Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie

VON ALEXANDER HELLGARDT, Regensburg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	655
II. Möglichkeiten und Grenzen der Wahl nichtstaatlichen Rechts	657
1. Begriff und Erscheinungsformen nichtstaatlichen Rechts	657
2. Kollisionsrechtliche versus materielle Wahl nichtstaatlichen Rechts	660
3. Wahl nichtstaatlichen Rechts in Schiedsverfahren	663
III. Grundrechtlicher Schutz der Parteiautonomie im Unionsrecht	665
1. Unionsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit	666
2. Schutzbereich der unionsrechtlichen Privatautonomie, insbesondere Gewährleistung der Parteiautonomie	670
3. Verbot der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts als Eingriff in die Parteiautonomie	676
a) Nichtstaatliches Recht als Nichtrecht?	677
b) Kollisionsrecht als Mittel staatlicher Anerkennung außerstaatlichen Rechts	680
4. Eingriff in weitere Freiheitsrechte?	683
IV. Rechtfertigung der Begrenzung der Parteiautonomie auf die Wahl staatlichen Rechts	684
1. Allgemeine Beschränkungen der Parteiautonomie	685
2. Spezifische Rechtfertigungsgründe zum Ausschluss nichtstaatlichen Rechts	688
a) Missbrauch des staatlichen Gerichtssystems	689
b) Unbestimmtheit und Unvollständigkeit nichtstaatlichen Rechts	691
c) Mangelnde Qualität oder Ausgewogenheit nichtstaatlichen Rechts	693
V. Zusammenfassung und Fazit	694
Summary: <i>The European Fundamental Right of Party Autonomy and the Prohibition Against the Choice of Non-State Law</i>	695

* Bei dem Aufsatz handelt es sich um eine erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung des Habilitationsvortrags, den der Verfasser am 16.7.2015 vor der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München gehalten hat.

I. Einleitung

Die Europäisierung des Kollisionsrechts hat zu einer erheblichen Ausweitung der Parteiautonomie geführt.¹ Wenn es in Erwägungsgrund 11 zur Rom I-VO² heißt, die freie Rechtswahl stelle einen der „Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen“ dar, wird damit über den Anwendungsbereich der Verordnung hinaus eine Grundaussage zum unionsrechtlichen³ IPR getroffen.⁴ So eröffnet das vereinheitlichte Kollisionsrecht den Parteien die Rechtswahl nicht nur im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse (vgl. Art. 3 Rom I-VO), sondern auch für außervertragliche Schuldverhältnisse (vgl. Art. 14 Rom II-VO⁵), für die Ehescheidung oder Trennung (vgl. Art. 5 Rom III-VO⁶), für die familienrechtliche Unterhaltspflicht (vgl. Art. 8 UnthProt⁷) und für die Rechtsnachfolge von Todes wegen (vgl. Art. 22 EuErbVO⁸) sowie zukünftig für das eheliche und partnerschaftliche Güter-

¹ Es hat sich eingebürgert, die Rechtswahlfreiheit der Parteien im IPR als „Parteiautonomie“ zu bezeichnen, in Abgrenzung zur materiellrechtlichen „Privatautonomie“; vgl. *Christian v. Bar*, Internationales Privatrecht, Bd. II (1991) 309; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶ (2006) 292f. Ausführlich zu den Begriffen unten III.2.

² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO), ABl. 2008 L 177/ 6.

³ Im Folgenden wird einheitlich der Ausdruck „Unionsrecht“ verwendet, auch wenn ein Rechtsakt vor dem Vertrag von Lissabon als „Gemeinschaftsrecht“ ergangen ist.

⁴ *Jan v. Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2018) Einl. IPR Rn. 35. *Erik Jayme*, Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, hrsg. von Brigitta Jud/Walter H. Rechberger/Gerte Reichelt (2008) 63ff. nimmt dementsprechend die Parteiautonomie als Ausgangspunkt einer Untersuchung der Kodifikationsidee im europäischen IPR.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40.

⁶ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. 2010 L 343/10 („Rom III-VO“).

⁷ Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23. November 2007 („UnthProt“). Die EG ist dem Protokoll aufgrund des Beschlusses des Rates vom 30. November 2009 über den Abschluss des Haager Protokolls vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht durch die Europäische Gemeinschaft (2009/941/EG), ABl. 2009 L 331/17, beigetreten.

⁸ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107 („EuErbVO“).

recht (vgl. Art. 22 EuGüVO⁹ bzw. Art. 22 EuPartVO¹⁰). Darüber hinaus hat der EuGH unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit im Gesellschaftsrecht ein faktisches Rechtsformwahlrecht eingeführt,¹¹ was aus kollisionsrechtlicher Sicht als Erweiterung der Parteiautonomie gedeutet werden kann.¹² Allerdings hat sich der Unionsrechtsgeber – trotz anderslautender Pläne im Grünbuch und Entwurf zur Rom I-VO¹³ – dagegen entschieden, den Parteien explizit die Wahl „nichtstaatlichen Rechts“ zu ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob eine solche Begrenzung der Parteiautonomie auf die Wahl staatlichen Rechts vor den grundrechtlichen Vorgaben der Privatautonomie Bestand hat. Die Untersuchung beginnt mit einem kurzen Überblick über das „private Recht“ und die Möglichkeiten und Grenzen der Wahl solchen nichtstaatlichen Rechts (dazu unter II.). Mit der Europäisierung des IPR ist die Möglichkeit entfallen, kollisionsrechtliche Regelungen (ohne Weiteres) am Maßstab der Grundrechte des deutschen Grundgesetzes zu messen. Es ist daher auf die Frage einzugehen, welche materiellen Vorgaben des Unions- oder Völkerrechts den Unionsrechtsgeber beim Erlass des Kollisionsrechts binden und in welchem Umfang diese Regelungen die Privatau-

⁹ Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. 2016 L 183/1 („EuGüVO“).

¹⁰ Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften, ABl. 2016 L 183/30 („EuPartVO“).

¹¹ Siehe insbesondere EuGH 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (*Übersering*), Slg. 2002, I-9919, I-9974, Rn. 95. Einschränkung nun aber EuGH 10.12.2015 – Rs. C-594/14 (*Kornhaas*), NJW 2016, 223, 225, Rn. 28.

¹² Vgl. *Jayne*, Kodifikationsidee (Fn. 4) 63, 67.

¹³ Siehe *Europäische Kommission*, Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, 14.1.2003, KOM(2002) 654, S. 27 f.; dazu *Max Planck Institute*, Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernization, RabelsZ 68 (2004) 1, 30–33. *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I) vom 15.12.2005, KOM(2005) 650, S. 5 f. Der vorgeschlagene Art. 3 Nr. 2 lautet: „(1) Die Parteien können als anzuwendendes Recht auch auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts wählen. (2) Für Fragen in Bezug auf Rechtsgebiete, die diesen Grundsätzen oder Regeln unterliegen und die nicht ausdrücklich von ihnen geregelt werden, gelten die ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze oder in Ermangelung dieser Grundsätze das mangels Rechtswahl anwendbare Recht nach Maßgabe dieser Verordnung.“ Dazu *Max Planck Institute*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), RabelsZ 71 (2007) 225, 244 f.

tonomie bzw. die Rechtswahlfreiheit verbürgen (dazu unter III.). Sodann soll geprüft werden, inwieweit die Begrenzung der Parteiautonomie auf die Wahl staatlichen Rechts der unionsrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie standhält (dazu unter IV.).

II. Möglichkeiten und Grenzen der Wahl nichtstaatlichen Rechts

Zunächst ist kurz auf Begriff und Erscheinungsformen des nichtstaatlichen Rechts einzugehen, ehe untersucht werden kann, welche Möglichkeiten den Parteien zur Verfügung stehen, solche privaten Regelwerke als Grundlage ihrer Rechtsbeziehung zu wählen.

1. Begriff und Erscheinungsformen nichtstaatlichen Rechts

Ausdrücke wie „privates Recht“ oder „nichtstaatliches Recht“ sind schildernd und werden in vielen unterschiedlichen Kontexten gebraucht.¹⁴ In der kollisionsrechtlichen Diskussion werden teilweise nur solche Regelwerke als „nichtstaatliches Recht“ anerkannt, die hinsichtlich ihres Zustandekommens und/oder Inhalts gewisse Mindestanforderungen etwa hinsichtlich von Transparenz und Ausgewogenheit erfüllen.¹⁵ Auch wenn außer Frage steht, dass gewichtige Unterschiede zwischen Regelwerken wie der Scharia auf der einen und den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) auf der anderen Seite bestehen, soll an dieser Stelle der Begriff des nichtstaatlichen Rechts bewusst offengehalten und lediglich eine Negativabgrenzung vorgenommen werden. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der Gegenstandsbereich der Untersuchung vorschnell begrenzt werden könnte. Vor allem könnten einschränkende Definitionen als solche rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe darstellen. Als nichtstaatliches Recht soll daher alles Recht gelten, das nicht *staatliches* Recht ist. Staatliches Recht in diesem Sinne sind solche Rechtsnormen, die von einem nach der Verfassung dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Weise erlassen worden sind.¹⁶ Von der Untersuchung ausgeschlossen werden aller-

¹⁴ Dazu einführend die Sammelbände: Privates Recht, hrsg. von Christian Bumke / Anne Röthel (2012); Beyond the State: Rethinking Private Law, hrsg. von Nils Jansen / Ralf Michaels (2008).

¹⁵ In diese Richtung z.B. *Max Planck Institute*, *RabelsZ* 71 (2007) 225, 244; siehe auch Art. 3 Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (dazu sogleich unter 2.). Zurückhaltender aber z.B. *Ralf Michaels*, Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, in: FS Hans-Wolfgang Micklitz (2014) 43, 58. Siehe ausführlich unten IV.2.c).

¹⁶ Vgl. *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992) 142f.

dings solche Normen, die auf von der innerstaatlichen Rechtsordnung abgeleiteten Kompetenzen zur kollektiven Regelsetzung – wie zum Beispiel dem durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Recht der Tarifpartner zum Abschluss von Tarifverträgen oder der in § 25 BGB geregelten Satzungsautonomie der Vereine¹⁷ – beruhen. Alle anderen Regelwerke werden im Folgenden (vorläufig)¹⁸ zum nichtstaatlichen Recht gezählt, ohne dass damit eine inhaltliche Stellungnahme verbunden wäre.

Das klassische Beispiel ist die *lex mercatoria*, also die „Bräuche, Formulare, Bedingungen, Klauseln, Prinzipien und Grundsätze des internationalen Handels“.¹⁹ Hinzu kommen umfassende Regelwerke nichtstaatlicher Organisationen wie die PICC oder die Principles of European Contract Law (PECL).²⁰ In der neueren Diskussion werden diese Regelwerke auch als „transnationales Wirtschaftsrecht“ bezeichnet. Solches transnationales Recht²¹ beschränkt sich aber keineswegs auf den Bereich des Handelsverkehrs. Im Familienrecht werden die Principles of European Family Law genannt,²² die sich an die PECL und die Principles of European Tort Law

¹⁷ Grundlegend zu solchen „Normenverträgen“ Alfred Hueck, Normenverträge, JherJb 73 (1923) 33 ff. Aus neuerer Zeit siehe etwa Gregor Bachmann, Private Ordnung (2006) 31–33; Ferdinand Kirchhof, Private Rechtsetzung (1987) 181–354; Patrick C. Leyens, Selbstbindungen an untergesetzliche Verhaltensregeln: Gesetz, Vertrag, Verband, Publizität und Aufsichtsrecht, AcP 215 (2015) 611 ff.; Stefan Magen, Zur Legitimation privaten Rechts, in: Privates Recht (Fn. 14) 229 ff. Siehe auch Alexander Hellgardt, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags – Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit der §§ 116 ff., 145 ff. BGB innerhalb von Geschäftsbeziehungen und auf privaten Marktplätzen, AcP 213 (2013) 760, 804–810 (zu privaten Marktordnungen, etwa von Börsen oder Internethandelsplattformen).

¹⁸ Zur Möglichkeit, den Begriff des nichtstaatlichen Rechts enger zu fassen, siehe unten IV.2.b) und c).

¹⁹ So die Definition bei Phillip Hellwege, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann, Bd. II (2009) 1020. Zur *lex mercatoria* etwa auch Klaus Peter Berger, Die Neue Lex Mercatoria, in: Privates Recht (Fn. 14) 119 ff.; Peer Zumbansen, Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, RabelsZ 67 (2003) 637 ff.; ders., Die Lehren der Lex Mercatoria, in: Privates Recht (Fn. 14) 135 ff.; monografisch Klaus Peter Berger, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts (1996); Ursula Stein, Lex Mercatoria (1995); kritisch unter Verweis auf die geringe praktische Bedeutung Nils Christian Ipsen, Private Normenordnungen als transnationales Recht? (2009) 65–104.

²⁰ Dazu insbesondere Stefan Vogenauer, in: ders., Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)² (2015) 1 ff.; Reinhard Zimmermann, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft (2003).

²¹ Siehe dazu: Transnationales Recht, hrsg. von Graf-Peter Calliess (2014); Ralf Michaels, The Re-State-Ment of Non-State Law, Wayne L.Rev. 51 (2005) 1209, 1215–1227; Moritz Renner, Zwingendes transnationales Recht (2011) 199–229; Lars Viellechner, Transnationalisierung des Rechts (2013) 180–185 und passim.

²² Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Frédérique Ferrand et al. (2004). Dazu

(PETL) anlehnen. Daneben existiert eine rege Diskussion zur Frage, ob es eine transnationale *lex sportiva* gibt,²³ als deren Bestandteil manche etwa den World Anti-Doping Code²⁴ der WADA ansehen.²⁵ Teilweise werden auch religiöse Regelwerke, etwa die jüdische Halacha²⁶ oder die islamische Scharia²⁷, zum „transnationalen Recht“ gezählt,²⁸ wobei diese Regeln in manchen Staaten durch einen staatlichen Rechtsanwendungsbefehl zu staatlichem Recht transformiert werden.

Praktisch bedeutsam ist die Frage, ob auch AGB-Regelwerke zum nicht-staatlichen „Recht“ zählen, etwa das Master Agreement der International Swaps and Derivatives Association (ISDA)²⁹ oder die Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen (ADS),³⁰ die spätestens nach dem Wegfall des Seeversicherungsrechts aus dem HGB faktisch Gesetzesersetzenden Charakter haben.³¹ Da es sich bei diesen Regelwerken eindeutig nicht um staatliches Recht handelt, gleichzeitig aber der Anspruch erhoben wird, bestimmte Geschäftsbereiche umfassend und abschließend zu regeln, fallen sie in den Gegenstandsbereich dieser Untersuchung.

z.B. *Kathrin Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (2013) 577 ff.

²³ Dazu insbesondere die Beiträge des Sammelbandes: *Lex Sportiva – What Is Sports Law?*, hrsg. von Robert Siekmann / Janwillem Soek (2012); siehe auch *Jens Adolphsen*, Vereinfachtes Recht am Beispiel der *lex sportiva*, in: *Privates Recht* (Fn. 14) 93 ff.

²⁴ Zu dessen Zielsetzung siehe die Selbstcharakterisierung: „Der Code ist das grundlegende und allgemeingültige Dokument, auf dem das Welt-Anti-Doping-Programm im Sport basiert. Zweck des Code ist die Förderung der Anti-Doping-Anstrengungen durch die umfassende Harmonisierung der zentralen Elemente im Bereich der Dopingbekämpfung. Er soll detailliert genug sein, um eine vollständige Harmonisierung in den Bereichen zu erzielen, die einheitlich geregelt werden müssen, aber auch allgemein genug, um in anderen Bereichen eine flexible Umsetzung vereinbarter Anti-Doping-Grundsätze zu ermöglichen. Der Code wurde unter Berücksichtigung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Menschenrechte verfasst“; *Welt-Anti-Doping-Code* (2015) 1.

²⁵ *Anne Röthel*, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?*, JZ 2007, 755, 758–761 behandelt darüber hinaus noch die *lex technica*, also internationale Normierungen im technischen Bereich.

²⁶ Für einen Beispielsfall siehe die englische Entscheidung *Halpern v Halpern* [2007] EWCA Civ 291.

²⁷ Siehe z.B. *Beximco Pharmaceuticals Ltd & Others v Shamil Bank of Bahrain EC* [2004] EWCA Civ 19.

²⁸ Etwa von *Ralf Michaels*, Was ist nichtstaatliches Recht? – Eine Einführung, in: *Transnationales Recht* (Fn. 21) 39, 44.

²⁹ Das Master Agreement bildet die Grundlage von ca. 90 Prozent des weltweiten außerbörslichen Derivatehandels; *Joanne P. Braithwaite*, Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets, MLR 75 (2012) 779, 784 mit Fn. 46.

³⁰ Dazu *Dieter Schwampe*, Die DTV-ADS 2009 – Neue Bedingungen für die Versicherung von Seeschiffen im deutschen Markt, VersR 2010, 1277 ff.

³¹ Siehe allgemein *Stephen J. Choi / Mitu Gulati*, Contract as Statute, Mich.L.Rev. 104 (2006) 1129.

2. Kollisionsrechtliche versus materiellrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts

Die Frage, ob es den Parteien möglich ist, kollisionsrechtlich nichtstaatliches Recht zu wählen, gehört zu den „Klassikern“³² des internationalen Vertragsrechts. Dort geht die ganz überwiegende Ansicht davon aus, dass eine kollisionsrechtliche Rechtswahl nichtstaatlichen Rechts nicht möglich ist. Während zwar die nichtstaatlichen Regelwerke selbst explizit auf die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl verweisen,³³ erkennen die meisten staatlichen Kollisionsrechte nur die Wahl eines *staatlichen* Vertragsrechts an.³⁴ Im unionsrechtlichen internationalen Vertragsrecht bestimmt Art. 3(1) Satz 1 Rom I-VO, dass der Vertrag „dem von den Parteien gewählten Recht [unterliegt]“. Dies wird von der h.M. – insbesondere vor dem Hintergrund des anderslautenden Entwurfs³⁵ – so gedeutet, dass sich die kollisionsrechtliche Rechtswahl stets auf ein staatliches Recht beziehen müsse.³⁶ Auch wenn also die Beschränkung auf die Wahl staatlichen Vertragsrechts international die dominierende Sichtweise im Kollisionsrecht ist, gibt es doch Gegenbeispiele.³⁷ In neuerer Zeit sind insbesondere die Hague Prin-

³² In diesem Sinne *Giesela Rühl*, Statut und Effizienz (2012) 485.

³³ Siehe die Präambel der PICC und Art. 1:101(2) PECL.

³⁴ Rechtsvergleichende Übersichten bei *Léna Gannagé*, Le contrat sans loi en droit international privé, in: General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Sjef van Erp (2007) 275, 285–287; *Mathias Reimann*, Was ist wählbares Recht?, in: Rechtswahl, hrsg. von Bea Verschraegen (2010) 1, 20–23; *Rühl*, Statut und Effizienz (Fn. 32) 489f.

³⁵ Dazu oben Fn. 13.

³⁶ *Jürgen Basedow*, The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, RdC 360 (2013) 9, 171; *Frank Diedrich*, Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I-Verordnung, RIW 2009, 378, 384; *Franco Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski et al., Internationales Vertragsrecht³ (2018) Art. 3 Rom I-VO Rn. 21; *Christian Kohler*, L'autonomie de la volonté en droit international privé – un principe universel entre libéralisme et étatsisme, RdC 359 (2013) 285, 343; *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie (Fn. 22) 55–57; *Ole Lando / Peter Arnt Nielsen*, The Rome I Regulation, CML Rev. 45 (2008) 1687, 1694–1697; *Peter Mankowski*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133, 136; *Dieter Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2018) Art. 3 Rom I-VO Rn. 28; *Patrick Ostendorf*, Die Wahl des auf internationale Wirtschaftsverträge anwendbaren Rechtsrahmens im Europäischen Kollisionsrecht: Rechtswahlklauseln 2.0, IHR 2012, 177, 179; *Thomas Pfeiffer*, Neues internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-Verordnung, EuZW 2008, 622, 624; *Wolf-Georg Ringe*, in: jurisPK-BGB⁸ (2017) Art. 3 Rom I-VO Rn. 38; *Giesela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: FS Jan Kropholler (2008) 187, 189f.; *Andreas Spickhoff*, Die Rechtswahl und ihre Grenzen unter der Rom I-VO in: Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, hrsg. von Eva-Maria Kieninger/Oliver Remien (2012) 117, 121; a. A. *Axel Metzger*, Extra legem, intra ius (2009) 256–262.

³⁷ So erlaubt das Kollisionsrecht der US-Bundesstaaten Louisiana und Oregon die Wahl nichtstaatlichen Rechts; dazu *Symeon C. Symeonides*, Contracts Subject to Non-State Norms, Am.J.Comp.L. 54 (2006 Supplement) 209, 221f. Artikel 9(2) der Inter-American Convention

ciples on Choice of Law in International Commercial Contracts³⁸ von 2015 zu nennen. Diese definieren in Art. 3 das von den Parteien wählbare Recht unter Einschluss von „rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules“.³⁹

Während bislang also eine kollisionsrechtliche Rechtswahl im internationalen Vertragsrecht weitgehend ausgeschlossen wird, besteht Konsens darüber, dass die Parteien privates Recht im Wege einer materiellrechtlichen Verweisung (engl.: *incorporation by reference*) in den Vertrag einbeziehen können.⁴⁰ Der wesentliche Unterschied zur kollisionsrechtlichen Rechtswahl

on the Law Applicable to International Contracts vom 17.3.1994 („Mexiko-Konvention“) verpflichtet die Gerichte, bei der Bestimmung des anwendbaren Vertragsrechts aufgrund aller objektiven und subjektiven Elemente auch die „general principles of international commercial law recognized by international organizations“ in Betracht zu ziehen. Kritisch zur Berufung privaten Rechts aufgrund einer (auch) objektiven Anknüpfung *Wulf-Henning Roth*, Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: FS Erik Jayme, Bd. I (2004) 757, 771.

³⁸ Abgedruckt in *RabelsZ* 79 (2015) 654 ff. Dazu ausführlich *Dieter Martiny*, Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts – Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie, *RabelsZ* 79 (2015) 624 ff.

³⁹ Art. 3 der Hague Principles, abgedruckt in *RabelsZ* 79 (2015) 654 ff. Der beigefügte Kommentar führt dazu aus, dass damit zwar keine in Einzelverträgen stipulierten Regelungen, wohl aber Prinzipien wie die PICC als anwendbares Recht gewählt werden dürften; Commentary, online verfügbar unter <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135>, insbesondere Nr. 3.4 und Nr. 3.6. Dazu bzw. zu den Entwurfsfassungen *Katharina Boele-Woelki*, Party Autonomy in Litigation and Arbitration in View of the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts, *RdC* 379 (2016) 35; *Brooke Adele Marshall*, The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law, *Am.J.Comp.L.* 66 (2018) 175; *Martiny*, *RabelsZ* 79 (2015) 624, 636–639; *Marta Pertegás / Brooke Adele Marshall*, Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts, *Brook.J.Int'l L.* 39 (2014) 975, 996–998; *Thomas Pfeiffer*, Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – Ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO, in: FS Ulrich Magnus (2014) 501, 503–506. Kritisch *Michaels*, Non-State Law in the Hague Principles (Fn. 15) 43 ff.

⁴⁰ *Christian v. Bar / Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht², Bd. I (2003) 87 f.; *v. Bar*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 315; *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, hrsg. von Jürgen Basedow (2000) 5, 27; *Joachim Püls*, Parteiautonomie (1995) 183 f.; *W.-H. Roth*, Zur Wählbarkeit (Fn. 37) 767; *Johannes Christian Wichard*, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, *RabelsZ* 60 (1996) 269, 275. Zur Zulässigkeit der materiellrechtlichen Verweisung im Erbrecht siehe *Anatol Dutta*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2018) Art. 22 EuErbVO Rn. 34. In diesem Sinne sieht Erwägungsgrund 13 zur Rom I-VO explizit vor, dass die Verordnung „die Parteien nicht daran [hindert], in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen“; dazu *Basedow*, *RdC* 360 (2013) 9, 171; *Stefan Leible / Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), *RIW* 2008, 528, 533; *Kohler*, *RdC* 359 (2013) 285, 344; *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie (Fn. 22) 57 f.; *jurisPK-BGB / Ringe* (Fn. 36) Art. 3 Rom I-VO Rn. 38; *Rühl*, Rechtswahlfreiheit (Fn. 36) 190; *Rolf Wagner*, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) – Ein

besteht darin, dass eine solche Verweisung die gewählten Regelwerke (lediglich) zum Bestandteil des Vertrags macht, aber nicht die zwingenden Vorschriften des nach wie vor anwendbaren staatlichen Vertragsrechts derogieren kann.⁴¹ In Deutschland betrifft dies insbesondere die – im Rechtsvergleich besonders strenge – AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr.

Außerhalb des internationalen Vertragsrechts ist die Wahl nichtstaatlichen Rechts nur selten Thema. Dies hängt wesentlich damit zusammen, dass die Ausdehnung der Parteiautonomie auf den Bereich jenseits des Vertragsrechts noch ein relativ junges Phänomen ist;⁴² so führte etwa Art. 14 Rom II-VO erstmals eine umfassende Rechtswahlmöglichkeit für das internationale Deliktsrecht ein. Dabei geht die ganz h.M. davon aus, dass Art. 14(1) Rom II-VO die kollisionsrechtliche Rechtswahl auf staatliche Rechte beschränkt.⁴³ Jenseits des Schuldrechts wird die kollisionsrechtliche Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts nur sporadisch diskutiert⁴⁴ und im Ergebnis einheitlich abgelehnt.⁴⁵

Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung, IPRax 2008, 377, 380.

⁴¹ *Ralf Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation: Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, RabelsZ 62 (1998) 580, 595 f.; *Reimann*, Was ist wählbares Recht? (Fn. 34) 18 f.; *W.-H. Roth*, Zur Wählbarkeit (Fn. 37) 768; *Rühl*, Statut und Effizienz (Fn. 32) 488; für eine Übertragung von IPR-Grundsätzen auf die nationale Inhaltskontrolle aber *Hellgardt*, AcP 213 (2013) 760, 815–817.

⁴² Grundlegend zur Parteiautonomie im Familien- und Erbrecht *Fritz Sturm*, Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht, in: FS Ernst Wolf (1985) 637 ff.

⁴³ *Jan v. Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 17 (2009) 6, 22; *Abbo Junker*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2018) Art. 14 Rom II-VO R.n. 15; *Stefan Leible*, Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 257, 261; *Rühl*, Rechtswahlfreiheit (Fn. 36) 190; *Andreas Vogeler*, Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse (2013) 296–298; *Wolfgang Wurmnest*, in: jurisPK-BGB⁸ (2017) Art. 14 Rom II-VO R.n. 13; missverständlich *Thomas Kadner Graziano*, Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, RabelsZ 73 (2009) 1, 9–11, der sich aber wohl nur für die Zulässigkeit einer materiellrechtlichen Verweisung auf nichtstaatliches Recht ausspricht (andere Interpretation aber bei MüKo BGB/*Junker* (diese Fn.) Art. 14 Rom II-VO R.n. 15).

⁴⁴ Etwa *Jayme*, Kodifikationsidee (Fn. 4) 63, 66. Dagegen beschränkt *W.-H. Roth*, Zur Wählbarkeit (Fn. 37) 757 ff. seine Untersuchung auf das internationale Vertragsrecht bzw. den Handelsverkehr, und *Peter Winkler von Mohrenfels*, Die Rom III-VO und die Parteiautonomie, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 527 ff. geht zwar ausführlich auf die Rechtswahl nach der Rom III-VO ein, ohne aber die Wahl nichtstaatlichen Rechts zu behandeln.

⁴⁵ MüKo BGB/*Dutta* (Fn. 40) Art. 22 EuErbVO R.n. 9 (zum Erbrecht); *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie (Fn. 22) 577 (zu den Principles of European Family Law); umfassend *Rühl*, Rechtswahlfreiheit (Fn. 36) 190 f. Zur Zulässigkeit von „Privatscheidungen“ nach der Rom III-VO siehe *Andreas Spickhoff*, Internationales Scheidungsrecht und Rechtswahl, in: Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht, hrsg. von dems.

3. Wahl nichtstaatlichen Rechts in Schiedsverfahren

Auch wenn vor staatlichen Gerichten nach ganz überwiegender Meinung eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts ausscheidet, gilt in Schiedsverfahren das genaue Gegenteil. Gemäß § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Schiedsgericht „die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind“.⁴⁶ Diese Norm lehnt sich an Art. 28 Abs. 1 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (UNCITRAL Model Law) an.⁴⁷ Nach ganz h.M. können die Parteien damit auch auf internationaler Ebene erarbeitete nichtstaatliche Regelwerke wählen⁴⁸ oder sogar Rechtsregeln selbst aufstellen und diese als Entscheidungsmaßstab vorgeben.⁴⁹ Überwiegender Auffassung zufolge finden die Vorschriften der römischen Verordnungen⁵⁰ (trotz der lediglich auf die Schiedsklausel selbst bezogenen Ausnahmenvorschrift des Art. 1(2) lit. e

(2014) 93, 98. Solche werden nur anerkannt, wenn das nach der Rom III-VO berufene Sachrecht sie für wirksam erklärt; MüKo BGB/v. Hein (Fn. 4) Art. 3 EGBGB Rn. 89.

⁴⁶ Bereits bevor eine explizite gesetzliche Regelung existierte, entsprach es der h.M., dass die Parteien das Recht haben sollten, den mit einer Schiedsklausel versehenen Hauptvertrag auch nichtstaatlichem Recht zu unterstellen; siehe Jürgen Basedow, Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR, in: JbPrSchiedsger 1 (1987) 3, 10, 16; Andreas Spickhoff, Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, RabelsZ 56 (1992) 116, 134–140; Wichard, RabelsZ 60 (1996) 269, 276–282; a.A. Frederic Alexander Mann, The Proper Law in the Conflict of Laws, ICLQ 36 (1987) 437, 448; siehe auch bereits ders., Schiedsrichter und Recht, in: FS Werner Flume, Bd. II (1978) 593, 613–615.

⁴⁷ Begr. RegE SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274 vom 12.7.1996, S. 52. Artikel 28 Abs. 1 sieht vor, dass das Schiedsgericht „shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute“. Das UNCITRAL Model Law ist in folgenden EU-Mitgliedstaaten umgesetzt: Belgien; Bulgarien; Dänemark; Deutschland; Estland; Griechenland; Irland; Kroatien; Litauen; Malta; Österreich; Polen; Slowakei; Slowenien; Spanien; Ungarn; Zypern. In Großbritannien hat Schottland das Modellgesetz umgesetzt. Siehe <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration_status.html>.

⁴⁸ So bereits BT-Drucks. 13/5274, S. 52; siehe außerdem z. B. Basedow, RdC 360 (2013) 9, 172f.; Boele-Woelki, RdC 379 (2016) 35, 59; Abbo Junker, Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht (§ 1051 ZPO), in: FS Otto Sandrock (2000) 443, 460f.; Michaels, RabelsZ 62 (1998) 580, 598; Ingo Saenger, ZPO⁷ (2017) § 1051 Rn. 4; Anton K. Schmyder / Pascal Grolimund, „Opting in“ oder „Opting out“?, in: FS Peter Schlechtriem (2003) 395, 403–407; a. A. Canaris, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 40) 20; Joachim Münch, in: Münchener Kommentar zur ZPO⁵ (2017) § 1051 Rn. 14, 60f.; Spickhoff, RabelsZ 56 (1992) 116, 134; ders., Die Rechtswahl und ihre Grenzen (Fn. 36) 117, 122f., die die Auffassung vertreten, Schiedsgerichte dürften auf nichtstaatliches Recht nur im Rahmen von Billigkeitsentscheidungen gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO, Art. 28(3) UNCITRAL Model Law zurückgreifen.

⁴⁹ Saenger, ZPO (Fn. 48) § 1051 Rn. 4; Wolfgang Voit, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, 120, 122; ders., in: Hans-Joachim Musielak / Wolfgang Voit, ZPO¹⁴ (2017) § 1051 Rn. 2.

⁵⁰ Speziell zur Rom II-VO Michael Nueber, Nochmals: Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich der Rom I-VO nicht erfasst, SchiedsVZ 2014, 186, 189f.

Rom I-VO) auf diese Rechtswahl keine Anwendung, sodass § 1051 ZPO nicht wegen des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs faktisch außer Kraft getreten ist.⁵¹ Verweise auf die *lex mercatoria* spielen in der Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit allerdings nur eine marginale Rolle.⁵²

Auch im außervertraglichen Schuldrecht, insbesondere im Deliktsrecht, soll es möglich sein, vor Schiedsgerichten privates Recht zu wählen;⁵³ für das Familienrecht wird das hingegen abgelehnt.⁵⁴ Außerdem wird vertreten, dass durch eine Schiedsklausel auch bei reinen Inlandsfällen entgegen den Regelungen der Art. 3(3) Rom I-VO, Art. 14(2) Rom II-VO die (intern) zwingenden Vorschriften des nationalen Rechts derogiert werden könnten.⁵⁵

Im Ergebnis kommt es daher auf Grundlage der h. M. – jedenfalls im Vertragsrecht und möglicherweise darüber hinaus – zu einer gespaltenen Anknüpfung: Soll die Rechtsfindung (und nicht nur die Vollstreckung) durch staatliche Gerichte erfolgen, unterliegen die Parteien den zwingenden Vorgaben des unionsrechtlichen Kollisionsrechts und können daher nicht-staatliches Recht kollisionsrechtlich nicht berufen; soll dasselbe Rechtsverhältnis dagegen vor ein Schiedsgericht gebracht werden, richtet sich die

⁵¹ *Alexander Grimm*, Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration, SchiedsVZ 2012, 189 ff.; MüKo BGB/*Martiny* (Fn. 36) Vor Art. 1 Rom I-VO Rn. 110; *Nueber*, SchiedsVZ 2014, 186, 188–190; *Pfeiffer*, EuZW 2008, 622, 623; *Saenger*, ZPO (Fn. 48) § 1051 Rn. 2; a. A. *Peter Mankowski*, Schiedsgerichte und die Verordnungen des europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 1012, 1024 f.; *Mary-Rose McGuire*, Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? – Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO, SchiedsVZ 2011, 257, 259–264. Bereits unter dem EVÜ wurde ein Vorrang von § 1051 ZPO vertreten; siehe *Base-dow*, JbPrSchiedsger 1 (1987) 3, 4; *Junker*, Deutsche Schiedsgerichte (Fn. 48) 451–457; a. A. *Gerhard Wagner*, Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre, in: FS Ekkehard Schumann (2001) 535, 552–556. Allerdings wird die Ansicht vertreten, die in § 1051 Abs. 1 ZPO dem Wortlaut nach umfassend gewährte Rechtswahlfreiheit sei mit Blick auf den weitaus engeren Anwendungsbereich von Art. 28(1) UNCITRAL Model Law teleologisch auf das Feld der internationalen Handelsverträge zu reduzieren; *Junker*, Deutsche Schiedsgerichte (Fn. 48) 459 f.; MüKo ZPO/*Münch* (Fn. 48) § 1051 Rn. 21 f. Siehe auch *Wagner*, Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren (diese Fn.) 553 f.

⁵² Siehe dazu die Untersuchung von *Gilles Cumiberti*, La Lex Mercatoria au XXI^e siècle – Une analyse empirique et économique, Clunet 143 (2016) 765, 768 ff., derzufolge in den Jahren 1999 bis 2014 in insgesamt 10.469 bei der Internationalen Handelskammer registrierten Schiedsverfahren nur in 1,7 % der Fälle die *lex mercatoria* gewählt wurde. Ebenfalls im unteren einstelligen Prozentbereich bewegt sich der Untersuchung zufolge die Zahl der bei anderen wichtigen Institutionen registrierten Schiedsverfahren, in denen die Parteien die *lex mercatoria* als anwendbares Recht gewählt haben.

⁵³ *Vogeler*, Die freie Rechtswahl (Fn. 43) 297 f.

⁵⁴ *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie (Fn. 22) 577 (zu den Principles of European Family Law).

⁵⁵ *Patrick Ostendorf*, Wirksame Wahl ausländischen Rechts auch bei fehlendem Auslandsbezug im Fall einer Schiedsgerichtsvereinbarung und ausländischem Schiedsort?, SchiedsVZ 2010, 234, 237 f.

Rechtswahl nach § 1051 ZPO, sodass die Parteien auch nichtstaatliches Recht wählen können. Diese Unterscheidung wird allgemein als unglücklich empfunden⁵⁶ und es wird für eine Angleichung der Kollisionsregeln plädiert.⁵⁷

III. Grundrechtlicher Schutz der Parteiautonomie im Unionsrecht

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die grundsätzliche Begrenzung der Rechtswahl auf staatliches Recht den Anforderungen höherrangigen Rechts standhält, konkret, ob diese Einschränkung einen unzulässigen Eingriff in die Privatautonomie der Parteien darstellt. Auch wenn das IPR der Koordinierung mehrerer Rechtsordnungen dient und daher in internationalprivatrechtlichen Fällen typischerweise die Rechtsordnungen mehrerer Staaten oder supranationaler Organisationen beteiligt sind, geht doch die Beschränkung der Parteiautonomie stets von einer konkreten Rechtsordnung, hier dem unionsrechtlichen IPR, aus. Bevor die Vereinbarkeit von Beschränkungen der Parteiwahl mit der Privatautonomie untersucht werden kann, ist deshalb vorrangig die Frage zu klären, welche höherrangigen Vorgaben den Unionsrechtsgeber überhaupt bei der Ausgestaltung der Parteiautonomie anleiten. Aus unionsrechtlicher Sicht kommen dafür aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nur solche Vorgaben in Betracht, die selbst unionsrechtlicher Natur sind,⁵⁸ also insbesondere das Primärrecht.⁵⁹ Insoweit ist anerkannt, dass Sekundärrechtsakte des Unions-

⁵⁶ *McGuire*, SchiedsVZ 2011, 257, 259 hat darauf hingewiesen, dass es wenig überzeugend ist, den Umfang der zulässigen Rechtswahl vom in Aussicht genommenen Rechtsdurchsetzungsmechanismus abhängig zu machen, weil damit häufig *ex ante* nicht feststehe, nach welchen Regeln sich ein Rechtsverhältnis richte.

⁵⁷ So z. B. *Pertegás / Marshall*, Brook.J.Int'l L. 39 (2014) 975, 996–998; *Pfeiffer*, Die Haager Prinzipien (Fn. 39) 505; im Ergebnis (einheitliche Anwendung der Rom I-VO) auch *McGuire*, SchiedsVZ 2011, 257, 264.

⁵⁸ Trotzdem zieht *Diedrich*, RIW 2009, 378, 379 ohne Weiteres die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG als Maßstab zur Überprüfung der römischen Verordnungen heran.

⁵⁹ Aus nationaler Sicht ist dies nicht so eindeutig. Zwar nimmt das BVerfG aufgrund der *Solange II*-Entscheidung grundsätzlich davon Abstand, die Konformität von Unionsrechtsakten mit den deutschen Grundrechten zu überprüfen; vgl. BVerfG 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 387. Allerdings gewährleistet das BVerfG im Wege der Identitätskontrolle den gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und auch im Einzelfall; BVerfG 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 (Leitsatz 1). Dies setzt allerdings voraus, dass die in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Grundsätze der Verfassungsidentität berührt sind. Die Privatautonomie wird im deutschen Verfassungsrecht aber zuvörderst von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und kann eingeschränkt werden, sobald ein Eingriff aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheint; vgl. BVerfG 12.11.1958 – 2 BvL 4/56,

rechtsgebers den Anforderungen des Primärrechts, insbesondere den Kompetenzvorschriften, den Grundfreiheiten und den Grundrechten, genügen müssen und bei Verstößen gegen diese Vorgaben entweder nichtig sind oder im Lichte des höherrangigen Rechts ausgelegt werden müssen.⁶⁰ Angesichts der Vielgestaltigkeit menschen-, grund- und primärrechtlicher Verbürgungen bedarf es allerdings einer Klärung, aufgrund welcher Normen das Unionsrecht Privatautonomie gewährleistet (dazu unter 1.). Dann kann der Schutzbereich der unionsrechtlichen Privatautonomie mit Blick auf die kollisionsrechtliche Parteiautonomie konkretisiert (dazu unter 2.) und geprüft werden, inwieweit das Verbot der kollisionsrechtlichen Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts einen Eingriff in die grundrechtliche Parteiautonomie darstellt (dazu unter 3.). Abschließend soll kurz untersucht werden, ob neben der Privatautonomie weitere Unionsgrundrechte die kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts umfassen (dazu unter 4.).

1. Unionsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Auf Unionsebene sind die Grundrechte durch einen „Rechtsquellenpluralismus“⁶¹ gekennzeichnet. Gemäß Art. 6 EUV ergeben sich die Unionsgrundrechte einerseits aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), andererseits auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, die jeweils als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts gelten. Schließlich können auch die Grundfreiheiten grundrechtsähnliche Garantien enthalten.⁶² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche unionsrechtlichen Regelungen ein Grundrecht auf Privatautonomie oder

26/56, 40/56, 1/57, 7/57, BVerfGE 8, 274, 328; BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1044/89, BVerfGE 89, 214, 231 sowie (zu den Schranken) BVerfG 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137, 159. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Einschränkungen der Privatautonomie durch Unionsrecht die Verfassungsidentität berühren. Begrenzungen des Unionsrechtsgebers durch das nationale Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten bleiben deshalb im Folgenden außen vor.

⁶⁰ Siehe etwa *Phil Syrpis*, *The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU*, CML Rev. 52 (2015) 461, 467–473 für eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung. Speziell zur Wirkungsweise der EU-Grundrechte im Privatrecht *Matteo Fornasier*, *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, ERPL 23 (2015) 29 ff.

⁶¹ *Frank Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union* (Loseblatt, Stand: Dezember 2017) Art. 6 EUV Rn. 13; siehe auch *Christoph Busch*, *Europäischer Grundrechtsschutz im Privatrecht nach Lissabon: Die EU-Grundrechtecharta als neuer Prüfungsmaßstab für Umsetzungsgesetze*, DRiZ 2010, 63 ff.

⁶² *Rudolf Streinz*, in: *ders.*, *EUV/AEUV*² (2012) Art. 6 EUV Rn. 34.

Vertragsfreiheit verbürgen, das Grundlage auch eines Schutzes der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie sein könnte.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, das Verbot einer kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts stelle eine Beschränkung der Grundfreiheiten dar.⁶³ Während die Grundfreiheiten durchaus Teilbereiche der Privatautonomie im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr innerhalb der EU gewährleisten⁶⁴ und kollisionsrechtliche Regelungen auch Verstöße gegen die Grundfreiheiten bewirken können,⁶⁵ eignen sie sich aber nicht als Grundlage einer allgemeinen, umfassenden Privatautonomie.⁶⁶ Dies hängt vor allem mit dem Binnenmarktbezug der Grundfreiheiten zusammen.⁶⁷ Bei der Privatautonomie handelt es sich nicht primär um eine wirtschaftliche Freiheit, vielmehr stellt sie ein Konzept dar, welches die Selbstbestimmung der Parteien unabhängig von dem verfolgten Zweck in kantischer Tradition als Konsequenz menschlicher Vernunft als Grundlage der Möglichkeit, eigenverantwortlich rechtliche Bindungen einzugehen, und damit letztlich als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. der menschlichen Würde anerkennt.⁶⁸ Speziell das unionsrechtliche Kollisionsrecht dient zudem nicht in erster Linie der Verwirklichung des Binnenmarkts, sondern beruht auf Art. 81(2) lit. c AEUV und ist deshalb Bestandteil des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (vgl. Art. 3(2) EUV),⁶⁹

⁶³ *Stefan Grundmann*, Law merchant as lex lata Communitatis – insbesondere die Unidroit-Principles, in: FS Walter Rolland (1999) 145, 151; *Vogeler*, Die freie Rechtswahl (Fn. 43) 15. Zur Verortung der Parteiautonomie bei den Grundfreiheiten siehe auch *Peter von Wilmowsky*, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, *RabelsZ* 62 (1998) 1, 3 ff.

⁶⁴ Siehe dazu etwa *Peter-Christian Müller-Graff*, Basic Freedoms – Extending Party Autonomy across Borders, in: *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, hrsg. von Stefan Grundmann / Wolfgang Kerber / Stephen Weatherill (2001) 133 ff.

⁶⁵ Siehe z. B. EuGH 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613; EuGH 14.8.2008 – Rs. C-353/06 (*Grunkin-Paul*), Slg. 2008, I-7639; EuGH 8.6.2017 – Rs. C-541/15 (*Freitag*), NJW 2017, 3581. Zur Möglichkeit einer Rechtfertigung EuGH 2.6.2016 – Rs. C-438/14 (*Bogendorff von Wolffersdorff*), NJW 2016, 2093, 2096, Rn. 48 ff.

⁶⁶ Siehe aber *Peter Müllert*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, *ZHR* 159 (1995) 2, 8: Privatautonomie als „wahre Grundfreiheit“.

⁶⁷ Zwar ist der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht auf solche Regelungen beschränkt, die einen Markt- oder Wirtschaftsbezug aufweisen; so aber *Gregor Bachmann*, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, *AcP* 210 (2010) 424, 439; *Torsten Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004) 74–79; *Florian Möslin*, Dispositives Recht (2011) 401; siehe demgegenüber z. B. EuGH 11.7.2002 – Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279, I-6320, Rn. 38. Die Zielrichtung der Grundfreiheiten besteht aber gemäß Art. 26(2) AEUV darin, den Binnenmarkt zu verwirklichen.

⁶⁸ Zur Ableitung der Privatautonomie aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im nationalen Kontext siehe BVerfG 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155, 170; *Claus-Wilhelm Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, *JZ* 1987, 993, 994.

⁶⁹ Dazu *Rolf Wagner*, EU-Kompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen – Résumé und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren, *RabelsZ* 79 (2015) 521, 522 ff.

der gemäß Art. 67(1) AEUV auf die Verwirklichung der Grundrechte (und nicht der Grundfreiheiten) gerichtet ist.⁷⁰

Die Grundrechtecharta enthält keine ausdrückliche Gewährleistung der Privatautonomie. Soweit es um die Vertragsfreiheit bzw. die wirtschaftliche Betätigung der Privatautonomie geht, ist der Schutzbereich der „unternehmerischen Freiheit“ gemäß Art. 16 GRCh eröffnet.⁷¹ Andere Rechtsgebiete, wie etwa das Familien- und Erbrecht, lassen sich damit aber nicht erfassen, sodass Art. 16 GRCh nicht als Grundlage einer allgemeinen Privatautonomie dienen kann. In der Literatur ist vorgeschlagen worden, die Privatautonomie als von der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GRCh umfasst anzusehen.⁷² Ein solcher Ansatz findet sich aber – soweit ersichtlich – (bislang) nicht in der Rechtsprechung des EuGH, sodass es fraglich erscheint, ob die Verbürgung der Menschenwürde auf Unionsebene klar genug konturiert ist, um daraus ein subsumtionsfähiges Grundrecht der Privatautonomie abzuleiten. Auch in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen ist die Privatautonomie nicht ausdrücklich erwähnt. Es ist zwar verschiedentlich vorgeschlagen worden, die Privatautonomie als Unterfall besonderer Verbürgungen der EMRK zu erfassen;⁷³ diese Ansätze haben sich jedoch in der Rechtspre-

⁷⁰ Zur Entwicklungsgeschichte der IPR-Kompetenzen siehe *Abbo Junker*, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht im Zugriff der Europäischen Union, in: FS Hans Jürgen Sonnenberger (2004) 417, 418–420; *Johan Meussen*, Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution, *European Journal of Migration and Law* 9 (2007) 287, 288 ff. Zur Frage der kollisionsrechtlichen Bedeutung der Grundfreiheiten siehe *Jürgen Basedow*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 59 (1995) 1 ff.

⁷¹ EuGH 22.1.2013 – Rs. C-283/11 (*Sky Österreich*), *EuZW* 2013, 347, 349, Rn. 42; *Christoph Grabenwarter*, Unternehmertum und unternehmerische Freiheit, in: Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon, hrsg. von dems./ Winfried Pöcherstorfer/ Claudia Rosenmayr-Klemenz (2012) 17, 21 f.; *Ferdinand Wollenschläger*, Die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) als grundrechtlicher Pfeiler der EU-Wirtschaftsverfassung, *EuZW* 2015, 285, 287. Die Wirtschaftsgrundrechte der GRCh finden auch neben den Grundfreiheiten Anwendung; vgl. EuGH 30.4.2014 – Rs. C-390/12 (*Pfleger*), *EuZW* 2014, 597, 600, Rn. 57–60.

⁷² *Hugh Collins*, The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, *E.B.L.R.* 22 (2011) 425, 429.

⁷³ So ist vorgeschlagen worden, das allgemeine Freiheitsgrundrecht gemäß Art. 5 EMRK als Grundlage der Privatautonomie aufzufassen; *Collins*, *E.B.L.R.* 22 (2011) 425, 428. Dagegen spricht, dass Art. 5 EMRK nach ganz h. M. nur dem Schutz vor Freiheitsentziehung dient und keine allgemeine Handlungsfreiheit verbürgt; *Christoph Grabenwarter/ Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 231; *Jens Meyer-Ladewig/ Stefan Harrendorf/ Stefan König*, in: Meyer-Ladewig/ Nettesheim/ von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention¹ (2017) Art. 5 Rn. 8; *Anne Peters/ Tilmann Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2012) 121. Soweit es um die Ausnutzung eines persönlichen Näheverhältnisses geht, wird vorgeschlagen, den Schutz des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK als einschlägig anzusehen; *Aurelia Colombi Ciacchi*, Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union, *ERCL* 6 (2010) 303, 318; sehr weitgehend *Henricus J. Snijders*, Privacy of Contract, in: *Human Rights and Private Law*, hrsg. von Katja S. Ziegler (2007) 105, 108 ff.

chung des EGMR bislang nicht niedergeschlagen und können deshalb nicht als gesichert gelten.

Demgegenüber hat der EuGH in einer Vielzahl an Entscheidungen deutlich gemacht, dass die allgemeine Handlungsfreiheit,⁷⁴ die Vertragsfreiheit⁷⁵ und die Privatautonomie⁷⁶ zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts zählen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass es sich bei diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen um solche des Primärrechts handelt, die der Unionsrechtsgeber beim Erlass von Sekundärrecht zu beachten hat. Denn allgemeine Rechtsgrundsätze existieren auch auf sekundärrechtlicher Ebene.⁷⁷ Allgemeine Handlungsfreiheit, Vertragsfreiheit und Privatautonomie finden sich aber nicht nur in Deutschland im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes. Diese Rechte sind vielmehr in einer Vielzahl mitgliedstaatlicher (Verfassungs-)Rechtsordnungen verbürgt⁷⁸ und genießen Vorrang vor den Regelungen des einfachen Rechts. Im Unionsrecht spricht für eine sol-

Siehe auch *Dagmar Coester-Waltjen*, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Law in: Party Autonomy and the Role of Information* (Fn. 64) 41, 42. Diese Verortung der Privatautonomie stößt aber spätestens dort an Grenzen, wo es um Verträge zwischen Wirtschaftsunternehmen geht. Schließlich wurde vorgeschlagen, die Vertragsfreiheit in der Eigentumsgarantie des Art. 1 des Ersten Zusatzprot. zur EMRK zu verorten; *Grabenwarter*, *Unternehmertum und unternehmerische Freiheit* (Fn. 71) 22. Eine solche Ableitung mag den Schutz bereits begründeter vertraglicher Rechte vor staatlichen Eingriffen umfassen, nicht aber die Freiheit, solche Rechte erst für die Zukunft zu begründen.

⁷⁴ EuGH 21.5.1987 – verb. Rs. 133–136/85 („*Berlin-Butter*“), Slg. 1987, 2289, 2338, Rn. 15. *Coester-Waltjen*, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits* (Fn. 73) 42 sieht darin zugleich die Grundlage der europäischen Privatautonomie. Relativierend zur allgemeinen Handlungsfreiheit aber *Hans D. Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*³ (2016) Einl. Rn. 39.

⁷⁵ EuGH 5.10.1999 – Rs. C-240/97 (*Spanien ./. Kommission*), Slg. 1999, I-6571, I-6634, Rn. 99; EuGH 22.3.2007 – Rs. C-437/04 (*Kommission ./. Belgien*), Slg. 2007, I-2513, I-2548 f., Rn. 51; EuGH 19.4.2012 – Rs. C-213/10 (*F-Tex*), EuZW 2012, 427, 429, Rn. 45; EuGH 22.1.2013 – Rs. C-283/11 (*Sky Österreich*), EuZW 2013, 347, 349, Rn. 43; EuGH 26.10.2017 – Rs. C-534/16 (*BB construct*), MwStR 2018, 67, 70, Rn. 35; EuGH 19.4.2018 – Rs. C-645/16 (*CMR*), WM 2018, 972, Rn. 17. Siehe auch EuGH 10.7.1991 – verb. Rs. C-90/90 und C-91/90 (*Neu*), Slg. 1991, I-3617, I-3637, Rn. 13 f., wo der EuGH die Vertragsfreiheit aus der Berufsfreiheit ableitet. Siehe auch *Thorsten Keiser*, *Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen*, KritVj 2013, 83 ff.

⁷⁶ EuGH 9.3.2006 – Rs. C-499/04 (*Werhof*), Slg. 2006, I-2397, I-2422, Rn. 23; EuGH 20.5.2010 – Rs. C-434/08 (*Harms*), Slg. 2010, I-4431, I-4436, Rn. 36; EuGH 27.4.2017 – verb. Rs. C-680 und 681/15 (*Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt*), NJW 2017, 2178, 2179, Rn. 19; EuGH 9.11.2017 – Rs. C-227/16 (*Arts*), ECLI:EU:C:2017:842, Rn. 19. Siehe außerdem EuG 21.6.2006 – Rs. T-47/02 (*Danzer*), Slg. 2006, II-1779, II-1796, Rn. 41.

⁷⁷ Instruktiv zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Primärrechts und des Sekundärrechts *Jürgen Basedow*, *Mangold*, *Audiolux* und die allgemeinen Grundsätze des europäischen Privatrechts, in: FS Klaus J. Hopt, Bd. I (2010) 27, 41–45; *Wolfgang Schön*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Gesellschaftsrecht*, ebd. 1343, 1350–1352, 1354–1362.

⁷⁸ Für England siehe *Patrick S. Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) 405 ff.; für Frankreich siehe *Véronique Ranouil*, *L'Autonomie de la Volonté* (1980) 70 ff. Siehe auch *Chantal Mak*, *Fundamental Rights in European Contract Law* (2008) 42–44 (die neben

che Einordnung der Privatautonomie auf Ebene des Primärrechts auch der Umstand, dass der EuGH für Eingriffe eine ermächtigende Rechtsgrundlage des Unionsrechts verlangt.⁷⁹ Hier zeigt sich das für primärrechtliche Grundrechte typische Schema von Schutzbereich, Grundrechtsschranke und Schranken-Schranken.⁸⁰ Die Privatautonomie ist daher Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten i. S. v. Art. 6(3) EUV.⁸¹ Damit handelt es sich bei der Privatautonomie nicht einfach nur um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts, sondern um ein unionsrechtliches Grundrecht, welches der Unionsrechtsgeber beim Erlass von Sekundärrecht zu beachten hat.

2. Schutzbereich der unionsrechtlichen Privatautonomie, insbesondere Gewährleistung der Parteiautonomie

Fraglich ist aber, ob die kollisionsrechtliche Parteiautonomie vom Schutzbereich der unionsrechtlichen Privatautonomie umfasst ist. Nach h. M. bilden die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten keine Rechtsquelle für die Unionsgrundrechte, sondern dienen lediglich als Rechtserkenntnisquellen, die den EuGH aber nicht daran hindern, die Unionsgrundrechte autonom fortzuentwickeln.⁸² Es kommt deshalb nicht primär darauf an, wie die Privatautonomie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Detail geschützt wird und ob die kollisionsrechtliche Parteiautonomie dabei grundrechtlichen oder lediglich einfachgesetzlichen Schutz genießt. Die Aufgabe besteht vielmehr darin, den Schutzzumfang des autonomen Unionsgrundrechts der Privatautonomie mit Blick auf das se-

Deutschland die Niederlande, Italien und England untersucht) sowie die kurzen rechtsvergleichenden Bemerkungen bei *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie (Fn. 22) 225 f.

⁷⁹ EuGH 5.10.1999 – Rs. C-240/97 (*Spanien ./. Kommission*), Slg. 1999, I-6571, I-6634, Rn. 99; EuGH 20.5.2010 – Rs. C-434/08 (*Harms*), Slg. 2010, I-4431, I-4436, Rn. 36; EuGH 9.11.2017 – Rs. C-227/16 (*Arts*), ECLI:EU:C:2017:842, Rn. 19.

⁸⁰ Zur Struktur der europäischen Grundrechtsprüfung siehe *Jürgen Kühling*, Grundrechte, in: *Europäisches Verfassungsrecht*, hrsg. von Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (2009) 657, 688 ff.

⁸¹ Zur Vertragsfreiheit siehe z. B. *Claus-Wilhelm Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: FS Peter Lerche (1993) 873, 890; *Karl Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht (2013) 29 f. Speziell zum Kollisionsrecht siehe auch *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie (Fn. 22) 211 ff.

⁸² Prägnant EuGH 28.3.2000 – Rs. C-7/98 (*Krombach*), Slg. 2000, I-1935, I-1965, Rn. 25: „Nach ständiger Rechtsprechung gehören die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat [...]. Dabei läßt er sich von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten [...] leiten“. Siehe auch *Thorsten Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEU*⁵ (2016) Art. 6 EUV Rn. 6f.; *Kühling*, Grundrechte (Fn. 80) 663; *EUV/AEU*²/*Streinz* (Fn. 62) Art. 6 EUV Rn. 25.

kundärrechtliche Unionskollisionsrecht zu bestimmen.⁸³ Als Ausgangspunkt der Betrachtung soll deshalb die kollisionsrechtliche Diskussion gewählt werden; in dieser werden einerseits materiellrechtliche Rechtfertigungen der Parteiautonomie vertreten, andererseits aber auch rein kollisionsrechtliche Erklärungsansätze der Rechtswahl.⁸⁴

Nach einem rein objektiv-rechtlichen Verständnis ist das IPR Rechtsanwendungsrecht, welches das anwendbare Recht als objektiven Rahmen vorgibt und sich dabei vorrangig an dem Ziel orientiert, dasjenige Recht zu berufen, das nicht aus materiellrechtlichen Gründen („sachlich besseres Recht“), sondern aus *kollisionsrechtlichen* Gründen („örtlich besseres Recht“) das gerechtere ist („internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit“).⁸⁵ Dem entspricht das Prinzip der engsten Verbindung,⁸⁶ welches primär eine Gleichheits- und keine Freiheitsfunktion erfüllt.⁸⁷ Die Rechtswahl kommt nur dort ins Spiel, wo es sich, wie etwa im internationalen Vertragsrecht,⁸⁸ als unmöglich erweist, die engste Verbindung eines Rechtsverhältnisses zweifelsfrei zu bestimmen. Es handelt sich nach einem berühmten Wort von Gerhard Kegel um eine „Verlegenheitslösung“⁸⁹ – die Parteiwahl befreit das IPR aus der Verlegenheit, das anwendbare Recht nicht objektiv bestimmen zu können. Nach dieser Sichtweise ist die Rechtswahl allein Ausfluss des

⁸³ Felix Mautzsch, Parteiautonomie im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: v. Hein/Rühl, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016) 153, 162f. bezweifelt demgegenüber, dass dem europäischen Kollisionsrecht überhaupt ein einheitliches Konzept der Parteiautonomie zugrunde liegt.

⁸⁴ Gunther Kühne, Buchbesprechung, RabelsZ 78 (2014) 863, 870. Zum Streit, ob das IPR eine „Materialisierung“ erlebt, siehe einerseits Klaus Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981) 271 ff., andererseits Ralf Michaels, Die europäische IPR-Revolution: Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung, in: FS Jan Kropholler (2008) 151 ff.

⁸⁵ Gerhard Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: FS Hans Lewald (1953) 259, 270.

⁸⁶ Grundlegend dazu Paul Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RdC 196 (1986) 9, 29 ff. Siehe außerdem etwa v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht (Fn. 40) 606; MüKo BGB/v. Hein (Fn. 4) Einl. IPR Rn. 29; Abbo Juncker, Internationales Privatrecht² (2017) 58–63; Kropholler, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 25 f. Siehe auch Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht³ (2004) 308: „Aufgabe jeder Norm des IPR ist, die jeweils engste Verbindung zu bestimmen“ (Hervorhebung im Original). Bereits Savigny sah die Aufgabe des Kollisionsrechts darin, auf jedes Rechtsverhältnis dasjenige Recht anzuwenden, „worin dasselbe seinen Sitz hat“; Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII (1849) 108.

⁸⁷ Im Mittelpunkt eines rein objektiv-rechtlichen IPR-Konzepts steht die Frage, wann ein internationaler Fall einem rein innerstaatlichen Fall in wesentlicher Hinsicht gleicht, sodass auch das gleiche Recht anzuwenden ist, und wann er sich in wesentlicher Hinsicht unterscheidet, sodass ein anderes Recht anzuwenden ist, zu dem er eine engere Verbindung aufweist; grundlegend Wilhelm Wengler, Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht, in: FS Georgios S. Maridakis, Bd. III (1964) 323 ff.; siehe auch Egon Lorenz, Zur Struktur des internationalen Privatrechts (1977) 60 sowie Kühne, RabelsZ 78 (2014) 863, 870 f.

⁸⁸ Vgl. Martin Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands³ (1954) 136 ff.

⁸⁹ Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht (Fn. 86) 653.

objektiv-rechtlichen Kollisionsrechts und stellt kein subjektives Recht der Parteien dar.⁹⁰ Je nach dogmatischer Sichtweise wäre entweder bereits der Anwendungsbereich der grundrechtlichen Privatautonomie gar nicht eröffnet oder aber – aufgrund des Gleichheitsziels – ein nahezu vollständiger Ausschluss der Gestaltungsmöglichkeiten durch objektive Anknüpfungen gerechtfertigt.⁹¹

Demgegenüber verstehen die vorherrschenden materiellrechtlichen Rechtfertigungen die Parteiautonomie als Fortschreibung der Privatautonomie in den internationalen Bereich.⁹² Zur Begründung wird vielfach auf den Grundsatz *In dubio libertas* sowie darauf verwiesen, dass die Parteien besser als der Staat in der Lage seien, das für ihr Rechtsverhältnis passende Recht zu bestimmen.⁹³ Speziell für das Unionsrecht hat der EuGH in einer Reihe von Urteilen die Parteiautonomie mit Blick auf Gerichtsstandsvereinbarungen anerkannt⁹⁴ und in der *Ingmar*-Entscheidung ausgesprochen, dass „das Recht der Vertragsparteien, die Rechtsordnung zu wählen, der sie

⁹⁰ Grundlegend dazu *Jean-Paulin Niboyet*, La théorie de l'autonomie de la volonté, RdC 16 (1927) 1, 53 ff., 59 f. Prägnant *Gerhard Kegel*, Vaterhaus und Traumhaus: Herkömmliches internationales Privatrecht und Hauptthesen der amerikanischen Reformen, in: FS Günther Beitzke (1979) 551, 559: „[D]ie Parteien [stehen] nicht über [...], sondern unter dem Recht. Sie haben (grundsätzlich) kein Recht, sich ihr Recht auszusuchen. Das IPR gibt ihnen ihr Recht und dieses erst regelt ihren Freiraum.“ In neuerer Zeit auch *Stefan Arnold*, Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht, in: ders., Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts (2016) 23, 28 ff. und passim.

⁹¹ In diese Richtung *Gunther Kühne*, Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht (1973) 30.

⁹² Grundlegend zu dieser Auffassung im nationalen Kontext *Günther Beitzke*, Grundgesetz und Internationalprivatrecht (1961) 17. Siehe außerdem z. B. *v. Bar*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 309; *Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) 32, 55 f.; *ders.*, RdC 360 (2013) 9, 203 f.; *Erik Jayme*, Die Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht auf dem Prüfstand – 65. Sitzung des Institut de Droit International in Basel, IPRax 1991, 429 f.; *ders.*, RdC 251 (1995) 9, 147–149; MüKo BGB/v. *Hein* (Fn. 4) Einl. IPR Rn. 35–38; *Junker*, Internationales Privatrecht (Fn. 86) 95; *Kohler*, RdC 359 (2013) 285, 339; *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 296; *Matthias Lehmann*, Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, Vand.J. Transnat'l L. 41 (2008) 381, 413 ff.; *Stefan Leible*, Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: FS Erik Jayme, Bd. I (2004) 485, 488; *Andreas Spickhoff*, Reichweite und Grenzen der Rechtswahl im Internationalen Schuld- und Sachenrecht, in: Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht (Fn. 45) 29; *Sturm*, Parteiautonomie als bestimmender Faktor (Fn. 42) 658.

⁹³ *v. Bar / Mankowski*, Internationales Privatrecht (Fn. 40) 597 f.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 296; *Felix Mautzsch*, Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht, RabelsZ 75 (2011) 60, 64; *Spickhoff*, Reichweite und Grenzen der Rechtswahl (Fn. 92) 30.

⁹⁴ EuGH 24.6.1986 – Rs. 22/85 (*Anterist*), Slg. 1986, 1951, 1962, Rn. 14; EuGH 9.11.2000 – Rs. C-387/98 (*Coreck Maritime*), Slg. 2000, I-9337, I-9371, Rn. 14; EuGH 12.5.2005 – Rs. C-112/03 (*Société financière et industrielle du Peloux*), Slg. 2005, I-3707, I-3741 f., Rn. 31, 33; EuGH 6.11.2014 – Rs. C-366/14 (*Herrenknecht*), ECLI:EU:C:2014:2353, Rn. 20;

ihre vertraglichen Beziehungen unterwerfen wollen, ein Grundsatz des internationalen Privatrechts“ sei.⁹⁵

Allein der Verweis auf den Inhalt der Privatautonomie – also das Recht der Parteien, als Ausfluss der Anerkennung ihres Persönlichkeitsrechts im Grundsatz jede Vereinbarung treffen zu dürfen – reicht aber nicht aus, um die grundrechtliche Parteiautonomie zu begründen.⁹⁶ Denn es muss zunächst dargetan werden, dass die Rechtswahl überhaupt in den Anwendungsbereich der Privatautonomie fällt. Zwischen der Freiheit, den Inhalt eines Rechtsgeschäfts zu bestimmen, und der Freiheit, die auf dieses Rechtsgeschäft anwendbare Rechtsordnung – einschließlich der zwingenden Vorschriften – zu wählen, besteht ein kategorialer Unterschied.⁹⁷ Dies zeigt das Beispiel des reinen Inlandsfalles. Wollte man zwei Inländern, die ohne jeden Auslandsbezug⁹⁸ einen Vertrag abschließen, das grundrechtliche Recht zugestehen, dafür im Wege einer kollisionsrechtlichen Wahl ausländisches oder nichtstaatliches Recht zu wählen, würde sich die nationale Rechtsordnung selbst aushebeln. Denn das würde bedeuten, dass der Gesetzgeber in Wahrheit gar keine zwingenden Normen erlassen könnte, sondern diese stets der Parteidisposition unterlägen. In reinen Inlandsfällen kann eine Rechtsordnung deshalb stets nur freiwillig, also aufgrund einer nicht grundrechtlich determinierten Entscheidung des Gesetzgebers, ihren Geltungsanspruch zurücknehmen.⁹⁹ Ein subjektives Recht auf Abwahl zwingenden inländischen Rechts wäre hingegen ein Selbstwiderspruch. Dies zeigt auch Art. 3(3) Rom I-VO. Danach ist zwar auch in reinen Inlandsfällen eine kollisionsrechtliche Rechtswahl zulässig. Diese wird aber sogleich unter die Einschränkung gestellt, dass die „intern“ zwingenden Normen des nationalen Rechts durch eine solche Rechtswahl nicht derogiert werden können.¹⁰⁰

EuGH 7.7.2016 – Rs. C-222/15 (*Hőszig*), EuZW 2016, 635, 637, Rn. 44; siehe auch EuGH 6.3.2018 – Rs. C-284/16 (*Achmea*), NVwZ 2018, 723, 726, Rn. 55.

⁹⁵ EuGH 9.11.2000 – Rs. C-381/98 (*Ingmar*), Slg. 2000, I-9305, I-9332, Rn. 15. Siehe außerdem EuGH 24.1.1991 – Rs. C-339/89 (*Alsthom Atlantique*), Slg. 1991, I-107, I-124, Rn. 15 sowie EuGH GA, SchlA. 16.4.2016 – Rs. C-15/15 (*New Valmar*), ECLI:EU:C:2016:291, Rn. 26.

⁹⁶ Zutreffend *Axel Flessner*, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht* (1990) 99 f.

⁹⁷ Wenig überzeugend erscheint es allerdings, mit *Arnold*, *Gründe und Grenzen der Parteiautonomie* (Fn. 90) 32 den Unterschied damit zu erklären, dass bei einer Rechtswahl „unser Freiheits- und Autonomiebedürfnis“ weniger stark berührt sei als bei Beschränkungen der materiellrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.

⁹⁸ Zur Frage, wann ein Auslandsbezug besteht, siehe MüKo BGB/v. *Hein* (Fn. 4) Art. 3 EGBGB Rn. 9–15; *Lehmann*, *Vand.J. Transnat'l L.* 41 (2008) 381, 422 f.

⁹⁹ Dies ist der angelsächsische Ansatz; vgl. *Felix Maultzsch*, *Privatautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht*, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 304, 314 f.

¹⁰⁰ Dazu ausführlich *Guido Alpa*, *Party Autonomy and Choice of Law Applicable to „Domestic“ Contracts*, *E.B.L.R.* 2014, 605 ff.; *Maultzsch*, *Privatautonomie bei reinen Inlandsfäl-*

Eine grundrechtliche Parteiautonomie bedarf daher einer über den Verweis auf den grundrechtlichen Schutz der Privatautonomie hinausgehenden Begründung. Ausgangspunkt ist der Befund, dass die Freiheit, seine Rechtsverhältnisse nach dem eigenen Willen zu gestalten,¹⁰¹ bei internationalen Sachverhalten an rechtliche Grenzen stößt. Dies gilt selbst dann, wenn sämtliche beteiligten Rechtsordnungen im Grundsatz Privatautonomie gewähren. Wenn ein Rechtsverhältnis Verbindungen zu mehreren Rechtsordnungen aufweist, etwa weil Parteien aus unterschiedlichen Staaten beteiligt sind, würde die Freiheit der Parteien bei kumulativer Anwendung aller betroffenen Rechtsordnungen in einem Ausmaß eingeschränkt, das nach dem Recht *keines* der betreffenden Staaten erforderlich ist.¹⁰² Mit dieser Überlegung lässt sich ein subjektives Recht gegenüber jedem beteiligten Staat begründen, das Rechtsverhältnis aus Sicht seiner Rechtsordnung einem bestimmten Sachrecht zu unterstellen, das heißt, ein Kollisionsrecht einzuführen.¹⁰³ Dabei wäre es völkerrechtswidrig, wenn ein solches Kollisionsrecht stets die *lex fori* berufen würde, weil mit der Anerkennung anderer Staaten auch die Pflicht einhergeht, deren Rechtsordnung zu respektieren.¹⁰⁴ Allein aus dem Umstand, dass es ein Gebot der Klugheit und des Völkerrechts ist, den Geltungsanspruch des eigenen Rechts zurückzunehmen, ergibt sich zwar noch kein subjektives Recht des Einzelnen.¹⁰⁵ Die ausnahmslose Anwendung der eigenen Rechtsordnung in grenzüberschreitenden Fällen würde aber auch eine Verletzung der grundrechtlichen Privatautonomie darstellen. Denn bei einer unbedingten Anwendung des eigenen Rechts trotz

len (Fn. 99) 304 ff., die aber jeweils nicht die Frage behandeln, ob in Inlandsfällen die Rechtswahlfreiheit grundrechtlich verbürgt ist.

¹⁰¹ So die klassische Formel bei *Werner Flume*, *Das Rechtsgeschäft*⁴ (1992) 1; siehe auch BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214, 231.

¹⁰² Hierbei handelt es sich zunächst um eine theoretische Überlegung, die außer Betracht lässt, dass die meisten Gerichte nur die zwingenden Normen der *lex fori* anwenden (siehe aber Art. 9(3) Rom I-VO). Sie wird jedoch schnell praktisch relevant, wenn etwa nicht klar ist, in welchem Staat ggf. Klage erhoben werden soll, sodass die Parteien präventiv die Anforderungen aller potenziell relevanten Rechtsordnungen beachten (müssen).

¹⁰³ *Michaels*, Was ist nichtstaatliches Recht? (Fn. 28) 53 vertritt die Auffassung, jede Rechtsordnung umfasse notwendigerweise Kollisionsregeln. Diese Aussage trifft nur dann zu, wenn man auch vollständige Problemignoranz mit der Folge einer ausschließlichen und unbegrenzten Anwendung der *lex fori* als „Kollisionsrecht“ bezeichnen möchte. Demgegenüber zeigt der Vorschlag von *Axel Flessner*, Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ* 34 (1970) 547 ff., die Anwendung des Internationalen Privatrechts davon abhängig zu machen, dass sich die Parteien darauf berufen, dass Rechtsordnungen ohne Kollisionsrecht denkbar sind.

¹⁰⁴ BGH 29.4.1964 – IV ZR 93/63, BGHZ 42, 7, 13; *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 51 f.; *Fritz Sturm/Gudrun Sturm*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB (2012) Einl. zum IPR Rn. 529; *de lege lata* skeptisch aber *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht (Fn. 40) 111.

¹⁰⁵ Der EuGH geht allerdings von einer grundsätzlichen Bindung der EU an für diese verbindliche völkerrechtliche Vorgaben aus; grundlegend EuGH 30.4.1974 – Rs. 181/73 (*Haegeman*), Slg. 1974, 449, 460, Rn. 2/6.

offensichtlicher Kollision mit fremdem Recht besteht auch für den anderen Staat kein Grund, den Geltungsanspruch seiner Rechtsordnung zu reduzieren. In einer solchen Situation des gegenseitigen Beharrrens auf dem maximalen Wirkungsgrad der eigenen Rechtsordnung müssen sich die Staaten als vorhersehbare und naheliegende Folge ihres eigenen Verhaltens über das an sich noch verhältnismäßige eigene zwingende Recht hinaus auch die Grundrechtsbeschränkungen durch das materielle Recht der anderen Staaten zurechnen lassen.¹⁰⁶ Damit begeht ein Staat, der auf der Maximalwirkung seiner Rechtsordnung beharrt, im Ergebnis einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff.

Der Umstand, dass die Existenz eines Kollisionsrechts grundrechtlich geboten ist, bedeutet allerdings noch nicht, dass dieses die Wahl des anwendbaren Rechts den Parteien überantworten muss. Allfällige Rechtskollisionen könnten auch durch ein rein objektiv anknüpfendes IPR vermieden werden. Jedoch führt *jede Art* der objektiven Anknüpfung vorhersehbar zu möglichen Konflikten mit dem Recht anderer Staaten, solange nicht sämtliche anderen Staaten (etwa aufgrund einer globalen Kollisionsrechtsvereinheitlichung¹⁰⁷) dasselbe objektive Anknüpfungsmoment zugrunde legen. Ein Staat, der die Anknüpfung eines Rechtsverhältnisses objektiv vornimmt, belastet deshalb seine Bürger unvermeidlich mit der Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen und unternimmt nicht alles ihm Mögliche, um das Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs zu verwirklichen.¹⁰⁸ Wenn der Rechtsunterworfenen dagegen selbst entscheiden kann, ob er sich der eigenen oder einer anderen Rechtsordnung unterwerfen möchte, ist es ihm möglich, sein Rechtsverhältnis stets einem einheitlichen Sachrecht zu unterstellen, indem er eine potenzielle objektive Verweisung des anderen Kollisionsrechts durch die Rechtswahl dupliziert. Damit verwirklicht lediglich die Parteiautonomie einen umfassenden Freiheitsschutz, da Doppelbelastungen durch kollidierende Rechte gänzlich vermieden werden können.

¹⁰⁶ Diese Überlegung bezieht sich allein auf das interne Verhältnis zwischen Staat und Bürger und ist daher unabhängig davon, wie entsprechende Handlungen mehrerer Staaten völkerrechtlich, d. h. im Außenverhältnis, zu beurteilen sind. Allerdings kennt auch das Völkerrecht unter bestimmten Umständen eine Zurechnung der Handlungen fremder Staaten, und Art. 60 Abs. 5 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II 926 stellt ausdrücklich klar, dass das Recht zur Suspendierung oder Beendigung von völkerrechtlichen Verträgen aufgrund von Vertragsverletzungen der anderen Partei nicht eingreift, soweit es um Regelungen zum Schutz von menschlichen Personen geht; siehe zum Ganzen *Alfred Verdross / Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*³ (1984) 48 ff., 865 ff.

¹⁰⁷ Bereits *Savigny*, *System VIII* (Fn. 86) 30 empfahl im Kollisionsrecht den Abschluss von Staatsverträgen als Mittel, um Rechtskollisionen möglichst zu vermeiden.

¹⁰⁸ Grundlegend zum Ideal des internationalen Entscheidungseinklangs *Savigny*, *System VIII* (Fn. 86) 27; siehe außerdem z. B. *v. Bar / Mankowski*, *Internationales Privatrecht* (Fn. 40) 514 f.; *Kropholler*, *Internationales Privatrecht* (Fn. 1) 36 ff.

Der internationale Fall erweitert den Anwendungsbereich der Privatautonomie gegenüber rein nationalen Sachverhalten hin zu einer Parteiautonomie, verändert aber nicht den materiellen Schutzgehalt. Die von den Parteien in Ausübung ihrer Privatautonomie getroffene Entscheidung – und damit in internationalen Fällen auch die aufgrund der Parteiautonomie eröffnete Rechtswahl – ist inhaltlich allein durch den Willen der Parteien und nicht durch staatliche Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigt.¹⁰⁹ Hinzu kommt, dass eine staatliche Rechtsordnung, die aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters eines Falles als solche nicht ohne Weiteres anwendbar ist, den Parteien deshalb auch nicht vorschreiben kann, welche Rechtswahl sie zu treffen haben. Die Parteien stehen mit ihrem Rechtsverhältnis vielmehr zwischen mehreren – oder, je nach Sichtweise, sogar zwischen allen – staatlichen Rechtsordnungen. Das bedeutet einerseits, dass sie grundsätzlich *keinem* Staat eine sachliche Rechenschaft darüber schulden, welcher Rechtsordnung sie sich unterwerfen wollen. Andererseits müssen sie aber akzeptieren, dass die Staaten ihre Wahl nicht uneingeschränkt anerkennen, sondern vielmehr die Rechtswahl begrenzende, *international* zwingende Normen erlassen.¹¹⁰ Solche Normen bedürfen dann aber einer Rechtfertigung vor der Parteiautonomie. Das ist der wesentliche Unterschied zur herkömmlichen Privatautonomie im reinen Inlandsfall. Dort muss lediglich die inhaltliche *Ausgestaltung*,¹¹¹ nicht aber die *Anwendung* der Rechtsordnung als solche gerechtfertigt werden.

Die Parteiautonomie als Recht zur Bestimmung des anwendbaren Rechts ist somit Ausfluss der unionsrechtlichen Privatautonomie. In allen Fällen, in denen sich die objektive Berufung einer bestimmten Rechtsordnung nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt, gebührt zwingend den Parteien die Entscheidung darüber, welches Recht Anwendung finden soll.¹¹²

3. Verbot der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts als Eingriff in die Parteiautonomie

Als Nächstes stellt sich die Frage, ob das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts überhaupt eine Verkürzung der grundrechtlich geschützten Parteiautonomie darstellt.¹¹³ Dies wird bislang kaum disku-

¹⁰⁹ Vgl. *Flume*, Das Rechtsgeschäft (Fn. 101) 6: „stat pro ratione voluntas“.

¹¹⁰ Zur Notwendigkeit einer Beschränkung der Rechtswahl *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 297.

¹¹¹ Siehe dazu ausführlich *Alexander Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (2016) 282 ff.

¹¹² A. A. *Arnold*, Gründe und Grenzen der Parteiautonomie (Fn. 90) 36 mit Fn. 81, dem zufolge sich aus dem europäischen Primärrecht „nur schwer“ konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung der Rechtswahlfreiheit entnehmen lassen sollen.

¹¹³ Zur Dogmatik der Eingriffsprüfung im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz siehe *Jarass*, Charta der Grundrechte (Fn. 74) Art. 52 Rn. 10–17; *Kühling*, Grundrechte (Fn. 80) 689 ff.

tiert. Es gibt lediglich Stellungnahmen, die den Ausschluss der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts für einen Verstoß gegen das Verbot objektiver Willkür halten.¹¹⁴ Damit würde man jedoch die Freiheitsprüfung verlassen und zu einer Gleichheitsprüfung wechseln.¹¹⁵

In internationalen Fällen¹¹⁶ ruft das Verbot der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts aber auch freiheitsrechtlichen Rechtfertigungsbedarf hervor. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass nichtstaatliches Recht rechtstheoretisch gar nicht unter den Rechtsbegriff fällt (dazu unter a)). Die Möglichkeit eines Eingriffs scheidet nicht daran, dass nichtstaatliches Recht aus Sicht der staatszentrierten Rechtsquellenlehre kein unmittelbar geltendes Recht ist. Das gilt vielmehr für sämtliche ausländischen Rechtsordnungen in gleicher Weise. Die Besonderheit der Parteiautonomie besteht gerade darin, dass die staatliche Rechtsordnung die Parteien dazu ermächtigt, einen Anwendungsbefehl für ein Recht zu erteilen,¹¹⁷ dem als solchen innerstaatlich keine Geltung zukommt (dazu unter b)).

a) Nichtstaatliches Recht als Nichtrecht?

In der rechtstheoretischen Diskussion wird ganz überwiegend die Ansicht vertreten, dass nichtstaatliches Recht (wie die *lex mercatoria*, die PICC oder die PECL) kein „Recht“ im materialen Sinne sei.¹¹⁸ Es sei allenfalls möglich, etwa die verschiedenen Principles als „Rechtsgewinnungsquelle“ anzusehen, insoweit sie aufgrund der umfassenden rechtsvergleichenden Grundlagen Anregungen zur Auslegung des nationalen Rechts geben können.¹¹⁹ Das scheint zu implizieren, dass das Verbot, nichtstaatliches Recht durch eine kollisionsrechtliche Rechtswahl zu berufen, gar keinen Eingriff in die Par-

¹¹⁴ So insbesondere *Boris Schinkels*, Die (Un-)Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl der UNIDROIT Principles nach Rom I: Wirklich nur eine Frage der Rechtspolitik?, GPR 2007, 106, 109ff.

¹¹⁵ Die Auffassung von *Schinkels*, GPR 2007, 106, 109, die Frage, ob ein Freiheitsverstoß vorliege, könne offenbleiben, weil es sich jedenfalls um einen Gleichheitsverstoß handle, wenn die Wahl einer bestimmten Klasse von Normsätzen (nämlich nichtstaatliche) ausgeschlossen werde, vermag nicht zu überzeugen. Denn wenn sich begründen ließe, dass nichtstaatliches Recht gar nicht in den Schutzbereich der Parteiautonomie fällt, würden diejenigen Gründe, die einen solchen Ausschluss rechtfertigen, zugleich ein sachliches Differenzierungskriterium im Rahmen der Gleichheitsprüfung darstellen.

¹¹⁶ In reinen Inlandsfällen ist die kollisionsrechtliche Rechtswahl dagegen nicht vom Schutzbereich der Privatautonomie umfasst; siehe oben III.2. bei Fn. 98–100.

¹¹⁷ Die Wirksamkeit der Rechtswahl beruht auf einem gesetzlichen Normanwendungsbefehl; siehe *v. Bar / Mankowski*, Internationales Privatrecht (Fn. 40) 599f.

¹¹⁸ Grundlegend *Canaris*, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 40) 13–15; siehe auch *Bachmann*, Private Ordnung (Fn. 17) 21; *ders.*, Legitimation privaten Rechts, in: *Privates Recht* (Fn. 14) 207, 211f.; *Metzger*, Extra legem (Fn. 36) 262f.; a. A. *Viellechner*, Transnationalisierung (Fn. 21) 192–208.

¹¹⁹ *Canaris*, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 40) 16f.

teiautonomie darstellt, weil diese eben nur das Recht der Parteien schützt, ihr Rechtsverhältnis einem bestimmten „Recht“ zu unterstellen.

Eine Möglichkeit, die Rechtsgeltung von nichtstaatlichem Recht zu begründen, bestünde darin, dieses als Ausdruck einer vor- oder überstaatlichen Rechtsordnung, ähnlich der römischen Vorstellung eines für alle Völker der Welt gültigen *ius gentium*,¹²⁰ anzusehen.¹²¹ In diese Richtung gehen Bestrebungen, transnationales Recht als Ausdruck globaler Zivilverfassungen zu konzipieren, also eine Überleitung in ein postnationalstaatliches Zeitalter zu postulieren, welches neben den nationalstaatlichen weitere, globale (Teil-)Rechtsordnungen kennt.¹²² Im vorliegenden Zusammenhang muss nicht entschieden werden, ob solche globalen Rechtsordnungen tatsächlich eine autonome Geltung beanspruchen können oder ein neues *ius gentium* bilden. Denn selbst wenn man Ersteres bejaht, können solche globalen Teilrechtsordnungen jedenfalls aus *Sicht einer konkreten nationalen Rechtsordnung* keine unmittelbare Geltung beanspruchen; sie lassen sich nicht in die Normenpyramide eines konkreten Staates einordnen.¹²³ Der rechtstheoretische Befund scheint sich also zu bestätigen.

Aber auch wenn man akzeptiert, dass nichtstaatlichem Recht keine eigenständige juristische Geltung innerhalb einer spezifischen staatlichen Rechtsordnung zukommt, weil es weder von einem nach der Verfassung dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Weise erlassen worden

¹²⁰ Dazu monografisch *Max Kaser, Ius gentium* (1993) 40 ff., 75 ff. Siehe außerdem *v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht* (Fn. 40) 26–28; *Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht* (Fn. 86) 134.

¹²¹ Der Ansatz von *Stefan Grundmann, Lex mercatoria* und Rechtsquellenlehre, *JbJgZivRWiss* 1991 (1992) 43, 59, bestimmte Spielarten der *lex mercatoria* als allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts bzw. als ausnahmsweise durch Private geschaffenes Völkergewohnheitsrecht anzusehen, kommt dem römischen *ius gentium* recht nahe.

¹²² Diese Auffassung wird insbesondere von Teubner vertreten, beispielhaft *Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996) 255, 257: „Globales (nicht: inter-nationales!) Recht in diesem Sinne ist eine Rechtsordnung *sui generis*, die sich nicht nach den Maßstäben nationaler Rechtssysteme beurteilen läßt. Es handelt sich nicht, wie vielfach angenommen, um ein in seiner Entwicklung zurückgebliebenes Recht, das im Vergleich mit nationalem Recht noch bestimmte strukturelle Defizite aufweist. Vielmehr unterscheidet sich diese schon weitgehend ausgebildete Rechtsordnung durch bestimmte Eigenschaften vom traditionellen Recht der Nationalstaaten“ (Hervorhebung im Original). Gleichsinnig *ders., Globale Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen der Weltgesellschaft*, in: *FS Spiros Simitis* (2000) 437 ff.; *ders., Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *ZaöRV* 63 (2003) 1, 5 ff.; *ders., Verfassungsfragmente* (2012); siehe außerdem *Graf-Peter Callies, Transnationales Verbrauchervertragsrecht*, *RabelsZ* 68 (2004) 244, 254 f.; *Zumbansen, RabelsZ* 67 (2003) 637, 675 ff. sowie die Beiträge in: *Global Law without a State*, hrsg. von Gunther Teubner (1997).

¹²³ Zur Vermeidung von Missverständnissen sei klargestellt, dass die Verfechter solcher globaler Teilrechtsordnungen auch gar nicht die Behauptung aufstellen, diese ließen sich mit der herkömmlichen, nationalstaatlich geprägten Rechtsquellenlehre erfassen; anders aber *Grundmann, JbJgZivRWiss* 1991 (1992) 43, 59.

ist¹²⁴ noch als Teil einer möglichen „außergesetzlichen Rechtsordnung“¹²⁵ gelten kann, ist damit noch nicht das letzte Wort gesprochen. Denn neben einer solchen „originären“ Geltung ist auch eine „derivative“ Geltung dadurch möglich, dass eine Rechtsnorm des betreffenden Staates dem nicht-staatlichen Recht Geltung verschafft. Geltung im strengen Sinne kommt dann nur der staatlichen Anwendungsnorm zu, während das von dieser bezeichnete nichtstaatliche Recht in Folge des Normbefehls lediglich „angewendet“ wird.¹²⁶ „Anwendung“ bedeutet aber die Erzeugung und zwangsweise Durchsetzung von Rechtsfolgen, weshalb es angemessener erscheint, von einer derivativen Geltung des bezeichneten nichtstaatlichen Rechts zu sprechen. Eine solche derivative Geltung nichtstaatlichen Rechts kollidiert nicht mit dem staatlichen Gewaltmonopol, denn aus diesem lässt sich lediglich ein staatliches *Rechtsdurchsetzungsmonopol* (oder besser: *Vollstreckungsmonopol*),¹²⁷ aber kein staatliches *Rechtssetzungsmonopol* ableiten.¹²⁸ Ob einem bestimmten außerhalb des regulären Gesetzgebungsverfahrens entstandenen Regelwerk aus Sicht einer einzelnen staatlichen Rechtsordnung Rechtsqualität bzw. -geltung zukommt, ist deshalb nicht allein eine Frage des materialen Rechtsbegriffs (also der rechtstheoretischen Geltungstheorien), sondern auch des formalen Rechtsbegriffs. Konkret geht es darum, ob es im Recht des betreffenden Staates eine entsprechende Ermächtigungs- oder Anerkennungsnorm gibt und wie diese mit Blick auf das konkrete nichtstaatliche Regelwerk auszulegen ist.¹²⁹ Staatliche Rechtsordnungen kennen neben dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren eine ganze Reihe weiterer Wege, einem Normtext oder einer Entscheidung innerstaatlich rechtliche Geltung zu verschaffen oder diese zumindest an der Geltung staatlicher Normen teilhaben zu lassen.

Im Einzelnen ergibt sich so ein weites Spektrum staatlich-rechtlicher Bezugnahme auf nichtstaatliches Recht mit unterschiedlichen Konsequenzen für dessen rechtliche Geltung. So lässt eine reine Verweisung auf nichtstaatliches Recht dessen Rechtscharakter, Geltung und Wirkungskraft nach h.M. unberührt und präzisiert nur den Inhalt der verweisenden *staatlichen* Rechtsnorm.¹³⁰ Ganz anders ist dies in Fällen, in denen die staatliche Rechts-

¹²⁴ Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung (Fn. 16) 142 f.

¹²⁵ *Canaris*, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 40) 10 f.

¹²⁶ Zu dieser Begrifflichkeit siehe *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht (Fn. 84) 71 mit Fn. 103.

¹²⁷ *Reimann*, Was ist wählbares Recht? (Fn. 34) 30.

¹²⁸ *Kirchhof*, Private Rechtsetzung (Fn. 17) 124–126.

¹²⁹ Vgl. *Michaels*, Was ist nichtstaatliches Recht? (Fn. 28) 53; *Reimann*, Was ist wählbares Recht? (Fn. 34) 20; *Schinkels*, GPR 2007, 106, 108.

¹³⁰ Demnach nimmt nur der *Wortlaut* des Verweisungsobjekts an der Rechtsgeltung der verweisenden Norm teil; BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 786/70, 793/70, 168/71, 95/73, BVerfGE 47, 285, 309 f.; *Steffen Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003) 176; *Winfried Brugger*, Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie

ordnung einen Geltungsbefehl für nichtstaatliche Regeln erteilt.¹³¹ Auch die Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile gemäß § 328 ZPO bzw. Art. 36 Brüssel Ia-VO¹³² als Grundlage der staatlichen Zwangsvollstreckung gehört in diesen Zusammenhang und bildet eine eigene Kategorie, die wiederum Ähnlichkeit mit der Anerkennung und Vollstreckung in- und ausländischer Schiedssprüche gemäß § 1060 ZPO bzw. Art. III New Yorker UN-Übereinkommen¹³³ aufweist.

b) Kollisionsrecht als Mittel staatlicher Anerkennung
außerstaatlichen Rechts

Das IPR gehört ebenfalls in den Kreis derjenigen Normen, die aus Sicht des Forumstaates nichtstaatlichem Recht in diesem Staat rechtliche Geltung verschaffen. Denn auch das Recht anderer Staaten ist aus Sicht einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung zunächst „nichtstaatliches“ Recht, dem keine juristische Geltung im engeren Sinne zukommt, weil es nicht von den (innerstaatlich) zuständigen Organen in dem dafür vorgesehenen Verfahren erlassen worden ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Völkerrecht ein Gebot enthält, ausländische Rechtsordnungen zu respektieren.¹³⁴ Denn ein Verstoß gegen dieses Gebot (etwa die alleinige Anwendung der *lex fori*) mag völkerrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen,¹³⁵ kann aber nicht die innerstaatliche Geltung des ausländischen Rechts begründen. Das innerstaatlich geltende IPR ist staatliches (oder supranationales) Recht. Selbstverständlich gibt es auch in einer Vielzahl von Staatsver-

und Rechtsstaat, *VerwArch* 78 (1987) 1, 4f.; *Thomas Clemens*, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, *AöR* 111 (1986) 63, 66; *Kirchhof*, Private Rechtsetzung (Fn. 17) 151–153. Verfassungsrechtliche Grenzen des Verweises auf nichtstaatliches Recht gelten deshalb insbesondere für sogenannte „dynamische Verweise“, die im Gegensatz zu „statischen Verweisen“ nicht auf einen zu einem bestimmten Datum feststehenden Normtext verweisen, sondern vielmehr ein anderes Regelwerk *in seiner jeweiligen Fassung* (die der verweisende Gesetzgeber nicht beeinflussen kann) in Bezug nehmen; grundlegend dazu *Fritz Ossenbühl*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, *DVBl* 1967, 401 ff.

¹³¹ Ausführlich dazu und zu den einzelnen Fallgruppen (Anerkennung durch Bildung einer Rechtssatzform; Anerkennung durch Bildung einer Organisationsform für den Regelproduzenten; Anerkennung durch Schaffung eines subjektiven, absoluten Rechts) *Kirchhof*, Private Rechtsetzung (Fn. 17) 138 ff.

¹³² Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), *ABl.* 2012 L 351/1.

¹³³ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958, *BGBI.* 1961 II 122.

¹³⁴ So aber *Bachmann*, Private Ordnung (Fn. 17) 64, der damit einen kategorialen Unterschied zwischen ausländischem Recht und privatem nichtstaatlichem Recht begründen möchte.

¹³⁵ Dazu oben Haupttext vor und Nachweise in Fn. 104.

trägen Regeln zum IPR. Deren innerstaatliche Geltung (und damit Wirkung für die Parteien) hängt aber nach herrschender Auffassung von einem innerstaatlichen Geltungsbefehl ab.¹³⁶ Das IPR bildet daher keine Metaebene oberhalb der staatlichen Sachrechte, auf der dann einheitlich entschieden würde, welches der staatlichen Rechte Anwendung findet. Die „Berufung“ ausländischen Rechts ist rechtstheoretisch nicht als Auswahl der anwendbaren Kelsen'schen „Grundnorm“¹³⁷ oder der maßgeblichen Hart'schen „Rule of Recognition“¹³⁸ zu verstehen. Dagegen spricht bereits, dass im Kollisionsrecht jeder Anknüpfungsgegenstand separat angeknüpft wird. Der internationale Entscheidungseinklang ist ein Ideal, nicht die Rechtsfolge eines universellen IPR. Vielmehr entscheidet jede Rechtsordnung für sich, welches Recht, ob das inländische oder ein anderes – sei es ausländisch oder nichtstaatlich –, ein konkretes Rechtsverhältnis regeln soll. Daraus folgt allerdings nicht im Umkehrschluss, dass die Berufung ausländischen Rechts durch das IPR dieses in das inländische Recht inkorporieren würde.¹³⁹ Es greift aber ebenfalls zu kurz, die Normen des IPR lediglich als „Vorbehalte zugunsten der ausländischen Gesetzgebung“ oder als „geltungsbeschränkende Kollisionsnormen“ anzusehen.¹⁴⁰ Vielmehr stellt die Berufung ausländischen Rechts durch das IPR einen eigenen Rechtsanwendungsbefehl des innerstaatlichen Rechts dar;¹⁴¹ allein das ausländische (Kollisions-)Recht oder das Völkerrecht könnten die innerstaatliche Geltung nicht legitimieren.¹⁴²

¹³⁶ So der vom BVerfG vertretene „Dualismus“; siehe BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318: „Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann“. Aber auch die Gegenposition, der „Monismus“, geht in der überwiegend vertretenen gemäßigten Form davon aus, dass die Eingliederung des Völkerrechts in eine einheitliche Rechtsordnung auf einem nationalen Rechtssatz beruht; siehe nur *Martin Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt, Stand: September 2017) Art. 59 R.n. 168.

¹³⁷ Vgl. *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1934) 66 ff.

¹³⁸ Vgl. *Herbert L. A. Hart*, *The Concept of Law* (1961) 97 ff.

¹³⁹ *Brugger*, *VerwArch* 78 (1987) 1, 6; *Clemens*, *AöR* 111 (1986) 63, 73; *Wolf-Rüdiger Schenke*, *Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen*, in: FS Ludwig Fröhler (1980) 87, 124.

¹⁴⁰ So aber *Clemens*, *AöR* 111 (1986) 63, 72 f. m. w. N. Siehe auch *Brugger*, *VerwArch* 78 (1987) 1, 6.

¹⁴¹ Zutreffend *Kirchhof*, *Private Rechtsetzung* (Fn. 17) 508. Siehe auch *Kropholler*, *Internationales Privatrecht* (Fn. 1) 212.

¹⁴² Prägnant *Murad Ferid*, *Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen*, in: FS Hans Döle, Bd. II (1963) 119, 130: „Abzulehnen ist zunächst der Gedanke, daß das ausländische Recht *kraft eigener Macht* auch über den territorial abgegrenzten Hoheitsbereich des Ursprungsstaates hinaus Geltung hat.“ Ausführlich *Günther Beitzke*, *Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht*, in: FS Rudolf Smend (1952) 1, 10 ff.

Das IPR erfüllt also eine Transformationsfunktion: Wenn und soweit es eine fremde Rechtsordnung beruft, führt es zur innerstaatlichen Anerkennung des zunächst nicht(inner)staatlichen Rechts. Wie die zu berufenden Rechtsregeln staatsrechtlich oder völkerrechtlich einzustufen sind, ist für das IPR irrelevant. Denn es gilt eine Autonomie der kollisionsrechtlichen Begriffe gegenüber dem Völkerrecht. Insbesondere besteht keine Bindung an den völkerrechtlichen Staatsbegriff, sodass auch die Rechte von völkerrechtlich nicht anerkannten Staaten (zum Beispiel Schottland) als „ausländisches Recht“ durch das IPR berufen werden können.¹⁴³ Welches „Recht“ berufen werden kann, ist daher keine Frage der Rechtstheorie oder des Völkerrechts, sondern der autonomen Auslegung der konkreten Kollisionsnorm.

Daher begegnet es keinen rechtstheoretischen Bedenken, Regelwerke, die von einer privaten Organisation oder sogar den Parteien des Rechtsstreits erarbeitet wurden, kollisionsrechtlich zu berufen. Auch diese Frage betrifft allein die Auslegung der konkreten Kollisionsnorm. Man kann insoweit von einem „relativen“ (nämlich auf das jeweilige Kollisionsrecht bezogenen) Rechtsbegriff sprechen.¹⁴⁴ Bei § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO entspricht eine Auslegung, die nichtstaatliches Recht unter den Wortlaut „Rechtvorschriften“ subsumiert, sogar der h. M.¹⁴⁵ Nicht überzeugend ist der Einwand, das IPR setze die Rechtsgeltung des potenziell anwendbaren Rechts voraus und könne diesem deshalb die Geltung nicht seinerseits verschaffen, ohne sich wie Münchhausen am eigenen Schopf aus dem Sumpf zu ziehen.¹⁴⁶ Dieses Argument beachtet zu wenig, dass „Rechtsgeltung“ ein rechtstheoretisches Konzept ist, welches stets auf eine *bestimmte* staatliche (bzw. supranationale) Rechtsordnung bezogen ist. Infolgedessen kommt auch ausländischem Recht – vor seiner Berufung durch das IPR – keine rechtstheoretische „Geltung“ im innerstaatlichen Rechtsraum zu.¹⁴⁷

Schließlich können gegen die kollisionsrechtliche Berufung nichtstaatlichen Rechts auch keine demokratietheoretischen Einwände geltend gemacht werden.¹⁴⁸ Denn auch ausländisches Recht ist aus Sicht des Inländers niemals demokratisch legitimiert.¹⁴⁹ Außerdem verlieren demokratietheore-

¹⁴³ MüKo BGB/v. Hein (Fn. 4) Einl. IPR Rn. 48; *Kegel / Schurig*, Internationales Privatrecht (Fn. 86) 21.

¹⁴⁴ So *Michaels*, Was ist nichtstaatliches Recht? (Fn. 28) 52f.

¹⁴⁵ Siehe oben II.3. mit Fn. 48.

¹⁴⁶ *Metzger*, Extra legem (Fn. 36) 263.

¹⁴⁷ *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht (Fn. 84) 70–72; *Schinkels*, GPR 2007, 106, 108; *Viellechner*, Transnationalisierung (Fn. 21) 52.

¹⁴⁸ So aber *Florian Rödl*, Private Law Beyond the Democratic Order? – On the Legitimatory Problem of Private Law „Beyond the State“, in: *Beyond the State* (Fn. 14) 323ff. (der auch die Wahl ausländischen Rechts für problematisch hält); ähnlich *Arnold*, Gründe und Grenzen der Parteiautonomie (Fn. 90) 44; a. A. *Reimann*, Was ist wählbares Recht? (Fn. 34) 26; siehe auch *Kirchhof*, Private Rechtsetzung (Fn. 17) 112f.

¹⁴⁹ Vgl. *Flessner*, Interessenjurisprudenz (Fn. 96) 106.

tische Bedenken an Überzeugungskraft, wenn die Parteien nichtstaatliches Recht im Wege einer Rechtswahl selbst berufen haben. Die direkte Zustimmung des Rechtsunterworfenen stellt stets eine stärkere Form der Legitimation dar als eine solche über demokratische Institutionen, die nach Mehrheitsprinzip entscheiden.

Welche Erfordernisse das IPR an eine „Rechtsordnung“ stellt, damit diese durch eine Rechtswahl berufen werden kann, hängt also nicht von rechtstheoretischen oder verfassungsrechtlichen Wertungen ab, sondern ist eine autonom vom IPR zu entscheidende Frage. Beschränkt das unionsrechtliche IPR die Rechtswahl auf staatliche Rechtsordnungen, führt dies zu einem einfachrechtlichen Ausschluss der denkbaren Wahl anderer, nichtstaatlicher Rechtsordnungen. Darin liegt ein Eingriff in die umfassend gewährleistete Rechtswahlfreiheit, der grundrechtlichen Rechtfertigungsbedarf auslöst. Denn die grundrechtliche Parteiautonomie ist, aufgrund ihrer Verankerung in der allein durch den Willen der Parteien legitimierten Privatautonomie, umfassend konzipiert und beschränkt sich – wie auch das IPR an sich – nicht auf staatliche Rechtsordnungen.

4. Eingriff in weitere Freiheitsrechte?

Insbesondere in familienrechtlichen Zusammenhängen stellt sich die Frage, ob die kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts neben der Privatautonomie den Schutzbereich weiterer Grundrechte wie den Schutz der Familie (Art. 7 und Art. 9 GRCh) oder die Religionsfreiheit (Art. 10(1) GRCh) berührt. So könnte die kollisionsrechtliche Wählbarkeit religiösen (Familien-)Rechts wie der Scharia oder der Halacha¹⁵⁰ als Ausdruck der Religionsfreiheit verstanden werden. In diese Richtung deuten insbesondere Ansätze des Rechtspluralismus, welcher staatliches und nichtstaatliches Recht als grundsätzlich gleichwertig betrachtet.¹⁵¹

Bei der Eröffnung des Schutzbereichs ist wiederum zwischen dem rein innerstaatlichen und dem grenzüberschreitenden Fall zu unterscheiden. Für rein innerstaatliche Fälle gilt das oben zur Parteiautonomie Ausgeführte¹⁵² entsprechend: Im Inlandsfall bedarf die Anwendung der staatlichen Rechtsordnung als solche keiner weitergehenden Rechtfertigung. Die Freiheit, auf nichtstaatliche, zum Beispiel religiöse Regelwerke Bezug zu nehmen, ist daher allein eine Frage der *Ausgestaltung* der staatlichen Rechtsordnung. Dieser stellt sich die Aufgabe, „Erklärungsmuster menschlichen Verhaltens, die ihre Legitimation in Normen jenseits der staatlichen Legalität finden, zu

¹⁵⁰ Dazu oben die Beispiele in Fn. 26f.

¹⁵¹ Überblick bei *Patricia Wiater*, Kulturpluralismus als Herausforderung für Rechtstheorie und Rechtspraxis (2009) 122–131.

¹⁵² Siehe oben III.2. bei Fn. 98–100.

begrenzen und zu priorisieren“.¹⁵³ Damit scheidet ein Grundrecht auf kollisionsrechtliche Wahl religiösen (Familien-)Rechts in innerstaatlichen Fällen von vornherein aus. Aber auch in internationalen Fällen wird ein solches nicht von der Religionsfreiheit oder dem Schutz der Familie umfasst. Denn die zuvor hergeleitete grundrechtliche Parteiautonomie¹⁵⁴ hat ihren Grund gerade in dem Umstand, dass bei grenzüberschreitenden Fällen die privatautonome Selbstgestaltung der Parteien zwangsläufig zusätzlichen Einschränkungen ausgesetzt ist, die sich aus der Unterschiedlichkeit verschiedener staatlicher Rechtsordnungen ergeben. Dagegen wird die Ausübung der Religionsfreiheit oder der Familiengrundrechte grundsätzlich nicht dadurch stärker beschränkt, dass es sich um einen internationalen Fall handelt. Zwar ist auch hier denkbar und wahrscheinlich, dass familienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (beispielsweise der zulässige Inhalt von Eheverträgen) in unterschiedlichen staatlichen Rechtsordnungen verschieden weit gefasst sind. Damit ist aber wiederum allein die privatautonome Gestaltungsfreiheit, nicht eine darüber *hinausreichende* religiöse Ausdrucksfreiheit betroffen.

Mit anderen Worten umfasst die Parteiautonomie bereits die Gestaltungsfreiheit in familienrechtlichen Angelegenheiten und damit auch Konstellationen, in denen die Parteien ihre nicht rechtfertigungsbedürftige Willensfreiheit aus religiösen Motiven ausüben. Ein weitergehender Anwendungsbereich für die Religionsfreiheit oder die Familiengrundrechte verbleibt daher nicht. Beschränkungen der Rechtswahlmöglichkeiten in internationalen Fällen stellen somit allein Verkürzungen der Parteiautonomie dar.

IV. Rechtfertigung der Begrenzung der Parteiautonomie auf die Wahl staatlichen Rechts

Jede Einschränkung der umfassenden unionsrechtlichen Parteiautonomie bedarf einer Rechtfertigung. Dazu genügt nach Art. 52(1) Satz 2 Grundrechtecharta – ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht¹⁵⁵ – bereits, dass die einschränkende Regelung auf verhältnismäßige Art und Weise ein vernünftiges Gemeinwohlziel verfolgt.¹⁵⁶

Ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Wahl nichtstaatlichen Rechts lässt sich zunächst durch allgemeine Schranken der Parteiautonomie, also durch diejenigen Gründe rechtfertigen, die auch die Wahl ausländischen

¹⁵³ *Patricia Wiater*, Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz: Das Kölner Beschneidungs-urteil, NVwZ 2012, 1379, 1382.

¹⁵⁴ Oben III.2.

¹⁵⁵ Vgl. BVerfG 6.6.1989, BVerfGE 80, 137, 159.

¹⁵⁶ Dazu *Jarass*, Charta der Grundrechte (Fn. 74) Art. 52 Rn. 31; *Kühling*, Grundrechte (Fn. 80) 688. Ausführlich zur Struktur der Rechtfertigungsprüfung ebd. 691 ff.

Rechts begrenzen. Da die Parteiautonomie ein einheitliches Grundrecht ist, kann die Freiheit zur Wahl nichtstaatlichen Rechts nicht weiter reichen als die Freiheit zur Wahl ausländischen Rechts. *Prima facie* kann davon ausgegangen werden, dass die vorhandenen Beschränkungen der Wahl ausländischen Rechts als solche einer grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten, sodass diese im Folgenden nur kurz aufgegriffen werden (dazu unter 1.). Im vorliegenden Zusammenhang zentral ist aber die Frage, ob es spezifische Gründe gibt, trotz generell gewährleisteter Rechtswahlfreiheit nichtstaatliches Recht von der Wählbarkeit auszuschließen (dazu unter 2.).

1. Allgemeine Beschränkungen der Parteiautonomie

Die Wahl nichtstaatlichen Rechts scheidet in all jenen Rechtsgebieten aus, in denen objektive Anknüpfungen bestehen. Auch in solchen Fällen, in denen nur eine beschränkte Rechtswahl, also eine Auswahl zwischen einer begrenzten Anzahl enumerativ aufgezählter Rechte, vorgesehen ist, scheidet die Wahl nichtstaatlichen Rechts wie die Wahl jedes anderen ausländischen Rechts, das nicht von der Auswahl umfasst ist, aus. Objektive Anknüpfung und beschränkte Rechtswahl dienen zumeist dem Schutz öffentlicher Interessen, was grundsätzlich eine Einschränkung der grundrechtlich gewährleisteten Parteiautonomie zu rechtfertigen vermag. Beispiele sind die rein objektive Anknüpfung im Immobiliarsachenrecht¹⁵⁷ und die beschränkten Rechtswahlmöglichkeiten bei Ehescheidung und Trennung in Art. 5(1) Rom III-VO,¹⁵⁸ bei familienrechtlichen, eherechtlichen oder partnerschaftlichen Unterhaltspflichten gemäß Art. 8 Abs. 1 UnthProt, Art. 22 EuGüVO bzw. Art. 22 EuPartVO¹⁵⁹ und bei der Rechtsnachfolge

¹⁵⁷ Diese ist dadurch gerechtfertigt, dass das internationale Sachenrecht stark auf eine Publizität der Anknüpfungsründe und – damit zusammenhängend – am Verkehrsschutz ausgerichtet ist und dass der Einpassung des anwendbaren Sachenrechts in das Recht der räumlichen Umgebung gerade bei Immobilien eine besondere Bedeutung zukommt; vgl. *Christiane Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2018) Vorbemerkung zu Art. 43 EGBGB Rn. 12f.

¹⁵⁸ Die Frage, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen eine Ehe geschieden werden kann, berührt eine Vielzahl öffentlicher Interessen und betrifft nicht nur die scheidungswilligen Eheleute. Deshalb können die Ehegatten nur das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts, das Recht ihres letzten gewöhnlichen Aufenthalts, sofern dort ein Ehegatte zum Zeitpunkt der Rechtswahl noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, das Recht der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten oder die *lex fori* wählen; dazu ausführlich *Winkler von Mohrenfels*, Die Rom III-VO (Fn. 44) 527 ff.

¹⁵⁹ Diese Einschränkung lässt sich dadurch rechtfertigen, dass in Fällen familienrechtlichen Unterhalts aufgrund der Auffangfunktion staatlicher Sozialfürsorge stets auch öffentliche Interessen betroffen sind. Da sich die Fürsorgeberechtigung grundsätzlich nach der Staatsangehörigkeit oder dem gewöhnlichen Aufenthalt richtet, haben die betreffenden Staaten ein

von Todes wegen gemäß Art. 22(1) EuErbVO.¹⁶⁰ Weniger eindeutig ist, ob sich Beschränkungen der Rechtswahl im internationalen Vertragsrecht aus Gründen des Verbraucherschutzes rechtfertigen lassen,¹⁶¹ so etwa bei Personenbeförderungsverträgen (vgl. Art. 5(2) Unterabs. 2 Rom I-VO) oder bei Versicherungsverträgen über Massenrisiken (Art. 7(3) Unterabs. 1 Rom I-VO).¹⁶² Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein Problem, das spezifisch die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts betrifft, sondern um die allgemeine Frage, inwieweit diese Beschränkungen angesichts der Alternative des Günstigkeitsprinzips als der (aus Sicht der Parteien) milderen Maßnahme den Anforderungen des Erforderlichkeitsgrundsatzes standhalten.¹⁶³

Auch die personal beschränkte Rechtswahl führt dazu, dass die von der Rechtswahl ausgeschlossenen Personengruppen kein nichtstaatliches Recht wählen können, so etwa im außervertraglichen Schuldrecht gemäß Art. 14(1) lit. b Rom II-VO. Die personale Beschränkung der Parteiautonomie dient dem Schutz insbesondere von Verbrauchern und Arbeitnehmern. Sie ist durch den Schutz strukturell schwächerer Parteien gerechtfertigt; hinsichtlich der Wahl nichtstaatlichen Rechts bestehen insoweit keine Besonderheiten. Grundsätzlich lässt sich der generelle Ausschluss der Rechtswahl für bestimmte Personengruppen allerdings nur dann rechtfertigen, wenn bereits der Umstand einer Rechtswahl an sich – unabhängig von dem anschließend eingreifenden sachrechtlichen Schutzstandard – eine Übervorteilung der geschützten Personen bedeuten kann.¹⁶⁴ Diese Voraussetzung erscheint im au-

besonderes Interesse daran, familienrechtliche Unterhaltspflichten, die etwa staatliche Sozialhilfeträger zu einem Regress berechtigen, ihrem eigenen Recht zu unterstellen; vgl. *Flessner*, Interessenjurisprudenz (Fn. 96) 107. *Gerhard Hohloch*, Unterhaltsstatut und Rechtswahl, in: FS Hans Jürgen Sonnenberger (2004) 401, 402 spricht insoweit von „Umweltrecht“ des Berechtigten.

¹⁶⁰ Diese Beschränkung dient einerseits dem Schutz der berechtigten Erwartungen insbesondere des Erblassers (vgl. MüKo BGB / *Dutta* (Fn. 40) Vorbemerkung zu Art. 20 EuErbVO Rn. 5), andererseits aber auch – ähnlich wie im Sachenrecht – dem Verkehrsschutz, indem etwa die Eigentumsverhältnisse jederzeit klar erkennbar sein müssen.

¹⁶¹ Vgl. Erwägungsgrund 32 Rom I-VO. Für eine Rechtfertigungsmöglichkeit MüKo BGB / *Martiny* (Fn. 36) Art. 5 Rom I-VO Rn. 27, Art. 7 Rom I-VO Rn. 25; *Giesela Rühl*, Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht, in: FS Bernd von Hoffmann (2011) 364, 369f.

¹⁶² *Ansgar Staudinger*, in: Ferrari / Kieninger / Mankowski et al., Internationales Vertragsrecht³ (2018) Art. 7 Rom I-VO Rn. 3 vertritt die Auffassung, die gespaltene Anknüpfung im Versicherungsrecht verstoße gegen die Dienstleistungsfreiheit. Allein rechtspolitische Kritik demgegenüber bei *Rühl*, Der Schutz des „Schwächeren“ (Fn. 161) 371 ff. (jeweils ohne Bezug auf nichtstaatliches Recht).

¹⁶³ Zur Erforderlichkeitsprüfung im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz siehe *Jarass*, Charta der Grundrechte (Fn. 74) Art. 52 Rn. 39f.; *Kühling*, Grundrechte (Fn. 80) 695. Ließe man die Beschränkung der Rechtswahl in diesen Fällen an der Erforderlichkeit der Maßnahme scheitern, so gälte dies aber in gleicher Weise für die Wahl nichtstaatlichen Rechts.

¹⁶⁴ Demgegenüber vertritt *Maultzsch*, RabelsZ 75 (2011) 60, 76–78 (ohne auf die Frage der grundrechtlichen Rechtfertigung einzugehen) die Auffassung, bei internationalen Verbrau-

bervertraglichen Schuldrecht erfüllt, weil außervertragliche Haftung von Verbrauchern nur schwer antizipiert werden kann. Im vertraglichen Schuldrecht ist dagegen stets zu prüfen, ob nicht das Günstigkeitsprinzip, wie es Art. 6(2) Satz 2 und Art. 8(1) Satz 2 Rom I-VO im geltenden Kollisionsrecht verwirklichen, ein milderes, aber gleich effektives Mittel zum Schutz der schwächeren Partei darstellt.¹⁶⁵ Wenn das Günstigkeitsprinzip eingreift, ist es nach seinem Wortlaut und Zweck auch auf die Wahl nichtstaatlichen Verbrauchervertrags- oder Individualarbeitsrechts anwendbar.

In denjenigen Rechtsgebieten, die wie insbesondere das Vertragsrecht vorrangig das Ziel verfolgen, die Interessen der Parteien in einen gerechten Ausgleich zu bringen, bedarf ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Rechtswahl in internationalen Fällen einer besonderen Rechtfertigung. Denn wenn ein Rechtsgebiet primär den Parteiinteressen dienen soll, ist eine durch die Parteien erfolgte Abwahl des staatlichen zugunsten eines ausländischen oder nichtstaatlichen Rechts grundsätzlich als vorrangiger Ausdruck des Parteiinteresses zu beachten. Der in einem Ausschluss oder einer Beschränkung der Parteiwahl liegende Eingriff in die Parteiautonomie ist nur dann verhältnismäßig, wenn er dem Schutz von Dritt- bzw. Allgemeininteressen dient und trotz anderweitiger Vorkehrungen erforderlich ist. Anders gewendet: Nur dann, wenn sowohl Eingriffsnormen als auch *ordre public*-Vorbehalt¹⁶⁶ nicht ausreichen, darf die Parteiwahl eingeschränkt werden.

Eine andere Frage ist es, inwieweit die Wahl nichtstaatlichen Rechts als solche zum Schutz einer schwächeren Partei kontrolliert werden darf. Dies betrifft etwa die grundsätzlich unbeschränkte nachträgliche Rechtswahl durch Verbraucher im außervertraglichen Schuldrecht gemäß Art. 14(1) Satz 1 lit. a Rom II-VO. In dieser Konstellation bedarf der Verbraucher nicht primär des Schutzes vor dem Inhalt des nichtstaatlichen Rechts, denn auf-

cherverträgen sei ein gänzlicher Ausschluss der Rechtswahlfreiheit auch dem Günstigkeitsprinzip vorzuziehen.

¹⁶⁵ Im Vergleich zu einer beschränkten Rechtswahl lässt das Günstigkeitsprinzip die Parteiautonomie der Verbraucher und Arbeitnehmer unangetastet und belastet lediglich den Unternehmer bzw. Arbeitgeber. *Rühl*, Der Schutz des „Schwächeren“ (Fn. 161) 372 ff. präferiert daher das Günstigkeitsprinzip als allgemeinen Standard des kollisionsrechtlichen Schwächerschutzes.

¹⁶⁶ *Spickhoff*, Die Rechtswahl und ihre Grenzen (Fn. 36) 121 vertritt die Auffassung, Art. 21 Rom I-VO lasse es nach seinem Wortlaut nur zu, die Rechtsnorm eines anderen *Staat*es nicht anzuwenden. Das trifft aber bei der deutschen Fassung weder für Art. 21 Rom I-VO noch für Art. 26 Rom II-VO zu, denn in beiden Normen ist davon die Rede, dass die „Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts“ versagt werden könne. In den englischen Fassungen ist dagegen vom „law of any country“ die Rede; die französische Fassung divergiert zwischen der Rom I-VO („la loi désignée“) und der Rom II-VO („la loi d'un pays désignée“). Dies zeigt, dass dem Wortlaut der Verordnungen keine wichtige Bedeutung zugemessen werden kann; bei einer teleologischen Betrachtung ist hingegen unzweifelhaft, dass bei der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts auch der *ordre public*-Vorbehalt eingreifen soll.

grund des konkreten Streitfalls sind die Konsequenzen der Rechtswahl (jedenfalls bei fachkundiger Beratung) absehbar. Bedenklich ist es hingegen, wenn der Verbraucher unbewusst (etwa durch AGB) oder durch Täuschung zum Abschluss eines Verweisungsvertrags gebracht wird, der zur Wahl nichtstaatlichen Rechts führt. Das Problem wird dadurch verschärft, dass sich das Statut der Rechtswahl nach h. M. auch bei Art. 14(1) Rom II-VO in Analogie zu Art. 3(5) i. V. m. Art. 10, 11 und 13 Rom I-VO nach der *lex causae* richtet.¹⁶⁷ Daher würde sich der Schutz des Verbrauchers nach dem gewählten nichtstaatlichen Recht richten. Im Ergebnis führt dies aber nicht zu einer korrekturbedürftigen Benachteiligung des Verbrauchers, denn auch der Verweisungsvertrag mit einem Verbraucher unterliegt dem Günstigkeitsprinzip des Art. 6(2) Satz 2 Rom I-VO.¹⁶⁸ Die zwingenden Schutzbestimmungen des Staats, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gelten daher auch für die Rechtswahl. Erneut reichen die allgemeinen Regelungen aus, um den Besonderheiten der Wahl nichtstaatlichen Rechts gerecht zu werden.

2. Spezifische Rechtfertigungsgründe zum Ausschluss nichtstaatlichen Rechts

Das Zwischenergebnis der bisherigen Untersuchung ist, dass die kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts in internationalen Fällen aufgrund der grundrechtlich verbürgten Parteiautonomie überall dort zulässig ist, wo auch eine *uneingeschränkte* Wahl ausländischen Rechts eröffnet wird. Der wichtigste Anwendungsfall ist daher das Vertragsrecht zwischen Unternehmern. Aber auch im außervertraglichen Schuldrecht ermöglicht Art. 14(1) Satz 1 lit. b Rom II-VO kommerziellen Parteien eine uneingeschränkte Rechtswahl. Eine solche kommt in der Praxis allerdings vor allem im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss in Betracht, denn ansonsten werden sich die Parteien regelmäßig nicht im Voraus kennen. Dabei stellt sich die Wahl des auf die außervertragliche Haftung anwendbaren Rechts regelmäßig als Annex zur Wahl des Vertragsrechts dar, der dazu dienen soll, Widersprüche der vertraglichen und außervertraglichen Haftung zu vermeiden. Die entscheidende Frage, ob es spezifische Gründe gibt, die es rechtfertigen können, die Wahl nichtstaatlichen Rechts auszuschließen, obwohl die freie Wahl ausländischen Rechts eröffnet ist, soll daher *pars pro toto* anhand des internationalen Vertragsrechts untersucht werden. Solche Gründe könnten einerseits das *staatliche* Gerichtssystem betreffen, denn bei

¹⁶⁷ Arnold, Gründe und Grenzen der Parteiautonomie (Fn. 90) 45f.; MüKo BGB/Junker (Fn. 43) Art. 14 Rom II-VO Rn. 25f.; Leible, RIW 2008, 257, 260; Vogeler, Die freie Rechtswahl (Fn. 43) 141 ff.

¹⁶⁸ MüKo BGB/Martiny (Fn. 36) Art. 3 Rom I-VO Rn. 100.

Schiedsgerichten begegnet die Anwendung nichtstaatlichen Rechts, wie bereits ausgeführt,¹⁶⁹ ohnehin keinen Bedenken. Andererseits könnten Unterschiede zwischen staatlichen Rechtsordnungen und nichtstaatlichen Regelwerken herangezogen werden, um die Wählbarkeit Letzterer auszuschließen.¹⁷⁰

a) Missbrauch des staatlichen Gerichtssystems

Teilweise wird geltend gemacht, staatliche Gerichte dürften nicht mit der Anwendung nichtstaatlichen Rechts belastet werden. In diesem Sinne hat Canaris das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts damit gerechtfertigt, es müsse verhindert werden, dass „die Parteien sich einerseits den zwingenden Normen jeder (!) staatlichen Rechtsordnung entziehen, andererseits aber vor einem staatlichen Gericht – und nicht vor einem Schiedsgericht – Rechtsschutz suchen“.¹⁷¹

Die Furcht vor einer Paralleljustiz ohne staatliche Kontrolle rechtfertigt allerdings nicht den Ausschluss der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts vor staatlichen Gerichten – ganz im Gegenteil. Mit dem Verweis auf die Schiedsgerichtsbarkeit (oder auch auf ausländische Gerichte, die gegebenenfalls eine Wahl nichtstaatlichen Rechts zulassen) kann sich ein einzelner Staat nicht seiner aus dem Gewaltmonopol folgenden Verantwortung entziehen, denn Schiedssprüche und ausländische Urteile werden im Inland grundsätzlich anerkannt und vollstreckt.¹⁷² Die Anerkennung ausländischer Urteile ist dabei grundsätzlich unabhängig davon, nach welchem materiellen staatlichen oder nichtstaatlichen Recht das ausländische Gericht den Fall entschieden hat.¹⁷³ Es kommt grundsätzlich nicht einmal darauf an, ob das ausländische Gericht das Kollisionsrecht (der *lex fori*) richtig angewendet hat. Etwas anderes gilt erst dann, wenn die Verkenning des anwendbaren Kollisionsrechts im Einzelfall einen Verstoß gegen den *ordre public* des Vollstreckungsstaates bewirkt.¹⁷⁴ Im vorliegenden Zusammenhang ist noch wichtiger, dass auch

¹⁶⁹ Siehe oben II.3.

¹⁷⁰ Vgl. Reimann, Was ist wählbares Recht? (Fn. 34) 24, der vorschlägt, in der Diskussion zwischen Argumenten gegen die Zulässigkeit der Wahl nichtstaatlichen Rechts einerseits und Argumenten gegen die Abwahl staatlichen Rechts andererseits zu unterscheiden.

¹⁷¹ Canaris, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 40) 26. Diese Argumentation erscheint auf den ersten Blick besser geeignet, die kollisionsrechtliche Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts auszuschließen, als der Hinweis, die Staaten hätten als Quasimonopolisten ein Interesse daran, zur Sicherung ihrer Normsetzungsmacht gegenseitig nur das Recht anderer Staaten anzuerkennen, nicht aber nichtstaatliches Recht; so Michaels, Wayne L.Rev. 51 (2005) 1209, 1243f. und passim; ähnlich (allerdings mit Bezug auf die „Gerechtigkeit“ staatlicher Rechtsordnungen) Arnold, Gründe und Grenzen der Parteiautonomie (Fn. 90) 44.

¹⁷² Siehe dazu bereits oben III.3.a) bei Fn. 133.

¹⁷³ Vgl. Reimann, Was ist wählbares Recht? (Fn. 34) 19f.; Symeonides, Am.J.Comp.L. 54 (2006 Supplement) 209, 212.

¹⁷⁴ Junker, Deutsche Schiedsgerichte (Fn. 48) 448f.

die Anwendung ausländischen oder nichtstaatlichen Rechts durch ein in- oder ausländisches Schiedsgericht gemäß § 1060 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d und Nr. 2 lit. b ZPO bzw. Art. V Abs. (1) lit. d und Abs. (2) lit. b New Yorker UN-Übereinkommen nicht dazu führt, dass der Schiedsspruch in Deutschland nicht vollstreckt werden könnte.¹⁷⁵ Entsprechendes gilt für diejenigen EU-Mitgliedstaaten, die das UNCITRAL Model Law umgesetzt haben und das New Yorker UN-Übereinkommen anwenden.

Selbst vor staatlichen Gerichten lassen sich im internationalen Vertragsrecht auch ohne die Wahl nichtstaatlichen Rechts die intern zwingenden Normen einzelner Rechtsordnungen umgehen. Denn auch die durch Art. 3(1) Satz 3 Rom I-VO ausdrücklich zugelassene Teilrechtswahl kann dazu führen, dass ein Richter mit mehreren ausländischen Rechtsordnungen konfrontiert wird (sog. *dépeçage*) und damit den Rechtsstreit auf einer materiellrechtlichen Basis zu entscheiden hat, die in *keinem Staat* als solche gilt. Eine solche Teilrechtswahl ist nach h.M. selbst dann zulässig, wenn damit gezielt (intern) zwingende Normen einer staatlichen Rechtsordnung umgangen werden sollen.¹⁷⁶ Es ist nur noch ein rechtskonstruktiver und lediglich rechtstheoretisch relevanter Unterschied, ob jemand eine nichtstaatliche Rechtsordnung wählt, die Rechtsfolgen vorsieht, welche sich in keiner staatlichen Rechtsordnung in dieser Zusammenstellung finden, oder im Wege einer mehrfachen Teilrechtswahl die existierenden staatlichen Rechtsordnungen so kombiniert, dass dies zu dem gleichen Ergebnis führt.¹⁷⁷

Wenn aber ohnehin eine Verpflichtung besteht, künstlich erzeugte Zwitterrechtsordnungen anzuwenden und aufgrund von Schiedssprüchen oder Urteilen ausländischer Gerichte nichtstaatliches Recht zwangsweise durchzusetzen, lautet die eigentliche Frage, ob ein Staat die Anwendung des nichtstaatlichen Rechts komplett aus der Hand geben soll oder ob es nicht gerade unter dem Gesichtspunkt einer rechtsstaatlichen Kontrolle vorzugswürdig ist, wenn staatliche Gerichte nicht nur die Zwangsvollstreckung, sondern auch die Rechtsfindung betreiben.

Schließlich kann auch das Argument, es sei mit der Würde der staatlichen Gerichte nicht vereinbar, dass diese Regelwerke wie die Scharia anwenden müssen,¹⁷⁸ nicht verfangen. Denn im Bereich des internationalen Handelsvertragsrechts sind kaum Regelungen zu erwarten, die geeignet wären, die

¹⁷⁵ Vgl. *Junker*, Deutsche Schiedsgerichte (Fn. 48) 446.

¹⁷⁶ *Andrea Aubart*, Die Behandlung der *dépeçage* im europäischen Internationalen Privatrecht (2013) 71 f.; MüKo BGB/*Martiny* (Fn. 36) Art. 3 Rom I-VO Rn. 65; *W.-H. Roth*, Zur Wählbarkeit (Fn. 37) 762; auch *Peter Mankowski*, *Dépeçage* unter der Rom I-VO, in: FS Ulrich Spellenberg (2010) 261, 266 will die Teilrechtswahl nur dann nicht zulassen, wenn der Vertrag dadurch widersprüchlich wird; a.A. v. *Bar*, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 316. Kritisch zur *dépeçage* im Zusammenhang mit der Wahl nichtstaatlichen Rechts *Marshall*, Am.J.Comp.L. 66 (2018) 175, 196 ff.

¹⁷⁷ Vgl. *W.-H. Roth*, Zur Wählbarkeit (Fn. 37) 763.

¹⁷⁸ In diese Richtung *Mankowski*, IHR 2008, 133, 136. Ähnlich *Arnold*, Gründe und

gerichtliche Würde infrage zu stellen. Zudem müssen die Gerichte ohnehin religiöses Recht in solchen Fällen beachten, in denen etwa das Sachrecht eines arabischen Staates auf die Scharia verweist.¹⁷⁹ Vor allem unterliegen die staatlichen Gerichte aber einem Justizverweigerungsverbot.¹⁸⁰ Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein staatliches Gericht davon absehen dürfen sollte, einen Rechtsstreit zu entscheiden, nur weil die Parteien ein zweifelhaftes Regelwerk gewählt haben. Denn unstreitig muss das Gericht auch das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht Nordkoreas anwenden, wenn nordkoreanisches Recht berufen ist.¹⁸¹

b) Unbestimmtheit und Unvollständigkeit nichtstaatlichen Rechts

Ebenfalls auf das staatliche Gerichtssystem bezogen ist der Hinweis auf allfällige praktische Probleme, die mit der Anwendung eines nichtstaatlichen Regelwerks durch staatliche Gerichte einhergehen können.

Zunächst stellt sich die Frage, wie das staatliche Gericht den Inhalt nichtstaatlichen Rechts ermitteln soll.¹⁸² Es erscheint in der Tat auf den ersten Blick problematisch, nach dem Grundsatz *iura novit curia* dem Gericht die Kenntnis nichtstaatlicher Regelwerke abzuverlangen. Gerade aufwendige AGB-Werke für bestimmte Branchen erreichen einen Detaillierungsgrad, der den genauen Inhalt häufig nur noch wenigen Fachleuten zugänglich macht. Hier hilft aber § 293 ZPO, der das Gericht nicht nur ermächtigt, über den Inhalt ausländischen Rechts von Amts wegen Beweis zu erheben, sondern mit den „Statuten“ explizit auch eine Spielart nichtstaatlichen Rechts erwähnt¹⁸³ und jedenfalls analog für nichtstaatliches Recht herangezogen werden kann. Die Befürchtung, dass die Ermittlung nichtstaatlichen Rechts dabei einen Aufwand fordern könnte, der von staatlichen Gerichten nicht zu leisten sei,¹⁸⁴ erscheint überzogen. Ebenso wie der Inhalt ausländischen Rechts regelmäßig unter Zuhilfenahme fachkundiger Gutachter ermittelt werden muss, können die Gerichte externe Hilfe in Anspruch neh-

Grenzen der Parteiautonomie (Fn. 90) 44, dem zufolge ein Staat mit der Anwendung ausländischen Rechts „den Gerechtigkeitsanspruch des anderen Staats“ anerkenne.

¹⁷⁹ Für ein familienrechtliches Beispiel siehe BGH 6.10.2004 – XII ZR 225/01, BGHZ 160, 332.

¹⁸⁰ Für Deutschland siehe BVerfG 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 406 f.

¹⁸¹ Erwägungsgrund 37 zur Rom I-VO stellt klar, dass schon der *ordre public*-Vorbehalt und Eingriffsnormen nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ angewendet werden dürfen. Für eine vollständige Justizverweigerung bleibt damit auch nach Unionsrecht kein Raum.

¹⁸² Vgl. *Spickhoff*, Die Rechtswahl und ihre Grenzen (Fn. 36) 122.

¹⁸³ Die Bedeutung des Begriffs der „Statuten“ in § 293 Satz 1 ZPO ist im Einzelnen streitig; ausführlich dazu *Heiko Feuer*, Statuta novit curia? – Zur Auslegung der „Statuten“ in § 293 ZPO, ZZP 123 (2010) 427 ff. Unstreitig sind mit dem Ausdruck aber auch Formen nichtstaatlichen Rechts, ursprünglich etwa die Hausgesetze des hohen Adels, gemeint.

¹⁸⁴ So *Spickhoff*, Die Rechtswahl und ihre Grenzen (Fn. 36) 122.

men, um sich über den Inhalt nichtstaatlicher Regelwerke unterrichten zu lassen. Dass im Falle nichtstaatlichen Rechts regelmäßig keine autoritativen Referenzmaterialien wie Gerichtsentscheidungen ausländischer Gerichte existieren, steht dem nicht entgegen. Denn auch die Anwendung ausländischen Rechts kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass einschlägige Präzedenzentscheidungen existieren. Zudem kann die bereits erwähnte Möglichkeit der Teilrechtswahl dazu führen, dass ein Richter mit einer Kombination mehrerer ausländischer Rechtsordnungen konfrontiert wird und damit den Rechtsstreit auf einer materiellrechtlichen Basis zu entscheiden hat, die in keinem Staat als solche gilt.

Mit den vorhandenen Mitteln des IPR lässt sich auch das Problem einer möglichen Unbestimmtheit nichtstaatlichen Rechts in den Griff bekommen.¹⁸⁵ Zunächst ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die mangelnde Bestimmtheit bereits in der bisherigen Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit dazu geführt hat, dass etwa die Wahl der *lex mercatoria* ein zu vernachlässigendes Phänomen ist.¹⁸⁶ Sofern die Parteien sich dennoch für ein unbestimmtes Regelwerk entscheiden, ist zu beachten, dass auch staatliches Recht häufig unbestimmt ist. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte halten vielfältige Beispiele bereit, in denen staatliches Recht nicht als übersichtliche Kodifikation vorliegt, sondern aus der Gesamtschau einer Vielzahl zersplitterter Quellen (etwa der *Digesten*) oder in *Case-Law*-Systemen aus Gerichtsentscheidungen gewonnen werden muss. Sollte es zu Fällen kommen, in denen das anwendbare nichtstaatliche Recht für die betreffende Frage keine Regelung enthält und sich eine solche auch nicht im Wege der Auslegung herleiten lässt, liegt ein Fall der Nichtermittelbarkeit fremden Rechts vor, wie er auch sonst vorkommen kann. In diesen Fällen darf das Gericht grundsätzlich die *lex fori* als Ersatzrecht anwenden, um die Lücke zu füllen.¹⁸⁷

Teilweise wird als Mindestanforderung an eine nichtstaatliche Rechtsordnung verlangt, dass diese zumindest diejenigen Fragen regeln müsse, auf welche sich gemäß Art. 12(1) Rom I-VO der Geltungsbereich des gewählten Rechts erstreckt.¹⁸⁸ Dem wird man allenfalls für den Kernbereich zustimmen können. Zwar sollte ein Vertragsrecht grundsätzlich Regelungen über die Auslegung, die Erfüllung, die Folgen der Nichterfüllung und das Erlö-

¹⁸⁵ Die Unbestimmtheit wird häufig als Hindernis für die Wählbarkeit der *lex mercatoria* angesehen, sodass eine Heranziehung der *lex mercatoria* allein im Rahmen einer Entscheidung nach Billigkeit zulässig sei; so z. B. v. Bar / Mankowski, Internationales Privatrecht (Fn. 40) 87; Spickhoff, RabelsZ 56 (1992) 116, 133; siehe auch ders., Die Rechtswahl und ihre Grenzen (Fn. 36) 117, 122.

¹⁸⁶ Siehe insbesondere die Zahlen von Cuniberti, Clunet 143 (2016) 765, 768 ff. (dazu ausführlich oben Fn. 52).

¹⁸⁷ Junker, Internationales Privatrecht (Fn. 86) 232; Kropholler, Internationales Privatrecht (Fn. 1) 215 ff.

¹⁸⁸ In diese Richtung Diedrich, RIW 2009, 378, 380.

schen der Verpflichtung enthalten. Darüber hinaus zählt Art. 12(1) lit. e Rom I-VO aber auch die Folgen der Nichtigkeit eines Vertrags zum Vertragsstatut. Diese und auch viele der anderen genannten Fragen (etwa die selten explizit kodifizierten Auslegungsregelungen) sind jedoch auch ohne Weiteres einer Sonderanknüpfung zugänglich.¹⁸⁹ Die Mindestanforderungen an ein nichtstaatliches Recht ergeben sich daher nicht aus dem Geltungsbereich des Vertragsstatuts, sondern aus den Regeln über die *dépeçage*. Sofern ein nichtstaatliches Regelwerk einen bestimmten, in sich abgrenzbaren Bereich regelt, kann es Gegenstand einer Teilrechtswahl sein.¹⁹⁰ Weitergehende Anforderungen an die Vollständigkeit nichtstaatlichen Rechts stellen demgegenüber Einschränkungen der grundrechtlich geschützten Parteiautonomie dar, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich ist.

c) Mangelnde Qualität oder Ausgewogenheit nichtstaatlichen Rechts

Es bleibt daher allein die Möglichkeit, auf Unterschiede zwischen nichtstaatlichem Recht und staatlichem Recht zu verweisen, um ein Verbot der Wählbarkeit des Ersteren zu rechtfertigen. Dabei kann es auf den Inhalt des nichtstaatlichen Rechts als solchen nicht ankommen, denn im IPR wird auch das staatliche Recht unabhängig von seiner Qualität angewendet.¹⁹¹ Im Übrigen steht zu vermuten, dass die PECL und die PICC dem Vertragsrecht vieler Staaten qualitativ überlegen sind, und auch umfangreiche AGB-Werke zeichnen sich durch eine Sachkenntnis aus, die staatlichen Regelungen häufig fehlt.

Trotzdem gibt es Ansätze, die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts von einer vorherigen Qualitätskontrolle abhängig zu machen. So sieht Art. 3 der Hague Principles¹⁹² vor, dass nur solche Regelwerke wählbar sein sollen, die als „a neutral and balanced set of rules“ gelten können. Eine solche Einschränkung ist problematisch, denn es ist völlig unklar, wer kompetent sein soll, die Entscheidung über die Ausgewogenheit eines Regelwerks zu treffen, und nach welchen Maßstäben.¹⁹³ Die Parteien bedürfen eines solchen Schutzes auch nicht, wenn es um die Wahl nichtstaatlichen Rechts im Bereich der internationalen Handelsverträge geht. Die mangelnde Ausgewogenheit ist nur dann ein Problem, wenn einzelnen Anbietern in einem be-

¹⁸⁹ Siehe allerdings zum Zusammenspiel zwischen Rechtsordnung und Vertrag bei der Auslegung *Giuditta Cordero-Moss*, Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration, RdC 372 (2015) 129, 215 ff.

¹⁹⁰ Zu den Anforderungen an die Selbständigkeit im Rahmen der *dépeçage* siehe *Aubart*, Die Behandlung der *dépeçage* (Fn. 176) 67 ff., 157 f.

¹⁹¹ Siehe z. B. *Junker*, Internationales Privatrecht (Fn. 86) 191 f.

¹⁹² Zu diesen oben Fn. 38.

¹⁹³ Kritisch auch *Michaels*, Non-State Law in the Hague Principles (Fn. 15) 57 ff.

stimmten Bereich eine marktbeherrschende Stellung zukommt, die sie dazu ausnutzen, ihre Leistung ausschließlich unter Geltung eines privaten, stark unausgewogenen Regelwerks anzubieten. In solch einem Fall kann die mangelnde Ausgewogenheit des nichtstaatlichen Regelwerks ausnahmsweise im Rahmen der nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung berücksichtigt werden.¹⁹⁴ Das Kartellrecht kann in Extremfällen auch bei standardisierten Branchen-AGB helfen, wenn die Anbieter den Markt dadurch abschotten, dass sie ihre Leistungen nur bei kollisionsrechtlicher Wahl der unausgewogenen Branchen-AGB anbieten.

Sollte das nichtstaatliche Regelwerk öffentliche Interessen oder die Interessen Dritter gefährden, können diese mittels Eingriffsnormen zur Geltung gebracht werden. Die *ordre public*-Kontrolle verhindert schließlich auch, dass – unabhängig vom sonstigen Inhalt des gewählten Rechts – das konkrete Ergebnis der Rechtsanwendung gegen grundlegende Wertungen, insbesondere gegen die Grundrechte, verstößt. Wenn aber diese Einschränkungen ohnehin gelten, entfällt das Bedürfnis, international tätige Unternehmen in ihrer Rechtswahl zu bevormunden, indem das von ihnen gewählte Recht einer präventiven Qualitätsprüfung nach unklaren Maßstäben unterzogen wird.

V. Zusammenfassung und Fazit

1. „Nichtstaatliches Recht“ ist ein uneindeutiger Begriff, der in vielen unterschiedlichen Zusammenhängen gebraucht wird. Eine Untersuchung zur grundrechtlichen Rechtswahlfreiheit in Bezug auf nichtstaatliches Recht sollte sich einer vorschnell einschränkenden Definition enthalten. Alle beschränkenden Definitionselemente könnten als solche rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe darstellen. Als nichtstaatliches Recht werden daher unabhängig von jeder inhaltlichen Stellungnahme alle Regelwerke bezeichnet, die nicht staatlichen Ursprungs sind.

2. Das geltende einfachrechtliche IPR, insbesondere Art. 3(1) Satz 1 Rom I-VO, erlaubt nach ganz h. M. nur die Wahl staatlicher Rechte. Neuere Entwicklungen wie die Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts haben sich bislang noch nicht im staatlichen oder supranationalen IPR niedergeschlagen. Nichtstaatliches Recht kann aber im Rahmen einer materiellrechtlichen Verweisung oder im Wege einer kollisionsrechtlichen Wahl vor Schiedsgerichten berufen werden.

¹⁹⁴ Vgl. BGH 7.6.2016 – KZR 6/15, NJW 2016, 2266, 2270 ff. (dort zur Überprüfung einer faktisch zwingenden Schiedsvereinbarung im Sportrecht). Allgemein zum Konditionenmissbrauch *Andreas Fuchs / Wernhard Möschel*, in: Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁵, Bd. I (2012) Art. 102 AEUV R.n. 186 ff., Bd. II⁵ (2014) § 19 GWB R.n. 254 ff.

3. Die Beschränkung der kollisionsrechtlichen Rechtswahl vor staatlichen Gerichten muss den Unionsgrundrechten standhalten. Zu diesen zählt als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Primärrechts auch die Privatautonomie. In internationalen Fällen gewährleistet die unionsrechtliche Privatautonomie das Recht, die anwendbare Rechtsordnung frei zu wählen (Parteiautonomie). Einschränkungen dieser Parteiautonomie sind rechtfertigungsbedürftig. Das Verbot der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts stellt einen Eingriff in die Parteiautonomie, nicht aber in sonstige Grundrechte dar.

4. Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts hält dem Unionsgrundrecht der Parteiautonomie nur insoweit stand, als auch eine Wahl ausländischen Rechts versagt oder beschränkt werden kann. Soweit das unionsrechtliche IPR dagegen in internationalen Fällen die freie Rechtswahl zulässt, ist es primärrechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch die Wahl nichtstaatlichen Rechts ermöglicht wird.

5. Ob damit tatsächlich die Büchse der Pandora geöffnet ist bzw. eine „außer Kontrolle“ geratende „Party der Teenager-Tochter“¹⁹⁵ ins Haus steht, wird sich kaum theoretisch klären lassen. Der Hinweis auf die geringe praktische Bedeutung des nichtstaatlichen Rechts¹⁹⁶ ist wohlfeil, solange es keine rechtssichere Möglichkeit gibt, solche Regelwerke im Wege der kollisionsrechtlichen Wahl zu berufen.¹⁹⁷ Wird demgegenüber die Möglichkeit geschaffen, nichtstaatliches Recht zu wählen, kann auch empirisch überprüft werden, ob und gegebenenfalls welche Gefahren davon ausgehen. Solche neuen Erkenntnisse vermögen ohne Weiteres einen Teilausschluss der Rechtswahl speziell für nichtstaatliches Recht zu begründen. Stützt sich der Abwehrkampf dagegen auf reine Vermutungen, liegt der Verdacht nahe, dass hier ein Kartell staatlicher Gewaltmonopolisten seine Definitionsmacht über das wählbare Recht dazu ausnutzt, das eigene „Produkt“ gegen neue Konkurrenten abzuschirmen.

Summary

THE EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHT OF PARTY AUTONOMY AND THE PROHIBITION AGAINST THE CHOICE OF NON-STATE LAW

Choice of law is a cornerstone of European private international law. However, existing secondary law continues to restrict the choice to state law, excluding non-state law regimes like the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles of International Commercial Con-

¹⁹⁵ So *Mankowski*, IHR 2008, 133, 136.

¹⁹⁶ So etwa *Ipsen*, Private Normenordnungen (Fn.19) 65–104. Aktuelle Zahlen zu Schiedsverfahren finden sich bei *Cuniberti*, Clunet 143 (2016) 765, 768ff.

¹⁹⁷ Siehe auch *Boele-Woelki*, RdC 379 (2016) 35, 69f.

tracts or detailed standard-form contracts. This article tests the restriction against the principle of party autonomy, which is shown to be a European fundamental right. Party autonomy encompasses the right to choose non-state law regimes in international cases. Any restriction on the choice of non-state law regimes, therefore, needs to be justified. Where private international law does not impose any restrictions on the choice of law, as is the case in the choice of contract law between commercial parties, there is no apparent justification for excluding the choice of non-state law regimes. Hence, European secondary law has to be interpreted in the light of the fundamental right of party autonomy. This allows commercial parties to choose non-state contract law regimes for their international transactions.