

Zeitschrift: Judaica : Beiträge zum Verstehen des Judentums
Herausgeber: Zürcher Institut für interreligiösen Dialog
Band: 61 (2005)

Artikel: Rechtswahl zugunsten jüdischen Rechts vor staatlichen Gerichten in der Schweiz
Autor: Strauss, Alfred
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-960616>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 14.02.2026

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

Rechtswahl zugunsten jüdischen Rechts vor staatlichen Gerichten in der Schweiz

von *Alfred Strauss**

1. Einleitung

Stellen Sie sich vor, Sie haben eine vertragsrechtliche Auseinandersetzung, Sie stehen mit Ihrer Gegenpartei vor einem schweizerischen Gericht und wünschen gemeinsam, das Gericht solle nicht nach schweizerischem Recht, sondern nach jüdischem Recht entscheiden. Muss der schweizerische Richter in einem solchen Fall ihrem Willen entsprechen und jüdisches Recht anwenden? Muss der Richter gemäss Schulchan Aruch, dem jüdischen Gesetzbuch urteilen? Soll die Halacha, das jüdische Gesetz, für den staatlichen Richter in diesem Fall tatsächlich bindend sein?

Im folgenden Aufsatz gilt es darzulegen, weshalb der staatliche Richter sich bei vertragsrechtlichen Streitigkeiten nicht einfach über eine Rechtswahl zugunsten jüdischen Rechts hinwegsetzen kann. Es kann tatsächlich sein, dass er die Halacha, das jüdische Gesetz, berücksichtigen und danach zu entscheiden hat. Wann er das tun muss und in welchem Masse, das ist das Thema des folgenden Aufsatzes.

Vorab sei etwas Entscheidendes erklärt. Jedes Gesetz hat dispositive und zwingende Normen. Die grosse Mehrheit der Gesetzesnormen des schweizerischen Obligationenrechts ist dispositiv, d.h. die Normen sind nicht zwingend. Die Parteien sind an diese Gesetze nicht gebunden. Diese nicht-zwingenden Gesetze werden nur dann angewendet, wenn die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben. Ziel dieser nichtzwingenden Normen ist es, dass die Parteien nicht in eine Situation geraten, in der das Gesetz keine Lösung bietet und sie deshalb ihren Streit nicht beilegen können. Die dispositiven Normen können also jederzeit von den Parteien für nicht bindend erklärt werden und durch irgendwelche anderen Vereinbarungen oder Gesetze ersetzt werden. Die Parteien können deshalb jederzeit und in allen

* Dr. *Alfred Strauss*, Rechtsanwalt, Hägelerstrasse 8, CH-5400 Baden (Privatadresse).

Fällen erklären, dass die dispositiven Normen des schweizerischen Rechts durch die Halacha, d. h. durch das jüdische Gesetz, ersetzt werden sollen. Dies nennt man einen materiellrechtlichen Verweis. Ein solcher materiellrechtlicher Verweis zugunsten jüdischen Rechts bewirkt, dass der staatliche Richter nur an die zwingenden Normen des schweizerischen Rechts gebunden ist, ansonsten aber jüdisches Recht anwenden soll. Ein solcher Verweis ist schon sehr weitgehend, da, wie bereits erwähnt, das schweizerische Zivilrecht, insbesondere das schweizerische Obligationenrecht, nur wenige zwingende Normen kennt.

Doch wie steht es mit den verbleibenden zwingenden Normen des schweizerischen Rechts? Kann eine Rechtswahl zugunsten jüdischen Rechts bewirken, dass der staatliche Richter selbst von diesen zwingenden schweizerischen Gesetzen freigestellt ist und nach jüdischem Recht urteilen muss? Meine Antwort lautet ja, und im Folgenden möchte ich erklären weshalb.

2. Bei internationalen Sachverhalten ist das schweizerische Recht nicht mehr zwingend anwendbar. Welches staatliche Recht ist bei internationalen Sachverhalten anwendbar?

a. Was ist ein internationaler Sachverhalt?

Stellen Sie sich z. B. vor, eine israelische Heiratsvermittlerin erhebt Ansprüche gegen das vermählte jüdische Paar auf Auszahlung ihres nach jüdischer Praxis geschuldeten Vermittlerhonorars, des sogenannten Schadchonesgeldes. Die Parteien sind sich über die Höhe nicht einig. Die Braut ist Belgierin, der Bräutigam Engländer, und beide wohnen jetzt in der Schweiz. Das schweizerische Recht würde solche Ansprüche nicht gutheissen, da es diese als unsittlich einstuft. Die Heiratsvermittlerin klagt vor Gericht in der Schweiz, und die Parteien einigen sich, jüdisches Recht soll angewendet werden.

Ein jüdischer Kaufmann aus Zürich importiert von einem jüdischen Textilproduzenten aus Paris Pullover. Der jüdische Kaufmann macht einen Mangel geltend und bezahlt die Ware nur zur Hälfte. Der französische Pulloverproduzent klagt in der Schweiz, und die Parteien einigen sich, jüdisches Recht soll anwendbar sein.

Inwieweit ist nun die Rechtswahl in diesen Beispielen für den staatlichen Richter bindend? Wie bereits eingangs erläutert, können die Parteien die nichtzwingenden Normen des schweizerischen Rechts jederzeit durch jüdisches Recht ersetzen. Doch muss der Richter in den vorgenannten Fällen die zwingenden schweizerischen Normen auch beachten? Die vorgenannten Bei-

spiele haben nämlich die Besonderheit, dass sie alle einen ausländischen Bezug haben. Die Heiratsvermittlerin ist Israelin, der Pulloverproduzent ist Franzose. Es ist nicht mehr klar, ob überhaupt schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Vielleicht kommt nicht schweizerisches, sondern vielmehr israelisches oder französisches Recht zur Anwendung? Muss eines dieser ausländischen Rechte vom staatlichen Richter angewendet werden, so sind die zwingenden Normen des schweizerischen Rechts nicht verbindlich, sondern die zwingenden Normen des ausländischen anwendbaren Rechts. Eine Rechtswahl, welche auch das zwingende eigene Recht ausschliesst, nennt man eine kollisionsrechtliche Rechtswahl.

Die Frage, welches Recht bei internationalen Vertragsverhältnissen vom schweizerischen Richter angewendet werden muss, beantwortet das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, auch kurz IPRG genannt. Das IPRG bestimmt in Art. 1 Abs. 1, dass es das internationale Verhältnis regelt. Was ein internationales Verhältnis ist, definiert es für jeden Rechtsbereich separat. Beim internationalen Vertragsverhältnis unterlässt es das IPRG aber zu bestimmen, wann ein Vertragsverhältnis international ist und bestimmt, dass die Parteien bei einem internationalen Vertragsverhältnis das anwendbare Recht wählen können. So lautet Art. 116 Abs. 1 IPRG einfach: „Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht.“ Weshalb definiert das IPRG nicht, wann ein Vertragsverhältnis international ist und verschafft dadurch den Parteien eine gewisse Rechtssicherheit, indem sie genau wissen, wann sie das anwendbare Recht wählen können? Dies mag darin begründet liegen, dass eine abstrakte abschliessende Aufzählung aller für die Begründung eines internationalen Vertragsverhältnisses relevanten Umstände nicht möglich ist und nur für jeden Fall einzeln bestimmt werden kann.¹ Die Regel ist, dass jedes irgendeinem Kollisionsrecht dieser Welt bekannte Anknüpfungskriterium einen Sachverhalt zu einem internationalen machen kann und als Folge davon die Frage des anwendbaren Rechts aufwirft. Als Anknüpfungskriterien kommen neben den bedeutendsten wie Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt einer Partei auch die Staatsangehörigkeit, der Lagerort der Mobilien oder der Erfüllungsort in Betracht, da diese in ausländischen IPR-Gesetzen eine Rolle spielen.²

Es zeigt sich somit, dass es nicht vieler ausländischer Elemente in einem Sachverhalt bedarf, damit bereits das Bundesgesetz über das internationale

¹ Vgl. F. B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern ²2000, N 76.

² Vgl. I. SCHWANDER, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts, in: P. FORSTMOSER *et al.* (ed.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, S. 473–484, dort S. 477.

Privatrecht zur Anwendung gelangt und mit Art. 116 für das Vertragsrecht den Parteien erlaubt, eine Rechtswahl vorzunehmen.³ Wählen die Parteien dann ein ausländisches Recht, so verliert das zwingende schweizerische Recht seinen Durchsetzungsanspruch. Dafür sind aber die zwingenden Normen eines anderen staatlichen Rechts anzuwenden. Kommt nicht schweizerisches Recht, sondern französisches Recht zur Anwendung, so müssen die zwingenden Normen des staatlichen französischen Rechts beachtet werden.

Machen wir eine Zwischenbilanz, so haben wir festgestellt:

1. Bei einem Sachverhalt mit internationalem Bezug muss das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) herangezogen werden, um festzustellen, welches staatliche Recht der Richter anzuwenden hat.
2. Hat der Richter ein ausländisches Recht anzuwenden, so hat dies zur Folge, dass der Richter zwingendes schweizerisches Recht nicht anwenden muss. Dafür aber muss er das zwingende Recht des anwendbaren ausländischen Rechts anwenden.
3. Die Parteien können bei internationalen Vertragsverhältnissen das anwendbare Recht selber bestimmen.

Als nächstes stellt sich deshalb die Frage, welches ausländische Recht die Parteien wählen dürfen.

b. Welches staatliche Recht ist bei internationalen Sachverhalten anwendbar?

Stellen wir also die Frage, ob die Parteien bei internationalen Vertragsverhältnissen in der Bezeichnung des anwendbaren staatlichen Rechts völlig frei sind. Vor Inkrafttreten des IPRG, d. h. vor 1989, galt, dass die Parteien ein bestimmtes Recht nur kollisionsrechtlich wählen konnten, wenn sie hierfür ein „vernünftiges Interesse“ nachweisen konnten. Zwischen dem Vertrag oder den Parteien und dem gewählten Recht war somit eine bestimmte Beziehung gefordert.⁴ Seit Inkrafttreten des IPRG 1989 wurde das Erfordernis des „vernünftigen Interesses“ fallengelassen mit dem Ziel, die Rechtssicherheit zu erhöhen, indem die Parteiautonomie möglichst schrankenlos anerkannt werde. Wird die Rechtswahl offensichtlich willkürlich und aus blosser Spielerei

³ Vgl. M. AMSTUTZ/N.P. VOGT/M. WANG, Kommentar zu Art. 116–118 IPRG, in: H. HONSELL/N.P. VOGT/A.K. SCHNYDER (ed.), *Internationales Privatrecht*, Basel, Frankfurt a. M. 1996, Art. 116 IPRG N 7.

⁴ Z. B. Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, BGE 91 II 51.

getroffen, erfolgt die Korrektur weiterhin über das Verbot des Rechtsmissbrauchs des Art. 2 ZGB.⁵ Lehre und Doktrin sind sich heute einig, dass sobald ein internationaler Sachverhalt vorliegt, die Parteien in der Bezeichnung des anwendbaren Rechts völlig frei sind. Ein räumlicher Zusammenhang mit der gewählten Rechtsordnung ist nicht mehr erforderlich.⁶ Somit können die Parteien auch ein neutrales Recht wählen, welches weder zu den Parteien noch zum Rechtsverhältnis eine besondere Beziehung hat.⁷ Gerade bei internationalen Verhältnissen kann die Komplikation, dass verschiedene Rechtsordnungen aufeinandertreffen, am besten gelöst werden, indem eine dritte, neutrale, für einen solchen Sachverhalt zugeschnittene materielle Rechtsordnung Anwendung findet. Diese kann den Bedürfnissen der Parteien nach einer ausgewogenen Entscheidung unter Umständen am besten entsprechen, bevorzugt diese ja keine der betroffenen staatlichen Rechtsordnungen.⁸

Wenn also kein Bezug mehr zur gewählten Rechtsordnung gefordert ist, so müsste nicht nur ein neutrales staatliches Recht, sondern auch ein nicht-staatliches Recht gewählt werden können. Gerade für den internationalen Handel haben sich nichtstaatliche Rechtsordnungen entwickelt, welche sich aus internationalen Handelsbräuchen, Normen des Völkerrechts, internationalen Konventionen (UNO, OECD etc.) usw. ergeben haben. Bekannt sind vor allem die *Lex Mercatoria* und die *Unidroit Principles* oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze.

So rekapitulieren wir, was wir bis jetzt gesehen haben:

1. Bei internationalen Vertragsverhältnissen stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts. Die Parteien können das anwendbare Recht frei bestimmen.

⁵ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 10. November 1982, Bundesblatt 1983 I 263, Ziff. 282.22; vgl. F. B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N 88ff.; vgl. I. SCHWANDER, Zur Rechtswahl im IPR, S. 475; vgl. K. SIEHR, Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, in: P. FORSTMOSER *et al.* (ed.), *Festschrift für Max Keller*, S. 485–510, dort S. 498.

⁶ Vgl. BGE 102 II 143, S. 145–146, vgl. auch BGE 91 II 44ff.

⁷ Vgl. M. KELLER/J. KREN KOSTKIEVICZ, Kommentar zu Art. 116 IPRG, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich 1993, Art. 116 IPRG N 34; vgl. A. HEINI, Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, in: I. SCHWANDER (ed.), *Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts. Festschrift für Rudolf Moser*, Zürich 1987 (= Schweizer Studien zum Internationalen Recht 51), S. 67–78, dort S. 68; vgl. F. B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N. 81; vgl. K. SIEHR, Parteiautonomie, S. 497.

⁸ Vgl. F. B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N 123–124.

2. Wenn die Parteien das anwendbare Recht frei bestimmen können, können sie nur staatliches Recht wählen oder auch nichtstaatliches Recht? Im internationalen Handel hat sich nichtstaatliches internationales Handelsrecht entwickelt. Also solches sind die *Lex Mercatoria* oder die *Unidroit Principles* bekannt.

Können also die *Lex Mercatoria* oder die *Unidroit Principles* von den Parteien anstelle staatlichen Rechts als anwendbares Recht gewählt werden? Die Lehre ist sich nicht einig, ob nichtstaatliches Recht wie die *Lex Mercatoria* oder die *Unidroit Principles* anstelle staatlichen Rechts gewählt werden können. Auf die verschiedenen Argumente der Befürworter und Gegner gilt es, im Folgenden einzugehen.

3. Wenn bei internationalen Sachverhalten ein drittes, neutrales staatliches Recht gewählt werden kann, kann dann auch ein nichtstaatliches Recht wie die *Lex Mercatoria* oder die *Unidroit Principles* gewählt werden?

- a. Argumente für die Zulässigkeit kollisionsrechtlicher Wahl nichtstaatlichen Rechts

Blicken wir zunächst auf die Argumente der Befürworter der nichtstaatlichen Rechte. Nach der klassischen international-privatrechtlichen Lehre unterstehen internationale Rechtsbeziehungen zwischen Privaten notwendigerweise staatlichem Privatrecht. Das internationale Privatrecht lässt sich vom Schwerpunkt eines Rechtsverhältnisses leiten und bestimmt so das maßgebliche staatliche Privatrecht. Besonders bei Schuldverträgen werden gegen diese Methode der Nationalisierung internationaler Rechtsbeziehungen vor allem folgende Einwände erhoben:

1. Es wird bemängelt, ein internationaler Vertrag weise Verknüpfungen zu mehreren Rechtsordnungen auf, welche oftmals gleich stark seien. Die Schwerpunktbestimmung und die daraus folgende Unterstellung unter ein staatliches Recht erfolge deshalb willkürlich und habe immer die Benachteiligung einer Partei zur Folge. So sei es beispielsweise willkürlich, dass der Kaufvertrag dem Recht des Verkäufers und nicht dem Recht des Käufers unterstellt werde.⁹

⁹ Vgl. B. VON HOFFMANN, Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“ durch internationale Schiedsgerichte, in: H.-J. MUSIELAK/K. SCHURIG (ed.), *Fest-*

2. Weiter wird beanstandet, dass die Nationalisierung einer internationalen Rechtsbeziehung im Widerspruch zum Prinzip der Chancengleichheit der Parteien stehe. Denn nicht nur während der Durchführung des Vertrages, sondern auch später im Prozess könne eine der Parteien nach eigenem Recht handeln, während die andere Partei sich fremdem Recht unterstellen müsse.¹⁰
3. Schliesslich wird kritisiert, der Inhalt staatlichen Rechts eigne sich nicht für die Regelung internationaler Rechtsbeziehungen. So sei das staatliche Recht für nationale Verhältnisse geschaffen und nehme keine Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse des internationalen Handelsverkehrs. Hierzu gehörten beispielsweise die besonderen Probleme des Transportes, welche eine besondere Regelung des Gefahrübergangs oder der Versicherung nahelegten, oder die verzögerten Kommunikationswege internationaler Beziehungen, für welche die Anfechtungs- oder Gewährleistungsfristen der Binnensachverhalte zu kurz erscheinen würden.¹¹

Aus diesen Gründen sei staatliches Recht für internationale Rechtsbeziehungen ungeeignet. Gewisse nichtstaatliche Rechte wie z. B. die *Unidroit Principles* oder die *Lex Mercatoria* seien hingegen geeignet, da diese auf die besonderen Bedürfnisse internationaler Rechtsbeziehungen Rücksicht nehmen. So gäbe es keine willkürliche Schwerpunktbestimmung, da keines der betroffenen staatlichen Rechte zur Anwendung gelange. Alle Parteien erhielten dieselben Chancen, da sich beide gleichermassen einer fremden Rechtsordnung zu unterstellen hätten. Und schliesslich verfolge nichtstaatliches Recht nicht die Durchsetzung einer bestimmten nationalen Rechts- und Sozialordnung, sondern lasse sich von den besonderen Bedürfnissen des internationalen Handelsverkehrs leiten.

schrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 26. Juni 1987, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1987, S. 215–233, dort S. 218; vgl. K. SIEHR, Sachrecht im IPR, Transnationales Recht und lex mercatoria, in: W. HOLL/U. KLINKE (ed.), Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht. Referate eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt-Stiftung vom 26. – 30. September 1983 in Ludwigsburg, Köln, Berlin, Bonn, München 1985, S. 103–126, dort S. 103.

¹⁰ Vgl. B. VON HOFFMANN, Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“, S. 218–219; vgl. A. BUCHER, Transnationales Recht im IPR, in: F. SCHWIND (ed.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, Wien 1986 (= Sitzungsberichte. Österreichische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse 464; Veröffentlichungen der Kommission für Europarecht, Internationales und Ausländisches Privatrecht / Österreichische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse 5), S. 11–59, dort S. 15.

¹¹ Vgl. B. VON HOFFMANN, Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“, S. 219; vgl. K. SIEHR, Sachrecht im IPR, S. 103–104; vgl. A. BUCHER, Transnationales Recht, S. 11.15.17.

b. Argumente gegen die Zulässigkeit kollisionsrechtlicher Wahl nichtstaatlichen Rechts

Doch fehlt es nicht an Stimmen, welche sich gegen die kollisionsrechtliche Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts aussprechen. Die Argumente gegen die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts sind folgende:

1. Nichtstaatliches Recht sei trotz seiner zahlreichen Quellen bruchstückhaft und bedürfe dort der Ergänzung, wo Gesetzesrecht und vertragliche Abmachungen fehlten oder unzureichend seien. Da das Vorgehen zur Lückenfüllung offen sei, verursache es grosse Rechtsunsicherheit.¹² Die Rechtssicherheit müsse aber den Parteien gewährleistet sein, damit sie die rechtlichen Konsequenzen ihres Verhaltens abschätzen und ihr Handeln danach richten können.¹³
2. Erwägungen der Rechtssicherheit spielen aber auch bei den Rechtsprechungsorganen eine Rolle. Die Parteien hätten nämlich nur ein beschränktes Recht auf Inanspruchnahme staatlicher Gerichtsorgane. Die Schranke sei das öffentliche Interesse an der Entlastung des Justizapparats durch Vorgabe klarer Entscheidungsgrundlagen. Der Entscheidungsbehörde müsse daher ein ausführlich verbrieftes Recht zur Verfügung stehen, damit sie ihren Entscheid zu begründen vermöge. Die Entscheidung aus bruchstückhaften Rechtsregeln, insbesondere allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wäre hingegen für staatliche Gerichte eine wesensfremde Aufgabe und nicht zumutbar.¹⁴
3. An der kollisionsrechtlichen Wahl von nichtstaatlichen Rechten wird teilweise beanstandet, die Parteien könnten in ein Vertragsstatut flüchten, das keine zwingenden Normen kennt. Die Parteien seien dann in der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehung völlig frei und hätten die zum Schutz bedeutender öffentlicher und privater Interessen aufgestellten zwingenden Normen nicht zu beachten. Diese Bedenken bestünden hingegen nicht bei der Wahl von staatlichen Rechten, da diese immer zwingende Normen hätten, welche mit denen jener Rechtsordnung vergleichbar wären, die ohne Rechtswahl Geltung hätte. Die Vertragsfreiheit halte sich

¹² Vgl. K. SIEHR, Sachrecht im IPR, S. 117; vgl. A. BUCHER, Transnationales Recht, S. 42–43.

¹³ Vgl. F. WIGET/H. STRÄULI/G. MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, Zürich ³1997, ZPO (vor) §§ 238–258 N 82; vgl. K. SIEHR, Parteiautonomie, S. 501–502; vgl. F.B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N 118ff.

¹⁴ Vgl. B. VON HOFFMANN, Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“, S. 223–224.

deshalb bei der Wahl von staatlichen Rechten noch immer in vertretbaren Grenzen.¹⁵ So fehle es beispielsweise einem solchen Recht, auf einen angemessenen vertraglichen Interessenausgleich hinzuwirken, insbesondere zum Schutz Schwächerer.¹⁶

Aus all diesen Gründen könne eine Wahl zugunsten eines nichtstaatlichen Rechts nicht anerkannt werden.

c. Bewertung der Argumente

Bewerten wir nun die Argumente, so trifft bei den Argumenten für die (kollisionsrechtliche) Wählbarkeit von nichtstaatlichem Recht tatsächlich zu, dass Kollisionsnormen des IPRG teilweise den Schwerpunkt des Vertrages beliebig festlegen und so willkürlich das anwendbare staatliche Recht bestimmen, was bei nichtstaatlichem Recht nicht geschieht. Ebenso trifft zu, dass das Resultat der Kollisionsnormen dem Prinzip der Chancengleichheit widerspricht, indem eine Partei nach eigenem Recht und die andere nach fremdem Recht handeln muss, was bei nichtstaatlichem Recht ebenfalls nicht der Fall ist. Obwohl nichtstaatliches Recht aus der Sicht der Parteien neutrales Recht sein kann, genügt diese Argumentation nicht, dessen Zulässigkeit zu bejahen. Denn diese „Mängel“ lassen sich auch mit der Wahl eines dritten und somit neutralen staatlichen Rechts wirksam beseitigen. Nichtstaatliches Recht ist diesbezüglich dem staatlichen Recht nicht überlegen.¹⁷

Am meisten vermag das Argument zu überzeugen, dass der Inhalt staatlichen Rechts sich nicht für die Regelung internationaler Rechtsbeziehungen, sondern nur für die Regelung nationaler Verhältnisse eigne. Staatliches Recht nimmt keine Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse der internationalen Rechtsbeziehungen. Für internationale Sachverhalte können z.B. die *Unidroit Principles* eine viel gerechtere Lösung bieten als ein staatliches Recht, da es materiell das internationale Verhältnis regeln will.

Die Argumente gegen die kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts können auch nur teilweise überzeugen. Der Einwand, nichtstaatliche Rechte seien bruchstückhaft und hätten deshalb Rechtsunsicherheit zur Folge, lässt ausser acht, dass auch staatliche Rechte unvollständig sind. Zudem

¹⁵ Vgl. A. BUCHER, *Transnationales Recht*, S. 39.

¹⁶ Vgl. K. SIEHR, *Parteiautonomie*, S. 501–502; vgl. F.B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N 118ff.

¹⁷ Vgl. K. MARTINY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band X: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–38)*, *Internationales Privatrecht*, Redakteur H.J. SONNENBERGER, München ³1998, Art. 27 IPR N 20.

gibt es viele nichtstaatliche Rechtsordnungen, welche nicht bruchstückhaft, sondern umfassend und genügend verbrieft sind. Der Einwand der unzumutbaren Unvollständigkeit überzeugt zwar bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, doch der *Lex Mercatoria* und vor allem den *Unidroit Principles* werden in der Lehre oft keine Unvollständigkeit nachgesagt. Die Parteien können deshalb sehr wohl auch bei gewissen nichtstaatlichen Rechten die Konsequenzen ihres Verhaltens abschätzen.¹⁸

Aus ähnlichem Grund vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, die Parteien hätten nur ein bedingtes Recht auf die Inanspruchnahme staatlicher Gerichtsorgane. Das öffentliche Interesse an der Entlastung des Justizapparats durch Vorgabe klarer Entscheidungsgrundlagen verbiete es, nichtstaatliches Recht kollisionsrechtlich zu wählen. Bei diesem Einwand ist wiederum nicht berücksichtigt, dass auch ein staatliches ausländisches Recht den gerichtlichen Behörden schwer zugänglich sein kann. Staatlichen Gerichten wird es sicher leichter fallen, einen Entscheid auf Grundlage der bekannten und in Englisch verfassten *Unidroit Principles* zu fällen, als ein in fremder Sprache verfasstes ausländisches Recht ausfindig zu machen.

Schliesslich vermag auch das Argument, die Parteien könnten sich mit der kollisionsrechtlichen Wahl von nichtstaatlichem Recht in ein von jeglichen zwingenden Normen losgelöstes Vertragsstatut flüchten, nicht voll zu überzeugen. Denn auch bei der Wahl eines ausländischen Rechts ist es nicht so, dass seine Anwendbarkeit vom Bestand gewisser zwingender Normen abhängig gemacht wird. Dies ist auch nicht nötig. Die elementaren zwingenden Normen des eigenen Rechts finden selbst bei Anwendung von ausländischem Recht immer Anwendung, da der nationale *Ordre public* nie verletzt werden darf.¹⁹ Zudem gibt es einen internationalen *Ordre public*. Zu ihm gehören die international geltenden fundamentalen Rechtsgrundsätze wie z. B. *pacta sunt servanda* (d. h. Verträge sind zu erfüllen), *bona fides* (das ist der Grundsatz von Treu und Glauben) oder „keine Enteignung ohne angemessene Entschädigung“.²⁰ Der *Ordre public* legt daher jeder anwendbaren Rechtsordnung, sei sie staatlich oder nichtstaatlich, dieselben Schranken auf.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass praktisch nur inhaltliche Mängel der nichtstaatlichen Rechte als Argumente gegen ihre Wählbar-

¹⁸ Vgl. K. SIEHR, Sachrecht im IPR, S. 117.

¹⁹ Vgl. G. BIAGGINI, Rechtsprechung, in: D. THÜRER/J. F. AUBERT/J. P. MÜLLER (ed.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 1153ff., dort S. 1163.

²⁰ Vgl. W. WENGER, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Basler Juristische Mitteilungen* 1989, S. 337–358, dort S. 353. Vor allem siehe F. WIGET/H. STRÄULI/G. MESSMER, *Kommentar*, ZPO (vor) §§ 238–258 N 107.

keit geltend gemacht werden. Die Vorzüge der nichtstaatlichen Rechte überzeugen ebenso. Das staatliche Gericht sollte deshalb nicht jede ungewöhnliche Rechtswahl *a priori* missachten, vor allem dann nicht, wenn in der konkreten Materie hinreichende Quellen vorhanden sind.²¹ In diesem Fall bleiben die Argumente für die Wahl nichtstaatlichen Rechts bestehen, während die Gegenargumente an Kraft verlieren.

Obschon erst eine Minderheit der Lehre die Vereinbarung von nichtstaatlichem Recht für beachtlich erachtet, wenn staatliche Gerichte für die Entscheidung zuständig sind²² und auch die staatlichen Gerichte sich mit der Rechtswahl von nichtstaatlichem Recht schwertun,²³ kann nach den vorstehenden Ausführungen für die ordentliche Gerichtsbarkeit der Schluss gezogen werden, dass, wenn eine internationale Vertragsbeziehung vorliegt, welche eine Rechtswahl gestützt auf Art. 116 IPRG zulässt, nicht nur die kollisionsrechtliche Wahl von staatlichem Recht möglich ist. Auch die kollisionsrechtliche Wahl von nichtstaatlichem Recht ist zulässig, wenn dieses für den zu beurteilenden Sachverhalt ein geeignetes Recht zur Verfügung stellt, welches genügend verbrieft und für die Entscheidungsbehörde leicht anwendbar ist.²⁴

Fassen wir wieder zusammen, so haben wir festgestellt:

1. Bei internationalen Vertragsverhältnissen stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts. Die Parteien können das anwendbare Recht frei bestimmen.
2. Wenn die Parteien das anwendbare Recht frei bestimmen können, können sie auch nichtstaatliches Recht wählen, wenn es geeignet und genügend detailliert ist. Für den internationalen Handel hat sich solches nichtstaatliches Recht entwickelt (z. B. die *Lex Mercatoria* oder die *Unidroit Principles*).

²¹ Vgl. K. SIEHR, Parteiautonomie, S. 501–502; vgl. F.B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N 118ff.

²² Vgl. F.B. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, N 118.

²³ Vgl. M. AMSTUTZ/N.P. VOGT/M. WANG, Kommentar zu Art. 116–118 IPRG, Art. 116 IPRG N 21; vgl. U.C. MAYER, Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge, Zielsetzung, Anwendungsbereich und ihre Bedeutung für die schweizerische Rechtspraxis, in: *Aktuelle Juristische Praxis* 1998, S. 499–513, dort S. 505 N 17.

²⁴ Vgl. F. BURKART/D. KOCH, „Unidroit Principles“ – eine neue Rechtsgrundlage für internationale Verträge, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 70 (1998), S. 68–81, dort S. 69; vgl. M. AMSTUTZ/N.P. VOGT/M. WANG, Kommentar zu Art. 116 IPRG, Art. 116 IPRG N 21; vgl. A.K. SCHNYDER/M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich 2000, N 548; vgl. R.H. WEBER, *E-Commerce und Recht. Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, Zürich 2001, S. 39.

Nun stellt sich die Frage, wenn nichtstaatliches Recht wie die *Lex Mercatoria* oder die *Unidroit Principles* als anwendbares Recht gewählt werden können, kann dann auch jüdisches Recht gewählt werden? Im folgenden gilt es deshalb zu prüfen, ob auch das jüdische Recht die Voraussetzungen erfüllt, um bei internationalen Vertragsverhältnissen als anwendbares Recht bestimmt werden zu können.

4. Wenn bei internationalen Sachverhalten auch ein nichtstaatliches Recht gewählt werden kann, kann dann auch jüdisches Recht gewählt werden?

a. Interesse der Parteien an der Wahl jüdischen Rechts

Die nichtstaatlichen Rechte begründen ihre Existenz damit, dem Bedürfnis gerecht zu werden, gewisse internationale Rechtsverhältnisse ganz oder teilweise dem Geltungsbereich der nationalen Rechtsordnungen zu entziehen, um so den besonderen Problemstellungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs mit seinen politischen, wirtschaftlichen und monetären Risiken besser Rechnung zu tragen.²⁵ Es lässt sich einwenden, jüdisches Recht sei zwar ein umfassendes Recht, doch sei es nicht besonders im Hinblick auf die Regelung internationaler Vertragsbeziehungen verfasst worden. Ein überzeugendes Argument, welches regelmässig für die Anwendbarkeit nichtstaatlichen Rechts vorgebracht wird, geht dem jüdischen Recht damit abhanden. Dennoch sollte die Anwendbarkeit jüdischen Rechts nicht an dieser Zweckbestimmung scheitern, denn dieser Mangel wird dadurch kompensiert, dass beide Parteien aufgrund ihres Werteverständnisses sich dem jüdischen Recht in besonderem Masse nahe verbunden fühlen. Wenn sich die Wahl nichtstaatlichen Rechts dadurch rechtfertigt, dass es in besonderem Masse auf die Internationalität eines Sachverhaltes Rücksicht nimmt, so sollte auch das jüdische Recht gewählt werden können, da es auf die Werteordnung, insbesondere auf das religiöse Gefühl, der Parteien Rücksicht nimmt. Wenn beispielsweise jüdische Parteien Zins weder zugesprochen erhalten noch zu Zins verurteilt werden wollen, soll doch das jüdische Recht von Anfang an auf sie Anwendung finden können.²⁶ Das jüdische Recht bleibt zudem, wie

²⁵ Vgl. A. BUCHER, *Transnationales Recht*, S. 13.

²⁶ Vgl. *Die Praxis des Bundesgerichts* 67 (2000), S. 407ff., wo es um das Verzugszinsverbot nach saudischem Recht ging. Die Erhebung von Verzugszins ist keine zwingende Bestimmung des schweizerischen Rechts (Art. 18 IPRG) und auch kein grundlegendes Prinzip derselben (Art. 17 IPRG).

bei den nichtstaatlichen Rechten, für alle Beteiligten ein neutrales und ein ausführliches Recht. Die andere Zweckbestimmung sollte die Anwendbarkeit von jüdischem Recht daher nicht verhindern.

b. Keine Gefahr der Rechtsumgehung mit der Wahl jüdischen Rechts

Die Unzulässigkeit der Wahl jüdischen Rechts lässt sich auch nicht mit der fehlenden Beschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutze schützenswerter Interessen begründen. Die Parteien können sich nämlich mit der Wahl jüdischen Rechts nicht in ein von jeglichen zwingenden Normen losgelöstes Vertragsstatut flüchten und Beliebigen vereinbaren. Denn der *Ordre public* darf nicht verletzt werden und bildet daher aus schweizerischer Sicht eine ausreichende inhaltliche Schranke.

An dieser Stelle sei auch auf den Umstand hingewiesen, dass sich das jüdische Recht in den letzten zweitausend Jahren immer im Rahmen einer fremden Rechtsordnung fortentwickelte. In diesem Zusammenhang entstand z. B. auch der jüdisch-rechtliche Grundsatz von *dina demalkhuta dina*, wonach zwingendes staatliches Recht vom rabbinischen Gericht angewendet werden muss, wenn es im finanziellen Interesse der jeweiligen Landesregierung oder generell im Interesse der staatlichen Bevölkerung erlassen worden ist²⁷ und nicht gegen Grundsätze des jüdischen Rechts verstösst.²⁸ Der Rechtsgrundsatz von *kol tnay še-be-mamon qayyam* besagt, dass im Schuldrecht alle Bedingungen Bestand haben, und *Minhag ha-sohrim* bedeutet, dass der Handelsbrauch verbindlich ist. Auch diese beiden Grundsätze gelten, solange sie nicht irgendwelchen Verboten des jüdischen Rechts entgegenstehen. Das jüdische Recht verlangt daher selbst, dass die meisten zwingenden Normen des staatlichen Rechts angewendet werden. Der Einwand, jüdisches Recht missachte die fundamentalen, vom staatlichen Recht geschützten Interessen, kann hier nicht überzeugen.

²⁷ Vgl. TAL-MAN VERLAG (ed.), *Schulchan Aruch*. 9 Bände, Tel Aviv 1977, Ch. M., Kap. 369 § 6 und § 12 sowie Rema hierzu, in: CHATAM SOFER VERLAG (ed.), *Schulchan Aruch*. 9 Bände, Jerusalem 1967.

²⁸ Vgl. Rabbi Schabatai ben Me'ir haKohen Schach, in: TAL-MAN VERLAG (ed.), *Schulchan Aruch*, § 39 zu Schulchan Aruch, Ch. M., Kap. 73; vgl. Rabbi Mosche Feinstein, *Igerot Mosche*. 8 Bände; Band I–V, New York 1959–1973; Band VI–VIII, Bne Brak 1981–1996 (auch auf Bar-Ilan R. P. CD-ROM), Ch. M., 2:62; vgl. I. HERZOG, *The Main Institutions of Jewish Law*. Band I: *The Law of Property*, Calchester, London 1980, S. 24ff.; vgl. M. ELON, *The Principles of Jewish Law*, Jerusalem 1974, S. 710ff.

c. Ist jüdisches Recht ein vom menschlichen Einflussbereich losgelöstes Recht?

Mit Vorsicht ist das Argument der fehlenden inhaltlichen Kontrolle des jüdischen Rechts durch den staatlichen Souverän zu prüfen. Es könnte leicht vorgebracht werden, dass das jüdische Recht ein religiöses und somit ein gottgegebenes Recht ist, was zur Folge hat, dass gewisse Normen dem allgemeinen Rechtsempfinden krass widersprechen, da der Inhalt der Gesetznormen nicht in erster Linie einen fairen Ausgleich zwischen den Parteien anstrebt, sondern vielmehr sich alleine am vermeintlichen göttlichen Willen orientiert. Gewisse Normen müssten absolute Geltung beanspruchen und von den Entscheidungsorganen angewendet werden, obschon sie krass gegen das heutige, allgemein geltende und verbreitete Rechtsverständnis verstossen. Diese Kritik mag in gewissen Bereichen des jüdischen Rechts, insbesondere im Familienrecht, zutreffen. So kann beispielsweise der Staat nicht anerkennen, dass die Ehe zweier Menschen, von denen einer jüdisch und der andere nichtjüdisch ist, nicht möglich ist. Anders ist es aber in schuldrechtlichen Angelegenheiten, wo das jüdische Recht fast ausschliesslich dispositiv ist.²⁹ Das jüdische Schuldrecht hat sich in der Praxis weiterentwickelt und für neue Probleme immer wieder Lösungen gefunden. Nur wenige zwingende Normen, wie beispielsweise das Zinsverbot, haben absolute Geltung, wobei auch hier Wege entwickelt worden sind, um das Zinsverbot zu vermeiden.³⁰ Das jüdische Schuldrecht ist daher weder starr und für eine zweitausend Jahre alte Lebensform konzipiert, noch ist es irrational und lebensfremd. Das jüdische Schuldrecht passt sich den wirtschaftlichen Realitäten an. Die inhaltliche Kontrolle des Schuldrechts und seine Anpassung erfolgen durch die rechtsprechenden Organe, d. h. durch die Rabbinatsgerichte.

²⁹ Der Rechtsgrundsatz von *Kol tnaj schebemamon kajam* besagt, dass im Schuldrecht alle Bedingungen Bestand haben, und *Minhag hasochrim* bedeutet, dass der Handelsbrauch verbindlich ist. Diese beiden Grundsätze gelten, solange sie nicht irgendwelchen Verboten des jüdischen Rechts entgegenstehen (vgl. hierzu Rabbi Mosche Feinstein, *Igerot Mosche*, Ch. M., 1, 72; vgl. M. COHN, *Wörterbuch des jüdischen Rechts*, Basel et al. 1980, S. 17).

³⁰ Das Zinsverbot kann mit dem sogenannten *Heter Iska* vermieden werden. Hierbei haben die Gläubiger einen Anspruch auf einen Gewinnanteil. Der Schuldner kann die sehr komplizierte Gewinnberechnung vermeiden, indem er einen im voraus bestimmten Zins bezahlt (vgl. M. KOSCHLAND, Die Sch'tar Isko-Bestimmungen im jüdischen Bankengewerbe, in: DREYFUSS NOMINEES ZÜRICH AG [ed.], *Gedanken aus dem talmudischen Recht*, Zürich 1956, S. 1–10, dort S. 3ff.).

d. Keine Lückenhaftigkeit des jüdischen Rechts

Die Lückenhaftigkeit des nichtstaatlichen Rechts ist kein Grund, welcher seine Anwendung pauschal verbietet. Die kollisionsrechtliche Rechtswahl von nichtstaatlichem Recht ist trotz seiner Lückenhaftigkeit anzuerkennen, sobald es für den betreffenden Rechtsbereich als Entscheidungsgrundlage tauglich, d. h. genügend verbrieft ist. Denn zum einen müssen die Parteien Rechtssicherheit haben, d. h. sie müssen zum Zeitpunkt ihres Handelns wissen können, was die Konsequenzen sein können, und sie müssen vor dem Gerichtsverfahren ungefähr abschätzen können, was ihre Risiken und Chancen sind. Zum anderen muss auch dem Rechtsprechungsorgan eine Entscheidungsgrundlage zur Verfügung stehen, deren Anwendung zumutbar ist. Die Anwendung eines lückenhaft verfassten Rechts kann einem Rechtsprechungsorgan aufgrund des öffentlichen Interesses an der Entlastung des Justizapparates nicht aufgedrängt werden.

Es stellt sich die Frage, ob das jüdische Recht lückenhaft und somit zur Anwendung unzulässig ist. Als Quelle des jüdischen Rechts dienen in erster Linie der Schulchan Aruch und das Gesetzeswerk von Rambam samt den zahlreichen Kommentatoren zu diesen beiden Werken. Weiter können die gesammelten und nach Rechtsgebieten geordneten Responsen und die veröffentlichten Entscheidsammlungen zahlreicher Rabbinatsgerichte herangezogen werden. Von Bedeutung sind hierbei besonders die regelmässig veröffentlichten Entscheidsammlungen des obersten Rabbinatsgerichts in Israel, welches nach jüdischem Recht urteilt.³¹ Zudem erscheinen regelmässig Publikationen zu den verschiedensten Rechtsgebieten, und auch Internetseiten geben Auskunft, indem sie ausführliche Artikel und Aufsätze zu verschiedenen Rechtsgebieten bereitstellen.

Auch im jüdischen Recht bestehen Lehre und Rechtsprechung nebeneinander. Die theoretische Entwicklung des jüdischen Rechts findet laufend statt. Dies gründet auf dem Umstand, dass in den weltweit zahlreichen Talmud-Hochschulen jährlich einige Zehntausend, wenn nicht einige Hunderttausend Studenten sich allein mit jüdischem Recht auseinandersetzen. Daneben gibt es Schulen, welche es Berufstätigen ermöglichen, sich am Abend oder den Wochenenden im jüdischen Recht fortzubilden. Solche Institutionen fördern die Kenntnis und Verbreitung des jüdischen Rechts. Sie garantieren in gewissem Masse gar die Entwicklung des jüdischen Rechts und damit auch das Ausfüllen gesetzlicher Lücken.

³¹ Die übrigen staatlichen Gerichte Israels wenden israelisches Recht an.

Aber auch durch die Rechtsprechung der Rabbinatsgerichte entwickelt sich das jüdische Recht und kompensiert Lücken. Religiös praktizierende Juden sind mit dem jüdischen Recht ebenso vertraut wie mit ihrem Heimatrecht. In allen Lebensfragen wollen sie ihren Entscheid auf jüdisches Recht abstützen. Sie wollen dieses Recht aufgrund ihrer religiösen Überzeugung angewendet wissen. In der Schweiz stellen daher die meisten grossen jüdischen Gemeinden auch ein Rabbinatsgericht zur Erledigung von Streitigkeiten bereit, oder der Rabbiner stellt sich als Schiedsrichter zur Verfügung. In anderen Ländern, wo nicht das Gemeindesystem der Schweiz vorherrscht, bestehen zahlreiche unabhängige institutionelle Rabbinatsgerichte. Sie haben den Vorteil, dass die Richter auf die Beurteilung von schuldrechtlichen Streitigkeiten gewissermassen spezialisiert sind. So gibt es beispielsweise in London vier institutionelle Rabbinatsgerichte, in New York sind mindestens zwölf solche bekannt. In Israel sind die staatlichen Rabbinatsgerichte zu einem beachtlichen Teil auch als Schiedsgerichte in schuldrechtlichen Streitigkeiten tätig, daneben gibt es zahlreiche unabhängige institutionelle Rabbinatsgerichte.

Das jüdische Recht ist daher ein ausführlich verbrieftes Recht und seine Entwicklung sichergestellt. Seine Anwendbarkeit kann nicht mit dem Argument abgelehnt werden, es sei lückenhaft.

e. Schwer zugängliche Quellen des jüdischen Rechts

Aufgrund seines Inhalts sollte, wie soeben dargelegt, jüdisches Recht als anwendbares Recht gewählt werden können. Es stellt sich hingegen die Frage, ob seine Anwendbarkeit vor dem staatlichen Gericht deshalb verneint werden muss, weil das Recht, dessen Systematik und teilweise auch dessen Rechtsinstitute dem staatlichen Richter sehr fremd sind. Ist die Feststellung des jüdischen Rechts für den staatlichen Richter nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich, so müsste die Wahl jüdischen Rechts von Anfang an als unzulässig gelten.

Das IPRG regelt ausdrücklich, wie der staatliche Richter an die fremden Rechtsquellen kommt. Betreffend der Feststellung des Inhalts des anwendbaren fremden Rechts bestimmt das IPRG in Art. 16, dass zwar das anzuwendende ausländische Recht von Amts wegen festzustellen ist, bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis des ausländischen Rechts aber den Parteien überbunden werden kann. Schweizerisches Recht kann daher angewendet werden, sobald der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar ist. Art. 16 des IPRG muss analog auch auf nicht-

staatliche Rechte Anwendung finden. Daraus folgt, dass, wenn die Parteien bei internationalen Vertragsverhältnissen jüdisches Recht als anwendbares Recht wählen, der Richter den Parteien den Nachweis des jüdischen Rechts überbinden kann. Sollte dieser Nachweis nicht gelingen, so kann der staatliche Richter das schweizerische Recht anwenden. Der Richter muss also jüdisches Recht nur dann anwenden, wenn die Parteien das jüdische Recht nachgewiesen haben.

Damit ist hingegen die Frage noch nicht beantwortet, ob der Nachweis des Inhalts des jüdischen Rechts überhaupt gelingen kann. Denn dieser ist erst erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit des Rechts überzeugt ist und seine Überzeugung jeden erheblichen Zweifel ausschliesst.³² In Anbetracht der Ausserstaatlichkeit des jüdischen Rechts und somit der fehlenden Einbindung in ein staatliches Rechtsgefüge und in Anbetracht dessen, dass kein umfassender, allgemein anerkannter, in moderner Sprache formulierter und nach gängiger Systematik aufgebauter Gesetzeskodex besteht, kann die Frage gestellt werden, ob der Richter überhaupt zu einer solchen Überzeugung gelangen kann. Wenn dies nicht möglich ist, sollte eine solche Rechtswahl von Anfang an unzulässig sein.

Um sich von der Richtigkeit des von den Parteien vorgebrachten jüdischen Rechts zu überzeugen, hat der Richter die Möglichkeit, ein Rechtsgutachten zu bestellen.³³ Hierfür kommen insbesondere die institutionellen Rabbinatsgerichte in Frage, wie beispielsweise jene Englands, die besondere Erfahrung in der Beurteilung von vermögensrechtlichen Streitigkeiten haben, oder die Rabbinatsgerichte Israels. Auch die Rabbinatsgerichte der Schweiz kommen in Betracht, selbst wenn diese nicht auf die Beurteilung von schuldrechtlichen Streitigkeiten spezialisiert sind. Zudem wird an den juristischen Fakultäten der Universitäten in Israel, aber auch ausserhalb Israels, jüdisches Recht gelehrt. Die jeweiligen Dozenten kommen ebenfalls für die Ausarbeitung von Rechtsgutachten in Betracht. Der Richter kann sich auf diese Weise vom Inhalt des von den Parteien vorgebrachten jüdischen Rechts überzeugen lassen.

³² Vgl. M. KELLER/D. GIRSBERGER, Kommentar zu Art. 16 IPRG, in: A. HEINI *et al.* (ed.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich 1993, Art. 16 IPRG N 46.

³³ Vgl. P.M. PATOCCHI/E. GEISINGER, *Internationales Privatrecht*, Zürich 2000, Art. 16 N 3; vgl. M. KELLER/D. GIRSBERGER, Kommentar zum Bundesgesetz, Art. 16 IPRG N 56–57; vgl. M. MÄCHLER-ERNE, Kommentar zu Art. 16 IPRG, in: H. HONSELL *et al.* (ed.), *Internationales Privatrecht. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basel, Frankfurt a.M. 1996, Art. 16 IPRG N 7.

Der Richter hat aber auch die Möglichkeit, sich selbständig über die vorhandene englische Literatur zu orientieren. Es gibt immer mehr in englischer Sprache verfasste oder übersetzte Publikationen. Zudem gibt es in modernem Hebräisch und moderner Systematik verfasste Abhandlungen über besondere Themenbereiche des jüdischen Rechts, welche sich der Richter übersetzen lassen kann. Aufschlussreich sind die in den *Pisqe de-Rabbanim* veröffentlichten Entscheide der israelischen Rabbinatsgerichte. Der Richter hat also die Möglichkeit, sich selbst ein Bild über die Richtigkeit des von den Parteien vorgebrachten jüdischen Rechts zu machen. Dabei wird er sich aber an die sogenannte Sekundärliteratur halten müssen, denn vor allem die Systematik des Schulchan Aruch ist einem Richter, der mit dem jüdischen Recht nicht vertraut ist, nicht zumutbar. Diese Systematik unterscheidet sich zu stark von den herkömmlichen staatlichen Rechten, und für einen staatlichen Richter wäre der Zeitaufwand unverhältnismässig gross, sich auf diese Weise vom Inhalt des von den Parteien vorgebrachten Rechts zu überzeugen.³⁴

Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass es zu bedauern ist, dass es noch kein umfassendes, in gängiger Systematik aufgebautes und allgemein anerkanntes jüdisches Gesetzeswerk gibt, das der Richter eines anderen Rechtssystems zu Rate ziehen könnte. Es bleibt zu hoffen, dass an den israelischen Universitäten das Studium des jüdischen Rechts noch mehr an Anerkennung gewinnt als heute und diese das bestehende jüdische Recht nach der heute geltenden Systematik so einzuteilen und zu formulieren beginnen, dass auch Rechtsanwendern anderer Rechtssysteme eine geeignete und umfassende Rechtsgrundlage zur Verfügung steht. Es wäre umgekehrt ebenso zu wünschen, dass diejenigen, welche das jüdische Recht studieren, vermehrt auch das staatliche Recht erlernen und damit die Brücke zu den zeitgenössischen Rechtssystemen schlagen. Denn auch an den Universitäten ist es schwierig, den Wissensstand zu erreichen, den orthodoxe Juden erlangen. Orthodoxe Juden beginnen im Kindesalter jüdisches Recht zu lernen und setzen dies bis ins hohe Alter fort. An den Talmud-Hochschulen werden sie zu eigentlichen Rechtsexperten ausgebildet. Es kann aber nicht übergangen werden, dass solchen Talmud-Studenten in der Regel der praktische Bezug zum Leben entgeht, was sich in ihrem juristischen Verständnis widerspiegelt. Nichtsdestotrotz hat der Richter die Möglichkeit, sich über die Sekundärliteratur oder mittels eines Rechtsgutachtens von der Richtigkeit des von den Parteien vorgebrachten jüdischen Rechts zu überzeugen.

³⁴ Vgl. L. SCHIRER, *Israelisches und jüdisches Recht. Die Halacha als lebendes Recht in Israel*, Frankfurt a. M. et al. 1998, S. 172–173.

Aus all diesen Gründen muss die Wahl jüdischen Rechts ebenso zulässig sein wie die Wahl eines nichtstaatlichen Handelsrechts.

5. Fazit

Es darf deshalb folgender Schluss gezogen werden: Liegt eine Vertragsbeziehung mit internationalem Bezug vor, so können die Parteien jüdisches Recht wählen. Der Richter ist nur noch an den schweizerischen *Ordre public* gebunden, an die zwingenden Normen des schweizerischen Rechts ist er nicht mehr gebunden. Die Parteien haben aber den Inhalt des jüdischen Rechts nachzuweisen.