

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht
14

Harald Baum

Alternativanknüpfungen



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

14

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Professor Dr. Ulrich Drobnig, Professor Dr. Hein Kötz
und Professor Dr. Dr. h. c. Ernst-Joachim Mestmäcker

Alternativanknüpfungen

Begriff, Funktion, Kritik

von

Harald Baum



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1985

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Baum, Harald:

Alternativanknüpfungen: Begriff, Funktion, Kritik / Harald Baum. –
Tübingen: Mohr, 1985.

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht; 14)

ISBN 3-16-645028-9

ISSN 0720-1141

NE: GT

978-3-16-158424-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1985.
Alle Rechte vorbehalten.

Printed in Germany. – Druck: Gulde-Druck GmbH, Tübingen.
Einband Heinrich Koch, Großbuchbinderei, Tübingen.

VORWORT

Die vorliegende Untersuchung war im Herbst 1983 abgeschlossen und lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg im Wintersemester 1983 als Dissertation vor.

Für die Betreuung und Förderung der Arbeit in wichtigen Punkten schulde ich Herrn Prof. Dr. Ulrich Drobnig besonderen Dank, der mir in ständiger Bereitschaft zum Gespräch die gewünschte Freiheit zu ihrer Erstellung ließ. Mein Dank gilt weiterhin dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht unter den Direktoren Prof. Dr. Ulrich Drobnig, Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst-Joachim Mestmäcker und Prof. Dr. Hein Kötz für die Aufnahme der Untersuchung in diese Publikationsreihe des Instituts.

In Dankbarkeit widme ich die Arbeit denjenigen, ohne deren Unterstützung sie nicht hätte entstehen können.

Hamburg, im Herbst 1985

HARALD BAUM

INHALTSÜBERSICHT

FRAGESTELLUNG	1
ERSTER TEIL: BEGRIFF	3
I. Defizite	3
II. Historische Entwicklung	9
III. Begriffsbestimmung	34
IV. Zwei Tatbestandstypen	59
V. Einordnung und Abgrenzung	68
ZWEITER TEIL: FUNKTION	89
I. Ableitung	89
II. Zwei Funktionstypen	98
III. Rechtsverhältnisbezogene Anknüpfungen	102
IV. Anspruchsbezogene Anknüpfungen	165
DRITTER TEIL: KRITIK	195
I. Die verlorene Unschuld	195
II. Systemverträglichkeit	199
III. Integrationsfähigkeit	266
SCHLUSSBETRACHTUNGEN	295
ANHANG	297
I. Alternativanknüpfungen in Formfragen	297
II. Alternativanknüpfungen im internationalen Kindschaftsrecht	307

I N H A L T

Vorwort	V
Abkürzungen	XIII
FRAGESTELLUNG	1
ERSTER TEIL: BEGRIFF	3
I. Defizite	3
II. Historische Entwicklung	9
1. Aldricus	9
2. 18. und 19. Jahrhundert	11
3. Zitelmann	14
4. Lewald	16
5. Cansacchi	19
6. Kisch	24
7. Goldschmidt	26
8. Bucher	28
9. Beitzke	31
10. Folgerung	33
III. Begriffsbestimmung	34
1. Einfachverknüpfung	34
2. Mehrfachverknüpfung	46
3. Alternativanknüpfung	60
4. Definition	58
IV. Zwei Tatbestandstypen	59
1. Geschlossener Tatbestand	59
2. Offener Tatbestand	63
3. Scheinbare Alternativanknüpfung	65
4. Ergebnis	66

V. Einordnung und Abgrenzung	68
1. Drei Arten von Mehrfach- verknüpfungen	68
a. Aufgegliederte Anknüpfungen	69
aa. Spaltung und Koppelung	69
bb. Regel/Ausnahmeanknüpfung	71
b. Kumulative Anknüpfungen	77
c. Variable Anknüpfungen	81
aa. Alternativanknüpfung	81
bb. Parteiautonomie	81
2. Zuordnung und Übersichtsschema	85
ZWEITER TEIL: FUNKTION	89
I. Ableitung	89
1. Günstigkeitsprinzip	89
2. Schutz wohlerworbener Rechte	96
II. Zwei Funktionstypen	98
III. Rechtsverhältnisbezogene Anknüpfungen	102
1. Validierende Funktion	102
a. "Locus regit actum"	102
aa. Vertragsschluß unter Anwesenden	106
(1) Alternative Geltung der berufenen Rechte	106
(2) Gleichrang der Alternativen	111
(3) Rechtsfolgen bei Formnichtigkeit	117
(4) Form des Rechtsgeschäfts im Ortsrecht unbekannt	121

bb. Distanzverträge	122
(1) Starre Anknüpfung	122
(2) Kumulation	123
(3) Spaltung	125
(4) Alternativität	128
b. Rule of validation	130
c. Lex validitatis de lege ferenda	135
aa. Frankreich, Schweiz	136
bb. Inländisches Kollisionsrecht	139
(1) Ersatzanknüpfung im inter- nationalen Schuldrecht	139
(2) Internationales Gesell- schaftsrecht	142
2. Status- und rechtsbegründende Funktion	144
a. "Lex validationis"	145
b. In favorem matrimonii	146
c. In favorem legitimitatis	152
d. In favorem legitimationis et adoptionis	155
3. Vorfragenproblematik	158
4. Statusbeendende Funktion	161
5. Ergebnis	163
IV. Anspruchsbezogene Anknüpfungen	165
1. Überblick	165
2. Der begünstigte Personenkreis	168

a. Die schwächere Partei	168
b. Der Arbeitnehmer	170
c. Der Deliktsgeschädigte	174
d. Der Schutz des inländischen Verkehrs	181
3. Das günstigere Recht	185
4. Ergebnis	193
DRITTER TEIL: KRITIK	195
I. Die verlorene Unschuld	195
II. Systemverträglichkeit	199
1. Zwei Ansätze des Kollisionsrechts	199
2. Traditionelle Zuordnung	203
a. Savignys Entwurf	203
b. Weiterentwicklung	214
aa. Die Anwendbarkeit fremden Rechts	214
(1) Völkerrecht	215
(2) Sachgerechte Lösung	217
(3) Gleichheitssatz	219
bb. Modalitäten der Zuordnung	224
(1) Ausgangspunkt	224
(2) Internationaler Entscheidungseinklang	226
(3) Internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit	229

(a) Postulat	229
(b) Kritik	232
(c) Realität	239
3. Synthese	245
4. Allgemeine Kodifikationsgrundsätze	248
a. Internationaler Entscheidungseinklang	249
aa. Forum shopping	250
bb. Hinkende Rechtsverhältnisse	252
b. Rechtssicherheit	255
c. Praktikabilität	260
d. Gleichheitssatz	262
5. Ergebnis	264
III. Integrationsfähigkeit	266
1. Kritik - Überblick	266
2. Vordringen nationaler rechtspolitischer Wertvorstellungen	267
a. Politisierung	268
b. Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung und Härteklauseel	270
c. Vergleich zur Alternativenknüpfung	273
3. Verstärkte Anwendung der lex fori	274
a. Fakultatives Kollisionsrecht	274
b. Ehrenzweigs lex-fori-Theorie	276
c. Vergleich zur Alternativenknüpfung	277

4. Internationalität der Lösung	278
a. Disnationale Sachverhalte	278
b. Materielle Lösungen	281
c. Der Grundsatz des besseren Rechts	284
d. Vergleich zur Alternativanknüpfung	291
5. Ergebnis	292
SCHLUSSBETRACHTUNGEN	295
ANHANG	
I. Alternativanknüpfung in Formfragen (Internationales Vertragsrecht)	297
1. Die formale Gültigkeit bestimmt sich alternativ nach der <i>lex causae</i> oder der <i>lex loci contractus</i>	297
2. Alternative Geltung der <i>lex loci contractus</i> und der <i>lex patriae</i>	302
3. Zusätzliche alternative Geltung weiterer Rechte	303
II. Alternativanknüpfungen im internationalen Kindschaftsrecht (Beispiele)	307
Literatur	314

ABKÜRZUNGEN UND SIGEL

a.a.	an anderer ...
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Öst. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abgedr.	abgedruckt
Abk.	Abkommen
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für Preußische Staaten von 1794
am.	american
amerik.	amerikanisch
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Auftr.	Auftrag
ausl.	ausländisch
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs- beraters
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Can. Sup. Ct.	Canadian Supreme Court
C.C.	Código Civil
C.c.	Code civil, Codice civile, Código civil
CIEC	Commission Internationale de l'Etat Civil
d.	der, die, das
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
D.I.P.	Droit International Privé
Disp.prel.	Disposizioni preliminari zum Codice civile
Diss.	Dissertation
dr.i.p.	droit international privé
dt.	deutsch
e.	ein, eine, einer, eines
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
EinfG.	Einführungsgesetz
Einl.	Einleitung
engl.	englisch
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
etc.	et cetera
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

f.	für bzw. folgend
ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fig.	Figur
FN.	Fußnote
fortgef.	fortgeführt
Forts.	Fortsetzung
franz.	französisch
G	Gesetz
gem.	gemäß
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
HB.	Halbband
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
H.R.	Hoge Raad
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
int.	international
Int. Comp, L. Q.	The International and Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.v.	im Sinne von
ital.	italienisch
i.w.S.	im weiteren Sinne

Jhd.	Jahrhundert
JIR	Jahrbuch für Internationales Recht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KindschR	Kindschaftsrecht
KG	Kammergericht
Komm.	Kommission
krit.	kritisch
l.	linke
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
M.	Main
m.E.	meines Erachtens
Minn.	Minnesota
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.w. rvgl. H.	mit weiteren rechtsvergleichenden Hinweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.	oben
öff.	öffentliche
OLG	Oberlandesgericht
öst.	österreichisch

P.I.L.	Private International Law
PR	Privatrecht
Prot.	Protokolle
R.	Recht
r.	rechte
Rabelsz	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RAnwendG	Rechtsanwendungsgesetz
Rdn.	Randnummer
Rec.d.C.	Recueil des Cours (der Akademie de Droit International)
Rev.crit. dr.i.p. ...	Revue critique de droit internatio- nal privé
Rev. Esp. Der. Int. .	Revista Española de Derecho Inter- nacional
Rev.int. de dr.comp..	Revue international de droit comparé
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts = Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeits- gesetz
rvgl.	rechtsvergleichend
S.	Seite bzw. Satz
s.	siehe
schweiz.	schweizerisch
SchweizJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Schw. Jb. Int. R. ...	Schweizerisches Jahrbuch für Inter- nationales Recht
sog.	sogenannt/e/er
Sp.	Spalte
span.	spanisch
spez.	speziell

st.	ständig
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
u.	und
u.a.	und andere
u.ä.	und ähnliche
u.H.	unter Hinweis
Übereink.	Übereinkommen
unstr.	unstreitig
U.S.	United States
USA	Vereinigte Staaten von Nordamerika
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
v.	von bzw. versus in amerik. und engl. Entscheidungen
VerschG	Verschollenheitsgesetz
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WGO	Die wichtigsten Gesetzgebungsakte in den Ländern Ost-, Südosteuropas und in den ostasiatischen Volksde- mokratien
z.B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

z.T.	zum Teil
ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZvglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

FRAGESTELLUNG

"... all diese [kollisionsrechtlichen] Konflikte sind nichts anderes als ein Teil der immerwährenden Spannung zwischen Illusion und Wirklichkeit, die die Rechtswissenschaft, wie überhaupt alles menschliche Denken durchzieht ..."

A. Ehrenzweig¹⁾

Alternative Anknüpfungen - oder besser: Alternativanknüpfungen²⁾ - lassen, vom Wort alternativ ausgehend, drei begriffliche Näherungen zu, die, etwas erweitert, das systematische Gerüst dieser Arbeit bilden sollen: Alternativität in der Anknüpfung, Alternative zur tradierten starren Regelanknüpfung und drittens "Alternativität" entsprechend dem derzeitigen Wortgebrauch als Kennzeichen einer verstärkten Auflösung formaler Strukturen.

Im einzelnen ist damit folgendes Programm vorgezeichnet: zum einen ist den Verästelungen des Begriffs Alternativanknüpfung nachzugehen: was bedeutet Alternativität in der Anknüpfung und wo liegen die Grenzen dieses Begriffes. Die mannigfachen Überschneidungen und Widersprüche in der Verwendung desselben fordern zu einem sozusagen mikroskopischen Schnitt durch die Begriffsebene heraus.

1) Rechtswissenschaft, S. 193.

2) Es wird vorgeschlagen, diesen zusammengezogenen Ausdruck zu verwenden, da er akzentuierter erscheint und in der begrifflichen Prägnanz vergleichbaren Formulierungen (Parteiautonomie, Kumulation etc.) entspricht.

Als zweites ist, in einem größeren Raster, die Frage zu stellen, welche Probleme diese Anknüpfungstechnik als Alternative zur tradierten einfachen, nicht alternativen Anknüpfung lösen möchte, also die Frage nach dem rechtspolitischen Hintergrund. Damit ist ein Kernbereich der kollisionsrechtlichen Reformdiskussion des vergangenen Jahrzehnts angesprochen. Die Komplexität dieses Themenkreises nötigt zu einer Reduzierung auf einige Argumentationslinien unter Vernachlässigung der restlichen.

Nicht Bestehendes, die Veränderung vielmehr muß sich rechtfertigen³⁾. Wenn durch Alternativanknüpfungen herkömmliche Ordnungsstrukturen aufgelöst oder doch gelockert werden, ist auch die Kehrseite, also die Problematik in der Anwendung dieser Verknüpfung zu diskutieren. Als drittes sind damit die Nachteile der neuen Anknüpfungsmethode zur Sprache zu bringen.

Das Vorstehende deutet bereits das Für und Wider unserer Themas an, wie es in zwei gegensätzlichen Zitaten sichtbar wird:

Für eine Alternativanknüpfung als "ersten wirklichen Schritt in Richtung der materiellrechtlichen Gerechtigkeit" beispielsweise P.M. Gutzwiller⁴⁾.

Gegen einen favor legis mit Entschiedenheit dagegen ROUBIER: "C'est une véritable monstruosité juridique de parler de faveur, là où il ne peut être question que de justice"⁵⁾.

Alternativanknüpfungen also als Beitrag zu einer systemimmanenten Weiterentwicklung des Kollisionsrechts oder als Schritt zur Auflösung desselben?

3) So MARQUARD, Abschied, S. 16 u. passim.

4) Ziel, S. 171.

5) Le droit, S. 233.

I. Defizite

Mit der Alternativanknüpfung verbindet sich ein eigenartiger Widerspruch. Einerseits gilt die schon zu SAVIGNYs Zeiten anerkannte Regel des locus actus regit formam als Alternative zur Anknüpfung an die lex causae als der im Kollisionsrecht international am weitesten verbreitete Grundsatz überhaupt. Andererseits wird die zugrundeliegende Anknüpfungsmethode lange Zeit entweder gar nicht beachtet¹⁾ oder unter der Bezeichnung "facultativ" als Wahlrecht der Parteien verkannt²⁾. Inzwischen hat sich zwar ein gewisser einheitlicher Kernbereich in der Verwendung des Terminus dergestalt herausgebildet, daß Art. 11 Abs. 1 EGBGB einheitlich als Alternativanknüpfung bezeichnet wird; bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß das begriffliche Umfeld diffus bleibt. Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Einordnung unterbleiben in der Regel nach wie vor, der Anwendungsbereich wird auf unterschiedliche Rechtsphänomene ausgedehnt, Widersprüche bleiben weiterhin die Folge.

1) So läßt z.B. noch NEUNER (Anknüpfung) in seinem umfassenden Aufsatz über Anknüpfungen aus dem Jahre 1934 Alternativanknüpfungen unerwähnt.

2) Vgl. SAVIGNY, System, Bd. III, S. 358; v. BAR, Theorie, Bd. I, S. 353. Noch zu Beginn der dreißiger Jahre gebrauchten NUSSBAUM (IPR, S. 87/88) und LEWALD (IPR, S. 63) diesen Terminus im Zusammenhang mit der Regel locus regit actum; der Begriff Alternativität wird nicht verwandt, die Rechtsfigur bleibt in ihrer Systematik unbeachtet. Gleiches gilt noch für die in den fünfziger Jahren erscheinenden Bücher von M. WOLFF (IPR, S. 126) und SCHNITZER (IPR, Bd. I, S. 138-140).

Die Begriffe Alternativ- und Ausnahmeanknüpfung, Kumulation und Wahlrecht der Parteien werden von den verschiedenen Autoren für jeweils andere Vorschriften verwendet. LÜDERITZ beispielweise bezeichnet Alternativanknüpfungen in seiner umfassenden Untersuchung der Kumulation ohne begriffliche Bestimmung als "Antipode" zu letzterer³⁾ und zählt zur Alternativanknüpfung neben Art. 11 Abs. 1⁴⁾ den Art. 7 Abs. 1 und 3⁵⁾. Ausdrücklich abgelehnt wird die Ausweitung des Begriffs auf Art. 24 Abs. 2 sowie Art. 16 Abs. 2, die er durch ein Wahlrecht der Parteien gekennzeichnet sehen will⁶⁾. Dagegen bejaht GAMILLSCHEG im Falle des Art. 16 Abs. 2 eine Alternativanknüpfung, die Anwendung des günstigeren Rechts hält er für von Amts wegen geboten und verneint ein Wahlrecht der Parteien⁷⁾. Weiter geht RAAPE, der neben Art. 16 Abs. 2 auch Art. 24 Abs. 2 und ferner Art. 7 Abs. 2 als Beispiele alternativer Anknüpfungen aufzählt⁸⁾. DÖLLE beschränkt den Begriff auf die Art. 16 Abs. 2 und 25 S. 2⁹⁾, FERID auf Art. 11 Abs. 1¹⁰⁾.

STURM bezeichnet als Anwendungsfälle neben Art. 11 Abs. 1 wiederum Art. 16 Abs. 2 sowie Art. 24 Abs. 2, der als eine Besonderheit eine "wahlweise alternative Anknüpfung" aufweise¹¹⁾.

3) Kumulation, S. 2.

4) Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des EGBGB.

5) Kumulation, S. 2 u. 5. Dagegen z.B. ausdrücklich BEITZKE (Anknüpfungen, S. 59), der Art. 7 Abs. 3 als Ausnahme - und nicht als Alternativanknüpfung sieht.

6) Kumulation, S. 6.

7) In: STAUDINGER-GAMILLSCHEG, Art. 16, Rdn. 29 u. 64; ähnlich auch FICKER (Verknüpfung, S. 316, FN. 89), der Art. 16 Abs. 2 als "besondere Form" der Alternativanknüpfung bezeichnet. A.A. wiederum BEITZKE (Anknüpfungen, S. 59), der auch bei dieser Vorschrift den Ausnahmecharakter in den Vordergrund stellt und daher nicht von einer Alternativanknüpfung sprechen möchte.

8) IPR, S. 38; ebenso FIRSCHING, Einführung, S. 44.

9) IPR, S. 51.

10) IPR, Nr. 5-120/121.

11) RAAPE/STURM, IPR, S. 99.

NEUHAUS verweist neben Art. 11 Abs. 1 wieder auf Art. 7 Abs. 3 als Beispielsfall einer Alternativanknüpfung¹²⁾. WENGLER unterscheidet zwischen starren und elastischen Anknüpfungen¹³⁾; zu letzteren werden anscheinend jedoch die zumindest vom Wortsinn her gerade typisch elastischen Alternativanknüpfungen nicht gezählt. Auch hier unterbleibt eine klärende Begriffsbestimmung. In seiner Zusammenstellung alternativer Anknüpfungen¹⁴⁾ zählt BEITZKE Art. 16 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 3 mangels Spielraum der Rechtsanwender nicht zu diesen¹⁵⁾, ordnet jedoch andererseits Art. 24 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 2 S. 2 in den Kreis ein, da in diesen Fällen den beteiligten Parteien eine "echte Alternative" geboten werde¹⁶⁾.

Besonders deutlich werden die begrifflichen Überschneidungen, wenn man die Anknüpfung beim Deliktsstatut in denjenigen Fällen betrachtet, in denen Handlungs- und Erfolgsort auseinanderfallen und dasjenige Recht zur Anwendung kommt, das den Geschädigten günstiger stellt. KEGEL bezeichnet diese Anknüpfung neben der des Art. 11 Abs. 1 als Alternative¹⁷⁾, wobei das den Verletzten

12) Grundbegriffe, S. 176.

13) In: RGRK, S. 236/7. Unter der Bezeichnung "alternative Anwendung/Zuweisung" werden Alternativanknüpfungen im Zusammenhang mit dem Deliktsstatut und verschiedenen Formstatuten erwähnt (z.B. S. 227, 699), sowie im Zusammenhang mit prozessualen Fragen (S. 375, 377) und dem Vorfragenproblem (S. 180-182).

14) Anknüpfungen, S. 39-60.

15) Anknüpfungen, S. 47; bezüglich Art. 16 Abs. 2 im Gegensatz zur h.M., vgl. FN. 7; bezüglich Art. 7 Abs. 3 anders derselbe in STAUDINGER-BEITZKE (Art. 7 Rdn. 54), wo das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 3 als alternativ bezeichnet wird.

16) Anknüpfungen, S. 48. Vom Aufbau her entsprechend, bezüglich der beschränkten Wahlmöglichkeit der Parteien z.B. auch Art. 311-18 C.c.: Wahlrecht des Kindes in der Unterhaltsklage zwischen dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltes oder dem des Unterhaltsschuldners; vgl. dazu MAYER, D.I.P., S. 109.

17) IPR, S. 280 und S. 308.

günstigere Recht "von selbst" gelten solle, "wählen" dürfe dieser nicht¹⁸⁾. Gerade entgegengesetzt formuliert dagegen BEITZKE, der davon spricht, daß der jeweilige Kläger das ihm günstigere Recht "wählen" könne¹⁹⁾.

NEUNER wiederum verwendet für diesen Fall den Begriff Kumulation, obwohl es auch seiner Meinung nach ausreichen soll, wenn eine der beteiligten Rechtsordnungen den begehrten Anspruch gewährt²⁰⁾. Gegen eine mögliche Kombination der beteiligten Rechte wendet sich jüngst, insoweit in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, KREUZER, der von einer "elektiven Konkurrenz" spricht und unter Ablehnung der Ansicht von KEGEL eine "Wahlpflicht" des Gerichts zunächst ablehnt, um vorrangig dem Geschädigten eine "Wahlbefugnis" einzuräumen. Erst wenn dieser seine Wahlmöglichkeit nicht ausnutze, habe der Richter von Amts wegen das dem Geschädigten günstigere Sachrecht zu bestimmen²¹⁾.

18) SOERGEL/KEGEL, Art. 12, Rdn. 48; ebenso MAKAROV, Grundriß, S. 128. Ähnlich deutlich formuliert KEGEL (IPR, S. 280) zur Frage des anwendbaren Rechts beim Formstatut: "Alternativ ist nicht wahlweise".

19) Anknüpfung, S. 55; ein Wahlrecht des deliktisch Geschädigten sieht ausdrücklich der Schweizer Entwurf eines IPR-Gesetzes in den Art. 130, 133, 136, 137 vor; s. dazu VISCHER/VOLKEN, Bundesgesetz, S. 32-34 (Text) u. S. 146-153.

20) Sinn, S. 116.

21) MIKO, Art. 12, Rdn. 50-53, unter Hinweis darauf, daß eine klare Stellungnahme zu dieser Frage in Literatur und Rechtsprechung meist unterbleibe.

Dieser kurze Überblick, der sich beliebig fortsetzen ließe, mag genügen, um die überraschend kontroversen Standpunkte aufzuzeigen.

Einigkeit besteht lediglich darin, die Anknüpfung in Formfragen, wie sie in Art. 11 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 geregelt ist, als alternativ zu bezeichnen, obwohl insgesamt von den verschiedenen Autoren im Zusammenhang mit der Alternativanknüpfung die Art. 7 Abs. 1 - 3, Art. 11 Abs. 1, Art. 15, Abs. 2, S. 2, Art. 16, Abs. 2, Art. 24 Abs. 2 und Art. 25, S. 2 sowie die Anknüpfung bei Distanzdelikten genannt werden.

Es fällt auf, daß in den verschiedenen Darstellungen auf begriffliche Festlegungen weitgehend verzichtet wird. Das legt die Vermutung nahe, hierin die Ursache für Unterschiede im Verständnis und Gebrauch des Terminus zu sehen²²⁾.

Schwieriger erscheint es dagegen, die Gründe für diese begriffliche Lücke zu benennen. Versteht man die Alternativanknüpfungen vor dem Hintergrund der klassischen Konzeption des internationalen Privatrechts lediglich als zwar möglicherweise zweckmäßige, letztlich aber systemwidrige und damit unerwünschte Ausnahmeerscheinung, dann erscheint es einleuchtend, daß diese als Ausnahmen keiner systematischen Begründung und Einordnung bedurften. Denn zugrunde lagen ihnen eigentlich kollisionsrechtsfremde Überlegungen, näm-

22) Ein allgemeines begriffliches Defizit beklagt bereits KAHN (Lehre, S. 161): "Ein sehr großer Teil der ... sich stets erneuernden ... Verwirrung wird dadurch genährt, daß es an klaren und allgemeinverständlichen Bezeichnungen für die elementarsten Dinge fehlt."

lich materiellrechtliche Ziel- und Ordnungsvorstellungen. Da tatsächlich jedoch die Figur der Alternativanknüpfung verschiedenen Normen als Anknüpfungsmuster zugrundeliegt, und im übrigen eine Tendenz zur verstärkten Anwendung alternativer Anknüpfungen festzustellen ist²³⁾, dürfte diese Einschätzung als Randerscheinung der Wirklichkeit nicht länger entsprechen.

23) In diesem Sinne z.B. JAYME (Rechtsvergleichung, S. 105): "Während es sich früher um Randprobleme handelte, tauchen solche Fragestellungen [jetzt] immer häufiger auf." MAYER (D.I.P., S. 110) bezeichnet Alternativanknüpfungen sogar als durchgängiges Anknüpfungsprinzip in den internationalen Konventionen, was allerdings etwas weit gegriffen erscheint. Als jüngstes Beispiel sei auf die Reformthesen des Hamburger Max-Planck-Instituts verwiesen, die im internationalen Familienrecht für Statusänderungen grundsätzlich alternativ anknüpfen wollen (These 10 Abs. 1 und These 11-14); s. dazu DOPFFEL/SIEHR, Thesen, S. 344-366.

II. Historische Entwicklung

1. ALDRICUS

Die Alternativanknüpfung unterscheidet sich von der Regelanknüpfung grundlegend dadurch, daß das Ergebnis des anzuwendenden Rechts als kollisionsrechtliches Entscheidungskriterium für die Anknüpfungsentcheidung herangezogen wird. Dieser angebliche Systembruch hat immer wieder zur Kritik an der Alternativanknüpfung herausgefordert. Interessanterweise hat sich der Streit um die Berücksichtigung des materiellrechtlichen Ergebnisses als kollisionsrechtliches Entscheidungskriterium bereits an dem bekannten Postulat des ALDRICUS entzündet, der schon im 12. Jhd. forderte, der Richter solle das Recht anwenden, das "... potior et utilior videtur"²⁴⁾.

Allerdings ist die Bedeutung dieser Formel umstritten. Einerseits wird dieser Satz dahin verstanden, daß der Richter angewiesen sei, das wirksamere und nützlichere, also das inhaltlich bessere Recht anzuwenden²⁵⁾. Andererseits wird gerade diese Folgerung verneint und der Satz als Aufforderung an den Richter verstanden, das Recht der engsten Beziehung zum Gegenstand des Rechtsstreits zu ermitteln²⁶⁾. Noch

24) Vollständig lautet der um ca. 1180 verfaßte Satz: sed quaeritur, si homines diversarum provinciarum, quae diversas habent consuetudines sub uno eodemque iudice litigant, utram earum iudex qui iudicandum suscepit sequi debeat; respondeo eam quae potior et utilior videtur. debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit. secundum Aldricum. (zit. nach NEUMEYER, Entwicklung, S. 67). Zum Streit m.w.N.: SCHWIND, Zersplitterung, S. 450, u. P.M. GUTZWILLER, Ziel, S. 165, FN. 22.

25) So z.B. WOLFF, IPR, S. 14, FN. 4 und VISCHER, Richter, S. 94.

26) M. GUTZWILLER, Le développement, S. 301: "... le droit qui généralement se recommande par sa connexion la plus intime avec le cas concret à juger"; zurückhaltender, derselbe jedoch später (Geschichte, S. 14, FN. 21): "Die von Aldricus gewählten Ausdrücke sind nicht leicht wiederzugeben ...".

anders interpretiert LORENZ das Zitat: es soll gar kein horizontaler Gebietsrechtskonflikt geregelt werden, sondern nur der vertikale Konflikt zwischen den Gebietsrechten und dem gemeinen (römischen) Recht²⁷⁾.

Im hier interessierenden Zusammenhang kann die Frage der richtigen Interpretation offenbleiben, in jedem Fall ist von ALDRICUS moderner als in mancher späteren Strömung auf Zweckmäßigkeitserwägungen abgestellt worden²⁸⁾. Versteht man seine Regel im ersteren Sinne und sieht man in ALDRICUS den Begründer der "wissenschaftlichen Lehre vom internationalen Privatrecht"²⁹⁾, dann entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, wenn ausgerechnet dieser sich - bei aller historischen Unterschiedlichkeit der Situation - für eine Lösung ausspricht, deren aktuelle Ausgestaltung in Form ergebnisbezogener Entscheidungsfindung im Kollisionsrecht heftigst kritisiert wird³⁰⁾. Und das, obwohl im Gegensatz zu der von ALDRICUS selber als grundsätzlich verstandenen Anknüpfungsregel die Alternativanknüpfung lediglich eine von verschiedenen Möglichkeiten der Anknüpfung bildet.

27) Struktur, S. 85 m.w.N.

28) Vgl. SCHWIND, Zersplitterung, S. 45o.

29) So NEUMEYER, Entwicklung, Bd. II, S. 66/67.

30) Siehe dazu Teil 3, III.; hingewiesen sei als Beispiel nur auf die Kritik von KEGEL (Wandel, S. 37), der den Vorschlag JUENGERs, das sachlich bessere Recht zu berücksichtigen, als "Einbruch auf dünnem Eis" bezeichnet.