

## 784 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIV. GP

1978 02 08

# Regierungsvorlage

## Bundesgesetz vom XXXXXXXXX über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz)

Der Nationalrat hat beschlossen:

### ABSCHNITT 1

#### ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

##### Grundsatz der stärksten Beziehung

§ 1. (1) Sachverhalte mit Auslandsberührung sind nach der Rechtsordnung zu beurteilen, zu der die stärkste Beziehung besteht.

(2) Die in diesem Bundesgesetz oder anderen Rechtsvorschriften enthaltenen besonderen Regelungen über die anzuwendende Rechtsordnung (Verweisungsnormen) sind als Ausdruck dieses Grundsatzes anzusehen.

##### Ermittlung der für die Anknüpfung maßgebenden Voraussetzungen

§ 2. Die für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sind von Amts wegen festzustellen, soweit nicht nach verfahrensrechtlichen Vorschriften in einem der Rechtswahl zugänglichen Sachgebiet (§§. 19, 35 Abs. 1) tatsächliches Parteivorbringen für wahr zu halten ist.

##### Anwendung fremden Rechtes

§ 3. Ist fremdes Recht maßgebend, so ist es von Amts wegen und wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden.

##### Ermittlung fremden Rechtes

§ 4. (1) Das fremde Recht ist von Amts wegen zu ermitteln. Zulässige Hilfsmittel hierfür sind auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten.

(2) Kann das fremde Recht trotz eingehendem Bemühen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden, so ist das österreichische Recht anzuwenden.

#### Rück- und Weiterverweisung

§ 5. (1) Die Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung umfaßt auch deren Verweisungsnormen.

(2) Verweist die fremde Rechtsordnung zurück, so sind die österreichischen Sachnormen (Rechtsnormen mit Ausnahme der Verweisungsnormen) anzuwenden; im Fall der Weiterverweisung sind unter Beachtung weiterer Verweisungen die Sachnormen der Rechtsordnung maßgebend, die ihrerseits nicht mehr verweist bzw. auf die erstmals zurückverwiesen wird.

(3) Besteht eine fremde Rechtsordnung aus mehreren Teilrechtsordnungen, so ist die Teilrechtsordnung anzuwenden, auf die die in der fremden Rechtsordnung bestehenden Regeln verweisen. Mangels solcher Regeln ist die Teilrechtsordnung maßgebend, zu der die stärkste Beziehung besteht.

#### Vorbehaltsklausel

§ 6. Eine Bestimmung des fremden Rechtes ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist. An ihrer Stelle ist erforderlichenfalls die entsprechende Bestimmung des österreichischen Rechtes anzuwenden.

#### Statutenwechsel

§ 7. Die nachträgliche Änderung der für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden Voraussetzungen hat auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluß.

#### Form

§ 8. Die Form einer Rechtshandlung ist nach demselben Recht zu beurteilen wie die Rechtshandlung selbst; es genügt jedoch die Einhaltung der Formvorschriften des Staates, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird.

**Personalstatut einer natürlichen Person**

**§ 9.** (1) Das Personalstatut einer natürlichen Person ist das Recht des Staates, dem die Person angehört. Hat eine Person neben einer fremden Staatsangehörigkeit auch die österreichische, so ist diese maßgebend. Für andere Mehrstaater ist die Staatsangehörigkeit des Staates maßgebend, zu dem die stärkste Beziehung besteht.

(2) Ist eine Person staatenlos oder kann ihre Staatsangehörigkeit nicht geklärt werden, so ist ihr Personalstatut das Recht des Staates, in dem sie den gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(3) Das Personalstatut einer Person, die Flüchtling im Sinn der für Österreich geltenden internationalen Übereinkommen ist oder deren Beziehungen zu ihrem Heimatstaat aus vergleichbar schwerwiegenden Gründen abgebrochen sind, ist das Recht des Staates, in dem sie ihren Wohnsitz, mangels eines solchen ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; eine Verweisung dieses Rechtes auf das Recht des Heimatstaates (§ 5) ist unbedeutlich.

**Personalstatut einer juristischen Person**

**§ 10.** Das Personalstatut einer juristischen Person oder einer sonstigen Personen- oder Vermögensverbindung, die Träger von Rechten und Pflichten sein kann, ist das Recht des Staates, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat.

**Rechtswahl**

**§ 11.** (1) Eine Rechtswahl der Parteien (§§ 19, 35 Abs. 1) bezieht sich im Zweifel nicht auf die Verweisungsnormen der gewählten Rechtsordnung.

(2) Eine in einem anhängigen Verfahren bloß schlüssig getroffene Rechtswahl ist unbedeutlich.

(3) Die Rechtsstellung Dritter wird durch eine nachträgliche Rechtswahl nicht beeinträchtigt.

**ABSCHNITT 2****PERSONENRECHT****Rechts- und Handlungsfähigkeit**

**§ 12.** Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person sind nach deren Personalstatut zu beurteilen.

**Name**

**§ 13.** (1) Die Führung des Namens einer Person ist nach deren jeweiligem Personalstatut zu beurteilen, auf welchem Grund auch immer der Namenserwerb beruht.

(2) Der Schutz des Namens ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Verletzungshandlung gesetzt wird.

**Todeserklärung und Beweisführung des Todes**

**§ 14.** Die Voraussetzungen, die Wirkungen und die Aufhebung einer Todeserklärung oder einer Beweisführung des Todes sind nach dem letzten bekannten Personalstatut des Verschollenen zu beurteilen.

**Entmündigung**

**§ 15.** Die Voraussetzungen, die Wirkungen und die Aufhebung einer Entmündigung sind nach dem Personalstatut des Betroffenen zu beurteilen; kommt ein Entmündigungsgrund in Betracht, den zwar das österreichische Recht, nicht aber das Personalstatut des Betroffenen kennt, so ist österreichisches Recht maßgebend.

**ABSCHNITT 3****FAMILIENRECHT****A. EHRECHT****Form der Eheschließung**

**§ 16.** (1) Die Form einer Eheschließung im Inland ist nach den inländischen Formvorschriften zu beurteilen.

(2) Die Form einer Eheschließung im Ausland ist nach dem Personalstatut jedes der Verlobten zu beurteilen; es genügt jedoch die Einhaltung der Formvorschriften des Ortes der Eheschließung.

**Voraussetzungen der Eheschließung**

**§ 17.** (1) Die Voraussetzungen der Eheschließung sowie die der Ehenichtigkeit und der Aufhebung sind für jeden der Verlobten nach seinem Personalstatut zu beurteilen.

(2) Ist durch eine für den österreichischen Rechtsbereich wirksame Entscheidung eine Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben, geschieden oder als nicht bestehend festgestellt worden, so darf nicht allein deshalb eine neue Eheschließung untersagt oder eine neue Ehe für nichtig erklärt werden, weil die Entscheidung nach dem Personalstatut eines oder beider Verlobten bzw. Ehegatten nicht anerkannt wird. Dies gilt sinngemäß im Fall der Todeserklärung oder der Beweisführung des Todes.

**Persönliche Rechtswirkungen der Ehe**

**§ 18.** (1) Die persönlichen Rechtswirkungen einer Ehe sind zu beurteilen

1. nach dem gemeinsamen, mangels eines solchen nach dem letzten gemeinsamen Personalstatut der Ehegatten, sofern es einer von ihnen beibehalten hat,

2. sonst nach dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, mangels eines solchen nach dem Recht

des Staates, in dem beide ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben, sofern ihn einer von ihnen beibehalten hat.

(2) Ist eine Ehe nicht für den Bereich des im Abs. 1 bezeichneten Rechtes, wohl aber für den österreichischen Rechtsbereich zustande gekommen, so sind die persönlichen Rechtswirkungen nach österreichischem Recht zu beurteilen. Haben jedoch die Eheleute eine stärkere Beziehung zu einem dritten Staat, nach dessen Recht die Ehe ebenfalls Wirkungen entfaltet, so ist statt des österreichischen Rechtes das Recht dieses Staates maßgebend.

### Ehegüterrecht

**§ 19.** Das Ehegüterrecht ist nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich bestimmen, mangels einer solchen Rechtswahl nach dem zur Zeit der Eheschließung für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebenden Recht.

### Ehescheidung

**§ 20.** (1) Die Voraussetzungen und die Wirkungen der Scheidung einer Ehe sind nach dem für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebenden Recht zur Zeit der Ehescheidung zu beurteilen.

(2) Kann nach diesem Recht die Ehe auf Grund der geltend gemachten Tatsachen nicht geschieden werden oder liegt keiner der Anknüpfungspunkte des § 18 vor, so ist die Scheidung nach dem Personalstatut des klagenden Ehegatten zur Zeit der Ehescheidung zu beurteilen.

## B. KINDSCHAFTSRECHT

### Eheliche Abstammung

**§ 21.** Die Voraussetzungen der Ehelichkeit eines Kindes und deren Bestreitung sind nach dem Personalstatut zu beurteilen, das die Ehegatten im Zeitpunkt der Geburt des Kindes oder, wenn die Ehe vorher aufgelöst worden ist, im Zeitpunkt der Auflösung gehabt haben. Bei verschiedenem Personalstatut der Ehegatten ist dasjenige Personalstatut maßgebend, das für die Ehelichkeit des Kindes günstiger ist.

### Legitimation

**§ 22.** Die Voraussetzungen der Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe sind nach dem Personalstatut der Eltern zu beurteilen. Bei verschiedenem Personalstatut der Eltern ist dasjenige Personalstatut maßgebend, das für die Legitimation des Kindes günstiger ist.

**§ 23.** Die Voraussetzungen der Legitimation eines unehelichen Kindes durch Ehelicherklärung

sind nach dem Personalstatut des Vaters zu beurteilen; wird die Ehelicherklärung erst nach dem Tod des Vaters beantragt, so nach dem Personalstatut des Vaters im Zeitpunkt seines Todes. Ist nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, erforderlich, so ist insoweit auch dieses Recht maßgebend.

### Wirkungen der Ehelichkeit und der Legitimation

**§ 24.** Die Wirkungen der Ehelichkeit und der Legitimation eines Kindes sind nach dessen Personalstatut zu beurteilen.

### Uneheliche Abstammung und deren Wirkungen

**§ 25.** (1) Die Voraussetzungen der Feststellung und der Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind sind nach dessen Personalstatut im Zeitpunkt der Geburt zu beurteilen. Sie sind jedoch nach einem späteren Personalstatut des Kindes zu beurteilen, wenn die Feststellung bzw. Anerkennung nach diesem, nicht aber nach dem Personalstatut im Zeitpunkt der Geburt zulässig ist. Das Recht, nach dem die Vaterschaft festgestellt oder anerkannt worden ist, ist auch für deren Bestreitung maßgebend.

(2) Die Wirkungen der Unehelichkeit eines Kindes sind nach dessen Personalstatut zu beurteilen.

(3) Die mit der Schwangerschaft und der Entbindung zusammenhängenden Ansprüche der Mutter gegen den Vater des unehelichen Kindes sind nach dem Personalstatut der Mutter zu beurteilen.

### Annahme an Kindesstatt

**§ 26.** (1) Die Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt und der Beendigung der Wahlkindschaft sind nach dem Personalstatut jedes Annehmenden zu beurteilen. Ist nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, erforderlich, so ist insoweit auch dieses Recht maßgebend.

(2) Die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt sind nach dem Personalstatut des Annehmenden, bei Annahme durch Ehegatten nach dem für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebenden Recht, nach dem Tod eines Ehegatten nach dem Personalstatut des anderen Ehegatten zu beurteilen.

## C. VORMUNDSCHAFTS- UND PFLEGSCHAFTSRECHT

**§ 27.** (1) Die Voraussetzungen für die Anordnung und die Beendigung einer Vormund-

schaft oder Pflegschaft sowie deren Wirkungen sind nach dem Personalstatut des Pflegebefohlenen zu beurteilen.

(2) Die sonstigen mit der Vormundschaft oder Pflegschaft verbundenen Fragen, soweit sie die Führung an sich betreffen, sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, dessen Behörden die Vormundschaft oder Pflegschaft führen.

#### ABSCHNITT 4

##### ERBRECHT

###### Rechtsnachfolge von Todes wegen

**§ 28.** (1) Die Rechtsnachfolge von Todes wegen ist nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes zu beurteilen.

(2) Wird eine Verlassenschaftsabhandlung in Österreich durchgeführt, so sind der Erbschaftserwerb und die Haftung für Nachlaßschulden nach österreichischem Recht zu beurteilen.

**§ 29.** Ist der Nachlaß nach dem im § 28 Abs. 1 bezeichneten Recht erblos oder würde er einer Gebietskörperschaft als gesetzlichem Erben zu kommen, so tritt an die Stelle dieses Rechtes das Recht jeweils des Staates, in dem sich Vermögen des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes befindet.

###### Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen

**§ 30.** (1) Die Testierfähigkeit und die sonstigen Erfordernisse für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, eines Erbvertrags oder eines Erbverzichtsvertrags sind nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtshandlung zu beurteilen. Wäre danach die Gültigkeit nicht gegeben, wohl aber nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, so gilt dieses.

(2) Für den Widerruf bzw. die Aufhebung dieser Rechtshandlungen gilt der Abs. 1 sinngemäß.

#### ABSCHNITT 5

##### SACHENRECHT

###### Allgemeine Regel

**§ 31.** (1) Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden.

(2) Die rechtliche Gattung der Sachen und der Inhalt der im Abs. 1 genannten Rechte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen befinden.

###### Verhältnis zu anderen Verweisungsnormen

**§ 32.** Für dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache ist der § 31 auch dann maßgebend, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen.

###### Verkehrsmittel

**§ 33.** (1) Dingliche Rechte an den in einem Register eingetragenen Wasser- und Luftfahrzeugen sind, vorbehaltlich des Abs. 2, nach dem Recht des Registerstaates zu beurteilen; für Eisenbahnfahrzeuge ist das Recht des Staates maßgebend, in dem das Eisenbahnunternehmen, in dessen Betrieb die Fahrzeuge eingesetzt sind, den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat.

(2) Für gesetzliche oder zwangswise begründete Pfandrechte oder gesetzliche Zurückbehaltungsrechte zur Sicherung von Ansprüchen auf Ersatz der durch das Fahrzeug verursachten Schäden oder der Aufwendungen für dieses gilt der § 31.

#### ABSCHNITT 6

##### IMMATERIALGÜTERRECHTE

**§ 34.** (1) Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützungs- oder Verletzungshandlung gesetzt wird.

(2) Für Immaterialgüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, ist für das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (§ 44) maßgebend.

#### ABSCHNITT 7

##### SCHULDRECHT

###### Allgemeine Regeln

**§ 35.** (1) Schuldverhältnisse sind nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig bestimmen (§ 11); einer schlüssigen Bestimmung steht gleich, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung als maßgebend angenommen haben.

(2) Soweit eine Rechtswahl nicht getroffen oder nach diesem Bundesgesetz unbeachtlich ist, sind die §§ 36 bis 49 maßgebend.

**§ 36.** Gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet, sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die andere Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Schließt diese Partei den Vertrag als Unternehmer, so ist statt des

## 784 der Beilagen

5

gewöhnlichen Aufenthalts die Niederlassung maßgebend, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wird.

**§ 37.** Einseitig verpflichtende Verträge und schuldbegründende einseitige Rechtsgeschäfte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt (seine Niederlassung, § 36 zweiter Satz) hat.

#### Bankgeschäfte und Versicherungsverträge

**§ 38.** (1) Bankgeschäfte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das Kreditunternehmen seine Niederlassung (§ 36 zweiter Satz) hat; bei Bankgeschäften zwischen Kreditunternehmen ist die Niederlassung des beauftragten Kreditunternehmens maßgebend.

(2) Versicherungsverträge sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der Versicherer seine Niederlassung (§ 36 zweiter Satz) hat.

#### Börsegeschäfte und ähnliche Verträge

**§ 39.** Börsegeschäfte und Verträge, die auf Märkten und Messen geschlossen werden, sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Börse oder der Markt befindet bzw. die Messe stattfindet.

#### Verkäufe durch Versteigerung

**§ 40.** Verkäufe durch Versteigerung sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Versteigerung stattfindet.

#### Verbraucherverträge

**§ 41.** (1) Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, sind nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfallenen, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hiefür verwendeten Personen zustande gekommen sind.

(2) Soweit es sich um die zwingenden Bestimmungen dieses Rechtes handelt, ist eine Rechtswahl zum Nachteil des Verbrauchers unbeachtlich.

#### Verträge über die Benützung unbeweglicher Sachen

**§ 42.** (1) Verträge über die Benützung unbeweglicher Sachen oder Überbauten sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sache befindet.

(2) Soweit es sich um die zwingenden bestandrechtlichen Bestimmungen dieses Rechtes handelt,

ist eine Rechtswahl zum Nachteil des Bestandnehmers unbeachtlich.

#### Verträge über Immaterialgüterrechte

**§ 43.** (1) Verträge über Immaterialgüterrechte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, für den das Immaterialgüterrecht übertragen oder eingeräumt wird. Bezieht sich der Vertrag auf mehrere Staaten, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Erwerber (Lizenzinehmer) seinen gewöhnlichen Aufenthalt (seine Niederlassung, § 36 zweiter Satz) hat.

(2) Für Verträge über Immaterialgüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, ist die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (§ 44) maßgebend.

#### Arbeitsverträge

**§ 44.** (1) Arbeitsverträge sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet. Dieses Recht bleibt auch maßgebend, wenn der Arbeitnehmer an einen Arbeitsort in einem anderen Staat entsandt wird.

(2) Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehr als einem Staat oder hat er keinen gewöhnlichen Arbeitsort, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Arbeitgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt (seine Niederlassung, § 36 zweiter Satz) hat.

(3) Eine Rechtswahl ist nur beachtlich, wenn sie ausdrücklich getroffen worden ist. Soweit es sich jedoch um die zwingenden Bestimmungen der in den Abs. 1 und 2 genannten Rechte handelt, ist auch eine ausdrückliche Rechtswahl unbeachtlich, sofern sie zum Nachteil des Arbeitnehmers getroffen worden ist.

#### Abhängige Rechtsgeschäfte

**§ 45.** Ein Rechtsgeschäft, dessen Wirkungen begrifflich von einer bestehenden Verbindlichkeit abhängen, ist nach den Sachnormen des Staates zu beurteilen, dessen Sachnormen für die Verbindlichkeit maßgebend sind. Das gilt besonders für Rechtsgeschäfte, die die Sicherung oder Umänderung einer Verbindlichkeit zum Gegenstand haben. Der § 38 Abs. 1 bleibt unberührt.

#### Bereicherung

**§ 46.** Bereicherungsansprüche sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Bereicherung eingetreten ist. Beruht die Bereicherung jedoch auf einer Leistung, die auf der Grundlage eines Rechtsverhältnisses erbracht worden ist, so sind die Sachnormen des Staates maßgebend, dessen Sachnormen auf das Rechts-

verhältnis anzuwenden sind; dies gilt sinngemäß für den Anspruch auf Ersatz eines Aufwandes, den ein anderer hätte machen müssen.

#### Geschäftsführung ohne Auftrag

**§ 47.** Eine Geschäftsführung ohne Auftrag ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sie besorgt worden ist; steht sie jedoch mit einem anderen Rechtsverhältnis in innerem Zusammenhang, so gilt der § 45 sinngemäß.

#### Außervertragliche Schadenersatzansprüche

**§ 48.** (1) Außervertragliche Schadenersatzansprüche sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das den Schaden verursachende Verhalten gesetzt worden ist. Besteht jedoch für die Beteiligten eine stärkere Beziehung zum Recht ein und desselben anderen Staates, so ist dieses Recht maßgebend.

(2) Schadenersatz- und andere Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt.

#### Gewillkürte Stellvertretung

**§ 49.** (1) Die Voraussetzungen und die Wirkungen der gewillkürten Stellvertretung im Verhältnis des Geschäftsherrn und des Stellvertreters zum Dritten sind nach dem Recht zu beurteilen, das der Geschäftsherr in einer für den Dritten erkennbaren Weise bestimmt hat.

(2) Ist das anzuwendende Recht nicht bestimmt worden, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn tätig werden soll; ist der Stellvertreter für mehrere Geschäfte bestellt worden, so nach dem Recht des Staates, in dem er nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn regelmäßig tätig werden soll.

(3) Versagt auch die im Abs. 2 vorgesehene Anknüpfung, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter tätig wird.

### ABSCHNITT 8

#### SCHLUSSBESTIMMUNGEN

**§ 50.** Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 1979 in Kraft.

**§ 51.** (1) Mit dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes verlieren alle Bestimmungen, die in diesem Bundesgesetz geregelte Gegenstände betreffen,

fen, vorbehaltlich der §§ 52 und 53, ihre Wirksamkeit. Dazu gehören besonders

1. der Buchstabe a des Patentes vom 16. September 1785, JGS 468,
2. die §§ 4, 34 bis 37 und 300 ABGB,
3. der § 22 zweiter Satz des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz),
4. der § 271 Abs. 2 ZPO, soweit er die Ermittlung fremden Rechtes betrifft,
5. der § 14 der Entmündigungsordnung,
6. der § 49 des Schauspielergesetzes,
7. der § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. November 1940 über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken,
8. die §§ 6 bis 13 und 15 bis 18 der 4. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz,
9. der § 12 des Todeserklärungsgesetzes 1950.

(2) Gleichzeitig entfallen

1. im § 23 Abs. 3 erster Satz Außerstreitgesetz die Worte „nach inländischen Gesetzen“,
2. im § 24 Abs. 1 Außerstreitgesetz die Worte „nach den österreichischen Gesetzen“,
3. im § 25 Außerstreitgesetz die Worte „und nach österreichischen Gesetzen“,
4. im § 140 Abs. 1 zweiter Satz Außerstreitgesetz die Worte „nach den hierländigen Gesetzen“.

**§ 52.** Durch dieses Bundesgesetz bleiben folgende Rechtsvorschriften unberührt:

1. die §§ 94 bis 100 des Urheberrechtsgesetzes,
2. die §§ 91 bis 98 des Wechselgesetzes 1955,
3. die §§ 60 bis 66 des Scheckgesetzes 1955,
4. das Bundesgesetz vom 30. Oktober 1958 über die Anwendung des österreichischen Rechtes im Sinn des Art. 2 des Übereinkommens vom 24. Oktober 1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anwendbare Recht,
5. der § 4 und der § 5 Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 des Kartellgesetzes,
6. der § 34 des Schiffahrtsanlagengesetzes.

**§ 53.** Bestimmungen zwischenstaatlicher Vereinbarungen werden durch dieses Bundesgesetz nicht berührt.

**§ 54.** Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

## Erläuterungen

### A. ALLGEMEINES

#### I. Notwendigkeit der Reform

Eines der Kennzeichen der Welt von heute ist die zunehmende wirtschaftliche, kulturelle und politische Verflechtung der Staaten und ihrer Bürger. Zur rechtlichen Beurteilung liegen daher immer häufiger Sachverhalte vor, die nicht in einer Rechtsordnung allein eingebettet sind, sondern Beziehungen zu mehreren Staaten aufweisen.

Diese Entwicklung hat zur Folge, daß das internationale Privatrecht — dessen Aufgabe es ist, für den Bereich des Zivilrechts Antwort zu geben auf die Frage, welche Rechtsordnung auf Fälle mit Auslandsberührungen anzuwenden ist — im heutigen Rechtsleben sehr an Bedeutung gewonnen hat. Um so häufiger und fühlbarer wird damit aber auch der Nachteil empfunden, daß das geltende österreichische Recht für diese Aufgabe nur äußerst ungenügend gerüstet ist.

Daß die gegenwärtige Lage auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts in Österreich unbefriedigend ist, hat mehrere Gründe. Der hauptsächliche Mangel besteht in der Lückenhaftigkeit der vorhandenen gesetzlichen Regelungen. Dazu kommt, daß die einzelnen Bruchstücke dieser Regelungen aus verschiedenen Zeitepochen stammen und dadurch oft ganz unterschiedliche geistige Grundlagen haben. Ein kurzes Bild mag diese Rechtszersplitterung veranschaulichen:

Die wenigen im ABGB enthaltenen Bestimmungen beruhen noch auf der Statutenlehre der Postglossatoren und betreffen nur die Rechts- und Handlungsfähigkeit (§§ 4 und 34), das Schuldvertragsrecht (§§ 35 bis 37) und das Sachenrecht (§ 300 ABGB; es ist dabei bemerkenswert, daß der auf die beweglichen Sachen bezügliche zweite Teil dieser Bestimmung von den Gerichten niemals angewendet worden ist). Diese Regelungen sind noch von dem Gedanken beherrscht, daß das internationale Privatrecht dazu dient, den Geltungsbereich der nationalen Gesetze in räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Die Erkenntnis, daß das internationale Privatrecht ein

Normensystem ist, das nicht die territoriale Abgrenzung von Sachnormen zum Inhalt hat, sondern daß es seine Aufgabe ist, die auf Rechtsverhältnisse mit Auslandsbeziehungen anzuwendende Rechtsordnung zu bestimmen, war damals noch nicht durchgedrungen.

Auf der gleichen Erkenntnisstufe steht noch das Außerstreitgesetz aus dem Jahr 1854, das in erster Linie die Grenzen der inländischen Abhandlungsgerichtsbarkeit absteckt und für diesen Bereich gleichzeitig auch die Anwendung des inländischen materiellen Rechtes anordnet (§§ 21 bis 25 und 140 AußStrG). Ebenso verhält es sich z. B. bei der Entmündigungsordnung aus dem Jahr 1916 (§ 14).

Die Statutenlehre ist im Lauf des 19. Jahrhunderts überwunden worden, neue Erkenntnisse, besonders diejenigen Savignys, haben in Deutschland im EGBGB ihren Niederschlag gefunden. Diese Entwicklung hat auch für Österreich große Bedeutung erhalten, denn durch die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 25. Oktober 1941, RGBl. I S. 654, sind die das Familienrecht betreffenden Verweisungsnormen des EGBGB (mit Ausnahme der auf das Eheguterrecht bezüglichen) samt dessen in den allgemeinen Teil des internationalen Privatrechts reichenden Bestimmungen (Rückverweisung, Verhältnis von Gesamt- und Einzelstatut, Rechtsstellung der Staatenlosen und Vorbehaltsskause) mit nur geringfügigen Änderungen in Österreich eingeführt worden. Sie stehen derzeit nach § 2 Rechts-Überleitungsgesetz, StGBI. Nr. 6/1945, als österreichische Rechtsvorschriften in vorläufiger Geltung.

Neben den erwähnten Verweisungsnormen finden sich noch einige andere verstreut in verschiedenen Rechtsvorschriften, so der § 12 des Todeserklärungsgesetzes 1950, die §§ 91 bis 98 des Wechselgesetzes 1955, die §§ 60 bis 66 des Scheckgesetzes 1955, die §§ 4 und 5 Abs. 1 Z. 2 des Kartellgesetzes, die §§ 94 bis 100 des Urheberrechtsgesetzes, der § 49 des Schauspielergesetzes, der § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. November 1940, RGBl. I S. 1499, über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken u. a.

Die seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs auf allen Gebieten vor sich gehende Ausweitung des internationalen Verkehrs hat jedoch deutlich gemacht, daß die derzeit bestehenden gesetzlichen Grundlagen für die Rechtsprechung zu einer nunmehr völlig unzureichenden Stütze geworden sind und daher einer umfassenden Neuregelung bedürfen. Daran ändert auch nichts, daß manche Stimmen in gesetzlich verankerten Verweisungsnormen nur einen „Hemmschuh einer lebensnahen Rechtsprechung“ erblicken (vgl. W a h l e, OJZ 1957, 615; K ö h l e r, IPR<sup>s</sup> [1966] 3). Die Kodifikation des internationalen Privatrechts ist nicht nur ein Anliegen der Lehre (vgl. u. a. S c h w i n d, ZfRV 1971, 177; M ä n h a r d t, ZfRV 1972, 257 ff.; S c h w i n d, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts [1975] 20), sondern auch und vor allem der Praxis. So hat z. B. der OGH in einigen seiner Entscheidungen zu erkennen gegeben, daß er auf dem Gebiet des internationalen außer-vertraglichen Schadenersatzrechts — das derzeit gesetzlich nicht geregelt ist — die vom überwiegenden Teil des österreichischen Schrifttums geforderte Auflockerung der starren Anknüpfung an den Deliktsort im Grund befürwortete, diesen Schritt zur Fortbildung des Deliktsstatuts jedoch nicht aus eigenem unternehmen könne, sondern ihn vom Gesetzgeber erwarte (12. 2. 1974 ZVR 1974, 332; 2. 4. 1974 ZVR 1974, 333 u. a.).

Auch in anderen Staaten hat die nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs einsetzende Ausweitung des internationalen Verkehrs zu verstärkten gesetzgeberischen Bemühungen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts geführt. Neue IPR-Gesetze sind z. B. in Albanien, der Deutschen Demokratischen Republik, in Polen, Portugal, Spanien und der Tschechoslowakei erlassen worden; in zahlreichen anderen Staaten liegen Entwürfe bereits vor oder gehen der Fertigstellung entgegen (Benelux-Staaten, Brasilien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Jugoslawien, Schweiz, Ungarn, Venezuela usw.). Allen diesen Arbeiten ist die Überzeugung gemeinsam, daß wegen der großen praktischen Bedeutung, die das Kollisionsrecht im heutigen Rechtsleben einnimmt, nicht abgewartet werden kann, bis Wissenschaft und Rechtsprechung auf diesem so schwierigen Gebiet zu abschließenden Ergebnissen kommen, sofern solche überhaupt zu erwarten sind.

## II. Bisherige Kodifikationsbemühungen und Entstehung des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Die Bemühungen zu einer umfassenden Neugestaltung des österreichischen internationalen Privatrechts reichen weit zurück. Erstmals ist der Ruf nach einer Kodifikation anlässlich der Hundertjahrfeier des ABGB laut geworden. Auf Antrag der Kommission für Justizgegenstände

hat das Herrenhaus sodann am 19. Dezember 1912 eine Resolution angenommen, mit der die Regierung aufgefordert wird, „die Vorlage eines besonderen Gesetzes über das internationale Privatrecht möglichst zu beschleunigen“ (Sten. Prot. des Herrenhauses, 22. Sitzung der 21. Session, S. 451 und 477). Im Justizministerium ist daraufhin eine Kommission eingesetzt worden, die in zwei Lesungen den „Entwurf eines Gesetzes über internationales Privatrecht“ ausgearbeitet hat; den Beratungen hat ein Referentenentwurf W a l k e r s zugrunde gelegen, der seinerseits auf Vorarbeiten S c h u h m a c h e r s und L u t t e r o t t i s aufbauen konnte (vgl. M a t s c h e r, Die Geschichte des österreichischen internationalen Privatrechts seit der Kodifikation des ABGB, JBl. 1961, 53). Am 20. März 1914 ist der Entwurf dem Begutachtungsverfahren zugeleitet worden, zu einer formellen Regierungsvorlage und deren Zuleitung an das Parlament ist es wegen des Ausbruchs des Ersten Weltkriegs jedoch nicht mehr gekommen. Auch in der Ersten Republik ist die Sache nicht mehr aufgegriffen worden, jedoch hat der Entwurf — der in diesen Erläuterungen künftig als „österreichischer Entwurf 1914“ bezeichnet wird — zahlreiche Kodifikationen des internationalen Privatrechts außerhalb Österreichs nachhaltig beeinflußt (vgl. M a t s c h e r, JBl. 1961, 62; abgedruckt wurde der Entwurf in deutscher und französischer Sprache im Werk von M a k a r o v, Quellen des IPR I<sup>2</sup> [1953]). Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang auch der (zwar nicht ausdrücklich auf österreichisches Recht abgestellte) Entwurf eines IPR-Gesetzes von Ernst F r a n k e n s t e i n, ehemals österreichischer Botschafter im Vereinigten Königreich (veröffentlicht in Bibliotheca Visseriana, tome XVI, Leiden 1950).

Nach dem Zweiten Weltkrieg hat das Bundesministerium für Justiz aus den eingangs geschilderten Gründen den Gedanken einer Kodifizierung des internationalen Privatrechts wieder aufgenommen. Zunächst wurden eigene Vorarbeiten geleistet und im Jahr 1956 sodann Univ.-Prof. Dr. S c h w i n d mit der Ausarbeitung eines Entwurfs eines Bundesgesetzes über das internationale Privat- und Verfahrensrecht betraut. Dieser Entwurf (in den Erläuterungen künftig als S c h w i n d-Entwurf bezeichnet) ist zu Beginn des Jahres 1971 vorgelegt worden (er ist veröffentlicht in der ZfRV 1971, 162).

Zur Vorbereitung der weiteren Behandlung ist im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz von Sektionschef i. R. Dr. Viktor H o y e r ein in die Form eines Parallelentwurfs gekleidetes Gutachten ausgearbeitet und zu Beginn des Jahres 1972 vorgelegt worden (in den Erläuterungen künftig als H o y e r-Entwurf bezeichnet). Für die das immaterielle Güterrecht betreffenden Verweisungsnormen hat Univ.-Prof. Dr. S c h ö n h e r einen Entwurf vorgelegt.

## 784 der Beilagen

9

Zu Beginn des Jahres 1972 ist sodann von Bundesminister für Justiz Dr. Broda eine Kommission eingesetzt worden mit dem Auftrag, auf der Grundlage der erwähnten Entwürfe den Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privat- und Verfahrensrecht auszuarbeiten. Der Kommission haben angehört: Sektionschef Dr. Edlbacher (Vorsitzender), Univ.-Prof. Dr. Schwind, Sektionschef i. R. Dr. Hoyer, Ministerialrat Dr. Sedlacek, Ministerialrat Dr. Duscheck (Berichterstatter), Univ.-Prof. Dr. Hans Hoyer, Univ.-Ass. Dr. Reichenbacher, Univ.-Ass. Dr. Zemann; weiter haben an den Beratungen teilgenommen Ministerialrat Hon.-Prof. Dr. Loewe (während eines Teiles der ersten Lesung) sowie — bei den Beratungen über das internationale Immateriagüterrecht — Univ.-Prof. Dr. Schönher und Ministerialrat Hon.-Prof. DDr. Dittrich. Als Schriftführer ist überwiegend Ministeralsekretär Dr. Schütz beigezogen worden.

Der von der Kommission in zahlreichen Sitzungen erarbeitete Gesetzesentwurf ist in zweiter Lesung am 23. Juni 1975 fertiggestellt worden. Nach Ausarbeitung der Erläuterungen wurde er am 26. Jänner 1976 dem Begutachtungsverfahren zugeleitet. Der Entwurf ist dabei auf großes Interesse gestoßen, zahlreiche Stellen haben — zum Teil umfangreiche — Stellungnahmen abgegeben. Persönliche Stellungnahmen sind eingelangt von den Univ.-Prof. Beitzke (Bonn), Bydlinski — Koziol (Wien), Neuhauß (Hamburg) — der auch schon vorher zum Schwind-Entwurf Stellung genommen hatte (ZfRV 1972, 81) —, Schönher (Wien) und Schwimann (Salzburg) — dessen Bemerkungen zu den allgemeinen Bestimmungen mit geringfügigen Änderungen in JBl. 1978, 1 veröffentlicht sind — sowie von Univ.-Doz. Mähnhardt. Die Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens haben eine Neufassung erforderlich gemacht, die von Ministerialrat Dr. Duscheck redigiert wurde. Auf einer Sitzung im Herbst 1977 sind sodann unter dem Vorsitz des Sektionsleiters Ministerialrat Hon.-Prof. Dr. Loewe und der Teilnahme von Univ.-Prof. Dr. Schwind, Sektionschef i. R. Dr. Hoyer, Sektionschef i. R. Dr. Edlbacher und Ministerialrat Dr. Duscheck die noch offenen Probleme erörtert und die der Regierungsvorlage zugrunde liegende Entwurfsfassung festgelegt worden.

### III. Hauptgesichtspunkte des Gesetzesentwurfs

Von den das entworfene Bundesgesetz tragenden Grundgedanken, die vielfach auch diejenigen des Schwind-Entwurfs sind, seien besonders hervorgehoben:

Grundsatz der stärksten Beziehung als methodischer Ausgangspunkt und Leitlinie des ge-

samten Entwurfs (s. dazu näher die Ausführungen zum § 1);

Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau auch auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts (s. dazu besonders die Verweisungsnormen betreffend die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe [§ 18], das Eheguterrecht [§ 19], die Ehescheidung [§ 20], die eheliche Abstammung und die Legitimation [§ 21, 22] sowie die Wirkungen der Ehelichkeit und der Legitimation [§ 24]);

Berücksichtigung gerechtfertigter Interessen von sozial Schutzbedürftigen auch auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts (vgl. die einer Begründigung der Ehelichkeit und der Legitimation dienenden Alternativanknüpfungen in den §§ 21 zweiter Satz und § 22 zweiter Satz, die der Feststellung und Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind dienende subsidiäre Anknüpfung im § 25 Abs. 1 zweiter Satz, die Verweisungsnorm für Verbraucherverträge [§ 41], die Beschränkung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei Verbaucherverträgen [§ 41 Abs. 2], bei Verträgen über die Benützung unbeweglicher Sachen [§ 42 Abs. 2] sowie im Bereich des internationalen Arbeitsvertragsrechts [§ 44 Abs. 3] usw.);

Verwirklichung des Gedankens, daß das auf Grund einer Verweisungsnorm zur Anwendung berufene fremde Recht möglichst so angewendet werden soll, wie es im konkreten Fall in seinem Ursprungsland angewendet würde (vgl. den § 3 und die im § 5 festgelegte Maßgeblichkeit von Rück- und Weiterverweisung);

Verwirklichung des Gedankens, daß inhaltlich zusammenhängende Angelegenheiten möglichst derselben Rechtsordnung unterstellt werden sollen (vgl. z. B. die Verweisungsnorm betreffend die abhängigen Rechtsgeschäfte [§ 45], betreffend die Leistungskonditionen [§ 46 zweiter Satz] u. a.);

allseitige Formulierung der Verweisungsnormen; es wird also nicht nur gesagt (wie in den meisten Verweisungsnormen der 4. DVOEheG), wann inländisches Recht anzuwenden ist, sondern auch, wann fremdes und welches fremde Recht berufen ist.

Gegliedert ist das entworfene Bundesgesetz in acht Abschnitte: Allgemeine Bestimmungen (§§ 1 bis 11), Personenrecht (§§ 12 bis 15), Familienrecht (umfassend die Unterabschnitte Eherecht [§§ 16 bis 20], Kindschaftsrecht [§§ 21 bis 26] sowie Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht [§ 27]), Erbrecht (§§ 28 bis 30), Sachenrecht (§§ 31 bis 33), Immateriagüterrecht (§ 34), Schuldrecht (§§ 35 bis 49) und Schlußbestimmungen (§§ 50 bis 54).

Bezüglich der Einzelheiten wird auf die nachfolgenden Ausführungen im besonderen Teil dieser Erläuterungen hingewiesen.

Da es sich bei dem entworfenen Bundesgesetz um die erstmalige Gesamtkodifikation des österreichischen internationalen Privatrechts handelt, ist eine tabellarische Gegenüberstellung der in Aussicht genommenen Bestimmungen und der derzeit nur äußerst bruchstückhaft vorhandenen Regelungen geradezu unmöglich. In den nachfolgenden Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes wird jedoch nach Möglichkeit auch jeweils auf die derzeitige Rechtslage eingangen.

Die Gesetzwerdung dieses Entwurfes wird auf den Bundeshaushalt keinen Einfluß haben.

## B. BESONDERES

### Zum § 1

An die Spitze des entworfenen Bundesgesetzes ist der Grundsatz der stärksten Beziehung gestellt, um dessen entscheidende Bedeutung besonders hervorzuheben: Generalklausel und Leitlinie des gesamten Kollisionsrechts zu sein.

Im einzelnen ist zu dieser dem § 1 des Schwind-Entwurfs entnommenen methodischen Grundlegung folgendes zu sagen:

Durch einige Jahrhunderte hatte man versucht, Grundsätze zu entwickeln, durch die der räumliche Geltungsbereich der Gesetze eindeutig bestimmt werden sollte (sogenannte Statutentheorie). Ein voller Erfolg ist diesen Versuchen nie beschieden gewesen. In der Mitte des 19. Jahrhunderts ist sodann mit den Erkenntnissen v. Wächters und v. Savigny ein grundlegender Wandel eingetreten. Nach der Lehre Savignys (System des heutigen römischen Rechts VIII, Nachdruck 1956, 28), die vor allem die europäische Entwicklung des IPR nachhaltig beeinflußt hat, ist der Bereich der Anwendung eigenen und fremden Rechtes in der Weise abzustecken, „daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist.“

Dieser Auffassung zufolge geht es darum, den „Sitz“ (Savigny), den „Schwerpunkt“ (Gierke) oder die „Natur der Sache“ (v. Bar) des Rechtsverhältnisses zu finden, es also zu lokalisieren, um darauf dann die am Ort dieses „Sitzes“ geltende Rechtsordnung anzuwenden. Der Weg des Kollisionsrechts ist eine Verfeinerung und Differenzierung der für eine solche Zuordnung maßgebenden Anknüpfungspunkte.

So groß dieser Fortschritt auch gewesen ist, so ist doch unverkennbar, daß der Versuch einer „Lokalisierung“ eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses und die sich daraus ergebende Be-

stimmung der anzuwendenden Rechtsordnung in vielen Fällen oberflächlich und unbefriedigend bleibt, wenn man für die Zuordnung lediglich Gesichtspunkte heranzieht, die auf eine räumliche Nahebeziehung hinweisen. Um bei Fällen mit Auslandsberührung die Rechtsordnung festzustellen, zu der die stärkste Beziehung besteht, ist es z. B. auch notwendig, die beteiligten Interessen zu bewerten und in die kollisionsrechtliche Betrachtung einzubeziehen (vgl. Schwind, ZfRV 1971, 179 und 181; s. in diesem Zusammenhang auch Schwimann, JBl. 1978, 3). In den nachfolgenden Bestimmungen dieses Gesetzesentwurfs wird versucht, den Grundsatz der stärksten Beziehung nach generellen Gesichtspunkten für einzelne Arten von Rechten und Rechtsverhältnissen zu konkretisieren.

Der Grundsatz der stärksten Beziehung hat noch eine andere weittragende Bedeutung: Wenn auf seiner Grundlage ausländisches Recht angewendet wird, so eben deshalb, weil die stärkste Beziehung nicht zum österreichischen Recht besteht. Darin liegt eine Rechtfertigung dafür, daß in Österreich Rechtsvorschriften angewendet werden, die nicht von den österreichischen Organen der Rechtserzeugung stammen und in Österreich nicht verlautbart worden sind (aus praktischen Gründen auch nicht verlautbart werden können), eine Rechtfertigung auch dafür, daß dieses Recht nicht dem inländischen Recht entsprechen muß, soweit nicht die Schranke der Vorbehaltsklausel (§ 6) eingreift. Als entscheidendes Argument für die Bejahung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Anwendung fremden Rechtes durch die österreichischen Behörden auf Grund innerstaatlicher Verweisungsnormen kommt hinzu, daß das Institut des internationalen Privatrechts vom Bundes-Verfassungsgesetz 1929 bereits vorausgesetzt wird.

Daß der Grundsatz der stärksten Beziehung im Abs. 1 in die Form einer Generalklausel gekleidet ist, hat einen doppelten Grund. Zum einen ist es bei der in ihrer Entwicklung unabsehbaren Vielfalt der im internationalen Bereich auftretenden Rechtsverhältnisse ganz ausgeschlossen, für sie alle im vorhinein eine besondere gesetzliche Regelung vorzusehen. Es ist daher notwendig, für die unvermeidlichen Fälle von Lücken ganz allgemein die Anknüpfung an die Rechtsordnung festzulegen, zu der die stärkste Beziehung besteht. Gleichzeitig wird durch eine solche Generalklausel ermöglicht, bei den einzelnen Verweisungsnormen nach Tunlichkeit nicht zu sehr ins einzelne zu gehen. Auf keinem anderen Gebiet erweist sich gesetzgeberische Kasuistik so sehr als falscher Schein wie im internationalen Privatrecht. Es ist denn auch bezeichnend, daß kein anderer Zweig des Rechtes auch in Staaten mit grundsätzlich kodifizierter Rechtsordnung so sehr durch Lehre und Rechtsprechung

weiterentwickelt worden ist wie gerade dieser. Das entworfene Bundesgesetz macht es sich daher zur Aufgabe, den Gerichten die nötigen festen Richtlinien zu geben, ohne im übrigen die so notwendige Geschmeidigkeit der Rechtsprechung zu sehr zu beeinträchtigen.

Durch die im Abs. 1 festgelegte Anknüpfung nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung wird die Entwicklung des Kollisionsrechts nicht versteinert und daher die Möglichkeit der Differenzierung und Verfeinerung nicht versperrt. Auch die Erarbeitung neuer Anknüpfungsmomente, die im Gesetz noch nicht vorgesehen sind, und somit die Erweiterung des Systems, wird nicht ausgeschlossen. Es ist dabei nicht möglich, alle Fälle vorauszusehen, in denen die Bildung solcher Anknüpfungsmomente notwendig werden könnte. Ebensowenig ist eine eindeutige Abgrenzung derjenigen Fälle möglich, in denen sich, ungeachtet der Auslandsbeziehung eines Sachverhalts, die Anwendung des österreichischen Rechtes als nötig erweist. So wie sich die „öffentliche Ordnung“, der ordre public, in seiner negativen Erscheinungsform (§ 6) einer eindeutigen begrifflichen Erfassung entzieht, ist dies auch bei dem hier angedeuteten positiven ordre public der Fall.

Die Verbindung zwischen der am Grundsatz der stärksten Beziehung ausgerichteten allgemeinen Generalklausel des Abs. 1 und den besonders ausgeformten Verweisungsnormen wird hergestellt durch den Abs. 2. Mit der dort enthaltenen Aussage, daß die in den Verweisungsnormen des entworfenen Bundesgesetzes oder einer anderen Rechtsvorschrift (vgl. dazu die §§ 52 und 53) enthaltenen Regelungen als Ausdruck der stärksten Beziehung anzusehen sind, wird klargestellt, daß die einzelnen Verweisungsnormen diesen Grundsatz nur konkretisieren und ihm daher untergeordnet sind (diese erstmals im Schwind-Entwurf angewandte Methode liegt auch der Gestaltung des internationalen Schuldvertragsrechts im EG-Vorentwurf für das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht zugrunde; s. dazu näher die Ausführungen zum § 36). Daraus folgt z. B., daß der Grundsatz der stärksten Beziehung auch bei der Auslegung der Verweisungsnormen zu berücksichtigen ist, daß er die endgültige Anknüpfung dort festlegen wird, wo das in einer Verweisungsnorm vorgesehene Anknüpfungsmoment ausnahmsweise auf mehr als eine Rechtsordnung verweist usw.

### Zum § 2

Um das nach den einschlägigen Verweisungsnormen auf einen Sachverhalt mit internationalen Merkmalen anzuwendende Recht feststellen zu können, ist es notwendig, sich vorher Klarheit zu verschaffen über das Vorliegen der sog. An-

knüpfungsmomente (in der Lehre auch als Anknüpfungsbegriffe, -gründe, -punkte, -tatsachen bezeichnet), d. h. über die sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen, die von der einschlägigen Verweisungsnorm als Kriterien für die Maßgeblichkeit einer bestimmten Rechtsordnung bezeichnet werden (also z. B. die Staatsangehörigkeit, der gewöhnliche Aufenthalt, die Lage der Sache, der Deliktsort, eine Rechtswahl usw.). Mit der vorliegenden Bestimmung wird festgelegt, daß diese Prüfung von Amts wegen zu geschehen hat. Das gilt sowohl für die Gerichte als auch für die eine zivilrechtliche Vorfrage beurteilenden Verwaltungsbehörden. Was die gerichtlichen Verfahren angeht, so besteht die Pflicht zur amtsweisen Ermittlung der Anknüpfungsmomente sowohl für die vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren (wie das Außerstreitverfahren oder das Eheverfahren) als auch für diejenigen Verfahren, in denen der Verhandlungsgrundsatz gilt (wie im allgemeinen Streitverfahren).

Die Beachtung dieses Grundsatzes auch in den vom Verhandlungsprinzip beherrschten Verfahren ist deshalb geboten, weil es die Parteien sonst in der Hand hätten, durch entsprechende Außerstreitstellungen das vom Gericht anzuwendende Recht auch dort selbst zu bestimmen, wo ihnen der Gesetzgeber die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl nicht eingeräumt hat (vgl. Schwind, Handbuch, 69 f.; OGH 14. 7. 1967 ZAS 1968, 15). Gegen die Zulässigkeit einer Außerstreitstellung von Anknüpfungsmomenten ist allerdings nichts einzubwenden, soweit die Parteien selbst bestimmen dürfen, welches Recht anzuwenden ist, also auf dem Gebiet des internationalen Ehegüterrechts (§ 19) und des internationalen Schuldrechts (§ 35). Ergibt sich auf einem solchen Gebiet das Anknüpfungsmoment aus einem Parteivorbringen, das nach verfahrensrechtlichen Vorschriften für wahr zu halten ist (wie gemäß § 266 oder §§ 396 ff. ZPO), so hat nach dem zweiten Halbsatz des § 2 eine amtsweige Prüfung zu unterbleiben.

### Zum § 3

Steht fest, daß ein internationaler Sachverhalt vorliegt, und sind auch die für die Anknüpfung maßgebenden Umstände geklärt, so ist das nach der einschlägigen Verweisungsnorm maßgebende fremde Recht von Amts wegen anzuwenden (daß auch das allenfalls verwiesene inländische Recht von Amts wegen angewendet werden muß, ist selbstverständlich und brauchte im Text nicht ausdrücklich gesagt zu werden). Eines besonderen darauf gerichteten Parteibegehrens bedarf es also nicht.

Dieser Grundsatz gehört bereits derzeit zum Bestand der herrschenden österreichischen Lehre

und Rechtsprechung (vgl. z. B. Schwind, NZ 1968, 10 [15]; Schwimann, JBl. 1968, 127 [129]; Bolka, ZfRV 1972, 239 [249]; Schwind, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts [1975] 72; OGH 8. 10. 1964 ZfRV 1965, 114 mit Besprechung von Selb; OGH 4. 5. 1972 ZfRV 1973, 139) und es könnte entbehrlich scheinen, ihn im Gesetz ausdrücklich zu verankern. Gleichwohl scheint eine Klarstellung tunlich, zumal da in neuerer Zeit in dieser Beziehung auch andere Ansichten vertreten werden (vgl. Flessner, RabelsZ 1970, 547; Raape/Sturm, IPR<sup>6</sup> [1977] 307).

Im § 3 und in einigen folgenden Bestimmungen wird der Begriff „fremdes Recht“ verwendet (nicht „ausländisches Recht“). Umfaßt sind damit auch die religiösen Rechte, auf die (besonders im Personen- und Familienrecht) manche ausländische staatliche Rechtsordnungen verweisen.

In der vorliegenden Verweisungsnorm wird nicht nur die Amtswegigkeit bei der Anwendung fremden Rechtes festgelegt, sondern auch, daß das fremde Recht so anzuwenden ist, wie dies in seinem ursprünglichen Geltungsbereich geschieht, also wie in dem Rechtskreis, um dessen Normen es sich handelt. So ist ursprünglicher Geltungsbereich des französischen Rechtes Frankreich, des schweizerischen Rechtes die Schweiz usw. Das gleiche gilt auch dann, wenn der Geltungsbereich personell etwa auf Angehörige eines bestimmten Religionsbekenntnisses beschränkt ist. Mit dieser Regelung wird ganz allgemein die Richtlinie für den Umgang mit fremdem Recht angegeben: Über die Brücke der Verweisungsnormen ist der österreichische Richter in das fremde Recht gelangt, und nun soll er es nach Möglichkeit so anwenden, wie dies der ausländische Richter täte. Das wird zwar in der Praxis nicht immer ganz erreicht werden können — und in manchen Ausnahmefällen wird dies auch das Eingreifen der Vorbehaltsklausel (§ 6) verhindern —, doch allgemeine Richtschnur soll doch immer sein, daß das fremde Recht bei seiner Anwendung im Inland so wenig wie möglich verändert und in seinen Ergebnissen verfälscht wird. Es sind daher selbstverständlich auch die herrschende ausländische Lehre und Rechtsprechung zu berücksichtigen (vgl. Schwimann, JBl. 1968, 129; Kralik, ZfRV 1969, 216; Schwind, Handbuch, 74; OGH 22. 4. 1959 ZfRV 1960, 41; 5. 9. 1972 EvBl. 1973/63; 4. 2. 1976 ZfRV 1977, 130) und es soll auch im Rahmen des Möglichen den Auslegungsgrundsätzen des fremden Rechtes Rechnung getragen werden (Schwimann, a. a. O.; Schwind, ZfRV 1971, 190; OGH 4. 2. 1976 ZfRV 1977, 130 u. a.).

Die Anordnung, daß das fremde Recht wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden ist, kann auch für die Lösung von Quali-

fikationsproblemen Bedeutung erlangen. Wenn z. B. aus österreichischer Sicht das Erbrecht der Witwe nach ihrem schwedischen Ehemann auf Grund des für die Erbfolge maßgebenden § 28 nach schwedischem Recht zu beurteilen ist, so heißt das nicht, daß lediglich diejenigen schwedischen Bestimmungen zu berücksichtigen sind, die aus schwedischer Sicht zum Erbrecht gehören. Sollten die vermögensrechtlichen Folgen des Todes des Ehemannes nach schwedischem Recht nicht erbrechtlich, sondern ehegütterrechtlich qualifiziert und demgemäß im Ehegütterrecht geregelt werden, so ist dies auch aus österreichischer Sicht zu beachten. Dies kann auch Auswirkungen auf eine allfällige — nach § 5 grundsätzlich beachtliche — Rück- oder Weiterverweisung haben. Wenn nämlich die vermögensrechtlichen Ansprüche der Witwe nach dem Tod des Ehemannes nach schwedischem IPR (§ 5 Abs. 1) nicht in den Anwendungsbereich des Erbstatuts, sondern der für das Ehegütterrecht maßgebenden Verweisungsnorm fallen, so wird, da eben das schwedische Recht und damit auch das schwedische IPR wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden ist, zu prüfen sein, auf welches Recht das schwedische Ehegütterrechtsstatut verweist: Erklärt es schwedisches Recht für maßgebend, so wird vom österreichischen Richter im Ergebnis materielles schwedisches Ehegütterrecht anzuwenden sein. Würde die schwedische Verweisungsnorm jedoch z. B. das österreichische Recht für maßgebend erklären, so wäre diese Rückverweisung nach § 5 Abs. 2 zu beachten und österreichisches Sachrecht (österreichisches materielles Erbrecht) anzuwenden (vgl. in diesem Zusammenhang die in der österreichischen Lehre besonders von Scheucher, ZfRV 1961, 228 entwickelte sogenannte „Qualifikation zweiten Grades“ bzw. die „sekundäre Anknüpfung“ im Sinn Raape/Sturm, IPR<sup>6</sup> I [1977] 281, 285 FN 37).

#### Zum § 4

Es ist eine logische Fortführung der in den §§ 2 und 3 verankerten Grundsätze und entspricht auch der bereits derzeit (§ 271 Abs. 2 ZPO) gegebenen Rechtslage, daß das auf Grund der maßgebenden Verweisungsnormen anzuwendende fremde Recht von Amts wegen zu ermitteln ist.

Da das fremde Recht wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden ist (s. dazu den § 3), betrifft die Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des fremden Rechtes nicht nur die Erkundung des Gesetzeswortlauts, sondern auch der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung (vgl. Schwimann, JBl. 1968, 129 f.; Kralik, ZfRV 1969, 216; Schwind, Handbuch, 74).

Ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, sind im Abs. 1 einige Möglichkeiten

## 784 der Beilagen

13

aufgezeigt, die dem Gericht oder der mit einer kollisionsrechtlichen Vorfrage befaßten Verwaltungsbehörde zur Ermittlung des fremden Rechtes zur Verfügung stehen. Welcher Weg im Einzelfall beschritten wird, hängt von den Umständen ab. In manchen Fällen mag es z. B. zweckmäßig sein, sich der Hilfe rechtsfreundlich vertratener Beteiligter zu bedienen, in der Regel freilich wird die Behörde die notwendigen Erhebungen selbst durchführen. Hierbei haben sich in der Praxis die Anfragen an das Bundesministerium für Justiz bewährt. Diese Anfragen müssen sich nicht auf die Bekanntgabe des Gesetzeswortlauts beschränken, sondern können sich erforderlichenfalls auch auf die Mitteilung der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung beziehen. Die Auskunft wird vom Bundesministerium für Justiz entweder selbst erteilt oder, sofern die ihm über das betreffende Recht zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht ausreichen, nach Möglichkeit beschafft. Dies wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn es sich um Staaten handelt, mit denen zwischenstaatliche Vereinbarungen bestehen, die die Erteilung von Rechtsauskünften vorsehen (vgl. dazu Art. 5 des österreichisch-bulgarischen Rechtshilfevertrags, BGBl. Nr. 268/1969; Art. 13 des österreichisch-italienischen Zusatzabkommens zum HPÜ 1954, BGBl. Nr. 433/1977; Art. 47 des österreichisch-jugoslawischen Rechtshilfevertrags, BGBl. Nr. 224/1955; Art. 61 des österreichisch-polnischen Rechtshilfevertrags, BGBl. Nr. 79/1974; Art. 5 des österreichisch-rumänischen Rechtshilfevertrags, BGBl. Nr. 112/1969; Art. 27 des österreichisch-tschechoslowakischen Rechtshilfevertrags, BGBl. Nr. 309/1962; Art. 28 des österreichisch-ungarischen Rechtshilfevertrags, BGBl. Nr. 305/1967). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf das Europäische Übereinkommen vom 7. Juni 1968, BGBl. Nr. 417/1971, betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, dem mit Ausnahme Irlands und Portugals alle Mitgliedstaaten des Europarats und überdies Costa Rica und Liechtenstein angehören. Aber auch auf vertragloser Grundlage werden von den Zentralstellen mancher anderer Staaten Auskünfte über das in ihrem Staat geltende Recht erteilt.

Beizufügen ist, daß die im Abs. 1 vorgesehene Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz über fremdes Recht das anfragende Gericht nicht binden. Dieser Grundsatz ist auch im Art. 8 des erwähnten Übereinkommens BGBl. Nr. 417/1971 verankert.

Als weitere Möglichkeit sieht der Abs. 1 die Einholung von Sachverständigengutachten vor, wie dies auch schon der derzeitigen Lehre und Rechtsprechung entspricht (OGH 5. 6. 1970 EvBl. 363; Fasching III 275; Schwind, Handbuch, 71). Als Gutachter können sowohl in-

ländische als auch ausländische Rechtssachverständige bestellt werden, wobei in schwierigen Fällen mit hohem Streitwert wohl zumeist Personen aus dem Kreis der Rechtsgelehrten in Betracht kommen werden.

Die Erfahrungen der Praxis zeigen, daß es bei eingehenden Bemühungen fast immer möglich ist, den Inhalt des anzuwendenden Rechtes innerhalb angemessener Zeit zu ermitteln. Sollte dies aber ausnahmsweise doch nicht möglich sein, so stellt sich die Frage, welches andere Recht als „Ersatzrecht“ der Entscheidung zugrunde gelegt werden soll; denn daß es bei inhaltlicher Nichtfeststellbarkeit des fremden Rechtes zu keinem „non liquet“ kommen darf, ist unbestritten (vgl. z. B. Schwan, JBl. 1968, 130).

Der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit entspräche es am ehesten, in diesem Fall nach dem Grundsatz der nächstverwandten Norm zu verfahren. Demgemäß wären also z. B. statt der nicht zu ermittelnden Bestimmungen über die Pacht die (bekannten) Bestimmungen derselben fremden Rechtsordnung über die Miete anzuwenden. Dieser Grundsatz würde es auch zulassen, die einschlägigen Bestimmungen einer verwandten anderen fremden Rechtsordnung anzuwenden, also z. B. statt der nicht zu ermittelnden einschlägigen Bestimmungen des auf Grund der Verweisungsnorm maßgebenden französischen Rechtes die entsprechenden Bestimmungen des belgischen Rechtes.

Abgesehen davon, daß auch ein solches System im Einzelfall zu willkürlichen Lösungen führen könnte, ist zu befürchten, daß die Praxis dabei überfordert sein würde. Die für die Abgrenzung des Begriffes der einschlägigen nächstverwandten Norm maßgebenden Kriterien scheinen zu unbestimmt, um eine den Erfordernissen der Rechtsicherheit entsprechende Beurteilung zu gewährleisten. Auch könnte es zu Verzögerungen und Verteuerungen der Verfahren kommen, wenn nach den zeitraubenden und letztlich erfolglos gebliebenen Bemühungen, die einschlägigen Bestimmungen des auf Grund der Verweisungsnorm anzuwendenden fremden Rechtes zu ermitteln, nun neue und oft noch umfangreichere Nachforschungen nach den nächstverwandten Bestimmungen dieser oder einer verwandten Rechtsordnung in Gang gesetzt werden müßten.

Eine Abwägung dieser Gründe führt dazu, im Abs. 2 als Ersatzrecht das inländische Recht zu bestimmen (ebenso Art. 7 des polnischen IPR-Gesetzes vom 12. November 1965, Übersetzung in WGO 1965, 378; Art. 23 Abs. 2 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs vom 25. November 1966, Übersetzung in RabelsZ 1968, 513; § 182 Abs. 2 der ZPO der DDR vom 19. Juni 1975, GBi. I S. 533; § 57 des österreichischen Entwurfes 1914; Art. 4 Abs. 2 des

Schnitzer-Entwurfs eines schweizerischen Rechtsanwendungsgesetzes, *Jus et Lex, Gutzwiller-Festgabe [1959]* 429; Art. 2289 des französischen IPR-Gesetzentwurfs, Übersetzung im Beitrag von Reichelt, *ZfRV* 1971, 250).

Die Nachforschungen nach dem anzuwendenden fremden Recht sind zwar so gründlich und nachdrücklich wie möglich zu pflegen, gleichwohl aber kann es nicht angehen, daß dadurch die sachliche Entscheidung etwa jahrelang hinausgeschoben wird. Im Abs. 2 wird daher abgestellt auf eine angemessene Frist, innerhalb deren das fremde Recht trotz eingehendem Bemühen nicht festgestellt werden konnte. Wie lange das im einzelnen Fall ist, wird von den Umständen abhängen, in der Regel wird die Zeit jedenfalls nicht zu kurz bemessen werden dürfen. Handelt es sich freilich um dringende Maßnahmen — wie z. B. einstweilige Verfügungen im Sinn der EO oder dringende Anordnungen, wie sie häufig in Vormundschafts- und Pflegeschaftssachen notwendig werden —, so wird die zur Beschaffung von Auskünften über fremdes Recht zur Verfügung stehende Zeit entsprechend kürzer sein (vgl. Schwind in *Demelius-FS* 1973, 481, 489); ja in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit wird sofort nach österreichischem Recht entschieden werden können, sofern das fremde Recht nicht sogleich feststellbar ist.

### Zum § 5

Wiederholt kommt es vor, daß das von der inländischen Verweisungsnorm zur Anwendung berufene fremde Recht auf den betreffenden Sachverhalt gar nicht seine eigenen Sachnormen (Rechtsnormen mit Ausnahme der Verweisungsnormen) anwenden will, sondern seinerseits eine andere Rechtsordnung für maßgebend erklärt. Ist diese andere Rechtsordnung die österreichische, so spricht man von einer „Rückverweisung“, handelt es sich um das Recht eines dritten Staates, so liegt eine „Weiterverweisung“ vor. In der englischen und französischen Rechtsterminologie werden beide Begriffe unter dem Begriff „renvoi“ (ersten bzw. zweiten Grades) zusammengefaßt.

Die Gründe für eine solche unterschiedliche kollisionsrechtliche Betrachtungsweise können verschieden sein. Die häufigsten Fälle sind die, in denen eine Rechtsordnung, deren internationales Privatrecht vom Saatsangehörigkeitsgrundsatz geprägt ist, auf eine Rechtsordnung mit Domicilgrundsatz verweist. Es kann aber auch sein, daß zwar alle im Einzelfall beteiligten Rechtsordnungen etwa vom Staatsangehörigkeitsgrundsatz ausgehen, jedoch nicht auf dieselbe Person abstellen, deren Staatsangehörigkeit für die Anknüpfung maßgebend sein soll. Auch eine verschiedene Einstellung zur Frage des Anknüpfungszeitpunkts kann dazu führen, daß

von den beteiligten Rechtsordnungen im Ergebnis verschiedene Rechte zur Anwendung berufen werden (so etwa, wenn die eine Rechtsordnung für das eheliche Güterrecht das Heimatrecht der Eheleute zur Zeit der Eheschließung für maßgebend erklärt, die andere hingegen das jeweilige Heimatrecht).

Ob und in welchem Ausmaß die Rück- und Weiterverweisung beachtet werden soll, ist in der Lehre seit Jahrzehnten umstritten. Es wird dazu beispielsweise auf folgende Literatur hingewiesen: Walker, *IPR* <sup>5</sup> [1934] 252; Pagenstecher, Der Grundsatz des Entscheidungseinklangs im IPR, ein Beitrag zur Lehre vom Renvoi, Abh. 1951 Nr. 5 der Akademie der Wissenschaften und Literatur Mainz, 353; Böll, Grundriß des österreichischen IPR [1952] 18; Nußbaum, Grundzüge des IPR [1952] 87; Martin Wolff, *IPR* <sup>3</sup> [1954] 76; Wengler, Die Beachtlichkeit fremden Kollisionsrechts, Internationales Recht — Diplomatie I [1956] 56; Schnitzer, Handbuch des IPR I<sup>4</sup> [1957] 200; Köhler, *IPR* <sup>3</sup> [1966] 24; Dölle, *IPR* [1968] 66; Makarov, Grundriß des IPR [1970] 81; Ferid, *IPR* [1975] 70; Schwind, Handbuch, 56; Neuhäusl, Die Grundbegriffe des IPR <sup>2</sup> [1976] 268; Kegel, *IPR* <sup>4</sup> [1977] 162; Raape/Sturm, *IPR* <sup>6</sup> [1977] 163 u. a.

Auch die Gesetzgebungen der einzelnen Staaten zeigen, soweit sie zum Problem der Rück- und Weiterverweisung überhaupt ausdrücklich Stellung nehmen, ein sehr uneinheitliches Bild. Von manchen Rechtsordnungen wird der Renvoiganz oder zum Teil für zulässig erklärt (vgl. z. B. Art. 27 EGBGB; Art. 45 des Liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechtes vom 20. Jänner 1926; Art. 4 des polnischen IPR-Gesetzes vom 12. November 1965, Übersetzung in *WGO* 1965, 378; Art. 16 bis 19 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs vom 25. November 1966, Übersetzung in *RabelsZ* 1968, 513; § 3 des Rechtsanwendungsgesetzes der DDR vom 5. Dezember 1975, *GBl. I S. 748*; § 53 des österreichischen Entwurfes 1914; Art. 3 des Schnitzer-Entwurfs eines schweizerischen Rechtsanwendungsgesetzes u. a.), von anderen hingegen abgelehnt (vgl. Art. 32 des griechischen Zivilgesetzbuchs 1940; Art. 30 der Einleitenden Bestimmungen des italienischen Zivilgesetzbuchs 1942 u. a.).

Im derzeitigen österreichischen Kollisionsrecht wird die Rückverweisung auf dem Gebiet des Familienrechts durch den § 15 der 4. DVOEheG für zulässig erklärt. Lehre und Rechtsprechung wenden die Bestimmung analog auf die Weiterverweisung an. Eine gesetzliche Anerkennung der Rück- und Weiterverweisung enthält überdies der Art. 91 Abs. 1 zweiter Satz des Wechselgesetzes 1955 und Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz des Scheckgesetzes 1955.

Die im § 5 Abs. 1 und 2 des entworfenen Bundesgesetzes enthaltene Lösung erklärt die Rück- und Weiterverweisung für beachtlich. Sie ist, wie erwähnt, bereits durch das geltende Kollisionsrecht vorgezeichnet und entspricht weitgehend auch den im § 4 des Schwind-Entwurfs enthaltenen Grundsätzen. Diese Regelung steht im Einklang mit dem beim § 3 erörterten Grundsatz, daß der Fall möglichst so zu entscheiden ist, wie ihn der Richter der verwiesenen fremden Rechtsordnung beurteilen würde.

Der Abs. 1 legt also fest, daß die Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung auch deren Verweisungsnormen umfaßt. Diese Art der Verweisung wird allgemein als „Gesamtverweisung“ bezeichnet (im Gegensatz zur sogenannten „Sachnormverweisung“).

Der Abs. 2 betrifft diejenigen Fälle, in denen die Kollisionsnormen der von der inländischen Verweisungsnorm für maßgebend erklärt fremden Rechtsordnung (in diesem Zusammenhang als „erstverwiesenes Recht“ bezeichnet) eine andere Rechtsordnung zur Anwendung berufen (daß dann, wenn das erstverwiesene Recht nicht auf ein anderes Recht verweist, sondern sich selbst für maßgebend erklärt, die Sachnormen des erstverwiesenen Rechtes anzuwenden sind, ist selbstverständlich, und es würde die Bestimmung nur belasten, wenn man dies darin ausdrücklich sagen würde). Zunächst wird die Rückverweisung behandelt, der Fall also, in dem das IPR des erstverwiesenen Rechtes das österreichische Recht für maßgebend erklärt. Hier bleibt es bei der Anwendung des österreichischen Rechtes, d. h. daß nun die Sachnormen des österreichischen Rechtes anzuwenden sind, und zwar unabhängig davon, ob die Verweisung auf das österreichische Recht aus der Sicht des erstverwiesenen Rechtes eine Sachnorm- oder Gesamtverweisung ist. Die Verweisungen würden sonst niemals aufhören, es käme, wie in der Lehre einmal gesagt worden ist, gleichsam zu einem international-rechtlichen Tennisspiel oder Spiegelkabinett.

Schwieriger ist die Lösung, wenn die Verweisungsnormen des erstverwiesenen Rechtes nicht auf das österreichische Recht zurückverweisen, sondern die Rechtsordnung eines dritten Staates für maßgebend erklären. Folgende Fälle sind dann denkbar:

- Auch die Verweisungsnormen des dritten Staates erklären das Recht dieses Staates für anwendbar;
- die Verweisungsnormen des dritten Staates verweisen auf das österreichische Recht zurück;
- die Verweisungsnormen des dritten Staates verweisen auf das erstverwiesene Recht zurück;

d) die Rechtsordnung eines bisher noch nicht im Spiel gewesenen (vierten) Staates — ein in der Praxis ganz ungewöhnlicher Fall — wird zur Anwendung berufen.

Am relativ einfachsten ist die Lösung des Falles a: so wie bei der vorhin erörterten Rückverweisung die österreichischen Sachnormen anzuwenden sind, kommt es im Weiterverweisungsfall a nun zur Anwendung der Sachnormen derjenigen Rechtsordnung, auf die das erstverwiesene Recht weiterverwiesen hat. Bei den anderen drei Fällen könnte man daran denken, aus Gründen der Vereinfachung die Verweisungsnormen der dritten Rechtsordnung für unbeachtlich zu erklären (eine Weiterverweisung durch das erstverwiesene Recht wäre aus österreichischer Sicht dann immer als Sachnormverweisung zu verstehen). Vom theoretischen Standpunkt aus befriedigt diese Lösung wenig. Auch die Bedürfnisse der Praxis verlangen nicht unbedingt eine solche Beschränkung der Weiterverweisung, zumal da aus der österreichischen Rechtsprechung bisher kein Fall bekanntgeworden ist, in der das Problem der mehrfachen Weiterverweisung eine Rolle gespielt hätte. Der Grund dafür ist, daß die Kollisionsnormen der einzelnen Rechtsordnungen zwar in den Hauptpunkten von einander abweichen, die Anzahl der rechtspolitisch möglichen Anknüpfungen im allgemeinen aber doch eng begrenzt und eine breite Streuung daher höchst ungewöhnlich ist (vgl. dazu K e g e l, IPR<sup>4</sup>, 172, ebenso R a a p e / S t u r m, IPR<sup>6</sup> I 175).

Der Abs. 2 schneidet daher nicht bei der ersten Weiterverweisung ab, sondern läßt auch weitere zu („unter Beachtung weiterer Verweisungen“). Sobald jedoch die Verweisungsnormen einer Rechtsordnung, auf die weiterverwiesen worden ist, auf eine bereits einmal im Spiel gewesene Rechtsordnung zurückverweisen (also z. B. auf das österreichische Recht im Beispielfall b oder auf das erstverwiesene Recht im Fall c), werden — zur Vermeidung des schon im Zusammenhang mit der unmittelbaren Rückverweisung erwähnten „internationalen Tennisspiels“ — die Sachnormen dieser Rechtsordnung für anwendbar erklärt (vgl. dazu besonders M a n h a r d t, Das internationale Personen- und Familienrecht Österreichs [1971] 22; S c h n i t z e r, Der Renvoi, schweiz. JZ 1973, 213, 216). Eine solche Lösung wird in vielen Fällen auch dem internationalen Entscheidungseinklang förderlich sein, also der Anwendung desselben Sachrechts, gleich in welchem Staat der Fall entschieden wird.

Der Grundsatz der Beachtung von Rück- und Weiterverweisung wird, dem Schwind-Entwurf folgend, nicht auf einzelne Rechtsgebiete beschränkt. Der Renvoi gilt daher nicht nur im internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht, sondern auch im internationalen Sachen-

recht und im internationalen Schuldrecht (im Sachenrecht freilich werden Rück- und Weiterverweisung selten vorkommen, weil die Regel der *lex rei sitae* nahezu überall gilt).

Trotz diesem allgemeinen Geltungsbereich der Rück- und Weiterverweisung sieht der Gesetzesentwurf für besondere Fälle Ausnahmen vor. So bestimmt der § 11 Abs. 1, daß eine Rechtswahl der Parteien — zulässig im internationalen Ehegüterrecht (§ 19) und internationalen Schuldrecht (§ 35) — im Zweifel nicht die Verweisungsnormen der gewählten Rechtsordnung umfaßt. Ausnahmen enthalten auch der § 8 („Formvorschriften des Staates, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird“), der § 9 Abs. 3 letzter Halbsatz sowie die §§ 45 und 46 („Sachnormen“). Darauf wird in den Erläuterungen zu diesen Bestimmungen noch näher eingegangen.

Stellt eine Verweisungsnorm bei der Anknüpfung auf die Staatsangehörigkeit einer Person ab, so ist das anzuwendende Recht dann nicht eindeutig bestimmt, wenn in dem betreffenden ausländischen Staat mehrere Teilrechtsordnungen bestehen. So gibt es z. B. in den USA die Privatrechtsordnungen der 50 Einzelstaaten und des District of Columbia. Andere Beispiele sind Großbritannien, Kanada, Jugoslawien (wo das Familienrecht und Erbrecht seit dem 1. Jänner 1972 in den Gesetzgebungsreich der einzelnen Republiken und autonomen Provinzen fällt), aber auch Spanien, wo neben dem Zivilgesetzbuch einige besondere Gebietsrechte bestehen, die kodifiziertes früheres Gewohnheitsrecht enthalten.

Hat ein solcher aus mehreren Teilrechtsordnungen bestehender Staat ein einheitliches interlokales Privatrecht, so ist es naheliegend, daß die interlokalen Verweisungsbestimmungen auch aus der Sicht der österreichischen *lex fori* zu beachten sind (Abs. 3 erster Satz). Oft ist es jedoch so, daß in einem solchen Staat nicht nur die Sachrechte verschieden sind, sondern auch ein einheitliches interlokales Recht fehlt. So hat z. B. jeder Gliedstaat der USA sein eigenes Kollisionsrecht. In diesen Fällen muß auf den im § 1 Abs. 1 verankerten Grundsatz zurückgegriffen und diejenige Teilrechtsordnung angewendet werden, zu der die stärkste Beziehung besteht (Abs. 3 zweiter Satz; vgl. auch Art. 14 des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes der Minderjährigen sowie Art. 1 Abs. 2 des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 295/1963, über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht). In den überwiegenden Fällen wird hier der (allenfalls letzte) gewöhnliche Aufenthalt der für die Anknüpfung in Betracht kommenden Person maßgebend sein.

### Zum § 6

Die Vorbehaltsklausel — auch allgemein als *ordre-public-Klausel* bezeichnet — ist für jede Rechtsordnung unentbehrlich. Man versteht darunter den Grundsatz, daß eine auf Grund einer Verweisungsnorm zur Anwendung berufene Bestimmung eines fremden Rechtes dann nicht anzuwenden ist, wenn ihre Anwendung zu Ergebnissen führen würde, die das inländische Rechtsempfinden in unerträglichem Maß verletzen. Alle Rechtsordnungen kennen diesen Vorbehalt, auch wenn sie darüber keine ausdrücklichen gesetzlichen Regeln ausgebildet haben (wie etwa Frankreich, England und die USA).

Auch dem geltenden österreichischen Recht ist dieser Grundsatz nicht fremd. Er findet sich für den Bereich des internationalen Familienrechts im § 18 der 4. DVOEheG und im § 81 Z. 4 EO für den Bereich der Vollstreckung (und damit auch der Anerkennung) ausländischer Entscheidungen. Er ist auch verankert im § 328 Abs. 1 Z. 4 dZPO, der nach § 24 der 4. DVOEheG bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen sinngemäß anzuwenden ist. In der Lehre und Rechtsprechung ist es jedoch unbestritten, daß der *ordre public* auch in den anderen Bereichen des österreichischen IPR, wie z. B. im internationalen Schuldrecht, zu beachten ist.

Mit der im ersten Satz enthaltenen Formel, daß eine Bestimmung des fremden Rechtes dann nicht anzuwenden ist, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist, soll sichergestellt werden, daß es sich hier um eine Ausnahmeverordnung handelt, von der sowohl aus Gründen der Rechtssicherheit als auch einer möglichst geringen Störung des internationalen Entscheidungseinklangs nur sparsamer Gebrauch gemacht werden darf. Keinesfalls ist jeder Verstoß gegen zwingendes österreichisches Recht auch schon ein Verstoß gegen den *ordre public*. Die inländische Rechtsordnung soll vielmehr nur vor dem Eindringen solcher fremder Rechtsgedanken geschützt werden, die mit wesentlichen österreichischen Rechtsgrundgesetzen unvereinbar sind. Durch die Verwendung des Ausdrucks „Grundwertungen“ wird zugleich die tragende Rolle der österreichischen Verfassungsgrundgesetze hervorgehoben (vgl. dazu OGH 7. 11. 1974 EvBl. 1975/161 = JBl. 1975, 375; Schwimann, JBl. 1978, 6).

Diese Haltung gegenüber dem *ordre public* zeichnet schon derzeit die österreichische Rechtsprechung aus (vgl. OGH 1. 4. 1960 JBl. 1960, 553 = EvBl. 201; OGH 22. 4. 1960 EvBl. 218) und entspricht auch dem österreichischen Schrifttum (vgl. Scheucher, ZfRV 1960, 15, 21; Mähardt, Das internationale Personen- und Familienrecht Österreichs, 29; Schwind in den Erläuterungen zum § 5 seines

## 784 der Beilagen

17

Entwurfes, ZfRV 1971, 195; derselbe, Handbuch, 80). Sie entspricht überdies den im Schoß der Haager Konferenz für internationales Privatrecht ausgearbeiteten neueren Übereinkommen, in denen regelmäßig festgelegt wird, daß das an sich zu Anwendung berufene Recht nur dann unbeachtet bleiben darf, wenn diese Anwendung mit der öffentlichen Ordnung „offensichtlich unvereinbar“ („manifestum incompatible“) wäre (vgl. Art. 16 des Übereinkommens vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; Art. 10 des Übereinkommens vom 4. Mai 1971, BGBl. Nr. 387/1975, über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht; Art. 7 des Übereinkommens vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 295/1963, über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht; Art. 4 des Übereinkommens vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht).

Durch diese Formel soll — ebenfalls im Sinn der herrschenden Auffassung — zugleich sichergestellt werden, daß eine mit den österreichischen Rechtsvorstellungen unvereinbare Bestimmung eines fremden Rechtes nicht immer und von vornherein als unbeachtlich anzusehen ist. Entscheidend vielmehr ist nur das Ergebnis, das sich aus der Anwendung einer solchen Bestimmung für den österreichischen Rechtsbereich ergäbe. Erst wenn dieses unter Berücksichtigung einer ausreichenden Inlandsbeziehung für die österreichische Rechtsordnung untragbar ist, greift die Vorbehaltsklausel ein (vgl. Schwimma n.n., JBl. 1978, 6). So darf z. B. ein mohammedanischer Ägypter, der mit einer Ägypterin verheiratet ist, in Österreich nicht eine zweite mohammedanische Ägypterin heiraten, obwohl das nach § 17 Abs. 1 maßgebende Personalstatut solches zuließe. Das Eingehen einer Vielehe in Österreich verstieße gegen den ordre public. Hat dieser Mann die zweite Frau aber bereits in seiner Heimat geheiratet, so wird es für den österreichischen Rechtsbereich nicht unerträglich sein, auch die zweite Ehe als rechtswirksam anzusehen und den nach ägyptischem Recht bestehenden Unterhaltsanspruch beider Ehegatten auch aus österreichischer Sicht zu befähnen (vgl. dazu Dölle, IPR, 80; Mähnhardt, a. a. O. 28 FN 34).

Durch das Eingreifen der Vorbehaltsklausel wird nicht das gesamte fremde Recht ausgeschaltet, sondern nur der einzelne Rechtssatz, der dem österreichischen ordre public widerspricht („Eine Bestimmung des fremden Rechtes ist nicht anzuwenden, wenn ...“). Das von der einschlägigen Verweisungsnorm für maßgebend erklärt fremde Recht bleibt abzüglich der ordre-public-widrigen Bestimmung anwendbar. Sieht z. B. das

gemäß § 17 Abs. 1 anzuwendende Personalstatut eines ausländischen Verlobten ein Ehehindernis vor, das gegen den österreichischen ordre public verstößt, so ist zwar diese Sachnorm für den österreichischen Rechtsbereich unbeachtlich, die sonstigen Bestimmungen dieses Rechtes über die Voraussetzung der Eheschließung bleiben jedoch maßgebend.

Für die Fälle, in denen dieser Weg nicht gangbar ist, sieht der zweite Satz des § 6 die subsidiäre Anwendung der einschlägigen österreichischen Sachnormen vor. Wenn z. B. das für die Regelung der Pflege und Erziehung eines ehemaligen Kindes maßgebende fremde Recht (§ 24) bestimmt, daß das Kind bei getrennt lebenden Eltern ab einem bestimmten Alter in Pflege und Erziehung des Vaters zu bleiben oder zu kommen hat (bzw. nur mit Zustimmung des Vaters der Pflege und Erziehung der Mutter anvertraut werden darf), ohne daß dabei auf das Kindeswohl Rücksicht genommen werden kann, so wird anstelle dieser mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbaren Bestimmungen (vgl. OGH 7. 11. 1974 EvBl. 1975/161 = JBl. 1975, 375) österreichisches Ersatzrecht anzuwenden sein (Anwendung der §§ 177 ff. ABGB nF; jedoch mit der Maßgabe, daß diese Bestimmungen nur für die Regelung der Pflege und Erziehung heranzuziehen sind; die Frage der väterlichen bzw. elterlichen Gewalt bleibt weiterhin dem fremden Recht unterstellt, sofern es nicht auch diesbezüglich ordre public-widrige Lösungen enthalten sollte). Oder sollte z. B. das auf Grund des Scheidungsstatuts (§ 20) zur Anwendung berufene fremde Recht eine Ehescheidung gegen den Willen eines der Ehegatten nur durch einseitige Verstoßung kennen, so sind anstelle dieses mit dem ordre public nicht vereinbaren Scheidungsrechts die Scheidungsgründe des österreichischen Rechtes maßgebend.

## Zum § 7

Nur selten sind die in den Verweisungsnormen festgelegten Anknüpfungsmomente schon ihrem Wesen nach zeitlich fixiert, wie etwa die für die Anknüpfung im internationalen Deliktsrecht maßgebende Begehungshandlung (§ 48 Abs. 1 erster Satz) oder der Ort der Vornahme einer Rechtshandlung (§ 8). Die meisten Anknüpfungsmomente können vielmehr zeitlichen Änderungen unterliegen, wie die Staatsangehörigkeit, der gewöhnliche Aufenthalt, die Lage einer beweglichen Sache usw. Der vorliegende § 7 gibt nun die Richtschnur an, welche Wirkung einer allfälligen zeitlichen Änderung von Anknüpfungsmomenten zukommt (in der Lehre vielfach als Problem des Statutenwechsels bezeichnet).

Wenn man bedenkt, daß die Änderung eines Anknüpfungsmoments die Anwendung eines anderen Rechtes nach sich zieht als das vorher

maßgebende, liegt es nahe, hier denselben Grundsatz zu befolgen, der im österreichischen Recht — wie auch in den meisten anderen Rechtsordnungen — ganz allgemein für die Rechtsänderung gilt, nämlich daß neues Recht grundsätzlich nicht zurückwirkt (vgl. besonders den § 5 ABGB).

Ein Statutenwechsel wirkt also nur in die Zukunft, während Tatbestände, die sich noch unter der Herrschaft des vor der Änderung der Anknüpfungsmomente maßgebenden Rechtes vollendet haben, durch ihn unberührt bleiben. Diese Einstellung zur Frage des Statutenwechsels entspricht auch der überwiegenden Lehre (s. z. B. Wengler, RabelsZ 1958, 535; Ferid, IPR, 12; Schwind, Handbuch, 34; Neuhäusl, Grundbegriffe<sup>2</sup>, 292; Raape/Sturm, IPR<sup>6</sup> I 26 und 100; vgl. auch den § 6 des Schwind-Entwurfs und den § 7 des Schnitzer-Entwurfs).

Aus diesem Grundsatz kann also z. B. abgeleitet werden, daß bei der Beurteilung der Frage des wirksamen Zustandekommens einer Ehe ausschließlich auf die im Zeitpunkt der Eheschließung gegebenen Anknüpfungsmomente der einschlägigen Verweisungsnormen (hinsichtlich der Form ist es der § 16 des Gesetzesentwurfs, hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen der § 17) abzustellen ist. Ist die Ehe nach der in diesem Zeitpunkt maßgebenden Rechtsordnung rechtswirksam zustande gekommen, so bleibt sie dies auch dann, wenn die Eheleute später Staatsangehörige eines Landes werden, aus dessen Sicht eine Nichtehe vorliegt (ebenso wenig kann durch den Statutenwechsel eine Ehe rechtswirksam werden, wenn sie nach dem im Zeitpunkt der Eheschließung maßgebenden Recht nicht rechtswirksam zustande gekommen ist). Die in den erwähnten §§ 16 und 17 für maßgebend erklärt Anknüpfungsmomente unterliegen also keinem Wandel; diese Verweisungsnormen sind, wie in der Lehre auch gesagt wird, „unwandelbar“, sie enthalten ein „starnes Statut“.

Anders dagegen das auf Grund einer solchen Eheschließung entstandene Dauerrechtsverhältnis, in dem die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten immer neu entstehen. Die für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebende Verweisungsnorm (§ 28) ist also wandelbar, d. h. eine Änderung der dort für maßgebend erklärt Anknüpfungsmomente (etwa nach § 18 Abs. 1 Z. 1 des gemeinsamen Personalstatuts der Ehegatten) ist für den dem Statutenwechsel nachfolgenden Zeitraum zu beachten. Erwirbt z. B. ein schweizerisches Ehepaar die österreichische Staatsbürgerschaft, so ist die Frau für die Zeit vor dem Statutenwechsel zu stehender Unterhaltsanspruch nach schweizerischem Recht zu beurteilen, für die Zeit danach ist das österreichische Recht maßgebend.

Ebenso verhält es sich z. B. bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern (für das nach den §§ 24, 25 Abs. 2 grundsätzlich das Personalstatut des Kindes maßgebend ist) oder bei der Wirkung einer Annahme an Kindesstatt (§ 26 Abs. 2).

Ein anderes Beispiel kann aus dem Sachenrecht genommen werden. Nach französischem Recht kann das Eigentum an einer beweglichen Sache durch bloßen Vertrag begründet werden, eine Übergabe ist nicht notwendig. Schon nach geltendem österreichischem Kollisionsrecht und auch nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf (§ 31 Abs. 1) ist für den Erwerb dinglicher Rechte das Recht des Lageorts (*lex rei sitae*) maßgebend. Wird also eine in Frankreich befindliche Sache gemäß dem französischen Recht durch Verkauf ohne Übergabe gültig übereignet und gelangt sie in der Folge nach Österreich, so bleibt nach den aufgezeigten Grundsätzen das Eigentum des Käufers bestehen, obwohl es in Österreich durch bloße Einigung nicht hätte übergehen können. Anders dagegen der Inhalt des Eigentumsrechts an der Sache: Dieser kann als Dauertatbestand Wandlungen unterworfen sein; hier bewirkt der Gebietswechsel auch eine Änderung des anzuwendenden Rechtes (der § 31 Abs. 2 ist ein wandelbares Statut).

Indem eingangs gesagt worden ist, daß es sich bei dem § 7 um eine Richtschnur handelt, so sollte damit angezeigt werden, daß hier zwar ein das gesamte Kollisionsrecht umspannender allgemeiner Grundsatz vorliegt, zugleich aber ein solcher, von dem aus rechtspolitischen Gründen in einigen Verweisungsnormen des besonderen Teiles Ausnahmen gemacht worden sind. Diese Ausnahmen betreffen sowohl Fälle, in denen ein Statutenwechsel entgegen dem Grundsatz des § 7 ausdrücklich für maßgebend erklärt wird (z. B. §§ 13 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 zweiter Satz), als auch solche, in denen ein starres Statut festgelegt wird, obwohl es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die nach dem Grundsatz des § 7 an sich dem Statutenwechsel zugänglich wären (so z. B. in dem das Ehegüterrecht betreffenden § 19). Darauf wird bei der Erläuterung dieser Bestimmungen besonders eingegangen.

Der Vollständigkeit halber wird in diesem Zusammenhang erwähnt, daß in der Lehre manchmal auch dann von einem Statutenwechsel gesprochen wird, wenn nicht die Anknüpfungsmomente sich ändern, sondern das von der Verweisungsnorm für maßgebend erklärt Sachrecht. Diese Fälle werden jedoch nicht vom vorliegenden § 7 umfaßt. Die Lösung dieser Frage hängt vielmehr von den intertemporalen Regelungen ab, die in der von der Verweisungsnorm für maßgebend erklärt Rechtsordnung bestehen. Verweist eine Kollisionsnorm auf fremdes Recht, so

## 784 der Beilagen

19

ist dieses einschließlich seiner intertemporalen Vorschriften anzuwenden. Hat das maßgebende fremde Recht eine Änderung erfahren, und sehen fremde Recht eine Änderung erfahren, und sehen vor, so ist dies auch aus der Sicht der österreichischen *lex fori* zu beachten, sofern das Ergebnis nicht mit dem österreichischen *ordre public* (§ 6) unvereinbar ist.

## Zum § 8

Schon vor langem hat sich gewohnheitsrechtlich der Rechtssatz „*locus regit actum*“ herausgebildet. Die Regel hat den Sinn, daß die Form eines Rechtsgeschäfts überall als gültig zu betrachten ist, wenn sie dem Recht desjenigen Ortes entspricht, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist. Die Regel dient somit den Verkehrsinteressen: Die Parteien sollen sich bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts hinsichtlich der einzuhalgenden Formvorschriften auf das Ortsrecht verlassen können.

Der Grundsatz „*locus regit actum*“ gilt unbestritten auch schon im geltenden österreichischen Recht, obwohl er im ABGB nicht ausdrücklich verankert ist. Die Verfasser des ABGB haben es, ebenso wie die Verfasser des Allgemeinen preußischen Landrechts und des französischen Code civil, für überflüssig gehalten, diese Regel besonders auszusprechen, weil sie allgemein bekannt gewesen und damit als selbstverständlich vorausgesetzt worden ist (vgl. dazu Zeiller, Kommentar I 44; Walker, IPR 5, 233).

Ist somit der Grundsatz „*locus regit actum*“ am Ausgangspunkt der historischen Entwicklung gestanden, so hat sich später unter dem Einfluß Savignys und Bars die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Form durch die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts bedingt ist und man sie daher nach demselben Recht zu beurteilen hat, dem das Rechtsgeschäft sonst unterliegt (der sogenannten *lex causae* oder dem Wirkungsstatut). Gleichwohl aber hat man daneben — aus dem schon erwähnten Grund des Verkehrsinteresses — den Grundsatz „*locus regit actum*“ beibehalten und demgemäß ein Rechtsgeschäft als formgültig erklärt, wenn entweder das Ortsrecht oder die *lex causae* eingehalten worden ist (so auch das geltende österreichische IPR; s. Walker, IPR 5, 233; Schwind, Handbuch, 284; Dengl, NZ 1977, 2; OGH 8. 11. 1972 SZ 45/119 = EFSIg. 18.332 u. a.).

Dieser Stand der Entwicklung wird auch von nahezu allen kodifizierten Kollisionsrechten und IPR-Entwürfen übernommen (vgl. u. a. Art. 11 EGBGB; Art. 12 des polnischen IPR-Gesetzes, Übersetzung in WGO 1965, 378; Art. 36 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs 1966, Übersetzung in RabelsZ 1968, 543; § 4 des tschechoslowakischen IPR-Gesetzes, Übersetzung in

WGO 1970, 154; § 16 des IPR-Gesetzes der DDR; § 6 Abs. 1 des österreichischen Entwurfes 1914; Art. 10 des Schmitz-Entwurfs; Art. 18 des EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außer-vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, veröffentlicht in RabelsZ 1974, 211; Art. 2315 des französischen Entwurfs; § 7 des Schwind-Entwurfs), und sie hat sich auch für den § 8 dieses Gesetzesentwurfs als Lösung angeboten.

Der § 8 stellt keine Rangordnung auf, die *lex loci actus* und die *lex causae* (also die Rechtsordnung, die auf die Rechtshandlung selbst anzuwenden ist, etwa bei Schuldverträgen das von den §§ 35 ff. für maßgebend erklärte Recht) stehen gleichberechtigt nebeneinander. Ist die Rechtshandlung nach einem der beiden Rechte der Form nach gültig, so genügt dies, um einen allenfalls nach dem anderen Recht gegebenen Formmangel unbeachtet zu lassen. Hierbei ist die Frage, was zur Form im Sinn des § 8 gehört, zunächst auf dem Boden der österreichischen *lex fori* zu lösen.

Da durch diese alternative Verweisung dem Gedanken des *favor negotii* in hinreichender Weise Rechnung getragen wird, hat es weder notwendig noch zweckmäßig geschienen, neben den genannten beiden Rechten auch noch die alternative Anwendung einer dritten Rechtsordnung zuzulassen, wie etwa die des gemeinsamen Personalstatuts der Parteien.

Der Sinn der Verweisung auf das Ortsrecht ginge verloren, wenn sich die Parteien nicht auf die auf die Form bezüglichen Sachnormen dieses Rechtes verlassen könnten, sondern auch allfällige Rück- und Weiterverweisungen zu beachten hätten. Die Rück- und Weiterverweisung soll hier also — als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des § 5 — außer Betracht bleiben. Das wird im § 8 dadurch zum Ausdruck gebracht, daß nicht allgemein auf das „Recht“ des Staates verwiesen wird, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird, sondern ausdrücklich nur auf die „Formvorschriften“ dieses Staates.

Die Regelung des § 8 umfaßt den gesamten Bereich des Zivilrechts. Für manche Bereiche allerdings gelten besondere Bestimmungen. So ist für die Form einer Eheschließung nicht der § 8, sondern die besondere Verweisungsnorm des § 16 maßgebend. Für die Form letztwilliger Verfügungen gilt das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 295/1963 (die in zwischenstaatlichen Vereinbarungen enthaltenen Verweisungsnormen bleiben nach § 53 unberührt). Für die Form der Wechsel- und Scheckerklärungen schließlich gilt weiterhin die Verweisungs-norm des Art. 92 des Wechselgesetzes 1955 bzw. des Art. 62 des Scheckgesetzes 1955 (diese Bestimmungen bleiben nach § 52 des Gesetzesentwurfs unberührt).

Indem der § 8 bewußt nicht allein auf Rechtsgeschäfte abstellt, sondern ganz allgemein von Rechtshandlungen spricht, nimmt er auch zu der in der Lehre umstrittenen Fragen der Ortsform bei Distanzgeschäften Stellung und regelt sie — ebenso wie z. B. der Art. 18 Abs. 1 zweiter Satz des schon erwähnten EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht — im Ergebnis dahin, daß bei einem aus Angebot und Annahme zusammengesetzten Rechtsgeschäft die Formgültigkeit jeder dieser Erklärungen kollisionsrechtlich getrennt zu beurteilen ist. Zwar wird hier die *lex causae* für beide Rechtshandlungen regelmäßig dieselbe sein, die Maßgeblichkeit der Ortsform jedoch bedeutet, daß ein Vertrag jedenfalls dann formgültig ist, wenn das Anbot und die Annahme den Formvorschriften des Ortes genügen, an dem die jeweilige Erklärung abgegeben worden ist (vgl. Schwind, Handbuch, 284).

Auch die Erteilung einer Vollmacht fällt, was die Form angeht, in den Anwendungsbereich des § 8. Die Vollmachterteilung ist somit formgültig, wenn entweder die Formvorschriften des Ortes eingehalten worden sind, an dem die Vollmacht erteilt worden ist, oder wenn die Form dem Recht entspricht, das nach § 49 auf die Stellvertretung im allgemeinen — als *lex causae* — anzuwenden ist (s. dazu u. a. v. C a e m m e r e r, RabelsZ 1959, 201, 213).

Indem im § 8 für die Form einer Rechtshandlung die *lex loci actus* und die *lex causae* gleichberechtigt zur Anwendung berufen werden, heißt das nicht, daß nun in allen Fällen auch immer tatsächlich zwei Rechtsordnungen zur Auswahl stehen müssen. Es kann z. B. sein, daß die *lex causae* notwendigerweise mit der *lex loci actus* zusammenfällt. So ist für sachenrechtliche Verfügungsgeschäfte über in Österreich liegendes unbewegliches Gut die *lex causae* nach § 31 Abs. 1 dieses Gesetzesentwurfs das österreichische Recht (für die den Rechtsgrund bildenden schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfte allerdings gelten die §§ 35 ff.). Aber auch als *lex loci* kann hier nur das österreichische Recht in Betracht kommen, weil für bürgerliche Rechte als modus acquirendi die Einverleibung in das Grundbuch notwendig ist (nach der Rechtsprechung des OGH geht das Recht mit dem Zeitpunkt über, in dem der Antrag auf Einverleibung beim Grundbuchsgericht einlangt, unter der Voraussetzung, daß die Einverleibung später auch tatsächlich vollzogen wird; s. OGH 18. 11. 1959 JBl. 1960, 295 = SZ 32/151; 22. 9. 1966 EvBl. 1967/72 = SZ 39/152). Die für eine Einverleibung in das inländische Grundbuch erforderlichen Urkunden müssen daher immer den besonderen Vorschriften des österreichischen Rechtes genügen, auch wenn sie im

Ausland errichtet worden sind (vgl. Schwind, Handbuch, 285).

#### Zum § 9

Für die Bereiche des Personen-, Familien- und Erbrechts wird in zahlreichen Verweisungsnormen dieses Gesetzesentwurfs das Personalstatut einer Person für maßgebend erklärt. Es ist daher notwendig, im allgemeinen Teil den Inhalt dieses Begriffes festzulegen. Bezüglich des Personalstatuts einer natürlichen Person geschieht dies im vorliegenden § 9, vom Personalstatut einer juristischen Person handelt der § 10.

Die einzelnen nationalen Kollisionsrechte sind in der Frage der Bestimmung des Personalstatuts einer natürlichen Person in zwei Gruppen gespalten. Während die einen (darunter die meisten kontinental-europäischen Rechtsordnungen) der Staatsangehörigkeit den Vorzug geben, stellen die anderen (vor allem die angelsächsischen Rechtsordnungen und einige skandinavische Staaten) auf den Wohnsitz ab (wobei unter diesem Begriff allerdings nicht überall dasselbe verstanden wird).

Indem der vorliegende Entwurf nun eine lange zurückreichende österreichische Rechtstradition fortführt und bei der Festlegung des Personalstatuts auf die Staatsangehörigkeit abstellt (Abs. 1 erster Satz) und das Domizilrecht nur insoweit maßgebend sein läßt, als das Heimatrecht auf dieses verweist (§ 5), so sind dafür verschiedene Gründe maßgebend:

Wird die Zugehörigkeit zu einem Staat nicht nur als ein auf tatsächlichen Umständen beruhendes Verhältnis, sondern auch als ein den Staat und den Staatsbürger verpflichtendes Treueverhältnis angesehen, so sollte nicht schon die Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts außerhalb des Staatsgebietes genügen, das Band zum Heimatstaat in wichtigen Rechtsbeziehungen zu zerschneiden. Dieser Auffassung der Staatsbürgerschaft entspricht es, wenn viele Österreicher, die seit Jahrzehnten im Ausland leben, die österreichische Staatsbürgerschaft beibehalten haben, obwohl sie längst die Möglichkeit gehabt hätten, die Staatsangehörigkeit ihres Wohnsitzes zu erwerben. Ähnlich verhält es sich bei vielen Ausländern, die seit Jahren, manchmal schon in der zweiten oder dritten Generation, in Österreich leben. In diesem Verhalten kann der Wunsch gesehen werden, weiterhin — wenigstens auf den wichtigsten Gebieten des Personen-, Familien- und Erbrechts — nach dem Recht der Staatsbürgerschaft beurteilt zu werden.

Dazu kommt, daß die Staatsangehörigkeit in aller Regel leicht und rasch festgestellt werden kann; nur in Kriegs- und Nachkriegszeiten ergeben sich hier größere Schwierigkeiten. Die Feststellung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts hingegen ist bei den heutigen

## 784 der Beilagen

21

Wirtschafts- und Sozialverhältnissen und der damit verbundenen zunehmenden Mobilität der Menschen oft mit großen Unsicherheiten belastet.

Da sich der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt im Leben mancher Personen des öfteren ändert, würde eine Maßgeblichkeit dieser Anknüpfungsmomente in zahlreichen Fällen zu wiederholtem Statutenwechsel führen, was praktische Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung zur Folge haben könnte. Bei einem auf die Staatsangehörigkeit abgestellten Personalstatut haben es die Parteien überdies weit weniger leicht in der Hand, die Frage des anzuwendenden Rechtes in ihrem Sinn zu manipulieren, als dies bei einer Bevorzugung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts möglich wäre. In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, daß sich der VII. Kongreß der Internationalen Union des lateinischen Notariats im Jahr 1963 für die Beibehaltung des Staatsangehörigkeitsgrundsatzes ausgesprochen hat (s. RabelsZ 1964, 490).

Schließlich darf auch nicht außer acht gelassen werden, daß, würde Österreich zum Wohnsitzprinzip (bzw. der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt) übergehen, ein Gegensatz gerade zu denjenigen Staaten entstünde, im Verhältnis zu denen der internationale Rechtsverkehr besonders stark ist. Mit Ausnahme der Schweiz haben die Nachbarstaaten Österreichs in ihren Kollisionsrechten den Staatsangehörigkeitsgrundsatz meist in scharfer Ausprägung angenommen. Dies gilt vor allem für die Nachbarstaaten im Osten und Süden. Auch die Verweisungsnormen des deutschen EGBGB gehen von der Staatsangehörigkeit aus; zwar sind in der Bundesrepublik Deutschland schon seit längerem Arbeiten zur Neugestaltung des Kollisionsrechts im Gang, der Zeitpunkt ihrer Verwirklichung ist aber noch ungewiß.

Gehört eine Person freilich einem Staat an, der in seinem IPR vom Domizilgrundsatz (bzw. Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt) ausgeht, so ist dies auf Grund der im § 5 festgelegten Maßgeblichkeit der Rück- und Weiterverweisung auch für den österreichischen Rechtsbereich zu beachten. Wohnt also z. B. ein Däne — dessen Heimatstaat die Handlungsfähigkeit nach dem Wohnsitzrecht beurteilt — in Österreich, so ist seine Handlungsfähigkeit auch aus der Sicht des österreichischen Rechtes nach den §§ 9 und 12 in Verbindung mit dem § 5 nach österreichischem Recht zu beurteilen.

Der Staatsangehörigkeitsgrundsatz bedarf einer Ergänzung, wenn eine Person zwei oder mehrere Staatsangehörigkeiten hat. Solche Fälle kommen öfter vor, die Gründe dafür können verschieden sein: etwa wenn ein Kind mit seiner Geburt sowohl die Staatsangehörigkeit seiner Eltern als auch die des Geburtsorts erwirbt, wenn ein

Kind von Eltern mit mehrfacher Staatsangehörigkeit abstammt, wenn eine Frau durch Eheschließung die Staatsangehörigkeit des Mannes erwirbt, ohne dadurch ihre bisherige zu verlieren usw. Der Entwurf unterscheidet hier zwei Fälle:

Ist unter den mehreren Staatsangehörigkeiten auch die österreichische, so geht diese vor (Abs. 1 zweiter Satz). Diese Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigkeit entspricht der in den meisten Staaten überwiegend vertretenen Lösung (bezüglich der österreichischen Judikatur s. zuletzt OGH 17. 12. 1976 EvBl. 1977/141; rechtsvergleichend s. Raape/Sturm, IPR<sup>6</sup> I 134).

Bezüglich der anderen Mehrstaater — also der Personen, bei denen ausschließlich fremde Staatsangehörigkeiten zusammentreffen — übernimmt der dritte Satz des Abs. 1 den Grundsatz der so genannten „effektiven“ Staatsangehörigkeit; maßgebend ist die Staatsangehörigkeit des Staates, zu der die Person die stärkste Beziehung hat. Feste Regeln, wie dies im Einzelfall festzustellen ist, können nicht aufgestellt werden. Vielmehr muß in jedem einzelnen Fall den tatsächlichen Lebensverhältnissen Rechnung getragen werden, um unter Berücksichtigung aller Verknüpfungen der Person mit jedem ihrer Heimatstaaten die stärkste Staatsangehörigkeit zu ermitteln. Es sind dabei alle Tatsachen zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen, die für die Lebensverhältnisse der Person von maßgebender Bedeutung sind, so vor allem der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt, der Zeitpunkt des Erwerbes der einzelnen Staatsangehörigkeiten, aber auch die wirtschaftlichen Bindungen dieser Personen, ihre Erziehung und Sprache, die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse (Wahlrecht) und Funktionen (Wehrdienst) in einem der mehreren Heimatstaaten usw. (vgl. OGH 20. 6. 1974 SZ 47/79 und die dort angeführte Literatur).

Da der Staatsangehörigkeitsgrundsatz bei Staatenlosen versagt, bestimmt der Abs. 2 als Personalstatut dieser Personen das Recht des Staates, in dem der Staatenlose seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese Lösung ist bereits durch den § 17 der 4. DVÖEheG vorgezeichnet, dessen Anwendung sich in der Praxis bewährt hat.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß das Ministerkomitee des Europarats am 18. Jänner 1972 die Entschließung (72) I zur Vereinheitlichung der Rechtsgrundbegriffe „Wohnsitz“ und „Aufenthalt“ angenommen hat; ihre Regel Nr. 9 lautet:

„Für die Frage, ob ein Aufenthalt als gewöhnlicher Aufenthalt anzusehen ist, sind die Dauer und die Beständigkeit des Aufenthalts sowie

andere Umstände persönlicher oder beruflicher Art zu berücksichtigen, die dauerhafte Beziehungen zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt anzeigen.“

In der Z. 56 der amtlichen Erläuterungen wird diese Regel ausführlich begründet. Eine vom Bundesministerium für Justiz hergestellte Übersetzung der Entschließung und ihrer Erläuterungen ist mit einer Einleitung von L o e w e in ÖJZ 1974, 144 veröffentlicht. Diese Entschließung wird bei der Auslegung der Begriffe „Wohnsitz“ und „gewöhnlicher Aufenthalt“ als maßgebende Richtschnur dienen können.

Um die Verweisungsnorm nicht zu sehr zu belasten, ist von einer ausdrücklichen Regelung des in der Praxis seltenen Falles, daß ein Staatenloser keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, abgesehen worden. Sollten sich einmal tatsächlich solche Fälle ergeben, so kann sich als stärkste Beziehung (§ 1 Abs. 1) die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt anbieten.

Daß im Abs. 2 auch Personen mit ungeklärter Staatsangehörigkeit hinsichtlich des Personalstatus den Staatenlosen gleichgestellt werden, bedarf keiner näheren Begründung (vgl. auch den § 3 StbG 1965).

Der Abs. 3 betrifft das Personalstatut der Flüchtlinge. Die in dieser Bestimmung bezogenen internationalen Übereinkommen sind derzeit die Genfer Konvention vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und das Protokoll vom 31. Jänner 1967, BGBl. Nr. 78/1974, über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. Daß hier, anders als im Abs. 2, zunächst an den Wohnsitz und erst in zweiter Linie an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird, hat seinen Grund nicht in einer unterschiedlichen rechtspolitischen Wertung, sondern ausschließlich im Art. 12 Abs. 1 der Flüchtlingskonvention, wo als primäre Anknüpfung eben der Wohnsitz festgelegt ist (und subsidiär an den „Aufenthalt“ angeknüpft wird). Dieser für Österreich als einen Mitgliedstaat des Übereinkommens verbindlichen Regelung mußte der Entwurf folgen. Subsidiär wird im Abs. 3 an den „gewöhnlichen Aufenthalt“ angeknüpft, weil dieser Rechtsbegriff dem im authentischen englischen und französischen Text des Art. 12 Abs. 1 der Flüchtlingskonvention enthaltenen Begriff „residence“ bzw. „résidence“ weit mehr entspricht als dem in der deutschsprachigen Übersetzung verwendeten Ausdruck „Aufenthalt.“

Da nicht abzusehen ist, welche historischen Entwicklungen noch eintreten, denen zufolge die Beziehungen einer Person zu ihrem Heimatstaat aus Gründen abbrechen, die zwar nicht der Flüchtlingskonvention entsprechen, diesen aber an Gewicht gleichkommen, sind zur Sicherheit

auch diese Fälle ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Abs. 3 einbezogen worden.

Der rechtspolitische Sinn, bei Flüchtlingen statt an die Staatsangehörigkeit an den Wohnsitz bzw. den gewöhnlichen Aufenthalt anzuknüpfen, ginge verloren, wenn eine allfällige Weiterverweisung (§ 5) des Wohnsitzrechts auf das Recht des Heimatstaates beachtet werden müßte. Im letzten Halbsatz des Abs. 3 wird eine solche Verweisung daher ausdrücklich für unbeachtlich erklärt (vgl. S c h w i m m a n n, JBl. 1978, 8 f.). Hier liegt also eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Beachtlichkeit von Rück- und Weiterverweisung (§ 5) vor.

#### Zum § 10

Bei der Festlegung des Personalstatuts einer juristischen Person folgt der Entwurf der in Österreich — wie in den meisten kontinental-europäischen Rechtsordnungen — herrschenden Sitztheorie (vgl. dazu ausführlich D o r a l t, JBl. 1969, 181, 186 mit weiteren Nachweisen; S c h w i n d, Handbuch, 133 und 137). Es wird das Recht des Staates für maßgebend erklärt, in dem die juristische Person den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung hat. Eine im Kollisionsrecht des Sitzstaates begründete Weiterverweisung auf das Recht eines anderen Staates ist allerdings nach der allgemeinen Regel des § 5 zu beachten.

Nach dem Recht des Sitzstaates bestimmt sich also z. B. die Frage der Entstehung und des Untergangs einer juristischen Person, ihre Verfassung und Organisation, ihre Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (vgl. § 12), usw.

Der vorliegende Entwurf folgt somit nicht der — hauptsächlich in den angelsächsischen Ländern verbreiteten — Gründungstheorie, die an diejenige Rechtsordnung anknüpft, nach der die juristische Person errichtet worden ist. Wollte man sich dieser Theorie anschließen, so müßten wohl zahlreiche und teilweise sehr ins einzelne gehende Einschränkungen vorgesehen werden, um die Gefahr von Gesetzesumgehungen und unlauteren Manipulationen auszuschließen oder doch wenigstens weitgehend zu mindern.

Nicht übernommen wird auch die sogenannte Kontrolltheorie, die für eine juristische Person das Heimatrecht derjenigen natürlichen Personen für maßgebend erklärt, die die juristische Person tatsächlich beherrschen. Diese Auffassung mag für fremdenrechtliche Vorschriften ein sachgerechter Maßstab sein, für das Kollisionsrecht dagegen ist sie kaum geeignet.

Für die Sitztheorie spricht demgegenüber, daß es sich hier um den Staat handelt, der durch den Bestand der juristischen Person am meisten betroffen ist. Seine Wirtschaft hängt innig mit

der Entwicklung der auf seinem Gebiet tätigen juristischen Personen zusammen. Das moderne Gesellschaftsrecht, besonders das Recht der Kapitalgesellschaften, enthält daher in zunehmendem Maß Vorschriften zur Durchsetzung ganz bestimmter wirtschaftlicher Ordnungsvorstellungen. Schließlich entspricht es auch dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsgleichheit, alle juristischen Personen mit dem Sitz der Hauptverwaltung im selben Staat auch demselben Recht zu unterstellen.

Aus denselben Gründen, die zur Ablehnung der Gründungstheorie führen, wird auch nicht an den statutarischen Sitz angeknüpft, sondern an den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung, also an den Ort, an dem die Zentralverwaltung tatsächlich geführt wird (auch dies im Sinn der überwiegenden neueren österreichischen Lehre; vgl. dazu Kastner, OJZ 1956, 485; derselbe, Verhandlungen des 2. österreichischen Juristentags I/5 [1964] 40; Köhler, IPR<sup>3</sup>, 40; Doraalt a.a.O. 188; ebenso wie der vorliegende Gesetzesentwurf auch § 8 Abs. 2 des Schwind-Entwurfs).

Es ist zweckmäßig, der Regel des § 10 auch die sonstigen Personen- und Vermögensverbindungen, die Träger von Rechten und Pflichten sein können, zu unterstellen — also etwa die Personengesellschaften des österreichischen Handelsrechts oder den österreichischen ruhenden Nachlaß —, überdies auch deshalb, weil solcherart Qualifikationsschwierigkeiten vermieden werden, wenn Rechtsordnungen im Spiel sind, die die Einrichtung der juristischen Person in der dem österreichischen Recht vertrauten Form nicht kennen. Zudem wird es dadurch entbehrlich, die Analogie bemühen zu müssen, wenn es um Gebilde geht, denen der Sitzstaat zwar nicht volle Rechtspersönlichkeit einräumt, aber doch zumindest die Fähigkeit, Träger von einzelnen Rechten und Pflichten zu sein.

Das Bekenntnis zur Sitztheorie soll freilich nicht ausschließen, daß, wenn besondere Umstände es zweckmäßig erscheinen lassen, zwischenstaatliche Vereinbarungen geschlossen werden, die andere Anknüpfungstatsachen als den Sitz der Hauptverwaltung vorsehen (die derzeit im Verhältnis zwischen Österreich und einigen Staaten bestehenden zwischenstaatlichen Vereinbarungen auf diesem Gebiet sind allerdings ebenfalls weitgehend von der Sitztheorie geprägt).

### Zum § 11

In den Verweisungsnormen betreffend das eheleiche Güterrecht und das Schuldrecht wird es den Parteien freigestellt, das anzuwendende Recht selbst zu bestimmen (§ 19 bzw. § 35 Abs. 1). Im Ehegüterrecht und im Arbeitsvertragsrecht muß eine solche Rechtswahl, um wirksam zu sein, ausdrücklich erklärt werden

(§ 19 bzw. § 44 Abs. 3), im internationalen Schuldrecht (mit Ausnahme des Arbeitsvertragsrechts) ist auch die schlüssige Rechtswahl beachtlich. Da es sich hier somit um ein Anknüpfungsmoment handelt, das gleich mehrere Rechtsgebiete umspannt, ist es zweckmäßig, in den allgemeinen Bestimmungen einige Grundsätze festzulegen, die im Zusammenhang mit der Rechtswahl zu beachten sind.

Zunächst ist festzuhalten, daß es sich bei der von den erwähnten Verweisungsnormen für zulässig erklärten Rechtswahl im Sinn der heute allgemein herrschenden Lehre um die sogenannte kollisionsrechtliche Parteiautonomie handelt: sie wirkt nicht nur für den Bereich der dispositiven Bestimmungen des kraft objektiver Anknüpfung (d. h. bei Fehlen einer Rechtswahl) zur Anwendung berufenen Rechtes, sondern es können auch die zwingenden Bestimmungen dieses sonst maßgebenden Rechtes durch das von den Parteien gewählte Recht ersetzt werden (vgl. dazu die Begründung zum § 9 des Schwind-Entwurfs, ZfRV 1971, 206; Vischer in Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht I [1966] 666; Dölle, IPR, 113; v. Hoffmann, RabelsZ 1974, 396; Neuhäus, Grundbegriffe<sup>2</sup>, 259; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 290). Nur in einzelnen Fällen ist in diesem Gesetzesentwurf aus besonderen rechtspolitischen Gründen ausdrücklich angeordnet worden, daß die zwingenden Bestimmungen der objektiv berufenen Rechtsordnung durch eine Rechtswahl nicht berührt werden dürfen (s. § 41 Abs. 2, § 42 Abs. 2 und § 44 Abs. 3; darauf wird in den Erläuterungen zu diesen Bestimmungen näher eingegangen).

Ob und in welchem Ausmaß die kollisionsrechtliche Parteiautonomie zulässig ist, ergibt sich ausschließlich aus dem inländischen internationalen Privatrecht, also aus den schon oben erwähnten Verweisungsnormen (§§ 19, 35 Abs. 1, § 41 Abs. 2, § 42 Abs. 2 und § 44 Abs. 3) in Verbindung mit dem vorliegenden § 11. Unmaßgeblich ist, ob auch das bei Fehlen einer Rechtswahl zur Anwendung berufene Recht (vgl. z. B. bezüglich der Schuldverträge die §§ 36 ff.) die Rechtswahl zuläßt; ebensowenig kommt es darauf an, ob die gewählte Rechtsordnung die kollisionsrechtliche Parteiautonomie zuläßt (vgl. u. a. Schwind, Handbuch, 290).

Wegen der erwähnten besonderen Eigenschaft der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, daß das gekürzte Recht auch an die Stelle der zwingenden Bestimmungen der sonst maßgebenden Rechtsordnung tritt, wird immer wieder die Frage gestellt, wo die Grenze gezogen werden soll, um einerseits missbräuchliche Gesetzesumgehungen hintanzuhalten und um andererseits die Wahlfreiheit der Parteien nicht ungebührlich zu beschränken. Von einem Teil der Lehre und in manchen kodifizierten Kollisionsrechten (wie z.

B. im Art. 25 § 1 des polnischen IPR-Gesetzes) wird zu diesem Zweck verlangt, daß zwischen der gewählten Rechtsordnung und dem kollisionsrechtlich zu beurteilenden Sachverhalt ein Zusammenhang bestehen muß. Im vorliegenden Entwurf wird diese Einschränkung bewußt nicht gemacht (ebenso § 9 des Schwind-Entwurfs, § 34 des Hoyer-Entwurfs und Art. 2 des EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht). Es kann nämlich vorkommen, daß den Parteien daran gelegen ist, eine dritte, für ihre Beziehungen sozusagen neutrale Rechtsordnung als maßgebend zu bezeichnen; etwa das österreichische Recht bei der Lieferung aus der Schweiz nach Jugoslawien (meist auch im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Zuständigkeit eines österreichischen Gerichtes oder eines in Österreich tagenden Schiedsgerichts). Manchmal handelt es sich auch um das Recht eines Staates, das für den Gegenstand des von den Parteien geschlossenen Vertrages besonders genaue Regeln ausgebildet hat und das die Parteien deshalb ihrer Vertragsbeziehung zugrunde legen wollen (vgl. Gamillscheg, AcP 1958-59, 312; Neuhäusl, Grundbegriffe<sup>2</sup>, 258 f.). Nicht aufgenommen wurde auch die z. B. im Art. 51 des Schnitzer-Entwurfs enthaltene Formel, nach der die kollisionsrechtliche Rechtswahl nur insoweit zugelassen wird, als sie „keinen Rechtsmißbrauch darstellt“. Diese Einschränkung scheint zu unbestimmt, um der Praxis als verlässliche Richtschnur zu dienen. Sie könnte auch geeignet sein, ängstliche Zweifel dort zu wecken, wo solche — bedenkt man, daß Fälle einer „ungehörigen“ Rechtswahl bisher kaum bekanntgeworden sind — wirklich nicht am Platz wären (vgl. in diesem Zusammenhang auch Schwinn, JBl. 1978, 9 f.).

Wenn die Parteien ausdrücklich oder schlüssig ein bestimmtes Recht als anwendbar bezeichnen, werden sie damit in aller Regel die Sachnormen dieses Rechtes meinen und nicht auch dessen Kollisionsnormen (die allenfalls zu einer anderen Rechtsordnung führen). Hätten sie die durch die Verweisungsnormen der gewählten Rechtsordnung bestimmte Normengruppe wählen wollen, so hätten sie das wohl regelmäßig unmittelbar getan und nicht auf Umwegen. Deshalb ist es zweckmäßig, im Abs. 1 die (widerlegliche) Vermutung aufzustellen, daß die Rechtswahl nicht auch die Verweisungsnormen der gewählten Rechtsordnung umfaßt.

Die Abs. 2 und 3 betreffen die nachträgliche Rechtswahl. Bis zur Einleitung eines Verfahrens kann sie wirksamerweise sowohl ausdrücklich als auch schlüssig getroffen werden (im Ehegüterrecht und im Arbeitsvertragsrecht kommt allerdings gemäß §§ 19 bzw. 44 Abs. 3 nur die aus-

drückliche Rechtswahl in Betracht). Dagegen ist eine in einem anhängigen Verfahren bloß schlüssig getroffene Rechtswahl unbeachtlich (Abs. 2). Wollen die Parteien auch noch im Verfahren von der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie Gebrauch machen, so müssen sie dies, und zwar bis zum Schluß der Verhandlung in der Tatsacheninstanz, durch übereinstimmende ausdrückliche Erklärung tun.

Für die weitgehende Zulässigkeit nachträglicher Rechtswahl sprechen besonders folgende Gründe: Im internationalen Schuldrecht sind die Fälle einer nachträglichen Rechtswahl nicht selten. Es kommt vor, daß die Parteien zunächst nur den schuldrechtlichen Vertrag schließen und später, wenn ihnen Zweifel gekommen sind, in einem Nachtrag das anzuwendende Recht festlegen. Oft wollen sie auch nachträglich einen Gerichtsstand vereinbaren und es kann ihnen daran gelegen sein, gleichzeitig zu bestimmen, daß das Gericht nach dem Sachrecht seiner eigenen lex fori zu entscheiden habe. In manchen Fällen wieder wird schon vom Wesen des Sachverhalts her die Rechtswahl regelmäßig eine nachträgliche sein: so in der Regel im internationalen Deliktsrecht, wo die objektiv zur Anwendung berufene Rechtsordnung bereits mit der Verursachung des Schadens festliegt, die Parteien später aber aus bestimmten Gründen die Anwendung eines anderen Rechtes bevorzugen.

Oftmals wird den Parteien die Zweckmäßigkeit einer Rechtswahl erst im Prozeß bewußt, so etwa, wenn sich abzeichnet, daß die Ermittlung des auf Grund objektiver Anknüpfung berufenen fremden Rechtes zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde; in manchen dieser Fälle kann den Parteien daran gelegen sein, durch Vereinbarung der lex fori eine raschere Entscheidung in der Sache zu erreichen.

Die Bejahung der nachträglichen Rechtswahl folgt somit aus der Überlegung, daß, wenn nun schon einmal den Parteien aus guten Gründen die Freiheit gelassen wird, in bestimmten Rechtsbereichen das anzuwendende Recht selbst zu bestimmen, es dann keinen Unterschied macht, ob sie davon sogleich Gebrauch machen oder erst später. Die nachträgliche Wahl ist nicht minder gerechtfertigt als die anfängliche, denn die Notwendigkeit, das anzuwendende Recht zu bestimmen, kann sich für die Parteien, wie aufgezeigt, im Zeitpunkt der Vertragschließung ebensogut ergeben wie nachher (in diesem Sinn auch Art. 3 des EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht; s. auch Gamillscheg, AcP 1958-59, 312; Neuhäusl, Grundbegriffe<sup>2</sup>, 262; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 291). Die Parteien können also nachträglich entweder erstmals eine andere Rechtsordnung zur Anwendung berufen, als die auf Grund der ob-

## 784 der Beilagen

25

jektiven Anknüpfung maßgebend wäre, sie können aber auch eine ursprüngliche Rechtswahl wieder rückgängig machen und es dabei im Ergebnis bei der objektiven Anknüpfung belassen, und schließlich können sie auch anstelle des ursprünglich gewählten Rechtes später ein anderes vereinbaren.

Die Regelung, daß eine im anhängigen Verfahren getroffene Rechtswahl nur wirksam ist, wenn sie ausdrücklich getroffen wird, ist aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt. Würde man im Prozeß auch die schlüssige Rechtswahl zulassen, so wäre es z. B. zweifelhaft, ob eine vom Prozeßgegner nicht gerügte Bezugnahme des Klägers auf ein von der objektiven Anknüpfung abweichendes anderes Recht bereits als schlüssiges Einverständnis der Parteien bezüglich der Anwendung dieses Rechtes aufzufassen ist.

Es würde bereits aus allgemeinen Grundsätzen folgen, daß in allen diesen Fällen einer nachträglichen Rechtswahl die Rechtsstellung Dritter nicht beeinträchtigt werden kann (etwa die des Haftpflichtversicherers bei einer Rechtswahl zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtigen; s. Raape in Boehler-FS 1954, 111; Gamillscheg, AcP 1958-59, 313; W. Lorenz, RabelsZ 1968, 179; Neuhauß, Grundbegriffe<sup>2</sup>, 262). Um in dieser Hinsicht jedoch keine Zweifel aufkommen zu lassen, empfiehlt sich eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz (Abs. 3; s. dazu auch Schwimann, JBl. 1978, 10).

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß die Anwendung des von den Parteien gewählten fremden Rechtes genauso seine Schranke am inländischen ordre public findet (§ 6) wie jedes andere von einer Verweisungsnorm für maßgebend erklärt Recht.

### Zum § 12

Die vorliegende Verweisungsnorm, die — so wie bereits das geltende österreichische Kollisionsrecht — für die Rechts- und die Handlungsfähigkeit das Personalstatut für maßgebend erklärt, betrifft sowohl die natürlichen als auch die juristischen Personen (einschließlich der diesen gleichzuhaltenden Gebilde; s. dazu § 10).

Kollisionsrechtliche Fragen, die die Rechtsfähigkeit betreffen, spielen bei den natürlichen Personen in der Praxis eine geringere Rolle als bei juristischen Personen (s. dazu die Erläuterungen zum § 10), denn die Rechtsordnungen aller Kulturstaaten gewähren grundsätzlich allen Menschen die Rechtsfähigkeit, also die Fähigkeit, Personen im Rechtssinn und damit Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Allerdings wird zuweilen die Frage des Beginnes der Rechtspersönlichkeit eines Menschen verschieden gelöst; so wird z. B. im französischen Recht als Voraus-

setzung der Rechtsfähigkeit nicht nur die vollendete Geburt, sondern auch die Lebensfähigkeit verlangt. Solche Fälle können etwa im Zusammenhang mit einer Erbfolge kollisionsrechtliche Bedeutung erlangen. Ob die das Ende der Rechtsfähigkeit eines Menschen betreffenden sogenannten Kommorientenpräsumtionen ebenfalls nach der vorliegenden Verweisungsnorm zu beurteilen sind oder — wegen der Einordnung der einschlägigen österreichischen Bestimmung im Todeserklärungsrecht (§ 11 Todeserklärungsgesetz 1950) — nach der die Todeserklärung betreffenden Verweisungsnorm (§ 14), kann dahinstehen, weil beide Verweisungsnormen gleichermaßen das Personalstatut zur Anwendung berufen.

Die in der Lehre nicht einheitlich beantwortete Frage, ob die für die Handlungsfähigkeit maßgebende Verweisungsnorm auch den Bestand und den Umfang der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der Eltern minderjähriger Kinder betrifft oder ob dafür nicht die das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern betreffende Verweisungsnorm gilt, kann hier dahinstehen, weil das entworfene Bundesgesetz, abweichend vom geltenden Recht, auch für die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kind (wie überdies auch für die Vormundschaft) grundsätzlich das Personalstatut des Kindes für maßgebend erklärt (vgl. §§ 24, 25 Abs. 2 und § 27 Abs. 1).

Die aus einer Entmündigung sich ergebende Beschränkung der Handlungsfähigkeit ist eine unmittelbare Wirkung der Entmündigung und daher nach der dafür maßgebenden Verweisungsnorm des § 15 zu beurteilen (der in seinem zweiten Halbsatz eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit des Personalstatuts vorsieht). Für die Ehemündigkeit wieder gilt der die Voraussetzungen der Eheschließung betreffende § 17 (was allerdings auf dasselbe hinausläuft, weil auch diese Verweisungsnorm auf das Personalstatut abstellt).

Stellt sich die Frage der Handlungsfähigkeit im Zusammenhang mit einem schuldrechtlichen oder eheguterrechtlichen Vertrag, so geht der § 12 dem sogenannten Wirkungsstatut vor (der Rechtsordnung also, die auf Grund der §§ 35 ff. bzw. des § 19 für den Vertrag selbst maßgebend ist). Wenn freilich das Kollisionsrecht der vom § 12 zur Anwendung berufenen fremden Rechtsordnung diese Frage anders löst und etwa das für den Vertrag maßgebende Recht auch über die Handlungsfähigkeit der Vertragsparteien entscheiden läßt (wie z. B. im angelsächsischen Rechtskreis), so ist dies auch aus der Sicht der österreichischen lex fori zu beachten. Dies kann genauso zu einer Rück- oder Weiterverweisung führen (§ 5), als wenn das Heimatrecht der betreffenden Person etwa auf das Recht des Wohnsitzstaates verwiese.

Die auf internationale Vereinbarungen zurückgehenden besonderen Verweisungsnormen betreffend die Fähigkeit zur Eingehung von Wechsel- und Scheckverbindlichkeiten (Art. 91 des Wechselgesetzes 1955 bzw. Art. 60 des Scheckgesetzes 1955) werden nach § 52 des Entwurfes durch den vorliegenden § 12 nicht berührt.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß in den Anwendungsbereich des § 12 auch die Frage der Volljährigkeit fällt. Aus den im § 7 festgelegten Grundsätzen über die Wirkungen eines Statutenwechsels ergibt sich, daß, solange eine Person noch nicht volljährig ist, es auf ihr jeweiliges Personalstatut ankommt, ab wann die Volljährigkeit eintritt. Erwirbt also z. B. ein 14jähriger Ausländer die österreichische Staatsbürgerschaft und behält er diese bei, so wird er mit 19 Jahren volljährig, auch wenn sein vorheriges Heimatrecht den Eintritt der Volljährigkeit für einen früheren oder späteren Zeitpunkt vorsehen sollte. Wird ein 20jähriger Ausländer österreichischer Staatsbürger, so erlangt er mit dem Zeitpunkt der Einbürgerung für den österreichischen Rechtsbereich die Volljährigkeit, auch wenn er nach dem früheren Heimatrecht erst mit 21 Jahren volljährig würde. Ist nach diesen Grundsätzen eine Person nun aber einmal volljährig geworden, so ist für sie der Zustand verminderter Handlungsfähigkeit endgültig vorbei, so daß ein späterer Statutenwechsel nicht mehr in der Lage ist, die einmal erworbene volle Handlungsfähigkeit zu mindern (etwa wenn ein 20jähriger Österreicher die Staatsangehörigkeit eines Landes erwirbt, nach dessen Recht die Volljährigkeit erst mit 21 Jahren eintritt, oder wenn ein 18jähriger — und damit bereits volljähriger — Jugoslawe österreichischer Staatsbürger wird). Es handelt sich hier um den alten und auch in Österreich allgemein anerkannten Rechtsatz „semel maior semper maior“ (vgl. u. a. Walker, IPR<sup>5</sup>, 128; Köhler, IPR<sup>3</sup>, 41; Mähardt, Das internationale Personen- und Familienrecht Österreichs, 31; Schwind, Handbuch, 120), der wegen des allgemeinen Grundsatzes des § 7 im § 12 nicht noch besonders verankert werden mußte.

Nicht aufgenommen wurde eine dem Art. 7 Abs. 3 EGBGB entsprechende Bestimmung, wonach ein nach seinem Personalstatut geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Ausländer für im Inland geschlossene Rechtsgeschäfte als geschäftsfähig gilt, wenn er nach inländischen Gesetzen geschäftsfähig wäre. Dieses Problem hat in Österreich bisher keine praktische Bedeutung erlangt. Auch in der Bundesrepublik Deutschland sind Anwendungsfälle der erwähnten Bestimmung nicht bekannt geworden; der Deutsche Rat für internationales Privatrecht hat denn auch vorgeschlagen, die Bestimmung ersatzlos zu streichen.

### Zum § 13

Der Name eines Menschen ist so eng mit dessen Persönlichkeit verbunden, daß es sachgerecht ist, ihn immer dem Personalstatut des Namensträgers zu unterstellen (Abs. 1). Dieses Recht soll also nicht nur darüber bestimmen, welchen Namen jemand auf Grund seiner Geburt zu führen hat, sondern auch, ob eine Person im Zusammenhang mit bestimmten familienrechtlichen Vorgängen, wie etwa der Eheschließung, der Scheidung, der Annahme an Kindesstatt usw. ihren bisherigen Namen verliert und einen neuen Namen erwirbt.

Eine andere Meinung geht dahin, auf die Ableitung des Namens aus familienrechtlichen Tatbeständen nicht das Personalstatut des Namensträgers anzuwenden, sondern die jeweilige Verweisungsnorm, die den familienrechtlichen Tatbestand selbst beherrscht. So wird etwa der Name, den eine Frau nach ihrer Verehelichung zu führen hat, von einem Teil der Lehre nach dem für die persönlichen Ehewirkungen maßgebenden Recht beurteilt. Daß der vorliegende Entwurf diese Auffassung nicht übernimmt, soll durch den letzten Halbsatz („auf welchem Grund auch immer der Namenserwerb beruht“) klargestellt werden.

Für diese Lösung, die sich auf eine länger zurückreichende österreichische Rechtstradition stützen kann (Walker, IPR<sup>5</sup>, 113; Ehrenzweig, System<sup>2</sup> I/1, 107; Bolla, Grundriß des österreichischen IPR, 37; Walker-Verdroß-Satter in Kläng<sup>2</sup> I/1, 231) und auch dem § 10 des Schwind-Entwurfs entspricht (vgl. auch Schwind, Handbuch, 124), sprechen sowohl theoretische als auch praktische Überlegungen. Daß mit ihr der Natur des Namens als eines Persönlichkeitsrechts des Menschen besonders Rechnung getragen wird, ist schon eingangs gesagt worden. Gleichzeitig wird dadurch ein Gleichlauf von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Namensrecht (das nach unbestritten Auffassung ebenfalls dem Personalstatut untersteht; vgl. Chlanda, OJZ 1951, 261, Bräutigam, ÖStA 1973, 104) erreicht, wodurch unliebsame Qualifikations- und Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden. Aber auch die sonstigen praktischen Vorteile dieser Lösung sollen nicht unterschätzt werden. Die Arbeit der inländischen Standesbeamten wird erleichtert, wenn sie Ausländer in die inländischen Personenstandsurkunden im Regelfall unter demselben Namen eintragen können, der sich aus den von den Heimatbehörden dieser Personen ausgestellten Personalurkunden (z. B. den Reisepässen) ergibt, als wenn sie — ohne Rücksicht auf die in diesen Urkunden aufscheinenden Namen und oft zum Nachteil der Betroffenen — eigene Wege gehen müßten. Auch für die Ausstellung von Pässen werden sich dadurch Erleichterungen er-

geben. Oft ist die Ausstellung oder Verlängerung eines Reisepasses für eine mit einem Ausländer verheiratete Österreicherin besonders dringend. Wenn nun der Name, auf den der Paß zu lauten hat, nicht nach dem Personalstatut der Frau beurteilt werden darf, sondern die Paßbehörden vorerst daran gehen müßten, das nach dem Ehewirkungsstatut (§ 18) maßgebende fremde Recht zu erkunden, wäre dies — ganz abgesehen von praktischen Schwierigkeiten — für die Beteiligten zumeist mit unzumutbaren Verzögerungen verbunden.

Nach den Grundsätzen des § 5 ist die Verweisung auf das Personalstatut des Namensträgers eine Gesamtverweisung, eine Rück- oder Weiterverweisung ist also zu beachten. Wenn somit z. B. das Heimatrecht einer ausländischen Ehefrau die Frage des Ehenamens nicht, wie der entworfene § 13, ihrem Personalstatut unterstellt, sondern einer anderen Rechtsordnung (etwa dem Recht des Wohnsitzstaates oder dem für die Ehewirkungen maßgebenden Recht), so ist dies auch aus österreichischer Sicht zu berücksichtigen.

Indem im § 13 schlicht vom „Namen“ einer Person gesprochen wird, so sind darunter alle Namensbestandteile gemeint, die zur Kennzeichnung einer Person dienen. Diese abgekürzte Bezeichnung ist notwendig, weil auch auf Rechtsordnungen Bedacht genommen werden muß, die nicht nur einen oder mehrere Vornamen und einen Familiennamen kennen, sondern auch Namen, die entweder weniger enthalten oder aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzt sind, die sich nicht als reine Vornamen und Familiennamen unterscheiden lassen.

Es kann nicht zweifelhaft sein und hat daher keiner ausdrücklichen Erwähnung im Text bedürft, daß auch die Namensgebung in den Geltungsbereich der vorliegenden Verweisungsnorm fällt.

Der Begriff „Person“ ist im weiten Sinn zu verstehen. Er umfaßt sowohl die natürlichen als auch die juristischen Personen einschließlich der diesen gleichzuhaltenden Gebilde (§ 10).

Die schon dargelegten Gründe, die für die Anknüpfung an das Personalstatut des Namensträgers sprechen, lassen es gleichzeitig geboten erscheinen, auf das jeweilige Personalstatut abzustellen. Erwirbt etwa ein französisches Ehepaar — die Ehefrau erhält in Frankreich nicht den Namen des Ehemannes — die österreichische Staatsbürgerschaft, so wäre nicht einzusehen, warum sich die Ehefrau ihr ganzes zukünftiges Leben, das sie vielleicht mit ihrem Ehemann in Österreich verbringt, für den behördlichen Bereich nicht mit dem Namen ihres Ehemannes bezeichnen dürfte, sondern solches nur im Weg einer (mit Kosten verbundenen) behördlichen Namensänderung erreichen könnte. Um die erwünschte Wandelbarkeit der Anknüpfung also

auch in denjenigen Fällen sicher zu erreichen, wo es um die Führung eines sich aus einem abgeschlossenen Erwerbstatbestand ergebenden Namens geht, wird in der Verweisungsnorm ausdrücklich auf das jeweilige Personalstatut Bezug genommen; insoweit liegt hier also eine Ausnahme vom Grundsatz des § 7 vor.

Die bisherigen Ausführungen haben sich auf die Führung des Namens bezogen. Davon zu unterscheiden ist der Namenschutz. Die sich aus der Beeinträchtigung des Namensrechts ergebenen Ansprüche sind mit solchen aus unerlaubter Handlung vergleichbar. Wie für diese wird daher für den Namenschutz im Abs. 2 das Recht des Begehungsorts, also das Recht des Staates, in dem die Verletzungshandlung gesetzt wird, für maßgeblich erklärt. Wird Namenschutz begehrt, so ist daher zunächst nach dem Personalstatut zu beurteilen, wie die Person heißt (Abs. 1), und sodann nach dem Recht des Begehungsorts festzustellen, welche Ansprüche sich aus der Verletzung ergeben.

#### Zum § 14

Durch die Todeserklärung wird die rechtliche Stellung eines Menschen in ihrer Gesamtheit beeinträchtigt, begründet sie doch für alle Rechtsverhältnisse die bindende Vermutung, daß der Verschollene gestorben ist; dasselbe gilt von einer Entscheidung, mit der der Beweis des Todes als hergestellt erkannt wird. Es ist daher naheliegend, über die Voraussetzungen und Wirkungen einer Todeserklärung bzw. einer Beweisführung des Todes das letzte bekannte Personalstatut des Verschollenen entscheiden zu lassen.

Der von einem Teil der Lehre (z. B. Zitelmann, IPR II 103) vertretenen Ansicht, daß für die gesetzliche Todesvermutung das jeweils für die einzelnen Rechtsverhältnisse (wie z. B. für die Ehe, das Erbrecht usw.) maßgebende Recht ausschlaggebend sein soll, wird vom vorliegenden Gesetzesentwurf nicht gefolgt, weil eine solche Lösung die Gefahr mit sich brächte, daß über die Frage nach Leben und Tod des Verschollenen bezüglich aller seiner Rechtsverhältnisse nicht einheitlich entschieden wird. Nicht übernommen wird auch die im derzeit geltenden § 12 des Todeserklärungsgesetzes 1950, BGBL. Nr. 23/1951, verwirklichte Ansicht, daß eine Todeserklärung im Inland immer nur auf dem Boden des materiellen inländischen Todeserklärungsrechts ausgesprochen werden soll. Eine solche Lösung wäre nicht vom Geist der internationalen Rechtsgemeinschaft getragen und würde einen Systembruch bedeuten.

Dieselben Gründe, die gegen die von manchen befürwortete Anknüpfung der Todeserklärung an das für die einzelnen Rechtsverhältnisse maßgebende Recht sprechen, lassen es auch angezeigt sein, die derzeit im § 12 Abs. 2 Todeserklärungs-

gesetz 1950 verankerte Lösung, die Wirkung einer im Inland ausgesprochenen Todeserklärung eines Ausländer blos auf die nach österreichischem Recht zu beurteilenden Rechtsverhältnisse und auf das im Inland befindliche Vermögen zu beschränken, nicht aufrecht zu erhalten. Welche Wirkung die inländische Todeserklärung eines Ausländer hat, ist vielmehr nach dem Personalstatut des für tot Erklärten zu beurteilen (in die gleiche Richtung gehen im wesentlichen die Vorschläge des Deutschen Rates für internationales Privatrecht zur Neufassung des § 12 des deutschen Verschollenheitsgesetzes vom 15. Jänner 1951; siehe dazu Lauterbach, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts [1972] 3).

Die Aufhebung einer Todeserklärung richtet sich nach demselben Recht, das für die Todeserklärung selbst maßgebend gewesen ist. Um den Wortlaut nicht unnötig zu belasten, ist die Begrichtigung einer Todeserklärung nicht ausdrücklich genannt worden; es ist klar, daß sie demselben Recht untersteht, auf Grund dessen für tot erklärt worden ist.

Die Beweisführung des Todes wird der Todeserklärung anknüpfungsmäßig gleichgestellt; maßgebend ist ebenfalls das Personalstatut des Verschollenen.

In der Terminologie folgt die entworfene Verweisungsnorm dem Todeserklärungsgesetz 1950 und es ist daher ausdrücklich nur von der Todeserklärung und der Beweisführung des Todes die Rede. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß in den Anwendungsbereich der Verweisungsnorm auch die anderen Rechtseinrichtungen fallen, die in ausländischen Rechtsordnungen die gleiche Aufgabe haben wie die österreichische Todeserklärung bzw. Beweisführung des Todes; als Beispiel ist etwa die Verschollenheitserklärung des französischen Rechtes (*déclaration d'absence*) zu nennen. Sollte das Personalstatut des Verschollenen eine der österreichischen Todeserklärung vergleichbare Rechtseinrichtung freilich überhaupt nicht kennen, so wird es in der Regel gerechtfertigt sein, in analoger Anwendung des § 6 österreichisches Ersatzrecht anzuwenden.

#### Zum § 15

Da durch die Entmündigung in erster Linie die Belange des zu Entmündigenden betroffen werden, ist es angezeigt, für die Voraussetzungen und Wirkungen einer Entmündigung grundsätzlich dessen Personalstatut für maßgebend zu erklären (vgl. § 12 Abs. 1 des Schwind-Entwurfs; ebenso ein Gesetzesvorschlag des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, veröffentlicht in Lauterbach a.a.O. 2). Auf diese Weise ergibt sich auch ein Gleichklang mit den Verweisungsnormen betreffend die Hand-

lungsfähigkeit (§ 12) und die Vormundschaft (§ 27), was wegen der Vermeidung von Angleichungsschwierigkeiten für die Praxis von Vorteil ist. Bei einer solchen Lösung wird überdies die Anerkennung einer im Inland ausgesprochenen Entmündigung eines Ausländer in dessen Heimatstaat erleichtert, was unter dem Gesichtspunkt des internationalen Entscheidungseinklangs ebenfalls zu begrüßen ist. All das zusammengekommen, läßt eine grundsätzliche Anknüpfung an das Personalstatut gegenüber dem im derzeitigen Recht (§ 14 EntmO) vorgesehenen Gleichlauf des anzuwendenden Rechtes mit der inländischen lex fori bevorzugen.

Die Entmündigung dient allerdings nicht nur dem Schutz des zu Entmündigenden und seiner Familie, sondern auch dem Schutz des Geschäftsverkehrs; oft ist sie auch aus öffentlichem Interesse geboten. Es ist daher notwendig, daß eine Person im Inland auch dann entmündigt werden kann, wenn das durch das Personalstatut bezeichnete Recht den in Betracht kommenden Entmündigungsgrund nicht kennt; in diesem Fall richten sich die Voraussetzungen der Entmündigung nach inländischem Recht (§ 15 zweiter Halbsatz; ebenso § 12 Abs. 3 des Hoye-Entwurfs).

Schon eingangs ist gesagt worden, daß sich nicht nur die Voraussetzungen, sondern auch die Wirkungen einer Entmündigung nach dem Personalstatut richten. Es kann also sein, daß eine im Inland ausgesprochene Entmündigung eines Ausländer Wirkungen zeitigt, die dem österreichischen Recht unbekannt sind. So kennen manche Rechte (z. B. die skandinavischen) nur eine einzige Entmündigungsstufe; manchmal ist mit einer Entmündigung (etwa wegen Verschwendungsangst) nur eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit in bezug auf bestimmte Rechtsgeschäfte verbunden. Wird freilich auf Grund des § 15 zweiter Halbsatz nach österreichischem Recht entmündigt, so richten sich auch die Wirkungen nach österreichischem Recht.

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, daß sich die Aufhebung einer Entmündigung nach demselben Statut zu richten hat wie dem für die Entmündigung selbst maßgebenden.

#### Zum § 16

Nach dem derzeit geltenden österreichischen Kollisionsrecht (§ 6 Abs. 3 der 4. DVOEheG) bestimmt sich die Form einer im Inland geschlossenen Ehe ausschließlich nach den im Inland geltenden Gesetzen. Zur Formgültigkeit ist daher die Eheschließung vor dem Standesbeamten notwendig (§ 15 EheG). Abgesehen von einigen in der Nachkriegszeit erlassenen Sonderregelungen, die ihre Bedeutung aber mittlerweile wieder verloren haben — zugunsten vor allem kirchlicher Eheschließungen in der Zeit vom 1. April 1945 bis 30. April 1946 (StGBI. Nr. 31/1945 und

## 784 der Beilagen

29

BGBI. Nr. 208/1959) und von Eheschließungen vor Organen der Besatzungsmächte in der Zeit vom 10. April 1945 bis 1. August 1947 (BGBI. Nr. 117/1947) sowie der Anerkennung nicht standesamtlich geschlossener Verbindungen rassistisch oder politisch Verfolgter als Ehen (BGBI. Nr. 14/1954) —, ist diese Bestimmung seit jetzt mehr als 35 Jahren unverändert in Geltung.

Dieser Grundsatz der Maßgeblichkeit der österreichischen Inlandsform für alle im Inland geschlossenen Ehen wird auch vom vorliegenden Entwurf übernommen (Abs. 1).

Eine Auflockerung des Grundsatzes „Inlands-ehe-Inlandsform“ etwa in der Weise, daß für die Eheschließung zweier Ausländer neben der Inlandsform alternativ auch die vom ausländischen Personalstatut vorgesehene Eheschließungsform zugelassen wird, ist nicht angezeigt. Dies aus folgenden Gründen:

Die vielfältigen Arten der privaten Eheschließungen können hier zunächst außer Bedacht bleiben, weil es nach den Erfahrungen der Praxis nur selten vorkommt, daß sich Ausländer dieser besonderen Eheschließungsformen auch außerhalb des Gebietes ihres Heimatstaates bedienen wollen (nach chinesischem Recht etwa genügt es, wenn die Verlobten ihren Ehewillen öffentlich und vor mindestens zwei Zeugen erklären; nach dem Recht des Bundesstaates New York genügt ein schriftlicher Vertrag, sofern er von mindestens zwei Zeugen unterschrieben und bei Gericht registriert wird; das Recht einiger amerikanischer Bundesstaaten ermöglicht sogar die völlig formlose Eheschließung [sogenannte Common Law-Ehen]).

Was im Ergebnis bliebe, wären vor allem die kirchlichen Eheschließungen. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß die rechtspolitische Bedeutung einer Lösung, die es Ausländern ermöglichen würde, sich in Österreich auch mit Wirkung für den staatlichen Bereich kirchlich trauen zu lassen, über den Bereich des internationalen Privatrechts hinausginge, weil dadurch der im gelgenden Eherecht verankerte Grundsatz der obligatorischen Zivilehe berührt würde. Rechtsvergleichend ist denn auch festzustellen, daß nahezu alle Staaten mit obligatorischer Ziviltrauung die Einhaltung dieser Form auch dann verlangen, wenn Ausländer dort heiraten wollen (so z. B. Frankreich, Niederlande, Schweiz; vgl. dazu H. Müller, Das internationale Privatrecht der Eheschließung, in Lauterbach, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts [1962] 43 und Ferid, IPR, 213). Eine Ausnahme bildet nur die Bundesrepublik Deutschland, deren § 15 a EheG unter bestimmten Voraussetzungen auch kirchliche Eheschließungen von Ausländern zuläßt (die Bestimmung ist durch das von den Besatzungsmächten erlassene Kontroll-

ratsgesetz Nr. 52 eingefügt worden; kritisch dazu u. a. Müller, a.a.O. 44; Otto, StAZ 1973, 135; Ferid, IPR, 213).

Die Gefahr, daß es bei einer solchen Regelung zum Nachteil der Beteiligten des öfteren zu sogenannten „hinkenden Ehen“ kommen könnte — zu Ehen also, die zwar in Österreich wirksam sind, nicht aber im Heimatstaat der Verlobten oder umgekehrt —, ist eher gering. Will ein Ausländer, dessen Heimatstaat auch für Eheschließungen im Ausland ausschließlich die Einhaltung der kirchlichen Eheschließungsform verlangt (wie z. B. Griechenland und Spanien), in Österreich vor dem Standesbeamten die Ehe schließen, so hat dieser die Verlobten ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, daß die bloß standesamtliche Eheschließung für den ausländischen Staat bei Unterbleiben der kirchlichen Trauung ohne Wirkung wäre (§ 422 Abs. 2 der Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden). Überdies wird in solchen Fällen dem ausländischen Verlobten nahegelegt, eine sogenannte „Traubereitschaftserklärung“ vorzulegen, also eine Erklärung des zuständigen Geistlichen, unmittelbar nach der standesamtlichen Eheschließung die kirchliche Trauung vornehmen zu wollen (§ 422 Abs. 1 DA). Solcherart wird somit alles unternommen, damit die Verlobten die Rechtslage klar erkennen und daß das Zustandekommen hinkender Ehen verhindert wird. Wenn es die Verlobten dann aber trotz Kenntnis der Rechtslage, aus welchen Gründen immer, unterlassen, sich nach der standesamtlichen Eheschließung auch kirchlich trauen zu lassen, dann muß unterstellt werden, daß sie das Nichtzustandekommen der Ehe für den Bereich ihres Heimatstaates in Kauf nehmen.

Ähnlich verhält es sich im umgekehrten Fall. Wenn sich z. B. griechisch-orthodoxe Griechen in Österreich verehelichen wollen und ihnen daran gelegen ist, auch für den österreichischen Bereich verheiratet zu sein, werden sie unschwer und in kurzer Zeit feststellen, daß es dazu der Eheschließung vor dem Standesbeamten bedarf. Unterlassen sie aber die standesamtliche Eheschließung und begnügen sie sich mit der Trauung vor dem griechisch-orthodoxen Priester, so kann wohl angenommen werden, daß es ihnen vornehmlich darum geht, für ihren Heimatstaat als verheiratet zu gelten, die Wirksamkeit für den österreichischen Bereich ihnen aber mehr oder weniger gleichgültig ist.

Zu erwähnen bleibt schließlich noch die Konsularehe, also eine Ehe, die Ausländer vor ihrem diplomatischen oder konsularischen Vertreter in Österreich schließen. Es besteht keine rechtspolitische Notwendigkeit, solche Eheschließungen für den österreichischen Rechtsbereich als formwirksam anzusehen. Seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs ist aus der Praxis erst ein

Fall bekannt geworden, in dem die Wirksamkeit einer solchen Ehe eine Rolle gespielt hat (sogenannter Bulgarenfall, SZ 25/285). Wenn ausländischen Verlobten daran gelegen ist, sich anstelle der österreichischen Eheschließungsform ausschließlich der in ihrem Personalstatut vorgesehenen konsularischen Eheschließung zu bedienen, so kann unterstellt werden, daß für sie die Frage der Wirksamkeit in Österreich von untergeordneter Bedeutung ist. Es besteht wenig Interesse, wegen dieser (seltenen) Fälle von dem in der Praxis bewährten Grundsatz, daß sich alle in Österreich eignenden Personenstandsfälle von einer österreichischen Behörde zu urkunden sind, abzuweichen.

Der Abs. 2 betrifft die Form einer Eheschließung im Ausland. Im derzeit geltenden Kollisionsrecht ist die Frage nicht eindeutig gelöst. Ein Teil der Lehre stützt sich auf den § 6 Abs. 1 der 4. DVOEheG und hält das Heimatrecht der Verlobten für maßgebend, während eine andere Auffassung den § 6 Abs. 3 der 4. DVOEheG zur allseitigen Verweisungsnorm erweitert und demgemäß die Anwendung des Ortsrechts befürwortet. Eine dritte Meinung schließlich läßt — losgelöst vom § 6, weil dort nicht ausdrücklich geregelt — auch hier den Grundsatz „locus regit actum“ gelten und stellt diesen alternativ neben das als lex causae in Betracht kommende Personalstatut der beiden Verlobten (so z. B. die Rechtsauffassung des Bundesministeriums für Justiz; vgl. Schwind, Handbuch, 154 FN 49).

Der Abs. 2 des entworfenen § 16 folgt hier im wesentlichen der Lösung, die im Gesetzesentwurf ganz allgemein für die Form einer Rechts-handlung festgelegt ist (§ 8), indem er das Personalstatut der Verlobten (lex causae; Abs. 2 erster Halbsatz) und das Ortsrecht (lex loci actus; Abs. 2 zweiter Halbsatz) gleichberechtigt nebeneinanderstellt. Eine im Ausland geschlossene Ehe ist für den österreichischen Rechtsbereich somit der Form nach wirksam, wenn die Form entweder dem Personalstatut jedes der Verlobten oder den Formvorschriften des Ortes der Eheschließung entsprochen hat (ebenso in diesem Belang der § 13 Abs. 1 des Schwind-Entwurfs; § 15 des polnischen IPR-Gesetzes; Art. 19 Abs. 1 und 2 des österreichischen Entwurfes 1914).

Haben die Verlobten nicht dasselbe Personalstatut, so genügt es nicht, daß die bloß im Personalstatut eines der Verlobten vorgesehene Eheschließungsform eingehalten worden ist, sondern die Form muß beiden Rechten entsprechen. Schließen also z. B. ein römisch-katholischer Spanier und eine römisch-katholische Portugiesin in der Schweiz in kirchlicher Form die Ehe, so ist die Eheschließung für den österreichischen Bereich der Form nach wirksam, weil die kirchliche Eheschließung sowohl dem

spanischen als auch dem portugiesischen Recht entspricht (daß die Eheschließung nicht auch der schweizerischen Ortsform entspricht, schadet der Wirksamkeit für den österreichischen Rechtsbereich nicht). Hingegen ist die in der Schweiz von einem römisch-katholischen Spanier mit einer römisch-katholischen Österreicherin oder Deutschen in kirchlicher Form geschlossene Ehe für den österreichischen Bereich unwirksam, weil es sich hier um die Heimatform bloß eines der Verlobten (des spanischen) handelt.

Nach dem zweiten Halbsatz des Abs. 2 genügt die Einhaltung der Formvorschriften des Ortes der Eheschließung. Da somit die Bestimmung nicht allgemein auf das „Recht“ des Staates der Eheschließung Bezug nimmt, sondern ausdrücklich nur auf dessen „Formvorschriften“, wird deutlich, daß es hier ausschließlich auf die sachrechtlichen Vorschriften des Ortsrechts ankommt, allfällige Weiterverweisungen dieses Rechtes daher (als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des § 5) außer Betracht zu bleiben haben. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird bezüglich der Begründung dieser Lösung auf die Ausführungen zum § 8 hingewiesen. Aus dieser Bestimmung folgt also, daß z. B. eine Ehe, die zwei römisch-katholische Spanier in der Schweiz standesamtlich schließen, für Österreich formgültig ist (die Ziviltrauung entspricht dem schweizerischen Ortsrecht; daß diese Form nicht auch dem Personalstatut der Verlobten entspricht, ist aus österreichischer Sicht unbeachtlich). Ebenso ist die in Spanien von zwei Österreichern in kirchlicher Form geschlossene Ehe für den österreichischen Rechtsbereich formwirksam, weil diese Eheschließungsform dem spanischen Ortsrecht entspricht.

### Zum § 17

In den Anwendungsbereich dieser Verweisungsnorm fallen alle sachlichen Voraussetzungen der Eheschließung, also vor allem das erforderliche Alter, das Nichtbestehen von Ehehindernissen, die Zustimmung Dritter (wie Verwandter oder gesetzlicher Vertreter), die Ersetzbarkeit solcher Zustimmungen usw. Nicht zu den sachlichen Voraussetzungen hingegen gehört die Form der Eheschließung; für sie ist der § 16 maßgebend. Die für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 16 und 17 entscheidende Frage, welche Voraussetzungen als formell oder als materiell zu qualifizieren sind, muß nach herrschender Auffassung zunächst auf dem Boden der österreichischen lex fori gelöst werden.

Die Anknüpfung des Abs. 1 folgt im wesentlichen dem derzeit geltenden § 6 Abs. 1 der 4. DVOEheG (ebenso § 14 des Schwind-Entwurfs; § 14 Abs. 1 des Hoye-Entwurfs; § 18 Abs. 1 erster Satz des IPR-Gesetzes der DDR; Art. 14 des polnischen IPR-Gesetzes;

## 784 der Beilagen

31

Art. 49 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs 1966; § 19 des tschechoslowakischen IPR-Gesetzes; Entwurf des Deutschen Rates für internationales Privatrecht in Lauterbach, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechtes [1962] 1; Art. 2292 des französischen Entwurfs; Art. 34 Abs. 1 des jugoslawischen IPR-Entwurfs, veröffentlicht im Jahrbuch für Ostrecht 1975, 189).

Aus der Wendung, daß die Voraussetzungen der Eheschließung „für jeden der Verlobten nach seinem Personalstatut“ zu beurteilen sind, ergibt sich, daß die Personalstatute der Verlobten nicht kumulativ anzuwenden sind. Die den Mann betreffenden Ehevoraussetzungen werden nach Mannesrecht, die für die Frau nach Frauenrecht beurteilt. Demnach richtet sich die Ehemündigkeit des Mannes ausschließlich nach dessen Personalstatut, die Ehemündigkeit der Frau nach ihrem. Aus dieser Lösung folgt jedoch z. B. auch, daß ein Schweizer nicht seine österreichische Nichte und eine Österreicherin nicht ihren schweizerischen Neffen heiraten darf, denn in beiden Fällen liegt für den schweizerischen Verlobten nach seinem Personalstatut (Art. 100 Z. 1 ZGB) ein Ehehindernis vor; daß das Heimatrecht des österreichischen Verlobten nicht ebenfalls dieses Ehehindernis kennt, ändert daran nichts.

Ist eine Ehe geschlossen worden, obwohl hiefür nach dem maßgebenden Recht die sachlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben, so ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Ehe für nichtig erklärt werden kann, nach demselben Recht zu beurteilen. Nach dem verletzten Recht um das Personalstatut bloß eines der Ehegatten handelt, während nach dem Personalstatut des anderen eine Nichtigkeit nicht vorliegt: auch in diesem Fall kann die Ehe mit Wirkung für beide Ehegatten für nichtig erklärt werden, desgleichen kann sich auch derjenige Ehegatte, dessen Personalstatut den Nichtigkeitsgrund nicht vorsieht, auf die nach dem Personalstatut des anderen Ehegatten gegebene Nichtigkeit berufen (vorausgesetzt freilich, daß dieses Recht auch ihm eine Klagebefugnis gibt). Ist die Ehe zwar nach beiden Personalstatuten nichtig, aber aus einem jeweils verschiedenen Grund, so kann sie aus beiden Gründen für nichtig erklärt werden.

Für die Voraussetzungen der Eheschließung bzw. der Ehenichtigkeit ist das Personalstatut maßgebend, das die Verlobten im Zeitpunkt der Eheschließung — genau genommen in dem der Eheschließung unmittelbar vorangehenden Zeitpunkt — gehabt haben. Eine ausdrückliche Erwähnung dieses Anknüpfungszeitpunkts im Text

der Verweisungsnorm konnte jedoch unterbleiben, weil sich diese Lösung bereits aus den im § 7 verankerten allgemeinen Grundsätzen betreffend den Statutenwedisel ergibt. Durch eine nachträgliche Änderung des Personalstatuts können also zur Zeit der Eheschließung bestehende Ehehindernisse weder geheilt werden, noch können dadurch bisher nicht vorhandene Mängel entstehen.

Die Aufhebung der Ehe wird nach Abs. 1 kollisionsrechtlich der Nichtigkeit gleichgestellt, weil es sich bei den Aufhebungsgründen wie bei den Nichtigkeitsgründen um Umstände handelt, die zur Zeit der Eheschließung bestanden haben (rechtsvergleichend ist überdies festzustellen, daß in den meisten fremden Rechtsordnungen die Aufhebungsgründe des österreichischen [und des deutschen] Rechtes als Nichtigkeitsgründe formuliert sind).

Der Abs. 2 betrifft ein Problem, das in jüngerer Zeit von erheblicher Bedeutung geworden ist und das im geltenden Kollisionsrecht keine eindeutige Lösung findet. Die Lehre ist zutiefst uneinig, so daß eine Entscheidung des Gesetzgebers not tut. In der Praxis haben sich vor allem die folgenden beiden Fallgruppen ergeben:

Eine von einem österreichischen Gericht geschiedene Österreicherin möchte einen ledigen römisch-katholischen Spanier heiraten. Nach dem Heimatrecht des spanischen Verlobten wird die Scheidung der Vorehe der Österreicherin nicht anerkannt; aus spanischer Sicht besteht deshalb für den spanischen Verlobten das (zweiseitige) Ehehindernis der Doppelhehe. Für die zweite Fallgruppe stehe folgendes Beispiel: Ein mit einer Österreicherin verheirateter Spanier ist auf Klage der Frau von einem österreichischen Gericht geschieden worden. Er will wieder heiraten. Auch hier ist die Lage wie im anderen Fall. Aus spanischer Sicht wird die österreichische Scheidung nicht anerkannt, nach dem Personalstatut des spanischen Verlobten liegt das Ehehindernis der Doppelhehe vor.

Zwei Meinungen stehen hier einander gegenüber. Nach der einen Ansicht komme einem inländischen Gestaltungsurteil allseitige Rechtskraftwirkung zu, die weder nach eigenem noch nach fremdem Recht in Frage gestellt werden dürfe; dem im Inland geschiedenen Spanier müsse es daher erlaubt sein, eine neue Ehe zu schließen, desgleichen der geschiedenen Österreicherin, einen ledigen Spanier zu heiraten.

Die Vertreter der Gegenmeinung sprechen von der „kollisionsrechtlichen Relativität der Rechtskraft“ und wollen die Wirkungen einer inländischen Entscheidung nicht weiter reichen lassen, als dies das von der jeweils maßgebenden inländischen Verweisungsnorm zur Anwendung berufene Recht zuläßt; demzufolge dürfe der in Österreich geschiedene Spanier — weil sein

Personalstatut die österreichische Entscheidung nicht anerkennt — nicht wieder heiraten, ebenso wie die geschiedene Österreicherin den ledigen Spanier (s. zu diesen beiden Auffassungen ausführlich Viktor Hoyer, OJZ 1965, 617; Hans Hoyer, Die Anerkennung ausländischer Eheentscheidungen in Österreich [1972] 21, sowie Viktor Hoyer, OStA 1973, 19).

Der erste Satz des Abs. 2 entscheidet sich für die allseitige internationale Gestaltungswirkung der inländischen Eheentscheidungen. Die andere Lösung würde für die Betroffenen zu großen menschlichen Härten mit sich bringen. So wäre es doch untragbar, den im Inland auf Klage seiner Frau geschiedenen Spanier nun Jahrzehntelang — bis zum Ableben der geschiedenen und mittlerweile vielleicht längst wieder verheirateten Frau — zur Ehelosigkeit zu zwingen. Auch könnte die öffentliche Meinung den Eindruck bekommen, daß es für den österreichischen Standesbeamten wichtiger zu sein habe, sich nicht in Widerspruch zu der Auffassung eines ausländischen Staates zu setzen, als den Widerspruch zu einem österreichischen Urteil zu vermeiden. Die dafür gegebene kollisionsrechtliche Begründung würde nicht verstanden, vielmehr die Rechtssicherheit für erschüttert gehalten werden.

Auch rechtsvergleichend kann festgestellt werden, daß zahlreiche ausländische Staaten bei den hier in Rede stehenden Fällen der Rechtskraft einer inländischen Entscheidung den Vorrang geben. Hingewiesen sei z. B. auf Belgien (Rigaux, D. i. p. I<sup>2</sup> [1977] 303) und Frankreich (vgl. Batifol-Lagarde, D. i. p.<sup>5</sup> II [1971] 80 f.); ebenso die schweizerische Lehre und offenbar auch die schweizerische Rechtsprechung (vgl. BG 3. 6. 1971 BGE 97 I 389; von Overbeck, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1967, 346, 352; Vischer in Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht I 586, 599). In der Bundesrepublik Deutschland ist, um dasselbe rechtspolitische Ziel zu erreichen, eine entsprechende Regel vom Deutschen Rat für internationales Privatrecht vorgeschlagen worden (vgl. Lauterbach, Vorschläge von Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Ehrechts [1962] 1); in der 4. und 5. Wahlperiode des Deutschen Bundestags ist von den Mitgliedern aller Fraktionen ein Gesetzesentwurf eingereicht worden, der den Vorschlag des Deutschen Rates für IPR wörtlich übernimmt (DS IV/3088 [1965] und IV/359 [1966]). Im internationalen Bereich hat sich diese Lösung ebenfalls durchgesetzt (vgl. den Art. 11 des Haager Übereinkommens vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen von Tisch und Bett sowie Art. 9 des Übereinkommens der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen (CIEC) vom 8. Septem-

ber 1967, BGBI. Nr. 43/1978, über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen).

Aus diesen Erwägungen wird im ersten Halbsatz des Abs. 2 festgelegt, daß bei Vorliegen eines für den österreichischen Rechtsbereich wirksamen Scheidungsurteils (bzw. Urteils betreffend die Aufhebung, Nichtigerklärung oder Feststellung des Nichtbestehens der Ehe) nicht allein deshalb eine neue Eheschließung untersagt oder die neue Ehe für nichtig erklärt werden darf, weil die Entscheidung nach dem Personalstatut eines oder beider Verlobten bzw. Ehegatten nicht anerkannt wird. Durch die Wendung „für den österreichischen Rechtsbereich wirksame Entscheidung“ werden sowohl die von österreichischen Gerichten stammenden Eheentscheidungen als auch die nach § 24 der 4. DVOEheG anerkannten ausländischen Entscheidungen erfaßt (vgl. Matscher, ZZP 1977, 448; bezüglich der zweiten Fallgruppe vgl. auch Art. 9 des CIEC-Übereinkommens vom 8. September 1967, BGBI. Nr. 43/1978, über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen sowie Art. 11 des Haager Übereinkommens vom 1. Juni 1970 über die Anerkennung von Scheidungen und Trennungen von Tisch und Bett).

Der gleiche Widerspruch zwischen Personalstatut und rechtskräftiger inländischer Entscheidung entsteht, wenn diese nicht unmittelbar den Bestand der Ehe betrifft, sondern einen der Ehegatten für tot erklärt oder den Beweis des Todes als hergestellt erkennt. Die den Fall einer inländischen Eheentscheidung betreffende Regel (Abs. 2 erster Satz) ist daher nach dem zweiten Satz des Abs. 2 im Fall der Todeserklärung beziehungsweise der Beweisführung des Todes sinngemäß anzuwenden (der Gedanke des Vorrangs der inländischen Todeserklärung ist ansatzweise bereits im derzeit geltenden § 6 Abs. 2 der 4. DVOEheG enthalten, dort jedoch nur als Schutzvorschrift zugunsten der österreichischen [oder früher österreichisch gewesenen] Ehefrau).

### Zum § 18

Diese Verweisungsnorm regelt das auf die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe anzuwendende Recht. In ihren Anwendungsbereich fallen daher besonders die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die Frage betreffend die Wohnsitzfolge und die Beistandspflicht, das Unterhaltsrecht der Ehegatten usw. Die rechtliche Wirkung der Ehe auf den Namen der Ehegatten ist hingegen nicht nach dieser Verweisungsnorm, sondern nach dem allgemeinen Namensstatut des § 13 zu beurteilen (s. dazu näher die Erläuterungen zum § 13). Für das eheliche Güterrecht ist der § 19 maßgebend.

Der einheitlichen Linie des Entwurfes folgend, werden die persönlichen Ehewirkungen in erster

## 784 der Beilagen

33

Linie dem gemeinsamen Personalstatut der Ehegatten unterstellt (so auch bereits derzeit der § 7 Abs. 1 der 4. DVOEheG, der zwar nur auf den Fall inländischer Eheleute abstellt, nach herrschender Auffassung jedoch als allseitige Verweisungsnorm zu lesen ist).

Da es sich bei der Ehe um ein Dauerrechtsverhältnis handelt, kommt es auf das jeweilige gemeinsame Personalstatut der Ehegatten an (wandelbares Statut). Erwirbt z. B. ein österreichisches Ehepaar die deutsche Staatsangehörigkeit, so richtet sich der Unterhaltsanspruch der Ehefrau für die Zeit vor dem Statutenwechsel nach österreichischem, für die Zeit danach nach deutschem Recht (vgl. § 7 des Entwurfes und die Erläuterungen dazu).

Haben die Ehegatten während der Ehe zunächst dasselbe Personalstatut gehabt und ist diese Gemeinsamkeit in der Folge verlorengegangen, so bleibt das frühere gemeinsame Personalstatut auch weiterhin maßgebend, sofern es einer der Ehegatten beibehalten hat (Abs. 1 Z. 1). Hingegen wäre es nicht gerechtfertigt, die einstige Gemeinsamkeit im Personalstatut auch dann noch maßgebend sein zu lassen, wenn beide Ehegatten ein anderes (und voneinander verschiedenes) Personalstatut erwerben. In diesem Fall entspricht die ersatzweise Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten im selben Staat (Abs. 1 Z. 2) weit mehr dem Grundsatz der stärksten Beziehung (s. dazu unten).

Es ist — besonders infolge der neueren Entwicklung der Staatsangehörigkeitsrechte, wonach die Ehefrau durch die Eheschließung nicht kraft Gesetzes die Staatsangehörigkeit des Mannes erwirbt — möglich, daß Ehegatten schon ab dem Beginn ihrer Ehe kein gemeinsames Personalstatut haben. Hier dem Personalstatut eines der Ehegatten (etwa dem des Ehemannes) den Vorrang zu geben, wäre sachlich nicht gerechtfertigt und könnte mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht in Einklang gebracht werden. Für diese Fälle wird im Abs. 1 Z. 2 hilfsweise das Recht des Staates für maßgebend erklärt, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (vgl. § 15 des Schwind-Entwurfs; § 15 des Hoye-Entwurfs; Art. 25 des österreichisch-polnischen Rechtshilfvertrags, BGBl. Nr. 79/1974; Art. 17 § 3 des polnischen IPR-Gesetzes; Art. 52 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs 1966; Art. 2294 des französischen Entwurfs; Art. 38 Abs. 2 und 3 des jugoslawischen Entwurfs).

Diese Regelung umfaßt zugleich auch die schon erwähnten — in der Praxis allerdings seltenen — Fälle, in denen beide Ehegatten während der Ehe zwar zunächst dasselbe Personalstatut gehabt, in der Folge jedoch beide

ein anderes (voneinander verschiedenes) Personalstatut erworben haben.

Durch die Wendung „Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben“ wird deutlich, daß es nicht darauf ankommt, daß der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten ein gemeinsamer ist, sondern es genügt, daß sich der gewöhnliche Aufenthalt jedes der Ehegatten im selben Staat befindet (z. B. der Mannes in Wien, der der Frau in Salzburg).

So wie eine frühere Gemeinsamkeit im Personalstatut fortwirkt, sofern es einer der Ehegatten beibehalten hat (Abs. 1 Z. 1), bleibt auch das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben, maßgebend, sofern ihn einer von ihnen beibehält (Abs. 1 Z. 2).

Die Regelung der Abs. 1 Z. 1 und 2 umfaßt nicht die seltenen Fälle, in denen die Ehegatten nicht nur kein gemeinsames Personalstatut, sondern während der Ehe auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt im selben Staat haben. Außerdem ist der Fall des früheren Bestandes einer solchen Gemeinsamkeit, der aber auf beiden Seiten aufgegeben worden ist, nicht geregelt. Für diese Fälle greift die allgemeine Regel des § 1 Abs. 1 ein, wonach die stärkste Beziehung maßgebend ist. Diese kann z. B. ein gemeinsamer schlichter Aufenthalt sein (etwa von Künstlerehegatten am Ort häufiger Filmaufnahmen), aber auch die Lage eines im Miteigentum der Ehegatten stehenden Vermögens usw.

Der Abs. 2 betrifft die Fälle, in denen eine Ehe zwar für den österreichischen Rechtsbereich zustande gekommen ist, nicht jedoch auch für den Bereich desjenigen (fremden) Rechtes, das nach Abs. 1 für die persönlichen Ehwirkungen maßgebend wäre (also z. B. nach dem gemäß Abs. 1 Z. 1 gemeinsamen Personalstatut). Beispiel: Zwei griechisch-orthodoxe Griechen haben in Österreich oder in der Schweiz nur standesamtlich geheiratet; für den österreichischen Rechtsbereich ist die Ehe formwirksam zustande gekommen (vgl. bezüglich der Eheschließung in Österreich den § 16 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs, für den Fall der Eheschließung in der Schweiz den § 16 Abs. 2), aus griechischer Sicht hingegen ist die Ehe — da nicht vor dem griechisch-orthodoxen Priester geschlossen — nicht rechtswirksam. Würde man sich nun bezüglich der persönlichen Rechtswirkungen einer solchen Ehe ganz auf den Boden des nach § 18 Abs. 1 Z. 1 zur Anwendung berufenen griechischen Rechtes stellen, so hieße das, den Bestand der Ehe zwar zu bejahen (§ 18), ihr zugleich aber jegliche persönlichen Rechtswirkungen abzusprechen. Ein ohne Zweifel untragbares Ergebnis. Nicht ganz befriedigend wäre es allerdings auch, das

griechische Recht nur zum Teil anzuwenden, nämlich ohne diejenigen seiner Bestimmungen, die dazu führen, daß aus griechischer Sicht die Vorfrage des Bestehens der Ehe verneint wird. Die Anwendung des griechischen Rechtes wäre dann gleichsam nur ein Lippenbekenntnis, denn im Ergebnis würde der Fall genau gegenteilig entschieden werden, als es das fremde Recht, in seiner Gesamtheit gesehen, will (kritisch zu solchen Methoden bei der Anwendung fremden Rechtes siehe u. a. Schwind, RabelsZ 1958, 449).

Da somit beide Lösungen problematisch sind, sieht der Abs. 2 des Entwurfes für diese Fälle eine Ersatzanknüpfung vor. Der Entwurf folgt hier im wesentlichen dem Gedanken, der dem § 15 Abs. 2 des Schwind-Entwurfs zugrunde liegt (ebenso § 15 Abs. 2 des Hooyer-Entwurfs). Auf Grund des § 18 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs werden daher z. B. die persönlichen Rechtswirkungen einer Ehe zwischen zwei griechisch-orthodoxen Griechen, die in Österreich nur standesamtlich geheiratet haben und deren gewöhnlicher Aufenthalt sich in Österreich befindet, nach österreichischem Recht zu beurteilen sein. In der Bestimmung wird zugleich jedoch auch auf diejenigen Fälle Bedacht genommen, in denen die Ehegatten allenfalls zu einem dritten Staat (für den die Ehe gleichfalls Wirkungen entfaltet) eine stärkere Beziehung haben als zu Österreich. Sollten z. B. die beiden Griechen nicht in Österreich, sondern in der Schweiz standesamtlich geheiratet und dort ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben, so entspricht es dem Grundsatz der stärksten Beziehung eher, die persönlichen Ehewirkungen dem Recht dieses Staates zu unterstellen, statt auch hier gleich auf das österreichische Recht zurückzugreifen (in diesem Sinn Neuhauß, ZfRV 1972, 86).

### Zum § 19

Das internationale Ehegüterrecht ist in Österreich derzeit nicht gesetzlich geregelt. Die 4. DVOEheG hat zwar aus dem EGBGB die meisten Bestimmungen des internationalen Ehe- und Kindschaftsrechts übernommen, nicht aber auch die das Ehegüterrecht betreffenden Art. 15 und 16. Es gibt auch nur wenige einschlägige höchstgerichtliche Entscheidungen. Die älteren dieser Entscheidungen (angeführt bei Walker, IPR<sup>5</sup>, 768) sind vom gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten ausgegangen, und auch noch die Entscheidung SZ 6/337 hat diesen Grundsatz im wesentlichen übernommen (für die ehegüterrechtlichen Rechte an unbeweglichem Vermögen ist das Recht des Lageorts für maßgebend angesehen worden). In der Entscheidung OGH 10. 12. 1968 EvBl. 1969/214 = JBl. 1969, 501

ist auf die (gemeinsame) Staatsangehörigkeit der Ehegatten abgestellt worden, und zwar ohne dabei zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen zu unterscheiden, die jüngste Entscheidung OGH 17. 12. 1976 EvBl. 1977/141 = JBl. 1977, 419 befürwortet im Fall einer staatsangehörigkeitsrechtlich gemischten Ehe eine Anknüpfung nach dem Grundsatz der engsten Beziehung.

Der enge Zusammenhang des ehelichen Güterrechts mit den persönlichen Ehewirkungen — zu denen auch solche gehören, die vermögensrechtlich von Bedeutung sind, wie der Unterhaltsanspruch der Ehegatten — legt es de lege ferenda nahe, für beide Gebiete grundsätzlich dieselbe Anknüpfung vorzusehen. Ein völliger Gleichlauf allerdings brächte neben Vorteilen auch gewichtige Nachteile. Ein Vorteil läge in der Vermeidung von Abgrenzungsproblemen, denn die oft schwierig zu lösende Qualifikationsfrage, was im einzelnen den persönlichen Ehewirkungen und was dem Ehegüterrecht zuzuordnen ist, würde sich bei einheitlicher Rechtsanwendung nicht stellen (zumindest nicht bereits anlässlich des Aufsuchens der einschlägigen inländischen Verweisungsnorm).

Die völlig einheitliche Anknüpfung würde allerdings auch bedeuten, daß das für das eheliche Güterrecht maßgebende Statut wandelbar wäre. Dies aber könnte vor allem für den Bereich des gesetzlichen Ehegüterrechts zu Schwierigkeiten führen. Haben z. B. zwei Ehegatten mit verschiedenem Personalstatut ihren gewöhnlichen Aufenthalt zunächst in einem Staat, dessen Recht den gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung vorsieht, und verlegen sie dann den gewöhnlichen Aufenthalt in einen Staat mit dem gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft, so könnte sich eine selbsttätig eintretende Änderung des Güterrechtsstatuts zum Nachteil eines der Ehegatten auswirken, sofern sich der andere nicht bereit findet, durch einen Ehepakt die nach dem neuen Recht maßgebende Gütergemeinschaft auszuschließen (kritisch zu dieser Lösung s. besonders Gamillscheg, RabelsZ 1969, 707 und Ferid, IPR, 226). Auch wenn man dem neuen Recht nur die nach dem Statutenwechsel erworbenen Vermögensteile unterstellen wollte, wären für die Praxis beträchtliche Schwierigkeiten zu befürchten, denn im Fall einer vielleicht erst nach Jahren stattfindenden güterrechtlichen Auseinandersetzung müßte nicht nur der gesamte Lebensweg der Ehegatten bis zum Zeitpunkt der Eheschließung zurückverfolgt, sondern auch der genaue Zeitpunkt festgestellt werden, zu dem die einzelnen Vermögensteile erworben worden sind. Die damit verbundenen Beweisschwierigkeiten würden sich in dem Maß vermehren, je öfter die Ehegatten während der Ehe den gewöhnlichen Aufenthalt geändert haben.

Ein vollständiger Gleichlauf des auf das eheleiche Güterrecht anzuwendenden Rechtes mit dem für die persönlichen Ehewirkungen maßgebenden Recht würde es auch unmöglich machen, die Ehegatten selbst darüber entscheiden zu lassen, welchem Recht ihre güterrechtlichen Beziehungen unterstellt werden sollen. Es besteht jedoch kein zwingender Grund, den Parteien solches zu verwehren (vgl. Schwind, Handbuch, 288). So kann es zwei Ehegatten, die nicht dasselbe Personalstatut haben, durchaus daran gelegen sein, daß ihre ehegüterrechtlichen Beziehungen nicht dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts unterstellt werden, sondern einem der beiden Personalstatute (etwa weil ihnen dieses vertrauter ist). In anderen Fällen können es die Ehegatten vorziehen, anstelle des Rechtes des Personalstatuts oder des gewöhnlichen Aufenthalts das Recht desjenigen Staates zur Anwendung zu berufen, in dem sich ein überwiegender Teil des ehelichen Vermögens befindet (auch das im Jahr 1976 auf der 13. Session der Haager Konferenz für internationales Privatrecht ausgearbeitete Übereinkommen über das auf das eheliche Güterrecht anzuwendende Recht sieht eine weitgehende Zulässigkeit der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie vor; vgl. auch § 16 des Schwind-Entwurfs). Da eine ehegüterrechtliche Auseinandersetzung oft erst nach Jahren, manchmal nach Jahrzehnten stattfindet, ist es allerdings zur Vermeidung von Unklarheiten angezeigt, nur eine ausdrückliche Rechtswahl zuzulassen und nicht auch — wie im internationalen Schuldrecht — die schlüssige (Näheres zur kollisionsrechtlichen Rechtswahl s. § 11 und die Erläuterungen dazu).

Aus den dargelegten Gründen sieht der entworfene § 19 somit vor, daß das Ehegüterrecht nach demjenigen Recht zu beurteilen ist, das die Parteien ausdrücklich bestimmen, in Ermangelung einer Rechtswahl nach dem zur Zeit der Eheschließung für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebenden Recht (also nach dem Ehewirkungsstatut des § 18).

Primäres Anknüpfungsmoment ist demnach die (ausdrückliche) Rechtswahl. Den Parteien steht es frei, das für ihren Güterstand maßgebende Recht selbst festzulegen, sei es in einem Ehepakt oder ohne Zusammenhang mit einem solchen. Es ist dabei zulässig, die Maßgeblichkeit des gewählten Rechtes auf bestimmte Vermögensteile zu beschränken, sei es, indem überhaupt nur für einen Teil des Vermögens eine Rechtswahl getroffen wird (die Parteien unterstellen z. B. das in einem bestimmten Land gelegene unbewegliche Vermögen dem dortigen Recht; für das übrige, von der Rechtswahl nicht erfaßte Vermögen gilt dann kraft objektiver Anknüpfung das Ehewirkungsstatut zur Zeit der Eheschließung), oder indem die Parteien vereinbaren, daß verschiedene Ver-

mögensteile jeweils verschiedenem Recht unterliegen sollen (z. B. das unbewegliche Vermögen dem Recht des Lageorts und das bewegliche Vermögen dem Heimatrecht eines der Ehegatten).

Die Zulässigkeit der Rechtswahl ist nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt beschränkt; sie kann vor der Eheschließung oder jederzeit danach getroffen werden. Eine einmal getroffene Wahl kann später auch geändert werden. Das neu gewählte Recht wirkt dann ex nunc, also für das neu erworbene Vermögen. Die Parteien können jedoch dem neuen Statut auch das früher erworbene Vermögen unterstellen.

Wenn und solange die Parteien das anzuwendende Recht nicht (ausdrücklich) bestimmt haben, richten sich ihre ehegüterrechtlichen Beziehungen nach dem Recht, das zur Zeit der Eheschließung für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebend war, also nach dem Ehewirkungsstatut des § 18. Auf Grund des § 18 Abs. 1 Z. 1 hat hier zunächst ein gemeinsames Personalstatut den Vorrang. Da dieses Anknüpfungsmoment Ausdruck der stärksten Beziehung ist (§ 1 Abs. 2), wird es gerechtfertigt sein, hier die für die zeitliche Fixierung der Anknüpfung verwendeten Worte „Zeit der Eheschließung“ weit auszulegen, wenn dies zur Anwendung des gemeinsamen Personalstatuts führt. So erwirbt z. B. nach zahlreichen Staatsangehörigkeitsrechten die Ehefrau die Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes nicht bereits kraft Gesetzes durch die Eheschließung, sondern erst auf Grund einer eigenen Willenserklärung, die allerdings zumeist erst nach der Trauung abgegeben werden kann. Wird nun eine solche Erklärung zwar nicht am Tag der Eheschließung, aber doch kurze Zeit danach abgegeben, so steht dieser Vorgang mit der Eheschließung noch in einem sehr engen Zusammenhang, sodaß auch ein solcherart zustande gekommenes gemeinsames Personalstatut als für den Güterstand dieser Eheleute maßgebend angesehen werden kann.

Hatten die Ehegatten im Sinn der vorstehenden Ausführungen zur Zeit der Eheschließung kein gemeinsames Personalstatut, so ist für ihren Güterstand nach § 19 in Verbindung mit § 18 Abs. 1 Z. 2 das Recht des Staates maßgebend, in dem sie beide zur Zeit der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben. Auch hier wieder sind Ausnahmefälle denkbar, etwa wenn zunächst jeder Verlobte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat hat und die Frau erst einige Zeit nach der Eheschließung zu ihrem Ehemann übersiedelt. Hier wird nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung angeknüpft (§ 1 Abs. 1) und der eheliche Güterstand nach dem Recht des Staates des (späteren) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts beurteilt werden können.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß das Ehegüterrechtsstatut des § 19 sowohl für das gesetzliche als auch für das vertragliche Ehegüterrecht gilt. Eine unterschiedliche Anknüpfung wäre nicht angezeigt gewesen, weil gesetzliches und vertragliches Ehegüterrecht in fast allen Rechtsordnungen aufeinander abgestimmt sind. Das gesetzliche Ehegüterrecht ist zudem für die Parteien gewissermaßen die Geschäftsgrundlage für jede vertragliche Güterregelung. Auch das bereits erwähnte Haager Übereinkommen über das auf das eheliche Güterrecht anzuwendende Recht behandelt gesetzliches und vertragliches Ehegüterrecht kollisionsrechtlich gleich.

### Zum § 20

Nach Abs. 1 sind die Voraussetzungen und Wirkungen der Ehescheidung nach demselben Recht zu beurteilen, das für die persönlichen Ehewirkungen maßgebend ist. Dieser Gleichklang mit dem Ehewirkungsstatut des § 18 ist deshalb angezeigt, weil sich eine Scheidung oftmals aus einer Verletzung der — nach dem Ehewirkungsstatut zu beurteilenden — Ehepflichten ergibt.

Der Gleichklang des Scheidungsstatuts mit dem für die persönlichen Ehewirkungen maßgebenden Recht schließt auch die im § 18 Abs. 2 geregelten Fälle hinkender Ehen ein. Für die Scheidung der Ehe zweier griechisch-orthodoxer Griechen, die in Österreich — oder in einem anderen Staat mit obligatorischer oder fakultativer Ziviltrauung — nur standesamtlich geheiratet haben, ist daher dasselbe Recht maßgebend, das der § 18 Abs. 2 für die persönlichen Rechtswirkungen dieser Ehe für maßgebend erklärt (siehe dazu näher die Erläuterungen zum § 18 Abs. 2).

Maßgebend ist das Ehewirkungsstatut zur Zeit der Ehescheidung. Im Fall einer Änderung des Ehewirkungsstatuts während eines anhängigen Scheidungsverfahrens kommt es auf den Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung über das Scheidungsbegehren an (vgl. Schwind in Klang² I/1, 734; derselbe, ZfRV 1964, 171; derselbe, Handbuch, 170). Da sich Fälle eines Statutenwechsels während des Prozesses in der Praxis allerdings bisher nur sehr selten ereignet haben, hätte eine ausdrückliche Klarstellung im Text eine nicht zwingend gebotene Belastung bedeutet.

Der Abs. 2 ermöglicht die Scheidung einer Ehe auch dann, wenn für die als Scheidungsgrund geltend gemachten Tatsachen zwar nicht ein Scheidungstatbestand des im Abs. 1 genannten Rechtes vorliegt, sie wohl aber unter einen vom Personalstatut des klagenden Ehegatten vorgenommenen Scheidungstatbestand subsumiert werden können. Diese Durchbrechung des allgemeinen Scheidungsstatuts zugunsten einer erleichterten Scheidbarkeit der Ehen von Ehegatten mit ver-

schiedenem Personalstatut ist bereits im derzeit geltenden § 8 Abs. 3 der 4. DVOEheG vorgezeichnet, der jedoch nur der klagenden österreichischen Ehefrau die Anwendung des österreichischen Scheidungsrechts sichert. Diese Schutzvorschrift des § 8 Abs. 3 der 4. DVOEheG wird im § 20 Abs. 2 des Entwurfes erweitert, indem — dem Grundsatz der Gleichberechtigung entsprechend — nicht nur auf das Personalstatut der klagenden Ehefrau Bedacht genommen, sondern gleichermaßen auch der klageende Ehemann berücksichtigt wird, und indem zugleich die einseitige Bevorzugung des inländischen Rechtes zugunsten einer allseitigen Lösung aufgegeben wird.

Wie schon in den Erläuterungen zum § 18 aufgezeigt, sind in dem die persönlichen Ehewirkungen betreffenden § 18 zwei Fallgruppen nicht ausdrücklich geregelt. Es sind dies die Fälle, in denen die Ehegatten während der Ehe weder einen gewöhnlichen Aufenthalt im selben Staat noch ein gemeinsames Personalstatut gehabt haben, sowie die Fälle, in denen eine solche Gemeinsamkeit zwar einmal bestanden hat, dann aber von beiden Seiten aufgegeben worden ist. In diesen Fällen ist das für die persönlichen Ehewirkungen maßgebende Recht durch Anknüpfung an die nach der Lage des jeweiligen Einzelfalls gegebene stärkste Beziehung (§ 1 Abs. 1) festzustellen. Solange nun eine Ehe gesund ist, wird eine gemeinsame Nahebeziehung der Eheleute zu einem bestimmten Staat fast immer aufgefunden werden können. Wenn es aber zu einer Scheidung kommt, haben die Ehegatten oft bereits jegliche Gemeinsamkeit aufgegeben, wodurch das Aufsuchen der stärksten Beziehung sehr schwierig werden kann. Um auch für diese Fälle dem Scheidungsrichter eine sichere und leicht zu handhabende Anknüpfung zu bieten, sieht hier der Abs. 2 ebenfalls die Maßgeblichkeit des Personalstatuts des klagenden Ehegatten vor.

Der Vollständigkeit halber ist noch anzuführen, daß von der Aufnahme einer dem derzeit geltenden § 8 Abs. 2 der 4. DVOEheG entsprechenden Bestimmung — die es ausschließt, daß ein bisher nicht bestehender Scheidungsgrund durch bloßen Statutenwechsel erworben werden kann — abgesehen worden ist, weil diese Bestimmung seit ihrer Entstehung niemals praktische Bedeutung erlangt hat (s. dazu Schwind, ZfRV 1971, 217). Nicht aufgenommen wurde auch eine dem § 8 Abs. 4 der 4. DVOEheG entsprechende Bestimmung — wonach eine Scheidung im Inland auf Grund fremden Rechtes nur zulässig ist, wenn zugleich auch ein Scheidungsgrund des österreichischen Rechtes vorliegt —, weil eine solche Regelung eine einseitige Überbetonung des eigenen Rechtes bedeuten würde. In besonderen Fällen, wie etwa bei der einseitigen Verstoßung nach islamischem Recht, kann mit der Vorbehaltsklausel (§ 6) das Auslangen gefunden werden.

**Zum § 21**

Der dem Begutachtungsverfahren zugeleitete Ministerialentwurf war von der Überlegung ausgegangen, daß auch die Ehelichkeit eines Kindes und die Legitimation durch nachfolgende Eheschließung im weiteren Sinn zu den Wirkungen der Ehe gehören. Es war daher vorgesehen worden, daß die eheliche Abstammung und die Legitimation durch nachfolgende Eheschließung nach demselben Recht zu beurteilen sind, das für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebend ist.

Mit dem Inkrafttreten des CIEC-Übereinkommens vom 10. September 1970, BGBl. Nr. 102/1976, über die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist jedoch eine neue Lage entstanden. Nach dem Übereinkommen ist das Heimatrecht des Vaters oder das der Mutter maßgebend, je nachdem, welches von ihnen den Eintritt der Legitimation bejaht.

Das Übereinkommen bezieht sich zwar nur auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe, es wäre jedoch unlogisch und könnte im Einzelfall zu untragbaren Spannungen führen, wollte man bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung der Ehelichkeit von ganz anderen Anknüpfungskriterien ausgehen als den nach dem Legitimationsübereinkommen maßgebenden. Es ist nun vielmehr angezeigt, bezüglich der Ehelichkeit eines Kindes auf das Personalstatut der Ehegatten abzustellen (§ 21 erster Satz; der Begriff „Eltern“ wird hier vermieden, weil sich sonst Zirkelschlüsse ergeben könnten), wobei im Fall einer Verschiedenheit der Personalstatute der Ehegatten das für die Ehelichkeit günstigere Statut den Ausschlag gibt (zweiter Satz). Haben die Ehegatten also nicht dasselbe Personalstatut, so ist das Kind unehelich, wenn zumindest eines dieser Personalstatute die Ehelichkeit bejaht; das Kind ist unehelich, wenn die Personalstatute beider Ehegatten die Ehelichkeit verneinen.

Der Anwendungsbereich der Verweisungsnorm umfaßt sowohl die Voraussetzungen der Ehelichkeit als auch deren Bestreitung. Es fallen darunter also besonders die Rechtsvermutungen über die Vaterschaft des Ehemannes einschließlich der Bestimmungen über die Dauer der Empfängniszeit, die Gründe für die Bestreitung der Ehelichkeit, die Frage, welchen Personen ein Bestreitungsrecht zukommt (einschließlich des allfälligen Klagerechts des Staatsanwalts), die Bestreitungsfristen usw. Zur Ehelichkeitsbestreitung ist in diesem Zusammenhang auf folgendes hinzuweisen: Ist das Kind nur nach dem Personalstatut eines der Ehegatten unehelich, so richten sich die Voraussetzungen der Ehelichkeitsbestreitung natürlich nach demselben Recht, das die Ehelichkeit bejaht hat. Es kann allerdings auch der Fall eintreten, daß zwar beide (voneinander verschiedenen) Personalstatute der Ehegatten die

Ehelichkeit bejahen, für die Bestreitung aber unterschiedliche Voraussetzungen festlegen. Maßgebend ist dann in favorem legitimatis dasjenige der beiden Rechte, demzufolge die einmal vorliegende Ehelichkeit weniger leicht wieder beseitigt werden kann.

Die Wirkungen der Ehelichkeit, also besonders das Rechtsverhältnis zwischen dem ehelichen Kind und seinen Eltern, sind nicht nach der vorliegenden Verweisungsnorm zu beurteilen, sondern nach dem § 24 (der das — jeweilige — Personalstatut des Kindes für maßgebend erklärt).

Der maßgebende Zeitpunkt für die Anknüpfung ist grundsätzlich die Geburt des Kindes (so derzeit auch der § 9 Abs. 1 der 4. DVOEheG). Eine nach diesem Zeitpunkt eintretende Änderung des Personalstatus der Ehegatten hat auf die Frage der Ehelichkeit keinen Einfluß. Das gilt auch, wenn die zur Zeit der Geburt gegebenen Personalstatute die Ehelichkeit verneint haben und einer oder beide Ehegatten später ein Personalstatut erwerben, das die Ehelichkeit bejaht würde: das Kind bleibt unehelich. Ein praktisches Bedürfnis nach einer die Ehelichkeit begünstigenden Wandelbarkeit hat sich angesichts der auf diesem Gebiet bestehenden geringen Unterschiede der nationalen Sachrechte bisher nicht gezeigt. Rechtsvergleichend ist denn auch festzustellen, daß eine Wandelbarkeit des Statuts in favorem legitimatis nur bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe in Erwägung gezogen wird, nicht aber bei der Ehelichkeit selbst.

Ist das Kind erst geboren worden, nachdem die Ehe aufgelöst worden ist (z. B. durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung), so ist es angezeigt, an den letzten Zeitpunkt anzuknüpfen, zu dem noch eine rechtliche Gemeinsamkeit zwischen den Ehegatten bestanden hat. Für diese Fälle wird daher das Personalstatut für maßgebend erklärt, das die Ehegatten im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe gehabt haben.

**Zum § 22**

Die entworfene Regelung folgt im wesentlichen dem CIEC-Übereinkommen vom 10. September 1970, BGBl. Nr. 102/1976, über die Legitimation durch nachfolgende Ehe. Maßgebend ist demgemäß das Personalstatut der Eltern (erster Satz). Haben die Eltern nicht dasselbe Personalstatut, so geht dasjenige vor, das die Legitimation begünstigt (zweiter Satz). Ein Kind ist also für den österreichischen Rechtsbereich legitimiert, wenn das Personalstatut zumindest eines Elternteils die Legitimation bejaht.

Durch das Übereinkommen ist nicht nur die Anknüpfung, sondern auch der Anwendungsbereich der Verweisungsnorm vorgezeichnet. Es wird daher — wie im Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens — nicht von der Legitimation

durch „Eheschließung“ gesprochen, sondern von der die Legitimation bewirkenden „Ehe“. Umfaßt sind daher nicht nur die Fälle, in denen die Legitimation ipso iure mit der Heirat eintritt, sondern jede Legitimation, die eine Folge der Ehe ist, mit ihr in einem rechtlichen Zusammenhang steht. So tritt z. B. nach französischem Recht die Legitimation erst kraft (konstitutiven) Urteils ein, wenn das Kind von einem Elternteil erst nach der Eheschließung anerkannt worden ist (Art. 331-1 CC; mit dem Urteil wird festgestellt, daß das Kind seit der Eheschließung den Familienstand eines gemeinsamen ehelichen Kindes der Eheleute gehabt hat).

Sachlich fallen in den Anwendungsbereich der Verweisungsnorm u. a. das allfällige Erfordernis einer Anerkennung des Kindes durch den Ehemann der Mutter (unter Umständen auch durch die Mutter selbst), das allfällige Erfordernis einer Zustimmung des Kindes und Dritter, einschließlich der Ersetzbarkeit solcher Zustimmungen und die Frage von Legitimationshindernissen (wie sie etwa manche Rechtsordnungen bei sogenannten Ehebruchskindern vorsehen; bei gentigender Inlandsbeziehung kann hier allerdings die Vorbehaltksklausel des § 6 ins Spiel kommen). Die Wirkungen der Legitimation, also besonders das Rechtsverhältnis zwischen dem legitimierten Kind und seinen Eltern, sind nicht nach dieser Verweisungsnorm, sondern nach dem § 24 — der das (jeweilige) Personalstatut des Kindes für maßgebend erklärt — zu beurteilen.

Mit der Begründung, daß nicht die Heirat, sondern die Ehe — also ein Dauerrechtsverhältnis — legitimiert, wird im Schrifttum zum erwähnten CIEC-Legitimationsübereinkommen die Ansicht vertreten, daß ein die Legitimation des Kindes begünstigender Statutenwechsel der Eltern mit Wirkung ex nunc zu berücksichtigen ist. Ein Wechsel des Personalstatuts der Eltern ist beachtlich, wenn das neue Recht die Legitimation im Gegensatz zum alten zuläßt (s. Edl-bach, Das Übereinkommen über die Legitimation durch nachfolgende Ehe, ZfRV 1976, 164 f.; vgl. auch Ferid, IPR, 273; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 430 u. a.). Diese Überlegungen gelten auch für die vorliegende Verweisungsnorm.

Anders verhält es sich beim umgekehrten Fall: Ist ein Kind auf Grund des Personalstatuts der Eltern legitimiert, so behält es diese Rechtsstellung, auch wenn die Eltern später das Personalstatut wechseln und das neue Recht die Legitimation verneint. Mit dem Eintritt der Legitimation ist der Tatbestand erfüllt und der spätere Statutenwechsel somit unbedeutlich (vgl. § 7).

#### Zum § 23

Nach zahlreichen Rechtsordnungen kann ein Kind nicht nur durch die Eheschließung seiner Eltern, sondern auch durch einen staatlichen

Hoheitsakt die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangen. Entsprechend der historischen Entwicklung dieser Rechtseinrichtung, sehen manche Rechte hier einen Gnadenakt des Staatsoberhauptes vor (so auch der § 162 ABGB), oftmals obliegt die Ehelicherklärung allerdings anderen staatlichen Organen, wie z. B. den Gerichten (so etwa in der Bundesrepublik Deutschland, in Jugoslawien, in der Schweiz u. a.).

Der § 23 spricht daher ganz allgemein von der Legitimation eines Kindes durch Ehelicherklärung und sieht hiefür (so wie derzeit der § 13 der 4. DVOEheG) grundsätzlich die Anwendung des Personalstatuts des Vaters vor (erster Halbsatz des ersten Satzes). Da eine Ehelicherklärung zuweilen erst nach dem Tod des Vaters beantragt wird, stellt der zweite Halbsatz des ersten Satzes klar, daß in diesem Fall das Personalstatut maßgebend ist, das der Vater im Zeitpunkt seines Todes hatte.

Soweit es um die Zustimmungsrechte geht, ist — wie bei der Annahme an Kindesstatt (§ 26 Abs. 1) — im Interesse des Kindes und seiner Angehörigen neben dem Personalstatut des Vaters überdies auch auf das Personalstatut des Kindes Bedacht zu nehmen: Ist nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht (z. B. Mutter, Vormund), erforderlich, so ist nach dem zweiten Satz insoweit auch (also zusätzlich zum väterlichen Personalstatut) dieses Recht maßgebend.

#### Zum § 24

Während die §§ 21 bis 23 die Voraussetzungen der Ehelichkeit und der Legitimation betreffen, regelt die vorliegende Verweisungsnorm das auf die Wirkungen anzuwendende Recht. Hiefür wird im Abs. 1 das Personalstatut des Kindes für maßgebend erklärt.

Ausschlaggebend für diese Anknüpfung ist zunächst der Umstand, daß in nahezu allen Staaten die Entwicklung auf dem Gebiet des Kindesrechts dahin geht, die Person des Kindes in den Mittelpunkt der rechtspolitischen Überlegungen zu stellen. Es ist angezeigt, diesen Schritt auch im Kollisionsrecht zu tun. Eine solche Lösung hat auch den praktischen Vorteil, daß dadurch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und seinen Eltern demselben Recht unterstellt werden, das auch für die Handlungsfähigkeit des Kindes (§ 12) und für die Vormundschaft und Pflegschaft (§ 27) maßgebend ist. Schwierige Abgrenzungsfragen, wie sie sich vor allem im Bereich der gesetzlichen Vertretung stellen können, werden solcherart vermieden. Da nach § 25 Abs. 2 die Wirkungen der Unehelichkeit ebenfalls nach dem Personalstatut des Kindes zu beur-

## 784 der Beilagen

39

teilen sind, werden durch den Gleichlauf der Anknüpfungen überdies Qualifikationsschwierigkeiten vermieden, wenn Rechtsordnungen im Spiel sind, die einen rechtlichen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern nicht kennen. Die gleiche Anknüpfung für eheliche und uneheliche Kinder ist überdies für diejenigen Fälle günstig, in denen die Rechtsstellung eines unehelichen Kindes durch Legitimation in die eines ehelichen übergeht, denn es könnte zu Angleichungsproblemen kommen, wenn auf das Rechtsverhältnis zwischen Kind und Eltern vor und nach der Legitimation jeweils verschiedene Rechtsordnungen anzuwenden wären.

Diesen Vorteilen stehen allerdings auch Umstände gegenüber, die sich nachteilig auswirken können. So ist es denkbar, daß nicht alle Kinder aus derselben Ehe dasselbe Personalstatut haben. Bei einer Verweisungsnorm, die auf das Personalstatut des Kindes abstellt, kann es also dazu kommen, daß nicht alle Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Kindern und ihren Eltern demselben Recht unterstehen. Gegenüber den erwähnten Vorteilen wiegt dieser Nachteil allerdings nicht zu schwer, zumal da derartige Fälle in der Praxis ja doch selten sind und es für die verbleibenden Ausnahmefälle auch gar nicht sicher ist, daß eine unterschiedliche Anknüpfung für die Beteiligten von Nachteil wäre.

Eine Abwägung der Vor- und Nachteile führt also dazu, für die Wirkungen der Ehelichkeit und Legitimation dem Personalstatut des Kindes gegenüber anderen denkbaren Anknüpfungen (wie etwa dem Ehwirkungsstatut) den Vorzug zu geben (vgl. auch § 19 des finnischen Gesetzes vom 5. Dezember 1929 betreffend gewisse familiengerichtliche Verhältnisse internationaler Natur; § 22 des IPR-Gesetzes der DDR; Art. 19 § 1 des polnischen IPR-Gesetzes; § 24 des tschechoslowakischen IPR-Gesetzes; auch verschiedene einschlägige zwischenstaatliche Übereinkommen stellen die Person des Kindes in den Mittelpunkt der Anknüpfung, so z. B. das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht; das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; Art. 69 des Código Bustamante [dem zahlreiche südamerikanische Staaten angehören]; für die Anknüpfung an das Kindesrecht vgl. u. a. Walker, IPR<sup>5</sup>, 794 und 796; Rabels, Conflict of Laws I [1945] 594; Neuhäusl, Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen IPR [1953] 12, 39; Martin Wolff, IPR<sup>3</sup>, 215; Siegrist, RabelsZ 1959, 94; Dölle, E. Kaufmann-FS [1950] 44; Makarov, RabelsZ 1952, 382; Ferid, IPR, 255).

Erklärt das Personalstatut des Kindes allerdings ein anderes Recht für maßgebend — etwa das (vom Personalstatut des Kindes allenfalls abweichende) Heimatrecht des Vaters oder das für die persönlichen Ehwirkungen maßgebende Recht —, so ist diese Rück- oder Weiterverweisung nach § 5 zu beachten.

In den Anwendungsbereich der Verweisungsnorm fällt der gesamte Bereich des familienrechtlichen Verhältnisses zwischen einem ehelichen oder legitimierten Kind und seinen Eltern. Umfaßt sind also die Fragen der Pflege und Erziehung des Kindes sowie seines abgeleiteten Wohnsitzes, die Verwaltung und allfällige Nutzung seines Vermögens, die gesetzliche Vertretung durch einen oder beide Elternteile einschließlich des Erfordernisses einer behördlichen Genehmigung bestimmter Vertretungshandlungen, die Regelung der elterlichen oder väterlichen Gewalt nach Scheidung der Eltern, die gegenseitigen Unterhaltsansprüche, ein Versorgungsanspruch des Kindes u. a. Der Name des Kindes allerdings ist nicht nach dieser Verweisungsnorm, sondern nach dem besonderen Namensstatut des § 13 zu beurteilen (was angesichts der dort vorgesehenen Anknüpfung an das Personalstatut des Namensträgers im Ergebnis allerdings keinen Unterschied macht). Nicht in den Anwendungsbereich fallen auch diejenigen Wirkungen der Ehelichkeit, die nicht familienrechtlicher, sondern erbrechtlicher Natur sind; für sie gilt das Erbstatut des § 28.

Da das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ein Dauerverhältnis ist, kommt es auf das jeweilige Personalstatut des Kindes an. Ändert sich dieses Personalstatut, so sind z. B. die bis zum Zeitpunkt des Statutenwechsels fälligen Unterhaltsansprüche nach dem bisherigen Personalstatut zu beurteilen, für die Zeit danach gilt das neue Recht (s. dazu auch die Erläuterungen zum § 7).

Die in der vorliegenden Verweisungsnorm enthaltene Regelung gilt nur, sofern zwischenstaatliche Vereinbarungen nicht anderes vorsehen (vgl. § 53). Zu nennen sind hier u. a. das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht (vgl. dazu jedoch auch das — nach § 52 Z. 4 des Entwurfes unberührt bleibende — Bundesgesetz vom 30. Oktober 1958, BGBl. Nr. 295/1961), das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen und der Art. 29 Abs. 2 des österreichisch-polnischen Vertrages vom 11. Dezember 1963, BGBl. Nr. 79/1974, über die wechsel-

seitigen Beziehungen in bürgerlichen Rechts-  
sachen und über Urkundenwesen.

### Zum § 25

Die vorliegende Verweisungsnorm betrifft die Voraussetzungen der Feststellung, der Anerkennung und der Bestreitung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind (Abs. 1), die Wirkungen der Unehelichkeit (Abs. 2) und schließlich auch die mit der Schwangerschaft und der Entbindung zusammenhängenden Ansprüche der Mutter gegen den Vater ihres unehelichen Kindes (Abs. 3).

Die Anwendung des § 25 setzt die Unehelichkeit des Kindes voraus. Die Frage, ob ein Kind ehelich oder unehelich ist, wird nach den in den §§ 21 bis 23 genannten Rechten beurteilt (vgl. Schwind, Handbuch, 191).

Für die Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind ist nach dem derzeit geltenden § 12 der 4. DVOEheG (der als allseitige Verweisungsnorm zu lesen ist) das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes maßgebend. Eine Beibehaltung dieser Anknüpfung wäre aus der Sicht des Gleichberechtigungsgrundsatzes bedenklich. Andererseits ist festzustellen, daß alle das materielle Kindschaftsrecht betreffenden Reformarbeiten der verschiedenen nationalen Gesetzgebungen die Person des Kindes in den Mittelpunkt der rechtspolitischen Überlegungen stellen. Es ist angezeigt, diese Entwicklung auch im Kollisionsrecht zu berücksichtigen und bei der Rechtsanwendung somit vom Personalstatut des Kindes auszugehen (erster Satz des Abs. 1; vgl. Bydłinski, Gutachten für den ersten Österreichischen Juristentag [1961] 162).

Im Abs. 1 wird klargestellt, daß das für die Voraussetzungen einer Feststellung der Vaterschaft maßgebende Recht auch für die Voraussetzungen der Anerkennung und der Bestreitung der Vaterschaft gilt. Diese Terminologie deckt sich nicht ganz mit der des österreichischen Sachrechts, das eine Feststellung der Vaterschaft einerseits durch Urteil und andererseits durch Anerkenntnis kennt. Da die einzelnen Rechtsordnungen auf diesem Gebiet aber besonders große Unterschiede aufweisen, könnte eine zu sehr vom ihländischen Sachrecht geprägte Verweisungsnorm in der Praxis zu Qualifikationschwierigkeiten führen.

Als Anknüpfungszeitpunkt erklärt der erste Satz des Abs. 1 den Zeitpunkt der Geburt des Kindes für maßgebend. Von diesem Grundsatz der Unwandelbarkeit sieht der zweite Satz des Abs. 1 eine Ausnahme vor. Ist die Feststellung oder die Anerkennung der Vaterschaft nach dem zur Zeit der Geburt des Kindes gegebenen Personalstatut nicht zulässig, wohl aber nach einem

späteren Personalstatut des Kindes, so kann zum Vorteil des Kindes die Vaterschaft auch noch nach diesem späteren Personalstatut festgestellt oder anerkannt werden.

Die Bestreitung der Vaterschaft steht mit der Feststellung bzw. Anerkennung derselben in engem Zusammenhang. Es ist daher nicht angezeigt, sie kollisionsrechtlich verschieden zu behandeln. Der dritte Satz des Abs. 1 bestimmt daher, daß das Recht, nach dem die Vaterschaft festgestellt oder anerkannt worden ist, auch für deren Bestreitung gilt.

Zur Anerkennung der Vaterschaft ist noch hervorzuheben, daß in den Anwendungsbereich des Abs. 1 nur deren sachliche Voraussetzungen fallen — also z. B. die Frage allfälliger Anerkennungshindernisse und das allfällige Erfordernis der Zustimmung des Kindes und Dritter (wie der Mutter und des Vormunds) —, für die Form des Anerkenntnisses hingegen ist das allgemeine Formstatut des § 8 maßgebend. Das im Abs. 1 bezeichnete Recht (lex causae) und die am Ort des Anerkenntnisses geltenden Formvorschriften (lex loci actus) stehen diesbezüglich also gleichberechtigt nebeneinander (alternative Anknüpfung, § 8).

Für die Wirkungen der Unehelichkeit ist nach Abs. 2 ebenfalls das Personalstatut des Kindes maßgebend. Ausschlaggebend für diese Anknüpfung sind im wesentlichen dieselben Überlegungen, die schon in den Erläuterungen zu der die Wirkungen der Ehelichkeit betreffenden Verweisungsnorm des § 24 dargelegt worden sind und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen hier verwiesen wird (als praktischer Vorteil ist vor allem der Gleichklang mit dem für die Handlungsfähigkeit des Kindes maßgebenden Recht und mit dem Vormundschaftsstatut anzusehen, weil dadurch Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich besonders im Bereich der gesetzlichen Vertretung ergeben könnten, vermieden werden). Die von einem Teil der Lehre befürwortete Lösung, das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seiner Mutter dem Personalstatut der Mutter, das Rechtsverhältnis zum Vater hingegen dem Personalstatut des Vaters zu unterstellen, wird vom Entwurf nicht aufgegriffen. Abgesehen davon, daß sich bei einer solchen kollisionsrechtlichen Spaltung in der Praxis oft schwierige Angleichungsfragen ergeben könnten, liegt es im Interesse des Kindes, daß das gesamte zwischen ihm und seinen Eltern bestehende Rechtsverhältnis einheitlich demselben Recht unterstellt wird, und zwar, weil das Kind im Mittelpunkt dieses Rechtsverhältnisses steht, seinem eigenen Personalstatut.

In den Anwendungsbereich des Abs. 2 fällt das gesamte Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seinen Eltern. Umfaßt

## 784 der Beilagen

41

sind u. a. die Pflege und Erziehung; die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein oder beide Elternteile kraft Gesetzes zur Vertretung des Kindes berufen sind oder ob sie zumindest darauf Anspruch haben, zum gesetzlichen Vertreter bestellt zu werden, die gegenseitigen Unterhaltsansprüche usw. Der Name des unehelichen Kindes ist allerdings nicht nach dieser Verweisungsnorm zu beurteilen, sondern nach dem besonderen Namensstatut des § 13 (was angesichts der dort vorgesehenen Anknüpfung an das Personalstatut des Namenträgers freilich auf dasselbe hinausläuft). Für das Erbrecht des unehelichen Kindes gegenüber seinen Eltern (und umgekehrt) gilt das Erbstatut des § 28.

Da es sich bei den Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Kind und seinen Eltern um ein Dauerverhältnis handelt, kommt es bezüglich der Wirkungen der Unehelichkeit auf das jeweilige Personalstatut des Kindes an (s. dazu die Ausführungen zu den §§ 7 und 24).

Für die mit der Schwangerschaft und der Entbindung zusammenhängenden Ansprüche der Mutter gegen den Vater des unehelichen Kindes — wie sie z. B. das österreichische Recht in den §§ 167 und 168 ABGB vorsieht — erklärt der Abs. 3 das Personalstatut der Mutter für maßgebend. Diese Anknüpfung entspricht der schon derzeit geltenden Rechtslage (§ 12 der 4. DVOEheG).

Die derzeit im zweiten Halbsatz des § 12 der 4. DVOEheG enthaltene Regelung, wonach das Kind und seine Mutter gegen den Vater keine weitergehenden Ansprüche geltend machen können, als nach den österreichischen Gesetzen begründet sind, ist nicht übernommen worden, weil darin eine zu starke Überbewertung der eigenen Rechtsordnung zum Ausdruck kommt und sich diese Lösung überdies im Ergebnis nur einseitig zugunsten des Vaters auswirken kann; das ist rechtspolitisch nicht zu befürworten.

Die in der vorliegenden Verweisungsnorm enthaltene Regelung gilt — wie alle Verweisungsnormen des Gesetzes — nur, sofern zwischenstaatliche Vereinbarungen nicht anderes vorsehen (vgl. § 53). Zu nennen ist hier vor allem das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht, das für die Unterhaltsansprüche eines ehelichen oder unehelichen Kindes das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes für maßgebend erklärt, sofern es sich hiebei um das Recht eines Vertragsstaates handelt (vgl. dazu jedoch auch das — nach § 52 des Entwurfes unberührt bleibende — Bundesgesetz vom 30. Oktober 1958, BGBl. Nr. 295/1961, über die Anwendung des österreichischen Rechtes

im Sinn des Art. 2 des vorgenannten Haager Übereinkommens). An weiteren einschlägigen zwischenstaatlichen Vereinbarungen sind u. a. zu nennen das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen und der Art. 29 Abs. 3 und 4 des österreichisch-polnischen Vertrages vom 11. Dezember 1963, BGBl. Nr. 79/1974, über die wechselseitigen Beziehungen in bürgerlichen Rechtssachen und über Urkundenwesen.

## Zum § 26

Aus der Überlegung, daß eine Annahme an Kindesstatt die rechtliche Stellung des Annehmenden kaum geringer berührt als die des Wahlkindes, sehen manche Rechtsordnungen vor, daß für die Voraussetzungen der Kindesannahme die Personalstatute der unmittelbar Beteiligten (also des Annehmenden und des Wahlkindes) gleichermaßen zu berücksichtigen sind (Nachweise bei Braga, Zur Reform des internationalen Adoptionsrechts, in Lauberauer, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Kindschafts-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts [1966] 205). Diese kumulative Anknüpfung hat den Vorteil, daß dadurch die Gefahr des Zustandekommens sogenannter hinkender Adoptionen (Kindesannahmen, die nicht von den Heimatstaaten aller Beteiligten anerkannt werden) verringert wird.

Durch die kumulative Anwendung beider Personalstatute würde aber in zahlreichen Fällen das Zustandekommen einer Kindesannahme erschwert oder gar unmöglich gemacht werden. Das aber ist nicht wünschenswert. Für viele Kinder aus Ländern, die von Kriegen, Rassenverfolgungen oder Naturkatastrophen heimgesucht worden sind, ist die Adoption ins Ausland oft die einzige Hoffnung, unter geordneten Verhältnissen aufzuwachsen zu können. Überdies ist zu bedenken, daß die Wahlkinder fast immer im Lebensbereich des Annehmenden aufwachsen und meist über kurz oder lang auch dessen Staatsangehörigkeit erhalten.

Es ist deshalb angezeigt, in erster Linie auf das Personalstatut des Annehmenden abzustellen (erster Satz des Abs. 1) und — im Interesse des Kindes und seiner Angehörigen — daneben (kumulativ) das Personalstatut des Wahlkindes nur insoweit für maßgebend zu erklären, als es um die Zustimmung des Kindes und der zu ihm in familienrechtlichem Verhältnis stehenden Dritten (besonders leibliche Eltern, Vormund) geht (zweiter Satz des Abs. 1).

Durch die Worte „Personalstatut jedes Annehmenden“ soll klargestellt werden, daß bei einer gemeinsamen Annahme durch Ehegatten

mit verschiedenem Personalstatut die Personalstatute beider Annehmender zu beachten sind. Diese Maßgeblichkeit beider Personalstatute empfiehlt sich im Interesse einer allseitigen Wirksamkeit der Adoption (vgl. Schwind, ZfRV 1971, 227; Jayme, StAZ 1973, 229, 232). Diese Lösung entspricht auch der bereits derzeit geltenden Rechtslage (vgl. Schwind, Handbuch, 227); sie hat in der Praxis bisher keine Schwierigkeiten bereitet (vgl. LGZ Wien 13. 3. 1968 EFSIg. 10406).

In den Anwendungsbereich des Abs. 1 fallen alle sachlichen Voraussetzungen einer Annahme an Kindesstatt, wie das Alter des Annehmenden und des Wahlkindes, der Altersunterschied zwischen ihnen, die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Vorhandensein leiblicher Kinder des Annehmenden der Kindesannahme entgegensteht (vgl. dazu im österreichischen Recht den § 180 a Abs. 2 ABGB), die Zustimmungserfordernisse einschließlich der Möglichkeit, verweigerte Zustimmungen behördlich zu ersetzen (vgl. dazu im österreichischen Recht den § 181 ABGB) u. a. Zur behördlichen Ersetzung verweigerter Zustimmungen ist in diesem Zusammenhang auf folgendes hinzuweisen: Es ist schon oben ausgeführt worden, daß hinsichtlich der Zustimmung des Wahlkindes und der zu ihm in familienrechtlichem Verhältnis stehenden Dritten sowohl das Personalstatut des Annehmenden als auch das des Kindes maßgebend sind. Diese kumulative Rechtsanwendung bedeutet, daß im Fall einer Zustimmungsverweigerung die behördliche Ersetzung nur dann zulässig ist, wenn dies beide Personalstatute vorsehen.

Für die Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt ist das zur Zeit der Kindesannahme gegebene Personalstatut des Annehmenden bzw. (Abs. 1 zweiter Satz) des Wahlkindes maßgebend. Ein späterer Statutenwechsel ist unbeachtlich (starres Statut). Eine ausdrückliche Erwähnung dieses Anknüpfungszeitpunkts im Abs. 1 konnte unterbleiben, weil sich diese Lösung bereits aus der allgemeinen Bestimmung über den Statutenwechsel (§ 7) ergibt.

Die Beendigung der Wahlkindschaft — im österreichischen Sachrecht handelt es sich um die Fälle des Widerrufs und der Aufhebung (§§ 184 und 184 a ABGB) — wird im Interesse einer möglichst einheitlichen Rechtsanwendung demselben Recht unterstellt, das für die Voraussetzungen der Kindesannahme maßgebend ist (Abs. 1 erster Satz).

Für die Wirkungen der Kindesannahme ist nach Abs. 2 das Personalstatut des Annehmenden maßgebend. Diese Lösung entspricht bereits der derzeitigen Rechtslage (vgl. den alseits zu lesenden § 13 Abs. 1 der 4. DVOEheG, der nach herrschender Auffassung auch die Wirkungen der

Kindesannahme betrifft); sie findet sich auch in zahlreichen ausländischen Kollisionsrechten (so z. B. in den Rechten der Bundesrepublik Deutschland, der Deutschen Demokratischen Republik, Finnlands, Frankreichs, Italiens, Polens, Portugals, Spaniens, der Tschechoslowakei usw. [vgl. u. a. die Zusammenstellung bei Braga a.a.O. 214]). Der Anknüpfung an das Personalstatut des Annehmenden ist gegenüber der Maßgeblichkeit des Kindesrechts der Vorzug zu geben. Wie sich in der Praxis zeigt, ist in den meisten internationalen Adoptionsfällen der Heimatstaat des Annehmenden zugleich auch derjenige Staat, in dem der Annehmende und mit ihm das Wahlkind den gewöhnlichen Aufenthalt haben. Es entspräche nicht dem Grundsatz der stärksten Beziehung, etwa bei der Annahme eines österreichischen Kindes durch niederländische Eheleute, die in Den Haag leben, die Wirkungen der Kindesannahme nach österreichischem Recht zu beurteilen. Ebenso wäre es unbillig, im Fall der Annahme eines vietnamesischen Waisenkinds durch österreichische Ehegatten die Wirkungen der Kindesannahme bis zur Einbürgerung des Kindes nach vietnamesischem Recht beurteilen zu müssen.

In der Praxis wird ein Kind häufig von Ehegatten gemeinsam angenommen. Es wäre mißlich, in solchen Fällen kollisionsrechtlich zu spalten und das Rechtsverhältnis des Wahlkindes zum Wahlvater nach dem Personalstatut des Wahlvaters zu beurteilen, bezüglich des Verhältnisses zur Wahlmutter hingegen an deren Personalstatut anzuknüpfen. Im Abs. 2 wird daher für die Wirkungen einer Kindesannahme durch Ehegatten das für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe maßgebende Recht (§ 18) für anwendbar erklärt; stirbt einer der Ehegatten, so ist anstelle des Ehewirkungsstatuts das Personalstatut des überlebenden Ehegatten maßgebend. Keiner ausdrücklichen Regelung bedurfte der Fall, daß nach dem Tod des einen Ehegatten auch der andere verstirbt. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß in diesem Fall das Personalstatut, das der nachverstorbene Ehegatte zur Zeit seines Todes gehabt hat, maßgebend bleibt.

Die Wahlkindschaft ist ein Dauerechtsverhältnis. Das für die Wirkungen der Kindesannahme maßgebende Statut ist daher wandelbar, das heißt, es kommt auf das jeweilige Personalstatut des Annehmenden an (bzw. auf das jeweilige Ehewirkungsstatut der annehmenden Ehegatten). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zu den Verweisungsnormen betreffend die Wirkungen der Ehelichkeit (§ 24) und der Unehelichkeit (§ 25 Abs. 2) hingewiesen.

In den Anwendungsbereich des Abs. 2 fällt das familienrechtliche Verhältnis zwischen dem Wahlkind samt seinen Nachkommen einerseits

## 784 der Beilagen

43

und dem Annehmenden und dessen Verwandten andererseits. Ebenfalls nach dieser Verweisungsnorm ist zu beurteilen, welchen Einfluß die Kindesannahme auf das familienrechtliche Verhältnis des Wahlkindes (und seiner Nachkommen) zu seinen leiblichen Eltern und deren Verwandten hat (vgl. dazu etwa im österreichischen Recht die §§ 182 Abs. 2, § 182a ABGB). Die Änderung des Namens des Wahlkindes als Folge einer Annahme an Kindesstatt ist dagegen nicht nach der vorliegenden Verweisungsnorm, sondern nach dem besonderen Namensstatut des § 13, also nach dem Personalstatut des Wahlkindes, zu beurteilen (erklärt dieses Recht hiefür allerdings ein anderes Recht für maßgebend — etwa das [abweichende] Personalstatut des Annehmenden —, so ist dies eine Rück- bzw. Weiterverweisung, die nach § 5 zu beachten ist). Auch die erbrechtlichen Wirkungen einer Annahme an Kindesstatt sind nicht nach dem § 26 Abs. 2, sondern nach dem Erbstatut (§ 28) zu beurteilen.

Der Vollständigkeit halber ist auch hier wieder zu erwähnen, daß nach § 53 einschlägige zwischenstaatliche Vereinbarungen unberührt bleiben (vgl. dazu z. B. das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht; Art. 30 des österreichisch-polnischen Vertrages vom 11. Dezember 1963, BGBl. Nr. 79/1974, über die wechselseitigen Beziehungen in bürgerlichen Rechtssachen und über Urkundenwesen).

**Zum § 27.**

In den einzelnen Rechtsordnungen sind die sachrechtlichen Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit, über das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern (besonders was die väterliche oder elterliche Gewalt angeht), über die Entmündigung und über die Vormundschaft bzw. Pflegschaft so aufeinander abgestimmt, daß sich weder Überschneidungen noch Lücken ergeben. Die solcherart vom materiellen Recht her gewährleistete Ausgewogenheit könnte gestört werden, wenn das Kollisionsrecht für diese ineinander verzahnten Bereiche verschiedene Rechte zur Anwendung berüfe. Abgrenzungs- und Angleichungsfragen würden der Praxis so manche Schwierigkeiten bereiten.

Es ist daher zweckmäßig, alle diese Fragen nach Möglichkeit derselben Rechtsordnung zu unterstellen. Der Abs. 1 sieht deshalb vor, daß die Voraussetzungen für die Anordnung und die Beendigung einer Vormundschaft oder Pflegschaft nach dem Personalstatut des Pflegebefohlenen zu beurteilen sind. Dies ergibt einen Gleichlauf mit den nach §§ 12, 15 erster Halbsatz, 24 und 25 Abs. 2 maßgebenden Rechten.

Auch die Wirkungen der Vormundschaft bzw. Pflegschaft unterstellt der Abs. 1 dem Personal-

statut des Pflegebefohlenen. Erfaßt werden dadurch z. B. die Pflicht des Vormunds zur Erziehung des Mündels, die Gehorsamspflicht des Mündels gegenüber dem Vormund, der Umfang der Vertretungsmacht des Vormunds (einschließlich des Erfordernisses der behördlichen Genehmigung für bestimmte Vertretungshandlungen) usw. Man könnte auch erwägen, für die Wirkungen statt des Personalstatuts des Pflegebefohlenen das Recht des Staates maßgebend sein zu lassen, dessen Behörden die Vormundschaft (Pflegschaft) führen. Für zahlreiche Fälle wäre das aber keine sachgerechte Lösung. So liegt z. B. kein Grund vor, die Vertretungsmacht einer Mutter, die auf Grund des Personalstatuts ihres unehelichen Kindes zu dessen Vormund bestellt worden ist, kollisionsrechtlich anders zu beurteilen, als wenn die Mutter auf Grund des nach § 25 Abs. 2 maßgebenden Personalstatuts des Kindes bereits kraft Gesetzes Vormünderin oder (was im wesentlichen nur eine Frage unterschiedlicher Terminologie ist) Inhaberin der elterlichen Gewalt wäre.

Der zweite Halbsatz des § 15 ist gegenüber dem § 27 Abs. 1 eine lex specialis. In diesem besonderen Fall sind die Voraussetzungen und Wirkungen einer Kuratel bzw. Beistandschaft für den nach österreichischem Recht entmündigten Ausländer nach österreichischem Recht zu beurteilen.

Im internationalen Verfahrensrecht gilt nach herrschender Auffassung der Grundsatz, daß Fragen des Verfahrens nach der lex fori zu beurteilen sind. Gerade in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen gibt es aber Bereiche, die sowohl das materielle als auch das formelle Recht berühren. Im Interesse einer einheitlichen Führung der Vormundschafts- und Pflegschaftssachen ist es angezeigt, auch diese an der Grenze zwischen materiellem und formellem Recht liegenden Bereiche der lex fori zuzuordnen. Deshalb sieht der Abs. 2 vor, daß die mit der Vormundschaft und Pflegschaft verbundenen sonstigen (das heißt nicht vom Abs. 1 umfaßten) Fragen, soweit sie die Führung an sich betreffen, nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, dessen Behörden die Vormundschaft (Pflegschaft) führen. Es gilt dies z. B. für das Entschlagungsrecht des Vormunds, die Pflichtenangabeobligation, die Anlegung von Mündelgeldern, die Pflicht des Vormunds zur regelmäßigen Rechnungslegung, die Überprüfung und Genehmigung der Rechnung u. a.

Unter der Pflegschaft im Sinn der Abs. 1 und 2 ist nicht nur diejenige über Minderjährige zu verstehen; umfaßt sind auch alle anderen Pflegschafts- und Kuratelsfälle, wie die Kuratel bzw. Beistandschaft über Entmündigte, die Abwesenheitspflegschaft, die Bestellung eines Kollisionskurators usw.

Einschlägige zwischenstaatliche Vereinbarungen gehen nach § 53 den Bestimmungen des entworfenen Bundesgesetzes und damit auch der vorliegenden Verweisungsnorm vor. Das gilt vor allem für das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen. Das Übereinkommen ist aus österreichischer Sicht nur auf Minderjährige anzuwenden, die einem der Vertragsstaaten angehören (Österreich hat von der Vorbehaltsmöglichkeit des Art. 13 Abs. 2 des Übereinkommens Gebrauch gemacht; außer Österreich gehören dem Übereinkommen derzeit die Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande, Portugal und die Schweiz an). Weitere einschlägige zwischenstaatliche Vereinbarungen sind z. B. das österreichisch-deutsche Vormundschaftsabkommen vom 5. Februar 1927, BGBl. Nr. 269 (s. dessen Art. 4 und 5), und der österreichisch-polnische Vertrag vom 11. Dezember 1963, BGBl. Nr. 79/1974, über die wechselseitigen Beziehungen in bürgerlichen Rechtssachen und über Urkundenwesen (vgl. dessen Art. 31 ff.).

Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, daß in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen zuweilen dringende Maßnahmen getroffen werden müssen. In solchen Fällen kann der § 4 Abs. 2 des entworfenen Bundesgesetzes Bedeutung gewinnen, wonach österreichisches Recht anzuwenden ist, sofern das von der Verweisungsnorm zur Anwendung berufene fremde Recht trotz eingehendem Bemühen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden kann. Bei besonderer Eilbedürftigkeit wird daher sofort nach österreichischem Recht entschieden werden können, sofern das fremde Recht nicht sogleich feststellbar ist.

#### Zum § 28

Die derzeitige gesetzliche Regelung des internationalen Erbrechts in Österreich besteht im wesentlichen darin, die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte in Nachlaßsachen abzugrenzen und darüber hinaus zu bestimmen, daß, wenn ein österreichisches Gericht zuständig ist, es auch österreichisches materielles Recht auf den Erbfall anzuwenden hat (§§ 21 bis 25 und § 140 AußStrG). Aus diesem Gleichlauf der inländischen Abhandlungsgerichtsbarkeit mit dem materiell anzuwendenden Recht ergibt sich im einzelnen, daß österreichisches Erbrecht auf das im Inland befindliche unbewegliche Vermögen eines Österreichers oder Ausländers anzuwenden ist (§§ 21, 22 AußStrG), ebenso auf das wo immer befindliche bewegliche Vermögen eines Österreichers (§ 21 AußStrG) sowie unter bestimmten

Voraussetzungen auch auf das im Inland befindliche bewegliche Vermögen eines Ausländers, wobei hier der Frage des Wohnsitzes, den der ausländische Erblasser zur Zeit seines Todes gehabt hat, besondere Bedeutung zukommt (vgl. den § 23 Abs. 2 und 3 und die §§ 25 und 140 AußStrG).

Für die Abhandlungsgerichte ergibt sich dadurch zwar der Vorteil, immer inländisches Erbrecht anwenden zu können, für die Beteiligten hingegen können sich Unzukämmlichkeiten ergeben. Eine kollisionsrechtliche Spaltung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen widerspricht dem Wesen der Erbfolge, Gesamtnachfolge in das Vermögen des Erblassers zu sein. Die Frage, wer Erbe ist, soll nicht verschieden nach der jeweiligen örtlichen Lage des Vermögens beantwortet werden. Auch sollte der Erblasser nicht erst zur Zeit seines Todes, sondern schon (und vor allem) während der Zeit seines Lebens wissen oder doch wissen können, nach welchem Recht die Erbfolge beurteilt werden wird, denn davon hängen unter Umständen seine letztwilligen Verfügungen ab. Für das auf die Erbfolge anzuwendende materielle Recht sollte es daher auch ohne Bedeutung sein, wo der Erblasser gerade zur Zeit seines Todes wohnhaft gewesen ist.

Aus diesen Gründen hat bereits der österreichische Entwurf 1914 (§ 36) die gesamte Erbfolge dem Personalstatut des Erblassers unterstellt. Sehr viele ausländische Kollisionsrechte gehen denselben Weg und auch der § 28 des Schwind-Entwurfs bestimmt als Erbstatut das letzte Personalstatut des Erblassers. Auch in den das internationale Erbrecht betreffenden zwischenstaatlichen Vereinbarungen mit Polen und Ungarn (Art. 39 bis 41 des österreichisch-polnischen Vertrages vom 11. Dezember 1963, BGBl. Nr. 79/1974, über die wechselseitigen Beziehungen in bürgerlichen Rechtssachen und über Urkundenwesen, in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 25. Jänner 1973, BGBl. Nr. 79/1974, und Art. 8 des österreichisch-ungarischen Nachlaßvertrags vom 9. April 1965, BGBl. Nr. 306/1967) ist der Gedanke eines Gleichlaufs des anzuwendenden materiellen Rechtes mit der internationalen Zuständigkeit sowie einer kollisionsrechtlichen Spaltung zwischen beweglichem und unbeweglichem Nachlaß weitgehend aufgegeben und für den überwiegenden Bereich des materiellen Erbrechts das Personalstatut des Erblassers für maßgebend erklärt worden.

Der vorliegende Entwurf übernimmt diese allgemeine Entwicklung des internationalen Erbrechts und legt demgemäß im § 28 Abs. 1 fest, daß die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt

## 784 der Beilagen

45

seines Todes zu beurteilen ist. Die Unzukömmlichkeit der Nachlaßspaltung wird damit tunlichst vermieden, da nun der gesamte Nachlaß, wo immer er sich befinden mag, dem letzten Personalstatut des Erblassers unterstellt wird. Natürlich kann dabei nicht verhehlt werden, daß die Durchsetzung des Personalstatuts im Ausland manchmal scheitern wird, weil die nötige Effektivität fehlt, doch muß das in Kauf genommen werden (vgl. Schwind, ZfRV 1971, 235).

Nach dem letzten Personalstatut des Erblassers richten sich also besonders die Fragen, welche Personen als Erben berufen sind, welche Erbteile ihnen zukommen, ob Transmission und Repräsentation Platz greifen, ob und in welcher Höhe ein Pflichtteil gebührt, die Rechtsstellung der Vermächtnisnehmer, die Auflage usw. Ebenfalls nach dem Erbstatut (und nicht nach den §§ 24, 25 Abs. 2 und § 26) ist zu beurteilen, ob, in welcher Reihenfolge und in welchem Ausmaß uneheliche und legitimierte Kinder sowie Wahlkinder als Erben berufen sind, und ob umgekehrt Eltern und Wahleltern ihre unehelichen Kinder bzw. Wahlkinder beerben.

Bei manchen Fragen allerdings, wie etwa dem Erwerb der Erbschaft und vor allem der Frage einer — nach österreichischem Recht von der Errichtung eines Inventars abhängigen — Beschränkung der Erbhaftung für die Nachlaßschulden, ist eine Lösung des materiellen Rechtes vom Verfahrensrecht geradezu unmöglich (s. dazu ausführlich Walker, IPR<sup>5</sup>, 943). Müßten im Fall der Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung im Inland auch diese Fragen nach dem Personalstatut des Erblassers beurteilt werden, so würde es in der Praxis mit großer Wahrscheinlichkeit zu Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit kommen. Um dem vorzubeugen, sieht der Abs. 2 vor, daß im Fall der Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung in Österreich der Erbschaftserwerb (also insbesondere das Erfordernis der Erbserklärung und der Einantwortung; der Begriff „Erbschaftserwerb“ ist im übrigen weit auszulegen, so daß darunter z. B. auch der Erwerb durch den Vermächtnisnehmer zu verstehen ist) und die Haftung für Nachlaßschulden (beschränkte Erbhaftung, im Fall einer Inventarserrichtung) nach österreichischem Recht zu beurteilen sind.

**Zum § 29**

Das Recht des Fiskus an erblosen Nachlässen wird in den einzelnen Rechtsordnungen verschieden qualifiziert. Nach österreichischem Recht z. B. ist das sogenannte Heimfallsrecht des Staates (§ 760 ABGB) ein gesetzliches Nachfolgerecht besonderer Art, das nicht als Erbrecht qualifiziert wird. In anderen Rechtsordnungen hingegen gibt es keinen sogenannten erblosen

Nachlaß, sondern bei Fehlen der zur gesetzlichen Erbfolge berufenen natürlichen Personen wird der Staat gesetzlicher Erbe (z. B. § 1936 des deutschen BGB).

Zur Vermeidung von Qualifikationsschwierigkeiten wird in der vorliegenden Verweisungsnorm daher ausdrücklich sowohl auf die Fälle eines erblosen Nachlasses als auch des einer Gebietskörperschaft als gesetzlichem Erben zukommenden Nachlasses Bezug genommen. Daß in diesem Zusammenhang nicht vom gesetzlichen Nachfolgerecht des Staates, sondern dem einer Gebietskörperschaft gesprochen wird, hat seinen Grund darin, daß nach manchen Rechtsordnungen eben nicht der Staat, sondern z. B. ein Kanton oder eine Gemeinde Anspruch auf den erblosen Nachlaß hat.

Was nun die Anknüpfung angeht, so könnte daran gedacht werden, auch für diesen Bereich das Personalstatut des Erblassers zur Anwendung zu berufen. Es ist aber nicht zu übersehen, daß hier auch der Frage der zwischen den beteiligten Staaten bestehenden Gegenseitigkeit eine besondere Bedeutung zukommt. Deshalb ist es angezeigt, in diesen Fällen anstelle des Personalstatuts des Erblassers das Recht des Belegheitsstaates für maßgebend zu erklären (wobei, wie der Vollständigkeit halber erwähnt werden soll, allfällige Rück- oder Weiterverweisungen nach § 5 zu berücksichtigen sind). Jede davon abweichende Lösung sollte zwischenstaatlichen Vereinbarungen vorbehalten bleiben.

**Zum § 30**

Zwischen der Errichtung eines Testaments oder der Schließung eines Erbvertrags und dem Ableben des Erblassers liegen oft viele Jahre, während deren sich das Personalstatut geändert haben kann. Es fragt sich, ob für die Testierfähigkeit und die sonstigen Gültigkeitserfordernisse das Personalstatut im Zeitpunkt der Rechtsabhandlung oder dasjenige im Zeitpunkt des Todes maßgebend sein soll.

Unter dem Gesichtspunkt des favor testamenti legt der Abs. 1 eine alternative Anknüpfung fest. Maßgebend ist in erster Linie das Personalstatut, das der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtsabhandlung (Errichtung des Testaments oder Vermächtnisses, Schließung des Erbvertrags oder des Erbverzichtsvertrags) gehabt hat. Wäre danach jedoch die Gültigkeit nicht gegeben, wohl aber nach dem Personalstatut zur Zeit des Todes, so ist nach dem zweiten Satz des Abs. 1 dieses günstigere Recht maßgebend (zur alternativen Anknüpfung der Testierfähigkeit in favorem testamenti vgl. Köhler, IPR<sup>3</sup>, 139).

In den Anwendungsbereich der Verweisungsnorm fällt auch die Zulässigkeit der Art und des Inhalts einer Verfügung von Todes wegen, somit

auch die Frage, ob eine Person über ihr ganzes Vermögen oder nur über Teile davon verfügen darf.

Die alternative Anknüpfung zugunsten der Gültigkeit kann in der Praxis vor allem bei Erbverträgen bedeutsam werden. Wenn etwa zwei Ehegatten zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags einem Staat angehören, dessen Recht die Einrichtung des Erbvertrags kennt, später jedoch Angehörige eines Staates werden, dem diese Rechtseinrichtung unbekannt ist (wie etwa Italien), wäre es unbillig, nach dem Ableben eines Ehegatten auf dessen letztes Personalstatut abzustellen und von der Unwirksamkeit des Vertrages auszugehen. Aber auch der umgekehrte Fall sollte berücksichtigt werden. Es könnte z. B. sein, daß ein italienisches Gastarbeiterpaar in Österreich einen Erbvertrag errichtet, ohne dabei zu bedenken, daß nach italienischem Recht ein Erbvertrag unzulässig ist. Würden die Ehegatten später eingebürgert werden, so wäre zwar nach dem neuen Personalstatut die Errichtung eines gültigen Erbvertrags möglich, jedoch würden die Eheleute kaum daran denken, den früheren, nach italienischem Recht unzulässigen Vertrag zu erneuern. In diesem Fall ist es angezeigt, die Zulässigkeit nunmehr nach dem neuen Recht zu beurteilen.

Zur Frage der Form ist auf folgendes hinzuweisen: Erbverträge und Erbverzichtsverträge sind gemäß § 8 in Verbindung mit dem vorliegenden § 30 Abs. 1 formgültig, wenn das erblasserische Personalstatut zur Zeit der Vertragschließung oder zur Zeit des Todes die Formgültigkeit bejaht oder die Ortsform eingehalten worden ist. Für Testamente und Vermächtnisse sieht das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 295/1963, über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht eine Reihe weiterer alternativer Anknüpfungen in favorem testamenti vor (die vom genannten Übereinkommen für maßgebend erklärt Rechte sind ohne Rücksicht darauf anzuwenden, ob es sich hierbei um die Rechte von Vertragsstaaten handelt). Die Bestimmungen dieses Übereinkommens bleiben gemäß § 53 unberührt.

Für die Gültigkeit des Widerrufs oder der Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen gelten die im Abs. 1 vorgesehenen alternativen Anknüpfungen sinngemäß (Abs. 2). Diese Rechts-handlungen sind demnach gültig, wenn entweder das erblasserische Personalstatut zur Zeit ihrer Vornahme oder das Personalstatut zur Zeit des Todes des Erblassers die Gültigkeit bejaht. Für den Widerruf von Testamenten und Vermächtnissen kommen wieder die weiteren alternativen Anknüpfungen des oben erwähnten Haager Übereinkommens BGBl. Nr. 295/1963 hinzu.

### Zum § 31

Im internationalen Sachenrecht gilt nahezu unbestritten der Grundsatz der *lex rei sitae*, d. h. daß für dingliche Rechte das Recht des Ortes maßgebend ist, an dem sich die Sache befindet. Dieser Grundsatz hat sich in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung sogar gegen den Wortlaut des § 300 ABGB durchgesetzt (der — entsprechend der zur Zeit seiner Entstehung herrschenden gemeinrechtlichen Lehre — nur die unbeweglichen Sachen dem Lagerecht unterstellt hat, die beweglichen Sachen hingegen dem Personalstatut).

Der § 31 des entworfenen Bundesgesetzes folgt diesem Grundsatz und erklärt für die dinglichen Rechte ebenfalls das Lagerecht für maßgebend. Diese Anknüpfung entspricht nicht nur dem Grundsatz der stärksten Beziehung, sondern ist auch am ehesten geeignet, den Rechtsverkehr wirksam zu schützen.

Bei unbeweglichen Sachen spielen Fragen eines Statutenwechsels naturgemäß keine Rolle (abgesehen von Grenzänderungen oder von Sachen die zwar ihrer Natur nach beweglich sind, kraft Gesetzes aber als unbeweglich zu gelten haben). Bei Fahrzeugen hingegen fragt sich, welchen Einfluß es auf die dinglichen Rechte haben soll, wenn die Sache von einem Rechtsgebiet in ein anderes kommt. Hier muß zwischen dem Erwerb und Verlust einerseits und dem Inhalt andererseits unterschieden werden.

Für den Erwerb und Verlust von dinglichen Rechten (die Änderungen dinglicher Rechte brauchte nicht gesondert genannt zu werden) ist nach Abs. 1 das Recht des Staates maßgebend, in dem sich die Sache bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust des dinglichen Rechtes zugrunde liegenden Sachverhalts befindet. Eine spätere Änderung des Lageorts bewirkt daher keine Änderung des anzuwendenden Rechtes. Diese Lösung ergäbe sich schon aus der allgemeinen Bestimmung über den Statutenwechsel (§ 7), gleichwohl scheint ein diesbezüglicher ausdrücklicher Hinweis in der vorliegenden Verweisungsnorm zweckmäßig. Die dadurch erreichte sachenrechtliche Kontinuität ist aus Gründen der Rechtssicherheit geboten. Hat also z. B. jemand eine in Frankreich befindliche Sache gemäß dem französischen Recht durch einen Kaufvertrag ohne Besitzübergabe erworben, so bleibt er Eigentümer, auch wenn die Sache später nach Österreich kommt (nach dessen Recht zum Eigentumserwerb neben der Einigung der Parteien auch die Übergabe notwendig gewesen wäre). Wenn umgekehrt der unter der Herrschaft der früheren *lex rei sitae* vollendete Tatbestand nicht ausreicht, um ein dingliches Recht zu erwerben, entsteht ein solches Recht auch dann nicht, wenn die Sache später in ein Rechtsgebiet

gelangt, nach dessen Recht derselbe Tatbestand zum Erwerb des dinglichen Rechtes geführt hätte. Ersteht z. B. ein Österreicher bei einer Versteigerung in der Schweiz eine gestohlene Sache, so wird er nach schweizerischem Recht nicht Eigentümer (Art. 934 ZGB), und auch ein Transport der Sache nach Österreich nützt ihm (ungeachtet des § 367 ABGB) nichts (vgl. in diesem Zusammenhang auch Schwind, ZfRV 1971, 238).

Ist ein Sachverhalt aus mehreren zeitlich einander folgenden Tatsachen zusammengesetzt und hat die Sache während dieser Zeit die Lage gewechselt, so entscheidet über den Erwerb bzw. Verlust des dinglichen Rechtes das neue Lagerecht, unter dem sich der nach altem Lagerecht nicht abgeschlossene Sachverhalt endgültig vollendet hat. Die Erfordernisse des neuen Rechtes müssen vorliegen, es genügt aber, daß sich einige von ihnen schon unter dem alten Recht erfüllt haben. Hat jemand z. B. in der Schweiz (nach deren Recht für bewegliche Sachen eine Ersatzzeit von fünf Jahren gilt) zwei Jahre redlich ersessen und kommt die Sache dann nach Österreich, so kann hier zwar nur ersessen werden, wenn alle Ersitzungsvoraussetzungen des österreichischen Rechtes vorliegen, es schadet aber nicht, daß sich ein Teil davon bereits in der Schweiz verwirklicht hat; die restliche Ersatzzeit beträgt also nur noch ein Jahr (vgl. Schwind, Handbuch, 278).

In den Anwendungsbereich der Verweisungsnorm fallen besonders das Eigentum, die Dienstbarkeiten, Reallisten, das Pfandrecht, das Baurecht, das Wohnungseigentumsrecht, gegenüber Dritten wirkende Zurückbehaltungsrechte usw. Auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen durch Vereinbarung der Erwerb des Eigentums trotz Übergabe hinausgeschoben werden kann (Eigentumsvorbehalt), fällt darunter. Da in der Lehre nicht gesichert ist, ob der Besitz als bloße Tatsache anzusehen oder ebenfalls den Rechten zuzuzählen ist, wurde er, da auch für ihn das Lagerecht maßgebend sein muß, im Abs. 1 ausdrücklich genannt.

Da sich der Erwerb des Eigentums nach dem Recht des Lageorts richtet, ist auch die Form der Eigentumsübertragung ausschließlich diesem Recht unterstellt. Verlangt das Lagerecht hiefür die Übergabe der Sache (wie das österreichische Recht), so ist dies auch dann zu beachten, wenn für den Rechtsgrund der Übereignung (etwa den Kaufvertrag) ein anderes Recht maßgebend ist. Dasselbe gilt, wenn nach dem Recht der gelegenen Sache für den Erwerb des dinglichen Rechtes eine grundbürgerliche Eintragung notwendig ist. Die Voraussetzungen für die Eintragung (z. B. das Vorliegen einer Aufsandungserklärung) richten sich ausschließlich nach dem Recht des Lageorts; lediglich das der Eintragung zugrunde liegende Titelgeschäft (z. B. ein Kauf-

vertrag) folgt eigenem Recht (im Beispielsfall den §§ 35 f.).

Die Verweisungsnorm bezieht sich ausdrücklich nur auf „körperliche“ Sachen. Die unkörperlichen Sachen im Sinn des § 292 ABGB sind demnach nicht umfaßt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Bestimmung über die Belegenheit von Rechten aufgenommen werden soll. Keiner der bekannten Entwürfe tut dies. Wohl deshalb, weil die Fallgruppen zu verschiedenartig sind, um auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden zu können, und weil überdies der Begriff der „Belegenheit“ selbst von wechselnder rechtlicher Bedeutung sein kann (zur Frage der Belegenheit von Forderungen s. ausführlich Harrer, OJZ 1959, 648). In der Praxis stellt sich das Problem nicht häufig; dort, wo es auftritt, kann den Bedürfnissen des Einzelfalls am besten mit dem im § 1 Abs. 1 verankerten Grundsatz der stärksten Beziehung entsprochen werden (vgl. Schwind, ZfRV 1971, 237).

Auch für den Inhalt der dinglichen Rechte an körperlichen Sachen (und zwar wieder einschließlich des Besitzes; wegen der Fassung des Abs. 1 ist es nicht notwendig erschienen, dies auch im Abs. 2 zu wiederholen) ist nach Abs. 2 das Recht des Staates maßgebend, in dem sich die Sache befindet. Im Unterschied zum Abs. 1 wird hier allerdings nicht auf einen bestimmten Anknüpfungszeitpunkt abgestellt. Die Wirkungen richten sich daher nach dem Recht des jeweiligen Lageorts (vgl. den § 7). Dies betrifft z. B. die Frage des Umfangs des Rechtsschutzes des Eigentümers, ob und in welchem Ausmaß dem dinglich Berechtigten eine Verfügungsbefugnis zusteht, ob ein Faustpfand auch ohne gerichtliches Einschreiten verkauft werden darf usw. Gelangt eine Sache ins Inland, so kann das im Ausland entstandene dingliche Recht hier allerdings nur dann dingliche Wirkungen entfalten, wenn es mit der inländischen Sachenrechtsordnung vereinbar ist (vgl. Schwind, Handbuch, 267 und 278.).

Nach dem Recht des Staates, in dem sich eine Sache tatsächlich befindet, richtet sich auch ihre rechtliche Gattung (Abs. 2). Dies betrifft z. B. die Frage, ob eine Sache als körperlich oder unkörperlich anzusehen ist, ob sie rechtlich als beweglich oder unbeweglich gilt, ob sie Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann, ob sie als Zugehör zu gelten hat usw.

Allfällige Rück- und Weiterverweisungen sind nach dem allgemeinen Grundsatz des § 5 zu beachten. Erklärt etwa das Lagerecht für dingliche Rechte an beweglichen Sachen das Personalstatut des Eigentümers oder das für das zugrunde liegende Titelgeschäft geltende Statut (vgl. diesbezüglich z. B. § 13 des IPR-Gesetzes

der DDR) für maßgebend, so ist diese Verweisung auch aus der Sicht der österreichischen lex fori zu berücksichtigen.

### Zum § 32

Das allgemeine Sachstatut des § 31 befindet sich zuweilen im Spannungsverhältnis zu anderen Verweisungsnormen. So können z. B. Ehegatten nach manchen ausländischen Eheguterrechten über die gesetzlichen Gütergemeinschaft unterliegenden Vermögensteile auch mit Wirkung gegenüber Dritten nur gemeinsam verfügen. Nach anderen Rechten wieder hat die Ehefrau zur Sicherung ihrer Forderung auf Rückstellung des Heiratsguts eine Generalhypothek am Vermögen des Mannes. Da diese Bestimmungen nicht nur das Verhältnis der Ehegatten zueinander betreffen, sondern auch gegenüber Dritten wirken, kommt es hier im Bereich des Kollisionsrechts zur Konkurrenz zwischen Eheguterrechtsstatut (§ 19) und Sachenrechtsstatut (§ 31). Ähnliche Überschneidungen können sich mit anderen Verweisungsnormen ergeben, so etwa mit den §§ 24 und 25 Abs. 2, wenn z. B. nach dem Personalstatut des Kindes den Eltern ein gesetzliches Nutznießungsrecht am Kindesvermögen zusteht.

Soweit es um bewegliche Sachen geht, ist die aufgezeigte Schwierigkeit von geringerer praktischer Bedeutung. Bei unbeweglichen Sachen dagegen wären große Schwierigkeiten unausbleiblich, würde etwa ein im Staat der gelegenen Sache bestehendes Grundbuchsystem nicht voll berücksichtigt werden. Für dingliche Rechte an den im Inland verbücherter Liegenschaften muß aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs der Eintragungsgrundsatz unangetastet bleiben. Es muß auch sichergestellt sein, daß in das inländische Grundbuch nur die mit der inländischen Sachenrechtsordnung vereinbaren dinglichen Rechte und Lasten eingetragen werden. Der § 32 bestimmt deshalb, daß für die dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen das Recht der gelegenen Sache auch dann maßgebend ist, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen (sog. Grundsatz „Einzelstatut bricht Gesamtstatut“; vgl. dazu Schwind, Handbuch, 281).

Diese Regelung schließt natürlich nicht aus, daß die Beteiligten durch Vereinbarung und grundbücherliche Eintragung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots oder der Einräumung einer Hypothek die dem auf ihre Rechtsbeziehungen sonst anzuwendenden Statut (Eheguterrechtsstatut, Kindschaftsstatut usw.) entsprechende Rechtslage herbeiführen können. Die vorliegende Bestimmung verhindert nur, daß solche gegenüber Dritten wirkende Belastungen des Eigentums an einer inländischen Liegenschaft auch ohne Verbücherung entstehen können.

Die Bestimmung ist nicht nur auf die im Inland gelegenen unbeweglichen Sachen beschränkt, sondern als allseitige Verweisungsnorm formuliert, weil der Grundsatz der Effektivität auch für die im Ausland befindlichen unbeweglichen Sachen einen Vorrang des Rechtes des Lageorts angezeigt erscheinen läßt. Nimmt das fremde Recht diese vom österreichischen Kollisionsrecht ausgesprochene Verweisung allerdings nicht an, sondern erklärt es ein anderes Recht für maßgebend (für die angeführten Beispiele etwa das Eheguterrechtsstatut bzw. das Kindschaftsstatut), so ist dies aus österreichischer Sicht eine Rück- oder Weiterverweisung, die nach § 5 zu beachten ist. Besondere Bedeutung werden diese Fälle in der Praxis allerdings nicht erlangen, weil sich im Inland kollisionsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit den im Ausland befindlichen unbeweglichen Sachen nur selten stellen.

### Zum § 33

Bei Schiffen, Flugzeugen und Eisenbahnen, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, ständig in Bewegung zu sein und dabei oft mehrere Staatsgebiete zu berühren, würde die Anknüpfung an das Recht des tatsächlichen Lageorts zu mehr oder weniger willkürlichen Ergebnissen führen. Es ist daher notwendig, für diese Verkehrsmittel einen Schwerpunkt zu finden, der eine einheitliche Rechtsanwendung sichert und dem Grundsatz der stärksten Beziehung eher entspricht als der flüchtige und häufig zufällige jeweilige Lageort.

Bei Wasser- und Luftfahrzeugen bietet sich die Anknüpfung an den Registerstaat an; sie ist, rechtsvergleichend gesehen, auch durchaus üblich. Im ersten Halbsatz des Abs. 1 wird daher festgelegt, daß die dinglichen Rechte an den in einem Register eingetragenen Wasser- und Luftfahrzeugen nach dem Recht des Registerstaates zu beurteilen sind. Beziiglich der Schiffe ist diese Lösung im geltenden Recht bereits vorgezeichnet durch das Gesetz vom 15. November 1940, RGl. I S. 1499, über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffbauwerken, dessen § 1 Abs. 2 für den Erwerb und Verlust des Eigentums an den in einem inländischen Schiffsregister eingetragenen Schiffen das inländische Recht für maßgebend erklärt.

Es ist bewußt keine ausdrückliche Regelung für diejenigen Wasserfahrzeuge vorgesehen worden, die entweder in keinem Schiffsregister eingetragen sind oder in den Schiffsregistern gleich mehrerer Staaten. Für die österreichische kollisionsrechtliche Praxis sind solche Fälle nur von untergeordneter Bedeutung. Sollte sich einmal ein Anwendungsfall ergeben, so wird auf den im § 1 Abs. 1 verankerten Grundsatz der stärksten Beziehung zurückzugreifen sein, wobei

als hilfsweise Anknüpfungstatsachen der Ort, von dem aus das Wasserfahrzeug gewöhnlich betrieben wird, sowie die Staatsangehörigkeit und der gewöhnliche Aufenthalt bzw. Sitz des Eigentümers in Betracht gezogen werden können (vgl. bezüglich dieser Anknüpfungen den Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 25. Jänner 1965 über die Eintragung von Binnenschiffen).

Für dingliche Rechte an Eisenbahnfahrzeugen wird im **zweiten Halbsatz des Abs. 1** das Recht des Staates für maßgebend erklärt, in dem das Eisenbahnunternehmen, in dessen Betrieb die Fahrzeuge eingesetzt sind, den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat. In den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen das von der Eisenbahn eingesetzte rollende Material einschließlich der in den Fahrpark der Eisenbahn eingestellten sogenannten Privatwagen.

Sieht somit der Abs. 1 für die dinglichen Rechte an Wasser-, Luft- und Eisenbahnfahrzeugen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 31 vor, so legt der Abs. 2 eine Gegenausnahme davon fest: Für die gesetzlichen Pfandrechte, Zwangspfandrechte und gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte, die der Sicherung von Ansprüchen auf Ersatz der durch ein solches Verkehrsmittel verursachten Schäden oder der für dieses erbrachten Aufwendungen (z. B. für Berge- oder Reparaturkosten) dienen, gilt nicht das Recht des Registerstaates bzw. des Hauptverwaltungssitzes der Eisenbahn, sondern das Recht des tatsächlichen Lageorts. Diese Regelung ist zweckmäßig, weil solche Sicherungsrechte meistens zur Folge haben, daß die Sache im Machtbereich des Staates, in dem sie entstanden sind, bleibt, bis der zugrunde liegende Anspruch erfüllt ist. Es empfiehlt sich, solche Rechte auch zwischenstaatlich anzuerkennen, weil dadurch eine Störung des internationalen Entscheidungseinklangs möglichst vermieden und die Mobilität der betroffenen Verkehrsmittel gefördert werden.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Verweisungsnorm ist noch darauf hinzuweisen, daß der Gesetzesentwurf keine Sonderregelung für die sogenannte „res in transitu“ enthält, also Sachen, über die dingliche Verfügungen getroffen werden, während sie sich auf der Beförderung vom Absendestaat in den Bestimmungsstaat befinden und dabei auch das Gebiet dritter Staaten berühren. In der Lehre sind dazu schon zahlreiche kollisionsrechtliche Lösungen vorgeschlagen worden (vgl. die Übersicht bei Markianos, RabelsZ 1958, 25), doch hat sich noch keine davon bereits praktisch bewähren können. Der Meinungsvielfalt im Schrifttum steht nämlich eine nahezu völlige Bedeutungslosigkeit dieses Problems in der Rechtspraxis gegenüber (vgl. Schwind, ZfRV 1971, 238).

### Zum § 34

Die Rechtslehre pflegt die Immaterialgüterrechte unter dem Begriff des geistigen Eigentums zusammenzufassen; sie folgt hierin der naturrechtlichen Lehre, von der seit dem 17. und 18. Jahrhundert ein entscheidender Einfluß auf die Rechtsgestaltung ausgegangen ist. Tatsächlich stehen die Rechte an Immaterialgütern als gegenüber jedermann durchsetzbare Rechte den Sachenrechten, besonders dem Eigentum an körperlichen Sachen, nahe. Ein wesentlicher Unterschied liegt aber darin, daß hier die Belegenheit an einem bestimmten Ort fehlt; Immaterialgüter sind in ihrer Eigenschaft als unkörperliche Sachen nicht an einen bestimmten Raum gebunden.

Für das internationale Privatrecht hat dies zur Folge, daß es — anders als bei den Rechten an körperlichen Sachen — nicht möglich ist, an den Lageort anzuknüpfen.

Die vorliegende Verweisungsnorm folgt grundsätzlich der in der österreichischen, deutschen, italienischen, niederländischen und skandinavischen Lehre und Rechtsprechung herrschenden Anknüpfung an das Recht des Schutzlandes (vgl. Michel M. Walter, Die Vertragsfreiheit im Urheberrecht aus der Sicht des Internationalen Privatrechts, RIDA 87 [1976] 45). Das heißt, daß auf die Rechtsordnung des Staates abgestellt wird, in dem die Benützungs- oder Verletzungshandlung stattfindet. Wird beispielsweise das Werk, das von einem französischen Staatsangehörigen geschaffen und in Frankreich erstmals veröffentlicht worden ist, in Belgien oder in Italien nachgedruckt, so ist die Rechtslage nach belgischem bzw. italienischem Urheberrecht zu beurteilen. Gleichermaßen gilt bei Erfindungen, die etwa von einem deutschen Staatsangehörigen gemacht und erstmals in der Bundesrepublik Deutschland durch Patent geschützt werden: Die Zulässigkeit von Verwertungshandlungen in den Niederlanden oder in Großbritannien ist auf Grund des Patentes zu beurteilen, das für die Erfindung in den Niederlanden oder in Großbritannien erteilt worden ist.

Die Grundlage der Anknüpfung an das Recht des Schutzlandes ist das sogenannte Territorialitätsprinzip. Im Patentrecht läßt sich dies auf den Gedanken zurückführen, daß es sich hier um ein Monopolrecht handelt, das durch den Staat im Weg der Patenterteilung verliehen wird, und daß der Verleihungsakt seine Wirkung nur innerhalb der Staatsgrenzen entfalten kann. In anderen Bereichen der Immaterialgüterrechte, besonders im Urheberrecht, fehlt es zwar an einem solchen besonderen Verleihungsakt. An die Stelle des Privilegs, das zu Beginn des Urheberrechtschutzes dem Urheber, dem Verleger oder dem Drucker gewährt worden und das der Natur

der Sache nach in seiner Wirkung territorial beschränkt gewesen ist, ist der Grundsatz getreten, daß das Urheberrecht mit der Schöpfung des Werkes unmittelbar kraft Gesetzes entsteht; dabei ist jedoch am Gedanken festgehalten worden, daß sich die Wirkung der gesetzlichen Regelung des Urheberrechts auf das Hoheitsgebiet des Staates beschränkt, in dem das Gesetz erlassen worden ist (vgl. u. a. U l m e r, Urheber- und Verlagsrecht<sup>2</sup>, 70). Ergänzend wird auch auf das Deliktsrecht hingewiesen: Der Eingriff in das Urheberrecht oder die gewerblichen Schutzrechte ist als eine unerlaubte Handlung anzusehen, die nach dem Recht des Begehungsortes zu beurteilen ist.

Der Lehre von der Anknüpfung an das Recht des Schutzlandes haben besonders die wichtigen zwischenstaatlichen Übereinkommen auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts zum Durchbruch verholfen (Welturheberrechtsabkommen vom 6. September 1952, BGBL. Nr. 108/1957; Berner Übereinkunft vom 9. September 1886 zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der Stockholmer Fassung vom 14. Juli 1967, BGBL. Nr. 398/1973; Pariser Verbundübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutz des gewerblichen Eigentums in der Stockholmer Fassung vom 14. Juli 1967, BGBL. Nr. 399/1973). Von dem Gedanken ausgehend, daß die nationalen Gesetzgeber den Rechtsschutz jedenfalls den eigenen Staatsangehörigen gewähren, sehen die Übereinkommen grundsätzlich vor, daß der Schutz in jedem Vertragsstaat auch den Angehörigen anderer Vertragsstaaten zu gewähren ist (der Grundsatz der Inländerbehandlung erfährt dabei in den genannten zwischenstaatlichen Übereinkommen gewisse Ergänzungen und Einschränkungen).

Im Verhältnis zwischen Staaten, die durch keine zwischenstaatlichen Vereinbarungen miteinander verbunden sind, ergibt sich die fremdenrechtliche Regelung (Regelung der Frage, welche Person über den Kreis der eigenen Staatsangehörigen hinaus Rechtsschutz genießen) aus der innerstaatlichen Gesetzgebung.

Wichtige Grundsätze des internationalen Privatrechts auf dem Gebiet der Immaterialgüterrechte sind daher durch die Bestimmungen der genannten zwischenstaatlichen Übereinkommen vorgezeichnet (die freilich keine echten Verweisungsnormen enthalten, sondern Bestimmungen des Fremdenrechts).

Der Abs. 1 übernimmt den im internationalen Immaterialgüterrecht herrschenden Territorialitätsgrundsatz, indem festgelegt wird, daß das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, in dem eine Benützungs- oder Verletzungshandlung gesetzt wird.

Im Verletzungsstreit ist entscheidend, ob die Eingriffshandlung nach dem Recht des Staates, für dessen Hoheitsgebiet der Schutz in Anspruch genommen wird, als eine Verletzung des inländischen Schutzrechts anzusehen ist. Das Gericht, das über eine Verletzungsklage zu entscheiden hat, hat sohin die Frage, ob eine Verletzungshandlung vorliegt, nach dem Recht des Staates zu beurteilen, dessen Schutz in Anspruch genommen wird (vgl. u. a. Z w e i g e r t — P u t t f a r k e n, Zum Kollisionsrecht der Leistungsschutzrechte, GRUR 1973, 573 [576] mit weiteren Nachweisen; Michel M. Walter, RIDA 87 [1976] 83).

Der Abs. 2 betrifft in erster Linie Arbeitnehmererfindungen. Da es aber auch andere Immaterialgüterrechte gibt, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang stehen (etwa literarische Werke der Angestellten von Rundfunkanstalten), wird der Begriff „Immaterialgüterrechte“ hier nicht weiter eingeschränkt. Für diesen Bereich wird keine selbständige Anknüpfung festgelegt, vielmehr wird wegen des sachlichen Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis und zur Vermeidung allfälliger Regelungswidersprüche die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (§ 44) für maßgebend erklärt. Diese im Abs. 2 vorgesehene Regelung gilt allerdings nur für das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Für Verträge über Immaterialgüterrechte ist die Verweisungsnorm des § 43 maßgebend.

### Zum § 35

Der Gedanke, daß die Parteien grundsätzlich frei sein sollen, das auf Schuldverträge anzuwendene Recht selbst zu bestimmen, hat in der Geschichte des IPR eine lange Tradition und findet sich auch bereits in den §§ 36 und 37 ABGB. Er ist heute in vielen nationalen Kollisionsrechten verankert und hat auch in zwischenstaatliche Vereinbarungen Eingang gefunden (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Haager Übereinkommens vom 15. Juni 1955 über das auf zwischenstaatliche Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht und den Art. 2 Abs. 1 des Vorentwurfs eines EG-Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht; § 12 Abs. 1 des IPR-Gesetzes der DDR; Art. 25 erster Satz des griechischen Zivilgesetzbuchs 1940; Art. 25 zweiter Satz der Einleitenden Bestimmungen des italienischen Zivilgesetzbuchs 1942; Art. 25 § 1 des polnischen IPR-Gesetzes; Art. 41 Abs. 1 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs 1966; Art. 10 Nr. 5 Abs. 1 der Einleitenden Bestimmungen des spanischen Zivilgesetzbuchs in der Fassung des Gesetzes vom

31. Mai 1974; § 9 des tschechoslowakischen IPR-Gesetzes; ebenso z. B. die Lehre und Rechtsprechung in den Benelux-Staaten, der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs, Großbritanniens, der Schweiz).

Der Abs. 1 folgt dieser allgemeinen Entwicklung des Kollisionsrechts und ordnet an, daß Schuldverhältnisse nach demjenigen Recht zu beurteilen sind, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig bestimmen. Es wäre allerdings zu eng, nur die von einem echten (ausdrücklich oder schlüssig erklärten) Parteiwillen getragene Rechtswahl für zulässig zu erklären. Auch die übereinstimmenden Vorstellungen und Erwartungen der Parteien müssen berücksichtigt werden. Oft kommt es vor, daß die Parteien bei Vertragschließung die Geltung einer bestimmten Rechtsordnung unterstellen, die Maßgeblichkeit dieses Rechtes gleichsam als allgemeine Geschäftsgrundlage ihrer rechtsgeschäftlichen Beziehung voraussetzen (vgl. Schwind, Handbuch, 287 f., 296; Spielbüchler, Zur sogenannten Rechtswahl im internationalen Privatrecht, ZfRV 1976, 47). Um auch diese Fälle zu erfassen, wird daher im zweiten Halbsatz des Abs. 1 festgelegt, daß einer schlüssigen Bestimmung des anzuwendenden Rechtes gleichsteht, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung als maßgeblich angenommen haben.

Bezüglich der sonst bei der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie zu beachtenden allgemeinen Grundsätze wird auf den § 11 und die Erläuterungen dazu hingewiesen.

Das durch Rechtswahl bestimmte Recht beherrscht das gesamte schuldvertragliche Verhältnis der Parteien. Es umfaßt somit die Voraussetzungen für das rechtswirksame Zustandekommen des Vertrages — außer der Geschäftsfähigkeit, für die nach § 12 das Personalstatut maßgebend ist —, die Folgen der Rechtsunwirksamkeit des Vertrages, seine Auslegung, den Inhalt und die Abwicklung einschließlich der Folgen einer Nicht- oder Schlechterfüllung (Gewährleistung, Verzug, Unmöglichkeit), Schadenersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung usw. Auch für die Verjährung der sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche ist nach unbestritten österreichischer Auffassung das Schuldstatut maßgebend. Für die Form des Vertrages gelten nach der allgemeinen Regel des § 8 alternativ das Schuldstatut oder die Formvorschriften des Vornahmeorts (s. dazu näher die Erläuterungen zum § 8). Allfällige dingliche Wirkungen des Schuldverhältnisses sind nach den §§ 31 und 33 zu beurteilen.

Nur der Vollständigkeit halber wird in diesem Zusammenhang festgehalten, daß die vorliegende

Verweisungsnorm natürlich keinen Einfluß auf die Frage allfälliger Gebührenpflicht hat. Diese öffentlich-rechtliche Wirkung eines Rechtsgeschäfts richtet sich ausschließlich nach inländischem Recht (also dem Gebührengesetz 1957, BGBl. Nr. 267, i. d. g. F.), auch wenn in privatrechtlicher Hinsicht kraft des hier in Rede stehenden Kollisionsrechts ausländisches Recht maßgebend ist (vgl. VwGH 16. 5. 1966 Z. 1540/65 u. a.).

Obwohl die kollisionsrechtliche Rechtswahl zumeist nur im Schuldvertragsrecht von praktischer Bedeutung ist, besteht kein Grund, sie für die übrigen Bereiche des Schuldrechts nicht zuzulassen. Der Abs. 1 schränkt daher nicht auf Schuldverträge ein, sondern spricht ganz allgemein von Schuldverhältnissen. Umfaßt ist somit z. B. auch das Schadenersatzrecht; nähere Ausführungen dazu enthalten die Erläuterungen zum § 48.

Haben die Parteien das anzuwendende Recht weder ausdrücklich noch schlüssig bestimmt und auch nicht die Maßgeblichkeit einer bestimmten Rechtsordnung angenommen (Abs. 1), so kommen die in den §§ 36 bis 49 festgelegten objektiven Anknüpfungen zum Tragen; dasselbe gilt, soweit die Parteien zwar eine Rechtswahl getroffen haben, diese aber auf Grund besonderer Bestimmungen unbeachtlich ist. Derartige Rechtswahlbeschränkungen enthalten die §§ 11 Abs. 2, § 41 Abs. 2, § 42 Abs. 2 und § 44 Abs. 3.

### Zum § 36

Welches Recht auf Schuldverträge angewendet werden soll, wenn die Parteien eine kollisionsrechtliche Rechtswahl nicht getroffen haben, ist eine der schwierigsten Fragen des internationalen Privatrechts überhaupt.

Ursprünglich ist allgemein auf das Recht des Abschlußorts abgestellt worden und auch das ABGB hat grundsätzlich diese Lösung übernommen (§§ 35 bis 37). Die Ausweitung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs und die Entwicklung der Nachrichtentechnik haben es jedoch mit sich gebracht, daß heute viele Verträge mit internationalen Berührungspunkten unter Abwesenden geschlossen werden. Die Anknüpfung an den Ort der Vertragschließung — nach österreichischem Recht wäre dies der Wohnsitz (bzw. die Niederlassung) des Offerenten — kann hier zu praktischen Schwierigkeiten führen, besonders wenn längere Verhandlungen durch Briefwechsel, Fernschreiben oder gar durch Fernsprecher vorausgegangen sind. Der Abschlußort ist überdies oft rein zufällig und ohne Zusammenhang mit dem Inhalt des Vertrages.

Neben dem Abschlußort hat seit Savigny auch die Anknüpfung an den Erfüllungsort eine große Rolle gespielt. Der Nachteil dieser Lösung

allerdings ist, daß bei gegenseitigen Verträgen die gesetzlichen Erfüllungsorte für Leistung und Gegenleistung in verschiedenen Staaten liegen können, sodaß es in diesen Fällen zur kollisionsrechtlichen Spaltung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses käme, was in der Praxis, wie die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts vor dem Zweiten Weltkrieg zeigt, große Schwierigkeiten bereitet.

Die der internationalen Fallgerechtigkeit am nächsten kommende Lösung wäre, einen Schuldvertrag ganz allgemein demjenigen Recht zu unterstellen, zu dem er nach seinem Sinn und Wesen die stärkste Beziehung hat. Dies entspräche etwa der in den angelsächsischen Ländern herrschenden Vorstellung des „proper law of the contract“. Bei einer solchen auf generalisierende Anknüpfungspunkte verzichtenden Regel bliebe allerdings die Frage des auf den Einzelfall anzuwendenden Rechtes bis zur Entscheidung durch den Richter in Schwebe, und das Ergebnis wäre für die Parteien und ihre Rechtsberater oft nicht vorhersehbar. Die Parteien sollen jedoch auch schon vor einem Rechtsstreit wissen können, nach welchem Recht sich ihre schuldvertraglichen Beziehungen beurteilen; denn danach richten sie ihr Verhalten ein. Im Interesse des Verkehrs und der Rechtssicherheit ist es daher geboten, den Grundsatz der stärksten Beziehung auch im internationalen Schuldvertragsrecht näher zu konkretisieren.

Die Möglichkeit dazu bietet die von Schnitzer entwickelte Lehre von der sogenannten „charakteristischen Leistung“. In der Wirtschaft von heute besteht bei gegenseitigen Verträgen die Gegenleistung einer der Parteien regelmäßig in Geld. Die Geldleistung ist für diese Verträge daher nicht die charakteristische Leistung. Solches ist vielmehr die Leistung der anderen Partei, also des Verkäufers, Werklieferers, Vermieters, Beförderers, Handelsvertreters, der Bank, des Versicherers, die Leistungen des Arztes, Architekten, Rechtsanwalts, Notars usw. Diese für die jeweiligen Verträge typische Leistung steht zumeist mit der wirtschaftlichen und sozialen Umwelt des Landes, in dem die diese Leistung erbringende Vertragspartei ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hat, in einem funktionellen Zusammenhang. Sie ist daher besser als die anderen objektiven Anknüpfungsmerkmale geeignet, als Ausformung des Grundsatzes der stärksten Beziehung zu dienen.

Das durch die Anknüpfung an die charakteristische Leistung erreichte kollisionsrechtliche Ergebnis wird sich in den überwiegenden Fällen auch mit den Interessen der Parteien decken (Grundsatz der „geringsten Störung“ im Sinn Kegels, IPR<sup>4</sup>, 293) und entspricht daher den

Erfordernissen des Geschäftsverkehrs. Ein Unternehmer, der Verträge derselben Art mit vielen Kunden schließt, hat ein stärkeres Interesse daran, daß alle diese Verträge nach demselben (und ihm selbst naheliegenden) Recht beurteilt werden als der Kunde, der bei der Vertragschließung mit einem ausländischen Unternehmer damit rechnen kann, dem an dessen Geschäftssitz maßgebendes Recht unterworfen zu sein (eine besondere Lage ergibt sich bei den Verbraucherverträgen, auf die in den Erläuterungen zum §.41 näher eingegangen wird). Ebenso verhält es sich bei einem Rechtsanwalt, der ausländische Klienten hat, oder einem Arzt, der von ausländischen Patienten aufgesucht wird; auch hier ist die Anwendung des am Berufssitz des Rechtsanwalts bzw. Arztes geltenden Rechtes die sachgerechtere Lösung.

Die Lehre von der charakteristischen Leistung hat im Schrifttum zahlreiche Anhänger gefunden (vgl. z. B. Makarow, Grundriß des IPR, 126; Ferid, IPR, 149, 155; Neuhäus, Grundbegriffe<sup>2</sup>, 166, 189) und gewinnt auch in der Praxis zunehmend an Bedeutung. Sie liegt z. B. der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zugrunde und hat auch den EG-Vorentwurf eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht geprägt. Nach Art. 4 Abs. 1 dieses Entwurfes (veröffentlicht in RabelsZ 1974, 211) untersteht ein schuldrechtlicher Vertrag mangels einer Rechtswahl dem Recht des Staates, zu dem er die engsten Verbindungen aufweist; diese allgemeine Zuordnung wird im Art. 4 Abs. 2 dahin verdeutlicht, daß als Staat der engsten Beziehung derjenige Staat bezeichnet wird, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Niederlassung hat. Welches die charakteristische Leistung ist, sagt der Entwurf nicht ausdrücklich, jedoch sind sich die Verfasser einig gewesen, daß bei gegenseitigen Verträgen in aller Regel nicht die Geldleistung, sondern die dafür geschuldete Sachleistung als charakteristische Leistung anzusehen ist (so die von Giuliano verfaßten Erläuterungen zum Art. 4 des Übereinkommensentwurfs).

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. die Niederlassung des Schuldners der charakteristischen Leistung prägt nicht nur die neuere kollisionsrechtliche Entwicklung in den westeuropäischen Staaten, sondern liegt auch mehreren kollisionsrechtlichen Regelungen der Oststaaten zugrunde; hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang z. B. auf die im Bereich des Comecon geltenden Allgemeinen Bedingungen für den Waren- und Dienstleistungsverkehr (vgl. dazu Siehr, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1973, 272) und auf den § 12 Abs. 2 des IPR-Gesetzes der DDR.

## 784 der Beilagen

53

Angesichts dieser allgemeinen Entwicklung auf dem Gebiet des internationalen Schuldvertragsrechts — die bei der Lösung des Einzelfalls auf eine weitgehende internationale Entscheidungsharmonie hoffen lässt — und wegen der vergleichsweise größeren Nachteile, die, wie aufgezeigt, den sich sonst anbietenden Lösungsmöglichkeiten anhaften, übernimmt das entworfene Bundesgesetz den Gedanken der Anknüpfung an den Schuldner der charakteristischen Leistung. Aus Gründen der leichteren Handhabung in der Praxis wird der Begriff selbst allerdings nicht verwendet, sondern in mehreren Bestimmungen näher erklärt: im vorliegenden § 36 wird für gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der Gegenpartei überwiegend Geld schuldet, das Recht des Staates für maßgebend erklärt, in dem die Gegenpartei ihren gewöhnlichen Aufenthalt (ihre Niederlassung) hat (ebenso § 36 des Hoyer-Entwurfs). Einseitig verpflichtende Schuldverträge und schuldbegründende einseitige Rechtsgeschäfte beurteilen sich nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt (der Niederlassung) des Schuldners geltenden Recht (§ 37). Für Bankgeschäfte und Versicherungsverträge ist nach § 38 die Niederlassung der Bank bzw. des Versicherers maßgebend (besondere Anknüpfungen sind sodann noch vorgesehen für Börsegeschäfte sowie auf Märkten und Messen geschlossene Verträge [§ 39], für Verkäufe durch Versteigerung [§ 40], für Verbaucherverträge [§ 41], für Verträge über die Benützung unbeweglicher Sachen [§ 42] und über Immateriagüterrechte [§ 43], für Arbeitsverträge [§ 44] und abhängige Rechtsgeschäfte [§ 45]).

Keine allgemeine objektive Anknüpfung sieht das entworfene Bundesgesetz hingegen für jene gegenseitigen Verträge vor, bei denen die Gegenpflicht nicht in der Erbringung einer Geldleistung besteht (z. B. Tauschverträge, die allerdings heutzutage im internationalen Privatrecht keine besondere Rolle spielen). Haben hier die Parteien keine Rechtswahl im Sinn des § 35 Abs. 1 getroffen, so greift die Generalklausel des § 1 Abs. 1 ein und es ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls die jeweils stärkste Beziehung des Vertrages zu einer bestimmten Rechtsordnung festzustellen, wobei alle in Betracht kommenden Anknüpfungstatsachen — wie Erfüllungsort, Ort der Vertragschließung, gewöhnlicher Aufenthalt (Niederlassung) und Staatsangehörigkeit der Parteien — zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwagen sind.

Hat die zur Erbringung einer anderen Leistung als einer Geldleistung verpflichtete Partei den Vertrag als Unternehmer geschlossen, d. h. in Ausübung einer auf Dauer gerichteten selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit (wie Kaufleute, Gewerbetreibende, Architekten, Ärzte, Rechtsanwälte usw.), so ist nach dem zweiten Satz des

Abs. 1 statt des gewöhnlichen Aufenthalts die Niederlassung maßgebend, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen worden ist. Es macht keinen Unterschied, ob diese Niederlassung eine Haupt- oder Zweigniederlassung ist. Wurde der Vertrag im Rahmen des Betriebes einer Zweigniederlassung geschlossen, so ist das dort geltende Recht auch dann maßgebend, wenn sich die Hauptniederlassung in einem anderen Staat befindet.

Ist ein Vertragsverhältnis unter der Herrschaft des nach § 36 maßgebenden Rechtes einmal entstanden, so bleibt dieses Recht auch dann maßgebend, wenn der gewöhnliche Aufenthalt bzw. die Niederlassung des Schuldners der charakteristischen Leistung nach der Vertragschließung in einen anderen Staat verlegt wird (§ 7). Den Parteien steht es jedoch frei, das für ihre Rechtsbeziehungen maßgebende Recht durch eine Rechtswahl nachträglich zu ändern (vgl. die §§ 11 und 35).

Bezüglich der Reichweite des durch die vorliegende Verweisungsnorm bestimmten Schuldstatuts gilt das gleiche, was hiezu in den Erläuterungen zum § 35 gesagt worden ist.

## Zum § 37

Bei einseitig verpflichtenden (Schuld-)Verträgen und schuldbegründenden einseitigen Rechtsgeschäften (Auslobung, Preisausschreiben u. a.) wird auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Schuldners abgestellt (bzw. unter den Voraussetzungen des zweiten Satzes des § 36 auf dessen Niederlassung).

Zur Abgrenzung gegenüber anderen Verweisungsnormen ist darauf hinzuweisen, daß Darlehensverträge der Banken der für Bankgeschäfte maßgebenden Verweisungsnorm des § 38 Abs. 1 unterstehen. Für die von einer anderen Verbindlichkeit abhängigen Rechtsgeschäfte gilt der § 45.

## Zum § 38

Sowohl der Grundsatz der charakteristischen Leistung als auch die Abwägung der Parteieninteressen führt bei Bankgeschäften zur Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem das Kreditunternehmen seine Niederlassung hat. Der in Klammer stehende Hinweis auf § 36 zweiter Satz soll verdeutlichen, daß es im Fall mehrerer Niederlassungen (Zweigstellen) konkret auf diejenige ankommt, in deren Rahmen das Geschäft geschlossen worden ist. Für zahlreiche Bankgeschäfte würde sich diese Lösung bereits aus der allgemeinen Regel des § 36 ergeben, für manche hingegen nicht. Es empfiehlt sich daher, für die Bankgeschäfte eine eigene Verweisungsnorm vorzusehen und darin die eingangs erwähnte Anknüpfung festzulegen (Abs. 1; ebenso § 38 des Hoyer-Entwurfs).

Da der Begriff „Bankgeschäfte“ nach der heute allgemein gebräuchlichen Terminologie auch die sogenannten Sparkassengeschäfte umfaßt, ist deren besondere Erwähnung entbehrlich. In den Anwendungsbereich der vorliegenden Verweisungsnorm fallen besonders das Einlagengeschäft, Kreditgeschäft, Diskontgeschäft, Devisen- und Valutengeschäft, Depotgeschäft, die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstige Haftungen für andere, das Konto- und Girogeschäft.

Auch Verträge, die inländische Banken mit ausländischen Banken schließen, können Bankgeschäfte im technischen Sinn sein, wenn nämlich das Geschäft für die inländische Bank ein Dienstleistungsgeschäft ist (nicht also z. B. ein reines Veranlagungsgeschäft). Um auch für diese Fälle die Rechtsanwendung klarzustellen, wird im zweiten Halbsatz des Abs. 1 auf die Niederlassung des beauftragten Kreditunternehmens abgestellt.

Nicht erfaßt vom Abs. 1 sind die der Auflage internationaler Anleihen zugrunde liegenden Vereinbarungen zwischen Banken verschiedener Staaten (keine Bankgeschäfte im technischen Sinn). Ein Rückgriff auf den Grundsatz der stärksten Beziehung (§ 1 Abs. 1) wird hier in der Praxis zumeist nicht notwendig werden, weil es in diesen Fällen schon derzeit üblich ist, das anzuwendende Recht ausdrücklich zu vereinbaren.

Die für die Versicherungsverträge im Abs. 2 vorgesehene Anknüpfung an die Niederlassung des Versicherers (in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wurde) entspricht ebenfalls sowohl dem Gedanken der charakteristischen Leistung als auch einer vernünftigen Abwägung der Parteieninteressen. Schließt ein im Ausland wohnhafter Versicherungsnehmer mit einem im Inland ansässigen Versicherer einen Versicherungsvertrag, so kann dem Versicherungsnehmer eher zugemutet werden, daß der Vertrag nach dem ihm allenfalls weniger vertrauten österreichischen Recht beurteilt wird als dem Versicherer — der im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit unter Zugrundelegung allgemeiner Versicherungsbedingungen viele Verträge desselben Inhalts mit verschiedenen Kunden schließt — die Anwendung ausländischen Rechtes.

Die für die Versicherungsverträge maßgebende Verweisungsnorm umfaßt auch die Rückversicherungsverträge; bei diesen kommt es also auf die Niederlassung des Rückversicherers an.

#### Zu den §§ 39 und 40

Die beim § 36 aufgezeigten Nachteile, die mit einer Anknüpfung an den Abschlußort verbunden sind, fallen bei den Börsegeschäften, bei

den auf Märkten und Messen geschlossenen Verträgen und bei Verkäufen durch Versteigerung weg. Hier steht der Abschlußort fest und dieser hat auch ein Übergewicht gegenüber den anderen objektiven Anknüpfungstatsachen, denn die Parteien pflegen einander in solchen Fällen kaum persönlich zu kennen und können daher auch keine Anhaltspunkte für die Beziehungen der Gegenseite zu einem bestimmten Rechtsgebiet gewinnen. Es ist somit zweckmäßig, an das Recht des Ortes anzuknüpfen, an dem sich die Börse oder der Markt befindet bzw. die Messe oder die Versteigerung stattfindet (vgl. § 35 Buchstabe d des Schwind-Entwurfs; § 14 Abs. 1 des österreichischen Entwurfes 1914; Art. 28 des polnischen IPR-Gesetzes; Art. 3 Abs. 3 des Haager Übereinkommens vom 15. Juni 1955 über das auf zwischenstaatliche Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht u. a.).

#### Zum § 41

Zahlreiche nationale Rechtsordnungen tragen der rechts- und sozialpolitischen Forderung nach einem wirksameren Schutz des Verbrauchers in zunehmendem Maß Rechnung. So verschafft in Österreich das Ratengesetz vom 15. November 1961, BGBl. Nr. 279, dem Käufer bei Vorliegen eines Abzahlungsgeschäfts in verschiedenen Belangen eine günstigere Stellung, als ihm nach allgemeinem Schuldrecht zukäme (besonders bezüglich des Rücktrittsrechts, des Terminverlusts, der Verkürzung über die Hälfte, der Gewährleistung u. a.). Das Gewicht, das der Gesetzgeber auf diese Bestimmungen legt, ergibt sich besonders aus der Regelung des Gerichtsstandes (§ 12 Abs. 1 RatG) und aus den schweren Folgen einer Verletzung dieser Zuständigkeitsvorschrift (§ 12 Abs. 2 und 3 RatG). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Gewerbeordnung 1973, BGBl. Nr. 50/1974, die — teils unmittelbar, teils mittelbar durch auf ihr beruhende Verordnungen des BMH — vor allem die sogenannten „Haustürgeschäfte“ verbietet und den Verstoß dagegen unter zivilrechtliche Sanktion stellt (§§ 57 bis 59 und 61 GewO 1973).

Eine Rechtsordnung, die dem Verbraucher einen besonderen zivilrechtlichen Schutz gewährt, muß bemüht sein, diesen Schutz in bestimmten Grenzen allen im Inland ansässigen Verbrauchern zukommen zu lassen; die gegenseitigen Interessen der Parteien sind im wesentlichen gleich, ob der Verbraucher das Rechtsgeschäft mit einem inländischen oder einem ausländischen Vertragspartner schließt. Eine rechtlich gleichartige Behandlung dieser Fälle liegt nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern auch der inländischen Unternehmer, da sonst die in einem Staat mit schwächerem Verbraucherschutz an-

## 784 der Beilagen

55

sässigen ausländischen Wettbewerber bei Entfaltung einer Tätigkeit auf dem Inlandsmarkt einen unbilligen Wettbewerbsvorteil hätten. Andererseits ist es auch nicht unbillig, von einem ausländischen Unternehmer zu verlangen, auf das Recht des „Verbraucherlandes“ Bedacht zu nehmen, wenn er dort eine auf die Schließung von Verbraucherträgen gerichtete Tätigkeit entfaltet.

Aus diesen Gründen sieht der Abs. 1 vor, daß Verbraucherträge unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. in diesem Sinn z. B. Siehr, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1973, 576 u. a.; Land, RabelsZ 1974, 15, 19; § 12 des Gesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. Dezember 1976, BGBl. I 3317, zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen).

Zur Umgrenzung des Anwendungsbereichs der Verweisungsnorm wird im Abs. 1 zunächst festgelegt, daß es sich um Verträge handeln muß, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt. Diese weite Formel ist deshalb geboten, weil die Verweisungsnorm auch die sehr unterschiedliche Ausgestaltung des Konsumentenschutzes in anderen Staaten berücksichtigen muß. Da ausdrücklich auf den privatrechtlichen Schutz des Verbrauchers Bezug genommen wird, bleiben öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die letztlich zwar ebenfalls für den Verbraucher vorteilhaft sind, sich jedoch nicht auf das privatrechtliche Vertragsverhältnis auswirken (wie z. B. Kennzeichnungsvorschriften), außer Betracht.

Entscheidendes Kriterium ist somit, daß der Vertrag nach dem Privatrecht des „Verbraucherlandes“ speziellen Verbraucherschutzbestimmungen unterliegt. Ist das der Fall, so tritt das Recht dieses Staates an die Stelle des sonst (§ 36) maßgebenden Rechtes, und zwar nicht nur hinsichtlich dieser Verbraucherschutzbestimmungen, sondern in seiner Gesamtheit. Denn die besonderen Verbraucherschutzbestimmungen sind in der Regel auf die übrigen Bestimmungen derselben Rechtsordnung abgestimmt, ja von ihnen geradezu abhängig. Würde man die auf Sachrechtsebene vorhandene Verflechtung durch unterschiedliche kollisionsrechtliche Anknüpfung zerreißen, so könnten sich in der Praxis erhebliche Angleichungsschwierigkeiten ergeben.

Es hieße allerdings den Gedanken des Verbraucherschutzes überspannen, wenn man alle diese Verträge dem Recht des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers unterstellen wollte, ohne dabei einen Unterschied zu machen, unter welchen Umständen sie zustande gekommen sind. So

wäre es z. B. nicht gerechtfertigt, ein von einem Österreicher während einer Urlaubsreise im Ausland mit einem dort ansässigen Unternehmer geschlossenes Abzahlungsgeschäft dem österreichischen Recht und damit den Bestimmungen des Ratengesetzes zu unterwerfen. Der Abs. 1 stellt daher nur auf solche Verträge ab, die im Zusammenhang mit einer im Verbraucherland vom Unternehmer oder den von ihm verwendeten Personen entfalteten Tätigkeit zustande gekommen sind. Diese Tätigkeit muß auf die Schließung von Verbraucherträgen gerichtet sein. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Unternehmer mit dem Verbraucher persönlich oder durch seine Leute in Kontakt getreten oder ob das Geschäft etwa durch Zusendung schriftlichen Werbematerials angebahnt worden ist. Unter den vom Unternehmer verwendeten Personen sind alle zu verstehen, durch deren Tätigkeit im Verbraucherland nach der Absicht des Unternehmers im Ergebnis ein Kontakt zwischen ihm und dem Verbraucher herbeigeführt wird. Das trifft z. B. auch auf Personen zu, die im Inland Ausflugsfahrten in das Ausland organisieren und auf Grund einer mit einem ausländischen Unternehmer getroffenen Vereinbarung die Teilnehmer der Ausflugsfahrt auf eine Werbe- und Verkaufsschau des Unternehmers führen.

Die meisten der in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen Bestimmungen zum Schutz des Verbrauchers sind wegen dessen schwächerer Verhandlungslage zwingender Natur. Der rechts- und sozialpolitische Sinn der im Abs. 1 vorgesehenen Regelung würde daher entwertet werden, wenn die im Verbraucherland geltenden zwingenden Bestimmungen im Weg der Wahl eines anderen Rechtes zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden könnten. Die für Schuldverträge nach § 35 Abs. 1 allgemein zulässige kollisionsrechtliche Parteiautonomie wird durch den § 41 Abs. 2 daher dahin beschränkt, daß die zwingenden Bestimmungen des nach Abs. 1 maßgebenden Rechtes nicht im Weg der Rechtswahl zum Nachteil des Verbrauchers durch ein anderes Recht ersetzt werden können. Die Wahl eines für den Verbraucher günstigeren Rechtes ist zulässig.

## Zum § 42

Von allen Schuldverträgen stehen Miete und Pacht den Sachenrechten am nächsten. Bestandrechte an Liegenschaften können durch Verbücherung zu dinglichen Rechten gestaltet werden, aber auch unverbücherter Bestandrechte entfalten zahlreiche dingliche Wirkungen. Es ist daher gerechtfertigt, für Verträge über die Benützung unbeweglicher Sachen so wie für die Sachenrechte selbst das Recht der gelegenen Sache für maßgebend zu erklären.

Nach der allgemeinen Regel des § 35 Abs. 1 steht es den Parteien frei, ihr Vertragsverhältnis durch Rechtswahl einem anderen Recht zu unterstellen. In diesem Zusammenhang muß rechtspolitisch allerdings berücksichtigt werden, daß die nationalen Rechtsordnungen zum Schutz des Bestandnehmers zahlreiche Bestimmungen ihres Bestandrechts für zwingend erklären. Diese vom Territorialstaat vorgenommene rechts- und sozialpolitische Wertung soll durch das Kollisionsrecht nicht unterlaufen werden dürfen. Im Abs. 2 wird daher festgelegt, daß die zwingenden Bestimmungen des Rechtes der gelegenen Sache durch eine zum Nachteil des Bestandnehmers getroffene Rechtswahl nicht abbedungen werden können.

Die vorliegende Verweisungsnorm betrifft nur Verträge über die Benützung unbeweglicher Sachen oder Überbauten. Für andere obligatorische Rechtsgeschäfte, die unbewegliche Sachen zum Gegenstand haben, hat das Recht der gelegenen Sache keinen grundsätzlichen Vorrang. Das gilt auch für Schuldverträge, die den Titel für einen dinglichen Rechtserwerb bilden. Das Titelgeschäft unterliegt dem Schuldstatut der §§ 35 f., während für das dingliche Rechtsgeschäft gemäß § 31 die lex rei sitae maßgebend ist. Der Entwurf folgt damit der in Österreich herrschenden Auffassung, daß die im österreichischen Sachrecht besonders ausgeprägte Trennung von titulus und modus auch im IPR zu beachten ist (vgl. Schwind, Handbuch, 270 ff.; OGH 5. 10. 1976 EvBl. 1977/66 u. a.). Das heißt freilich nicht, daß etwa in allen Fällen, in denen der Verkäufer einer Liegenschaft seinen gewöhnlichen Aufenthalt (Niederlassung, § 36) nicht im Staat der gelegenen Sache hat, der dingliche Rechtserwerb und der den Titel bildende Kaufvertrag verschiedenen Rechten unterliegen müssen. Gerade in solchen Fällen ergibt sich nicht selten aus den Umständen, daß die Parteien für das Titelgeschäft die Maßgeblichkeit des Rechtes des Lageorts vorausgesetzt haben (vgl. OGH 5. 10. 1976 EvBl. 1977/66; 16. 1. 1952 SZ 25/11; Hans Hoyer, ZfRV 1975, 145). Dies steht nach dem zweiten Halbsatz des § 35 Abs. 1 einer schlüssigen Rechtswahl gleich und ist daher für die Rechtsanwendung zu beachten.

#### Zum § 43

Das System aus Territorialitätsgrundsatz und Inländerbehandlung im Immateriagüterrecht läßt es zweckmäßig erscheinen, die Übertragung und Einräumung urheberrechtlicher oder leistungsschutzrechtlicher Verwertungsrechte sowie die Übertragung und die Erteilung von Lizzenzen im Bereich der gewerblichen Schutzrechte nach dem Recht des Staates zu beurteilen, für den das Immateriagüterrecht übertragen oder eingeräumt

wird (Abs. 1 erster Satz). Der Gleichlauf mit dem für das Immateriagüterrecht selbst geltenden Recht (§ 34 Abs. 1) fördert die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der darauf bezüglichen vertraglichen Rechte und Pflichten.

Urheberrechtliche und leistungsschutzrechtliche Verwertungsrechte sowie gewerbliche Schutzrechte werden allerdings oft für mehrere Staaten vergeben. So ist es besonders bei Verlagsverträgen, Verfilmungsverträgen und Verträgen über das mechanische Vervielfältigungsrecht die Regel, daß die Rechte als sogenannte „Weltrechte“ ohne Beschränkung auf einen bestimmten Staat vergeben werden. Es würde nun zu einer unerwünschten Aufsplitterung führen, wenn man die Verträge für jeden Staat, für den das Recht übertragen oder eingeräumt wird, nach dessen Rechtsordnung beurteilen wollte. Für diese Fälle ist daher eine Ersatzanknüpfung vorgesehen. Der zweite Satz des Abs. 1 erklärt hier das Recht des Staates für maßgebend, in dem der Erwerber (Lizenznnehmer) seinen gewöhnlichen Aufenthalt (Niederlassung) hat.

Die im Abs. 1 vorgesehenen Anknüpfungen versagen, wenn z. B. zwei Urheberrechtsorganisationen einander wechselseitig Verwertungsrechte an Immateriagüterrechten einräumen. In diesen Fällen kollisionsrechtlich zu spalten und die wechselseitig eingeräumten Rechte verschiedenen Rechtsordnungen zu unterstellen, könnte zu Schwierigkeiten führen. So wie bei internationalem Tauschverträgen wird auch hier auf das Recht desjenigen Staates abzustellen sein, zu dem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles die stärkste Beziehung besteht (vgl. die Erläuterungen zum § 36). Da in den geschilderten Fällen in aller Regel der Abschlußort des Vertrages in einem der beteiligten beiden Staaten liegt, wird dieser Anknüpfungstatsache bei Fehlen sonstiger Gemeinsamkeiten eine ausschlaggebende Rolle zukommen (die praktische Bedeutung des Problems ist nicht groß, weil die Entstehung von Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen der geschilderten Art sehr selten ist).

Der Abs. 2 erklärt für Verträge über diejenigen Immateriagüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, den § 44 für maßgebend. Auf diese Weise wird ein Gleichlauf mit dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Recht hergestellt.

#### Zum § 44

In den Anwendungsbereich dieser Verweisungsnorm fällt der privatrechtliche Bereich des Arbeitsrechts. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsrecht hingegen (wie z. B. die Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz, Arbeitszeit, Feiertagsruhe usw.) wird als solches von den Verweisungs-

## 784 der Beilagen

57

normen des internationalen Privatrechts nicht umfaßt. Andererseits ist unter dem von der vorliegenden Bestimmung für maßgebend erklärt Recht nicht nur das unmittelbar auf Gesetz beruhende Arbeitsvertragsrecht zu verstehen, sondern auch das durch andere kollektive Normen (wie durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung) geschaffene, auf das Arbeitsverhältnis einwirkende Recht.

Der erste Satz des Abs. 1 erklärt für Arbeitsverträge das Recht des Staates für maßgebend, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet. Diese Anknüpfung entspricht dem Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses und sichert gleichzeitig für die Mehrheit der Fälle den Gleichlauf des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden privaten Rechtes mit dem im Staat des Arbeitsorts geltenden öffentlichen Arbeitsschutzrecht; Überschneidungen, Qualifikations- und Anpassungsschwierigkeiten werden dadurch möglichst vermieden.

Die Maßgeblichkeit des Rechtes des gewöhnlichen Arbeitsorts wird — zumindest de lege ferenda — von der überwiegenden österreichischen Lehre befürwortet (vgl. Lenhoff, ZBl. 1936, 783; Ehrenzweig, System<sup>2</sup> I/1, 113; Adler-Höller in Kläng<sup>2</sup> V 182; Russwurm, RdA 1955, 27 [29]; Walker — Verdroß — Satter in Kläng<sup>2</sup> I/1, 242; Geppert, öRdA 1970, 124 ff.; Mayer — Maly, Österreichisches Arbeitsrecht [1970] 33; § 35 Buchstabe e des Schwind-Entwurfs u. a.); sie befindet sich damit in Übereinstimmung mit einem großen Teil des ausländischen Schrifttums (vgl. dazu die Übersicht bei Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht [1959] 141 bis 172, sowie Szasz, Conflict of Laws in the Western, Socialist and Developing Countries [1974] 131). Die bisher einzige österreichische Verweisungsnorm auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts — der § 49 des Schauspielergesetzes, BGBl. Nr. 441/1922 — ist gleichfalls von der Anknüpfung an den Arbeitsort geprägt (danach sind ausschließlich im Inland zu erfüllende Bühnendienstverträge auch dann nach österreichischem Recht zu beurteilen, wenn sie im Ausland geschlossen worden sind). Schließlich ist rechtsvergleichend u. a. auf den Art. 5 Buchstabe a des EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (RabelsZ 1974, 211) hinzuweisen, der bei Fehlen einer Rechtswahl ebenfalls das Recht des Ortes für maßgebend erklärt, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

Da die Bestimmung im Interesse der Gleichmäßigkeit der rechtlichen Beurteilung des Arbeitsverhältnisses auf das Recht des Staates abstellt, in dem der Arbeitnehmer die Arbeit gewöhnlich verrichtet, bleibt eine gelegentliche Ar-

beitstätigkeit in einem anderen Staat außer Betracht. Dies betrifft z. B. die auf Montage ins Ausland entsandten Arbeitnehmer, die Entsendung von Arbeitnehmern zu Messen und Ausstellungen im Ausland, angestellte Handelsvertreter, die neben der hauptsächlichen Tätigkeit im Inland auch fallweise Geschäftsreisen in das Ausland unternehmen usw.

Zuweilen allerdings werden Arbeitnehmer, die ihren gewöhnlichen Arbeitsort zunächst im Inland haben, für mehrere Jahre in andere Länder entsandt (wie etwa Bauingenieure und Poliere im Zusammenhang mit der Errichtung von Fabriksanlagen oder der Verwirklichung anderer großer Bauvorhaben im Ausland). Wennleich auch hier die Auslandstätigkeit nur vorübergehender Natur ist, könnte im Einzelfall doch zweifelhaft sein, ob nicht wegen der langen Dauer eines solchen Auslandsaufenthalts die ausländische Arbeitsstätte zum neuen gewöhnlichen Arbeitsort dieser Personen wird. Da den Parteien in der Regel auch in diesen Fällen an der unveränderten Anwendung des bisher maßgebenden Rechtes gelegen ist, wird im zweiten Satz des Abs. 1 klargestellt, daß das am gewöhnlichen Arbeitsort maßgebende Recht auch dann maßgebend bleibt, wenn der Arbeitnehmer an einen Arbeitsort in einem anderen Staat entsandt wird.

Es können sich Fälle ergeben, in denen ein Arbeitnehmer ständig in mehreren Staaten arbeitet, ohne daß der Tätigkeit in einem davon das Übergewicht zukommt (z. B. Lastwagenfahrer, die ausschließlich im grenzüberschreitenden Fernverkehr eingesetzt sind, fliegendes Personal der Luftfahrtunternehmen, Revisoren für die in verschiedenen Staaten befindlichen Zweigniederlassungen usw.). Hier bietet sich als objektives Anknüpfungsmerkmal der gewöhnliche Aufenthalt bzw. die Niederlassung des Arbeitgebers an, weil in der Regel von dort aus die Tätigkeit dieser Arbeitnehmer ihren Ausgang nimmt. Der Abs. 2 erklärt daher für die Fälle, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehr als einem Staat verrichtet oder er keinen gewöhnlichen Arbeitsort hat, das Recht des Staates für maßgebend, in dem der Arbeitgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt (Niederlassung) hat (so auch z. B. Art. 5 Buchstabe b des erwähnten EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht).

In manchen Fällen kann den Parteien daran gelegen sein, das Arbeitsverhältnis einem anderen Recht als dem des gewöhnlichen Arbeitsorts zu unterstellen (so etwa, wenn ein inländischer Arbeitgeber inländische Arbeitskräfte zur ausschließlichen Verwendung an einem ausländischen Arbeitsort aufnimmt; hier mag den Arbeit-

nehmern daran gelegen sein, sich den Schutz des inländischen Arbeitsrechts zu sichern).

Es wäre daher nicht sachgerecht, die im internationalen Schuldvertragsrecht allgemein zulässige kollisionsrechtliche Rechtswahl (§ 35 Abs. 1) für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts schlechthin zu untersagen (vgl. u. a. G a m i l l-s c h e g, Internationales Arbeitsrecht, 123). Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß gerade das Arbeitsvertragsrecht zahlreiche Schutznormen für den wirtschaftlich Schwächeren enthält, sodaß sich eine uneingeschränkte Zulässigkeit der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken könnte. Eine Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeit dient aber nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmer; wenn es z. B. zulässig wäre, bei der Einstellung von Gastarbeitern die zwingenden Bestimmungen des österreichischen Arbeitsrechts im Weg der Rechtswahl durch ein für den Arbeitnehmer weniger günstiges ausländisches Recht zu ersetzen, könnten sich einzelne Unternehmer auf Kosten ihrer inländischen Mitkonkurrenten Wettbewerbsvorteile verschaffen.

Die Zulässigkeit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl wird daher für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts im Abs. 3 zum Schutz des Arbeitnehmers in zweifacher Hinsicht beschränkt: zum einen muß die Rechtswahl, um wirksam zu sein, ausdrücklich getroffen werden; eine bloß schlüssige Rechtswahl (§ 35 Abs. 1) ist unbeachtlich (**erster Satz des Abs. 3**). Zweitens können die zwingenden Bestimmungen des nach Abs. 1 und 2 maßgebenden Rechtes auch durch ausdrückliche Rechtswahl nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abbedungen werden (**zweiter Satz des Abs. 3**). Für den Günstigkeitsvergleich wird der § 3 Abs. 2 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974, analog herangezogen werden können, wonach jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen sind, die in einem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang stehen.

#### Zum § 45

Die vorliegende Bestimmung folgt im wesentlichen dem § 36 des Schwind-Entwurfs (im Ergebnis offensichtlich ähnlich auch der § 11 des tschechoslowakischen IPR-Gesetzes, ebenso Art. 25 des jugoslawischen Entwurfes). Ihr liegt der Gedanke zugrunde, daß die in der materiell-rechtlichen Struktur zusammengehörigen Materien grundsätzlich auch einer einheitlichen Anknüpfung im IPR unterworfen werden sollen. Es könnte leicht zu mißlichen Ergebnissen führen, wenn etwa eine Bürgschaft oder ein Abtretungsvertrag rechtswirksam wäre, die zugrunde liegende Forderung wegen einer unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfung hingegen nicht

(Schwind, ZfRV 1971, 242). Auch für die Praxis bedeutet es eine Erleichterung, wenn die von einer Verbindlichkeit abhängigen Rechtsgeschäfte nach demselben Recht beurteilt werden können wie diese; schwierige Abgrenzungs- und Vorfragenprobleme werden solcherart vermieden.

Da eine zu abstrakt gehaltene Formel zu Auslegungsschwierigkeiten führen könnte, werden im zweiten Satz des § 45 die der Sicherung oder Umänderung dienenden Rechtsgeschäfte besonders hervorgehoben; das sind also insbesondere Bürgschaftsvertrag, Pfandvertrag, Novation, rechtsgeschäftliche Abtretung, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme, Schuldbeitritt.

Um die erwünschte konnexe Anknüpfung auch tatsächlich zu erreichen, mußte ausdrücklich auf dieselbe Sachrechtsebene abgestellt werden. Es ist dies eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 5, wonach die Verweisungen des Entwurfes grundsätzlich Gesamtverweisungen sind.

Die Verweisungsnorm bezieht sich nur auf abhängige Rechtsgeschäfte und nicht auch auf abhängige Rechtsverhältnisse schlechthin. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs ist zur Vermeidung von Zweigleisigkeiten angezeigt. So fallen z. B. Ansprüche, die sich daraus ergeben, daß ein Vertrag rechtsunwirksam ist, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder nicht bzw. nicht gehörig erfüllt worden ist (Gewährleistung, Schadenersatz, Verkürzung über die Hälfte usw.), bereits wesensmäßig in den Anwendungsbereich des für den betreffenden Vertrag maßgebenden Schuldstatuts (vgl. die Erl. zum § 35). Für die Leistungskonditionen wieder — die in diesem Zusammenhang ebenfalls in Betracht zu ziehen wären — stellt bereits der zweite Halbsatz des § 46 sicher, daß sie nach demselben Recht zu beurteilen sind wie das Rechtsverhältnis, auf dessen Grundlage die zur Bereicherung führende Leistung erbracht worden ist. Für die außervertraglichen Schadenersatzansprüche schließlich, die innerlich mit einem zwischen den Beteiligten auf Grund des Vertrages oder Gesetzes bestehenden Sonderrechtsverhältnis zusammenhängen, ermöglicht der zweite Satz des § 48 Abs. 1 eine akzessorische Anknüpfung an das für dieses Rechtsverhältnis maßgebende Statut (z. B. Vertragsstatut, Ehewirkungsstatut, Ehegütterechtsstatut usw.).

Bankbürgschaften sind sowohl Bankgeschäfte (§ 38 Abs. 1) als auch abhängige Rechtsgeschäfte (§ 45). Zur Klärung des Vorrangs wird im dritten Satz des § 45 festgelegt, daß der § 38 Abs. 1 unberührt bleibt. Die rechtspolitischen Gründe, die eine Anknüpfung der Bankgeschäfte an die Niederlassung des Kreditunternehmens angezeigt sein lassen (s. Erläuterungen zum § 38 Abs. 1), gelten auch für die Bankbürgschaften.

Die vom § 45 vorgesehene konnexe Anknüpfung gilt nur, sofern die Parteien keine anderweitige Rechtswahl getroffen haben (§ 35). Dies im Gesetzestext noch gesondert hervorzuheben, war im Hinblick auf die erwähnte Generalbestimmung des § 35 entbehrlich.

#### Zum § 46

Seit sich für das materielle Recht die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß nicht alle Bereicherungsansprüche auf dieselbe Grundlage zurückgeführt werden können (vgl. vor allem Wildburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung [1934]), ist man auch im IPR davon abgekommen, das gesamte Bereicherungsrecht einer einheitlichen Anknüpfung zu unterstellen (vgl. Zweigert, Süddeutsche JZ 1947 Sp. 247; Bolla, Grundriß des österreichischen IPR, 115; Balaster, Die ungerechtfertigte Bereicherung im IPR [1955]; Raape, IPR<sup>5</sup>, 527; Bydlinski, ZfRV 1961, 29; Schwimann, JBl. 1969, 546; Hans Hoeyer, ZfRV 1971, 1; Schwind, Handbuch, 338 u. v. a.; auch die neuere österreichische Rechtsprechung tritt der Einheitsanknüpfung entgegen, so OGH 30. 4. 1970 ZfRV 1971, 45).

Wenn man einerseits eine zu sehr ins einzelne gehende Differenzierung vermeiden und andererseits doch für alle in Betracht zu ziehenden Bereicherungsfälle eine sachlich gerechtfertigte kollisionsrechtliche Lösung ermöglichen will, ist es notwendig, die Bereicherungsansprüche zumindest in zwei Grundtypen zu gliedern: Ansprüche, durch die Leistungen ausgeglichen werden sollen, die auf Grund eines zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses erbracht worden sind, und Ansprüche, durch die in sonstiger Weise eingetretene ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden sollen.

Diese Zweiteilung liegt auch der vorliegenden Verweisungsnorm zugrunde. Beruht die Bereicherung auf einer Leistung, die auf der Grundlage eines Rechtsverhältnisses erbracht worden ist, so ist sie nach dem ersten Halbsatz des zweiten Satzes demselben Recht zu unterstellen, das auf das Rechtsverhältnis anzuwenden ist. Man kann hier mit Ferid, IPR, 170, von einer kollisionsrechtlich akzessorischen Kondiktion sprechen. Da die Parteien eine Leistung im Hinblick auf ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis erbringen bzw. entgegennehmen, kann geschlossen werden, daß sie die Leistung auch dann der auf das gemeinsam angenommene Kausalverhältnis anzuwendenden Rechtsordnung unterwerfen, wenn der Leistungsgrund entkräftet wird. Die Rechtsordnung, die das der Leistung zugrunde liegende Rechtsverhältnis beherrscht, ist auch im Interesse des

inneren Entscheidungseinklangs am besten geeignet, über eine allenfalls notwendig werdende Rückabwicklung zu entscheiden (vgl. Zweigert, SJZ 1947 Sp. 253; Raape, IPR<sup>5</sup>, 529; Bydlinski, ZfRV 1961, 30; Hans Hoeyer, ZfRV 1971, 7; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 303).

Das Rechtsverhältnis, auf dessen Grundlage geleistet worden ist, muß zur Zeit der Leistung bestanden haben. Ob es auch gültig gewesen oder nicht etwa in der Folge rückwirkend beseitigt worden ist, ist unerheblich. Umfaßt sind vielmehr auch die Fälle, in denen das der Leistung zugrunde liegende Rechtsgeschäft infolge Nichtigkeit, Anfechtung, Widerrufs, Rücktritts, Wandlung und dgl. entkräftet ist.

Die Verweisungsnorm wird in der Regel sinngemäß angewendet werden können, wenn sich die Parteien zwar einig gewesen sind, daß eine Leistung zur Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit dienen soll, sie das Bestehen dieser Verbindlichkeit jedoch nur irrtümlich angenommen haben. Hier wird der Rückforderungsanspruch an das (hypothetische) Statut des von den Parteien vorausgesetzten Kausalverhältnisses angeknüpft werden können (vgl. Raape, IPR<sup>5</sup>, 529; Bydlinski, ZfRV 1961, 31 f.; Hans Hoeyer, ZfRV 1971, 10).

Um sicherzustellen, daß die Leistungskonditionen auch tatsächlich nach dem Sachrecht des selben Staates beurteilt werden wie das zugrunde liegende Kausalverhältnis, mußte — wie bei den abhängigen Rechtsgeschäften (§ 45) — ausdrücklich auf dieselbe Sachrechtsebene abgestellt werden. Es ist dies somit eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 5, wonach die Verweisungen des Entwurfes grundsätzlich Gesamtverweisungen sind.

Die für Leistungskonditionen maßgebende Verweisungsnorm gilt nach dem zweiten Halbsatz des zweiten Satzes sinngemäß auch für den Anspruch auf Ersatz eines Aufwandes, den ein anderer hätte machen müssen (z. B. im österreichischen Sachrecht der Anspruch gemäß § 1042 ABGB). Der Ersatzanspruch untersteht somit demselben Recht, das für die getilgte Schuld maßgebend ist (so auch bereits die derzeitige Judikatur, OGH 27. 11. 1969 SZ 42/179 = EvBl. 1970/163). Diese konnexe Anknüpfung des Ersatzanspruchs ist unabhängig davon, aus welchem Rechtsgrund die Aufwandspflicht bestanden hat.

Für die Fälle der nicht durch eine Leistung des Verkürzten, sondern in sonstiger Weise eingetretenen Bereicherungen wird nach dem ersten Satz des § 46 das Recht des Staates für maßgebend erklärt, in dem die Bereicherung eingetreten ist. In den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen besonders die Verwendungsansprüche wegen Verarbeitung, Gebrauches, Ver-

brauches oder unbefugter, aber rechtswirksamer Veräußerung fremder Sachen usw. Der Bereicherungsort wird hier in der Regel mit dem Lageort der Sache zusammenfallen, was im Ergebnis zur Anwendung der lex rei sitae führt (Zweigert, SJZ 1974, Sp. 252; Raape, IPR<sup>5</sup>, 527 f.; Bydlinski, ZfRV 1961, 29; Hans Hoyer, ZfRV 1971, 6; Ferid, IPR, 170; Schwind, Handbuch, 339).

Dem Recht des Ortes, an dem die Bereicherung eingetreten ist, sind auch die Fälle zu unterstellen, in denen eine Leistung ohne jede Einigkeit der Beteiligten über ein vorausgesetztes Kausalverhältnis erbracht wird. Durch eine Verwechslung überweist z. B. der Schuldner das Geld nicht dem Gläubiger, sondern einem unbeteiligten Dritten. Behält der Empfänger das Geld, so ist das kollisionsrechtlich nicht anders zu bewerten, als wenn er sonst eine fremde Sache zu seinem Nutzen verwendet hätte. Maßgebend ist hier das Recht des Staates, in dem dem Bereicherungsschuldner die „abgeirrte“ Leistung zugekommen ist; von Ausnahmen abgesehen, wird dies wohl in der Regel der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. der Niederlassung des Bereichertens sein.

Wegen der das gesamte internationale Schuldrecht umfassenden Bestimmung des § 35 kommen die im § 46 festgelegten Anknüpfungen nur zum Tragen, wenn die Parteien bezüglich des Bereicherungsanspruchs keine anderweitige Rechtswahl im Sinn des § 35 Abs. 1 getroffen haben. Die Rechtswahl wird hier freilich regelmäßig erst nach der Entstehung des Schuldverhältnisses getroffen werden, etwa um in Zweifelsfällen das zur Anwendung berufene Recht eindeutig festzulegen oder um durch Wahl der lex fori einer mit der Erkundung fremden Rechtes allenfalls verbundenen Verzögerung des Verfahrens vorzubeugen (zur Rechtswahl im Prozeß s. § 11 und die Erläuterungen dazu).

#### Zum § 47

Der Schwerpunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ist in der Regel der Ort, wo sie besorgt wird. Es soll daher auch grundsätzlich das Recht dieses Staates für die kollisionsrechtliche Beurteilung maßgebend sein (**erster Halbsatz** des § 47; vgl. Martin Wolff, IPR<sup>3</sup>, 169; Köhler, IPR<sup>3</sup>, 164; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 302; ebenso Art. 43 des portugiesischen IPR-Gesetzes).

Eine Ausnahme ist allerdings vorzusehen für solche auftragslose Besorgungen fremder Geschäfte, die innerlich mit einem zwischen den Parteien bestehenden anderen Rechtsverhältnis zusammenhängen, wie etwa eine Geschäftsführung, die im Anschluß an ein bestimmtes Vertragsverhältnis besorgt oder durch die ein vom Geschäftsherrn erteilter Auftrag überschritten wird. Wegen des inneren Zusammenhangs

ist kollisionsrechtlich hier dieselbe Lösung angezeigt wie gemäß § 45 für die abhängigen Rechtsgeschäfte (vgl. Siehr, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1973, 581; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 302).

Die im § 47 festgelegten Anknüpfungen gelten nur, sofern die Parteien keine anderweitige Rechtswahl getroffen haben (§ 35); zur Vermeidung von Wiederholungen wird diesbezüglich auf die Erläuterungen zum § 46 hingewiesen.

#### Zum § 48

Für den Bereich der außervertraglichen Schadenersatzansprüche folgt der Entwurf der in den kontinentaleuropäischen Kollisionsrechten üblichen Anknüpfung an das Recht des Deliktsorts, ohne diesen Grundsatz allerdings zu einem absolut gültigen Dogma erstarren zu lassen.

Der erste Satz des Abs. 1 unterstellt die Schadenersatzansprüche dem Recht des Staates, in dem das den Schaden bewirkende Verhalten gesetzt worden ist (sofern nicht — vgl. den § 35 — die Parteien eine anderweitige Rechtswahl getroffen haben; auf diesen Punkt wird noch später eingegangen).

Mit dieser Formel entscheidet sich der Entwurf bei den Schadensfällen, bei denen Handlungsort und Erfolgsort auseinanderfallen (Distanzdelikte), für die Maßgeblichkeit des Handlungsorts. Zwar ist auch dieser Begriff nicht immer eindeutig (vgl. u. a. Schwind, ZVR 1965, 290), doch dürften, in ihrer Gesamtheit gesehen, die mit dieser Anknüpfung verbundenen Vorteile die Nachteile in stärkerem Maß überwiegen, als es bei der Bevorzugung des Erfolgsorts der Fall wäre. So hat der Erfolgsort den Nachteil, sich manchmal im Unbestimmt zu verlieren, etwa wenn der Ort, an dem das geschützte Rechtsgut verletzt wird, und der Ort, wo der Schaden tatsächlich entsteht (Spitalskosten, Verdienstengang usw.), auseinanderfallen (zur Vermeidung unpassender Ergebnisse müßte wohl auf den Ort der Rechtsgutverletzung abgestellt werden). Vor allem aber ist der Erfolgsort oft zufällig und nicht vorhersehbar, so daß jemand sein Verhalten darauf auch nicht einrichten kann. Demgegenüber aber ist zu verlangen, daß sich jeder an diejenigen Verhaltensnormen hält, die für die Umwelt gelten, in der er handelt oder handeln soll (vgl. in diesem Sinn u. a. Raape, IPR<sup>5</sup>, 576 f.; Schwind, ZVR 1965, 290 f.; Mummendorff, NJW 1975, 278). Es ist daher sachlich gerechtfertigt, die Voraussetzungen und den Umfang eines Schadenersatzanspruchs dem Recht des Handlungsorts zu unterstellen.

Für die kollisionsrechtliche Behandlung der Distanzdelikte wird zuweilen die sogenannte Ubiquitätstheorie vertreten, d. h. das Recht des

## 784 der Beilagen

61

Handlungsorts und das Recht des Erfolgsorts als gleichberechtigt angesehen und im Einzelfall das für den Geschädigten günstigere Recht für maßgebend erklärt. Der Entwurf übernimmt diese Lösung nicht, weil sie in der Praxis zu Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit führen könnte. Um festzustellen, was für den Geschädigten „günstiger“ ist, müßten die Schadenersatzrechte der beteiligten Rechtsordnungen in ihrer Gesamtheit einer rechtsvergleichenden Analyse unterzogen und sodann die verschiedensten Kriterien gegeneinander abgewogen werden, was zu einem Unterfangen mit sehr unsicherem Ausgang werden kann (so z. B., wenn in einem bestimmten Bereich eine betragsmäßig nicht begrenzte Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr einem System der Gefährdungshaftung mit relativ niedrigen Haftungshöchstgrenzen gegenübersteht und sich die in Betracht kommenden Schadenersatzrechte allenfalls auch in anderen Belangen voneinander unterscheiden, wie in der Haltung zur Frage der Kausalität und Adäquanz, der Beurteilung des Mitverschuldens des Geschädigten, der Ausgestaltung des richterlichen Mäßigungsrechts, der Frage der Abgeltung körperlicher und seelischer Schmerzen sowie des Ersatzes von Vermögensfolgeschäden usw.). Auch die Lösung, die Wahl zwischen den beteiligten Rechten dem Geschädigten zu überlassen, ist in der österreichischen Lehre auf Ablehnung gestoßen (Schwind, Handbuch, 325).

Der Begriff des den Schaden verursachenden Verhaltens umfaßt nicht nur das für einen Schadenserfolg ursächliche aktive Tun, sondern auch die Unterlassung einer bestimmten Handlung, deren Vornahme das Eintreten des Erfolges verhindert hätte. Der Deliktsort ist in diesen Fällen dort, wo zu handeln gewesen wäre (Walker, IPR<sup>5</sup>, 527; Martin Wolff, IPR<sup>3</sup>, 165; Schwind, Handbuch, 324; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 310 u. a.). Nicht entscheidend ist, ob der Haftpflichtige selbst am Deliktsort tätig wird. So ist also z. B. die Leutehaftung nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der Gehilfe tätig wird. Bei der Gefährdungshaftung wird es in der Regel darauf ankommen, wo sich die in der betriebenen, gehaltenen oder aus sonstigen Gründen der Verantwortung einer bestimmten Person unterstellten Sache liegende Gefahr verwirklicht, so daß sie einen Unfall herbeiführt (vgl. Selb, ZfRV 1974, 58; Kegel, IPR<sup>4</sup>, 307 u. a.). In der Regel wird das zugleich auch der Erfolgsort sein, doch sind Ausnahmen möglich (wenn z. B. infolge des Gebrechens eines in Grenznähe betriebenen Atomreaktors Schäden auch im anderen Staat auftreten oder die Explosion eines Tankwagens Leute jenseits der Grenze tötet).

Da die Erfahrung zeigt, daß die Lokalisierung des Deliktsorts im Bereich des unlauteren Wettbewerbs besondere Schwierigkeiten bereitet (vgl.

u. a. Schwind, Zum Problem des unlauteren Wettbewerbes und der einstweiligen Verfügung im österreichischen IPR, in Demelius-FS 1973, 481), ist es zweckmäßig, dafür eine eigene Verweisungsnorm vorzusehen. Dies geschieht im Abs. 2 auf den unten noch näher eingegangenen wird.

Der zweite Satz des Abs. 1 ermöglicht die vom österreichischen Schrifttum bereits seit Jahren einmütig geforderte Auflockerung des Deliktsstatuts: Besteht für die Beteiligten eine stärkere Beziehung zum Recht eines bestimmten anderen Staates als dem des Deliktsorts, so tritt dieses Recht an die Stelle der *lex loci delicti commissi*. Im einzelnen ist dazu folgendes zu sagen:

Ohne Zweifel begründet der Begehungsort für eine große Anzahl von Fällen deliktischer Haftung die stärkste und oft auch einzige brauchbare Verbindung zur Bestimmung des auf den Schadenersatzanspruch anzuwendenden Rechtes. Fragwürdig wird diese Anknüpfung, wenn ein Schadensfall so starke Beziehungen zu einer anderen Rechtsordnung aufweist, daß die Anknüpfung an den Begehungsort als rein zufällig empfunden werden müßte. Schon seit längerem setzt sich daher die Lehre für eine sinnvolle Auflockerung der Deliktsortsregel ein (s. vor allem die grundlegenden Arbeiten von Binder, RabelsZ 1955, 401 bis 499, und Kropholler, RabelsZ 1969, 601 bis 652; auch das gesamte österreichische Schrifttum ist sich in der grundsätzlichen Befürwortung einer Ausnahmeregel einig; vgl. Schwimann, JBl. 1960, 555; F. Fenzl, ZVR 1961, 99; Schwind, ZVR 1965, 288; Pichler, OJZ 1967, 511; Schwimann, JBl. 1969, 546; Selb, ZfRV 1969, 142; Krälik, ZfRV 1969, 214; Schnorr, ZAS 1970, 67; § 37 Abs. 1 zweiter Satz des Schwind-Entwurfs; Schwind, ZVR 1973, 326; Schwimann, ZVR 1973, 370; Reichelt, ZfRV 1974, 62; Hans Hoyer, ZfRV 1975, 115; Schwimann, ZfRV 1975, 229; Schwind, JBl. 1975, 427; derselbe, Handbuch, 326).

Auch die Rechtsprechung in nahezu allen ausländischen Staaten hat Ausnahmen von der traditionellen Rechtsregel der *lex loci delicti commissi* anerkannt (Nachweise bei Schwimann, ZVR 1973, 373 FN 17). Der österreichische OGH hat ebenfalls erkennen lassen, daß er die vom Schrifttum geforderte Auflockerung des Deliktsstatuts befürwortet (so ist z. B. in der Entscheidung vom 5. 6. 1972 SZ 45/66 = EvBl. 319 = ZVR 1973, 384 = ZfRV 1975, 129 ausdrücklich gesagt worden, daß das Recht des Deliktsorts nur anzuwenden sei, sofern die besonderen Umstände des Falles nicht die Wahl eines anderen Anknüpfungspunkts erforderten; ähnlich OGH 5. 6. 1972 ZVR 1973, 241). Der OGH hat jedoch gemeint,

daß der Schritt zur Auflockerung des Deliktsstatuts nicht von der Rechtsprechung, sondern nur vom Gesetzgeber getan werden könne (vgl. u. a. 12. 2. 1974 ZVR 1974, 332 = RZ 1974, 100 und 2. 4. 1974 ZVR 1974, 333; s. dazu auch Linzmeyer, Verkehrsjurist des ARBÖ 1975 H. 21, 6); bestimmd ist dabei für den OGH gewesen, daß die als Kriegsmaßnahme erlassene und später in den österreichischen Rechtsbestand übergegangene Verordnung vom 7. Dezember 1942, RGBl. I S. 706, über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebiets, durch den § 1 Z. 48 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1952, BGBl. Nr. 128, über die Aufhebung ehemals deutscher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Rechtspflege ersatzlos aufgehoben worden ist (die Verordnung hatte die Anwendung deutschen Rechtes auf die im Ausland von Deutschen gegenüber Deutschen begangenen unerlaubten Handlungen vorgesehen).

Für einen bestimmten Kreis von Schadensfällen, die häufig internationale Berührungspunkte aufweisen, nämlich die aus Straßenverkehrsunfällen entstehenden, ist dem Bedürfnis nach einer Auflockerung der starren Deliktsortsregel bereits durch das Haager Übereinkommen vom 4. Mai 1971, BGBl. Nr. 387/1975, über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht Rechnung getragen worden. Das Übereinkommen geht zwar grundsätzlich von der Anknüpfung an den Unfallsort aus (Art. 3), sieht davon aber zahlreiche Ausnahmen vor (Art. 4). Für den Bereich des allgemeinen Schadenersatzrechts besteht das Problem jedoch weiter, wie u. a. die Bemühungen zur Vereinheitlichung der einschlägigen Kollisionsrechte der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zeigen (auf den Art. 10 des EG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht wird später noch eingegangen werden).

So einig sich die Lehre über die grundsätzliche Notwendigkeit einer Auflockerung des Deliktsstatuts ist, so geteilt sind die Meinungen, welche Voraussetzungen dafür maßgebend sein sollen. Eine Ansicht will an das gemeinsame Personalstatut der Beteiligten anknüpfen, wie vor allem das Schrifttum in den Oststaaten (vgl. die Übersicht bei Schwimann, ZVR 1973, 373 FN 27) und der § 37 Abs. 1 zweiter Satz des Schwind-Entwurfs, andere dagegen räumen dem Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Beteiligten den Vorrang ein (so vor allem Kropfholter, RabelsZ 1969, 617). Eine strengere Auffassung möchte das Tatortsrecht nur dann zurückstehen lassen, wenn das gemeinsame Personalstatut zugleich auch das Recht des Staates ist, in dem beide Parteien den gewöhnlichen Aufenthalt haben (Nachweise bei Schwimann,

m a n n, ZVR 1973, 373 FN 29); andere Autoren schließlich befürworten eine Ausnahme für diejenigen Fälle, in denen das Schadensereignis in der gemeinsamen Umwelt der Parteien „soziologisch eingebettet“ ist, zwischen den Beteiligten gleichsam „ein Stück Heimat“ wirksam ist (so vor allem Binder, RabelsZ 1955, 401 [484]; Beispiele wären etwa Reisegesellschaften, Studiengruppen, Expeditionen usw.).

Man kann nun allerdings feststellen, daß jede Auflockerung, die mit starren, generalisierenden Anknüpfungsmerkmalen arbeitet, zu Lösungen kommt, die in besonders gelagerten Fällen mit dem Grundsatz der stärksten Beziehung nicht vereinbar sind. Relativ eindeutig werden noch die Fälle sein, in denen beide Parteien nicht nur Angehörige desselben Staates sind, sondern in diesem Staat auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Daß es hier angebracht sein wird, den Schadenersatzanspruch dem Recht dieses Staates statt dem des Deliktsorts zu unterstellen, legt auch ein Vergleich mit dem § 64 Abs. 1 Z. 7 StGB nahe, der das inländische Strafrecht auch auf solche Straftaten im Ausland für maßgebend erklärt, die ein Österreicher gegen einen anderen Österreicher begeht, wenn beide ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Es wäre aber wohl verfehlt, die Abweichung von der Deliktsortsregel nur auf diese Fälle zu beschränken. Hat sich z. B. auf einer Urlaubsreise im Ausland zwischen einem in Österreich wohnhaften Ehepaar, bei dem der Mann die österreichische und die Frau die deutsche Staatsangehörigkeit haben, ein Schadensfall ereignet, so wird die Anwendung des österreichischen Rechtes naheliegen, obwohl die Parteien nicht dasselbe Personalstatut haben. Es wird überhaupt gesagt werden können, daß im Bereich des Schuldrechts dem gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten im selben Staat in der Regel ein stärkeres Gewicht beizumessen ist als der gemeinsamen Staatsangehörigkeit (vgl. Schönberger, (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen ZGB<sup>a</sup> V/1a [1961] RdZ 328; Kropfholter, RabelsZ 1969, 617; Siehr, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters 1973, 579 FN 122; Ferid, IPR, 164 u. a.). Trotzdem wird man sich auch hier vor Verallgemeinerungen hüten müssen. Wenn z. B. zwei türkische Gastarbeiter, die schon seit Jahren den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, während eines Urlaubs in ihrer Heimat gegeneinander unerlaubt handeln, wäre es kaum einzusehen, warum an die Stelle des türkischen Tatortsrechts, das zugleich das Recht der gemeinsamen Heimat der Beteiligten ist, das österreichische Aufenthaltsrecht treten sollte.

Auf Grund dieser Überlegungen setzt sich in neuerer Zeit die Erkenntnis durch, daß eine Formel, die eine sinnvolle Auflockerung des Deliktsstatuts ermöglichen soll, schmiegsam ge-

halten sein muß, damit unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls dem Grundsatz der stärksten Beziehung voll Rechnung getragen werden kann. Demgemäß sieht der Art. 10 des EG-Entwurfs über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (veröffentlicht in RabelsZ 1974, 211) eine Abweichung von der Anwendung des Rechtes des Deliktsorts vor, wenn einerseits kein bezeichnendes Band zwischen der durch das Schadensereignis geschaffenen Lage und dem Staat besteht, in dem das Schadensereignis eingetreten ist, und andererseits diese Lage eine stärkere Beziehung zu einem anderen Staat aufweist, wobei diese Beziehung normalerweise auf einer für den Geschädigten und den Urheber des Schadens gemeinsamen Anknüpfung beruhen muß (Art. 10 Abs. 2 und 3).

Der vorliegende Entwurf beschreitet ebenfalls diesen Weg. Im zweiten Satz des Abs. 1 wird festgelegt, daß ein außervertraglicher Schadenersatzanspruch nach dem Recht eines anderen Staates als dem des Begehungsorts zu beurteilen ist, wenn für die Beteiligten zu dem Recht dieses Staates eine stärkere Beziehung besteht als zum Staat des Begehungsorts.

Daß es bei den gegenüber dem Begehungsort abzuwägenden Umständen vornehmlich auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt und das Personalstatut der Beteiligten ankommen wird, ist schon oben gesagt worden. Die Ausnahmebestimmung ermöglicht es aber auch, auf ein zwischen den Beteiligten auf Grund Vertrages oder Gesetzes bestehendes Sonderrechtsverhältnis Bedacht zu nehmen. So wird es z. B. gerechtfertigt sein, deliktische Schadenersatzansprüche, die innerlich mit einem zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsverhältnis zusammenhängen (z. B. deliktische Schadenersatzansprüche zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber), dem Vertragsstatut zu unterstellen, auch wenn die Parteien weder ein gemeinsames Personalstatut noch den gewöhnlichen Aufenthalt im selben Staat haben. Die tatsächliche Beziehung, die das Delikt zwischen dem Begehungsort und den Beteiligten herstellt, tritt hier zurück hinter der bereits vorhandenen rechtlichen Verbindung der Parteien, in die hinein die unerlaubte Handlung begangen wird. Die durch den zweiten Satz des Abs. 1 ermöglichte akzessorische Anknüpfung ist nicht nur aus dem Gesichtspunkt der stärksten Beziehung sachlich gerechtfertigt, sondern vor allem auch wegen des organischen Zusammensangs, der in den einzelnen Rechtsordnungen zwischen Vertrags- und Delikthaftung besteht. Wollte man diese auf der Sachrechtsebene vorhandene Verflechtung durch unterschiedliche kollisionsrechtliche Anknüpfung zerreißen, so könnte das in der Praxis zu erheblichen Qualifikations- und Angleichungsschwierigkeiten führen. So wird z. B.,

da die einzelnen Rechtsordnungen das Konkurrenzverhältnis zwischen Ansprüchen aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung auf verschiedene Weise lösen, durch die einheitliche Anknüpfung beider Haftungsgrundlagen vermieden, daß es im Einzelfall zu Anspruchshäufung oder Anspruchsmangel kommen kann (für die akzessorische Deliktsanknüpfung an das Vertragsstatut u. a. Neuhau s, RabelsZ 1951, 655; Binder, RabelsZ 1955, 485; Beitzke, Rec. des Cours 115 [1965 II] 107; Kropholler, RabelsZ 1969, 625; Siehr, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters 1973, 579; Giuliano in den Erläuterungen zum Art. 10 des erwähnten EG-Vorentwurfs; Mummenhoff, NJW 1975, 480; Schwimann, ZfRV 1975, 231 und 236; F erid, IPR, 165; Schwind, Handbuch, 327).

Die akzessorische Anknüpfung wird in der Regel auch für diejenigen Fälle angezeigt sein, in denen zwischen den Beteiligten nicht auf Grund eines Vertrages, sondern kraft Gesetzes ein Sonderrechtsverhältnis besteht, wie z. B. zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern, Vormund und Mündel usw. (s. das vorerwähnte Schrifttum).

Daß unabhängig von der auf Grund der Sonderanknüpfung des § 48 Abs. 1 zweiter Satz gegebenen Maßgeblichkeit eines anderen Rechtes als das des Begehungsorts jedoch weiterhin die am Begehungsort geltenden Sicherheits- und Polizeivorschriften zu berücksichtigen sind, wird im Schrifttum einmütig als selbstverständlich bezeichnet (vgl. Selb, ZfRV 1970, 63; Geppert, DRDA 1970, 143; ebenso OGH 27. 6. 1972 ZAS 1973, 103); es ist daher nicht notwendig gewesen, dies im Text ausdrücklich zu sagen.

Der Abs. 2 enthält eine besondere Verweisungsnorm für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. Die Begehungshandlungen sind auf diesem Gebiet besonders vielfältig und räumlich schwer festzulegen. Dies hat nach früherer Ansicht dazu geführt, einen Wettbewerbsverstoß schon dann als im Inland begangen und damit dem inländischen Recht unterliegend anzusehen, wenn auch nur ein Teil der Wettbewerbshandlung hier gesetzt worden ist.

Da auch die im Ausland entfaltete Wettbewerbstätigkeit eines Unternehmens in der Regel von dessen Geschäftssitz aus gesteuert wird, würde diese kollisionsrechtliche Lösung dazu führen, daß auf den Auslandswettbewerb inländischer Unternehmen regelmäßig österreichisches Recht anzuwenden wäre. Das aber würde sich einseitig zum Nachteil der inländischen Wettbewerber auswirken, sollte das am Ort des Konkurrenzkampfes geltende Wettbewerbsrecht weniger streng sein als das österreichische. Die ausländischen Wettbewerber könnten dann ihrem österreichischen Konkurrenten bestimmte Formen des Wettbewerbs nach österreichischem Recht

untersagen, deren sie sich selbst ohne Verstoß gegen die Wettbewerbsbestimmungen des Ortsrechts bedienen dürften. Aus diesen Gründen unterstellt der Abs. 2 die Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb dem Recht des Staates, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt (vgl. Wengler, RabelsZ 1954, 416).

Hat eine Wettbewerbshandlung Auswirkungen auf die Märkte mehrerer Staaten, so sind auch mehrere Rechtsordnungen zu berücksichtigen. Kann der Unternehmer seinen Wettbewerb nicht so einrichten, daß dieser je nach den betroffenen Märkten verschieden ist, so muß er sich nach dem strengsten Recht richten, wenn er mit dem Recht keines Staates, auf dessen Markt er einwirkt, in Konflikt geraten will.

In Lehre und Rechtsprechung wird zuweilen eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit dieses Wettbewerbsstatuts zugunsten inländischen Rechtes für diejenigen Fälle befürwortet, in denen sich der Wettbewerb auf dem Auslandsmarkt ausschließlich zwischen Inländern abspielt. Der Entwurf greift diese Lösung nicht auf (die Ausnahmeregelung des zweiten Satzes des Abs. 1 gilt nicht auch für die im Abs. 2 geregelten Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb), weil sonst für den auf dem Auslandsmarkt auftretenden Inländer oft völlig ungewiß wäre, ob er sich nun an die dortigen Wettbewerbsbestimmungen halten darf oder nicht; nur selten ist für ihn zweifelsfrei erkennbar, ob er auf dem ausländischen Markt ausschließlich mit einem anderen inländischen Unternehmer im Wettbewerb steht oder ob nicht auch ein weiterer (allenfalls unbedeutender) ausländischer Mitbewerber vorhanden ist, ja ob überhaupt irgendein Konkurrenzverhältnis vorliegt. Auch für das Gericht wären einschlägige Feststellungen nur schwer zu treffen. Zu bedenken sind auch die Fälle, daß ein Unternehmer auf einem bestimmten Auslandsmarkt mit einem Teil seines Warenangebots nur mit anderen österreichischen Mitwerbern im Wettbewerb steht, mit dem übrigen Warenangebot dagegen (beides kann sich überdies rasch ändern) auch mit ausländischen Mitwerbern. Auch die Gefahr einer Benützung von Strohmännern wäre nicht auszuschließen.

Es ist schon am Anfang der Erläuterungen zum § 48 erwähnt worden, daß eine von den Parteien getroffene Rechtswahl (§ 35 Abs. 1) den im § 48 festgelegten Anknüpfungen vorgeht (der § 35 umfaßt das gesamte Schuldrecht, somit auch die außervertraglichen Schadenersatzansprüche). Im einzelnen ist dazu folgendes zu sagen: So wie im internationalen Schuldvertragsrecht kann den Parteien auch für den Bereich der außervertraglichen Schadenersatzansprüche zuweilen daran gelegen sein, statt des auf Grund der objektiven Anknüpfung maßgebenden Rechtes durch kollektionsrechtliche Rechtswahl ein anderes Recht zur

Anwendung zu berufen. Da in den meisten Fällen erst durch das Schadenereignis zwischen den Parteien eine rechtliche Beziehung hergestellt wird, geschieht diese Rechtswahl in aller Regel erst nach der Entstehung des Anspruchs. In manchen Wirtschaftszweigen (vor allem im Bereich der Schiffahrt) kommt es jedoch vor, daß die Parteien schon im vorhinein für die zwischen ihnen allenfalls entstehenden deliktischen Schadenersatzansprüche eine Rechtswahl treffen.

Die Gründe für eine Rechtswahl auf dem Gebiet der außervertraglichen Schadenersatzansprüche können verschieden sein. So kann es z. B. zweckmäßig scheinen, durch Rechtswahl den Gleichlauf von Delikts- und Versicherungsstatut zu erreichen, um solcherart die bei unterschiedlicher Rechtsanwendung allenfalls auftretenden Spannungen zwischen diesen Statuten zu vermeiden. In manchen Fällen wieder mögen es die Parteien zur Beschleunigung der Abwicklung eines Schadensfalls für zweckmäßig erachten, durch Rechtswahl die Anwendung der lex fori zu erreichen. Auch im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Schiedsgerichts einigen sich die Parteien oft auch über das anzuwendende Recht. Die Zulassung der Rechtswahl auf dem Gebiet der außervertraglichen Schadenersatzansprüche findet denn auch zunehmende Befürwortung im Schrifttum (vgl. Kropholler, RabelsZ 1969, 639; Seetzen, NJW 1972, 1646; Siehr, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters 1973, 580; Schwimann, ZfRV 1974, 207; Mummenhoff, NJW 1975, 478; Schwind, Handbuch, 288 und 328).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß sich eine Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeit in den Fällen ergeben kann, bei denen der deliktische Schadenersatzanspruch mit einem zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtverhältnis zusammenhängt (z. B. deliktische Schadenersatzansprüche zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer) — was, wie schon oben ausgeführt, nach dem zweiten Satz des Abs. 1 die akzessorische Anknüpfung des Schadenersatzanspruchs an das Vertragsstatut rechtfertigt — und die für dieses Vertragsverhältnis maßgebende Verweisungsnorm eine Rechtswahlbeschränkung vorsieht (wie z. B. der § 44 Abs. 3). Die für das Rechtsverhältnis geltende Rechtswahlbeschränkung ist in diesen Fällen auch für den Bereich der deliktischen Haftung heranzuziehen (vgl. Selb, ZfRV 1969, 143; Hans Hoyer, ZAS 1977, 174).

Bezüglich der für die Rechtswahl geltenden allgemeinen Grundsätze — wie etwa, daß durch eine nachträgliche Rechtswahl die Rechtsstellung Dritter (z. B. eines Haftpflichtversicherers) nicht beeinträchtigt werden kann — wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf den § 11 und die Erläuterungen dazu hingewiesen.

**Zum § 49**

Wenngleich das ABGB, entsprechend dem Erkenntnisstand seiner Zeit, die nach außen wirkende Stellvertretung (Vollmacht) von dem ihr zugrunde liegenden Innenverhältnis zwischen Stellvertreter und Vertretenem (Auftrag, Ermächtigung) noch nicht streng unterscheidet, ist die von der Pandektistik in der Mitte des 19. Jahrhunderts aufgedeckte klare Trennung dieser beiden Bereiche schon seit längerem auch für das österreichische Recht allgemeine Rechtsüberzeugung geworden. Dies gilt nicht nur für den Bereich des materiellen Rechtes, sondern auch für das IPR (vgl. u. a. Stanzl in Klang<sup>2</sup> IV/1, 765).

Die vorliegende Verweisungsnorm betrifft demgemäß nur das Außenverhältnis, also die Voraussetzungen und Wirkungen der Stellvertretung im Verhältnis des Geschäftsherrn und des Stellvertreters zum Dritten. Sie hat nichts zu tun mit dem zwischen Geschäftsherrn und Stellvertreter bestehenden Innenverhältnis. Dieses kann verschiedener Natur sein (Auftrag, Kommissionsvertrag, Vertrag mit einem selbständigen Handelsvertreter, Arbeitsverhältnis usw.) und unterliegt den dafür jeweils maßgebenden eigenen Verweisungsnormen (§§ 35 ff.). Handelt es sich z. B. um einen (angestellten) Prokuristen oder einen unselbständigen Handelsvertreter, so ist das Innenverhältnis nach dem für die Arbeitsverträge maßgebenden § 44 zu beurteilen, bei der Beauftragung eines selbständigen Handelsvertreters oder eines Kommissionärs wird der § 36 in Betracht kommen (jeweils vorbehaltlich einer Rechtswahl). Von dem für die Stellvertretung maßgebenden Statut ist in kollisionsrechtlicher Hinsicht schließlich auch noch das Ausführungsgeschäft zu unterscheiden, das der Stellvertreter für den Geschäftsherrn mit dem Dritten schließt (Kaufvertrag, Versicherungsvertrag usw.). Auch dieses Geschäft beurteilt sich nach seinem eigenen Recht.

In den Anwendungsbereich des Stellvertretungsstatuts fällt besonders die Frage, ob eine Vollmacht besteht und welchen Umfang sie hat, ob sie durch Zeitablauf oder Tod erlischt, ihre Widerruflichkeit, die Zulässigkeit der Erteilung einer Untervollmacht, Vollmachtsüberschreitung und Vollmachtsmissbrauch, die Voraussetzungen und Wirkungen einer nachträglichen Genehmigung einer durch Vollmacht nicht gedeckten Vertretungshandlung durch den Geschäftsherrn usw. Für die Form der Vollmacht gilt die allgemeine Regel des § 8. Maßgebend ist also ebenfalls das Stellvertretungsstatut des § 49, es genügt jedoch die Einhaltung der Formvorschriften des Ortes, an dem die Vollmacht erteilt wird.

Für die Anwendung der vorliegenden Verweisungsnorm macht es keinen Unterschied, ob

der Stellvertreter im eigenen Namen auftritt oder im Namen des Geschäftsherrn. Umfaßt ist also auch die indirekte Stellvertretung. Dies kann vor allem dann bedeutsam werden, wenn im Einzelfall eine dem angelsächsischen Rechtskreis zugehörige Rechtsordnung ins Spiel kommt. Der „agency“ der angelsächsischen Rechte ist nämlich die den kontinental-europäischen Rechtsordnungen geläufige Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Stellvertretung völlig fremd. Von einigen Ausnahmen abgesehen, werden durch die Vertretungshandlungen des „agent“ auch dann unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsherrn (principal) und dem Dritten geschaffen, wenn der Stellvertreter im eigenen Namen aufgetreten ist; entscheidend ist nach angelsächsischer Auffassung nur, daß auf Rechnung des Geschäftsherrn gehandelt worden ist. Es hat dies weder etwas mit dem Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Stellvertreter zu tun noch mit dem zwischen dem Dritten und dem Stellvertreter geschlossenen Ausführungsgeschäft, sondern ergibt sich ausschließlich aus dem Recht der Stellvertretung. Es ist daher nach dem vom § 49 berufenen Recht zu beurteilen, ob und unter welchen Voraussetzungen bei indirekter Stellvertretung der Geschäftsherr gegen den Dritten (und umgekehrt) einen Durchgriff hat.

Die vorliegende Verweisungsnorm betrifft nur die gewillkürte Stellvertretung. Die unmittelbar auf Gesetz oder behördlicher Anordnung beruhende Vertretungsmacht gehört nicht hierher, sondern folgt eigenem Recht. So beurteilt sich z. B. Bestand und Umfang gesetzlicher Vertretungsbefugnis von Kindeseltern nach dem § 24, die Vertretungsmacht eines bestellten Vormunds oder Kurators nach dem § 27 Abs. 1; zur Vertretungsmacht von Organen juristischer Personen s. Gschmidt, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 50; Mayer-Maly, NZ 1968, 18; derselbe, Arbeit und Recht 1977, 183.

Die Schwierigkeit bei der Festlegung des für die gewillkürte Stellvertretung maßgebenden Status besteht darin, daß zwischen den einander entgegengesetzten Interessen des Geschäftsherrn und des Dritten ein angemessener Ausgleich hergestellt werden muß. Das Interesse des Geschäftsherrn ist es, nicht über das seiner Umwelt entsprechende Ausmaß verpflichtet zu werden, das Interesse des Dritten dagegen, sich auf die Maßstäbe verlassen zu können, die dort gelten, wo ihm der Stellvertreter gegenübertritt (vgl. zur kollisionsrechtlichen Ausgangslage v. Caeamer, RabelsZ 1959, 201; Stanzl in Klang<sup>2</sup> IV/1, 795; Luther, Kollisionsrechtliche Probleme im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, RabelsZ 1974, 420; Vischer, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1976, 337 u. a.). Bei Berücksichtigung dieser Lage werden zunächst zwei denkbare Lösungen ausgeschieden

werden können, nämlich die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Stellvertretung an das auf das Grundverhältnis anzuwendende Recht und der Gleichlauf mit dem für das Ausführungsgeschäft maßgebenden Statut.

Die Anknüpfung an das Statut des Grundgeschäfts würde zwar den Interessen des Geschäftsherrn am ehesten entsprechen, diejenigen des Dritten allerdings vernachlässigen. Der Dritte ist am Grundgeschäft nicht beteiligt, hat darauf keinen Einfluß und oft auch nicht einmal genügend Einblick (man denke etwa an die zuweilen schwierige Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Handelsvertretern). Im Fall des Gleichlaufs mit dem Statut des Ausführungsgeschäfts würden dagegen die Interessen des Geschäftsherrn zu wenig berücksichtigt werden. Allzuleicht könnte sich dann der Geschäftsherr einem Recht ausgesetzt sehen, mit dem er nicht rechnen konnte. So würde z. B. ein österreichischer Kommittent, der einen niederländischen Kommissionär zum Kauf von Waren beauftragt hat, dem mit der englischen „agency“ verbundenen Durchgriff unterliegen, wenn der Kommissionär das Ausführungsgeschäft mit einem Londoner Verkäufer geschlossen hat (für den Kaufvertrag ist nach § 36 das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. der Niederlassung des Verkäufers maßgebend). Auch ist zu bedenken, daß für das Ausführungsgeschäft die kollisionsrechtliche Parteiautonomie zulässig ist (§ 35), der Geschäftsherr an dieser Rechtswahl jedoch nicht teilnimmt. Schließlich wäre es auch ein recht willkürliches Ergebnis, wenn das auf die Stellvertretung anzuwendende Recht davon abhängig wäre, ob mit dem vom Stellvertreter zu tätigenen Ausführungsgeschäft eine Sache gekauft oder verkauft werden soll (für den Kaufvertrag gilt, wie erwähnt, Verkäuferecht).

Um im Einzelfall zu kollisionsrechtlichen Lösungen zu kommen, die auf die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten gleichermaßen Bedacht nehmen, wird mit einer alle denkbaren Fälle umfassenden Einheitsformel allerdings nicht das Auslangen gefunden werden können. In den drei Absätzen des § 49 wird daher in folgender Weise unterschieden:

Entsprechend dem im internationalen Schuldrecht herrschenden Grundsatz der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, soll es auch hier zunächst auf den Parteiwilten ankommen. Auszugehen ist dabei vom Geschäftsherrn: da er die Vollmacht erteilt, soll er auch bestimmen dürfen, welchem Recht sie zu unterliegen hat. Eine solche Rechtswahl mag manchmal vorteilhaft erscheinen, um Rechtsunsicherheiten vorzubeugen, in anderen Fällen kann dem Geschäftsherrn daran gelegen sein, durch Berufung des an seinem gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Geschäftssitz geltenden Rechtes die Anwendung einer ihm völlig fremden Rechts-

ordnung zu verhindern. Zum Schutz des Dritten ist es jedoch andererseits geboten, daß der auf die Anwendung eines bestimmten Rechtes gerichtete Parteiwille des Geschäftsherrn nur dann maßgebend wird, wenn er für den Dritten erkennbar ist. Nur so wird der Dritte in die Lage versetzt, den Bestand, den Umfang und die Wirkung einer Vollmacht zu prüfen. Der Abs. 1 bestimmt daher, daß die Stellvertretung nach dem Recht des Staates zu beurteilen ist, das der Geschäftsherr in einer für den Dritten erkennbaren Weise bestimmt hat. Formell wird dies in der Regel in einer Vollmachtsurkunde geschehen. Gleichgültig ist, ob die Rechtswahl ausdrücklich erklärt wird oder schlüssig (wie etwa durch Bezugnahme auf Rechtsvorschriften einer bestimmten Rechtsordnung oder durch Verwendung rechtstechnischer Begriffe, die einer bestimmten Rechtsordnung entnommen sind).

Die Abs. 2 und 3 legen fest, welches Recht für die Stellvertretung maßgebend ist, wenn der Geschäftsherr das anzuwendende Recht nicht in einer für den Dritten erkennbaren Weise bestimmt hat. In diesen Fällen gilt das Recht des Staates, in dem der Stellvertreter nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn tätig werden soll (**Abs. 2 erster Halbsatz**). Ist der Stellvertreter für mehrere Geschäfte bestellt worden, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem er nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn regelmäßig tätig werden soll (**Abs. 2 zweiter Halbsatz**).

Ist also z. B. eine Vollmacht nach dem Willen des Geschäftsherrn für die Schweiz bestimmt und kann der Dritte dies erkennen, so ist für die Stellvertretung das schweizerische Recht auch dann maßgebend, wenn das Ausführungsgeschäft nicht in der Schweiz, sondern etwa bei einem Treffen der Beteiligten in Frankreich geschlossen wird. Dies gebieten die Interessen des Geschäftsherrn. Anders allerdings, wenn für den Dritten nicht erkennbar ist, wo der Stellvertreter nach dem Willen des Geschäftsherrn tätig werden soll: hier greift die Regelung des Abs. 3 ein (Maßgeblichkeit des am tatsächlichen Gebrauchsort der Vollmacht geltenden Rechtes), auf die noch später eingegangen wird.

Aus allgemeinen Grundsätzen (§ 863 ABGB) folgt, daß sich der Wille des Geschäftsherrn, wo der Stellvertreter tätig werden soll, auch schlüssig aus den Umständen ergeben kann. Beträut jemand z. B. einen selbständigen Handelsvertreter (oder Kommissionär), der einen festen Geschäftssitz hat, so wird in der Regel unterstellt werden können, daß der Geschäftsherr mit der Entfaltung der Vertretungstätigkeit im Land des Geschäftssitzes rechnet. Es können sich allerdings auch Fälle ergeben, in denen ein berufsmäßiger Stellvertreter nach dem nach außen erkennbaren

Willen des Geschäftsherrn an einem anderen Ort als dem seines Berufs- oder Geschäftssitzes tätig werden soll. Wird etwa ein Rechtsanwalt in das Ausland zur Teilnahme an der Hauptversammlung einer dort ansässigen Gesellschaft entsandt, so wird nicht der Ort des Berufssitzes des Stellvertreters, sondern der Ort der Hauptversammlung für das Stellvertretungsstatut ausschlaggebend sein.

Wird ein Stellvertreter für mehrere Geschäfte bestellt, so ist nach dem zweiten Halbsatz des Abs. 2 das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter nach dem nach außen erkennbaren Willen des Geschäftsherrn regelmäßig tätig werden soll. Handelt es sich um berufsmäßige Stellvertreter, die eine feste Berufs- oder Geschäftsniederlassung haben, so gilt das zum ersten Halbsatz des Abs. 2 Gesagte auch hier. Die Bestimmung betrifft jedoch vor allem auch die zum Geschäftsherrn in einem Arbeitsverhältnis stehenden Personen, die für eine ständige Vertretungstätigkeit bestellt sind und regelmäßig von einem festen Ort aus handeln, wie z. B. Prokuren, Handlungsbevollmächtigte usw. Treten sie nach außen erkennbar in dieser Eigenschaft auf, so ist für die Stellvertretung das Recht des Ortes maßgebend, von wo aus diese Personen regelmäßig handeln (Haupt- oder Zweigniederlassung des Geschäftsherrn, je nachdem, von wo aus sie regelmäßig tätig werden).

Die im zweiten Halbsatz des Abs. 2 vorgesehene Anknüpfung versagt, wenn eine Person zwar für eine Mehrzahl von Geschäften zum Stellvertreter bestellt worden ist, ihr Tätigkeitsfeld jedoch keinen bestimmten räumlichen Schwerpunkt hat, wie etwa ein mit der Vertretung in mehreren Ländern betrauter reisender Handelsvertreter. In diesem Fall ist das Recht jeweils des Ortes maßgebend, wo der Stellvertreter von der Vollmacht tatsächlich Gebrauch macht (Abs. 3).

Der schon mehrfach erwähnte Abs. 3 legt eine subsidiäre Anknüpfung für diejenigen Fälle fest, in denen weder eine für den Dritten erkennbare Rechtswahl des Geschäftsherrn im Sinn des Abs. 1 vorliegt noch auch die im Abs. 2 vorgesehene Anknüpfung in Betracht kommt. Hier ist es zum Schutz des Verkehrsinteresses geboten, das Recht des Staates maßgebend sein zu lassen, in dem der Stellvertreter tatsächlich tätig wird.

#### Zum § 50

Für das Inkrafttreten des entworfenen Gesetzes ist eine längere Frist (Legislakanz) vorgesehen, um den Gerichten und anderen Behörden sowie den am Rechtsleben Beteiligten, besonders den Rechtsanwälten und Notaren, entsprechende Zeit zu geben, sich mit dem Gegenstand zu befassen.

Da der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen bereits allgemein im § 5 ABGB verankert ist, müßte in den Schlußbestimmungen nicht ausdrücklich gesagt werden, daß das in Aussicht genommene Bundesgesetz auf Tatbestände, die sich bereits vor seinem Inkrafttreten vollendet haben, nicht anzuwenden ist. So gelten also z. B. die das internationale Schuldvertragsrecht betreffenden neuen Verweisungsnormen (§§ 35 ff.) nur für die nach ihrem Inkrafttreten geschlossenen Verträge, für die Erbfolge ist das neue Kollisionsrecht (§ 28) nur maßgebend, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten verstorben ist usw. Bei Dauerrechtsverhältnissen ist zwischen Bestand und Inhalt zu unterscheiden: Ob eine vor dem Inkrafttreten des entworfenen Bundesgesetzes geschlossene Ehe für den österreichischen Rechtsbereich rechtswirksam zustande gekommen ist, beurteilt sich auch nachher auf der Grundlage des zur Zeit der Eheschließung geltenden Rechtes (§ 6 der 4. DVOEheG). Für die sich aus einer solchen Ehe ergebenden wechselseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten jedoch tritt mit dem Inkrafttreten des entworfenen Gesetzes eine Änderung ein. So ist z. B. ein der Frau für die Zeit vor dem Inkrafttreten zustehender Unterhaltsanspruch nach dem bisherigen Kollisionsrecht zu beurteilen (§ 7 der 4. DVOEheG), für die Zeit danach ist das neue Recht (§ 18 des Gesetzesentwurfs) maßgebend.

#### Zum § 51

Dem Wesen einer Kodifikation entsprechend, sollen die Verweisungsnormen des derzeit geltenden internationalen Privatrechts ohne Rücksicht darauf außer Kraft treten, ob sie mit dem neuen Recht übereinstimmen oder nicht. Es wird daher festgelegt, daß alle Bestimmungen, die in dem entworfenen Bundesgesetz geregelte Gegenstände betreffen, mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes ihre Wirksamkeit verlieren (außer denjenigen, die durch den § 52 ausdrücklich aufrechterhalten werden, sowie dem gemäß § 53 unberührt bleibenden einschlägigen Konventionsrecht). Zugleich werden aus Zweckmäßigkeitsgründen in einer — nicht abschließenden — Aufzählung die praktisch wichtigsten derrogierten Verweisungsnormen genannt (Abs. 1). Der Abs. 2 verfügt bezüglich der §§ 23 Abs. 3 erster Satz, § 24 Abs. 1, § 25 und § 140 Abs. 1 zweiter Satz AufStrG den Entfall derjenigen Worte, die kollisionsrechtliche Anordnungen enthalten.

#### Zum § 52

In dieser Bestimmung werden diejenigen Rechtsvorschriften genannt, die durch das vorliegende Bundesgesetz unberührt bleiben. Bei den §§ 94 bis 100 des Urheberrechtsgesetzes, BGBl. Nr. 111/1936, zuletzt geändert durch die Urheberrechtsgesetznovelle 1972, BGBl. Nr. 492, wie ebenso bei den §§ 4 und 5 Abs. 1 Z. 2 und

Abs. 2 des Kartellgesetzes, BGBl. Nr. 460/1972, und dem § 34 des Schiffahrtsanlagengesetzes, BGBl. Nr. 12/1973, kann die Ansicht vertreten werden, daß es sich hiebei nicht bloß um Sachrecht (besonders fremdenrechtlicher Natur) handelt, sondern um Bestimmungen, denen auch kollisionsrechtliche Bedeutung zukommt (vgl. Hans Hoyer, ÖBl. 1969, 53; Schwind, ZfRV 1971, 176; derselbe, Handbuch, 61 und 335). Zur Vermeidung von Zweifelsfragen über die Fortgeltung dieser Bestimmungen ist es daher angezeigt, sie von der Aufhebung ausdrücklich auszunehmen.

Die Verweisungsnormen des Wechselgesetzes 1955, BGBl. Nr. 49, und des Scheckgesetzes 1955, BGBl. Nr. 50, müssen unberührt bleiben, weil sie auf zwischenstaatlichen Übereinkommen beruhen, denen Österreich angehört (Genfer Abkommen vom 7. Juni 1930, BGBl. Nr. 289/1932, über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Wechselprivatrechts bzw. Genfer Abkommen vom 19. März 1931, BGBl. Nr. 47/1959, über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Scheckprivatrechts). Das Bundesgesetz vom 30. Oktober 1958, BGBl. Nr. 295/1961, ist von der Aufhebung auszunehmen, weil dieses von einer durch das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht eingeräumten Ermächtigung Gebrauch macht.

### Zum § 53

Die in zwischenstaatlichen Übereinkommen enthaltenen Verweisungsnormen müssen schon aus völkerrechtlichen Gründen unberührt bleiben; um eine materielle Derogation zu vermeiden, werden sie durch den § 53 ausdrücklich aufrechterhalten.

Es handelt sich hier besonders um die in folgenden Übereinkommen enthaltenen Verweisungsnormen:

Vormundschaftsabkommen vom 5. Februar 1927, BGBl. Nr. 269, zwischen der Republik Österreich und dem Deutschen Reich (Art. 4 und 5);

Genfer Abkommen vom 7. Juni 1930, BGBl. Nr. 289/1932, über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Wechselprivatrechts;

Genfer Abkommen vom 19. März 1931, BGBl. Nr. 47/1959, über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Scheckprivatrechts;

Konvention vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Art. 12 Abs. 1) samt Protokoll vom 31. Jänner 1967, BGBl. Nr. 78/1974, über die Rechtsstellung der Flüchtlinge;

Vertrag vom 16. Dezember 1954, BGBl. Nr. 224/1955, zwischen der Republik Österreich und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über den wechselseitigen rechtlichen Verkehr (Art. 29 und 36 Abs. 2);

Übereinkommen vom 19. Mai 1956, BGBl. Nr. 138/1961, über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) (Art. 32 Abs. 3);

Übereinkommen vom 24. Oktober 1956, BGBl. Nr. 293/1961, über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht;

Freundschafts- und Niederlassungsvertrag vom 9. September 1959, BGBl. Nr. 45/1966, zwischen der Republik Österreich und dem Kaiserreich Iran (Art. 6 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 3 und 4);

Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 295/1963, über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht;

Übereinkommen vom 5. Oktober 1961, BGBl. Nr. 446/1975, über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen;

Vertrag vom 11. Dezember 1963, BGBl. Nr. 79/1974, zwischen der Republik Österreich und der Volksrepublik Polen über die wechselseitigen Beziehungen in bürgerlichen Rechtssachen und über Urkundenwesen (Art. 23 ff.) in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 25. Jänner 1973, BGBl. Nr. 79/1974;

Vertrag vom 9. April 1965, BGBl. Nr. 306/1967, zwischen der Republik Österreich und der Ungarischen Volksrepublik über Nachlaßangelegenheiten;

Zusatzübereinkommen vom 26. Februar 1966, BGBl. Nr. 201/1974, zum Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahn-Personen- und Gepäckverkehr (CIV) über die Haftung der Eisenbahn für Tötung und Verletzung von Reisenden (Art. 3 § 2, Art. 5, Art. 6 §§ 1 und 2, Art. 8, Art. 17 § 4 und Art. 18 § 1);

Internationales Übereinkommen vom 7. Februar 1970, BGBl. Nr. 744/1974, über den Eisenbahnfrachtverkehr (CIM) (Art. 47 § 5);

Internationales Übereinkommen vom 7. Februar 1970, BGBl. Nr. 744/1974, über den Eisenbahn-Personen- und Gepäckverkehr (CIV) (Art. 25 § 1 und Art. 43 § 5);

Übereinkommen vom 4. Mai 1971, BGBl. Nr. 387/1975, über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht;

Übereinkommen vom 10. September 1971, BGBl. Nr. 102/1976, über die Legitimation durch nachfolgende Ehe.

### Zum § 54

Die Vollzugsklausel entspricht dem Bundesministeriengesetz 1973.