

Schweizerisches Privatrecht

Herausgegeben von

ROLAND VON BUREN - CHRISTINE CHAPPUIS - DANIEL GIRSBERGER
ERNST A. KRAMER- THOMAS SUTTER-SOMM-PIERRE TERCIER -
WOLFGANG WIEGAND

Das «Schweizerische Privatrecht» wurde begründet von

MAX GUTZWILLER - HANS HINDERLING -
ARTHUR MEIER-HAYOZ - HANS MERZ

Frühere Herausgeber

CHRISTOPH VON GREYERZ - JACQUES-MICHEL GROSSEN -
ARTHUR MEIER-HAYOZ. - PAUL PIOTET - ROGER SECRETAN -
WERNER VON STEIGER - FRANK VISCHER

Helbing Lichtenhahn Verlag

ERSTER TEILBAND

Allgemeine Lehren

VON

ANDREAS FURRER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Ordinarius an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Luzern

DANIEL GIRSBERGER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Ordinarius an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Luzern

KURT SIEHR

Prof. Dr. iur., M.C.L.
em. Professor der Universität Zürich
ehem. Wissenschaftlicher Referent am Max Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

unter Mitarbeit von

AXEL BUHR

Assessor
Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Grundlagenliteratur zum in- und ausländischen IPR	XXXV
Quellenregister	XLVII
Rechtsprechungsregister	LV
Glossar	LXIII

Teil 1: Grundlagen des IPR

§ 1 Fragestellung und Lösungsansätze des internationalen Privatrechts	3
I. Grundlagen	4
A. Rechtsfragen	4
B. Lösungsansätze	6
1. Zwei Ansätze	6
2. Recht des Forums als Ausgangspunkt	7
3. Bestimmung des zuständigen Forums als Ausgangsfrage	7
C. Zusammenfassung	11
II. Sachverhalt mit Auslandsberührung (internationales Verhältnis)	11
A. Internationales Verhältnis als Tatbestandsvoraussetzung	11
B. Internationales Verhältnis als gesetzgeberisches Problem	12
C. Typologisierung des internationalen Verhältnisses	13
1. Internationale Verträge und Gemeinschaftsrecht	13
2. Internationale Zuständigkeit	14
3. Internationales Verhältnis im Bereich des anwendbaren Rechts	15
a. Internationales Verhältnis im Rahmen der gesetzlichen Anknüpfung	16
b. Internationales Verhältnis im Rahmen der Rechtswahl	17
c. Internationales Verhältnis im Rahmen des Statutenwechsels	19
d. Internationales Verhältnis im Rahmen der Vorfragen	19
4. Internationales Verhältnis bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen	20
5. Internationales Verhältnis bei Konkurs- und Nachlassverfahren	20
D. Folgerung	20

§ 2 Rechtsquellen des internationalen Privatrechts i.w.S	21
I. Überblick	22
II. Nationales Recht	22
A. Kollisionsrecht	22
B. Sachrecht	24
1. Auslegung des nationalen Rechts	24
2. Privatrecht und öffentliches Recht	25
a. Inländisches Privatrecht	25
b. Ausländisches Privatrecht	27
III. Staatsverträge	30
A. Abschluss	30
B. Inhalt	32
C. Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich	34
D. Innerstaatliche Wirkung	36
1. Einbezug in die innerstaatliche Rechtsordnung	36
2. Innerstaatliche Wirkung	37
3. Rang innerhalb der innerstaatlichen Normenhierarchie	40
4. Subjektives Recht	40
E. Auslegungsgrundsätze	40
1. Gebot der autonomen Auslegung internationaler Rechtsquellen	41
a. Sinn der autonomen Auslegung	41
b. Besondere Genese völkerrechtlicher Normen als Grund für die autonome Auslegung	41
c. Völkerrechtliche Auslegungsregeln: Wiener Vertragsrechtskonvention	42
(1) Berücksichtigung der authentischen Vertragssprachen	43
(2) Berücksichtigung der internationalen Massstäbe	44
d. Regelungsrichte	46
e. Einheitliche Rechtskultur	47
f. Verfahrensrecht	47
g. Institutioneller Rahmen der völkerrechtlichen Norm	48
2. Kohärenz zwischen Rechtsquellen: Flexible Auslegung des nationalen Rechts	50
IV. Gemeinschaftsprivatrecht	51
A. Gemeinschaftsrecht als Rechtsordnung sui generis	51
B. Bestandsaufnahme im Gemeinschaftsprivatrecht	54
C. Auswirkungen auf die Schweiz	60
1. Überblick	60
2. Autonomer Nachvollzug der Schweiz: Anwendung des EU-Rechts ohne EU-Beitritt	61
a. Rechtsvergleichende Tradition der schweizerischen Gerichte	61

Inhaltsverzeichnis

b. Ziel der Parallelität der Rechtsordnungen	62
c. Lugano-Übereinkommen	62
(1) Vereinbartes System	63
(2) Rechtsprechung des Bundesgerichts zum LugÜ.	66
d. Bilaterale Verträge	67
(1) Vereinbartes System	67
(2) Rechtsprechung zum FZA	68
e. Freiwillige Angleichung der Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte	68
f. Schlüsselstellung des 1ZVR und IPR	70
g. Systematisierung	71
(1) Ausgangspunkt: Parallelismus ist kein Selbstzweck	71
(2) Wann muss die Rechtsprechung zum Gemeinschafts- recht berücksichtigt werden?	72
(a) Zur Auslegung der parallelen Norm	72
(b) Zur Überprüfung auf Widersprüche	73
h. Auswirkungen auf die Rechtspraxis	74
§ 3 Geschichte	76
1. Bedeutung der Geschichte für das IPR	78
II. Vorgeschichte der Statutenlehre	79
III. Statutenlehre	82
A. Städte mit eigenen statuta	82
B. Wirtschaftliche Notwendigkeit eines Kollisionsrechts	82
C. Aldricus und Accursius	83
D. Bartolus und Baldus	84
IV. Einfluss der Entwicklung der Nationalstaaten	88
A. Dumoulin und d'Argentre	88
B. Voet und Huber	90
V. Globaler Handel in einem System von Nationalstaaten	92
A. Anfänge eines neuen kollisionsrechtlichen Ansatzes	92
B. Bahnbrechender Vorschlag von Carl Friedrich von Savigny	93
C. Regulativer Staat und die Folgen für das Kollisionsrecht	95
1. Keine umfassende Anerkennung der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen	95
2. Ausdifferenzierung des Systems	95
3. American Conflicts Revolution	96
4. Spanierbeschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts	98
VI. Schweizerisches IPRG im Lichte der historischen Entwicklung	98

Teil 2:
Allgemeiner Teil des IPR

§ 4 Verweisungsnorm101
I. Begriff der Verweisungsnorm103
A. Funktion103
B. Aufbau103
C. Arten105
D. Abgrenzung zu Hilfsnormen105
II. Tatbestand der Verweisungsnorm106
A. Interpretation des Tatbestands der Verweisungsnorm106
1. Grundsatz106
2. Dilemma der Verweisungsnorm: Verzicht auf hypothetische Formulierungen106
B. Anknüpfungsmerkmale107
1. Personal-lokale Anknüpfung107
a. Wohnsitz107
b. Gewöhnlicher Aufenthalt108
c. Sitz juristischer Personen109
d. Sitzbestimmung110
2. Rein personale Anknüpfungen110
3. Rein lokale Anknüpfungen111
4. Rechtswahl111
C. Anknüpfungszeitpunkt112
D. Anknüpfungsarten113
1. Feste Anknüpfungen113
2. Alternative Anknüpfungen116
3. Kumulative Anknüpfung117
4. Subsidiäre Anknüpfungen (Kaskadenanknüpfungen).118
5. Akzessorische (unselbständige) Anknüpfungen119
III. Rechtsfolge: Berufene Rechtsordnung121
A. Rechtsfolge einer Verweisungsnorm121
B. Umfang der Verweisung121
1. IPR-Verweisungen121
2. Ausländisches öffentliches Recht122
3. Ausländisches interlokales und intertemporales Recht122
C. Rechtsanwendung und -berücksichtigung122
D. Sprung ins Dunkle124
E. Universelle Verweisung124
F. Zusammenfassende Würdigung126

§5 Gegenstand der Anknüpfung	127
I. Probleme.	128
A. Anknüpfungsgegenstand	128
B. Lücken im IPRG	130
C. Anspruchskonkurrenz im IPR	131
II. Qualifikation.	131
A. Problem	131
B. Qualifikationsvorgang	136
1. Qualifikationsstatut	137
a. Inländisches IPR	137
(1) Zuordnung	138
(2) Neuordnung	139
(3) Abgrenzung	139
(4) Koordination	139
b. Staatsvertrag	139
c. Ausländisches IPR	140
d. Missverständnisse	141
2. Qualifikationsmassstäbe	142
a. Zuordnung	143
b. Abgrenzung	144
c. Mehrfach- oder Doppelqualifikation	145
3. Auslegung fremden Verweisungsrechts	146
4. Anwendbares Sachrecht	147
C. Zusammenfassende Illustrierungen	148
D. Ergebnis	150
III. Anpassung	151
A. Problematik	151
B. Normenhäufung	151
C. Normenmangel	153
D. Normenwiderspruch	154
IV. Zusammenfassung	156
§6 Einfluss der Zeit im IPR	157
I. Ausgangslage.	157
II. Intertemporales Recht	158
III. Begriffe.	159
A. Unbewegliche (unwandelbare) Anknüpfung	159
B. Bewegliche (wandelbare) Anknüpfung und Statutenwechsel.	160
C. Abgeschlossene und gestreckte Tatbestände	161
D. Dauerrechtsverhältnisse	161

Inhaltsverzeichnis

IV. Unbewegliche Anknüpfung	162
A. Heilung	162
B. Antizipierende Anknüpfung	165
C. Ergebnis	167
V. Statutenwechsel	167
A. Eingangstatutenwechsel	168
1. Problem	168
2. Allgemeiner Grundsatz	169
3. Rechtsvernichtung	169
4. Rechtsvollendung	170
5. Rechtsverwirklichung	171
B. Ausgangstatutenwechsel	171
1. Problem	171
2. Rechtsbewahrung	172
3. Rechtsvollendung	172
4. Rechtsvernichtung	173
5. Rechtsverwirklichung	174
C. Zeitliche Wirkung eines Statutenwechsels	174
D. Verhinderung eines Statutenwechsels	175
VI. Wohlerworbene Rechte	177
A. Problematik und Geschichte	177
B. Lösung	178
1. Benennung des Erwerbsstatuts	178
2. Anerkennungsvorschriften	178
C. Erwerb eines Rechts	178
D. Schutz im Inland	180
VII. Zusammenfassung	181
§ 7 Umfang der Verweisung	182
I. Verweisungsumfang	183
A. Autonomes Verweisungsrecht	183
B. Staatsverträge	184
11. Sachnorm- und Gesamtverweisungen	185
A. Grundlagen	185
B. Gesamtverweisungen	185
1. Internationales Privatrecht	185
2. Intertemporales Privatrecht	186
3. Interlokales Privatrecht	187
a. Territoriale Anknüpfung	188
b. Personale Anknüpfung	190

Inhaltsverzeichnis

c. Rechtswahl	192
d. Zusammenfassung	193
4. Interpersonales Privatrecht	193
III. Rück- und Weiterverweisung	198
A. Problem	198
B. Eigennütziger Renvoi	202
1. Konzeption des IPRG	202
2. Umfang eines Renvoi	204
3. Sinnwidriger Renvoi	208
4. «Versteckte» Rückverweisung	209
5. Abbruch eines Renvoi	209
6. Zusammenfassende Würdigung	211
C. Fremdnütziger Renvoi (foreign court theory)	211
1. Herkunft	211
2. Bedeutung für die Schweiz	212
D. Ablehnung eines Renvoi	214
E. Rückblick	215
IV. Bedingte Verweisung und stärkeres Recht	216
A. Problem	216
1. Anspruch und Wirklichkeit	216
2. Lösungsmöglichkeiten	217
B. Bedingte Verweisung	218
C. Stärkeres Recht	219
1. Gesetzliche Regelung	219
2. Anwendungsbereich	220
V. Blockverweisung und wohlerworbene Rechte	222
A. Problematik	222
B. Wohlerworbene Rechte	223
C. Wohlerworbene Statusbeziehungen und persönliche Fähigkeiten	225
1. Statusbegründungen	225
2. Handlungsfähigkeit	227
D. Vorfragen	228
E. Theorie der Blockverweisung	230
F. Zusammenfassung	230
VI. Ausländische Eingriffsnormen	231
VII. Weitere Fälle beachtlichen fremden Kollisionsrechts	231
A. Ausnahmeklausel	231
B. Gegenrecht	232
C. Fremdes Sachrecht	233

Inhaltsverzeichnis

VIII. Rechtsberatung und ausländisches IPR	234
IX. Zusammenfassung	235
§ 8 Ermittlung und Anwendung des massgebenden Rechts	236
I. Problem	238
II. Ermittlung und Anwendung	239
A. Ermittlung	239
1. Inländisches IPR	239
2. Ausländisches Recht	242
3. Hilfsmittel	243
4. Ersatzrecht	244
B. Anwendung ausländischen Rechts	247
1. Ausländisches IPR	247
2. Ausländisches Sachrecht	247
III. Vorfrage	249
A. Ausgangslage	249
B. Arten von Vorfragen	249
1. Vorfragen im Tatbestand einer materiellrechtlichen (Sach-) Norm	250
2. Vorfragen im Tatbestand einer Kollisionsnorm (z.T. auch als «Erstfrage» bezeichnet)	250
3. Vorfragen in ausländischen Normen	250
C. Problem der Vorfrage im IPR	251
D. Lösungsmöglichkeiten	253
E. Die Lösung des Vorfragenproblems	254
1. Vorfrage im schweizerischen Recht	254
2. Vorfrage im ausländischen Recht	254
3. Fallgruppen	256
a. Eindeutig zusammengehörende Rechtsfragen	256
b. Alternative und subsidiäre Anknüpfung	257
c. Nach dem Forumsrecht ausgeschiedene Teilfragen als Vorfragen	257
d. Status, der im Forumsstaat bereits einmal im Inland hergestellt oder anerkannt wurde	258
e. Hinkende Rechtsverhältnisse	260
f. Gelebte Dauerrechtsverhältnisse im Familienrecht	260
F. Zusammenfassung	261
IV. Sachrecht und dessen Verwirklichung	261
A. Zweistufigkeit kollisionsrechtlicher Überlegungen	261
1. Problem	261

Inhaltsverzeichnis

2. Falltypen	262
B. Handeln unter falschem Recht	262
C. Substitution und Transposition	263
D. Auslegung von Sachrecht	265
1. Verstecktes IPR	265
2. «Normales» Sachrecht	266
3. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	267
4. IPR-Sachnormen	267
V. Kritische Würdigung	267
§ 9 Korrektur durch das Forum	268
I. Verbot der Gesetzesumgehung	272
A. Problem	272
B. Zivilverfahrensrechtliche Grenzen	274
1. Prorogation	274
2. «Forum Shopping».	275
C. Verweisungsrechtliche Grenzen	279
1. Rechtswahl	279
2. Klage im Ausland	281
D. Anknüpfungsrechtliche Grenzen	282
1. Wechsel des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts	282
2. Wechsel der Staatsangehörigkeit	284
3. Wechsel des Handlungsortes	285
4. Wechsel des Lageortes	286
E. Zwischenergebnis	287
F. Ausnahmsweise Befürwortung der Gesetzesumgehung im IPR	288
II. Ordre public	289
A. Funktion des Ordre public-Vorbehalts	289
1. Problem	289
2. Lösungsmöglichkeiten	291
B. Erscheinungsformen des Ordre public	292
1. Allgemeiner und besonderer Ordre public	292
a. Unbedingte Anwendung bestimmter inländischer Sachnormen	292
b. Festlegung eines Minimumstandards	292
c. Spezielle gesetzliche Ordre public-Klauseln	292
2. Negative und positive Funktion des Ordre public sowie lois d'application immediate	293
3. Internationaler Ordre public	298
4. Europäischer Ordre public	300
5. Staatsvertragliche Vorbehaltsklauseln	305

Inhaltsverzeichnis

6. Inländischer und ausländischer Ordre public	305
7. Materieller und prozessualer Ordre public	305
C. Handhabung des Ordre public-Vorbehalts.	306
1. Gegenstand	306
2. Anwendungsvoraussetzungen.	306
a. Stossendes Ergebnis.	306
b. Binnen- oder Inlandsbeziehung.	310
c. «Offensichtliche» Unvereinbarkeit	311
d. Verstoss im Beurteilungszeitpunkt	312
D. Rechtsfolgen bei Ordre Public-Verstössen.	313
1. Problem.	313
2. Lösungsmöglichkeiten.	313
a. Lex causae als Ersatzrecht.	313
b. Lex fori als Ersatzrecht	314
c. Spezielle Sachnormen als Ersatzrecht	314
E. Ausländischer Ordre public und Eingriffsnormen.	315
1. Problem	315
2. Ausländisches Recht als primär berufenes Recht	315
3. Eingriffsnormen und Ordre public von Drittstaaten.	316
b. Gesetzliche Regelung	318
c. Mittelbare Beachtung	323
4. Inländische Eingriffsnormen vor ausländischem Gericht	324
5. Fazit	325
III. Ausnahmeklausel	326
IV. Gegenseitigkeit und Vergeltung	326
A. Gegenseitigkeit und Gegenrecht	326
1. Autonomes Verweisungsrecht	326
2. Fremdenrecht	327
3. IZVR und Gegenrecht	327
4. Staatsverträge	328
5. Kritische Würdigung	328
B. Vergeltung	328
1. Retorsion	328
2. Gegenmassnahmen	329
V. Kritische Würdigung	329

Teil 3:
Rückblick und Ausblick

§ 10 Ideenentwicklung des IPR	333
I. Universelles Recht und nationale Rechtsordnungen	333
A. Personalitätsprinzip	334
1. Rechtlosigkeit im Ausland	334
2. <i>Professio iuris</i>	338
3. Staatsangehörigkeitsprinzip	340
4. Kulturelle Identität	342
5. Zusammenfassung: Personalitätsprinzip, Personalstatut, persönlicher Status	344
B. Territorialitätsprinzip	345
1. Personalität und Territorialität	346
2. Territorialität, Regionalität und Universalität	347
C. Uniformität	351
1. Unkodifiziertes IPR	353
2. Haager Konferenz	353
3. Europäische Union	354
4. Recht für Auslandssachverhalte	355
II. Einheitsrecht und Verweisungsrecht	356
A. Nationales Sachrecht für internationale Sachverhalte	356
B. Internationale Handelsbräuche (<i>lex mercatoria</i>)	357
C. Internationales Einheitsrecht	359
1. Internationale Übereinkommen	360
2. Rechtsharmonisierung	361
3. Internationale Rechtsprinzipien und Handelsklauseln	364
4. Richterliche Rechtsfindung	366
D. Verweisungsrecht	367
III. Auslegung von Sachrecht oder Kollisionsrecht	368
A. Auslegung von Sachrecht	368
1. Statutenlehre	368
2. Geltungsbereich von Sachrecht	370
3. <i>Lois d'application immediate</i>	372
B. Kollisionsrecht	374
1. Funktion von Verweisungsnormen	374
a. Abgrenzung	375
b. Verweisung	375
c. Gleichbehandlung	377
2. Struktur von Verweisungsnormen	378

Inhaltsverzeichnis

a. Allseitige Verweisungen.	378
b. Auflockerung durch Ausnahmen.	380
3. Bestimmung des Personalstatuts.	382
C. Grenzen der Verweisung.	383
1. Öffentliches Recht	383
2. Ordre public.	384
IV. Entwicklungstrends.	385
Sachregister.	389