

Hybride Rechtslagen

Zu den Strukturen des „internationalen Rechtsraums“

Thomas Pfeiffer

I. Einführung

Wie kein anderes Lehrbuch des Internationalen Privatrechts stellt dasjenige von *Jan Kropholler*¹ die Grundkategorien dieses Rechtsgebiets in den Vordergrund und steht damit in der Tradition des durch den Jubilar weitergeführten und weiterentwickelten Werkes von *Paul Heinrich Neuhaus*.² Die nachfolgenden Zeilen unternehmen den Versuch, einige bekannte Kategorien oder Phänomene des IPR gleichsam aus einer anderen Perspektive zu betrachten, und richten den Blick dabei auf die hybriden Strukturen des internationalen Rechtsraums.

Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet die vorangestellte Bezeichnung *Hybrid* das Vorliegen eines aus unterschiedlichen Elementen zusammengesetzten Ganzen. Die Besonderheit des Hybrids liegt allerdings darin, dass zwar die einzelnen Elemente bereits über bestimmte Eigenschaften verfügen und dass diese Elemente, für sich betrachtet, vollständig erscheinen, dass aber durch die Vereinigung oder das Zusammenwirken der Elemente in einem Hybrid neue erwünschte oder unerwünschte Eigenschaften entstehen.

Von hybridem Recht wird gesprochen, wenn derselbe Sachverhalt potentiell oder aktuell von mehreren Rechtsordnungen nicht nur berührt wird, sondern diesen tatsächlich unterliegt.³ Internationalprivatrechtlich gesehen liegt eine solche hybride Rechtsstruktur vor, wenn bei unterschiedlichem Sachrecht ein divergentes Kollisionsrecht besteht und dieses durch einen positiven zuständigkeitsrechtlichen Kompetenzkonflikt unterlegt ist oder wenn eine solche Divergenz durch zielgerichtete oder nicht zielgerichtete Sachverhaltsgestaltung herbeigeführt werden kann. Erscheinungsformen und Konsequenzen eines solchen hybriden Rechts sind allerdings in Deutschland, soweit ersichtlich, noch nicht umfassend untersucht worden, obschon das Phänomen des hybriden Rechts über die Rechtswissenschaft hinaus bekannt ist und beachtet wird.

¹ *Kropholler*, Internationales Privatrecht, nunmehr 6. Aufl. 2006.

² *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976.

³ Z. B. *John F. Preis*, Jurisdiction and Discretion in Hybrid Law Cases, U. Cin. L. Rev. 75 (2006) 145–212.

II. Zum Beispiel: Die Schmiede von Gretna Green

Im Jahre 1753 wurde in England der Hardwicke's Marriage Act verabschiedet, demzufolge ab 1754 Eheschließungen bestimmten Voraussetzungen unterlagen. Hierzu zählten u. a., dass eine Eheschließung ohne das Einverständnis von Eltern oder Vormund die Vollendung des 21. Lebensjahres durch Braut und Bräutigam voraussetzte. Dieses gegen die klandestine Eheschließung gerichtete Gesetz galt freilich nur in England, nicht aber in Schottland. Der schottische Ort Gretna Green, unmittelbar hinter der Grenze zu England gelegen, entwickelte sich daher zum Zufluchtsort für heiratswillige Minderjährige, deren Eheschließung vorzugsweise in der Schmiede von Gretna Green erfolgte.⁴

Das Beispiel erscheint aus heutiger Perspektive wie ein frühes Wetterleuchten aktueller Globalisierungsdiskussionen. Unter den Bedingungen räumlich-territorialer Beweglichkeit wird zwar nicht die rechtliche Gestaltungskompetenz, wohl aber die faktische Gestaltungsmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers dadurch begrenzt, dass sich die Rechtsunterworfenen durch einen Gang in das – von einem „niedrigeren“ Regulierungsstandard geprägte – Ausland den inländischen Standards entziehen können.

III. Versuch einer Phänomenologie

Es liegt auf der Hand, dass sich die Fragen des Handelns unter hybriden Rechtsstrukturen im vorliegenden Rahmen nicht umfassend aufarbeiten lassen. Dieser Beitrag versteht sich daher als eine bloße Annäherung. Diese setzt zunächst im Rahmen der Problemerkennung den Versuch einer Phänomenologie voraus:

1. „Scheinbare“ und „unechte“ Hybride

Hybride Regeln entstehen, wenn in einer Regel Aspekte unterschiedlicher Rechtsordnungen zusammenwirken. Ein Beispiel bildet die Behandlung fremdrechtlicher Klauseln in deutschem Recht unterliegenden Verträgen. Denn insofern gilt zwar der Satz, dass auch fremdsprachige Willenserklärungen innerhalb dieses Rechtsverhältnisses nach den Grundsätzen des deutschen Rechts auszulegen sind.⁵ Ist aber beispielsweise mit der Übernahme einer fremdsprachigen Klausel zugleich die Anlehnung an eine fremde Rechtspraxis gewollt, so wird diese für die Auslegung maßgebend. Das gilt aber nur dann, wenn die Parteien wirklich eine Anlehnung an jene fremde Rechtspraxis im Sinn hatten.⁶

⁴ Die historischen Hintergründe, die zu jener Gesetzgebung führten, erläutert etwa *Leah Lenemann*, *Law and History Review*, Vol. 17 No. 1, 10.03. 2008, abrufbar unter <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/17.1/leneman.html>.

⁵ OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 36.

⁶ BGH, NJW-RR 1992, 423.

Die danach mögliche Normstruktur – Geltung deutschen Rechts für die Auslegung des Vertrags bei Maßgeblichkeit einer ausländischen Auslegungspraxis für die einem fremden Recht entlehnte Klausel – ist freilich nur scheinbar von hybrider Qualität. Die Auslegung nach ausländischen Maßgaben ist hier nicht im Sinne einer regelförmigen Anwendbarkeit, sondern lediglich als kollisionsrechtliches *Datum*, also auf einer tatsächlichen Ebene zur Ermittlung des Parteiwillens, maßgebend.

Dem vergleichbar sind „unechte“ Hybride, die im Zusammenhang mit der „Aufspaltung“ kollisionsrechtlicher Anknüpfungsfragen in Teilfragen entstehen.⁷ So wird bei Straßenverkehrsunfällen der für das Verschulden maßgebende Sorgfaltsstandard dem Deliktsstatut entnommen, wohingegen die anwendbaren Verkehrsregeln nach dem öffentlich-rechtlichen Territorialitätsprinzip zu bestimmen sind. Die Verwendung des Begriffs Hybrid ist hier zwar insofern berechtigt, als verschiedene juristische Aspekte eines Rechtsverhältnisses von unterschiedlichen Rechtsordnungen beherrscht werden. Allerdings stehen die verschiedenen Teilfragen logisch nebeneinander.⁸ Zwar mag man davon sprechen, dass das für ein Rechtsverhältnis maßgebende Recht sich in hybrider Weise aus den auf die verschiedenen Teilfragen jeweils maßgebenden Rechten ergibt. Die für die Rechtsunterworfenen maßgebenden Anforderungen sind indes nicht in dem Sinne hybrid, dass sich die für einen Rechtsunterworfenen maßgebenden rechtlichen Handlungsbedingungen erst aus der Gesamtschau unterschiedlicher, aber potentiell gleichzeitig und nebeneinander auf dieselbe Frage anwendbarer Rechtsordnungen ergibt.

2. *Hybride Rechtsanwendung: Ursachen und Verbindungslinien zu bekannten kollisionsrechtlichen Phänomenen*

Die Ursachen hybrider Rechtsanwendungsstrukturen ergeben sich überwiegend aus – oder stehen im Zusammenhang mit – kollisionsrechtlich bekannten Phänomenen, zu denen namentlich das Forum Shopping, die echte und unechte Umgehung, die Wirkungen ausländischer Eingriffsnormen und – als mögliche Folge – die Existenz hinkender Rechtsverhältnisse zählen.

a) *Forum Shopping*

Soweit es um das Forum Shopping geht, ist das Phänomen hybrider Rechtsstrukturen eine notwendige Folge eines Blicks aus anwaltlicher – anstelle gerichtlicher – Perspektive auf einen Sachverhalt. Idealerweise erwägt ein Anwalt (oder die Partei selbst) bei jedem Rechtsverhältnis zunächst (u. a.)⁹, welche Fora im

⁷ Zum Konzept der Teilfrage statt aller Kropholler (Fn. 1) § 18 I, S. 134.

⁸ Kropholler (Fn. 1) § 18 II, S. 134.

⁹ Überblick etwa bei Hau, Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozessrecht, 1996, S. 29–46.

möglichen Streifall offen stehen, welche Kollisionsrechtsregel dort maßgebend ist und zu welchem anwendbaren Sachrecht dieselbe führt. Sofern sich daraus die Maßgeblichkeit unterschiedlicher Rechte ergibt, handelt der Anwalt potentiell unter allen maßgebenden Rechten gleichzeitig – oder mit anderen Worten: unter der sich daraus ergebenden hybriden Rechtsstruktur. Vorteilhaft ist dies indes vor allem für den potentiellen Kläger.¹⁰

b) Kollisionsrechtliche Gestaltung und Gesetzesumgehung

Bei der so genannten Gesetzesumgehung (*fraus legis*) geht es aus klassischer kollisionsrechtlicher Sichtweise um Fälle, in denen das Eingreifen einer bestimmten kollisionsrechtlichen Anknüpfung durch zielgerichtete Gestaltung herbeigeführt wird: durch Rechtswahl; durch zielgerichtete Wahl einer sachrechtlichen Gestaltung, die bestimmte kollisionsrechtliche Anknüpfungsfolgen nach sich zieht; durch eine Gestaltung des Sachverhalts, die zum Eingreifen bestimmter kollisionsrechtlicher Anknüpfungen führt; durch das bereits erwähnte Forum Shopping.¹¹ Deutschland kennt indessen – mit Recht – keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem die zielgerichtete Gestaltung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung stets unbeachtlich wäre.¹²

Aus Sicht der Parteien kann dies erneut zu einer hybriden Rechtsstruktur führen. Die Partei und der für sie handelnde Anwalt können mitunter nicht sicher vorhersehen, welche kollisionsrechtliche Anknüpfung im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung zum Tragen kommen wird. Dies gilt einmal deshalb, weil einem anderen Beteiligten die aktive Gestaltung (bis hin zur so genannten Gesetzesumgehung) möglich ist; zum anderen, weil es im Laufe der Entwicklung eines Rechtsverhältnisses noch unklar sein kann, welches Recht auf einen Sachverhalt anwendbar sein wird. So mag ein Unterhaltsberechtigter zukünftig den Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Staat verlegen, so dass dortiges Recht für den Unterhaltsanspruch maßgebend ist (Art. 4 UStA, ¹³Art. 18 EGBGB).

Als Hybridstruktur lässt sich das Nebeneinander der Rechtsordnungen auch in Fällen der teilweise so genannten „unechten“ Gesetzesumgehung begreifen, zu denen früher die bereits angesprochenen *Gretna Green*-Ehen zählten. Von unechter Gesetzesumgehung wird gesprochen, wenn eine Situation vorliegt, die der amerikanische Kollisionsrechtler *Brainerd Currie* als *true conflict* bezeichnet hat:¹⁴ aufgrund unterschiedlicher kollisionsrechtlicher Anknüpfung erhe-

¹⁰ Eingehend *Kropholler*, Das Unbehagen am forum shopping, FS Firsching, 1985, S. 165–173.

¹¹ Überblick bei *Kropholler* (Fn. 1) § 23 I, S. 157.

¹² *Kropholler* (Fn. 1) § 23 II 3, S. 161; zum Teil anders und wohl zu weit gehend *Heeder*, *Fraus legis*, 1998.

¹³ Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht vom 02. 10. 1973, BGBl. 1986 II 837.

¹⁴ *Currie*, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, S. 77, 121.

ben die Sachrechte unterschiedlicher Rechtsordnungen Geltungsanspruch für denselben Sachverhalt. Deshalb führt die Gestaltung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung bei der unechten Umgehung nur den Anknüpfungstatbestand eines ausländischen internationalen Privat- oder Verfahrensrechts herbei.¹⁵ So waren die früheren Gretna Green-Ehen deshalb wirksam, weil es sich aus der Perspektive des schottischen IPR bei der Ehemündigkeit um eine Frage der Form der Eheschließung handelte, die nach Ortsrecht zu beurteilen war. Im deutschen Recht handelte es sich nach Art. 30 EheG a. F. indessen nicht um eine Nichtehe, sondern lediglich um einen Fall der Aufhebbarkeit im Falle einer Aufhebungsklage der Eltern.¹⁶ Inzwischen ist diese Problematik durch eine Änderung der schottischen Verweisungsregelung beseitigt.¹⁷

Während die Lehre von der Gesetzesumgehung die Frage stellt und stellen muss, ob – oder bis zu welcher Grenze – eine solche kollisionsrechtliche Gestaltung Wirkung entfaltet, also eine *ex post*-Betrachtung anstellt, geht es bei der Betrachtung der hybriden Rechtsstruktur um die Einbeziehung der *ex ante*-Perspektive, nämlich um das Phänomen, dass handelnde Parteien die sich aus einer Hybridstruktur resultierenden Handlungsmöglichkeiten und Handlungsschranken berücksichtigen können und müssen.

c) *International zwingendes Recht des In- und Auslandes*

Charakteristisch für international zwingendes Recht ist der einseitig definierte Anwendungswille, der sich im Wege von Sonderanknüpfungen Geltung verschafft. Während sich aus der Perspektive der einzelnen Rechtsordnung eine gewisse Abstimmung daraus ergibt, dass fremde Eingriffsnormen nur als Tatsache oder nur unter bestimmten Voraussetzungen, etwa nach Maßgabe eines *shared values approach* anwendbar sind, kann sich dies aus Perspektive der Parteien anders darstellen. Werden die fraglichen international zwingenden Normen einer Rechtsordnung durch effektive gerichtliche oder behördliche Zuständigkeiten (und faktische Zugriffsmöglichkeiten) flankiert, so können sich konkurrierende oder gar konfligierende Anforderungen ergeben, welche die handelnde Partei gleichermaßen beachten muss. Die Partei handelt in solchen Fällen also nicht etwa unter einer Rechtsordnung, sondern unter dem sich aus dem Zusammenwirken der besagten Rechtsordnungen ergebenden Hybrid.

d) *Hinkende Rechtsverhältnisse*

Ist ein Rechtsverhältnis einmal, sei es durch Rechtsgeschäft, sei es durch gerichtlichen oder behördlichen Akt, entstanden, aufgelöst oder seinem Inhalt nach

¹⁵ Etwa Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 14 VII 2, S. 493.

¹⁶ Das Problem ist inzwischen durch eine Reform der Qualifikationsregelungen des schottischen Eheschließungs-IPR beseitigt.

¹⁷ Z. B. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I – Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 7, Rn. 136.

bestimmt oder umgestaltet, so kann es bei unterschiedlicher kollisionsrechtlicher Anknüpfung zu hinkenden Rechtsverhältnissen kommen.¹⁸ Das Schlagwort von der hybriden Rechtsanwendungsstruktur nimmt auch insofern die *ex ante*-Perspektive ein. Zu hinkenden Rechtsverhältnissen kommt es unter hybriden Rechtsstrukturen. Für die Parteien lautet daher unter diesen Bedingungen oftmals die Frage, ob ein hinkendes Rechtsverhältnis sehenden Auges in Kauf genommen werden soll, etwa weil es gegenüber dem gänzlichen Ausbleiben eines bestimmten rechtlichen Erfolgs immer noch vorzugswürdig erscheint.

Von der Kategorie des hinkenden Rechtsverhältnisses unterscheidet sich diejenige der hybriden Rechtslage somit zunächst dadurch, dass sie in einem Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen. Hinkende Rechtsverhältnisse entstehen aus hybriden Rechtslagen. Damit ist des Weiteren oft ein zeitlicher Unterschied verbunden. Typischerweise liegt zuerst eine hybride Rechtslage vor, aus der alsdann hinkende Rechtsverhältnisse entstehen. Schließlich steht das Schlagwort hinkendes Rechtsverhältnis für eine andere Perspektive auf das Recht. Es betrachtet die Ergebnisse der Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts, wohingegen das Schlagwort von der hybriden Rechtslage das Recht als äußere Handlungsbedingung begreift, deren Struktur infolge des gleichzeitigen Anwendungswillens verschiedener Rechtsordnungen und der Möglichkeit, einer oder manchen davon auszuweichen, hybride Züge aufweist.

3. Geduldete und nicht geduldete Hybridstrukturen

Eine weitere wesentliche Unterscheidung betrifft die Differenz zwischen geduldeten und nicht geduldeten Hybridstrukturen.¹⁹ Auf die infolge von Hybridstrukturen bewirkte Abweichung von den Maßgaben des eigenen Rechts kann eine Rechtsordnung unterschiedlich reagieren. In Betracht kommt zunächst eine Hinnahme des Ergebnisses mit Blick auf das kollisionsrechtliche Interesse am Schutz wohlverworbener Rechte.²⁰ So kennt Israel keine standesamtliche Eheschließung, sondern nur religiöse Eheschließungen, wobei das jüdische Eherecht keine gemischtreligiösen Eheschließungen vorsieht.²¹ Zum „Heiratsparadies“ für Israelis hat sich in gemischtreligiösen Fällen Zypern entwickelt, weil staatliche Stellen in Israel die Wirksamkeit im Ausland geschlossener standesamtlicher Ehen gemischtreligiöser Paare anerkennen.²²

Für die Nichtduldung steht ein Arsenal unterschiedlicher Methoden offen. Hierzu zählen die Nichtanwendung ausländischen Rechts aus Gründen des *Ordre public* (Art. 6 EGBGB), die Nichtanerkennung ausländischer Entschei-

¹⁸ Zum Begriff statt aller: *Kropholler* (Fn. 1) § 35, S. 240–244.

¹⁹ Zur geduldeten Gesetzesumgehung etwa *Kropholler* (Fn. 1) § 23 II, S. 158.

²⁰ Vgl. dazu mit Blick auf Grenna Green-Ehen *Kropholler* (Fn. 1) § 21 I 2 a, S. 148.

²¹ *Scheftelowitz*, „Israel“, in Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd., Island-Kambodscha, S. 33

²² *Scheftelowitz* (vorige Fn.), S. 33.

dungen, ebenfalls aus Gründen des *ordre public* (§ 318 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO und weitere Vorschriften); die Unwirksamkeit von Rechtswahlvereinbarungen, von Gerichtsstandsvereinbarungen oder von Schiedsvereinbarungen wegen ihrer sachrechtlichen Konsequenzen; die Qualifikation eigener Vorschriften als international zwingend²³; die Anerkennung von Gegenrechten aufgrund nationalen Rechts oder die – in Kontinentaleuropa unerwünschten – *Anti-suit injunctions*.

Die möglichen Zwischenlösungen sind vielfältig: Einen solchen hatte auch Deutschland im Umgang mit Gretna Green-Ehen eingeschlagen: Diese galten nicht als Nichtehe; möglich war aber die Aufhebungsklage durch die Eltern.²⁴ Junge Paare, die in Gretna Green die Ehe geschlossen hatten, waren also rechtlich wirksam verheiratet und konnten auf die normative Kraft des Faktischen setzen. Ist eine wirksame, lediglich aufhebbar Ehe erst einmal geschlossen und wird sie für einige Zeit gelebt, so wird für die Eltern die Schwelle für eine Eheaufhebungsklage weitaus höher sein als diejenige für eine bloße Weigerung, in die Eheschließung einzuwilligen.

IV. Hybride Rechtsanwendungsstrukturen als Herausforderung unterschiedlicher Akteure

1. Rechtssetzung

a) Rechtssetzung und Ausweichmöglichkeiten

Das Phänomen hybrider Rechtsanwendungsstrukturen berührt unterschiedliche Akteure in unterschiedlicher Weise. Unter den Bedingungen der Globalisierung gehört sie zu den wesentlichen Handlungsparametern der Rechtssetzungsorgane und bestimmt mit über die Schranken nationaler und europäischer Gestaltungsmacht. Plastisch taucht dieses Problem in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Zweitschiffregister auf. Dort heißt es zur Geltung des deutschen Arbeitsrechts- und Sozialversicherungsrechts für die Handelsschifffahrt:

„Soweit das deutsche Recht den Betreibern der Handelsschiffe Bedingungen auferlegt, die ihre Wettbewerbsfähigkeit erheblich mindern, haben sie die Möglichkeit, sich der Geltung des deutschen Rechts durch das Ausflagen ihrer Schiffe gänzlich zu entziehen, ohne daß dem deutschen Gesetzgeber wirksame Mittel zu Gebote stünden, diesen Schritt zu verhindern. Der deutsche Gesetzgeber steht deswegen vor der Alternative, den deutschen Grundrechtsstandard entweder ungeschmälert zu wahren, ihm damit aber im Bereich der Hochseeschifffahrt praktisch das Anwendungsfeld zu entziehen, oder ihm ein

²³ Z. B. jüngst *Mathias Weller*, *Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht*, 2005.

²⁴ *v. Bar*, *Internationales Privatrecht*, Bd. II – Besonderer Teil, Rn. 132, Fn. 177 u. 178, § 14 VII 2, S. 493.

Anwendungsfeld zu erhalten, dann aber eine Minderung des Grundrechtsstandards in Kauf zu nehmen.“²⁵

Die infolge der, aus Perspektive der Rechtsunterworfenen, hybriden Struktur des „internationalen Rechtsraums“ bestehenden Ausweichmöglichkeiten wirken damit in mehrfacher Hinsicht auf die nationale und lokale Rechtspolitik zurück.

Erstens ist die praktische Effektivität nationaler Gesetzgebung durch die Ausweichmöglichkeiten des hybriden Rechtsraums beschränkt. Zweitens wird der nationale Gesetzgeber im hybriden Rechtsraum oftmals einer Optimierungsstrategie folgen: Zur weitestmöglichen Annäherung an den angestrebten, aber infolge der Ausweichmöglichkeiten beschränkten Regelungsmacht nicht effektiv erreichbaren Regelungsstandard wird er denjenigen Regelungsstandard wählen, der dem angestrebten Regelungsziel noch möglichst nahekommt, ohne die Rechtsunterworfenen zu einer Ausweichstrategie zu veranlassen. Drittens ist der nationale Gesetzgeber hierzu verfassungsrechtlich auch im Lichte der Grundrechte befugt.

Damit werden Ausweichmöglichkeiten und Ausweicheanreize zu (mit) maßgebenden Parametern der Rechtssetzung. Optimierung gesetzlicher Regelungsstandards setzt ein zutreffendes Urteil über die Ausweichmöglichkeiten und Ausweicheanreize voraus. So kann den marktbezogenen Anwendung europäischen Kartellrechts nur ausweichen, wer bereit ist auf Absatz auf dem europäischen Binnenmarkt zu verzichten. Ein führender Softwareanbieter mag deshalb den Standards des europäischen Kartellrechts zwar ausweichen können; die ökonomischen Anreize für ein solches Ausweichen sind indes gering.

Zudem treten neben solchen Abwägungen auf der Mikroebene auch Überlegungen auf der Makroebene. Die Aufrechterhaltung eines höheren Regulierungsstandards kann sinnvoll sein, obschon er nicht dem skizzierten Optimierungsideal entspricht, wenn er das Ziel erreicht, die potentiellen Ausweichstaaten zur Anpassung an das gewünschte eigene Niveau zu bewegen.

b) Ventilsfunktion

Umgekehrt kann der hybriden Rechtslage aber auch eine Ventilsfunktion zukommen. Wenn Rechtsunterworfenen sich einer – in welcher Hinsicht auch immer – rigiden nationalen Rechtslage dadurch entziehen können, dass sie durch kollisionsrechtliche Gestaltung die Anwendbarkeit eines fremden Rechts herbeiführen, entlastet das zugleich den nationalen Gesetzgeber. Der Druck, das nationale Recht zu ändern oder fortzuentwickeln, wird geringer, wenn man dessen Maßgaben durch mittelbare oder unmittelbare Wahl eines weniger weitgehenden fremden Rechts ausweichen kann. Deshalb hat der Jubilar mit Recht darauf hingewiesen, dass die Bedeutung einer kollisionsrechtlich geduldeten

²⁵ BVerfGE 92, 26–53.

Gesetzesumgehung oft unterschätzt werde.²⁶ Dem geduldeten Hybrid kann Ventilfunktion zukommen; es kann aber Ausdruck des Umstands sein, dass die im Ausland abweichende Rechtslage aus inländischer Sicht nicht gegen hochrangige Rechtsgrundsätze verstößt.

c) Informationsfunktion

Über diese Ventilfunktion hinaus kann die tatsächliche (vielfache) Inanspruchnahme hinaus für den Gesetzgeber eine Informationsfunktion erfüllen. Entscheidet sich die Praxis in einem bestimmten Punkt regelmäßig für ein ausländisches Recht, so kann dies eine Fehlentwicklung im nationalen Recht indizieren. Die oft eingeforderte Berücksichtigung rechtsvergleichender Gesichtspunkte durch den Gesetzgeber stellt sich dann gleichsam zwangsläufig ein. So muss es den nationalen Gesetzgeber und die nationale Rechtsprechungspraxis hellhörig werden lassen, wenn die Kautelarpraxis sich bei internationalen Wirtschaftsverträgen – mitunter oder häufig – allein deshalb für eine kollisionsrechtliche Berufung des schweizerischen Rechts entscheidet, um den Anforderungen des deutschen AGB-Rechts im Unternehmensverkehr zu entgehen.²⁷ Insofern handelt es sich um eine notwendige Folge des Umstands, dass Parteien im eigenen Interesse auch rechtsvergleichend denken.

Das Schlagwort vom „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ steht in diesem Kontext. Denn zwar ist dieses Schlagwort insofern problematisch, als Wettbewerb ein konstitutives Element eines Marktes darstellt und ein Markt wiederum ein Instrument zur Verteilung knapper Güter darstellt. Das Schlagwort vom „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ betrachtet daher Rechtsunterworfenen als knappes Gut, bei dem es gilt, eine möglichst große Zahl zur Unterstellung unter die eigene Rechtsordnung zu werben. Wollte das Recht diese Perspektive zur zentralen Gestaltungsmaxime erheben, läge darin eine schwerlich überzeugende Verengung. Denn zwar ist es in der Tat ein wichtiges Gemeinwohlziel, Unternehmen und die positiven Gemeinwohleffekte, die sie entfalten, für das Inland zu gewinnen; das Gleiche kann auch für „Humankapital“ gelten. Bei der Gestaltung rechtlicher Regelungen ist aber die Gewinnung von Unternehmen oder Personen für das Inland nur eines unter vielen Zielen. Ausschließlich verfolgt, führte es in die Irre, schon weil der inländische „Bedarf an Rechtsunterworfenen“ beschränkt ist. Andererseits ist nicht zu verkennen und muss deshalb stets mitbedacht werden, dass ein solcher Wettbewerb unter den Bedingungen globalen Wirtschaftens in tatsächlicher Hinsicht besteht.

²⁶ Zur geduldeten Gesetzesumgehung etwa *Kropholler* (Fn. 1) § 23 II, S. 158.

²⁷ Dazu etwa *Tb. Pfeiffer*, Aushandlung und Verhandlung von Vertragsklauseln im Unternehmensverkehr: Die Korrekturbedürftigkeit des deutschen AGB-Begriffs, ZGS 2004, 401; Überblick zum schweizerischen AGB-Recht bei *Ramstein*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, RIW 1988, 440–446.

d) Vermeidung

Die Vermeidung hybrider Rechtslagen dient letztlich auch der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse und damit einem klassischen Ideal des *Savigny*'schen IPR. Dieses ist auch nicht etwa nur deswegen erstrebenswert, weil es einem formalen Harmonie- und Einheitlichkeitsideal dient, sondern weil es eine konkrete Freiheitsfunktion entfaltet. Die Einsicht, dass wir von unseren Freiheiten keinen Gebrauch machen können, wenn über deren Grenzen Unklarheit herrscht, weil wir das Risiko scheuen, die Folgen einer Grenzüberschreitung zu tragen, gilt auch im Kollisionsrecht: Hybride Rechtsstrukturen sind oft in hohem Maße unübersichtlich; verlässliche Beurteilungen der Rechtslage sind nur mit erheblichem Aufwand zu erlangen. Auch wenn hybride Rechtsstrukturen nicht vollständig vermeidbar sind, bleibt ihre Vermeidung oder Begrenzung ein erstrebenswertes Ziel.

Insofern beanspruchen die klassischen Antworten des IPR auf hinkende Rechtsverhältnisse (etwa das Ziel der Kollisionsrechts- oder Sachrechtsangleichung) schon gegenüber ihrer Vorstufe – der hybriden Rechtslage – Geltung.²⁸

2. Gerichte

Die Bindung der Gerichte an das geltende Recht umfasst auch diejenigen Teile ihres jeweiligen nationalen Rechts, das sich in internationaler Perspektive als Teil einer hybriden Struktur darstellt. Soweit die Gerichte bei der Anwendung des Kollisionsrechts durch internationale Offenheit, etwa durch Berücksichtigung rechtsvergleichender Einsichten bei der Kollisionsrechtsanwendung, zur internationalen Entscheidungsharmonie beitragen können, kann dies auch hybride Strukturen abmildern. Ebenso sind sie auch bei der Rechtsanwendung gehalten, das Bestehen hybrider Strukturen, soweit es sich auf das Verhalten der Parteien ausgewirkt hat, zumindest als Datum zu beachten.

3. Parteien und Anwälte

Aus der Perspektive von Parteien und Anwälte erwachsen aus der Hybridstruktur des internationalen Rechtsraums zunächst zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten. Einen typischen Ansatzpunkt hierfür bildet der Satz *locus regit actum*, der im europäischen Kollisionsrecht von der alternativen Anknüpfung des Art. 9 Abs. 1 EVÜ/Art. 11 Abs. 1 EGBGB umfasst wird. So ist etwa das deutsche Recht insofern vollmachtfreundlich, als die für das Vertretergeschäft erforderliche Form nicht für die Bevollmächtigung gilt (§ 167 Abs. 2 BGB). Demgegenüber kennen manche US-amerikanischen Bundesstaaten die sogenannten „equality rule“ nach der die Vollmachterteilung nur wirkt, wenn die Formerfor-

²⁸ Überblick bei *Kropholler* (Fn. 1) § 6, S. 36–42.

dernisse des Vertretergeschäfts erfüllt sind.²⁹ Soweit eine deutsche Gerichtszuständigkeit eingreift, und die Teilfrage der Bevollmächtigung entweder deutschem Recht unterliegt oder die Bevollmächtigung in Deutschland erfolgt, ermöglicht Art. 11 EGBGB, die Vollmacht ohne Rücksicht auf die Form des Vertretergeschäfts zu erteilen.

Allerdings können sich hybride Rechtsstrukturen umgekehrt auch als Gestaltungshindernis oder zumindest als Gestaltungshürde erweisen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn eine gewünschte Gestaltung, die nach dem Recht eines Landes möglich ist, dadurch mit Risiken behaftet ist, dass unter Berücksichtigung möglicher Gerichtszuständigkeiten aufgrund der in Frage kommenden Kollisionsrechte auch ein Recht eingreifen kann, welches die fragliche Gestaltung nicht zulässt. Insbesondere im Zusammenhang mit einer *Ordre public*-Zuständigkeit im internationalen Verfahrensrecht und mit der Anwendung nationaler Eingriffsnormen stellen sich derartige Fragen. Wie man das Entstehen solcher Gestaltungshindernisse bewertet, ist naturgemäß eine Frage der Perspektive: Aus der Perspektive des Erlassstaates einer Eingriffsnorm, deren Anwendungswille einen bestimmten Fall erfasst, wird es oftmals zu begrüßen sein, wenn allein schon die Möglichkeit ihres Eingreifens den gewünschten Verbotseffekt bewirkt. Aus der Perspektive eines in dem betreffenden Punkt liberalen – und ebenfalls mit Anwendungswillen versehenen – Rechts, wird es hingegen umgekehrt liegen.

Ein Mittel, mit dem die Praxis die unerwünschte Einflussnahme bestimmter staatlicher Rechte abschottet oder abzuschotten versucht, ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Auch ein Blick in die schiedsgerichtliche Entscheidungspraxis zeigt freilich, dass Eingriffsnormen vor Schiedsgerichten nicht völlig unbeachtlich sind, einmal als Teil des vereinbarten oder anwendbaren Schuldstatuts, als Datum bei der Durchführung des Vertrags, namentlich im Falle ihrer Geltung am Erfüllungsort, oder aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum *ordre public* eines Staates, in dem der Schiedsspruch aufgrund der Parteivereinbarung oder nach der Interessenlage Wirkung entfalten soll.³⁰

Für den Anwalt kann aus solchen hybriden Strukturen leicht ein erhebliches Haftungsrisiko erwachsen. Der klassische Fall des Handelns „unter falschem Recht“³¹ ist zwar die Konstellation, dass die Parteien (oder Anwälte) von der Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts ausgehen, dass die kollisionsrechtliche Anknüpfung indes zur Anwendbarkeit eines anderen Rechts führt. Allerdings fällt es genauso unter Handeln unter falschem Recht, wenn der Sachverhalt aus der Sicht unterschiedlicher, mit internationaler Gerichtszuständigkeit unterlegter Kollisionsrechte unter verschiedene Rechte fällt. Ziehen Anwalt und Par-

²⁹ Überblick im Restatement (Third) Of Agency § 3.02 (2006), comment b.

³⁰ Eingehender Überblick etwa bei *Ungeheuer*, Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1996.

³¹ Dazu etwa *Kegel/Schurig* (Fn. 15) § 1 VIII 2 d, S. 69–71.

tei nur eines dieser Rechte in Betracht, so handeln sie gleichzeitig unter einem „richtigen“ und unter einem „falschen“ Recht.

Noch misslicher liegt es, wenn sich aus verschiedenen gleichzeitig maßgebenden Rechtsordnungen widersprüchliche Anforderungen ergeben. So verhält es beispielsweise, wenn eine Partei aufgrund der in einer Rechtsordnung geltenden Informationsansprüche bestimmte Tatsachen mitteilen muss, die nach einer anderen der Vertraulichkeit unterliegen. Zu den abzuwägenden Faktoren zählen hier die rechtlichen Folgen der Missachtung einer beteiligten Rechtsordnung, die Wahrscheinlichkeit ihres tatsächlichen Eintretens und die Möglichkeit, das Argument des Unterworfenenseins unter widersprüchliche Rechtsbefehle in einer der beteiligten Rechtsordnungen mit Erfolg vortragen zu können.

V. Fazit

Die Feststellung, dass grenzüberschreitendes Handeln oftmals durch hybride Rechtsstrukturen geprägt ist, stellt zunächst nicht mehr dar als die schlichte Einsicht in eine Tatsache. Unter den Bedingungen einer globalisierten Welt gehört diese Einsicht allerdings zu den zentralen Eckpunkten der Rechtssetzung wie der Planung rechtsunterworfenen Handelns. Die Möglichkeit zur Steuerung menschlichen Verhaltens durch Recht stellt sie in erheblichem Maße in Frage. Sie wirkt durch die Schaffung von Unübersichtlichkeit zugleich freiheitsmindernd, wie sie durch die Begrenzung nationaler Gesetzgeber freiheitserweiternd wirkt. Die Rechtswissenschaft hat sich diesem Themenkreis noch nicht hinreichend zugewandt. Die vorstehenden Skizzen mögen zu einer intensiveren Befassung beitragen.