

# **Zukunftsperspektiven für das europäische Familien- und Erbrecht**

oder die inhaltliche Aufladung des europäischen Familien- und Erbkollisionsrechts durch die fortschreitende Integration

von

Univ.-Prof. Mag. Dr. Brigitta Lurger, LL.M. (Harvard), Universität Graz

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Einleitung</b>	<b>2</b>
<b>A. Vereinheitlichung des materiellen Rechts?</b>	<b>2</b>
1. Die Commission on European Family Law (CEFL)	3
2. Interessen- und Prinzipienkonflikte im Familienrecht	4
3. Schlussfolgerungen	5
<b>B. Das Anerkennungsprinzip und das Registerprinzip im Internationalen Familienrecht</b>	<b>7</b>
1. <i>Garcia Avello, Standesamt Niebüll</i> und mögliche Folgerungen	7
2. Testfall registrierte Partnerschaften	10
3. Anerkennungsprinzip und Ehe	15
4. Nicht registrierte außereheliche Lebensgemeinschaften	16
<b>C. Staatsangehörigkeit, gewöhnlicher Aufenthalt und das Prinzip der Parteiautonomie (Rechtswahl)</b>	<b>17</b>
1. Staatsangehörigkeit, <i>domicile</i> oder gewöhnlicher Aufenthalt	17
2. Gründe und Grenzen der Rechtswahl	21
3. Inhaltliche Konsequenzen der Rechtswahl	23
4. Form	25

<b>D. Anmerkungen zu den aktuell vorgeschlagenen europäischen Rechtsinstrumenten</b>	<b>26</b>
1. Die Verordnung Brüssel/Rom III zum Internationalen Scheidungsrecht	26
2. Die Verordnung zum Internationalen Unterhaltsrecht	28
3. Die Verordnung zum Internationalen Erbrecht	29
<b>G. Zusammenfassung und Thesen</b>	<b>31</b>

## Einleitung

Während das Schwergewicht der Vereinheitlichung im europäischen Familien- und Erbrecht in näherer Zukunft nicht auf dem materiellen Recht liegen sollte und liegen wird, ist in den aktuellen Bestrebungen der Vereinheitlichung des internationalen Zivilverfahrensrechts und insbesondere des Internationalen Privatrechts eine deutliche qualitative Veränderung erkennbar. Das Internationale Familien- und Erbrecht wird vom klassischen wertneutralen Koordinationsrecht in ein inhaltlich Einfluss nehmendes und von materiellen Zielvorstellungen geleitetes Kollisionsrecht der wirtschaftlichen, sozialen und politischen Integration transformiert.<sup>1</sup> Es wird quasi materialisiert und inhaltlich aufgeladen. Haupttriebkraft dieser bemerkenswerten Veränderung ist die seit dem Vertrag von Maastricht immer weiter inhaltlich verstärkte und teilweise von wirtschaftlichen Aspekten entkoppelte Personenfreizügigkeit des EGV. Wie die folgende Analyse der jüngsten Entscheidungen des EuGH und der aktuellen Gesetzgebungsinitiativen der Kommission zeigt, ist zu erwarten, dass dieser Transformationsprozess noch viel weitere Kreise ziehen wird als das bisher bereits konkret Absehbare.

### A. Vereinheitlichung des materiellen Rechts?

Die hM spricht sich gegen eine Vereinheitlichung des materiellen Familien- und Erbrechts auf EG-Ebene aus. Zweifelsfrei bietet Art 65 EGV keine Basis für die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts, weil er sich nur auf das Internationale Verfahrensrecht und das IPR bezieht.<sup>2</sup> Zur Verwirklichung der Personenfreizügigkeit stehen allerdings auch die Kompe-

---

<sup>1</sup> *Kronke*, Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: „Rules“ At Will and the Case for Principles of Conflict of Laws, in FS Jayme (2004) 461 (469).

<sup>2</sup> *Leible* in Streinz, EUV/EGV (2003) Rz 20 zu Art 65 mwN; *Remien*, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, EuR 2005, 699 (706); *ders.*, European Private International Law, The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, CML.Rev. 2001, 53 (63); *Rauscher*, Hei-

tenzvorschriften der wirtschaftsbezogenen Artikel 40 und 44 EGV – Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit<sup>3</sup> – sowie die jüngere Kompetenzvorschrift über die Personenfreizügigkeit der Unionsbürger des Art 18 Abs 2 EGV zur Verfügung, die auch unabhängig von wirtschaftlicher Betätigung gilt.<sup>4</sup> Soweit die uneinheitliche Rechtslage im materiellen Familien- und Erbrecht daher in diese primärrechtlich gewährleisteten Freizügigkeitsrechte beschränkend eingreift, wenn ein Unionsbürger seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, ist auch eine Vereinheitlichung materiellrechtlicher Vorschriften aus kompetenzrechtlicher Sicht durchaus möglich, sofern diese sich als erforderlich erweist. In derartigen Fällen könnte die Anwendung materiellen nationalen Familien- oder Erbrechts selbstverständlich auch einen Verstoß gegen die primärrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften darstellen (Artt 18, 39, 43 EGV).

### 1. Die Commission on European Family Law (CEFL)

Die in der sog „Commission on European Family Law“ – CEFL – arbeitenden Wissenschaftler, die bereits materiellrechtliche Europäische Prinzipien zum Ehescheidungsrecht und zum nahehelichen Unterhaltsrecht publiziert haben,<sup>5</sup> sind überzeugt, dass eine zumindest teilweise Harmonisierung des materiellen Familienrechts wünschenswert und notwendig ist, um den freien Personenverkehr, einen effizienten einheitlichen Rechtsraum und eine europäische Identität zu fördern.<sup>6</sup> Ihrer Meinung nach sind die Familienrechte der Mitgliedstaaten heute nicht mehr in nationalen Traditionen und Kulturen eingebettet und verwurzelt, sondern weitgehend von den tiefgreifenden Reformen der letzten Jahrzehnte geprägt, die überwiegend übernationale gemeinsame Züge tragen.<sup>7</sup> Die CEFL sucht daher nach dem sog „*common*

---

matlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR, in FS Eric Jayme (2004) 719 (722 f); aA *Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004) 544 (565), die die Einführung einer materiellrechtlichen „europäischen.Ehe“ auf der Grundlage von Art 65 EGV für möglich hält.

<sup>3</sup> *Franzen* in Streinz, EUV/EGV (2003) zu Artt 39 und 40 EGV; *Müller-Graff* in Streinz, EUV/EGV (2003) zu Artt 43 und 44 EGV.

<sup>4</sup> *Magiera* in Streinz, EUV/EGV (2003) Rz 1, 9 zu Art 18 EGV.

<sup>5</sup> Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nahehelicher Unterhalt, ZEuP 2006, 190; FamRZ 2005, 1602.

<sup>6</sup> *Pintens*, Die Rolle der Wissenschaft bei der Europäisierung des Familienrechts, in FS Jayme (2004) 1339 (1346).

<sup>7</sup> *Pintens*, in FS Jayme (2004) 1339 (1345).

*core*“ der mitgliedstaatlichen Familienrechte, andererseits aber auch immer gleichzeitig nach dem „*better law*“, dh den ihrer Auffassung nach besseren und moderneren Lösungen.<sup>8</sup>

## 2. Interessen- und Prinzipienkonflikte im Familienrecht

Aus einem ganz anderen Blickwinkel argumentiert *Marella* für ein harmonisiertes europäisches Familienrecht.<sup>9</sup> Sie hält den angeblich überregionalen Charakter der modernisierten und reformierten Familienrechte, der allmählich zur Konvergenz führe, für eine Schimäre. Vielmehr hätten die zahlreichen nationalen Reformen ganz gravierend unterschiedliche Ergebnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten produziert. Oft seien nationale Systeme in sich selbst inkohärent, eine Einordnung in konservative und moderne Familienrechtssysteme sei nicht möglich. Diese mE zutreffende Beobachtung wird von *Rauscher* mit der herkömmlichen Meinung der besonders starken rechtskulturellen Verankerung des Familien- und Erbrechts erklärt,<sup>10</sup> während *Marella* hierfür den politischen Charakter des Familienrechts verantwortlich macht.<sup>11</sup>

Diese unterschiedliche Erklärung der Ursachen der Verschiedenheit führt zu unterschiedlichen Schlüssen: Während üblicherweise angenommen wird, dass die Verwurzelung in der nationalen Rechtskultur im Familien- und Erbrecht besonders stark ausgeprägt sei, im übrigen Zivilrecht – also etwa im Schuld- und Sachenrecht – aber weitgehend fehle, betont *Marella* gerade die gleiche Strukturierung aller Bereiche des Zivilrechts in Hinblick auf die ihnen zugrunde liegenden Wertkonflikte und politischen Optionen: Deswegen sei es auch völlig verfehlt, das materielle Vertragsrecht für einer weitgehenden Vereinheitlichung auf EU-Ebene zugänglich zu erachten, wie es ausweislich des großen Netzwerkprojekts der Kommission zu den „Common Principles of European Contract Law“ (CoPECL)<sup>12</sup> ja derzeit der herrschenden

---

<sup>8</sup> *Boele-Woelki/Martiny*, Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nach-ehelicher Unterhalt, ZEuP 2006, 6 (9 f); *Pintens*, Harmonisierung im europäischen Familien- und Erbrecht, FamRZ 2005, 1597 (1601); *ders*, in FS Jayme (2004) 1339 (1345 ff); wobei nicht wirklich klar wird, wonach man das „bessere Recht“ bestimmen muss.

<sup>9</sup> *Marella*, The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law, ELJ 2006, 78.

<sup>10</sup> *Rauscher*, Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinips im IPR, in FS Jayme (2004) 719 (723 f).

<sup>11</sup> *Marella*, ELJ 2006, 78 (89 ff).

<sup>12</sup> <http://www.copecl.org>.

politischen wie wohl auch akademischen Meinung entspricht, das materielle Familienrecht hingegen nicht.<sup>13</sup>

*Marellas* Erklärung der gemeinsamen Grundstrukturen von Vertragsrecht und Familienrecht stützt sich auf den in beiden Disziplinen vorhandenen Grundkonflikt zwischen autonomer Selbstbestimmung und zwingendem staatlichen Eingriff zum Zwecke der Sicherung von Fairness, Gerechtigkeit, Solidarität, Gleichbehandlung und menschlicher Würde.<sup>14</sup> Während liberale Autoren und Politiker in beiden Bereichen den Raum autonomer Selbstbestimmung möglichst weit halten wollen, betonen die soziale Politik im Vertragsrecht und auch die konservative Politik im Familienrecht die Bedeutung staatlicher Festlegungen und Eingriffe.<sup>15</sup> Folgt man ihrer Argumentation, dann sind die gegenwärtigen Familienrechtsordnungen der Mitgliedstaaten weder einheitlich modern und konvergierend noch an historisch weit zurückreichende Traditionen gebunden, sondern vielmehr Ergebnis des aktuellen politischen und gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozesses in dem jeweiligen Land, was freilich eine gewisse Prägung durch gesellschaftspolitische Muster in den einzelnen Staaten miteinschließt.

### 3. Schlussfolgerungen

Aus allen vorgehenden Überlegungen folgt nicht, dass das materielle Familien- und Erbrecht zu vereinheitlichen ist.

*Kompetenzen nach dem EGV:* Dass die unterschiedlichen materiellen Regeln im Familien- und Erbrecht Beschränkungen der Freizügigkeitsgrundrechte nach dem EGV bewirken, die nicht durch eine Vereinheitlichung im Bereich des Internationalen Zuständigkeitsrechts und vor allem des Internationalen Privatrechts beseitigt werden können, wird mE sicherlich nur in wenigen *Einzelpunkten* bejaht werden können, weswegen eine Vereinheitlichung weiter Bereiche des materiellen Familien- und Erbrechts keineswegs für die Verwirklichung der Freizügigkeit des EGV erforderlich erscheint.

*Inhalt:* Obgleich auch mir – im Gegensatz zur CEFL – die Einordenbarkeit der Systeme in konservative und moderne und die angeblich zunehmenden Konvergenzen nicht allzu weitreichend erscheinen und ich die einheitliche politische Deutungsweise des materiellen Zivilrechts von *Marella* für grundsätzlich richtig halte, folgt aus dieser Diagnose keineswegs be-

---

<sup>13</sup> *Marella*, ELJ 2006, 78 (80 ff).

<sup>14</sup> *Marella*, ELJ 2006, 78 (80 f, 89, 92).

reits ein Argument für die Vereinheitlichung. Gerade die Entdeckung der politischen Natur des materiellen Vertragsrechts<sup>16</sup> und die Uneinigkeit der Mitgliedstaaten über dessen eher soziale oder eher freiheitliche Ausrichtung stellt ja die Möglichkeit seiner umfassenden Vereinheitlichung auf Gemeinschaftsebene in Frage. Eben dasselbe muss auch für das materielle Familien- und Erbrecht gelten.

Das Nein zu einer generellen Vereinheitlichung des materiellen Familien- und Erbrechts schließt freilich nicht aus, dass eine Vereinheitlichung in Einzelpunkten notwendig sein kann, wenn die Vereinheitlichung des IPR allein nicht ausreicht. So könnte es beispielsweise auf Dauer bedenklich erscheinen, dass außereheliche Lebenspartner, registrierte Partner, gleichgeschlechtliche Partner und Transsexuelle nur in einigen Rechtsquellen als „Familienangehörige“ Berücksichtigung finden, in anderen hingegen wieder nicht. Diese Divergenz findet sich in den wohlfahrtsstaatlichen Vorteilen und anderen Rechten der Familienangehörigen der einzelnen nationalen Rechtssysteme,<sup>17</sup> im EG-Primär- und Sekundärrecht zur Personenfreizügigkeit<sup>18</sup> und im Grundrechtsschutz der EMRK.<sup>19</sup>

Umfassende rechtsvergleichende Studien des materiellen Familien- und Erbrechts, wie sie derzeit von der CEFL und zahlreichen anderen Wissenschaftlern<sup>20</sup> vorgenommen werden, sind dennoch nicht sinnlose Zeitvergeudung. Sie bilden einen wertvollen Ideenpool für die

<sup>15</sup> *Marella*, ELJ 2006, 78 (93 ff)

<sup>16</sup> *Study Group on Social Justice in European Private Law*, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, ELJ 2004, 653; *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002); *dies*, Political Issues in Property and Unification Projects, in: Hesselink (Hrsg), The Politics of a European Civil Code (2006) 33; *dies*, The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality, ERCL 2005, 442; *Hesselink*, The Politics of a European Civil Code ELJ 2004, 657; *Colombi Ciacchi*, Der Aktionsplan der Europäischen Kommission für ein kohärentes Vertragsrecht: Wo bleibt die Rückbindung an die Europäische Verfassung?, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004 (2005) 5; *Wilhelmsson*, Varieties of Welfarism in European Contract Law, ELJ 2004, 712, alle mwN.

<sup>17</sup> VfGH 10.10.2005, G87/05 ua, V65/05 ua (Mitversicherung von gleichgeschlechtlichem Partner in der Sozialversicherung).

<sup>18</sup> EuGH 17.4.1986, C-59/85 (*Reed*), Slg 1986, 1283; EuGH 30.4.1996, C-13/94 (*P gegen S und Cornwall County Council*), Slg 1996, I-2143; EuGH 17.2.1998, C-249/96 (*Lisa Jaqueline Grant gegen South-West Trains*), Slg 1998, I-621; EuGH 31.5.2001, C-122/99 (*D und Schweden gegen Rat*), Slg 2001, I-4319; Richtlinie 38/2004/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABI/EG 2004, Nr L 158/77; Richtlinie 2003/86/EG vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABI/EG 2003 Nr L 251/12; Grünbuch Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union, KOM (2004) 378 endg vom 28.5.2004; Art 9 der EU-Grundrechtscharta überlässt die Regelung des Familienschutzes den Mitgliedstaaten.

<sup>19</sup> EGMR 11.7.2002 (*Goodwin*), ÖJZ 2003/34; EGMR 24.7.2003 (*Karner*), ÖJZ 2004/2.

voraussichtlich auch in Zukunft – meist mit gutem Grund – reformfreudigen nationalen Gesetzgeber.

## **B. Das Anerkennungsprinzip und das Registerprinzip im Internationalen Familienrecht**

### **1. Garcia Avello, Standesamt Niebüll und mögliche Folgerungen**

Während in der EuGH-E *Konstantinidis*<sup>21</sup> aus 1993 die Beschränkungen durch das nationale (deutsche) Namensrecht gegen eine wirtschaftliche Grundfreiheit – die Niederlassungsfreiheit – verstießen, zog der EuGH in der Rechtssache *Garcia Avello*<sup>22</sup> nur die von wirtschaftlicher Betätigung unabhängigen Art 12 EGV (Diskriminierungsverbot) und die Artt 17, 18 EGV, dh die aus der Unionsbürgerschaft erfließende allgemeine Personenfreizügigkeit, heran. Dem in Belgien lebenden minderjährigen belgisch-spanischen Doppelstaatsbürger *Garcia Avello* musste bekanntlich die Möglichkeit gewährt werden, seinen Doppelnamen nach spanischem Recht zu bilden.<sup>23</sup> Ebenso wirtschaftsunabhängig außerhalb der Grundfreiheiten bewegt sich das Verfahren in der Rechtssache (Rs) *Standesamt Stadt Niebüll*.<sup>24</sup> Kind und Eltern sind ausschließlich deutsche Staatsbürger und lebten ursprünglich gemeinsam in Dänemark, ehe der Vater nach Deutschland zog. Das in Dänemark bei seiner Mutter lebende Kind besucht den Vater häufig in Deutschland. Das infolge der Staatsangehörigkeitsanknüpfung in Deutschland

---

<sup>20</sup> Siehe zB die Nachweise bei *Pintens*, in FS Jayme (2004) 1339 (1344 FN 24); Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel (Hrsg), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften (2000) uva.

<sup>21</sup> EuGH 30.3.1993, C-168/91 (*Konstantinidis*), Slg 1993, I-1214.

<sup>22</sup> EuGH 2.10.2003, C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg 2003, I-11613.

<sup>23</sup> Dieser Pflicht zur Ermöglichung der spanischen Namensführung konnte Belgien freilich auch durch eine verwaltungsrechtliche Namensänderung genügen, weshalb man vordergründig argumentieren könnte, dass die EuGH-E *Garcia Avello* eine Veränderung des IPR gar nicht notwendig macht. Allerdings ist anzunehmen, dass einem Kind mit Doppelstaatsbürgerschaft nicht nur eine nachträgliche Namensänderung, sondern wohl auch eine erstmalige Namensbildung nach spanischem Recht ermöglicht werden muss, wenn es dieses wünscht (in der Rechtssache *Garcia Avello* ging es allerdings nur um den nachträglichen Änderungswunsch). Es ist kaum anzunehmen, dass der EuGH das Kind bei der erstmaligen Namenseintragung zu einem belgischen Namen zwingen würde, der dann nachträglich im Verwaltungsweg in den spanischen Namen geändert werden müsste. Bei der erstmaligen Namensbildung geht es aber eben um das nach den IPR-Vorschriften anzuwendende Recht.

<sup>24</sup> EuGH 28.4.2006, C-96/04 (*Standesamt Stadt Niebüll*), <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>; Der EuGH lehnte letztendlich eine Entscheidung in der Sache aus Kompetenzgründen ab (das vorlegende Gericht sei in Verwaltungsfunktion tätig gewesen). Siehe aber die Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* in der folgenden FN.

anzuwendende deutsche Namensrecht ermöglicht nicht die dänische Doppelnamensbildung. Wenn der Gerichtshof den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs*<sup>25</sup> gefolgt wäre und die Entscheidung in der Sache nicht aus Kompetenzgründen abgelehnt hätte, läge hier zwar keine Diskriminierung nach Art 12 EGV vor,<sup>26</sup> sehr wohl aber ein Verstoß gegen Art 18 Abs 1 EGV, weil die Führung eines unterschiedlichen Namens in Deutschland die Freizügigkeit des mit beiden Staaten verbundenen Kindes verletzen würde. Nach *Jacobs* muss Deutschland die rechtmäßige Namenseintragung nach dänischem Recht daher anerkennen.

Welche Schlüsse können aus diesen Entscheidungen gezogen werden? In der Rechtssache *Garcia Avello* versteht der EuGH die „Staatsangehörigkeit“ im Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV weit, als eine formelle politische Zugehörigkeit, und schränkt diese nicht auf eine „effektive“ Staatsbürgerschaft der kulturellen Zugehörigkeit oder persönlichen Integration ein. Weiters reichen auch bloß abstrakt drohende Nachteile für die Diskriminierung aus.<sup>27</sup> Aber nicht nur die Nichtanwendung eines Staatsbürgerschaftsrechts anstelle des Aufenthaltsrechts mit dortiger effektiver Staatsbürgerschaft kann diskriminieren oder die Freizügigkeit beschränken, sondern auch die Anwendung des Rechts der alleinigen Staatsbürgerschaft anstelle des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts, weil dort der Name zuerst eingetragen wurde, wie in der Rs *Niebuil*.<sup>28</sup>

In der Rs *Niebuil* kann man ähnlich wie im Internationalen Gesellschaftsrecht nach den EuGH-E *Centros*<sup>29</sup>, *Inspire Art*<sup>30</sup> und *Überseering*<sup>31</sup> die Überlagerung bzw Umgestaltung des IPR durch ein *Anerkennungsprinzip* oder auch *Herkunftslandprinzip* beobachten, das sich aus dem EG-Primärrecht ergibt. Für den Namen gilt ebenso wie für den familienrechtlichen Status (und den Bestand von Gesellschaften), dass aus dem Blickwinkel der Freizügigkeit (oder der Niederlassungsfreiheit) ein *starkes Interesse an der Einheitlichkeit der Beurteilung*

---

<sup>25</sup> EuGH 30.6.2005, C-96/04 (*Standesamt Niebuil*) <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>.

<sup>26</sup> Obwohl auch eine solche bejaht werden könnte, denn die Anknüpfung an die deutsche Staatsbürgerschaft hindert das Kind ja an der in Deutschland wie in Dänemark anerkannten Namensbildung nach dänischem Recht, die in Dänemark lebenden dänischen Staatsbürgern möglich ist.

<sup>27</sup> *Mörsdorf-Schulte*, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, IPRax 2004, 315 (326).

<sup>28</sup> *Kohler*, Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht, in Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9 (18).

<sup>29</sup> EuGH 9.3.1999, C-212/97 (*Centros*), Slg 1997, I-1459.

<sup>30</sup> EuGH 30.9.2003, Rs C-167/01 (*Inspire Art*), Slg 2003, I-10155.

<sup>31</sup> EuGH 5.11.2002, Rs C-208/00 (*Überseering*), Slg 2002, I-9919.

der Rechtslage besteht.<sup>32</sup> Die Anerkennung ist keine IPR-Norm, sondern die Akzeptanz einer im Ausland durch privaten oder behördlichen Akt (nach welchem Recht auch immer) geschaffenen Rechtslage (unabhängig von der Anwendung der eigenen Kollisionsnormen).<sup>33</sup> Sie ist die „Verweisung auf eine fremde zuständige Rechtsordnung“<sup>34</sup> und hat Ähnlichkeit mit der amerikanischen *vested-rights*-Theorie.<sup>35</sup> Voraussetzungen der Anerkennung sind die enge Verbindung zum Ursprungsstaat (wie zB gewöhnlicher Aufenthalt im Ursprungsstaat), die Gültigkeit nach dem Recht des Ursprungsstaates (inklusive IPR), die Gleichwertigkeit der Rechtslage und das Vertrauen in den Ursprungsstaat.<sup>36</sup> Die enge Verbindung zum Ursprungsstaat, die die Anerkennungspflicht innerhalb der Gemeinschaft auslöst, kann im Familienrecht, wie die E *Garcia Avello* und die Schlussanträge in der Rs *Standesamt Niebüll* zeigen, entweder durch den gewöhnlichen Aufenthalt oder aber durch die bloß formell politisch bestehende Staatsangehörigkeit konstituiert werden.

Wir werden dem Anerkennungsprinzip im Registerprinzip des IPR der registrierten Partnerschaften wieder begegnen (siehe Punkt B.2. gleich unten). Auch davon abgesehen ist es keineswegs auf das Namensrecht beschränkt, sondern folgt aus der Personenfreizügigkeit des EGV ebenso auch für hinkende Ehen, hinkende Kindschaft, Geschäftsfähigkeit und Scheidung.<sup>37</sup> Damit kann beispielsweise das für das österreichische IPR typische Abstellen auf die Staatsangehörigkeit in Statusfragen fragwürdig werden, wenn ein Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt (oder Wohnsitz) hat und dort wirksam begründete Statusbeziehungen von Österreich nicht anerkannt werden. Es fragt sich sogar, ob die aus der E *Garcia Avello* ableitbare Wählbarkeit der Rechtslage einer bloß formell bestehenden Staatsangehörigkeit auch auf die „Quasi-Doppelstaatsbürgerschaft“ einer gemischt-

---

<sup>32</sup> Kohler, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9 (26).

<sup>33</sup> Coester-Waltjen, Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?, in: FS Jayme (2004) 121 (122); Lagarde, Die künftigen Entwicklungen des Internationalen Privatrecht in einem Europa auf dem Weg zur Einheit: ein französischer Standpunkt 5; ders, L'oeuvre de la Commission Internationale de l'État Civil en matière de nom des personnes, in: FS Jayme (2004) 1291 (1301 ff); Jayme/Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, IPRax 2001, 501.

<sup>34</sup> Picone, Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti, in: Picone (Hrsg), Diritto internazionale privato e diritto comunitario (2004) 485 (520); ders, Rec. des Cours 197 (1986-II) 229 ff; ders, Rec. des Cours 276 (1999) 119 ff.

<sup>35</sup> Kohler, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9 (25).

<sup>36</sup> Coester-Waltjen, in: FS Jayme (2004) 121 (128).

<sup>37</sup> Mörsdorf-Schulte, IPRax 2004, 315 (325 f); Dethloff, AcP 204 (2004) 544 (552 ff).

nationalen Ehe übertragen werden muss, sodass die Partner (gemeinsam) verlangen können, nach dem Recht einer ihrer Staatsbürgerschaften behandelt zu werden, was wie in *Garcia Avello* die Anwendung des Aufenthaltsrechts verdrängen würde.

Die das IPR des Familienrechts allmählich in ein Anerkennungsrecht umgestaltende fortschreitende Integration innerhalb der EU wirkt nur intern und führt zu einem internen Bedeutungsverlust des kollisionsrechtlichen *ordre public*. Diese Entwicklung kontrastiert mit dem weiterhin aktuellen Einsatz des *ordre public* in Verhältnis zu Drittstaatenrecht, der der Abwehr von Lösungen aus anderen Kulturkreisen dient (zB Zwangsehen, Doppelehen).<sup>38</sup> Solcherart entwickelt sich die Materialisierung des IPR durch höherrangiges Recht<sup>39</sup> auf zwei getrennten Bahnen: innerhalb der EU auf der Grundlage der Personenfreizügigkeit und des Anerkennungsprinzips, gegenüber Drittstaaten hingegen auf der Grundlage des *ordre public*, der den Grundwertungen der mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen gegenüber den Rechtskulturen von Drittstaaten zum Durchbruch verhilft.

## 2. Testfall registrierte Partnerschaften

In den letzten Jahrzehnten wurden in vielen Mitgliedstaaten sog registrierte Partnerschaften eingeführt, teils als Alternative zur Ehe für heterosexuelle Partner, teils als – meist einzige – Möglichkeit der formellen Begründung eines familienrechtlichen Status für gleichgeschlechtliche Paare: so beispielsweise in den skandinavischen Staaten, in den Niederlanden, in Deutschland, der Schweiz, in Frankreich, Belgien, Luxemburg und in Spanien. Andere Mitgliedstaaten wie etwa Österreich und Italien kennen die registrierte Partnerschaft nicht. Die inhaltliche Ausgestaltung solcher registrierter Partnerschaften variiert sehr stark. Sie ist in manchen Staaten sehr stark der Ehe angeglichen (zB Skandinavien, Niederlande), in anderen wiederum nicht (zB Frankreich, Belgien). Für weitere Details kann in diesem Rahmen nur auf die Literatur verwiesen werden.<sup>40</sup> Zusätzlich können gleichgeschlechtliche Paare in Belgien und den Niederlanden auch eine Ehe eingehen.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Kohler, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9 (20 ff) mwN.

<sup>39</sup> Kohler, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9 (20).

<sup>40</sup> Dethloff, Registrierte Partnerschaften in Europa, ZEuP 2004, 59.

<sup>41</sup> Dethloff, ZEuP 2004, 59 (62).

Mit den registrierten Partnerschaften fanden in einigen Staaten auch interessante neue IPR-Lösungen Eingang in das Rechtssystem:<sup>42</sup> Allen diesen IPR-Vorschriften ist gemeinsam, dass nicht die Staatsangehörigkeit der Partner, sondern das Recht des Registerstaates Ausgangspunkt der Anknüpfung ist. So unterstellt etwa Art 17b Abs 1 des deutschen EGBGB<sup>43</sup> die Begründung, die allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung der registrierten Partnerschaft den Sachvorschriften des Registerstaates. Das gleiche gilt auch für die Unterhaltsfolgen und das Erbrecht, wenn die diesbezüglich einschlägigen allgemeinen Anknüpfungen zu keinem Unterhaltsanspruch oder keinem gesetzlichen Erbrecht des registrierten Partners führen.

Dieses Registerstaatsprinzip existiert freilich in Österreich – sowie in allen Staaten ohne registrierte Partnerschaft – nicht. Nach in Österreich hA sind registrierte Partnerschaften nach den eherechtlichen IPR-Regeln anzuknüpfen.<sup>44</sup> Das bedeutet, dass die in Deutschland registrierte Partnerschaft zweier Österreicher mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland nach österreichischem Recht nicht anerkannt wird. Sogar die Wirksamkeit der in Deutschland registrierten Partnerschaft eines gemischt-nationalen deutsch-österreichischen Paares scheitert an § 17 IPRG. Gemischt-nationale Paare, deren Heimatrechte beide registrierte Partnerschaften kennen, also etwa die Niederlande und Deutschland, und die in Österreich leben, passieren zwar die Hürde des § 17 IPRG, sie scheitern dann aber an § 18 IPRG. Denn dieser sieht für alle Ehwirkungen die Anwendung des österreichischen Aufenthaltsrechts vor, und das österreichische Recht sieht eben für registrierte Partner keine weiteren familienrechtlichen Folgen vor.<sup>45</sup>

Es ist nicht schwer zu erkennen, dass nach der soeben erwähnten neueren Rsp des EuGH (*Garcia Avello, Niebuil*) und dem sich darin abzeichnenden Anerkennungsprinzip ein Verstoß des österreichischen IPR gegen das Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV) und die Personen-

---

<sup>42</sup> IPR-Regeln enthalten erst die registrierten Partnerschaften der zweiten Generation, weil man zunächst diese Problematik nicht behandelt hatte: so etwa Finnland, Niederlande, Deutschland, Schweiz; *Dethloff*, ZEuP 2004, 59 (66).

<sup>43</sup> *Forkert*, Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB (2003).

<sup>44</sup> *Verschraegen* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd II/6, 3. Aufl (2004), Rz 6, 7 vor § 16 IPRG; *Röthel*, Registrierte Partnerschaften und österreichisches Kollisionsrecht, ZfRV 1999, 208 (210); *Schwimmann*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl (2001) 149; *Schwimmann* in Rummel, ABGB, Bd II, 2. Aufl (1992), Rz 4 vor § 16 IPRG, *Posch*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl (2002) 54.

<sup>45</sup> Es liegt die Situation eines „Normmangels“ im österreichischen materiellen Recht vor. Diese sollte nicht durch Rückgriffe auf das Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht und Bereicherungsrecht gelöst (so aber *Röthel*, ZfRV 1999, 208 (211) für das österreichische Recht), sondern durch Anleihen aus dem Eherecht bewältigt werden (so *Röthel*, IPRax 2000, 74 (78) für das damalige deutsche Recht).

freizügigkeit des Art 18 Abs 1 EGV vorliegen dürfte.<sup>46</sup> Denn sobald das registrierte Paar aufgrund seines gewöhnlichen Aufenthalts oder seiner Staatsbürgerschaft in Beziehung zu Österreich tritt oder treten muss, erleidet es einen Statusverlust. Sein familienrechtlicher Status ist in vollem Umfang nur innerhalb des Registerstaates wirksam, nicht aber in Österreich.

Nach richtiger nunmehr hA kann sich aus einer gleichgeschlechtlichen registrierten Partnerschaft keine *Ordre-Public*-Widrigkeit nach nationalem IPR ergeben.<sup>47</sup> Das innerstaatliche Institut der Ehe wird durch die Anerkennung ausländischer registrierter Partnerschaften in keiner Weise gemindert oder irgendwie bedroht. Für die Behinderung der Personenfreizügigkeit innerhalb der EU fehlt es daher mE eindeutig an rechtfertigenden Argumenten. Dies gilt natürlich umso mehr auch für heterosexuelle registrierte Paare. Die derzeit durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit für die Statuswirksamkeit und bei gemischt-nationalen Paaren an den gewöhnlichen Aufenthalt bei den persönlichen Rechtswirkungen primärrechtswidrige Rechtslage ist daher durch die Einführung eines Registerstaatsprinzips für im Ausland registrierte Partnerschaften zu reparieren.

Das vom deutschen IPR vorgezeichnete Registerstaatsprinzip steht selbstverständlich in enger Verwandtschaft zu dem oben beschriebenen Anerkennungsprinzip und der Rechtslage im Internationalen Gesellschaftsrecht nach den EuGH-E *Centros* und *Überseering*. Es hat den großen Vorteil, dass es die Vielfalt der Modelle der Mitgliedstaaten – von eheähnlichen Verbindungen bis hin zur Nichtexistenz der Registrierung – erhält, indem es der Partnerschaft eben genau jene Wirkungen zukommen lässt, die in dem Recht des jeweiligen Registrierungsstaates vorgesehen sind, nicht aber weniger oder mehr an Rechtswirkungen erzeugen kann.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Dörner, Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, in: FS Jayme (2004) 143 (147).

<sup>47</sup> Verschraegen in Rummel, ABGB, Bd II/6, Rz 9 vor § 16 IPRG, Rz 2 zu § 6 IPRG hält eine solche nur mehr für möglich, wenn ein starker Inlandsbezug vorliegt. Röthel, ZfRV 1999, 208 (212) schließt hingegen zu Recht die *Ordre-Public*-Widrigkeit gänzlich aus, weil kein Verstoß gegen Art 8 Abs 1 EMRK oder gegen Art 2 StGG iVm Art 7 B-VG vorliegt (ebenso Röthel für das deutsche Recht: Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht, IPRax 2000, 74 (78 f); Gleichgeschlechtliche Ehe und ordre public, IPRax 2002, 496 (498 f)). Etwas anderes könnte nur gelten, wenn das Institut der Ehe gänzlich zugunsten der registrierten Partnerschaft abgeschafft würde oder innerhalb der Ehe das Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit fiel und zugleich ein starker Inlandsbezug vorliegt (Röthel, IPRax 2000, 74 (79); IPRax 2002, 496 (499)).

<sup>48</sup> Bei der Frage, welche Form der registrierten Partnerschaft unter das Registerstaatsprinzip fallen soll (Qualifikationsfrage), ist ein weiter Begriff der registrierten (heterosexuellen oder gleichgeschlechtlichen) Partnerschaft zu wählen, der auch schwache Formen wie die Solidarverträge der französischen PACS und der belgischen *Cohabitation légale* umfasst, ebenso wie Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern; Dörner, in: FS Jayme (2004) 143 (149 f).

Daher müssen wie in Deutschland auch der Unterhalt, das Ehegüterrecht,<sup>49</sup> die Scheidung und die erbrechtlichen Wirkungen<sup>50</sup> von der Verweisung umfasst sein.<sup>51</sup> Desgleichen müsste das Vorhandensein eines familienrechtlichen Status nach dem ausländischen Recht des Registerstaates wohl auch in anderen innerstaatlichen Rechtsbereichen – wie etwa bei sozialen Vergünstigungen, die Familienangehörigen gewährt werden, oder beim mietrechtlichen Eintrittsrecht<sup>52</sup> – nach Möglichkeit Berücksichtigung finden. Die Anerkennungspflicht des familienrechtlichen Status durch Anwendung des Registerstaatsrechts darf nicht nur für Mitgliedsstaaten, sondern muss auch für das EG-Sekundärrecht im Bereich der Personenfreizügigkeit gelten, das zwar schon einen, allerdings unzureichenden Schritt in diese Richtung gegangen ist.<sup>53</sup> Eine Erreckung der VO Brüssel IIA<sup>54</sup> bzw deren Nachfolgerin<sup>55</sup> auf registrierte Partnerschaften ist zu erwägen.

Ein solches Übergreifen der Vergünstigungen und Rechte aufgrund des familienrechtlichen Status, die nach einem anderen als dem Aufenthaltsrecht der Partner zu beurteilen sind, auf andere Rechtsgebiete (zB das Sozialrecht, das Mietrecht), macht freilich die Ungleichbehandlung zwischen nach dem Registerstaatsrecht wirksam registrierten Partnern aus anderen Mitgliedstaaten und rein innerstaatlichen beispielsweise gleichgeschlechtlichen Paaren besonders deutlich. Dies führt zu einer „Inländerdiskriminierung“. Diese besteht im Grunde

---

<sup>49</sup> Mit zusätzlicher Rechtswahlmöglichkeit.

<sup>50</sup> *Henrich*, Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft, in: Schwab (Hrsg), Die eingetragene Lebenspartnerschaft (2002) 313 (331 f).

<sup>51</sup> Falls die registrierten Partner in ein Land mit besserem familienrechtlichen Status als dem des Registerstaates umziehen, könnte die Wahlmöglichkeit für das Recht des Empfangsstaates eingeräumt werden; *Dethloff*, ZEuP 2004, 59 (73).

<sup>52</sup> § 14 Abs 3 österr MietrechtsG sieht für den Todesfall des Mieters Eintrittsrechte in den Vertrag für „Ehegatten, Lebensgefährten“ und gewisse nahe Verwandte vor. Die Rsp des OGH, die bisher eine Einbeziehung von gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten ausschloss (OGH 5.12.1996, wobl 1997/39 = EvBl 1997/54), wird sich aufgrund des EGMR-Urteils in der Rs *Karner* (EGMR 24.7.2003 (*Karner*), ÖJZ 2004/2) nun ändern müssen. Siehe auch § 12 MRG (Abtretung des Mietrechts), der eine Abtretung des Mietrechts ohne Zustimmung des Vermieters nur an Ehegatten und gewisse nahe Verwandte zulässt, nicht aber an Partner aus gleichgeschlechtlichen oder heterosexuellen Lebensgemeinschaften.

<sup>53</sup> Die Richtlinie 38/2004/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABI/EG 2004, Nr L 158/77 macht die Erstreckung der Freizügigkeitsrechte auf Familienangehörige aus im Herkunftsstaat registrierten Partnerschaften derzeit noch abhängig von der Behandlung von registrierten Partnern im innerstaatlichen Recht des Empfangsstaates.

<sup>54</sup> Verordnung EG/2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung EG/1347/2000, ABI/EG 2003, Nr L 338/1.

<sup>55</sup> Grünbuch der Kommission vom 14.3.2005 über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen, KOM (2005) 82 endg.

auch für die familienrechtlichen Statuswirkungen, wenn nach dem Registerstaatsprinzip vorgegangen wird. Denn österreichischen gleichgeschlechtlichen Partnern, die in Österreich leben und denen eine Registrierung im Ausland nicht möglich ist, stehen weder familienrechtliche Rechte, noch ein mietrechtliches Eintrittsrecht oder sozialrechtliche Vergünstigungen zu, während das deutsch-deutsche oder das deutsch-österreichische Paar, das ebenfalls in Österreich lebt, in den Genuss der umfänglichen Anerkennung seines in Deutschland begründeten Status und seiner Wirkungen aufgrund des Registerstaatsprinzips und des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger kommt. Das ist zwar aus dem Gesichtspunkt der Grundfreiheiten, die ja nur Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug gelten, nicht zu beanstanden, bringt aber trotzdem den österreichischen Gesetzgeber in inhaltlichen Zugzwang. Zu dem allgemeinen rechtspolitischen Druck, auch rein österreichischen gleichgeschlechtlichen Paaren die Begründung eines begünstigten familienrechtlichen Status zu ermöglichen, die Angehörigen benachbarter und anderer Mitgliedstaaten bereits offen steht, gesellt sich das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Paaren, die in Österreich leben.<sup>56</sup>

Die Anerkennungspflicht darf mE allerdings nur mit einer wichtigen Einschränkung gelten: Denn aus der Personenfreizügigkeit lässt sich – entgegen der wohl durch die *E Centros* und *Inspire Art* geschaffenen Rechtslage im Gesellschaftsrecht – nicht ein Recht der Unionsbürger auf sog. „*matrimonial shopping*“ innerhalb der EU ableiten. So sieht beispielsweise Art 17b des deutschen EGBGB keine Mindestanforderungen für die Anwendung des Registerstaatsrechts vor und überlässt es daher gänzlich den innerstaatlichen Vorschriften dieses Staates zu bestimmen, welche ausländischen Partner sich bei ihm registrieren lassen können. Verlangt ein Staat daher beispielsweise nur einen einmonatigen oder keinen inländischen Aufenthalt der Partner, die auch sonst mit dem Registerstaat keinerlei Berührung aufweisen, so wäre selbst eine solche Registrierung überall anzuerkennen und registrierungswillige Paare würden aus allen Regionen der EU in diesen Staat pilgern, um sich dort registrieren zu lassen. Daher ist im Registerprinzip eine Mindestbeziehung der Partner bzw eines der Partner zum Registerstaat vorzusehen. Diese könnte mE in der Staatsbürgerschaft des Registerstaates eines der Partner oder, falls eine solche nicht gegeben ist, in einem länger als ein Jahr dauernden oder

---

<sup>56</sup> Siehe dazu auch die weiteren Ausführungen zur inhaltlichen Aufladung des IPR in Punkt C.3. unten.

sonst durch Stabilität ausgezeichneten gewöhnlichen Aufenthalt der beiden Partner im Registerstaat bestehen.<sup>57</sup>

Die registrierungswilligen Partner können bereits durch die Entscheidung für einen bestimmten Registerstaat von einer Wahlmöglichkeit Gebrauch machen. Dh wenn der dauerhafte gewöhnliche Aufenthaltsstaat des Paares oder eines der Staatsangehörigkeitsrechte der Partner eine ihnen erstrebenswert erscheinende Form der registrierten Partnerschaft anbietet, dann können sie durch dortige Registrierung dieses Recht quasi wählen. Es ist daher vermutlich von nicht sehr großer praktischer Relevanz, wenn man den Partnern zusätzliche „echte“ Rechtswahlmöglichkeiten einräumt. Dennoch könnten auch solche Wahlmöglichkeiten durch die Freizügigkeit des EGV (Art 18) geboten erscheinen. Das gilt beispielsweise für das Integrationsinteresse des Paares, wenn es in einen anderen Mitgliedstaat umzieht und dort einen dauerhaften gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Es sollte ihm dann die Wahl des Rechts dieses Mitgliedsstaates eröffnet werden.<sup>58</sup>

### 3. Anerkennungsprinzip und Ehe

Die analoge Anwendung der IPR-Vorschriften der Ehe auf die registrierte Partnerschaft scheitert, wie oben ausgeführt, deswegen an der Freizügigkeit, weil das Rechtsinstitut der registrierten Partnerschaft eben nur in einigen Rechtsordnungen besteht, in anderen wiederum nicht, während die Ehe überall in vergleichbarer Form existiert.<sup>59</sup> Da die Ausgestaltung der eherechtlichen Vorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten aber trotz der Ähnlichkeit im Grundsatz im Detail divergiert, ist umgekehrt zu fragen, inwiefern der Anerkennungsgedanke auch im Internationalen Eherecht eine Rolle spielen sollte. Im Bereich der materiellen Wirksamkeit der Ehe, könnte es vor dem Hintergrund der Freizügigkeit des Art 18 EGV bedenklich erscheinen, dass der Herkunftsstaat eines der Gatten eine Ehe aufgrund eines materiellen Ehehindernisses für unwirksam hält, während die Ehe nach dem im gemeinsamen Aufenthaltsstaat, in dem sie geschlossen wurde, anwendbaren Recht vollständig wirksam ist. Diesfalls wäre – wie in der Rs *Niebuil* – der nach dem „Registerrecht“ wirksam begründete Status auch vom Herkunftsstaat anzuerkennen.

---

<sup>57</sup> Dethloff, ZEuP 2004, 59 (72).

<sup>58</sup> Dethloff, ZEuP 2004, 59 (73).

<sup>59</sup> Dethloff, ZEuP 2004, 59 (72).

Bezüglich der Ehwirkungen wird im österreichischen IPRG (§ 18) nur dann an das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts angeknüpft, wenn die Gatten nicht die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen, also gemischt-national sind. Hier ist daran zu denken, den gleich-nationalen Ehegatten zumindest durch Rechtswahl die Möglichkeit der Anwendung des Rechts ihres gemeinsamen dauerhaften gewöhnlichen Aufenthalts zu eröffnen. Auch umgekehrt sollte das Recht einer der Staatsbürgerschaften der Gatten gewählt werden können. Die Rechtswahl (siehe dazu C.2.-4. unten) hat im Bereich der Ehe größere Bedeutung als im Bereich der registrierten Partnerschaften, da bei der Wahl des Eheschließungsortes Rechtswahlerwägungen der Gatten regelmäßig kaum eine Rolle spielen, während dies bei registrierten Partnern notgedrungen anders ist. Dass den Ehegatten für ihre Scheidung Möglichkeiten der gemeinsamen Rechtswahl eingeräumt und wie das objektive Statut gestaltet werden sollte, wird weiter unter näher ausgeführt (siehe C. und D.1.).

Insgesamt kann gesagt werden, dass angesichts der neuen Auslegung der Artt 12 und 18 EGV durch den EuGH (*Garcia Avello*, *Niebuß*) auch die traditionellen Anknüpfungen im Internationalen Eherecht reformbedürftig erscheinen. Denn auch für den Status der Ehelichkeit bzw dessen Beendigung besteht bei der Ausübung der Personenfreizügigkeit durch die Partner ein starkes Interesse an der Einheitlichkeit der Beurteilung innerhalb der Mitgliedstaaten ebenso wie für die Namenstragung und den Status der registrierten Partnerschaft. Die durch die neue EuGH-Rsp geforderte Wahlmöglichkeit der Parteien (zwischen Integration im Aufenthaltsstaat und politischer Zugehörigkeit durch Staatsbürgerschaft) erscheint im Eherecht aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten (anderes Wahlverhalten der Parteien bei Eheschließungsort, Ähnlichkeit der Ehemodelle) hauptsächlich durch ein Wahlrecht verwirklichtbar (siehe dazu unten C.) und nicht in erster Linie durch das Registerstaatsprinzip wie bei registrierten Partnern.

#### **4. Nicht registrierte außereheliche Lebensgemeinschaften**

Es stellt sich weiters die Frage, wie mit *nicht* registrierten außerehelichen Partnerschaften zu verfahren ist, die ebenfalls in manchen Staaten eheähnliche Wirkungen auslösen, in anderen Staaten – wie in Österreich – dagegen nach schuldrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Vorschriften beurteilt werden. Nach hA wird in Österreich danach differenziert, ob die Heimatrechtsordnungen der beiden Partner nach § 17 IPRG dieser Partnerschaft familienrechtliche Wirkungen verleihen oder nicht. In ersterem Fall wird analog zur

Ehe angeknüpft (§§ 18 ff IPRG), in letzterem Fall schuldrechtlich.<sup>60</sup> In der ausländischen Literatur ist diese Frage weitgehend umstritten.<sup>61</sup> Die Anknüpfung nach den §§ 17 ff IPRG führt ebenso wie bei registrierten Partnerschaften (siehe oben) häufig zum Verlust der eheähnlichen Wirkungen, die im Herkunftsstaat bestanden haben mögen. Für die Anwendung des Anerkennungsprinzips und des Registerstaatsprinzip fehlt es bei außerehelichen Lebensgemeinschaften allerdings am förmlichen Akt der Registrierung, weswegen deren Anwendung wohl zu Recht abgelehnt wird.<sup>62</sup>

## C. Staatsangehörigkeit, gewöhnlicher Aufenthalt und das Prinzip der Parteiautonomie (Rechtswahl)

### 1. Staatsangehörigkeit, *domicile* oder gewöhnlicher Aufenthalt

Bekanntlich durchzieht die Uneinigkeit der Mitgliedstaaten über den geeigneten Anknüpfungspunkt – Staatsangehörigkeit, *domicile* oder gewöhnlicher Aufenthalt – das gesamte Internationale Familien- und Erbrecht.<sup>63</sup> Eine Einigung ist nicht absehbar, auch wenn einige

---

<sup>60</sup> *Verschraegen* in Rummel, ABGB II/6, Rz 3-5 vor § 16 IPRG; *Röthel*, ZfRV 1999, 208 (210); *Schwimmann*, Internationales Privatrecht (2001) 149; *Schwimmann* in Rummel, ABGB II (1992) Rz 4 vor § 16 IPRG, *Posch*, Internationales Privatrecht (2002) 54. In Deutschland zeichnet sich eine Entwicklung von der schuldrechtlichen Anknüpfung zur familien- und personenrechtlichen Anknüpfung ab (*Wagner*, Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft, IPRax 2001, 282 (284); weitere Nachweise zum deutschen Recht bei *Dörner*, in: FS Jayme (2004) 143 (152).

<sup>61</sup> Siehe vorige FN.

<sup>62</sup> *Dörner*, in: FS Jayme (2004) 143 (152) schlägt stattdessen (ohne weitere Begründung) die Anwendung des Rechts am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt der Partner vor. Über die Frage, wie weit man das Anerkennungsprinzip inhaltlich erstreckt, kann freilich diskutiert werden. Wie oben ausgeführt (B.1.), erachtet man üblicherweise behördliche und private Rechtsakte für anerkennungsfähig. Ob eine bloß gelebte Lebensgemeinschaft, die durch keinen besonderen Akt geschaffen wird, auch unter dem Gesichtspunkt der Anerkennung betrachtet werden kann, ist fraglich. Man könnte allenfalls erwägen, den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, in dem die Gemeinschaft zunächst gelebt wurde, auch nach dem Wegzug des Paares in einen anderen Mitgliedstaat als Anknüpfungspunkt zu verwenden. Allerdings ist dann auch dem Integrationsinteresse des Paares in den neuen Aufenthaltsstaat Rechnung zu tragen, insbesondere dann, wenn dieser einen stärkeren familienrechtlichen Status für die nicht registrierte Lebensgemeinschaft vorsieht und die Partner die Anwendung dieses Rechts wünschen.

<sup>63</sup> *Kohler*, Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 9 (11 ff); *Martiny*, Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa – Konturen einer Rom III Verordnung, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 119 (127 ff); *Rauscher*, Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinips im IPR, in: FS Jayme (2004) 719 (730 ff); *Gottwald*, Probleme der Vereinheitlichung des Internationalen Familienverfahrensrechts ohne gleichzeitige Kollisionsrechtsverein-

Stimmen den gewöhnlichen Aufenthalt für den moderneren und zukunftssträchtigeren Anknüpfungspunkt halten.<sup>64</sup> Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit will dem Interesse der Parteien an dem Erhalt ihrer kulturellen und politischen Zugehörigkeit zum Herkunftsstaat entsprechen, während die Anknüpfung am gewöhnlichen Aufenthalt annimmt, dass das Interesse der Parteien an der Integration in die rechtskulturelle Umgebung ihres Aufenthaltsstaates stärker ist als ihre Verbindung mit dem Herkunftsstaat. Das britisch-irische *Domicile*-Prinzip bewegt sich zwischen den beiden.

Keine der beiden Anknüpfungen scheint angesichts der aktuellen Gesellschaftsentwicklung in der Union weniger modern zu sein als die andere. Ob sich jemand in Bezug auf erb- und familienrechtliche Belange eher in den Aufenthaltsstaat integriert oder eher noch dem Herkunftsstaat zugehörig fühlt, hängt vielmehr von den persönlichen Lebensumständen des Einzelnen ab und lässt sich daher nur schwer generalisieren. Es ist insbesondere zwischen Fällen dauerhafter Migration ohne Rückkehrabsicht und beruflich oder klimatisch bedingtem Aufenthaltswechsel zu unterscheiden, der gleichzeitig noch starke Beziehungen zum Herkunftsland bestehen lässt. Es kommt erschwerend hinzu, dass bisweilen auch dauerhafte Migranten eine stärkere Verbundenheit zum Staat ihrer Staatsangehörigkeit haben können als zum Aufenthaltsstaat.

Als zwischen beiden Anknüpfungspunkten vermittelnde Lösung verdient sicher die Haager Konvention zum auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Recht aus 1989<sup>65</sup> besondere Aufmerksamkeit: In deren Art 3 wird versucht, jenen Punkt zu treffen, in dem das Empfinden der Integration in den Aufenthaltsstaat das Zugehörigkeitsgefühl zum Herkunfts-

---

heitlichung, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 55 (62 ff).

<sup>64</sup> So insbesondere im Internationalen Erbrecht: *Deutsches Notarinstitut/Dörner/Lagarde*, Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les états membres de l'Union Européenne, 18.9.2002/8.11.2002, 65 ff; *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering*, Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht, IPRax 2005, 1 (4); im Internationalen Unterhaltsrecht: die beiden Haager Abkommen über 1. das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24.10.1956 (österr BGBI 1961/293); 2. das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2.10.1973 (deutsches BGBI II, S 225); Verordnungsvorschlag der Kommission vom 15.12.2005 über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten, KOM (2005) 649 endg; weiters: Vorschlag des deutschen Rates für IPR zum Scheidungsstatut: Text bei *Henrich*, in FS für Hausheer (2002) 235 (243 f); *Bauer*, IPRax 2006, 204 FN 12; Vorschlag der GEDIP zum Scheidungsstatut: Vienne, 19-21 septembre 2003, Proposition de règles sur le droit applicable au divorce et à la séparation de corps – Draft rules on the law applicable to divorce and legal separation, <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/degip-documents-21p.html>; *Jayne*, IPRax 2004, 68 f.

<sup>65</sup> [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=62](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=62).

staat der Staatsangehörigkeit vermutlich in den meisten Fällen übertrifft, indem ein Aufenthalt von mindestens 5 Jahren verlangt wird. Für Situationen, in denen das dennoch nicht zutrifft, wird eine Ausweichklausel geschaffen.

Die entscheidende Frage, die von einem europäischen Rechtsinstrument wohl auch ausdrücklich mitzuregeln wäre, besteht nun darin, ob man die stärkere Zugehörigkeit zum Land der Staatsangehörigkeit (oder dem Land des gewöhnlichen Aufenthalts) nur nach objektiven oder – wie im britisch-irischen *Domicile*-Begriff – nach subjektiven Faktoren bestimmt. Objektive Faktoren, die – neben der noch kurzen Aufenthaltsdauer – auf eine nicht ausreichende Integration in den Aufenthaltsstaat schließen lassen, könnten sein: Aufenthalt der restlichen Familie im Herkunftsland, häufige Aufenthalte im Herkunftsland aus privaten Gründen, Einkommensbezug aus Herkunftsland, Vermögen, insbesondere Grundbesitz, befindet sich überwiegend im Herkunftsland. Subjektiv ist hingegen der Versuch des Nachweises einer Rückkehrabsicht in den Heimatstaat (*domicile*).<sup>66</sup>

Wenn in familien- und erbrechtlichen Belangen demnach an den „gewöhnlichen Aufenthalt“ und nicht an die Staatsbürgerschaft angeknüpft wird, dann kann hierfür der bloße länger dauernde territoriale Aufenthalt nicht ausreichen. Vielmehr sollte es sich um einen „verstärkten“ gewöhnlichen Aufenthalt handeln, der den „durch familiäre, berufliche und soziale Beziehungen [gemeinsam] gebildeten [alleinigen] ‚Daseinsmittelpunkt‘ des Erblasser“ bildet.<sup>67</sup> Ein bloß formales Dauerkriterium dürfte für diese Feststellung für sich allein genommen wenig aussagekräftig sein, es sollte aber als einer von mehreren objektiven Faktoren Berücksichtigung finden. Wenn diese „Verstärkung“ nicht in den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts selbst eingearbeitet wird, dann sollte zumindest im Rahmen einer Ausweichklausel eine anhand objektiver Kriterien ermittelte noch weiterhin bestehende starke Verbindung mit dem Herkunftsstaat der Staatsangehörigkeit zur Anwendung des Staatsangehörigkeitsrechts führen. Auch der Nachweis eines Rückkehrwillens in den Heimatstaat könnte hierbei eine Rolle spielen.

Angesichts solcher Unsicherheiten über die Interessen und Erwartungen der Parteien, ist es wenig verwunderlich, dass immer mehr Vorschläge darauf dringen, den Parteien selbst die

---

<sup>66</sup> *Frantzen*, Europäisches internationales Erbrecht, in: FS Jayme (2004) 187 (195 f) plädiert für einen stabileren Anknüpfungspunkt als den bloßen gewöhnlichen Aufenthalt; er schlägt das „Domizil“ vor, dh Verstärkung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Dauer und Bleibeabsicht. Ebenso *Rauscher*, in: FS Jayme (2004) 719 (733 ff).

<sup>67</sup> *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering*, IPRax 2005, 1 (4).

Wahl zwischen den Anknüpfungspunkten der Staatsangehörigkeit und des gewöhnlichen Aufenthalts zu lassen. Wer anders als die Parteien selbst könnte besser bestimmen, zu welchem Staat sie sich eher zugehörig fühlen? Das Vordringen des Prinzips der Parteiautonomie ist ein auffallendes Kennzeichen, das alle hier diskutierten Regelungsvorschläge der Europäischen Kommission (Scheidungsrecht, Unterhaltsrecht, Erbrecht) charakterisiert und sie damit in deutlichen Kontrast zum bestehenden Internationalen Familien- und Erbrecht der Mitgliedstaaten setzt.

Allerdings ist immer zu beachten, dass viele Parteien nicht daran denken werden, eine Rechtswahl zu treffen. Deswegen muss auch die objektive Anknüpfung (siehe oben) so zugeschnitten sein, dass sie mit dem Verweis auf die Staatsangehörigkeit oder den „verstärkten“ gewöhnlichen Aufenthalt in möglichst vielen Fällen den Schwerpunkt der Zugehörigkeit des Erblassers trifft. In der Rechtswahl hingegen könnte ein schwächerer Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts Anwendung finden, der nicht der besonderen Verstärkungen wie bei der objektiven Anknüpfung bedarf. Denn hier wird der Partei/den Parteien die Entscheidung überlassen, welchem Staat sie sich eher zugehörig fühlt. Die Partei/en kann/können sich gegen ihren gewöhnlichen Aufenthalt und für ihre Staatsbürgerschaft entscheiden, selbst wenn alle Umstände darauf hindeuten, dass die Partei/en in den Aufenthaltsstaat stark integriert sein müsste/n („verstärkter“ gewöhnlicher Aufenthalt).<sup>68</sup> Umgekehrt sollte es auch möglich sein, einen noch nicht sehr verfestigten gewöhnlichen Aufenthalt (der freilich gewisse Mindestanforderungen im Sinne eines Lebensmittelpunkts erfüllen muss) dem Staatsangehörigkeitsrecht mittels Wahl vorzuziehen, selbst wenn ein solcher gewöhnlicher Aufenthalt in der objektiven Anknüpfung mangels Dauer oder mangels Vorhandenseins aller Verstärkungsmerkmale noch nicht heranzuziehen wäre. Wenn man die Verwendung zweier Begriffe des „gewöhnlichen Aufenthalts“ („verstärkter“ bei der objektiven Anknüpfung und „normaler“ bei der Rechtswahl) für unnötig kompliziert hält, bietet es sich an, für beide Anknüpfungen den Begriff des „verstärkten“ gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden. Dies würde inhaltlich im Vergleich zur Wahlmöglichkeit eines schlichten gewöhnlichen Aufenthalts eine Einschränkung der Selbstbestimmungsmöglichkeit der Parteien bedeuten.

---

<sup>68</sup> Diese Wahlfreiheit entspricht dem Rechtssatz in der *E Garcia Avello*. Dort war der belgische gewöhnliche Aufenthalt sogar durch die belgische Staatsbürgerschaft des Kindes verstärkt. Trotzdem erachtete es der EuGH für notwendig, dem Kind die Möglichkeit zur Gleichbehandlung mit anderen spanischen Staatsbürgern einzuräumen.

In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, wodurch sich Rechtswahlmöglichkeiten im IPR dogmatisch und rechtspolitisch rechtfertigen lassen und welche Konsequenzen sie nach sich ziehen.

## 2. Gründe und Grenzen der Rechtswahl

Ein bekannter Grund für die Gewährung von Parteiautonomie – dh Rechtswahlfreiheit – im IPR ist die Fortsetzung materiellrechtlicher Privatautonomie, wie etwa im Vertragsrecht und im Ehegüterrecht des österreichischen IPR (§§ 19, 35 IPRG, Art 3 EVÜ), in anderen Staaten auch beim nahehelichen Unterhalt, den Vermögensfolgen der Scheidung oder im Erbrecht. Ein weiterer Grund gewinnt nun im europäischen IPR rasant an Bedeutung: Der grenzüberschreitende Charakter eines Sachverhalts lässt die Beurteilung nach einer durch das IPR zwingend festgelegten Rechtsordnung als Beschränkung einer Freiheit – zB einer Grundfreiheit des EGV – oder als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, also Diskriminierung (Art 12 EGV), gegenüber der Behandlung von Sachverhalten ohne grenzüberschreitenden Charakter erscheinen.

Wie die EuGH-E *Garcia Avello* deutlich zeigt, führen Diskriminierungsverbot und Personenfreizügigkeit des EGV nicht nur zum oben erläuterten Anerkennungsprinzip, sondern auch zur Notwendigkeit der Einräumung einer gewissen eingeschränkten Rechtswahlmöglichkeit für die Parteien. Nicht nur die Einräumung des Wahlrechts zwischen zwei Staatsbürgerschaften beim Doppelstaater ist Ausdruck dieser Notwendigkeit, sondern auch das Anerkennungsprinzip selbst. Denn hierbei entscheidet sich zunächst das Kind bzw dessen Eltern in der Rs *Standesamt Niebüll*, den Familiennamen des Kindes zunächst in Dänemark registrieren zu lassen, die registrierten Partner wählen im Rahmen des nach dortigen Zuständigkeitsvorschriften Möglichen den Registerort, die Gesellschaftsgründer wählen den Eintragungsort ihrer Gesellschaft. Diese Wahl ist von den übrigen Mitgliedstaaten – unter gewissen Einschränkungen – regelmäßig zu respektieren.

Folgende *Beispiele* können für die freiheits- oder diskriminierungsbedingte Rechtswahl im Internationalen Familien- und Erbrecht erwogen werden:

Im Internationalen Ehe- und Partnerschaftsrecht haben Partner mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer gemeinsamen Staatsangehörigkeit – nach dem Modell der Rs *Niebüll* – möglicherweise ein EG-rechtlich geschütztes Recht, in Angelegen-

heiten ihrer Partnerschaft nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltes beurteilt werden, wenn sie dies wünschen.<sup>69</sup> Ihre Wahl ist Ausdruck ihrer Integration in den Aufenthaltsstaat, eine Andersbehandlung gegenüber Bewohnern des Aufenthaltsstaat mit dessen Staatsangehörigkeit erscheint nicht gerechtfertigt. Das Vorliegen aller Kriterien für die Feststellung eines „verstärkten“ gewöhnlichen Aufenthalts sind mE im Falle einer Wahl nicht unbedingt zu fordern (siehe C.1. oben).

Auch die Wahl des Erblassers zwischen Aufenthaltsrecht und Staatsbürgerschaft scheint aus dem Blickwinkel des EG-Primärrechts geboten: Er muss seine Staatsbürgerschaft wählen können, genauso aber auch das Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts. Die Entscheidung, ob sich Ehegatten oder Erblasser in den Aufenthaltsstaat integriert fühlen oder ihre Zugehörigkeit zum Staat ihrer Staatsangehörigkeit für stärker erachten, muss ihnen überlassen werden.<sup>70</sup> Sie haben daher – in analoger Erstreckung der Rechtssätze der E *Garcia Avello* und der Schlussanträge in der Rs *Niebuil* auf das Familien- und Erbrecht – sowohl ein Recht sich für die Integration in den Aufenthaltsstaat zu entscheiden (wie in *Niebuil*) als auch ein Recht mit anderen Angehörigen des Staatsbürgerschaftsstaates gleich behandelt zu werden (wie in *Garcia Avello*).

Weiters ist zu beobachten, dass etwa im Internationalen Ehe recht der materielle Charakter der Ehe eine einheitliche Beurteilung der Ehwirkungen und auch des Ehenamens nach *einer* Rechtsordnung verlangt, eine solche Einheitlichkeit in der Staatsangehörigkeit und manchmal auch im gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten aber nicht zu finden sein kann. Die Schwierigkeit der Suche nach einem anderen gemeinsamen Schwerpunkt der Ehe kann, wie beim Schwanken zwischen Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt im Internationalen Erbrecht, auch dadurch vermieden werden, dass man den Parteien die Wahl eines ihrer Staatsangehörigkeits- oder Aufenthaltsrechte ermöglicht.

Die eingeräumte Wahlmöglichkeit darf allerdings nur so weit gehen, als dies der zugrundeliegende Grund, das primärrechtliche Freiheitsrecht oder das Diskriminierungsverbot, erfordert. Denn jenseits der erwähnten Gründe für die Einräumung einer Rechtswahl (materiellrechtliche Privatautonomie oder spezielle Erfordernisse der Freizügigkeit oder der Marktfreiheiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten) kann man sich mE nicht darauf berufen, dass die

---

<sup>69</sup> *Henrich*, Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität, in: FS Jayme (2004) 321 (323).

<sup>70</sup> *Henrich*, in: FS Jayme (2004) 321 (327) für die Wahlmöglichkeit des Staatsangehörigkeitsrechts einer oder beider Gatten im Ehescheidungsrecht anstelle des Aufenthaltsrechts.

Rechtswahlfreiheit ein generelles Prinzip des IPR oder gar „Ausfluss eines überdispositiven Autonomie- und Freiheitsgedankens“ sei.<sup>71</sup> Daher sollte die Rechtswahl im Internationalen Familien- und Erbrecht generell auf die tatsächlich berührten Rechtsordnungen – also meist Staatsbürgerschaft und gewöhnlicher Aufenthalt – beschränkt bleiben.<sup>72</sup> Nur, wenn wie im Vertragsrecht oder beispielsweise im Ehegüterrecht auch im materiellen Recht generelle Gestaltungsfreiheit gewährt wird, darf die Wahlmöglichkeit weiter gehen.

### 3. Inhaltliche Konsequenzen der Rechtswahl

Sowohl das Anerkennungs- und das Registerstaatsprinzip als auch die oben beschriebene Einräumung von Rechtswahlmöglichkeiten sind in zweierlei Hinsicht keine inhaltlich neutralen Regeln und unterscheiden sich daher qualitativ von den traditionellen Regeln des IPR der Mitgliedstaaten<sup>73</sup>. Zum einen werden sie inhaltlich durch den Zweck der Verwirklichung von primärrechtlichen Freiheitsrechten geprägt. Zum anderen bedeutet die neu eröffnete Wahlfreiheit, dass die zur Wahl berechtigten Parteien häufig versuchen werden, jenes Recht zu wählen, das nicht nur dem Gefühl ihrer Zugehörigkeit zu einem Staat, sondern auch – oder insbesondere – ihren materiellrechtlichen Interessen am besten entgegenkommt.

So werden Erblasser im Rahmen ihrer Wahlmöglichkeiten bestrebt sein, die Anwendung eines Rechts mit starken Pflichtteilsrechten zu vermeiden, weil sie so ihre Testierfreiheit besser ausnutzen können.<sup>74</sup> Scheidungswillige Paare werden das Recht mit den geringste Hürden für ihr alsbaldige Scheidung bevorzugen. Testierfreiheit und unkomplizierte Scheidungsmöglichkeiten werden durch das neue IPR-System aufgewertet. Das oben beschriebene Registerstaatsprinzip bei registrierten Partnerschaften (B.2.) führt durch die erzeugte Inländerdiskriminierung zu einem Anpassungsdruck für die nationalen Gesetzgeber jener Mitgliedstaaten, die eine registrierte Partnerschaft in ihrem nationalen Recht noch nicht kennen. Damit wird Wettbewerb der Rechtssysteme zumindest in kleinem Rahmen eröffnet, der nationale *ordre public* wird demgegenüber tendenziell zurückgedrängt. Allerdings handelt es sich anders als

---

<sup>71</sup> So aber *Leible*, Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: FS Jayme (2004) 485 (488, 503).

<sup>72</sup> Mit der gleichen Begründung ist auch im oben entwickelten Registerstaatsprinzip und im generellen Anerkennungsprinzip die Wahlmöglichkeit auf jene Staaten zu beschränken, zu denen die Partei(en) einen starken Bezug aufweisen. Die primärrechtlichen Rechte erfordern keine unbeschränkte Wahlmöglichkeit.

<sup>73</sup> Siehe die Ausführungen in der Einleitung zur Materialisierung und inhaltlichen Aufladung des IPR der Integration gegenüber einem IPR der Koordination.

im Internationalen Gesellschaftsrecht (*Centros, Überseering*) nicht um eine gänzliche Öffnung des Marktes an Rechtsmodellen, denn die Parteien bleiben in ihrer Wahl ja auf jene – meist zwei – Rechtsordnungen beschränkt, zu denen sie eine enge Beziehung haben.

Das heißt das IPR der Integration nimmt Einfluss auf materiellrechtliche Entscheidungen und Lösungen. Die Grenze zwischen direkter Harmonisierung des materiellen Rechts, die ja primär von der Kommission nicht angestrebt wird und auch generell nicht wünschenswert ist, und der indirekten Einflussnahme auf das materielle Recht durch das IPR beginnt langsam dünner und undeutlicher zu werden. Über die konkrete Bewertung dieser Entwicklung kann man geteilter Auffassung sein. Man kann einerseits die oben erwähnten Umgestaltungsercheinungen im materiellen Recht politisch bewerten und, wie auch die Verfasserin dieses Beitrages, meinen, dass die Erleichterung der Scheidung, wenn beide Gatten dies wünschen,<sup>75</sup> ebenso begrüßenswert ist wie die Flucht aus Rechtsordnungen mit nicht mehr zeitgemäßen überhöhten und für den Unternehmenübergang schädlichen Pflichtteilsrechten.<sup>76</sup> Desgleichen erscheint mir persönlich der Wunsch nach alternativen Statusformen zur Ehe für gleichgeschlechtliche und heterosexuelle Paare prinzipiell auch im innerstaatlichen materiellen Recht unterstützenswert. Allerdings ist das eine Frage der politischen Überzeugung. Konservativere Geister werden sich dieser Einschätzung nicht anschließen können. Deswegen muss man zweitens fragen, ob solche politischen Entscheidungen heute auf nationaler Ebene oder auf EG-Ebene getroffen werden sollten, und ob die EG hiermit nicht bereits in Gefahr gerät, ihre Gesetzgebungskompetenzen (siehe A.3. oben) zu überschreiten. Über den Umweg des IPR und der Ausgestaltung der Freizügigkeit des Unionsbürgers beginnt die EG, zumindest punktuell an einer europäischen Rechtskultur zu basteln, die liberalere Züge trägt, als dies dem politischen Willensbildungsprozess in einzelnen ihrer Mitgliedstaaten entspricht. Ob dieses Experiment weitergeführt werden soll, ob es dem Unionsbürger wirklich ausreichend nützt, ist daher insgesamt eine politische und kompetenzpolitische Frage, die man freilich auch bejahen kann, der man sich im Rahmen der weiteren Rechtsentwicklung auf EG-Ebene aber zunächst offen stellen muss.

---

<sup>74</sup> *Frantzen*, in: FS Jayme (2004) 187 (191).

<sup>75</sup> Wer die einvernehmliche Scheidung grundsätzlich akzeptiert, wird auch kaum gegen eine einvernehmliche Wahl jener Rechtsordnung argumentieren können, nach der die Scheidung eher möglich ist.

<sup>76</sup> *Lehmann*, Internationale Reaktionen auf das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht, IPRax 2006, 204 (206). *Rauscher*, in: FS Jayme (2004) 719 (745) tritt hingegen für einen Schutz von Pflichtteilsrechten und Unterhaltsansprüchen nach dem Recht der Staatsbürgerschaft ein.

#### 4. Form

Was aber sehr wohl beachtenswert erscheint, ist der Schutz einer schwächeren Partei, die von der stärkeren Partei in eine für sie einseitig ungünstige Rechtswahlvereinbarung gedrängt wird, sowie der Schutz rechtsunkundiger Parteien bei der Rechtswahl generell. Der Schutz der materiellen Entscheidungsfreiheit schwächerer Parteien ist dem Internationalen Vertragsrecht, dem *El Dorado* der Rechtswahlfreiheit, keineswegs unbekannt. So gelten im EVÜ sowie im EG-Richtlinienrecht besondere Schutzvorschriften für Verbraucher, Versicherungsnehmer, Arbeitnehmer und Mieter, desgleichen bei der Prorogation (Gerichtsstandswahl) im Internationalen Zuständigkeitsrecht. Hierbei wird eine für die schwächere Partei ungünstigere Rechts- oder Gerichtsstandswahl generell ausgeschlossen. Besondere Formvorschriften – wie etwa die notarielle oder gerichtliche Beglaubigung – sind hingegen nicht vorgesehen.

Anders ist die Situation bei der Rechtswahlvereinbarung von Ehegatten oder Partnern: Es ist von außen nicht durch objektive Faktoren erkennbar und daher nicht vom Gesetz *a priori* normierbar, ob eine der Parteien eine schwächere Verhandlungsposition besitzt und welche der beiden Parteien dies ist. Es muss daher ein anderes Instrument als die Normierung der Unwirksamkeit ungünstiger Wahlentscheidungen eingesetzt werden. Hier kann insbesondere das Erfordernis notarieller Beurkundung bzw die Notariatsaktpflicht bestmöglichen Schutz bieten, wenn sie mit einer inhaltlichen Beratungspflicht des Notars über die genauen Rechtsfolgen verbunden wird. Genau dasselbe Instrument ist auch dazu geeignet, dem einseitig zur Rechtswahl berechtigten Erblassers oder Unterhaltsberechtigten Schutz vor ungewollten Entscheidungen aufgrund mangelnder Rechtskenntnis zu bieten. Im Vergleich dazu erscheint eine analoge Anwendung der Testamentsformen auf die Rechtswahlerklärung des Erblassers weniger günstig, da diese ja in der Regel keine rechtskundige Beratung umfassen. Rechtswahlerklärungen und Rechtswahlvereinbarungen sollten im Internationalen Erb- und Familienrecht daher generell in der beschriebenen Weise formpflichtig sein. Aus den gleichen Gründen empfiehlt sich auch für die Gerichtsstandswahl die notarielle Form.

## D. Anmerkungen zu den aktuell vorgeschlagenen europäischen Rechtsinstrumenten

### 1. Die Verordnung Brüssel/Rom III zum Internationalen Scheidungsrecht

Dass die Vielzahl der Zuständigkeiten in der VO Brüssel IIA (in Kraft seit 1.3.2005)<sup>77</sup>, wie im Grünbuch Scheidungsrecht<sup>78</sup> ausgeführt, zur Herstellung der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und zur Vermeidung des *forum shopping* eine Vereinheitlichung des IPR des Scheidungsrechts in der Union unbedingt notwendig macht, steht außer Zweifel. Zusätzlich erscheint es auch erforderlich, einige Lücken und Defekte im Internationalen Zuständigkeitsrecht der VO Brüssel IIA zu beseitigen.<sup>79</sup>

Zu Recht schlagen alle hierzu erarbeiteten Studien (Studie des Asser-Instituts<sup>80</sup>, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht<sup>81</sup>, Vorschlag der Europäischen Gruppe für IPR (GEDIP)<sup>82</sup>) auch eine gemeinsame Rechtswahlmöglichkeit der Gatten bezüglich der Staatsbürgerschaft eines der Gatten vor, während die objektiven Anknüpfungen dieser Vorschläge meist den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Gatten in den Mittelpunkt stellen. Auch weiter gehende Rechtswahlmöglichkeiten werden erwogen.<sup>83</sup>

---

<sup>77</sup> Verordnung EG/2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung EG/1347/2000, AB/E 2003, Nr L 338/1.

<sup>78</sup> Grünbuch der Kommission vom 14.3.2005 über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen, KOM (2005) 82 endg. 3 ff. Die Initiativen in diesem Bereich wurden lange verzögert. Bereits der Aktionsplan von Wien 1998 sah den Erlass einer VO Rom III zum Internationalen Scheidungsrecht bis 2004 vor (AB/E 1999 Nr C 19/1 = IPRax 1999, 288).

<sup>79</sup> *Gottwald*, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 55 (61 ff). Siehe etwa Beispiel 3 im Grünbuch Scheidungssachen, KOM (2005) 82 endg. 5 (gemischt-nationales Paar in Aufenthaltsstaat mit ungünstigerem Scheidungsrecht als beide Personalstatuten).

<sup>80</sup> Practical Problems Resulting from the Non-Harmonization of Choice of Law Rules in Divorce Matters (JAI/A3/2001/04) [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/divorce\\_matters\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/divorce_matters_en.pdf).

<sup>81</sup> Text bei *Henrich*, in FS für Hausheer (2002) 235 (243 f); *Bauer*, IPRax 2006, 204 FN 12.

<sup>82</sup> Vienne, 19-21 septembre 2003, Proposition de règles sur le droit applicable au divorce et à la séparation de corps – Draft rules on the law applicable to divorce and legal separation, <http://www.drt.ucl.ac.be/-gedip/documents/degip-documents-21p.html>; *Jayne*, IPRax 2004, 68 f.

<sup>83</sup> Siehe den Vorschlag der GEDIP: gewöhnlicher Aufenthalt eines Gatten bei Scheidung, letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt, Staatsangehörigkeit eines Gatten, *lex fori*.

Wie *Rauscher*<sup>84</sup> und *Martiny*<sup>85</sup> aufgezeigt haben, birgt die Rechtswahl aber auch einige Probleme in sich. Was soll beispielsweise gelten, wenn zwei Malteser mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich das österreichische Scheidungsrecht gewählt haben, bei der tatsächlichen Scheidung aber schon längst wieder in Malta leben, nach dessen Recht eine Scheidung nicht möglich ist? ME sollte es bei der Beurteilung der Wählbarkeit von Rechtsordnungen nicht allein auf den Zeitpunkt der Wahl, sondern auch auf den Zeitpunkt der Scheidung ankommen. Wenn jede Verbindung zum gewählten Anknüpfungspunkt, insbesondere dem früheren gewöhnlichen Aufenthalt, dann fehlt, sollte die Wahl ihre Wirksamkeit verlieren. Denn das Interesse an der Gleichbehandlung mit den übrigen Bewohnern des Aufenthaltsstaates, im Sinne des Wunsches nach dauerhafter Integration, kann wohl dann nicht mehr schützenswert erscheinen, wenn der Aufenthalt längst beendet wurde. Die Wahl sollte allerdings auch nach Aufenthaltswechsel ihre Wirksamkeit behalten, wenn der frühere gewöhnliche Aufenthalt im Verhältnis zum jetzigen von besonders langer Dauer war.<sup>86</sup> Auch beim in der Praxis sicher selteneren Wechsel der gewählten Staatsangehörigkeit sollte erwogen werden, ob die Wahl diesfalls nicht ihre Wirkung verlieren sollte.

Bei der objektiven Anknüpfung sollte der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt die Anknüpfung nach dem gemeinsamen Personalstatut nur dann verdrängen, wenn dieser den eindeutigen dauerhaften familiären, beruflichen und sozialen Lebensmittelpunkt darstellt. Liegt ein solcher „verstärkter“ gewöhnlicher Aufenthalt bei einem gemischt-nationalen Paar nicht vor, so ist primär an die Staatsbürgerschaft jenes Partners anzuknüpfen, zu dem die Ehe eine engere Verbindung aufweist. Eine gemeinsame Wahl beider Gatten in die jeweilige Gegenrichtung (Staatsbürgerschaft eines Partners oder gewöhnlicher Aufenthalt) ist mE auch ohne die Beachtung von objektiven Kriterien für einen „verstärkten“ Aufenthalt zuzulassen (siehe C.1. oben).<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> *Rauscher*, in: FS Jayme (2004) 719 (735).

<sup>85</sup> *Martiny*, in: Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hsg), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (2006) 119 (131).

<sup>86</sup> Siehe Punkt D.3. unten zur gleichen Problematik im Internationalen Erbrecht.

<sup>87</sup> *Beispiel*: Zwei Malteser, die in Malta eine Ehe eingegangen sind, verlegen ihren gewöhnlichen Aufenthalt nach Österreich. Die Ehe ist nach dem Recht von Malta nicht scheidbar, nach österreichischem Recht hingegen schon (dieses wäre nach gegenwärtiger Rechtslage in Österreich aber gem § 20 IPRG nicht anwendbar). Der Ehemann will sich scheiden lassen, die Frau hingegen nicht. Die Frau würde also einer Wahl des österreichischen Rechts nicht zustimmen. Wenn das Ehepaar in Österreich einen „verstärkten“ (dh dauerhaften und alleinigen) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich begründet hat, dann kommt auch ohne die Wahl österreichisches Recht zur Anwendung. Wenn der

Besonders kritikwürdig am Projekt des Grünbuches Scheidungsrecht erscheint dessen auffallend enger Anwendungsbereich: So werden die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen<sup>88</sup> ebenso wenig berücksichtigt wie die besondere Problematik der registrierten Partnerschaften und gleichgeschlechtlichen Ehen.<sup>89</sup> Auch der aufgrund der E *Garcia Avello* und der Schlussanträge in der Rs *Niebuil* mE offensichtlich bestehende Reformbedarf für die Gültigkeit der Ehe und die Ehwirkungen wurde nicht beachtet. Ebenso fehlt eine EG-Initiative zum Internationalen Namensrecht. Die primärrechtlichen Vorgaben aus den Artt 12 und 17 f EGV müssen freilich ohnedies von den nationalen Gesetzgebern eingehalten werden, die die oben vorgezeichneten Reformen ihrer innerstaatlichen IPR-Systeme einzuleiten haben, sobald EuGH-Entscheidungen existieren werden, die die Rechtssätze aus den E *Garcia Avello* und den Schlussanträgen *Niebuil* auch für das Familienrecht konkretisieren. Viel effektiver und der Rechtssicherheit dienlicher wären allerdings eine oder mehrere EG-Verordnungen, die sich dieser Probleme annehmen und sie einer einheitlichen Lösung zuführen.

## 2. Die Verordnung zum Internationalen Unterhaltsrecht

Der Verordnungsvorschlag zum Internationalen Unterhaltsrecht<sup>90</sup> bezieht sich gem Art 1 Nr 1 auch auf Unterhalt aus familienähnlichen Beziehungen. Ob eine solche Beziehung – wie beispielsweise eine registrierte Partnerschaft oder außereheliche Lebensgemeinschaft – vorliegt, ist nach dem jeweiligen nationalen Kollisionsrecht zu bestimmen. Da dieses Kollisionsrecht, wie oben unter Punkt B.2. aufgezeigt, nicht den primärrechtlichen Vorgaben entspricht (insbes Personenfreizügigkeit), erscheint mir diese Verweisung äußerst bedenklich. Die Unterhaltsberechtigung registrierter Partner und gleichgeschlechtlicher Ehegatten sowie das Bestehen eines solchen familienrechtlichen Status muss nach dem Recht des Registerortes bestimmt werden, sofern zu diesem eine ausreichende Nahebeziehung besteht.

Neben den zu geringen Formerfordernissen für die Gerichtsstandswahl (schriftlich oder elektronisch) und die Rechtswahl (auch konkludent) verwundern am Verordnungsvorschlag auch

---

Aufenthalt in Österreich allerdings nicht verstärkt oder nicht gemeinsam ist, muss maltesisches Recht angewendet werden (Rückverweisungen sind zu beachten).

<sup>88</sup> Für die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe und auch der außerehelichen Lebensgemeinschaften (inklusive registrierte Partnerschaften) und wohl auch von deren Auflösung/Scheidung wurde von der Kommission ein Grünbuch angekündigt, das in der zweiten Jahreshälfte 2006 veröffentlicht werden soll.

<sup>89</sup> Siehe dazu oben Punkt B.2.

<sup>90</sup> Verordnungs-Vorschlag der Kommission vom 15.12.2005 über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten, KOM (2005) 649 endg.

die seltsamen Ausschlüsse von unter 18-Jährigen und Geschäftsunfähigen. So kann eine Gerichtsstandsvereinbarung bei einem Unterhaltsanspruch eines unter 18-Jährigen nicht getroffen werden, über 18-jährige geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Unterhaltsberechtigte werden hingegen nicht ausgeschlossen. Die Rechtswahl ist hingegen für Kinder unter 18 Jahren *und* für Geschäftsunfähige teilweise beschränkt. Vor Gericht soll offenbar jeder Unterhaltsberechtigte, auch der unter 18-jährige und der geschäftsunfähige, beantragen können, dass das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Unterhaltspflichtigen, das auch *lex fori* ist, angewendet wird. Schutzmechanismen sind hier nicht vorgesehen. Sinnvoller als der teilweise Ausschluss Minderjähriger und Geschäftsunfähiger von den Wahlmöglichkeiten erscheint mir auch hier deren Schutz durch die notarielle Formpflicht und die damit verknüpfte rechtskundige Beratung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen.

### 3. Die Verordnung zum Internationalen Erbrecht

Die Initiative der Kommission<sup>91</sup> zur Vereinheitlichung des Internationalen Zivilverfahrensrechts und des Internationalen Erbrechts, sowie Einführung eines europäischen Erbscheins und der Vernetzung der nationalen Testamentsregister ist insgesamt äußerst begrüßenswert.<sup>92</sup>

Bezüglich der gerichtlichen (notariellen) Zuständigkeit für das Hauptverfahren und die Rechtsanwendung erscheint die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes gerechtfertigt, wenn es sich dabei um einen wirklichen „verstärkten“ gewöhnlichen Aufenthalt, also einen dauerhaften alleinigen Lebensmittelpunkt handelt (C.1.).<sup>93</sup> Ansonsten sollte die Staatsangehörigkeit maßgeblich sein. Eine Rechtswahl des Erblassers in die jeweilige Gegenrichtung ist zuzulassen. Es gilt das oben zur Form der Rechtswahl Ausgeführte (C.4.). Die Wahlmöglichkeit sollte immer nur dem Erblasser und nicht den Erben zustehen.

Die Rechtswahl ist wie oben ausgeführt aus der primärrechtlichen Personenfreizügigkeit abzuleiten (Selbstbestimmung der Zugehörigkeit zu Herkunfts- oder Aufenthaltsstaat). Sie dient gleichzeitig auch dem Bedürfnis des Erblassers nach Schaffung von Rechtsklarheit. Dies gilt

---

<sup>91</sup> Grünbuch der Kommission vom 1.3.2005 zum Erb- und Testamentsrecht, KOM (2005) 65 endg.

<sup>92</sup> Eine ausgezeichnete Übersicht über die Gründe der Notwendigkeit einer Vereinheitlichung findet sich in: *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering* IPRax 2005, 1 (2 f).

<sup>93</sup> *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering* IPRax 2005, 1 (4); *Dörner*, Das Grünbuch „Erb- und Testamentsrecht“ der Europäischen Kommission, ZEV 2005, 137.

insbesondere im Hinblick auf die objektive Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt, da sich mit jedem Aufenthaltswechsel das anwendbare Erbrecht verändert.<sup>94</sup> Problematisch an der Rechtswahl erscheint auch hier wieder, dass der Erblasser das Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltes im Zeitpunkt der Wahl wählen könnte, im Zeitpunkt seines Todes aber einen anderen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Nach der Studie von *Dörner* und *Lagarde*<sup>95</sup> und nach dem Haager Erbrechtsabkommen aus 1989<sup>96</sup> bleibt die Rechtswahl auch in diesem Fall wirksam. ME sollte die Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts – wie im Fall des Malteser Ehepaares im Scheidungsrecht – nur dann gültig sein, wenn dieser auch im Todeszeitpunkt noch besteht<sup>97</sup> oder wenn der frühere gewöhnliche Aufenthalt im Verhältnis zum jetzigen von besonders langer Dauer war. Diese Einschränkung vermeidet die Anwendung eines Rechts, zu dem der Erblasser keinen dauerhaften engen Bezug hatte und das er vielleicht nur gewählt hat, um unerwünschte Pflichtteilsansprüche auszuschließen.<sup>98</sup>

Die Einführung eines „europäischen Erbscheins“ dürfte für alle Beteiligten wesentliche Verfahrenserleichterungen bewirken. Unbedingte Voraussetzung für sein Funktionieren ist die Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts.<sup>99</sup> Er ist die logische Folge eines konzentrierten Hauptverfahrens am letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers mit allerhöchstens Nebenverfahren in anderen Staaten, wie etwa im Staat des Lageorts von Liegenschaften. Selbst wenn man sich dazu entschlösse, im Staat des Lageortes ausländischer Liegenschaften – unter Anwendung desselben materiellen Erbrechts wie im Hauptverfahren – ein eigenes Nebenverfahren zu verlangen, von dessen Notwendigkeit ich nicht wirklich überzeugt bin, könnte der Erbschein in dessen Rahmen eine gewisse Rolle spielen. Dem Erbschein sollten mE wie in Deutschland Rechtsschein-, Legitimations- und Beweiswirkung gegenüber öffentlichen Stellen und Privaten zukommen. Hierbei ist freilich zu bedenken, dass Regelungen zum Schutz des gutgläubigen Erwerbes durch Dritte, die auf den Erbschein vertrauen, eine sachrechtliche Rechtsvereinheitlichung bedeuten. Zwar bietet Art 65 EGV

---

<sup>94</sup> *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering* IPRax 2005, 1 (2); dies übersieht *Frantzen*, in: FS Jayme (2004) 187 (191), wenn er argumentiert, dass die Harmonisierung der objektiven Anknüpfung das Bedürfnis nach einer Rechtswahl verschwinden lässt.

<sup>95</sup> *Deutsches Notarinstitut/Dörner/Lagarde*, Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les états membres de l'Union Européenne, 18.9.2002/8.11.2002, 184.

<sup>96</sup> Art 5 Abs 1; [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=62](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=62).

<sup>97</sup> *Rauscher*, in: FS Jayme (2004) 719 (745).

<sup>98</sup> Siehe Punkt D.1. oben zur gleichen Problematik im Internationalen Scheidungsrecht.

keine Kompetenzgrundlage für die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts<sup>100</sup>, durch die enge Verbindung mit den verfahrensrechtlichen Hauptzwecken der Regelung ist eine Ausnutzung dieser Kompetenz mE aber trotzdem vertretbar.

## G. Zusammenfassung und Thesen

1. Durch Art 18 EGV wurde das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger von jeglicher wirtschaftlicher Tätigkeit entkoppelt. Dieses Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger ist damit auf das gesamte Namens-, Familien- und Erbrecht in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug anwendbar, ohne dass es des Nachweises der Behinderung einer Erwerbstätigkeit bedarf. Eine Einschränkung in wichtigen persönlichen Belangen, wie etwa in der Namenstragung, dem Bestand oder den Wirkungen einer Familienbeziehung, der Möglichkeit, Vermögen zu vererben, reicht aus.
2. In Art 18 Abs 2 EGV findet sich auch eine Kompetenzgrundlage für sekundärrechtliche Rechtsakte der EG, die anders als die Freizügigkeitskompetenz des Art 65 EGV nicht auf das IPR und das IZVR beschränkt ist. Die Rechtsetzungskompetenzen der Art 39 f EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art 43 f EGV (Niederlassungsfreiheit) sind hingegen wirtschaftsbezogen.
3. Eine umfassende Vereinheitlichung des materiellen Rechts ist nicht erforderlich, da die meisten Probleme in Bezug auf die Personenfreizügigkeit des EGV sehr gut durch die Vereinheitlichung des IPR und IZVR gelöst werden können
4. Die EuGH-E *Garcia Avello* und die Schlussanträge in *Standesamt Niebüll* verstärken das Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV) und die Personenfreizügigkeit des Art 18 EGV und lassen das Internationale Namens- und Familienrecht der Mitgliedstaaten in neuem Licht erscheinen. Für Name und Status gilt nunmehr EG-rechtlich das Anerkennungsprinzip, das Ähnlichkeiten mit der durch die EuGH-E *Centros*, *Inspire Art* und *Überseering* im Internationalen Gesellschaftsrecht geschaffenen Rechtslage erzeugt.

Es muss immer dann angewendet werden, wenn ein *starkes Interesse an der Einheitlichkeit der Beurteilung der Rechtslage* vorliegt. Ein solches existiert nicht nur im

---

<sup>99</sup> Dörner, ZEV 2005, 137 (138).

<sup>100</sup> Lehmann, IPRax 2006, 204 (207).

Namensrecht, sondern auch bei familienrechtlichen Statusbeziehungen (zB hinkende Ehen, hinkende Kindschaft, Scheidung, hinkende registrierte Partnerschaften).

5. Aus dieser EuGH-Judikatur folgt auch, dass im Bereich der registrierten Partnerschaften durch neu zu schaffendes EG-Sekundärrecht oder durch nationale Reformen das Registerstaatsprinzip Anwendung finden muss. Dieses ist auf jene Fälle zu beschränken, in denen der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Partner oder eine der Staatsbürgerschaften die Verbindung zum Registerstaat herstellt.
6. Sowohl Anerkennungs- als auch Registerprinzip beinhalten eine beschränkte Wahlmöglichkeit der betroffenen Parteien. Sie können sich beispielsweise für eine Namensregistrierung oder die Begründung einer registrierten Partnerschaft im Land der Staatsangehörigkeit oder im Land des gewöhnlichen Aufenthalts nach jeweils dem dort geltenden Recht entscheiden.
7. Die Anknüpfungstechnik der neuen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquellen im Bereich des Internationalen Familien- und Erbrechts ist gekennzeichnet durch den Ausgleichsversuch zwischen Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt und das Vordringen der Parteiautonomie (Rechtswahl).
8. Ein alleiniges Abstellen auf nur die Staatsangehörigkeit oder nur den gewöhnlichen Aufenthalt ist abzulehnen. Da viele Parteien von einer bestehenden Rechtswahlmöglichkeit zwischen Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt (siehe Punkte 10-13) nicht Gebrauch machen werden, muss die objektive Anknüpfung versuchen, Situationen zu typisieren, in denen sich die Parteien mit hoher Wahrscheinlichkeit eher dem Herkunftsland der Staatsangehörigkeit bzw eher dem Empfangsstaat des gewöhnlichen Aufenthalts verbunden fühlen werden.
9. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt erscheint nur in Fällen gerechtfertigt, in denen der Aufenthalt erkennbar den dauerhaften alleinigen familiären, beruflichen und sozialen Daseinsmittelpunkt darstellt. Der objektiven Anknüpfung sollte daher ein sog „verstärkter“ Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zugrundegelegt werden. Zu dessen Bestimmung sind objektive Kriterien wie beispielsweise die Dauer des Aufenthalts, der Wohnort der Familie, der Lageort von Vermögen sowie, soweit möglich, auch der subjektive Rückkehrwille zu beachten.
10. Ebenso wie das Anerkennungsprinzip und das verwandte Registerprinzip lässt sich auch die Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeiten im Internationalen Familien- und Erbrecht

auf die analoge Erweiterung der Rechtssätze der EuGH-E *Garcia Avello* und der Schlussanträge in der Rs *Standesamt Niebuß* (Personenfreizügigkeit, Diskriminierungsverbot) zurückführen. Zusätzlich spielen andere Gründe wie die Schaffung von Rechtsklarheit für die Parteien oder seltener die Fortführung materieller Gestaltungsfreiheit eine Rolle.

11. Generell sollte den Parteien (im Fall der Ehe/Partnerschaft beiden Ehegatten/Partnern gemeinsam) die Möglichkeit der Wahl zwischen dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts und dem Recht ihrer Staatsbürgerschaft eröffnet werden. Aus dem EG-Primärrecht erwächst den Parteien im Internationalen Familien- und Erbrecht das Recht, selbst zu entscheiden, ob sie sich im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts integriert erachten oder ob sie sich dem Staatsangehörigkeitsstaat weiterhin stärker zugehörig fühlen.
12. Die Wahl anderer Rechtsordnungen, zu denen die Parteien keine Beziehung aufweisen, sollte generell nicht möglich sein (Ausnahme möglicherweise Ehegüterrecht in Fortführung materieller Gestaltungsfreiheit), da eine unbeschränkte Wahlmöglichkeit von der Freizügigkeit des EGV nicht mehr getragen werden kann.
13. Zum Schutze schwächerer und rechtsunkundiger Parteien sollte die Rechtswahlerklärung oder -vereinbarung nur in notarieller Form wirksam abgegeben werden können, wobei eine Rechtsberatung durch den Notar oder sonstige beurkundende Instanz nachzuweisen ist. Ebenso empfiehlt sich auch für die Gerichtsstandswahl die notarielle Form.
14. Die in der neueren EuGH-Judikatur zu den Artt 12 und 17, 18 EGV und dem verstärkten Bemühen des EG-Sekundärgesetzgebers um die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit angelegte Entwicklung verwandelt das traditionelle, inhaltlich neutrale und bloß koordinierende Internationale Familien- und Erbrecht der Mitgliedstaaten in ein inhaltlich aufgeladenes Internationales Privatrecht der über das Wirtschaftsgeschehen hinausreichenden Integration (Materialisierung des IPR).
15. Das Diskriminierungsverbot und die Personenfreizügigkeit des EGV prägen das neue IPR als materielle Zwecke, die durch dieses verwirklicht werden müssen.
16. Die im Anerkennungsprinzip und der neuen Rechtswahlfreiheit angelegten Wahlmöglichkeiten der Parteien führen zur Begünstigung bestimmter inhaltlicher Lösungen: so etwa der Testierfreiheit, der unkomplizierten und schnellen Scheidungsformen und der registrierten Partnerschaften. Wenn im Inland wohnhaften ausländischen Parteien durch das Anerkennungsprinzip oder die Rechtswahl Möglichkeiten eröffnet werden, die rein

inländischen Parteien nicht offen stehen (zB geringere Beschränkung der Testierfreiheit, erleichterte Scheidung, registrierte Partnerschaft), entsteht eine Art „*Inländerdiskriminierung*“, die den inländischen Gesetzgeber zur Änderung des materiellen Rechts in Richtung der ausländischen Modelle motivieren könnte. Ein umfassender Wettbewerb der Rechtsordnungen, wie im Internationalen Gesellschaftsrecht (nach den E *Centros* und *Überseering*), wird wegen der festzusetzenden Grenzen der Wahlmöglichkeiten (siehe Punkte 11-12) allerdings nicht eröffnet.

17. Diese indirekte Beeinflussung des materiellen Erb- und Familienrechts durch das IPR wirft die Frage nach den Grenzen der EG-Rechtssetzungskompetenzen im Rahmen der Personenfreizügigkeit (siehe Punkte 2-3) auf. Soll das EG-Recht den Mitgliedstaaten eine Liberalisierung des materiellen Erb- und Familienrechts in Richtung Erweiterung der Testierfreiheit, Erleichterung der Scheidung und Ermöglichung von registrierten Partnerschaften quasi halb-zwingend nahelegen dürfen oder sollten derartige politische Entscheidungen zwischen einem eher konservativen oder eher liberalen Erb- und Familienrecht auch weiterhin möglichst umfassend den Mitgliedstaaten selbst überlassen bleiben? Diese Frage muss im Rahmen der EG-Rechtsetzungsprojekte offen diskutiert und einem politischen Konsens zugeführt werden.
18. Am für das internationale Scheidungsrecht geplanten Rechtsinstrument fällt insbesondere sein enger Anwendungsbereich auf. Dies gilt insbesondere für die Scheidungsfolgen, aber auch für die oben aufgezeigte Notwendigkeit, das gesamte Internationale Familien- und Eherecht angesichts der EuGH-E *Garcia Avello* und der Schlussanträge *Niebuil* neu zu überdenken.
19. Die oben aufgezeigten Leitlinien für die objektive Anknüpfung an den „verstärkten“ gewöhnlichen Aufenthalt und, falls sein solcher nicht festgestellt werden kann, an die Staatsbürgerschaft der Parteien sind im Bereich der neuen Scheidungs-VO und der Erbrechts-VO umzusetzen. Falls die Parteien keine gemeinsame Staatsangehörigkeit besitzen, ist an die Staatsangehörigkeit jenes Partners anzuknüpfen, zu der die Ehe die stärkere Beziehung aufweist.
20. Bei der sowohl im Scheidungs- als auch im Erbrecht einzuräumenden Rechtswahlmöglichkeit zwischen Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt, ist insbesondere der Wandel des gewählten Anknüpfungspunktes nach der Wahl problematisch. ME sollte die Wahl in einem solchen Fall nur dann ihre Wirksamkeit behalten, wenn der gewählte ge-

wöhnliche Aufenthalt im Scheidungs- oder Todeszeitpunkt noch besteht oder wenn er im Vergleich zum neuen gewöhnlichen Aufenthalt von besonders langer Dauer war.

21. Der Verordnungsvorschlag zum Unterhaltsrecht überantwortet die Bestimmung des familienrechtlichen bzw familienähnlichen Status dem IPR der Mitgliedstaaten und stellt hiermit eine angesichts der Anforderungen des Primärrechts unzureichende Regelung der Problematik der Anerkennung registrierter Partnerschaften und ihrer Wirkungen dar. Die Rechtswahlmöglichkeiten im Verordnungsvorschlag werden den bestehenden Schutzbedürfnissen nicht gerecht und enthalten inkonsequente Ausschlüsse von der Rechtswahl.
22. Die Vereinheitlichung der Internationalen Zuständigkeit sowie des Internationalen Erbrechts ist sehr zu begrüßen. Sie ermöglicht die Konzentration auf ein Hauptverfahren am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Todeszeitpunkt und die Rechtsschein-, Beweis- und Legitimationswirkungen des geplanten europäischen Erbscheins und wird wesentliche Verfahrenserleichterungen für die beteiligten Parteien auslösen.
23. Die Zukunft des Europäischen Familien- und Erbrechts wird eine sehr bewegte sein. Dies gilt zum einen für die Ebene des EG-Sekundärrechts. Die im Scheidungs-, Obsorge-, Unterhalts- und Erbrecht auf der Grundlage von Art 65 EGV geplanten, jeweils das IZVR und das IPR umfassenden, Rechtsakte sind grundsätzlich sehr begrüßenswert. Sie werden aber dem durch Art 18 EGV und die hierzu bereits vorhandene und noch zu erwartende Rsp des EuGH erzeugten Reformbedarf für das IPR allein noch nicht gerecht. Weitere sekundärrechtliche Rechtsakte erscheinen insbesondere für das Kollisionsrecht der Scheidungsfolgen, des Bestandes und der Wirkungen von Statusbeziehungen, der registrierten Partnerschaft und des Namens wünschenswert. Der sich durch das EG-Primärrecht und die heute geplanten Rechtsakte abzeichnende Wandel des IPR zu einem materialisierten IPR der fortschreitenden Integration ist nicht nur punktuell, sondern inhaltlich homogen und konsequent fortzusetzen.
24. Aber auch der nationale Gesetzgeber scheint gefordert. Es sind zwei Bereiche zu unterscheiden: Erstens der Reformbedarf, der sich aus der in der E *Garcia Avello* und den Schlussanträgen in *Standesamt Niebüll* präzisierten primärrechtlichen Rechtslage für das österreichische IPRG ergibt. Solange der EG-Gesetzgeber hier nicht aktiv wird, muss Österreich selbst dafür sorgen, dass seine Rechtsnormen dem EGV entsprechen. Wenn man die beiden Entscheidungen eng interpretiert, sind hiervon zumindest das Personalstatut des § 9 IPRG und das Internationale Namensrecht in § 13 IPRG betroffen. Aller-

dings sind in Zukunft weitere EuGH-E zu erwarten, die die Rechtssätze aus *Garcia Avello* und *Niebuill* auch auf das Internationale Familienrecht schrittweise übertragen. Dann wird sich der Reformbedarf in der in dieser Untersuchung vorgezeichneten Form auch auf die Anknüpfungen des Internationalen Eherechts inklusive der registrierten Partnerschaften erstrecken und den nationalen Gesetzgeber auch dort zum Einschreiten zwingen.

25. Zweitens und letztens sollte den Reformbedürfnissen des nationalen materiellen Rechts auch außerhalb des Einflussbereiches des EG-Rechts weiterhin Aufmerksamkeit geschenkt werden. Die von der Entwicklung des EG-Rechts ausgelösten zahlreichen rechtsvergleichenden Studien im Bereich des materiellen Familien- und Erbrechts können für den nationalen Gesetzgeber ein wichtiges neues Instrument darstellen, um die Qualitäten und Mängel des österreichischen materiellen Rechts zu evaluieren und Reformbedürfnisse richtig einschätzen und beantworten zu können. Als Beispiel einer notwendigen Reform kann sicherlich das sehr großzügige österreichische Pflichtteilsrecht genannt werden, das häufig den Bestand und die Fortführung von wirtschaftlichen Unternehmen gefährdet (siehe den Beitrag von *Winkler* in diesem Buch S ###). Viele weitere Reformpunkte sind von *Hopf* zu Recht auch für das österreichische materielle Familienrecht näher ausgeführt worden (siehe den Beitrag von *Hopf* in diesem Buch S ###).