RG. 22. 6. 31, RG. 133, 161 wendet materiell das internationale Privatrecht des Heimatstaats der Parteien an und dazu § 328 ZPO.; Arminjon 3, 35 will nur eine gemäß dem Ortsrecht erfolgte Scheidung anerkennen; M. Wolff, Familienrecht[7] S. 152 hält die Scheidung für wirksam, wenn sie dem Heimatsrecht der Gatten gemäß und nach der lex loci actus zulässig ist.

wurde sie auch auf die Frage ausgedehnt, ob das Rechtsgeschäft überhaupt einer Form bedarf und eine weitere Ausdehnung bestand darin, daß man sie auch auf nicht rein rechtsgeschäftliche Tatbestände wie z. B. die Scheidung anwandte. Die Anwendung der Regel locus regit actum stellte man sich nun etwa in folgender Weise vor: Man entnimmt der einen Rechtsordnung die Formvorschriften, einer oder eventuell mehreren anderen die Vorschriften über den Inhalt. Infolgedessen ist nötig von einem allgemeinen Begriff der Form- und Inhaltsvorschriften auszugehen und daher hat z. B. Zitelmann versucht, die Formvorschriften als jene Vorschriften zu definieren, die für eine Willenserklärung eine Form vorschreiben oder ausschließen, ohne die Möglichkeit, die Willenserklärung in einer anderen Form abzugeben, überhaupt auszuschließen[1]). Diese Definition hat sicher etwas Einleuchtendes, nur fragt sich, warum gerade sie maßgebend ist. Der sachliche Zusammenhang zwischen dem rationellen Grund der Regel locus regit actum und gerade dieser Definition der Formvorschrift ist nicht einzusehen. Im Sinn der Qualifikationstheorie würde es liegen, den Begriff der Formvorschrift im Sinn der inländischen Sachnorm entscheiden zu lassen. Aber wie schon früher gesagt, scheint eine Definition des Begriffs der Formvorschrift im Sinn der Sachnorm meist zu fehlen. Man hat nur in bezug auf das internationale Privatrecht eine Grenze zwischen Form- und Inhaltsvorschriften zu ziehen versucht. Und selbst wenn eine solche Grenze in bezug auf die Sachnorm bestünde, so wäre immer noch zu beweisen, daß im internationalen Privatrecht dieselbe Grenze gilt.

Gerade weil eben die verschiedenen Rechtsordnungen untereinander verschieden sind, kann man nicht erwarten, daß man in einer Art mechanischen Prozedur der einen Rechtsordnungen die Formvorschriften entnehmen kann, einer anderen die Vorschriften über den Inhalt und daß nun beide Teile zueinander passen wie Teile eines Zusammensetzspiels. Weil Form und Inhalt sachlich zusammenhängen oder wenigstens zusammenhängen können, darf man sie nicht mit dem Messer eines von außen herangetragenen Begriffs auseinander schneiden, sondern muß den in der Sache selbst gelegenen Zusammenhang berücksichtigen. Das kann man nur, wenn man die beiden zur Anwendung kommenden Rechtsordnungen nacheinander anwendet[2]); es geschieht in folgender Weise: Zu-

[1]) Zitelmann 2, 154; vgl. Oberneck, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 3, 459.

[2]) Eine ähnliche Anschauung vertritt Pacchioni a. a. O. S. 176/8; in dem hier behandelten Fall ist die Reihenfolge unerheblich, weil die Anwendung der Vorschriften des einen Rechts nicht sinngemäß die des andern ausschließt; anders im später zu besprechenden Fall der güterrechtlichen und erbrechtlichen Vorschriften; logisch sind jedoch zuerst die für den Inhalt maßgebenden Vorschriften anzuwenden und das ist auch praktisch notwendig, wenn das Zustandekommen des Vertrags zweifelhaft ist und davon der Errichtungsort abhängt.

nächst ist zu fragen, ob der Akt, dessen Wirksamkeit bestritten ist, und der der Form des Wirkungsstatuts nicht genügt, gemäß der Ortsform gültig ist. Das setzt wohl voraus, daß das Ortsrecht ein entsprechendes Geschäft kennt, denn es wäre offenbar unrichtig zu sagen, daß nach dem Ortsrecht überhaupt keine Form erforderlich ist, wenn das Ortsrecht das Geschäft überhaupt nicht kennt. Dann ist bei den Vorschriften des Ortsrechts eine Unterscheidung zu machen; nur die Formvorschriften sind anzuwenden, nicht die Inhaltsvorschriften. Diese Unterscheidung scheint in der Regel keine Schwierigkeiten zu machen[1]); nur die Anwendung des § 2247 BGB. auf ausländische Minderjährige, die in Deutschland testieren, schien zweifelhaft. Es wird sich empfehlen, alle jene Vorschriften anzuwenden, die die äußere Erscheinung und die Prozedur des Aktes betreffen. Dazu gehört auch die Vorschrift, daß eine Scheidung nur durch gerichtliches Urteil erfolgen kann, daß eine Behörde eine Zustimmung erteilen muß, die sie frei verweigern kann, obwohl dieselben Vorschriften in anderem Zusammenhang als Inhaltsvorschriften zu behandeln sind[2]). Ihre Anwendung ergibt sich daraus, daß eben sonst der betreffende Akt im Ausland überhaupt nicht in der Ortsform vorgenommen werden könnte. Es sind eben alle jene Vorschriften mit anzuwenden, die mit der Errichtung selbst in untrennbarem Zusammenhang stehen.

Wenn feststeht, daß der Akt den Formen des Ortsrechts genügt, so muß geprüft werden, ob er die inhaltlichen Erfordernisse des oder der Wirkungsstatute erfüllt. Aus dem Wirkungsstatut sind daher alle jene Vorschriften auszuscheiden, die Formerfordernisse aufstellen. Also wiederum eine Trennung von Form- und Inhaltsvorschriften, doch vom entgegengesetzten Ende aus. Aber der verschiedene Ausgangspunkt kann ein verschiedenes Ergebnis zur Folge haben. Man wird jetzt mit den Inhaltsvorschriften auch jene Vorschriften anwenden, die zwar zunächst nur die Form betreffen, aber in so engem sachlichem Zusammenhang mit Inhaltsvorschriften stehen, daß sie sinngemäß mit diesen zusammen angewandt werden müssen. Daher erscheint jetzt § 2247 BGB. als Inhaltsvorschrift.

Ein ganz selbständiges Problem ist wieder, ob in gewissen Fällen die Geltung der Regel locus regit actum vom Wirkungsstatut abhängig zu machen ist.

Der Sinn der Kollisionsnorm wäre demnach eine Verweisung auf die ausländische Sachnorm, die ganz allgemein lautet. Der Kern, auf den verwiesen wird, Inhaltsvorschrift und Formvorschrift, läßt sich immer ohne Schwierigkeit feststellen, weil eben insoweit alle Rechtsordnungen, deren Abgrenzung das internationale Privatrecht zu vollziehen hat, übereinstimmen. Würden sie es nicht tun, so wäre ein internationales

[1]) Vauthier a. a. O. S. 44 betont überdies mit Recht, daß im Einzelfall die Unterscheidung von Form- und Inhaltsvorschriften keine übertriebenen Schwierigkeiten macht.

[2]) Baligand, ZiR. 17, 220; Vauthier a. a. O. S. 25.

Privatrecht überhaupt unmöglich. Insofern ist also eine international gemeinsame Qualifikation maßgebend. Die nähere Abgrenzung des Kreises der anzuwendenden Rechtsnormen erfolgt aber nicht durch von außen herangetragene Begriffe, sondern nach dem inneren sachlichen Zusammenhang dieser Normen selbst.

Allgemeine Voraussetzung des Eingreifens der Regel locus regit actum ist, daß es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das an einem Ort errichtet ist, dessen Recht nicht für seinen Inhalt maßgebend ist. Schon oben wurde ausgeführt, daß der Kreis der Akte, für die die Regel gilt, als noch nicht endgültig festgelegt betrachtet werden kann. Zunächst gilt sie für Rechtsgeschäfte, ob sie auch auf andere Akte ausgedehnt werden kann, muß jeweils geprüft werden. Die hier in Frage stehende Beschränkung des Anwendungsbereichs der Regel locus regit actum ist sowohl eine Beschränkung der Verweisung, wie eine Bedingung für die Verweisung. Es wird nur auf die Vorschriften des Ortsrechts verwiesen, die die Formen der Rechtsgeschäfte betreffen und nur, wenn der zu beurteilende Akt als rechtsgeschäftlicher qualifiziert werden kann, darf die Trennung von Form- und Inhaltsvorschriften vorgenommen werden. Die eben erwähnte Qualifikation ist eine internationalprivatrechtliche. Auch nach ausländischem Recht zu beurteilende Akte sind daraufhin zu prüfen, ob für sie die Regel locus regit actum gilt. Daher kann der Begriff des Rechtsgeschäfts nicht ausschließlich mit Rücksicht auf die Sachnorm der lex fori gebildet werden. Aber Qualifikationskonflikte scheinen sich hier nicht zu ergeben. Wenn sich Schwierigkeiten ergeben, so kommt das daher, daß es oft zweifelhaft ist, ob die Regel locus regit actum nicht auch auf nicht rechtsgeschäftliche Akte ausgedehnt werden kann. Solche Fälle dürften natürlich nicht damit gelöst werden (und man hat es auch nicht versucht), daß man den Begriff des Rechtsgeschäfts zurechtbiegt, sondern die Frage muß direkt gestellt werden, z. B. kann die Regel locus regit actum auch auf einen Tatbestand wie die Scheidungsprozedur angewandt werden? Die richtige Fragestellung läßt das Qualifikationsproblem verschwinden. Die Anknüpfung geschieht an den Errichtungsort. Dieser Begriff kann wohl nur durch die Kollisionsnorm des Richters bestimmt werden. Es ist hier nicht zu untersuchen, wie er konkret zu definieren ist. Nur möge daran erinnert werden, daß der Begriff des Errichtungsorts auch dann ein kollisionsrechtlicher Begriff ist, wenn man verlangt, daß das Rechtsgeschäft nach dem für es inhaltlich maßgebenden Recht zustande gekommen ist. Es besteht kein Grund, hier auf die Auffassung, die dieses Recht selbst von dem Begriff des Errichtungsorts hat, abzustellen, sondern es bleibt bei der grundsätzlichen Autonomie der kollisionsrechtlichen Begriffe. Selbstverständlich sind aber bei der Beurteilung der Frage, ob das Rechtsgeschäft nach dem für es maßgebenden Recht zustande gekommen ist, die Formvorschriften in der oben geschilderten Weise auszuscheiden.

3. Erbrecht und Güterrecht.

Schon seit Jahrhunderten bemüht sich die Wissenschaft des internationalen Privatrechts, güterrechtliche und erbrechtliche Vorschriften voneinander abzugrenzen. Bartin glaubte eine Lösung der Schwierigkeiten dadurch zu finden, daß er den von dem überlebenden Ehegatten erhobenen Anspruch nach der lex fori qualifizierte und, je nachdem er sich als erb- oder familienrechtlicher darstellte, entweder das auf das eheliche Güterrecht anwendbare Recht oder das Erbstatut anwandte.

Er entwickelt seine Ansicht[1]) an einem Urteil des Appellhofs von Algier vom 24. 12. 89 J 91, 1171, in dem die Witwe gemäß dem Code Rohan die Hälfte der Errungenschaft verlangte[2]) und es sich unter anderem darum handelte, ob die Erben des Mannes sich diesem Anspruch gegenüber auf die Bestimmungen des Gesetzes vom 14. 7. 1819, das französische Erben bevorzugt, berufen können. Das ist nur möglich, wenn der Anspruch der Frau ein erbrechtlicher ist. Das Gericht zog aus der Stellung der Vorschriften über den Anspruch der Frau im Code Rohan den Schluß, daß der Anspruch der Frau ein güterrechtlicher sei. Es ist allerdings richtig, daß das Gericht hier den Anspruch der Frau zu qualifizieren hatte. Aber es ist meines Erachtens nicht bewiesen, daß die Qualifikation nach französischem Recht erfolgte[3]), noch daß die Qualifikation nach maltesischem Recht hätte anders ausfallen müssen als nach französischem.

Bei der Entscheidung des Pariser Appellhofs vom 6. 1. 62, Sirey 62. 2. 337, handelte es sich um die Anwendung desselben Gesetzes gegenüber dem Anspruch der Witwe auf das dower, das sie nach pennsylvanischem Recht beanspruchen kann, wenn sie auf das im Testament Zugewandte verzichtet. Das dower besteht in einem Anteil des Vermögens, das der Mann während der Ehe besessen hat. Bartin hat auch hier nicht bewiesen, daß das Gericht den Anspruch der Frau nach französischem Recht qualifizierte; wie Donnedieu de Vabres mit Recht sagt, wäre das auch nicht möglich gewesen[4]), weil das moderne französische Recht das douaire nicht mehr kennt. Auch das Urteil des Appellhofs von Nimes vom 10. 12. 1912, Dalloz 1914. 2. 169, betrachtet das Recht auf das dowry, welches das Recht von Maryland gewährt, als einen güterrechtlichen Anspruch. Die Entscheidung der Ch. civ. vom 18. 6. 69, Sirey 69. 1. 417, in dem Güterrechtstatut New Yorker Recht war, Erbstatut französisches Recht, lehnt die Anwendung der Bestimmung des

[1]) Études S. 5 und 68.

[2]) Wenn ich das Urteil recht verstehe, beansprucht die Witwe die Hälfte der Errungenschaft, nicht wie Bartin S. 68 meint, die Quart.

[3]) Bartin S. 69; meines Erachtens hat sich das Gericht auf naturrechtliche Argumente, also auf solche, die weder dem einen noch dem anderen Recht angehören, gestützt.

[4]) A. a. O. S. 307.

New Yorker Rechts, wonach die Frau den Anspruch auf Rückgabe des Eingebrachten verliert, wenn sie das vom Mann ihr zugewandte Legat annimmt, ab. Darnach wären also derartige Bestimmungen über ein Wahlrecht erbrechtliche[1]).

Der französischen Rechtsprechung ist es wohl nicht gelungen, klare Grundsätze über die Behandlung von Ansprüchen, die zwischen Güterrecht und Erbrecht in der Mitte schweben, herauszuarbeiten. Dasselbe muß von der französischen Wissenschaft des 18. Jahrhunderts gesagt werden. Dort stritt man sich besonders über die Behandlung der sogenannten gains de survie[2]) und des douaire. Bei ersteren glaubte man unterscheiden zu müssen, je nachdem sie eine Folge der Mitgift oder der Gütergemeinschaft seien, bei letzterem unterschied man zwischen douaire coutumier und douaire conventionel. Die Bestimmungen über das erstere sollten real, die über das letztere personal sein[3]). Schon die Unbrauchbarkeit des ganzen Systems der Personal- und Realstatuten schloß es aus, hier zu einem klaren Ergebnis zu gelangen.

Erst die Neubegründung des internationalen Privatrechts durch Savigny[4]) gestattete es der deutschen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts auf diesem Gebiete zu brauchbaren Lösungen zu kommen. Sie hatte das Problem zu lösen, nach welchem Recht Ansprüche zu beurteilen waren, die der überlebende Ehegatte gegen das gemeinschaftliche Vermögen und den Nachlaß des anderen Gatten erhob. War der Anspruch ein güterrechtlicher, so war das Recht des erstehelichen Wohnsitzes anzuwenden, war er ein erbrechtlicher, so war das Recht des letzten Wohnsitzes maßgebend. In unendlicher Mannigfaltigkeit hatten die in Deutschland vor 1900 herrschenden Privatrechte die verschiedenartigsten Mischgebilde hervorgebracht. So hatte z. B. in gewissen Gebieten der überlebende Gatte ein Wahlrecht zwischen der Hälfte des Ge-

[1]) Die Entscheidung der Ch. c. vom 4. 4. 81 J. 82, 87 = Dalloz 81. 1. 381 ist nicht recht klar. Güterrechtsstatut war das Recht Virginiens, Erbstatut war französisches Recht. Der Anspruch auf das dower, mag er sich auf Vertrag oder unmittelbar auf Gesetz stützen, wird nicht anerkannt, soweit er die quotité disponible verletzt; wäre der Anspruch ein erbrechtlicher, so ist die Berücksichtigung der Vorschriften über das dower überhaupt nicht zulässig, auch nicht innerhalb der freien Quote; wäre er ein güterrechtlicher, so müßte bewiesen werden, daß ein vom Güterrechtstatut verliehener gesetzlicher Anspruch das Pflichtteilsrecht verletzen kann. Vgl. zu dieser Entscheidung Samama, Du Régime matrimonial en droit int. privé, Thèse, Paris 1908 S. 127.

[2]) Bouhier a. a. O. Ch. 26 n° 112 ff.; Froland, Mémoires concernans la nature et la qualité des statutes, Paris 1729 S. 395; Boullenois, Traité de la personalité et de la réalité des lois, Paris 1764, 2, 259 und 290; vgl. auch hierüber Weiß 4, 383; Champcommunal, De la Succession ab intestat, Thèse, Paris 1892 S. 259 ff.

[3]) Bouhier a. a. O. n° 136 ff. bes. 152; Froland S. 40, 520, 536, 585; Boullenois S. 196 ff.; Samama S. 124.

[4]) Er wies auch die Richtung für die Lösung 8, 336.

samtvermögens beider Gatten einerseits und der Rücknahme seines eingebrachten Guts und einem Kopfteil an dem noch verbleibenden gemeinschaftlichen Vermögen andererseits[1]). In anderen Gebieten galt eine Gütergemeinschaft von Todes wegen. Die Rechtsprechung befolgte in solchen Fällen folgendes System: Zunächst wurden die güterrechtlichen Verhältnisse nach dem Güterrechtsstatut abgewickelt und dem überlebenden Gatten alle jene Ansprüche zugebilligt, die in engem Zusammenhang mit dem Güterrechtssystem standen, selbst wenn sie sich äußerlich als erbrechtliche darstellten. In Zweifelsfällen wurde oft ein Gericht, für das das Güterrechtsstatut die lex fori war, um ein Gutachten angegangen, ob das vom Güterrecht angeordnete Gattenerbrecht ein Ausfluß des Güterrechts sei oder nicht[2]). Wenn der Gatte nach Güterrecht abgefunden war, wurden auf den verbleibenden Nachlaß die Vorschriften des Erbstatuts angewandt; während nun die ältere Praxis auch die eigentlichen Erbrechte des Gatten nach dem Recht der Güterrechts beurteilte[3]), wendete die jüngere offenbar von Savigny[4]) beeinflußte Praxis darauf das Erbstatut an[5]).

Das Funktionieren des Systems dürfte am besten aus dem Urteil des Reichsgerichts vom 19. 12. 87 SA. 43, 288 klar werden. Ein Ehepaar lebte unter Solmser ehelichem Güterrecht, der vorverstorbene Ehegatte wird nach Frankfurter Recht als dem Recht des letzten Wohnsitzes beerbt. Nach Solmser Recht verbleibt der überlebende Gatte zwar zunächst im Besitz der ganzen Errungenschaft, aber nach seinem Tode fällt die dem Vorverstorbenen gebührende Hälfte dieser Errungenschaft an die Erben des Vorverstorbenen. Nach Frankfurter Recht verbleibt die ganze Errungenschaft endgültig dem Überlebenden. Zwischen den Erben des Mannes und der Witwe war streitig geworden, an wen die dem Mann gebührende Hälfte nach dem Tod der Witwe fallen werde. Das

[1]) Vgl. Silberschmidt, ZiR. 3, 147.

[2]) Silberschmidt, ZiR. 8, 109; OAG. Kassel 1861, SA. 15, 162, RG. 36, 205 und 331 und die anderen, später zitierten Entscheidungen.

[3]) Silberschmidt, ZiR. 3, 144; dagegen Silberschmidt selbst, der zwischen Auseinandersetzung und Beerbung unterscheiden will. OAG. Celle 30. 9. 36 SA. 1, 155.

[4]) 8, 336.

[5]) Stobbe, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., 1, 278/9; Unger 1, 195; Ehrenzweig, 6. Aufl. 1, 105/6, der mit Recht auf den untrennbaren Zusammenhang abstellt; Walker S. 686 und 692; Raape Anm. F IV 4 zu Art. 15. Eine besonders scharfe Formulierung stammt von Roth, D. Privatrecht, Tübingen 1880 ff., 2, 250, Bayrisches Zivilrecht, 2. Aufl., Tübingen 1881; er unterscheidet ein Erbrecht, welches als Surrogat der Auseinandersetzung erscheint, ein Erbrecht, das in Verbindung mit der Auseinandersetzung gegeben ist und ein Erbrecht, das den Gatten unabhängig von einer Güterrechtsordnung zusteht. Der Gedanke wurde von Reichel, Bl. f. intPrR. 3, 8 in bezug auf Art. 200 EG BGB. wieder aufgenommen. Ein güterrechtliches Erbrecht liegt dann vor, wenn es die Folge eines bestimmten Güterstandes ist.

Reichsgericht sagt, es sei zu prüfen, ob die Bestimmung des Solmser Rechts, welche den Erben des erstverstorbenen Gatten die Hälfte der Errungenschaft zuspricht, eine erbrechtliche oder eine güterrechtliche Vorschrift sei und stellt folgende Grundsätze für die Beantwortung der Frage auf: „Als Bestandteil des ehelichen Güterrechts sind auch diejenigen Bestimmungen anzusehen, welche zwar äußerlich sich als erbrechtliche darstellen oder sich als solche bezeichnen, deren Wesen jedoch darin besteht, daß sie auf der Fortwirkung einer während der Ehe bestandenen Gütergemeinschaft beruhen und eine unmittelbare Folge derselben bilden. Namentlich gehören zu dem ehelichen Güterrecht sowohl die Vorschriften über die Auflösung dieser Gemeinschaft und über die Abfindung der dabei Beteiligten aus der gemeinschaftlichen Masse als auch diejenigen, welche entweder die Abfindung eines Ehegatten aus jener Masse ungenau als ‚erbrechtliche' bezeichnen oder ihm ein wirkliches Erbrecht oder ein sonstiges Recht an dem Nachlaß des anderen Ehegatten als Surrogat einer gewöhnlichen Abfindung oder als Ergänzung einer solchen gewähren. Das Gesetz des ersten Wohnsitzes ist daher auch in dieser Beziehung und das des letzten Wohnsitzes des Erblassers nur bezüglich des gewöhnlichen (von dem ehelichen Güterrecht unabhängigen) Erbrechts anzuwenden." Der Sinn dieser Ausführungen ist also, nach dem Güterrechtsstatut dem Gatten alle Ansprüche zuzubilligen, die mit dem Güterrechtssystem zusammenhängen. Die Schwierigkeit liegt jetzt darin, festzustellen, welche vom Güterrecht gewährten Ansprüche denn mit dem Güterrechtssystem zusammenhängen. Das ist nach der Meinung des Reichsgerichts eine Frage der Auslegung des als Güterrecht zur Anwendung kommenden Landesrechts. Soweit allgemeine Rechtsgrundsätze bei dieser Auslegung nicht verletzt sind, unterliegt daher in dieser Beziehung die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Das Reichsgericht hat also der lex fori entnommen, nach welchen Grundsätzen güterrechtliche und erbrechtliche Vorschriften zu trennen sind, ob aber die Bestimmung eines einzelnen positiven Rechts unter den einen oder den anderen Begriff fällt, soll eine Frage der Auslegung dieses Rechts selbst sein. Will man das letztere als eine Qualifikation bezeichnen, so wäre also nach der Meinung des Reichsgerichts die ausländische Qualifikation maßgebend.

Die Entscheidung erscheint nach der bisherigen Analyse richtig und gut begründet, die Bedingtheit des Ergebnisses wird jedoch deutlich, wenn man das praktische Ergebnis, soweit es nach der Veröffentlichung erkennbar ist, näher betrachtet. Der Anspruch der Erben auf die Hälfte der Errungenschaft ist abgewiesen worden; er ist nur im Solmser Recht vorgesehen, nach diesem Recht aber ein erbrechtlicher Anspruch und kann daher nicht anerkannt werden, weil für erbrechtliche Ansprüche Frankfurter Recht gilt. Aus dem Güterrecht ergibt sich nun, daß die eine Hälfte der Errungenschaft dem Mann gebührt und daß die Verteilung dieser Hälfte nach erbrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen habe.

Die erbrechtlichen Grundsätze waren dem Frankfurter Recht zu entnehmen. Man kann nun die Frage aufwerfen, welche Bestimmungen des Frankfurter Rechts anzuwenden sind. Es kann doch sein, daß die Bestimmung des Frankfurter Rechts, welche dem überlebenden Gatten die Hälfte des Vorverstorbenen zuspricht, als eine güterrechtliche aufzufassen ist. Trotzdem müßte sie angewendet werden, denn sonst bliebe die eine Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens herrenlos. Das Reichsgericht hat das hier vorliegende Problem gefühlt, ist aber nicht näher darauf eingegangen, es sagt: „Das Berufungsgericht nimmt an, daß nach § 9, V, 5 der Frankfurter Reformation ebenso wie nach Solmser Landesordnung dem überlebenden Ehegatten seine Hälfte nach Güterrecht als Abfindung aus der bisherigen Gemeinschaft bleibt und daß nur die als Abfindung des Verstorbenen sich darstellende Hälfte ihm nach Erbrecht ebenfalls zufällt, während dieselbe nach der entsprechenden erbrechtlichen Bestimmung der Solmser Landesordnung an die Verwandten desselben fallen würde." Hier ist vorausgesetzt, daß die Bestimmung der Frankfurter Reformation, welche dem überlebenden Gatten auch die zweite Hälfte der Errungenschaft zuspricht, eine erbrechtliche ist.

Ähnliche Probleme wie sie die deutsche Rechtsprechung vor der Einführung des BGB. zu bewältigen hatte, könnten heute besonders im Verkehr mit den Vereinigten Staaten auftauchen. Man nehme folgenden Fall: Amerikanische Gatten mit Wohnsitz in Miami Fla., wo sie auch geheiratet haben, erwerben die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Mann stirbt und hinterläßt Wertpapiere, die er, während er amerikanischer Bürger war, von Amerika aus in Deutschland angeschafft hat. Die güterrechtlichen Beziehungen der Gatten unterliegen also demnach dem Recht der Vereinigten Staaten, hier dem Recht Floridas[1]). Wenn man die Rückverweisung des amerikanischen Rechts auf das deutsche Recht anerkennt, wäre das Recht Floridas wenigstens dann anwendbar, wenn der letzte Wohnsitz in Florida gelegen ist[2]). Nach dem Recht Floridas hat die Witwe ein Wahlrecht zwischen dem gesetzlichen Erbrecht, dessen Höhe im Einzelfall verschieden bestimmt ist, und dem dower. Dieses besteht in der Nutznießung an dem ehemännlichen Grundbesitz und dem Eigentum der Hälfte des beweglichen Nachlasses. Welche Ansprüche hat die Witwe? Nach der Qualifikationstheorie müßte es darauf ankommen, wie der erhobene Anspruch zu qualifizieren ist. Man nehme an, die Witwe begehre Feststellung, daß ihr das Wahlrecht zustehe. Nun kann man allerdings mit einiger Sicherheit sagen, daß nach der Auffassung des

[1]) Es muß hier der Wohnsitz entscheiden; eine Staatsbürgerschaft der einzelnen Staaten im eigentlichen Sinn gibt es nicht. Man kann aber auch nicht von interprovinzialem Privatrecht sprechen, da die amerikanischen Gerichte die Konflikte zwischen den Rechten der einzelnen Staaten als internationale behandeln.

[2]) Weil dann nach amerikanischem Recht das Recht Floridas Güterrechtsstatut ist; siehe unten.

common law das dower eine güterrechtliche Einrichtung ist[1]). Es besteht in einem Miteigentum, das die Frau an dem Vermögen des Mannes hat, und äußert sich schon während des Bestandes der Ehe, was darin deutlich wird, daß dem dower unterliegende Gegenstände ohne Zustimmung der Frau nicht mit Wirkung ihr gegenüber veräußert werden können (im einzelnen greifen meist statutarische Bestimmungen ein). Internationalrechtlich kommt jedoch in den Ländern des common law, der Frage, ob das dower eine güterrechtliche oder erbrechtliche Einrichtung ist, keine Bedeutung zu, denn in jedem Fall ist für die Grundstücke die lex rei sitae[2]) und für sonstige Rechte das Recht des letzten Wohnsitzes maßgebend[3]). Würde unser Recht ein entsprechendes Recht der Witwe kennen, so würden wir es zweifellos in dem Abschnitt über eheliches Güterrecht behandeln. Demnach müßte also das dower dem Güterrechtsstatut unterstehen. Wie steht es aber mit dem Wahlrecht zwischen dem güterrechtlichen und dem erbrechtlichen Anspruch? Eine Qualifikation ist hier eigentlich schon den Voraussetzungen der Fragestellung nach ausgeschlossen, denn die Vorschrift stellt gerade die Verbindung zwischen den beiden Rechtsgebieten her. Man muß also versuchen, auf anderem Wege eine Lösung zu finden. Es hat wohl keinen Sinn, der Witwe den Anspruch auf das dower als unbedingten zu gewähren und ihr daneben den Anspruch auf ein Viertel oder die Hälfte des Nachlasses nach deutschem Erbrecht zuzusprechen. Denn dann wäre zum mindesten das Güterrechtsstatut nicht gemäß seinem Sinn angewendet. Es spricht nämlich der Witwe den Anteil nur unter der Voraussetzung zu, daß sie nicht auch noch ein Erbteil erhält. Wenn man also überhaupt das Güterrechtsstatut anwendet, so muß man es schon mit dem Wahlrecht anwenden[4]). Es fragt sich jetzt, ob die Witwe ein Wahlrecht mit dem deutschen oder dem floridanischen Erbrechtsanspruch hat. Die bessere Lösung scheint mir zu sein, den Erbrechtsanspruch nach dem Recht Floridas zu bemessen. Denn wenn das Recht Floridas den Anspruch auf das dower neben den auf ein Erbteil zur Wahl stellt, so setzt es voraus, daß die Ansprüche irgendwie gleichwertig sind und daß nur die Umstände des Einzelfalls einmal den einen und einmal den anderen An-

---

[1]) Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr 9, 14.

[2]) Story, Conflict of Laws, 6. Aufl., Boston 1865, § 159, 448, 454; Goodrich, Conflict of Laws S. 273 Corpus Juris 19, 461 § 13; 462 § 14; Vertner v. Humphreys (1850) 14 Smedes & M. 130.

[3]) Story § 159, 423; Corpus Juris 18, 810 § 8; Hewitt v. Cox, Supr. Court of Arkansas 55 Ark. 225, 17 SW. 873; in der Entscheidung Mitchell v. Ward 64 Georgia 208 (1879) wird das Recht auf den year's support nach dem Recht des letzten Wohnsitzes beurteilt.

[4]) Ebenso Raape Anm. F VI 4 zu Art. 15 für ein ähnliches Wahlrecht und Silberschmidt, ZiR. 8, 109 unter Berichtigung seiner ZiR. 3, 147 aufgestellten Ansicht.

spruch als den günstigeren erscheinen lassen. Ein solches Verhältnis kann nur erwartet werden, wenn auch der Erbrechtsanspruch demselben System entnommen wird. Würde er z. B. einem Erbrecht entnommen werden, das ein Gattenerbrecht nur im Ausnahmefall anerkennt, so käme dem Wahlrecht keine praktische Bedeutung zu, weil eben immer der Anspruch auf das dower als der günstigere gewählt würde. Wir kommen also zu demselben Ergebnis, zu dem die ältere deutsche Rechtsprechung gelangt ist: Das Gattenerbrecht bemißt sich nach dem Recht, das für das Güterrecht maßgebend ist.

Ein anderer Fall[1]): Deutsche Ehegatten, die keinen Ehevertrag geschlossen haben, erwerben die schwedische Staatsangehörigkeit. Nach schwedischem Recht hat der Gatte neben Verwandten erster Ordnung kein Erbrecht, aber er bekommt die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens. Die Witwe verlangt nun einen Teil an dem gemeinsamen Vermögen. Will man mit Hilfe der Qualifikationstheorie den Fall entscheiden, so wäre zu fragen, ob der erhobene Anspruch ein erbrechtlicher oder ein güterrechtlicher ist. Nur wenn er ein erbrechtlicher ist, kann er anerkannt werden, weil das schwedische Recht nur als Erbstatut zuständig ist. Nun scheint es im vorliegenden Fall keinem Zweifel zu unterliegen, daß sowohl das schwedische Recht den von ihm verliehenen Anspruch als güterrechtlichen betrachtet, als daß auch das deutsche Recht, wenn es denselben Anspruch hätte, ihn zum Güterrecht rechnete. Ein Qualifikationskonflikt liegt also nicht vor. Demnach würde die Frau überhaupt nichts bekommen[2]). Daß dieses Ergebnis dem Willen des deutschen Rechts widerspricht, ist klar; denn wenn es der Frau, die im gesetzlichen Güterstand lebt, keinen Anteil an der Errungenschaft zuspricht, so gleicht es diesen Mangel — allerdings unzureichend — wieder aus, indem es ihr ein verhältnismäßig reich bemessenes Erbrecht am Vermögen des Mannes zubilligt. An dieser Nichtberücksichtigung des Willens des Güterrechtsstatuts scheinen die Schriftsteller, die empfunden haben, daß hier Abhilfe nötig ist, keinen Anstoß genommen zu haben. Dagegen soll erheblich sein, daß der Wille des Erbstatuts nicht zur Durchführung kommt. Lewald[3]) will untersuchen, ob das Erbrechtsstatut dem Gatten überhaupt jeden Anspruch versagt oder es nur deshalb dem Gatten kein Erbrecht gibt, weil für ihn schon durch güterrechtliche Bestimmungen vorgesorgt ist, und im letzteren Fall will er in das Erbrecht einen Anspruch des Gatten hineininterpretieren, der für diesen Fall einen Ausgleich schafft. M. Wolff kommt zu dem gleichen Ergebnis, nur will er nicht das anzuwendende Erbrecht ergänzen, sondern ent-

[1]) Ein von Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehr 1914 S. 281 erörtertes Beispiel; das schwedische Erbrecht ist inzwischen geändert worden, aber neben Verwandten der ersten Ordnung hat der Gatte immer noch kein Erbrecht. Pappenheim, ZauslintPrR. 1, 56/7; 4, 624.

[2]) Zitelmann 2, 951.

[3]) Nach einem Bericht bei Rabel, ZauslintPrR. 5, 283.

nimmt dem für den Erbgang maßgebenden Recht jene güterrechtlichen Bestimmungen, die als erbrechtliche angesprochen werden können. Auch Rabel scheint zu einem ähnlichen Ergebnis hinzustreben. Er meint, man könne die deutsche erbrechtliche Kollisionsnorm dahin auslegen, daß sie auch gewisse güterrechtliche Ansprüche umfaßt[1]).

Das Eigentümliche der Lösung aller drei Gelehrten ist, daß sie dem Erbstatut ein Primat gegenüber dem Güterrechtsstatut zubilligen. Zu einem anderen Ergebnis würde die ältere deutsche Rechtsprechung gelangen. Darnach würde das Güterrechtsstatut über den Erbrechtsanspruch des Gatten zu entscheiden haben. In unserem Falle bekäme also die Witwe ein Viertel des Nachlasses des Mannes. Diese Lösung würde dem Sinn des Güterrechtsstatuts Genüge tun und wohl auch dem des Erbstatuts. Nur dann, wenn dem Erbstatut überhaupt jede Berücksichtigung des Gatten verpönt erschiene, ein Fall, der wohl kaum praktisch wird, wäre die hier vertretene Lösung eine Verletzung des Willens des Erbstatuts.

Bevor diese Lösung näher begründet wird, muß untersucht werden, wodurch denn die hier entstehenden Schwierigkeiten bedingt sind. Erbrechtliche und güterrechtliche Vorschriften sind aufeinander abgestimmt. Es besteht eine gewisse Vermutung, daß eine Rechtsordnung das, was sie dem Ehegatten im Güterrecht vorenthält, ihm im Erbrecht gibt und umgekehrt. Allerdings kann es vorkommen, wie das klassische römische Recht zeigt, daß die Frau den Mann weder beerbt noch im Wege des Güterrechts ein Ausgleich geschaffen ist (das hängt mit der sozialen Struktur der Schichten zusammen, für die das Recht in erster Linie gedacht ist) und auch die Tatsache, daß im deutschen Recht das Gattenerbrecht das gleiche ist, ob die Gatten in Gütertrennung oder Gütergemeinschaft gelebt haben, zeigt, daß der Zusammenhang nicht immer ein enger ist; aber in der Regel wird er doch bestehen. Dieser Zusammenhang wird nun gestört, wenn man güterrechtliche und erbrechtliche Verhältnisse nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt. Die Schwierigkeiten würden wegfallen, wenn man auf beide Verhältnisse dasselbe Recht anwenden würde, z. B. das Recht des letzten Wohnsitzes. Dies ist für Mobilien der Standpunkt des common law, der mit dem Grundsatz verbunden ist, daß mit dem Domizilwechsel auch das Güterrecht wechselt[2]). Nur soweit der Güterstand durch Vertrag geregelt ist, ist er unveränderlich[3]). Man kann zweifeln, ob die Regelung des common law

[1]) Vgl. Luxburg, ZiR. 23, 66.

[2]) Dicey S. 718; Goodrich S. 277, 280; In re Marsland 54 L. T. R. 653; Saul v. His Creditors (1827) 5 Mar. (N. S.) 569; Lorenzen S. 738; In re Majot's Estate 199 N. Y. 29, 92 NE. 402; Lorenzen 743, ein Urteil, das über eine steuerrechtliche Frage entscheidet; vgl. auch Anm. 3 auf S. 65.

[3]) Dicey a. a. O. Wharton § 195; Neubecker a. a. O. S. 165; Story S. 243; Hernado y Horcajo v. Sawtell 61 L. T. R. 117; nach Goodrich S. 277 bleiben die „vested property rights" bei Domizilwechsel erhalten; die Behand-

de lege ferenda nicht vorzuziehen ist; die Gründe, die sich für die Unveränderlichkeit des Güterrechtsstatuts anführen lassen, gelten eigentlich doch nur für den Fall einer vertragsmäßigen Regelung. Aber auch dann werden noch Konflikte sich ergeben, nämlich zwischen dem vertragsmäßig angenommenen Güterrecht und dem Erbstatut[1]).

Ein zweiter Grund für die hier erwachsenden Schwierigkeiten liegt darin, daß in vielen Rechtsordnungen Institutionen bestehen, die zwischen Güterrecht und Erbrecht in der Mitte schweben. Dazu gehört das erwähnte Wahlrecht zwischen dower und Erbanspruch und es gehören dazu, wie Neubecker ausgeführt hat[2]), die englischen Settlements.

Damit kommen wir zu dem Einwand, der gegen eine Lösung erhoben werden muß, die sich nur auf eine begriffliche Scheidung von güterrechtlichen und erbrechtlichen Normen stützt. Der Versuch kann nur gelingen, wenn sich die Begriffe Güterrecht und Erbrecht ganz genau definieren und die so definierten Begriffe auch auf alle Rechtsordnungen anwenden lassen. Nun hat die Unterscheidung von güterrechtlichen und erbrechtlichen Bestimmungen im deutschen Recht, soviel ich sehe, nur eine rein systematische Bedeutung, eine normative kommt ihr — abgesehen eben vom internationalen Privatrecht — nicht zu[3]). In anderen Rechtsordnungen ist das vielleicht anders, so besteht z. B. im Schweizer

---

lung der Gütergemeinschaft in der Art des französischen Rechts ist wohl noch nicht ganz geklärt. In dem Fall De Nicols v. Curlier 81 L. T. R. 733 H. L.; Lorenzen S. 730 hatten Franzosen in Frankreich ohne Ehevertrag geheiratet. Das House of Lords billigt der Frau gemäß französischem Recht einen Anteil an der Errungenschaft zu, die nach der Übersiedlung nach England erworben worden war. Es stützt sich dabei auf einen stillschweigenden Vertrag; so die Deutung dieses Urteils durch Kekewich in De Nicols v. Curlier 82 L. T. R. 840; die Entscheidung dürfte wohl nicht richtig sein (Goodrich S. 279) und sich nur durch die Rücksicht auf die Frau erklären. In der älteren Entscheidung Lashley v. Hog 4 Paton 581 ist wiederum zugunsten der Frau entschieden worden und ihr nach dem neuen Domizilrecht ein Anteil an der Gütergemeinschaft zugesprochen worden. Auch der Einfluß der lex rei sitae auf vertraglich begründete Güterstände steht nach Goodrich S. 280 noch nicht fest. In der Entscheidung De Nicols v. Curlier 82 L. T. R. 840 wird das vertraglich begründete Güterrecht auf ausländische Grundstücke, hier englische, angewandt.

[1]) In dem Fall Feaubert v. Turst (1702) Pre. Cha. 207, 24 E. R. 101 handelte es sich um die Frage, wem der Anteil an einer Gütergemeinschaft gebührt. Entscheidet darüber das eheliche Güterrecht oder das Erbstatut? Das House of Lords entschied den Fall durch Auslegung des Ehevertrags, erkennt also jedenfalls dem Güterrecht die Möglichkeit zu, das Erbrecht einzuschränken. Westlake § 42 meint, wenn die Auslegung des Ehevertrags nichts ergeben hätte, so hätte die Verteilung des Anteils nach dem Erbstatut erfolgen müssen.

[2]) Ehe und Erbvertrag S. 245.

[3]) Auch Luxburg, ZiR. 23, 65 zweifelt an der Verwertbarkeit der systematischen Unterscheidungen des deutschen Privatrechts.

Recht ein praktisches Interesse daran, erbrechtliche und güterrechtliche Bestimmungen eines Vertrags zu unterscheiden, weil für den Erbvertrag andere Vorschriften bestehen, als für den Ehevertrag[1]). Immer aber bestehen gegen die Übertragung dieser Begriffe in das internationale Privatrecht die schon öfters erwähnten methodischen Bedenken. Man leitet aus einem Begriff normative Folgen ab, der entweder überhaupt keine normative Bedeutung hat oder nur eine für ein ganz anderes Rechtsgebiet.

Dazu kommen die Schwierigkeiten in der Anwendung. Gewisse ausländische Institutionen lassen sich schwer oder überhaupt nicht unter die vom einheimischen Standpunkt aus gebildeten Kategorien bringen. Das Ergebnis, zu dem man mit dieser Methode gelangt, wird immer auf schwachen Füßen stehen[2]), weil man in der Regel ebensoviel für wie gegen die Einordnung unter den einen oder den andern Begriff wird vorbringen können und in Fällen, wie dem oben erörterten, widerspricht es geradezu dem Sinn des internationalen Privatrechts. Dieser liegt doch darin[3]), daß gewisse Staaten einen Anspruch darauf haben, daß auf bestimmte Rechtsverhältnisse ihr Recht angewandt wird, weil es der Idee einer gleichberechtigten Staatengemeinschaft widerspricht, daß ein Staat sein Recht auf alle Rechtsverhältnisse anwendet. Wird dieser Anspruch sinngemäß erfüllt, wenn die verschiedenen Rechtsordnungen in einer Weise angewandt werden, daß das erzielte Ergebnis weder dem Sinn der einen noch dem der anderen entspricht?

Lex dura sed ita scripta, wird man einwenden. Nur fragt sich, ob sie wirklich so geschrieben ist, wie viele anzunehmen scheinen. Man hat schon öfters darauf hingewiesen, daß Art. 15 EG. BGB., wörtlich genommen, widersinnig ist[4]). Wenn man aber den Art. 15 schon nicht wörtlich anwenden kann, so muß gestattet sein, ihm den Sinn zu geben, der die brauchbarsten Lösungen ergibt und das muß um so eher möglich sein, als damit die historische Tradition gewahrt bleibt. Darnach würde Art. 15 nicht sagen, es sind alle jene Ansprüche anzuerkennen, die das Recht des Mannes zur Zeit der Eheschließung gewährt und die wir unter den Begriff des Güterrechts bringen können, sondern er sagt, daß sich das Vermögensverhältnis der Gatten im allgemeinen nach jenem Recht beurteilt. Aber was nun zu diesen vermögensrechtlichen Verhältnissen gehört, wird nicht bestimmt auf Grund einer begrifflichen Qualifikation, sei es der inländischen, sei es der ausländischen, sondern der sachliche Zusammenhang des anzuwendenden Rechts selbst entscheidet[5]). Es

[1]) Kaden, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch 2, 755.

[2]) Vgl. auch Neubecker a. a. O. S. 278 ff.

[3]) Das ist freilich nur eine Seite der Betrachtung des internationalen Privatrechts, die andere ergibt sich, wenn man sich auf den Standpunkt des privaten Verkehrs stellt.

[4]) Zitelmann 2, 677; Habicht Anm. VI zu Art. 15; Raape Anm. A I zu Art. 15.

[5]) Das dürfte wohl auch die Meinung Wolffs, Familienrecht, 7. Aufl. S. 285 sein.

werden alle jene Normen angewandt, deren Anwendung erforderlich ist, um das von dem Güterrechtsstatut gewünschte wirtschaftliche und soziale Ergebnis zu erreichen, z. B. die Bestimmungen über das Wahlrecht zwischen dower und Erbteil, eventuell auch die Bestimmungen über das Gattenerbrecht. Es handelt sich also um eine Verweisung en bloc[1]).

Dieselbe Erwägung kann nun auch für das Erbrecht angestellt werden. Auch hier muß der sachliche Zusammenhang entscheiden und es werden unter dem Titel erbrechtliche Normen auch Bestimmungen Anwendung finden, die man gewöhnlich nicht zum Erbrecht rechnet, z. B. § 331 BGB. und vielleicht sind dafür andere auszuscheiden, z. B. die Vorschrift, daß im Testament ein Vormund ernannt werden kann.

In beiden Fällen findet also allerdings eine Qualifikation statt. Aber eine ganz allgemeine. Es wird ein Begriff angewandt, von dem man voraussetzen kann, daß er allen Nationen, deren Rechte voneinander abgegrenzt werden sollen, gemeinsam ist[2]). Die Grenzen der Normgruppen, auf die verwiesen wird, werden aber nicht auf Grund eines von außen herangetragenen Begriffs gefunden, sondern auf Grund ihres eigenen sachlichen Zusammenhangs bestimmt[3]).

Wenn man nun dieses Prinzip auf Erbrecht und Güterrecht anwendet, so kann es vorkommen, daß derselbe Tatbestand zweimal erfaßt wird. Die beiden Normgruppen müssen ebensowenig zusammenpassen wie die früher behandelten Form- und Inhaltsvorschriften verschiedener Rechtssysteme. Während aber bei jenen einer Kumulation nichts im Wege stand, ist das hier offenbar anders. Würde man die vom Güterrechtsstatut und vom Erbstatut gewährten Ansprüche einfach kumulieren, so liefe man Gefahr, zu einem Ergebnis zu gelangen, das dem Sinn beider Rechte widerspricht. Ein Ausweg kann nur gefunden werden, wenn man die eine Normgruppe vor der anderen anwendet. Die eine wird vollständig angewandt, die andere nur in dem noch verbleibenden Raum. Von den hier in Frage stehenden Gruppen scheint mir die güterrechtliche zuerst angewandt werden zu müssen[4]). Wohl alle Rechtsordnungen stimmen darin überein, daß der Kern der erbrechtlichen Bestimmungen die Übertragung eines Nachlasses betrifft. Die Feststellung des Umfanges des Nachlasses erfordert die Abwicklung der bestehenden familien-

---

[1]) So Neubecker S. 249, der aber diesen Gedanken nicht weiter verfolgt.

[2]) Vgl. Kaden a. a. O. 705.

[3]) Auf diesen untrennbaren Zusammenhang stellt auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. 4. 95 RG. 36, 331 ab.

[4]) Das ist allgemein anerkannt. Niemeyer, Das Internationale Privatrecht S. 148 sagt, der Zusammenhang der güterrechtlichen Normen sei soweit zu verfolgen, bis er geradezu versagt. Lewald, Rec. des Cours de l'Académie 1925, IV. 73; derselbe, Das deutsche internationale Privatrecht S. 97/8; Raape Anm. B XI 2 zu Art. 24; Rabel a. a. O. S. 253; Fedozzi, Il Digesto it. 22, 808; E. Roguin, Conflits de lois suisses en matière internationale et intercantonale, Lausanne 1891, S. 257.

rechtlichen Verhältnisse; daher müssen die Vorschriften über das Familiengüterrecht vor denen über das Erbrecht angewandt werden. Freilich trifft diese Charakteristik des Verhältnisses zwischen Güterrecht und Erbrecht nur im allgemeinen zu. Manchmal gehen die erbrechtlichen Vorschriften den güterrechtlichen vor, in dem Sinn, daß die letzteren nur Anwendung finden, wenn es das Erbrecht zuläßt. So hat sowohl die deutsche[1]) wie die französische[2]) Rechtsprechung in der Eingehung einer allgemeinen Gütergemeinschaft eine unentgeltliche Verfügung gesehen, die das Pflichtteilsrecht verletzen kann. Das sind aber doch wohl nur Einzelerscheinungen und man darf die Vermutung aussprechen, daß man dem Geist aller Rechtsordnungen, deren Abgrenzung praktisch in Frage kommt, entspricht, wenn man zuerst die güterrechtlichen und dann erst die erbrechtlichen Vorschriften anwendet[3]).

Für die oben erörterten Beispiele dürfte sich demnach ergeben: Wenn das Güterrechtsstatut dem Gatten unter dem Titel Güterrecht nichts gewährt, aber ihm ein Erbrecht zubilligt, so kann vorausgesetzt werden, daß dem Willen des Güterrechtsstatuts nur Genüge getan wird, wenn der Gatte von dem Vermögen des anderen einen Teil wenigstens in der Form eines erbrechtlichen Anspruchs erhält. Gewährt das Erbstatut dem Gatten nichts, so bleibt nichts anderes übrig, als dem Gatten einen Erbteil gemäß dem Güterrechtsstatut zuzubilligen[4]). Freilich hat man dann die mißliche Folge, daß auf einen und denselben Nachlaß verschiedene Erbrechte anzuwenden sind. Die Verweisung auf das Güterrecht umfaßt also in diesem Fall die auf einen Teil der erbrechtlichen Bestimmungen, weil nur dann das vom Güterrecht gewünschte wirtschaftliche Ergebnis erreicht wird. Unerheblich bleibt, aus welchen Gründen das Erbstatut dem Gatten ein Erbrecht versagt. Versagt es ihm ein Erb-

---

[1]) RG. 87, 301; Staudinger-Herzfelder Anm. II 1 zu § 2325; Staudinger-Keidel Anm. 2d zu § 1432; ein Urteil des hanseatischen Oberlandesgerichts vom 15. 6. 06 ZiR. 18, 146 hat dagegen das Güterrechtsstatut unbeschränkt angewandt, obwohl dadurch der vom Erbstatut verliehene Pflichtteilsanspruch dahinfiel.

[2]) Dalloz, Rép. v° Communauté entre époux n° 1313; Aubry et Rau 5, 438; den Fall, daß ein Gatte, der aus einer früheren Ehe Kinder hat, sich nochmals verheiratet, regelt Art. 1098 C. c.

[3]) Roguin, Traité de droit civil comparé, Le Régime matrimonial, Paris-Lausanne 1905 S. 10 betont, daß in allen Rechten zuerst die Liquidation der gemeinschaftlichen Interessen und die Feststellung des Vermögens des einen Gatten und dann die Liquidation der Erbschaft kommt.

[4]) Darin liegt die wahre Begründung für die Entscheidung des Appellhofs von Aix vom 21. 3. 82 Dalloz 83. 2. 22. Die Begründung, die das Gericht gegeben hat, ist allerdings unhaltbar: Renault, Rev. critique de législation et jurisprudence 1883, 732; Champcommunal a. a. O. S. 372; Donnedieu de Vabres a. a. O. S. 430; Lewald, Rec. des Cours de l'Académie 1925, IV, 71 Anm. 3. Die Quart der Witwe wird als erbrechtlicher Anspruch behandelt von Bar 2, 336; Lewald a. a. O.

recht, weil es ihn als durch güterrechtliche Ansprüche abgefunden betrachtet, so ist das Ergebnis auch von seinem Standpunkt aus billig; versagt es ihm überhaupt jeden Anspruch, so läßt sich das Ergebnis damit rechtfertigen, daß es auf die Feststellung des Umfangs des Nachlasses keinen Einfluß hat und daß es eine Überschreitung seiner Kompetenz wäre, wenn es beanspruchte, dem Gatten überhaupt jeden Anspruch zu nehmen. Zu derselben Lösung wird man gelangen, wenn der vom Erbstatut verliehene Anspruch geringer ist als der vom Güterrechtsstatut verliehene, ist er dagegen größer, so dürfte es richtiger sein, den Anspruch des Gatten gemäß dem Erbstatut zu bestimmen. Man kann schwerlich sagen, daß dem Sinn des Güterrechtsstatuts zuwider gehandelt wird, wenn dem Gatten mehr zugesprochen wird, als das Güterrechtsstatut voraussetzte, als es dem Gatten einen güterrechtlichen Anspruch versagte. Die Bestimmung und Vergleichung der Größe kann freilich Schwierigkeiten machen, aber solche lassen sich auf diesem Gebiet eben nie vermeiden.

Wenn im umgekehrten Fall die Gattin nach dem Güterrechtsstatut einen Anspruch auf die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens hat, so fragt sich, ob mit diesem Anspruch das Recht auf den Erbteil gemäß dem Erbstatut kumuliert werden darf. Geht man wieder von dem Sinnzusammenhang der güterrechtlichen Normen aus, so wäre zu fragen, ob das Güterrechtsstatut mit dem von ihm verliehenen Anspruch den Gatten als endgültig abgefunden betrachtet, dann bleibt kein Raum mehr für die Anwendung der Vorschriften des Erbstatuts über das Gattenerbrecht. Läßt das Güterrechtsstatut eine Kumulierung güterrechtlicher und erbrechtlicher Ansprüche zu, so kann der Erbteil des Gatten gemäß dem Erbstatut bestimmt werden[1]). Gewährt dieses dem Gatten kein Erbrecht, so bleibt es dabei. Es dürfte wohl auch nichts ausmachen, daß der vom Erbstatut gewährte Erbteil größer oder kleiner ist als jener, den das Güterrechtsstatut gewährt.

Es hat sich herausgestellt, daß die Verweisung auf ein und dasselbe Güterrecht verschieden auszulegen ist, je nachdem es mit dem einen oder anderen Erbstatut zusammen angewendet werden muß. Dieselbe Vorschrift ist also einmal als erbrechtliche, einmal als güterrechtliche zu behandeln. Das erklärt sich aus dem Sinn der Kollisionsnorm. Sie soll doch konkrete Rechtssysteme voneinander abgrenzen und sie soll ein Ergebnis herbeiführen, das sowohl sachlich angemessen ist, als dem Willen der

[1]) Das OLG. Stuttgart 12. 7. 95 ZiR. 7 (1897) 32 kumuliert unter der Voraussetzung, daß das vom Erbstatut gewährte Erbrecht ein von einem bestimmten Güterrecht unabhängiger Anspruch ist; Habicht Anm. VI 3 zu Art. 15 gewährt ein Wahlrecht zwischen dem erbrechtlichen Anspruch, der ein Ausfluß des Güterrechts ist, und dem echten erbrechtlichen Anspruch außer, wenn das Güterrechtsstatut dem Gatten nach dem güterrechtlichen Erbanspruch auch noch einen erbrechtlichen zubilligt. Für unbeschränkte Kumulation anscheinend Lewald a. a. O. S. 77.

beteiligten Rechtsordnung möglichst entspricht. Die allgemein formulierte Kollisionsnorm bedarf daher im Einzelfall, wenn es sich darum handelt, bestimmte einzelne Rechtsordnungen voneinander abzugrenzen und gleichzeitig auf einen Fall anzuwenden, einer Nachprüfung und näheren Fixierung; gerade weil sie eine allgemeine Verweisung enthält, ist das zulässig.

Noch enger als zwischen güterrechtlichen und erbrechtlichen Vorschriften ist der zwischen Vorschriften, die die güterrechtlichen und die die persönlichen Verhältnisse[1]) der Gatten betreffen. Das positive deutsche internationale Privatrecht erfordert es, zwischen beiden Vorschriften zu trennen. An einem Beispiel, zu dem sich die bedeutendsten Gelehrten geäußert haben, möge die Tragfähigkeit der Qualifikationstheorie nachgeprüft werden. Österreichische Staatsangehörige, die unter österreichischem Güterrecht leben, erwerben die deutsche Staatsangehörigkeit. Kann die Frau von dem Mann Tragung der Kosten ihrer Prozesse im Umfang des österreichischen oder des deutschen Rechts verlangen? Es wird behauptet, die Entscheidung hänge von der Qualifikation dieses Anspruchs ab. Nach deutschem Recht sei die Pflicht des Mannes, die Prozeßkosten der Frau zu tragen oder vorzuschießen, eine güterrechtliche, nach österreichischem Recht erwachse sie aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten. Was bedeutet hier die Qualifikation? Wenn man von der internationalrechtlichen Behandlung, die gerade gesucht wird, absieht, so bedeutet die Qualifikation der Prozeßkostentragungspflicht als güterrechtlicher im Sinn des deutschen Rechts in erster Linie, daß der Mann die Prozeßkosten der Frau nur dann zu tragen hat, wenn in den Vorschriften über den Güterstand dies ausdrücklich gesagt ist und daß darüber hinaus keine allgemeine Pflicht zur Tragung der Prozeßkosten der Frau besteht[2]). Und sie bedeutet weiter, daß auf diese Pflicht die allgemeinen Vorschriften über das eheliche Güterrecht Anwendung finden, d. h. insbesondere, daß es möglich ist, durch Ehevertrag die Pflicht zu erweitern oder einzuschränken.

Wenn das österreichische Recht dieselbe Pflicht als eine aus dem persönlichen Verhältnis der Gatten fließende qualifiziert, so bedeutet das, daß die Pflicht unabhängig von dem zwischen den Gatten bestehenden Güterstand besteht und ein Ausfluß der Unterhaltspflicht ist[3]), und daß die Vorschriften, die für Unterhaltspflichten zwischen den Gatten gelten, über Unpfändbarkeit, Unverzichtbarkeit usw.[4]), Anwendung

[1]) Vgl. hierzu bes. Neubecker, Jahrbuch f. d. int. Rechtsverkehr S. 101.

[2]) Staudinger-Engelmann Anm. 3a zu § 1387.

[3]) Hussarek, Grünh. Z. 20, 659; Ehrenzweig 2, 2, 130.

[4]) Lenhoff im Klangschen Kommentar 1, 560 ff. Es scheint mir aber zweifelhaft, ob alle Eigentümlichkeiten, die Lenhoff als für die persönlichen Ansprüche der Gatten charakteristisch aufzählt, auch auf die Prozeßkostentragungspflicht passen. Er leugnet überdies das Bestehen einer allgemeinen Prozeßkostentragungspflicht des Mannes S. 592; vgl. auch die Bemerkung

finden. Es wäre irreführend, hier von einem Qualifikationskonflikt des österreichischen und des deutschen Rechts zu sprechen. Die beiden Rechte unterscheiden sich einfach in der materiellrechtlichen Regelung des Verhältnisses der Ehegatten. Würden die Deutschen das Verhältnis zwischen den Ehegatten ebenso regeln wie die Österreicher, so würden auch sie die Pflicht als eine personenrechtliche qualifizieren. Über die Grundsätze, nach denen das Güterrecht und das Recht der persönlichen Beziehungen voneinander abzugrenzen sind, besteht keinerlei Uneinigkeit. Läßt man die deutsche Qualifikation entscheiden, so kann das heißen, daß die Frage der Prozeßkostentragungspflicht nur nach dem Güterrechtsstatut zu entscheiden ist und daß die vom Güterrechtsstatut eingeführte Prozeßkostentragungspflicht immer anerkannt wird, gleichgültig wie es selbst diesen Anspruch qualifiziert[1]). Daraus würde sich in unserem Fall ergeben, daß der Mann die Prozeßkosten der Frau immer zu tragen hat. Wenn im umgekehrten Fall Deutsche Österreicher geworden sind, so würde die Prozeßkostentragungspflicht nur im Ausnahmsfall gemäß dem deutschen Güterrecht anzuerkennen sein. Gegen die Argumentation sind zwei Bedenken zu erheben. Man sieht nicht ein, welcher Zusammenhang zwischen der aufgestellten Kollisionsnorm und der privatrechtlichen Auffassung des deutschen Rechts besteht. Daraus, daß das deutsche Recht eine Prozeßkostentragungspflicht nur aus bestimmten Güterständen fließen läßt, ergibt sich doch nicht, daß nur das Recht, das für das Güterrecht maßgebend ist, über die Prozeßkostentragungspflicht zu entscheiden hat. Und zweitens versteht man nicht, warum denn die ausländische Qualifikation unbeachtlich ist.

Die Maßgeblichkeit der deutschen Qualifikation kann noch etwas anderes bedeuten: Ob eine Prozeßkostentragungspflicht besteht, bestimmt allein das Güterrechtsstatut, aber angewendet werden nur jene Bestimmungen des Güterrechtsstatuts, die vom deutschen Richter als güterrechtliche qualifiziert werden. Dann hätte in unserem Fall die ehemalige Österreicherin überhaupt nie einen Anspruch auf Tragung ihrer Prozeßkosten. Das Güterrechtsstatut gewährt keinen vom deutschen Richter als güterrechtlich betrachteten Anspruch und auch das für die persönlichen Beziehungen maßgebende Recht gewährt keinen Anspruch auf Tragung der Prozeßkosten, der als personenrechtlicher bezeichnet werden kann[2]). Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen liegt, wie

---

Rabels, ZauslinPrR. 5, 582 zu der Entscheidung des OGH. 23. 6. 25 SZ. 7, 730. Die Prozeßkostentragungspflicht des Mannes wird neuerdings bejaht vom VGH. 13. 10. 31. ZBl. 1932, 60.

[1]) Lewald S. 96 f.

[2]) Es erscheint überdies fraglich, ob ein solcher Anspruch, selbst wenn er bestünde, anerkannt werden könnte, da ja nach der Qualifikationstheorie der Prozeßkostenersatzanspruch an sich ein güterrechtlicher ist und infolgedessen das für die persönlichen Beziehungen maßgebende Recht keine Zuständigkeit hätte ihn zu verleihen.

Rabel nachgewiesen hat[1]), in der Art, wie die Verweisung auf das ausländische Recht aufgefaßt wird. Er meint, daß durch die richtige Auffassung dieser Verweisung ein brauchbares Ergebnis erzielt werden kann.

Aber auch bei dieser zweiten Fassung der Qualifikationstheorie ist der Zusammenhang zwischen der Kollisionsnorm und der privatrechtlichen Qualifikation nicht recht verständlich und das Ergebnis ist, wenn man es nicht mit Rabel durch Auslegung der Verweisung berichtigt, äußerst unbillig. Der ganze Gedankengang beruht auf einer ganz bestimmten Formulierung der Kollisionsnorm: Die Prozeßkostentragungspflicht als güterrechtliche Pflicht wird von dem Recht des Mannes zur Zeit der Eheschließung beherrscht. Die Kollisionsnorm würde dann sagen, daß alle jene Pflichten und Rechte, die das deutsche Güterrecht entstehen läßt, nach dem Recht des Mannes zur Zeit der Eheschließung zu beurteilen sind. Es wurde schon früher betont, daß diese Formulierung nicht richtig ist. Man kann doch nicht eine Pflicht nach einem Recht beurteilen, sondern man kann nur fragen, ob ein bestimmtes Recht eine Pflicht erstehen läßt oder nicht. Korrekt würde also die Kollisionsnorm lauten: Ob eine Prozeßkostentragungspflicht besteht, entscheidet das Recht des Mannes zur Zeit der Eheschließung. Wenn man sich nun weiter frägt, warum entscheidet es darüber, so kann die Antwort nur sein, weil es über die güterrechtlichen Verhältnissen zu entscheiden hat und der deutsche Richter die Frage der Prozeßkostenpflicht als güterrechtlich betrachtet. Meines Erachtens fehlt hier ein logisch ganz zwingender Zusammenhang. Daraus, daß das Recht des Mannes über das güterrechtliche Verhältnis zu entscheiden hat, ergibt sich doch nicht, daß es auch über die Prozeßkostentragungspflicht zu bestimmen hat.

Diese Lösung läßt sich vermeiden, wenn man die oben entwickelte Formulierung der Kollisionsnorm verwendet. Darnach regelt das Recht des Mannes zur Zeit der Eheschließung die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Gatten im allgemeinen. Es sind alle jene Vorschriften anzuwenden, die nach der international übereinstimmenden Auffassung zum Güterrecht gehören; was aber im Einzelfall dazu gehört, muß nach dem sachlichen Zusammenhang des zur Anwendung kommenden Rechts beurteilt werden. Wie schon oben erwähnt, besteht hinsichtlich der Qualifikation als güterrechtlicher oder personenrechtlicher Normen zwischen dem deutschen Recht und dem österreichischen Recht kein Widerspruch. Es sind also jedenfalls auf ehemalige Deutsche, die jetzt Österreicher sind, jene Vorschriften anzuwenden, die das deutsche Güterrecht über die Prozeßkostentragungspflicht enthält. Daneben sind aber auch noch die Vorschriften des österreichischen Rechts über die Prozeßkostentragungspflicht anwendbar[2]). Denn Art. 14 EG. BGB. ist dahin

[1]) ZauslintPrR. 5, 275 ff.

[2]) Wolff, Familienrecht, 7. Aufl. S. 286.

zu verstehen, daß das jeweilige Recht des Mannes zu bestimmen hat, welche Unterhaltsansprüche die Frau gegen den Mann hat. Wenn es nun bestimmen kann, unter welchen Voraussetzungen, in welchen Formen und in welcher Höhe der Mann Unterhalt zu leisten hat, kann es offenbar auch bestimmen, daß der Mann die Kosten der Prozesse der Frau zu tragen hat[1]). Hier ist die Kumulation der von beiden Rechten verliehenen Ansprüche weder technisch unmöglich noch widerspricht sie dem Sinn der angewandten Rechte. Denn damit, daß das Güterrechtsstatut nur unter bestimmten Voraussetzungen den Anspruch auf Tragung der Prozeßkosten gewährt, schließt es nicht sinngemäß einen Anspruch auf dieselbe Leistung unter einem anderen Titel aus.

Wenn umgekehrt Österreicher Deutsche geworden sind, so kann aus dem deutschen Personalstatut kein Anspruch auf die Tragung der Prozeßkosten abgeleitet werden. Das österreichische Recht, das die güterrechtlichen Beziehungen der Gatten zu regeln hat, enthält keine Vorschrift über diese Materie, die als güterrechtliche, sei es im deutschen, sei es im österreichischen Sinn, betrachtet werden könnte. Aber jetzt greift eine andere Erwägung ein: Wenn das österreichische Recht im Abschnitt Güterrecht keine Bestimmungen über die Prozeßkostentragungspflicht enthält, so tut es das deshalb, weil für den Fall schon durch die Vorschriften über den Unterhalt vorgesorgt ist. Das Güterrechtssystem findet also seine notwendige Ergänzung in den Vorschriften über die persönlichen Beziehungen der Gatten. Werden die Vorschriften über das persönliche Verhältnis der Gatten einer anderen Rechtsordnung entnommen und enthält diese keine entsprechende Fürsorge, so würde das den Güterstand regelnde Recht nicht so wirken, wie es wirken will; daher muß in diesem Fall die Verweisung auf das Güterrecht die auf Vorschriften über die Prozeßkostentragungspflicht in sich schließen. Würde man jede Prozeßkostentragungspflicht des Mannes leugnen, so würde man überdies auch dem Sinn des deutschen Rechts zuwiderhandeln, das zur Regelung der persönlichen Verhältnisse der Gatten berufen ist. Denn dieses geht doch auch davon aus, daß unter Umständen der Mann die Prozeßkosten zu tragen hat, nur will es die näheren Voraussetzungen von dem Güterstand abhängig machen. Es liegt also ein Fall vor, der nach der Absicht beider Rechtsordnungen geregelt werden muß und daher darf man die Kollisionsnorm nicht so auslegen, daß er von keiner der beiden beteiligten Rechtsordnungen erfaßt wird. Die Bestimmungen über die Prozeßkostentragungspflicht der deutschen Rechtsordnung zu entnehmen, geht nicht an, weil diese an das Vorhandensein eines deutschen Güterstandes anknüpfen, ein solcher aber im konkreten Fall nicht

[1]) So ist auch das Ergebnis der Entscheidung des KG. vom 1. 10. 13 Öst. GZ. 1914, 253 zu begründen; das Gericht sagt unbegreiflicherweise, daß die Frage der Unterhaltspflicht eine Frage des ehelichen Güterrechts sei. Überdies sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Entscheidung unklar.

vorliegt[1]). Demnach sind die Bestimmungen des österreichischen Rechts über die Prozeßkostentragungspflicht anzuwenden.

Auch zwischen dem Recht der persönlichen Beziehungen und dem Erbrecht können Grenzstreitigkeiten entstehen. Ein deutscher Mann hinterläßt Grundstücke in Frankreich. Folgt man der allerdings bestrittenen Ansicht[2]) des Reichsgerichts, so wird er nach Art. 28 EG. BGB. hinsichtlich dieser Grundstücke nach französischem Recht beerbt. Die persönlichen Beziehungen unterliegen nach Art. 14 dem deutschen Recht. Kann die Witwe die von Art. 205 C. c. gewährte Alimentationsforderung gegen den Nachlaß geltend machen? Eine Qualifikation nach deutschem Recht ist schon deshalb schwierig, weil das deutsche Recht einen gleichen Anspruch nicht kennt, immerhin einige verwandte Ansprüche § 1582, 1712 BGB. Wendet man die Kriterien an, nach denen erbrechtliche und familienrechtliche Ansprüche geschieden werden und die übrigens im französischen Recht keine anderen zu sein scheinen als im deutschen Recht, so gelangt man zu keinem eindeutigen Ergebnis. Der Anspruch ist insofern ein erbrechtlicher, als der Gatte nicht mit den anderen Gläubigern konkurriert, sein Anspruch richtet sich nur gegen den Reinnachlaß[3]). Mit den Alimentationsansprüchen hat der Anspruch des Gatten gemein, daß er den Rechten der Erben vorgeht und daß er nur dem bedürftigen Gatten gewährt wird. In diesem Fall muß meines Erachtens der innere Zusammenhang mit den erbrechtlichen Bestimmungen des Code entscheiden. Das Gesetz des Jahres 1891, das den Alimentationsanspruch schuf, gewährte diesen Anspruch, weil das Erbrecht des Gatten durch keine réserve geschützt ist[4]) und weil die Höhe des erbrechtlichen Anspruchs als zu gering betrachtet wurde, weshalb er in jüngster Zeit durch Gesetz vom 4. 1. 30 erhöht wurde. Die Vorschriften über das Recht auf Alimentation sind daher zusammen mit den erbrechtlichen Vorschriften anzuwenden, weil sie diese zu einem sinnvollen Ganzen ergänzen[5]).

Wie die Qualifikationstheorie richtig erkannt hat, liegt der Grund der Schwierigkeiten, welche Fälle wie die eben behandelten machen, in der Verschiedenheit der Sachnormen selbst. Sie regeln dieselben Interessen nicht nur sachlich verschieden, sondern auch durch verschiedene

[1]) Ebenso im Ergebnis Wolff a. a. O. S. 286 und das OLG. Dresden 16. 3. 09, Annalen des OLG. Dresden 30, 321, das meint, der vom österreichischen Recht gewährte Anspruch sei ein güterrechtlicher.

[2]) Lewald S. 295.

[3]) Dasselbe gilt auch im österreichischen Recht, das einen entsprechenden Anspruch kennt, § 769 ABGB; Ehrenzweig 2, 2, 157; OG. Brünn 9. 10. 30, n° 10214.

[4]) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil, 5. Aufl. 1, 366.

[5]) A. A. der Appellhof von Algier 27. 2. 94 J. 94, 874, der die Bestimmung zum Personalstatut rechnet und Weiß 4, 584 mit 3, 600, der aber das Ergebnis durch eine ordre public-Erwägung korrigiert.

technische Mittel. Sie versuchte nun einen Ausweg dadurch zu finden, daß sie die Verschiedenheit der technischen Ausgestaltung weginterpretierte; aber die Lösung war nur eine rein formale, die nicht zu sachlich befriedigenden Ergebnissen führen konnte. Hier wurde versucht, diese Verschiedenheit der technischen Ausgestaltung anzuerkennen und bei Formulierung, Auslegung und Anwendung der Kollisionsnorm zu berücksichtigen. Wird auf eine ausländische Sachnorm verwiesen, so dürfen wir nicht willkürlich durch rein begriffliche Operationen Stücke herausschneiden, sondern müssen sie in ihrem sachlichen Zusammenhang anwenden und wir müssen beachten, daß mehrere Rechtsordnungen gleichzeitig angewandt werden müssen. Wir müssen den konkreten Inhalt dieser Rechtsordnungen selbst in ihrem gegenseitigen Verhältnis berücksichtigen. Das konkrete Ergebnis darf nicht sein, daß ein Tatbestand, der nach dem Willen aller beteiligter Rechtsordnungen geregelt werden muß, ungeregelt bleibt, aber auch nicht, daß ein Tatbestand, der nur einmal geregelt werden kann, zweimal erfaßt wird. Deshalb muß man allgemeine Grundsätze darüber, ob und wie mehrere Rechtsordnungen zugleich angewandt werden können, entwickeln.

Eine Qualifikation des erhobenen Anspruchs oder der geltend gemachten Tatsachen ist nach der hier vorgetragenen Theorie nicht erforderlich. Der Richter hat zunächst festzustellen, welches Recht anzuwenden ist, z. B. auf erbrechtliche Ansprüche das Recht des Staates A, auf güterrechtliche das Recht des Staates B. Er kann das tun, ohne sich ein Urteil über den erhobenen Anspruch machen zu müssen. Natürlich wird er nicht die Anwendbarkeit solcher Rechte feststellen, die mit dem vorliegenden Fall offenbar nichts zu tun haben. Wenn ein uneheliches Kind von seinem Vater Unterhalt verlangt, braucht er sich nicht mit dem Erbstatut zu befassen. Die Feststellung der Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts verlangt nur die Prüfung, ob und nach welcher Richtung sich die Anknüpfungsmomente verwirklicht haben, also welchem Staat der Erblasser angehörte, als er heiratete oder als er starb. Dem für anwendbar erkannten Recht sind nun jene Normen zu entnehmen, die als güterrechtliche oder erbrechtliche usw. bezeichnet werden können oder mit ihnen in dem geschilderten untrennbaren sachlichen Zusammenhang stehen. Schließlich ist zu prüfen, ob der so für anwendbar erkannte Normenkomplex allein oder zusammen mit anderen Normen, deren Anwendbarkeit entsprechend festgestellt ist, den erhobenen Anspruch rechtfertigt. Unter Umständen muß noch vorher mit Rücksicht auf das Zusammentreffen von Normen, die verschiedenen Rechtssystemen entnommen sind, der dem einzelnen System entnommene Normenkomplex erweitert oder beschränkt werden.

4. Rechte an Sachen und Vermögen.

Die Regel, daß dingliche Rechte an unbeweglichen oder sogar an beweglichen und unbeweglichen Sachen nach dem Recht des Orts zu beurteilen sind, wo sie gelegen sind, verwendet Ausdrücke, von denen jeder einzelne der Erläuterung bedarf, und zwar hat die Erläuterung nach der Qualifikationstheorie grundsätzlich nach der lex fori zu erfolgen[1]).

Schon der Ausdruck Sache ist ein positivrechtlich geprägter Begriff. Ist der Samen in der Erde, der ungebrochene Stein eine Sache?[2]). Nun ist eines klar: Niemand kann mit der Behauptung kommen, er sei „Eigentümer" der Kaufpreisforderung x, diese sei im Staate Y gelegen und daher sei auf sein Recht über diese Forderung zu verfügen das Recht des Staates Y anzuwenden. Die richtige Begründung für das sichere Ergebnis dürfte sein, nicht daß über den Begriff der Sache die Qualifikation der lex fori entscheidet, sondern daß für diesen Fall eine besondere Kollisionsnorm besteht, die sagt, daß für die Inhaberschaft an Forderungen das Recht des Wohnsitzes des Schuldners maßgebend ist[3]). Die Inhaberschaft an Rechten muß im Zusammenhang mit der Rechtsordnung, die für den Inhalt des Rechts selbst maßgebend ist, beurteilt werden; und zwar gilt das für sogenannte dingliche Rechte, z. B. Bergbauberechtigungen ebenso wie für obligatorische Rechte. Dasselbe ist über die Verpfändung einer Forderung zu sagen. Auf alle diese Fälle ist der an die Spitze des Kapitels gestellte Satz, wie sein historisch überlieferter Sinn ergibt, nicht gemünzt[4]). Er gilt vielmehr nur für Rechte (welcher Art wird später zu erörtern sein), die an einer materiellen Sache beansprucht werden.

Die Qualifikation des Begriffs Sache, die hier nichts anderes als Definition bedeutet, wird dann praktisch, wenn behauptet wird, die Sache, an der ein Recht beansprucht wird, sei keine Sache, d. h. also, es könne an ihr das beanspruchte Recht nicht bestehen. Über diese Frage kann nur entweder die lex fori oder das Recht des Orts, wo die Sache gelegen ist, entscheiden. Man nehme als Beispiel, jemand behaupte vor einem deutschen Gericht, vor dem die Frage als Inzident-

[1]) Bartin, Études S. 24 ff., Principes. 236 läßt die lex rei sitae entscheiden; ebenso das Rép. de droit int. v° Qualifications n° 71.

[2]) Kahn I, 77/8, hat diese Beispiele gebracht, um die positive Natur der Unterscheidung beweglicher und unbeweglicher Sachen zu erläutern; sie gelten erst recht zur Erläuterung des Begriffs Sache selbst.

[3]) Ob die Kollisionsnorm für diesen Fall wirklich so lautet, kann dahingestellt bleiben, es genügt festzustellen, daß für diesen Fall eine besondere Kollisionsnorm gebildet werden muß.

[4]) Auch für Wertpapiere und Immaterialgüterrechte muß eine besondere Kollisionsnorm gebildet werden; sie aus einer Qualifikation abzuleiten, wäre unzulässig; a. A. Niboyet, Rép. de droit int. v° biens n° 47.

punkt streitig wird, Eigentümer einer Wiener Praterhütte zu sein[1]). Wäre es sinnvoll, hier die deutschen Vorschriften, etwa § 95 BGB., anzuwenden und darnach zu entscheiden, ob ein gesondertes Eigentum an der Praterhütte möglich ist oder nicht? Daß die Frage zu verneinen ist, kann nicht zweifelhaft sein; es hat also die lex rei sitae darüber zu bestimmen, ob an der Sache das behauptete Recht überhaupt bestehen kann[2]).

Unter Lage der Sache ist die natürliche Lage zu verstehen. Man könnte einwenden, daß die Belegenheit der Sache vom Recht bestimmt wird und daß daher mangels einer andern Rechtsordnung, an die man sich halten kann, die lex fori entscheiden muß. Der Einwand verliert seine Kraft, wenn man sich klar macht, was denn die Belegenheit der Sache im Rechtssinn bedeutet. Der Begriff hat eine normative Bedeutung und besagt, daß die Sache z. B. Zubehör oder Bestandteil (etwa durch Zuschreibung § 890, II BGB.) einer andern ist und daher einer besonderen Regelung unterliegt, z. B. von einer Beschlagnahme erfaßt wird, oder daß ein Gericht zur Beurteilung gewisser Streitigkeiten in bezug auf die Sache zuständig ist. Daß dieser Begriff auch internationalrechtlich zu verwerten ist, müßte erst bewiesen werden. Die Vermutung spricht gegen seine Maßgeblichkeit, denn es ist offenbar mißlich, bevor die Anwendbarkeit einer bestimmten Sachnorm feststeht, schon Teile einer bestimmten Sachnorm anzuwenden. Nur wenn es gar nicht anders geht, sollte man zu diesem Hilfsmittel seine Zuflucht nehmen. Man kann aber von der natürlichen Lage der Sache ausgehen[3]); dieser Begriff ist als natürlicher international. Nur wenn eine für die natürliche Anschauung einheitliche Sache sich über das Gebiet mehrerer Staaten erstreckt, dürften Schwierigkeiten entstehen können. Aber hier handelt es sich wohl nur um rein konstruierte Fälle; etwa ein Kraftwagen, der mit den Vorderrädern in dem einen Gebiet steht und mit den Hinterrädern in dem andern. Grundstücke werden durch die Grenze in selbständige Teile geteilt.

Allerdings ist die natürliche Lage nur bei natürlichen Sachen feststellbar, nicht bei Forderungen, Immaterialgüterrechten usw.; aber, wie schon anfangs betont, findet die zur Diskussion stehende Kollisionsnorm auf die letzteren keine Anwendung.

Im Gegensatz zum modernen deutschen Recht unterschieden viele und unterscheiden noch manche Rechte zwischen Mobilien und Immobilien; nur für die letzteren gilt die lex rei sitae, für die ersteren

[1]) Vgl. Ehrenzweig, 6. Aufl., I, 2, 31.

[2]) Catellani 2, 423/4. Zur Frage, ob eine Sache gepfändet werden kann, die Pertinenz eines ausländischen Grundstücks ist, vgl. Bay. Ost. LG. 11. 11. 82 SA. 38, 213, darnach entscheidet die lex fori, die mit der lex rei sitae zusammenfällt; ebenso das ROHG. 28. 6. 72 E. 7, 16; vgl. RG. 24. 3. 99 JW. 99, 325.

[3]) Ebenso Rabel, ZauslintPrR. 5, 269.

ist ein anderes Recht maßgebend, z. B. das Wohnsitzrecht des Eigentümers. Entscheidet in diesen Fällen über die bewegliche oder unbewegliche Natur die lex fori oder die lex rei sitae? Kahn hat darauf hingewiesen, daß die bewegliche oder unbewegliche Natur vom positiven Recht bestimmt wird und daß man diese entweder gemäß der lex fori oder der lex rei sitae bestimmen muß. Wenn man nicht den Grundsatz der Näherberechtigung anerkenne, so müsse man die lex fori entscheiden lassen. Nun ist es richtig, daß sich ein Begriff einer natürlichen Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit viel schwerer bestimmen läßt als der einer natürlichen Lage. Im natürlichen Sinn unbeweglich sind eigentlich nur Grundstücke als Teil der Erdoberfläche, bei Häusern zweifelt man schon. Daher geht es offenbar nicht an, die Kollisionsnorm mit Hilfe eines natürlichen Begriffs der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit von einer bestimmten Sachnorm unabhängig zu machen.

Im Sinn der Sachnorm besagt die Beweglichkeit und Unbeweglichkeit, daß eine Sache einer bestimmten Gruppe von Normen unterliegt[1]). Eigentumsinhalt und -übertragung, Belastung usw. sind bei beweglichen Sachen anders zu beurteilen als bei unbeweglichen. Wenn nun die Kollisionsnorm für bewegliche und unbewegliche Sachen verschieden lautet, so fragt es sich, ob aus der Tatsache, daß gewisse Sachen im Inland z. B. dem Grundbuchssystem unterliegen, geschlossen werden kann, daß dieselben Sachen internationalrechtlich nach der lex rei sitae beurteilt werden. Mir scheint, daß hier die logische Verbindung fehlt[2]). Nur soviel ist richtig: Die Sachen, die im Inland als unbewegliche besonderen Normen unterliegen, werden nach der lex rei sitae beurteilt und es ist gleichgültig, wie das Recht des Eigentümers sich dazu stellt. Zu diesem Ergebnis gelangt man, gleichgültig, ob man die lex rei sitae oder die lex fori über die Qualifikation entscheiden läßt. Ist dagegen das Eigentum eines im Ausland gelegenen Gebäudes strittig (als Inzidentfrage), so scheint es willkürlich, die lex rei sitae nur dann anzuwenden, wenn dieses Gebäude, falls es im Inland gelegen wäre, als unbeweglich betrachtet würde. Es ist aber auch unrichtig, es nur deshalb der rei lex sitae zu unterstellen, weil es im Ausland den materiellen Vorschriften über Grundstücke unterliegt. Vielmehr kommt es darauf an, ob die lex rei sitae internationalrechtlich das Gebäude seinen eigenen Sachnormen unterwirft. Es wird das dann besonders tun, wenn es das Haus als unbewegliche Sache betrachtet; aber selbst dann, wenn es zwar im internen Verkehr die Sache nach den Vorschriften für bewegliche Sachen beurteilt, aber internationalrechtlich immer

[1]) Das hat schon Laurent 7, 165 ff. hervorgehoben.

[2]) Daher erscheint mir Niboyets Versuch, Rép. de droit int. v° Biens n° 12, die Güter allgemein, ohne Rücksicht auf ein konkretes internes oder internationales Problem, zu qualifizieren, als methodisch verfehlt.

seine eigene Sachnorm auf es anwendet, müssen wir unsererseits auf dieses Gebäude die lex rei sitae anwenden[1]). Denn es hätte offenbar ebensowenig Sinn, das Recht des Eigentümers nur deshalb anzuwenden, weil die Sachnorm des Orts, wo die Sache liegt, die Sache den Vorschriften über bewegliche Sachen unterwirft, als man den entsprechenden Schluß aus der Behandlung durch die Sachnorm des Richters ziehen kann. Es entscheidet demnach nicht die Qualifikation durch die Sachnorm des Richters[2]) oder die Sachnorm der lex rei sitae[3]), sondern die internationalrechtliche Behandlung durch die lex rei sitae[4]); das haben ja auch wohl alle jene, die die Qualifikation der lex rei sitae entscheiden lassen, gemeint, aber es war immerhin erforderlich, dieser These jene genaue Fassung zu geben, die ihren rationellen Gehalt verständlich macht

Der Einwand Kahns, daß man so die eigene Kollisionsnorm von einer ausländischen abhängig macht, ist grundsätzlich richtig, wir haben unseren eigenen, nicht fremden Kollisionsnormen zu folgen; aber im Einzelnen können wichtige Gründe eine Ausnahme rechtfertigen,

---

[1]) Man vergesse nicht, die Kollisionsnorm, die hier untersucht wird, lautet: Auf bewegliche Sachen ist das Wohnsitzrecht des Eigentümers, auf unbewegliche die lex rei sitae anzuwenden.

[2]) Kahn 1, 73 ff.; Zitelmann 2, 302; Lewald S. 175, der aber im folgenden den allgemeinen Grundsatz etwas einschränkt; Pillet-Niboyet S. 507 ff., 636; Salvioli, Riv. di diritto intern. 8 (1919), 34, will die Qualifikation der lex rei sitae entscheiden lassen, weil die lex fori davon die Anwendung eines bestimmten Rechts nicht abhängig macht.

[3]) Frankenstein 1, 277; 2, 10/1, 93 (die jeweils herrschende Rechtsordnung bestimmt, was unter Grundstücken zu verstehen ist); Walker S. 319; Gutzwiller S. 1598; Weiß 4, 255; Pillet, Traité 1, 704; Surville S. 288; Valéry S. 880; Bartin, Études S. 24 ff., Principes 1, 236; Laurent 7, 202 ff., 216; Poullet S. 338; Gemma a. a. O. S. 109; Fiore-Antoine § 769; derselbe abw. Disposizioni generali 2, 272 (mit Vorbehalt der Rechte Dritter, die gemäß der inländischen Qualifikation erworben sind); Diena, Sui Limiti S. 27 (mit einigen Modifikationen); derselbe, I Diritti reali considerati nel diritto internazionale privato, Turin 1895, S. 70 ff.; derselbe, Principi 2, 81, 225; Lorenzen, Col. Law. Rev. 1920, 281; das Urteil der Ch. civ. vom 5. 4. 87 Pand. franç. 1887, VI, 12, läßt sogar in steuerrechtlicher Hinsicht die lex rei sitae über die bewegliche oder unbewegliche Natur eines Rechts (einer Bergbauberechtigung) entscheiden; ebenso das common law; Story § 447; Wharton § 287.

[4]) Das wird besonders deutlich im Falle Newlands v. Chalmer's Trustees, 11 Shaw 65, Sess. C. Scot's Revised Rep. 4, 742; es handelt sich um die Frage, ob der Mann an bonds der Frau ein Recht erworben hat. Er tut es nur, wenn sie bewegliches Gut sind; darüber hat die lex rei sitae zu entscheiden. Der schottische Richter erbittet ein Gutachten, das ihm sagen soll, ob die Papiere (die Rechte an Grundstücken in Jamaika verbrieften) nach englischem Recht als beweglich oder unbeweglich gelten. Das Gutachten untersucht die Frage, ob sie in güterrechtlicher Hinsicht als personal oder heritable property betrachtet werden.

so hier: Der Grundsatz, daß die lex rei sitae über Sachenrechte an Immobilien zu entscheiden hat, ist für Immobilien ein allgemein anerkannter und auch für Mobilien setzt er sich — oft im Widerspruch zu ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, so in Österreich und in Italien — immer mehr durch. Er würde in seiner Allgemeinheit beeinträchtigt werden, wenn ein anderer als der Staat der belegenen Sache die bewegliche und unbewegliche Natur der Sachen definieren und durch die Definition den Geltungsbereich der lex rei sitae einschränken könnte. Die unvermeidliche Folge wäre, daß dieselbe Frage in verschiedenen Staaten verschieden beurteilt würde. Stellt man dagegen auf die Auffassung der lex rei sitae selbst ab, so wird eine international einheitliche Lösung[1]) erreicht. Dazu kommt, daß in der Regel der Staat der belegenen Sache in derartigen Fällen zur Vollstreckung zuständig sein wird, und daß nur er das strittige Recht zwangsweise wird durchsetzen können. Praktische Erwägungen sprechen aber dafür, die Kollisionsnorm so zu fassen, daß das Ergebnis der richterlichen Entscheidung auch durchsetzbar ist[2]); daher ist es zweckmäßig, der Auffassung der lex rei sitae über die internationalrechtliche Behandlung der Sache zu folgen. An sich würden vielleicht alle diese Argumente nicht ausreichen, die Berücksichtigung der fremden Kollisionsnorm zu rechtfertigen, aber im konkreten Fall kommt noch die Tatsache hinzu, daß sich ein sachlicher Grund dafür, den Begriff der unbeweglichen Sache, den die Kollisionsnorm verwendet, im Sinn der inländischen Sachnorm zu verstehen, nicht finden läßt[3]). Das Ergebnis, zu dem man gelangen würde, wäre irrationell. Es ist also die internationalrechtliche Behandlung durch die lex rei sitae maßgebend. Hervorgehoben sei noch, daß nach den angestellten Erwägungen hier kein Qualifikationskonflikt, sondern ein Konflikt der Kollisionsnormen vorliegt. Der Fall, daß die lex rei sitae über bewegliche und unbewegliche Sachen das Recht des Eigentümers entscheiden läßt, braucht als praktisch nicht vorkommend, nicht erörtert zu werden.

Die eben angestellten Erörterungen haben für die meisten internationalen Privatrechte nur akademische Bedeutung, sie mußten aber geschehen, um die rationelle Basis der Qualifikationstheorie hinsichtlich aller Elemente der zur Diskussion stehenden Kollisionsnorm zu prüfen.

Das eben erörterte Problem ist nicht identisch mit der Unterscheidung von Mobiliar- und Immobiliarvermögen. Die Kollisionsnorm kann für Mobiliar- und Immobiliarvermögen verschieden lauten, so z. B. die erbrechtliche im angloamerikanischen und im französischen Recht. Gemäß Art. 27 und 28 EG. kann diese Unterscheidung auch für deutsche

---

[1]) Ebenso Rabel a. a. O. S. 270, 273.

[2]) Melchior, ZauslintPrR. 3, 741; ähnlich Niemeyer, Vorschläge und Materialien S. 260/61.

[3]) Zitelmann a. a. O. meint, das sei zu vermuten.

Richter praktisch werden. Hier dürfte es aber richtig sein, das Qualifikationsproblem nicht selbständig vom deutschen Standpunkt aus zu lösen, sondern im Sinn des zur Anwendung kommenden ausländischen internationalen Privatrechts. Wenn man diesem überhaupt folgt, so muß man auch die Begriffe, die es verwendet, in dem Sinn verstehen, in dem sie von ihm selbst gemeint sind.

Betrachtet man das Problem der Unterscheidung von Mobiliar- und Immobiliarvermögen direkt, d. h. nicht im Rahmen einer Rückverweisung, so stößt man auf eine Reihe eigenartiger Probleme. Man nehme an, daß die Kollisionsnorm über den unbeweglichen Nachlaß die lex rei sitae entscheiden läßt, über den beweglichen das Heimatsrecht des Erblassers. Man könnte nun jene Teile des Vermögens, die in Rechten an natürlichen Sachen bestehen, lokalisieren und über die Qualifikation die lex rei sitae entscheiden lassen. Aber es ist nur dann sinnvoll, die lex rei sitae über die Qualifikation entscheiden zu lassen, wenn diese zwischen beweglichem und unbeweglichem Nachlaß unterscheidet; sich darnach zu richten wie sie die Sachen im Einzelverkehr behandelt, besteht kein Grund. Trotzdem hat der amerikanische Richter Green[1]), der zu entscheiden hatte, ob der Erbgang in Sklaven nach der lex rei sitae oder nach dem Recht des letzten Wohnsitzes zu beurteilen sei, nicht gefragt, wie die lex rei sitae die Sklaven erbrechtlich behandelt, sondern wie die Sachen im Einzelverkehr betrachtet werden. Es ist das um so auffallender, als die Partei selbst auf das Bedenken hingewiesen hatte. Unterwirft die lex rei sitae in erbrechtlicher Beziehung den ganzen Nachlaß dem Personalstatut des Erblassers, so hat es keinen Sinn, darauf abzustellen, ob sie die einzelnen Sachen, die in ihrem Gebiet gelegen sind als beweglich oder unbeweglich betrachtet. Wenn also z. B. der amerikanische Richter nach seiner Kollisionsnorm unbewegliche Sachen, die in Deutschland gelegen sind, nach deutschem Erbrecht beurteilen muß, so besteht für ihn kein sachlicher Grund, darauf abzustellen, ob das deutsche Recht ein einzelnes Vermögensstück, z. B. eine Hypothek, als beweglich oder als unbeweglich betrachtet[2]). Überdies wäre die Frage auch oft schwer zu beantworten. Es zeigt sich also auch hier, daß nicht die Qualifikation durch die ausländische oder inländische Sachnorm entscheiden darf, sondern nur die internationalrechtliche Behandlung durch die lex sei sitae. Beansprucht diese auch in erbrechtlicher Beziehung Anwendung, so ist das anzuerkennen. Es gilt hier dasselbe, was hinsichtlich der Beurteilung von Rechten an Einzelsachen ausgeführt wurde. Gibt die Kollisionsnorm der lex rei sitae keine Antwort und verlangt, wie hier vorausgesetzt wird, die Kollisionsnorm des Richters in erbrechtlicher Beziehung zwischen be-

[1]) Mc. Collum v. Smith, Supreme Court of Tenessee 1838, Meigs 342, im Auszug bei Beale 2, 145

[2]) Der amerikanische Richter kann offenbar nicht berücksichtigen, daß der deutsche Richter sich seinerseits nach dem amerikanischen Richter richtet; das wäre das logsiche Spiegelkabinett.

weglichem und unbeweglichem Vermögen zu unterscheiden, so muß die Abgrenzung selbständig vorgenommen werden. Es wäre auch nicht richtig, die Qualifikation der inländischen Sachnorm entscheiden zu lassen, vielmehr ist zu fragen, aus welchen Gründen denn die Kollisionsnorm das bewegliche und das unbewegliche Vermögen verschieden behandelt[1]) und demgemäß muß man die einzelnen Vermögensstücke der einen oder der anderen Vermögensmasse zuteilen.

Dieses Verfahren muß besonders dann eingeschlagen werden, wenn es sich um die Klassifizierung von Rechten handelt, die keine natürliche Lage haben. Wenn man erklärt, eine Forderung sei am Wohnsitz des Schuldners gelegen, so ist das eine juristische Konstruktion, die nur für bestimmte Zwecke, z. B. für die Bestimmung der Zuständigkeit Bedeutung hat. Es besteht kein sachlicher Grund, das Recht des Orts dieser Lage, sei es die Kollisionsnorm, sei es die Sachnorm, darüber entscheiden zu lassen, ob dieses Recht zum beweglichen oder zum unbeweglichen Nachlaß gehört. Hier entscheidet also die Qualifikation der lex fori, aber nicht die der Sachnorm, etwa § 1551, II BGB., sondern ein der Kollisionsnorm eigentümlicher Begriff[2]).

---

[1]) In der Regel wird die Idee gewesen sein, der Kollisionsnorm der lex rei sitae zu folgen. Ist dies unmöglich und kein anderer Grund zu finden, warum die Kollisionsnorm des Richters zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterscheidet, so ist jenes Recht anzuwenden, das als das generell für die Regelung des Erbgangs zuständige betrachtet wird, also in der Regel das Wohnsitz- oder Heimatsrecht des Erblassers.

[2]) So schon Kahn a. a. O. Auch die englische Rechtsprechung hat den Satz entwickelt, daß in internationaler Beziehung Güter anders betrachtet werden können als in rein nationaler, so sind leaseholds und sonstige interests in land chattels personal, aber ihre Beerbung richtet sich nach der lex rei sitae; Pepin v. Bruyère 85 L. T. R. 461 C. A.; Moses v. Valentine 99 L. T. R. 519; (1908), 2 Ch. 235; In re Berchtold, Berchtold v. Capron 128 L. T. R. 591; der älteste Fall, auf den man sich meist beruft, Freke v. Carbery 16 L. R. Eq. 461 ist nicht besonders zwingend, weil hier nur die Anwendung des Thelluson's Acts, das gewisse Verfügungen verbietet, auf englische Grundstücke ausgesprochen wurde; derselbe Grundsatz wird befolgt in den Entscheidungen Duncan v. Lawson 60 L. T. R. 732 und In re Hoyles, Row v. Jagg 103 L. T. R. 127, bestätigt vom Court of Appeal ebenda S. 817; Cozens Hardy in der Entscheidung In re Hoyles und Russel in der Entscheidung In re Berchtold betonen ausdrücklich, daß die Unterscheidung vom moveables und immoveables nur für das internationale Privatrecht Bedeutung habe; damit ist die auch hier vertretene Selbständigkeit der internationalrechtlichen Begriffe anerkannt. Im Sinn des Wills Act sind leaseholds bewegliche Sachen: In re Lyne's Settlement Trust; Lyne v. Gibbs 120 L. T. R. 81; Williams, On Executors, 11. Aufl., London 1921, S. 270; Theobald, Law of Wills, 8. Aufl., London 1927, S. 1; Jarman, On Wills, 7. Aufl., London 1930, S. 3; dagegen werden in der amerikanischen Entscheidung Despard v. Churchill, 53 N. Y. 192 leaseholds als personal property behandelt. Aber abgesehen von diesem Sonderfall wird allgemein die Ansicht vertreten, daß die lex rei sitae darüber zu entscheiden habe, ob eine Sache be-

Wenn einmal feststeht, daß ein bestimmtes Recht anwendbar ist, so entscheidet dieses allein, was beweglich und unbeweglich ist und was zum Mobiliar- und Immobiliarvermögen gehört. Wenn also z. B. der Mann zur Zeit der Eheschließung Deutscher war und die Gatten Fahrnisgemeinschaft vereinbart haben, so wird der Begriff der Fahrnis durch § 1551, II BGB., bestimmt[1]) (vorbehaltlich des Eingreifens des Art. 28).

Als letztes der Elemente der zur Erörterung stehenden internationalrechtlichen Regel bedarf der Begriff des dinglichen Rechts näherer Bestimmung. Man sagt, die lex rei sitae gelte nur[2]), aber auch für alle dinglichen Rechte[3]). Im Sinn der zu Ende gedachten Qualifikationstheorie müßte die lex fori[4]) über den Begriff des dinglichen Rechts zu entscheiden haben, nach den Theorien, die von einem apriorischen oder völkerrechtlichen Herrschaftsanspruch der lex rei sitae ausgehen, das Recht der belegenen Sache[5]). Damit aber, daß man das eine oder das andere Recht für zuständig erklärt, sind die Schwierigkeiten nicht überwunden, denn der Begriff des dinglichen Rechts ist jeweils in den einzelnen positiven Rechtssystemen nicht eindeutig bestimmt. Sonst könnte es im deutschen Recht z. B. nicht streitig sein, ob das Recht des Mieters an Grundstücken ein dingliches Recht ist oder nicht, und welche Natur

---

weglich oder unbeweglich sei und demnach dem einen oder anderen Erbstatut unterliegt: Johnstone and others v. Baker and others 4. Madd. 474 (1819), 56 E. R. 780; Newlands v. Chalmer's Trustees, eine Entscheidung, die schon analysiert wurde Mc. Collum v. Smith l. c; Corpus Juris 18, 811, § 10; häufig fällt übrigens die lex fori und die lex rei sitae im konkreten Fall zusammen: Crandel v. Barker (1898), 8 N. D. 263, 78 NW. 347; Martin v. Stovall 103 Tenn. 1, 52 SW 296.

[1]) Venzi, Foro it. 1904, 1, 763; Kahn a. a. O. und KrVJ. 43, 145; Frankenstein 1, 12/3; Lewald S. 175; Bedenken bei Rabel S. 272; auch im englischen Recht wird dieser Grundsatz befolgt; in den Fällen Duncan v. Lawson und In re Berchtold l. c. gehörten zum Nachlaß interests an englischen Grundstücken. Internationalrechtlich wurden sie als unbewegliche Sachen betrachtet, daher das englische Erbrecht auf sie angewandt; aber vom englischen Erbrecht werden die Bestimmungen über die Verteilung des personal property angewandt. In der Entscheidung De Nicols v. Curlier 82 L. T. R. 840 war französisches Güterrecht auf das ganze Vermögen anzuwenden. Ob sich die Gütergemeinschaft auch auf englische leaseholds erstreckte, wurde von der Auslegung des Worts immeuble im französischen Sinn abhängig gemacht

[2]) Pacchioni a. a. O. 302; dagegen Diena, Sui Limiti S. 27; Salvioli, Riv. di diritto int. 8 (1919), 36.

[3]) Z. B. von Savigny 8, 189; Neumeyer S. 25; Cavaglieri, Lezioni S. 111. Niboyet, Rep. de droit int. n° Meubles corporels n° 32.

[4]) So mit einer nicht recht klaren Verwahrung Surville n° 167; Poullet S. 338.

[5]) Frankenstein läßt das Sachstatut über die Qualifikation des Anspruchs als dinglichen entscheiden 1, 32; Diena, Principi 2, 225 die lex rei sitae.

das kaufmännische Zurückhaltungsrecht hat[1]). In Frankreich ist sogar die Berechtigung, zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten zu unterscheiden, angezweifelt worden[2]) und im englischen Recht scheint der Unterscheidung keine Bedeutung zuzukommen[3]); ebenso ist im italienischen Recht die Abgrenzung bestritten[4]). Daß Streit über die Abgrenzung dinglicher und obligatorischer Rechte entstehen konnte, erklärt sich daraus, daß diese Begriffe Ordnungsbegriffe sind. Alle Rechte mit gewissen Eigenschaften werden unter dem Begriff dingliches Recht zusammengefaßt. Welche Eigenschaften man für kennzeichnend hält, muß vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit des Systembaus entschieden werden; der Gesetzgeber verleiht Rechte mit gewissen Eigenschaften und auf Grund dieser Eigenschaften werden sie in die eine oder die andere Kategorie eingereiht. Da der Gesetzgeber frei ist, so kann er Zwischenformen schaffen, die hinsichtlich einer Eigenschaft in die eine, hinsichtlich einer anderen in die andere Kategorie fallen. Nach herrschender Ansicht ist das Kriterium des dinglichen Rechts die Wirkung gegen Dritte[5]). Aber diese Wirkung gegen Dritte kann sich in verschiedener Form äußern. Ein Dritter kann kein Recht erwerben können, das dem des dinglich Berechtigten widerspricht; der Berechtigte kann die Einwirkung Dritter verbieten können; er kann zwar nicht die Veräußerung durch einen Dritten verbieten, aber vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Veräußerung verlangen können; er kann ein Vorrecht im Konkurse haben. Offensichtlich ist es möglich, daß ein Recht nur eine dieser verschiedenen Wirkungen gegen Dritte entfaltet[6]). Man denke an das Recht des Besitzers, dem neuen Eigentümer Einwendungen entgegenzuhalten,

[1]) Vgl. statt aller M. Wolff, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts IV, 1, 100

[2]) Siehe die Abhandlung von Bonnecase, Baudry-Lacantinerie, Ergänzungsband 5, 1 ff ; schon Laurent 7, 486, hatte geleugnet, daß es einen allgemeinen Charakter des dinglichen Rechts gebe.

[3]) Die englische Wissenschaft kennt zwar auch den Unterschied der rights in rem und in personam, vgl. z. B. Holland, Jurisprudence, 13. Aufl., Oxford 1924, S. 145, Odgers, Common Law, 3. Aufl. bes. von Burrows, London 1927, S. 4; aber die praktisch erhebliche Einteilung der Rechte ist eine andere; vgl. Schmitz und v. Schwartzkoppen, Zivilgesetze der Gegenwart 2, 259.

[4]) Salvioli, Riv. di diritto int. 8 (1919), 36.

[5]) Milhaud, Des Conflits de lois en matière de privilèges et hypothèques, Thèse, Paris 1884, S. 24/5; Niboyet, Des Conflits de lois relatifs à la acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier, Thèse, Paris 1912, S. 26; Diena, I diritti reali S. 2/3; derselbe, Principi 2, 225; nach RG. 68, 282, scheint die Wirkung im Konkurse ausschlaggebend zu sein; vgl auch RG. 66, 24.

[6]) So betont M. Wolff a. a. O. mit Recht, daß auf das Zurückbehaltungsrecht einzelne Vorschriften über dingliche Rechte analog anzuwenden sind, obwohl die nach seiner Ansicht charakteristische Wirkung des dinglichen Rechts — dingliche Ansprüche gegen jedermann — fehlt.

die er gegen den früheren Eigentümer hatte. § 986, II BGB. Liegt hier eine dingliche Wirkung, sei es des Besitzes, sei es der Obligation vor[1])?

Würde man den Begriff des dinglichen Rechts, möge es der der lex fori oder der der lex rei sitae sein, entscheiden lassen, so würde man sich nicht nur in fast unlösbare theoretische Probleme verstricken, sondern verfiele auch in den schon mehrmals gerügten methodischen Fehler: Man würde aus einem rein theoretischen Begriff, dem des dinglichen Rechts, eine normative Folge, nämlich Anwendung der lex rei sitae ableiten. Das wäre nur zulässig, wenn bewiesen werden könnte, daß die Kollisionsnorm den Begriff des dinglichen Rechts verwendet und dadurch die theoretische Konstruktion in das normative System inkorporiert. Dieser Beweis ist aber nicht erbracht[2]).

Historisch[3]) ist unsere Kollisionsnorm eine Umbildung der Lehre, daß gewisse Statuten „real" sind; sie bezog sich nur auf Grundstücke und ihr Inhalt war schon deshalb nicht eindeutig, weil der Begriff der Realität der Statuten kein eindeutiger war. Praktisch wirkte sich die Methode dahin aus, daß man einzelne Statuten auf ihre Realität und Personalität untersuchte und ihren Anwendungsbereich darnach bestimmte. Erst die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts hat den Satz, daß dingliche Rechte nach der lex rei sitae zu beurteilen sind, in seiner Allgemeinheit formuliert und erst Zitelmann hat ihm jene schneidende Schärfe verliehen, nach der alle dinglichen und nur die dinglichen Rechte der lex rei sitae unterstehen. Er kam zu dieser Ansicht auf Grund seiner Prinzipien, nach denen ein Herrschaftsrecht des Staates über die in seinem Gebiet gelegenen Sachen besteht. Man kann nun allerdings in einem gewissen Sinn von einem Herrschaftsrecht des Staates über die in seinem Gebiet gelegenen Sachen sprechen, aber die Behauptung, daß sich die Herrschaft der lex rei sitae gerade auf alle und nur auf die sachenrechtlichen Wirkungen erstrecke, entbehrt meines Erachtens der Begründung und sie leidet besonders daran, daß es einen Begriff der sachenrechtlichen Wirkung an sich nicht gibt[4]). Rein praktisch gesprochen gibt es wenige

[1]) Vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil 2, 253, Anm. 107.

[2]) Vgl. Rabel, ZauslintPrR. 2, 287.

[3]) Gutzwiller S. 1591.

[4]) Zitelmann 2, 303 meint, sachenrechtlich sei die Frage dann, wenn es sich um eine sachenrechtliche Wirkung handelt, ohne Rücksicht aus welchem Tatbestand, die Wirkung entsprungen ist; ein Sachenrecht liege dann vor, wenn es sich um ein subjektives Recht handelt, das sich nur aus der Herrschaft des Staates über die räumlich auf seinem Gebiet befindlichen Sachen ableiten läßt. Beide Definitionen helfen meines Erachtens nicht weiter; die Wirkung an sich, z. B. eine Sache herausgeben zu müssen, ist indifferent, sie kann aus einem dinglichen oder einem obligatorischen Rechtsgrund erwachsen; darauf abzustellen, ob sich die Wirkung nur aus dem Herrschaftsanspruch der lex rei sitae ableiten läßt, ist deshalb unmöglich, weil man ja gerade fragt, ob sie zuständig ist, die Rechtswirkung anzuordnen. Ein ähnlicher Versuch, einen übernationalen Begriff des dinglichen Rechts aufzustellen, bei Frankenstein 2, 31.

Rechtswirkungen, die sich nur auf eine Sache oder nur auf eine Person erstrecken; wenn z. B. der Umfang des Eigentums von einer Rechtsordnung im einzelnen geregelt wird, so wird dadurch der Eigentümer betroffen, wird einer Person eine Pflicht auferlegt, so wird das ihr gehörende Vermögen dem Zugriff der Gläubiger unterworfen. Und rein theoretisch löst sich wenigstens meines Erachtens jede Rechtswirkung schließlich (eventuell allerdings nur indirekt) in eine Norm, die einer Person auferlegt wird, auf. Daher kann die Idee, daß der eine Staat die obligatorischen, der andere die dinglichen Rechtswirkungen anzuordnen habe, zu keinem Ergebnis führen.

Ebensowenig wie es möglich ist, aus dem Herrschaftsanspruch der lex rei sitae zu schließen, daß sie sich auf alle dinglichen Rechtswirkungen erstrecke, ist es umgekehrt möglich, aus der Natur des dinglichen Rechts auf die Maßgeblichkeit der lex rei sitae zu schließen. Das hat schon Bar ausgeführt[1]).

Es besteht also weder ein historischer Grund noch eine logische Notwendigkeit, die Kollisionsnorm dahin zu formulieren, daß die lex rei sitae für alle und nur für dingliche Rechte maßgeblich[2]) ist. Vielmehr ist auszugehen von dem historisch überlieferten, unbestrittenen und unbestreitbaren Sinn dieser Regel, nämlich, daß die Eigentumsfrage nach der lex rei sitae zu beurteilen ist. Die Qualifikation des Eigentums macht keine Schwierigkeiten. Bei allen Verschiedenheiten der Rechtsordnungen im einzelnen, besonders dem Unterschied des englischen Grundstückrechts vom kontinentalen, stimmen die verschiedenen Rechtsordnungen doch insoweit überein, daß im Einzelfall immer festgestellt werden kann, daß das von der lex rei sitae verliehene Recht ein Eigentumsrecht ist und als solches anerkannt werden kann. Ebenso ist zweifellos, daß der Anspruch auf Rückgabe einer geliehenen Sache nicht nach der lex rei sitae zu beurteilen ist (es sei denn, sie sei Obligationsstatut). Zwischen beiden Grenzfällen bestehen Übergänge, deren internationalrechtliche Behandlung bestimmt werden muß. Die richtige Methode dürfte sein, nicht mit Hilfe eines vorher bestimmten Begriffs des dinglichen Rechts die Grenze zu ziehen, sondern die einzelnen Konfliktsfälle zu untersuchen und zu fragen, ob und inwieweit sie dem einen oder dem anderen Typus anzunähern sind. Diese Methode hat den Vorzug, nicht nur sich von begriffsjuristischer Voreingenommenheit freizuhalten, sondern auch den, die sachlichen Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen berücksichtigen zu können. Denn das internationale Privatrecht soll ja nicht alle denkbaren Rechtsordnungen voneinander

[1]) 1, 594; Gutzwiller S. 1593 scheint diese Ansicht zu billigen.

[2]) Bar und Rolin im Gegensatz zu Fiore, Annuaire de l'Institut 24, 370, meinten, daß eine Definition des Begriffs der Realrechte für die Kollisionsnorm überflüssig sei. Das ist richtig, wenn damit gesagt werden soll, daß die Ausdehnung der Herrschaft der lex rei sitae nicht von einem vorausbestimmten Begriff des Realrechts abhängig gemacht werden darf.

abgrenzen — es würde dabei Gefahr laufen, den einzelnen nicht gerecht zu werden —, sondern nur die wirklich existierenden.

An zwei Beispielen möge die vorgeschlagene Methode nachgeprüft werden: Jemand behauptet, ein Gebrauchsrecht an einem Grundstück erworben zu haben. Es wird sich empfehlen, dieses Recht immer nach der lex rei sitae zu beurteilen, mag es in unserem Sinn einen dinglichen oder obligatorischen Charakter haben. Praktisch kommt die Miete von Wohnungen in Betracht. In fast allen Staaten ist diese teils besonderen öffentlichen Regeln unterworfen, teils bestehen für sie besondere privatrechtliche Vorschriften, die von sozialen Erwägungen inspiriert sind und daher als unabdingbar gelten. In der Regel werden die Gerichte des Staates, in dem die Wohnung liegt, über das Mietverhältnis zu entscheiden haben und dort wird meist die Vollstreckung durchgeführt werden. Entscheidet einmal ein anderes Gericht über dieses Mietverhältnis, so wird es durch Anwendung der lex rei sitae erreichen, daß seine Entscheidung mit der des in der Regel zur Entscheidung und Vollstreckung berufenen Gerichts übereinstimmt. Auch werden die Parteien erwarten, daß die lex rei sitae angewandt wird. Haben sie ein anderes Recht gewählt, so kann ihrer Wahl im Rahmen der lex rei sitae als einer inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Rechnung getragen werden[1]) (im übrigen kann an dieser Stelle zum Problem der Parteiautonomie nicht Stellung genommen werden). Über Gebrauchsrechte an Grundstücken entscheidet also die lex rei sitae[2]).

Gebrauchsrechte an beweglichen Sachen: Man kann Savignys Formel anwenden, ohne sich entscheiden zu müssen, ob es sich um ein dingliches oder obligatorisches Rechtsverhältnis handelt. Ich glaube nachgewiesen zu haben[3]), daß auch dann, wenn das in Frage stehende

[1]) Diena, Diritti reali S. 81.

[2]) Gutzwiller S. 1620; Valéry S. 981; Bar 1, 643 läßt den Parteiwillen entscheiden, soweit nicht die lex rei sitae den Eintritt der dinglichen Wirkung hindert.

[3]) ZauslintPrR. 2, 108 ff.; die von Haudek, Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht, Berlin 1931, S. 72 ff., unternommene Verteidigung Zitelmanns kann mich nicht überzeugen. Auch er verwertet einen naturrechtlichen Begriff des Synallagmas z. B. S. 76, Anm. 1, wo er von einer „an sich nichtigen Verpflichtung" spricht. Den unbilligen Folgen, zu denen die Aufteilung des Vertrags führt, kann er nur dadurch ausweichen, daß er die Sachnorm nicht so anwendet, wie sie wirklich lautet, sondern so, wie sie lauten müßte, wenn andere Vorschriften, mit denen sie in sachlichem Zusammenhang steht, anders lauten würden. (Siehe z. B. S. 78 oben, S. 80 Schluß des Absatzes, S. 81.) Der Hauptfehler ist aber der, daß er nicht das Endergebnis im ganzen beachtet. Teilt man den Vertrag, so gelangt man oft zu einem Gesamtergebnis, das entweder nur einem der beteiligten Rechte oder keinem (so z. B. das von H. S. 78 oben vorgeschlagene) entspricht (zustimmend Lewald S. 247). Daran kann sich nur der nicht stoßen, der wie H. meint, daß die von den Rechtsordnungen für gegenseitige Verträge aufgestellten Regeln nur eine Pflicht und

Rechtsverhältnis ein gegenseitiger Vertrag ist, nur ein einziges Recht maßgebend ist. Man hat also zu fragen, an welchem Ort das Rechtsverhältnis seinen Schwerpunkt hat. Wenn die zum Gebrauch überlassenen Sachen nach den Bestimmungen des Vertrags an einem bestimmten Ort zu verbleiben haben, z. B. jemand mietet Möbel zur Einrichtung einer Wohnung, so ist die natürlichste Anknüpfung die dem Vertrag entsprechende Lage[1]). Praktische Gründe bestärken dieses Ergebnis: Es entscheidet dann dieselbe Rechtsordnung über die Rechte des Mieters und Vermieters an der Sache, über Pfandrechte[2]) und Eigentumsrechte dritter Personen, und das Problem, wie sich die verschiedenen Ansprüche zueinander verhalten, ist verhältnismäßig einfach zu lösen, während sich große Schwierigkeiten ergeben, wenn die kollidierenden Ansprüche von verschiedenen Rechtsordnungen verliehen sind, weil man dann nicht weiß, welche Rechtsordnung über den Rang zu bestimmen hat.

Wenn die Sache nach den Bestimmungen des Vertrags in verschiedenen Staaten benützt werden soll, z. B. ein Amerikaner mietet ein Auto zu einer Rundreise in Europa, so dürfte die Anwendung des Rechts des Wohnsitzes des Vermieters angemessen sein. Wenn sonst kein Anhaltspunkt für die Lokalisierung des Rechtsverhältnisses besteht, so ist der Schwerpunkt am Wohnsitz des Sachschuldners zu suchen. Dann kann sich allerdings das Problem der Kollision verschiedener, nach verschiedenen Rechten zu beurteilender Rechte erheben. Man nehme an, die Miete unterstehe französischem Recht; während der Kraftwagen sich in Deutschland befindet, wird er gepfändet; oder jemand erwirbt durch Abtretung des Herausgabeanspruchs das Eigentum an ihm. Es fragt sich, kann Pfandrecht und Eigentumsrecht nur in dem von dem Mietrecht freigelassenen Raum entstehen oder tritt das Recht des Mieters vor dem des Pfandgläubigers oder des Eigentümers zurück.

---

nicht den ganzen Vertrag betreffen; H. meint, daß Art. 1599 C. c. nur die Verbindlichkeit des Käufers und nicht auch die des Verkäufers betreffe und glaubt, daß § 323 BGB. die Befreiung des eines Teils von der Verbindlichkeit „voraussetze", woraus er offenbar schließen will, daß § 323 „nur" die Verpflichtung des Gegners betreffe. Ich glaube, daß dies eine Verkennung des Sinnes der Vorschriften über synallagmatische Verträge ist. Wenn eine Norm eine Partei von einer Verpflichtung befreit unter der Voraussetzung, daß ihr der Anspruch auf die Gegenleistung bleibt, so ist ihr nicht Genüge getan, wenn die Partei befreit wird und auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert Dazu führt aber häufig die Theorie Zitelmanns, die also das Recht des Schuldners in solchen Fällen eben nicht anwendet.

[1]) Zitelmann 1, 145 kumuliert die obligatorische Wirkung nach dem Obligationsstatut mit der dinglichen nach der lex rei sitae; Gutzwiller S. 1620 empfiehlt das Recht des Wohnsitzes des Vermieters; Savigny 8, 190 sagt, ein dingliches Recht an der gemieteten Sache entstehe nach dem Recht des Orts der Übergabe.

[2]) Auch hierauf findet die lex rei sitae, allerdings kombiniert mit dem Obligationsstatut, Anwendung.

Das Problem hat eine ferne Verwandtschaft mit dem des Verhältnisses zwischen Güterrecht und Erbrecht und eine nahe mit dem des „Statutenwechsels" im Sachenrecht[1]). Wie ist der Konflikt zu entscheiden, wenn zwei Rechtsordnungen angewandt werden sollen, aber nach ihrem Inhalt nicht zugleich angewandt werden können? Wird eine Sache von dem einen Gebiet in ein anderes gebracht und erwirbt jemand an ihr in dem neuen Gebiet z. B. ein Pfandrecht, so ist es zwar richtig, aber nicht ganz selbstverständlich, daß das später erworbene Recht vorgeht und, wie Lewald treffend sagt[2]), im Wege der Reflexwirkung das auf Grund der früheren lex rei sitae erworbene Recht beeinträchtigen kann. In dem hier zur Erörterung stehenden Fall muß dem gemäß der lex rei sitae erworbenen Recht der Vorzug gewährt werden. Es ist eben ein allgemeiner Grundsatz, daß die lex rei sitae, allerdings nur in den ihr vorbehaltenen Gebieten wie dem des Pfand- und des Eigentumsrechts, die hier in Frage stehen, allen anderen Rechten vorgeht. Soweit aber die lex rei sitae Raum läßt, scheinen mir keine Bedenken zu bestehen, auch solche Rechtswirkungen des Obligationsstatuts anzuerkennen, die vielleicht als dingliche anzusprechen sind, Zurückbehaltungsrechte, Einrederechte, § 986 BGB. Man erreicht so den Vorteil, das ganze Vertragsverhältnis in allen seinen Auswirkungen einem einzigen Recht zu unterwerfen. Der Einwand, daß es sich hier um dingliche Rechtswirkungen handle, die als solche der lex rei sitae unterstehen, schlägt nicht durch, weil, wie gesagt, in dieser Allgemeinheit der Satz nicht bewiesen ist. Dem praktischen Bedürfnis und dem berechtigten Herrschaftsanspruch der lex rei sitae ist Genüge getan, wenn man den gemäß der lex rei sitae entstandenen Pfand- und Eigentumsrechten den von ihnen beanspruchten Vorzug gewährt. Wenn also die Miete französischem Recht untersteht, so hat der Mieter die aus § 1743 C. c. fließenden Rechte, ein neuer Eigentümer kann sich aber darauf berufen, daß er gemäß der lex rei sitae ein Eigentum erworben hat, das auch gegenüber einem Mieter unbeschränkt durchsetzbar ist[3]).

Ich habe von Gebrauchsrechten an Sachen gesprochen; es wäre nicht richtig, die entwickelten Regeln für den Mietvertrag im Sinn eines bestimmten Rechts z. B. des deutschen auszusprechen. Erstens würde man dann sofort eine zweite Kollisionsnorm für den Pachtvertrag zu bilden haben und zweitens könnten gewisse ausländische Rechte wie z. B. englische leaseholds überhaupt nicht erfaßt werden. Daher muß man einen Begriff bilden, der die verschiedenen aber gleich zu behandelnden Institutionen der verschiedenen Rechtsordnungen zusammenfaßt, und zwar auf Grund von Kriterien, die eine internationalrechtlich

[1]) Bar 2, 611; Neumeyer S. 25; Lewald S. 184; Gutzwiller S. 1594.

[2]) S. 182.

[3]) Es ist überdies in Frankreich bestritten, ob art. 1743 C. c. auf die Miete beweglicher Sachen anwendbar ist Planiol-Ripert, Traité de droit civ. fr. X. Bd. von Hamel und Perreau, Paris, 1932, S. 922.

gleichartige Behandlung erfordern und rechtfertigen. Es muß also ein internationaler Begriff des „Mietvertrags" gebildet werden. Dazu ist erforderlich Kenntnis der verschiedenen Rechtsordnungen und Klarheit über die Gesichtspunkte, die eine internationalrechtlich gleiche Behandlung rechtfertigen. An dieser Stelle können die maßgebenden Erwägungen nur angedeutet werden. Es muß sich offenbar handeln um ein vertraglich begründetes Gebrauchsrecht, ein Nutzungsrecht kann damit verbunden sein. Nach der Absicht der Parteien muß die Gebrauchsüberlassung eine beschränkte sein, sie dürfen nicht die Absicht gehabt haben, dem Gebrauchsberechtigten das gesamte Nutznießungsrecht zu übertragen (Ausscheidung von Nießbrauch und nießbrauchsähnlichen Tatbeständen, für die eine besondere Kollisionsnorm gebildet werden muß). Theoretisch scheint die Sache schwierig zu sein, aber praktisch dürften selten Zweifel entstehen. Auf die schwer zu erfassenden leaseholds ist jedenfalls die lex rei sitae anzuwenden.

Die Aufgabe des Richters ist hier keine andere als in den früher erörterten Fällen. Jemand erhebt einen Anspruch und leitet ihn aus einem mietähnlichen Verhältnis ab. Der Richter untersucht nun, welches Recht über Gebrauchsrechte im eben dargelegten Sinn im konkreten Fall zu entscheiden hat, also bei beweglichen Sachen fragt er, wo der Vermieter seinen Wohnsitz hat (bzw. wo die Sache nach dem Vertrag dauernd zu verbleiben hat), bei Grundstücken, wo sie liegen. Die für anwendbar erkannte Rechtsordnung wird befragt, ob sie ein „Gebrauchsrecht" gewährt und ob mit diesem der erhobene Anspruch oder die geltend gemachte Rechtsfolge gerechtfertigt werden kann. Ist das nicht möglich, so kann natürlich noch geprüft werden, ob die geltend gemachte Rechtsfolge nicht aus einem anderen Recht, das auf Grund eines anderen Titels anwendbar ist, abgeleitet werden kann. Wie weit das möglich ist, ist eine prozessuale Frage, deren Beantwortung davon abhängt, ob der Richter an die rechtliche Qualifizierung des erhobenen Anspruchs durch die Partei gebunden ist. Auch hier kann man also die Kollisionsnorm dahin fassen, daß sie sagt, daß gewisse Normen, hier die, welche ein Gebrauchsrecht verleihen, unter einer bestimmten Voraussetzung (Verwirklichung der Anknüpfung) einer bestimmten Rechtsordnung zu entnehmen sind.

Eine andere Gruppe von Rechten, die an der Grenze der dinglichen und der obligatorischen Rechte stehen, sind die Zurückbehaltungsrechte[1]). Schon in jeder einzelnen Rechtsordnung sind die Zurückbehaltungsrechte nicht gleichartig[2]) und die verschiedenen Rechtsordnungen selbst sind

[1]) Vgl. zum Folgenden besonders Diena, Trattato di diritto commerciale internazionale, Florenz 1900, 1, 595 ff.

[2]) Das hebt Laurent 7 n° 407 mit Recht hervor; vgl. Milhaud S. 204; eine verdienstvolle Vergleichung des deutschen und französischen Zurückbehaltungsrechts bei N. A. Elekes, De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande, Thèse,

wieder untereinander sehr verschieden. Man würde der Mannigfaltigkeit der Rechtsordnungen nicht gerecht werden, würde man abstrakt erklären, die lex fori qualifiziert das Zurückbehaltungsrecht als ein dingliches oder obligatorisches Recht und demnach ist die lex rei sitae oder das Recht des Schuldners für alle Zurückbehaltungsrechte maßgebend. Es wäre auch bedenklich, die Kollisionsnorm so zu formulieren, daß sie sagt, ein Zurückbehaltungsrecht, das die lex rei sitae als dingliches einführt, ist anzuerkennen; denn in dieser weiten Fassung ist der Herrschaftsbereich der lex rei sitae nicht anzuerkennen; auch würde man mit der Definition des dinglichen Rechts in Schwierigkeiten geraten. Richtig ist nur soviel: Wenn ein Dritter auf Grund der lex rei sitae ein Eigentumsrecht oder Pfandrecht geltend macht, so kann ihm gegenüber ein Zurückhaltungsrecht nur geltend gemacht werden, wenn die lex rei sitae es zuläßt[1]). Hier gilt dasselbe, was hinsichtlich der Miete gesagt wurde.

Nun ist es denkbar, daß jemand mehrere Zurückbehaltungsrechte, sei es auf Grund derselben, sei es auf Grund verschiedener Rechtsordnungen an derselben Sache hat. Denn wenn eine Rechtsordnung ein Zurückbehaltungsrecht nicht gibt, so sagt sie damit nicht, daß der Herausgabepflichtige die Sache unter allen Umständen herausgeben muß. Das Eingreifen anderer Vorschriften bleibt vorbehalten. Diese wohl in allen Rechten bestehende Sachlage gestattet es, das internationale Problem anders als in den gewöhnlichen Fällen zu formulieren. Man fragt nicht, welches Recht wird auf das Zurückbehaltungsrecht angewendet[2]), sondern unter welchen Voraussetzungen wird das vom deut-

---

Paris 1929; die Stellung des common law zur internationalrechtlichen Behandlung des lien ist noch nicht endgültig geklärt. Viele Entscheidungen wenden die lex rei sitae an, die aber meist im konkreten Fall mit der lex fori zusammenfällt; Westlake S. 202; Wharton § 319 ff.; Chapmann v. Robertson 6 Paige Ch. 627, 3 N. Y. Ch. R. 1128; für die lex fori, weil es sich um eine Frage des remedy handle: The Milford (1858) 166 E. R. 1167; The Tagus 87 L. T. R. 598; nur auf die Kollokation, aber nicht auf die Entstehung des Rechts selbst, wendet die lex fori an die Entscheidung The Colorado 128 L. T. R. 759 C. A. Sich mit einem lien an einer im Ausland gelegenen Sache zu befassen, lehnen ab Norris v. Chambers 4 L. T. R. 345 und in einer gelegentlichen Bemerkung Kekewich in Huntley v. Gaskell (1905), 2. Ch., 658.

[1]) Auch im französischen Recht ist es zweifelhaft, ob und in welcher Hinsicht das Zurückbehaltungsrecht dingliche Wirkung hat; Elekes a. a. O. S. 11, 32, 123, 133, 138, 159; Bonnecase, Ergänzungsband 5, 664 zu Baudry-Lacantinerie; Diena, I Diritti reali, läßt S. 335 die lex rei sitae maßgebend sein, wenn das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Dritten geltend gemacht wird; aus dieser Formel ergibt sich ein weiterer Anwendungsbereich der lex rei sitae als er hier vertreten wurde; denn die lex rei sitae bestimmt dann auch die Voraussetzungen der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts, siehe S. 338 ff. 341, 439; zur Problemstellung vgl. Diena, Sui limiti S. 24, der mit Recht hervorhebt, man dürfe nicht von vornherein darauf abstellen, ob das Zurückbehaltungsrecht real oder personal sei.

[2]) Für die Anwendung der Kollisionsnorm für das Pfandrecht: Zitel-

schen, französischen, englischen Recht gewährte Zurückbehaltungsrecht anerkannt. An Stelle einer vollständigen Kollisionsnorm, mehrere einseitige. Nur auf diese Weise kann man der Mannigfaltigkeit der Rechtsordnungen auf diesem Gebiet gerecht werden.

Als Beispiel möge das Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. dienen: Ein deutscher Kaufmann[1]) macht wegen einer deutschem Recht unterstehenden Forderung gegenüber einem anderen deutschen Kaufmann ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache geltend, die in Frankreich liegt. Warum sollte dieses Recht nicht anerkannt werden, wenn die Voraussetzungen des § 369 HGB. erfüllt sind?[2]) Man muß nun die Beziehungen zum deutschen Rechtsgebiet variieren und sich fragen, wann sie so lose sind, daß die Anwendung des § 369 nicht mehr als gerecht empfunden wird. Darauf, daß die zu sichernde Forderung dem deutschen Recht untersteht, kommt es sicher nicht an. Es bleibt also die Frage, welchen Einfluß die Lage der Sache und die Niederlassung[3]) der Parteien auf die Anwendung der Vorschrift hat. Wenn man den kraft der lex rei sitae erworbenen Rechten den Vorrang in der schon geschilderten Weise gewährt, scheint es nicht erforderlich, die Anwendung des

---

mann 2, 265 (im Ergebnis); Walker S. 310; Ehrenzweig 1, 98; Valéry S. 1021 Anm. 3; für die lex rei sitae Frankenstein 2, 90 (das Sachstatut entscheidet über das dingliche Zurückbehaltungsrecht); Milhaud a. a. O. S. 58; Fiore-Antoine § 780; Fiore, France judiciaire 1889, 1, 266 hinsichtlich von Immobilien; bei Mobilien betrachtet er das Zurückbehaltungsrecht als ein Recht sui generis § 782 und 785, France judiciaire S. 267; Niboyet, der das französische Zurückbehaltungsrecht als ein personales Recht betrachtet, wendet die lex rei sitae auf Grund des ordre public an, aber läßt auch dem Vertragsrecht einen gewissen Spielraum, a. a. O. S. 232 ff., 244. Vgl. auch denselben, Rép. de droit int. v° Meubles corporels n° 33 ff, wo er Sachstatut und Obligationsstatut kumuliert. Das Appellgericht von Douai 11. 12. 1891, Dalloz 94, 2, 196, mit Anm. von De Boeck = J. 92, 928 wendet die lex rei sitae als das vermutlich gekürte Recht an; De Boeck a. a. O. will die lex rei sitae immer entscheiden lassen. Das Erstinstanzgericht von Breda J. 07, 512, wendet das Recht des Orts an, wo sich die Ware beständig befindet. OGH. 1. 5. 06 GlUnF. Nr. 3404 wendet die lex rei sitae an, weil die beiden beteiligten Rechte, das deutsche und das österreichische, das Zurückbehaltungsrecht als dingliches Recht betrachteten. Auf das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht wendet das Urteil des Reichsgerichts vom 10. 1. 11 ZiR. 24, 322 das gekürte Recht an; vgl. auch RG. 16. 12. 85 J. 87, 84.

[1]) D. h. mit Niederlassung in Deutschland und Kaufmann im Sinn des HGB.

[2]) Ebenso Diena, Trattato di diritto comm. intern. 2, 600; derselbe, Principi 2, 337.

[3]) Auf die Staatsangehörigkeit kommt es meines Erachtens im internationalen Geschäftsverkehr nicht an: Bar, Ehrenbergs Handbuch 1, 327; Neuner, ZauslintPrR. 2, 114/5; Internationale Zuständigkeit S. 24; Wahl, ZauslintPrR. 3, 801; Nußbaum, in „Beiträge zum Wirtschaftsrecht", Marburg 1931, S. 496; Düringer-Hachenburg-Geiler 1, 39.

deutschen Zurückbehaltungsrechts auf die Fälle zu beschränken, in denen die Sache in Deutschland liegt. § 369 gehört seinem ganzen Zusammenhang nach nicht zu den Vorschriften, die das deutsche Eigentumssystem betreffen, er gibt eine Regel für den Geschäftsverkehr, und zwar für den deutschen Geschäftsverkehr. Die Verhältnisse von Kaufleuten, etwa in Südafrika, wollte und konnte der deutsche Gesetzgeber nicht regeln. Es fragt sich also, ob beide Parteien oder nur eine, und dann welche, ihre Niederlassung in Deutschland haben muß, damit § 369 Anwendung finden kann. Es liegt wohl kein Grund dafür vor, zu verlangen, daß beide Beteiligten ihre Niederlassung in Deutschland gehabt haben. Daß der Gesetzgeber etwa nur deutsche Kaufleute durch das Zurückbehaltungsrecht habe begünstigen wollen, ist eine durch nichts begründete Annahme. Daher genügt es, daß der Schuldner, gegen den das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird, seine Niederlassung in Deutschland hat. Praktisch genommen wirkt das Zurückbehaltungsrecht als eine Erschwerung seiner Pflicht und als eine Schmälerung seines Vermögens. So gut man in sonstigen Fällen, in denen man zwischen dem Recht des Gläubigers und des Schuldners zu wählen hat, dem des Schuldners den Vorzug gibt, dürfte es auch hier angezeigt sein. Damit ist keineswegs die Idee Zitelmanns und Frankensteins anerkannt, wonach grundsätzlich nur das Recht des Schuldners zuständig ist, ihm eine Pflicht aufzuerlegen. Nur soviel ist gesagt, daß mangels einer anderen Anknüpfung bei Verpflichtungen (dieser Begriff in einem weiten Sinn verstanden) das Recht des Wohnsitzes bzw. der Niederlassung des Schuldners entscheidet.

Ein neues selbständiges Problem ist, wie § 369 HGB. auszulegen ist, wenn der Zurückbehaltende seine Niederlassung im Ausland hat. Muß er Kaufmann im deutschen Sinn sein[1]) oder nicht? Im allgemeinen scheinen der Anwendung der deutschen Vorschriften über die Kaufmannseigenschaft, z. B. § 1 HGB. auf im Ausland Niedergelassene keine Hindernisse im Wege zu stehen. Nur die Registrierung kann im Ausland fehlen oder eine andere Bedeutung haben und auch bei juristischen Personen können Zweifel bestehen. Hier wird man nach Parallelinstituten suchen müssen, z. B. fragen müssen, welche ausländische Gesellschaft der deutschen Handelsgesellschaft gleichgestellt werden kann. Dieses Problem ist nicht mehr ein internationalrechtliches; es handelt sich um die Auslegung des § 369 HGB. Wenn der Gläubiger seine Niederlassung im Ausland hat, kann dieser Paragraph nicht mehr wörtlich angewandt werden, weil er seinem Wortlaut nach nur auf Fälle paßt, die keinerlei Beziehung zum Ausland haben[2]). Daher bedarf er für den Fall seiner Anwendung auf einen Gläubiger, der seine Niederlassung im Ausland hat, einer ergänzenden Auslegung.

[1]) Das erklärt das Erstinstanzgericht von Breda J. 07, 512.

[2]) Daraus darf natürlich ebensowenig wie bei allen anderen Privatrechtsnormen, die ja auch alle auf rein interne Verhältnisse gemünzt sind, geschlossen

Die Kollisionsnorm lautet also: Die deutschen Vorschriften über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht finden Anwendung, wenn der Schuldner seine Niederlassung im Inland hat. Gemäß der lex rei sitae erworbene Eigentums- und Pfandrechte gehen vor[1]). Die Struktur dieser Kollisionsnorm ist keine andere als die der früher entwickelten. Auch hier wird bestimmt: wenn eine Anknüpfung verwirklicht ist, muß einer bestimmten Rechtsordnung eine Gruppe von Normen entnommen werden. Aber die Verweisung geht nur auf ein bestimmtes Recht und kann, weil sie sich auf ein bestimmtes Recht bezieht, den dieser Rechtsordnung zu entnehmenden Teil konkret bezeichnen.

5. Das Erbrecht des Staates.

Nach allgemeiner Meinung bestehen zwei Möglichkeiten, das Erbrecht des Staates und öffentlicher Körperschaften an erblosen Nachlässen aufzufassen. Es kann entweder ein echtes Erbrecht oder ein Ausfluß eines allgemeinen Okkupationsrechts an erblosen Gütern sein. Das italienische Recht gilt als Beispiel für die erstere[2]), das französische Recht als Beispiel für die letztere Möglichkeit[3]). Aus dieser Auffassung

werden, daß er nur anwendbar ist, wenn alle möglichen Anknüpfungen auf Deutschland verweisen

[1]) Ähnlich, aber nicht gleich wie hier, Bar, Ehrenbergs Handbuch 1, 368: Im Verhältnis zwischen den Parteien entscheidet das Recht des Verpflichteten, im Verhältnis zu Dritten die lex rei sitae.

[2]) Contuzzi a. a. O. S. 280; Fedozzi, Gli Enti collettivi nel diritto int. priv., Verona e Padova 1879, S. 78, 83; derselbe, Il Digesto italiano 22, 811; Diena, Principi 2, 208; Donati, Riv. di diritto int. 8 (1914), 541; Persico, Riv. di diritto int. 1916, 322; Esperson, Riv. di diritto pubblico 1913, 1, 536; Cavaglieri, Lezioni S. 188; a. A. Gabba, Foro it. 1897, I, 937 ff.; Fiore, Disposizioni generali 2, 353 und für Immobilien Donati a. a. O. S. 498.

[3]) Weiß 4, 589; Pillet, Traité 2, 396; Surville S. 280; Valéry, Manuel S. 881; derselbe, Rev. de droit int. 21 (1926), 308; Champcommunal a. a. O. 374 ff.; Planiol-Ripert, Traité prat. de droit civ. fr. IV. Bd. von Maury et Vialleton, Paris 1928, S. 187, 191; die ältere französische Lehre bei Weiß 4, 588; Champcommunal S. 263 und Fedozzi, Gli Enti collettivi S. 71; Appellhof von Paris 15. 11. 33, Sirey 1833. 2. 593/4; Appellhof von Rouen 30. 6. 51, bestätigt von der Ch. d. Req. 28. 6. 52, Dalloz 52. 1. 284; Trib. civ. von Bordeaux 12. 2. 52,; Dalloz 54, 2, 154; Appellhof von Paris 4/11. 6. 1861 Gaz. des trib. 14. 6. 61; Trib. civ. de la Seine 22. 6. 97 J. 97, 1034; deutsch-französische T. A. M. 30. 3. 26 Rec. 6, 243; 13. 10. 25 Rec. 5, 248, gebilligt von Niboyet, Mélanges Pillet 1, 169; a. A. Colin, Dalloz 02, 2, 178; im englischen Recht gilt die Okkupationstheorie, Dyke v. Walford 5 Moore P. C. 434, In re Barnett's Trusts (1902) 1 Ch. 847. Administration of Estates Act 1925, s. 46 I sagt ausdrücklich, daß die Güter als bona vacantia an die Krone bzw. das Herzogtum Lancaster oder Cornwall fallen; ihr folgt auch das deutsch-englische T. A. M. 13. 10. 25 Rec. 5, 635, dessen Entscheidung von Rabel, ZauslintPrR. 1, 10

des Erbrechts des Staates soll sich eine verschiedene internationalrechtliche Behandlung ergeben[1]). Für die Staaten, die auf dem Boden des Okkupationsprinzips stehen, gelte die Kollisionsnorm, daß erblose Güter an den Staat fallen, in dem diese Güter liegen, für die Staaten mit dem Erbrechtsprinzip falle der Nachlaß an den Staat, dem der Erblasser kraft Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz angehört. Es liegt also hier einer jener Fälle vor, in denen aus der Natur des Rechtsverhältnisses die Kollisionsnorm abgeleitet wird und die verschiedene Natur desselben Rechtsverhältnisses in den verschiedenen Staaten zu verschiedenen Kollisionsnormen zu führen scheint. Ein Qualifikationskonflikt ist das eigentlich nicht[2]), sondern ein gewöhnlicher Konflikt der Kollisionsnormen[3]), der allerdings durch die verschiedene Natur der Rechtsverhältnisse in den verschiedenen Staaten bedingt ist. Zahlreiche Staatsverträge, die über diese Materie geschlossen worden sind[4]), zeigen, daß der Konflikt nicht unlösbar ist; es ist nur nötig, daß sich die Staaten auf eine der möglichen Kollisionsnormen einigen; der von Kahn und Bartin ausgesprochene Pessimismus ist also hier nicht am Platze.

Soweit internationale Verträge fehlen, ergeben sich allerdings erhebliche Schwierigkeiten bei der Anwendung, und zwar aller beiden möglichen Kollisionsnormen. Die Vertreter der Okkupationstheorie mußten die Frage beantworten, wie denn die Erblosigkeit des Nachlasses festgestellt wird. Auch nach ihrer Ansicht bestimmt das Erbstatut, wer Erbe ist. Wenn nun das Erbstatut das Erbrechtsprinzip befolgt und dem Staat oder einer öffentlichen Körperschaft ein echtes Erbrecht zuschreibt, so könnte eigentlich der Fall der Erblosigkeit nicht eintreten[5]). Dem

---

gebilligt wird; von der Okkupationstheorie kann noch die Souveränitätstheorie unterschieden werden, Persico a. a. O. S. 339; sie ist für jene Rechte wichtig, die wie das italienische im Gegensatz zum französischen kein allgemeines Okkupationsrecht des Staates kennen, so daß eigentlich jeder sich den herrenlosen Nachlaß aneignen könnte, Persico S. 336; vor der Einführung des BGB. waren die deutschen Staaten entsprechend in zwei Gruppen gespalten, siehe das Gutachten der Berliner Fakultät vom 27. 12. 92 J. 93, 745; vgl. auch Keidel J. 99, 266/7.

[1]) Schon Savigny 8, 315 hat die beiden Möglichkeiten der Konstruktion des staatlichen Erbrechts angedeutet. Zitelmann 2, 964; Lewald, Rec. des Cours S. 84 ff.; Weiß 4, 587; Cavaglieri S. 187; Pillet-Niboyet S. 627.

[2]) A. A. Cavaglieri, Giurisprudenza it. 1922, 1, 84.

[3]) Fedozzi, Gli Enti collettivi S. 86.

[4]) Vgl. Makarow S. 371 ff.

[5]) Gutzwiller S. 1659; Diena, Principi 2, 207; Persico a. a. O. 365; Pacchioni, a. a. O. S. 316; der Appellhof von Genua 9. 6. 21, Giurisprudenza 1922, 1, 82 sagt auf S. 90, daß die Verweisung auf das ausländische Erbrecht nicht auch die auf das Erbrecht des Staates mit umfaßt. Eine Modifikation kann sich auch daraus ergeben, daß der ausländische Staat zwar auf dem Boden des Erbrechtsprinzips steht, aber das Erbrecht dem Staat zuspricht, wo der Nachlaß liegt; auf das Problem stieß auch Kekewich im Fall In re Barnett's

tritt nun eine zweite Form der Qualifikationstheorie entgegen, wonach der Anspruch des Staates gegen einen Nachlaß immer, auch wenn er von einer ausländischen Rechtsordnung verliehen ist, als eine Okkupation zu betrachten sei, weil eben die Qualifikation der lex fori entscheide[1]). Aber damit ist doch wohl nur eine Scheinbegründung gegeben. Welchen Sinn kann es denn haben, das vom ausländischen Staat beanspruchte Erbrecht als Okkupationsrecht zu qualifizieren? Die Anwendung der inländischen Begriffe auf das vom ausländischen Recht verliehene Erbrecht des Staates könnte sehr wohl ergeben, daß das ausländische Erbrecht ein echtes Erbrecht ist, wenn es aber unter allen Umständen als Okkupationsrecht betrachtet werden muß, so heißt das eben nichts anderes, als daß es wie ein solches behandelt, d. h. nicht anerkannt wird. Das ist allerdings richtig, aber damit, daß man erklärt, die inländische Qualifikation entscheide, hat man das Ergebnis nicht begründet. Die Begründung liegt vielmehr darin, daß ohne die Ausscheidung ausländischer staatlicher Erbrechte das Okkupationsprinzip zu praktisch unannehmbaren Ergebnissen führen würde[2]). Der Staat bekäme nur die im Inland gelegenen erblosen Nachlässe der Inländer und jener Ausländer, deren Heimatsrecht auch das Okkupationssystem befolgt. Alle anderen Nachlässe würden ihm entgehen, selbst wenn sie sich auf seinem Gebiet befinden. Daher haben der Haager Entwurf und verschiedene Staatsverträge für die Fälle, in denen das Okkupationsprinzip gilt, mit Recht die Voraussetzungen der Erblosigkeit genau umschrieben[3]).

Es erhebt sich noch eine weitere Schwierigkeit: Wenn der Heimatstaat den Kreis der erbberechtigten Verwandten weiter zieht als der Staat, in dem sich der Nachlaß befindet, z. B. ein Italiener hinterläßt in Belgien, wo nur Verwandte bis zum 4. Grad (ausgenommen die-

---

Trusts l. c., er gewährt den erblosen Nachlaß des Österreichers nur unter der Voraussetzung der Krone, daß die lex domicilii auf dem Boden der Okkupationstheorie steht.

[1]) Niboyet, Rép. de droit int. v° Biens n° 84; man kommt dem Ergebnis auch dadurch aus, daß man dem ausländischen Staat die Erbfähigkeit abspricht. So Champcommunal S. 375; Niboyet, Conflit de lois rel. etc. S. 276; Raape S. 694 sagt, die ausländischen Vorschriften seien vom ausländischen Standpunkt aus auszulegen, aber die Qualifikation, ob sie dann erbrechtlicher oder okkupationsrechtlicher Natur seien, erfolge vom Standpunkt des deutschen Rechts.

[2]) Lewald S. 303 und Arminjon 3, 175 stoßen sich allerdings nicht an diesem Ergebnis; eine Kritik der Ergebnisse, zu denen die Qualifikationstheorie führt, auch bei Pacchioni a. a. O. S. 318.

[3]) Art. 4 des Haager Entwurfes von 1928; vgl. zu den Haager Entwürfen Lewald, Rec. des Cours, S. 87; außer ihm z. B. § 7 des Vertrags zwischen Lettland und Polen vom 3. 1. 24, Makarow S. 373; Art. 31, des polnischen Gesetzes über internationales Privatrecht; § 4 des deutsch-österreichischen Nachlaßabkommens.

jenigen, die auf Grund einer Repräsentation berufen sind) erbberechtigt sind, ein Vermögen, das nun von einem Verwandten 5. Grades beansprucht wird. Im Sinn des oben erwähnten Gedankengangs könnte der belgische Richter[1]) daran denken, auch hier den Nachlaß als erblos zu qualifizieren und daher den Nachlaß für den belgischen Staat zu beanspruchen; aber damit würde er doch wohl seiner Kollisionsnorm, die ihn heißt, den Kreis der erbberechtigten Verwandten nach dem Personalstatut zu bestimmen, zuwiderhandeln.

Stirbt ein Inländer ohne Erben und hinterläßt im Ausland Gegenstände, so würde sich aus dem Okkupationsprinzip ergeben, daß der inländische Staat diese Gegenstände nicht in Anspruch nimmt[2]). Steht aber der ausländische Staat, in dem die Gegenstände liegen, auf dem Boden der Erbrechtstheorie, so will auch er sie nicht, weil sie nach seiner Anschauung dem Heimatstaat des Erblassers gebühren. Es besteht also Gefahr, daß der Nachlaß wirklich erblos bleibt und hier kann die Qualifikationstheorie nicht einmal mittels einer Formalbegründung Abhilfe schaffen. Es muß ein Titel gefunden werden, unter dem der Staat die Gegenstände in Anspruch nehmen kann. Der Heimatstaat kann sie nicht nehmen, weil er kein Erbrecht hat und nicht im Ausland okkupieren kann, der Staat der belegenen Sache nicht, weil auch er gegenüber einem Ausländer kein Erbrecht hat, weder nach seinem noch nach dem ausländischen Recht. Nur wenn der Staat ein generelles Okkupationsrecht hat, könnte man dem Staat der belegenen Sache auch in diesem Falle den erblosen Nachlaß zusprechen; ein solches Recht wird sich aber in vielen Fällen, wie z. B. im deutschen Recht, nicht feststellen lassen[3]). In diesem Falle führen also beide Systeme oder richtiger die Koexistenz der beiden zu Schwierigkeiten.

---

[1]) Wenn er das Okkupationsprinzip anwenden will; seine Maßgeblichkeit wird von Poullet[1] S. 534 bestritten.

[2]) So in Frankreich, Instruction de la Direction Générale de l'Enregistrement 10. 10. 1878 J. 79, 321; Lettre du Ministre des Finances 30. 9. 84 J. 85, 75; vgl. Cour de Tananarive 30. 6. 09 Rev. de droit int. 10, 381 J. 10, 211; diese Schwierigkeit wird von Pacchioni a. a. O. S. 321 nicht beachtet.

[3]) Dafür Lewald S. 303; Raape S. 693; Niemeyer, ZiR. 13, 45 sagt; es liege eine Lücke des Gesetzes vor, der Fiskus des Bundesstaates, in dem sich Nachlaßgegenstände befinden, sei als Erbe berufen. Für das italienische Recht Fedozzi, Gli Enti S. 87; derselbe, Digesto it. 22, 813; und mit einer anderen Begründung Cavaglieri, Lezioni 189/90; derselbe, Riv. di diritto int. 14, 559; der Kassationshof von Turin 11. 3. 20 Riv. di dir. int. 14, 557; Giurisprudenza it. 1922, 1, 88; Foro it. 22, 1, 408 (mit Anm. von Butera) erklärte, da eine ausdrückliche Verweisung auf das fremde Recht fehle, sei einheimisches anzuwenden, er dürfte überdies das Schweizer Recht (der Erblasser war Schweizer gewesen) mißverstanden haben. Auf Grund welchen Titels er dem italienischen Staat den erblosen Nachlaß zuspricht, wird nicht klar. Das Ergebnis ist jedenfalls dasselbe, wie das der Okkupationstheorie; auch der Appellhof von Genua 9. 6. 21 Giurisprudenza it. 1922, 1, 82 hatte im gleichen Sinn entschieden.

Aber auch in anderen Fällen stößt die Durchführung des Erbrechtsprinzips auf Hindernisse. Hinterläßt ein erbloser Inländer Gegenstände im Ausland und steht die lex rei sitae auf dem Boden der Okkupationstheorie, so läßt sich das Erbrechtsprinzip praktisch nicht durchführen, weil der Staat die Sachen, die er okkupiert hat, nicht herausgibt. Der Staat mit Erbrechtsprinzip läuft daher Gefahr, sowohl den Nachlaß seiner Angehörigen (soweit er im Ausland liegt), wie den der Ausländer zu verlieren. Es ist daher zu verstehen, daß italienische Gelehrte, die das Erbrechtsprinzip verfechten, seine Ergebnisse durch besondere Erwägungen über die Gegenseitigkeit korrigieren[1]).

Der Grund dieser Schwierigkeiten liegt natürlich darin, daß die verschiedenen Staaten verschiedene Prinzipien befolgen; solange dies der Fall ist, läßt sich weder das eine noch das andere Prinzip ohne besondere Ergänzungsnormen durchführen, die das allgemeine Prinzip durchbrechen. Die Bildung dieser Normen muß auf Grund sachlicher Erwägungen geschehen, die Qualifikationstheorie hilft nicht weiter.

Die Durchbrechung der allgemeinen Kollisionsnorm durch Ergänzungsnormen würde vielleicht als unzulässig betrachtet werden, wenn ihre allgemeine Geltung feststeht und das wäre dann der Fall, wenn sie mit logischer Notwendigkeit aus der Sachnorm abzuleiten wäre. Dem ist aber nicht so.

Qualifiziert man internationalrechtlich das Erbrecht des Staates als echtes Erbrecht oder als Okkupationsrecht, so handelt es sich entweder um eine legislativpolitische Erwägung oder um die Aufstellung einer juristischen Theorie, welche verschiedene positivrechtliche Bestimmungen auf einen Nenner bringen soll.

Das Erbrecht des Staates kann mit einer Menge von Gründen gerechtfertigt werden. Man kann es historisch damit rechtfertigen, daß es an Stelle des Erbrechts getreten ist, das der Stamm oder die Sippe an dem Vermögen ihrer Mitglieder gehabt haben[2]) — sofern man nicht umgekehrt Stamm und Sippe als die wahren Eigentümer des Vermögens des Erblassers betrachtet. Eine territoriale Wendung desselben Gedankens ist die Idee, daß der Staat ein Obereigentum an allen in seinem Gebiet gelegenen Sachen hat.

Eine andere Gedankenreihe hebt die Notwendigkeit hervor, für eine Verteilung des Nachlasses zu sorgen. Die Gläubiger müssen die Möglichkeit haben, in einem geordneten Verfahren ihre Ansprüche aus dem Nachlaß zu befriedigen; dafür hat schon der römische Prätor gesorgt und,

---

[1]) Fedozzi, Gli Enti S. 88; ähnlich für das deutsche Recht Habicht S. 200 und Raape S. 693 unter Heranziehung des Art. 86 EG. BGB., der aber offenbar nicht für alle Fälle ausreicht. Dagegen Esperson, Riv. di diritto pubblico 1913, 1, 565.

[2]) Fedozzi a. a. O. S. 85, der auch auf den vermutlichen Willen des Erblassers hinweist.

wenn sich der Staat als Erben bezeichnet, so ist das nur eines der verschiedenen möglichen Mittel, diesen Zweck zu erreichen.

In neuerer Zeit treten zu den bisher aufgezählten Erwägungen kollektivistische Ideen. Es ist nicht gerecht, daß ferne Verwandte, die, wie das Fehlen eines Testaments zeigt, keinerlei innere Beziehungen zu dem Erblasser haben, sein Vermögen bekommen[1]); es ist gerechter, daß es der Staat bekommt, sei es um damit seine laufenden Ausgaben zu decken, sei es um auf diese Weise allmählich das Sondereigentum in das Eigentum der Gesamtheit überzuführen. Dieser Gesichtspunkt spielt allerdings nur bei jenen Rechten eine Rolle, die den Kreis der erbberechtigten Verwandten einschränken, aber der rein fiskalische Gesichtspunkt hat auch für Gesetze wie das deutsche BGB. seine Bedeutung.

Es liegt auf der Hand, daß die verschiedenen Gründe, die für das Erbrecht des Staates angeführt werden, sich nicht gegenseitig ausschließen und es wird schwer sein, zu beweisen, daß die Bestimmungen der einen Rechtsordnung gerade auf den einen und die der anderen gerade auf den anderen Grund zurückzuführen sind. Es dürfte daher unmöglich sein, in Hinblick auf die verschiedenen Rechtfertigungsgründe verschiedene Typen des staatlichen Erbrechts aufzustellen und etwa daraus die Kollisionsnorm zu folgern.

Vom dogmatischen Standpunkt aus bedeutet die Behauptung, daß ein Rechtssystem auf dem Boden der Erbrechts- oder der Okkupationstheorie steht, daß sich gewisse feststehende Normen und praktisch unausweichbare Ergebnisse nur aus der einen oder anderen Anschauung ableiten lassen. Selbstverständlich hat dabei die gerade problematische Rechtswirkung, hier die internationalrechtliche Behandlung, außer Betracht zu bleiben. Dann zeigt es sich, daß es nicht möglich ist, die rechtliche Behandlung des dem Staat zufallenden Nachlasses auf einen einzigen Nenner zu bringen[2]). Das französische Recht steht, wie gesagt, nach der herrschenden Meinung auf dem Boden der Okkupationstheorie, das deutsche auf dem der Erbrechtstheorie[3]), trotzdem stimmen in den praktischen Ergebnissen beide Rechte weitgehend überein. Ebenso wie es für Deutschland selbstverständlich ist[4]), bemißt sich im französischen Recht der Umfang des Nachlasses, der der „Okkupation" unterliegt, nach den sonst für die Feststellung eines Nachlasses geltenden Vorschriften. Nach einem Urteil des Appellhofs von Paris vom 14. 2. 90 Dalloz 91, 2, 273, Sirey 91, 2, 109 bekommt der Staat sogar die Versicherungssumme der Versicherung, die zugunsten der Erben abge-

[1]) Dazu kommen die Schwierigkeiten, ferne Verwandtschaftsgrade festzustellen.

[2]) Ebenso für das österreichische Recht Walker S. 923 ff.

[3]) Gebhard in Niemeyer, Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts S. 252; Raape Anm. B IX zu Art. 24; und B II 1 zu Art. 24.

[4]) Einzelne positivrechtliche Vorschriften durchbrechen aber das Prinzip § 10 URG.

schlossen ist, ein Ergebnis, das auch in Deutschland gälte, wenn es nicht durch § 167, II VVG. ausdrücklich ausgeschlossen wäre. Auch im englischen Recht, das, wie gesagt, ebenfalls auf dem Boden der Okkupationstheorie steht, nimmt die Krone das erblose Gut erst dann in Anspruch, wenn die auf dem Nachlaß ruhenden Schulden (gemäß der lex rei sitae) bezahlt sind[1]). Obwohl er Okkupant ist, muß der französische Staat als Erbe Einweisung in den erblosen Nachlaß verlangen Art. 770 C. c.[2]) und alle Formalitäten erfüllen, die für die sogenannten irregulären Erben bestehen. Aber nicht alle erbrechtlichen Vorschriften finden Anwendung, auch wenn das Erbrechtsprinzip gilt. Der Staat haftet immer nur intra vires[3]), welches Prinzip auch gelte, und nach deutschem Recht kann ihm daher keine Inventarfrist gesetzt werden[4]). Wäre der Staat ein echter Erbe, so könnte der Staat enterbt werden und der Nachlaß wäre, wenn das geschähe, erblos. Das Ergebnis erscheint unannehmbar und daher erklärt Kipp, der Staat könne nicht enterbt werden, womit er zu demselben Ergebnis kommt, das die Okkupationstheorie unmittelbar erreicht. Einige französische Entscheidungen und Schriftsteller gehen von der Annahme aus, daß eine Enterbung aller Erben einschließlich des Staates das ganze Testament nichtig mache, weshalb in einem solchen Fall, wenn man der Erbrechtstheorie folgt, die gesetzliche Erbfolge eintrete. Wenn dagegen der Staat nicht wirklicher Erbe sei, sondern Okkupant, so sei das Testament wirksam und der Staat bekomme den Nachlaß als Okkupant[5]). Aber wie eben das deutsche Recht zeigt, kann das letztere Ergebnis auch vom Standpunkt der Erbrechtstheorie aus erreicht werden; es ist also nicht mit einer der beiden Theorien notwendig verbunden.

Aus dieser kurzen Übersicht wird deutlich, daß es rein internrechtlich nicht möglich ist, aus einem einzigen Prinzip die rechtliche Behandlung des staatlichen Erbrechts abzuleiten. Man mag von dem einen oder anderen Grundsatz ausgehen, immer muß man jeweils die Anwendbarkeit der in Frage stehenden Norm untersuchen. Ist aber die Stellung

---

[1]) In re Barnett's Trust l. c.

[2]) Planiol-Ripert a. a. O. 4, 192; anders das italienische Recht, Persico S. 337.

[3]) Planiol-Ripert a. a. O.; ebenso die herrschende, wenn auch nicht unbestrittene Lehre in Italien, Persico a. a. O. S. 357.

[4]) Kipp, Erbrecht S. 28.

[5]) Planiol-Ripert a. a. O.; Simmonet, Sirey 24, 1, 298; die dortselbst und Dalloz 24, 1, 39 wiedergegebenen Urteile der Ch. des Req. 5. 12. 23 und 3. 7. 24 bringen für die Entscheidung des Problems nichts, weil sie nur erklären, daß der Staat den Nachlaß bekommt, ohne seinen Titel zu bestimmen, wenn die Verwandten enterbt sind; auch das Urteil des Appellhofs von Paris 13. 1. 1901 D. 02, 2, 180., Rev. de droit int. 1910, 381 ergibt nichts, weil der Staat nicht ausdrücklich enterbt war.

des staatlichen Erbrechts schon im internen System zweifelhaft[1]), so ist es sicher unzulässig, aus ihr die internationalrechtliche Behandlung abzuleiten, selbst wenn diese Prozedur an sich erlaubt wäre. Auch wenn man die rein begriffstheoretische Erwägung der Qualifikationstheorie in die Savignysche Formel vom Sitz der Rechtsverhältnisse umdeuten wollte, so zeigt sich, ein Sitz des Rechtsverhältnisses „staatliches Erbrecht" läßt sich nicht feststellen dadurch, daß man es als echtes Erbrecht oder als Okkupationsrecht betrachtet.

Die Lösung des Problems muß daher durch Analyse der möglichen Regelungen und Abwägung der daraus entstehenden Vorteile und Nachteile gewonnen werden. Für eine international einheitliche Lösung sind grundsätzlich zwei Systeme denkbar, das reine Erbrechtssystem und das reine Okkupationssystem. Nach dem Okkupationssystem bekommt der Staat alle erblosen Nachlässe, die in seinem Gebiet liegen, nach dem Erbrechtssystem bekommt er alle erblosen Nachlässe seiner Angehörigen. Für Einwanderungsstaaten ist das erstere, für Auswanderungsstaaten ist das letztere finanziell vorteilhafter. Aber bei Aufsuchung einer international einheitlichen Kollisionsnorm muß von rein fiskalischen Gesichtspunkten abgesehen werden. Dann sprechen aber für das erbrechtliche System alle jene Gründe, die seit langem von der internationalrechtlichen Wissenschaft zugunsten der Einheitlichkeit des Erbstatuts ins Treffen geführt werden. Nur sie verbürgt eine geordnete Abwicklung und eine gleichmäßige und gerechte Berücksichtigung der Gläubiger. Nähme jeder Staat die in seinem Gebiet gelegenen Sachen in Anspruch, so bestünde die Gefahr, daß jeder die Gläubiger auf die im Gebiet des anderen Staates gelegenen Sachen verweist. Auch gerät die Okkupationstheorie in große Schwierigkeiten, wenn es sich handelt, festzustellen, welcher Staat Rechte, die nicht an einer natürlichen Sache bestehen, Forderungen usw. okkupieren kann. In diesen Fällen ist ja die Lage, wie schon in einem anderen Zusammenhang ausgeführt, eine juristische Konstruktion. Daher kann das Okkupationssystem zweckmäßigerweise höchstens bei Grundstücken befolgt werden, wie das auch in mehreren Staatsverträgen geschehen ist.

Ein wichtiger Faktor, der in Rechnung gezogen werden muß, ist die Erbschaftssteuer. Erfaßt diese alle Gegenstände, die im Staatsgebiet liegen, so kann dadurch das Erbrechtssystem des Erbstatuts in seiner praktischen Auswirkung erheblich gestört werden. Praktisch gesprochen wirkt der Staat als Miterbe. In einem Staatsvertrag, der das staatliche Erbrecht regelt, sollte daher auch die Erbschaftssteuer mitgeregelt werden.

Obwohl das erbrechtliche System die international bessere Regel ergibt, kann im gegenwärtigen Zustand national zersplitterter inter-

[1]) So auch Cavaglieri für das italienische Recht, Giurisprudenza it. 1922, 1, 86/8.

nationaler Privatrechte dieses System nicht gänzlich befolgt werden. Allerdings ist bei Schweigen des Gesetzgebers die international bessere Regel als die vom Gesetzgeber gewollte zu betrachten, aber in gewissem Umfang muß man auch auf die Stellung der anderen Staaten Rücksicht nehmen. Daher kann das Erbrechtsprinzip nur jenen Staaten gegenüber durchgeführt werden, die es selbst befolgen. Den Staaten gegenüber, die das Okkupationsprinzip befolgen, können wir unsere Anschauungen nicht praktisch durchsetzen[1]) und daher müssen wir eine Kollisionsnorm wählen, die nicht an der Härte der Tatsachen scheitert und nicht unseren eigenen Staat ungebührlich benachteiligt. Ihnen gegenüber gilt das Okkupationsprinzip.

6. Delikt und Deliktsort.

Im internationalen Deliktsrecht knüpfen sich die Qualifikationsprobleme an die Definition der Begriffe Delikt und Deliktsort. Die Kollisionsnorm wird meistens dahin formuliert: für die Beurteilung unerlaubter Handlungen ist das Recht des Orts maßgebend, wo die Handlung begangen wurde. Ihre Anwendung scheint daher zunächst einmal die Festlegung des Begriffs der unerlaubten Handlung zu fordern. Nur wenn eine unerlaubte Handlung im Sinn der lex fori vorliegt, darf das Recht des Begehungsorts angewandt werden. Diese These kann jedenfalls nicht bedeuten, daß die den Klagegrund bildende Handlung, wenn sie im Gebiet der lex fori begangen worden wäre, einen Deliktsanspruch entstehen lassen müßte. Denn dann würde eine Verurteilung des Beklagten nur möglich sein, wenn sowohl die lex fori wie das Recht des Tatorts den Anspruch für begründet erklären. Diese Kumulation beider Rechte gilt aber im deutschen Recht nach Art. 12 EG. BGB. nur für deutsche Delinquenten, für alle anderen ist sie damit ausgeschlossen. Es sind also Fälle möglich, in denen zwar nach ausländischem, aber nicht nach inländischem Recht ein Deliktsanspruch entsteht. Wenn aber nach inländischem Recht kein Deliktsanspruch entsteht, so ist eben die Handlung im Sinn der inländischen Sachnorm kein Delikt; es ergibt sich also, daß die ganz strenge Definition der inländischen Sachnorm über das Delikt nicht maßgebend sein kann.

Auf eine andere Schwierigkeit hat Rabel[2]) hingewiesen. Es ist fast unmöglich, für das deutsche Recht einen einheitlichen Deliktsbegriff zu bilden. Deshalb haben viele Schriftsteller versucht, einen Begriff des Delikts im Sinn der internationalen Norm aufzustellen. Dieser internationale Begriff kann natürlich selbst insofern als nationaler betrachtet werden als die internationale Norm selbst eine nationale Norm ist. Im Sinn des internationalen Privatrechts sei ein Delikt eine allgemein

[1]) Planiol-Ripert a. a. O. 4, 194.
[2]) ZauslintPrR. 3, 756.

rechtswidrige schuldhafte Schädigung eines anderen[1]). Dagegen sind zwei Bedenken zu erheben: 1. Man versteht nicht, warum gerade diese Definition maßgebend ist[2]). 2. Die Norm ist offenbar ungenügend und bedarf der Ergänzung durch andere Kollisionsnormen. Welches Recht regelt die Haftung für Kraftwagenunfälle, die des Dienstherrn für die Delikte seiner Angestellten? Die überwiegende Rechtsprechung und die herrschende Meinung hat alle diese Fälle unter die Kollisionsnorm für Delikte gebracht.

Es fragt sich, ob denn die Kollisionsnorm wirklich sagt, daß „Delikte" nach dem Recht des Tatorts zu beurteilen sind. Man kann auch diese Kollisionsnorm so wie die früheren formulieren: Wenn eine Handlung in einem bestimmten Staat begangen worden ist (Anknüpfung), so wird nach dem Recht dieses Staates beurteilt, ob ein Deliktsanspruch entstanden ist, oder anders gewendet: Gemäß dem Recht des Tatorts entstandene Deliktsansprüche werden von uns anerkannt. Mit dieser Formulierung entfallen eine Reihe von Schwierigkeiten, aber auch sie enthält noch ein Qualifikationsproblem. Es werden nur Deliktsansprüche anerkannt. Diese letztere Qualifikation, die vor dem Aufsatz Rabels vielfach von der zuerst erwähnten nicht scharf geschieden wurde, kann nun entweder nach der lex fori oder nach dem ausländischen Recht, dessen Anwendung in Frage steht, erfolgen. Wäre die lex fori maßgebend, so könnte der ausländische Deliktsanspruch nur anerkannt werden, wenn die ihn verleihende Norm, wäre sie ein Teil des deutschen Rechts, vom deutschen Richter als Deliktsnorm betrachtet würde[3]). Ist die ausländische Qualifikation maßgebend, so ist zu fragen, ob sie vom ausländischen Recht als Deliktsnorm betrachtet wird. Für welche Alternative man sich auch entscheide, es ergeben sich immer Schwierigkeiten eigentümlicher Art. Im 25. Titel des BGB. finden sich Vorschriften[4]), die nicht nur für Deliktsobligationen, sondern für Obligationen aller Art gelten und andererseits finden viele der gerade für Deliktsobligationen im Sinn des 25. Titels eigentümlichen Normen auch auf Tatbestände Anwendung, die in anderen Gesetzen geregelt sind. Man könnte[5]) einerseits einen Begriff des Deliktsanspruchs im Sinn des

---

[1]) Zitelmann 2, 465; Raape Anm. A VIII zu Art. 12; gegen ihn Neubecker Jahrb. für den int. Rechtsverkehr. S. 84.

[2]) Für Zitelmann 1, 107 bis 112; 2, 464 ff. ergibt sich die Begründung aus dem Völkerrecht. Der Staat habe das Recht, generelle Verhaltensnormen für sein Gebiet zu erlassen, die auch die Ausländer, die sich im Gebiet aufhalten, verbinden. Die internationale Übereinstimmung in dieser Hinsicht erstrecke sich aber nur auf die Repression schuldhafter Handlungen, für die Statuierung einer Kausalhaftung sei nur der Heimatstaat zuständig; 2, 466, 469, 531.

[3]) V. Schelling, ZauslintPrR. 3, 860; Raape Anm. VIII zu Art. 12.

[4]) Vgl. zum Folgenden v. Tuhr, Allg. Teil 3, 462, 474.

[5]) Diese Unterscheidung hat schon Zitelmann gemacht; er behandelt 2, 470, 474 und bes. 475 das Problem ausführlich und untersucht, ob es genügt,

25. Titels bilden, d. h. eines Anspruchs, der aus einem der im 25. Titel geregelten Tatbestände erwächst, andererseits den eines Anspruchs, der wie ein deliktischer behandelt wird. Die eigentümliche Behandlung äußert sich besonders in der Verjährung, dem Gerichtsstand und in der Haftung für Gehilfen. Die drei Eigentümlichkeiten müssen nicht immer Hand in Hand gehen, es ist denkbar, daß ein Anspruch in einer Hinsicht wie ein deliktischer behandelt wird, in anderer nicht. Weder der eine noch der andere der beiden Deliktsbegriffe ist unmittelbar in der internationalen Norm zu verwerten. Die Behandlung als Deliktsanspruch kann nicht maßgebend sein, denn für die Behandlung ist ja gerade das ausländische Recht maßgebend; von dem Zufall, ob es den Anspruch genau so behandelt, wie das deutsche Recht, kann doch die Entscheidung nicht abhängig sein. Aber es kann auch nicht darauf ankommen, daß der Tatbestand der ausländischen Deliktsnorm mit dem eines der Paragraphen des 25. Titels übereinstimmt. Damit wäre der Herrschaftsbereich des ausländischen Rechts übermäßig eingeschränkt; Automobil- und Eisenbahnhaftung würden ausfallen.

Zu ähnlichen Schwierigkeiten würde die Befolgung ausländischer Qualifikationen führen. In Frankreich streitet man sich, ob es überhaupt einen Unterschied zwischen der faute délictuelle und der faute contractuelle gebe und in England kommt das Ineinanderübergehen beider Typen darin zum klassischen Ausdruck, daß mit einer Deliktsklage (assumpsit) die Verletzung vertraglicher Pflichten verfolgt wurde[1]) und noch jetzt wegen Vertragsverletzung grundsätzlich nur Schadenersatz nicht Naturalerfüllung verlangt werden kann[2]).

Schließlich erhebt sich gegen das Verfahren der schon öfters erwähnte Einwand; man läuft Gefahr, rein begriffsjuristisch vorzugehen. Die erwähnten Begriffe haben doch rein systematische Bedeutung; ist es zulässig, sie ins internationale Feld zu übertragen und daraus normative Folgerungen zu ziehen?

Aber in der bisherigen Lehre steckt natürlich ein richtiger Kern; der Fehler lag nur darin, daß man dem internationalen Deliktsbegriff mit Hilfe der inländischen oder ausländischen Sachnorm einen begrifflich scharf begrenzten Inhalt geben wollte.

Man kann auch heute noch von einer Art Territorialprinzip ausgehen und sagen, die Norm gilt grundsätzlich für das Gebiet des Staates, der sie erlassen hat[3]) und erfaßt daher alle Handlungen, die im Staats-

daß das ausländische Recht den Tatbestand als deliktischen betrachtet oder ob auch die entstehende Obligation als deliktische behandelt werden muß.

[1]) Vgl. auch Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht S. 32.

[2]) Wharton § 474 weist auf Fälle hin, in denen Vertragsverletzung und Delikt zusammenfallen.

[3]) Darin liegt das Wesen des Staatsgebiets; die hier vertretene Auffassung scheint mir der Realität viel mehr zu entsprechen als die Zitelmanns und Frankensteins, daß die Norm nur für die Staatsangehörigen bestimmt ist.

gebiet begangen worden sind, soweit nicht besondere Normen die Anwendung eines anderen Rechts fordern. Daher ist auf die im Inland begangene Handlung inländisches Recht anzuwenden, soweit nicht die Anknüpfung zu einem ausländischen Vertragsrecht oder Familienrecht (usw.) verwirklicht ist. Ist das letztere der Fall, so ist damit zwar die Anwendung der inländischen vertrags- und familienrechtlichen Normen ausgeschlossen, aber nicht die der deliktischen. Anzuwenden sind also jene Normen des inländischen Rechts, deren Anwendung nicht durch eine Kollisionsnorm, die auf ein anderes Recht verweist, ausgeschlossen ist. Verfährt man auf diese Weise, so wird es im Einzelfall selten zweifelhaft erscheinen, ob die deutsche Norm auf die in Deutschland begangene Handlung anwendbar ist oder nicht. Es ergibt sich ohne weiteres, daß die Haftung für Automobilunfälle, die sich in Deutschland ereignen, nach deutschem Recht zu beurteilen ist[1]).

Was für das Inland als doch wohl selbstverständlich erscheint, muß auch entsprechend für das Ausland gelten. Wenn das Recht eines ausländischen Staates an eine in seinem Gebiet begangene Handlung eine Rechtsfolge knüpft, so erkennen wir sie an, wenn nicht Anlaß besteht, das Rechtsverhältnis, sei es ausschließlich, sei es kumulierend, nach einem anderen Recht zu beurteilen, das z. B. als Vertragsstatut oder als familienrechtliche Bestimmung maßgebend ist. Es kann also die vom Tatort verhängte Rechtsfolge anerkannt werden, die nicht vertraglicher oder familienrechtlicher Natur ist. Die vertragliche oder familienrechtliche Rechtswirkung kann nur anerkannt werden, wenn die Anknüpfung zu der Rechtsordnung, die sie anordnet, verwirklicht ist[2]). Allerdings erfordert die Elimination der vertraglichen, familienrechtlichen usw. Vorschriften nun ihrerseits eine Qualifikation und es wurde schon früher ausgeführt, in welcher Art sie zu erfolgen hat. Man könnte nun sagen, in eben der Weise, wie die familienrechtlichen Vorschriften international zu definieren sind, sind es auch die deliktischen. Bei dem gegenwärtigen Zustand der Entwicklung des internationalen Privatrechts dürfte aber die hier vorgeschlagene Eliminationsmethode die zweckmäßigere sein. Es ergeben sich bei der Aufstellung eines internationalen Begriffs des Familienrechts weniger Schwierigkeiten als bei der eines internationalen Deliktsbegriffs, weil eben noch heute die Deliktsnorm in allen Rechten jene allgemeine Norm ist, die eingreift, wenn keine Spezialvorschrift vorhanden ist (man denke an § 826 BGB. und Art. 1382 C. c.).

---

[1]) Auf die Automobilhaftung wendet das Recht des Unfallsortes an OGH. 12. 1. 15 GlUnF. n° 7252 Zeitschr. f. Völkerrecht 10, 594; RG. 14. 6. 15 ebenda S. 591 und LZ. 9, 1443; auf die Eisenbahnhaftung OGH. 2. 11. 10 GlUnF. n° 5219; im übrigen siehe Volkmann JW. 1929, 900.

[2]) Auch nach Neumeyer, Int. Verwaltungsrecht 2, 693 entscheidet der Inhalt des ausländischen Gesetzes darüber, welche Anknüpfung zum Zug kommt.

Ihr gegenüber sind alle anderen Vorschriften speziellerer Natur und lassen sich daher leichter definieren. Auch wird auf diese Weise erreicht, daß jeder Fall von einer Norm erfaßt wird; das Recht des Tatorts ist anzuwenden, soweit nicht die anzuwendende Vorschrift zu jenen Normen gehört, für die eine spezielle Kollisionsnorm gilt. Die Möglichkeit, im Einzelfall eine solche spezielle Kollisionsnorm zu bilden, bleibt natürlich vorbehalten; wir dürfen das internationale Privatrecht noch nicht als ein in allen seinen Einzelheiten feststehendes System betrachten. Im Sinn der vorgeschlagenen Methode erscheint es als natürlich, daß das Recht des Orts, wo die schädigende Handlung vorgenommen worden ist, auch über die Haftung der Eltern, Dienstherren usw. entscheidet[1]). Dieses Ergebnis empfiehlt sich auch, wie schon öfters hervorgehoben wurde[2]), weil dann eigentliche Deliktshaftung und Mithaftung nach demselben Recht beurteilt werden. Überdies steht die herrschende Meinung, wenn man auf das Resultat sieht, auf einem von dem hier vertretenen kaum abweichenden Standpunkt. Sie läßt über Gefährdungs-

[1]) Bar 2, 122; Fiore J. 1900, 723 (mit gewissen Modifikationen); v. Schelling, ZauslintPrR. 3, 865; RG. 23. 9. 87, RG. 19, 382; 1. 7. 96, RG. 37, 181; 30. 5. 19, RG. 96, 96; ebenso für die Frage, wer schadensersatzberechtigt ist, RG. 12. 3. 06 J. 06, 297; zur Frage der Haftung bei Arbeitsunfällen vgl. die bei Neumeyer, Intern. Verwaltungsrecht 2, 439, Pillet, Traité 2, 319 ff., Arminjon 2, 278, Crémieu, Rep. de droit int. v° Délit et Quasi Délit n° 15 verzeichnete Rechtsprechung; Trib. civ. Arlon 13. 7. 04 Rev. de droit int. 05, 539; dasselbe Gericht 20. 7. 04 Rev. de droit int. 05, 543; Belgischer Kassationshof 21. 2. 07 Rev. 09, 952; derselbe 26. 11. 08 J. 09, 1178 in Gegensatz zum Appellhof von Brüssel 3. 1. 08 J. 09, 241; Appellhof von Lüttich 8. 1. 31 J. 31, 732 (mit mangelhafter Begründung). Praktisch besonders bedeutsam die Haftung des Reeders oder Schiffseigners für Verschulden des Kapitäns. Wenn der Schiffszusammenstoß in Territorialgewässern stattgefunden hat, wird meist das Recht des Tatorts angewandt. Boyens, Das Deutsche Seerecht, Leipzig 1897, S. 65 ff; Schaps, Das Deutsche Seerecht, 2. Aufl., Berlin 1921, Anm. 27 zu § 485; Bar, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts I, 429 ff.; Ripert, Droit maritime, 2. Aufl., Paris 1923, 3, 20; Weiß 4, 418 ff.; (wenn die deutsche Rechtsprechung auf die Haftung des Schiffseigners im Binnenschiffahrtsrecht die lex delicti commissi angewandt hat, so hat sie es aber in den konkreten Fällen getan, um den Schiffseigner von der Haftung zu befreien. RG. 1. 7. 96, ZiR. 6, 514, OLG. Dresden 29. 5. 11, Sächs. Arch. 1912, 342); Ch. civ. 18. 7. 95; Sirey 95, 1, 305; Appellhof von Rouen 28. 1. 03, Rev. crit. 1904, 513 von Lyon-Caen ebenda und 1896, 483 bekämpft. Req. 15. 2. 05 Rev. de droit int. 1905, 128; a. A. Ch. civ. 4. 11. 91 Sirey 92, 1, 96 Rev. critique 93, 267 mit Anm. von Lyon-Caen. Das Reichsoberhandelsgericht kam, indem es die Verhältnisse des Einzelfalls entscheiden ließ, zu demselben Ergebnis, 19. 1. 87, ROHG. 23, 174; a. A. hinsichtlich der Haftung der Aktiengesellschaft für die Delikte ihres Direktors das Schweizer Bundesgericht 10. 4. 96 ZiR. 7, 165; auch im angloamerikanischen Recht gilt derselbe Grundsatz; Dicey S. 734; Hudson v. Von Hamm, California 1927, 259 Pac. 374.

[2]) RG. 37, 181; Lewald S. 267/8.

und Kausalhaftung, ja zum Teil allgemein über obligationes ex lege die lex loci actus entscheiden[1]).

Das hier vertretene heuristische Prinzip — mehr soll es nicht sein — darf nicht mit dem Wächterschen verwechselt werden. Das Recht des Handlungsorts, nicht die lex fori, soll im Zweifel angewandt werden und es gilt auch nur für Handlungen, diese allerdings im weitesten Sinn verstanden — nicht für bloße Situationen etwa das Verhältnis der Abstammung In der Praxis scheint überdies die Abgrenzung der Deliktsnormen keine Schwierigkeiten zu machen. Wirkliche Schwierigkeiten entstehen, wenn die eine Rechtsordnung an einen Tatbestand deliktische, die andere familienrechtliche Folgen knüpft. Es sind die von Raape und Rabel[2]) erörterten Fälle des unehelichen Kindes einer Französin.

Bekommt eine Französin in Deutschland ein uneheliches Kind, so ist nach der deutschen Kollisionsnorm für das Verhältnis zu dem Vater das französische Recht maßgebend. Die französische Rechtsprechung hat nun die Stellung der unehelichen Mutter dadurch zu bessern versucht, daß sie weitgehend der Mutter Deliktsansprüche gewährte. Ist es gestattet, diese Normen auf unseren Fall anzuwenden[3])? Offenbar handelt es sich um eine Auslegung des Art. 21 EG. BGB. und mir möchte scheinen daß eine unvoreingenommene Auslegung die Anwendung ermöglicht[4]). Wenn das Gesetz erklärt, das Verhältnis zwischen unehelichem Vater und Mutter und Kind ist nach dem Heimatsrecht der Mutter zu beurteilen, so sagt es doch nicht, daß bloß jene Normen dem Heimatsrecht der Mutter zu entnehmen sind, die ein Familienrechtsverhältnis oder ein gesetzliches Schuldverhältnis besonderer Art[5]), mag man es im einheimischen oder fremden Sinn verstehen, begründen; sondern daß jene Regeln anzuwenden sind, die das Lebensverhältnis selbst regeln[6]). Der ausländische Staat ist zuständig dieses Verhältnis zu normieren und er kann es dadurch tun, daß er ein familienrechtliches Verhältnis[7]), ein ge-

---

[1]) Neubecker a. a. O. S. 87; Raape Anm. E I zu Art. 12 (mit Einschränkungen); Lewald S. 266; Neumeyer, Intern. Verwaltungsrecht 2, 439; derselbe, Intern. Privatrecht S. 32; Gutzwiller S. 1624; Volkmann JW. 29, 901; Rabel, ZauslintPrR. 5, 264/5; Ehrenzweig 1, 102 (mit Einschränkungen); Fiore, Disposizioni generali 2, 508; a. A. Neumann, Int. Privatrecht, Berlin 1896, S. 92; Zitelmann 2, 531 ff.; Bar 2, 122.

[2]) ZauslintPrR. 5, 265; vgl. auch v. Schelling, ZauslintPrR. 3, 859.

[3]) Daß die Grundsätze nur von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, macht, wie schon früher gesagt, nichts aus.

[4]) A. A. Raape Anm. A I 2 zu Art. 21. Er hält die hier vorgeschlagene Lösung erst dann für möglich, wenn die romanische Praxis einmal in jeder unehelichen Beiwohnung ein Delikt sieht; Anm. F III 3d zu Art. 21 (was schwerlich je der Fall sein wird), zweifelnd Rabel a. a. O. 266.

[5]) Rabel a. a. O.

[6]) Ebenso Rabel 5, 265.

[7]) Lewald S. 145; Rabel a. a. O. 285.

setzliches Schuldverhältnis oder bloß ein deliktisches Schuldverhältnis entstehen läßt. Allerdings kann man fragen — dieses Problem hat Rabel a. a. O. angedeutet — ob es richtig ist das Recht der Mutter über ein familienrechtliches Verhältnis zum Vater entscheiden zu lassen; hier kann dadurch geholfen werden, daß man Art. 21 nur auf die dortselbst genannten Verpflichtungen bezieht und für die weiteren familienrechtlichen Wirkungen der unehelichen Vaterschaft, welche z. B. die romanischen Rechte in den Fällen kennen, in denen die recherche de la paternité erlaubt ist, eine besondere Kollisionsnorm bildet[1]; die Normen über den Unterhaltsanspruch sind aber auch in diesem Fall dem Recht der Mutter ohne Rücksicht auf ihre Natur zu entnehmen.

Das Beispiel gestattet es auch, den Sinn der in der Kollisionsnorm enthaltenen Verweisung weiter zu klären. Im internationalen ehelichen Güterrecht wurde auf Normen verwiesen, die die vermögensrechtlichen Beziehungen der Gatten regeln und nach international übereinstimmender Auffassung als güterrechtliche bezeichnet werden; die Grenzen der Verweisung ergaben sich aus dem sachlichen Zusammenhang der anzuwendenden Normen. Hier besteht keine international einheitliche Auffassung, aber der Fall darf nicht ungeregelt bleiben, weil er nach dem Willen aller beteiligten Rechtsordnungen geregelt werden muß und daher muß die sachliche Funktion der Normen entscheiden.

Mit dem Heimatsrecht der Mutter können die deutschen Deliktsvorschriften nach den allgemeinen Grundsätzen kumuliert werden.

Wie hat der französische Richter denselben Fall zu entscheiden? Man nehme an, daß er nach seiner Kollisionsnorm das familienrechtliche Verhältnis nach französischem Recht zu beurteilen hat[2]). Meines Erachtens kann er dieselben Erwägungen anstellen, die vorhin für den deutschen Richter angestellt wurden, und daher auf den Fall die französischen „Deliktsgrundsätze" anwenden. Das wäre nur dann unzulässig, wenn die Kollisionsnorm lauten würde: Es ist unzulässig, im Ausland begangene Handlungen nach Normen zu beurteilen, die im Inland als Deliktsnormen betrachtet werden. So lautet aber die deliktsrechtliche Kollisionsnorm nicht, sondern sie sagt nur, daß die vom Recht des Tatorts verhängten Deliktsfolgen anerkannt werden. Aus dieser Formel ergibt sich nicht, daß nicht auch einmal auf eine im Ausland begangene Tat inländische Deliktsnormen angewandt werden können, wenn es der Sinn einer Verweisung so fordert.

Sind die Beteiligten Deutsche, so hat der französische Richter ebenso wie der deutsche deutsches Recht anzuwenden, soweit nicht seiner Anwendung ordre public-Erwägungen im Wege stehen, was aller-

[1]) In den romanischen Rechten entsteht in den Fällen, in denen die recherche de la paternité erlaubt ist, zwischen Vater und Kind ein familienrechtliches Verhältnis; der Vater steht dem unehelichen Kind viel näher als im deutschen Recht.

[2]) Das ist jedenfalls der Fall, wenn Vater und Mutter Franzosen sind.

dings nach französischer Auffassung in ausgedehntem Maße der Fall ist[1]). Aber abgesehen davon stehen der Anwendung der deutschen Vorschriften über die Pflichten des unehelichen Vaters keine Hindernisse im Wege. Die Qualifikationstheorie muß allerdings zu einem anderen Ergebnis führen. Nach ihr müßte der französische Richter sagen, die Ansprüche gegen den unehelichen Vater sind deliktischer Natur, daher ist die lex delicti commissi maßgebend[2]) und von dieser wiederum nur die Vorschriften deliktischer Natur[3]). Die Folge wäre, daß sich der uneheliche Vater jeder Pflicht entziehen könnte. Das Recht des Tatorts gibt keinen Deliktsanspruch, das Personalstatut, das einen Anspruch verleiht, darf nicht angewandt werden[4]). Aber das wäre wiederum eine Mißdeutung der Kollisionsnorm für Delikte; sie sagt nicht, daß für jede Handlung, die die lex fori als Delikt betrachtet, das Recht des Tatorts maßgebend ist, sondern, daß eine von dem Recht des Tatorts verhängte Deliktsfolge anerkannt wird.

Wenn umgekehrt deutsche uneheliche Eltern in Frankreich ein Kind bekommen, so wendet der deutsche Richter selbstverständlich die deutschen Vorschriften über die Pflichten des unehelichen Vaters an. Hat er daneben auch das französische Deliktsrecht anzuwenden[5])? Grundsätzlich stehen der Anwendung meines Erachtens keine Hindernisse im Wege, weil allgemein die Kumulation der Deliktsansprüche mit anderen Ansprüchen möglich ist. Das muß auch dann gelten, wenn der Deliktsanspruch von einem ausländischen Recht verliehen ist. Aber eine Schranke ergibt sich aus Satz 2 des Art. 21. Wenn dieser Satz eingreift, so muß[6]) er auch gegenüber solchen Ansprüchen angewandt werden, die das ausländische Deliktsstatut verleiht; auch hier muß die sachliche Funktion vor der juristischen Konstruktion gehen. Bei der Kumulation muß auch das inländische Deliktsrecht herangezogen werden; es genügt, daß dieses den erhobenen Anspruch gewährt, dann greift Art. 21, 2 nicht mehr ein. Wenn überdies auch im allgemeinen die Kumulation der Deliktsnorm mit einer anderen möglich ist[7]), so kann dies doch im Einzelfall unzulässig sein, wie auch im rein internen Recht in gewissen Fällen die Deliktsnorm durch andere Normen ausgeschlossen ist. Daher

[1]) Pillet-Niboyet S. 566.

[2]) Das war auch das System der älteren deutschen Rechtsprechung OAG, München 1. 12. 1829, SA. 1, 157.

[3]) Zitelmann 2, 474.

[4]) So in der Tat Zitelmann 2, 470, dagegen Rabel a. a. O. 265; Schelling a. a. O. 860.

[5]) Dagegen offenbar Lewald S. 266.

[6]) Die näheren Voraussetzungen der Anwendung dieser Vorschrift sind bekanntlich sehr umstritten.

[7]) Zitelmann 2, 473; Diena, Principi 2, 267; zum italienischen Recht vgl. das Urteil der Sezioni unite des Kassationshofes vom 8. 6. 27, Foro it. 1927, 1, 660; ZauslintPrR. 3, 285; vgl. auch den Artikel in J. 05, 166.

muß im Einzelfall die Zulässigkeit der Kumulation jedesmal geprüft werden[1]).

Schon Zitelmann[2]) hat gesagt, daß der Begriff der unerlaubten Handlung im Sinn des Art. 12 EG. BGB. nicht im gleichen Sinn zu verstehen ist, wie in der allgemeinen Kollisionsnorm. Ohne seine Grundanschauungen anzunehmen, wird man ihm jedenfalls insofern recht zu geben haben, daß die Anwendung des deutschen Rechts, die dieser Artikel vorschreibt, auch eine besondere Berücksichtigung des eigentümlichen deutschen Deliktsbegriffs verlangt, Art. 12 soll verhindern, daß gegen einen Deutschen übertriebene Deliktsansprüche erhoben werden; er soll aber nicht die Möglichkeit einschränken, ihn aus irgend einem anderen Rechtsgrund, z. B. ungerechtfertigter Bereicherung, haftbar zu machen; denn damit, daß ein Deliktsanspruch versagt wird, wird nicht jeder Anspruch aus einem anderen Rechtsgrund ausgeschlossen, weder im internen Recht noch im internationalen. Diese notwendige Einschränkung wird erreicht, wenn man auf den deutschen Deliktsbegriff abstellt. Daher ist Art. 12 nur anwendbar, wenn der gesetzliche Tatbestand der ausländischen Norm aus dem die behauptete Rechtsfolge abgeleitet wird, ein solcher ist, daß ihn der deutsche Richter, wäre er vom deutschen Recht aufgestellt, als einen deliktischen im weiteren Sinn des Worts bezeichnen würden[3]).

Der Begriff des Begehungsorts des Delikts hat im internen Recht seine Bedeutung für die Bestimmung der Zuständigkeit. Wenn z. B. die Sachnorm erklärt, ein Preßdelikt ist am Ort des Erscheinens des Druckwerks begangen, so ist damit gesagt, daß dort ein Gerichtsstand gegeben ist. Es ist leicht vorstellbar, daß eine Rechtsordnung fiktive Begehungsorte schafft, eben um damit Gerichtsstände zu begründen. Wenn die Kollisionsnorm befiehlt, unerlaubte Handlungen nach dem Recht des Tatorts zu beurteilen, so besteht kein Anlaß, den Begriff des Begehungsorts ebenso zu bestimmen wie im Prozeßrecht. Hier sollen ganz andere normative Folgerungen aus ihm abgeleitet werden, daher muß er auch anders definiert werden. Das hat schon Bar in bezug auf den Begriff der

[1]) Als Beispiel für eine gründliche Untersuchung derartiger Konkurrenzverhältnisse sei auf Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht 2, 708 ff., 725 ff. verwiesen.

[2]) 2, 504; ihm ging Habicht S. 96 voraus und folgte Frankenstein 2, 377.

[3]) Ähnlich ist die Lage im englischen Recht, wo die lex delicti commissi immer mit der lex fori kumuliert wird. Die englischen Vorschriften können nur angewandt werden (im gleich zu zitierenden Fall handelt es sich um die Vorschrift, daß die Deliktsklage aktiv unvererblich ist), wenn eine Klage aus tort vorliegt. Daher hat Cotton im Fall Batthyany-Strattmann v. Walford 57 L. T. R. 206 geprüft, ob der erhobene Anspruch ein deliktischer oder einer aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis (implied contract) ist; das hat er auf Grund des ausländischen Rechts entschieden.

Handlung[1]), allerdings von einer angreifbaren Basis aus, betont[2]). Bei der Bildung des Begriffs des Tatorts im Sinn des internationalen Privatrechts haben ausschließlich Zweckmäßigkeitsgründe zu entscheiden. Es ist denkbar, daß die Vertreter verschiedener Rechtssysteme verschiedene Begriffe des Begehungsorts aufstellen. Dann liegt eine echte Kollision der Kollisionsnormen vor, die nur dadurch, daß beide dasselbe Wort gebrauchen, verdeckt wird. Der Konflikt wird sichtbar, wenn man das Wort Begehungsort ersetzt durch die genauer dem Sinn entsprechenden Worte, z. B. Ort der tatsächlichen Handlung, Ort des Erfolgs. Durch Staatsverträge ließe sich ohne Schwierigkeit eine internationalrechtlich einheitliche Regel aufstellen.

In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsgericht angenommen, daß ein Delikt an mehreren Orten begangen sein kann und dann auch nach mehreren Rechtsordnungen zu beurteilen ist[3]). Kahn[4]) hat sich gegen diese Rechtsprechung gewandt, und zwar hauptsächlich deshalb, weil er ihr die Ansicht unterschiebt, die mehreren Deliktsrechte seien deshalb anzuwenden, weil sie alle über den Tatbestand herrschen wollen[5]). Dieser Gedanke wäre allerdings unrichtig; er liegt aber der

[1]) Bar 2, 120/1.

[2]) Ebenso Walker S. 459; Raape Anm. A VI zu Art. 12.

[3]) 23. 9. 87 RG. 19, 382; 20. 11. 88 RG. 23, 305; 2. 5. 1900 J. 1900, 812; 21. 12. 1900 ZiR. 11, 284 = SA. 56, 308; 22. 12. 02 ZiR. 13, 171; 8. 11. 06 ZiR. 18, 159; 30. 3. 09 RG. 54, 198; die Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. 4. 89 ZiR. 3, 403 = SA. 44, 257 wendet bei einer Klage wegen Bergbauschadens nur das Recht des Handlungsorts an, das OLG. Köln 21. 4. 14, Zeitschr. f. Völkerrecht 8, 437 das Recht des Betriebsorts; vgl. hierzu Neumeyer, Intern. Verwaltungsrecht 1, 45; das Eigentümliche dieser Fälle ist, daß hier neben der Kausal- und Deliktshaftung auch die Frage der Grenzen des Eigentums eine Rolle spielt. Zum französischen Recht vgl. Pichot, Rép. de droit int. v° Délit de Concurrence déloyale n° 87. Die meisten amerikanischen Entscheidungen nehmen an, daß es nur einen Deliktsort gebe, das ist jener, wo der Unfall (es handelt sich fast immer um Eisenbahnunfälle) eingetreten ist. Unerheblich ist, daß die den Unfall verursachende Handlung oder Unterlassung in dem Gebiet eines anderen Staates begangen wurde oder daß der Schaden (der Tod des Verunglückten) in einem anderen Staate eingetreten ist. Goodrich S. 191; Leonard v. Decker 22. F. R. 741; Van Doren v. Pennsylvania R. Co. 93 F. R. 260; Whitford v. Panama R. Co. (N. Y. 1861) 23 N. Y. 466; El Paso and N. W. R. Co. v. Mc. Comas 72 SW. 629, Texas 1903; Alabama G. S. R. Co. v. Carrol 97 Ala 126, 11. SO. 803; abweichend Rudiger v. Chicago St. P. M. & O. RY. Co. 68 NW. 661. Zum schottischen Recht siehe Evans & Sons v. Stein (1904), 7 F. 65, ZiR. 16, 369.

[4]) 1, 102; ebenso Neumeyer, Intern. Verwaltungsrecht 2, 48 (unter Berichtigung seiner 1, 187 ausgesprochenen Ansicht); derselbe, Intern. Privatrecht S. 33; Frankenstein 2, 367.

[5]) Er behandelt die Frage in dem Abschnitt über die latenten Gesetzeskollisionen, und zwar in dem Sonderabschnitt über die Gesetzeskumulation,

Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht zugrunde. Denn dann hätte es ja jeweils fragen müssen, ob das betreffende ausländische Recht die Tat als in seinem Gebiet begangen betrachtet und sie deshalb seinem Recht unterwirft. Nach der ausländischen Kollisionsnorm hat aber das Reichsgericht meines Wissens in diesen Fällen nie gefragt, sondern es ist ursprünglich auf die Möglichkeit eines mehrfachen Begehungsorts im Sinn der Kollisionsnorm durch die Übertragung prozeßrechtlicher Grundsätze gelangt[1]). Auch diese Begründung ist unhaltbar, aber die Ansicht des Reichsgerichts ist nichtsdestoweniger richtig[2]). Nur auf diese Weise lassen sich alle jene Schwierigkeiten[3]) vermeiden, die die Definition des Begehungsorts, z. B. bei Unterlassungsdelikten[4]) macht.

Das Verfahren des Reichsgerichts führt auch nicht, wie Kahn meint, zu unlösbaren Schwierigkeiten in der praktischen Durchführung. Wenn auf einen Tatbestand zwei Rechtsordnungen anzuwenden sind, so kann im positiven oder im negativen Sinn kumuliert werden. Daß hier im positiven Sinn zu kumulieren ist, d. h. daß es genügt, daß die Tat nach einer der anzuwendenden Rechtsordnungen die behauptete Rechtsfolge hat[5]), ergibt sich schon aus dem Wortlaut der vom Reichsgericht entwickelten Kollisionsnorm. Wenn man sagt, daß die Tat an mehreren Orten begangen ist, so sagt man damit, daß die Verwirklichung nur eines Teils des Tatbestandes in einem Rechtsgebiet genügt, um seine Deliktsnorm anwendbar zu machen. Würde man im negativen Sinn kumulieren, d. h. die Rechtsfolge nur anerkennen, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen sie gewähren, so könnte man nicht sagen, daß das Delikt an mehreren Orten begangen ist, sondern man müßte erklären, es ist an einem Ort, der sich über mehrere Rechtsgebiete erstreckt, begangen, über den die mehreren Rechtsordnungen nur gemeinsam die Herrschaft ausüben können. Zu diesem mehr formalen Grund treten sachliche: Nur wenn man positiv kumuliert, ist die Regel praktisch durchführbar; würde man negativ kumulieren, so müßte man in jedem Fall, der vor die Gerichte kommt, untersuchen, ob nicht ein Teil des Tatbestands sich auf einem fremden Rechtsgebiet verwirklicht hat, weil

---

die nach ihm entsteht, wenn man Gesetze nach ihrem eigenen Herrschaftswillen anwendet.

[1]) So beruft sich die Entscheidung 30. 3. 09 RG. 54, 198 auf die die Zuständigkeit behandelnde Entscheidung 15. 5. 91 RG. 27, 419; vgl. auch 23. 3. 1912 ZiR. 30, 263. Die Plenarentscheidung vom 18. 10. 09 RG. 72, 41 betrifft eine Zuständigkeitsfrage!

[2]) Im Ergebnis stimmt ihr auch Raape Anm. A VI 2 bβ zu Art. 12 zu.

[3]) Siehe z. B. die ausführlichen Erörterungen von Raape Anm. A VI zu Art. 12; Arminjon 2, 334.

[4]) Vgl. hierzu Zitelmann 2, 490; Frankenstein 2, 369; Walker S. 470; Raape Anm. A VII zu Art. 12; Lewald S. 262; Cereti, Le Obbligazioni nel diritto int. privato S. 199.

[5]) Lewald S. 262 spricht hier von elektiver Konkurrenz.

dann auch dieses Recht berücksichtigt werden müßte. Nach der Meinung des Reichsgerichts genügt es aber, daß sich nur ein Teil des Tatbestands in einem Rechtsgebiet verwirklicht hat[1]), dann kann geprüft werden, ob dessen Rechtsordnung den erhobenen Anspruch rechtfertigt; eine andere Frage ist, ob im Fall der Verneinung des Anspruchs das Gericht von Amts wegen die anderen Rechtsordnungen, in deren Gebiet sich Teile des Tatbestands verwirklicht haben, heranziehen muß.

Die Kumulation verschiedener Rechte bedeutet nicht ihre Vermischung. Es wäre freilich sinnlos, der einen Rechtsordnung etwa die Vorschriften über den Beginn und der anderen die über die Dauer der Verjährung zu entnehmen, wenn das dem Gläubiger günstiger ist, sondern es ist jede für sich allein anzuwenden und nur, wenn wenigstens eine den erhobenen Anspruch allein gewährt, kann er zugebilligt werden.

Sachlich ist das Ergebnis, zu dem die reichsgerichtliche Theorie führt, voll befriedigend. Vom Standpunkt der einzelnen Rechtsordnung aus verdient der Delinquent keine Begünstigung deshalb, weil er vom Ausland aus handelt oder nur einen Teil des Tatbestands im Inland verwirklicht[2]). Schon das genügt, um ihn der inländischen Deliktsnorm zu unterwerfen; warum soll man noch fragen, ob ein anderes Recht zuständig ist? Vom Standpunkt der internationalen Verteilung der Rechtspflege aus ist es denkbar, daß mehrere Staaten in der Unterdrückung einer unerlaubten Handlung konkurrieren, prozessual und materiellrechtlich. Verneint ein Staat das Vorhandensein eines Deliktsanspruchs, so tut er es nur unter der Voraussetzung, daß sich der ganze Tatbestand in seinem Gebiet ereignet hat; hat sich ein Teil des Tatbestands in einem anderen Gebiet verwirklicht, so erkennt er an, daß das Recht dieses Gebiets an die Handlung deliktische Folgen knüpfen kann[3]).

---

[1]) So ausdrücklich das Reichsgericht hinsichtlich der Anwendung des deutschen UWG. und WBzG. in internationaler und prozessualer Beziehung 10. 5. 25, Recht 1925, 404; 31. 3. 31 JW. 31, 1904; vgl. die Anmerkung von Ulmer S. 1908. Dabei ist es durchaus möglich, daß die Widerrechtlichkeit nur nach dem Recht des Erfolgsorts beurteilt wird, so z. B. bei gerichtlichen Beschlagnahmen, Cassel 11. 11. 10 OLG. 23. 14; Hans. OLG. IPr. Rspr. 1928, 60; Appellhof von Mailand 11. 1. 13 J. 13, 993 = J. 14, 273; vgl. Appellhof von Paris 7. 12. 85 Sirey 91, 1, 509; bei Delikten, die in einer Rechtsverletzung bestehen, ist die Rechtsordnung zu berücksichtigen, die für das verletzte Recht maßgebend ist; vgl. z. B. Cassel, OLG. 23, 14, davon abweichend Appellhof von Paris 7. 12. 85, Sirey 91, 1, 510; besonders liegt der Fall, wenn absolut geschützte Rechte und Interessen kollidieren, siehe hierzu Neumeyer, Intern. Verwaltungsrecht 2, 41 ff. und die Anm. 3 S. 114 zitierten Entscheidungen SA. 44, 257 und Zeitschr. f. Völkerrecht 8, 437.

[2]) Das ist der richtige Kern des Ausführungen von Schellings, ZauslintPrR. 2, 866.

[3]) Ebenso im Ergebnis Raape Anm. A VI 1 zu Art. 12.

7. Vorschriften des materiellen und des prozessualen Rechts. Die Zulässigkeit von Beweismitteln.

Eine der ältesten und am wenigsten bestrittenen Regeln des internationalen Privatrechts ist die Regel, daß prozessuale Fragen nach der lex fori zu beurteilen sind und daß eine Anwendung ausländischen Rechts nur in materiellrechtlichen Punkten möglich ist. Nach der Qualifikationstheorie muß die Abgrenzung von materiellrechtlichen und prozessualen Fragen nach der lex fori erfolgen. Aber die Durchführung dieser Ansicht stößt gleich auf mehrere Schwierigkeiten. Zunächst ist schon der Gehalt der an die Spitze gestellten Kollisionsnorm kein genau bestimmter. Rationell verständlich wird der Satz nur, wenn man ihm die Formulierung gibt, der inländische Richter habe grundsätzlich nur nach inländischem Recht zu verfahren, weil die Prozeßform mit der gerichtlichen Organisation, dem Aufbau des Instanzenzugs und den allgemeinen Prozeßprinzipien, von denen ein Abgehen als unmöglich empfunden wird, so eng zusammenhängt, daß man nicht mit dem Klagegegenstand auch das Verfahren wechseln kann; das wäre auch praktisch undurchführbar. Demnach gilt die Kollisionsnorm nur für das eigentliche Verfahrensrecht, die ordinatoria litis, wie die Postglossatoren sagten[1]). Aber selbst in dieser beschränkten Fassung kennt die Regel Ausnahmen, so ist es z. B. möglich, daß bei einer im Wege der Rechtshilfe erfolgten Beweisaufnahme ausländische Verfahrensvorschriften beobachtet werden (vgl. z. B. Art. 14 des Haager Zivilprozeßabkommens, § 39, II öst. JN.).

Haben die inländischen Gerichte nach inländischem Recht zu verfahren, so ergibt sich, daß die ausländischen Verfahrensvorschriften nicht anwendbar sind, aber nur soweit sie eben dieselbe Materie betreffen; dagegen wäre es unrichtig, daraus zu schließen, daß alle Vorschriften, die das ausländische Recht als Verfahrensvorschriften betrachtet, unanwendbar sind. In einem gewissen Sinn entscheidet also die inländische Qualifikation; ausländische Vorschriften, die nach der Auffassung der lex fori das Verfahren selbst betreffen, sind unanwendbar.

Aber selbst wenn man den Begriff der prozessualen Vorschriften in dem engen Sinn der Verfahrensvorschriften faßt, ist die Grenze zwischen beiden Gebieten keine apriorische[2]). Auch hier gilt die sich seit Ihering immer mehr durchsetzende Wahrheit, daß juristischen Begriffen — abgesehen von gewissen apriorischen Kategorien — keine selbständige

[1]) ZZPr. 54, 235; Carnelutti, Lezioni 1, 282, leitet die Maßgeblichkeit der lex fori für den Prozeß aus seinem Zweck den sozialen Frieden zu bewahren ab. Die Prozeßregeln der lex fori sind jene, welche für am besten geeignet gehalten werden, diesen Zweck zu erfüllen.

[2]) Das versuchte ich in meinem Buch Privatrecht und Prozeßrecht nachzuweisen.

„Existenz" zukommt. Sie haben eine ordnende Funktion und ihr Inhalt ist mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen zu bilden[1]). Vom positiven Recht geschaffene Normen oder Rechte, die unter diese Begriffe gebracht werden sollen, müssen, wie schon einmal gesagt, nicht notwendigerweise gerade nur unter einen der gebildeten Begriffe passen; es ist möglich, daß sie hinsichtlich eines Merkmals unter den einen, hinsichtlich eines anderen unter einen anderen fallen. Daher ist in Zweifelsfällen eine Einzeluntersuchung anzustellen, ob eine Norm wie eine verfahrensrechtliche oder eine materiellrechtliche zu behandeln ist.

Nirgends wird dieser Doppelcharakter, dieses Schweben zwischen materieller und verfahrensrechtlicher Natur so deutlich wie bei den Beweisvorschriften[2]). So ist z. B. die Verhandlungsmaxime im Scheidungsprozeß deshalb eingeschränkt, weil die Scheidung nur aus bestimmten materiellen Gründen möglich ist; ist deshalb § 617 ZPO. eine materiellrechtliche Vorschrift? Welche Natur haben die Beweislastvorschriften? Wie steht es mit den Vorschriften über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel, z. B. Art. 1341 C. c.? Bei dieser letzteren Vorschrift erwächst die besondere Schwierigkeit, daß das deutsche Recht eine entsprechende Vorschrift nicht kennt und daß daher eine Qualifikation nach der lex fori für den deutschen Richter eigentlich nicht möglich ist. Art. 1341 schließt bekanntlich bei Ansprüchen von mehr als 500 fr. den Zeugenbeweis aus. Der Anspruch, der nicht durch eine Urkunde bewiesen werden kann, ist aber nicht nichtig, sondern hat viele Wirkungen eines voll wirksamen Anspruchs. Er kann erfüllt werden, noviert werden[3]), ja man kann ihn sogar gerichtlich geltend machen, indem man dem Gegner den Eid zuschiebt. Aber obwohl sich die Wirkung des Art. 1341 im wesentlichen nur im Prozeß zeigt, wäre es unzulässig, ihn nur deshalb als eine verfahrensrechtliche Vorschrift zu betrachten; denn auch die Wirkung unzweifelhaft materiellrechtlicher Vorschriften, z. B. jener, die ein Anfechtungsrecht durch Klage verleihen, zeigt sich in erster Linie im Prozeß. Wenn man auf die praktische Auswirkung Rücksicht nimmt, so ist jedenfalls ein Vertrag über einen Gegenstand von 10.000 fr., sofern er nicht durch eine Urkunde bewiesen werden kann, ein so gut wie nichtiger Vertrag. Auch die gesetzgeberischen Motive, welche den Ausschluß des Zeugenbeweises rechtfertigen, sind vielfach dieselben, wie die einer Formvorschrift, also einer materiellrechtlichen Vorschrift. Ursprünglich

---

[1]) Die vom Gesetz selbst verwandten Begriffe haben eine normative „Existenz", d. h. einen normativen Gehalt.

[2]) Vgl. Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 187 ff.

[3]) Näheres siehe bei Rühl-Fragistas, Rechtspolitische und rechtsvergleichende Beiträge zum zivilprozessualen Beweisrecht, Berlin 1929, S. 22; vgl. auch Pollak, Annuario di diritto comparato IV/V 1, 374; Bonnecase, Ergänzungsband 2 zu Baudry-Lacantinerie, Paris 1925, S. 460; Sternberg im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, spricht von mittelbaren Formvorschriften.

war allerdings der Zweck des Verbots des Zeugenbeweises, die Mißstände abzustellen, die dieser Beweis vor dem Pariser Parlament gezeitigt hatte[1]). Aber die fortdauernde Aufrechterhaltung erklärt sich aus anderen Gründen: Aus dem Mißtrauen gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen und aus der Absicht, die Bevölkerung zu der schriftlichen Fixierung ihrer Abreden zu erziehen. Es sind also dieselben Gründe, die im allgemeinen eigentliche Formvorschriften rechtfertigen[2]). Bei dieser Sachlage dürfte es nicht möglich sein, dem Art. 1341 allgemein den materiellrechtlichen oder prozessualen Charakter zuzusprechen und daraus die internationalrechtliche Behandlung abzuleiten, selbst wenn es zulässig wäre, aus einer begrifflichen Qualifizierung eine normative Folgerung zu ziehen. Man muß vielmehr das Problem konkret stellen und die Auswirkung der Behandlung als prozessualer oder materiellrechtlicher Vorschrift prüfen. Welche der verschiedenen Möglichkeiten führt zu dem angemessensten Ergebnis? Man nehme an, ein Darlehen von 10.000 fr., das ein Franzose in Frankreich einem anderen Franzosen gegeben hat und in Frankreich zurückzuzahlen war, wird vor einem deutschen Gericht eingeklagt. Wendet man Art. 1341 nicht an und wird der Beklagte auf Grund eines Zeugenbeweises verurteilt, so ist das ein Ergebnis, das dem Willen des französischen Gesetzgebers, der doch offenbar in erster Linie zur Regelung des ganzen Verhältnisses berufen ist, widerspricht. Die französischen Gerichte würden über den Fall anders entscheiden. Aber ist die Anwendung des Art. 1341 überhaupt möglich? Offenbar könnten dann nicht nur die wörtlichen Bestimmungen des Code c. angewandt werden, sondern es müßten auch alle Grundsätze mitangewandt werden, die von der Rechtsprechung in Zusammenhang mit diesem Artikel entwickelt worden sind. Sie erstrecken sich auf die Auslegung des Begriffs der Unmöglichkeit des schriftlichen Beweises und des Anfangs eines Schriftbeweises und haben im praktischen Effekt den Art. 1341 wesentlich eingeschränkt[3]). Aber auch die sehr komplizierten Vorschriften über die Form der Urkunden müßten mitangewandt werden. Nur dann wird der Hauptzweck der Anwendung dieser Beweisvorschriften, eine Entscheidung zu erzielen, die mit der des in erster Linie zur Entscheidung berufenen Rechts übereinstimmt, erreicht. Die korrekte Anwendung der französischen Vorschriften vor deutschen Gerichten dürfte praktisch nicht zu erreichen sein. Immerhin könnte man einwenden, daß die Schwierigkeiten der Aufgabe sich nur graduell von denen unterscheiden, die die Anwendung ausländischen Rechts überhaupt macht[4]). Aber dazu kommt eine weitere meines Erachtens ausschlaggebende Erwägung. Die Vor-

[1]) Rühl a. a. O. S. 30.

[2]) Bartin bei Aubry et Rau 12, 308 meint, der Zweck dieser Vorschrift sei derselbe wie der einer Formvorschrift.

[3]) Vgl. hierzu Rühl a. a. O. S. 27 ff.

[4]) Daß aber das Argument nicht ganz wertlos ist, zeigt die unten besprochene englische Rechtsprechung.

schriften über den Ausschluß des Zeugenbeweises im allgemeinen und Urkunden gegenüber im besonderen, über die Schranken des Urkundenbeweises selbst (Beweis des Datums), sind auf ein Prozeßrecht zugeschnitten, in dem der Richter über einen „formalisierten" Tatbestand zu entscheiden hat. Trotz der Verhandlungsmaxime hat der deutsche und noch mehr der österreichische Richter eine viel engere Fühlung mit dem realen, außerprozessualen Tatbestand[1]). Er hat ja auch auf Grund der materiellen Prozeßleitungspflicht für eine weitgehende Aufklärung zu sorgen. Die Herausarbeitung und Konstruktion eines von dem natürlichen Tatbestands verschiedenen prozeßerheblichen Tatbestands spielt im deutschen und österreichischen Prozeß keine Rolle. Würde man vor deutschen oder tschechoslowakischen Gerichten die französischen Vorschriften über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises anwenden wollen, so würde man damit in den einheimischen Prozeß einen Fremdkörper einführen, nämlich den Prozeß über die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines Teils des vorliegenden Prozeßmaterials (man denke, daß ein Zeuge im Zusammenhang über Tatsachen ausgesagt hat, über die teilweise der Zeugenbeweis zulässig ist und teilweise nicht), der zwar theoretisch auch im deutschen und österreichischen Prozeß vorkommen kann, aber praktisch keine Rolle spielt. Es dürfte also richtiger sein, den Art. 1341 C. c. vor deutschen und österreichischen Gerichten nicht anzuwenden[2]), und zwar deshalb, weil seine Anwendung zu Kollisionen mit den allgemeinen Prozeßgrundsätzen führen würde[3]). Das ist nicht dasselbe, wie die Ablehnung seiner Anwendung mit der Begründung, er sei eine prozessuale Norm. Auch die Anwendung einer materiellrechtlichen Norm kann einmal zu Kollisionen mit Grundsätzen des Prozeßrechts führen. Art. 1341 allgemein als prozessuale Norm zu qualifizieren, wäre offenbar unrichtig. Italienische Gerichte können ihn sehr wohl anwenden und sie müssen es unter Umständen nach Art. 10 Disposizioni preliminari tun und die herrschende französische Meinung erklärt, daß dem Art. 1341 entsprechende Vorschriften ausländischer Gesetzbücher vor französischen Gerichten angewandt werden können, daß aber Art. 1341 auf im Ausland geschlossene Geschäfte keine Anwendung findet[4]). Hier

[1]) Vgl. zum Folgenden besonders Klein-Engel, Der österreichische Zivilprozeß S. 199/200; infolge des Neuerungsverbots des österreichischen Rechts kann es aber im Berufungsverfahren zu einem Streit über die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines Teiles des Prozeßmaterials kommen.

[2]) Ebenso im Ergebnis Menger System des österr. Zivilprozeßrechts, Wien, 1876, S. 155 Anm. 11; Unger 1, 209; Walker S. 206; Tilsch JBl. 1911, 361 ff.; Ehrenzweig 1, 93; Raape, Anm. B IV 2 zu Art. 11; a. A. Kipp, Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten S. 24, KG. 25. 10. 27 J. 29, 448 Int. Pr. Rsp. 1929, Nr. 7; Rabel a. a. O. S. 280. Für die prozeßrechtliche Natur des Art. 1341 auch Chiovenda, Prinicipi S. 125/26.

[3]) Ebenso Tilsch a. a. O. S. 374.

[4]) Baudry-Lacantinerie 14, n° 2059; Rolin 3, 4 und 24; Aubry et Rau 1, 170; Laurent 8, 62 ff., bes. 83; Beauchet J. 92, 709 ff.; Asser-Rivier,

werden also derartige Vorschriften ganz wie materiellrechtliche behandelt. Jetzt ist nämlich ein anderes Argument ausschlaggebend. Wenn ein Vertrag im Ausland abgeschlossen ist und ausländischem Recht untersteht, so können die Parteien nicht alle jene Vorschriften beachten, deren Befolgung nötig ist, um das Geschäft vor den Gerichten beliebiger Staaten beweisen zu können. Sie dürfen erwarten, daß ein Vertrag, der in der Ortsform geschlossen ist, überall gemäß den Beweisvorschriften des Ortsrechts bewiesen werden kann[1]), während es umgekehrt keine berechtigte Erwartung auf die „Unbeweisbarkeit" gibt[2]). Feststeht demnach, daß

Éléments de droit int. privé, Paris 1884, S. 166 ff.; Asser, Rev. de droit int. et de légis. comp. 7, 376 ff.; Massé, Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le droit civil, 3. Aufl., Paris 1874, S. 43; Pillet, Principes, S. 481 ff., der aber meint, eigentlich müßte die lex fori entscheiden; derselbe, Traité 2, 500; Vareilles-Sommières 282 ff., der aber der lex fori einen etwas weiteren Spielraum gibt; Pillet-Niboyet S. 658, 679; Surville S. 667; Weiß, Manuel S. 676; derselbe, Traité 5, 509 ff., bes. 519/20; Arminjon 2, 108, 111; 3, 413 ff., 445 ff.; ders. Rép. de droit int. v° Preuves n° 13 ff (er weicht von der herrschenden Meinung im Einzelnen vielfach ab). Valéry S. 752 ff.; Silz S. 167, der mit Recht betont, daß nicht alle Vorschriften über den Beweis gleich zu behandeln sind, siehe S. 164 und 381; Dreyfus, L'acte juridique, S. 195; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 5. Aufl., Paris 1923, 3, 86; Colin et Capitant, 5. Aufl., 1, 55; Audinet. Rép. de droit int. v° Règle locus regit actum n° 43: Req. 8. 6. 1809 Sirey 1809, 1, 375; Req. 7. 7. 74, Dalloz 76, 1, 430; Ch. civ. 24. 8. 1880, Sirey 1880, 1, 413 = Dalloz 80, 1, 447 = J. 80, 480; Trib. civ. de la Seine 12. 6. 87 J. 87, 332; Appellhof von Chambéry 11. 2. 80 Sirey 81, 2, 237; Ch. civ. 14. 6. 99 Sirey 1900, 1, 225 = J. 99, 804 und das auf Grund der Zurückverweisung ergehende Urteil des Appellhofs von Amiens 15. 3. 1900 J. 1900, 977; Ch. civ. 6. 2. 05 Sirey 1907, 1, 393 J. 06, 412; in gelegentlicher Bemerkung Ch. civ. 23. 2. 64 Sirey 64, 1, 385; ebenso die Cour de Justice von Genf 31. 8. 91 J. 92, 306 und das Erstinstanzgericht von Rotterdam 13. 10. 1914 J. 20, 276; ebenso von der deutschen Literatur Savigny 8, 270; Schaeffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts, Frankfurt 1841, S. 205; Bar 2, 376 ff.; gleicher Ansicht die italienische Literatur: Diena, Diritto commerciale int. 1, 509 ff., 523; derselbe, Principi 2, 399, 401; Fiore-Antoine § 1220; Lessona, Teoria delle Prove, 2. Aufl., Florenz 1904, S. 48; Fiore, Effetti intern. delle Sentenze e degli Atti, Pisa 1875, 1, 230; derselbe, Disposizioni generali 1, 674; Fadda-Bensa zu Windscheids Pandekten 1, 230; Diena, Cours de L'Académie 1927, II, 383; Esperson J. 84, 175 und 251; Cereti, Le Obbligazioni nel diritto privato internazionale, S. 157 ff. Der Beschluß des Instituts, Annuaire 1878, 44 ist wohl zu weit gefaßt (Diena, Principi 2, 399). Für die prozeßrechtliche Auffassung sind eingetreten: Mittermaier, AcP. 13, 296, 316; Chiovenda, Principi, 4. Aufl., Neapel 1928, S. 122 mit wichtigen Einschränkungen; Carnelutti, Lezioni 1, 283; Scaduto, Annuario di diritto comparato IV/V, 1, 113; alle zitierten Schriftsteller erkennen an, daß die lex fori gewisse Beweisarten, das Schulbeispiel ist der Beweis durch gerichtlichen Zweikampf, ausschließt.

[1]) Gegen dieses Argument Frankenstein 1, 368 und JW. 29, 3506.

[2]) Beauchet J. 92, 371, der sagt, der in Frankreich zugelassene Zeugen-

Art. 1341 C. c. von französischen Gerichten nicht auf Geschäfte angewandt werden kann, die im Ausland geschlossen sind und französischem Recht unterstehen; in welchen Fällen entsprechende ausländische Vorschriften von französischen Gerichten anzuwenden sind, ist eine Untersuchung, die den französischen Juristen überlassen werden muß.

S. 4 des englischen Sale of Goods Acts hat eine gewisse Verwandtschaft mit Art. 1341 C. c. Sie versagt dem Kauf einer Ware im Wert von mehr als 10 £ die Klagbarkeit, wenn nicht ein memorandum in writing errichtet wird oder der Käufer durch Annahme der Ware, Handgeld oder Teilzahlung den Vertrag anerkannt hat[1]). Im Gegensatz zu Art. 1341 scheint mir diese Vorschrift nicht so eng mit einem bestimmten Prozeßsystem verknüpft zu sein, daß ihre Anwendung vor deutschen oder tschechoslowakischen Gerichten unmöglich ist[2]). Wir würden eben annehmen, daß ein in England geschlossener Vertrag, der nach englischem Recht zu beurteilen ist, und den Erfordernissen der s. 4 nicht genügt, bloß eine natürliche Verbindlichkeit entstehen läßt. Aber nach englischer Auffassung betrifft s. 4 nur das remedy und ist daher nach dortiger Meinung nur eine prozessuale Bestimmung. Daraus schließt man, daß sie auf alle Verträge, die vor englischen Gerichten geltend gemacht werden, Anwendung findet[3]), und daß ausländische Gerichte

---

beweis kann geführt werden, auch wenn er nach dem ausländischen Recht unzulässig wäre. Arminjon 3, 419.

[1]) Wortlaut und Näheres bei Rheinstein, ZauslintPrR. 4, 69 und den in Anm. 1 S. 124 zitierten Schriftstellern.

[2]) Das OLG. München 13. 4. 29 IntPrRspr. 3, 69 wendet sogar die englische Beweisregel an, wonach der Beweis darüber nicht geführt werden kann, daß die Parteien etwas anderes gewollt haben als in der Urkunde steht; das erscheint mir in doppelter Hinsicht bedenklich, wegen der Durchbrechung der deutschen Prozeßprinzipien und wegen der Nichtbefolgung der englischen Auffassung über die internationale Tragweite dieser Regel.

[3]) Seit der Entscheidung Leroux v. Brown (1852) 12. C. B. 801; 138 E. R. 1119; ebenso für die entsprechende Bestimmung des New Yorker Rechts, Franklin Sugar Refining Co. v. Lipowicz 221 N. Y. S. 11, wo infolgedessen die entsprechende Bestimmung des Wirkungsstatus nicht angewandt wird. Auch die Entscheidung Rochefoucald v. Boustead (1897) 2. Ch. 196 C. A. spricht diesen Grundsatz aus, ohne ihn aber im konkreten Fall anzuwenden. Story S. 327/8 behandelte die Vorschriften des statute of frauds noch als Formvorschriften, ihm widerspricht bereits der Herausgeber Redfield S. 329; Dicey S. 800, 803; Westlake S. 158, 294, 422; Wheaton, Elements of Intern. Law, 5. Aufl. von Coleman Phillipson, London 1916, S. 151; Corpus Juris 22, 198/9; Rheinstein, ZauslinrPrR. 4, 74. Bei der Würdigung der Rechtsprechung ist zu beachten, daß nach der Auffassung angloamerikanischer Juristen viele Fragen zum remedy gerechnet werden, die wir zum materiellen Recht rechnen (vgl. Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht S. 27 ff.) und daraus schließt man, doch wohl in etwas äußerlicher Weise, daß die lex fori maßgebend ist. Das House of Lords hat sich im Fall Yates v. Thomson 3 Clark & Finelly 544, 6 E. R. 1541,

diese Bestimmung nicht anzuwenden hätten. Der Begriff des Prozeßrechts im Sinn des englischen Rechts ist bekanntlich ein viel weiterer als der des deutschen Rechts[1]). Es ist wohl selbstverständlich, daß er für uns nicht maßgebend ist und noch weniger die aus ihm gezogenen Schlußfolgerungen, zumal, wenn sie, wie häufig, rein begriffsjuristischer Natur sind. Aber es fragt sich, ob nicht auf die praktische Auswirkung, die die englische Theorie hat, Rücksicht zu nehmen ist. Sollen wir darauf abstellen, wie der englische Richter den Fall entscheiden würde oder wie er unsere Entscheidung beurteilt? Das erstere ist nicht möglich, denn der englische Richter wendet s. 4 auf jedweden Vertrag an, auch z. B. auf einen in Deutschland geschlossenen deutschem Recht unterstehenden. Darin können wir ihm unter keinen Umständen

---

einem schottischen Fall, dafür ausgesprochen, daß über die Zulässigkeit des Beweises die lex fori entscheide; der wahre Grund der Regel wird in der Entscheidung recht deutlich: die englischen Beweisvorschriften sind zu kompliziert und rein technischer Natur, daher können sie von schottischen Gerichten nicht angewandt werden. Die beiden anderen Entscheidungen Don v. Lipmann 5 Clark & Finelly 1, 7 E. R. 303 und Bain v. Whitehaven and Furness Ry. Co. (1850) 3. H. L. C. 1, 10 E. R. 1 ff. haben weniger Gewicht; die erstere entscheidet über die Verjährung und spricht sich nur inzidenter über die Beweisfrage aus, die letztere kann auf die Beweisfrage nicht eingehen, weil die Partei die Verletzung der Vorschrift über die Zulässigkeit des Beweises nicht gerügt hat. Die Anwendung ausländischer Beweisregeln wurde abgelehnt in den Fällen Brown v. Thornston 6. A. D. & E. 185, 112 E. R. 70; In re Scholefield v. St. John 1905 2. Ch. 408; im Fall Wiedemann v. Walpole (1891) 2 Q. B. 534 C. A. wird die Beweisregel der s. 2, 32 & 33 Vict. c. 68, wonach ein Eheversprechen nicht durch die Aussage einer Partei allein bewiesen werden kann, auf ein in Konstantinopel abgegebenes Eheversprechen angewandt. Aber die Beweisregel der lex rei sitae in bezug auf Rechte an Grundstücken wird angewandt im Fall Tulloch v. Hartley 1. Y. & C. C. C. 112, 62 E. R. 814; aus der amerikanischen Rechtsprechung möge als Beispiel angeführt werden: nach der lex fori wird beurteilt die Beweislast: Helton v. Alabama Midland Ry. Co., Alabama 1893, 12 SO. 276; die Ordnungsmäßigkeit eines in einem anderen Staat ausgestellten affidavits Malcolm Savings Bank v. Cronin, Nebraska 1907, 114 NW. 158; die Zulässigkeit des Beweises mündlicher Verabredungen neben einer Urkunde (s. g. parol evidence rule): English v. New Orleans & NE. R. Co., Mississippi 1911, 56 SO. 665; der Richter widerruft aber seine Meinung 57 SO. 223; die Beweiskraft der von einem anderen Staat ausgestellten Zertifikate über eine Brandmarke wird nicht anerkannt, Moore v. Lillehaugen, Minnesota 1921, 185 NW. 985; sogar die Regel des Rechts des Abschlußorts, wonach die Zustimmung zu einer Enthaftungsklausel ausdrücklich erklärt werden muß, wird als eine prozessuale nicht angewandt: John C. Hoadley v. Northern Transportation Co. 115 Mass. 305; die Frage, ob englische Gerichte den Art. 1341 C. c. anzuwenden haben, ist meines Wissens noch nicht entschieden; es würde im Sinn der bisherigen Entwicklung liegen, ihn als eine Vorschrift, welche das remedy betrifft, nicht anzuwenden.

[1]) Dicey S. 798 und die vorige Anmerkung.

folgen; wir könnten ihm nur dann folgen, wenn er s. 4 nur bei bestimmten materiellrechtlichen Voraussetzungen anwendete. An solchen Grundsätzen fehlt es aber gerade. Dagegen erscheint es zweckmäßig, darauf Rücksicht zu nehmen, daß der englische Richter unsere Entscheidung für falsch erklären wird, wenn wir s. 4 anwenden. Wir haben doch gar keinen Grund, eine Vorschrift, die ihrer Absicht nach nur für die Anwendung vor englischen Gerichten bestimmt ist, anzuwenden. Freilich darf dieser Grundsatz, wie Kahn richtig gesehen hat, nicht dahin verallgemeinert werden, daß nie eine Vorschrift entgegen ihrem Geltungswillen angewendet wird; aber in Zweifelsfällen kann auf dieses Argument zurückgegriffen werden, wenn dadurch ein sachlich befriedigendes Ergebnis erzielt werden kann und die Erwartung verstärkt wird, daß unsere Entscheidung im Ausland Anerkennung findet. Vor deutschen, tschechoslowakischen und österreichischen Gerichten wird also s. 4 Sale of Goods Act nicht angewandt mit Rücksicht darauf, daß diese Vorschrift nach englischer Auffassung eine prozessuale Norm ist[1]). Anders ist es bekanntlich im Verjährungsfall; hier würde die Nichtanwendung der englischen Verjährungsvorschriften[2]) entweder zu einer Lücke — es gibt überhaupt keine Verjährung — oder zur Anwendung der Verjährungsvorschriften der lex fori führen[3]). Die erstere Alternative ist ganz unannehmbar, die zweite mißlich, weil der innere Zusammenhang zwischen der Natur des erhobenen Anspruchs und der Dauer der Verjährung gestört wird. Die deutschen Verjährungsvorschriften stellen auf deutsche Typen ab, die sich z. B. im englischen Recht nicht entsprechend wiederfinden. Englische Verjährungsvorschriften sind daher wie die Verjährungsvorschriften anderer Rechte anzuwenden.

Ähnlich wie Art. 1341 liegt auch Art. 2275 C. c. an der Grenze, die materielles und Verfahrensrecht trennt. Er sagt, daß in bestimmten Fällen einer besonders kurzen Verjährung der Kläger, dem die Einrede

[1]) Curti, Englands Privat- und Handelsrecht 2, 126; dagegen Wertheimer, Bl. f. int. PrR. 5, 4, dessen Auslegung der s. 4 Sale of Goods Act von Rheinstein, ZauslintPrR. 4, 74 berichtigt wird. Rheinstein hält s. 4 für in Deutschland anwendbar, indem er sich auf die Qualifikationstheorie beruft.

[2]) Vgl. hierzu Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht S. 58 und dazu etwa noch De Nova, L'Estinzione delle Obbligazioni nel diritto int. priv. S. 112; materiellrechtliche Vorschriften des ausländischen Rechts über Verjährung können aber von englischen Gerichten angewandt werden. De Nova S. 115.

[3]) Man weiß aber nicht, unter welchem Titel die Verjährungsvorschriften der lex fori angewandt werden könnten. Man könnte sich höchstens darauf berufen, daß eben der Fall geregelt werden muß und weil kein anderes Recht für anwendbar erklärt ist, hat der Richter die lex fori anzuwenden. In gewissen Fällen, wie dem unten S. 126 besprochenen, kann man wohl nicht anders verfahren. Das deutsch-englische T. A. M., das die Verjährung nach der lex fori beurteilt, ist auf diese Frage nicht näher eingegangen. Weiser v. The Heirs of Ludwig Dürr Rec. 6, 632; C. G. Baron & F. C. Salaman v. Hugo Schnetzer Rec. 7, 427; C. A. Rabus v. Th. Henning a. others Rec. 1929, 19.

der Verjährung entgegengesetzt wird, dem Schuldner den Eid darüber zuschieben kann, ob die Schuld wirklich bezahlt ist. Das französische Recht betrachtet die kurzen Verjährungen der Art. 2271 ff. C. c. als eine Vermutung der Zahlung, die nur durch den Eidesbeweis entkräftet werden kann. Auch auf diese Art der Verjährung dürfte das sonst für die Verjährung maßgebende Recht anzuwenden sein, nicht die lex fori. Denn zum mindesten jene Vermutungen, die nicht für das ganze Rechtssystem, sondern nur für einzelne Rechtsverhältnisse gelten, stehen in so engem Zusammenhang mit den Vorschriften des materiellen Rechts, daß sie internationalrechtlich nach demselben Recht beurteilt werden müssen wie das Rechtsverhältnis selbst, auf das sie sich beziehen[1]). Wir nehmen ein Beispiel, bei dem kein Zweifel bestehen kann, welches der in Betracht kommenden materiellen Rechte auf die Verjährung anzuwenden ist: Ein zwischen Franzosen in Frankreich geschlossener und dort zu erfüllender Vertrag. Der Kläger klagt in Österreich auf Zahlung, der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Es dürfte nicht möglich sein, daß der Kläger dem Beklagten den Eid über die Zahlung zuschiebt, denn eine Eideszuschiebung steht zu den Grundsätzen des österreichischen Prozeßrechts in unüberbrückbarem Gegensatz[2]). Es ist aber auch nicht möglich, die Eideszuschiebung durch den Beweis durch Parteivernehmung zu ersetzen. Im System des Prozeßrechts ist dieses Beweismittel ein subsidiäres Beweismittel, das erst angewandt werden soll, wenn die anderen Beweismittel erschöpft sind und das Sachverhältnis schon geklärt ist und jetzt durch die Vernehmung der Parteien noch bis ins letzte aufgehellt werden soll. Das soll aber gerade durch Art. 2275 vermieden werden. Er sagt Abweisung der Klage, es sei denn, daß die Nichtzahlung auf eine ganz einfache und schnelle Weise bewiesen werden kann. Man steht also vor einem Dilemma: Entweder man wendet das französische Verjährungsrecht an, schließt aber den Beweis der Nichtzahlung aus; dann wird der Sinn der französischen Verjährungsvorschrift insofern nicht erfüllt[3]) als der Gläubiger schlechter gestellt wird, als es seiner Ab-

[1]) Laurent 8, 89 ff.; Weiß, Manuel S. 677; Bartin Anm. 1 bis zu § 750 von Aubry et Rau; Silz S. 152 ff.; Arminjon 3, 443; Diena, Trattato di diritto com. int. 1, 524; Cereti S. 162; Chiovenda, Principi S. 129.

[2]) Nur ein Vergleich, kein Urteil, kann von der Leistung eines formulierten Eides abhängig gemacht werden, § 205 ZPO. Der Richter kann nicht gezwungen werden, wider seine Überzeugung, wie das ja nur zu häufig in einem Prozeß, der den zugeschobenen Eid als Mittel der Tatsachenfeststellung hat, geschieht, zu entscheiden; doch macht das Geständnis hiervon eine Ausnahme.

[3]) Diesen Zusammenhang zwischen den Verjährungsvorschriften und jenen über die Eideszuschiebung haben auch betont das Trib. civ. de la Seine 30. 4. 04 und der Appellhof von Paris 15. 11. 06, Dalloz 10. 2. 09. Allerdings sind die Urteile, wie Bartin bei Aubry et Rau 12, 137 mit Recht hervorhebt, für die Frage, ob die Zulässigkeit der Eideszuschiebung demselben Recht untersteht wie die Verjährung, deshalb nicht entscheidend, weil im konkreten Falle das auf die Verjährung anwendbare Recht zugleich die lex fori war.

sicht entspricht; oder man läßt den Beweis der Nichtzahlung durch alle beliebigen Beweismittel einschließlich der Parteivernehmung zu (als einziges Beweismittel ist, wie gesagt, die letztere nicht denkbar), dann wird dem Sinn des französischen Rechts insofern zuwidergehandelt, als der Schuldner den ganzen umständlichen Prozeß über sich ergehen lassen muß, vor dem er doch gerade bewahrt werden sollte. Die Anwendung der ausländischen materiellen Vorschrift stößt sich also am inländischen Prozeßsystem, weil sie eben in Hinblick auf ein anderes Prozeßsystem erdacht worden ist. Wenn man aber die ausländische Vorschrift nicht so anwenden kann, daß sie ihrem eigenen Sinn entsprechend wirkt, dürfte es das richtigste sein, sie überhaupt nicht anzuwenden; dann müssen die Verjährungsvorschriften der lex fori angewandt werden, denn es liegt zweifellos ein Fall vor, der nicht ungeregelt bleiben darf.

Es wäre wiederum falsch, den Satz aufzustellen, Art. 2275 C. c. ist eine prozessuale Norm; er hängt nur mit einem bestimmten Prozeßsystem zusammen und wird unanwendbar, wenn ein ausländischer Staat ein ganz anderes Prozeßsystem hat. Wenn aber das ausländische Prozeßsystem in diesem Punkt dem französischen Recht nicht widerspricht, so steht der Anwendung des Art. 2275 zusammen mit den anderen französischen Vorschriften über die Verjährung nichts im Wege. Würde der eben behandelte Fall vor deutschen Gerichten spielen, so wäre zweifellos die angemessenste Lösung, dem Gläubiger zu gestatten, den Eid über die Zahlung dem Schuldner zuzuschieben[1]).

Eine besondere Behandlung erfordern wiederum die Vorschriften über den Beweis des Abschlusses und des Bestehens der Ehe. Das französische Recht hat den Beweis der Ehe von besonders strengen Vorschriften abhängig gemacht, Art. 194 C. c. Bald waren die französischen Gerichte vor das Problem gestellt, ob diese Vorschriften auch auf Ehen anzuwenden sind, die, sei es von Ausländern, sei es von Inländern, im Ausland geschlossen worden waren. Für gewisse Fälle gab das Gesetz in den Art. 46 bis 48 selbst eine Antwort, aber eben doch nur für gewisse Fälle; denn wenn Art. 46 u. a. den Zeugenbeweis zuläßt, wenn das Register verloren gegangen ist, so bezieht sich das offenbar nur auf den Verlust eines französischen Registers[2]). Die Rechtsprechung hat dagegen allgemein die Unanwendbarkeit des Art. 194 auf im Ausland geschlossene Ehen ausgesprochen, sie betrachtet ihn also nicht als eine prozessuale Vorschrift. Sie erklärt, daß der Beweis der Eheschließung gemäß dem Recht des Orts, wo die Eheschließung erfolgt ist, geführt werden kann, setzt also die Vorschrift über den Beweis einer Formvorschrift gleich. Auch der Beweis gemäß dem Heimatsrecht der Parteien wird zugelassen[3]).

---

[1]) Frankenstein 1, 369; Bartin, Principes 1, 451 will die lex fori entscheiden lassen.

[2]) A. A. Req. 14. 11. 1922 J. 23, 304, dagegen Perroud ebenda.

[3]) Vareilles-Sommières S. 287; Duguit a. a. O. S. 89; Valéry, Dalloz

Wie hat aber ein deutscher Richter den Art. 194 zu behandeln? Was hat er z. B. von einer Ehe zu halten, die Franzosen in Frankreich geschlossen haben, die aber nicht ins Heiratsregister eingetragen ist? Daß Art. 194 irgendwie berücksichtigt werden muß, ist wohl offensichtlich. Würde der deutsche Richter in einem solchen Fall den Art. 194 überhaupt nicht beachten, so würde er zu einem Ergebnis gelangen, das dem in erster Linie zur Regelung des Rechtsverhältnisses berufenen Recht ins Gesicht schlagen würde. Es stehen aber seiner Anwendung durch deutsche Gerichte keine Hindernisse im Wege. Zwar ist dem deutschen Recht der Begriff einer existierenden, aber nicht beweisbaren

---

1914, 2, 169; Weiß 3, 107; 4, 22; Aubry et Rau 7, 168; Pillet-Niboyet S. 728/9; Arminjon 3, 455 (mit gewissen Einschränkungen); Silz a. a. O. S. 355; Planiol-Ripert-Rouast 2, 193; Goulé, Rép. de droit int. v° Mariage n° 218 ff.; Fiore, Disposizioni generali 2, 130; Appellhof von Bordeaux 14. 3. 1849, Sirey 52, 2, 40; Req. 13. 1. 57, Sirey 57, 1, 81 (betrifft eine common law-Ehe); Appellhof von Bastia 7. 5. 59, Sirey 1860, 2, 333; Ch. civ. 7. 2. 60, Dalloz 60, 1, 126; Ch. civ. 18. 3. 68 (wo aber das Problem nicht ganz scharf gestellt wird), Sirey 68, 1, 205; Appellhof von Paris 20. 1. 73, Sirey 73, 2, 177; Appellhof von Algier 24. 12. 89, J. 90, 1171; Trib. civ. de la Seine 3. 8. 94 J. 95, 374; Appellhof von Besançon 17. 7. 95 J. 95, 1051; Appellhof von Montpellier 29. 11. 09, J. 10, 1185; Req. 14. 11. 22 J. 23, 304; Appellhof von Amiens 24. 3. 27 J. 28, 738; französisches Konsulargericht in Konstantinopel 12. 9. 90 J. 90, 914; Appellhof von Brüssel 28. 5. 30 Rev. de l'Inst. Belge de Droit. Comp. 17, 222; der Grundsatz, daß der Eheschluß nach der lex loci actus zu beweisen ist, wurde zwar auch auf die common law-Ehen angewandt, die ganz formlosen Eheschließungen, die das common law kannte und die lange Zeit in den Vereinigten Staaten anerkannt blieben; siehe das Urteil des Appellhofes von Bordeaux vom 14. 3. 49 und der Ch. des Req. vom 13. 1. 57; aber die Gerichte waren geneigt, im konkreten Fall, ohne die allgemeine Regel anzutasten, aus den Umständen des Einzelfalles zu schließen, daß der Wille der Eheschließung gefehlt habe, Req. 20. 12. 1841, Sirey 1842, 1, 321; Appellhof von Paris 20. 11. 28 J. 29, 1050; für die Anwendung des Personalstatuts: Req. 8. 7. 86, Sirey 87, 1, 449 = J. 86, 585; Appellhof von Douai 5. 12. 04 Rev. de droit int. 06, 189; derselbe 14. 12. 26, J. 28, 744, Trib. civ. de la Seine 19. 12. 19 J. 20, 201; auch auf den Beweis der Tatsache der Geburt selbst wird die Regel locus regit actum angewandt; Appellhof von Paris 9. 8. 13, Sirey 1813, 2, 310 (behandelt eine intertemporale Frage); derselbe 6. 5. 50, Sirey 51, 1, 164; Appellhof von Pau 19. 2. 73, Sirey 73, 2, 85 (betrifft Art. 47); Appellhof von Bordeaux 21. 12. 86 J. 87, 600; Trib. civ. de la Seine 3. 8. 94 J. 95, 374; Trib. civ. de Marseille 19. 2. 1910 J. 10, 873; vgl. hiezu Weiß 4, 17 und andererseits Arminjon 3, 432. Trotz der oben dargestellten Auffassung des englischen Rechts über die Natur der Beweisvorschriften haben sich die englischen Richter in manchen Fällen, in denen eine im Ausland erfolgte Eheschließung zu beweisen war, den dort befolgten Grundsätzen über den Beweis nicht ganz entzogen. Allerdings ist das Problem nicht ganz scharf gestellt worden, sondern nur gefragt worden, ob der Eheschluß durch das ausländische Zeugnis genügend bewiesen ist. Bonhote v. Bonhote 123 L. T. R. 174; Spivack v. Spivack 142 L. T. R. 492; J. 30, 1089.

Ehe nicht bekannt[1]), aber im praktischen Ergebnis steht die französische nicht beweisbare Ehe einer deutschen Nichtehe fast gleich[2]). Die Eheschließung kann ja durch kein anderes Beweismittel als das Register bewiesen werden, nur in ganz seltenen Ausnahmefällen (Art. 197 ff.) sind andere Beweismittel zulässig. Trotz dieser nahen Verwandtschaft mit der deutschen Nichtehe ist es nicht erforderlich, die französische nicht beweisbare Ehe in eine deutsche Nichtehe umzudeuten. Die Verwandtschaft läßt nur darauf schließen, daß die Anerkennung der nicht beweisbaren Ehe nicht die inländische öffentliche Ordnung verletzen kann. Auch stehen der Anwendung der Art. 194 ff. durch deutsche Gerichte keine prozessualen Hindernisse im Wege.

Art. 194 wird auch auf Ehen anzuwenden sein, die Nichtfranzosen in Frankreich geschlossen haben. Allerdings, wenn die Ehe nach dem Heimatsrecht der Parteien formgültig und beweisbar ist, so kommt es nicht darauf an, daß sie etwa nach dem Recht des Orts der Eheschließung nicht bewiesen werden kann[3]). Denn wie schon früher ausgeführt, hat in erster Linie das Heimatsrecht der Parteien über den Bestand der Ehe zu entscheiden und nur, wenn seinen Vorschriften nicht genügt ist, muß geprüft werden, ob die Ehe nicht bei Anwendung anderer Vorschriften, nämlich der der lex loci actus, aufrecht erhalten werden kann, wobei, wie ebenfalls schon ausgeführt, die Anwendbarkeit der lex loci actus von dem gemeinsamen Heimatsrecht der Parteien abhängig zu machen ist (Primat des Heimatsrechts). Wenn die Ehe den Formvorschriften des Heimatsrechts der Parteien nicht genügt, ihre Beweisbarkeit daher gar nicht in Frage kommt, so schließt die Verweisung auf die Formvorschriften des Ortsrechts wohl auch die auf Beweisvorschriften in der Art des Art. 194 in sich. Denn er steht inhaltlich in engstem Zusammenhang mit den Formvorschriften, betrifft er doch gerade den Beweis der Beobachtung einer bestimmten Form. Auch würde wiederum die Nichtanwendung des Art. 194 zu einem Ergebnis führen, das den in erster Linie zur Entscheidung berufenen Rechtsordnungen widerstreiten würde.

Auf nicht in Frankreich geschlossene Ehen ist Art. 194 nicht anzuwenden. Denkbar wäre nur die Anwendung auf Ehen, die Franzosen im Ausland geschlossen haben. Da aber, wie schon ausgeführt, dieser Artikel in Frankreich selbst in einem solchen Fall nicht angewandt wird,

---

[1]) Das österreichische Recht kennt eine letzwillige Verfügung deren Inhalt nur durch übereinstimmende Aussage von 2 bzw. 3 Testamentszeugen bewiesen werden kann. § 568 ABGB. OGH. 4. 11. 09. GlUnF. n° 4783.

[2]) Die französische Theorie macht einen Unterschied zwischen der nicht zu beweisenden und der nicht existierenden Ehe. Planiol-Ripert-Rouast, La Famille S. 193, 203; aber Aubry et Rau 7, 19 Anm. 8 sprechen bei der nicht beweisbaren Ehe von einer nicht existierenden.

[3]) In Frankreich muß aber die dort geschlossene Ehe durch das Register bewiesen werden. Goulé, Rép. de droit int. v° Mariage n° 323.

besteht für dritte Staaten keinerlei Anlaß, ihn ihrerseits anzuwenden. Als eine Vorschrift über die Materie der Ehe kommt er sicher nicht in Betracht, aber auch als eine Formvorschrift des Heimatsrechts ist er nicht anzuwenden. Denn wenn die Kollisionsnorm uns heißt, die Formgültigkeit der im dritten Staat geschlossenen Ehe nach dem Heimatsrecht zu beurteilen, so wird sie uns nicht auf Vorschriften verweisen, die ihrem Sinn nach nur auf Vorgänge gemünzt sind, die sich im Heimatsstaat selbst abspielen. Man denke auch an das Ergebnis: Soll der deutsche Richter eine zwischen Franzosen geschlossene Ehe als unbeweisbar betrachten, die der französische Richter selbst als beweisbar ansieht? Das hieße päpstlicher als der Papst sein.

Art. 194 wird also mit einer Ausnahme ebenso wie eine Formvorschrift behandelt, aber diese eine Ausnahme zeigt, daß Beweisvorschriften internationalrechtlich nicht ohne Vorsicht den Formvorschriften gleichgesetzt werden dürfen. Unmöglich ist diese Gleichsetzung bei nichtrechtsgeschäftlichen Tatbeständen. Hier ist der Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis, um dessen Beweis es sich handelt, so eng, daß dasselbe Recht, das über den Inhalt des Rechts entscheidet, auch über die Mittel, mit denen es bewiesen werden kann, entscheiden muß[1]). Sonst kann der vom materiellen Recht bezweckte Erfolg nicht erreicht werden. Das gilt insbesondere für den Beweis der ehelichen und unehelichen Abstammung[2]). Durch die Vorschriften, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Mitteln die eheliche Abstammung angefochten oder die uneheliche festgestellt werden kann, wird nicht nur eine für den Prozeß erhebliche Norm aufgestellt, sondern es werden materiell die Familienverhältnisse geregelt. Wenn z. B. Art. 313 C. c. eine Anfechtung der Ehelichkeit nicht zuläßt, die sich auf den Beweis der Impotenz des Mannes stützt, so ist der Grund dieser Vorschrift allerdings ein prozessualer, nämlich den skandalösen Beweis der Impotenz auszuschließen[3]), aber der Effekt ist, daß die Kinder, in den

[1]) Man kann in diesen Fällen die Vorschriften über den Beweis als materiellrechtliche Normen bezeichnen, Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht S. 187; Chiovenda S. 125/6.

[2]) Pillet, Principes S. 491; derselbe, Traité 2, 501; Weiß 4, 14 und 54 ff. mit vielen Modifikationen im einzelnen; Valéry S. 754; Pillet-Niboyet S. 757; Surville S. 450; Bartin, Anm. 4 bis zu § 749 von Aubry et Rau; Arminjon 3, 459; ders., Rép. de droit int. v° Preuves n° 75, 116; Fiore, Disposizioni generali 2, 133 und 215; Diena, Principi 2, 177 und 400; derselbe, Cours de l'Académie 1927, II, 384; Trib. civ. de la Seine 14. 3. 79, J. 79, 544; Cour von Martinique 18. 5. 78, J. 78 507; Ch. civ. 26. 6. 89, Dalloz 91. 1. 129 (betrifft eine intertemporale Frage); Trib. civ. de la Seine 3. 8. 94 J. 95, 374; Trib. civ. von Pontoise 7. 2. 11 J. 12, 218; Audinet, Rép. de droit int. 10, 397 mit Anführung weiterer Urteile.

[3]) Colin et Capitant, 5. Aufl., 1, 274; Arminjon, Rép. de droit int. v° Preuves n° 117 betrachtet art. 313 sogar als Vorschrift des ordre public.

Fällen, in denen der Mann die Unehelichkeit nur durch den Nachweis seiner Impotenz führen kann, die Stellung der ehelichen Kinder behalten. Ein prozessualer Grundsatz des einheimischen Rechts wird durch die Anwendung der ausländischen Beweisvorschrift in diesen Fällen nicht verletzt. Entsprechend ist bei einer österreichischen Ehe § 157 ABGB. anzuwenden, nach dem der Beweis der Unehelichkeit nur durch Sachverständige geführt werden kann. Gerade bei letzterer Vorschrift könnte man zweifeln, ob sie nicht eine eigentlich verfahrensrechtliche ist, denn sie bedeutet ja nichts anderes als die Einschränkung der Verhandlungsmaxime, aber trotzdem ist sie vor deutschen Gerichten anzuwenden. Die Verweisung auf das Heimatsrecht schließt die auf prozessuale Vorschriften dieser Art mit ein. Das ergibt sich aus dem inneren Zusammenhang, der in diesen Fällen zwischen dem Heimatsrecht, das materiell zuständig ist, und der prozessualen Norm besteht. Würde man die prozessuale Norm nicht mitanwenden, so könnte auch die materielle Norm nicht ihrem Sinn gemäß wirken. Die Aufgabe, das ausländische Recht, wenn man es überhaupt anwendet, seinem Sinn gemäß anzuwenden, ist zweifellos wichtiger als die Befolgung einer in ihrer Bedeutung nicht ganz feststehenden Regel (nämlich der Regel, daß ausländisches Prozeßrecht vor inländischen Gerichten unanwendbar ist).

Auch in den vorstehend erörterten Fällen handelte es sich um Verweisungen, verwiesen wird auf ausländische Vorschriften des materiellen Rechts und inländische Verfahrensvorschriften. Die Berufung auf die Qualifikation einer Vorschrift als materiellrechtlicher oder verfahrensrechtlicher kann weder eine absolut sichere noch eine sachlich angemessene Entscheidung aller Einzelfälle verbürgen. Diese Begriffe geben nur die allgemeinen Grundsätze, deren Anwendbarkeit im Einzelfall nachgeprüft werden muß. Es fragte sich, ob die Verweisung auf ausländische materiellrechtliche Vorschriften nicht auch die auf gewisse Vorschriften, sei es sicher, sei es zweifelhaft, prozessualer Natur in sich begreifen kann. Diese Möglichkeit besteht. Der sachliche Zusammenhang kann es gebieten, die Verweisung auf derartige Vorschriften auszudehnen. Andererseits kann die Anwendung ausländischer Vorschriften, die nach allgemeinen Grundsätzen als materiellrechtliche anwendbar wären, doch unmöglich sein, weil ihre Anwendung entweder inländische Prozeßgrundsätze verletzen würde oder ihre Verbindung mit diesen bei der Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das dem Willen aller beteiligten Rechtsordnungen widerstreiten würde. Nicht allein durch die Subsumtion unter die Begriffe materielles Recht und Verfahrensrecht kann die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit einer ausländischen Norm generell festgestellt werden, sondern es ist auch die Auswirkung der Anwendung in Verbindung mit anderen Rechten, hier dem inländischen Prozeßrecht, zu berücksichtigen. Daraus kann sich auch einmal eine Beschränkung der Verweisung ergeben. Daher ist es auch möglich, daß dieselbe Vorschrift für ein Recht als Formvorschrift und für eine anderes als unanwendbare

„Prozeßvorschrift" erscheint, obwohl beide wie das deutsche und das österreichische Recht dieselben Begriffe des materiellen und Verfahrensrechts haben.

8. Zusammenfassung der Ergebnisse.

Ihrem eigentlichen Wesen nach ist die Qualifikationstheorie ein Versuch, durch begriffliche Operationen[1]) alle Probleme zu lösen, welche Auslegung und Anwendung der Kollisionsnormen erwachsen lassen. Sie geht davon aus, daß sich alle kollisionsrechtlichen Fragen dadurch beantworten lassen, daß man sie unter eine der Kollisionsnormen bringt, die teils ausdrücklich vom Gesetz aufgestellt, teils historisch überliefert sind. Das kann man natürlich nur, wenn man alle Begriffe der Kollisionsnorm ganz scharf definiert und jeden Fall an diesen Begriffen mißt. Gegen diese Methode erheben sich Bedenken, die gelten, gleichwie die geschilderten Begriffsbestimmungen erfolgen, ob im Sinn der lex fori, in dem eines ausländischen Rechts oder in einem internationalen Sinn. Die durch Überlieferung oder Gesetzgebung feststehenden Kollisionsnormen können nicht als eine Kodifikation betrachtet werden, die alle Probleme des internationalen Privatrechts deckt. Es ist unmöglich, in deduktiver Weise aus ihnen für jeden Fall eine Lösung zu erschließen. Im internen Privatrecht würde es niemand für möglich halten, die Lösung aller Fälle aus 20 bis 30 Regeln abzuleiten. Die Fülle unserer privatrechtlichen Normen ist in jahrhundertelanger Arbeit, besonders der römischen Juristen, von Fall zu Fall entwickelt worden, dadurch, daß man jeweils die dem Einzelfall sachlich angemessene Lösung suchte. Gerade darin waren die römischen Juristen Meister und dasselbe ist die Idee des Common Law. Trotzdem enthält das Privatrecht immer noch — das dürfte allgemein anerkannt sein — echte Lücken. Im internationalen Privatrecht ist die Mannigfaltigkeit der Situationen kaum geringer als im internen, denn mit der Fülle der zu regelnden Interessenlagen kombinieren sich die Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen. Es kann nicht möglich sein, aus den 20 bis 30 wirklich feststehenden Kollisionsnormen — mehr sind es sicher nicht — alle Lösungen abzuleiten. Dazu kommt, daß diese Kollisionsnormen gar nicht jene allgemeine Bedeutung haben, die man ihnen zuschreibt und ihnen zuschreiben muß, wenn man sie als einzige Grundlage des ganzen Systems benutzen will (siehe die Regel locus regit actum und die Regel, daß auf Prozeßfragen die lex fori anzuwenden ist). Diese Gründe rechtfertigen es auch für einen strengen Positivisten, die internationalrechtlichen Probleme damit zu lösen, daß man, wenn nicht die positive Norm direkt eingreift, die sachlich an-

[1]) Damit will ich natürlich nicht behaupten, daß alle Anhänger der Qualifikationstheorie Begriffsjuristen sind; es kommt mir nur darauf an, die methodische Grundlage zu kennzeichnen.

gemessene oder gerechte Lösung sucht. Tatsächlich läßt sich in fast allen Fällen eine Lösung finden, die unter Anlegung von Wertmaßstäben, die auf eine allgemeine Billigung rechnen können, als gerecht bezeichnet werden kann. Die sonst mit Recht betonte Relativität der Werte spielt gerade hier eine geringe Rolle. Daß es z. B. ungerecht ist, wenn die Frau weder etwas erbt noch etwas aus dem gemeinschaftlich erarbeiteten Vermögen erhält, darüber besteht Einigkeit. Ebenso darüber, daß die französischen Gerichte billigerweise nicht einen Urkundenbeweis verlangen können, wenn das Geschäft in Deutschland geschlossen worden ist.

Die feststehenden Kollisionsnormen sind mehr Leitsätze, deren Tragweite und Bedeutung im Einzelnen immer mehr aufgeklärt werden muß. Folgt man dieser Auffassung, so ist die Definition der von den Kollisionsnormen verwendeten Begriffe nicht mehr so unendlich wichtig, weil von ihr nicht mehr die Lösung jedes Einzelfalls abhängt. Tatsächlich hat ja auch die internationalprivatrechtliche Wissenschaft, abgesehen von einigen Verirrungen, immer diese Methode befolgt, ich brauche nur den Namen v. Bars zu nennen. Die systematische Aufgabe muß deshalb nicht vernachlässigt werden, denn bei der Neubildung der Kollisionsnormen ist zugleich auf die Möglichkeit Rücksicht zu nehmen, sie ins System einzuordnen, in das, welches wir schon haben, und in das, welches wir erst bauen wollen.

Noch in anderer Hinsicht erweist sich die Qualifikationstheorie als ein Kind der Begriffsjurisprudenz. Sie stellt sich vor, daß auf Grund ein für alle Mal definierter Begriffe Normen aus verschiedenen Rechtsordnungen ausgewählt und dann miteinander angewendet werden (z. B. allgemein gültige Trennung von Form- und Inhaltsvorschriften). Es ist ihr besonderes Verdienst, gesehen zu haben, daß die materiellen Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen und die Unterschiede der Technik, mit der sie dieselben Interessenkonflikte oft in materiell derselben Weise lösen, die Anwendung der in bezug auf ein bestimmtes Recht geprägten Begriffe auf Normen eines anderen Rechtssystems erschweren oder sogar unmöglich machen. Sie hat daher ein besonderes System erdacht, diese Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, indem sie die technischen Unterschiede durch eine begriffliche Operation hinwegdeutet (z. B. das ausländische Erbrecht des Staats wird in ein Okkupationsrecht umgedeutet). Aber diese Lösung ist eine gewaltsame[1]), sie führt in der Anwendung in Sackgassen oder zu praktisch unbrauchbaren Ergebnissen. Man muß die materiellen Unterschiede und die Verschiedenheiten der technischen Ausgestaltung der verschiedenen Rechtsordnungen als eine Tatsache hinnehmen und bei Auslegung und Anwendung der Kollisionsnorm selbst berücksichtigen. Auch die Kollisionsnorm soll nicht bloß die verschiedenen Herrschaftsansprüche der verschiedenen

[1]) Dagegen auch Geiler 1, 32 des Kommentars zum HGB. von Düringer-Hachenburg.

Rechtsordnungen befriedigen, sondern auch den Einzelfall sachlich angemessen lösen. Würde sie es nicht tun, so wäre die ganze Arbeit des internationalen Privatrechts unfruchtbar, es wäre besser, dann immer die lex fori anzuwenden.

Will man die Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen zu ihrer Auswirkung kommen lassen, so muß die Verweisung auf die Sachnorm so aufgefaßt werden, daß der sachliche Zusammenhang, der zwischen den einzelnen Normen besteht, nicht gestört wird. Die Normgruppe, auf die verwiesen wird, wird durch einen allgemein gefaßten Begriff bezeichnet, der für alle Rechtsordnungen paßt. Aber der enge sachliche Zusammenhang kann es erfordern, mit den so bezeichneten Normen auch andere, die nicht unter den Begriff fallen, anzuwenden (z. B. mit den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit auch die Vorschriften über die Testamentsform der Minderjährigen). Weiterhin ist die praktische Auswirkung zu beachten, die entsteht, wenn verschiedene konkrete Rechtsordnungen zusammen auf einen Fall angewandt werden. Würde man die auf Grund begriffstheoretischer Erwägungen ausgewählten Normen verschiedener Rechtssysteme ohne weiteres zusammen anwenden, so würde man oft zu Ergebnissen gelangen, die sachlich unangemessen sind und dem Sinn aller Rechtsordnungen, von denen Teile angewandt werden, widersprechen. Soll die Kollisionsnorm eine dem Einzelfall angemessene Lösung ermöglichen, so muß es gestattet sein, mit Rücksicht auf die konkrete Auswirkung die in der Kollisionsnorm enthaltene Verweisung zu korrigieren. Das ist möglich, weil der Verweisungsbegriff nicht jene eindeutige und scharf definierte Bedeutung hat, die man ihm gewöhnlich, verleitet durch den Gleichklang der Worte mit den Ausdrücken der Sachnorm, beilegt. So erklärt sich, daß in dem einen Fall dem Güterrechtsstatut die Vorschriften über das Gattenerbrecht zu entnehmen sind, in dem anderen nicht. Es kommt eben darauf an, mit welchem Erbrecht das Güterrechtsstatut zusammen angewandt wird. Man muß versuchen, allgemeine Grundsätze aufzustellen, nach denen Diskrepanzen ausgeglichen werden, die aus der gleichzeitigen Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf denselben Fall entstehen. Vielfach hat sich ergeben, daß eine gleichzeitige Anwendung möglich ist, ohne daß ein unbilliges Ergebnis zutage kommt. In anderen Fällen muß man dem einen Statut vor dem anderen den Vorzug geben[1]). Die Grundsätze müssen auf international gemeinsamen Anschauungen aufbauen, um ein Ergebnis zu erzielen, das auch international annehmbar ist (Güterrecht geht vor Erbrecht).

Für die Anwendung der Kollisionsnorm scheint es nicht notwendig zu sein, den Tatbestand oder die Rechtsfrage zu qualifizieren. Man kann

[1]) Bei gegenseitigen Verträgen ist es richtig, nur ein Recht anzuwenden, ZauslintPrR. 2, 108 ff. und oben S. 90 Anm. 3. Der Grund der Schwierigkeiten ist der gleiche, die Art der Lösung verschieden.

die Kollisionsnorm als eine Verweisung auffassen, die an die Verwirklichung einer Voraussetzung (der Anknüpfung) gebunden ist. Wie schon eben ausgeführt, ist die Verweisung nicht immer in derselben Art zu verstehen. In der Regel wird mittels eines Begriffs, der sich auf international übereinstimmende Anschauungen stützt (Formvorschrift, güterrechtliche Vorschrift), auf eine Gruppe von Normen einer bestimmten Rechtsordnung verwiesen. Hier ist eine Qualifikation erforderlich und insofern der Begriff formal zum Rechtssystem des entscheidenden Richters gehört, kann man sagen, daß die Qualifikation der lex fori maßgebend ist. Der verweisende Begriff kann ein systematischer sein (Güterrecht, Erbrecht), er kann aber auch auf eine sachliche Funktion Bezug nehmen, z. B. auf die Normen verweisen, die das Verhältnis zwischen Vater und unehelichem Kind regeln. Auch eine Verweisung auf ein bestimmtes einzelnes Recht ist möglich, z. B. auf das Zurückbehaltungsrecht des deutschen HGB. Zur Ausfüllung allenfallsiger Lücken ist es zweckmäßig, für Handlungen eine generelle Verweisung auf das Gebietsrecht anzunehmen (das Deliktsstatut). Ausnahmsweise ist die Verweisung von einer ausländischen Kollisionsnorm abhängig zu machen, insbesondere von der Auffassung der lex rei sitae.

Eine Frage der Verweisung liegt auch dann vor, wenn die Kollisionsnorm für Mobiliar- und Immobiliarvermögen verschieden lautet; d. h. daß einer Rechtsordnung die Bestimmungen über das Mobiliarvermögen, einer anderen die über das Immobiliarvermögen zu entnehmen sind. Wenn hier die Beachtung der Kollisionsnorm der lex rei sitae nicht hilft oder, wie bei Forderungen, nicht durchführbar ist, muß die Abgrenzung durch Auslegung der verweisenden Norm selbst geschehen.

Der Anknüpfungsbegriff wird formal von der lex rei sitae bestimmt. D. h. aber nicht, daß die Sachnorm der lex fori entscheidet. Auch hier ist die Sachlage nicht immer dieselbe. Teilweise empfiehlt es sich, einen natürlichen Begriff entscheiden zu lassen, z. B. die Lage einer natürlichen Sache, Verwirklichung eines Teils des Tatbestands, aus dem die behauptete Deliktsfolge abgeleitet wird, an einem bestimmten Ort; teils wird ein dem internationalen Privatrecht eigentümlicher Begriff zu bilden sein, etwa der eines Erfüllungsorts im Sinn der Kollisionsnorm, eines kollisionsrechtlichen Domizils. Jeder Staat entscheidet über die Zugehörigkeit zu ihm selbst.

Die Tatsache, von deren Verwirklichung die Anknüpfung abhängt, kann zugleich ein Element des Tatbestands sein, von dessen Wirklichsein das für anwendbar erkannte Recht die behauptete Rechtsfolge abhängig macht. Nur wenn die Tat wirklich begangen ist, so ist das Recht des Staates A, in dessen Gebiet sie begangen ist, anzuwenden und ist der von diesem Recht verliehene Anspruch begründet. Bei Verträgen ergeben sich hier noch besondere Komplikationen, die meines Erachtens nicht endgültig geklärt sind[1]).

[1]) Vgl. die Bemerkung von Wahl, ZauslintPrR. 3, 802.

Der Anknüpfungsbegriff kann auch zugleich auf eine Rechtsfrage Bezug nehmen, z. B. wenn die Heimat des Mannes zur Zeit der Eheschließung oder Scheidung oder die Staatsangehörigkeit des Vaters Anknüpfungsmoment ist; dann muß die Rechtsfrage selbständig nach den gewöhnlichen Grundsätzen des internationalen Privatrechts geprüft werden; z. B. ob die Ehe wirksam geschlossen ist, ob der Vater wirklich ehelicher Vater ist. Doch sind auch hier Ausnahmen denkbar. Die Frage bedürfte einer weiter ausgreifenden besonderen Untersuchung.

