

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 66 (1947)

Artikel: Die Rechtsanwendung durch den nationalen und den internationalen Richter

Autor: Schnitzer, Adolf F.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896463>

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: 23.02.2026

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

Die Rechtsanwendung durch den nationalen und den internationalen Richter.¹⁾

Von Adolf F. Schnitzer
Dr jur., ès sciences politiques, Genève.

I.

Die nationale Gerichtsbarkeit hat sich in der überwiegenden Zahl der Fälle mit Angelegenheiten zu befassen, die sich innerhalb des Staatsgebietes abspielen und an denen ausschließlich Angehörige des Landes beteiligt sind. Auf diese Fälle wird ohne weiteres das nationale Recht angewendet. Daneben besteht eine Gruppe von Fällen, in denen der Tatbestand eine Beziehung nach außen hat, sei es, daß Ausländer beteiligt sind, sei es, daß der Tatbestand sich nicht ausschließlich im Staatsgebiete abspielt. Im ersten Fall liegt eine Außenbeziehung *ratione personae*, im zweiten eine solche *ratione materiae* vor. Die nationale Rechtsordnung muß bestimmen, welches Recht auf derartige Fälle, auf internationale Tatbestände anzuwenden ist.

Es ergeben sich drei Möglichkeiten:

1. Die Rechtsordnung ordnet auch für den internationalen Fall Anwendung ihres gewöhnlichen nationalen Rechts an.
2. Die Rechtsordnung ordnet die Anwendung eines bestimmten fremden (ausländischen) Rechts an.
3. Die Rechtsordnung schafft ein eigenes Spezialrecht für den internationalen Tatbestand.

Die Anordnung, welches Recht anzuwenden sei, erfolgt entweder durch Gesetz oder durch Gewohnheitsrecht.

¹⁾ Vortrag im Basler Juristenverein am 23. Januar 1946.

Hierbei kann eine interessante Feststellung gemacht werden. Auch in den Rechtssystemen, in denen in der Neuzeit das Gesetzesrecht in hohem Grade das Gewohnheitsrecht zurückgedrängt hat, also in allen Systemen des kontinental-europäischen und südamerikanischen Rechtsdenkens, dem Regelrecht, dem «civil law», hat die Rechtsordnung erst sehr spät, sehr zögernd und sehr stückweise das Recht der internationalen Tatbestände durch gesetzliche Bestimmungen geregelt.

Von den ersten großen Kodifikationen nationaler Rechte bringt das preußische allgemeine Landrecht einige Paragraphen in der Einleitung. Der Code civil, das Vorbild aller Gesetze nach dem Sturze des Ancien Régime, enthält genau einen Artikel, der sich mit dem beschäftigt, was man im allgemeinen internationales Privatrecht nennt, und was in Wahrheit das Recht der internationalen Tatbestände ist. Das italienische und das deutsche Zivilgesetz haben die diesbezüglichen Bestimmungen ins Einführungsgesetz verbannt. Die italienischen Disposizioni preliminare von 1865 enthielten 7 Artikel (Art. 6 bis 12), die neuen von 1941, 16 (Art. 16 bis 31), das deutsche Einführungsgesetz 25 (Art. 7 bis 31).

Der Code civil enthält im Artikel 3 überhaupt nur drei disparate Bestimmungen: die territoriale Geltung derjenigen Rechtssätze, die «de police et de sûreté» sind, die Geltung des französischen Rechts für Immobilien, die in Frankreich gelegen sind, und die Anwendung des Heimatrechts auf Status und Kapazität der Franzosen, die im Ausland wohnen. Erst die Rechtsprechung hat die letztgenannte Regelung zu einer allgemeingültigen umgeformt derart, daß entsprechend für Fremde, die in Frankreich wohnen, Heimatrecht gilt. Das gesamte Gebiet des Mobiliarsachenrechts, des Obligationenrechts, des Ehegüterrechts und des Erbrechts blieb gesetzlich ungeregelt.

Der italienische Codice von 1865 gelangt schon etwas weiter: er enthält auch eine Bestimmung für Mobiliarsachenrecht, für Intestaterbrecht, für Schenkung und Testamente,

für die Form des Rechtsakts und für die Vollstreckung ausländischer Entscheide. Die heute geltenden Disposizioni preliminare bringen einige Verbesserungen, sie fügen Bestimmungen über das interne und externe Ehegüterrecht, für die elterliche Gewalt, Adoption und Vormundschaft und auch eine allgemeine Bestimmung für vertragliche und außervertragliche Obligationen und eine solche über die Rückverweisung hinzu. Aber auch in der jetzigen Fassung liegt keine vollständige, systematische Regelung der internationalen Tatbestände vor, hier ebenso wenig wie im deutschen Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch. Dieses enthält 17 Bestimmungen personen- und familienrechtlichen Inhalts, drei erbrechtliche, nicht eine einzige sachen- oder obligationenrechtliche.

Im Gesetze selbst, nicht im Einführungsgesetz, regelte nach dem Vorbild des preußischen allgemeinen Landrechts auch das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, aber nur in 6 Paragraphen (§ 4, §§ 33 bis 37) ein wenig internationales Privatrecht. Neuere Gesetze bringen auch im ersten Teil des Gesetzes selbst Bestimmungen über internationales Privatrecht, so zum Beispiel das neue griechische Zivilgesetz. Einen andern Weg beschreitet das Gesetz von Liechtenstein, indem es die Bestimmungen über internationales Privatrecht jeweils bei den einzelnen Materien hinzusetzt. Eine dritte Methode hat die Schweiz beschritten, die Regelung in einem besonderen Gesetz. Dieses Gesetz, das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 (NAG), hatte seiner Zeit aber bekanntlich den Zweck, in erster Linie interkantonalen Rechtsbeziehungen zu ordnen, und nur durch die dürftigen Bestimmungen der Art. 28 bis 34 werden diese Regelungen auf das internationale Gebiet projiziert. Inhaltlich und systematisch ist das Gesetz ungewöhnlich mangelhaft. Sachen und Obligationenrecht sind überhaupt nicht behandelt. Unter der Überschrift Elternrecht wird auch die Unterstützungspflicht der Verwandten geregelt. Anlässlich der Vereinheit-

lichung des Zivilrechts in der Schweiz gelang es nicht, das internationale Privatrecht systematisch einzuordnen. Dem NAG wurde nur ein großer Flicker durch Art. 59 Schlußtitel ZGB hinzugesetzt, durch die Einfügung der Art. 7a bis 7i zum Personen- und Familienrecht. Eine etwas systematischere Auffassung ist zuerst dem polnischen Gesetz von 1926 über internationales Privatrecht gelungen. Auch das neue griechische und der Entwurf des rumänischen ZGB weisen wesentliche Fortschritte auf. Sie enthalten Bestimmungen allgemeiner Natur und eine eingehendere Regelung aller fünf Rechtsmaterien, Personen-, Familien-, Erbrecht, Sachen- und Obligationenrecht, bahnt sich an.

Soweit eine gesetzliche Regelung fehlt, entscheidet die Rechtsprechung nach Gewohnheitsrecht. Das gilt nach dem Vorgesagten in allen Ländern noch in großem Umfange. So wird zum Beispiel in Frankreich der Grundsatz der Parteiautonomie auf diese Weise noch auf dem ganzen Gebiete des Obligationenrechts und Ehegüterrechts angewendet. In der Schweiz und in Deutschland gilt die Anwendung der *Lex rei sitae* im Sachenrecht ohne jegliche gesetzliche Bestimmung. Soweit die Regel «*locus regit actum*» angewendet wird, erfolgt dies in der Schweiz und in Frankreich auf Grund Gewohnheitsrechts, während in Deutschland und Italien eine gesetzliche Bestimmung gegeben ist.

Die langsame und stückweise Kodifizierung des Rechts der privatrechtlichen internationalen Tatbestände ist sehr charakteristisch. Die Kodifizierung ist immer der Ausdruck einer stärkeren Integration des sozialen Lebens. Diese vollzieht sich historisch vom kleineren zum größeren Kreise. So wird zuerst die lokale Gewohnheit aufgeschrieben und dadurch fixiert. Durch politisch intensivere Zusammenfassung werden diese lokalen fixierten Gewohnheiten mehr und mehr in einem einheitlichen Inhalt unter allmählicher Ausscheidung historisch bedingter Verschiedenheiten konzentriert. Das geschieht langsamer, wo durch die natürlichen Gegebenheiten, wie die Trennung der Alpentäler, erst neuzeitliche Technik den Raum zusammenwachsen läßt,

und dann durch wissenschaftliche Synthese, wie Eugen Hubers « Geschichte und System des Schweizerischen Privatrechts », die Voraussetzungen eines einheitlichen Rechts aufgedeckt werden. Das geschieht schneller, wenn frühzeitig eine starke Zentralgewalt, wie das französische Königtum, entsteht und unter Zurückdrängung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten des Adels durch die Königsgerichte eine einheitliche Rechtsprechung unter Bevorzugung einer Coutume, der von Paris, durchsetzt. So entsteht die Kodifikation im Rahmen des modernen Staats, das interne Recht durch Gesetzgebung vereinheitlichend, Ausdruck der Integration des staatlichen Lebens.

Das entgegengesetzte Bild bietet sich uns noch heute im Völkerrecht: regionales Gewohnheitsrecht, selbst wenig allgemeines Gewohnheitsrecht, Vertragsrecht, das nur die Beteiligten bindet, keine Kodifikation. Dieser Zustand spiegelt den geringen Grad der Integration des internationalen Rechtslebens wider. Der Mangel einer Zentralgewalt erklärt das Fehlen der Kodifikation. Das Überwiegen regionalen Gewohnheits- und Vertragsrechts beruht darauf, daß eben die Regelung durch einheitliches Recht vom kleinen zum großen Kreise aufsteigt, vom lokalen zum nationalen, vom regionalen im internationalen Rechtsleben zum kontinentalen oder gar erdumfassenden Kreise.

Das sogenannte Internationale Privatrecht steht in der Mitte zwischen nationalem internem Recht und dem internationalen Recht. Denn einerseits ist es ein nationales Recht, weil es von der nationalen Rechtsordnung herrührt; andererseits regelt es internationale Tatbestände. Da die internationale Verknüpfung durchschnittlich geringer ist als die im nationalen Rechtskreis, ist die Erfassung des internationalen Privatrechts durch Kodifikation hinter derjenigen des internen Rechts zurückgeblieben. Andererseits ist sie entwickelter als die Kodifikation im Völkerrecht, weil die Ordnung des internationalen Privatrechts heute von einer zentralisierten Rechtsordnung, nämlich den einzelstaatlichen Rechtsordnungen, ausgeht.

Diese Zwischenstellung des internationalen Privatrechts wirkt sich noch in einer anderen Richtung aus: bei der Regelung der internen Tatbestände steuert die Rechtsordnung direkt auf ihr Ziel los. Sie ordnet den Tatbestand durch Vorschriften materiellen Rechts. Denn sie muß ja für alle diese Fälle des normalen, nationalen Rechtslebens die inhaltliche Regelung selbst vornehmen. Die internationalen Tatbestände sind verhältnismäßig seltener und spielen sich sozusagen am Rande des allgemeinen Rechtslebens ab. Daher begnügt sich die Rechtsordnung zumeist damit, nur eine wegleitende Verfügung zu treffen. Sie ordnet nur an, ob das einheimische oder ein ausländisches Recht auf den internationalen Tatbestand angewendet werden soll. Das technische Mittel, das hierzu dient, ist die Bestimmung der Anknüpfung — Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Ort der Handlung, Erfüllungsort. Auf diese Weise kommt die Rechtsordnung dazu, materiell entweder einheimisches oder fremdes Recht heranzuziehen. Das materielle Recht wird, wie man sagt, durch Konfliktsnormen bestimmt.

Diese Bezeichnung geht auf eine weitverbreitete Auffassung zurück, die dahingeht, daß beim internationalen Tatbestand ein Konflikt zweier Souveränitäten vorliege. Man nimmt an, daß zum Beispiel, wenn ein Ausländer einen Rechtsakt im Lande vornimmt, die Rechtsordnung des Landes, wo die Handlung vollzogen wird, aus der Gebietshoheit, die Rechtsordnung seines Heimatstaates aus der Personalhoheit zur Regelung dieses Falles befugt sei, also ein Konflikt der Kompetenz zweier Staaten vorliege. Daran ist soviel richtig, daß die Kompetenzen aus der Personalhoheit eines Staates und der Gebietshoheit eines andern Staates sich überschneiden können. Aber es liegt kein völkerrechtlicher Kompetenzkonflikt vor, denn nach dem heutigen Stande des Völkerrechts ist jeder einzelne Staat befugt, das Recht zu bestimmen, das seine Organe anwenden. Es unterliegt also einzelstaatlichem Ermessen, die Anwendung einheimischen oder fremden Rechts anzuordnen. Hierbei

ist jede Rechtsordnung souverän, die Anknüpfungspunkte zu bewerten, jedenfalls wenn überhaupt ein Anknüpfungspunkt vorliegt, um die Anwendung eines Rechts, sei es aus der Gebiets-, sei es aus der Personalhoheit, zu rechtfertigen. Es liegt also kein Souveränitätskonflikt vor; vielmehr tritt nur durch die Überlassung der Entscheidung der Rechtsanwendung an die einzelstaatliche Rechtsordnung nach geltendem Völkerrecht eine andere Folge ein: die eventuelle Verschiedenheit der Beurteilung des Falles in verschiedenen Ländern. Stirbt zum Beispiel ein Deutscher mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, und besitzt er u. a. auch Liegenschaften in England, so wird die Erbfolge von einem schweizerischen, deutschen oder englischen Gericht verschieden beurteilt. Das schweizerische Gericht wendet auf die ganze Erbschaft schweizerisches Recht als das des letzten Wohnsitzes an, das deutsche Gericht deutsches Recht als das der Staatsangehörigkeit, das englische Gericht auf den Mobiliarnachweis schweizerisches Recht als das des letzten Wohnsitzes, englisches Recht auf den in England gelegenen Immobiliarnachlaß unter Anwendung der *Lex rei sitae*. So können die Erbteile der Ehegatten oder eines außerehelichen Kindes völlig verschieden berechnet werden.

Auch der oft verwendete Ausdruck Kollisionsrecht trifft nicht absolut zu. Denn die einzelstaatliche Rechtsordnung braucht sich nicht damit zu begnügen, bloß eine sogenannte Kollisionsnorm aufzustellen. Sie kann auch den internationalen Tatbestand durch spezielles materielles Recht ordnen. Bestimmt zum Beispiel ein Börsengesetz, daß gewisse Termingeschäfte ungültig seien, wenn sie unter Inländern geschlossen werden, aber gültig, wenn sie an einer ausländischen Börse oder unter Ausländern getätigt werden, so wird materielles Sonderrecht für einen internationalen Tatbestand geschaffen. In Frankreich läßt die Rechtsprechung die Goldklausel bei internationalen Verträgen zu, nicht dagegen bei internen Verträgen. Ist bestimmt, daß eine Zahlung an eine im Ausland befindliche Person nicht an diese unmittelbar erfolgen dürfe, sondern

nur durch Einzahlung bei einer staatlichen Verrechnungsstelle, so wird hier der Zahlungsmodus für einen internationalen Tatbestand besonders geregelt. Es handelt sich hierbei keineswegs um eine sogenannte Konfliktsform; denn diese Zahlungsregelung gilt ganz unabhängig davon, ob der Tatbestand einheimischem oder fremdem Recht unterliegt. So kann zum Beispiel bei einem Kauf oder einer Hypothekenbewilligung je nach Anwendung des Rechts des Wohnsitzes des Gläubigers oder des Schuldners oder des Rechts der Lage der Liegenschaft für die Frage des Verzuges einheimisches oder fremdes Recht zur Geltung kommen. Der Zahlungsmodus bleibt den Clearingbestimmungen auf alle Fälle unterworfen.

Derartiges materielles Sonderrecht kann durch Gesetz bestimmt werden, wie zum Beispiel die eben erwähnten Clearingbestimmungen, oder durch Gewohnheitsrecht, so zum Beispiel mitunter in der Frage der Gültigkeit der Goldklausel.

Ergebnis unserer bisherigen Betrachtungen ist also: Der nationale Richter wendet auf internationale Tatbestände gewöhnliches einheimisches Recht oder Spezialrecht für internationale Tatbestände oder ein bestimmtes fremdes Recht an. Seine Entscheidung entnimmt er seiner nationalen Rechtsordnung. Diese stellt ihm entweder eine gesetzliche Regelung zur Verfügung, oder er wendet, und zwar verhältnismäßig in größerem Umfange als im internen Recht, Gewohnheitsrecht an. In der Regel ist nur eine begleitende Norm (Kollisionsnorm, Konfliktsnorm) gegeben, seltener materielles Spezialrecht. In allen Fällen ist der nationale Richter auch beim internationalen Tatbestand, weil er Organ der einzelstaatlichen Rechtsordnung ist, an die Beurteilung gebunden, welche diese ihm vorschreibt.

Es kann sich daher nicht darum handeln, daß der Richter völlig frei in der Rechtsschöpfung sei, wenn und weil es sich um einen internationalen Tatbestand handelt. Vielmehr hängt auch hier das Maß, in welchem er Recht schöpfen kann, vom nationalen Rechtssystem ab. Dies gibt

ihm im anglo-amerikanischen Rechtskreis eine weitgehende Möglichkeit, das Gewohnheitsrecht durch Rechtsprechung fortzubilden, während die kontinentalen Rechtssysteme ihm zumeist die bescheidenere Rolle der Gesetzesanwendung und Auslegung zuweist. Aber selbst in diesen Rechten besteht noch ein weites Feld in der Handhabung des Gesetzes. Gerade bei der Beurteilung internationaler Tatbestände ist die Regelung durch Gesetz so mangelhaft, daß hier eine besonders schwierige Aufgabe für den Richter erwächst. Durch die Tatsache, daß ein internationaler Tatbestand fast immer in die Regelung durch eine nationale Bestimmung hineingezwängt wird, entsteht eine Situation, die dem Tatbestande nicht gerecht werden kann. Denn das einheimische Recht ist naturgemäß auf seine normalen Fälle zugeschnitten und paßt nicht ohne weiteres auf den internationalen Fall. Um so sorgfältiger muß wenigstens die Wahl getroffen werden, welches Recht angewendet werden soll.

Hier hat das sogenannte internationale Privatrecht im ganzen Verlaufe seiner Geschichte arg gesündigt. Zunächst hat man vom 13. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts versucht, durch die Statutenlehre das anzuwendende Recht zu bestimmen. Man glaubte, an die Person und die Sache ein Personalstatut und ein Realstatut anknüpfen zu können. Dabei ergaben sich sofort Schwierigkeiten. Bei Verträgen unterstand jede Person ihrem Personalstatut, so daß eine einheitliche Rechtsanwendung unmöglich wurde. Der Vertrag wurde deshalb aus dem Personalstatut herausgenommen und dem Recht des Abschlußortes unterstellt. Bei der Beziehung einer Person zu einer Sache entstand alsbald die Frage, ob das Personal- oder Realstatut anzuwenden oder ein Statutum mixtum besonders zu schaffen sei, wodurch die Unklarheit sich nur vermehrte.

Die Abkehr von der Statutenlehre führte zur Neufundierung des internationalen Privatrechts durch Savigny: Unterstellung der Person unter das Recht der Staatsangehörigkeit, der Sache, der beweglichen und unbeweglichen, unter das Recht der Ortslage und der Obligation unter das

Recht ihres Sitzes, der im Erfüllungsort liegen sollte. Diese neue Lehre hatte den großen Vorzug, den untauglichen Versuch der Einordnung jedes Rechtsverhältnisses in die Einteilung Personal- und Realstatut aufzugeben. Sie setzte aber zwei Fehler der bisherigen Rechtssystematik fort. Auch sie knüpfte an zwei isoliert gesehene Dinge der Außenwelt, die Person und die Sache, als Grundlagen an. Auch sie suchte für die Anknüpfung äußerlich wahrnehmbare Momente des Tatbestandes. Es wurde nur die Herrschaft des Abschlußortes zum Teil, für die Wirkungen des Vertrages, durch den Erfüllungsort ersetzt. Beiden Anknüpfungsmomenten — Abschlußort und Erfüllungsort — haftet der Fehler an, schwer qualifizierbar zu sein, beiden auch, nur ein Teilmoment im Gesamtablauf des Vertrages zu sein. Der Erfüllungsort hat noch den weiteren Nachteil, für die einzelnen Vertragsleistungen verschieden zu sein und daher zu einer Zerreißung der Rechtsanwendung auf ein einheitliches Vertragsverhältnis zu führen. Die Lokalisierung des Vertrags ist schließlich eine grob-materialistische Auffassung, die eine Beziehung, die in der menschlichen Vorstellung besteht, verkörperlicht und ihr einen räumlichen Sitz beilegt, eine Relation, die man einer Person oder einer Sache als Gegenstände der Außenwelt wohl beilegen kann, nicht aber einer Idee.

Diese Lehre, die das 19. Jahrhundert hindurch herrschte, gemischt noch mit Vorstellungen, die aus der Statutenlehre mitgeschleppt werden, wird heute in ihren Schwächen erkannt. Man beginnt — so insbesondere das schweizerische Bundesgericht und die amerikanische Doktrin — den engsten Zusammenhang des Rechtsverhältnisses mit einem Lande zu suchen, in dem man die einzelnen Anknüpfungspunkte, die der Tatbestand aufweist, untersucht. Damit kommt man tatsächlich dem Wesen des Rechtsverhältnisses näher, von dem Savigny schon richtig gesprochen hatte, ohne es aber zu treffen, weil er an äußeren und isolierten Elementen des Tatbestandes, wie Person, Sache, Erfüllungsort, haftenblieb.

Dem nationalen Richter muß statt dieser verfehlten Lösung eine Theorie zur Verfügung gestellt werden, durch die er für den internationalen Tatbestand eine innerlich gerechtfertigte Entscheidung finden kann. Eine solche Theorie kann nicht von dem Menschen und der Sache als isolierten Erscheinungen der wahrnehmbaren Außenwelt ausgehen. Mit diesen mag sich die Naturwissenschaft beschäftigen, nicht das Recht, das eine Ordnung des sozialen Lebens ist. Sein Objekt sind daher die Beziehungen zwischen Menschen und Menschengruppen. Die Sache ist hierbei nicht selbständig von Bedeutung — hat deshalb auch kein Realstatut. Sie ist nur insoweit erheblich, als sie für die sozialen Beziehungen von Menschen und Menschengruppen bedeutsam ist, also die Menschen ihre Verfügungsbefugnisse über einen Gegenstand der Außenwelt untereinander abstimmen wollen.

Soweit nun die Beziehung der Menschen sich innerhalb des Staatsgebiets und unter Konationalen abspielt, entsteht keine Schwierigkeit. Das interne Recht ist bestimmt, diese Beziehung zu ordnen. Bei internationalen Tatbeständen zwingt uns der heutige Rechtszustand des Nebeneinanderbestehens so vieler einzelstaatlicher Rechtsordnungen, als es Staaten gibt, an die einzelstaatliche Rechtsordnung ein Postulat zu stellen: wenn sie sich nicht entschließt, für den internationalen Tatbestand materielles Spezialrecht zu schaffen, so sollte die Wahl des anzuwendenden Rechts sich nicht nach äußerlichen Momenten richten, die nichts mit der Eigenart des Rechtsverhältnisses zu tun haben. Es kommt deshalb nicht darauf an, wo etwa zufällig ein Brief in den Briefkasten gesteckt wird, auch nicht darauf, ob der Kunde den Kaufmann anruft oder der Kaufmann den Kunden. Es sollte auch nicht darauf ankommen, ob zwei Geschäftsleute sich am Orte X oder Y treffen, um einen Vertrag zu schließen. Weder der Briefkasten noch die Telefonzelle noch das Hotelrestaurant haben irgendeine Bedeutung für die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten. Diese Beziehungen können nicht

erfaßt werden, isoliert gesehen aus Abschlußort oder Erfüllungsort oder sonstigen Teilelementen des Rechtsverhältnisses. Vielmehr muß der Gesamtinhalt der rechtlichen Beziehung geprüft werden. Dieser allein kann die Erkenntnis herbeiführen, welchem rechtlich geordneten Lebenskreise die fraglichen Beziehungen zuzuordnen sind. Nun kann und wird, da ein internationaler Tatbestand zu mehr als einem nationalen Rechtskreis Anknüpfungen hat, die Zuteilung an einen bestimmten Rechtskreis nicht ohne weiteres erfolgen. Um die notwendige Zuordnung vorzunehmen, bedarf es vielmehr der Ermittlung dessen, was für den Tatbestand charakteristisch ist. Dieser charakteristische Inhalt besteht nicht in Äußerlichkeiten, sondern in der Funktion des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses im Rechtsleben.

Diese Funktion ist in wichtigsten Fällen verhältnismäßig leicht zu erkennen. Eine Handelsobligation besteht in der Übernahme einer Verpflichtung, die dem Handel eigentümlich ist, also in erster Linie in der Übernahme der Verpflichtung, ein Bedürfnis durch Lieferung von Gütern zu befriedigen. Weitere dem Handel wesensgemäße Hilfstätigkeiten sind es, die Ware zu transportieren, zu versichern, einzulagern, Kredit zu gewähren, damit die Bedürfnisbefriedigung ermöglicht wird, usw. Demnach ist Kriterium der Obligation die Übernahme dieser Leistung, nicht aber die Leistung des Kunden, die unterschiedslos in Zahlung von Geld besteht. Charakteristisch ist nicht, wo der Kunde wohnt und welcher Nationalität er ist, auch nicht die Nationalität desjenigen, der die Leistung übernommen hat, sondern die volkswirtschaftliche Funktion, die in der Übernahme der aufgeführten, dem Handel eigentümlichen Leistungen zu erblicken ist. Der Richter wird deshalb das Recht des Ortes derjenigen gewerblichen Niederlassung anzuwenden haben, die diese Leistung übernimmt.

Auch außerhalb des engeren Gebietes der Handelsobligationen ist charakteristisch die berufsmäßige Über-

nahme einer Leistung. Der Arzt, Anwalt, Architekt ist dort, wo er ständig seine Tätigkeit ausübt, ein «Funktionär» des sozialen Lebens. Weil das seine charakteristische Leistung ist, ist das Recht des Ortes der ständigen Berufsausübung anzuwenden, unabhängig vom zufälligen Abschluß des Vertrages oder anderweitiger Ausführung von Teilleistungen. Die Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen hat ihre volkswirtschaftliche Funktion dort, wo die ständige zur Verfügungstellung des Raumes stattfindet. Nationalität des Vermieters oder Mieters ist demgegenüber nicht bedeutsam.

In allen diesen Fällen tritt durch die Anwendung des so von mir vorgeschlagenen «Gesetzes der charakteristischen Leistung» sowohl eine dem wirklichen Wesen des Rechtsverhältnisses entsprechende Rechtsanwendung als auch eine außerordentliche Vereinfachung der rechtlichen Regelung ein. Denn allen Kunden (Klienten, Patienten, Mietern, Kreditnehmern usw.) gegenüber gilt gleiches Recht ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz oder ihre Nationalität, gleiches Recht auch für die gesamten Vertragsbeziehungen, gleichgültig wo der sogenannte Abschlußort liegt. Dieses anzuwendende Recht ist auch für jedermann leicht erkennbar, da der Ort der Übernahme der charakteristischen Leistung (Geschäftsniederlassung, Büro) von vorneherein bekannt ist.

Sind diese Beispiele dem Obligationenrecht entnommen, so hat dieses seinen Grund darin, daß die «obligatio» am einfachsten die Beziehungen zwischen Menschen als Subjekten der rechtlichen Ordnung wiedergibt. Aber das Sachenrecht ist, richtig gesehen, dem gleichen Gesetz des charakteristischen Inhalts unterworfen. Kriterium des Sachenrechts ist die Regelung der Verfügungsbefugnis über eine Sache allen anderen Menschen gegenüber. Da die unmittelbare Ausübung der Verfügung über eine Sache dort stattfindet, wo sie sich befindet, ist die Lage der Sache charakteristisch. Bei Immobilien ist dies so klar, daß niemandem einfällt, die rechtliche Regelung der Befugnisse

in Beziehung auf ein in der Schweiz gelegenes Grundstück etwa fremdem Recht zu unterstellen, weil der Eigentümer Ausländer ist. Bei der beweglichen Sache lag die Beurteilung nicht so einfach. Ehemals galt der Satz: «*mobilia sequuntur dominum*». Das hatte solange seinen guten Grund, als das bewegliche Vermögen für das Volksvermögen im Verhältnis zum Grundbesitz bedeutungslos war, besonders aus Kleidung, Schmuck, Bewaffnung bestand und vom Eigentümer mit sich geführt wurde. Soweit es sich umgekehrt um Hausgerät und Vieh handelte, trat schon durch den Zubehörcharakter zur örtlichen Wirtschaft umgekehrt die lokalisierte Beziehung zu Tage. Die kapitalistische Aera hat eine weitere Wandlung herbeigeführt. Das bewegliche Vermögen ist ein dem Grundbesitz ebenbürtiger oder gar überlegener Bestandteil der Volkswirtschaft geworden. Deshalb übt jetzt auch das bewegliche Gut seine Funktion da aus, wo es sich befindet. Wie wahr das ist, ergibt sich besonders in Notzeiten aus Ausfuhr- und Clearingbestimmungen, durch die sogar dem rechtmäßigen Eigentümer untersagt ist, derartige Werte, ohne Genehmigung, der nationalen Wirtschaft zu entfremden, eben weil sie wichtige Bestandteile derselben sind. Es ist daher nur rechtslogisch, daß heutzutage die Rechtsanwendung hinsichtlich beweglicher Sachen auch gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich nach der Ortslage der Sache geregelt wird.

Durch die Theorie des Gesetzes der charakteristischen Leistung wird dem Richter eine Richtlinie an die Hand gegeben, durch die er einem internationalen Fall so weit gerecht werden kann, wie dies überhaupt möglich ist, wenn ein solcher dem gewöhnlichen nationalen Recht untergeordnet werden muß. Diese Richtlinie vermeidet den Fehler eines starren Prinzips, das a priori immer an einen bestimmten Anknüpfungspunkt — Wohnsitz — Staatsangehörigkeit, Ort der Handlung — oder an ein bestimmtes äußerliches Tatbestandselement — Abschlußort, Erfüllungsort — anknüpft und damit der Eigenart der einzelnen Rechtsbeziehung nicht gemäß ist. Diese Auffassung vermeidet

aber auch gleichzeitig eine Prinzipienlosigkeit, die die Vor-
 aussehbarkeit der Rechtsanwendung und damit die Rechts-
 sicherheit gefährden würde. Es ist somit einerseits eine
 ausreichend feste Basis geschaffen, um die Rechtsanwen-
 dung zu bestimmen; andererseits ist sie elastisch genug, um
 die jeweilige Einordnung des Tatbestandes in das relativ
 am ehesten adäquate Recht zu gewährleisten. Denn die
 Anwendung eines fremden Rechts überhaupt hat heute
 nicht den Sinn, vor einer fremden Souveränität zurück-
 zuweichen, sondern den Sinn, das richtige Recht oder —
 da in der Unterstellung eines internationalen Tatbestandes
 unter ein nationales Recht immer eine erzwungene Lösung
 liegt — das relativ richtigste Recht anzuwenden. Man kann
 wohl durchschnittlich davon ausgehen, daß dasjenige
 Recht, mit dessen Lebenskreis ein Tatbestand nach seinem
 charakteristischen Inhalt am meisten verbunden ist, am
 ehesten berufen ist, ihn zu ordnen. Denn jedes Recht ist
 bemüht, die richtige Ordnung seines Lebenskreises vorzu-
 nehmen, und hat für diesen seine Erfahrung. Die Verschie-
 denheit der Rechte beruht ja letzten Endes darauf, daß die
 sozialen Beziehungen örtlich und zeitlich verschieden ge-
 staltet sind und daß das einzelne Recht jeweils das passende
 Kleid für den sozialen Körper sein soll und will.

Soweit zur Rechtsanwendung durch den nationalen
 Richter.

II.

Der Unterschied zwischen nationaler und internatio-
 naler Gerichtsbarkeit beruht auf folgendem: der nationale
 Richter ist Organ der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Er
 hat demnach auch den internationalen Fall nach den Vor-
 schriften dieser seiner Rechtsordnung zu entscheiden. Be-
 steht zwischen seinem Staat und einem andern Staat ein
 Vertrag, der die Zuständigkeit oder die materielle Rechts-
 anwendung regelt, so wendet er diesen Vertrag an, wenn
 und soweit dieser Bestandteil der einzelstaatlichen Rechts-
 ordnung geworden ist. Das kann bekanntlich in verschie-

dener Weise geschehen, sei es, daß nach der Verfassung des Landes die internationale Verpflichtung ohne weiteres als beachtliche Rechtsquelle erklärt wird oder das internationale Recht als Bestandteil auch der nationalen Rechtsordnung angesehen wird (Local law theory), sei es, daß es einer besonderen Umwandlung der internationalen Verpflichtung in ein nationales Gesetz bedarf. Dieses Problem der Transformation kann hier außer Betracht bleiben.

Ganz anders gestaltet sich die Sach- und Rechtslage vor dem internationalen Richter. Wir müssen uns zuerst klar werden, wer ein internationaler Richter ist. Das kann zunächst am einfachsten negativ bestimmt werden: derjenige, der nicht ausschließlich Organ einer einzelstaatlichen Rechtsordnung ist. Daraus folgt für die Rechtsanwendung zunächst wieder eine Negative: jedenfalls ist für einen solchen Richter nicht ein bestimmtes einzelstaatliches Recht verbindlich.

Um die Natur der Gerichtsbarkeit zu erkennen, ist es sodann erforderlich, zu untersuchen, wer das Gericht bestellt hat. Das können Staaten, das können Privatpersonen sein. Im ersten Falle liegt eine internationale Vereinbarung im engeren Sinne, dem des konservativen Völkerrechts, vor. Eine zwischenstaatliche Abmachung schafft hier ein gemeinschaftliches rechtsprechendes Organ. Man spricht deshalb auch von einer Zusammenlegung der Souveränität. Jedenfalls kann nicht zweifelhaft sein, daß die Vertragsschließenden befugt sind, das Maß der Zuständigkeit dieses Richters, das von ihm anzuwendende materielle Recht und Verfahren zu bestimmen. Im zweiten Falle, dem eines privaten internationalen Gerichts (Schiedsgericht), richten sich Zuständigkeit, Grundsätze des Verfahrens und der Anwendung materiellen Rechts auch nach der Vereinbarung, aus der das Gericht seine Befugnis entnimmt. Aber hier besteht eine wesentliche Einschränkung. Die Rechtsouveränität der Einzelstaaten ist heute so stark, daß die einzelnen Personen sich nicht ohne weiteres der Rechts-
hoheit des Landes, dessen Staatsangehörige sie sind oder

in dem sie wohnen, entziehen können. Die einzelnen Staaten erklären in mehr oder minder großem Umfange die Prorogation auf ein internationales Gericht für unzulässig. Hierbei spielt schon die Frage eine wichtige Rolle, ob ein Rechtsstreit im Lande selbst überhaupt dem zuständigen ordentlichen Gericht entzogen werden kann, also private Schiedsgerichtsbarkeit in casu zulässig ist. Soweit dies nicht der Fall ist, ist die Abgabe an eine ausländische und ebenso an eine internationale Stelle erst recht unzulässig. Aber selbst wenn die einzelstaatliche Rechtsordnung bereit ist, innerhalb des Landes eine andere Instanz als das staatliche Gericht zuzulassen, so ist damit doch nicht gesagt, daß sie diese Konzession einer außerhalb ihrer Gebietshoheit tätig werdenden Instanz zu machen bereit ist. So läßt zum Beispiel das italienische Recht selbst die Prorogation auf ein ausländisches staatliches Gericht — ebenso natürlich auf ein ausländisches Schiedsgericht — zwischen Italienern, vorbehaltlich Staatsverträgen, nicht zu, sondern nur zwischen Ausländern und zwischen einem Ausländer und einem nicht in Italien residierenden Italiener (Art. 2 cod. di proc.). Folge ist, daß Urteile solcher Instanzen der staatlichen Hilfe, die zu ihrer Vollstreckung im Lande bei Nichterfüllung des Urteils erforderlich wäre, nicht teilhaftig werden. Da das Ansehen der privaten Schiedsgerichte oft so groß ist, daß der Spruch ohne Zwang erfüllt wird, ist ihr Wirkungskreis trotz derartiger Hindernisse heute praktisch doch sehr groß.

Internationale Gerichte oder Schiedsgerichte können institutionell oder occasionell sein. In der Satzung des institutionellen und der Vereinbarung eines occasionellen Gerichtes kann gesagt sein, welches Recht anzuwenden ist, und dadurch eine bindende Norm für die Beurteilung geschaffen werden. Fehlt eine solche, so kann sich die Rechtsanwendung aus den Umständen des Falles ergeben. Es kann eine klare Erklärung der Parteien vorliegen, aus der sich ergibt, unter welches Recht sie ihre Rechtsbeziehungen gestellt haben. Der Parteiwille kann sich auch

konkludent ergeben, insbesondere aus der Art der Fassung ihrer Abmachungen, Verwendung von Formularkontrakten, Bezugnahme auf gesetzliche Bestimmungen, Klauseln, Handelsbräuche. Aus derartigen Momenten kann entnommen werden, welchem nationalen Recht das Rechtsverhältnis zu unterstellen ist. Bei typisch internationalen Geschäften, wie zum Beispiel Überseetransporten, spielen die Handelsbräuche und Klauseln, die oft eingehend allgemein fixiert sind, eine entscheidende Rolle. Ihre Anwendung, Auslegung und Fortbildung sind deshalb eine Hauptaufgabe internationaler Schiedsgerichte.

Schwierigkeiten entstehen, wenn nichts in den Satzungen eines institutionellen oder in der Schiedsabrede eines occasionellen Schiedsgerichtes über die Rechtsanwendung gesagt ist. Die Parteien gehören meist verschiedenen Rechtskreisen an. Nicht immer haben beide die Anwendung desselben Rechts gewollt. Oft haben sie sich gar nichts über die Rechtsanwendung gedacht. In solchen Fällen ist das Suchen nach einem vermutlichen Parteiwillen ein Selbstbetrug des Gerichts. Es wird etwas fingiert, was gar nicht bestanden hat. Hier tritt vielmehr die Aufgabe des Gerichts zutage, die mangelhafte Rechtsbildung durch die Parteien zu ergänzen. Der Richter muß die Rechtsgrundsätze schaffen, die den Beziehungen der Parteien gemäß sind. Eine solche richterliche Rechtsschöpfung ist der anglo-amerikanischen Rechtswelt selbstverständlich. Im kontinental-europäischen Rechtsleben ist man heute so an gesetztes Recht gewöhnt, daß der Richter scheinbar nur Handlanger der Anwendung der geschriebenen Norm ist. Tatsächlich geht doch aber auch hier die moderne Rechtsprechung darüber hinaus. In ständiger Anpassung an die veränderten Verhältnisse schöpft der Richter in der Art der Auslegung des Gesetzes jeweils Recht für den Einzelfall, und dieses Recht kann sich durch konforme Anwendung im Wiederholungsfall praktisch als eine richterliche Rechtsschöpfung auswirken, die tatsächlich erst dem geschriebenen Recht die praktische Wirkung verleiht. So versinkt ein

Gesetzesartikel durch Einengung des Gebrauchs oder gar vollständige Nichtbenutzung, und ein anderer wird durch Ausweitung der ihm zugrunde liegenden Rechtsidee in der Rechtsprechung zum Ausgangspunkt einer bei Abfassung des Gesetzes in keiner Weise vorausgesehenen Rechtswicklung, wie etwa die *Théorie du risque* im Anschluß an den Art. 1384, Absatz 1, Code civil, oder der Schutz des Gewerbebetriebes im Anschluß an § 823 BGB entstanden ist.

Nun ist der internationale Richter, falls er nicht durch Satzung oder Vereinbarung der Parteien an ein nationales Rechtssystem gebunden ist, frei. Das bedeutet nicht Phantasieren im luftleeren Raum. Der Tatbestand, der zur Beurteilung steht, hat ja immer irgendwelche Beziehungen zu nationalen Rechtssystemen. Das Gericht kann bei Würdigung des Tatbestandes zu dem Ergebnis kommen, daß er die engste Fühlung mit einem bestimmten nationalen Rechtskreis habe. Es wendet deshalb dieses Recht an. Dabei ergibt sich die weitere Frage, ob ausschließlich das materielle Recht jenes Landes anzuwenden ist oder auch das internationale Privatrecht des fraglichen Landes. Soweit dieses ausnahmsweise materielles Sonderrecht in dem von uns dargelegten Sinne ist, wird es zu beachten sein. Denn es geht ja gerade von der speziellen Situation aus, ist auf diese zugeschnitten und kann daher als die zweckentsprechende Regelung angesehen werden. Anders liegt es bei den sogenannten Konfliktnormen. Hier geht die Auswahl der Anknüpfungspunkte und ihrer Bewertung subjektiv von der Auffassung des einzelnen Landes aus und braucht daher keineswegs für das internationale Gericht vorbildlich zu sein. Nur soweit ein Staatsvertrag zwischen den beteiligten Ländern besteht, so zum Beispiel das Intestaterbrecht betreffend die beiderseitigen Staatsangehörigen nicht nach dem letzten Wohnsitz, sondern nach der Staatsangehörigkeit zu behandeln, ist ein solches internationales Abkommen bindend. Im übrigen ist aber ein internationales Gericht frei, die Anknüpfungspunkte seinerseits so zu bewerten, wie es dies für richtig befindet, unabhängig von

dem einzelstaatlichen, internationalen Privatrecht. Ich glaube, daß die Feststellung des charakteristischen Inhalts des Rechtsverhältnisses, wie sie im ersten Teile dieser Ausführung dargelegt worden ist, die richtige Methode für das internationale Gericht ist, die Rechtsanwendung zu bestimmen.

Der internationale Richter hat hierbei geringere Schwierigkeiten als der nationale, einmal weil er nicht an eventuell unzweckmäßige, anderweitige Vorschriften eines einzelstaatlichen internationalen Privatrechts gebunden ist, ferner aber auch weil für ihn ein Problem weniger Bedeutung hat, das dem nationalen Richter viel Kopfzerbrechen bereitet. Ich meine das Problem der Qualifikation. Der nationale Richter muß erst untersuchen, welchem Recht er Begriffe wie Wohnsitz, Abschlußort, Erfüllungsort entnehmen soll, weil sie nach herrschender Auffassung die Rechtsanwendung bestimmen. Er muß auch das zur Beurteilung stehende Rechtsverhältnis in die verschiedenen Kategorien klassifizieren, wie güterrechtlicher oder erbrechtlicher Natur, sachen- oder obligationenrechtlicher Natur, weil für diese verschiedenen Rechtsgebiete eine verschiedene Rechtsanwendung vorgeschrieben ist. Nach überwiegender und, wie mir scheint, zutreffender Auffassung geht er hierbei zunächst von dem Begriff in seinem Rechtssystem, der sogenannten *Lex fori*, aus, solange es sich darum bei ihm handelt, zu prüfen, welches nationale Recht angeordnet werden soll. Ein internationales Gericht ist hier in der Lage, selbst den Rechtsbegriff zu bestimmen oder die Klassifizierung, soweit sie überhaupt erforderlich ist, vorzunehmen, da es ja an keine nationale Rechtsordnung gebunden ist. So hat zum Beispiel der Internationale Ständige Gerichtshof den Begriff des Wohnsitzes im Urteil Nr. 7 selbst qualifiziert.

Der internationale Richter hat aber noch einen anderen Vorteil. Er ist nicht genötigt, ein bestimmtes, nationales Recht ausschließlich und in vollem Umfange anzuwenden. Er kann ruhig zu dem Ergebnis kommen, daß der Tatbe-

stand nicht in solchem Maße einem bestimmten nationalen Rechtskreis überwiegend angehört, daß gerade dieses Recht allein berufen ist, den Fall zu regeln. Im Gegensatz zum nationalen Richter ist der internationale frei, aus mehreren nationalen Lösungen durch Mischung oder Weiterentwicklung zu einer neuen Lösung zu gelangen, die der Eigenart des internationalen Falles in höherem Grade gerecht wird. Er kann so über das positive nationale Recht eines einzelnen Landes hinausgehen. Er kann beispielsweise auch Regelungen übernehmen, die die beteiligten Kreise, zum Beispiel internationale Transporteure, Autoren, als zweckmäßigste erkannt haben, ohne bisher die Verankerung in einem nationalen Recht erreicht zu haben. Ebenso kann neuen Rechtsgedanken im Anschluß an Handelsbräuche, Entschließungen von Fachverbänden oder internationalen Kongressen zum Durchbruch verholfen werden. Das internationale Gericht ist hier elastischer als die innerstaatliche, insbesondere kontinentaleuropäische Justiz. Diese ist immerhin in hohem Grade an die staatliche Rechtssetzung gebunden, die sich in der umständlichen Form der Annahme und Verkündung eines Gesetzes vollzieht und oft den Ereignissen nachhinkt. Der Akt der Gesetzesänderung bedarf immer eines großen Kraftaufwandes und stößt auf viel größere Widerstände als die unmerkliche Wandlung des Rechts durch ein allmähliches Überleiten in der Rechtsprechung.

So ist das internationale Gericht in hohem Grade geeignet, der Rechtsentwicklung zu dienen. Die richterliche Rechtsschöpfung kann sich überaus ersprießlich auswirken. Voraussetzung ist natürlich enge Fühlungnahme mit der Rechtswirklichkeit, die aber zumeist schon in der Auswahl der Richter gewährleistet wird. Erforderlich ist allerdings, daß das internationale Gericht nicht nur gelegentlich tätig wird, sondern ihm eine genügende Anzahl von Fällen zur Behandlung zugeleitet wird. Denn nur eine ständige Fühlung mit der sich fortlaufend wandelnden Wirklichkeit bietet eine Garantie für richtige Rechtsanwendung, und

nur die Ausbildung einer konstanten Praxis eine ausreichende zuverlässige Rechtsbasis. Die Rechtssicherheit, die durch das geschriebene Recht gefördert ist, ist ein zu wichtiges Rechtsgut, als daß es durch eine bloße Gelegenheitsrechtsprechung ersetzt werden kann. Eine verhältnismäßige Voraussiehbarkeit der Entscheidung durch eine ständige Praxis ist auch für alle beteiligten Kreise notwendig, um den Rechtsfrieden sicherzustellen und eine Unzahl von Streitfällen zu vermeiden. Eine ständige Entscheidungspraxis gibt die nötige Einsicht in die Rechtslage und führt dazu, nur solche Fälle vorzulegen, in denen neue Situationen oder Zweifelsfragen geklärt werden sollen, und nur ausnahmsweise eine schon entschiedene Frage erneut zur Entscheidung zu stellen, weil sich inzwischen die Verhältnisse und mit ihnen die Auffassung verändert haben könnten.

Mit diesen Ausführungen wird keineswegs der Mißachtung der Anwendung nationalen Rechts und insbesondere nationaler Gesetze das Wort geredet. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß das internationale Gericht sich nicht in der Zwangsjacke befindet, à tout prix ein nationales Gesetz anwenden zu müssen. Sehr oft mag die Anwendung eines bestimmten nationalen Gesetzes angebracht sein, weil der Tatbestand diesem Rechtskreis zweifelsfrei am nächsten steht. Aber der internationale Fall wird durch das gewöhnliche interne Recht eines Staates, wie schon ausgeführt, nicht immer richtig gewürdigt, weil dieses ja auf den internen Fall ausgerichtet ist. Deshalb ist die Freiheit des internationalen Richters, an das nationale Rechtssystem nicht gebunden zu sein, ein sehr wertvolles Element zur richtigen Behandlung eines internationalen Tatbestandes. Gerade um seinem Charakter gerecht zu werden, kann das Gericht das nationale Recht dem Fall gemäß zurechtbiegen oder eine andere, geeignetere Lösung durch Mischung mehrerer Rechte herauskristallisieren. Auf diese Weise ist ja auch im Lande selbst verschiedenes lokales Recht zusammengewachsen, indem eine gemeinschaftliche brauchbare Regelung gesucht und gefunden worden ist.

Bestellen die Staaten selbst internationale Gerichte zur Erledigung privatrechtlicher Streitigkeiten in internationalen Fällen, so gelten die skizzierten Grundsätze in gleicher Weise. Es besteht nur noch der große Vorzug, daß hier der Vollstreckung des Urteils Hindernisse der nationalen Gesetzgebung nicht entgegenstehen werden, wie sie bei Entscheidung privater Schiedsgerichte vorhanden sind, soweit nicht internationales Vertragsrecht, wie das Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln im Handelsverkehr und die Konvention über die Vollstreckung ausländischer Schiedsurteile helfend eingreift. Aber eine solche Einrichtung internationaler Gerichte für privatrechtliche Streitigkeiten seitens der Staaten stößt sich an der sehr betonten Tendenz, die Gerichtsbarkeit als Prärogative des einzelnen Staates zu wahren. So müssen zum Beispiel auch Prozesse auf Grund internationaler Abkommen, wie dem über die Eisenbahntransporte, vor die nationalen Gerichte gebracht werden, mit der Gefahr der verschiedenen Auslegung in den einzelnen Ländern und ohne eine für die Rechtseinheit sorgende gemeinsame oberste Instanz. Hier stehen wir noch in den Anfängen der Entwicklung. Gegenüber der Vereinheitlichung der Justiz ist die Empfindlichkeit noch stärker als gegenüber der Vereinheitlichung des materiellen Rechts, das immerhin durch die eigenen Instanzen angewendet wird.

Die Organisation einer internationalen Justiz hat sich eher noch zur Beurteilung völkerrechtlicher Differenzen angebahnt. Auch bei ihnen ist nicht selten ein Zurückgreifen auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder gar solche des Privatrechts erforderlich. Die Anwendung der völkerrechtlichen Grundsätze selbst enthält naturgemäß weniger Parallelen zu der Rechtsanwendung vor dem nationalen Richter als diejenige privatrechtlicher Grundsätze. Immerhin bestehen auch hier gewisse Berührungspunkte. Es ist bereits im ersten Abschnitt erwähnt, daß das interne Recht in stärkerem Maße kodifiziert ist als das internationale Privatrecht, trotzdem dieses noch nationales Recht ist,

aber doch dasjenige, das internationale Tatbestände regelt. Eine Kodifizierung des Völkerrechts ist bekanntlich bisher nicht erfolgt. Vielmehr tritt im Völkerrecht an Stelle des Gesetzesrechtes als «gesetztes» Recht das Vertragsrecht, das immerhin seinen Niederschlag in einer fixierten Vereinbarung zwischen den Staaten findet. Parallel zum Verhältnis von vereinheitlichtem nationalem und verschiedenem regionalem Gesetzesrecht steht im Völkerrecht das Verhältnis von allgemeinem Vertragsrecht, an dem eine große Anzahl über die Erde verteilter Staaten beteiligt ist, und speziellem Vertragsrecht, das nur zwischen zwei oder wenigen Staaten besteht. Wie im nationalen Recht neben dem Gesetzesrecht Gewohnheitsrecht steht, ist auch im Völkerrecht neben dem Vertragsrecht das Gewohnheitsrecht Rechtsquelle, und zwar entweder regional begrenztes oder allgemeineres Gewohnheitsrecht. Das Vertragsrecht gilt nur unter den Parteien, das Gewohnheitsrecht in dem Kreise, in dem die Befolgung der Gewohnheit als Rechtspflicht empfunden wird. Einzelheiten mögen hierbei Schwierigkeiten bieten, wie die Feststellung eines Gewohnheitsrechtes oder die etwaigen rechtlichen Wirkungen von Verträgen über die Vertragschließenden hinaus. Das sind aber nicht eigentlich Fragen der Rechtsanwendung, sondern der Rechtsauslegung und Erklärung der Begriffe. Die Berücksichtigung der Rechtsprechung der bewährten Lehre seitens des internationalen Richters wirft ähnliche Fragen auf wie im nationalen Recht, so die Frage der bindenden Kraft von Präjudizien, die bekanntlich in den nationalen Rechten verschieden gelöst wird. Hierbei ist eines zweifelsfrei. Das Urteil eines nationalen Gerichts über eine Frage des Völkerrechts kann niemals für ein internationales Gericht bindend sein, da es sich um Organe verschiedener Rechtsordnungen handelt. Die Frage geht nur dahin, wieweit ein internationales Gericht an seine eigenen, anderweit bereits niedergelegten Grundsätze gebunden ist. Diese Frage ist im alten und im neuen Statut des Haager Gerichtshofs — jetzt Art. 59 — negativ beantwortet.

Die Bildung einer konstanten Praxis kann sich durch eine Vielzahl übereinstimmender Entscheide internationaler Gerichte bilden. Zu dieser Rechtsbildung kann auch das Vorliegen übereinstimmender nationaler Urteile führen, ohne aber die internationale Rechtsprechung zu binden. Auch in der Frage der Beachtung der Doktrin, der bewährten Lehre, liegt es in der internationalen Rechtsprechung ähnlich wie in der nationalen. Sie ist ein als Hilfsmittel zur Rechtsbildung heranzuziehendes Element, ohne daß das Gericht an den Ausspruch einer Autorität gebunden ist. Zu einer Entscheidung nach Recht und Billigkeit ist weder der nationale noch der internationale Richter befugt, es sei denn, daß Satzung oder Schiedsabrede ihm diese Befugnis ausdrücklich beilegen.

Liegen insoweit Parallelen in der Anwendung zwischenstaatlichen Rechts durch den internationalen Richter zur Rechtsanwendung seitens des nationalen Richters vor, so besteht eine Eigentümlichkeit der internationalen Rechtsprechung in der Verwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze (*Principes généraux*), wie sie beispielsweise im Statut des Internationalen Gerichtshofes ausdrücklich vorgeschrieben ist. Hier handelt es sich weder um inhaltlich durch Vertrag noch durch Gewohnheitsrecht festgelegte Rechtssätze, sondern um gewisse allgemeine Begriffe und Grundsätze, ohne die ein Rechtssystem nicht auskommen kann. In einem nationalen Recht ist ein solches Zurückgreifen auf allgemeine Begriffe in geringerem Maße erforderlich, weil das Rechtssystem bereits entwickelter als das Völkerrecht ist und insbesondere im Falle der Kodifikation die Rechtsbegriffe im Gesetz enthalten sind. Dagegen muß die Rechtsprechung des Völkerrechts diese Begriffe, wie Vertragsabschluß, Vertragswirkungen, Vertragsverletzungen und Verantwortlichkeit für diese, Schadenersatzpflicht, Rechtskraft, Verjährung, aus dem allgemeinen Reservoir der Rechtsbegriffe der zivilisierten Völker entnehmen. Mitunter ist allerdings auch die Begriffstechnik des nationalen Gesetzes nicht vollendet. So sagt zum Bei-

spiel der erste Paragraph des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches: die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der vollendeten Geburt, vergißt aber dabei, den allgemeinen Grundsatz vorauszuschicken, wie ihn Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches in den drei Worten lapidar ausdrückt: rechtsfähig ist jedermann.

Ein internationaler Gerichtshof kann auch Tatbestände behandeln, bei denen der Staat einen Anspruch gegenüber einem andern Staat geltend macht, aber seinem Verlangen tatsächlich der Anspruch eines seiner Staatsangehörigen zu Grunde liegt. Hier handelt es sich nach außen um einen völkerrechtlichen Anspruch, insoweit als die Verletzung des Rechtes eines Staatsangehörigen mittelbar als Verletzung des Staates angesehen wird. Völkerrechtlich ist hierbei die kompetenzmäßige Begründung, nämlich daß der Staat die Sache vertritt, weil es sich um seinen Staatsangehörigen handelt. Will man aber den Schaden dann feststellen, der durch die Rechtsverletzung entstanden ist, so muß man auf die Ansprüche der Privatperson zurückgehen, um den Schaden substantzieren zu können. Deshalb stellt sich auch hier die Frage nach dem anzuwendenden Recht. Ist die Rechtsanwendung durch einen internationalen Vertrag zwischen den beteiligten Staaten geregelt, so ist dieser Vertrag Bestandteil des für den Fall maßgebenden Völkerrechts, geschaffen durch partielles Vertragsrecht, und besteht eine Freiheit des Gerichts in der Rechtsanwendung nicht. Zutreffend sagt zum Beispiel ein Entscheid des deutsch-rumänischen Schiedsgerichts (Band 4, Seite 842): «le TAM est lié par le traité international qu'il peut interpréter, non réviser.» Soweit eine solche staatsvertragliche Grundlage nicht besteht, hat auch hier das internationale Gericht volle Freiheit, die Rechtsanwendung zu bestimmen, kann sie also nach dem Gesetz der charakteristischen Leistung behandeln.

Soweit ein internationales Gericht nach diesen Grundsätzen ein nationales Recht heranzieht, wird man von ihm nicht die Beherrschung eines jeden nationalen Rechtes er-

warten können. Es hat deshalb zwar das Recht, sich die Kenntnis des anzuwendenden Rechtes *ex officio* zu verschaffen. Es kann aber auch die Mithilfe der Parteien in Anspruch nehmen und ihnen durch Zwischenbeschluß aufgeben, das betreffende nationale Recht nachzuweisen. So hat zum Beispiel das deutsch-rumänische Schiedsgericht in der eben erwähnten Sache dem rumänischen Vertreter aufgegeben darzutun, wann eine bestimmte Ausführungsverordnung seines Landes in Kraft getreten sei.

Die Anwendung des nationalen Rechts hat auch vor dem internationalen Gericht in der Weise zu erfolgen, wie dieses Recht sich nicht nur nach dem Wortlaut des Gesetzestextes darstellt, sondern wie es lebendig in der Rechtsprechung und bewährten Lehre des Landes gehandhabt wird. Eine Grenze besteht hier jedoch. Das so ermittelte Recht ist nicht anzuwenden, wenn es mit der Rechtsauffassung des internationalen Richters schlechterdings nicht vereinbar ist. Hier und hier allein könnte man in Wahrheit von einem *Ordre public international* sprechen, wenn man durchaus sich dieses wenig glücklichen, aber verbreiteten Ausdrucks bedienen will. Klarer ist es, von dem Vorbehalt der Unvereinbarkeit zu sprechen. Denn jede Heranziehung eines Rechtes, die nach der Bewertung der Anknüpfungspunkte normalerweise erfolgt, geschieht unter dem Vorbehalt, daß das Ergebnis dieser Rechtsanwendung in casu nicht für das Rechtsgefühl der entscheidenden Stelle gänzlich unerträglich ist. Die Rechtsauffassung eines internationalen Gerichts hängt nun nicht von der Auffassung eines nationalen Rechts vom sogenannten *Ordre public* ab, sondern von der eigenen Auffassung des internationalen Forums. Diese beruht aber durchaus auf den besonderen Gegebenheiten einer internationalen Auffassung. So wird insbesondere der internationale Richter niemals nationales Recht anwenden, das mit einer internationalen Verpflichtung des fraglichen Landes im Widerspruch steht. Das trifft in erster Linie zu, wenn eine ausdrückliche vertragliche Verpflichtung des fraglichen Landes

zu einer bestimmten Haltung vorliegt, zum Beispiel zum Minoritätenschutz. Das ist aber auch der Fall, wenn das nationale Recht einem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht oder allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts widerspricht. Zu diesen Grundsätzen kann man vielleicht auch die Zubilligung gewisser Mindestrechte rechnen. Bleiben die nationalen Rechte hinter derartigen Grundsätzen zurück, so sind sie insoweit unanwendbar, und ist das internationale Gericht in der Lage, erforderlichenfalls das nationale Recht insoweit zu ergänzen, daß es den Mindestanforderungen entspricht, die die internationale Rechtsauffassung stellt.

Auch der Verzicht auf die Anrufung des zuständigen internationalen Gerichts kann unter Umständen als unzulässig angesehen werden. Ebenso kann es eventuell mit einer internationalen Rechtsauffassung unvereinbar sein, wenn ein Staat sich einseitig von der auf seiner eigenen Gesetzgebung beruhenden Verpflichtung lossagt. Hierbei mag beispielsweise, indem wir auf die Frage der Rechtsanwendung zurückkommen, darauf hingewiesen werden, daß manche nationale Gesetze in ihrem internationalen Privatrecht vorschreiben, daß bei Verträgen mit einem Staat oder einer einzelnen Stelle des Fiskus dessen Recht anzuwenden sei. Dann ist er in der Lage, durch eine Änderung seiner Gesetzgebung seine eigenen Verpflichtungen, zum Beispiel für eine Auslandsanleihe, nach Vertragsabschluß einseitig herabzusetzen. Hier könnte bereits eine sachgemäße Rechtsanwendung helfen. Die Umstände können schon ergeben, daß die Parteien ihre Rechtsbeziehungen einem andern Recht haben unterwerfen wollen oder daß schon der charakteristische Inhalt der Rechtsbeziehung auf ein anderes Recht als anwendbar hinweist. So hat zum Beispiel das House of Lords als oberstes englisches Gericht bei einer in den Vereinigten Staaten aufgenommenen Anleihe des englischen Staates amerikanisches Recht angewendet, während allerdings der Internationale Ständige Gerichtshof im Falle der serbischen Anleihe geglaubt hat, das Recht des schuldenden Staates anwenden zu sollen,

eine Auffassung, die der Schuldnerstaat selbst nicht teilte. Da die Kreditgewährung eine volks- und weltwirtschaftliche Funktion ist, während die Kreditaufnahme nur ein Mittel zu anderen Zwecken ist, sollte jeweils das Recht der Niederlassung der kreditgebenden Stelle angewendet werden.

Mitunter wird die Auffassung vertreten, daß im Zweifel ein internationales Gericht das Recht des Beklagten anwenden solle. Es ist nun allerdings eine Regel der Kompetenzverteilung zwischen den Gerichten, daß der Kläger mangels besonderer Vorschriften im Wohnsitz des Beklagten zu klagen habe; *actor sequitur reum*. Diese Regel hat aber nichts mit der Frage der materiellen Rechtsanwendung zu tun. Die Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten hat ihren guten Grund darin, daß dem Beklagten nicht zugemutet werden kann, gegen einen eventuell unberechtigten Anspruch sich anderwärts verteidigen zu müssen. Dazu tritt der Vorzug für den Kläger, daß die Vollstreckung ohnehin normalerweise sich am Wohnsitz des Beklagten vollzieht. Diese Gesichtspunkte sind aber nicht in gleicher Weise für die Anwendung materiellen Rechts maßgebend. Der Wohnsitz des Beklagten kann ein wichtiger Anknüpfungspunkt sein, braucht es aber nicht zu sein. Eine Untersuchung des Tatbestands auf seinen charakteristischen Inhalt kann durchaus zu einer anderen Anknüpfung führen.

Vor dem internationalen Richter kann leicht eine Situation entstehen, in der der internationale Vertrag eine Lücke enthält oder wo kein Vertrag vorliegt und auch kein Gewohnheitsrecht feststellbar ist. Im internen Recht ist bekanntlich streitig, ob eine solche Möglichkeit überhaupt denkbar ist oder das Rechtssystem als geschlossen aufgefaßt werden muß. Das schweizerische Recht gibt hier offen zu, daß Lücken denkbar seien, mit Recht, denn das Gesetz ist immer nur der unvollkommene Versuch der Aufstellung einer Rechtsregel, ohne daß bei der Vielseitigkeit und Wandelbarkeit der Wirklichkeit jede Situation voraussehbar ist. Art. 1 ZGB weist den Richter in solchen Fällen an, so zu entscheiden, wie er als Gesetzgeber einen

Rechtssatz aufstellen würde. Das internationale Recht ist ein viel weniger geschlossenes Rechtssystem als das nationale. Es ist daher viel eher zu erkennen, wie das Recht wild wächst, regional sich entwickelnd, teils vertraglich fixiert, teils nicht. Der schweizerisch-deutsche Schiedsvertrag vom 3. Dezember 1921, Art. 5 ordnet dementsprechend an, daß das Gericht nach den Rechtsgrundsätzen entscheiden solle, die seiner Meinung nach internationale Rechtsregel sein sollten. Auch ohne eine solche Bestimmung wird einem internationalen Gericht diese Aufgabe zufallen. Selbstverständlich darf durch eine solche Rechtsschöpfung nicht eine Entscheidung entgegen einem bestehenden Rechtszustand getroffen werden. Sie darf auch nicht ergänzend ein Gewohnheitsrecht annehmen, wo es nicht existiert. Es kann nur, soweit weder ein Vertragsrecht noch ein Gewohnheitsrecht feststellbar ist, ein Rechtssatz aufgestellt werden, der aus dem Geiste der Entwicklung des Rechts heraus die angemessene Regelung des Verhaltens enthält. Ohne eine solche Befugnis käme man zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung des Streits mangels eines bestehenden Rechtssatzes abgelehnt werden müßte. Eine solche Rechtsverweigerung (*déni de justice*) muß unter allen Umständen vermieden werden. Der geltend gemachte Anspruch muß als vollständig oder teilweise begründet oder als überhaupt unbegründet beurteilt werden.

Hier tauchen allerdings in der Abgrenzung der Befugnisse Schwierigkeiten auf, und die Staaten schrecken nicht selten davor zurück, vor Entwicklungen gestellt zu werden, die sie nicht übersehen können. In diesem Zusammenhang kann an das Scheitern eines internationalen Prisengerichtshofs erinnert werden. Die Praxis der nationalen Prisengerichte war insofern unbefriedigend, als sie bei der Beurteilung eines gewiß internationalen Tatbestandes an ihr nationales Recht gebunden sind. In Art. 7 des Entwurfs für die Errichtung eines internationalen Prisengerichtshofes war vorgeschlagen, das Gericht solle nach dem zwischenstaatlichen Abkommen entscheiden, wenn ein solches

zwischen dem beschlagnahmenden Staate und dem Staate, dessen Staatsangehöriger die Gegenpartei ist, bestehe. Fehlt ein solches, so sollte nach den Regeln des internationalen Rechts und, wenn solche nicht bestehen, nach Gerechtigkeit und Billigkeit geurteilt werden. Eine solche Befugnis hat auch der Internationale Ständige Gerichtshof im Haag nicht, wenn die Parteien sie ihm nicht ausdrücklich übertragen. Diese Ausdehnung der Befugnis wird, wie im Zonenstreit vom Gericht ausgeführt ist, nicht vermutet. Es handelt sich hierbei um die Auslegung des Begriffs der Billigkeit — *aequitas* — in dem weiteren Sinne, vom positiven Recht abweichen zu dürfen und nicht bloß in seinem Rahmen eine angemessene Lösung zu finden.

Die Befugnis der ergänzenden Auslegung und insoweit der Rechtsschöpfung stellt auch für einen internationalen Gerichtshof die Grenze seiner Kompetenz dar. Er kann nicht einen Rechtszustand, der durch Vertrag oder Gewohnheitsrecht besteht, ändern. Die rechtssetzende Befugnis ist im nationalen und im internationalen Recht gleichermaßen den dazu berufenen Organen anvertraut, im nationalen modernen Recht den gesetzgebenden Körperschaften, im internationalen Recht mangels solcher den Subjekten des Völkerrechts selbst, sei es, daß sie Vertragsrecht abändern, sei es, daß sich die Gewohnheiten, die als Recht empfunden werden, wandeln. Rechtsetzende und rechtsprechende Organe entwickeln sich im Völkerrecht nur zögernd. Der Unterschied zwischen der Erledigung eines Rechtsfalls nach geltendem Recht und der Geltendmachung eines Anspruchs auf Abänderung des Rechtszustandes ist im Völkerrecht ebenso vorhanden wie in jedem andern Rechtsgebiet. Ein Gerichtshof, sei er national oder international, hat normalerweise immer nur die Befugnis, nach geltendem Recht zu entscheiden, wenn ihm nicht ausnahmsweise die Befugnis übertragen worden ist, entgegen dem strikten Recht nach Recht und Billigkeit zu urteilen. Sonst aber muß der Unterschied zwischen politischen und rechtsprechenden Instanzen aufrechterhalten werden. Die

Verwischung der Grenzen bedeutet eine Gefährdung der Rechtssicherheit. Der Richter soll das Recht anwenden und nicht politische Entscheidungen treffen. Die politischen Instanzen sollen umgekehrt einen Rechtsfall der richterlichen Beurteilung überlassen und keinen Eingriff in die so geschützte Rechtssphäre vornehmen. Darauf beruht im staatlichen Leben die Rechtsstaatsidee. In der Völkerrechtsgemeinschaft wird mit steigender Integration des internationalen Rechtslebens die reinliche Scheidung zwischen rechtsprechenden und politischen Organen in gleicher Weise ausgebaut werden müssen. Die Art. 38 und 65 des neuen Statutes des Internationalen Gerichtshofes begrenzen denn auch dessen Tätigkeit, in Urteilen und Gutachten, schon klar auf Rechtsfragen.

Das rein Organisatorische ist hierbei gewiß wichtig. Zunächst muß überhaupt einmal der internationale Richter für weite Strecken des Rechts, völkerrechtliche und privatrechtliche internationale Tatbestände, eingesetzt werden, damit seine Praxis sich entwickeln kann. Um dieser Aufgabe gewachsen zu sein, ist aber die Richter-Persönlichkeit erforderlich. Denn in noch höherem Grade als im internen Recht ist es in einem internationalen Fall erforderlich, der Eigenart des Tatbestandes nachzugehen.

Eines erscheint mir sicher: sei es auf internationalem oder nationalem Terrain, man kann nicht zu befriedigenden Lösungen gelangen, wenn man an äußeren Momenten haftenbleibt und wenn man nach einer ein für allemal bereiten Schablone das Recht finden zu können glaubt. Es lag mir daran, dies durch einen Gesamtüberblick über die Probleme der Rechtsanwendung grundsätzlich in dieser Skizze darzutun. Faßt der Jurist seinen Beruf dahin auf, daß es seine Aufgabe ist, für jede Lebensbeziehung das richtige Recht zu finden, so wird er jeweils aufspüren müssen, was für diese charakteristisch ist. So gesehen, ist die Rechtsanwendung Wissenschaft und Kunst zugleich²⁾.

²⁾ Zur Rechtsanwendung durch den nationalen Richter vgl. weiter Schnitzer, Handbuch des Internationalen Privatrechts,

2. Auflage, S. 31 ff., 513 ff. (Rechtsprechung des Bundesgerichtes, S. 505—510); Handbuch des Internationalen Handelsrechtes 211 ff., 230 ff., 280 ff.

Die Rechtsanwendung durch den internationalen Richter wird in der völkerrechtlichen Literatur kaum selbständig behandelt, sondern steckt noch in den allgemeinen Erörterungen über die Rechtsquellen überhaupt und den Begriff des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes und der allgemeinen Prinzipien im besonderen. Interessant: W. Jenks, The interpretation and application of municipal law by the Permanent Court of Int. Justice, British Yearbook of int. law 1938.
