

**Erweiterte Fassung des in ZRP 13, 186 f gedruckten Textes.**

## **Staatsangehörigkeit und Wohnsitz**

**- Zu einer migrationspolitischen Anknüpfung im Internationalen Privatrecht.**

von

Prof. Dr. Menno Aden, Essen/Ruhr

### **I. Ausgangspunkt**

Auch wenn die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt seit der IPR – Reform 1986 an Boden gewonnen hat, stellt die Staatsangehörigkeit weiterhin den vorrangigen Anknüpfungspunkt im Bereich des Personen –, Familien – und Erbrechts dar.<sup>1</sup> Basedow stellt zu Recht fest: *Das Staatsangehörigkeitsprinzip ist von zentraler Bedeutung für das internationale Personen , Familien – und Erbrecht.*<sup>2</sup> Die persönlichen Rechtszustände der in Deutschland wohnenden Fremdstaater unterliegen daher ungeachtet ihres Bleibewillens (*animus manendi*) weiterhin dem Recht des Staates, dem sie angehören. Recht ist die unmittelbarste Ausprägung der Staatsgewalt. Der Souverän (Ortsgottheit, König, heute das Volk durch sein Parlament) setzt Recht in seinem Herrschaftsbereich. Allen staatlichen Rechtsordnungen ist daher ein Fundamentalsatz, gleichsam ein kollisionsrechtlicher Null- Paragraph, vorgeschaltet: *Im Herrschaftsbereich des Souveräns wird ausschließlich sein Recht, nämlich die lex fori, angewendet, wenn sich nicht aus dieser selbst Ausnahmen ergeben.* Das IPR macht fremdes Recht anwendbar, regelt also Ausnahmen von diesem Fundamentalsatz. Ausnahmen sind geradezu definitionsgemäß ständig darauf zu überprüfen, ob sie noch berechtigt sind.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit mochte früher richtig gewesen sein. Im Folgenden soll dargelegt werden, dass diese Anknüpfung heute untunlich und in gestiegenem Maße fehlerbehaftet ist, vor allem aber, dass sie einer Integrationspolitik widerspricht. Es wird daher für eine integrationspolitisch modifizierte Wohnsitzanknüpfung plädiert. Betrachtet wird hier nur das deutsche Recht, obwohl die folgenden Überlegungen mit geringen Abweichungen auch im Bereich der meisten EU-Staaten gelten dürften.

### **II. Grundlagen**

Das moderne IPR ist ein Kind des 19. Jahrhunderts. *Savigny* gilt als sein Begründer: Aus Freundwilligkeit (*comitas*) gegenüber anderen Souveränen werde bei hinreichender Sachnähe deren Recht im eigenen Staat angewendet. Nach *Mancini*, welcher als Schöpfer des italienischen IPR gilt, begründet die *nazionalità* einer Person ein Band, welches in Fragen des Personalstatuts stets diese Sachnähe begründet. Dieser Gedanke wird üblicherweise auf seinen 1851 gehaltenen Vortrag *La nazionalità come*

---

<sup>1</sup> Benicke, Iprax 2000, 171

<sup>2</sup> IPrax 11, 109

*fondamento des diritto delle genti* zurückgeführt.<sup>3</sup> Es lohnt sich, diesen Vortrag ganz zu lesen, um die Gedankenwelt, welche dem Staatsangehörigkeitsprinzip zu Grunde lag, zu verstehen, und um dann zu prüfen, ob das noch die unsrige ist.

Geographie, Herkunft, Rasse, Sprache, Religion - *il complesso di codesti elementi compone la propria natura di cisacun popolo per se distinto ed induce...intima comunanza di diritto, impossibile ad esistere fra individui di nazione diverse* – aus der Gesamtheit dieser Elemente bildet sich die je eigene Natur eines jeden Volkes, hieraus ergibt sich der innere Gleichklang in den Rechtsvorstellungen, welcher zwischen Individuen verschiedener Nationen einfach nicht bestehen kann (S.32) *La Razza espressione di una identita – die Rasse ist Ausdruck einer ursprünglichen Identität der ihr angehörigen Menschen usw ( S.34)*. Das mündet in den Ausruf auf S. 39 : *Nulla é piu certo della esistenza di questo elemento spirituale animatore delle Nazionalita – Nichts ist gewisser, als dass in der jeweiligen Nationalität das geistige und bewegende Element seinen Sitz hat* (ÜvV). Mancini unterscheidet also nicht zwischen Volkszugehörigkeit und Staatsangehörigkeit. Beides bedeutet ihm offenbar dasselbe. Diese Gleichsetzung war vermutlich ein Erbe des Code Napoleon, welcher nicht wie das BGB mit der Rechtsfähigkeit Menschen sondern damit beginnt, wer Franzose ist. Dieser romantische Begriff der Volksstaatszugehörigkeit führte in der Folgezeit bis heute zur Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit für das Personalstatut.

Die von Mancini geäußerten Gedanken sind hier nicht zu kritisieren. Es liegt aber auf der Hand, dass diese so nicht mehr die unseren sind. Die gemeinrechtliche Auslegungsregel für bindende Rechtssätze *cessante ratione legis . cessat lex ipsa* dürfte erst recht für juristische Theorien gelten: werden die Annahmen unrichtig, wird es auch die darauf gegründete Theorie. Die Voraussetzungen des IPR und dieser Anknüpfung haben sich in dreierlei Hinsicht heute völlig geändert, sodass auch die auf frühere Annahmen gestützten kollisionsrechtlichen Anknüpfungen neu zu bedenken sind.

### III. Gestaltwandel des Internationalen Privatrechts

#### 1. Massenhaftigkeit der Fälle

Das IPR war im Grunde ein Sonderrecht für die *happy few* mit ihren elitären Problemen. Einfache Bürger hatten um 1850 nur selten gerichtsfähige Rechtsstreitigkeiten, und schon gar keine mit Auslandsberührung. Die Oberschichten heirateten und ließen sich wieder scheiden, bekamen und adoptierten Kinder, erbten und vererbten Vermögen im Ausland. Für diese Fälle war Ausland zudem meistens gleichbedeutend mit dem engen Raum im Viereck London - St. Petersburg- Cote d`Azur – Rom. Die farbigsten Beispiele zum IPR stammen aus diesem Milieu und Raum. Mancini dachte ersichtlich nicht an Untertanen des türkischen Sultans, Afghanen, Jesiden usw. Chinesen, welche heute mit Bick auf Schloss Neuschwanstein heiraten, gab es noch nicht. Insbesondere aber waren die Millionenheere von Migranten nicht im Blick, die heute fern ihrer Heimat bei uns ihr Brot suchen, heiraten, erben und vererben. Hier an ihren neuen

---

<sup>3</sup> Das italienische Original des Vortrages a.d. Jahre 1851 kann (fast vollständig) eingesehen werden im Netz: **Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti : Prelezione**  
**Signatur:** Diss. 2182,9 **Permalink:** <http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb10852913-6>

Lebensmittelpunkten tragen sie ihre Rechtsstreitigkeiten aus, was ihnen anders als dem chinesischen Kuli des 19. Jahrhunderts, auch deswegen immer leichter und daher öfter möglich ist, weil unser Sozialstaat auch ihnen Prozesskostenhilfe usw. gewährt.

## 2. Zahl der Rechtsordnungen

Noch 1945 gab es um die zwei Dutzend souveräne Staaten. Die Anzahl der Rechtsordnungen, mit welchen die genannten Oberschichten in Berührung standen, für welche das IPR also Bedeutung hatte, war aber praktisch auf wenige eng miteinander verwandte europäische beschränkt. Diese waren mit Sprachkenntnissen des für Juristen damals üblichen Bildungsstandards in der Regel auch unschwer zugänglich. Hier liegt wohl der soziologische Grund für die im *common law* unbekanntes Ermittlungspflicht des Richters gemäß § 293 ZPO.<sup>4</sup> Das hat sich dramatisch geändert. Die Masse der heutigen 250 selbständigen Staaten gehörten einem Kolonialherren, meistens dem britischen oder französischen, und standen sie *nolens volens* unter dessen Recht. Der deutsche Richter/ Rechtspfleger steht wegen des Staatsangehörigkeitsgrundsatzes nicht einer Handvoll europäischer Rechtsordnungen gegenüber, sondern hunderten. Diese sind in zum Teil exotischen Sprachen niedergelegt.

Die Ermittlungs- und Anwendungspflicht des Richters ist schon so überspannt. Verstärkt wird sie noch dadurch, dass das Recht überall ständig komplizierter wird. Um 1930 mochte fremdes Recht noch lediglich anhand des Gesetzestextes und ggfs wenigen Entscheidungen ermittelt werden können. Aber allein die Varianten im Ehe- und Partnerschaftsrecht, vgl. die eingetragene Lebenspartnerschaft<sup>5</sup>, fordern eine ganz andere Ermittlungstiefe als ehemals.

## 3. Entstaatlichung des Rechts

Seit Jahrzehnten vollzieht sich eine Entstaatlichung des Rechts. Das wird an vielen Einzelschritten sichtbar. Heute ist Weltrechtssatz geworden, was noch bis in die 1970er Jahre heftig diskutiert wurde: voraussetzungslos freie Rechtswahl bei Verträgen, freie Wahl des Gerichtstandes, Freiheit zur Schiedsgerichtsbarkeit und in dieser die stetige Ausweitung der Schiedsfähigkeit, also Rückbildung des staatlichen Entscheidungsmonopols. Bis in die 1970er hatte der englische staatliche Richter darüber zu wachen, dass Schiedsgerichte das Recht „richtig“, d.h. so anwendeten wie die Richter Ihrer Majestät.<sup>6</sup> Heute hat sich das von Schiedsgerichten angewendete Recht fast völlig entstaatlicht.<sup>7</sup> Unter vielerlei rechtlichen und politischen Zwängen, etwa Beitrittsvoraussetzungen zur WTO, EU usw, konvergieren die staatlichen Rechtsordnungen allmählich zu einem Weltrecht, aus welchem die einzelnen Rechtsordnungen sich ausfächern.

---

<sup>4</sup> Im französischen Recht praktisch ebenso: vgl. Dalloz Code Civil, 108. Aufl. 2009, Art. 3 Nr. 4 ff; im spanischen Recht anscheinend auch: Iprax 05, 170ff. – Ebenso im russischen IPR art. 1191 Grashdanski Kodeks

<sup>5</sup> Coester IPRax 13, 114f

<sup>6</sup> Aden, *Zur materiellen Kontrolle über den Schiedsrichter durch das englische staatliche Gericht* KTS 1971, 1 ff. – Ein Grundsatz übrigens, der nach dem von common law- Juristen gerne als rückständig gescholtenen deutschen Schiedsverfahrensrecht schon vom Reichsgericht überwunden worden war.

<sup>7</sup> vgl. Aden, *Verfahrensverstoß und Ursächlichkeit für den Schiedsspruch im Aufhebungsverfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr 1 d ZPO*, DZWIR 2013, 149 ff

Die Migrationsströme von geschichtlich unbekanntem Ausmaß treiben diese Entwicklung und werden von ihr getrieben. Eine persönliche Beziehung des Einzelnen zu dem Recht „seines Staates“ ist daher immer seltener anzunehmen. Und zwar auch schon deswegen nicht, weil die Migrantenströme mehrheitlich aus Staaten kommen, welche von den Kolonialherren oder politischen Konstellationen ohne Rücksicht auf Volkstumsgrenzen willkürlich geschaffen wurden, in denen sich also ein Staatsbewusstsein wie es etwa der Deutsche oder der Pole zu seinem Staat hat, gar nicht entwickeln konnte.<sup>8</sup> Eine Affinität des Einzelnen zu dem Recht seines ihm in dieser Weise oft aufgezwungenen Staates besteht zudem auch deswegen nicht, weil dieses in vielen Fällen koloniales Recht fortschreibt. Basedow zitiert Frankenstein aus dem Jahre 1926: *Jeder Mensch ist als Träger der Staatsgewalt seiner Rechtsordnung verbunden. Daraus folgt, dass die Rechtsordnung, der jeder Mensch angehört, nur diejenige des Staates ist, dem er durch das Band der Staatsangehörigkeit verknüpft ist.*<sup>9</sup> Das ist durch die genannten Entwicklungen schlechthin nicht mehr aufrechtzuerhalten. Das aus dem Altertum auf uns gekommene, etwas zynische, wiewohl praxisnahe *ubi bene, ibi patria* tritt hervor: Wem es im Ausland so gut gefällt, dass er lieber bleibt als in die Heimat zurückgeht, wird durch das von Juristen des 19. Jahrhunderts erfundene abstrakte Band einer Staatsangehörigkeit nicht gehalten. Es ist kein geeignetes Anknüpfungselement im IPR.

#### **IV. Ausländerdiskriminierung durch ungleiches Recht?**

##### **1. Grundsatz**

Unser Staat wünscht, dass Migranten mit Wohnsitz hier in den deutschen Staat, seine Gesellschaft und Kultur integriert werden. Das Festhalten an dem Staatsangehörigkeitsgrundsatz als Anknüpfung für Fragen des Personalstatuts wirkt dem entgegen. Diese Anknüpfung bewirkt, dass integrationswillige Fremdstaater, wenn es in den gefühlsbetonten Fragen des Personenstands zum Streit kommt, oft ohne dass sie das ahnten, rechtlich völlig anders behandelt als ihre deutschen Nachbarn. Gelegentlich werden sie geradezu diskriminiert, weil bloßgestellt, indem sie, nur weil sie aus exotischen Ländern stammen, nicht den üblichen deutschen, sondern exotischen Rechtsregeln unterworfen werden, für welche sie sich vielleicht genieren, oder über welche ihre deutsche Umwelt den Kopf schüttelt oder lächelt. Unter diesem Gesichtspunkt (Art. 3-Gleichheitssatz) stellt sich die Frage der inneren Fragwürdigkeit von Teilen des IPR.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Personalstatut führt zum Import von exotischen Rechtsvorstellungen, die nicht in unser Sozialgefüge passen und deren Anwendung im Inland unerwünscht ist, ohne dass sie gegen Art. 6 EG verstoßen. Beispiele: M und F sind Türken und haben in der Türkei geheiratet. Seit langem leben sie in Bochum und wollen hier bleiben. M legt sich eine Geliebte zu. F verklagt M in Bochum auf Schmerzensgeld wegen ehewidriger Beziehungen. Das Amtsgericht qualifizierte den Anspruch, vermutlich zurecht, als Ehwirkung, wendete türkisches Recht an und

---

<sup>8</sup> vgl. die aus der Zerschlagung des Osmanischen Reiches entstandenen Territorien, welche England und Frankreich nach Ölreichtum und strategischem Bedürfnis unter sich verteilten.

<sup>9</sup> Frankenstein, Ernst, Internationales Privatrecht 1926. Übernahme des Zitates aus Basedow FN 2, S. 110

sprach den Anspruch zu.<sup>10</sup> Unabhängig von der Frage, ob dieser offenbar aus dem französischen Recht übernommene Anspruch im türkischen Recht wirklich lebendig angewendet wird, ist dieses Urteil eine Ungerechtigkeiten gegenüber deutschen Ehefrauen, welche nach deutschem Recht geheiratet haben. Diese werden durch den Ehebruch ihres Mannes ebenso verletzt, gehen aber nach ständiger Rechtsprechung leer aus.<sup>11</sup> Es juristisch natürlich interessant, wenn ein seit vielen Jahren mit Bleibewillen in Lippstadt lebendes griechisches Ehepaar, welche sich auseinander gelebt hat nicht nach deutschem Scheidungsrecht sondern nach islamisch-hanafitischem Recht geschieden wird.<sup>12</sup> Welchen Gerechtigkeitsinteressen ist aber damit gedient? Vor aller Welt, vor den Nachbarn, Freunden und Verwandten wird diese Eheleuten jählings ihre Andersartigkeit amtlich attestiert. Auf die mannigfachen Probleme, welche mit der Anwendung islamischen Rechts bzw. der Frage verbunden sind, ob eine religiöse Vorschrift des Islam Rechtsqualität habe, sei zusätzlich hingewiesen.<sup>13</sup>

## V. Wertungsanmaßung kraft Vorbehaltsregel

Art. 6 EGBGB gibt zwar die Möglichkeit, Normen einer ausländischen Rechtsordnung, die *mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar* abzuwehren. Aber hier bestehen bereits Probleme. Die Gleichheit von Mann und Frau ist bei uns festes Recht geworden, aber erst seit kurzem. Die abendländische Kultur basierte darauf, dass Frauen und Männer bestimmten Bereichen rechtlich nicht gleich waren. Es ist daher sehr fraglich, ob es uns Deutschen bzw. Westeuropäern, zusteht, die rechtlich unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau in namentlich islamischen Ländern als einen so fundamentalen Verstoß gegen das Rechtsprinzip anzusehen.<sup>14</sup> Viel richtiger wäre es, wenn wir Deutschen uns zum Wohnsitzprinzip durchringen könnten mit der Folge: wir nehmen zur Kenntnis, dass in Pakistan im Einklang mit dem Koran, das Erbrecht der Töchter ein anderes ist als das der Söhne. Wir sehen das anders. Wenn daher ein in Deutschland wohnender Pakistaner stirbt und Vermögen hinterlässt, gilt das deutsche Erbrecht. *Mutatis mutandis* in anderen Fragen des Personen- und Familienrechtes.

## VI. Fehlerquellen

Rechtsfragen des Personalstatuts sind stärker als das normale Zivilrecht von den Sitten und Gebräuchen der Völker geprägt. Die entsprechenden Rechtssätze sind oft kompliziert, und in exotischen, also nicht europäisch verwurzelten, Rechtsordnungen oft nicht einmal verschriftet. Das führt, wenn die Staatsangehörigkeit ein exotisches Recht beruft, zu zwei typischen Fehlerquellen, an welche früher nicht gedacht wurde, weil praktisch nur europäische oder aus Europa stammende Rechtsordnungen berufen wurden.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> AG Bochum v. 20. 6. 96 STREIT 98, 41; besprochen in Aden, S. 53

<sup>11</sup> zu diesem Anspruch: vgl. Aden MDR 78, 536 ff

<sup>12</sup> OLG Hamm IPrax 08, 353

<sup>13</sup> vgl. Bälz, K IPrax 05, 44 f

<sup>14</sup> BGHZ 120, 29

<sup>15</sup> vgl. Aden, Internationales privates Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 67f

Der Richter soll das fremde Recht „richtig“ anwenden. Recht steht aber, wenn überhaupt, nicht nur in Büchern. Der Verfasser weiß aus eigener Landeskenntnis, welcher Unterschied zwischen Gesetz und Richterrecht bestehen kann.<sup>16</sup> Dabei ist im Einzelfall fraglich, ob das Richter- „recht“ überhaupt Rechtsqualität hat. In vielen Ländern fehlt es nämlich an einem Austausch der Gerichte unter einander über ihre Entscheidungspraxis. Es gibt keinen „Palandt“ und keine „NJW“, auch kein „BGHZ“ usw. Jeder Fall wird dann vom örtlichen Richter gleichsam *ab ovo* entschieden. Die Pflicht, das wirkliche Recht zu ermitteln, ist also in Bezug viele Staaten, gar nicht machbar. Diese Staaten wissen selber nicht genau, was bei ihnen Rechtens ist, und manchen, dazu gehören auch EU-Mitgliedstaaten<sup>17</sup>, ist es auch egal.

Die zweite Fehlerquelle liegt darin, dass das Gericht muss sich auf Übersetzungen des Gesetzes bzw. eventueller Entscheidungen, gelegentlich auf Übersetzungen aus Übersetzungen stützen muss. Oft werden mehr oder weniger glückliche englische Übersetzungen des fremden Rechtstextes zu Grunde gelegt. Damit wird aber die eigentliche *ratio legis* des IPR infrage gestellt. Das fremde Recht wird der *lex fori* angeblich doch aus dem Grunde vorgezogen, weil es für den gegebenen Fall die angemessenere Lösung bereithalte. Wenn der Richter das fremde Recht aber nicht authentisch zur Kenntnis nehmen kann, ist eine solche nicht zu erwarten.

## VII. Vorschlag

Die vorstehenden Ausführungen laufen auf den Vorschlag hinaus, das Staatsangehörigkeitsprinzip im Bereich des Personalstatuts zu Gunsten des Wohnsitzprinzips aufzugeben. Wer in Deutschland mit Bleibewillen zu Recht wohnt, hat Anspruch darauf, in seinen Angelegenheiten seines Personalstatuts wie ein Deutscher behandelt zu werden, nämlich nach deutschem Recht. Zu diesem Zweck wird daher im Sinne einer „minimalinvasiven“ Gesetzesänderung vorgeschlagen, dem Art. 5 EGBGB einen neuen Absatz 4 anzufügen wie folgt:

(4) Wird auf das Recht des Staates verwiesen, dem eine Person angehört, die in den Staat des Wohnsitzes mindestens 5 Jahre mit Bleibewillen gewohnt hat, so ist das Recht ihres Wohnsitzes anzuwenden. Die Zeit, in welche der Betreffende in einem anderen EU-Land Wohnsitz hatte, wird darauf angerechnet.

Durch unwiderrufliche notariell beglaubigte Erklärung gegenüber dem Meldeamt, kann für alle oder einige Fälle für die Anwendung des Rechts der Staatsangehörigkeit optiert werden.

Dieser Vorschlag dürfte selbsterklärend sein. Eine fünfjährige rechtmäßige Aufenthaltsdauer gilt vielfach als ausreichend zum Erwerb der Staatsangehörigkeit des Wohnsitzlandes. Da die Integration in den deutschen Staat und seine Kultur zugleich die Integration in das werdende Europa beinhalten sollte, wird mit der Anrechnungsregelung in diese Richtung gewiesen. Unter dem Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Freundwilligkeit (*comitas*) gegenüber anderen Staaten und aus

---

<sup>16</sup> Der Verfasser hat einschlägige Erfahrungen in Bosnien, Afghanistan, Äthiopien, Pakistan, ua gemacht. Hierzu auch: Aden, *Law made in Germany*, ZRP 12, 50 f

<sup>17</sup> z. B. Rumänien. vgl. Aden, RIW 08, 700 f

Rücksichtnahme gegenüber besonderen Interessen der betreffenden Person ist dieser die Option einzuräumen, weiterhin nach seinem Heimatrecht beurteilt zu werden. Hierzu bedarf es aber, da er an sich in Deutschland Wohnsitz haben wird, einer ausdrücklichen und wohl bedachten, daher notariell zu beurkundenden, Erklärung. Zur Planungssicherheit im Umfeld, insbesondere der eventuell noch nicht einmal geborenen Angehörigen, sollte diese unwiderruflich sein.

## **Ergebnis**

Die Anknüpfung des Personalstatuts an die Staatsangehörigkeit geht auf Überlegungen des 19. Jahrhunderts zurück, welche heute weitgehend überwunden sind. Das heutige IPR hat gegenüber damals einen grundlegenden Gestaltwandel erfahren. Die Anknüpfung an das Heimatrecht ist insbesondere integrationsfeindlich.

Es wird eine Ergänzung zu Art. 5 EGBGB vorgeschlagen, welche die Anknüpfung an den Wohnsitz vorsieht, wenn der Fremdstaater seit mindestens 5 Jahren mit Bleibewillen zu Recht in Deutschland wohnt. Die Zeit eines rechtmäßigen Vor-Wohnsitzes in anderen EU- Staaten wird angerechnet. Durch ausdrückliche Erklärung kann der Fremdstaater für die Weitergeltung seines Heimatrechts optieren.

M.A.

3. Mai 2013