BETTINA RENTSCH

Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 382

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

382

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann

Bettina Rentsch

Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts

Mohr Siebeck

Bettina Rentsch, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg, Freiburg, Genf und Ann Arbor, MI, USA (Master of Laws); 2016 Promotion (Heidelberg); Wissenschaftliche Mitarbeiterin an den Universitäten Freiburg und Heidelberg; seit 2016 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik der Humboldt-Universität zu Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-155224-3
ISBN 978-3-16-155172-7
ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2016 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Doktorarbeit angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 8.11.2016 statt. Die Druckfassung berücksichtigt Literatur bis Januar 2017, Rechtsprechung, mit Ausnahme der Entscheidung EuGH, 8.6.2017 – C-111/17 PPU, bis einschließlich März 2017. Professor Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard), Professor Holger Fleischer, LL.M. (Michigan) und Professor Reinhard Zimmermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht.

Der Begriff, der den Gegenstand der Abhandlung bildet, hat auch die Umstände geprägt, unter denen sie entstanden ist. Die Verfasserin hat bei ihrer Anfertigung so häufig ihren Standort gewechselt, dass auf der Suche nach Wesen und Rechtsrealität des gewöhnlichen Aufenthalts nicht selten die eigene Biographie Anschauungsmaterial bot. Geglückt ist das Selbstexperiment nur, weil es sowohl an den Universitäten Freiburg und Heidelberg, als auch im europäischen und US-amerikanischen Ausland großzügige Unterstützer fand.

Zu ihnen zählt an allererster Stelle mein Doktorvater, Professor Marc-Philippe Weller (Heidelberg). Er hat das Projekt und den Werdegang der Verfasserin in fast vier Jahren enger Zusammenarbeit in Freiburg und Heidelberg ebenso bedingungslos wie umfassend unterstützt, zahlreiche Auslandsaufenthalte ermöglicht und das konzentrierte Arbeiten an der Dissertation gefördert. Herzlich danken möchte ich auch Professor Christoph Kern, LL.M. (Harvard) (Heidelberg), dessen Beitrag zum Gelingen der Arbeit über eine Zweitbegutachtung weit hinausgeht. Die Druckfassung der Arbeit weist auf besonders prägende Hinweise gesondert hin. Professor Thomas Pfeiffer (Heidelberg) hat schließlich die mündliche Doktorprüfung als Vorsitzender geleitet und diese nicht nur durch kritische Fragen bereichert, sondern auch rasch ermöglicht. Dafür danke ich ihm sehr.

Besonderer Dank gilt auch der Förderung, die ich im US-amerikanischen Ausland erfahren habe. Richard Buxbaum hat mein Fortkommen während eines sechsmonatigen Forschungsaufenthalts am UC Berkeley als Mentor unterstützt und geleitet. Professor Mathias Reimann (Ann Arbor) war mir während meines Masterstudiums und darüber hinaus nicht nur Lehrer, sondern auch Gastgeber, Diskussionspartner und eine große Hilfe bei der Fertigstel-

lung der Abgabefassung der Arbeit. Professor Daniel Halberstam (Ann Arbor) hat mir eine völlig neue Perspektive auf das Europarecht gegeben, die die Fertigstellung dieser Arbeit erst ermöglicht hat. Professor Symeon Symeonides (Willamette) danke ich für ein ausführliches Streitgespräch in Salem, OR, im Sommer 2014, an das ich heute noch gerne zurückdenke.

Mein aufrichtiger Dank gilt überdies allen Kollegen und Freunden im In- und Ausland, die mich über die Höhen und Tiefen der Promotionszeit hinweg begleitet haben. Aus dem „Fachkollegium" möchte ich die Mitarbeiter des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht in Heidelberg hervorheben, namentlich danken möchte ich Dr. Martin Metz (Köln), Martijn van den Brink (EUI), Stavros Pantazopoulos (EUI) und schließlich Svea Janzen (Berlin). Für ihre Unterstützung bei der Abgabefeassung, aber natürlich auch für ihre Freundschaft danke ich Dr. Marietta Pietrek (Berlin). Die Drucklegung hat Leonie Steffen (Berlin) mit spontanem Einsatz begleitet.

Die Studienstiftung des Deutschen Volkes hat die vorliegende Arbeit finanziell und ideell durch ein Promotionsstipendium gefördert, hat über eine insgesamt neunjährige Förderdauer meinen akademischen und persönlichen Werdegang aber weit über diese eine Unterstützungsleistung hinaus maßgeblich geprägt. Für das darin ausgedrückte Vertrauen der Stiftung in meine Fähigkeiten möchte ich an dieser Stelle herzlich danken. Die *Gibson, Dunn & Crutcher* LL.P. hat meinen Forschungsaufenthalt am UC Berkeley durch ein Reisestipendium mitfinanziert; der *Studienstiftung ius vivum*, der *Johanna und Fritz Buch Gedächtnisstiftung* und der *FAZIT-Stiftung* danke ich für großzügige Zuschüsse zu den Druckkosten. Das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht hat die vorliegende Arbeit im Jahr 2017 mit dem *Serick-Preis* ausgezeichnet.

Meine Eltern und Großeltern haben mich im Bewusstsein großgezogen, dass solides Wissen dem lebendigen Geiste unerlässlich vorsteht, ihn aber nicht begrenzen darf. Ihnen und ihrem Vermögen, mir die bedingungslose Hingabe an Inhalte vorzuleben, ist dieses Buch gewidmet.

Berlin, im Oktober 2017 *Bettina Rentsch*

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XI

Erster Teil: Gewöhnlicher Aufenthalt und Europäisches Kollisionsrecht – Konturen zweier Unbekannter 1

§ 1 Anliegen der Arbeit 1
§ 2 „Europäisches Kollisionsrecht“ 27
§ 3 Eckpfeiler der Diskussion um den gewöhnlichen Aufenthalt 56

Zweiter Teil: *Inhaltliche Grundlinien* 93

§ 4 Entwicklung des gewöhnlichen Aufenthalts 93
§ 5 Struktur und inhaltliche Grundlinien 136
§ 6 Konturen eines unionsrechtlichen Aufenthaltsbegriffs 191

Dritter Teil: Grundlagen eines rechtswahlakzessorischen Aufenthaltsverständnisses 276

§ 7 Funktionen des gewöhnlichen Aufenthalts im Unionsrecht 276
§ 8 Bedingungen und Varianten eines differenzierten Aufenthaltsverständnisses 332
§ 9 Differenzierungsmöglichkeiten im Unionsrecht 346
§ 10 Grundzüge einer rechtswahlakzessorischen Aufenthaltssystematik 417

Literaturverzeichnis 439
Sachregister 463

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Inhaltsübersicht IX

Abkürzungsverzeichnis XXVII

Erster Teil: Gewöhnlicher Aufenthalt und Europäisches Kollisionsrecht – Konturen zweier Unbekannter 1

§ 1 Anliegen der Arbeit 1

A. Internationaler Entscheidungseinklang und überstaatliche Kollisionsrechtsharmonisierung 1
I. Wissenschaft und Gesetzgebung als rechtsbildende Kräfte im IPR Savignys 1
II. Kollisionsrechtsharmonisierung als Unionspolitik 3
B. Zergliederung des gewöhnlichen Aufenthalts 6
I. Allgemeine Aufenthaltsdefinition 7
II. „Differenziertes" Begriffsverständnis als Zergliederung 8
III. Konsequenzen 11
1. Von der Gesamtbetrachtung zur sektoralen Begriffsbildung 11
2. Von der dogmatischen Analyse zum rechtspolitischen Appell 12
3. Kritik 12
C. Rechtsaktübergreifende Aufenthaltsdogmatik als „wissenschaftliche Vereinbarung" 14
I. Frage: Diversifikation als Folge inkohärenter Kodifikation? 14
II. Antwort: Diversifikation als Folge fehlender Aufmerksamkeit der Rechtsdogmatik 14
III. Gang der Arbeit 15
1. Grundlagen 15
2. Struktur, Inhalt, Handhabung 16
3. Differenzierungsmöglichkeiten und eigene Lösung 17

D. Eingrenzung des Arbeitsgegenstandes ... 19
I. Kapazitätsbedingte Abschichtung ... 20
II. Praktikabilitätsbedingte Einschränkungen ... 23
E. Thesen ... 26

§ 2 „Europäisches Kollisionsrecht" ... 27

A. Mögliche Arbeitsdefinitionen ... 27
B. Gang der Kollisionsrechtsharmonisierung ... 28
I. Intergouvernementalismus ... 28
II. Erste Konsequenz: Schaffung kollisionsrechtlicher Staatsverträge ... 30
III. Primärrechtliches Kollisionsrecht ... 32
IV. Kollisionsrecht als EU-Kompetenz ... 34
C. Leitbilder und Grundprinzipien ... 36
I. Regelungsebenen ... 36
1. Regelungsauftrag auf drei Ebenen ... 36
2. Unionsprimärrechtliche Kollisionsnormen ... 36
II. Varianten der Einflussnahme ... 37
1. Direkter Einfluss ... 38
a) Positive direkte Harmonisierung ... 38
b) Negative direkte Harmonisierung ... 38
2. Leitbild- und Impulsfunktion des Unionsprimärrechts ... 39
a) Grundfreiheiten als Leitbilder ... 39
b) Unionsprimärrechtlich indizierte Kollisionsnormsetzung ... 40
D. Ordnung ohne Allgemeinen Teil ... 41
I. Europäisches IPR als Resultat supranationaler Rechtssetzung ... 41
II. Unmittelbare Konsequenzen ... 42
1. Lückenhafte Rechtssetzung ... 42
a) Inhaltliche Lücken ... 42
b) Lücken im räumlichen Anwendungsbereich ... 43
aa) Opt-in und opt-out qua Zusatzprotokoll ... 43
bb) Verstärkte Zusammenarbeit ... 44
c) Unregelmäßige acquis-Wirkung ... 46
d) Kritik am Gebrauch der Verstärkten Zusammenarbeit für die Zwecke der Kollisionsrechtsharmonisierung ... 47
2. Disziplinenübergreifende Rechtssetzung ... 48
3. Fehlender Allgemeiner Teil ... 49
4. Ausweg: Gesamtkodifikation, Allgemeiner Teil oder „Wissenschaftliche Vereinbarung"? ... 51
a) Vorhandene Verbesserungsvorschläge ... 51
aa) Allgemeiner Teil und Rom 0-Verordnung ... 51
bb) Gesamtkodifikation ... 52

b) Konsequenzen für die vorliegende Arbeit 54
E. Thesen 54

§ 3 Eckpfeiler der Diskussion um den gewöhnlichen Aufenthalt 56

A. Die dogmatische Diskussion um den gewöhnlichen Aufenthalt 56
I. Konsentierter Begriffskern 56
II. Unterschiede der Aufenthaltsanknüpfung gegenüber Staatsangehörigkeit und Wohnsitz 57
III. Der gewöhnliche Aufenthalt als „Tatsachenbegriff“ 58
1. Meinungsstand 58
2. Tatsachenbegriff als Tatsachenfrage 60
B. Die rechtspolitische Diskussion um den gewöhnlichen Aufenthalt 62
I. Die deutsche Reformdebatte als Blaupause der unionsrechtlichen Diskussion 63
1. Interessen 65
2. Ausländer- und Integrationspolitik 67
3. Relevanz für das Unionsrecht 68
II. Eckpfeiler der unionsrechtlichen Debatte 69
1. Imperative oder fakultative Kollisionsnormgestaltung 69
2. Signalwirkung des Art. 18 AEUV 72
3. Technische Argumente für den gewöhnlichen Aufenthalt 74
a) Synchrone und diachrone Anknüpfungsergebnisse 75
b) Europäisches Erbrecht: Gleichlauf von forum und ius 76
c) Konsenswahrscheinlichkeit 77
4. Unionspolitische Argumente für den gewöhnlichen Aufenthalt 77
a) Rechtliche Integration der kritischen Masse der EU-Bürger 77
b) Politische Konsensfähigkeit des gewöhnlichen Aufenthalts 79
5. Unionsprimärrechtlich gebotene Entstaatlichung 80
a) Symbolische Entstaatlichung 81
b) Schwund des nationalen Regelungsspielraums 82
aa) Unionsprimärrechtliche Maßstabgebung 82
(1) Garcia Avello 82
(2) Grunkin Paul 83
(3) Zwischenergebnis 84
bb) „Effektive Unionsbürgerschaft“ 86
6. Überflexibilisierung und Rechtsunsicherheit 88
a) Stetigkeitsverlust und dépeçage 88
b) Unschärfe 90
C. Thesen 91

Zweiter Teil: Inhaltliche Grundlinien ... 93

§ 4 Entwicklung des gewöhnlichen Aufenthalts ... 93

A. Entwicklung aus dem Domizilprinzip ... 94
I. Der gewöhnliche Aufenthalt zwischen Staatsangehörigkeits- und Domizilprinzip ... 94
II. Das Domizilprinzip als persönliche Grundanknüpfung ... 96
1. Römisches Recht: Stufenbau zwischen origo und domicilium ... 96
2. Rezeptionsgeschichte des domicilium ... 97
a) Zweigliedriger Wohnsitzbegriff der frühen Statutenlehre ... 97
b) Absorption des Wohnsitzes durch die Staatsangehörigkeit ... 98
aa) Preußisches Allgemeines Landrecht ... 98
bb) Code civil ... 98
cc) „Personalisiserung" anderer Zivilrechtskodifikationen ... 100
c) Nazionalità und Personalitätsprinzip ... 100
III. Zwischenergebnis ... 101
B. Entwicklung im Haager Staatsvertragsrecht ... 102
I. Arbeitshypothesen und Erkenntnisziel ... 102
II. Überblick über die historische Entwicklung des gewöhnlichen Aufenthalts ... 103
III. Der gewöhnliche Aufenthalt im Haager Staatsvertragsrecht ... 105
1. Vorgänger der Haager Übereinkommen ... 105
2. Haager Staatsvertragsrecht vor 1914 ... 106
a) Zivilprozessrechtsübereinkommen ... 106
b) Vormundschafts- und Entmündigungsübereinkommen ... 108
3. Zwischenkriegszeit ... 110
4. Der Erfolgsweg in der Nachkriegszeit ... 113
a) Konventionsdomizil der Renvoi-Konvention ... 114
b) Unterhaltsrecht ... 115
aa) Systematik der Haager Unterhaltsübereinkommen ... 116
bb) Anwendungsbereich der Unterhaltsübereinkommen ... 116
cc) Aufenthaltsanknüpfungen ... 117
(1) Unterhaltsübereinkommen 1956 ... 117
(2) Unterhaltsübereinkommen 1973 ... 118
dd) Inhaltliche Besonderheiten ... 119
(1) Verdrängung des Staatsangehörigkeitsprinzips ... 119
(2) Anknüpfung sui generis ... 119
(3) Tatsachenbegriff ... 120
(4) Allgemeine Schutzanknüpfung (HUÜ 1973) ... 121

c) Aufenthaltszuständigkeit im Internationalen Kindschaftsrecht ... 122
aa) Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (1961) ... 123
bb) Haager Kinderschutzübereinkommen (1996) ... 124
cc) Haager Kindesentführungsübereinkommen (1980) ... 125
d) Eherechtliche Haager Konventionen ... 125
e) Aufenthaltsstatut des Haager Erbrechtsübereinkommens ... 126
5. Zwischenergebnis ... 129
C. Zusammenfassung und Bewertung ... 130
I. Aufenthaltsanknüpfung als Territorialitätsprinzip ... 131
II. Verdrängung des Staatsangehörigkeitsprinzips ... 132
1. Hintergründe ... 132
2. Aufenthaltsanknüpfung im Personalstatut ... 133
D. Thesen ... 134

§ 5 Struktur und inhaltliche Grundlinien ... 136

A. Tatsachen- oder Rechtsbegriff ... 136
I. Tatsachenbegriff als Schutzprinzip ... 136
II. Unionsrecht: Vom Tatsachenbegriff zur autonomen Auslegung ... 139
III. Rechtsfolgen: Tatsachenbegriff, autonome Auslegung und normative Tatbestandselemente ... 142
1. Literatur: Tatsachenbegriff als tatbestandliche Offenheit ... 142
2. Rahmencharakter von Anknüpfungsmomenten ... 143
3. Rechtsbegriff und Normativität ... 146
4. Konsequenzen ... 148
B. Grundstrukturen des gewöhnlichen Aufenthalts ... 149
I. Erste Achse: Tatsächliche Anwesenheit ... 149
II. Zweite Achse: Soziale Integration ... 150
1. Elemente und Kategorien sozialer Integration ... 151
a) Überblick ... 151
b) Kategorien sozialer Integration ... 152
aa) Untauglichkeit genehmigungsabhängiger Indizien ... 152
bb) Stufenverhältnis zwischen familiären und beruflichen Bindungen ... 154
2. Ausschlaggebende Faktoren in Zweifelsfällen ... 155
a) Zeitablauf ... 156
aa) Vom zeitabhängigen gewöhnlichen Aufenthalt zur Aufenthaltsdauer als Zweifelsregelung ... 156
bb) Defizite einer zeitbasierten Zweifelsregelung ... 157
cc) „Zeitlich-effektiver" gewöhnlicher Aufenthalt ... 160
dd) Zeitablauf als Trägheitsvermutung ... 161

ee) Zeitablauf und „doppelter gewöhnlicher Aufenthalt“ .. 162
b) Niederlassungswille/settled intention 162
aa) Varianten einer willensakzessorischen Zweifelsregelung 163
(1) Freiwilligkeit als Gegenindiz zur Aufenthaltsdauer 163
(2) Geschäftsähnlicher oder natürlicher Niederlassungswille 165
(3) Niederlassungswille als Substitut oder Oberbegriff 168
(4) „Äußerer“ Niederlassungswille und „innerer“ Vorbehalt 169
bb) Argumente gegen den Niederlassungswillen 171
(1) Niederlassungswille und Wohnsitzanknüpfung 171
(2) Niederlassungswille und Minderjährige 172
(α) Staatsvertragliche und unionsprimärrechtliche Leitbilder 173
(β) Rezeption im Kommissionsentwurf zur EuEheVO 174
(χ) Rezeption durch die EuGH-Rechtsprechung 176
(3) Verschwimmen von Aufenthaltsbegriff und Rechtswahl 178
cc) Argumente für eine Zweifelsanknüpfung an den Willen 180
(1) Internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeitsgewinn 180
(2) Publizität und zeitliche Fixierung von Statutenwechseln 181
(3) Unabhängigkeit von staatlicher Regulierung 182
(4) Ergebnis 183
3. Die Kindeswohlbindung des gewöhnlichen Aufenthalts 183
a) Kindeswohl als Mehrebenenbegriff 184
b) Offenheit des Kindeswohlbegriffs 184
c) Aufenthaltsbestimmung als Kindeswohlprüfung 185
III. Zwischenergebnis und offene Fragen 187
C. Thesen 189

§ 6 Konturen eines unionsrechtlichen Aufenthaltsbegriffs 191

A. Legaldefinitionen und Umschreibungen des gewöhnlichen Aufenthalts 191
I. Völkerrechtliche Definitionsversuche 191
1. Entschließung des Europarates vom 18.2.1972 191
a) Rechtsnatur 192
b) Inhalt 192
aa) Charakteristika des gewöhnlichen Aufenthalts 192
bb) Definitionsqualität 193
c) Rezeption und Weiterentwicklung 194
aa) Schwache Rezeption in der Union 194
bb) Starke Rezeption in den Mitgliedstaaten 195
(1) Österreich 196
(2) Belgien und Bulgarien 197
cc) Rezeption in Deutschland 199
d) Zusammenfassung 199
2. Haager Konferenz 200
II. Der Aufenthaltsbegriff des EuIPR und EuZVR 201
1. Leitfaden der Kommission zur EuEheVO 202
2. Erwägungsgründe 23, 24 zur EuErbVO 204
a) Entstehungsgeschichte 204
b) Inhalt 205
aa) Erwägungsgrund 23 205
bb) Erwägungsgrund 24 205
c) Verallgemeinerbarkeit der erbrechtlichen Leitlinien 208
3. Art. 19 Rom I-VO und Art. 23 Rom II-VO 210
a) Hauptverwaltung und Aufenthalt 211
b) Hauptniederlassung und Aufenthalt 213
c) Aussagegehalt für den gewöhnlichen Aufenthalt 215
aa) Definitionsqualität 215
bb) Indirekter Aussagegehalt 217
d) Konsequenzen 218
4. Gewöhnlicher Aufenthalt und COMI 218
a) Strukturelle Gemeinsamkeiten 219
b) Strukturelle Unterschiede 220
aa) Unterschiede im Anknüpfungspunkt für Unternehmen 220
bb) Erkennbarkeit 221
c) Konsequenzen 223
d) Zeitunabhängiges Aufenthaltsverständnis? 223
aa) EuInsVO 223
bb) Gleichlauf mit dem Internationalen Familienrecht 224

(1) Art. 9 Abs. 1 EuEheVO ... 225
(2) Art. 26 Abs. 3 lit. a) EuGüVO ... 226
III. Zwischenergebnis ... 226
B. Das Aufenthaltsverständnis der Unionsgerichte ... 228
I. Europäisches Sozialrecht ... 228
1. Magdalena Fernandez (1994) ... 229
2. Martinez Sala (1998) ... 230
3. Swaddling (1999) ... 231
II. Art. 8 Brüssel IIa-VO ... 232
1. A ./. Perusturvalautakunta ... 233
a) Sachverhalt ... 234
b) Entscheidung ... 235
aa) Dreifach autonome Auslegung ... 235
bb) Unabhängigkeit der Aufenthaltsanknüpfung in Art. 8 Abs. 1 EuEheVO vom Staatsvertragsrecht ... 236
cc) Relativierung der dreifachen Unabhängigkeitshypothese durch spätere Rechtsprechung ... 239
(1) OGH: Staatsvertraglicher und verordnungsrechtlicher gewöhnlicher Aufenthalt ... 239
(2) EuGH: Unterhaltsrechtlicher und sorgerechtlicher gewöhnlicher Aufenthalt ... 241
dd) Autonomes Aufenthaltsverständnis als Narrativ zur Sicherung der eigenen Auslegungshoheit ... 243
ee) Übereinstimmung mit dem Haager Recht ... 244
c) Bisherige Deutungen der Entscheidung ... 246
d) Eigene Deutung der Entscheidung ... 247
aa) Keine verbindlichen Aussagen zum Niederlassungswillen ... 248
bb) Keine Aufwertung der Staatsangehörigkeit ... 250
e) Aussagen über die Binnenstruktur des gewöhnlichen Aufenthalts ... 251
aa) Ausschluss des Mehrfachaufenthalts ... 252
bb) Juristisches Trägheitsprinzip ... 252
2. Mercredi ... 253
a) Sachverhalt ... 253
b) Entscheidung ... 254
c) Deutung in der Literatur ... 256
aa) Niederlassungswille ... 256
bb) Herkunft ... 257
cc) Ursprungsaufenthalt ... 258
d) Eigene Deutung ... 259
3. C ./. M ... 260

a) Sachverhalt ... 260
b) Entscheidung ... 261
c) Bewertung ... 263
4. Zwischenbewertung der EuGH-Rechtsprechung ... 265
III. Der unionsrechtliche gewöhnliche Aufenthalt in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten ... 266
1. Art. 8 Abs. 1 EuEheVO ... 267
a) UKSC, AP Trinity Term [2013] UKSC 60 ... 267
b) UKSC, LC Hilary Term [2014] UKSC 1 ... 268
2. Art. 4 EuErbVO ... 270
C. Zwischenergebnis ... 272
D. Thesen ... 274

Dritter Teil: Grundlagen eines rechtswahlakzessorischen Aufenthaltsverständnisses ... 276

§ 7 Funktionen des gewöhnlichen Aufenthalts im Unionsrecht ... 276

A. Aufenthaltsanknüpfungen des sekundärrechtlichen Europäischen Kollisionsrechts ... 278
I. Rom I-Verordnung ... 279
1. Systematik der Rom I-VO ... 279
a) Vorrang der Rechtswahl ... 279
b) Default- und Leitbildfunktion des Art. 4 Rom I-VO ... 280
c) Heterogene Binnenstruktur der vertraglichen Grundanknüpfung ... 281
2. Bestand an Aufenthaltsanknüpfungen ... 283
3. Gewöhnlicher Aufenthalt und vertragscharakteristische Leistung ... 287
a) Herkunft ... 287
b) Inhalt ... 288
c) Interdependenz ... 289
II. Rom II-Verordnung ... 290
1. Aufenthaltsanknüpfungen ... 290
2. Hintergrund und Konsequenzen ... 290
III. Internationales Familienrecht (Rom III-VO, EuEheVO, EuUntVO, HUP, EuGüVO, EuPartVO) ... 291
1. Internationales Scheidungsrecht ... 291
a) Zuständigkeit: Art. 3 EuEheVO ... 291
aa) Regelungssystematik ... 291
bb) Einzelne Aufenthaltsgerichtsstände ... 292
b) Anwendbares Recht: Rom III-VO ... 294

c) Wert der Rom III-VO für die rechtsaktsübergreifende Begriffsbildung ... 295
2. Internationales Unterhaltsrecht ... 295
a) Aufenthaltsgerichtsstände in der EuUntVO ... 296
b) Optionaler statt indizierter Gleichlauf ... 298
3. Internationales Kindschaftsrecht ... 299
a) Sorgerechtsverfahren (Art. 8 Abs. 1 EuEheVO) ... 299
b) Rückführungsmaßnahmen (Art. 10–12 EuEheVO) ... 301
c) Anwendbares Recht: Haaager Kinderschutzübereinkommen ... 302
d) Fazit ... 302
4. Internationales Ehegüterrecht ... 303
a) Institutioneller Rahmen ... 303
b) Systematik der Aufenthaltsanknüpfungen ... 303
IV. Internationales Erbrecht ... 306
1. Anknüpfungssystematik ... 308
2. Anknüpfungszwecke ... 308
V. Allgemeiner Aufenthaltsgerichtsstand de lege ferenda ... 310
1. Stand der Diskussion ... 310
2. Annäherungstendenzen ... 313
B. Aufenthaltsanknüpfung und EGBGB-Reform ... 316
I. Vorhandene Reformvorschläge ... 316
1. Art. 14 EGBGB ... 316
2. Art. 13 EGBGB ... 317
II. Europäisierung des Personalstatuts ... 318
C. Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen und europäischen Einheitsrecht (CISG, GEK-E) ... 319
I. Hintergrund der Rechtsakte ... 319
1. CISG ... 319
2. GEK-E ... 320
II. Funktion des gewöhnlichen Aufenthalts ... 320
1. Art. 1, 10 CISG ... 320
2. Art. 4 Nr. 2 GEK-E ... 321
D. Aufenthaltsanknüpfungen im EU-Einheitsprozessrecht ... 321
I. Hintergrund der Rechtsakte ... 322
II. Funktion des gewöhnlichen Aufenthalts ... 323
E. Der gewöhnliche Aufenthalt und der Anwendungsbereich der EuEheVO ... 324
F. Aufenthaltsanknüpfungen im Europäischen Sozialrecht ... 325
I. Entwicklung und Funktionen des gewöhnlichen Aufenthalts ... 325
II. Kollisionsrechtliche gegen sachrechtliche Funktion ... 327
1. Kollisionsrechtliche Zuweisungsfunktion ... 327
2. Sachrechtliche Koordinationsfunktion ... 327

G. Erste Abschichtung der Funktionen des gewöhnlichen Aufenthalts ... 328
H. Thesen ... 330

§ 8 Bedingungen und Varianten eines differenzierten Aufenthaltsverständnisses ... 332

A. Legitimität und praktische Notwendigkeit ... 332
I. Begriffsentwicklung als Aufgabe der Gerichte ... 332
II. Rechtsunsicherheit ... 333
III. Zwischenergebnis ... 334
B. Vorhandene Differenzierungsmöglichkeiten ... 335
I. Internationalprivatrechtlicher gegen öffentlich-rechtlicher Aufenthaltsbegriff ... 335
1. Begründung ... 335
2. Gegenargumente ... 336
a) § 9 S. 1 AO und § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I als praktische Begriffseinheit ... 336
b) Gesetzgebungsgeschichte ... 337
c) Konsequenzen für das Unionsrecht ... 337
II. Funktionale Differenzierung innerhalb des Internationalen Privatrechts ... 338
1. Vorhandene Differenzierungsansätze ... 339
a) Differenzierung nach Anknüpfungsgegenstand ... 339
b) Differenzierung nach Anknüpfungssubjekt und innerem Regelungszusammenhang ... 339
c) Differenzierung nach Art des Rechtsverhältnisses ... 340
d) Differenzierung nach innerem Regelungszusammenhang ... 340
e) Zusammenfassung ... 341
2. Differenzierungsmodus ... 341
III. Übertragbarkeit auf das Unionsrecht ... 344
C. Thesen ... 344

§ 9 Differenzierungsmöglichkeiten im Unionsrecht ... 346

A. Differenzierung nach Rechtsakt ... 346
I. Differenzierung nach Rechtsaktinhalt ... 346
1. Argumente für eine Differenzierung ... 346
2. Gegenargumente ... 347
II. Differenzierung nach Rechtsaktvorbild ... 350
1. Haager Unterhaltsprotokoll und EuUntVO ... 350
2. EuEheVO ... 351
3. Rom I-VO, Rom II-VO und EuInsVO ... 352
4. EuErbVO ... 352
5. Differenzierungsmodus ... 352

6. Gegenargumente ... 353
B. Differenzierung nach Rechtsgebiet ... 353
I. Eigenrationalität des Internationalen Privatrechts ... 354
1. Funktion der Anknüpfungspunkte im verweisungsrechtlichen IPR ... 354
2. Funktion anderer Koordinationsordnungen ... 355
II. Konsequenzen ... 356
1. Kollisions- und „Koordinationsrecht" ... 356
2. Zuweisung und Koordination von Rechtssätzen ... 357
a) Anwendungsbereich einer Norm ... 358
b) Internationales Sozialrecht ... 359
aa) Gemeinsamkeiten ... 359
bb) Unterschiede ... 360
cc) Ergebnis ... 360
3. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht ... 361
a) Strukturelle Unterschiede ... 361
aa) Nahepunkt und Nächstpunkt ... 361
aa) Sinn und Nutzen alternativer Gerichtsstände ... 362
bb) Justizgewährung gegen Verweisungsgerechtigkeit ... 364
b) Wert für das Europäische Kollisionsrecht ... 365
aa) Von allgemeinen und besonderen zu alternativen Gerichtsständen ... 366
bb) Verknüpfung von Zuständigkeit und anwendbarem Recht ... 367
c) Zusammenfassung ... 369
C. Differenzierung nach äußerer Regelungssystematik ... 369
I. Beschränkte Rechtswahl und objektive Verweisung ... 371
1. Befund ... 371
2. Optionenerweiternde und -verengende Wirkung ... 371
a) Anwendungsbeispiel ... 371
b) Differenzierung nach dem Telos der Anknüpfung ... 372
c) Differenzierung nach Unterschieden in der rechtspraktischen Handhabung ... 373
aa) Aufwertung des Willenselements ... 375
bb) Aufwertung des Zeitelements ... 376
cc) Diskussion und Lösungsvorschlag ... 378
II. Regel- und Ausnahmeanknüpfung ... 379
1. Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ... 379
2. Ausnahmeanknüpfungen ... 380
a) Im Sinne einer Ergebniskorrektur ... 380
aa) Art. 10 Rom I-VO ... 380
bb) Art. 13 Rom I-VO ... 381
cc) Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom II-VO ... 381

dd) Art. 4 Abs. 3 S. 2 HUP ... 382
ee) Art. 26 Abs. 3 EuGüVO ... 382
b) Kollisionsrechtliche Ausnahmeanknüpfungen ... 383
c) Häufung von Anknüpfungsvoraussetzungen ... 383
aa) Rom I-VO ... 383
bb) Rom II-VO ... 384
d) Ausnahmeanknüpfungen als grouping of contacts (Art. 4 Abs. 3, 4 Rom I-VO) ... 384
3. Mögliche Konsequenzen ... 385
a) Varianten und Zwecke aufenthaltsbasierter Ausnahmeanknüpfungen ... 386
aa) Interessenlage bei „einfachen" Ausnahmeanknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt ... 386
bb) Interessenlage bei kumulativen Ausnahmeanknüpfungen ... 388
b) Differenzierung nach ausschließlicher und kumulativer Anknüpfung ... 389
c) Unterschiede zwischen Regelanknüpfung und Ausnahmeanknüpfung ... 390
aa) Abschichtung nach Beweislastverteilung ... 390
(1) Beweiskollisionsnormen ... 390
(2) Ungeschriebene Beweislastregeln ... 391
bb) Abschichtung nach Anknüpfungsinteressen ... 394
cc) Konsequenz ... 395
III. Retrospektive und synchrone Aufenthaltsbestimmung ... 395
D. Differenzierung nach innerer Regelungssystematik ... 397
I. Punktuelle und Dauerrechtsverhältnisse ... 397
II. Elastische und starre Verweisung ... 398
1. Starre Verweisung: Familien- und erbrechtliche Rechtsverhältnisse, beschränkte Rechtswahl, Verbraucherschutz, Insolvenzrecht ... 399
2. Flexible Verweisung: Vertragscharakteristische Leistung ... 400
a) Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO ... 400
b) Typisierungen des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO ... 400
3. Konsequenzen ... 401
a) Argumente für eine Differenzierung ... 401
b) Gegenargumente ... 401
E. Differenzierung nach Anknüpfungssubjekt ... 402
I. Personenprofile des Europäischen Kollisionsrechts ... 402
1. Verbraucher und Unternehmer ... 402
2. Kinder und Erwachsene ... 402
II. Mögliche Differenzierungsgründe ... 403

1. Verbraucher und Unternehmer ... 403
2. Kinder und Erwachsene ... 404
a) Indizien für ein differenziertes Begriffsverständnis ... 404
b) Gegenargumente ... 405
aa) Beliebige Konsequenzen ... 405
bb) Sorgerechtsakzessorische Aufenthaltsbestimmung ... 407
cc) Zwei Aufenthaltsbegriffe innerhalb einer Kollisionsnorm? ... 408
F. Differenzierung nach Auswirkungen auf den Rechtsverkehr ... 408
I. Ausgangsbefund: Konzentrations- und Streuwirkung des gewöhnlichen Aufenthalts ... 408
1. Systematik ... 408
2. Nachweis in den Kollisionsnormen der Rom I-VO ... 409
II. Keine wohlfahrtsökonomischen Implikationen der Streuung von Parallelverträgen ... 410
1. Übertragbarkeit des rechtsökonomischen Diskurses innerhalb der vertraglichen Hauptanknüpfung ... 411
2. Mögliche wohlfahrtsökonomische Implikationen einer Vertragsstreuung ... 412
3. Mögliche Konsequenzen für das Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts ... 412
4. Keine eindeutigen ökonomischen Konsequenzen der Auswahl des Anknüpfungssubjekts ... 413
5. Zwischenergebnis ... 414
G. Thesen ... 414

§ 10 Grundzüge einer rechtswahlakzessorischen Aufenthaltssystematik ... 417

A. Legitimität und Modus ... 417
I. Berechtigung der Suche nach einem Differenzierungskriterium ... 417
1. Untauglichkeit selbstständiger Differenzierungsvorschläge ... 418
2. Notwendigkeit einer Differenzierung ... 419
II. Zulässige Differenzierungsgründe ... 420
1. Subjektive und objektive Aufenthaltsanknüpfungen ... 420
2. Abschichtung innerhalb der objektiven Aufenthaltsanknüpfungen ... 421
B. Differenzierungsmodus und praktische Handhabung ... 422
I. Abschichtungsmodus ... 422
1. Differenzierung zwischen Regel und Ausnahme ... 422
2. Abgestufter Prüfungsmaßstab im Zivilprozess ... 423
II. Rechtswahlsystematik als Bezugspunkt der Abschichtung ... 424
1. Beschränkte und unbeschränkte Rechtswahl ... 424

2. Unbeschränkte Rechtswahl: Sachrechtliche Wirkungsschranken ... 425
3. Beschränkte Rechtswahl: Wählbare Rechtsordnungen ... 425
4. Zeitpunkt der Rechtswahl ... 427
5. Form ... 427
III. Zusammenhang mit der Aufenthaltsanknüpfung ... 427
1. Internationales Schuldrecht ... 428
2. Internationales Familienrecht ... 429
3. Internationales Erbrecht ... 431
IV. Konsequenzen für die rechtspraktische Handhabung ... 432
C. Berechtigung eines rechtswahlakzessorischen Aufenthaltsverständnisses ... 433
I. Aufenthaltsanknüpfung als Rechtswahlkorrelat ... 433
1. Kein nachweisbarer Wertungszusammenhang ... 433
2. Technische und kompetenzielle Parallelen ... 434
II. Praktische Gründe ... 436
D. Thesen ... 437

Literaturverzeichnis ... 439

Sachregister ... 463

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union/Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Actes et Doc.	Actes et Documents de la Conférence de La Haye du Droit International Privé/Proceedings of the Sessions of the Hague Conference on Private International Law
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anz. Öst. Ak. Wiss. phil. hist. Klass.	Anzeiger der philosophisch-historischen Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
B2B	business-to-business
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckEuRS	Beck Online Rechtsprechung des EuGH, EuG und EuGöD
BeckOGKBGB	Beck'scher Online Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Edition, München 2015
BeckOKBGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 40. Edition, München 2016
BeckOKFamFG	Beck'scher Online Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freien Gerichtsbarkeit, 2. Edition, München 2011
BeckOKUrhR	Beck'scher Online Kommentar zum Urheberrecht, 16. Edition, München 2017
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C2C	consumer-to-consumer
CDIP	Code Belge du Droit International Privé
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/UN-Kaufrechtsübereinkommen
Clunet	Journal du droit international
CMLR	Common Market Law Review
CMR	Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
COMI	Centre of Main Interest
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
dt.	deutsch
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
ELF	European Legal Forum
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
engl.	englisch
et. al.	et alii/und Andere
EU	Europäische Union
EuBagatellVO	Verordnung (EG) 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. 2007 L 199/1
EuEheVO	Verordnung (EG) 2201/2003 des Rates 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) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338/1
EuErbVO	Verordnung (EU) 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012, ABl. 2012 L 201/107
EuGrCh	Europäische Grundrechtecharta
EuGüVO	Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der

	Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. 2016 L 183/1
EuGVVO	Verordnung (EG) 44/2000 des Rates vom 22.12.2000, ABl. 2001 L 12/1, ABl. 2001 L 307/28; neugefasst durch Art. 80 Satz 1 ÄndVO (EU) 1215/2012 vom 12.12.2012, ABl. 2012 L 351/1; Art. 1 ÄndVO (EU) Nr. 566/2013 vom 18. 6. 2013, ABl. 2013 L 167/29
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000 L 160/1
EuInsVO 2017	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5. 2015 über Insolvenzverfahren, ABl. 2015 L 141/19
EuInsVÜ-E	Entwurf eines Europäischen Übereinkommens über Insolvenzverfahren
EuIPR	Europäisches Internationales Privatrecht
EuMahnVO	Verordnung(EG) 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. 2006 L 199/1
EuPartVO	Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften, ABl. 2016 L 183/30
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuUntVO	Verordnung (EG) 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. 2009 L 7/1
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 19.6.1980
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f. / ff.	folgende
FactÜ	UNIDROIT-Übereinkommen über Internationales Factoring vom 28.5.1988
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Zeitschrift für Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie, Partnerschaft und Recht

frz.	französisch
FS	Festschrift
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
Herv. d. Verf.	Hervorhebung durch die Verfasserin
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HUP	Haager Unterhaltsprotokoll
i.V.m.	in Verbindung mit
ibid.	ebenda
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IHR	Internationales Handelsrecht – Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JBl.	Österreichische Juristische Blätter
Jherings Jb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JN	Jurisdiktionennorm
JZ	Juristenzeitung
KindRG	Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts
KRK	UN-Kinderrechtekonvention
KSÜ	Haager Kinderschutzübereinkommen
lit.	littera
m.Anm.	mit Anmerkung von
m.Verw. auf	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mitarb.	unter Mitarbeit von
MSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen
MÜ	Montrealer Übereinkommen über die Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über den Internationalen Luftfahrtverkehr vom 28.5.1999
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

MüKoFamFG	Münchener Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MüKoInsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzverordnung
MüKoVVG	Münchener Kommentar zum Gesetz über den Versicherungsvertrag
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n°	numéro
NiemZ	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
NILR	Netherlands International Law Review
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKBGB	Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NKEuGrCh	Nomos Kommentar Charta der Grundrechte der Europäischen Union
NKStGB	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PStRG	Personenstandsrechtsreformgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours/Collected Courses of the Hague Academy of International Law
Rev. crit. d. i. p.	Revue critique du droit international privé
RIW	Das Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung(EG) 593/2008 des Rates vom 17.6.2008, ABl. 2008 L 177/6
Rom II-VO	Verordnung(EG) 864/2007 des Rates vom 11.7.2007, ABl. 2007 L 199/40
Rom III-VO	Verordnung(EU) 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010, ABl. 2010 L 343/10
RR	Rechtsprechungsreport
S.	Satz
s.	siehe

s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SGB I	Sozialgesetzbuch I
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union
Spstr.	Spiegelstrich
StAZ	Das Standesamt
u.a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
UE	Union Européenne
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UrhG	Urhebergesetz
vgl.	vergleiche
VIA	Verbraucherinsolvenz aktuell
VO	Verordnung
Vol.	Volume (Band)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRW	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Erster Teil

Gewöhnlicher Aufenthalt und Europäisches Kollisionsrecht – Konturen zweier Unbekannter

§ 1 Anliegen der Arbeit

A. Internationaler Entscheidungseinklang und überstaatliche Kollisionsrechtsharmonisierung

I. Wissenschaft und Gesetzgebung als rechtsbildende Kräfte im IPR Savignys

Das Internationale Privatrecht widmet sich Sachverhalten, die Bezüge zu mehreren Rechtsordnungen aufweisen.[1] Privatrechtsverhältnisse[2] werden mit seiner Hilfe derjenigen Rechtsordnung[3] zugeordnet, mit der sie am engsten verbunden sind.[4] Wo das Internationale Privatrecht weder durch Unionsrecht noch durch Staatsvertragsrecht überstaatlich vereinheitlicht ist, werden die Parameter des Nationalisierungsvorgangs durch jede Rechtsordnung selbstständig gesetzt.[5] Dies erfolgt vor allem mit dem Anliegen, einen internationalen Entscheidungseinklang herzustellen.[6] *Savigny* verbindet diesen Grundsatz

---

[1] *Kegel/Schurig*, IPR, § 1 I: „IPR ist notwendig vorhanden, solange es verschiedene Staaten gibt […]." Zu den Besonderheiten sogenannter „Verweisungsgerechtigkeit " ibid., § 1 VII, § 2 I.

[2] Zur nationalen (statt völkerrechtlichen) und privatrechtlichen (statt öffentlich-rechtlichen) Natur des Internationalen Privatrechts vgl. statt vieler *Schnitzer*, Betrachtungen zur Gegenwart und Zukunft des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 38 (1974), 317 (320 f.). Gegensicht bei *Mills*, The Confluence of Public and Private International Law, 2009, 23 f.

[3] *Kegel/Schurig*, IPR, § 1 I.

[4] *Kegel/Schurig*, IPR, § 1 I.

[5] Internationales Privatrecht ist dann „nationales Recht für internationale Sachverhalte." *Beitzke*, Nationales Recht für internationale Sachverhalte?, Anz. Öst. Ak. Wiss. phil. hist. Klass. 111 (1974), 277. Anders sehen es noch *Huber*, De conflictu legum, in: Praelectionum Iuris Romani et Hodierni pars II, 1689, liber I, tit. III, und *Story*, Commentaries on the Conflict of Laws, 1834, § 29. Danach bildet die *comitas gentium* den Geltungsgrund des Internationalen Privatrechts. Dazu *Paul*, The Transformation of International Comity, 71 Law and Contemporary Problems (2008), 19 (24).

[6] *Zweigert*, Zur Armut des IPR an sozialen Werten, RabelsZ 37 (1973), 435 (437); *Picone*, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé,

mit der Perspektive einer Harmonisierung des IPR im Wege der zwischenstaatlichen Vereinheitlichung. Im 1849 erschienenen achten Band des Systems des heutigen Römischen Rechts führt er aus:

„Wird diese bereits angefangene Entwickelung des Rechts[7] nicht durch unvorhergesehene äußere Umstände gestört, so läßt sich erwarten, daß sie zuletzt zu einer völlig übereinstimmenden Behandlung unserer Lehre in allen Staaten führen wird. Eine solche Uebereinstimmung könnte herbeigeführt werden auf dem Wege der Wissenschaft und der durch diese geleiteten Praxis der Gerichte. Sie könnte auch bewirkt werden durch ein unter allen Staaten vereinbartes Gesetz über die Collision der örtlichen Rechte. Ich sage nicht, daß ein solches wahrscheinlich wäre, oder auch nur räthlicher und heilsamer, als die blos wissenschaftliche Vereinbarung."[8]

Die Schaffung einheitlicher Standards im Internationalen Privatrecht obliegt danach keineswegs ausschließlich der Gesetzgebung. Vielmehr ist diese mit der Rechtswissenschaft zu gleichen Teilen dazu berufen, ein „Gesetz über die Collision der örtlichen Rechte" zu entwerfen.[9] Die folgende Abhandlung widmet sich einem Problemfeld, in dem die Zusammenarbeit von Wissenschaft und Rechtssetzung auch aktuell angezeigt ist, nämlich dem gewöhnlichen Aufenthalt in der Funktion als Anküpfungspunkt des Europäischen Internationalen Privatrechts. Hier hat der Europäische Gesetzgeber seine Rolle als rechtsbildende Kraft bislang nicht erfüllt. Einzelne Vorstöße in der Rechtsdogmatik haben zwar eine verdienstvolle Analyse von Einzelphäno-

---

RdC 276 (1999), 13 (37). Freilich wird das Ideal internationalen Entscheidungseinklangs durch das Bedürfnis nach interner Entscheidungsharmonie geschmälert. Grundlegend dazu *Wengler*, Internationales Privatrecht, Band 1, § 7, 70 f., der das Anliegen innerer Entscheidungsharmonie im Wege der Anpassung durchsetzen möchte, also jenseits der kollisionsrechtlichen Verweisung selbst und auf der Ebene des Sachrechts. Zur verfassungsrechtlichen Abwägungsfähigkeit des internationalen Entscheidungseinklangs s. auch BVerfG, 4.5.1971 – 1 BvR 636/68 – BVerfGE 31, 83 sowie *Mansel,* Personalstatut, 1988, Rn. 5.

[7] Gemeint ist damit erstens die formale Gleichbehandlung von In- und Ausländern mit dem Ergebnis, dass Ausländer gleichberechtigten Zugang zu bestimmten Inländerprivilegien erhalten. Zweitens geht es um den Respekt vor der identitätsgebenden, räumlich-kulturellen Herkunft (*nazionalità*) einer ausländischen Person, durch die sie sich von Inländern abhebt, ibid. sowie wegweisend *Mancini*, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, in: *ders*., Diritto internazionale – Prelezioni, 1873, 5 ff.

[8] *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band VIII, Buch III. Herrschaft der Rechtsregeln. Kap. I. Örtliche Gränzen, Berlin 1849, 114 (Herv. d. Verf.). In Natur und Funktion dürfte das Gesetz über die Collision der örtlichen Rechte den im US-amerikanischen Recht bewährten Restatements näherkommen als den großen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts. Aktuell findet sich die Zukunftsvision *Savignys* wohl am ehesten in den Diskussionen um ein europäisches Handelsgericht und die dadurch erhoffte, dynamisch-spontane Schaffung von Richterrecht verwirklicht, dazu *Pfeiffer*, Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts, ZEuP 2016, 795 (797 ff.).

[9] *Savigny,* Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1840, 13 f.

menen unternommen, die konzeptionellen Mängel des Anknüpfungspunktes aber noch nicht behoben.[10] Die Arbeit möchte einen Versuch unternehmen, die Diskussion um das Wesen, die Binnenstruktur und die Probleme der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt auf die Entwicklung einer umfassenden Rahmendogmatik umzulenken.

Den Gegenstand der Abhandlung bildet einerseits die systematische und teleologische Analyse, andererseits die begriffs- und ideengeschichtliche Rekonstruktion des gewöhnlichen Aufenthalts. Auf dieser Grundlage wird eine „allgemeine Lehre" der Aufenthaltsanknüpfung zur Diskussion gestellt. Ob sich das hier vorgestellte Modell rechtsdogmatisch als anschlussfähig erweist und rechtspraktisch bewährt, ob sich unter Umständen bereits jetzt bessere Ansätze vertreten lassen oder ob die fortschreitende Rechtssetzung in der Union die hier vorgestellten Überlegungen relativieren oder widerlegen werden, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt schwer vorhersagen. Exklusivität ist aber ebensowenig das Ziel der vorliegenden Arbeit wie die Schaffung verbindicher und bis ins letzte Detail ausdifferenzierter Leitlinien für die Rechtspraxis. Ihr Ziel lautet vielmehr, einen möglichen Ansatz für die Entwicklung einer allgemeinen Lehre der Anknüpfungspunkte im Europäischen IPR vorzustellen. Unabhängig von ihrem konkreten Inhalt muss diese Lehre eine Voraussetzung erfüllen: Sie muss als „wissenschaftliche Vereinbarung" Mängel der vorhandenen Sekundärrechtssätze im Umgang mit dem gewöhnlichen Aufenthalt ausgleichen können.

II. Kollisionsrechtsharmonisierung als Unionspolitik

Die einleitende Beschreibung nimmt vorweg, dass sich die Prognose *Savignys* zum heutigen Tag nur unvollständig bewahrheitet hat. Versuche einer überstaatlichen Vereinheitlichung des Kollisionsrechts ziehen sich über das gesamte 20. Jahrhundert hin.[11] Durch die Kodifikationswellen des späten 19.

---

[10] Statt vieler *Kränzle*, Heimat als Rechtsbegriff?, 2014; *Gärtner*, Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2008, 220 ff.; *Mankowski*, Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, IPRax 2015, 39; *Coester-Waltjen*, Die Bedeutung des „gewöhnlichen Aufenthalts" im Haager Entführungsabkommen, in: Basedow/Drobnig et al. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, 543. Rechtsaktübergreifende Überlegungen finden sich unter anderem bei *Hilbig-Lugani*, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR, GPR 2014, 8; *Seibl*, Die Beweislast bei Kollisionsnormen, 2009, 79 ff.

[11] Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht hat durch kollisionsrechtliche Staatsverträge die internationale Entscheidungsharmonie punktuell wiederhergestellt. Vgl. *van Hoogstraaten*, La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la conférence de la Haye, RdC 122 (1967) 22. Ein Vorschlag zur Gesamtkodifikation des IPR im Rahmen der ersten Konferenz bleibt aber ebenso erfolglos wie Versuche einer umfas-

und frühen 20. Jahrhunderts wachsen die Unterschiede zwischen den nationalen Kollisionsnormen.[12] Die internationale Entscheidungsharmonie[13] dient zwar als Leitbild der Rechtssetzung, aber nicht als Normquelle oder Korrektiv bei der Handhabung von Auslandssachverhalten.

Mit der Europäischen Union besitzt nun erstmals ein supranationales Gebilde die Kompetenz, das Bedürfnis nach einheitlichen Kollisionsnormen durch autonome Rechtssetzung zu stillen.[14] In jüngerer Vergangenheit hat die Union ihre Rechtssetzungsbefugnis[15] besonders häufig genutzt. Aktuell fallen lediglich das Internationale Sachenrecht[16], das IPR der Eheschließung[17], das Internationale Stellvertretungsrecht[18], das IPR der Geschäftsfähigkeit sowie Sonderbereiche des IPR der deliktischen Haftung[19] in den Kompetenzbereich nationaler Gesetzgebung. Das Kollisionsrecht der vertraglichen[20] und außervertraglichen[21] Schuldverhältnisse, das Recht der Ehescheidung[22], das Recht des ehelichen, nachehelichen und des Kindesunterhalts[23], das Internationale Erbrecht[24] sowie das Internationale Ehegüterrecht[25] und das Güterrecht einge-

---

senden staatsvertraglichen Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, Projet d'un Programme der Niederlande, Actes et Doc. I (1893), 7 ff., Nachweis bei *Kreuzer*, Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts, RabelsZ 70 (2006), 1 (4). Dazu auch *Frankenstein*, Projet d'un code européen de droit international privé (1950), dazu *Kreuzer*, RabelsZ 70 (2006), 1 (4).

[12] Zu allem *Zweigert*, RabelsZ 37 (1973), 435 (437).

[13] *Kegel/Schurig*, IPR, § 2 II 3 a); *Zweigert*, RabelsZ 37 (1973), 435 (438).

[14] Grundlegend *Kreuzer*, RabelsZ 70 (2006), 1.

[15] Art. 81 Abs. 1–3 AEUV. Ausführlicher s.u. § 2 B IV.

[16] Bereichsausnahmen finden sich insoweit in Art. 1 Abs. 2 lit. k) EuErbVO, Art. 1 Nr. 3 lit. f) EuGüVO.

[17] Art. 13 EGBGB; zum mittelbaren Einfluss des Unionsrechts aber *Coester-Waltjen*, Reform des Art. 13 EGBGB?, StAZ 2013, 10.

[18] Vgl. die Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom I-VO

[19] Vgl. die Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 Rom II-VO.

[20] Rom I-VO (EG) 593/2008 des Rates vom 17.6.2008, ABl. 2008 L 177/6.

[21] Rom II-VO (EG) 864/2007 des Rates vom 11.7.2007, ABl. 2007 L 199/40.

[22] Rom III-VO (EU) 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010, ABl. 2010 L 343/10.

[23] Haager Unterhaltsprotokoll vom 23.11.2007, ratifiziert durch die EU am 8.4.2010, ABl. 2010 L 331/17, kraft Verweisung in Art. 15 EuUntVO als Sekundärrechtsakt für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlich.

[24] EuErbVO (EU) 650/2012 des Europäischen Parlamentsund des Rates vom 4.7.2012, ABl. 2012 L 201/107.

[25] EuGüVO (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. 2016 L 183/1. Der Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen der Güterstände internationaler Paare (eheliche Güterstände und Güterstände eingetragener Partnerschaften), KOM(2016) 108 endg., wurde am 9.6.2016 durch den Rat angenommen.

tragener Lebenspartnerschaften[26] sind mittlerweile durch Unionssekundärrecht vereinheitlicht. Eine Harmonisierung des bislang nur unionsprimärrechtlich überformten[27] Kollisionsrechts der Namensführung[28] steht bevor.[29] Im internationalen Zivilverfahrensrecht lässt sich eine ähnliche Entwicklung beobachten. Durch die Novelle der EuGVVO[30] wurden vormals bestehende Anwendungslücken des harmonisierten Rechts der Zivil- und Handelssachen geschlossen. Mit der EuErbVO, der EuUntVO[31], der Novelle der EuEheVO[32] und der Schaffung der EuInsVO[33] hat die Union auch bisher nicht harmonisierte Bereiche der internationalen Zuständigkeit, der Anerkennung und Vollstreckung in Erb- und Familiensachen vereinheitlicht. [34] Der Bestand

---

Das Parlament hat am 23.6.2016 seine erforderliche Stellungnahme abgegeben. Am 23.6.2016 wurde der Rat vom Parlament um Verabschiedung der beiden Verordnungsentwürfe gebeten, Dok. 10018/16 – JUSTCIV 166, überinstitutionelles Dossier 2016/0059 (CNS). Die Zustimmung wurde am 25.6.2016 erteilt. Am 8.7.2016 wurden beide Verordnungen im Amtsblatt der Union veröffentlicht.

[26] EuPartVO(EU) 2016/1104 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften.

[27] EuGH, 2.10.2003 – C-148/02, Rn. 26 – *Garcia Avello ./. Belgien*; EuGH, 14.10.2008 – C-353/06, Rn. 39 – *Grunkin Paul ./. Standesamt Niebüll*, dazu zusammenfassend *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, RabelsZ 70 (2006), 651 (687 ff.); *Funken*, Das Anerkennungsprinzip, 2009, 217 ff.; *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem, 2010, 181 ff.; *Rieks*, Anerkennung im Internationalen Privatrecht, 2012, 79 ff.

[28] Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern – KOM(2010) 747 endg.

[29] Zum aktuellen Stand der Kollisionsrechtsharmonisierung s. *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2015: Neubesinnung, IPRax 2016, 1.

[30] EuGVVO (EG) 44/2000 des Rates vom 22.12.2000, ABl. 2001 L 12/1, ABl. 2001 L 307/28; neugefasst durch Art. 80 Satz 1 ÄndVO (EU) 1215/2012 vom 12.12.2012, ABl. 2012 L 351/1; Art. 1 ÄndVO (EU) Nr. 566/2013 vom 18.6.2013, ABl. 2013 L 167/29.

[31] EuUntVO (EG) 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. 2009 L 7/1; freilich bildete die Zuständigkeit in Unterhaltssachen zunächst einen Teil der EuGVVO.

[32] EuEheVO (EG) 2201/2003 des Rates 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) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338/1. Mittlerweile liegt ein Reformvorschlag der Kommission vor, KOM(2016) 411/2.

[33] EuInsVO (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000 L 160/1.

[34] Überblick zuletzt bei *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2015: Neubesinnung, IPRax 2016, 1.

der Rom- und Brüssel-Verordnungen ist damit von „Vereinheitlichungsinseln“[35] zum überwiegenden Teil des internationalprivatrechtlichen Normbestandes aufgerückt.[36]

B. Zergliederung des gewöhnlichen Aufenthalts

Die Kollisionsrechtsvereinheitlichung ist nicht nur in Form mehrerer selbstständiger Sekundärrechtsakte erfolgt, sondern zieht sich auch über einen längeren Zeitraum hin. Trotzdem erweisen sich die Grundstrukturen und Systembegriffe der Rom- und Brüssel-Verordnungen auf den ersten Blick als überraschend homogen. Zum einen eröffnen alle Rom-Verordnungen den Parteien die Möglichkeit, durch einen parteiautonomen Verfügungs-[37] oder Verweisungsvertrag[38] über das anwendbare Recht zu disponieren. Die Möglichkeit einer Rechtswahl ist zwar unterschiedlich umfangreich,[39] aber als solche allgegenwärtig.[40] Trotz ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung im Einzelnen entsteht alleine schon der ausnahmslosen Existenz von Rechtswahlmöglichkeiten wegen eine zweite „subjektive Säule“ der Anknüpfung.[41] Auch die Legitimationsgrundlage der Rechtswahlbestimmungen dürfte rechtsaktübergreifend einheitlich sein. Sie verlängert entweder die innerhalb einer Rechtsordnung vorhandene Vertragsfreiheit[42] oder liest sich als Ausdruck vermuteter individueller Selbstbestimmung[43] einer Einzelperson.[44]

---

[35] *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten im Flickenteppich, IPRax 2013, 1.

[36] Zusammenfassend auch *Rühl/von Hein*, Towards a European Code on Private International Law? Civil Law and Justice Forum Cross-Border Activities in the EU – Making life easier for EU citizens, 26.2.2015, *dies.*, RabelsZ 79 (2015), 701 (708 ff.).

[37] Statt vieler *Basedow*, Theorie der Rechtswahl, RabelsZ 75 (2011), 32 (52).

[38] Ferrari/Kieninger/Mankowski/*Ferrari* Art. 4 Rom I-VO Rn. 6; *Kroll-Ludwigs*, Parteiautonomie, 2013, 148.

[39] *Kroll-Ludwigs*, Parteiautonomie, 2013, 146.

[40] *Kroll-Ludwigs*, Parteiautonomie, 2013, 146 spricht von der „flächendeckenden Eröffnung der Wahlfreiheit.“

[41] *Basedow*, RabelsZ 75 (2011), 32 (50 ff.); *Kroll-Ludwigs*, Parteiautonomie, 2013, 148 ff.; *Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, FS Kropholler, 2008, 187.

[42] *Jayme*, Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht auf dem Prüfstand – 65. Tagung des Institut de Droit International in Basel, IPRax 1991, 429.

[43] *Basedow*, RabelsZ 75 (2011), 32 (50); *Kroll-Ludwigs*, Parteiautonomie, 2013, 148 ff.; a.A. *von Bar*, IPR II, 1991, Rn. 416.

[44] Rekonstruktion bei *Basedow*, RabelsZ 75 (2011), 32 (51) m.Verw. auf *Locke*, Two Treatises of Government, 1698, Neuauflage in: The Works of John Locke, 1823, Band V; Second Treatise, § 95; *Rousseau*, Du Contrat Social, Neuausgabe 2011, Buch IV, Kapitel 2.

Auch die objektive Anknüpfung lässt im Grundsatz eine einheitliche gesetzgeberische Grundsatzentscheidung erkennen. Anstatt der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder *domicile*[45], regelmäßig aber auch anstelle ortsbezogener Anknüpfungen an den Erfüllungs- (Vertragsrecht) oder Belegenheitsort einer Sache (Erbrecht), hat sich die Union für eine einheitliche Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt entschieden.[46] Im Internationalen Familien- und Erbrecht, aber auch im Internationalen Insolvenzrecht bestimmt der gewöhnliche Aufenthalt außerdem die internationale Zuständigkeit.[47] Eine erste Bestandsaufnahme lässt damit eine verordnungsübergreifend einheitliche, zweigliedrige Struktur in der Anknüpfung erkennen.

I. Allgemeine Aufenthaltsdefinition

Im Gegensatz zur Rechtswahl wurde der gewöhnliche Aufenthalt bislang weder international noch unionsrechtlich definiert.[48] Rechtspolitik, Rechtsprechung und Rechtsdogmatik zeigen sich insoweit gleichermaßen zurückhaltend.

Die Untätigkeit der Legislativen ist dabei verständlich: Zahlreichen Umschreibungsversuchen in der Vergangenheit zum Trotz beschränkt sich das in der Literatur konsensfähige und in der Rechtsprechung zugrunde gelegte begriffliche Substrat oder der Begriffskern des gewöhnlichen Aufenthalts bislang auf grobe, kaum kodifizierbare Leitlinien. Außerdem wurde bislang nicht nur im Unionsrecht, sondern auch in zahlreichen autonomen IPR-Gesetzen von einer Legaldefinition des gewöhnlichen Aufenthalts abgesehen.[49] Auch Literatur und Rechtsprechung sind zunächst entschuldigt, wenn man sich den vorhandenen unionsrechtlichen *acquis* zum Aufenthaltsbegriff

---

[45] Zum Begriff des letzteren *Kreitlow*, Das *domicile*-Prinzip im englischen Internationalen Privatrecht und seine europäische Perspektive, 2003; *Kränzle*, Heimat als Rechtsbegriff?, 2014, 22 ff. Zum gewöhnlichen Aufenthalt als *tertium* zu Staatsangehörigkeit und Domizil *Baetge*, Habitual Residence, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, 2012, Band 1, 813.

[46] Kritisch demgegenüber *Rauscher*, Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips, FS Jayme, Band I, 2004, 719 (732 ff.); *ders.*, Nur ein Not-Sitz des Rechtsverhältnisses, FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (644 ff.).

[47] S.u. § 6 A. II. 4., § 7 A. III., IV. Im Rahmen der internationalen Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen wird zwar nach wie vor an den Wohnsitz angeknüpft; hier ist, wie sich zeigen wird, aber ein Wechsel zum gewöhnlichen Aufenthalt angezeigt, § 7 A. V.

[48] Statt vieler *Coester-Waltjen*, in: Basedow/Drobnig et al. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, 543 (544); *Baetge*, „Habitual Residence", The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Band 1, 813.

[49] Der Mehrwert einer Definition oder Umschreibung lässt sich angesichts der immer diverseren Anwendungsfelder der Aufenthaltsanknüpfung ohnehin anzweifeln. Die vorliegende Arbeit unternimmt stattdessen den Versuch eines abgeschichteten Begriffsverständnisses, zum Ergebnis s.u. § 9 G.

besieht: Die bisher entwickelten allgemeinen Definitionsversuche sind entweder zu unbestimmt, um allgemeine Rückschlüsse auf die Strukturelemente des gewöhnlichen Aufenthalts zuzulassen,[50] oder betreffen ausschließlich die Anwendungsfelder des gewöhnlichen Aufenthalts außerhalb des Internationalen Privatrechts.[51]

II. „Differenziertes" Begriffsverständnis als Zergliederung

Übereinstimmung scheint nach wie vor allenfalls darüber zu herrschen, dass der gewöhnliche Aufenthalt innerhalb eines abstrakt konsensfähigen Begriffskerns unterschiedliche Ausprägungen besitzen kann. Dieser Befund deckt sich zunächst im Kern mit der wesentlich allgemeineren Überlegung, dass die Bedeutung von Rechtssprache ebenso kontextabhängig ist wie die von Alltagssprache. Auch die Bedeutung von Rechtsbegriffen als Sprachformeln kann sich nicht nur unter dem Einfluss der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch infolge ihrer Handhabung durch unterschiedliche Rechtsanwender verschieben.[52] Zuletzt scheint mit der Kontextabhängigkeit von Sprache ein strukturelles, aber auch allgemeines Problem des Rechts angesprochen,[53] das sich nicht zuletzt im Streit darüber manifestiert, was man überhaupt unter Recht verstehen muss.[54]

Die Forderung nach einem „differenzierten" Begriffsverständnis könnte man vor diesem Hintergrund mit Recht als rechts- und sprachphilosophischen Allgemeinplatz beiseitelegen. In Anbetracht der Entwicklung und der strukturellen Probleme des Unionskollisionsrechts lässt sich allerdings vermuten, dass die Relativität von Sprache für sich genommen die Forderung nach einer Differenzierung im Aufenthaltsverständnis nicht einzufangen, jedenfalls aber nicht zu befriedigen vermag. Auch die strukturellen Defizite des gewöhnli-

---

[50] Für weitere Differenzierungsvorschläge im nationalen Recht s.u. § 8 B. I.–II. Für Differenzierungsmöglichkeiten im Unionsrecht s.u. § 9 A.–F.

[51] In Deutschland wird der gewöhnliche Aufenthalt beispielsweise durch § 9 AO und § 30 Abs. 1 SGB I legal definiert, nicht aber im EGBGB. Zur Analogiefähigkeit der Definitionen s. *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt, 1994, 39 f.

[52] *Fuller*, Consideration and Form, 41 Columbia Law Review (1941), 799 (802): „The ideal of language would be a word whose significance remained constant and unaffected by the context in which it was used."

[53] Historische Aufarbeitung des Umgangs der Rechtswissenschaft mit Begriffen bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage 1983, unter anderem 15 ff. (*Savigny*), 20f. (*Puchta*), 25f. (*Jhering*), 29f. (*Windscheid*).

[54] *Rill,* Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs, in: Griller/ders. (Hrsg.), Rechtstheorie, 2. Auflage 2011, 1, unter Hinweis auf ein Zitat von *Kantorovicz*, Der Begriff des Rechts, 1957, 23: „Ich schlage vor, unter diesem Ausdruck dieses und jenes zu verstehen; und wenn Du, lieber Leser, unter diesem selben Ausdruck etwas Anderes zu verstehen wünscht, so steht es Dir frei, sofern Du nicht Deine Definition in meine Worte hineinliest."

chen Aufenthalts lassen sich nicht über eine „allgemeine" Relativitätsfeststellung einfangen. Erstens ist der gewöhnliche Aufenthalt bislang dogmatisch nicht nur schwach, sondern nahezu unerschlossen. Weder ist das Verhältnis von Einzelfall und abstrakt-rechtlicher Wertung verbindlich festgelegt, noch sind subsumtionsfähige Kriterien kodifiziert, dogmatisch festgelegt oder kraft ständiger Rechtsprechung bewährt, die jenseits eines schmalen Begriffskerns besondere Charakteristika des Begriffs erkennen ließen. Der enge, konsentierte Begriffskerndes gewöhnlichen Aufenthalts definiert ihn als „tatsächlichen Lebensmittelpunkt" einer Person und setzt neben der tatsächlichen Präsenz deren soziale Integration in das räumliche und persönliche Lebensumfeld voraus.[55] Gerade in Zweifelsfällen kann aus diesem Gerüst aber keine verbindliche Vorgabe dafür entwickelt werden, wie mit dem gewöhnlichen Aufenthalt umgegangen werden soll.

Man könnte den Begriff dennoch als Beispiel für die Zusammenhänge zwischen Alltags- und Rechtssprache verstehen und entsprechend von einer Konkretisierung absehen.[56] Dagegen spricht, dass sich vorhandene gesetzgeberische Konkretisierungen der Aufenthaltsanknüpfung in bestimmten Bereichen kontextbedingt mitunter deutlich von der allgemeinen Umschreibung als „Lebensmittelpunkt" unterscheiden. Solch eine begriffliche Emanzipation ist namentlich im Sekundärrecht der Europäischen Union zu beobachten. Der Verordnungsgeber lässt gerade in jüngeren Rechtsakten eine Neigung erkennen, den gewöhnlichen Aufenthalt je nach Verordnung unterschiedlichen Anknüpfungszwecken zuzuweisen. Während er nach Erwägungsgrund 23 zur EuErbVO im Erbrecht „unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele dieser Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen [soll]"[57], ist er gemäß Erwägungsgrund 12 zur EuEheVO in Art. 8 Abs. 1 EuEheVO „dem Wohle des Kindes" und „dem Kriterium der räumlichen Nähe" verpflichtet.[58] Auch den Bedarf nach einer Konkreti-

---

[55] *Baetge*, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, FS Kropholler, 2008, 77 (78 ff.).

[56] Im Common Law, insbesondere dem der Vereinigten Staaten von Amerika, ist die Sensibilität für den untechnischen Wortsinn gesetzlicher Termini weitaus größer als in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, vgl. exemplarisch *Muscarello v United States*, 524 US 125; 118 S Ct 1911; 141 L Ed 2d 111; 11 Fla. L. Weekly Fed. S. 595 (1998). Im deutschen Recht kommt die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen dieser Überlegung wohl am nächsten, dient aber freilich einem anderen Zweck, nämlich der Vorsatzkonkretisierung; kritisch NKStGB/*Puppe* § 16 StGB Rn. 46 f.

[57] Im Original: „Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele dieser Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen."

[58] (12): „Die in dieser Verordnung für die elterliche Verantwortung festgelegten Zuständigkeitsvorschriften wurden dem Wohle des Kindes entsprechend und insbesondere nach dem Kriterium der räumlichen Nähe ausgestaltet. [...]" Die Bedeutung des Kindeswohls in der Praxis der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen hat jüngst auch das Eu-

sierung des gewöhnlichen Aufenthalts erkennt der Gesetzgeber nicht einheitlich: Im Rahmen der Überarbeitung der EuEheVO das Europäische Parlament beispielsweise mit Nachdruck auf den Bedarf hingewiesen, den Aufenthaltsbegriff im Interesse des Kindeswohls klar gesetzlich „festzulegen".[59] In anderen Regelungskontexten wurde der gewöhnliche Aufenthalt dagegen nicht nur diskussionslos in den Verordnungstext übernommen,[60] sondern scheint auch keine erkennbaren Anwendungsprobleme zu bereiten.

Bereits dieser grobe Überblick wirft die Frage auf, ob es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt überhaupt um einen einheitlichen Begriff handelt. Umformuliert in eine Hypothese findet sie sich durch die Formulierung der Verordnungen, aber auch durch die jüngere Rechtspraxis zu den Rom- und Brüssel-Verordnungen bestätigt. Insbesondere der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Offenheit des gewöhnlichen Aufenthalts bislang als Freizeichnung verstanden. Er sieht nicht nur davon ab, seine Ausführungen zu Art. 8 Abs. 1 EuEheVO zu früheren Judikaten in anderen Rechtsgebieten ins Verhältnis zu setzen,[61] sondern schließt auch eine wechselseitige Bezugnahme zwischen unterschiedlichen Regelungskontexten im Grundsatz aus. Unter dogmatischen wie auch rechtspraktischen Gesichtspunkten scheint die Zurückhaltung aufgrund der Sonderrolle des gewöhnlichen Aufenthalts im Rahmen der elterlichen Sorge gerechtfertigt. Allerdings schafft der Gerichtshof durch die Absage an wechselseitige Bezugnahmen zwischen den Rechtsgebieten gerade Anreize für funktionale Unionsgerichte, die eigene Rechtsprechung nicht oder nur in Grundzügen mit früheren Judikaten ins Verhältnis zu setzen.[62] Außerdem lässt die Entscheidung offen, welche Gründe gegen rechtsaktübergreifende Anleihen bei der Konkretisierung des gewöhnlichen Aufenthalts sprechen.

---

ropäische Parlament betont, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 28.4.2016 zum Schutz des Kindeswohls in der EU auf der Grundlage der an das Europäische Parlament übermittelten Petitionen (2016/2575(RSP)), P8_TA(2016) 0142.

[59] S.o. Fn. 58, Nr. 5: „Das Europäische Parlament [...] fordert, dass die Bezeichnung ‚gewöhnlicher Aufenthalt' in der überarbeiteten Brüssel IIa-Verordnung klar festgelegt wird."

[60] Das ist insbesondere der Fall für die Rom I- und Rom II-VO. Dazu unten § 7 A. I.–II.

[61] EuGH, 2.4.2009 – C-523/07, Rn. 36 – *A ./. Perusturvalautakunta*: „Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in anderen Bereichen des Rechts der Europäischen Union (vgl. u.a. Urteile vom 15. September 1994, Magdalena Fernández/Kommission, C-452/93 P, Slg. 1994, I-4295, RandNr. 22, vom 11. November 2004, Adanez-Vega, C-372/02, Slg. 2004, I-10761, Rn. 37, und vom 17. Juli 2008, Kozlowski, C-66/08, Slg. 2008, I-0000) kann nicht unmittelbar auf die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kindern im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung übertragen werden." Ebenso EuGH, 22.12.2010 – C-1049/10, Rn. 45 – *Mercredi ./. Chaffe*. Dazu auch *Rauscher*, Nur ein Not-Sitz des Rechtsverhältnisses, FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (640). Zu diesen Entscheidungen s.u. § 6 B. I.–II.

[62] S.u. § 6 B. II. 1. b).

III. Konsequenzen

Die internationalprivatrechtliche Literatur ist der beschriebenen Tendenz zur begrifflichen Zergliederung der Aufenthaltsanknüpfung bislang nicht entgegengetreten. Die institutionellen und thematischen Grenzen zwischen den Rom- und Brüssel-Verordnungen[63] werden mehrheitlich als Legitimationsgrundlage für eine sektorale Begrenzung der dogmatischen Überlegungen zur Aufenthaltsanknüpfung verwendet.[64] Dieses Vorgehen hat zwei erkennbare Konsequenzen.

1. Von der Gesamtbetrachtung zur sektoralen Begriffsbildung

Erstens weichen allgemeine Überlegungen zu den begrifflichen Konturen des gewöhnlichen Aufenthalts bereichsspezifischen Sonderdogmatiken.[65] Thematisiert wird allenfalls die Frage, ob der gewöhnliche Aufenthalt innerhalb geschlossener europäischer Rechtsakte unterschiedlich verstanden werden muss,[66] beispielsweise in der EuErbVO[67] und der EuEheVO.[68]

Bereichsspezifische Überlegungen zum gewöhnlichen Aufenthalt haben den Vorteil, dass sie detailscharfe und ausdrucksstarke Aussagen über den Inhalt des Konzepts erlauben. Sie sind damit besonders wertvoll für die jeweils in Bezug genommenen Rechtsgebiete.[69] Allerdings verfestigt sich auf ihrer Grundlage der aktuell bereits erkennbare Trend zur Herausbildung einer äußerlich inkohärenten europäischen Kollisionsrechtslandschaft. Eine isolierte Analyse des gewöhnlichen Aufenthalts erschwert mithin verallgemeine-

---

[63] *Dörner*, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme, ZEV 2010, 221, 226; *Kindler*, Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip. Das künftige Internationale Erbrecht der Europäischen Union, IPRax 2010, 44 (46), der allerdings entgegen der autonomen Natur des gewöhnlichen Aufenthalts eine Auslegung *lege fori* anrät. Kritisch auch *Rauscher*, FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (638 f.).

[64] Statt vieler *Kränzle*, Heimat als Rechtsbegriff?, 2014, 119: *Helms*, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-VO, FamRZ 2011, 1765 (1770); *Rösler*, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-VO, RabelsZ 78 (2014), 155 (166).

[65] Anders *Baetge*, FS Kropholler, 2008, 77; *Weller,* Der gewöhnliche Aufenthalt in einer Rom 0-Verordnung, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, 293; *Hilbig-Lugani*, GPR 2014, 8; *Rauscher*, FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (639).

[66] Wie hier kritisch *Rauscher*, FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (642). Versuch einer rechtsaktübergreifenden Systematisierung bei *Hilbig-Lugani*, GPR 2014, 8.

[67] Palandt/*Thorn* Art. 21 EuErbVO Rn. 5 f.

[68] Statt vieler Saenger/*Dörner* Art. 3 Brüssel IIa-VO Rn. 12.

[69] S. zum Beispiel *Kränzle*, Heimat als Rechtsbegriff?, 2014 (beschränkt auf die EuErbVO); *Graul*, Die Tendenz zur Aufenthaltsanknüpfung im Internationalen Kindschaftsrecht, 2002.

rungsfähige Rückschlüsse auf das Gesamtkonzept. Die bisherige wissenschaftliche Praxis im Umgang mit dem gewöhnlichen Aufenthalt steht der Herausbildung eines rechtsübergreifenden Aufenthaltsverständnisses daher ebenso entgegen wie sein Nutzen für die Steigerung der Kohärenz der Rom-Verordnungen und der Zusammenhalt der Rom- und Brüssel-Verordnungen schwindet.[70] Damit nicht genug: Würde man alle Differenzierungsansätze konsequent weiterverfolgen, gelangte man zum Ergebnis, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nicht nur in Abhängigkeit vom Verordnungskontext, sondern auch je nach konkretem Anwendungsfeld, ja sogar von Fall zu Fall unterschiedlich verstanden werden muss.[71]

2. Von der dogmatischen Analyse zum rechtspolitischen Appell

Mitunter wird die Einzelfallabhängigkeit und Dogmatisierungsfeindlichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts schlicht als gegebene Tatsache vorausgesetzt.[72] Anstatt eines rechtsdogmatischen Lösungsweges werden dann die rechtspraktischen und konzeptionellen Probleme diskutiert, die der Wechsel zum gewöhnlichen Aufenthalt in den Rom- und Brüssel-Verordnungen nach sich ziehen könnte.[73] Diese Forderung ist vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung des gewöhnlichen Aufenthalts berechtigt, beschäftigt sich aber nicht mit der Alternative, nämlich einer allgemeinverbindlichen Systematisierung des Begriffs.

3. Kritik

Die Kollisionsrechtswissenschaft reagiert mit den beschriebenen Überlegungen also nachvollziehbar auf das Auseinanderdriften unionskollisionsrechtlicher Rechtsmaterien. Ebenso ist die Entstehung paralleler Aufenthaltsdogmatiken die Konsequenz einer sektoralen Rechtssetzung, wie sie im Rahmen des Unionsrechts naturgemäß erfolgt. Gleichzeitig lässt das gemeinsame Vorgehen von Rechtssetzung, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung aber eine bedenkliche Erosion des Aufenthaltsbegriffs erwarten. Allgemeingültige Aussagen über das Aufenthaltsverständnis im EU-Kollisionsrecht werden durch die punktuellen Vorstöße schwer bis unmöglich.[74] Rechtsrealistisch lässt sich

---

[70] *Rühl/von Hein*, RabelsZ 79 (2015), 702 (718 ff.) diskutieren die kohärenzfördernde Funktion der Aufenthaltsanknüpfung beispielsweise nicht.

[71] So auch *Rauscher*, FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (642).

[72] In der Tendenz EuGH – C-523/07 – *A ./. Perusturvalautakunta*, Rn. 36; EuGH – C-497/10 PPU – *Mercredi ./. Chaffe*, Rn. 45.

[73] So *d'Avout*, Mélanges en l'honneur Bernard Audit, 2014, 17; *Rauscher*, FS Jayme, Band I, 2004, 719; einen dogmatischen Vorstoß wagend aber *ders*., FS Coester-Waltjen, 2015, 637 (641 ff.).

[74] *Rauscher*, FS Coester-Waltjen, 2015, 637. Anders noch *Baetge*, FS Kropholler, 2008, 77 (89 f.); ähnlich *Weller*, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verord-

prognostizieren, dass Geschwindigkeit und Reichweite dieser Entwicklung konstant zunehmen werden. Je häufiger der gewöhnliche Aufenthalt zuständigkeits- und sachrechtsbestimmend eingesetzt wird, je diverser die Rechtsmaterien werden, die er bedienen soll, und je stärker sich der Rechtssetzungstrend weg vom „Verordnungssystem" der EuGVVO, der Rom I-VO und der Rom II-VO hin zu „Paketverordnungen" (EuErbVO, EuGüVO, EuPartVO) entwickelt,[75] desto schmäler wird der Raum für eine einheitliche Begriffsbasis. Nur eine solche Grundlage erlaubt aber weiterführende Überlegungen zu einer abstrakten rechtsdogmatischen Differenzierung im Aufenthaltsverständnis.

Zudem steht zu befürchten, dass der gewöhnliche Aufenthalt auf Dauer als Regelungsmodell überholt wird. Als Vorboten einer solchen Entwicklung mag man es verstehen, dass die Unsicherheit im Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts bereits jetzt eine Substitution durch alternative Anknüpfungen rechtfertigt, sofern ein erhöhter Bedarf nach vorhersehbaren Ergebnissen besteht.[76] Diese Entwicklung wird ganz besonders an Erwägungsgrund 39 zu Art. 19 Rom I-VO deutlich.[77] Die Vorschrift bestimmt im Interesse einer rechtssicheren Gestaltung den gewöhnlichen Aufenthalt beruflich handelnder natürlicher und juristischer Personen über den Ort der Hauptniederlassung und Hauptverwaltung.[78] Sie bedient sich dazu selbstständiger Anknüpfungsmomente, die zwar über eine gesetzliche Parallelisierung mit dem gewöhnlichen Aufenthalt verknüpft sind, ihn aber nicht definieren.[79] Direkte Rückschlüsse auf das verallgemeinerungsfähige Substrat des Aufenthaltsbegriffs erlaubt die gesetzliche Analogie daher ebenso wenig wie verordnungsspezifische Umschreibungs- und Strukturbildungsversuche in der Rechtsdogmatik dies vermögen.[80]

---

nung?, 2013, 293 (310), allerdings mit der Perspektive auf eine rechtsaktübergreifende Definition des gewöhnlichen Aufenthalts.

[75] Gemeint sind Rechtsakte, die sowohl die internationale Zuständigkeit als auch das anwendbare Recht regeln, aber nur schwach mit anderen Verordnungstexten koordiniert sind.

[76] BeckOGKBGB/*Rass-Masson* Art. 19 Rom I-VO Rn. 2.

[77] (39): „Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der Begriff ‚gewöhnlicher Aufenthalt', insbesondere im Hinblick auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen, eindeutig definiert werden. Im Unterschied zu Artikel 60 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, der drei Kriterien zur Wahl stellt, sollte sich die Kollisionsnorm auf ein einziges Kriterium beschränken, da es für die Parteien andernfalls nicht möglich wäre, vorherzusehen, welches Recht auf ihren Fall anwendbar ist."

[78] Zur Bedeutung der Begriffe in der Rom I- und Rom II-VO s. *Albers*, Die Begriffe der Niederlassung und der Hauptniederlassung im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2010, 131, 159, 177; *Baetge*, FS Kropholler, 2008, 77.

[79] Zu Recht BeckOGKBGB/*Rass-Masson* Art. 19 Rom I-VO Rn. 2.

[80] BeckOGKBGB/*Rass-Masson* Art. 19 Rom I-VO Rn. 2 sowie unten § 6 A. II. 3. c).

C. Rechtsaktübergreifende Aufenthaltsdogmatik als „wissenschaftliche Vereinbarung"

I. Frage: Diversifikation als Folge inkohärenter Kodifikation?

Man könnte diesen Ausgangsbefund im Einklang mit den genannten Literaturstimmen erschöpfend in einen rechtspolitischen Appell an den Verordnungsgeber und die Mitgliedstaaten umformulieren.[81] Anstatt einer „Aufenthaltsdogmatik" liefert der *status quo* der Aufenthaltsanknüpfung ein entscheidendes Argument für eine bereits vielerorts befürwortete Gesamtkodifikation des Europäischen Kollisionsrechts.[82] Die vorliegende Abhandlung müsste sich, wollte sie diesem Argumentationsstrang folgen, mit der Frage nach den institutionellen Voraussetzungen, dem Für und Wider und der praktischen Durchsetzbarkeit einer Gesamtkodifikation auseinandersetzen.[83] Sie müsste auch untersuchen, ob und inwieweit der Vorschlag einer Rom 0-Verordnung eine diskussionsfähige Alternative zur Gesamtkodifikation darstellt.[84] Ihr Schwerpunkt läge also nicht auf den Rahmenbedingungen einer eigenständigen europäischen IPR-Dogmatik, sondern auf den institutionellen Vorbedingungen der Rechtssetzung in der Union.

II. Antwort: Diversifikation als Folge fehlender Aufmerksamkeit der Rechtsdogmatik

Aus dieser Bestandsaufnahme die nicht nur rechts- sondern auch rechtswissenschaftspositivistische Erkenntnis abzuleiten, „*dass es so ist wie es ist und zwar weil es so ist*",[85] ist allerdings unbefriedigend. Systematisch verstärkte Kohärenzdefizite im Europäischen Kollisionsrecht sollten explizit sektoral beschränkte Untersuchungen nicht rechtfertigen, sondern müssen als Fingerzeig für die Entwicklung einer europäischen Kollisionsrechtsdogmatik verstanden werden. Ziel dieser Dogmatik muss es sein, ein die EU-Rechtsakte und dazugehörigen Regelungsebenen übergreifendes Begriffsverständnis des gewöhnlichen Aufenthalts zu entwickeln. Auch weil es an einer dogmatischen Aufarbeitung dieser Fragen bislang fehlt, wird die vorliegende Abhandlung rechtspolitische Kodifikations- und Ordnungsfragen nicht in den Mittel-

---

[81] *Rauscher*, FS Jayme, Band I, 2004, 719 (733 ff.); *d'Avout*, Mélanges en l'honneur Bernard Audit, 2014, 17.

[82] Überblick bei *Rühl/von Hein*, RabelsZ 79 (2015), 701 (714 f.).

[83] Dazu *Rühl/von Hein,* RabelsZ 79 (2015), 701 (715 f.).

[84] Dazu statt vieler *Leible*, Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung?, Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR, FS Martiny, 2014, 429; *Wilke*, Einführung, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? 2013, 23; *ders*., Introduction, in: Leible (Hrsg.), General Principles of European Private International Law, 2016, 1.

[85] Pointiert in einem anderen Kontext bei *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 1995, 6.

punkt stellen. Stattdessen wird sie den Versuch unternehmen, das Aufgabenfeld wie auch das künftige Pflichtenprogramm der Kollisionsrechtswissenschaft am Beispiel der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt im Lichte der sekundärrechtlichen Rechtssetzung auf dem Gebiet des Kollisionsrechts neu zu justieren. Anstatt den Standpunkt eines Kommentators zu beziehen, sind Vertreter der Kollisionsrechtswissenschaft gehalten, die unzusammenhängende Rechtsmaterie im Unionsrecht durch eine wissenschaftliche Vereinbarung zu überwinden.

III. Gang der Arbeit

Die Arbeit baut auf dem Befund auf, dass trotz eines erkennbaren Bedeutungszuwachses des gewöhnlichen Aufenthalts noch keine Klarheit über das Verhältnis unterschiedlicher Einsatzfelder des Begriffs herrscht. Eine Klärung wird mitunter für entbehrlich, teils sogar für unmöglich gehalten: Die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts könne nur im Einzelfall erfolgen, seine Konkretisierung werde also abschließend dem erkennenden Gericht überantwortet. Die Arbeit möchte ein Alternativmodell zu dieser Passivitätsthese entwickeln, nämlich eine rechtsaktübergreifende dogmatische Typologie der unionskollisionsrechtlichen Aufenthaltsbegriffe.[86] *Dass* die Mannigfaltigkeit der Einsatzgebiete des gewöhnlichen Aufenthalts unter Umständen eine begriffliche Abschichtung oder eine Differenzierung im Aufenthaltsverständnis erfordern kann, zweifelt sie nicht an. Ihre Frage lautet vielmehr, wann diese zulässig ist, und *wie*, also: nach welchen Kriterien – und mit welchen Konsequenzen – diese erfolgen sollte.[87] Vorhandene Differenzierungsvorschläge in der Literatur werden dazu ebenso diskutiert wie neue Möglichkeiten, die im autonomen und staatsvertraglichen IPR noch nicht sachdienlich erschienen.

Der gerade vorgestellte Gedanke bildet den Kern, notwendigerweise aber auch den Schluspunkt der Arbeit. Seiner Erörterung müssen Überlegungen zu Entwicklung, Struktur und Inhalt des gewöhnlichen Aufenthalts (zweiter Teil), aber auch zum Begriff, zum Stand und zum systemischen Zusammenhalt des Kollisionsrechts der Europäischen Union vorangehen (§ 2).

1. Grundlagen

In einem ersten Schritt setzt sich die Arbeit mit ihren Grundlagen und Hypothesen auseinander. Das ist bereits deshalb nötig, 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, spekulati-

[86] S. dazu den dritten Teil der vorliegenden Arbeit.
[87] Erste Überlegungen finden sich insoweit bei *Hilbig-Lugani*, GPR 2014, 8.

ves Element innewohnt. Während die Systemhypothese nicht abschließend beantwortet werden kann,[88] wird der Begriff „Europäisches Kollisionsrecht" im ersten Teil der Arbeit historisch rekonstruiert und definiert (§ 2). Anschließend bietet die Arbeit einen Überblick über die unterschiedlichen Facetten, die die Diskussion um den gewöhnlichen Aufenthalt bislang angenommen hat (§ 3). Zunächst hält sie es für geboten, Klarheit über den konsentierten Begriffskern zu schaffen (A.). Dann geht sie der rechtspolitischen Diskussion nach, die sich seit der Übernahme des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt" in die Rom- und Brüssel-Verordnungen entwickelt hat (B.). Die Grundannahme lautet, dass der exzessive Einsatz des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts im Europäischen IPR und im 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 technischen Vor- und Nachteile des gewöhnlichen Aufenthalts zu analysieren.

2. Struktur, Inhalt, Handhabung

Der zweite Teil widmet sich dem Begriffsinhalt des gewöhnlichen Aufenthalts. Die dort beantwortete Frage nach dem möglichen Wortsinn ist nahezu untrennbar mit der nach dem „Ob" und „Wie" einer Differenzierung im Begriffsverständnis verbunden. Die Arbeit rekonstruiert die Entstehung und die anschließende Entwicklungsgeschichte der Aufenthaltsanknüpfung im Haager Staatsvertragsrecht (§ 4 B.), verfolgt sie aber zuvor in ihre historischen Ursprünge zurück (§ 4 A.). Anschließend greift sie die eingangs grob skizzierte Diskussion um die Begriffsstruktur und den Inhalt des gewöhnlichen Aufenthalts auf (§ 5). Einerseits wird die überkommene Bezeichnung des gewöhnlichen Aufenthalts als „Tatsachenbegriff" kritisch überdacht (§ 5 A.). Andererseits wird der Standpunkt bezogen, dass der Begriff entgegen einer bislang vorherrschenden Auffassung in Zweifelsfällen nicht in Ansehung der Aufenthaltsdauer bestimmt werden darf. Stattdessen bringt die Arbeit den Niederlassungswillen des Anknüpfungssubjekts in Stellung. Für diese Neujustierung der Aufenthaltsanknüpfung führt sie insbesondere an, 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 (§ 5 B. II. 3.).

[88] Die Arbeit legt den Systembegriff von *Combaçau,* Le Droit International: Bric-à-Brac ou Système?, Archives de Philosophie du Droit 1986, 85, zugrunde. Tatsächlich lässt sich die völkerrechtliche Kohärenzdebatte in weiten Teilen auf das europäische IPR übertragen. Dazu auch *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.

Die abstrakten Überlegungen werden sodann zum vorhandenen *acquis* (§ 6 A.) und zur Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte in Bezug gesetzt (§ 6 B.). Die Arbeit kommt einerseits zum Schluss, dass die Rechtspraxis die im Vorfeld angestellten Überlegungen im Ergebnis nicht relativiert. Andererseits stellt sie fest, dass der derzeitige Bestand an Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt zahlreiche Fragen offenlässt. Die Arbeit gleicht das Defizit aus, indem sie ihre eigenen Überlegungen zur Begriffsnatur und zum Inhalt des gewöhnlichen Aufenthalts als unbestätigte Arbeitshypothesen verwendet. Ob diese sich als zutreffend erweisen, kann nur die weitere Rechtsentwicklung zeigen.

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 transparenten Abschichtung 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 (§ 7). 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 (§ 8), in einem dritten Schritt diskutiert sie diese selbstständig und setzt sie mit dem EU-IPR in Bezug (§ 9). 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 einen selbstständigen Differenzierungsansatz für den Umgang mit dem gewöhnlichen Aufenthalt (§ 10). Der Vorschlag orientiert sich an der Reichweite der Rechtswahlmöglichkeiten die der Gesetzgeber dem gewöhnlichen Aufenthalt in den einzelnen EU-Rechtsakten zur Seite gestellt hat, und entwickelt auf dieser Grundlage einen differenzierten Prüfungsmaßstab. Die Legitimationsgrundlage für die rechtswahlakzessorische Differenzierung entwickelt die Arbeit aus dem Befund zum systematischen Verhältnis der Rechtswahltatbestände zum gewöhnlichen Aufenthalt. Auch die Gesamtsystematik der Rom-Verordnungen und der freilich nur schemenhaft erkennbare Wille des europäischen Gesetzgebers werden berücksichtigt. Schließlich werden pragmatische und rechtspraktische