

ERNST RABEL

Gesammelte Aufsätze

Band 2:

Arbeiten zur internationalen Rechtsprechung
und zum internationalen Privatrecht

Mohr Siebeck

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE
BAND II

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE

BAND II
ARBEITEN
ZUR INTERNATIONALEN RECHTSPRECHUNG
UND ZUM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT
1922-1951

herausgegeben von
HANS G. LESER
Freiburg i. Br.



1965

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

eISBN 978-3-16-165283-7 unveränderte eBook-Herstellung 2025

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 1965.

© Ernst Rabel.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0).

Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

INHALTSVERZEICHNIS

<i>Einleitung des Herausgebers</i>	IX
1. Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung	1
RabelsZ 1 (1927), 5–47	
2. Rechtsvergleichung vor den Gemischten Schiedsgerichtshöfen . . .	50
Berlin: Vahlen 1923, 112 S. (Abhandlungen zum Friedensvertrage, H. 4)	
3. Prozeßordnung des Deutsch-Italienischen Gemischten Schiedsgerichtshofes	134
Juristische Wochenschrift 51 (1922), 341–344	
3a. Änderung der Prozeßordnung des Deutsch-Italienischen Gemischten Schiedsgerichtshofes	145
Juristische Wochenschrift 53 (1924), 1350–1351	
4. Zwei Urteilsanmerkungen:	148
I. Die deutsche offene Handelsgesellschaft kann keine eigene Staatsangehörigkeit haben. (Deutsch-Englischer Gemischter Schiedsgerichtshof vom 27. März 1922)	
Juristische Wochenschrift 51 (1922), 1161–1162	
II. Zur Behandlung der Geldverbindlichkeiten nach Art. 299a Friedensvertrag (Deutsch-Englischer Gemischter Schiedsgerichtshof, Urteile vom 25. 7. 1922)	
Juristische Wochenschrift 52 (1923), 204–206	
5. — <i>gemeinsam mit Ludwig Raiser</i> :	160
Eine Entscheidung des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichts über den Versendungskauf (Urteil vom 7. 4./21. 6. 1927—C 4436 —)	
RabelsZ 3 (1929), 62–81	

6. Ein neues Urteil des Deutsch-Rumänischen Gemischten Schiedsgerichts über internationales Privatrecht (Urteil vom 8. April 1930, Nr. 141)	183
RabelsZ 5 (1931), 202–206	
7. Das Problem der Qualifikation	189
RabelsZ 5 (1931), 241–288	
7a. Nachtrag: Österreich – Prozeßkostenvorschuß an die Ehefrau . .	240
RabelsZ 5 (1931), 882	
8. Die deutsche Rechtsprechung in einzelnen Lehren des internationalen Privatrechts (Vorbemerkung)	242
RabelsZ 3 (1929), 752–757	
9. Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte (Die deutsche Rechtsprechung in einzelnen Lehren des internationalen Privatrechts. 3.)	249
RabelsZ 3 (1929), 807–836	
10. Unwiderruflichkeit der Vollmacht. Generalstatut des Vollmachtenrechts. Objektivierter Begriff des Wirkungslandes.	283
RabelsZ 7 (1933), 797–807	
11. Aus der Praxis des deutschen internationalen Privatrechts (Internationales Adoptionsrecht, internationales Wechsel- und Scheckrecht) . .	295
RabelsZ 6 (1932), 310–341	
12. Golddollar-Anleihen mit Vereinbarung des New Yorker Rechts. Ein Rückblick auf die Anwendung des internationalen Privatrechts. . .	328
RabelsZ 10 (1936), 492–522	
13. Eine Anregung zum Kollisionsrecht des Kaufs.	360
Mélanges Streit, Bd. 2, Athen: Pyrsos 1940, 269–282	
14. The Revision of the Treaties of Montevideo on the Law of Conflicts. .	373
Michigan Law Review 39 (1941), 517–525	
15. Situs Problems in Enemy Property Measures. A Symposium on Enemy Property.	382
Law and Contemporary Problems 11 (1945), 118–134	
16. Rezension von <i>J. P. Niboyet: Traité de droit international privé Français</i> . Vol. 3. Paris: Sirey 1944	405
Harvard Law Review 59 (1946), 1327–1334	

17. An Interim Account on Comparative Conflicts Law.	415
Michigan Law Review 46 (1948), 625–638	
18. Comparative Conflicts Law.	430
Indiana Law Journal 24 (1949), 353–362	
19. Suggestions for a Convention on Renvoi.	439
International Law Quarterly 4 (1951), 402–411	
20. Lectures on the Conflict of Laws: Agency.	448
Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts, delivered at the Summer Institute on International and Comparative Law. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School, 1951, 82–89	
21. Lectures on the Conflict of Laws: Conflicts Rules on Contracts. . .	456
Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts, delivered at the Summer Institute on International and Comparative Law. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School, 1951, 127–141.	

EINLEITUNG DES HERAUSGEBERS

Für den Überblick über das literarische Gesamtwerk *Ernst Rabels* und für die Ziele dieser Ausgabe und die Grundsätze ihrer Gliederung darf auf die Einleitung zu Band I (Abschnitte I–III) verwiesen werden. Es mag hier wiederholt werden, daß die „Gesammelten Aufsätze“ als Einheit betrachtet werden möchten, so daß die Anordnung der Stücke keine Überbewertung erfahren darf.

In Band II der Ausgabe sind die Arbeiten zur internationalen Rechtsprechung und zum internationalen Privatrecht zusammengefaßt. Waren schon die früheren Stücke zum Privatrecht überwiegend rechtsvergleichend angelegt, so tritt nach dem Ersten Weltkrieg durch die aktive Berührung mit der internationalen Rechtsprechung diese Seite noch stärker in den Vordergrund. *Ernst Rabel* war Mitglied des Deutsch-Italienischen Gemischten Schiedsgerichtshofs (1921 bis 1927) und Mitglied des ständigen Internationalen Gerichtshofs im Haag (1925–1927)¹. In den Arbeiten, die aus den Erfahrungen in diesen Gremien entstanden, mischen sich Rechtsvergleichung, Kollisionsrecht und Privatrecht zu wechselnden Teilen. Charakteristisch hierfür ist Beitrag 1 „*Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*“, der deshalb Band II einleitet, obwohl er zeitlich nach den Beiträgen 2–4 dieses Bandes liegt und auch enge Beziehungen zur Rechtsvergleichung aufweist, so daß er zugleich zu Band III gehört. *Rabel* hat mit dieser Arbeit 1927 den ersten Band der Zeitschrift des von ihm gegründeten Kaiser-Wilhelm-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin eingeleitet, die als „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat-*

¹ Schon früh war *Rabel* Richter in Basel am Appellationsgericht 1907 bis 1910 und später am Oberlandesgericht in München 1920 bis 1925. Er war ferner Mitglied in den ständigen Schiedskommissionen Deutschland-Italien und Italien-Norwegen von 1929 bis 1936.

recht“ heute seinen Namen trägt². In dem Aufsatz wird eine Summe gezogen, was die internationalen Gerichte, die nach dem Ersten Weltkrieg wichtige Funktionen zur Klärung privatrechtlicher Fragen im zwischenstaatlichen Bereich übernommen hatten³, zur Rechtsvergleichung beigetragen haben. *Rabel* unterscheidet die „reine“ und die „angewandte“ Vergleichung des Privatrechts, des Kollisionsrechts und auch des Prozeßrechts. Bei aller Zurückhaltung sieht er vielversprechende Ansätze zur Entwicklung eines lebendigen, übernationalen Privatrechts, das dem Völkerrecht eng verwandt oder eigentlich zugehörig, aus den gemeinsamen Ideen der Rechtsinstitute sich in der Bewährung am Einzelfall zu entwickeln beginnt. Er stellt die Sachfrage in den Vordergrund, hinter der philologische Auslegung des Friedensvertrages und formalistische Bezugnahmen auf nationale Rechtsordnungen zurücktreten müssen. Da auch für den internationalen Richter das *non liquet* verschlossen ist, sieht er im Zwang zur Entscheidung eine wichtige Kraft bei der Fortentwicklung dieses übernationalen Privatrechts. Auf die Fragen der Stellung der Gemischten Schiedsgerichtshöfe, die Ordnung des Verfahrens, insbesondere Zuständigkeit und Rechtshängigkeit und auf die Probleme der Enteignung wird anhand einzelner Entscheidungen näher eingegangen. Dabei ist auch dem Kollisionsrecht breiter Raum gewidmet, da die internationalen Gremien nie über voll ausgebildete Regeln verfügen, die eine Bezugnahme auf nationales Recht entbehrlich machen könnten, zumal es auch an einer Zuflucht in der *lex fori* fehlt. *Rabel* sieht die Entwicklung in Kompromissen zwischen den nationalen Kollisionsregeln, wobei bereits die spätere Grundhaltung von „*The Conflict of Laws. A Comparative Study*“⁴ anklingt⁵: „Tiefergehend aber wird eine immer eindringlichere

² Früher „*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*“, Berlin 1 (1927 ff.), seit 26 (1961) umbenannt und schon länger allgemein als „*RabelsZ*“ zitiert.

³ Vgl. auch die Rezensionen *Rabels*: *Hermann Isay*: Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag. 3. Aufl. Berlin: Vahlen 1923. XVIII, 488 S. in: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 13 (1924), 121–125; *Hans Dölle*: Das materielle Ausgleichsrecht des Versailler Friedensvertrages. Berlin: Springer 1925, III, 107 S. in: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 14 (1926), 436–439.

⁴ „*The Conflict of Laws. A Comparative Study*“. Vol. 1, Chicago: Callaghan 1945, LVI, 745 S.; Vol. 2, Chicago: Callaghan 1947, XLI, 705 S.; Vol. 3, Chicago: Callaghan 1950, XLVI, 611 S.; Vol. 4, Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School 1958, XXXVIII, 622 S. – posthum – (Michigan Legal Studies, ed. by *Hessel E. Yntema*). Von der 2. Aufl. sind erschienen: Vol. 1. und 2., bearbeitet von *U. Drobnig*. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School 1958, LVI, 803 S. und 1960, XLII, 716 S. Vol. 3. bearbeitet von *H. Bernstein*. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School 1963, XXXVII, 625 S. (Die Angaben über die zweite

und umfänglichere Vergleichung der Sachnormen selbst erforderlich, je mehr die gesunde Neigung wächst, die einzelnen Tatbestände je nach ihrer Eigenart an die Landesrechte zuzuteilen, nach sachentsprechenden Merkmalen und abseits von schablonenhaften Wendungen.“

Die zeitlich davorliegende umfangreiche Studie zur internationalen Rechtsprechung „*Rechtsvergleichung vor den Gemischten Schiedsgerichtshöfen*“ (Beitrag 2) ist 1923 selbständig als Heft 4 der Abhandlungen zum Friedensvertrag, herausgegeben von *Partsch* und *Triepel*, erschienen. Sie steht im Zeichen der Notwendigkeit einer wirksamen Wahrnehmung der deutschen Interessen vor den Gemischten Schiedsgerichtshöfen, die über lebenswichtige wirtschaftliche Fragen des Versailler Vertrages zu judizieren hatten. Das richtige Mittel hierzu sieht *Rabel* in der Erkenntnis der fremden Rechtsbegriffe und vor allem in der Rechtsvergleichung, die damit zur nationalen Aufgabe wird⁶. Im einzelnen werden in Gutachtenform rechtsvergleichend unter Heranziehung der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichtshöfe drei aktuelle Streitfragen behandelt. Die Insolvenzbestimmungen des Art. 296 lit b Versailler Vertrag werden in einem knappen aber tieferschürfenden Abriß des französischen und englischen Insolvenzrechts mit den deutschen Regeln verglichen. Die beiden anderen Fragen betreffen die Erbenhaftung und die Voraussetzungen des Schadensersatzes für Kriegsmaßnahmen gegen die Person (Art. 297e Versailler Vertrag).

In „*Die Prozeßordnung des Deutsch-Italienischen Gemischten Schiedsgerichtshofes*“ (Beitrag 3) von 1922 berichtet *Rabel*, der zum Mitglied dieses Schiedsgerichtshofes ernannt worden war⁷, über die Einzelheiten der von ihm mitentworfenen Verfahrensordnung, die inhaltlich dem Typ der deutsch-französischen und deutsch-belgischen Regelung weitgehend entspricht und nur in der Form abweicht. Gegenüber der italienischen

Auflage blieben in der Einleitung zu Band I dieser Ausgabe, S. XI, N. 1 und S. XXVIII unten, versehentlich unvollständig.) – Für Vorausabdrucke vgl. unten N. 15.

Die in den Beiträgen dieses Bandes behandelten kollisionsrechtlichen Themen hat *Rabel* in seinem Alterswerk mehr oder weniger ausführlich weitergeführt. Darauf sei an dieser Stelle generell verwiesen.

⁵ Unten S. 33; vgl. hierzu auch die Anmerkung 75 in Beitrag 1.

⁶ Der berühmt gewordene Vortrag „*Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*“, *RabelsZ* 13 (1924), 279–301, der dies näher ausführt, wurde ein Jahr später gehalten. Er wird in Band III dieser Ausgabe aufgenommen werden.

⁷ Dazu siehe *RA Frankenstein* in einem zweiten Teil des Berichts über die Prozeßordnung des Deutsch-Italienischen Gemischten Schiedsgerichtshofes, *Juristische Wochenschrift* 51 (1922), 344.

Prozeßordnung bestehen dagegen große Unterschiede. Ein „*Nachtrag*“ (Beitrag 3a) berichtet über Änderungen der Prozeßordnung. In den drei folgenden Beiträgen dienen Gerichtsentscheidungen als lebendige Ausgangspunkte für die Behandlung von materiellen und kollisionsrechtlichen Fragen, die mit Hilfe der Rechtsvergleichung beantwortet werden. „*Zwei Urteilsanmerkungen zu Entscheidungen des deutsch-englischen Schiedsgerichts*“ (Beiträge 4 A und B) von 1922/23 behandeln einmal die Rechtspersönlichkeit der deutschen offenen Handelsgesellschaft im Vergleich mit der englischen *partnership*, die für die Zwecke der Ausgleichsforderungen nach dem Friedensvertrag bejaht wird und zum anderen die Behandlung der Verbindlichkeit aus einem Darlehen, bei dem die zugrunde liegende Vereinbarung durch den Versailler Vertrag aufgelöst worden war. Der nächste, gemeinsam mit *Ludwig Raiser* veröffentlichte Beitrag 5 „*Eine Entscheidung des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichts über den Versandungskauf*“ von 1929 geht generell auf die kollisionsrechtlichen Fragen beim Kauf über die Grenze ein. Die Sachfragen nach Risikoverteilung und Gefahrübergang werden vom Merkmal des Eigentumsübergangs abgelöst und mit dem Begriff der Lieferung zu beantworten versucht. Mit Blick auf das deutsche Kollisionsrecht wird die Aufspaltung des einheitlichen Vertrages in Verkäufer- und Käuferpflichten, die getrennter Beurteilung unterliegen, abgelehnt⁸. „*Ein neues Urteil des Deutsch-Rumänischen Gemischten Schiedsgerichts über internationales Privatrecht*“ (Beitrag 6) von 1931 begrüßt die fortschrittliche Tendenz in der Handhabung der erbrechtlichen Kollisionsnormen durch den Präsidenten *Fazy*.

Im folgenden Aufsatz behandelt *Ernst Rabel* eine methodische und zentrale Grundfrage des Kollisionsrechts. „*Das Problem der Qualifikation*“ (Beitrag 7) von 1931 bringt einen neuen Ansatz für die Frage nach Gegenstand und Wirkungsweise der international-privatrechtlichen Norm. Sie soll nicht wie bisher an ein „fertiges materielles Rechtsverhältnis“ anknüpfen, sondern muß weitgehend auf das „rechtlich ungeformte Lebensverhältnis“ zurückgreifen, auf den gleichen Urstoff, wie ihn das materielle Recht vorfindet (allerdings mit Übergängen zum mehr oder weniger ausgebildeten Rechtsverhältnis). Die Qualifikation, d. h. die rechtliche Einordnung der Fakten erfolgt dann, und darin liegt das Neue, nicht mehr durch die *lex fori*, verstanden als das materielle Recht außerhalb des Kollisionsrechts des Richters, oder durch ein anderes nationales materielles Recht, sondern autonom mit den Normen des Kollisionsrechts

⁸ Vgl. dazu später die Beiträge 13 und 21.

selbst. Hierzu bedürfen letztere der Entwicklung und Erweiterung durch die Rechtsvergleichung, mit deren Hilfe das Gemeinsame einer Rechtserscheinung in den überall wiederkehrenden gleichförmigen Lebensfragen aufgespürt und damit die Beantwortung der kollisionsrechtlichen Frage vorbereitet wird. Innerhalb der Kollisionsnorm wird so die eigene nationale materielle Lösung überwunden und mit dem gemeinsamen Bild der Rechtserscheinungen in Beziehung gesetzt. Dadurch entstehen Kollisionsnormen, die die Zuweisung nach übergeordneten sachlichen Gesichtspunkten regeln und einer internationalen Anpassung fähig und zugeneigt sind. Das Endziel ist ein international einheitliches und selbständiges Kollisionsrecht. Der Weg zur ungezwungenen Heranziehung ausländischer Rechtsnormen ist durch die *lex fori* nicht mehr länger verbaut; der enge Zusammenhang jeden Rechtssatzes mit seiner Heimatrechtsordnung kann gebührend berücksichtigt werden.

Rabel zeigt an Beispielen Einzelheiten der neuen Theorie⁹, die er später in seinem Alterswerk „*The Conflict of Laws. A Comparative Study*“ weiter ausgebaut und durchgeführt hat¹⁰. Der Aufsatz von 1931 fand allgemein große Beachtung, wie die schnell folgenden Übersetzungen ins Französische und Italienische zeigen¹¹. Die Auseinandersetzung um diese autonomistische Theorie oder „Dritte Schule des internationalen Privatrechts“ (im Gegensatz zu den frühen naturrechtlichen internationalistischen und zu den positivistischen, auf das nationale Recht beschränkten Theorien) ist im Gange¹². Schon zwei Jahre vorher hatte *Rabel* die Gedankengänge zur Qualifikation in „*Die deutsche Rechtsprechung in einzelnen Lehren des internationalen Privatrechts*“ (Beitrag 8) skizzenhaft angedeutet. Mit diesem Stück leitete er eine Reihe von Arbeiten zum internationalen Privatrecht aus dem Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und

⁹ Eine Ergänzung für die Qualifikation des Prozeßkostenvorschusses an die Ehefrau in Österreich enthält als Nachtrag Beitrag 7 a.

¹⁰ Siehe oben N. 4. Die Qualifikation ist behandelt in Band I, 45 ff. – vgl. auch Beitrag 21 in diesem Band als eine der späten Äußerungen hierzu.

¹¹ „*Le Problème de la qualification*“. *Revue de droit international privé* 28 (1933), 1–62.
„*Il problema della qualificazione*“. *Revista italiana di diritto internazionale privato* 2 (1932), 97–156. Die italienische Fassung wurde von *Rabel* nicht unwesentlich verändert und in den Anmerkungen erweitert.

¹² Vgl. dazu: *Konrad Zweigert*: „Die Dritte Schule im Internationalen Privatrecht“ in: Festschrift für *Leo Raape* zu seinem 70. Geburtstag. Hamburg: Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag 1948, 35–52; *Gerhart Husserl*: „*Ernst Rabel* – Versuch einer Würdigung“, II, JZ 11 (1956), 430–434, jeweils mit Literaturangaben.

Bemerkenswert ist *Rabels* Stellungnahme von 1927 zur Schulenfrage in Beitrag 1, unten S. 33.

internationales Privatrecht ein, die dem Reichsgericht in Leipzig zu seinem 50jährigen Bestehen als „Festheft“ dargebracht wurden – ein Zeichen mehr für *Rabels* enge und lebendige Verbindung mit der Rechtsprechung. Er selbst lieferte dazu den dritten Einzelbeitrag „*Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte*“ (Beitrag 9), in dem er für den Geschäftsabschluß durch Vertreter die Verschiedenheiten in der Behandlung von Außen- und Innenverhältnis in den einzelnen Rechtsordnungen darlegt. Schutz des Rechtsverkehrs und Schutz des Prinzipals erfordern eine getrennte Beurteilung der beiden Beziehungen, so wünschenswert eine einheitliche Behandlung wäre. Dem Wirkungsland der Vollmacht bzw. dem Ort des abgeschlossenen Hauptvertrages kommt aber die ganz überwiegende Bedeutung zu¹³. In „*Unwiderruflichkeit der Vollmacht*“ (Beitrag 10) von 1933 wird das anhand eines Beschlusses des Landgerichts Berlin für die Generalvollmacht noch vertieft. Auch die beiden folgenden Stücke sind aus der Beschäftigung mit Gerichtsentscheidungen bzw. aus Gutachten des Berliner Instituts hervorgegangen¹⁴, ähnlich wie schon die Beiträge 4 bis 6 sowie 9 und 10. „*Aus der Praxis des deutschen internationalen Privatrechts*“ (Beitrag 11) von 1932 behandelt die Bestätigung der Adoption eines Ausländers durch deutsche Gerichte und in einem zweiten Teil Fragen des internationalen Wechsel- und Scheckrechts. In „*Golddollar-Anleihen mit Vereinbarung des New Yorker Rechts*“ (Beitrag 12) von 1936 wird die Summe der Rechtsprechung zu den Valutaklauseln gezogen, die im Vertrauen auf die nordamerikanische Währung, ohne sonstige Berührung mit dem Ausland, die Schuld zahlbar New York gestellt, oder Zahlung in Golddollar vereinbart hatten und daher von dem amerikanischen Verbot der Zahlung in Gold betroffen wurden.

¹³ Vgl. auch Beitrag 20 von 1949.

¹⁴ Hier ist noch hinzuweisen auf 14 Gutachten aus dem Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, die als Anhang zu dem großen Bericht „*Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht. A. Privatrechtliche Auslandsforschung und Rechtsvergleichung. B. Internationales Privatrecht. Anhang: Rechtsauskünfte des Instituts*“ (in: 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Band III, Berlin: Springer 1937, S. 77–190) erschienen sind. Die Gutachten behandeln zum kleineren Teil internationalprivatrechtliche Fragen und widmen sich in erster Linie dem ausländischen, materiellen Recht. Teil B des Berichts dagegen enthält ein übersichtliches Bild des Standes der Kollisionsrechte des In- und Auslandes. Hauptforderung für die weitere Entwicklung ist die Anwendung induktiver Methoden mit dem Ziel der zunehmenden Angleichung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung hin zu eigenständigen, international einheitlichen Kollisionsnormen. – Der Abdruck des Berichtes ist (mit Rücksicht auf Teil A) für Band III der Ausgabe vorgesehen.

Beitrag 13 „*Eine Anregung zum Kollisionsrecht des Kaufes*“ ist schon im Krieg (1940) erschienen. Er enthält einen Vorschlag, der aus der Misere der uferlosen Aufspaltung des Kaufvertrages in eine Vielzahl von Einzelpflichten, die jede ihrem eigenen Erfüllungsort folgt, herausführt. Unter Beibehaltung des mutmaßlichen Parteiwillens als einem elastischen Anknüpfungspunkt wird als regelmäßiger Schwerpunkt des Vertrages der Ort der Lieferung als ein international einheitlicher Anknüpfungspunkt im Sinne einer autonomen Kollisionsnorm vorgeschlagen. Bereits in Beitrag 5 war dieser Weg beschritten worden, der in Beitrag 21 von 1949 (Appendix § 11) weiterverfolgt wird.

In „*Revision of the Treaties of Montevideo*“ (Beitrag 14) von 1941 berichtet *Rabel* nach einer Rückschau auf das südamerikanische Vertragswerk zum Kollisionsrecht von 1888/89 – also vor dem Código Bustamante von 1928 und weit über die Kollisionsregeln für das Privatrecht hinausgehend – über die Änderungen, die 1939/40 von der überwiegenden Zahl der südamerikanischen Staaten beschlossen wurden. Die im Zweiten Weltkrieg entstandenen Probleme besonders des räumlichen Anknüpfungspunktes bei der Beschlagnahme von Feindeigentum werden im Vergleich mit den Ergebnissen nach dem Ersten Weltkrieg erörtert in „*Situs Problems in Enemy Property Measures*“ (Beitrag 15) von 1945. Er ist entstanden als Vortrag für eine Konferenz über Fragen des Feindeigentums.

Die „*Rezension von J. P. Niboyet, Traité Band III*“ (Beitrag 16) gehört zu den wenigen methodischen Äußerungen *Ernst Rabels* zum internationalen Privatrecht^{14a} und wurde daher hier aufgenommen. Der 1944 veröffentlichte Band von *Niboyet* behandelt das internationale Privatrecht Frankreichs. Die ultra-konservative, positivistische Richtung mit nicht wenigen nationalistischen Überspitzungen mußte bei *Rabel*, der gerade (1945)¹⁵ Band I des „*Conflict of Laws. A Comparative Study*“ veröffentlicht hatte, schärfste Kritik hervorrufen. Denn trotz aller Widrigkeiten der Zeit war für *Rabel* die Gemeinsamkeit der Kulturstaaen die Grundlage für die Lösung der Probleme des Kollisionsrechts geblieben. Das wird in dem nächsten Beitrag deutlich. „*An Interim Account on Comparative Conflicts Law*“

^{14a} Vgl. die Beiträge 7, 8 und 17 sowie den in N. 14 erwähnten Bericht über die Lage des internationalen Privatrechts.

¹⁵ Siehe oben N. 4. Als Vorabdruck einzelner Kapitel sind mit gewissen Ergänzungen erschienen: „*Divorce of Foreigners*“. Iowa Law Review 28 (1943), 190–224 (aus Band I). „*The Form of Wills*“. Vanderbilt Law Review 6 (1953), 533–544 (aus Band IV).

(Beitrag 17)¹⁶ von 1948 ist eine Art Selbstanzeige der beiden ersten Bände des „*Conflict of Laws. A Comparative Study*.“ Der Überblick behandelt allerdings weniger das Werk als die aktuellen, noch immer ungelösten Probleme des Kollisionsrechts, die durch die unbedachte Ausdehnung der nationalen Privatrechte entstanden sind und dadurch eine internationale Harmonie verhindert haben. *Rabel* zeigt den in seinem Werk eingeschlagenen Weg zur Harmonie über die genaue, vergleichende Bestandsaufnahme der Systeme des Kollisionsrechts und der Voraussetzungen ihres Funktionierens hin zur gegenseitigen Angleichung. Ähnliche Gedankengänge finden sich in dem im gleichen Jahr entstandenen Vortrag vor der Association of American Law Schools „*Comparative Conflicts Law*“ (Beitrag 18), der 1949 erschien und besonders auf die Verhältnisse in den Vereinigten Staaten mit der Entwicklung des Kollisionsrechts allein durch die Gerichte eingeht. *Rabel* zeigt, daß der Wissenschaft in der Fortentwicklung des Kollisionsrechts durch vergleichende Untersuchungen eine große Aufgabe auch in den Vereinigten Staaten zukommt. Der folgende Aufsatz von 1951 „*Suggestions for a Convention on renvoi*“ (Beitrag 19) geht zurück auf den Vorschlag der niederländischen Regierung, die eine Konferenz über den renvoi vorbereitete. *Rabel* unterbreitet einen eigenen Gegenvorschlag mit kurzer Begründung.

Die beiden letzten Stücke dieses Bandes wurden als Vorlesungen im Sommer 1949 an der University of Michigan Law School gehalten. Eine dritte Vorlesung über den internationalen Kauf¹⁷ wird in Band III Aufnahme finden, da sie in engem Zusammenhang mit dem Entwurf eines internationalen Kaufgesetzes und dem neuen amerikanischen Uniform Commercial Code steht. In der ersten Vorlesung „*Lectures on the Conflict of Laws: Agency*“ (Beitrag 20) wird die Aufgliederung der Stellvertretung in ein Innen- und Außenverhältnis dargelegt und für die kollisionsrechtliche Behandlung nutzbar gemacht¹⁸. In „*Conflicts Rules on Contracts*“ (Beitrag 21) gibt *Rabel* ein knappes Bild der gegenwärtig geltenden international-privatrechtlichen Regeln für Verträge, das er mit dem Ziel eines einheitlichen und harmonischen Kollisionsrechts eindrucksvoll konfron-

¹⁶ Eine Übersetzung ins Spanische erschien 1948 in Cordoba unter dem Titel „*Sobre la situación actual del derecho internacional privado comparado*“. Boletín del Instituto de derecho civil 13 (1948), 273–300.

¹⁷ „*International Sales Law. Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts, delivered at the Summer Institute on International and Comparative Law*.“ Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School 1951, 34–47.

¹⁸ Vgl. hierzu bereits die Beiträge 9 und 10.

tiert. In seinem weit gespannten Überblick, der in gewissem Sinne die Beiträge 7 und 8 fortsetzt und an die Beiträge 17 und 18 anschließt, mit denen er gleichzeitig entstanden ist, appelliert er von neuem an die Wissenschaft zur Fortentwicklung des Kollisionsrechts auf dem Wege der Vergleichung unter Aufgabe der alten, viel zu starr gewordenen Formeln vom Erfüllungsort oder vom Ort des Vertragsschlusses¹⁹. Sie müssen durch ein elastisches, sachbezogenes System ersetzt werden, das den Vertrag als Einheit behandelt. Im Anhang zu seiner Vorlesung formuliert *Rabel* einige vorläufige Regeln, die von der freien Rechtswahl der Parteien ausgehen und Hinweise zur Ermittlung des einheitlichen Schwerpunktes des Vertrages geben.

* * *

Für das Zustandekommen auch von Band II der Ausgabe durfte ich bereits in Band I vielfältigen Dank abstaten. Ergänzend hierzu habe ich den ausländischen Verlagen für die Genehmigung des Wiederabdrucks der Beiträge 13 bis 21 zu danken; durch den Wiederabdruck bleiben die jeweiligen Verlagsrechte (Copyrights) unberührt.

Gerichtsreferendar *Hans-Rudolf Dörrwächter* hat auch die Korrekturen zu Band II gelesen, wofür ich ihm wieder besonders danke.

Freiburg i. Br., den 6. August 1965

Hans G. Leser
Dr. iur., MCL (U. of Chicago)

¹⁹ Vgl. hierzu auch bereits die Beiträge 5 und 13.

1. RECHTSVERGLEICHUNG UND INTERNATIONALE RECHTSPRECHUNG *

Inhaltsübersicht. Einleitung. – I. 1. Zusammenwirken von internationalem und internem Recht. 2. Anregungen aus den nationalen Rechtsgebieten zur Schaffung und Auslegung der Völkerrechtsnormen; die Auslegung von Staatsverträgen auf Grund der Rechtsvergleichung; die allgemeinen Rechtsgrundsätze. 3. Die nationalrechtliche Beeinflussung der Richter. 4. Die internationale Rechtsprechung selbst als Vergleichsgegenstand. – II. Einzelne Probleme. A. Ausmaß der prozessualen Besonderheiten im internationalen Forum. B. Die Auslegungs des Liquidationsverbots durch die Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs, arrêt N. 7. C. Das internationale Privatrecht und die gemischten Schiedsgerichtshöfe.

Wir sind seit langem gewohnt, wenngleich erst neuerdings mit der erforderlichen Tatkraft bestrebt, die Bestandteile einer nationalen Rechtsordnung mit denen einer oder mehrerer anderer nationalen Ordnungen zu vergleichen.

Von den nationalen Rechten aber ist das internationale Recht geschieden. Es besteht unabhängig vom internen Recht. Und seine Prinzipien beherrschen umgekehrt nicht die nationalen Ordnungen, möge immer das Völkerrecht an die Landesrechte Weisungen nach den verschiedensten Richtungen ergehen lassen. Diese beiden Ergebnisse der heutigen herrschenden Lehre der Internationalisten und die aus ihnen zusammenfließende Schlußfolgerung auf die Systembildung: die systematische Trennung des internationalen vom nationalen Rechte kennzeichnen den Stand

* Aus: Rabels Z 1 (1927), 5–47. [„Rabels Z“ bezeichnet hier und im folgenden einheitlich „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht“ (1. 1927 f.), später umbenannt in „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht“ (ab 26. 1961 f.). – Die Anmerkungen wurden durchgezählt.]

Abkürzungen. V. V. = Friedensvertrag von Versailles. Haager Gerichtshof. Cour = Cour Permanente de Justice Internationale. T. A. M. = Tribunal Arbitral Mixte, Gemischter Schiedsgerichtshof. Recueil = Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, Paris, Soc. Rec. Sirey.

des augenblicklich geltenden Völkerrechts trotz aller erhobenen Einwendungen ganz offensichtlich.

Liegen also die nationalen Rechtsordnungen und die internationale – mit ihren selbst abgestuften Teilgebieten – auf gesonderten Ebenen, so tritt die Frage auf, ob auch zwischen den nationalen Rechten auf der einen und dem internationalen auf der anderen Seite eine Vergleichung möglich und fruchtbar ist. Ihre Möglichkeit ergibt sich bedenkenlos, wenn wir von der Rechtsvergleichung nichts anderes [6] verlangen, als daß sie feststelle, wie sich zwei Rechtssätze oder Rechtseinrichtungen verschiedener Ordnungen und verwandten Zweckes zueinander verhalten¹. Ob jene Vergleichung nützlich ist? Diese Frage mag zurückgestellt bleiben. Die nachfolgenden Zeilen beabsichtigen lediglich, die Aufmerksamkeit einmal darauf zu lenken, daß sich vergleichende Operationen der erwähnten Art tatsächlich in der internationalen Praxis vollziehen. Die Beobachtungen, die wir da sammeln können, sind der Völkerrechtswissenschaft von früher her ihrer Art nach nicht unbekannt², in der bisherigen Wissenschaft der Rechtsvergleichung aber noch gar nicht beachtet. Gerade die Zivilrechtslehre darf von diesem neuen Gebiet erheblichen Gewinn erwarten; ihrem Bedürfnis entsprechend sollen die Beispiele gewählt werden.

In der Tat ist es die seit dem Kriegsende stark emporgekommene internationale Rechtsprechung, und erst sie, die diese Erscheinungen rechtsvergleichender Tätigkeit zur Anschaulichkeit zu bringen beginnt. Ich möchte einige von den Streiflichtern einfangen, die diese Praxis, die

¹ Ich unterscheide die *reine* Rechtsvergleichung, die nur das inhaltliche Verhältnis der verglichenen Rechtsgebilde feststellen will, von der sich ihr leicht anschließenden vergleichenden *Wertung*. Letztere, die „angewandte Rechtsvergleichung“, gehört zur Vorbereitung der Rechtspolitik und ist unentbehrlich zur Fragestellung, ob Rechtsausgleichungen möglich und empfehlenswert sind. Die Rechtsvergleichung in ihrer reinen Gestalt aber dient ausschließlich der Erkenntnis. Auch sie mit ihrer Untersuchung der Relationen umfaßt aber, wenn sie wissenschaftlich sein soll, eine große Zahl keineswegs einfacher, in jedem Einzelfall zu lösender Probleme. Denn zu ihr gehört notwendig insbesondere auch das „Warum“. Ich darf auf meine letzte Zusammenfassung verweisen: Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, 13. Heft 3, auch als Sonderdruck (mit Verbesserung von Druckfehlern) erschienen in Münchener Juristische Vorträge Heft 1, München 1925 [vgl. hier Band III].

² Was vom völkerrechtlichen Standpunkte zu diesen Fragen gesagt werden kann, ist in den grundlegenden, weiter unten bezogenen Schriften von *Triepel* und *Anzilotti* enthalten. Vorzüglich belehrt auf dieser Grundlage über die privatrechtlichen Begriffe im Völkerrecht *Paul Ruegger*, Niemeyers Zeitschr. f. intern. Recht 28 (1920), S. 426 ff.

vom Völkerrecht ausgeht (oder ausgehen sollte) und die an die Landesrechte mit herangeht, auf das *Nebeneinanderbestehen des internationalen und der internen Rechte* wirft. Zugleich ist es recht lohnend, zu sehen, wie die zwischen- oder überstaatliche Rechtsprechung auch das Bild bereichert, das wir von dem Zusammenleben und den Verwandtschaften und Verschiedenheiten *der einzelnen nationalen Rechtsordnungen selber* haben. Das lebensvollste und nächstliegende Material geben uns der Ständige Internationale Gerichtshof im Haag und die Gemischten Schiedsgerichtshöfe nebst der Deutsch-Amerikanischen gemischten Kommission. Fast in jedem einzelnen Spruche dieser Instanzen spüren wir den Schlag des verwickelten Lebens, das trotz aller Grenzpfähle gewissermaßen unterirdisch die Welt durchbraust und nicht einmal durch Schützengräben und Blockade völlig gehemmt wurde. [7] Aus der Vergangenheit gewohnt, gewaltige Ströme von einem Land in das andere fließen zu sehen, wie bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, wundern wir uns nicht, ein vielfältiges Zucken von Rechtsideen aus einem Land in das andere, aus einem anscheinend getrennten Rechtssystem in das andere wahrzunehmen. Um aber ein Ergebnis vorwegzunehmen: überraschend scheint mir trotz allem, woran uns die Rechtsgeschichte gewöhnt hat, die Leichtigkeit, ja Selbstverständlichkeit, mit der das gleiche als billig empfundene Ergebnis von dem Boden der verschiedensten Länder oder Rechtskreise aus gewonnen zu werden pflegt. Und dergleichen Wahrnehmungen führen schließlich zu einer dritten Art Rechtsvergleichung: die Rechtsprechung der internationalen Gerichte und Kommissionen bietet selber ein kostbares Material zur Vergleichung mit nationalen Einrichtungen und Denkart.

I.

1. Wenn die erste und grundlegende Aufgabe der Rechtsvergleichung darin besteht, die Rechtssysteme auf Ähnlichkeiten, Verschiedenheiten und gegenseitige Beeinflussungen zu prüfen und in Beziehung zu setzen, so ist der internationale Richter zu solcher Tätigkeit dauernd gezwungen. Obwohl er seine Normen zunächst aus dem Staatsvertrag und der Völkerrechtsgewohnheit entnimmt, bleibt ihm der Blick ins nationale Recht kaum jemals erspart.

a) Man kann zunächst an die bekannte Erscheinung erinnern, daß die völkerrechtlichen Quellen häufig auf das interne Recht Bezug nehmen, mit „Blankett-Rechtssätzen“, die nicht zugleich internes Recht rezipie-

ren³, d. h. zum Völkerrecht selber machen, also mit Verweisungen auf das interne Recht. So, wenn den Staaten ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben, erlaubt oder verboten wird, so auch, wenn ein Tatbestandsmerkmal der völkerrechtlichen Norm durch einen landesrechtlichen Vorgang gebildet wird⁴. Insbesondere gelingt es auch bei internationalen Kodifizierungen noch kaum jemals, die neue vereinheitlichte Normengruppe als selbständigen, nur aus sich heraus auszulegenden Komplex zu errichten; dies war auch beim internationalen Wechselrechtsabkommen nicht zu erzielen⁵. Daß bei alledem ungeachtet der theoretisch scharfen Grenzlinie zwischen internem und internationalem Recht es nicht an Zweifeln fehlen kann, an welchem [8] Punkt im Einzelfall die beiden Systeme einander ablösen, und auch bisweilen, *welches* interne Recht berufen ist⁶, das hat der Begründer jener fruchtbaren Unterscheidung, *Triepel*⁷, selbst jüngst⁸ hervorgehoben.

Bei den gemischten Schiedsgerichtshöfen, deren erste Rechtsquelle die wirtschaftlichen Bestimmungen des V.V. sind, fragt es sich ja sogar, ob diese Bestimmungen auf die betroffenen privaten Rechtsbeziehungen überhaupt irgendwie internationalrechtlich oder nicht vielmehr nur durch das Medium des Landesrechts wirken⁹. Jedenfalls hat das interne Recht hier einen so weiten Raum behalten, daß sich ständig die Fragestellung aufdrängt, wieweit eine Materie durch den V.V. geregelt ist – wie das mit Recht bejaht wurde für die Zinspflicht im Ausgleichsverfahren – oder durch Landesrecht geordnet bleibt, wie z. B. die Wirkungen der Handelsverbote, an die der Vertrag zahlreiche Folgen anknüpft, oder die Ent-

³ *Triepel*. Les rapports entre le Droit interne et le Droit international (Académie de Droit international. Recueil des Cours, Paris 1925) p. 17 des S. A.

⁴ Die Formulierung des Textes schließt sich an *Triepel* und *Anzilotti* so eng an, daß Beispiele kaum erforderlich sind. Immerhin sei aus dem neuen Material der letzten Jahre etwa auf das Genfer Protokoll über Schiedsklauseln vom Jahre 1923 hingewiesen. Art. 1 setzt voraus: eine Handelssache oder andere Sache, die fähig ist, schiedsrichterlich erledigt zu werden. Welche Sachen das sind, bestimmt „selbstverständlich“ das Landesrecht. *Hamel*, Revue de droit international 1924, 28.

⁵ *Wieland*, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht 74 (1923) S. A. 20 f.

⁶ Sind im Sinne von V. V. Art. 297 j die „taxes et impôts sur le capital . . . levés en Allemagne“ nach dem deutschen Steuersystem (Deutsch-Franz. T. A. M. Recueil 5, 847) oder nach der französischen Rechtsterminologie zu beurteilen? (Oder etwa nach selbständigen Kriterien?)

⁸ *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht 1899. Eine gleichgesinnte, sehr glückliche Zusammenfassung des heutigen Standes der Lehre bei *Anzilotti*, Corso di diritto internazionale, I, 2 ed., 1923 ss.

⁹ *Triepel*, Rapports cit, p. 19, 20.

⁹ Darüber weiter unten II, C.

stehung, die Fälligkeit, der Untergang von Forderungen, deren Ausgleichsfähigkeit in Frage steht, oder die Eigentumsübertragung einer Ware, die eine Ausnahme von der Vertragsauflösung bewirkt. Der Deutsch-Englische Schiedsgerichtshof hat wiederholt ausdrücklich betont zu sollen geglaubt, daß das Landesrecht nur soweit gilt, als seine Berücksichtigung nicht dem Sinne des V.V. widerstreitet. Die Deutsch-Amerikanische Gemischte Kommission hat wiederholt und mit Recht Begriffe des Berliner und des Versailler Vertrages aus diesen selbst näher bestimmt, nicht aus dem amerikanischen Recht; z. B. die Begriffe Zivilbevölkerung (Entscheidung Docket 4259), property = körperliche Sachen (Administrative decision VII). Die Klausellehre des Reichsgerichts wurde im Mai 1923 vom Deutsch-Belgischen Schiedsgerichtshof¹⁰ studiert, und man glaubte feststellen zu dürfen, daß im konkreten Falle das Reichsgericht dem belgischen Käufer den Erfüllungsanspruch nicht benehmen würde, trotz der „neuernenden Tendenzen“ des Reichsgerichts, entsprechend seiner großen Vorsicht und seinem Leitstern: „Geschäftliche Loyalität und Sicherheit des Handels“ – dies alles aber dahingestellt, ob das T.A.M. der deutschen Judikatur überhaupt zu folgen habe.

Und wenn der Staatsvertrag auf einen im allgemeinen zweifellos landesrechtlich zu fixierenden Begriff abstellt, wie z. B. auf den des Staatsangehörigen, so ist nicht bloß die völkerrechtlich erörterte Frage wichtig, ob er die staatliche Bestimmungsfreiheit nicht beschränkt, [9] sondern der Begriff selbst kann sogar in diesem Fall in abgewandelter Bedeutung verwendet sein. Das ist im neuen deutsch-polnischen Urteil des Haager Internationalen Gerichtshofs¹¹ von den Liquidationsbestimmungen der Genfer Konvention und implizite von den im wesentlichen gleichlautenden des Art. 297 b V.V. ausgesagt worden. Wenn dort für liquidierbar erklärt sind die Güter der deutschen Staatsangehörigen und der von solchen kontrollierten Gesellschaften, so sind nach der Ansicht der Cour die Gesellschaften immer nur nach Maßgabe der Kontrolle zu beurteilen; es scheiden also die Gesellschaften, auch wenn sie ihren Sitz im Deutschen Reich haben, wie im Prozeßfall die Vereinigte Königs- und Laura-Hütte AG, aus dem hier maßgeblichen Sonderbegriff der „deutschen Staatsangehörigen“ aus; sie werden ausschließlich je nach den im Einzelfall die Gesellschaft kontrollierenden physischen Personen der Liquidation unterworfen oder nicht. Als deutsche Staatsangehörige im Sinne

¹⁰ Deutsch-Belg. T. A. M. 22. 5. 1923, Recueil 3, 283.

¹¹ Urteil vom 25. 8. 1926, Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Serie A No. 7 p. 68–70, 74 s.

dieser Vorschrift verbleiben grundsätzlich nur physische Personen. Die Stadtgemeinde Ratibor allerdings wurde diesen nach der Ratio der Vorschriften als gleichbehandelt angesehen. Ich glaube, daß, wenn das letztere allenfalls zweifelhaft erscheinen könnte, im übrigen sicher diese Auffassung den wahren Sinn des Vertrages trifft. Außerdem bringt die Entscheidung eine Erlösung aus dem Widerstreit der Meinungen, die bisher jeweils immer zu Ungunsten von Deutschland angewendet zu werden pflegten. Daß damit die bisherige nationale Charakterisierung der Gesellschaften nach dem Sitze oder dem Gesetze, nach dem sie errichtet sind und dergleichen, nicht aus den internationalen Beziehungen ausgeschaltet ist, stellt die Cour ausdrücklich fest, mit dem Beispiel, daß die Befugnis Deutschlands, unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Staatsangehörigen sich um die Gesellschaften mit deutschem Sitz international anzunehmen, nicht entfällt. Keineswegs ist daher etwa zugunsten der bekannten These, daß im Ausgleichsverfahren und im Kontraktsrecht des V.V. das Kontrollprinzip herrsche¹², Stellung genommen.

Schützt ein Staatsvertrag die erworbenen Rechte, d. h. die nach einem Landesrecht erworbenen Rechte im Bereiche eines anderen Landesrechts, oder stellt das Völkerrecht die Fremden den Staatsangehörigen mindestens gleich, so daß das Landesrecht sie mindestens wie die eigenen Staatsangehörigen zu behandeln hat – so haben wir es in letzter Zeit wiederholt erlebt, daß das interne Recht vor einem Richterstuhl steht wie noch nie. Es wird am Maße des Völkerrechts gemessen, es wird zugleich auch stillschweigend mit dem eigenen Rechte des Richters verglichen und manchmal nicht nur im Busen kritisiert.

Nicht selten auch fällt ein überraschendes Streiflicht auf einen landesrechtlichen Satz. Der Deutsch-Englische Gemischte [10] Schiedsgerichtshof¹³ hatte zu entscheiden, ob der Fiskus als gesetzlicher Erbe nach dem BGB ein privater Schuldner der Nachlaßgläubiger ist, in welchem Fall die Forderung gegen ihn ausgleichsfähig wäre. Es wurde zutreffend erkannt, daß der Staat hier eine öffentlich-rechtliche Pflicht erfüllt, eine Pflicht der Nachlaßliquidierung im öffentlichen Interesse und von öffentlich-rechtlicher Natur; eben deshalb geschehe es, daß das BGB Abweichungen von den gewöhnlichen Erbrechtssätzen verfügt. Von theore-

¹² Zur Orientierung vgl. *Isay*, Private Rechte und Interessen, 3. Auflage, 1923, 55 f.

¹³ Urteil vom 13. 10. 1925 Nr. 400, JW 1926, 2018, Recueil 5, 635. Anders will das Urteil des Deutsch-Franz. T.A.M. III 1858, Recueil 5, 248 das Erbrecht des Staates als Recht auf bona vacantia konstruieren. Gegen diese unrichtige Übertragung einer ausländischen Auffassung auf das BGB s. *Caspers*, JW 1926, 2021.

tischem Interesse ist es auch zum Beispiel, daß der Deutsch-Englische Gerichtshof die deutsche Zivilprozeßordnung § 327 angerufen hat, um die Rechtskraft seines gegen den deutschen Testamentsvollstrecker zu fällenden Urteils gegenüber den Erben zu begründen¹⁴.

2. Noch viel auffallender und bedeutsamer ist aber der rechtsvergleichende Gedankenprozeß, den tatsächlich der internationale Richter unserer Tage fast in jedem Falle in sich vollzieht. Dies ist auf zweifache Weise durch den gegenwärtigen, vielleicht – keineswegs sicher – vorübergehenden Zustand des internationalen Rechtslebens bedingt: einerseits dadurch, daß der Umfang und der Reifegrad der internationalen Rechtsätze es meistens nicht zulassen, einen bestimmten Streitfall ohne weiteres zu entscheiden, und andererseits dadurch, daß die juristische Kultur der Richter in der Regel durch die nationalrechtliche Atmosphäre bestimmt oder wenigstens beeinflußt wird.

a) In der ersteren Hinsicht befinden wir uns in einer Lage, die nüchtern jenseits von Furcht und Hoffnung so festgestellt bleiben muß, wie die herrschende Auffassung der Publizisten sie doch wohl richtig [11] erkannt hat. Wohl gibt es bereits einen ansehnlichen Stock von vertragsmäßigem und gewohnheitsrechtlich begründetem Völkerrecht. Aber der Glaube an ein umfassendes System des Völkerrechts oder ein Primat des Völkerrechts oder gar an eine einzige, das staatliche und überstaatliche Recht vereinigende Rechtsordnung kann derzeit nicht mehr sein als der

¹⁴ Urteil vom 15. 10. und 3. 12. 1924 Nr. 1767, Recueil 4, 645. – Das interne Zivilprozeßrecht hat für den Schiedsgerichtshof keine Geltung. Umgekehrt hat die Entscheidung des Schiedsgerichtshofs verbindliche Kraft für die nationalen Organe; V.V. Art. 304 Lit. g und Deutsches Gesetz vom 10. 8. 1920, RGBl. 1569. Aber es versteht sich nicht von selbst, daß eine Wirkung über die Parteien hinaus auf das positive interne Recht gestützt werden kann, daher je nach der verschiedenen nationalen Ordnung der persönlichen Rechtskraftgrenzen verschieden ausfällt. Die Entscheidung ist gerechtfertigt ohne Rücksicht auf allgemeinere, vielleicht recht zweifelhafte Fragen, insofern die Legitimation des deutschen Testamentsvollstreckers, mit Wirkung gegen den Erben zu handeln, sich nach deutschem Recht bestimmt. *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Zivilproz. 1, 126 N. 36; System 1, 833. – Dagegen hängt die Frage nicht zusammen mit der Streiffrage, ob das T.A.M. ein doppelseitiges nationales Gericht darstellt (vgl. darüber weiter unten); auch die Geltungskraft des überstaatlichen Urteils muß irgendwie in die nationale Prozeßorganisation eingereiht werden. Und ebensowenig besteht ein Zusammenhang mit der Kontroverse, ob die Rechtskraft prozeßrechtlich oder materiellrechtlich zu begründen sei; es handelt sich nicht um die ausnahmsweise Geltung einer in der deutschen Zivilprozeßordnung stehenden Norm, etwa weil sie materiellrechtliche Natur habe, sondern um das Eingreifen der deutschen (prozeß- oder materiellrechtlichen) näheren Umschreibung der Rechtskraft.

fromme Wunsch der Vertreter solcher Gedanken, der freilich als solcher selbst weiterwirken kann. Wir wissen, daß selbst die anerkannte Rechtsgewohnheit der Völkerrechtsgemeinschaft oder einer Gruppe nur teilweise bis zur Formung von vollentwickelten Normen gediehen ist, während zu großem Teil, abgesehen von der Sanktion, auch vieles fehlt, was der deduktiven und analytischen Tätigkeit der Systembildung nötig und für sie bezeichnend ist. Auf der anderen Seite jedoch sehen wir die Schiedsinstanzen sich mehren, denen der Ausspruch: „Non liquet“ nicht erlaubt ist. Schließlich entspricht der wirklich herrschenden Staatenpraxis immer noch nur die Ansicht, daß Subjekte des Völkerrechts ausschließlich die Staaten sind¹⁵. Allein es mehren sich die Fälle, wo ihrem Ursprung nach sogar rein privatrechtliche Ansprüche von staatsunterworfenen Personen vor Entscheidungsorgane gelangen, für die – um uns einstweilen vorsichtig auszudrücken – jedenfalls nicht das interne Recht eines einzigen Staates als *Lex fori* gelten kann.

b) Bei alledem ergeben sich mannigfaltige und wenn auch nicht immer erfreuliche, so doch juristisch reizvolle Situationen, in denen das internationale Gericht nicht umhin kann, zwischenstaatliche und staatliche Ordnungen gleichzeitig in Erwägung zu ziehen. Zwar ist es wiederum durch hinreichende Erörterungen klar, daß das Recht, das gegenwärtig zwischen den Staaten gilt, nicht nur ohne Systemgemeinschaft mit den internen Rechten ist, sondern auch selbst nicht nach Analogie des Privatrechts (als des Rechts der Koordination) ausgestaltet werden darf. Wir begreifen durchaus die Berechtigung des eifrigen Bemühens, den Eigenwuchs des internationalen Rechts gemäß seinen eigenen Daseinsbedingungen zu entfalten, und die Geschichte der Rechtswissenschaft bestätigt die Gefahr, die in der Orientierung an unpassenden oder halbpassenden Kriterien und Kategorien liegt. Kein Zweifel auch, daß z. B. die Praxis der gemischten Schiedsgerichtshöfe in vielen Beziehungen zu einseitig zivilrechtlich orientiert ist.

Indessen lehren die Geschichte des menschlichen Denkens und die Erfahrung in der Rechtsvergleichung insbesondere zugleich, daß es uns gar nicht gelingen will, beim ersten Versuch unser Denken in neue Bahnen zu zwingen, daß vielmehr die menschliche Phantasie und im besonderen das Ersinnen neuer Formen des Rechtsdenkens sich an das [12]

¹⁵ Was in der interessanten Erörterung auf der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht im Mai 1926 pro und contra ausgeführt wurde, bestätigt mir diese Meinung, die den Voten *Neumeyer*, *Fleischmann*, *Martius* (Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7, 33 f., 45) entspricht.

Bestehende klammert. Es braucht wirklich erst den ungestümen Drang unserer Tage und die Arbeit unserer seltenen internationalrechtlichen Denker, um die internationalrechtliche Wissenschaft zu emanzipieren. Ihr bisheriger Zustand erinnerte an jene Übergangsstadien, in denen sich bis vor gar nicht langer Zeit der Zivilprozeß, das Staatsrecht, das Verwaltungsrecht befanden, die sich doch schon längst aus dem Schoße der Pandekten wissenschaftlich losrissen. Wünschen wir der Erkenntnis der Eigengesetzlichkeit aller dieser Disziplinen, wie sie sich auch im Ausbau der völkerrechtlichen Wissenschaft und ihrer begonnenen Anwendung im Haager Gerichtshof kundtut, alle Verwirklichung! Nur möge dabei nicht ganz der Wunsch unterdrückt bleiben, daß die Eigentümlichkeiten nicht übertrieben werden. Davor sollte schon die bekannte Beobachtung warnen, daß das Privatrecht in zunehmendem Maß durch öffentlich-rechtliche Erwägungen durchsetzt wird, wie andererseits die sich bahnbrechende Erkenntnis, daß gleich den besonderen Erscheinungen der Rechtskreise auch die soziale Erscheinung des *Rechts* selbst gewisse gemeinsame Voraussetzungen, Wirkungen und Entwicklungsneigungen aufweist. Erinnern wir uns der Fehden um *Otto Mayers* Öffentliches Eigentum und um *Wachs* Rechtsschutzanspruch, an die Erörterungen über den Kausalzusammenhang im Privat- und Strafrecht und die Diskussionen des letzten Deutschen Juristentages über das Maß der empfehlenswerten Annäherung zwischen Privat- und Strafrecht in den Fragen der Rechtswidrigkeit, – immer stellt sich ein Minimum von Bedarf an selbständigem Gute jeder Disziplin heraus, immer aber auch ein Stück Verwandtschaft, das zu achten eine Grundbedingung der aufzubauenden allgemeinen Rechtslehre ist. Vielleicht werden auch Privatrecht und Steuerrecht bei aller Verschiedenheit der Standpunkte sich bemühen müssen, wenn sie die gleichen Erscheinungen betrachten, ihre Wahrnehmungen nicht immer gerade in inkommensurablen Begriffen niederzulegen.

Einseitige Schärfung der Unterschiede ist ebenso verfehlt wie die Mißachtung der Eigenarten. Sonst hätte man allerdings Grund, gelegentlich hervorgekommene Zweifel an der Durchführbarkeit jeder Rechtsvergleichung zu teilen. Wirklich planvolle Rechtsvergleichung wird es nie übersehen, daß die Rechtsordnung jedes Staates als Ganzes genommen werden muß, und ebenso, daß jede Disziplin des internen wie des internationalen Rechts jeweils besonderen Geboten gehorcht. Wenn wir Organe verschiedener Organismen zusammenhalten – wie die Hände verschiedener Menschen, wie deutsches Pfandrecht und französisches Pfandrecht –, so müssen wir wissen, daß jedes von spezifischem Blut erfüllt ist.

Aber darum ist die Vergleichung nicht unmöglich; sie ist schwierig und umfaßt eben auch eine Art Blutuntersuchung mit. Gilt dies von der Rechtsvergleichung, die nichts will als Erkenntnis des Bestehenden, so erfordert vollends die Erwägung, ob Aufpfropfungen und Verpflanzungen von einem Boden auf den anderen gedeihlich sind, sorgfältige, oft umständliche Würdigungen, und [13] ebensolche braucht natürlich auch die dogmatische Überlegung von Angleichung oder Zusammenziehung der juristischen Teildisziplinen.

c) Sind dies eminent systematische Probleme, so ist heute zweifellos nicht nur in der Wissenschaft des Völkerrechts, sondern auch in den Staatsverträgen ein unaufhörliches Ringen zwischen internem und internationalem Rechtsdenken zu beobachten, nicht minder natürlich eine Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Rechtsvorstellungen, Kämpfe, Rezeptionen, Reaktionen, wie in der Vergangenheit des Völkerlebens. Bei der Schaffung des V.V. hat sich ein großartiger Kampf zwischen amerikanischer und französischer Rechtsauffassung über eine Reihe der wichtigsten Punkte abgespielt, z. B. hinsichtlich der Bindung an den deutschen Notenwechsel mit *Wilson*, der Unverletzlichkeit des Privateigentums, des Eingriffs in die Vertragsrechte (vgl. den amerikanischen Vorbehalt in Art. 299 b); daneben kämpften englische und französische Anschauungen miteinander, z. B. eben auch hinsichtlich der Auflösung der Verträge durch den Krieg¹⁶.

Bei der Schaffung der Prozeßordnungen der Gemischten Schiedsgerichtshöfe, zu der sie selber durch den Vertrag ermächtigt waren, hat das Prozeßrecht bald dieses, bald jenes Staates zu Paten gestanden. Für die Prozeßreglements der kontinentalen Gruppe der Schiedsgerichtshöfe ist das vom Deutsch-Französischen Schiedsgerichtshof unter schließlich entscheidendem Einfluß des Präsidenten *Mercier* erlassene Reglement vorbildlich geworden. Daß dafür der Code de procédure civile des Kantons Waadt, Redaktion von 1911, eine wichtige Vorlage war, ergibt sich aus einer Vergleichung von selbst¹⁷. An der Hand dieses besonders vom Deutsch-Belgischen Schiedsgerichtshof verbesserten Prozeßreglements wurde auch das Regolamento des Deutsch-Italienischen Schiedsgerichtshofs verfaßt, jedoch in größerer Selbständigkeit und mit der abweichenden Zielsetzung, bindende Normen aufzustellen; hierbei kam an mehreren Stellen der Entwurf zu einer italienischen Zivilprozeßordnung von

¹⁶ *Mendelssohn-Bartholdy*, JW 1921, 133.

¹⁷ Eine solche ist einmal in meinem Münchener Seminar durch den damaligen Studenten *Hans Silberschmidt* durchgeführt worden.