

AUSWEITUNG DER PARTEIAUTONOMIE UND OBJEKTIVE ANKNÜPFUNG IM ERBKOLLISIONSRECHT

Christian Nick

I. EINLEITUNG

In neuerer Zeit wird das Internationale Privatrecht auf europäischer Ebene in bisher nicht gekanntem Umfang vereinheitlicht. Damit ist die Gelegenheit verbunden, das in Bezug auf auslandsbezogene Sachverhalte räumlich beste Recht mit Rücksicht auf die Natur der zu regelnden Rechtsverhältnisse neu festzulegen. Der Gedanke, dass nicht ein gewisser territorialer Bezug des zu beurteilenden Sachverhalts, sondern der Wille des oder der Betroffenen ausschlaggebend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts sein soll (Parteiautonomie), scheint allgemein an Bedeutung zu gewinnen. Zwar kamen bei der Reform des Internationalen Vertragsrechts nur inkrementelle Veränderungen in Betracht, zumal die parteiautonome Wahl des anwendbaren Rechts bereits *de lege lata* zum Kern der in Rede stehenden Materie zählt. Doch wird der subjektiven Anknüpfung nicht nur im Rahmen der koordinationsrechtlichen Beurteilung außervertraglicher Schuldverhältnisse etwa im Vergleich zur bisherigen deutschen Rechtslage mehr Raum gegeben.¹ Auch im Bereich des Internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, wo die Rechtswahlfreiheit innerhalb Europas traditionell gering ausgeprägt ist, zeichnet sich ein Trend zur Ausweitung der Parteiautonomie ab.

Im Folgenden sollen zunächst einschlägige Meinungen zur Neugestaltung des Internationalen Erb- und Familienrechts einen Ausgangspunkt bilden (II). Danach werden wesentliche Eigenschaften der subjektiven und objektiven Anknüpfung beleuchtet; auch mit Blick auf die Frage, inwieweit ein Zusammenhang zwischen der Ausweitung der Parteiautonomie und einer Neugestaltung der objektiven Anknüpfung im Erbkollisionsrecht bestehen könnte (III). Der Beitrag widmet sich darüber hinaus dem Hintergrund des gegenwärtigen Ausbaus der *professio iuris*, zu dem nicht nur Auffassungen über das Verhältnis von Sach- und Kollisionsrecht zählen (IV), sondern auch Interpretationen gemeinschaftsrechtlicher

¹ Siehe Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, *Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht* ("Rom II"), No 864/2007/EG, 11 Juli 2007, *Amtsblatt der Europäischen Union*, 31 Juli 2007, L199, S. 40-49, Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe b im Vergleich zu Artikel 38-ff. in Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (im Folgenden "EGBGB") in der Fassung der Bekanntmachung vom 21 Sept. 1994, *Bundesgesetzblatt Teil I*, 1994, S. 2494, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26 März 2008, *Bundesgesetzblatt Teil I*, 2008, S. 441.

Vorgaben, welche die Rechtswahlfreiheit mehr und mehr als eine notwendige Bedingung der europäischen Integration erscheinen lassen (V). Von Interesse ist nicht zuletzt die zunehmende Mobilität unserer Gesellschaft, die als facettenreiches Phänomen für oder gegen eine Stärkung der Parteiautonomie ins Spiel gebracht werden kann (VI). Zum Schluss befasst sich die Abhandlung mit der Frage, wie die gewonnenen Erkenntnisse für die weitere Diskussion fruchtbar gemacht werden können (VII).

II. AUSPRÄGUNGEN DER TENDENZ ZU MEHR PARTEIAUTONOMIE

I. *Internationales erbrecht*

Auf der Suche nach konsensfähigen Ansätzen zur Lösung der Problematik einer grenzüberschreitenden Nachlassplanung und -abwicklung unterbreitete die EU-Kommission in ihrem Grünbuch zum Internationalen Erbrecht² weitreichende Vorschläge und vor allem Fragen, unter anderem Frage 5; “Sollte dem Erblasser (im Rahmen einer testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge) die Möglichkeit zugestanden werden, das Erbstatut mit oder ohne Zustimmung seiner mutmaßlichen Erben zu wählen? Sollte diese Rechtswahl auch den Erben nach Eintritt des Erbfalls zugestanden werden?”. Sie begründete ihr Vorgehen mit dem Schutz der berechtigten Erwartungen der Beteiligten, wenngleich die meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine Rechtswahl des Erblassers oder der Erben beim Erbstatut nicht zulassen würden.³

a. Das Verhältnis von objektiver und subjektiver anknüpfung

Internationale Reaktionen auf das Grünbuch lehnen eine Einbeziehung der (mutmaßlichen) Erben in den Kreis der Wahlberechtigten, soweit ersichtlich, überwiegend ab; teils wegen der Schwierigkeit, die mutmaßlichen Erben zu bestimmen, teils mit Blick auf die Testierfreiheit des Erblassers.⁴ Die Beachtlichkeit einer begrenzten Wahl des

² Europäische Kommission, *Grünbuch Erb- und Testamentsrecht*, 1 März 2005, KOM(2005) 65 endgültig.

³ Siehe Punkt 2 (4) des unter der vorangehenden Fußnote erwähnten Grünbuchs. In der Tat kann zum Beispiel der deutsche Erblasser erst seit der Reform des Kollisionsrechts aus dem Jahre 1986 lediglich für sein im Inland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht als Erbstatut wählen, Artikel 25 Absatz 2 EGBGB.

⁴ D. LEHMANN, “Internationale Reaktionen auf das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, S. 204-207, auf S. 206 und zu letzterem Beweggrund z. B. Deutscher Anwaltverein, *Stellungnahme durch den geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft des DAV zu dem Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und*

anwendbaren Rechts scheint dagegen breite Zustimmung zu finden. Einhellig sprechen sich die Stellungnahmen für eine Beschränkung der Rechtswahl auf gewisse Rechtsordnungen aus, denen der Erblasser eng verbunden ist. Welche Anknüpfungskriterien aber letztlich maßgeblich sein sollten, ist umstritten.⁵

Eine zur Vorbereitung des in Rede stehenden Grünbuchs erstellte Studie des Deutschen Notarinstituts schlägt vor, den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers als objektives Anknüpfungskriterium für maßgeblich zu erklären und die Rechtswahl -nach dem Vorbild von Artikel 5 Absatz 1 des Haager Erbrechtsübereinkommens und abgesehen von güterrechtlich relevanten Sachverhalten- auf die folgenden Rechtsordnungen zu beschränken: Das Recht des Staates, dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes angehört; ferner das Recht des Staates, in dem er zum Zeitpunkt der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder dem er zu diesem Zeitpunkt angehört und schließlich das am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers geltende Recht; etwa um die Möglichkeit eines renvoi auszuschließen.⁶

Nach Dafürhalten des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses dem Erblasser innerhalb bestimmter Grenzen die Wahlmöglichkeit des auf sein Vermögen anwendbaren Rechts zugestanden werden sollte, zum Beispiel nach Staatsangehörigkeit -oder einer seiner Staatsangehörigkeiten- oder nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort.⁷ Das Europäische Parlament ist demgegenüber der Ansicht, dass der zu erlassende Rechtsakt insbesondere zulassen müsse, dass der Erblasser sich bei dem auf seine Erbschaft anwendbaren Recht zwischen dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitze, und dem Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts zum Zeitpunkt dieser Wahl in Form einer testamentarischen Verfügung entscheide; es forderte die Kommission auf,

Testamentsrecht KOM(2005) 65 endgültig, August 2005, www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/2005-42.pdf.

⁵ D. LEHMANN, "Internationale Reaktionen", *supra* note 4, S. 206. Der Deutsche Richterbund zieht hingegen als Bezugspunkte einer Rechtswahl vorrangig Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Aufenthaltsort und gegebenenfalls Schwerpunkt der vorhandenen Vermögenswerte in Betracht, siehe *infra* note 47.

⁶ Siehe H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2005, S. 1-8, auf S. 5.

⁷ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Stellungnahme zu dem "Grünbuch Erb- und Testamentsrecht"*, 26. Okt. 2005, *Amtsblatt der Europäischen Union*, 3 Feb. 2006, C28, S. 1-5, auf S. 5.

einen Legislativvorschlag vorzulegen.⁸

b. Wählbarkeit nichtstaatlichen rechts?

Die Wahlfreiheit in Bezug auf das anwendbare Recht zählt seit langem zum Kern koordinationsrechtlicher Bestimmungen für vertragliche Schuldverhältnisse. Es verwundert daher nicht, dass auch die künftige Rom I-Verordnung⁹ auf dem Grundsatz der Rechtswahlfreiheit basiert. Allerdings wird nichtstaatliches Recht vielfach aus dem Kreis wählbarer Rechtsmaterien ausgeschlossen.¹⁰

Die Kommission hingegen sah Ende 2005 in Artikel 3 Absatz 2 ihres Rom I-Verordnungsvorschlags die Möglichkeit der Wahl von Modellregeln wie der UNIDROIT Principles oder der Principles of European Contract Law oder eines etwaigen künftigen fakultativen EU-Instruments vor. Diese Initiative sollte die Parteiautonomie weiter stärken. Die Vereinbarung der *lex mercatoria*, das heißt des internationalen Handelsgewohnheitsrechts, wurde hingegen als nicht präzise genug ausgeschlossen.¹¹ Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss begrüßte diesen Ausbau der Parteiautonomie,¹² doch scheint der Vorschlag vorerst nur begrenzt Erfolg gehabt zu haben. Denn die letzte Version des Verordnungstextes schweigt sich im Rahmen des Vorschriftenteils aus, verweist aber in Erwägungsgrund 16 auf die künftige Rechtsentwicklung: “Sollte die Gemeinschaft in einem geeigneten Rechtsakt Regeln des materiellen Vertragsrechts, einschließlich vertragsrechtlicher Standardbestimmungen,

⁸ Europäisches Parlament, *Entschließung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Erb- und Testamentrecht*, 16 Nov. 2006, P6_TA(2006)0496, http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_re al.cfm?CL=de&DosId=192591#374598, Empfehlung 3.

⁹ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)*, 15 Dez. 2005, KOM(2005) 650 endgültig. Der EU-Justizministerrat hat am 7/12/2007 den vom Parlament am 29/11/2007 angenommenen Verordnungstext inhaltlich gebilligt und damit den Weg für Rom I frei gemacht, Bundesministerium der Justiz, *EU-Justizministerrat: Rechtssicherheit für EU-Bürger – Rom I-Verordnung kommt*, 7 Dez. 2007, abrufbar unter den Pressemitteilungen bei www.bmj.bund.de. Siehe zu Rom I ferner A. STAUDINGER, “Rechtsvereinheitlichung innerhalb Europas: Rom I und Rom II”, *Anwaltsblatt*, 2008, S. 8-16, auf S. 8 m. w. N.

¹⁰ Ausführliche Nachweise bei D. MARTINY, “Europäisches Internationales Vertragsrecht in Erwartung der Rom I-Verordnung”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, S. 79-108, auf S. 87-ff., note 61.

¹¹ Europäische Kommission, *Vorschlag Rom I*, *supra* note 9, auf S. 6.

¹² Siehe Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Stellungnahme zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)*, 13 Sept. 2006, *Amtsblatt der Europäischen Union*, 23 Dez. 2006, C318, S. 56-ff., auf S. 59.

festlegen, so kann in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden, dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden”.¹³

In der Diskussion um die europaweit einheitliche Bestimmung des Personalstatuts wird die Möglichkeit der Wahl eines gemeineuropäischen Regelwerks bisher vergleichsweise wenig behandelt. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss bemerkte freilich in seiner Stellungnahme zum Grünbuch Erb- und Testamentsrecht: “Die Möglichkeit materieller gemeinschaftlicher Bestimmungen könnte im Zusammenhang mit der Einführung der Rechtswahl [sc. in der Fußnote: Wahl des Erblassers des für die Erbfolge anzuwendenden Rechts] als Alternative zu einem oder mehreren anwendbaren einzelstaatlichen Rechtssystemen erwogen werden”.¹⁴ Ob er ein Modellrecht im Sinne des viel diskutierten common frame of reference (“CFR”)¹⁵ vor Augen hatte, der im Bereich des Vertragsrechts angestrebt wird, bleibt leider im Dunkeln.

2. *Internationales familienrech*

Der Parteiautonomie breiteren Raum geben Maßnahmen im Bereich des Familienrechts. Der am 17 Juli 2006 vorgelegte und vom Rat inzwischen grundsätzlich gebilligte¹⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) No 2201/2003 (Brüssel II a) im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich (“Rom III”) hält die Einführung einer Wahlmöglichkeit für erforderlich, die auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkt ist, zu denen die Ehegatten einen engen

¹³ Europäisches Parlament, *Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 29 Nov. 2007 im Hinblick auf den Erlass der Verordnung (EG) No .../2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)*, P6_TCL_COD(2005)0261. Siehe zur Genese des Sekundärrechtsakts, A. STAUDINGER, “Rechtsvereinheitlichung innerhalb Europas”, *supra* note 9, S. 9 und zu Meinungen im Schrifttum E. JAYME und C. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2007, S. 493-499, auf S. 495 m. w. N.

¹⁴ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Stellungnahme, supra* note 7, auf S. 2.

¹⁵ N. JANSEN, “Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht”, *Juristenzeitung*, 2006, S. 536-546.

¹⁶ Siehe die unter http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=194499 abrufbare Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 20 April 2007, die auf der PreLex-Seite der Europäischen Kommission den letzten Eintrag darstellt. Zu einschlägigen Stellungnahmen im Schrifttum zuletzt W. PINTENS, “Europäisierung von Familienrecht und Personenstand: Traum oder Wirklichkeit”, *Das Standesamt*, 2008, S. 97-104.

Bezug haben.¹⁷ Die Kommission begründete ihre Initiative damit, dass für das Prinzip der Parteiautonomie in Ehesachen derzeit wenig Platz sei,¹⁸ obwohl sich Bürger eng mit einem Mitgliedstaat verbunden fühlen könnten, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. Ferner könne es von Vorteil sein, wenn sich Ehegatten untereinander einigen könnten.¹⁹

Darüber hinaus hat die Kommission am 15. Dezember 2005 den Vorschlag für eine Verordnung des Rates vorgelegt, welche unter anderem das anwendbare Recht in Unterhaltssachen regeln soll.²⁰ Darin wird unter Artikel 14 in gewissen Grenzen eine auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkte Wahlfreiheit verankert.²¹ Auch diese Initiative ist bislang – soweit ersichtlich – nicht beanstandet worden.²²

Was schließlich das Grünbuch zum Güterrecht betrifft, so ist hier die Rechtswahlfreiheit ebenfalls von Bedeutung, was aber im Hinblick auf die bisherige Rechtslage in den meisten Mitgliedstaaten keine Neuerung darstellt.²³

III. PARTEIAUTONOMIE UND OBJEKTIVE ANKNÜPFUNG

I. Vorüberlegung

Trägt nun die oben beschriebene Tendenz zur Ausweitung der

¹⁷ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) No 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich*, 17. Juli 2006, KOM(2006) 399 endgültig, auf S. 11.

¹⁸ *Ibid.*, S. 4; So würden die einzelstaatlichen Kollisionsnormen in der Regel nur eine Lösung für einen bestimmten Fall vorsehen und in dieser Hinsicht zum Beispiel die Anwendung des Rechts eines Staates vorsehen, dessen Staatsangehörigkeit beiden Ehegatten gemeinsam ist, oder die Anwendung des Rechts des Gerichtsstandes.

¹⁹ Siehe Europäische Kommission, *Grünbuch über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen*, 14. März 2005, KOM(2005) 82 endgültig.

²⁰ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten*, 15. Dez. 2005, KOM(2005) 649 endgültig.

²¹ Siehe dazu auch den Erwägungsgrund 16; anders hingegen bisher das deutsche Recht, welches einer Parteiautonomie im Zusammenhang mit Artikel 18 EGBGB keinen Raum gibt.

²² Vgl. zu Stellungnahmen des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments und des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses die PreLex-Webseite der Europäischen Kommission unter http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=193665.

²³ Europäische Kommission, *Grünbuch vom 17. Juli 2006 zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung*, 17. Juli 2006, KOM(2006) 400 endgültig, S. 6.

Parteiautonomie eher dem Bedürfnis einer zunehmend mobilen Gesellschaft nach Vorausssehbarkeit des anwendbaren Rechts Rechnung oder steht vielmehr die “Emanzipation” des Einzelnen im Vordergrund? Handelt es sich mit anderen Worten bei der Aufwertung der *professio iuris* mehr um eine “Verlegenheitslösung”²⁴ zur Korrektur einer unzureichenden objektiven Anknüpfung oder geht es darum, die Selbstbestimmung des Individuums zurückzuerlangen?²⁵ Letzteres könnte im Bereich des Erbrechts mit Blick auf die (Grenzen der materiellrechtlichen) Testierfreiheit des Erblassers problematisch sein. So wird beispielsweise im deutschen Recht der Mangel an Parteiautonomie im Erbkollisionsrecht damit begründet, dass eine grenzenlose Rechtswahlmöglichkeit wegen der Existenz von Rechtsordnungen, die keine Pflichtteils- oder Noterbrechte kennen, zur Umgehung der deutschen Schranken der Testierfreiheit führen könnte.²⁶

Die aufgeworfenen Fragen nach dem “roten Faden”, dem die gegenwärtige Europäisierung des Kollisionsrechts zu folgen gedenkt oder folgen sollte, wird den Gang der nachstehenden Abhandlung ebenso begleiten wie die Entwicklung möglicher Folgerungen in Bezug auf die Neugestaltung der objektiven Anknüpfung.

2. *Rechtfertigung der parteiautonomie*

a. Äußere und innere Rechtfertigung

Der Gedanke, dass nicht räumliche Gegebenheiten, sondern der Wille der Parteien ausschlaggebend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts sein soll, scheint sich schlecht mit den heute noch beachteten, auf objektiver Lokalisierung von Rechtsverhältnissen beruhenden klassischen kollisionsrechtlichen Theorien zu vertragen.²⁷ Doch war auch die Parteiautonomie schon in den Konzepten der Mitte des 19. Jahrhunderts wirkenden “Klassiker” angelegt.²⁸ Rechtfertigen lässt sie sich zum einen

²⁴ Siehe S. LEIBL, “Parteiautonomie im IPR: Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?”, in H.-P. MANSEL *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, Band 1, S. 485-503.

²⁵ Darin wird eine Entwicklungslinie der heutigen Rechtswissenschaft gesehen, Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg, Winter, 2000, S. 338.

²⁶ T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht: Mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, Müller, 2002, auf S. 222.

²⁷ F.K. JUENGER, “Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht: Eine Kritik aus amerikanischer Sicht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1982, S. 57-83, auf S. 63.

²⁸ Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie*, *supra* note 25, S. 194 und 333-ff.

durch ihre Verankerung im geltenden staatlichen Recht (äußere Rechtfertigung): Nur das maßgebende Kollisionsrecht könne die Wahl der anzuwendenden Sachnormen dem Ermessen der Beteiligten anheimstellen, nicht aber umgekehrt die Freiheit des einzelnen als erster Ausgangspunkt für die Bestimmung der maßgebenden Rechtsordnung dienen.²⁹ In diesem Zusammenhang mag die Funktion von Anknüpfungsregeln von Bedeutung sein: Kollisionsnormen sollen einerseits den Eigenheiten des Einzelfalls Rechnung tragen, andererseits aber eine voraussehbare Antwort auf die Frage der Rechtsanwendung geben, das heißt Rechtssicherheit gewährleisten.³⁰

Die innere (rechtspolitische) Berechtigung der freien Rechtswahl wird mitunter aus dem Grundsatz in dubio libertas hergeleitet: Wenn der Gesetzgeber sich nicht entschließen könne, den Beteiligten ein bestimmtes Statut aufzuzwingen (durch Festlegung einer nicht manipulierbaren Anknüpfung) oder überhaupt eine Anknüpfung vorzuschreiben, gebe er ihnen die Freiheit der Rechtswahl.³¹ In diese Richtung weist ferner die Ansicht, dass die Anknüpfung an objektive Merkmale (dazu unten C) stets unter dem Dilemma leide, entweder zu rigide oder zu vage zu sein.³² Außerdem wüssten die Parteien in der Regel selbst am besten, welches Recht ihnen fromme.³³ Als Argument für die Rechtswahl ist unter anderem auch vorgebracht worden, dass sie das Verfahren vereinfache. Die für die objektive Anknüpfung maßgeblichen Umstände müssten nicht mehr festgestellt werden. Die Nachlassabwicklung werde für Gerichte, Behörden, Notare und Erben leichter, schneller und billiger sein.³⁴ Schließlich wird ausgeführt, dass die Rechtswahl in einer globalisierten Welt in idealer Weise die

²⁹ Siehe dazu J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6. Aufl., Tübingen, Mohr, 2006, S. 295.

³⁰ Dazu D. MARTINY, in K. REBMANN, F.J. SÄCKER und R. RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., München, Beck, 2006, Band 10, EGBGB Artikel 27 II § 1 (a); J. KROPHOLLER, "Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1978, S. 634-661, auf S. 644.

³¹ Siehe dazu J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., *supra* note 29, S. 296.

³² D. MARTINY, in K. REBMANN, F.J. SÄCKER und R. RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., *supra* note 30, EGBGB Artikel 27 II § 1 (a).

³³ So vor allem in Bezug auf das Internationale Vertragsrecht S. LEIBLE, "Parteiautonomie im IPR", *supra* note 24, auf S. 487 mit weiteren Argumenten und Nachweisen.

³⁴ Siehe dazu H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, auf S. 5.

Verwirklichung von Identitätsinteressen und Anpassungsprozessen ermögliche.³⁵

b. Rechtswahl als konsensfähige Lösung

Die verschiedenen Kollisionsrechte der EU-Mitgliedstaaten kennen unterschiedliche Wege zur objektiven Bestimmung des anwendbaren Rechts. Die vielfältigen Möglichkeiten an objektiven Anknüpfungsmomenten erklärt die Notwendigkeit einer konsensfähigen Lösung auf europäischer Ebene. Als "Eckpfeiler" dieser Lösung kann im Prinzip die Festschreibung der Rechtswahlfreiheit fungieren. Denn die Aufgabe traditioneller Rechtsvorstellungen wird den betreffenden Mitgliedstaaten leichter fallen, wenn es einem Erblasser wenigstens freisteht, die traditionell geltende Anknüpfung im Wege der Rechtswahl wiederherzustellen.³⁶

Wie gespalten Europa in puncto objektive Anknüpfung des Personalstatuts tatsächlich ist, dokumentiert die Geschichte der Abkommen, die im Rahmen der Haager Konferenz entwickelt wurden: Als zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts die ersten fünf internationalprivatrechtlichen Konventionen abgeschlossen wurden, konnte noch von einer Dominanz der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit (Staatsangehörigkeits- oder Heimatrechtsprinzip) gesprochen werden.³⁷ Bereits im Jahre 1977 bemerkte man aber im Schrifttum, dass sich das Staatsangehörigkeitsprinzip seit etwa zwei Jahrzehnten auf dem Rückzug befinde.³⁸ Heute wird der "Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip"³⁹ von vielen in Betracht gezogen oder befürwortet.⁴⁰ Vor allem im neueren – wohl durch die Aktivitäten auf

³⁵ Siehe S. LEIBLE, "Parteiautonomie im IPR", *supra* note 24, S. 501 mit weiteren Nachweisen.

³⁶ H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, S. 5.

³⁷ G. FISCHER, "Die Entwicklung des Staatsangehörigkeitsprinzips in den Haager Übereinkommen", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1993, S. 1-25, auf S. 3 und 5. Dort auch zur damaligen Rechtslage und Überzeugung in den Teilnehmerstaaten.

³⁸ L. RAAPE und F. STURM, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., München, Vahlen, Band 1, S. 116.

³⁹ Titel des Aufsatzes von D. HENRICH, "Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?", in G. HOHLOCH, R. FRANK und P. SCHLECHTRIEM, *Festschrift für H. Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

⁴⁰ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 5. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, S. 289: "In der Zukunft dürfte die Bedeutung des gewöhnlichen Aufenthalts im deutschen IPR weiter steigen und der Staatsangehörigkeit den Rang ablaufen".

europäischer Ebene beflügelten- Schrifttum finden sich Darstellungen, die ausführlich den gegenwärtigen Stand der Diskussion um die Anknüpfung an die *lex patriae* zusammenfassen.⁴¹ Die allmähliche Umpolung von der Staatsangehörigkeit auf den gewöhnlichen Aufenthalt scheint ihren ersten entscheidenden Impuls durch den Beschluss der Haager Konferenz von 1928 erhalten zu haben, das Anknüpfungskriterium "gewöhnlicher Aufenthalt" für Staatenlose zu verwenden; sie wurde später namentlich durch die weitgehend auf dem Aufenthaltsprinzip fußenden Übereinkommen über den Unterhalt und den Minderjährigenschutz gestärkt.⁴²

Heute werden auf dem Gebiet des Personen- und Familienrechts als vorwiegend dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgende Staaten neben Deutschland Schweden, Finnland, Österreich, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien,⁴³ Spanien, Jugoslawien, Albanien, Rumänien, Griechenland und die Türkei genannt, wohingegen in England, Irland, Schottland, Dänemark, Island, Norwegen, Estland und der Schweiz das Domizilprinzip gelte.⁴⁴ Im Bereich des Internationalen Erbrechts knüpft das deutsche Recht gemäß Artikel 25 EGBGB für die Rechtsnachfolge von Todes wegen an die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes an. Auch Griechenland, Italien, Portugal, Spanien, Schweden, die Slowakei und die Tschechische Republik sowie Ungarn gehen vom Staatsangehörigkeitsprinzip aus, während zum Beispiel Frankreich, Finnland, Dänemark und England an den (unterschiedlich definierten) Wohnsitz anknüpfen und Italien wie die Niederlande den gewöhnlichen Aufenthalt (fakultativ) berücksichtigen.⁴⁵

⁴¹ C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa: Die Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsanknüpfung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot*, Baden-Baden, Nomos, 2008, *passim* m. w. N.; J.M. SCHERPE, "Antrag auf Namensänderung ausländischer Transsexueller", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2007, S. 271-272 mit Verweis auf ein für das deutsche Bundesverfassungsgericht erstelltes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Thema "Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht".

⁴² J. KROPHOLLER, "Der Einfluss der Haager Übereinkommen auf die deutsche IPR-Kodifikation", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1993, S. 207-223, auf S. 220.

⁴³ P. KINDLER, "Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1997, S. 227-284, auf S. 261.

⁴⁴ T. KADNER GRAZIANO, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht: Harmonisierung des IPR durch Wissenschaft und Lehre (am Beispiel der außervertraglichen Haftung für Schäden)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, S. 99-ff.

⁴⁵ C. STUMPF, "EG-Rechtssetzungskompetenzen im Erbrecht", *Europarecht*, 2007, S. 291-316, auf S. 291.

Auch in internationalen Reaktionen auf das erwähnte Grünbuch der Kommission zum Erb- und Testamentsrecht ist die objektive Anknüpfung umstritten, doch findet der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, den die Kommission als im Vergleich zum Heimatrechtsprinzip “modernere Lösung”⁴⁶ bezeichnet, als Anknüpfungskriterium breite Zustimmung.⁴⁷

3. *Grundlagen der objektiven anknüpfung*

a. Das Ziel des räumlich besten Rechts

Weitgehend beachtet wird auch heute noch von Savignys Theorie, die das Recht desjenigen Staates für anwendbar hält, “welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist”.⁴⁸ Mit anderen Worten ist sachverhaltsbezogen⁴⁹ im Sinne der Maßgeblichkeit rein räumlicher Kriterien⁵⁰ nach dem Sitz des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses zu fragen und grundsätzlich diejenige Rechtsordnung zu ermitteln, zu welcher der fragliche Sachverhalt die stärkste Beziehung oder engste Verbindung aufweist. Somit liegt dem Internationalen Privatrecht im Prinzip eine eigene, internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit zugrunde, die es gebietet, das räumlich beste Recht zu berufen.⁵¹

Dreh- und Angelpunkt der objektiven Anknüpfung sind die Anknüpfungskriterien oder -momente. Bei ihnen handelt es sich um rechtliche Merkmale, welche dem im Tatbestand einer Verweisungsnorm

⁴⁶ S. die Einführung zu dem *supra* note 2 genannten Grünbuch Erb- und Testamentsrecht.

⁴⁷ Siehe zu einzelnen Positionen D. LEHMANN, “Internationale Reaktionen”, *supra* note 4, S. 206. Der Deutsche Richterbund hält beispielsweise vor allem die Staatsangehörigkeit für ein geeignetes Anknüpfungskriterium; Deutscher Richterbund, *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht KOM(2005)65 endg.; Ratsdok 7027/05*, Juni 2005, www.drj.de/cms/index.php?id=302. Dafür spreche, dass für die meisten Menschen die Staatsangehörigkeit auch mit dem Land des Wohnsitzes und ständigen Aufenthalts übereinstimme. Zum anderen zeige auch bei Errichtung des Wohnsitzes oder Aufenthalts in einem von der Staatsangehörigkeit abweichenden Land deren Aufrechterhaltung, dass der Betroffene sich nach wie vor an das Land gebunden fühle, dessen Staatsangehörigkeit er habe.

⁴⁸ F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Neudruck der Ausgabe, 1849, Aalen, Scienta-Verlag, 1981, Band 8, S. 108.

⁴⁹ S. LEIBLE, “Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien”, in H. SCHULTE-NÖLKE und R. SCHULZE, *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, S. 353.

⁵⁰ M. WANDT, *Internationale Produkthaftung*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1995, S. 246.

⁵¹ Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie*, *supra* note 25, auf S. 337.

beschriebenen Sachverhalt anhaften und seinen Bezug zu einer Rechtsordnung herstellen.⁵² Zum Beispiel kommen im Bereich des Personen-, Familien- und Erbrechts, das heißt in Rechtsangelegenheiten, die einen oder mehrere Beteiligte persönlich angehen,⁵³ als derartige Anzeichen für das Bestehen einer engen Verbindung verschiedene Kriterien in Betracht.⁵⁴ In den obigen Ausführungen klang bereits an, dass im Common-law-Rechtskreis der Begriff des domicile von wesentlicher Bedeutung ist. Daneben sind die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt denkbar. Die Terminologie ist freilich mitunter verwirrend: Wenn vom Domizilprinzip gesprochen wird, kann auch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gemeint sein.⁵⁵

b. Merkmale denkbarer anknüpfungskriterien

Die Problematik der objektiven Anknüpfung lässt sich also nicht durch ein einzig richtiges Anknüpfungskriterium lösen, was die europaweit unterschiedlich gefassten Kollisionsnormen und der geschilderte Aufstieg und Fall des Staatsangehörigkeitsprinzips verdeutlichen (siehe dazu oben III B 2). Dieser Umstand gibt nun Raum für eine einheitliche Strategie. Denn die in Betracht kommenden Anknüpfungsmomente können, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, einmal mehr der Rechtssicherheit dienen und einmal mehr mit einer bestimmten Willensbildung zusammenhängen. Besteht einmal Klarheit über die erwähnte Richtschnur hinsichtlich der gegenwärtigen Ausweitung der Parteiautonomie, ließe sich durch entsprechende Gestaltung der objektiven Anknüpfung eine in sich widerspruchsfreie, kohärente und konsequente Gesetzgebung verwirklichen.

i. Staatsangehörigkeit

Es entspricht dem in Artikel 2 Ziffer 1 UN-Charta verankerten Grundsatz der souveränen Gleichheit aller Staaten und geltendem Völkergewohnheitsrecht, dass jeder Staat zur Regelung seiner

⁵² T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 26, auf S. 41.

⁵³ Unter den Begriff "materielles Personalstatut" fallen traditionell Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechts, C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa*, *supra* note 41, auf S. 24.

⁵⁴ Die Frage der Vorzugswürdigkeit eines dieser Kriterien stellte sich jüngst in Deutschland in Bezug auf die vom deutschen Bundesverfassungsgericht für erforderlich gehaltene Neuregelung des Transsexuellengesetzes, siehe J.M. SCHERPE, "Antrag auf Namensänderung ausländischer Transsexueller", *supra* note 41, *passim*.

⁵⁵ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, auf S. 263.

Staatsangehörigkeit allein berufen ist.⁵⁶ Kollisionsrechtlich hat dies zur Konsequenz, dass sich die Frage der Staatsangehörigkeit einer Person grundsätzlich nach dem Recht des in Anspruch genommenen Staates beantwortet.⁵⁷ Je nach der Politik eines nationalen Gesetzgebers beruht die Staatsangehörigkeit auf höchst unterschiedlichen Kriterien, was bei Zugrundelegung des Heimatrechtsprinzips zu einer unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Gewichtung führen kann.⁵⁸ Auch haben die Fälle zugenommen, in denen eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt.⁵⁹

Die mit dem Vertrag von Maastricht aus der Taufe gehobene Unionsbürgerschaft hat die von der Staatsangehörigkeit vermittelte Bindung der Bürger an die Mitgliedstaaten nicht in Frage gestellt. Gemäß Artikel 17 Absatz 1 EG-Vertrag ist der Status des Unionsbürgers zur Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten hinzugetreten, ohne diese zu ersetzen.⁶⁰ Die Unionsbürgerschaft wird allein durch die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten vermittelt.⁶¹

Den Menschen steht es mithin nicht frei, jederzeit die gewünschte Staatsangehörigkeit zu erwerben. Bald entscheidet über die Staatsangehörigkeit die Eingliederung in eine Familie durch Abstammung, Adoption oder Eheschließung, bald ein räumliches Moment (wie Geburts- oder Aufenthaltsort); dabei wird der eigene Wille des Betroffenen in sehr unterschiedlichem Maße beachtet.⁶²

Inwieweit das Heimatrechtsprinzip der Rechtssicherheit dient, hängt vom Standpunkt des Betrachters ab, wobei vor allem zwischen dem Parteiinteresse und demjenigen des Verkehrs zu unterscheiden ist: Da die Staatsangehörigkeit im Allgemeinen nicht nur stabiler, sondern auch

⁵⁶ D. BLUMENWITZ, in D. BLUMENWITZ *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum IPR, Artikel 3-6 EGBGB*, Berlin, Sellier, 2003, Anhang I zu Artikel 5 Rn 39-ff.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ H.J. SONNENBERGER, "Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht", in H.J. SONNENBERGER und V. MANGOLDT, *Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 1988, S. 9-ff, auf S. 13.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ D. DÜSTERHAUS, "Nationalität, Mobilität, Territorialität: Gemeinschaftsrechtliche Ansprüche mobiler Unionsbürger gegen ihre Heimatstaaten", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 103-107, auf S. 103-ff.

⁶¹ EG-Vertrag, Artikel 17 Absatz 1 Satz 2.

⁶² J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, auf S. 268.

leichter und mit größerer Sicherheit feststellbar ist als der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt⁶³ und darüber hinaus als Anknüpfungspunkt weniger der Manipulation durch die Beteiligten unterliegt,⁶⁴ ist das Heimatrechtsprinzip prinzipiell im Interesse beider Personengruppen. Gleichwohl wird eine Wohnsitz- oder Domizil-Anknüpfung in der Regel die Verkehrsinteressen besser schützen.⁶⁵ Das Parteiinteresse wird andererseits durch das Heimatrechtsprinzip insofern gewährleistet, als die Staatsangehörigkeitsanknüpfung dem Interesse am Fortbestand der Rechtspositionen, das heißt dem Kontinuitätsinteresse der betroffenen Partei, dient.⁶⁶ Angesichts des Umstandes, dass die meisten Menschen Zeit ihres Lebens die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen, bedeutet das Staatsangehörigkeitsprinzip, dass auch im Falle eines Wechsels des Domizils oder Aufenthaltes kein unerwünschter Statutenwechsel eintritt.⁶⁷ Hieran dürften insbesondere Personen ein Interesse haben, welche aus beruflichen Gründen häufig ihren Aufenthaltsstaat wechseln.⁶⁸

ii. Wohnsitz

Der normative, verrechtlichte Wohnsitz des deutschen Sachrechts ist vor allem durch folgende drei Merkmale gekennzeichnet. Erstens kann eine Person gleichzeitig an mehreren Orten einen Wohnsitz haben (§ 7 Absatz 2 Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁹ -im Folgenden "BGB"). Der Wohnsitz wird zweitens durch einen Willensakt begründet und wieder aufgehoben (§ 7 Absatz 1 und 3 BGB). Drittens hat ein Kind einen von dem Wohnsitz des Personensorgeberechtigten abgeleiteten Wohnsitz (§ 11 BGB) und kann - wie andere Personen, die nicht voll geschäftsfähig sind- ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben (§ 8 Absatz 1 BGB).⁷⁰ Der Wohnsitzbegriff divergiert von Land zu Land stark.⁷¹ Im Kern stimmen jedoch die meisten Rechtsordnungen darin überein, dass zum selbständigen Erwerb eines Wohnsitzes factum und animus gehören, das heißt der tatsächliche Aufenthalt am

⁶³ L. RAAPE und F. STURM, *Internationales Privatrecht*, 6 Aufl., *supra* note 38, auf S. 117.

⁶⁴ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5 Aufl., *supra* note 40, auf S. 269.

⁶⁵ G. KEGEL und K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9 Aufl., München, Beck, 2004, § 13 II, S. 449.

⁶⁶ C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa*, *supra* note 41, auf S. 42-ff.

⁶⁷ L. RAAPE und F. STURM, *Internationales Privatrecht*, 6 Aufl., *supra* note 38, S. 117.

⁶⁸ B. VON HOFFMANN und K. THORN, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9 Aufl., München, Beck, 2007, § 5 Rn 13.

⁶⁹ Bürgerliches Gesetzbuch, neugefasst durch Bekanntmachung vom 2 Jan. 2002, *Bundesgesetzblatt Teil I*, 2002, S. 42, 2909; 2003, S. 738.

⁷⁰ Siehe zu diesen drei Kriterien C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2 Aufl., München, Beck, 2003, Band I, S. 564-ff.

⁷¹ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5 Aufl., *supra* note 40, auf S. 263.

betreffenden Ort und der Wille, dort für lange Zeit -wenngleich mit möglichen Unterbrechungen- zu bleiben.⁷²

iii. Der ort des gewöhnlichen aufenthalts

Eine international verbindliche Definition des gewöhnlichen Aufenthalts existiert nicht.⁷³ Auch im Römischen EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (nachstehend "EVÜ")⁷⁴ und der Verordnung (EG) No 44/2001 des Rates vom 22 Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ("EuGVO")⁷⁵ wird der Begriff "gewöhnlicher Aufenthalt" lediglich vorausgesetzt.⁷⁶

Nach Empfehlungen des Europarates sind für die Frage, ob ein Aufenthalt als gewöhnlicher anzusehen ist, die Dauer und die Beständigkeit sowie andere Umstände persönlicher oder beruflicher Art zu berücksichtigen, die dauerhafte Beziehungen zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt anzeigen.⁷⁷ Eine Analyse der kollisionsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung verschiedener europäischer Länder kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass im Wesentlichen zwei unterschiedliche Auffassungen darüber bestünden, wie der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu verstehen sei:⁷⁸ Nach dem einen Interpretationsstrang sei der Begriff allein durch das Kriterium der zeitlichen Länge und Regelmäßigkeit des Aufenthalts zu bestimmen.⁷⁹ Nach der anderen Ansicht soll es für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts in

⁷² *Ibid.*, auf S. 278.

⁷³ D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr 1994, S. 149.

⁷⁴ H. HORN, *Internationales Vertragsrecht: die IPRG/KSchG Novelle 1998 samt EVÜ mit Kommentar*, Wien, Verlag Österreichische Staatsdruckerei, 1999, EVÜ Artikel 4 Anmerkung 19.

⁷⁵ *Amtsblatt der Europäischen Union*, 16 Jan. 2001, L12, S. 1.

⁷⁶ Siehe zum Beispiel EuGVVO, Artikel 5 § 2, Artikel 17 § 3; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8 Aufl., Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, Artikel 5 Rn 59.

⁷⁷ C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2 Aufl., *supra* note 70, S. 564. Ausführlich zu den einschlägigen Nummern der Resolution des Europarates J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6 Aufl., *supra* note 29, S. 282-ff.

⁷⁸ Siehe dazu D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt*, *supra* note 73, S. 149-ff.

⁷⁹ Nach einem Verständnis von Artikel 135 schweizerisches IPRG wird unter dem gewöhnlichen Aufenthalt das auf Zeit begründete, zweckgerichtete Zentrum angesehen, P. VOLKEN, in D. GIRSBERGER *et al.*, *Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18 Dezember 1987*, 2 Aufl., Zürich, Schulthess, Artikel 135 Rn 55.

erster Linie auf die tatsächliche Bindungen der Anknüpfungsperson zum Aufenthaltsort ankommen (Integrationsfaktor).

In Deutschland sieht der Bundesgerichtshof in Bezug auf Artikel 1 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht als gewöhnlichen Aufenthalt den Ort oder das Land an, "in dem der Schwerpunkt der Bindungen der betreffenden Person, ihr Daseinsmittelpunkt liegt".⁸⁰ Das Kriterium des Daseinsmittelpunkts findet in Kombination mit dem Erfordernis einer gewissen Dauer des Aufenthalts (Faustregel: 6 Monate) auch im Schrifttum Anklang.⁸¹

Im Ergebnis handelt es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt um ein flexibles Anknüpfungskriterium. Die Konkretisierungsbedürftigkeit der üblichen Definitionen mag bei den Verfassern des EVÜ Zweifel in Bezug auf die Tauglichkeit des fraglichen Kriteriums geweckt haben. Sie sollen sich schließlich gegen eine Ersetzung des Wohnsitzes durch den gewöhnlichen Aufenthalt unter anderem mit der Begründung ausgesprochen haben, dass letzterer nicht sicher genug definierbar und ein zu flüchtiges Anknüpfungsmoment sei.⁸²

Was die gewisse "Willensarmut" des in Rede stehenden Anknüpfungsmoments betrifft, so besteht diese zwar insofern, als ein Wille, den Aufenthaltsort zum Mittelpunkt oder Schwerpunkt der Lebensverhältnisse zu machen, für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht erforderlich ist.⁸³ Andererseits ist der relevante Daseinsmittelpunkt anhand von Indizien zu bestimmen, die zeitliche wie vor allem integrationsbezogene Umstände einschließen dürften. Dabei wird in Bezug auf letzteren Aspekt insbesondere der Wille, auf Dauer am Aufenthaltsort zu verweilen, als wesentliches Indiz in Betracht zu ziehen sein.⁸⁴

iv. Domicile

⁸⁰ Urteil des Bundesgerichtshofs (nachstehend "BGH"), Rs. IV ZR 103/73, 5/2/1975, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, S. 1068.

⁸¹ C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 70, S. 563.

⁸² J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, *supra* note 76, Artikel 59 Rn 2.

⁸³ Beschluss des BGH, Rs. IV b ZB 586/80, 29/10/1980, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* ("BGHZ"), Band 78, S. 293-305, auf S. 295.

⁸⁴ D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt*, *supra* note 73, S. 151; ähnlich C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 70, S. 566; Der Daseinsmittelpunkt einer Person lasse sich kaum rein objektiv, also ohne Bedachtnahme auf deren Willen, ermitteln.

Domicile bedeutet im Wesentlichen Heimat,⁸⁵ ist aber im Einzelnen stark durch rechtliche Wertungen geprägt.⁸⁶ Zu unterscheiden ist das US-amerikanische Verständnis von dem im Folgenden zu untersuchenden englischen Konzept. Letzteres bringt nicht die Verbundenheit mit einem Ort zum Ausdruck, sondern mit einem Rechtsgebiet, etwa: dem englischen im Gegensatz zum schottischen oder deutschen Rechtsterritorium.⁸⁷ Ein weiterer Unterschied zum deutschen Wohnsitzbegriff besteht darin, dass es weder ein doppeltes Domizil noch Domizillosigkeit gibt.⁸⁸ Allerdings existieren verschiedene Kategorien:⁸⁹ Das domicile of origin ist dort zu verorten, wo eine Person geboren wird. Ein domicile of choice kann durch eine autonome Person dadurch erworben werden, dass sie sich in einem Land mit der Absicht aufhält, dort ständig oder auf unbestimmte Zeit zu verweilen - und setzt mithin sowohl einen physischen Aufenthalt als Einwohner⁹⁰ als auch einen Aufenthaltswillen voraus. Daneben existiert ein domicile of dependence, das beispielsweise für ein Kind gilt, welches sich in der Obhut einer anderen Person befindet. Ferner lebt das domicile of origin bei Aufgabe des Wahl-domizils mangels Begründung eines neuen Wahl-domizils wieder auf.⁹¹

Der Rechtssicherheit dient nicht nur der Umstand, dass jede Person nur ein Domizil haben kann. Der englische Domizilbegriff ist ähnlich starr wie die Staatsangehörigkeit: Jeder Mensch hat ein domicile of origin, das nur selten durch ein domicile of choice ersetzt wird, weil an dessen Begründung strenge Anforderungen gestellt werden.⁹² Es ist im Allgemeinen auch leichter, den Wechsel von einem Wahl-domizil zum

⁸⁵ L. COLLINS *et al.*, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13. Aufl., London, Sweet and Maxwell, 2000, Band I, Rn 6-004; "the notion which lies at the root of the concept of domicile is that of permanent home"; C.M.V. CLARKSON und J. HILL, *The Conflict of Laws*, 3. Aufl., Oxford, Oxford University Press, 2006, S. 20; T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?: Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR", in H.-P. MANSEL *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, Band I, S. 719-745, auf S. 727, note 45.

⁸⁶ L. COLLINS *et al.*, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13. Aufl., *supra* note 85, Rn 6-004-ff.; "domicile is an idea of law".

⁸⁷ C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 70, S. 565.

⁸⁸ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, S. 263.

⁸⁹ Siehe zu allen Varianten des *domicile* C.M.V. CLARKSON und J. HILL, *The Conflict of Laws*, 3. Aufl., *supra* note 85, S. 21-ff.

⁹⁰ L. COLLINS *et al.*, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13. Aufl., *supra* note 85, Rn 6-005.

⁹¹ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, S. 263.

⁹² C.M.V. CLARKSON und J. HILL, *The Conflict of Laws*, 3. Aufl., *supra* note 85, S. 23 m. w. N.

anderen nachzuweisen, als den Wechsel von einem domicile of origin zu einem domicile of choice.⁹³ Gewisse Reformbemühungen sind erkennbar. In diesem Sinne wird vorgeschlagen, das traditionelle Verständnis des englischen domicile dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts anzunähern.⁹⁴ Mit dieser Frage befasste Kommissionen in England und Schottland sprachen sich jedoch gegen eine allgemeine Ersetzung des in Rede stehenden Anknüpfungsmoments durch den gewöhnlichen Aufenthalt insbesondere wegen Bedenken in Bezug auf die Bedeutung des Willens und der Aufenthaltsdauer aus.⁹⁵ Nichtsdestotrotz wird in einigen neueren Entscheidungen der Flexibilität mehr Raum gegeben.⁹⁶ Will man das Bedürfnis nach einem im Vergleich zum Heimatrecht stärker wandelbaren Statut nicht zugunsten des Aufenthalts als Anknüpfungskriterium in die Waagschale werfen,⁹⁷ kommt mithin eine Anknüpfung an das domicile in Betracht.

IV. VERHÄLTNIS VON SACH- UND KOLLISIONSRECHT

1. *Das Verhältnis im Allgemeinen*

Vor dem Hintergrund der eingangs beschriebenen eigenen, internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit des Kollisionsrechts mag es verwundern, wenn etwa Pfeiffer⁹⁸ in Bezug auf die in verschiedenen Richtlinien enthaltenen kollisionsrechtlichen Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts konstatiert, dass diese Vorgaben ihrer Herkunft nach sachrechtlich geprägt seien; ihre Entstehung sei nicht durch das Streben veranlasst, für ein bestimmtes Rechtsverhältnis den richtigen "Sitz" zu ermitteln. Sie würden vielmehr darauf zielen, einem bestimmten sachrechtlichen Regelungsziel einen bestimmten räumlich-territorialen Anwendungsbereich zu verschaffen.

Im Schrifttum wird ein Einklang von europäischem Sach- und

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, auf S. 41.

⁹⁵ L. COLLINS *et al.*, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13. Aufl., *supra* note 85, Rn 6-123 m. w. N.

⁹⁶ C.M.V. CLARKSON und J. HILL, *The Conflict of Laws*, 3. Aufl., *supra* note 85, auf S. 23.

⁹⁷ Gegen den Aufenthalt beispielsweise T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, auf S. 722.

⁹⁸ T. PFEIFFER, "Vereinheitlichung des Richtlinienkollisionsrechts und Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Standards: Eine Analyse zu den Fragen 3 und 4 des Grünbuchs Rom I", Vortrag bei der Jenaer Expertentagung "Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht" vom 27-28 Juni 2003, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/jenaer_expertentagung_27_28_06_2003_de.pdf, S. 12.

Kollisionsrecht teils ausdrücklich befürwortet⁹⁹ und auch sonst lassen sich immer mehr Ansätze finden, nach denen materiellrechtliche Wertungen im Rahmen der Anknüpfung herangezogen werden.¹⁰⁰ In diesem Sinne soll zwar stets eine gesonderte kollisionsrechtliche Wertung erforderlich sein, die aber zwangsläufig auch durch den Inhalt der Sachnorm und die durch sie materiell geschützten Interessen geprägt werde.¹⁰¹

Aktuelle Stellungnahmen zum erwähnten Grünbuch Erb- und Testamentsrecht vermengen entweder Sach- und Kollisionsrecht oder bringen das nötige Problembewusstsein nicht zum Ausdruck. So dürfte beispielsweise ein der Kommission zur Vorbereitung des Grünbuchs Erb- und Testamentsrecht vorgelegtes Gutachten im Sinne einer mehr oder weniger großen Rücksichtnahme auf die materiellrechtliche Testierfreiheit gefärbt sein.¹⁰² Deutlicher äußert sich in diesem Sinne die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins.¹⁰³

2. *Rechtfertigung der parteiautonomie, fortsetzung*

Was die Frage nach der Rechtfertigung der Parteiautonomie als solche betrifft, so wird teils ein gewisser Zusammenhang zwischen materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Freiheit gesehen:¹⁰⁴ Die materiellrechtlichen Wertungen würden in gewissem Umfang auf das Kollisionsrecht durchschlagen: Wo materiellrechtliche Privatautonomie

⁹⁹ G. BETLEM und C. BERNASCONI, "European Private International Law, the Environment and Obstacles for Public Authorities", *Law Quarterly Review*, 2006, S. 124-ff., auf S. 126.

¹⁰⁰ R. FREITAG, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht*, Tübingen, Mohr, 2000, S. 107; S. LEIBLE, "Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz", *supra* note 49, auf S. 354-ff.; M. SONNENTAG, "Zur Europäisierung des Internationalen außervertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2006, S. 256-ff., auf S. 307 m. w. N.; G. WAGNER, "Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtsstand", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, S. 372-ff., auf S. 374.

¹⁰¹ M. WANDT, *Internationale Produkthaftung*, *supra* note 50, S. 246 m. w. N.

¹⁰² H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, S. 5; "Die von allen Mitgliedstaaten im materiellen Erbrecht gewährte Testierfreiheit würde hier in den Bereich des Kollisionsrechts hinein verlängert".

¹⁰³ Deutscher Anwaltverein, *Stellungnahme*, *supra* note 4; Bundesnotarkammer, *Grünbuch über Erb- und Testamentsrecht der Europäischen Kommission*, 9 Aug. 2005, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_bnotk.de.pdf, S. 4; "Im Interesse der Testierfreiheit sollte ein Gemeinschaftsrechtsinstrument eine möglichst weitgehende Rechtswahl zulassen".

¹⁰⁴ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6 Aufl., *supra* note 29, auf S. 296.

bestehe, sei in der Regel auch gegen eine kollisionsrechtliche Parteiautonomie nichts einzuwenden.

Rechtsdogmatisch ließe sich dieser Zusammenhang entweder kritisieren¹⁰⁵ oder damit begründen, dass hier die Maxime der Wertneutralität des Internationalen Privatrechts zu relativieren ist bzw. gar nicht berührt wird. Welcher Meinung man auch immer folgt: Sach- und Kollisionsrecht sollten im Prinzip nicht nur in rechtsdogmatischer Hinsicht, sondern auch mit Blick auf die nachfolgend genannte Kompetenzfrage (siehe unten unter V.B) sorgfältig auseinander gehalten werden.

3. *Berücksichtigung von pflichtteils- oder noterbrechten*

Der Umgang des Schrifttums mit den in Rede stehenden Interessen Dritter fällt unterschiedlich aus: Teils wird die rechtstatsächliche Bedeutung des Problems relativiert¹⁰⁶ oder darauf hingewiesen, dass eine Beschränkung der Rechtswahl allein den fraglichen Schutz nicht bewirken könne.¹⁰⁷ Auch könne der Erblasser bei einer objektiven Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt einen unerwünschten Angehörigenschutz durch sein Heimatrecht bereits ohne Rechtswahl dadurch vermeiden, dass er seinen gewöhnlichen Aufenthalt aus seinem Heimat- in einen Mitgliedstaat mit geringeren Beschränkungen der Testierfreiheit verlege und diesen bis zum Tode beibehalte.¹⁰⁸

Diese Unbekümmertheit wird auf der anderen Seite kritisiert: Die Interessen Dritter seien zu beachten. Soweit die Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts im Erbstatut zugelassen werde, müsse eine Manipulation (verfassungsrechtlich geschützter) Erb- und Pflichtteilsrechte vermieden werden.¹⁰⁹

Angesichts der fest verankerten Unterschiede in den verschiedenen Rechtsordnungen und des damit verbundenen Konfliktpotentials von Vereinheitlichungsbemühungen liegt es nahe, die Notwendigkeit der kollisionsrechtlichen Rücksichtnahme auf Pflichtteils- oder Noterbrechte zu relativieren. Allerdings dürfte damit dem Anliegen einiger Mitgliedstaaten nicht wirklich Rechnung getragen werden. Will man

¹⁰⁵ S. LEIBLE, "Parteiautonomie im IPR", *supra* note 24, auf S. 488; Parteiautonomie sei "Ausfluss eines überpositiven Autonomie- und Freiheitsgedankens".

¹⁰⁶ H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, auf S. 5; Die Notwendigkeit eines Schutzes naher Angehöriger sei möglicherweise von einer geringeren praktischen Bedeutung, als es zunächst den Anschein habe.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, auf S 740.

materiellrechtliche Wertungen nicht ohne weiteres im Tatbestand einer Kollisionsnorm verankern, bietet es sich an, das Problem der Schutzbedürftigkeit Dritter über nationale Ordre-public-Bestimmungen zu lösen. Zum Beispiel ist in Deutschland nach Artikel 6 EGBGB eine Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Nach Satz 2 der Vorschrift ist sie insbesondere dann nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

Aus deutscher Perspektive ist diese Ansicht allerdings nicht unumstritten.¹¹⁰ Denn die Rechtsprechung vertrat bislang den Standpunkt, dass die Versagung eines Pflichtteils im ausländischen Recht keinen Verstoß gegen den deutschen ordre public enthalte.¹¹¹ An der Richtigkeit dieses Ergebnisses bestehen aber Zweifel, nachdem das Bundesverfassungsgericht eine grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder als von der Erbrechtsgarantie des Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (nachstehend "GG") umfasst sieht,¹¹² und auch das erbrechtliche Schrifttum scheint überwiegend der Ansicht zu sein, das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge und des Ehegatten genieße über Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 GG bzw. Artikel 6 Absatz 1 GG verfassungsrechtlichen Schutz, so dass eine vollständige Abschaffung als verfassungswidrig anzusehen wäre.¹¹³

Schließt man sich der zuletzt genannten Auffassung an, bedeutet dies freilich nicht automatisch die Erfüllung von Artikel 6 EGBGB, obgleich sich dessen Satz 2 explizit auf Grundrechtsverstöße bezieht. Vielmehr bedarf es der weiteren Prüfung, ob das betreffende Grundrecht nach seinem Inhalt und Zweck uneingeschränkt Geltung auch für den konkreten Sachverhalt mit seinen ausländischen Bezügen beansprucht.¹¹⁴ In diesem Zusammenhang kann es auf die Art des betroffenen

¹¹⁰ H. DÖRNER, in H. DÖRNER *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum IPR, Artikel 25, 26 (Internationales Erbrecht)*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2007, Artikel 25 Rn 731; der selbst den deutschen *ordre public* für einschlägig hält.

¹¹¹ Vgl. zum Beispiel Urteil des BGH, Rs XII ZR 248/91, 21/4/1993, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, S. 1920-21, auf S. 1921.

¹¹² Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts (im Folgenden "BVerfG"), Rs I BvR 1644/00 u a, 19/4/2005, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, S. 1561-1567, auf S. 1562; H. DÖRNER, in H. DÖRNER *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar, supra note 110*, Artikel 25 Rn 731.

¹¹³ *Ibid.*, Artikel 25 Rn 731.

¹¹⁴ Beschluss des Ersten Senats des BVerfG, Rs I BvR 636/68, 4/5/1971, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* ("BVerfGE"), Band 31, S. 58-87, auf S 76-ff.

Grundrechts und insbesondere auf den Inlandsbezug des zu regelnden Sachverhalts ankommen.¹¹⁵

V. GEMEINSCHAFTSRECHTLICHE VORGABEN

1. *Abgrenzung: Rechtssicherheit als Motiv der Vereinheitlichungsbemühungen*

Die Vorschläge für die Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts zielen auf eine Stärkung der Rechtssicherheit.¹¹⁶ Dabei ist zwischen verschiedenen Aspekten der Rechtssicherheit zu unterscheiden:

Aus internationaler Perspektive ist die gegenwärtige Vereinheitlichung im Interesse des schon von v. Savigny und Mancini gut geheißenen internationalen Entscheidungseinklangs, der dann bejaht werden kann, wenn Gerichte in verschiedenen Ländern einen bestimmten Sachverhalt nach demselben Recht beurteilen.¹¹⁷ Eine durch unterschiedliche Kollisionsrechte in den Mitgliedstaaten bedingte Entscheidungsdisharmonie kann effektiv nur durch kollisionsrechtliche oder materiellrechtliche Rechtsvereinheitlichung beseitigt werden. Für eine europaweite Konvergenz des materiellen Erbrechts fehlt der Gemeinschaft die Kompetenz,¹¹⁸ so dass lediglich die erste Alternative in Betracht kommt.

Die Beseitigung von Entscheidungsdisharmonien ist ferner innerhalb der Gemeinschaft schon deshalb erstrebenswert, weil sie dem so genannten forum shopping entgegenwirkt. Denn die in den nationalen Prozessrechten der Mitgliedstaaten, vereinzelt auch in Staatsverträgen anzutreffenden Regeln über die internationale Zuständigkeit in Erbsachen weisen starke Unterschiede auf.¹¹⁹ Das Bestehen konkurrierender

¹¹⁵ Vgl. den Beschluss des deutschen Oberlandesgerichts Hamm (nachstehend "OLG Hamm"), Rs 15 W 117/04, 28 Feb. 2005, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, 1705-1711.

¹¹⁶ E. JAYME und C. KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 2007", *supra* note 13, auf S. 494.

¹¹⁷ C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 70, auf S. 518.

¹¹⁸ S. LEIBLE und A. STAUDINGER, "Article 65 of the EC Treaty in the EC System of Competencies", *European Legal Forum*, 2000-2001, S. 252-ff.; T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, S. 723 m. w. N.; Das sah der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss ähnlich, wobei er jedoch in seiner erwähnten Stellungnahme zum Grünbuch Erb- und Testamentsrecht relativ optimistisch in die Zukunft blickte und zumindest eine "bestimmte Annäherung" langfristig für wahrscheinlich hielt.

¹¹⁹ H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, S. 2; Zuständigkeitsbegründend wirken vor allem der letzte Wohnsitz (*domicile*) bzw. letzte gewöhnliche Aufenthaltsort des

Gerichtsstände ohne eine entsprechende Kollisionsrechtsharmonisierung würde dem Kläger wie bisher ermöglichen, durch die Wahl des Forums auch das anwendbare Recht zu bestimmen.¹²⁰ Dies ist in rechtspolitischer Hinsicht insofern bedenklich, als das letztlich anwendbare Recht für den Beklagten vor Klageerhebung praktisch nicht vorhersehbar ist¹²¹ und den vielfältigen Wahlmöglichkeiten des Klägers keine entsprechenden Rechte des Beklagten gegenüberstehen.¹²² Bereits bei den Vorarbeiten zum Haager Erbrechtsübereinkommen wurde beklagt, dass es unmöglich sei, im Voraus das auf einen erbrechtlichen Rechtsstreit anwendbare Recht zu bestimmen.¹²³

Schließlich wurde im Schrifttum bemerkt, dass heute im Binnenmarkt ein internationales Privatrecht mit voraussehbaren, exakten und passgenauen Lösungen erwartet werde.¹²⁴ Während sich die letzten beiden Aspekte mehr auf die Klarheit der Kodifizierung beziehen dürften, betrifft das Petitum nach einer Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts auch die Anknüpfungstechnik. Die genannten Argumente stützen eher ein Motiv denn eine gemeinschaftsrechtliche Bedingung der Rechtsvereinheitlichung, so dass sie im Folgenden ausgeklammert werden können.

2. *Begrenzte kompetenz zur rechtsvereinheitlichung*

Die Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft ist nicht umfassend und uneingeschränkt. Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach die Gemeinschaft "innerhalb der Grenzen der ihr [im] Vertrag zugewiesenen Befugnisse" tätig wird, Artikel 5 Absatz

Erblassers, der Wohnsitz des jeweils Beklagten sowie der Ort der Belegenheit von Nachlassgegenständen, insbesondere von Immobilien.

¹²⁰ Zu dieser Problematik siehe K.F. KREUZER, "Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II)", in G. REICHELDT und W. H. RECHENBERGER, *Europäisches Kollisionsrecht*, Wien, Manz, 2004, S. 13-ff., auf S.18; M.-R. McGUIRE, "Forum Shopping und Verweisung", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2005, S. 83.

¹²¹ T. KADNER GRAZIANO, "Das auf die Produkthaftung anwendbare Recht: europäischer Rechtszustand und aktuelle Vorschläge der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments", *Versicherungsrecht/Aufsätze*, 2004, S. 1205-1210, auf S. 1209.

¹²² J. VON HEIN, "Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts. Zur geplanten EU-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2003, S. 528-ff., auf S. 536.

¹²³ Nachweis bei H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, S. 2.

¹²⁴ D. MARTINY, "Europäisches Internationales Vertragsrecht in Erwartung der Rom I-Verordnung", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, S. 79-108, auf S. 108.

1 EG-Vertrag. Die Kompetenz zur Harmonisierung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts der Mitgliedstaaten wurde durch den am 1/5/1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam im Jahre 1997 eingeführt: Nach Artikel 61 Buchstabe c EG-Vertrag erlässt der Rat zum schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nach Artikel 65, wobei letztere Bestimmung unter anderem nach Artikel 67 zu treffende Maßnahmen im Bereich von Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen erfasst, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind und die Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten fördern sollen (b). Weitgehend einig ist man sich darüber, dass der Gemeinschaft für eine europaweite Konvergenz des materiellen Erbrechts die Kompetenz fehle.¹²⁵ Daher sind jene Stellungnahmen¹²⁶ mit Vorsicht zu genießen, die allzu unbekümmert von einem Zusammenhang zwischen Sach- und Kollisionsrecht ausgehen.

3. Bedeutung der grundfreiheiten

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ist durch das Ziel eines Binnenmarkts geprägt, in dem der freie Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist (siehe Artikel 2 und 3 Absatz 1 c sowie Artikel 14 Absatz 2 EG-Vertrag; vgl. auch Artikel 2 EU-Vertrag: "Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen"). Diese so genannten Grundfreiheiten nehmen in der Diskussion um die Europäisierung des Internationalen Privatrechts einen breiten Raum ein.

a. Abriß des meinungsstandes

i. Neutralität des kollisionsrechts

Gelegentlich wird die Auffassung vertreten, dass nicht die Anwendung bloßen Rechtsanwendungsrechts, sondern allenfalls die Ergebnisse der Sachrechtsanwendung den Grundfreiheiten entgegenstehen könnten.¹²⁷ Das Internationale Privatrecht gehe von der Gleichwertigkeit aller

¹²⁵ S. LEIBLE und A. STAUDINGER, "Article 65 of the EC Treaty", *supra* note 118, S. 252; T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, S. 723 m. w. N.

¹²⁶ M. HEGGEN, "Europäische Vereinheitlichungstendenzen im Bereich des Erb- und Testamentsrechts: Ein Ansatz zur Lösung von Problemen der Nachlassabwicklung bei transnationalen Erbfällen?", *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 2007, S. 1-15, auf S. 5.

¹²⁷ M. FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, De Gruyter, 1999, S. 145; M. ROHE, "Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1997, S. 1-85, auf S. 58.

Sachrechtsordnungen aus und nehme unterschiedliche Ergebnisse der Sachrechtsanwendung prinzipiell hin.¹²⁸ Ob eine Sachnorm die Grundfreiheiten beschränke oder nicht, hänge nicht von dem Rechtsanwendungsbefehl ab, der die Anwendung einer bestimmten Sachnorm auf das in Frage stehende Rechtsverhältnis gebiete.¹²⁹ Nach anderer Ansicht soll erst das Zusammenspiel¹³⁰ von Kollisionsnorm und Sachnorm einer nationalen Rechtsordnung darüber entscheiden, inwieweit der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft diskriminiert oder behindert wird.¹³¹ Anders gewendet lassen sich gemeinschaftsrechtskonforme Ergebnisse nicht nur durch die Anpassung des Sachrechts erzielen, sondern prinzipiell auch durch eine entsprechende Fassung des in den Mitgliedstaaten geltenden Internationalen Privatrechts.

b. Fehlender binnenmarktbezug einzelner kollisionsnormen

In Bezug auf die Bestimmung des Personalstatuts ist nicht nur die prinzipielle Autorität der Grundfreiheiten fraglich. So wurde im Schrifttum¹³² jüngst die Ansicht geäußert, dass die in Rede stehenden Grundfreiheiten nach derzeitigem Verständnis aus strukturellen Gründen auf spezifisch erbrechtliche Vorschriften (einschließlich der kollisionsrechtlichen) nicht anwendbar seien. Dem Erbkollisionsrecht fehle die nötige Marktrelevanz; das Erbrecht regle nicht den Handel mit Nachlassgegenständen, sondern ihre Eigenschaft als solche und ihren Übergang vom Erblasser auf den Rechtsnachfolger.¹³³ Eine Behinderung der Reisefreiheit durch Erbrechtsunterschiede könne weder in Bezug auf den Erblasser noch die Erben bejaht werden.¹³⁴

c. Parteiautonomie als ausfluss des beschränkungsverbots

Nach der These über die Verankerung der Parteiautonomie in den Grundfreiheiten kann aus dem EG-Vertrag ein Gebot der

¹²⁸ M. ROHE, "Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag, *supra* note 127.

¹²⁹ M. FRANZEN, *Privatrechtsangleichung*, *supra* note 127, auf S. 145.

¹³⁰ W.-H. ROTH, "Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts: Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht", in H. SCHACK, *Gedächtnisschrift für A. Lüderitz*, München, Beck, 2000, S. 635-ff., auf S. 639.

¹³¹ C. WENDEHORST, "Internationales Privatrecht", in K. LANGENBUCHER, *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2005, S. 333-ff., auf S. 356.

¹³² C. STUMPF, "EG-Rechtssetzungskompetenz im Erbrecht", *supra* note 45, S. 300.

¹³³ *Ibid.*, auf S. 298, 308.

¹³⁴ *Ibid.*, auf S. 299.

kollisionsrechtlichen Rechtswahlfreiheit abgeleitet werden:¹³⁵ Die Parteien einer internationalen Vertragsbeziehung müssten Sicherheit über das anwendbare Recht erlangen können; diese sei durch objektive Anknüpfung allein nicht zu erreichen, worin eine Beschränkung der Grundfreiheiten liege.¹³⁶ Die Auffassung stützt sich mithin maßgeblich auf das Argument, dass eine Beschränkung der Rechtswahlfreiheit zugleich eine tatbestandsrelevante Beschränkung im Sinne der Grundfreiheiten darstelle. Sie setzt sich mit dem Artikel 28 EG-Vertrag betreffenden Keck-Urteil auseinander, das Verkaufsmodalitäten unter bestimmten Voraussetzungen vom Beschränkungsverbot ausnimmt, und konzidiert, dass Preisregelungen wirtschaftliche Transaktionen stärker belasten könnten als Beschränkungen der freien Rechtswahl.¹³⁷

Gleichwohl bestehe ein Unterschied: Der Gerichtshof mache die Nichtanwendung der Dasonville-Regel¹³⁸ davon abhängig, dass die Verkaufsmodalitäten den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühre. An dieser Gleichmäßigkeit der Belastung fehle es im Falle von Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit. Denn Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit würden sich "spezifisch" an grenzüberschreitende Verträge richten und ihnen Belastungen auferlegen, die inländischen Transaktionen unbekannt seien.

d. Stellungnahme

i. Neutralität des kollisionsrechts?

¹³⁵ P. VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1998, S. 1-37, auf S. 19-ff.; Wohl zustimmend J. VON HEIN, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2000, S. 595-613, auf S. 609 mit weiteren Nachweisen.

¹³⁶ J. VON HEIN, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2000, S. 595-613, auf S. 609 m. w. N.

¹³⁷ P. VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *supra* note 135, S. 10; "Wenn schon gesetzliche Regelungen des Preises, also der vertraglich geschuldeten Gegenleistung und damit eines wesentlichen Bestandteils eines Vertrags, dem Beschränkungsverbot entkommen, müsste dies doch erst recht gelten, wenn sich die gesetzliche Regelung auf weniger bedeutsame Elemente des Vertrags, wie eben die Abrede über das anzuwendende Recht bezieht".

¹³⁸ Nach der "Dasonville-Formel" ist eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 28 EG "jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern"; Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ("EuGH"), Rs C-112/00, *Schmidberger/Österreich*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, S. 3185-ff.

Was zunächst die grundsätzliche Maßgeblichkeit der Grundfreiheiten betrifft, so verdient die Auffassung Beifall, dass erst das Zusammenspiel von Kollisionsnorm und Sachnorm einer nationalen Rechtsordnung darüber entscheiden, inwieweit der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft diskriminiert oder behindert wird.

ii. Fehlender binnenmarktbezug einzelner kollisionsnormen?

Darüber hinaus klingen die Bedenken wegen der fehlenden Marktrelevanz einzelner Bereiche, insbesondere des Erbkollisionsrechts, an sich plausibel. Letztlich dürfte aber der Zusammenhang des Erbkollisionsrechts mit wirtschaftlichen Vorgängen für den erforderlichen Marktbezug ausreichen. Die Kommission wies darauf hin, dass ein integrierter Erbrechtsraum wenigstens die Folgen der Personenmobilität rechtlich bewältigen hilft.¹³⁹ Auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss¹⁴⁰ war der Auffassung, dass die wirtschaftliche Bedeutung einer gemeinschaftlichen Regelung außer Frage stehe. Dies gelte insbesondere in Bezug auf die Übertragung von kleinen und mittleren Unternehmen in Europa, damit nach dem Ableben des Unternehmers die Kontinuität gewährleistet werde. Diese Frage sei auch für die Beschäftigung und Wettbewerbsfähigkeit in Europa von Bedeutung.

iii. Das beschränkungsverbot und die keck-rechtsprechung

Von der Frage nach dem Bestehen eines hinreichenden Binnenmarktbezugs dürfte ein weiterer Aspekt zu trennen sein, der im genannten Schriftumsbeitrag lediglich anklingt: Das Erbkollisionsrecht könne weder den Erblasser noch die Erben unmittelbar am Reisen hindern. Zwar fällt die Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten infolge ihrer vom EuGH befürworteten Weiterentwicklung zu allgemeinen Beschränkungsverboten relativ weit aus,¹⁴¹ wobei grundsätzlich auch eine unterschiedslose Behandlung von Unionsbürgern gegen das Integrationsziel der Gemeinschaft verstoßen kann.¹⁴² Allerdings dürfte es sich nicht um ein "Superbeschränkungsverbot" handeln. Nur wenn eine Regelung in spezifischer Weise die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit beschränkt, ist sie rechtfertigungsbedürftig.¹⁴³

¹³⁹ Siehe die Präambel zum *supra* note 2 erwähnten Grünbuch Erb- und Testamentsrecht.

¹⁴⁰ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Stellungnahme*, *supra* note 7, auf S. 2, Punkt 2 (6).

¹⁴¹ R. STREINZ, *Europarecht*, 6 Aufl., Heidelberg, Müller, 2003, Rn 671.

¹⁴² P. VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *supra* note 135, S. 2.

¹⁴³ S. LEIBLE, "Parteiautonomie im IPR", *supra* note 24, S. 502; Erforderlich sei eine spezifische Beeinträchtigung der verbürgten Freiheitsrechte.

Beschränkungen, die einen Bestandteil des offenen wirtschaftlichen Ordnungsrahmens bilden, unterfallen nicht den Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit.¹⁴⁴ In seinem Keck-Urteil¹⁴⁵ setzte der EuGH einer zu weiten Interpretation von Artikel 28 EG-Vertrag, die auch "Verkaufsmodalitäten" in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit einbezieht, bekanntlich Grenzen. Auch in späteren Entscheidungen wies der Gerichtshof wiederholt darauf hin, dass solche Maßnahmen unbedenklich seien, deren beschränkende Wirkungen "zu ungewiss und zu mittelbar" seien.¹⁴⁶ Ob Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit grundsätzlich potentielle Eingriffe in den Schutzbereich der Grundfreiheiten darstellen, wird zu Recht bezweifelt.¹⁴⁷

In diesem Sinne weckt das Keck-Urteil auch Zweifel an der Richtigkeit der These von der Verankerung der Parteiautonomie in den Grundfreiheiten. Insbesondere kann die beschriebene Interpretation des Urteils nicht überzeugen: Zum einen werden vom Vertrag nur bestimmte Freiheiten geschützt und nicht die Gleichbehandlung von inländischen und auslandsbezogenen Verträgen als solche.¹⁴⁸ Die zitierte "Keck-Formel" ist gerade nicht erfüllt, zumal die zu Unsicherheiten führenden und daher für problematisch gehaltenen objektiven Anknüpfungen auch den Absatz inländischer Erzeugnisse berühren, wenn diese in grenzüberschreitende Transaktionen involviert sind.

Des Weiteren dürfte auch die Annahme nicht richtig sein, dass sich die Frage der Rechtswahlfreiheit bei reinen Inlandsfällen nicht stelle. Zur deutschen Rechtslage wird teils Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 EGBGB als Argument dafür genannt, dass das EGBGB insgesamt unanwendbar sei, wenn der zu beurteilende Sachverhalt nicht bereits ohne die Rechtswahlvereinbarung einen objektiven Auslandsbezug aufweise. Die Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeit auf heteronome Konstellationen, die eine Verbindung zu mehreren Rechtsordnungen aufweisen, findet vereinzelt mit der Begründung Zustimmung, dass ein Verweis auf die in Artikel 27 Absatz 3 EGBGB (Artikel 3 Absatz 3 EVÜ) gestattete Rechtswahl nicht stichhaltig sei. Dadurch, dass das Gesetz in diesen Vorschriften die Unabdingbarkeit des sachrechtlichen *ius cogens*

¹⁴⁴ Siehe zum Ganzen R. STREINZ, *Europarecht*, *supra* note 141, Rn 681.

¹⁴⁵ EuGH, verb. Rs C-267/91 und 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 (6131, Ziff. 16).

¹⁴⁶ Siehe z. B. EuGH, Rs C-379/92, *Peralta*, Slg. 1994, I-3453 (3497, Ziff. 24).

¹⁴⁷ So zum Beispiel S. LEIBL, "Parteiautonomie im IPR", *supra* note 24, auf S. 485-503.

¹⁴⁸ Ähnlich *ibid.*, S. 502; "Denn die Grundfreiheiten garantieren keine allgemeine Handlungsfreiheit, sondern sollen nur bestimmte Formen grenzüberschreitenden Wirtschaftens schützen".

statuiere, schließe es eine internationalprivatrechtliche Rechtswahl aus, da eine solche gerade durch die Derogation des zwingenden Rechts gekennzeichnet sei.¹⁴⁹ Die besseren Gründe dürften jedoch für die gegenteilige Ansicht sprechen.¹⁵⁰ Aus Artikel 3 Absatz 3 EVÜ (oder ferner Artikel 14 Absatz 3 Rom II-Verordnung) ergibt sich gerade, dass die Rechtswahl im Übrigen, das heißt abgesehen von zwingenden Bestimmungen, zu beachten ist, und das Maß des zur Anwendung ausländischen Rechts notwendigen Auslandsbezugs ergibt sich nicht aus Artikel 3 EGBGB, sondern aus den Tatbeständen der einzelnen Kollisionsnormen.¹⁵¹

4. *Folgerungen aus Artikel 12 EG*¹⁵²

a. Rechtmäßigkeit der zwingenden anknüpfung an die staatsangehörigkeit

i. Das allgemeine diskriminierungsverbot

Die Frage der Vereinbarkeit des kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzips mit Europäischem Gemeinschaftsrecht ist lange Zeit ausschließlich am Maßstab des allgemeinen Diskriminierungsverbotes aus Artikel 7 EWG-Vertrag bzw. Artikel 6 EG-Vertrag (heute Artikel 12 des Vertrags) gemessen worden.¹⁵³ Nach dem Wortlaut des Artikel 12 Absatz 1 EG-Vertrag gilt das Diskriminierungsverbot nur im "Anwendungsbereich" des Vertrages. Da aber die fortschreitende europäische Integration nicht mehr nur den Kern des Wirtschaftslebens erfasst und Artikel 65 b EG-Vertrag wie erwähnt der Gemeinschaft eine erweiterte Kompetenzgrundlage zugesteht, scheidet die Vorschrift nicht schon deswegen aus.¹⁵⁴ Im Ergebnis wird aber die Frage nach der Existenz einer Diskriminierung überwiegend

¹⁴⁹ R. FREITAG und S. LEIBLE, "Das Bestimmungsrecht des Artikel 40 Absatz 1 EGBGB im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2000, S. 101-142, auf S. 106.

¹⁵⁰ Siehe in Bezug auf Artikel 27 EGBGB H. J. SONNENBERGER, in K. REBMANN, F.J. SÄCKER und R. RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Band 10 (IPR)*, 4. Aufl., München, Beck, 2006, EGBGB Artikel 3 Rn 3.

¹⁵¹ *Ibid.*, bei EGBGB Artikel 3 Rn 2.

¹⁵² Wegen der Subsidiarität des allgemeinen Diskriminierungsverbots ist die Zulässigkeit staatsangehörigkeitsrechtlicher Anknüpfungen in erster Linie an den Grundfreiheiten zu messen, etwa E. BRÖDERMANN, in E. BRÖDERMANN und H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1994, Rn 456.

¹⁵³ D. BLUMENWITZ, in D. BLUMENWITZ *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar*, *supra* note 56, Anhang I zu Artikel 5 Rn 20 m. w. N.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Anhang I zu Artikel 5 Rn 1001.

verneint:¹⁵⁵ Zum Teil wird freilich zwischen mitgliedstaatlicher und europäischer Gesetzgebungsebene unterschieden und eine Diskriminierung für den Fall verneint, dass der EU-Gesetzgeber gleichmäßig für alle Unionsbürger als Kriterium der kollisionsrechtlichen Nähe zu ihrem jeweiligen Heimatstaat verwendet.¹⁵⁶ In der Tat gilt das Staatsangehörigkeitsprinzip im Internationalen Privatrecht grundsätzlich für alle Personen, also Inländer wie Ausländer, und enthält deshalb im Prinzip keine Diskriminierung.¹⁵⁷ Die Staatsangehörigkeit wird nicht als Differenzierungskriterium benutzt, sondern als allgemein geltendes Anknüpfungsmoment.¹⁵⁸

ii. Parteiautonomie als ausfluss eines beschränkungsverbots

Eine neue Untersuchung zu den Rahmenvorgaben der Artikel 12 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 17 und 18 EG-Vertrag für die Anknüpfung des Personalstatuts¹⁵⁹ kommt zu der Schlussfolgerung, dass sowohl die zwingende Anwendung von Domizil- als auch Heimatrecht unvereinbar mit Artikel 12 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 18 EG-Vertrag sei.¹⁶⁰ Da es im Ermessen des betroffenen Unionsbürgers stehe, welche der tatsächlich freizügigkeitsbehindernden Konstellationen er als Beeinträchtigung seiner Rechte qualifiziere, „muss den Unionsbürgern im Ergebnis eine Optionsmöglichkeit zwischen den Rechtsordnungen eingeräumt werden, deren Nicht-Anwendung eine Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts darstellen kann“.¹⁶¹

Zur Absicherung dieser These stützt sich die Arbeit insbesondere auf die Entscheidung des EuGH in Sachen Garcia Avello,¹⁶² der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Eheleute Garcia Avello beantragten, den Nachnamen ihrer Kinder, in Garcia Weber zu ändern, da sich nach spanischem Recht der Name der Kinder eines Ehepaares aus dem ersten Namen ihres Vaters sowie dem ersten Namen der Mutter zusammensetze. Da die Kinder sowohl die spanische als auch die belgische Staatsangehörigkeit besaßen, konnte die belgische Behörde ihre Zuständigkeit nach belgischem Recht allein auf die belgische

¹⁵⁵ *Ibid.*, Rn 20 m. w. N.

¹⁵⁶ T. RAUSCHER, „Heimatlos in Europa?“, *supra* note 85, S. 732.

¹⁵⁷ Siehe zu dieser herrschenden Meinung J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, S. 275 m. w. N.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Zum materiellen Personalstatut werden Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechts gezählt, C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa*, *supra* note 41, S. 24.

¹⁶⁰ *Ibid.*, S. 235.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² EuGH, Rs C 148/02, *Carlos Garcia Avello v. Belgischer Staat*, Slg. 2003, S. I-11613.

Staatsangehörigkeit der Kinder stützen. Die beantragte Namensänderung wurde von den belgischen Behörden jedoch mit Verweis auf die bestehende belgische Verwaltungspraxis abgelehnt, nach der in Belgien die Kinder den Namen ihres Vaters führen und aus integrationspolitischen Überlegungen Namensänderungen nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen zugestimmt werde, welche in der vorliegenden Konstellation nicht vorliegen würden.

Diese Ablehnung hielt der Gerichtshof für rechtswidrig, da sie gegen Artikel 12 Satz 1 EG verstoße. Zur Begründung führte der EuGH aus:

“Im Gegensatz zu Personen, die allein die belgische Staatsangehörigkeit besitzen, führen diejenigen belgischen Staatsangehörigen, die daneben noch die spanische Staatsangehörigkeit haben, nach den beiden betreffenden Rechtssystemen unterschiedliche Familiennamen. Insbesondere wird in einer Situation wie derjenigen des Ausgangsverfahrens den betroffenen Kindern die Möglichkeit verwehrt, den Familiennamen zu führen, der sich aus der Anwendung des Rechts des Mitgliedstaats ergibt, nach dem der Familienname ihres Vaters bestimmt worden ist. Wie der Generalanwalt [...] ausgeführt hat, kann eine solche Situation unterschiedlicher Familiennamen für die Betroffenen unstreitig zu schwerwiegenden Nachteilen beruflicher wie auch privater Art führen, die insbesondere aus den Schwierigkeiten resultieren können, in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, rechtliche Wirkungen von Urkunden oder Schriftstücken in Anspruch zu nehmen, die auf den Namen ausgestellt wurden, der in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt ist, dessen Staatsangehörigkeit sie ebenfalls besitzen”.¹⁶³

Als rechtswidrige Benachteiligung im Sinne des Urteils zieht die erwähnte Arbeit Nachteile in Betracht, welche bei der Anwendung ausländischen Heimatrechts durch ein Gericht des Aufenthaltsstaates infolge der Schwierigkeiten bei der Ermittlung fremden Heimatrechts entstehen. Insbesondere die Kosten, welche aufgrund der Anwendung ausländischen Rechts zusätzlich entstünden, seien als relevante Einbußen zu qualifizieren, die über einen Nachteil von nur geringem Umfang hinausgehen würden.¹⁶⁴ Schließlich wird hinsichtlich der Rechtsfolgenseite eines Verstoßes gegen Artikel 12 EG in Verbindung mit Artikel 18 EG die Pflicht, gerade zum Mittel der Rechtswahlfreiheit zu greifen relativiert. Letztere Lösung stelle eine Möglichkeit der Herstellung

¹⁶³ EuGH, Rs C 148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, S. I-11613, Rn 35-ff.

¹⁶⁴ C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa*, *supra* note 41, S. 185.

gemeinschaftsrechtskonformer Zustände dar, sei jedoch nicht zwingend.¹⁶⁵ Als sonstige Lösungen werden die Idee eines fakultativen Kollisionsrechts sowie Ergebniskorrekturen auf der Ebene des Sachrechts genannt,¹⁶⁶ während im übrigen Schrifttum (in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit) auch eine Sonderanknüpfung im Sinne einer Verdrängung des einfachrechtlichen Verweisungsbefehls durch die gemeinschaftsrechtlich gebotene Anwendung der günstigeren Sachnorm diskutiert wird.¹⁶⁷ Zwar folge aus dem Gemeinschaftsrecht nicht die kollisionsrechtliche Regel einer grundsätzlichen Anknüpfung an das Recht, welches die fragliche Freiheit weniger beeinträchtigt. Gelange man in einem Fall mit Berührung zu einem anderen Mitgliedstaat der EU über die nach der kollisionsrechtlichen Verweisung anwendbare Rechtsordnung zu einer gemeinschaftsrechtlich beschränkten Sachnorm, so sei zu fragen, ob die andere Rechtsordnung, mit der der Sachverhalt Berührungspunkte aufweise, eine funktionsäquivalente Regelung enthalte. Sei dies der Fall und beschränke diese Regelung den freien Warenverkehr weniger, so sei sie anzuwenden; im Übrigen bleibe es bei der anwendbaren Rechtsordnung.

b. Stellungnahme

Eine Diskriminierung durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit dürfte in der Tat ausscheiden. Über die genannten Argumente hinaus lässt sich auch -mit etwas Abstraktionsaufwand- vorbringen, dass es vom Kollisionsrecht gewollt sei und seinem Gerechtigkeitsgehalt entspreche, dass bei Personen verschiedener Staatsangehörigkeit die Unterschiede in ihrem Heimatrecht zum Tragen kommen.¹⁶⁸

Was schließlich die Annahme einer unzulässigen Beschränkung betrifft, so besteht auch hier die Gefahr eines Paradigmenwechsels,¹⁶⁹ in dessen Folge

¹⁶⁵ *Ibid.*, S. 236.

¹⁶⁶ *Ibid.*, S. 236-ff.; zur genannten Idee eines fakultativen Rechts A. FLESSNER, "Fakultatives Kollisionsrecht", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1970, S. 547-584, auf S. 548-ff.; Danach wird im Grundsatz das Recht des Forumstaates angewandt und nur im Fall eines prozessualen Antrags der Parteien eine kollisionsrechtliche Anknüpfung vorgenommen.

¹⁶⁷ So zur Warenverkehrsfreiheit M. GEBAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts: Eine Untersuchung nationaler Ansätze unter Berücksichtigung des italienischen und des deutschen Rechts*, Heidelberg, Winter, 1998, S. 92.

¹⁶⁸ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, S. 275; Das hat allerdings zur Folge, dass die erwähnte Gesamtbetrachtung von Kollisions- und materiellem Recht für die Feststellung einer Diskriminierung im Sinne des gemeinschaftsrechtlichen Verbots nur bedingt hilfreich ist.

¹⁶⁹ C. STUMPF, "EG-Rechtssetzungskompetenz im Erbrecht", *Europarecht*, 2007, S. 291-316, auf S. 306.

einzelne Vorschriften des EG-Vertrags im Namen des Ziels eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts überdehnt werden. Wie soll etwa die Freizügigkeit des Erblassers durch Gerichtsverfahrenskosten beschränkt werden, die nach seinem Tod entstehen? Dass sich diese Frage in erster Linie auf die Person des Erblassers bezieht, verdeutlichen in gewisser Weise die oben erwähnten internationalen Reaktionen auf Frage 5 des kommissionsseitigen Grünbuchs zum Erb- und Testamentsrecht: Diese lehnten eine Einbeziehung der Erben in die Rechtswahlproblematik einhellig ab. Die dafür maßgeblichen Gründe mögen mit Fragen der Testierfreiheit zusammenhängen und dem Problem, dass vor Ermittlung des anwendbaren Rechts nur von fiktiven, mutmaßlichen Erben gesprochen werden kann. Doch bleibt der Eindruck bestehen, dass mutmaßliche Erben auch in der hier relevanten Frage keine Rolle spielen. Jedenfalls wäre die Parteiautonomie nicht zwingend vom europäischen Recht vorgeschrieben, aber wohl am unkompliziertesten.

Freilich ist nicht auszuschließen, dass sich die hier behandelte Problematik im Bereich einer gewissen "Grauzone" des Gemeinschaftsrechts befindet, die nicht "betreten" werden müsste, wenn die besseren Argumente ohnehin die Zulassung einer (begrenzten) Rechtswahl nahelegen. Inwiefern die zunehmende Mobilität über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg die Zuordnung einer Person zu der Rechtsordnung eines bestimmten Staates erschwert und dadurch das Bedürfnis nach einer Korrekturmöglichkeit in Bezug auf die objektive Anknüpfung erhöht, soll unter der folgenden, vorletzten Gliederungsebene behandelt werden.

VI. MOBILITÄT UND IDENTITÄT

1. Fakten und Formen der Mobilität

Nach einer im Auftrag der Kommission erstellten Studie¹⁷⁰ aus dem Jahre 2006 sind ein Drittel der Europäerinnen und Europäer zumindest einmal in der Vergangenheit aus ihrer Herkunftsregion weggezogen. Von diesen Umzüglern haben sich 24% zumindest einmal in einer anderen Region, 4% in einem anderen Mitgliedstaat und 3% in einem Land außerhalb der EU niedergelassen. Viele EU-Bürger scheinen darüber hinaus zu wissen, dass geografische Mobilität ihre Beschäftigungsaussichten verbessern kann: Auf die Frage, was die EU für sie bedeutet, antworteten 53%: "Die Freiheit, in der EU zu reisen und zu arbeiten". Was die quantitative Bedeutung der grenzüberschreitenden Nachlassplanung und -abwicklung betrifft, so fallen nach einer im Jahre 2002 im Auftrag der Europäischen Kommission

¹⁷⁰ Europäische Kommission, *Europäer und Mobilität: erste Ergebnisse einer EU-weiten Erhebung; Eurobarometer-Erhebung zur geografischen und beruflichen Mobilität*, Luxemburg, Amt für Amtl. Veröff. Der Europ. Gemeinschaften, 2006.

durchgeführten Studie schätzungsweise jährlich zwischen 50.000 und 100.000 Erbfälle mit Erblassern aus anderen EU-Staaten im Bereich der Europäischen Union an - Zahlen, die sich nach der Erweiterung vom 1. Mai 2004 und dem Beitritt Rumäniens und Bulgariens zum 1. Januar 2007 erhöht haben dürften.¹⁷¹ Nach einer Schätzung der deutschen Banken haben 800.000 bis 1.000.000 Deutsche Immobilienbesitz in anderen EU-Staaten haben (davon circa 300 000 in Spanien und circa 150 000 in Italien und Frankreich).¹⁷²

Die Freiheit, in der Europäischen Union zu arbeiten, ist nicht nur in Bezug auf mögliche Betriebswechsel, sondern auch in innerbetrieblicher Hinsicht von Bedeutung. Denn heute existieren immer mehr "europäische Unternehmen", die Waren im Ausland über Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen produzieren und verkaufen.¹⁷³ Eine grenzüberschreitende Sitzverlegung ist dank der Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 43 bis 48 EG-Vertrag ohne Identitätsverlust denkbar; die Freizügigkeit der Arbeitnehmer wird durch Artikel 39-ff. EG-Vertrag begünstigt. Insgesamt reisen Menschen heute nicht mehr nur aus beruflichen oder touristischen Gründen befristet ins Ausland. Vielmehr arbeiten und leben Angehörige anderer Mitgliedstaaten im europäischen Ausland oder begründen dort im Alter Haupt- bzw. Zweitwohnsitze, was das Recht auf Freizügigkeit im Sinne von Artikel 18 EG erleichtert.¹⁷⁴ Prozentual den höchsten Anteil an EU-Ausländern hat angeblich Luxemburg (mit über 20%), unter anderem gefolgt von Belgien (5,5%), Irland (2,4%) sowie Deutschland (2,6%).¹⁷⁵ Umgekehrt leben 11,7% der Iren im EU-Ausland, gefolgt mitunter von 8,2% der Portugiesen und 4,2% der Griechen.¹⁷⁶

2. *Wurzeln der Identität in Europa*

Das Internationale Privatrecht wird als eine Materie umschrieben, die nicht nur der Abgrenzung verschiedener Rechtsordnungen dient, sondern

¹⁷¹ M. HEGGEN, "Europäische Vereinheitlichungstendenzen im Bereich des Erb- und Testamentsrechts", *supra* note 126, auf S. 5.

¹⁷² H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, auf S. 2.

¹⁷³ H. HEISS, "Mobilität und Versicherung", *Versicherungsrecht*, 2006, S. 448-455, auf S. 448-ff.

¹⁷⁴ *Ibid.*, auf S. 448-ff.

¹⁷⁵ H. DÖRNER *et al.*, "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", *supra* note 6, auf S. 2.

¹⁷⁶ *Ibid.*

zunehmend auch die kulturelle Identität des Einzelnen bewahren hilft.¹⁷⁷ Denn traditionelle Rechtsüberzeugungen oder Rechtsgewohnheiten können neben der Sprache und der Religion Bestandteil der kulturellen Identität sein.¹⁷⁸ Der deutsche Gesetzgeber schuf eine Reihe alternativer Anknüpfungen und auch eine -beschränkte- Rechtswahl im internationalen Familien- und Erb- und Namensrecht in der Erkenntnis, dass die starre Anknüpfung an das Heimatrecht dem Wunsch nach größerer Beachtung der kulturellen Identität nicht genügend Rechnung trage.¹⁷⁹ Wo aber liegen die Wurzeln der Identität in einer zunehmend mobilen Gesellschaft? Moderne Informations- und Kommunikationsmedien sowie Verkehrsmittel führen im Zeitalter der Globalisierung zu einer erheblichen Reduktion der Transportkosten und der (durch geografische Distanz bedingten) Transaktionskosten. Damit einher geht eine fortschreitende Verdichtung weltweiter Marktverflechtungen und die Bildung globaler Güter- und Faktormärkte.¹⁸⁰ Lassen sich in einem zunehmend mobilen Europa die Unionsbürger noch ohne weiteres einer bestimmten Rechtsordnung zuordnen und inwieweit führt die europäische Integration zu einer "Verwässerung" der nationalen Identität?

a. Gemeinschaftliche rücksicht auf nationale identitäten?

Dem Geist des EG-Vertrags lassen sich keine eindeutigen Antworten entnehmen. Zum einen wurde die Auffassung vertreten, dass das Staatsangehörigkeitsprinzip innerhalb Europas mit der erhöhten Mobilität seiner Bewohner eher einen integrationsfeindlichen Fremdkörper darstelle.¹⁸¹ In der Tat dürfte die Grundentscheidung des Vertrags für einen Binnenmarkt ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, das vom deutschen Bundesverfassungsgericht im so genannten Spanier-Beschluss¹⁸² gebrauchte Argument der größeren Vertrautheit mit dem Heimatrecht

¹⁷⁷ H. GAUDEMET-TALLON, "Nationalité, statut personnel et droits de l'homme", in H.-P. MANSEL *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, Band 1, S. 205-219, auf S. 208-ff.

¹⁷⁸ D. HENRICH, "Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität", in H.-P. MANSEL *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, Band 1, S. 321-ff., auf S. 322; Gleichwohl werden sie im Regelfall von geringerer Bedeutung sein als die letztgenannten Elemente.

¹⁷⁹ *Ibid.*, auf S. 323.

¹⁸⁰ R. FIETEN, W. FRIEDRICH und B. LAGEMAN, *Globalisierung der Märkte: Herausforderung und Optionen für kleine und mittlere Unternehmen, insbesondere für Zulieferer*, Stuttgart, Schäfer-Poeschel, 1997, S. 10.

¹⁸¹ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, auf S. 268.

¹⁸² Beschluss des Ersten Senats des BVerfG, Rs 1 BvR 636/68, 4/5/1971, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 31, S. 58-87, auf S. 78.

relativieren. Dem Kontinuitätsinteresse steht das Anpassungsinteresse des Unionsbürgers an das Recht seines Wohn- oder Tätigkeitsortes gegenüber.¹⁸³

Auf der anderen Seite bestimmt Artikel 151 Absatz 4 EG-Vertrag, dass die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrags insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen den kulturellen Aspekten Rechnung trägt. Im Schrifttum wird der Schutz der "kulturellen Diversität" nicht zu Unrecht zugunsten der Staatsangehörigkeitsanknüpfung in die Waagschale geworfen.¹⁸⁴

b. Demokratische legitimation als naheindiz?

Angesichts der wachsenden Bikulturalität sowie einer zunehmenden Zahl transnationaler Kulturen und deterritorialisierter Nationalstaaten¹⁸⁵ kann der eingangs erwähnte Zusammenhang zwischen Staatsangehörigkeit und engster Verbindung wohl kaum pauschal bejaht werden. Das Gewicht der Verbundenheit infolge politischer Mitbestimmung ist verschiedentlich hervorgehoben worden.¹⁸⁶ So wird das Staatsangehörigkeitsprinzip als Grundlage für eine sich kulturell ausdifferenzierende Gesellschaft mitunter deshalb für vorzugswürdig gehalten, weil den durch dieses Prinzip berufenen Rechtssätzen über das durch die Staatsangehörigkeit vermittelte Wahlrecht eine demokratische Legitimation zuwachse.¹⁸⁷ Im Zeitalter der Öffnung nationaler Grenzen und der zwischenstaatlichen Kooperation ermögliche gerade das Staatsangehörigkeitsprinzip dem Einzelnen, seine Identität in der nationalen Zugehörigkeit zu wahren.¹⁸⁸ Das wesentliche Argument für die Verbindung mit dem Heimatrecht sei in Zeiten transnationaler Lebensläufe weniger die Staatsangehörigkeit als Ausdruck kultureller Bindung, sondern die aus der Staatsangehörigkeit resultierende

¹⁸³ D. BLUMENWITZ, in D. BLUMENWITZ *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar*, *supra* note 56, Anhang I zu Artikel 5 Rn 28 m. w. N.

¹⁸⁴ T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, auf S. 732.

¹⁸⁵ Siehe den Bericht über den Tagungsbeitrag von H.-P. MANSEL bei G. SCHULZE, "Tagungsbericht: Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht (Wissenschaftliches Kolloquium vom 7-8/6/2002 in Heidelberg)", *Juristenzeitung*, 2002, S. 935-936, auf S. 936

¹⁸⁶ Vgl. die Nachweise bei C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa*, *supra* note 41, S. 48.

¹⁸⁷ Siehe den Tagungsbeitrag von H.-P. MANSEL bei G. SCHULZE, "Tagungsbericht: Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht", *supra* note 185, auf S. 936.

¹⁸⁸ D. BLUMENWITZ, in D. BLUMENWITZ *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar*, *supra* note 56, Anhang I zu Artikel 5 Rn 18.

Gestaltungsmöglichkeit der Heimatrechtsordnung.¹⁸⁹

Indes steht das Wahlrecht nur Volljährigen zu, und die darin liegende Möglichkeit einer Mitgestaltung des Zivilrechts ist allenfalls eine indirekte, abstrakt-theoretische, die kaum Rückschlüsse auf eine Verbindung zu diesem Recht zulassen dürfte.¹⁹⁰ Zu Recht findet sich der Einwand, dass in Einzelfällen vermehrt engere persönliche Verbindungen zu einem Staat bestehen könnten, dessen Staatsangehörigkeit der Betreffende nicht besitze.¹⁹¹ Hierzu mag die zunehmende Mobilität im Zeitalter der Globalisierung beitragen. Insbesondere dürfte das Staatsangehörigkeitsprinzip den Interessen der Assimilierungswilligen keine Rechnung tragen, die sich ihrer Umgebung angepasst haben und sich dadurch vielleicht sogar befreit fühlen.¹⁹² Unter Umständen kann mithin die *lex domicilii* vertrauter sein.¹⁹³

c. “Ruhepol” als Voraussetzung der Integration?

Wenig Klarheit besteht derzeit darüber, inwiefern die beschriebene transnationale Öffnung durch eine stärkere Rückbindung an den Herkunftsstaat aufgewogen wird. Für letztere sprechen etwa die im Allgemeinen erhöhte Mobilität sowie erleichterte Reise- und Informationsmöglichkeiten.¹⁹⁴ Fraglich ist auch, ob die fortschreitende Globalisierung das Bedürfnis der Menschen nach einer tieferen Verwurzelung in ihrem eigenen – möglicherweise mit der Staatsangehörigkeit verbundenen – Kulturkreis verstärkt. Menschen, die aus beruflichen Gründen häufig ihren Aufenthaltsstaat wechseln und hierzu durch das Gemeinschaftsrecht berechtigt sind oder sogar ermutigt werden, werden unter Umständen ein noch größeres Bedürfnis nach Fixpunkten haben und ihre persönlichen Verhältnisse der Heimatrechtsordnung unterstellen wollen.¹⁹⁵ Damit könnte sich das Staatsangehörigkeitsprinzip – als Ausprägung einer der Rechtssicherheit zuträglichen Anknüpfungsmethode – sogar förderlich auf das

¹⁸⁹ H.-P. MANSEL, “Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht: Heidelberger Symposium und Heidelberger Abschiedsvorlesung von Erik Jayme”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, S. 182-184, auf S. 182.

¹⁹⁰ J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., *supra* note 40, auf S. 268.

¹⁹¹ D. BLUMENWITZ, in D. BLUMENWITZ *et al.*, *J. von Staudingers Kommentar*, *supra* note 56, Anhang I zu Artikel 5 Rn 14.

¹⁹² D. HENRICH, “Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität”, *supra* note 178, auf S. 323.

¹⁹³ L. RAAPE und F. STURM, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., *supra* note 38, S. 117.

¹⁹⁴ Siehe den Tagungsbeitrag von H.-P. MANSEL bei G. SCHULZE, “Tagungsbericht: Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht”, *supra* note 185, auf S. 936.

¹⁹⁵ C. STERN, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa*, *supra* note 41, auf S. 239.

Integrationsziel der Gemeinschaft auswirken, da es die betroffenen Personen von der Last befreit, sich wiederholt mit einer neuen Regelung ihrer persönlichen Rechtsverhältnisse auseinanderzusetzen.¹⁹⁶

VII. FAZIT

Eine Ausweitung der Parteiautonomie dürfte im Sinne des Grundsatzes in dubio pro libertas sein und der Korrektur einer unzureichenden objektiven Anknüpfung dienen.¹⁹⁷ Versteht man die gegenwärtige Neugestaltung der Rechtswahlfreiheit in diesem Sinne, ist der Wille des Einzelnen eher ein Instrument denn ein Motiv der Regelung. Im Hinblick darauf, aber auch mit Blick auf das Verhältnis von Sach- und Kollisionsrecht¹⁹⁸ sowie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung¹⁹⁹ sollte die (materiellrechtliche) Testierfreiheit cum grano salis nicht im Vordergrund koordinationsrechtlicher Überlegungen stehen.

Die Schwäche der objektiven Bestimmung des Erbstatuts besteht vor allem darin, dass keines der denkbaren Anknüpfungskriterien mit hinreichender Sicherheit die Existenz einer Beziehung indiziert, welche die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung auf den zu beurteilenden Sachverhalt rechtfertigt. Mit anderen Worten lässt sich die gesuchte engste Verbindung des Sachverhalts schwerlich ex ante abstrakt generell festlegen. Dieser kollisionsrechtliche Aspekt scheint für den beabsichtigten Ausbau der Rechtswahlfreiheit eine größere Rolle zu spielen als gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.

Der Grund für die Ausweitung der Parteiautonomie kann auch in Bezug auf deren Grenzen fruchtbar gemacht werden: Was den Kreis wählbarer Rechtsordnungen betrifft,²⁰⁰ so mögen sich einzelne Unionsbürger in Zeiten zunehmender Mobilität mehr und mehr mit den gemeinsamen Grundzügen europäischer Erbrechtsordnungen identifizieren. Eine integrationsfreundliche wie identitätsstiftende Lösung würde daher darin bestehen, parallel zum Inhalt der Rom I-Verordnung die Wählbarkeit eines "fakultativen EU-Instruments"²⁰¹ zum Erbrecht²⁰² in Aussicht zu

¹⁹⁶ J. MÖRSDORF-SCHULTE, "Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2004, S. 315-326, auf S. 321; siehe zum Beispiel auch T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, auf S. 734.

¹⁹⁷ D. LEHMANN, "Internationale Reaktionen", *supra* note 4, S. 206.

¹⁹⁸ Siehe dazu *supra* Abschnitt IV.

¹⁹⁹ Dazu *supra*.

²⁰⁰ Soweit ersichtlich werden bisher überwiegend die am gewöhnlichen Aufenthalt oder im Heimatstaat geltenden Rechtsordnungen in Betracht gezogen.

²⁰¹ Europäische Kommission, *Vorschlag Rom I*, *supra* note 9, auf S. 6.

stellen. Im Übrigen könnte die Ausarbeitung eines solchen Werkes Vorteile mit sich bringen, die allgemein im Zusammenhang mit dem Wert einer Rechtsvergleichung genannt werden.²⁰³

Solange die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts im Kollisionsrecht nicht vorgesehen ist, liegt in der Bezugnahme der Parteien auf Rechtssätze, die in keinem Land kraft ihrer staatlichen Autorität gelten, allenfalls eine materiellrechtliche Verweisung. Letztere mögliche Folge bedeutet, dass das in Bezug genommene Regelwerk zum Vertragsinhalt wird. Im Unterschied zur kollisionsrechtlichen Verweisung, welche zu der berufenen Rechtsordnung insgesamt führt und damit auch zur Verdrängung der zwingenden Bestimmungen des "eigentlich" anwendbaren Rechts, können die Parteien im Wege der materiellen Verweisung andere Regelungen an die Stelle des dispositiven Rechts im Vertragsstatut setzen.²⁰⁴

Die Neugestaltung der objektiven Anknüpfung könnte sich von der Erwägung leiten lassen, dass die oben umschriebene Möglichkeit der begrenzten Rechtswahl eine besondere Rücksichtnahme darauf entbehrlich macht, wo der Einzelne seinen Daseinsmittelpunkt lebt und damit oft auch seine (identitätsbezogenen) Wurzeln subjektiv verortet. Dem Aspekt der Rechtssicherheit wäre mithin mehr Raum zu geben. Wie oben dargelegt behindert ein die Rechtssicherheit stärkendes Mehr an Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts nicht unbedingt die räumliche Integration Europas.

Ein Anknüpfungskriterium, das ähnlich stabil ist wie die Staatsangehörigkeit,²⁰⁵ andererseits aber der zunehmenden Mobilität und etwaigen Integrationswechsellern vergleichsweise mehr Rechnung trägt, ist das domicile nach englischem Recht. Die Staatsangehörigkeit mag sich in der Regel leichter feststellen lassen, doch bringt sie in Zeiten transnationaler Lebensläufe die Bindung der betroffenen Person an ein Recht nicht mit hinreichender Sicherheit zum Ausdruck. Zwar ist

²⁰² Langfristig dürfte ohnehin eine "bestimmte Annäherung" im Bereich der Vollstreckung von Testamenten und der Abwicklung von Erbfällen mit Auslandsbezug stattfinden, Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Stellungnahme zum Grünbuch Erb- und Testamentsrecht*, *supra* note 7, Punkt 2 (8) (4).

²⁰³ H. KOCH, U. MAGNUS und P. WINKLER VON MOHRENFELS, *IPR und Rechtsvergleichung: ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., München, Beck, 2004, S. 312-ff.

²⁰⁴ T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 26, auf S. 238.

²⁰⁵ Teils werden beide Anknüpfungen an Staatsangehörigkeit und *domicile* als Ausprägungen des Heimatprinzips bezeichnet, T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, auf S. 719.

bekannt, dass die englische Rechtsprechung bislang äußerst selten die Existenz eines domicile of choice bejaht hat und Reformbemühungen kaum zu einer Annäherung des Konzepts an den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts geführt haben.²⁰⁶ Eine europäische Regelung wäre aber autonom auszulegen und möglicherweise weniger restriktiv handhabbar. In gewissem Maße könnte das domicile als Korrekturinstrument innerhalb der objektiven Anknüpfung selbst fungieren.

Demgegenüber mag der vielfach favorisierte gewöhnliche Aufenthalt im Trend liegen.²⁰⁷ Er entspricht aber den europaweit existierenden Rechtstraditionen kaum²⁰⁸ und ist ein zu "flüchtiges" Kriterium, zumal er durch eine vergleichsweise kurze Aufenthaltsdauer begründet werden kann.²⁰⁹ Vor allem letzterer Aspekt erscheint angesichts erheblicher Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen einzelner Staaten bedenklich.²¹⁰

Zu beachten ist ferner die Bedeutung des Internationalen Privatrechts für die Bewahrung der kulturellen Identität.²¹¹ Ob man ihr durch ein Abstellen auf den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts hinreichend Rechnung tragen könnte, ist zweifelhaft. Denn zumindest nach in Deutschland herrschender Ansicht ist der Wille, den Aufenthaltsort zum Mittel- oder Schwerpunkt der Lebensverhältnisse zu machen, für den gewöhnlichen Aufenthalt nicht erforderlich.²¹² Ein aufenthaltsbezogener Wille wird aber in der Regel Voraussetzung dafür sein, dass sich die betroffene Person mit der Kultur ihres Aufenthaltsortes wirklich identifiziert. Auch in dieser Hinsicht erscheint das oben beschriebene domicile als objektives Anknüpfungskriterium vorzugswürdig.

²⁰⁶ Siehe *supra*.

²⁰⁷ So nannte die Europäische Kommission als mögliche Anknüpfungskriterien neben der Staatsangehörigkeit den gewöhnlichen Aufenthalt als "modernere Lösung", die Einleitung zu ihrem Grünbuch Erb- und Testamentsrecht, *supra* note 2, auf S. 3.

²⁰⁸ T. RAUSCHER, "Heimatlos in Europa?", *supra* note 85, S. 737; der den gewöhnlichen Aufenthalt insofern für einen schlechten Kompromiss hält, als dieses Kriterium mit den bisherigen Rechtstraditionen in Europa wenig gemein habe. Man müsse vielmehr darüber nachdenken, wie alle Mitgliedstaaten möglichst viel an kollisionsrechtlichen Grundwerten behalten könnten.

²⁰⁹ *Supra* II C 2 c.

²¹⁰ So schließt zum Beispiel das ägyptische Recht ausnahmslos Personen von der gesetzlichen Erbfolge aus, wenn sie nicht der Religion des Erblassers angehören, den Beschluss des deutschen OLG Hamm, *supra* note 115, auf S. 1705.

²¹¹ Siehe zu dieser Aufgabe des Internationalen Privatrechts *supra* VI B.

²¹² Beschluss des BGH, Rs IV b ZB 586/80, 29/10/1980, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, Band 78, S. 293-305, auf S. 295; C. VON BAR und P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., *supra* note 70, auf S. 564.