

## **Thesen**

*von Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.(Georgetown), Bonn*

### **I. Pluralisierung und Entstaatlichung**

1. Ein Pluralismus von Rechtsquellen ebenso wie Recht nichtstaatlichen Ursprungs oder Streitbeilegung durch nichtstaatliche Instanzen stellen im Bereich des Privatrechts keine neuen Phänomene dar. Neu ist allerdings die Dimension dieses Phänomens. Sie ist global und hat zu einer kaum mehr überschaubaren Pluralität von Rechtsordnungen und Rechtsquellen auf den verschiedensten Ebenen geführt.

### **II. Vielfalt der Rechtsquellen**

2. Aus privatrechtlicher Sicht wirken unterschiedliche Rechtsquellen auf verschiedenen Ebenen zusammen: Traditionell ist es Aufgabe des Kollisionsrechts, das Zusammenspiel der nationalen Privatrechtsordnungen zu koordinieren. Im Zuge der Angleichung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts wird diese Aufgabe auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene wahrgenommen. Auch bei der Angleichung des materiellen Rechts entfalten Rechtsordnungen verschiedener Ebenen Bedeutung. Die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten werden verstärkt auch durch Grund- und Menschenrechte beeinflusst.

3. Normen und Regelwerke nichtstaatlichen Ursprungs existieren im nationalen Raum schon länger. Jenseits des Nationalstaats ist die private Normproduktion eng mit dem Globalisierungsprozess verknüpft und durch ihn befördert. Akteure und Erscheinungsformen sind ebenso vielfältig wie die Bereiche derartiger Regelsetzung und der Grad ihrer Konkretisierung. Unabhängig von der Diskussion um die Existenz eines autonomen oder transnationalen Rechts werden als „privates Recht“ alle Regelwerke in die Betrachtung einbezogen, die in irgendeiner Weise mit der Rechtsordnung eines Staates, einer supra- oder internationalen Organisation verknüpft sind.

### **III. Zusammenwirken im Prozess der Angleichung des Kollisionsrechts**

4. Mit der Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht auf die Europäische Union treten vermehrt Unions- und staatsvertragliches Kollisionsrecht nebeneinander. Der universale Charakter der Kollisionsnormen erfordert eine Koordination. Anwendungskonflikte lassen sich zwar durch Rangregeln vermeiden, divergierende Regelungen europäischen und internationalen Ursprungs beeinträchtigen aber den internationalen Entscheidungseinklang. Die kompetenziellen und institutionellen Voraussetzungen für eine Koordination von staatsvertraglichem und Unionskollisionsrecht bestehen. Eine Konkurrenz lässt sich auch durch Wahl eines unverbindlichen Instruments statt eines Staatsvertrages vermeiden.

5. Der fragmentarische Charakter des Unionskollisionsrechts und die unzureichende Abstimmung der einzelnen Instrumente erfordern einen Rückgriff auf nationales Recht, der den Entscheidungseinklang beeinträchtigt. Die fragmentarische Rechtsetzung ist zudem der Kohärenz von nationalem und Unionsrecht abträglich. Die unionsrechtlichen Anknüpfungen entfalten eine Ausstrahlungswirkung und nationales Kollisionsrecht wird zunehmend verdrängt.

6. Die Wahl nichtstaatlichen Rechts ist auf die Schiedsgerichtsbarkeit begrenzt. Staatliche Anerkennung erfährt dessen Anwendung aber mit der Vollstreckung des Schiedsspruchs. Unter bestimmten Voraussetzungen auch vor staatlichen Gerichten eine Rechtswahl zugunsten nichtstaatlichen Rechts zuzulassen, würde den Gleichklang zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichen Gerichten stärken. Hierbei ist Zurückhaltung mit Blick auf die wählbaren Rechte wie auch die Bereiche geboten. Die anwendbaren Regelwerke müssen eine hinreichende Regelungsdichte aufweisen und einen angemessenen Interessenausgleich gewährleisten. In jedem Fall sind die international zwingenden Vorschriften sowie der *ordre public* zu beachten.

7. Der *ordre public*-Vorbehalt stellt das klassische Einfallstor für die Grund- und Menschenrechte in das Kollisionsrecht dar. Auf den Vorbehalt zugunsten des nationalen *ordre public* verzichtet bislang auch das Unionskollisionsrecht nicht. Dieser ist aber durch die supra- und internationalen Menschenrechte geprägt, zielt seiner Stoßrichtung nach vorrangig auf drittstaatliches Recht und gewinnt mit zunehmender rechtskultureller Prägung der Materie an Gewicht.

#### **IV. Zusammenwirken im Prozess der Sachrechtsangleichung**

8. Zunehmend werden auf universale Rechtsvereinheitlichung zielende völkerrechtliche Verträge durch unverbindliche Instrumente ergänzt, die lediglich eine Harmonisierung auf internationaler Ebene anstreben. Auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitet sind derartige Modellgesetze und Principles von unterschiedlichen Rechtsordnungen geprägt. Umgekehrt dienen sie als Modell oder Richtschnur für Gesetzgebung auf einzelstaatlicher oder supranationaler Ebene und werden so von einer Rechtsgewinnungs- zur Rechtsgeltungsquelle.

9. Das Unionsrecht ist geprägt durch die Koexistenz von Richtlinienrecht und fakultativem Einheitsrecht. Mit der Umsetzung von Richtlinien kommt es je nach Regelungsspielraum zu einer mehr oder minder starken Durchdringung und Hybridisierung nationalen Rechts. Optionale Modelle in Form von Verordnungen schaffen hingegen originär europäische Regelungsregime, die nationale Regelungen nicht ersetzen, sondern lediglich ergänzen. Als Einheitsrecht bedürfen sie der Verzahnung mit dem Kollisionsrecht. Bei der Auslegung optionaler Instrumente und dem Füllen ihrer Lücken stellen sich Fragen nach der Verzahnung mit dem nationalen Recht.

#### **V. Zusammenspiel und Hybridisierung**

10. Nicht nur die Rechtsquellen, die im Prozess der Privatrechtsangleichung zusammenwirken, sind vielfältig, sondern auch die Facetten dieses Zusammenwirkens. Im Bereich des Kollisionsrechts steht die Schaffung von Einheitsrecht im Vordergrund. Durch Koordination von internationaler und unionsrechtlicher Rechtsetzung sind hier Konkurrenzen zu vermeiden. Die Ziele und Wege der Angleichung des materiellen Rechts sind vielgestaltiger und das Zusammenwirken der Rechtsquellen komplexer: Konkurrierende *und* einander ergänzende Instrumente streben auf internationaler *und* regionaler Ebene nach Harmonisierung *und* Vereinheitlichung. Die Kohärenz des Zusammenwirkens muss gewährleistet sein. Autonomes *Kollisionsrecht* wird künftig verdrängt, nationales *Sachrecht* durchdrungen und ergänzt. Kollisions- und Sachrechtsangleichung stellen auch in Zukunft keine Alternativen dar, sondern ergänzen einander. Einheitsrecht und Kollisionsrecht sind so miteinander zu verzahnen, dass sie verschiedenen und auch konfligierenden Anforderungen gerecht werden.

11. Welche Herausforderungen das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsquellen mit sich bringt, aber auch welche Potentiale es birgt, ist für die verschiedenen Materien des Privatrechts nicht einheitlich zu beantworten.

12. Die verschiedenen Rechtsquellen und Regelwerke wirken im Rahmen der Rechtsetzung oder Rechtsgewinnung, auf der Ebene der Rechtsanwendung sowie bei der Durchsetzung zusammen. Die zunehmende Kreation von Einheitsrecht führt zu einer Hybridisierung der Rechtsordnungen. Einheitsrecht ist geprägt durch Elemente verschiedener nationaler und supranationaler Rechte und Regelwerke, beeinflusst aber seinerseits auch die Rechtsetzung auf verschiedenen Ebenen. Angesichts einer solchen Vermischung stellt sich die Frage, ob letztlich tendenziell alles Recht hybrid wird.

13. Ein Mehr an Einheitsrecht reduziert zwar die Kosten der Fremdrechtsanwendung und verbessert die Vorhersehbarkeit. Die Vervielfältigung der Rechtsquellen und Hybridisierung der Rechtsordnungen bringt aber für Rechtsanwender und Regelungsunterworfenen auch Probleme mit sich. Kohärenz, Transparenz und Information müssen gewährleistet sein, um den Zugang zum Recht sicherzustellen.

14. Die Metamorphose des privaten Rechts schreitet voran. Private Regelwerke können ihre Rechtsverbindlichkeit zwar nicht aus sich selbst schöpfen, ihnen wird aber zunehmend in supranationalem Kontext auf vielfältige Weise staatliche Geltungskraft verliehen – schon heute über die Rechtswahl vor Schiedsgerichten, deren Schiedssprüche staatlich durchgesetzt werden, denkbar aber auch kraft kollisionsrechtlichen Befehls. Es verstärken sich zudem Prozesse der Transformation, durch die „akademisches“ zu staatlichem Recht wird und an der Hybridbildung bei der Rechtsetzung beteiligt ist.