



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„DER GEWÖHNLICHE AUFENTHALT IM SYSTEM DES EUROPÄISCHEN KOLLISIONSRECHTS“**

Dissertation vorgelegt von Bettina Rentsch

Erstgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

## I. AUSGANGSPUNKT UND DISKURSIVES UMFELD DER ARBEIT

Unter dem „gewöhnlichen Aufenthalt“ versteht man deren persönliche und soziale Bindungen, die zusammengenommen den Lebensmittelpunkt einer Person ausmachen. In Deutschland hatte der Begriff bislang eine untergeordnete Bedeutung. Er bestimmte in Fällen, in denen die Staatsangehörigkeit einer Person entweder nicht ermittelt werden konnte oder kein eindeutiges Ergebnis lieferte, das auf einen internationalen Sachverhalt anwendbare Recht zu ermitteln. Mit der Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts der Mitgliedstaaten durch europäisches Verordnungsrecht (Art. 81 Abs. 2, 3 AEUV, Art. 288 Abs. 1 AEUV) hat der Begriff in den letzten Jahren einen enormen Bedeutungszuwachs erfahren und die Staatsangehörigkeit, aber auch nationale Alternativkonzepte wie das Wohnsitzprinzip des Common Law, abschließend verdrängt. Er entscheidet derzeit in allen von der Union durch Verordnung geregelten Fällen über das anwendbare Recht, in denen die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben. Dem zum Trotz fehlt es an allgemeinverbindlichen Leitlinien des gewöhnlichen Aufenthalts. Solche werden mitunter für entbehrlich, teils sogar für unmöglich gehalten: Die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts könne nur im Einzelfall erfolgen, seine Konkretisierung sei mithin abschließend dem erkennenden Gericht überantwortet. Die hier beschriebene Arbeit möchte ein Alternativmodell zu dieser Passivitätsthese entwickeln. Ihr Ziel lautet, eine rechtsaktübergreifende Typologie der unionskollisionsrechtlichen Aufenthaltsbegriffe zu skizzieren.<sup>1</sup> Dass die Mannigfaltigkeit der Einsatzgebiete des gewöhnlichen Aufenthalts unter Umständen eine begriffliche Abschtung, oder eine Differenzierung im Aufenthaltsverständnis, erfordern kann, stellt die Arbeit nicht infrage. Ihre Frage lautet vielmehr, wann eine Differenzierung zulässig ist, und *wie*, konkret: nach welchen Kriterien, und mit welchen Konsequenzen, sie erfolgen sollte.<sup>2</sup> Vorhandene Differenzierungsvorschläge in der Literatur werden hier ebenso diskutiert wie neue Möglichkeiten der Differenzierung vorgeschlagen werden. Der gerade vorgestellte Gedanke bildet den Kern, notwendigerweise aber auch den Schlussteil der Arbeit. Seiner Erörterung müssen Überlegungen zu Entwicklung, Struktur und Inhalt des gewöhnlichen Aufenthalts (Teil 2), aber auch zum

---

<sup>1</sup> S. Teil 3 der vorliegenden Arbeit.

<sup>2</sup> Erste Überlegungen finden sich insoweit bei *Hilbig-Lugani*, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im IPR und IZVR der Europäischen Union, GPR 2014, 8.

Begriff, Stand und zum systemischen Zusammenhalt des Kollisionsrechts der Europäischen Union vorangehen (§ 2).

## II. BESCHREIBUNG DES VORHABENS

### 1. Grundlagen

In einem ersten Schritt setzt sich die Arbeit mit ihren Grundlagen und Hypothesen auseinander. Das ist bereits deshalb der Fall, weil dem Begriff des „Europäischen Kollisionsrechts“, insbesondere aber der im Titel der Arbeit ausgedrückten Annahme, dass es sich dabei um ein „System“ handelt, ein sicher nicht unbedenkliches, für die Zwecke der Arbeit aber notwendiges, spekulatives Element innewohnt. Während die erste Spekulation – beim gewöhnlichen Aufenthalt handelt es sich um ein System – nicht abschließend beantwortet werden kann,<sup>3</sup> wird der Begriff „Europäisches Kollisionsrecht“ im ersten Teil der Arbeit historisch rekonstruiert und definiert (§ 2). Anschließend daran bietet die Arbeit einen Überblick über die unterschiedlichen Facetten der Diskussion um den gewöhnlichen Aufenthalt (§ 3). In einem ersten Schritt hält sie es für geboten, Klarheit über den konsentierten Begriffskern zu schaffen (A.). In einem zweiten Schritt geht sie der rechtspolitischen Diskussion nach, die sich seit der Übernahme des gewöhnlichen Aufenthalts in die Rom- und Brüssel-Verordnungen entwickelt hat (B.). Die Grundannahme lautet insoweit, dass der exzessive Einsatz des gewöhnlichen Aufenthalts im Europäischen IPR und IZVR nicht *per se* abzulehnen ist. Anstatt das „echte“ kollisionsrechtsdogmatische, aber auch rechtspolitische Für und Wider des Begriffs zu diskutieren, verlegt sich die Arbeit darauf, die Vor- und Nachteile des gewöhnlichen Aufenthalts aus der Perspektive eines Rechtssetzers zu analysieren.

### 2. Begriffsinhalt, Begriffsnatur und rechtspraktische Handhabung

Ein zweiter Teil der Arbeit widmet sich dem Begriffsinhalt des gewöhnlichen Aufenthalts. Die dort beantwortete Frage nach dem möglichen Wortsinn Begriffs ist nahezu untrennbar

---

<sup>3</sup> Die Arbeit legt den Systembegriff von *Combaçau*, *Le Droit International: Bric-à-Brac ou Système?*, *Archives de Philosophie du Droit* 1986, 85, zugrunde. In der Tat lässt sich die völkerrechtliche Kohärenzdebatte nämlich in weiten Teilen auf das europäische IPR übertragen. S. zu diesem Thema außerdem *Prost*, *The Concept of Unity in International Law*, 2012, insb. 32, 69 ff., sowie die Debatte zur Fragmentation des Völkerrechts, dazu statt vieler *Peters*, *Fragmentation and Constitutionalization*, in Orford/Hoffmann (Hrsg.), *The Oxford Handbook on the Theory of International Law*, 2016, 1011.

mit der nach dem „Ob“ und „Wie“ einer möglichen Differenzierung im Begriffsverständnis verbunden. Die Arbeit rekonstruiert in einem ersten Schritt die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Aufenthaltsanknüpfung im Haager Staatsvertragsrecht (§ 1 B.), setzt diese Entwicklung aber zunächst mit der Entstehung der persönlichen Anknüpfung ins Verhältnis (§ 1 A.). Anschließend daran greift sie die eingangs grob skizzierte Diskussion um die Begriffsstruktur und den Inhalt des gewöhnlichen Aufenthalts auf (§ 2). Zunächst setzt sie sich mit der historisch etablierten Bezeichnung des gewöhnlichen Aufenthalts als „Tatsachenbegriff“ und relativiert diese Zuordnung abschließend (§ 2 A.). Sodann entwickelt die Arbeit Argumente für die Überlegung, dass der Begriff entgegen einer bislang vorherrschenden Auffassung in Zweifelsfällen nicht in Ansehung der Aufenthaltsdauer bestimmt werden soll. Stattdessen bringt sie den Niederlassungswillen einer Person in Stellung. Dafür spricht insbesondere, dass ein, wie man es nennen mag, „willenssensitives“ Aufenthaltsverständnis nicht mehr dem konzeptionellen Einwand begegnen muss, dass die Aufenthaltsbestimmung bei Kindern und Erwachsenen unterschiedlichen Parametern folgt (§ 2 B. II. b.). Diese abstrakten Überlegungen werden sodann mit der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte in Bezug gesetzt (§ 3). Die Arbeit kommt einerseits zum Schluss, dass die Rechtspraxis die im Vorfeld angestellten abstrakten Überlegungen im Ergebnis nicht relativiert. Andererseits zeigt sie, dass der derzeitige Bestand an Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt die offenen Fragen zum Begriffsinhalt bislang in zahlreichen Punkten noch keiner verbindlichen Lösung zugeführt hat. Dieses Defizit wird ausgeglichen, indem die Arbeit ihre eigenen Überlegungen zur Begriffsnatur und zum Inhalt des gewöhnlichen Aufenthalts als unbestätigte Arbeitshypothesen zugrundelegt. Für eine Bestätigung gilt es die weitere Rechtsentwicklung abzuwarten.

### *3. Differenzierungsmöglichkeiten und eigene Lösung*

Im dritten Teil untersucht die Arbeit mögliche Kriterien für eine Differenzierung im Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts. Damit möchte sie einerseits den vorhandenen Bedarf nach einer begrifflichen Differenzierung stillen, andererseits aber die überwiegend im nationalen IPR entwickelten dogmatischen Überlegungen zum gewöhnlichen Aufenthalt an die europäische Harmonisierung anpassen. Die Arbeit schafft dazu zunächst einen groben Überblick über die unterschiedlichen Einsatzgebiete, in denen der gewöhnliche Aufenthalt zur Anwendung kommt. Sie thematisiert hier auch die Funktionen, die er in den jeweiligen Regelungszusammenhängen erfüllt (§ 1). Die Analyse ist dabei bewusst nicht auf das IPR und IZVR der Europäischen Union beschränkt, sondern schließt historisch bewährtere

Einsatzgebiete der Aufenthaltsanknüpfung wie das Internationale Sozialrecht ein. In einem zweiten Schritt schichtet die Arbeit unterschiedliche Differenzierungsmöglichkeiten im Aufenthaltsverständnis ab (§ 2), in einem dritten Schritt diskutiert sie diese selbstständig und setzt sie mit dem EU-IPR in Bezug (§ 3). Die Arbeit orientiert sich teilweise an vorhandenen Vorschlägen, die unter anderem für das Haager Staatsvertragsrecht und das autonome IPR formuliert wurden, entwickelt in Ansehung der besonderen Normstruktur und der Systematik des Europäischen IPR aber auch neue Differenzierungsmöglichkeiten.

Abschließend skizziert die Arbeit grob eine selbständige Lösung dafür, wie man im Unionsrecht im Aufenthaltsverständnis differenzieren könnte (§ 4). Sie orientiert sich namentlich an der Reichweite der Rechtswahlmöglichkeiten, die der Gesetzgeber dem gewöhnlichen Aufenthalt in den einzelnen EU-Rechtsakten zur Seite gestellt hat, und entwickelt dieser Grundlage einen differenzierten Prüfungsmaßstab. Die Legitimationsgrundlage für die rechtswahlakzessorische Differenzierung sieht die Arbeit aus dem systematischen Verhältnis der entsprechenden Rechtswahlstatbestände zum gewöhnlichen Aufenthalt. Auch die Gesamtsystematik der Rom-Verordnungen und der freilich nur schemenhaft erkennbare gesetzgeberische Wille kommen zur Sprache. Überlegungen zum Verhältnis wie zur gemeinsamen oder unterschiedlichen Wertungsgrundlage von Rechtswahl und gewöhnlichen Aufenthalt klammert sie dagegen absichtlich aus.<sup>4</sup>

Die Grundannahme des letzten Arbeitsschritts lautet, dass der Gesetzgeber durch die Gestaltung einer Rechtswahlbestimmung seinen Willen darüber zum Ausdruck bringt, wie er das Verhältnis von autonomer Statutengestaltung durch die Parteien und traditionell-autoritativer Bestimmung des anwendbaren Rechts verstanden wissen will. Anders formuliert fußt das hier vorgestellte Differenzierungsmodell also auf der Hypothese, dass eine Rechtswahlbestimmung darüber Auskunft gibt, inwieweit der Gesetzgeber das anwendbare Recht durch staatliche Stellen bestimmt wissen will. Die unionskollisionsrechtliche *lex lata* liefert in der Gestaltung von Rechtswahlvorschriften keineswegs ein einheitliches Bild. Im Vertragsrecht wird die Frage nach dem anwendbaren Recht beinahe vollumfänglich den Parteien überantwortet. Hinzu kommt, dass der gewöhnliche Aufenthalt einer Person für den Vertragspartner erkennbar sein muss. Innere Vorbehalte und Zukunftspläne, die sich nicht in

---

<sup>4</sup> Dazu aber *Weller*, in *Leible/Unberath* (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* 2013, 293 (314).

äußerlich fassbaren Umständen realisiert haben, können daher keine Beachtung finden. In anderen Sachzusammenhängen wird die Frage nach dem anwendbaren Recht dagegen zwingend durch einen zuständigen Dritten beantwortet. Das gilt einerseits für die Bestimmung des anwendbaren Rechts in Art. 16 Abs. 1 KSÜ, andererseits aber auch für die Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in Art. 21 Abs. 1 EuErbVO.

Auf dieser Grundlage spricht sich die Arbeit dafür aus, dass die Reichweite einer Rechtswahlbestimmung den Gradmesser für eine Differenzierung zwischen unterschiedlichen objektiven Aufenthaltsanknüpfungen bilden sollte (§ 4 B. I. 2.). Den wichtigsten Grund für diese Annahme erkennt sie darin, dass zwischen dem Spielraum der Parteien im Rahmen einer Rechtswahl und dem Prüfungsmaßstab bei der Aufenthaltsermittlung eine regelungssystematische Sinneinheit besteht. Wie viel Freiraum der Gesetzgeber den Parteien bei der räumlichen Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zugesteht und welche Anforderungen er an die selbstbestimmte Niederlassung einer Person stellt, muss, anders formuliert, als Teil einer einheitlichen gesetzgeberischen Entscheidung verstanden werden. Ersteres schlägt sich in der Gestaltung einer Rechtswahlbestimmung, Letzteres im Prüfungsmaßstab nieder, der bei der Konkretisierung der Aufenthaltsanknüpfung hilft. Der Vorschlag wird nur für die verweisungsrechtlichen Vorschriften des Europäischen IPR verbindlich formuliert. Seinen Vorteil gegenüber anderen Vorschlägen und einer vollständigen Abkehr von der dogmatischen Erfassung des gewöhnlichen Aufenthalts mag man darin erblicken, dass allein die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers bei der Schaffung einer Rechtswahlvorschrift weitaus nuancierter sind als bei der Kodifikation einer objektiven Anknüpfung. Als Korrelat der Rechtswahl verstanden folgt ein differenzierter Aufenthaltsbegriff einer transparent an der *lex lata* entlang nachvollziehbaren Skala, anstatt zusammenhanglos durch normativ verbrämte Erklärungsmuster rechtsrealistisch zu beobachtende Diversifikations- und Fragmentationstendenzen in sich aufzunehmen. Indem sie dem hier skizzierten Vorschlag grobe Konturen verleiht, möchte die Arbeit einen Beitrag dazu leisten, dass das vorstehend skizzierte Kohärenzdefizit im Europäischen IPR langfristig auf dem rechtspraktischen Weg überwunden wird.

#### 4. ABSCHLIESSENDE ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN

1. Im Kontext Europäischen Kollisionsrechtsharmonisierung fällt der Zivilrechtswissenschaft die Aufgabe zu, einzelne Rechtsakte unter einem dogmatischen

Rahmen zusammenzuführen. Methodische Kategorien des autonomen IPR eignen sich dabei weniger als zentrale Begrifflichkeiten des Europäischen IPR und IZVR selbst, namentlich der gewöhnliche Aufenthalt und die Rechtswahl.

2. Die tatbestandliche Offenheit des gewöhnlichen Aufenthalts überantwortet seine Konkretisierung im Wesentlichen der Rechtspraxis. Dabei kann eine über die bloße Subsumtionsleistung hinausgehende Wertung, aber auch eine Gewichtung notwendig werden, die nach dogmatischer Kategorisierung verlangt.

3. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum gewöhnlichen Aufenthalt spricht nicht gegen eine rechtsaktübergreifende Aufarbeitung des Begriffs, sondern wird durch die gerichtlichen Kompetenzschränken relativiert, die in der *acte clair*-Doktrin ihren wohl deutlichsten Ausdruck finden.

4. Subjektive (rechtswahlkonkretisierende) und objektive Aufenthaltsanknüpfungen gilt es zu unterscheiden. Im Umgang mit Letzteren bietet sich eine Differenzierung am Maßstab der korrespondierenden Rechtswahlstatbestände an. Ihre technische Rechtfertigung erfährt dieser Vorschlag durch die weitaus größere Bandbreite an Gestaltungsmöglichkeiten, die dem Gesetzgeber im Rahmen der Rechtswahl zur Verfügung stehen. Rechtspraktisch gibt die Reichweite einer Rechtswahlmöglichkeit darüber Auskunft, inwieweit in Sachverhalten mit Auslandsbezug eine autoritative Bestimmung des anwendbaren Rechts durch den Rechtsanwender entbehrlich wird.