

Das Internationale Privatrecht
von Werner Goldschmidt:
In Memoriam

VON MARIO J. A. OYARZÁBAL, La Plata/New York City*

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung	601
II. Der Jurist	602
III. Die allgemeine Bedeutung von Goldschmidts Werk in Argentinien	603
IV. Der bewusste und radikale Gebrauch der normologischen Methode als Darstellungsmethode	606
V. Die Theorie des ausländischen Rechtsbrauchs	609
VI. Die Theorie der allgemein bekannten Tatsache	611
VII. Die Lehre von der zu erwartenden Gesetzesumgehung	612
VIII. Das Toleranzrecht	614
IX. Die Vereinheitlichung und Kodifizierung des Internationalen Privatrechts	616
X. Nachwort	617
Summary: Werner Goldschmidt's Private International Law: In Memoriam	618

I. Vorbemerkung

In der fast zweihundertjährigen Geschichte der argentinischen Wissenschaft des Internationalen Privatrechts gibt es verschiedene Meilensteine:

* Der Autor dankt Alfredo Mendoza-Peña für die arbeitsintensive und gewissenhafte Forschungsarbeit und Claudia Paetzold für die Korrektur der deutschen Fassung sowie Jan Peter Schmidt vom Max-Planck-Institut Hamburg.

Abgekürzt werden zitiert: *Werner Goldschmidt*, Derecho internacional privado, Derecho de la tolerancia, Basado en la teoría trialista del mundo jurídico (Buenos Aires 1992) (zitiert mit Nr.); *Miguel Angel Ciuro Caldani*, Werner Goldschmidt: El derecho 124 (1987) 833 ff.; *Horacio Piombo*, Bespr. von Goldschmidt, Derecho internacional privado, Basado en la teoría trialista del mundo jurídico² (1974): La ley (1975-A) 1345 ff.

Die Aufnahme des Faches in den Studienplan der Rechtsfakultät der Universität von Buenos Aires im Jahr 1857, das Erscheinen der ersten Ausarbeitungen in Lehre und Rechtsprechung fast unmittelbar im Anschluss daran und, im letzten Jahrhundert, die fruchtbare Arbeit von Werner Goldschmidt¹. Das philosophische und privatrechtliche Denken Goldschmidts übte einen so starken Einfluss in Argentinien und dem Rest Lateinamerikas² aus, dass man zwischen zwei Entwicklungsphasen des IPR in Argentinien unterscheiden muss: Der Phase bis zur Ankunft Goldschmidts und der Phase, die mit seiner Lehrtätigkeit und seinen Forschungen einsetzt.³

In den folgenden Abschnitten möchten wir – ohne Anspruch auf Originalität – dem Schaffen Goldschmidts gedenken, dessen Todestag sich am 21. Juli 2007 zum zwanzigsten Mal gejährt hat.

II. Der Jurist

Werner Goldschmidt wurde 1910 in Berlin geboren. Er war Sohn des bedeutenden Juristen James Paul Goldschmidt und Bruder des Rechtsvergleichers Robert Goldschmidt sowie des Philosophen Viktor Goldschmidt. Er studierte an den Universitäten Berlin, Kiel und Hamburg, wo ihm 1931 der Titel des Doktors der Rechte verliehen wurde⁴. Von 1931 an lehrte er an der Universität Kiel. Im Jahr 1933 floh er vor der Judenverfolgung nach Spanien. 1945 erhielt er an der Universität Madrid seine Anwaltszulassung. Neben der beruflichen Praxis widmete er sich weiterhin der Forschung und veröffentlichte Bücher sowie zahlreiche Artikel in juristischen Zeitschriften. 1947 ließ er sich in Argentinien nieder, wo er eine fruchtbare Karriere als Dozent und Forscher aufnahm. Er lehrte als Professor an den Universitäten von La Plata (1982 emeritiert) und Buenos Aires (1983 emeritiert), an den Katholischen Universitäten La Plata (1982 emeritiert) und Buenos Aires (1984 emeritiert), an der Universidad Notarial (1984 emeritiert), den Universitäten von Tucumán (1957 emeritiert) und Rosario (bis 1976), der Uni-

¹ Vgl. *Piombo* 1345.

² Vgl. *Antonio Boggiano*, Poder, normatividad y justicia en el mundo jurídico: Jur. Arg. 1970, 391 ff. Siehe auch *Werner Goldschmidt*, Droit international latino-américain: *Clunet* (1973) 88–90 N. 49 (in dem er zahlreiche argentinische und lateinamerikanische Spezialisten zitiert, die sich seiner »trialistischen Theorie des internationalen Privatrechts« und der »Theorie des Rechtsbrauchs« angeschlossen haben). Zur internationalen Würdigung von Goldschmidts Werk sei über die genannte Literatur hinaus auf die Hinweise in den Büchern von *Henri Batiffol*, Droit international privé⁵ I (Paris 1970) und II (1971), *Edoardo Vitta*, Diritto internazionale privato (Turin 1972/75), und *Haroldo Valladao*, Direito internacional privado² I (Rio de Janeiro 1974) und II (1978) verwiesen.

³ Vgl. *Piombo* 1345.

⁴ Zur persönlichen Erfahrung und der Bedeutung der deutschen Universität für Goldschmidt, siehe *Werner Goldschmidt*, Justicia y verdad (Buenos Aires 1978) 524–554.

versidad del Salvador (bis 1984), sowie am Instituto del Servicio Exterior, an dem argentinische Diplomaten ausgebildet werden. Aus seiner Lehrtätigkeit im Ausland ist sein Kurs an der Akademie für Internationales Recht in Den Haag aus dem Jahr 1972 hervorzuheben.⁵

III. Die allgemeine Bedeutung von Goldschmidts Werk in Argentinien

Bis zur Ankunft Goldschmidts in Argentinien war das argentinische IPR von zwei Faktoren geprägt: Zum einen vom dominierenden Einfluss der französischen Lehre, mit ihrer Dreiteilung des Gegenstands der Materie und ihrer methodologischen Konfusion als Folge des Einschlusses des Fremdenrechts in ein klar wohnsitzorientiertes System; zum anderen von dem Fehlen einer organischen und systematischen Behandlung der Probleme des Allgemeinen Teils der Disziplin, was zu einer unverbundenen Aneinanderreihung der Themen führte. Hinzu kam eine deutliche Schwierigkeit bei der Aufnahme derjenigen Gebiete des öffentlichen Rechts, welche die Methodologie des IPR zur Lösung bestimmter Aspekte der eigenen Problematik benutzten.⁶

Die physische und intellektuelle Präsenz Goldschmidts bewirkte eine Neuformulierung der Thematik des IPR und gab den argentinischen Juristen eine Ausarbeitung der Lehre an die Hand, die den Besonderheiten der Disziplin gerecht wurde⁷. Die privatrechtlichen Fälle mit ausländischen Elementen konnten nun auf Grundlage eines solide strukturierten Allgemeinen Teils und eines rigorosen methodischen Schemas behandelt werden, das nicht nur normative, sondern auch soziologische und axiologische Aspekte einbezog. Durch die Arbeiten Goldschmidts wurden zudem diverse, den argentinischen Autoren bis dahin praktisch unbekanntes Fragestellungen aufgeworfen, so beispielsweise die räumliche und zeitliche Dimension des

⁵ Siehe *Werner Goldschmidt*, *Transactions between States and public firms and foreign private firms, A methodological study*: Rec. des Cours 136 (1972-II) 201–329 (zitiert: *Transactions*).

⁶ Vgl. *Piombo* 1345. Siehe auch *Goldschmidt*, *Droit international latino-américain* (oben N. 2) 87–90 (enthält eine Abhandlung der geschichtlichen Entwicklung der Ideen im argentinischen IPR).

⁷ Vgl. *Piombo* 1345. Siehe auch die »Conclusiones de las Jornadas de derecho internacional privado en homenaje al profesor doctor Werner Goldschmidt« [Schlussfolgerungen der Tagung über IPR zu Ehren von Professor Doktor Goldschmidt] (Mar del Plata 1982), abgedr. in: *Alicia Perugini de Paz y Geuse*, *Jornadas de derecho internacional en homenaje a Werner Goldschmidt: La ley* (1984-A) 1007–1009, und in: *Miguel Angel Ciuvo Caldani*, *Jornadas de derecho internacional en homenaje al doctor Werner Goldschmidt: Gaceta del notariado* 1983, 131–135.

IPR, der Gegenstand des Tatbestands der indirekten Norm, die Änderung der Anknüpfung (*conflit mobile*) und die Vorfrage.⁸

Das wissenschaftliche Schaffen Goldschmidts unterteilt sich in zwei Phasen:⁹ Die erste begann mit »La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado« (1935)¹⁰ und gipfelte in dem Buch »Sistema y filosofía del derecho internacional privado« (1952–1954)¹¹. In der wissenschaftlichen Tradition Deutschlands bietet Goldschmidt hier eine normologische Systematisierung der allgemeinen Probleme des IPR.¹² In der zweiten Etappe sind vor allem die beiden Werke »La ciencia de la justicia: dikelogía« (1958)¹³ und »Introducción filosófica al derecho« (1973)¹⁴ von Bedeutung. Obwohl bereits die ersten beiden Jahrzehnte in Goldschmidts Schaffen deutliche philosophische Inhalte aufweisen, zeigt die zweite Phase den lateinamerikanischen Einfluss bei der Suche nach der Wahrheit, in diesem Fall verstanden als ein objektiver, aber von den veränderlichen Lebensrealitäten geprägter Bezugspunkt¹⁵. Mit der Idee der Verteilung von Macht und Ohnmacht – d. h. das, was das Sein begünstigt oder benachteiligt (und bei den Lebewesen das, was das Leben begünstigt oder benachteiligt) – formulierte Goldschmidt die grundlegende Idee, die es ihm ermöglicht, die drei juristischen Dimensionen (die normologische, die soziologische und die dikelogische) zu integrieren; diese Integration basiert auf der systematischen Entwicklung der

⁸ Vgl. *Piombo* 1345.

⁹ Vgl. *Ciuro Caldani* 833; *Alicia Perugini*, Desarrollo histórico de la obra jusprivatista internacional de Werner Goldschmidt Lange (Homenaje en su 70 aniversario): *Rev. Esp. Der. Int.* 32 (1980) 143–150.

¹⁰ *Werner Goldschmidt*, La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado (Barcelona 1935) (zitiert: *Consecuencia*).

¹¹ *Werner Goldschmidt*, Sistema y filosofía del derecho internacional privado I (Barcelona 1948), II (1949), bespr. von *Gerhard Kegel*, *RabelsZ* 15 (1949/50) 166–173 und *RabelsZ* 17 (1952) 300–302, *Adolf Schnitzer*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 45 (1949) 95, *E. J. Cohn*, *J. Comp. Legisl.* 31 (1949) 120, *Mariano Aguilar Navarro*, *Rev. Esp. Der. Int.* 2 (1949) 1039–1047 und *Rev. Esp. Der. Int.* 3 (1950) 229–230, *J. Kunz*, *ÖZöfFR* 2 (1950) 385–386 und *ÖZöfFR* 3 (1951) 284–285, *Kurt Lipstein*, *Int. L. Q.* 4 (1951) 147, *R. H. Graveson*, *Mod. L. Rev.* 14 (1951) 102. Die 2. Aufl. dieses Werkes von *Goldschmidt* erschien in Buenos Aires 1952 (I) und 1954 (II und III). Das Werk bietet eine komplette Darstellung des spanischen IPR auf der Grundlage des normologischen Systems: Seine Philosophie ist das Naturrecht und die Gerechtigkeit wird als die Achtung der Seinsart des Anderen konzipiert. Für eine Zusammenfassung seiner »Philosophie« in deutscher Sprache siehe *Werner Goldschmidt*, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, in: *FS Martin Wolff* (Tübingen 1952) 203–223.

¹² Vgl. *Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Aspectos filosóficos del derecho internacional privado de nuestro tiempo: *Jur. Arg.* (1994-I) 878–879.

¹³ *Werner Goldschmidt*, La ciencia de la justicia: dikelogía (Buenos Aires 1958): 2. Aufl. (1986). Für eine Darstellung in deutscher Sprache, siehe *Werner Goldschmidt*, Die Lehre von der Gerechtigkeit (Dikelogie): *ÖZöfFR* 22 (1971) 1–32.

¹⁴ *Werner Goldschmidt*, Introducción filosófica al derecho—La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes¹ (Buenos Aires 1973).

¹⁵ Vgl. *Ciuro Caldani* 833.

von ihm so genannten »trialistischen Theorie der juristischen Welt«¹⁶. Auf ihr baut sein erstmals 1970 veröffentlichtes Hauptwerk »Derecho internacional privado« auf.¹⁷

Die Anwendung der Dreidimensionalität auf das IPR erfordert, jedes Thema unter den drei genannten Gesichtspunkten darzustellen, die durch den dritten, also den visuellen dikelogischen Gesichtspunkt, miteinander verbunden werden. Der normologische Aspekt umfasst den Inhalt der Normen einschließlich ihrer Interpretation und Selbstintegration, die durch Analogie oder den Rekurs auf allgemeine positive Ordnungsprinzipien erfolgt. Der soziologische Teil enthält die gerichtliche und administrative Rechtsprechung sowie die Sitten und Gebräuche der Einwohner, die sich beispielsweise in typischen oder standardisierten Vertragsformen niederschlagen, daneben aber auch die Lehre, wenn sie unter dem Gesichtspunkt ihrer sozialen Auswirkungen betrachtet wird. Der dikelogische Teil schließlich widmet sich der Normenkritik, den Lösungen für dikelogische Fragen und der Entwicklung gerechter Normen¹⁸. Die Reihenfolge der Darstellung der drei Aspekte in einem abstrakten Zusammenhang ist – wie in den Werken Goldschmidts – normologisch, soziologisch und schließlich dikelogisch. Für den Gesetzgeber dagegen gilt eine andere Reihenfolge der Aspekte, nämlich soziologisch, dikelogisch und schließlich normologisch¹⁹. In seinem »Derecho internacional privado« kommen so beide Strömungen von Goldschmidts Denken – das Internationale Privatrecht und die Philosophie – zusammen.

Im Bewusstsein der Unmöglichkeit, alle Beiträge Goldschmidts auf dem Gebiet des IPR darzustellen, beschränken wir uns auf diejenigen, die wir für fundamental halten: Das normologische System, das die allgemeine, auf der logischen Präzision beruhende Norm des IPR zum Ausgangspunkt für die Systematik dieses Bereichs der Rechtswelt macht; die Rechtsbrauchtheorie, die der Anwendung des ausländischen Rechts in positiver Achtung seiner Seinsweise und seiner Besonderheiten ein Fundament verleiht; die

¹⁶ Vgl. *Ciuro Caldani* 833.

¹⁷ *Werner Goldschmidt*, *Derecho internacional privado, Basado en la teoría trialista del mundo jurídico* [IPR, Auf der Grundlage der trialistischen Theorie der juristischen Welt] (Buenos Aires) 1. Aufl. 1970; 2. Aufl. 1974, bespr. von *Piombo* (oben N. *); 3. Aufl. – mit dem Untertitel »Derecho de la tolerancia« – 1977, bespr. von *Jürgen Samtleben*, *RabelsZ* 37 (1973) 802–808, *Henri Batiffol*, *Rev. crit. d.i.p.* 67 (1978) 236–238; 4. Aufl. 1982; 5. Aufl. 1985; 6. Aufl. 1988 – verantwortet von *Miguel Angel Ciuro Candani*; 7. Aufl. 1990; 8. Aufl. 1992; 9. Aufl. 2002.

¹⁸ Vgl. *Goldschmidt* (vorige Note) 1. Aufl., Prólogo Punkt I.2 (in den verschiedenen Auflagen wieder abgedruckt). Siehe auch *Werner Goldschmidt*, *Semblanza del trialismo, En memoria de su vigésimo aniversario: El derecho* 113 (1985) 733–739. Für eine Analyse der trialistischen Theorie der juristischen Welt in englischer Sprache siehe *Goldschmidt*, *Transactions* (oben N. 5) 222–232.

¹⁹ Vgl. *Goldschmidt* (oben N. 17) 1. Aufl., Prólogo Punkt I.2.

Eingliederung des ausländischen Rechts als allgemein bekannte Tatsache in die Beweisseite der Rechtsbeziehung mit ausländischen Elementen; die Lehre von der vorhersehbaren Gesetzesumgehung (*fraude a la expectativa*) als Maßnahme zum Schutz des staatlichen Gesetzes angesichts von Machenschaften zum Zweck einer künftigen Regelverletzung; eine Philosophie, die der Anwendung des ausländischen Rechts ein radikal antichauvinistisches und universalistisches ideologisches Fundament gab und den Weg für die strukturierte Eingliederung der internationalen Zusammenarbeit in allen ihren Aspekten ebnete; und schließlich sein Beitrag zur Vereinheitlichung und zur Kodifizierung des Internationalen Privatrechts in Argentinien²⁰.

IV. Der bewusste und radikale Gebrauch der normologischen Methode als Darstellungsmethode

Die Arbeiten Goldschmidts im Bereich des IPR gingen von der Analyse der Kollisionsnorm als Grundlage der Systematik des IPR aus. Unter Berufung auf das normologische System des Strafrechts²¹ betont Goldschmidt die Struktur der Rechtsnorm, die die »logische und neutrale Erfassung einer beabsichtigten Verteilung bildet«²². Jede Norm besteht als solche aus zwei Teilen: Im ersten Teil beschreibt die Norm die soziale Situation, die eine Verteilung verlangt (Tatbestand); im zweiten Teil dagegen entwirft sie deren Lösung (Rechtsfolge). Der Tatbestand der Norm des IPR beschreibt den privatrechtlichen Fall mit ausländischen Elementen (den Sachverhalt), während die Rechtsfolge die Lösung verdeutlicht. Die Differenzierung der Normen des IPR erfolgt entsprechend der Territorialität bzw. Extraterritorialität²³ ihrer Rechtsfolgen. Die Rechtsfolge beruht auf unterschiedlichen Methoden, je nachdem, ob sie territorial oder extraterritorial ist. Bei territorialen Lösungen beantwortet die Rechtsfolge unmittelbar die im Tatbestand umrissene Frage (direkte Methode)²⁴. Die direkte Methode, die im Allgemeinen bei den Normen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zur Anwendung kommt, wird auch von den Normen des Fremdenrechts und des konventionellen Einheitsprivatrechts verwendet²⁵. Bei extraterritorialen Lösungen dagegen geht die Rechtsfolge die vom Tatbestand umrissene Frage nicht an, sondern beschränkt sich darauf, festzustellen, welches Recht das

²⁰ Wir folgen teilweise der Aufzählung bei *Horacio Piombo*, Homenaje a Werner Goldschmidt [Antrittsrede als Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Privatrecht an der Universität La Plata, 1. 10. 1997] (unveröffentlicht).

²¹ Vgl. *Goldschmidt*, *Consecuencia* (oben N. 10) 28.

²² Vgl. *Goldschmidt* Nr. 6.

²³ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 7.

²⁴ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 8.

²⁵ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 9.

Problem lösen muss (indirekte Methode). Die Norm des IPR (oder der Kollisionsnorm) ist also eine »indirekte Norm«²⁶. Dies ist die Folge der Anwendung der indirekten Methode²⁷, die ihrerseits, je nach Umständen, eine Ergänzung durch Hilfsmethoden²⁸ erfordert.

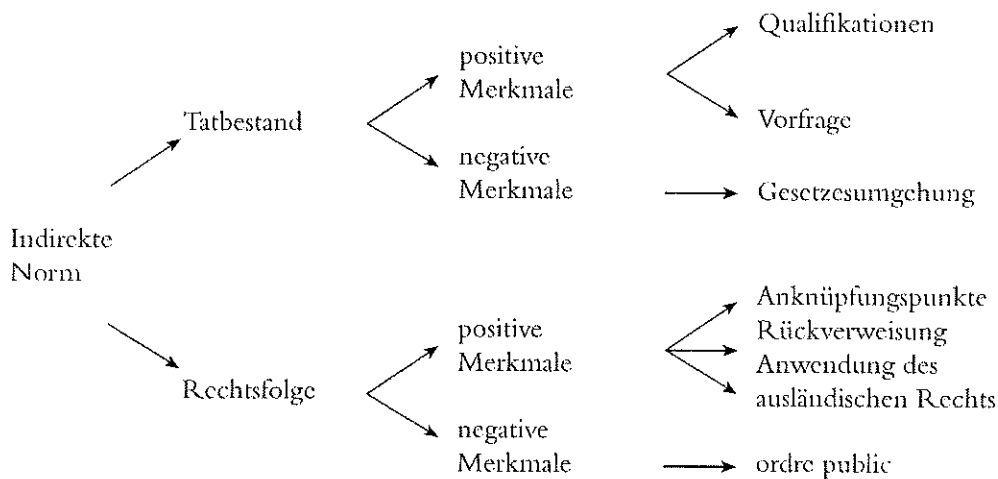
Die indirekte Norm umfasst wie jede Rechtsnorm einen Tatbestand und eine Rechtsfolge; beide Teile müssen Goldschmidt zufolge in positive und negative Merkmale aufgegliedert werden. Die positiven Merkmale des Tatbestands beschreiben einen Aspekt eines privatrechtlichen Falls mit ausländischen Elementen (analytische Methode); sie werden als »positiv« bezeichnet, da ihr Vorhandensein notwendig ist, damit die Norm anwendbar ist. Zunächst ist festzustellen, aus welcher Rechtsordnung wir die Definition der Begriffe, die die direkte Methode benutzt, ableiten müssen. Hierbei handelt es sich um das sogenannte Qualifikationsproblem. Dann müssen wir den Tatbestand der indirekten Norm erklären, d. h. mit aller Klarheit definieren, auf welchen sozialen Bereich (auf welche Aspekte) er sich bezieht. Dies wird als Vorfrageproblem bezeichnet. Das negative Merkmal des Tatbestandes bezieht sich auf die sogenannte Gesetzesumgehung; es wird als »negativ« bezeichnet, da die Inexistenz der Gesetzesumgehung die notwendige Bedingung dafür ist, dass die Rechtsnorm normal wirken kann, d. h. die Rechtsfolge eintritt. (Im argentinischen Recht beispielsweise, wo sich das Erbrecht nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers richtet, würde im Fall

²⁶ Goldschmidt führte den Begriff der »indirekten Norm« 1935 in seiner Monographie »La consecuencia jurídica« (oben N. 10) 14, ein.

²⁷ Siehe *Goldschmidt* Nr. 8, 10, 88–89.

²⁸ Die Hilfsmethoden umfassen die analytisch-analoge und die richterlich-synthetische Methode. Die Analyse der Kontroverse des IPR wird unter »analoger« Anwendung der »analytischen« Kategorien des Zivilrechts durchgeführt. Will man also feststellen, ob ein Vertrag gültig oder nichtig ist, so untersucht man die Befähigung der Parteien nach einem Recht (beispielsweise dem Recht des Wohnsitzes), die Form des Geschäfts nach einem anderen (beispielsweise dem Recht am Ort der Vertragsunterzeichnung) und die intrinsische Gültigkeit nach einem dritten Recht (beispielsweise dem nationalen Recht der jeweiligen Parteien). Die analytisch-analoge Methode zielt auf die Lösung des Falles und richtet sich in erster Linie an den Gesetzgeber. Aber da kein nationaler oder internationaler Gesetzgeber in der Lage ist, die Unstimmigkeiten zu überschauen, zu denen die analytische Methode führen kann, sind wir gezwungen, eine dritte Methode anzuwenden, die die Adaptation oder Synthese ermöglicht. Im IPR kann der Gesetzgeber diese Synthese nicht a priori bieten, sie ist a posteriori die Aufgabe des Richters. *Goldschmidt* präsentierte die Unterscheidung zwischen den drei Methoden (indirekt, analytisch-analog, richterlich-synthetisch) in seinem Artikel »Derecho internacional privado y derecho comparado«: *Información jurídica* 45 (1947) 84–86. Später sprach Goldschmidt von »konstitutiven Methoden«, weil sie dem Gesetzgeber und dem Richter Lösungen für privatrechtliche Fälle mit ausländischen Elementen bieten, während die »normologische Methode« – die sich auf die Darstellung bezieht – für den Wissenschaftler gilt. Vgl. *Goldschmidt* (oben N. 17) 1. Aufl. Nr. 10. Vgl. auch *Perugini* (oben N. 9) 146. Die richterlich-synthetische Methode für die Lösung der Fälle wurde in Art. 9 (unten im Text bei N. 40) der Interamerikanischen Konvention über allgemeine Normen des IPR (*Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*) aufgenommen.

einer Gesetzesumgehung nicht das am letzten, sondern das am vorletzten Wohnsitz geltende Recht angewendet.) Die Rechtsfolge hat zwei positive Merkmale (sie wurden in Analogie zu den Merkmalen des Tatbestands so genannt): die Anknüpfung und das Angeknüpfte. Die Anknüpfung enthält die Umstände des Falls, dank derer wir das anwendbare Recht identifizieren können, beispielsweise den letzten Wohnsitz des Erblassers oder die Lage der Immobilie; hier spricht man auch vom »Anknüpfungspunkt«. Das Angeknüpfte ist das mit Hilfe des Anknüpfungspunktes identifizierte anwendbare Recht. Dabei stellen sich zwei sukzessive Hauptfragen: Welcher Teil des ausländischen Rechts – sein Privatrecht oder sein Internationales Privatrecht (seine Kollisionsnormen) – ist anwendbar? Und mit welchem Konzept wenden wir in unserem Land Teile einer ausländischen Rechtsordnung an, wenden wir sie als »Tatsache« oder als »Recht« an? Das erste Problem (der »Umfang« des anzuwendenden Rechts) ist unter dem Begriff der Rück- und Weiterverweisung (*renvoi*) bekannt. Das zweite Problem (die »Erklärung« der Anwendung des ausländischen Rechts) führt zum Thema seiner Ermittlung im Prozess, was von Amts wegen geschehen kann oder durch das Vorbringen und Beweisen seitens der Parteien. Das negative Merkmal der Rechtsfolge schließlich betrifft den *ordre public*, da wir das anwendbare ausländische Recht zurückweisen werden, wenn wir zu der Auffassung gelangen, dass die Lösung, die es uns in dem jeweiligen Fall bietet, gegen unveräußerliche Rechtsgrundsätze des Forums verstößt²⁹. Die folgende Grafik verdeutlicht die Struktur der indirekten Norm Goldschmidts:



Diese Systematisierung der Darstellung des IPR ist keine konstitutive Methode der Materie, denn sie bietet keine Lösungen. Die systematisierende Methode ist eine »Darstellungsmethode« für die Wissenschaft, die angibt, wie die Probleme entsprechend einem bestimmten Kriterium geordnet wer-

²⁹ Siehe *Goldschmidt* Nr. 86ff., 87, 95.

den müssen³⁰. Da die Wissenschaft die Wirklichkeit logisch und neutral erfasst und die logische und neutrale Erfassung der Rechtsrealität durch die Norm erfolgt, muss die systematisierende Methode des IPR von der internationalprivatrechtlichen Norm ausgehen. Dies ist die »normologische Konzeption des Internationalen Privatrechts«, die darin besteht, die Strukturanalyse des IPR (oder der indirekten Norm) zum Ausgangspunkt für die Wissenschaft vom IPR zu machen³¹.

V. Die Theorie des ausländischen Rechtsbrauchs

Der zweite Beitrag Goldschmidts ist die Darlegung und Verifizierung der Theorie des ausländischen Rechtsbrauchs³². Die Rechtsbrauchtheorie taucht in der Rechtsfolge der indirekten Norm neben der Rück- und Weiterverweisung (*renvoi*) auf. Unbestritten gilt es als unvereinbar mit dem Völkerrecht, dass ein Land versucht, in einem anderen Recht zu setzen. Hingegen bestehen keine Einwände dagegen, dass »die Norm den ausländischen Rechtsbrauch verlangt, d. h. den lokalen Richter anweist, einen Rechtsstreit so zu entscheiden, wie er im Ursprungsland der Norm entschieden würde; sie zeigt eine Tatsache und nicht ein Recht an, da sie von dem Richter die Verifizierung eines Wahrscheinlichkeitsurteils verlangt, nicht jedoch die Anwendung von Rechtsnormen.«³³

Die Rechtsbrauchtheorie bestimmt die Seinsweise des Rechts bezüglich der Gerechtigkeit³⁴; die Gerechtigkeit beruht im IPR auf der »positiven Achtung des ausländischen Rechts« (uns den anderen gegenüber so zu verhalten, wie wir möchten, dass sie sich uns gegenüber verhalten)³⁵. Sobald ein Fall (oder eines seiner Elemente) als ausländisch charakterisiert wurde, muss diese Achtung zum Tragen kommen; dabei muss es sich um eine positive

³⁰ Vgl. Goldschmidt Nr. 19.

³¹ Vgl. Goldschmidt Nr. 19. Für eine frühe Entwicklung dieser These in französischer Sprache siehe Werner Goldschmidt, *La conception normologique en droit international privé*: *Nouv. Rev. d.i.p.* 7 (1940) 16–41.

³² Goldschmidt entwickelt diese Theorie in »La consecuencia jurídica« (oben N. 10) 9 ff. Für eine deutschsprachige Fassung dieses Gesichtspunkts siehe Goldschmidt, *Zur ontologisch-logischen Erfassung des internationalen Privatrechts*: *ÖZöfFR* 4 (1952) 121–133. Siehe auch Goldschmidt, *Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero: La ley* (1985-E) 716–722 (zitiert: *Gestación*). Albert Ehrenzweig, *Private International Law* (Leiden 1967) 193, schreibt dieses Konzept irrtümlich Kegel zu, obwohl Kegel seinen Ursprung korrekt angibt. Vgl. Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch*¹ (München 1960) 162. Ehrenzweig berichtigt seinen Irrtum in dem Werk »Psychoanalytic Jurisprudence, On Ethics Aethetics, and »Law« on Crime Tort and Procedure« (Leiden 1971) 141 N. 67, was Goldschmidt anerkennt.

³³ Vgl. Goldschmidt, *Consecuencia* (oben N. 10) 12.

³⁴ Vgl. Goldschmidt Nr. 142.

³⁵ Vgl. Goldschmidt Nr. 17.

Achtung handeln, d. h. das ausländische Recht ist so anzuwenden, wie es in jenem Land angewendet würde. Darin besteht die so genannte Rechtsbrauchtheorie, deren Inhalt Goldschmidt folgendermaßen formuliert: »Wenn ausländisches Recht als auf einen Rechtsstreit anwendbar deklariert wird, muss es grundsätzlich so gehandhabt werden, wie es mit dem größtmöglichen Grad erreichbarer Wahrscheinlichkeit der Richter des Landes tun würde, dessen Recht als anwendbar erklärt wurde; als Bezugspunkt muss ein Richter genommen werden, vor dem der Rechtsstreit verhandelt würde, wenn er sich in dem entsprechenden Land ergeben hätte.«³⁶

Damit ist es für Goldschmidt ein virtueller Unterschied, ob eigenes Recht oder ausländisches Recht »angewendet« wird: Wir wenden das eigene Recht an und arbeiten mit ihm; aber das ausländische Recht beobachten wir, ahmen es nach oder imitieren es. Während die eigene Rechtswelt dreidimensional ist, reduziert sich das ausländische Recht auf eine einzige Dimension, die soziologische. Denn die Rechtsnormen erscheinen nur in ihrer richterlichen, administrativen etc. Soziologisierung, womit der Aspekt der Gerechtigkeit eliminiert wird und erst mit der Kontrolle des *ordre public* wieder zurückkehrt³⁷.

Goldschmidt begreift die Theorie des ausländischen Rechtsbrauchs als eine korrekte Form der Rückverweisung, denn mit dieser Theorie gelangt man zu ähnlichen Resultaten wie mit denen der »tesis de la referencia máxima«³⁸, verwickelt sich jedoch nicht in das berühmte internationale Pingpong bzw. den Teufelskreis, der dann entsteht, wenn beide beteiligten Länder die Gesamtverweisung (*total renvoi*) praktizieren, da sich die Gesetzgebungen der beiden Länder ad infinitum aufeinander beziehen können. Demgegenüber können sich zwei Richter nicht endlos gegenseitig anrufen, denn es ist ihnen nicht erlaubt, die Rechtsgewährung zu verweigern³⁹.

Mit der Rechtsbrauchtheorie erklärt Goldschmidt schließlich die sogenannte prozessrechtliche Untergeordnetheit des ausländischen Rechts, ein Thema, das wir im nächsten Abschnitt aufgreifen werden, der sich mit der Theorie der »allgemein bekannten Tatsache« beschäftigt.

Der ausländische Rechtsbrauch wurde in Art. 2 der Interamerikanischen Konvention über allgemeine Normen des Internationalen Privatrechts (CIDIP-II) aufgenommen, die 1979 in Montevideo unterzeichnet wurde. Die Vorschrift bestimmt, dass »die Richter und Behörden der Unterzeichner-

³⁶ Siehe Goldschmidt Nr. 142.

³⁷ Siehe Goldschmidt Nr. 142.

³⁸ Mit diesem Begriff bezeichnet Goldschmidt die Theorie, die in dem berühmten *Forgo*-Fall in der französischen Rechtsprechung begründet wurde und derzufolge das IPR des Richters das ausländische IPR als anwendbar definiert und danach dasjenige, das dieses für anwendbar erklärt, das wiederum ein IPR sein kann oder ein Privatrecht usw.; dieser Mechanismus ist in der deutschen Lehre als »Gesamtverweisung« bekannt.

³⁹ Vgl. Goldschmidt, *Consecuencia* (oben N. 10) 41; Goldschmidt Nr. 144.

staaten verpflichtet sind, das ausländische Recht so anzuwenden, wie es die Richter des Staates tun würden, dessen Recht anwendbar ist, unbeschadet des Rechts der Parteien, die Existenz und den Inhalt des angeführten ausländischen Rechts vorzubringen und zu beweisen⁴⁰. Der ausländische Rechtsbrauch wurde so zu einem in Lateinamerika allgemein anerkannten Prinzip⁴¹.

VI. Die Theorie der allgemein bekannten Tatsache

Eine der wichtigsten Aussagen der Rechtsbrauchtheorie besteht darin, dass sie das ausländische Recht nicht als eine normative Ordnung begreift, sondern als eine »Tatsache«, nämlich die Tatsache des wahrscheinlichen Ur-

⁴⁰ Siehe die offizielle Publikation der OAS: Serie sobre tratados, Nr. 54, OEA/Ser. B/45 (SEPE), Washington 1979 (spanisch/englisch/portugiesisch/französisch) – gültig zwischen Argentinien, Brasilien, Kolumbien, Ekuador, Guatemala, Mexiko, Paraguay, Peru, Uruguay und Venezuela. Vgl. *Gonzalo Parra Aranguren*, Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America: Rec. des Cours 164 (1979-III) 145–146. Vgl. auch *Jürgen Santleben*. Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht: RabelsZ 44 (1980) 257–320 (284–288); *Tatiana B. De Mackelt*, General Rules of Private International Law in the Americas—New Approach: Rec. des Cours 177 (1982-IV) 157 (305–309). Für *Liliana Rapallini*, *Temática de derecho internacional privado*³ (La Plata 1998) 86–87, dagegen nimmt Art. 2 das ausländische Recht als »echt« – wenn auch ein ausländisches – an, entsprechend der Konzeption von Rabel und Wolff. Tatsächlich erklärt der Artikel nicht, ob das ausländische Recht als Tatsache oder Recht angewendet wird; obzwar nicht zu bezweifeln ist, dass für Goldschmidt das wahrscheinliche Urteil eines ausländischen Richters eine »Tatsache« darstellt, ist es nicht weniger sicher, dass die Urteile – ursprünglich Rechtsakte – auch Recht schaffen und entsprechend als Recht auf andere Fälle anwendbar sind; damit bestehen Gründe für Zweifel. Siehe auch unten N. 74.

⁴¹ Vgl. *Gonzalo Parra Aranguren*, General Course of Private International Law. Selected Problems: Rec. des Cours 210 (1988-III) 74 N. 131 (er macht darauf aufmerksam, dass bei der Diskussion über Art. 2 der CIDIP-II der brasilianische Delegierte Haroldo Valladão seine Streichung beantragte, da er »überflüssig« sei, weil bei diesem Thema Konsens bestehe; infolge der Beharrlichkeit der Delegierten Argentinien (Werner Goldschmidt) und Paraguays (Ramón Silva Alonso) konnte sich diese Position aber nicht durchsetzen). Unter den modernen Texten sei das IPR Venezuelas erwähnt; es bestimmt, dass das ausländische Recht wie in seinem Ursprungsland anzuwenden ist, vorausgesetzt, es werden die Ziele der venezolanischen Kollisionsnormen eingehalten: Art. 2, abgedr. in: Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nr. 36.511 vom 6. 8. 1998. Siehe *Gonzalo Parra Aranguren*, The Venezuelan Act on Private International Law: Yb. P. I. L. 1 (1991) 108; *Eugenio Hernández-Bretón*, Nueva Ley venezolana del derecho internacional privado, in: Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren II (Caracas 2001) 56. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass Art. 2 bei der Regelung der Anwendung des ausländischen Rechts die »Rechtsthese« vertritt (es also nicht als »Tatsache« behandelt). Vgl. *Tatiana B. De Mackelt*, Nueva Ley venezolana del derecho internacional privado, in: Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren (diese Note) 100. Auf Grund des Textes und der Tatsache, dass seine Verfasser Anhänger der Lehrmeinung Goldschmidts sind, bleibt festzuhalten, dass der letzte Entwurf eines Kodex des IPR in Argentinien ohne Zögern der Rechtsbrauchtheorie folgt (Art. 11). Siehe unten N. 70.

teils des ausländischen Richters. Aber das ausländische Recht ist nicht irgendeine Tatsache, sondern eine »allgemein bekannte Tatsache«; dies bedeutet nicht, dass es sich um eine Tatsache handelt, die aller Welt bekannt ist, sondern um eine Tatsache, die jeder zuverlässig nachprüfen kann. Als eine solche allgemein bekannte Tatsache kann sie vom Richter in Betracht gezogen werden, unabhängig davon, ob die Parteien sie vorbringen und alle Beweise vorlegen, die ihnen opportun erscheinen⁴². Damit versucht Goldschmidt, die traditionelle Anknüpfung zwischen der Auffassung des ausländischen Rechts als einer Tatsache und seiner Unterordnung als dispositives Prinzip (indem es von den Parteien vorgebracht und bewiesen werden muss) im Prozess zu überwinden, indem er allgemein bekannte Tatsachen als Ausnahmen von diesem Prinzip erklärt⁴³.

Entsprechend der These von Gattari⁴⁴, die Goldschmidt übernimmt⁴⁵, kann die allgemeine Bekanntheit unmittelbar, mittelbar, kausal oder entfernt sein. Wenn der für den Fall zuständige Richter über die ausländische Gesetzgebung und Rechtsprechung zu dem strittigen Punkt Zugang hat, erhält sein Urteil einen hohen Wahrscheinlichkeitsgrad. Fehlen ihm einige dieser Elemente, vermindert sich der Wahrscheinlichkeitsgrad. Aber selbst wenn er über keines der Elemente verfügt, könnte er auf ein Recht zurückgreifen, das mit dem, das er nachahmen soll, verwandt ist (beispielweise auf das französische oder schweizerische Recht, wenn ihm keine Informationen über das äthiopische Recht zugänglich sind); und nur in letzter Instanz darf er die *lex fori* anwenden, denn angesichts der Einheit der Menschheit existiert eine – wenn auch noch so geringe – Wahrscheinlichkeit, dass das lokale mit dem ausländischen Recht übereinstimmt.

VII. Die Lehre von der zu erwartenden Gesetzesumgehung

In der Struktur der indirekten Norm Goldschmidts bezieht sich die Gesetzesumgehung auf das zweite positive Merkmal des Tatbestands, also auf

⁴² Vgl. Goldschmidt, *Consecuencia* (oben N. 10) 12 ff. Goldschmidt Nr. 145–146. In drei Aufsätzen von 1965 und 1966 schrieb sich allerdings Mauro Cappelletti diese Theorie zu, die er »teoría della probabilità« nannte, was eine heftige Reaktion Goldschmidts hervorrief. Vgl. Mauro Cappelletti, *Las sentencias y las normas extranjeras en el proceso civil* [Aus dem Italienischen übertragen von Santiago Sentís Melendo] (Buenos Aires 1968) Nr. 58; und die Antwort von Goldschmidt, *Gestación* (oben N. 32) 720–721. Das Werk Cappellettis war in Argentinien nicht direkt zugänglich. Die Urheberschaft Goldschmidts wird anerkannt von Carlos Gattari, *La ley extranjera como hecho notorio: El derecho* 36 (1971) 913 ff.; *Samtleben* (oben N. 17) 806 ff.; sowie in seinem späteren Werk Mauro Cappelletti, *Processo e ideologie* (Bologna 1969) 470 N. 25.

⁴³ Siehe Goldschmidt Nr. 146.

⁴⁴ Siehe Gattari (oben N. 42) 913 ff.

⁴⁵ Siehe Goldschmidt Nr. 146.

den den Anknüpfungspunkten zu Grunde liegenden Sachverhalt. Die Gesetzesumgehung kennzeichnet sich durch eine betrügerische Manipulation. Sehr scharfsinnig sagt Goldschmidt, dass »die Gesetzesumgehung in dem Versuch der Parteien besteht, die Beziehung von Ursache und Folge [die der Gesetzgeber zur Grundlage für seine Regelung macht] in eine Beziehung von Mittel und Zweck zu verwandeln« (Beispiel: Für den Gesetzgeber fungiert die Tatsache, dass die Ehe in einem Land mit Scheidungsrecht geschlossen wurde, als »Ursache« dafür, die Auflösbarkeit dem Gesetz des Ortes der Eheschließung zu unterstellen, wobei diese Regel die »Folge« darstellt; die Parteien, die den »Zweck« verfolgen, einer Gesetzgebung mit Scheidungsmöglichkeit zu unterliegen, benutzen das »Mittel«, die Ehe in einem Land zu schließen, das über die entsprechende Gesetzgebung verfügt)⁴⁶. Ein anderer, im argentinischen Schrifttum aus didaktischen Gründen sehr populärer Satz Goldschmidts charakterisiert die Gesetzesumgehung als »den Versuch der Parteien, in einem Land entsprechend der Gesetzgebung eines anderen Landes zu leben, die ihnen das erlaubt, was die Gesetzgebung des ersteren ihnen verbietet«⁴⁷.

Der wichtigste Beitrag Goldschmidts auf diesem Gebiet ist jedoch die Auffassung, dass es sich bei der zu erwartenden Gesetzesumgehung tatsächlich um einen Fall von Gesetzesumgehung handelt; damit soll das Gesetz eines Staates vor Machenschaften geschützt werden, die auf eine »künftige« Verletzung seiner Regeln abzielen⁴⁸. Die zu erwartende Gesetzesumgehung manipuliert die Tatsachen, nicht weil die in dem Moment ehrliche Handlung unmittelbare Konsequenzen hätte, die vermieden werden sollen, sondern weil man fürchtet, dass sich in Zukunft derartige Folgen ergeben könnten, die man deshalb vorausschauend abzuwenden sucht. Das klassische Beispiel dafür sind Paare, die vor Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 23.515⁴⁹, das die Ehescheidung ermöglicht, in Argentinien lebten, aber in Mexiko heirateten, um sich später gegebenenfalls scheiden lassen zu können⁵⁰. Für Goldschmidt muss eine im Kontext einer zu erwartenden Gesetzesumgehung in Mexiko geschlossene Ehe als in Argentinien geschlossen gelten (und folglich unauflöslich sein)⁵¹.

Nicht weniger wichtig ist Goldschmidts Charakterisierung der typischen Indizien für die betrügerische Absicht: Eines ist die »räumliche Expansion« der Handlungen: Die Parteien tauchen in einem Land auf, manchmal auch nur durch Vertreter, in dem sie ihr Auftreten nicht rechtfertigen können.

⁴⁶ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 120.

⁴⁷ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 120.

⁴⁸ Vgl. *Piombo* 1347.

⁴⁹ Boletín Oficial de la República Argentina vom 12. 6. 1987.

⁵⁰ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 128.

⁵¹ Vgl. *Goldschmidt* Nr. 126, 128, 254. Siehe auch *Werner Goldschmidt*, Matrimonio celebrado por poder y con fraude a la expectativa: *El derecho* 80 (1979) 242 ff.

Das andere ist die »zeitliche Kontraktion« (die Parteien handeln mit großer Schnelligkeit)⁵².

VIII. Das Toleranzrecht

Goldschmidt legte seine kosmopolitische, humanistische und essentiell optimistische Philosophie des IPR 1977 im Vorwort zur dritten Auflage seiner Abhandlung dar.⁵³

Für Goldschmidt unterscheidet sich das IPR von anderen Disziplinen, die ebenfalls Fälle mit ausländischen Elementen behandeln, durch seinen spezifischen Wert, der in der positiven Achtung des ausländischen Rechts liegt und dessen Nachahmung bedeutet (Rechtsbrauchtheorie)⁵⁴. Dieser Wert schlägt sich notwendigerweise in »indirekten Normen« nieder, also Normen, die für gemischte Fälle keine Lösung anbieten, sondern sich auf die Feststellung beschränken, dass entweder das nationale oder ausländische Recht anwendbar ist⁵⁵. Allerdings ist dabei zu beachten, dass der Wert der positiven Achtung des ausländischen Rechts nur dann zulässig ist, wenn es hinsichtlich seines Zwecks oder seiner Mittel dem nationalen Recht nicht widerspricht⁵⁶. Wenn man die positive Achtung des ausländischen Rechts – begrenzt durch den internationalen *ordre public* – als Konzept der Toleranz definiert, so kann man die Auffassung vertreten, dass das IPR als Recht der Exterritorialität des ausländischen Privatrechts das »Toleranzrecht« darstellt⁵⁷. In der dritten und den folgenden Auflagen seines »Derecho internacional privado« fasst Goldschmidt die Disziplin dreidimensional auf als das Recht, das gemischte privatrechtliche Fälle mit positiver Toleranz und infolgedessen indirekt löst.

Humanismus, Universalismus und Optimismus durchdringen das gesamte Werk Goldschmidts. Sein Humanismus ist deutlich in seiner Dikologie präsent, aber auch dort, wo er die Grundprinzipien des internationalen Rechts der Menschenrechte zum Inhalt des *ordre public* zählt⁵⁸ oder die Ein-

⁵² Siehe Goldschmidt Nr. 120. Vgl. Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*³ I (Buenos Aires 1991) 483.

⁵³ Goldschmidt (oben N. 17) 3. Aufl. Prólogo (in den verschiedenen Auflagen wieder abgedruckt).

⁵⁴ Vgl. Goldschmidt (oben N. 17) 3. Aufl. Prólogo Punkt I.1.

⁵⁵ Andere Disziplinen – wie etwa das Fremdenrecht, das Internationale Prozessrecht, das Einheitsrecht etc. – benutzen dagegen die direkte Methode. In dem Maße, wie sie darauf abzielen, die nationalen Interessen zu begünstigen oder andere Länder einer Region oder der Welt zu integrieren, basieren sie auf einer Intoleranz gegenüber dem Ausländischen. Vgl. Goldschmidt (oben N. 17) 3. Aufl. Prólogo Punkt II.

⁵⁶ Vgl. Goldschmidt (oben N. 17) 3. Aufl. Prólogo Punkt I.2.

⁵⁷ Vgl. Goldschmidt (oben N. 17) 3. Aufl. Prólogo Punkt I.2.

⁵⁸ Beispielsweise wenn er vorschlägt, mittels des *ordre public* (Art. 14 Abschnitt. 2 argenti-

richtung eines »Notgerichtsstands« vorschlägt, durch den die argentinischen Gerichte die Kompetenz an sich ziehen, wenn es unmöglich ist, ein Verfahren im Ausland einzuleiten, oder wenn nicht verlangt werden kann, dass es dort begonnen wird, vorausgesetzt, der Fall bietet eine ausreichende Beziehung zum Forum im Hinblick auf die Verteidigungsmöglichkeiten im Prozess⁵⁹. Sein Kosmopolitismus ist spürbar in seiner Rechtsbrauchtheorie, wenn er fordert, dass die wahrscheinliche Lösung des Falls in der ausländischen Gemeinschaft gesucht werden muss »indem wir uns ihr *tamquam cadaver* (mit Kadavergehorsam) unterwerfen«⁶⁰; und mehr noch in seiner Verteidigung der *lex causae* bei der Qualifizierung der Tatbestandsmerkmale der indirekten Norm⁶¹; weiterhin bei der eingeschränkten Konzeption des *ordre public*, die eine gebührende Entfaltung der Exterritorialität des ausländischen Privatrechts und die gebührende Anerkennung ausländischer Urteile und Entscheidungen ermöglicht⁶². Sein Optimismus schließlich findet seinen Ausdruck in dem von ihm erreichten Gleichgewicht zwischen allgemeinen (philosophischen) Konstruktionen und dem positiven Recht⁶³ sowie in seinem Bemühen und seiner Hingabe als Dozent, die sich in der Überzeugungskraft seines Denkens, der Bildung einer auf seinen Lehren basierenden juristischen Schule und den 50 Jahren juristischer Lehrtätigkeit zeigt. Diese sieht Goldschmidt nicht in erster Linie als fachliche Herausforderung an, sondern als mit der Natur des Rechts selbst zusammenhängend, die ihrerseits mit dem Schicksal der menschlichen Natur verwandt ist⁶⁴.

nisches ZGB) eine nach dem ausländischen Ort der Eheschließung nichtige Ehe – beispielsweise zwischen Personen verschiedener Rasse oder Religion – zu korrigieren. Vgl. Goldschmidt Nr. 154³ (S. 252).

⁵⁹ Angewendet vom Obersten Gerichtshof Argentiniens im Fall *Emilia Cavura de Vlasof v. Alejandro Vlasof* vom 21. 3. 1960, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 246:87 (1960), Jur. Arg. (1960-III) 216 ff., mit Anmerkung von Werner Goldschmidt, La jurisdicción internacional argentina en materia matrimonial y las Naciones Unidas: La ley 98 (1960) 287–294.

⁶⁰ Vgl. Goldschmidt Nr. 142.

⁶¹ Siehe Goldschmidt Nr. 106.

⁶² Siehe Goldschmidt Nr. 16, 154, 367; ders., El orden público internacional (O. P. I.) en el derecho internacional privado (D. I. Pr.): El derecho 109 (1984) 889–894.

⁶³ Vgl. Batiffol (oben N. 17) 237.

⁶⁴ Vgl. Perugini de Paz y Geuse (oben N. 7) 1006–1007. Siehe auch Miguel Ángel Cluro Caldani, El científico y el técnico del derecho, Werner Goldschmidt, modelo de científico del derecho: Boletín del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social de la Universidad Nacional de Rosario 23 (1998) 31 ff.

IX. Die Vereinheitlichung und Kodifizierung des Internationalen Privatrechts

Ein letzter Punkt, auf den wir sehr kurz eingehen möchten, umfasst Goldschmidts Beitrag zur Kodifizierung. Er hat immer die Notwendigkeit eines einheitlichen Gesetzes für das IPR betont, um Argentinien am amerikanischen und am globalen Integrationsprozess zu beteiligen, der logischerweise einer juristischen Harmonisierung bedarf⁶⁵. Im Bewusstsein der Schwierigkeit dieser Aufgabe schlug Goldschmidt auch konkrete Maßnahmen zu ihrer Überwindung vor. Ohne das Ziel eines Einheitsgesetzes aufzugeben, hielt er es für einfacher, die »Grundlagen für ein Modellgesetz« zu finden, das die bestehenden Abkommen zwischen den Unterzeichnerstaaten in Kraft lässt und in dem die folgenden, unverzichtbaren Leitlinien enthalten sind: der Wohnsitz als prinzipielle Anknüpfung, die Rettung der Einheit des Falls vor der Aufspaltung sowie die Achtung des ausländischen Elements⁶⁶. Bezüglich des internen Rechts forderte Goldschmidt angesichts der Verstreutheit der Normen des IPR im normativen Chaos Argentiniens seine Kodifizierung⁶⁷.

Sein »Vorentwurf für die Grundlagen eines Einheitsgesetzes (oder eines Einheitsabkommens oder eines Modellgesetzes) für das Internationale Privatrecht« (»Anteproyecto de bases de una ley uniforme [o de un convenio unificador normal o de una ley tipo] de Derecho Internacional Privado«) von 1969⁶⁸ und sein »Entwurf für ein Gesetzbuch des Internationalen Privatrechts« (»Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado«) von 1974⁶⁹ (dessen allgemeine Merkmale mit denen des Einheitsgesetzes übereinstimmen), haben die Arbeit der Interamerikanischen Spezialkonferenzen zum Internationalen Privatrecht stark beeinflusst. Diese Spezialkonferenzen werden von der Organisation Amerikanischer Staaten etwa alle sechs Jahre durchgeführt und haben verschiedene Konventionen, Protokolle, Modellgesetze und Einheitsdokumente hervorgebracht. In jüngerer Zeit wurde ein

⁶⁵ Vgl. *Alejandro Menicoci*, *Werner Goldschmidt y la codificación del derecho internacional privado: Investigación y docencia* 15 (1990) 23–33.

⁶⁶ Vgl. *Menicoci* (vorige Note) 26.

⁶⁷ 1955 veröffentlichte Goldschmidt eine Arbeit, in der er den Wunsch ausdrückte, das argentinische Internationale Privatrecht zu kodifizieren und zu aktualisieren. Darin ist auch ein Kodifikationsentwurf enthalten. Vgl. *Werner Goldschmidt*, *Reforma del Derecho Internacional Privado argentino*: *Rev. Fac. Tucumán* 12 (1955) 169–213. Siehe auch *Menicoci* (oben N. 65) 26–27.

⁶⁸ Veröffentlicht bei *Werner Goldschmidt*, *Estudios iusprivatistas internacionales* (Rosario 1969) 163 ff.

⁶⁹ Mit Mehrheit gebilligt am 2. 12. 1974 von der durch die Entscheidung 425/74 des Justizministeriums eingesetzten Kommission; veröffentlicht in: *Gaceta del notariado* 65 (1975) 93–126; erneut abgedr. bei: *Alexander Makarov*, *Quellen des Internationalen Privatrechts*³ (Tübingen 1978) 40 ff., und bei *Goldschmidt* S. 668–691.

Entwurf für ein Gesetzbuch des IPR von verschiedenen Lehrstuhlinhabern der argentinischen Universitäten vorbereitet und am 14. Mai 2003⁷⁰ dem Ministerium für Justiz, Sicherheit und Menschenrechte vorgelegt. All dies legt beredtes Zeugnis ab von der in Goldschmidts Entwürfen enthaltenen Weisheit⁷¹.

X. Nachwort

Zwei Jahrzehnte nach dem Tod von Werner Goldschmidt kann nicht mit Sicherheit behauptet werden, dass die Theorie der Dreidimensionalität weiterhin als die vorherrschende Schule des Internationalen Privatrechts in Argentinien anzusehen ist, oder dass die Mehrheit der zeitgenössischen Autoren seinen Lehrmeinungen folgen würde⁷².

Tatsache ist, dass Goldschmidts Auffassungen von führenden Wissenschaftlern aus Argentinien und dem Ausland stark angegriffen wurden. So kritisiert beispielsweise Diego Fernández Arroyo von der Universidad Complutense in Madrid die exzessive Starrheit der Struktur Goldschmidts, die – zusammen mit ihrem übertriebenen Einfluss auf die Lehrmeinung in Argentinien – die Entwicklung anderer und neuerer Lehrmeinungen behindert habe. Der an der Universität Buenos Aires lehrende Antonio Boggiano griff in erster Linie das Monopol der Wahlmethode (der indirekten Norm) an, das die schöpferischen Methoden (der materiellen Normen) und die Selbstbeschränkung (der Polizeinormen) vernachlässige, die bei der Lösung eines internationalprivatrechtlichen Falles zu beachten sein könnten; weiterhin kritisierte er den Ausschluss der Themen der internationalen Zuständigkeit und der Anerkennung ausländischer Urteile vom Gegenstand des IPR⁷³. Alberto Juan Pardo – seinerzeit Professor der Universität von Buenos Aires – hat die Fehler der Rechtsbrauchtheorie aufgezeigt, speziell die Prämisse,

⁷⁰ Beendet durch die Entscheidung 191/02 der vom Ministerium für Justiz und Menschenrechte eingesetzten Kommission, verlängert durch die Entscheidung 144/02 des Ministeriums für Justiz, Sicherheit und Menschenrechte. Neben anderen Vorschlägen Goldschmidts übernimmt der neue Kodifikationsentwurf die Qualifikation der Anknüpfungspunkte durch die *lex fori* und der übrigen von der Kollisionsnorm verwendeten Merkmale durch die *lex causae* (Art. 6), den Rechtsbrauch (Art. 11), seine Konzeption des *ordre public* als eine Gesamtheit von Prinzipien (Art. 14), den Notgerichtsstand (Art. 18) und die Einheit der Erbfolge (Art. 119) und des Konkurses (Art. 124).

⁷¹ Siehe *Menicocci* (oben N. 65) 30–31.

⁷² Ein Grund dafür ist der wachsende Einfluss des Methodenpluralismus, der von Boggiano in Argentinien eingeführt wurde. Vgl. *Antonio Boggiano*, *Del viejo al nuevo derecho internacional privado, Mediante la cooperación de las organizaciones internacionales* (Buenos Aires 1981) 73 ff.

⁷³ Vgl. *Boggiano I* (oben N. 52) 82, 167–178. Mit einem ähnlichen Gedankengang: *Diego Fernández Arroyo*, *Derecho internacional privado, Una mirada actual sobre sus elementos esenciales* (Córdoba 1998) 28–39, 87–91.

auf der sie basiert (dass die ausländischen Gesetze ihren juristischen Wert verlieren, wenn sie exterritorialisiert werden)⁷⁴.

Diese Kritiken haben ihre Berechtigung, und in vielen Fällen teilen wir sie⁷⁵. Gleichzeitig macht die umfangreiche Literatur zu Goldschmidts Werk seine Bedeutung deutlich. In Argentinien berufen sich selbst seine Kritiker in größerem oder geringerem Umfang auf seine Lehren, und es gibt nur wenige, die zu Recht von sich behaupten können, nicht seine Schüler zu sein⁷⁶.

Summary

WERNER GOLDSCHMIDT'S PRIVATE INTERNATIONAL LAW: IN MEMORIAM

This article pays tribute to German-Argentine Private International Law Professor Werner Goldschmidt on the twentieth anniversary of his death.

Born and educated in Germany, Goldschmidt dedicated most of his professional life to teaching, research and writing in Argentina, where he had a very strong and long-lasting influence which extended throughout Latin-America

His world-renowned court-like doctrine (*teoría del uso jurídico*) – according to which conflict rules mandate courts not to apply foreign *law* but rather to imitate the *fact* of the probable judgment of the foreign court – leads the way in many if not most of the region's domestic PIL systems and has

⁷⁴ Vgl. *Alberto Juan Pardo*, *Derecho internacional privado, Parte general* (Buenos Aires 1976) 245–250; er beruft sich auf die Kritik von *Dimitrios Evrigenis*, *L'Application d'un droit étranger-Contribution à la théorie générale du droit international privé* (Salonique 1956) (Original in griechischer Sprache; französische Zusammenfassung von *Phocion Francescakis*, in: *Rev. crit. d.i.p.* 1957, 526 ff., 531–532); sie wurde von *Adolfo Miaja de la Muela*, *Derecho internacional privado-Parte general I* (Madrid 1970) 345 ff. aufgenommen und vertieft. Goldschmidt versucht, sie in seinem Aufsatz zu widerlegen: *Goldschmidt, Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé*, in: *Mélanges offerts à Jacques Maury* (Paris 1960) 157–160. Der »ausländische Rechtsbrauch« ist die These Goldschmidts, die am meisten Aufmerksamkeit – und die stärkste Kritik – in der ausländischen Lehrmeinung erregt hat. Vgl. neben der bereits genannten Literatur die Einwände von *Jacques Maury*, *Règles générales des conflits de lois*: *Rec. des Cours* 57 (1936-III) 389–391; *Henri Batiffol*, *Aspects philosophiques du droit international privé* (Paris 1956) 111–112.

⁷⁵ Eine kritische Analyse des Werks von Goldschmidt überschreitet die Grenzen eines Aufsatzes zu Ehren des Autors und würde auch teilweise seiner Absicht widersprechen.

⁷⁶ Vgl. beispielsweise *Antonio Boggiano*, *La doble nacionalidad en derecho internacional privado* (Buenos Aires 1973) (übernimmt die Dreidimensionalität als Darstellungsmethode); *Boggiano* (oben N. 52) I 78 (nennt Goldschmidt »meinen Lehrmeister«), 443–495 (geht bei der Darstellung der allgemeinen Probleme des internationalen Rechts von der Struktur der Kollisionsnorm aus), 477–482 (ersetzt bei der Definition und Anwendung des ausländischen Rechts die Rückverweisung durch den ausländischen Rechtsbrauch).

ultimately been incorporated in the Inter-American Convention on General Rules of Private International Law (CIDIP-II).

Other contributions of Goldschmidt to Conflicts theory include his Normological Method – beginning always with the analysis of the norms and its orders – which forms part of his Tridimensional Conception, a doctrine of Philosophy of Law assuming that when we analyze the juridical world we ought to take into consideration its normological dimension together with its sociological and its dikelological ones. Also, Goldschmidt's active promotion of both codification and the »positive tolerance« of foreign law is to a large extent responsible for the slow but tangible erosion of traditional territorialism in Latin-American Private International Law in the last few decades.

Goldschmidt's doctrines have not been exempt from criticism either in Argentina or abroad. Nonetheless, the extensive literature addressing these theories is testimony to a creative genius upon which this article sheds further light.