

René Repasi\*

## Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Familien- und Erbrecht

### Abstract

Die europäische Rechtswissenschaft steht vor einer der größten Herausforderungen der letzten Jahrzehnte: Die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches. Im Jahre des 200. Geburtstags des französischen *Code Civil* weiß man mit Blick auf die Rechtsgeschichte, welche einende Kraft eine einheitliche Zivilrechtskodifikation haben kann. Dieser Aufsatz behandelt die vorgelagerte Frage, nämlich diejenige nach den Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im existierenden Vertrag. Anhand eines europarechtlichen Kriterienkatalogs, der im ersten Teil aufgestellt wird, soll in der Folge eine Rechtsetzungskompetenz für Regelungen im Bereich des Familien- und Erbrechts gesucht werden. Mit Hilfe von Überlegungen aus dem Internationalen Privatrecht und der neuesten Entwicklung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt sich diese Frage zumindest nicht verneinen.

---

\* Der Verfasser studiert im 7. Fachsemester Jura an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und arbeitet derzeit als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Thomas Pfeiffer. Die vorliegende Arbeit wurde betreut von Prof. Dr. Thomas Pfeiffer. Ein herzlicher Dank für seine Unterstützung und seine hilfreichen Hinweise geht an Herrn Zoltan Pinter.

## I. Einleitung

„Der Beitrag, den ein organisiertes und lebendiges Europa für die Zivilisation leisten kann, ist unerlässlich für die Aufrechterhaltung friedlicher Beziehungen.“ So begründete der französische Außenminister Robert Schuman am 9. Mai 1950 die Idee dessen, was heute die Europäische Union der 25 Mitgliedstaaten ist: Die Schaffung eines dem Frieden verpflichteten Europas. Um diesen Frieden zu garantieren, schlug die Gemeinschaft in den 50er Jahren genau jenen Weg ein, den Immanuel Kant bereits im Jahre 1795 in seinem Werk „Zum ewigen Frieden“ theoretisch begründet hat: „Es ist der Handelsgeist, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann und der früher oder später sich jedes Volkes bemächtigt.“<sup>1</sup> Im Jahre 1957 wurde die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) gegründet. Zur Verwirklichung dieses einenden Handels mussten den Gemeinschaften Kompetenzen gegeben werden, um Handelsbarrieren, die in Form von nationalen divergierenden Rechtsakten existierten, abzubauen. Diese Kompetenzen sollten nur genutzt werden, um die so genannten Grundfreiheiten umzusetzen: die Warenverkehrsfreiheit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und die Freiheit des Kapitals- und Zahlungsverkehrs.

Diesen Grundfreiheiten wird nicht zu unrecht das Adjektiv „wirtschaftlich“ angehängt. Wie erscheint es daher in einem solchen wirtschaftlich dominierten System möglich, das Familien- und Erbrecht zu integrieren? Bis in das vergangene Jahr verlangte der Europäische Gerichtshof (EuGH) immer eine wirtschaftliche Tätigkeit, um den einzelnen Bürger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union in den Genuss der Grundfreiheiten kommen zu lassen.<sup>2</sup> Am 17. September 2002 erklärte jedoch der Gerichtshof im Urteil „Baumbast“ erstmalig, dass ein Unionsbürger kraft seiner Unionsbürgerschaft aus Art. 18 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in den Genuss von Rechten aus dem Vertrag kommen kann. Der Wirtschafts- und somit auch Marktbezug wird nicht mehr verlangt. Dieses Urteil bringt nach Ansicht des Autors neuen Wind in die Diskussion über die Rechtsetzungskompetenzen der EG im Familien- und Erbrecht. Bis in die aktuelle Zeit wird die Möglichkeit eines Familien- und Erbrechts auf Gemeinschaftsebene mit dem ein-

---

1 *Kant*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: ders., Werke IX, 1983, S. 226.

2 Stellvertretend hierzu: *EuGH*, C-60/00, Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department, Slg. (2002), I-6279.

fachen Verweis auf die Nicht-Existenz einer Rechtsetzungskompetenz abgelehnt.<sup>3</sup> Ob dies tatsächlich der Fall ist, will diese Arbeit untersuchen: Kaum eine Materie steht so im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Betroffenheit, kultureller Vielfalt und tatsächlicher Personenfreizügigkeit wie das Familien- und Erbrecht.

In einem ersten Teil soll analysiert werden, nach welchen europarechtlichen Kriterien eine Rechtsetzungskompetenz für die Europäische Kommission im Vertrag zu identifizieren ist, um dann im zweiten Teil mit Hilfe dieses Ergebnisses die Frage näher zu untersuchen, ob sich die so identifizierten Rechtsetzungskompetenzen auf das gesamte Familien- und Erbrecht oder nur auf bestimmte Einzelmaterien erstrecken, oder gar tatsächlich keine Kompetenz einschlägig ist.

## II. Die europarechtlichen Grundlagen

Eine Kompetenzgrundlage teilt nach staatsrechtlichem Verständnis den staatlichen Organen der Legislative, Exekutive und der Judikative die Handlungsmacht zu, die im staatlichen Gemeinwohlaufrag zugewiesene staatliche Aufgabe zu erfüllen und hierzu genau festgesetzte hoheitliche Akte zu setzen.<sup>4</sup> Die Kompetenzgrundlage verleiht somit einem in ihr benannten Organ des Staates das Recht, einen hoheitlichen Akt zu erlassen. Art. 7 EGV benennt in diesem Sinne für die Europäische Gemeinschaft, die gemäß Art. 281 EGV eine durch die Mitgliedstaaten verliehene Rechtspersönlichkeit besitzt, die kompetenten Organe, die nach Maßgabe der ihnen im Vertrag zugewiesenen Befugnisse handeln.

„Rechtsetzung“ bedeutet im Rahmen der supranationalen Natur der Europäischen Gemeinschaft<sup>5</sup> den Erlass eines europäischen Gemeinschaftsaktes mit einer Bindungswirkung für den Adressaten. Art. 249 II EGV verleiht einer Verordnung allgemeine Geltung, Absatz 3 erklärt die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels als verbindlich und Absatz 4 die Entscheidung für all diejenigen, die diese bezeichnet. Eine solche Verordnung, Richtlinie oder Entscheidung darf gemäß Art. 249 I EGV nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe des Vertrages erlassen werden.

Im EGV sind keinerlei Kompetenzverteilungskataloge vergleichbar derer

---

3 Vgl. stellvertretend: *Werwigg-Hertneck/Mauch*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Familiengesetzbuch, FamRZ 2004, S. 574, 580.

4 Vgl. *Stettner*, Grundfragen der Kompetenzlehre, 1983, S. 35.

5 Vgl. *Zuleeg* in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, 5. Auflage (1997/99), Art. 3b, Rn. 1.

der Artt. 72 ff. des deutschen Grundgesetzes zu finden. Stattdessen geht der EGV grundsätzlich von einer Zuständigkeit der Mitgliedstaaten aus, die sich durch eine Kompetenzübertragung an die Gemeinschaft selbst beschränken. Ausnahmen sind die so genannten „ausschließlichen Kompetenzen“ wie sie der EuGH beispielsweise für die „Gemeinsame Handelspolitik“ anerkannt hat.<sup>6</sup> Art. 5 EGV überträgt der Gemeinschaft das Recht, eigenständig rechtlich handeln zu dürfen, nachdem sie drei Fragen positiv beantwortet hat: Nach Absatz 1 die Kann-Frage (1.), nach Absatz 2 die Ob-Frage (2.) und nach Absatz 3 die Wie-Frage (3.).<sup>7</sup> Vor diesem Hintergrund muss später geprüft werden, ob die Gemeinschaft eine Rechtsetzungskompetenz im Familien- und Erbrecht besitzt.

### 1. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung gemäß Art. 5 I EGV

Art. 5 I EGV hat das bereits aus Art. 249 I EGV herauslesbare Prinzip der begrenzten Ermächtigung festgeschrieben, das Ausdruck der oben genannten Kompetenzverteilung von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ist.<sup>8</sup> Dies bedeutet, dass die Rechtsetzungsorgane Rat, Kommission und Europäisches Parlament nur dort punktuell tätig werden dürfen, wo die Verträge die Verbandskompetenz der EG ausdrücklich begründen und nur mit den darin benannten Rechtsaktsformen (unter a)).<sup>9</sup> Dieses Prinzip verlangt neben der Existenz einer Kompetenzgrundlage auch die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage (unter b)). Dies ist zum einen bedingt durch die verschiedenen Abstimmungsmodi, die an verschiedene Kompetenzgrundlagen anknüpfen.<sup>10</sup> Zum anderen wird verlangt, dass die gewählte Rechtsgrundlage hinreichend begründet ist.<sup>11</sup>

#### a) Kompetenzzuweisungen an die Organe der Gemeinschaft

##### (1) Ausdrückliche Kompetenzzuweisungen im EGV

Die Kompetenzzuweisungen an Gemeinschaft und Union ergeben sich nicht aus Sachbereichen oder einer Unterscheidung von Privatrecht

6 *EuGH*, Gutachten 1/75, Lokale Kosten, Slg. (1975), 1355, 1363 f.; *EuGH*, Rs. 41/76, Donckerwolcke, Slg. (1976), 1921, Rn. 31/37; siehe dazu auch unten in Abschnitt II. 2. a).

7 Siehe *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, 2. Auflage (2002) Art. 5, Rn. 6.

8 Vgl. *Streinz* in: *Streinz*, Art. 5, Rn. 7; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, 2. Auflage (2002), Art. 5, Rn. 8.

9 Siehe *Streinz* in: *Streinz*, Art. 5, Rn. 7.

10 Vgl. *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, 2. Auflage (2002), Art. 5, Rn. 9.

11 So genannt in den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Edinburgh vom 13. 12. 1992, *Bulletin EG* 12-1992, 1 (14 f.), Nr. I.17.

und öffentlichem Recht,<sup>12</sup> sondern aus einer finalen Funktionsbeschreibung.<sup>13</sup> Eine Kompetenzzuweisung dient somit zum Beispiel der Verwirklichung der Grundfreiheiten (Artt. 40, 44 III g) EGV), dem „Funktionieren des Gemeinsamen Marktes“ (Art. 94 I EGV) oder dem „Funktionieren des Binnenmarktes“ (Art. 95 I EGV).<sup>14</sup> Man sieht, dass die Rechtsetzungskompetenzen im EGV funktional auf bestimmte Zielbestimmungen ausgerichtet sind. Es bedarf folglich zuerst der Suche nach einem im EGV festgeschriebenen Ziel, um danach die Rechtsetzungskompetenz als Verwirklichungsgrundlage dieses Zieles zu finden.

## (2) „Implied powers“-Theorie

Nach der „implied powers“-Doktrin des Europarechts erfasst die einem Organ ausdrücklich verliehene Kompetenz all jene Sachverhalte, ohne die die Hauptkompetenz nicht vernünftig und zweckmäßig ausgeübt werden kann.<sup>15</sup> Sie ähnelt somit der deutschen Lehre von den Bundeskompetenzen kraft Sachzusammenhangs und den Annexkompetenzen.<sup>16</sup> Sie verlangt jedoch das Vorhandensein einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung, an die sie anknüpft.<sup>17</sup>

## (3) Generalermächtigung des Art. 308 EGV

Neben den zahlreichen ausdrücklichen Einzelkompetenzzuweisungen im EGV und den ihnen nachgelagerten und sie ergänzenden „implied powers“ sieht der Vertrag in Art. 308 EGV eine Art Generalermächtigung zur Rechtsetzung vor.<sup>18</sup> Sie unterliegt wie alle vertraglichen Ermächtigungen den Schranken des Art. 5 EGV. Der EuGH sieht in diesem Artikel die Möglichkeit, „den Unzulänglichkeiten der [der Gemeinschaft] zur Ver-

---

12 Vgl. bereits *Hallstein*, Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *RabelsZ* 28 (1964), S. 211, 213 f.

13 Vgl. *Jarass*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach der Schaffung der Europäischen Union, *EuGRZ* 1994, S. 209; *Schmidt-Aßmann*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, *DVBl.* 1993, S. 931.

14 Vgl. *Gebauer*, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, Diss. Heidelberg 1996, S. 124 f.

15 *EuGH*, Rs. 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde der EGKS*, *Slg.* (1955–1956), S. 197, 312; *EuGH*, verb. Rs. 281, 283–285/85, *Deutschland u. a./Kommission*, *Slg.* (1987), S. 3203, 3253 f.

16 So *Bleckmann*, *Europarecht*, 6. Auflage (1997), Rn. 799.

17 Vgl. *Boeck*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, Diss. Freiburg (Breisgau) 1999, S. 47.

18 Vgl. begrifflich v. *Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf*, Stand 2002, Art. 308, Rn. 1.

wirklichung ihrer Ziele ausdrücklich oder stillschweigend übertragenen Befugnisse abzuhefen“.<sup>19</sup> Art. 308 EGV tritt dann hervor, wenn alle Einzelermächtigungen im EGV einschließlich der „implied powers“ keine Möglichkeiten zur Erreichung der Vertragsziele „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ bieten.<sup>20</sup> Bei der materiellen Einschlägigkeit einer jedoch unzureichenden Einzelermächtigung kann die Generalermächtigung des Art. 308 EGV kumulativ hinzugezogen werden.

b) Hinreichende Begründung der gewählten Rechtsetzungskompetenz

Nach dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung muss die Wahl einer Kompetenzgrundlage der Verwirklichung eines oder mehrerer der im EGV festgesetzten Ziele dienen. Der EuGH verlangt, dass die Entscheidung für eine Rechtsgrundlage auf objektiven und gerichtlich nachprüfbareren Faktoren beruhen muss, zu denen in erster Linie Ziel und Inhalt der Maßnahme gehören.<sup>21</sup> Daher muss die vom Rechtsetzungsorgan gefundene Rechtsgrundlage inhaltlich und nicht durch einen bloßen Verweis auf die Ziele des EGV begründet werden.

Im Fall der Tabakwerbeverbotsrichtlinie<sup>22</sup> hat der EuGH<sup>23</sup> diese für nichtig erklärt, weil die Kommission nicht hinreichend begründen konnte, dass diese Richtlinie den Anforderungen der von ihr gewählten Kompetenzgrundlage (in diesem Fall Art. 95 EGV) inhaltlich entspricht. Ein Verbot jeglicher Tabakwerbung fördere zum einen nicht den freien Warenverkehr oder den Dienstleistungsverkehr. Zum anderen ließe sich ein solches allgemeines Verbot auch nicht durch Wettbewerbsbeeinträchtigungen in den entsprechenden Märkten „Werbung“ und „Tabak“ rechtfertigen. Somit diene die Richtlinie faktisch nur dem Gesundheitsschutz.<sup>24</sup> Zwar dürfen Harmonisierungsmaßnahmen, die auf der Basis von Art. 95 EGV erlassen worden sind, auch Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben, aber sie müssen hierzu ihren Schwerpunkt in der Regelung der Errichtung oder des Funktionierens des Binnenmarktes haben.

19 *EuGH*, Gutachten 2/92 (OECD), Slg. (1995), S. I-521, 560.

20 *EuGH*, verb. Rs. C-51, 90 u. 94/89, Großbritannien u. a./Rat, Slg. (1991), S. I-2757, 2790 f.; *EuGH*, Rs. C-271/94, EP/Rat, Slg. (1996), S. I-1689, 1710 f.

21 So erstmalig in *EuGH*, Rs. 45/86, Kommission/Rat („Zollpräferenzen“), Slg. (1987), S. 1493, Rn. 11; *EuGH*, Rs. C-164, 165/97, EP/Rat („Schutz des Waldes“), Slg. (1999), S. 1139, Rn. 12.

22 Richtlinie 98/43/EG vom 6. Juli 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1998, L 213/9.

23 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Kommission, Slg. (2000), S. I-8419.

24 *EuGH*, Rs. C-376/98, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. (1996), I-5755.

*Erforderlichkeit einer Maßnahme als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips.* Die mit Hilfe einer Rechtsetzungskompetenz durchzusetzenden Ziele des EGV verlangen im Wortlaut Maßnahmen, die zur Erreichung des Zieles erforderlich sind (vgl. Artt. 3 I lit. h, 94 EGV für den Gemeinsamen Markt; Artt. 14 I, 95 EGV für den Binnenmarkt; Art. 18 II EGV für die Unionsbürgerschaft oder Art. 65 EGV für die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen). Hieraus folgt also, dass eine Maßnahme, die zur Erreichung eines Vertragszieles nicht erforderlich ist, nicht hinreichend begründet werden kann und somit bereits gegen Art. 5 I EGV und das Prinzip der begrenzten Ermächtigung verstößt.<sup>25</sup> Eine Maßnahme, die gegen Art. 5 I EGV verstößt, ist bereits gemeinschaftsrechtswidrig und wird nicht mehr am Subsidiaritätsprinzip geprüft.<sup>26</sup> Das Erforderlichkeitsprinzip auf dieser Ebene verlangt beispielsweise im Rahmen des Binnenmarkts eine Abwägung zwischen den Marktfreiheiten und der freiverkehrsverhindernden Regelmultifalt als Folge der mitgliedstaatlichen Regelungshoheit.<sup>27</sup> So kann sich die Frage stellen, ob es für den Binnenmarkt erforderlich sei, eine Gemeinschaftsmaßnahme zu erlassen oder ob beispielsweise die Anwendung des „Herkunftslandprinzips“ die gleichen Ergebnisse erzielen könne. Oder in anderen Worten ausgedrückt: Eine Gemeinschaftsmaßnahme ist dann erforderlich, wenn das Ziel, das sie erreichen will, durch die Mitgliedstaaten nicht besser als durch eine Gemeinschaftsmaßnahme erreicht werden kann. Somit ist die Erforderlichkeit als Begründungsmerkmal der Rechtsetzungskompetenz Ausdruck des in Art. 5 II EGV postulierten Subsidiaritätsprinzips.<sup>28</sup> Die Erforderlichkeit einer Gemeinschaftsmaßnahme stellt somit die Prüfung der Kompetenzgrundlage gemäß Art. 5 II EGV dar.

## 2. Das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 II EGV

Problematisch für die hier vertretene Auffassung, dass die Erforderlichkeitsprüfung einer Maßnahme den Subsidiaritätstest gemäß Art. 5 II EGV darstellt, ist die Tatsache, dass nach dem Wortlaut dieses Absatzes das Subsidiaritätsprinzip nur anwendbar ist, solange eine Maßnahme nicht auf Grundlage einer ausschließlichen Zuständigkeit beschlossen worden ist.

25 Vgl. *Müller-Graff*, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip, ZHR 1995, S. 34, 71.

26 So geschehen in *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Kommission, Slg. (2000), S. I-8419.

27 So beispielsweise bei *Müller-Graff*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, S. 107, 128; gleichsam entschieden durch den *EuGH* in Rs. C-350/92, Spanien/Rat, Slg. (1995), S. 1985, Rn. 37.

28 So auch *Zuleeg* in: v. d. Groeben/Schwarze, 6. Auflage (2003), Art. 3, Rn. 9.

Daher stellt sich die Frage, ob eine erforderliche Maßnahme durch eine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft gefordert werden kann und somit der Subsidiaritätstest eigentlich unzulässig wäre.

a) Ausschließliche Zuständigkeit

Wie bereits erwähnt, gibt es im EGV keine Kompetenzverteilungskataloge, die vergleichbar mit jenen der Artt. 72 ff. GG wären. Nichtsdestotrotz ist der Begriff der ausschließlichen Zuständigkeit dem deutschen Rechtsverständnis entlehnt. Was hierunter im europarechtlichen Zusammenhang zu verstehen ist, ist umstritten. Es ist zumindest dann von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft auszugehen, wenn die Mitgliedstaaten in den entsprechenden Bereichen unabhängig von einem konkreten Tätigwerden der EG nicht mehr handlungsbefugt sind.<sup>29</sup> Zu den ausschließlichen Zuständigkeiten werden beispielsweise die Festlegung des gemeinsamen Zolltarifs gemäß Art. 26 EGV, der internationale Verkehr in der EU gemäß Art. 71 I lit. a EGV oder die Währungspolitik gemäß Art. 107 V, VI EGV und die Regelung des EG-Beamtenstatuts gemäß Art. 283 EGV gezählt.<sup>30</sup> Für die vorliegende Untersuchung ist alleinig die umstrittene Position der Kommission zur Beseitigung von Hindernissen nach Art. 14 EGV insbesondere durch die Rechtsangleichung nach Art. 95 EGV von Relevanz.<sup>31</sup> Die Kommission ist der Auffassung, dass diese Rechtsangleichungskompetenz zu ihrer ausschließlichen Zuständigkeit gehöre. Dieser Position zufolge müssen zwei Elemente zur Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit vereint sein: Das funktionale Element, nach dem die Gemeinschaft eine Handlungsverpflichtung als alleinige Instanz bei der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben hat, und ein materielles Element, nach dem die Mitgliedstaaten nicht das Recht haben dürfen, einseitig tätig zu werden. Der Generalanwalt *Fenelly* erklärte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Deutschland gegen Kommission wegen der Tabakwerbverbotsrichtlinie<sup>32</sup> noch gemeinsam mit einem Teil der europarechtlichen Wissenschaft, dass es sich bei der Harmonisierungskompetenz für den Binnenmarkt um eine ausschließliche Kompetenz handle, da die Mitgliedstaaten – schon aufgrund der territorialen Begrenzung ihrer nationalen Regelungshoheit – keine Kompetenz besäßen, gemeinschaftsweit einheitliche Regelungen zu erlassen, die auch die Rechtsordnungen der anderen Mit-

29 Vgl. *Streinz* in: *Streinz*, Art. 5, Rn. 17.

30 Vgl. *Streinz* in: *Streinz*, Art. 5, Rn. 18.

31 Mitteilung der *Kommission* an den Rat und das Europäische Parlament vom 27. 10. 1992, Bulletin EG 10–1992, S. 118, 123.

32 Schlussanträge des Generalanwalts *Fenelly*, Rs. C-376/98, Deutschland/Kommission, Slg. (2000), S. I-8419, Rn. 131 bis 145.



gliedstaaten betreffen.<sup>33</sup> Diesem ist nicht zuzustimmen, da das Vorliegen einer ausschließlichen Kompetenz ja gerade verlangt, dass unabhängig eines Aktivwerdens der Gemeinschaft die Mitgliedstaaten keine Regelungshoheit im entsprechenden Politikbereich mehr besitzen. Sinn und Zweck der Rechtsangleichung (insbesondere wenn sie mit dem Mittel der Richtlinie erreicht werden soll) ist es gerade nicht die eine abschließende und vollständige Uniformität in einem Rechtsgebiets zu erreichen, sondern die nationalen Rechtsordnungen sich durch nationale gesetzgeberische Maßnahmen annähern zu lassen.<sup>34</sup> Weiter liegt es im Wesen der Rechtsangleichung nach Art. 95 EGV, „reaktiver“ Natur zu sein.<sup>35</sup> Sie beseitigt Hindernisse, die sich gerade durch die unterschiedlichen Rechtsordnungen begründen. Es ist somit noch nicht vor dem so genannten „Subsidiaritätstest“ feststellbar, ob nicht durch die nationalen Gesetzgeber eine Lösung besser erreichbar ist als durch eine Gemeinschaftsaktion. Ein Verständnis von Art. 95 EGV als ausschließliche Kompetenz ließe in der Realität den Art. 5 II EGV für weite Bereiche der gemeinschaftsweiten Rechtsetzungstätigkeit leer laufen. Der EuGH hat sich implizit im Urteil zur Biopatentrichtlinie dieser Position angeschlossen, da er die strittige Richtlinie, die auf der Grundlage von Art. 95 EGV erlassen worden ist, am Maßstab des Art. 5 II EGV prüft.<sup>36</sup> Dieser Schritt wäre überflüssig, wenn es sich bei Art. 95 EGV um eine ausschließliche Kompetenz handeln würde. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei einer Ermächtigung der Gemeinschaft zur Vornahme von erforderlichen Maßnahmen zur Erreichung eines Ziels immer um eine parallele oder konkurrierende Kompetenz, da die Prüfung der Erforderlichkeit einer Gemeinschaftsmaßnahme immer eine Abwägung zwischen den Zielen und den nationalen Rechtsordnungen verlangt, wohingegen eine ausschließliche Kompetenz *qua definitionem* die mitgliedstaatlichen Regelungen nicht mehr berücksichtigen muss.

Die Frage, inwieweit eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit durch die Setzung von Sekundärrecht begründet werden kann, kann in dem Rahmen dieser Abhandlung ausgelassen werden, da eine mögliche Rechtsetzung im Familien- und Erbrecht nicht als Weiterentwicklung gel-

---

33 Vgl. beispielsweise *Müller-Graff* (Fn. 23), S. 68 ff.

34 Gleiche Argumentation wie hier bei: *Calliess*, Nach dem „Tabakwerbe-Urteil“ des EuGH: Binnenmarkt und gemeinschaftliche Kompetenzverfassung im neuen Licht, *Jura* 2001, S. 311, 317; und *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft – das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie, *EWS* 2001, S. 12, 16.

35 Wie unten in Abschnitt III. 2. c) aa) näher erläutert.

36 *EuGH*, Rs. C-377/98, *Niederlande/EP und Rat* („Biopatentrichtlinie“), *Slg.* (2001), S. I-7079, Rn. 30 ff. = *EuZW* 2001, 691.

tenden Sekundärgemeinschaftsrechts angesehen werden kann. Somit lässt sich im Ergebnis sagen, dass ohne Vorwegnahme der folgenden Untersuchungen über die Anwendung der europarechtlichen Prinzipien im Familien- und Erbrecht eine mögliche Kompetenzzuweisung in keinem Fall eine ausschließliche Zuständigkeit begründen kann, und somit das Subsidiaritätsprinzip als Ausdruck der Erforderlichkeit zur Anwendung kommen wird.

#### b) Der Prüfungsmaßstab des Art. 5 II EGV

Der Prüfungsmaßstab des Art. 5 II EGV verlangt für ein Tätigwerden der Gemeinschaft, dass das Ziel einer anvisierten Maßnahme nicht ausreichend auf der Ebene der Mitgliedstaaten (Negativkriterium) und daher wegen Umfang und Wirkung besser auf der Gemeinschaftsebene (Positivkriterium) erreicht werden kann. Die Gemeinschaft darf folglich nicht handeln, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme von den Mitgliedstaaten ausreichend oder mindestens genauso gut erreicht werden können.<sup>37</sup> Maßgeblich für die praktische Anwendung des Subsidiaritätsprinzips ist das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrags.<sup>38</sup> Die Schwierigkeit liegt in der Anwendung des tätigkeitsbezogenen Subsidiaritätsprinzips auf die zielbezogenen Zuständigkeitsregeln des EGV und darin, beide Begrifflichkeiten in Deckung zu bringen.<sup>39</sup>

##### aa) Das Negativkriterium<sup>40</sup>

Das Negativkriterium beleuchtet die Seite der Mitgliedstaaten. Hier muss festgestellt werden, dass die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können. Gemäß dem so genannten Effizienztest der Kommission<sup>41</sup> wird die Frage gestellt, ob den Mitgliedstaaten die tatsächlichen und finanziellen Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung stehen.

##### bb) Das Positivkriterium

Das Positivkriterium betrachtet nun die Gemeinschaftsebene. Hier muss abgewogen werden zwischen dem zur Verwirklichung der Ziele in den

37 Vgl. *v. Bogdandy/Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Stand: 2002, Art. 3b, Rn. 31, 33.

38 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1997, C 340/105.

39 Vgl. *Pipkorn*, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union – rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, *EuZW* 1992, S. 699.

40 Begriff nach *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, Diss. Saarbrücken 1995, 2. Auflage (1999), S. 104.

41 Vgl. Mitteilung der *Kommission*, SEK (92) 1990 endg.

Artt. 2, 3 und 4 EGV geplanten Gemeinschaftshandeln und dem grenzüberschreitenden Charakter eines Problems einschließlich den Folgen eines möglichen Nichthandelns der Gemeinschaft. Bei dieser Abwägung sind vor allem die Leitlinien des Subsidiaritätsprotokolls zu beachten. Die Prüfungsleitlinien in Punkt Nr. 5 legen die folgenden Kriterien fest:

- Es müssen transnationale Maßnahmen vorliegen, die von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können,
- alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen kämen einem Verstoß gegen die Anforderungen des Vertrages gleich,
- durch ein Gemeinschaftshandeln müssen deutliche Vorteile zugunsten der Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene entstehen.

### 3. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gemäß Art. 5 III EGV

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ergänzt das Subsidiaritätsprinzip als zusätzliche Kompetenzausübungsregel. Es behandelt die Frage nach Art und Umfang der Gemeinschaftsmaßnahme und ist der Maßstab für die Regelungsintensität.<sup>42</sup> Das für das Verhältnismäßigkeitsprinzip ebenfalls anzuwendende Subsidiaritätsprotokoll bringt eine Art „Mittelhierarchie“<sup>43</sup> dahingehend zum Ausdruck, dass nach dem „Prinzip des schonendsten Ausgleichs“ das die Kompetenzen der Mitgliedstaaten am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen ist, das für das Erreichen der gesetzten Ziele noch ausreicht.<sup>44</sup> Dies betrifft einerseits die Bindungswirkung und andererseits die Regelungsdichte.

Punkt Nr. 7 des Subsidiaritätsprotokolls verpflichtet die Gemeinschaftsorgane bei Art und Umfang des Handelns zum Respekt der nationalen Rechtsordnungen. Unter Einhaltung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sollen hiernach bewährte nationale Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten geachtet werden. Im Rahmen dieser abschließenden Güterabwägung ist der Aspekt der Bürgernähe zu berücksichtigen. Abstriche bei der Verwirklichung von Vertragszielen sind insoweit hinzunehmen, als örtliche, regionale oder nationale Eigentümlichkeiten betroffen sind.<sup>45</sup>

---

42 Vgl. *Langguth* in: Lenz, 3. Auflage (2003), Art. 5, Rn. 30.

43 Vgl. begrifflich *Calliess* in: Calliess/Ruffert, 2. Auflage (2002), Art. 5, Rn. 51.

44 Vgl. *Streinz* in: Streinz, Art. 5, Rn. 51.

45 Vgl. *Boeck* (Fn. 17), S. 42.; *Pipkorn* (Fn. 37), S. 700.

#### 4. Schlussfolgerung

Aus den europarechtlichen Grundlagen lässt sich nun das folgende Prüfungsraster entwickeln, anhand dessen die Vorschriften des Familien- und Erbrechts gemessen werden müssen, um eine Rechtsetzungskompetenz zu finden:

1. Es gilt aufgrund der funktionalen Natur der europarechtlichen Rechtsetzungskompetenzen eines oder mehrere der im Vertrag festgeschriebenen Ziele zu finden, die der Gemeinschaft einen Handlungsbedarf im Familien- und Erbrecht geben könnten.
2. Die den identifizierten Zielen zugehörigen Rechtsetzungskompetenzen müssen gesucht und auf ihre Tauglichkeit geprüft werden. Dies können
  - a) ausdrückliche Kompetenzzuweisungen,
  - b) „implied powers“ im Anschluss an eine möglicherweise unzureichende ausdrückliche Kompetenzzuweisung,
  - c) Maßnahmen im Rahmen der Generalermächtigung des Art. 308 EGV, oder
  - d) ein völkerrechtlicher Vertrag mit Wirkung innerhalb der EG auf Grundlage von Art. 293 EGV sein.
3. Eine Erforderlichkeit einer Gemeinschaftsmaßnahme auf Basis der gefundenen Rechtsetzungskompetenz verleiht dieser den Charakter einer parallelen oder konkurrierenden Kompetenz. An die Erforderlichkeit wird daher der Prüfungsmaßstab des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 II EGV angelegt.
4. Danach muss die familien- oder erbrechtliche Vorschrift ein Hindernis begründen, dass die Wirkung der Vertragsziele hemmt, d. h. u. a. grenzüberschreitender Natur sein.
5. Die Mitgliedstaaten dürfen weiter nicht in der Lage sein, das identifizierte Hindernis mit nationalstaatlichen Mitteln lösen zu können.
6. Die Gemeinschaft muss das identifizierte Hindernis durch die Auswahl des schonendsten Mittels unter Berücksichtigung des legislatorischen Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten und den bewährten nationalen Regelungen deutlich besser lösen können.

### III. Die Rechtsetzungskompetenzen im Familien- und Erbrecht

#### 1. Die jüngsten Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtsetzung

##### a) Der politische Wille zur Rechtsangleichung

In der aktuellen Debatte um die Schaffung eines europäischen Zivilgesetzbuchs wird gegen Angleichungsüberlegungen im Familien- und Erbrecht vielfach ins Feld geführt, es gäbe keinerlei Kompetenz für die Gemeinschaft. Die Politik ist hier jedoch schon einen Schritt weiter. Der Rat hat eindeutig den Willen kundgetan, Überlegungen über eine Angleichung insbesondere im Familienrecht anzustellen. In den Beschlüssen der belgischen Ratspräsidentschaft anlässlich des Europäischen Rates von Laeken am 14./15. Dezember 2001 wird geschrieben, dass die Anstrengungen zur Überwindung der Probleme, die durch die unterschiedlichen Rechtsordnungen bedingt sind, fortzusetzen seien. Insbesondere wird die „Harmonisierung im Bereich des Familienrechts“ hervorgehoben.<sup>46</sup>

Das Europäische Parlament hat bereits einige Entschlüsse zum Familienrecht getroffen.<sup>47</sup> Beispielfhaft sei die Entschlüsselung zum Schutz der Familie und familienähnlichen Formen des Zusammenlebens zum Abschluss des Internationalen Jahrs der Familie vom 14. Dezember 1994 genannt.<sup>48</sup> Hier erklärt das Parlament, dass gemäß dem Subsidiaritätsprinzip in erster Linie die Mitgliedstaaten für die Familie zuständig seien, erwähnt aber im gleichen Atemzug unter Punkt H., dass es zur Durchsetzung der im EGV garantierten Freizügigkeit und der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes erforderlich sei, auch auf europäischer Ebene Aspekte des Familienrechts einzubeziehen, die die Niederlassungsfreiheit behindern könnten. Das Parlament dringt darauf, dass konsequenterweise das Familienrecht auf nationaler und europäischer Ebene an die Veränderungen anzupassen sei, die sich hinsichtlich der Funktion und der Struktur der modernen Familie ergeben haben.

---

46 Schlussfolgerungen des Vorsitxes des *Europäischen Rates* (Laeken), SN 300/1/01, Nr. 45.

47 Bspw. Entschlüsselung des *Europäischen Parlaments* vom 9. Juni 1983 zur Familienpolitik in der Gemeinschaft, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1983, C 184/116.

48 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1995, C 18/69.

## b) Die Rechtsprechung der EuGH

Der EuGH sichert gemäß Art. 220 EGV das Recht bei Auslegung und Anwendung des Vertrages. Im Rahmen des Aufenthaltsrechts fällte der Gerichtshof in den Jahren 2002 und 2003 zwei interessante Urteile, deren Ergebnisse neuen Schwung in die europarechtliche Debatte um eine Rechtssetzungskompetenz für das Familien- und Erbrecht bringen können.<sup>49</sup>

aa) Rs. C-60/00, *Carpenter/Secretary of State for the Home Department*<sup>50</sup>

Im Fall „Carpenter“ lag dem EuGH die Ausweisung einer Philippinin aus Großbritannien vor. Die Philippinin ist mit einem britischen Staatsbürger verheiratet und kümmert sich um die Erziehung seiner Kinder aus erster Ehe und führt den Haushalt. Herr Carpenter ist selbstständiger Unternehmer und bietet seine Dienstleistungen europaweit an, was mit einem hohen Reiseaufwand verbunden ist. Er kommt somit in den Genuss der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV. Der EuGH erklärt nun, dass der „Schutz des Familienlebens der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu gewährleisten [ist], um die Hindernisse für die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu beseitigen“.<sup>51</sup> Für ihn steht daher fest, dass „die Trennung der Eheleute Carpenter sich nachteilig auf ihr Familienleben und damit auf die Bedingungen auswirken würde, unter denen Herr Carpenter eine Grundfreiheit wahrnimmt. Diese Freiheit könnte nämlich ihre volle Wirkung nicht entfalten, wenn Herr Carpenter von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten würde, die in seinem Herkunftsland für die Einreise und den Aufenthalt seines Ehegatten bestünden.“ Generalanwältin Stix-Hackl betont in ihren Schlussanträgen, dass sich hier der Schutz der Familie und die Achtung des Familienlebens aus Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ergibt, deren Grundsätze über Art. 6 II des Vertrages über die Europäische Union (EUV) Einzug in das Gemeinschaftsrecht gefunden haben.<sup>52</sup>

49 Vgl. auch *Reich/Harbacevica*, Citizenship and family on trial: A fairly optimistic overview of recent court with regard to free Movement of persons, CMLR 2003, S. 618, 625 f.

50 *EuGH*, Rs. C-60/00, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, Slg. (2002), S. I-6279.

51 *Ebd.*, Rn. 38; zur Kritik an diesem „paternalistischen“ Modell des EuGH: *Mager*, Anmerkung zu: *EuGH*, C-60/00, *Mary Carpenter*, JZ 2003, S. 204 f.

52 Schlussanträge der Generalanwältin *Stix-Hackl* vom 13. 9. 2001, Rs. C-60/00, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, Slg. (2002), S. I-6279, Rn. 81 ff.

bb) Rs. C-413/99, *Baumbast u. R/Secretary of State for the Home Department*<sup>53</sup>

Während im Fall „Carpenter“ Mary Carpenter ihr Aufenthaltsrecht aus dem Schutz und der Achtung des Familienlebens und der daraus ermöglichten Nutzung der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 39 EGV für ihren Mann ableitet, liegt in „Baumbast und R“ das gegenteilige Ergebnis vor. Der deutsche Staatsbürger Baumbast lebte berufsbedingt nicht mehr wie seine Kinder in Großbritannien. Seine kolumbianische Frau, sowie die US-amerikanische Staatsbürgerin R müssen als „Elternteil[e], [die] effektiv die Personensorge für ein Kind [ausüben]“ geschützt werden.<sup>54</sup> Noch deutlicher beschreibt dies Generalanwalt Geelhoed, wenn er sagt, dass das Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet der Freizügigkeit über zwei Gruppen von Regelungen verfügt: Vorschriften, die in direktem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit stehen, und Vorschriften, die die (abgeleiteten) Rechte von Familienangehörigen derjenigen bestimmen, die in den Genuss der erstgenannten Vorschriften kommen. Diese Regelungen gingen jedoch von einem Familienbild der 60er Jahre aus.<sup>55</sup> Generalanwalt Geelhoed kritisiert, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber seither die veränderten Arbeits- und Familiensituationen im Rahmen der Freizügigkeit nicht bedacht habe und die Rechtslage somit „nicht mehr den Anforderungen unserer Zeit genügt – sie ist mit anderen Worten rückständig“.<sup>56</sup> Noch bemerkenswerter werden seine Ausführungen, wenn er Ehe und „andere Beziehungen hinreichender Dauer“ über Art. 8 EMRK und Art. 7 EU-Grundrechtscharta gleichstellt und wie in „Carpenter“ die Achtung des daraus entstehenden Familienlebens zu einem gemeinschaftsrechtlichen Prinzip erhebt.<sup>57</sup> Hieraus entwickelt er dann aus einer Kombination von Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EGV (die Kinder von Baumbast sind in Großbritannien eingeschult worden, als er dort Arbeitnehmer war) und der Unionsbürgerschaft aus Art. 18 EGV vor dem Hintergrund des Schutzes und der Achtung der Familie ein Aufenthaltsrecht für Baumbast in Großbritannien. Der EuGH schloss sich diesen Ausführungen an und führte den Begriff der „die Personensorge tatsächlich wahrnehmenden Person“ anstelle des Begriffes „Eheleute“ ein, so dass aus der Fürsorge für die Kinder auch geschiedene Elternteile Rechte aus dem Vertrag genießen können.

---

53 *EuGH*, Rs. C-413/99, *Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department*, Slg. (2002), S. I-7091.

54 *Ebd.*, Rn. 73.

55 Schlussanträge des Generalanwalts *Geelhoed*, Rs. C-413/99, *Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department*, Slg. (2002), S. I-7091.

56 *Ebd.*, Rn. 87.

57 *Ebd.*, Rn. 59.

Aus der Zusammenschau der beiden Urteile ergibt sich, dass der Schutz der Familie und die Achtung des Familienlebens zu einem immer wichtigeren Leitmotiv für den EuGH werden. Auch wenn der EuGH dieses Leitmotiv in Fällen zum Aufenthaltsrecht verwandt hat, zeigt die jüngste Entwicklung deutlich, dass die Ausübung der vertraglichen Grundfreiheiten nur über ein funktionierendes Familienleben garantiert ist. Interessant hierbei ist auch, dass erstmalig im Fall „Baumbast und R“ die direkte Anwendbarkeit der Unionsbürgerschaft aus Art. 18 EGV begründet wurde. Im Gegensatz zum Fall „Carpenter“ bemüht sich der EuGH nicht einmal mehr, einen Zusammenhang zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten zu konstruieren, sondern hebt Art. 18 EGV endgültig in den Rang einer Grundfreiheit.

- c) Die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten<sup>58</sup>

Am 29. April 2004 beschlossen der Rat und das Europäische Parlament eine Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Diese Richtlinie nähert sich der Position des Generalanwalts Geelhoed in der Rechtssache „Baumbast und R“ an und hat aus einer Kombination des Grundsatzes der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 39 EGV und der Unionsbürgerschaft aus Art. 18 EGV die Stärkung der Rechte der Familie zum Ziel.<sup>59</sup> Sie ergänzt dies später um all jene Grundfreiheiten des Vertrages, die eine Personenfreizügigkeit innerhalb der EU bedingen. Die Richtlinie stützt sich demnach auf einen Reigen an Rechtsetzungskompetenzen: Art. 12 II EGV (Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit), Art. 18 II EGV (Unionsbürgerschaft), Art. 40 EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art. 44 EGV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 52 (Dienstleistungsfreiheit).

## 2. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung und das Familien- und Erbrecht

Die Rechtsprechung des EuGH hat durch die Theorie der „abgeleiteten Rechte von Familienangehörigen“ den Zusammenhang zwischen dem Familienrecht und den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EGV hergestellt. Die Schlüsselaussage ist das im Recht des Herkunftslandes begründete

---

58 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft 2004, L 158/77.

59 Vgl. Entwurf der *Kommission*, KOM(2001) 257 endg., Begründungserwägungen 1.1, 1.3, 2.4.



te Hindernis zur Ausübung der durch die Grundfreiheiten garantierten Rechte des EGV.<sup>60</sup> In den genannten Fällen war dies im Aufenthaltsrecht des Partners zu finden. Kern des Hindernisses war jedoch nicht das Aufenthaltsrecht, sondern der durch Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 6 II EUV zu garantierende Schutz der Familie, die durch eine Ausweisung des Partners bedroht wäre. Somit eröffnet der EuGH die Möglichkeit, familien- und erbrechtliche Regelungen, die ein Hindernis für die volle Wirkung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten darstellen könnten, mit Hilfe der Kompetenzzuweisungen im Rahmen der Verwirklichung dieser Grundfreiheiten zu harmonisieren.<sup>61</sup>

Daher gilt es im Folgenden, das Familien- und Erbrecht an den Kompetenzzuweisungen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Artt. 40, 44 I, 52 I EGV) zu prüfen. Diese gehen auf Grund ihrer Spezialität der rechtsangleichenden Generalklausel für den Binnenmarkt<sup>62</sup> des Art. 95 EGV und dieser der allgemeinen Generalklausel des Art. 94 EGV voraus.

Die oben genannten Forderungen der Politik sehen Regelungen im Rahmen des Familienrechts eher im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verortet. Es gilt daher in einem ersten Schritt den Unterschied zwischen diesem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und dem Binnenmarkt darzulegen, um anschließend die Kompetenzzuweisungen des Titels IV (Art. 65 EGV) zu prüfen.

In der Rechtssache „Baumbast“ hat der EuGH erstmals die direkte Anwendbarkeit des Art. 18 EGV für die Personenfreizügigkeit erklärt, ohne dass diese wirtschaftlich motiviert sein muss. Daher könnte die Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaft im Rahmen der Unionsbürgerschaft (Art. 18 II EGV) bei all jenen Bereichen des Familien- und Erbrechts einschlägig sein, deren Marktrelevanz nur schwer und unglaubwürdig konstruierbar ist.

Aus den europarechtlichen Grundlagen ergibt sich schlussendlich, dass das Familien- und Erbrecht noch an der subsidiären Kompetenzzuweisung des Art. 308 EGV und an der Möglichkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Rahmen der EU gemäß Art. 293 EGV gemessen werden muss.

---

60 *EuGH*, Rs. C-60/00, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, Slg. (2002), S. I-6279, Rn. 39.

61 Vgl. *Dethloff*, *Arguments for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, in: Boele-Woelki (Hrsg.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, 2003, S. 37, 56 ff.

62 Vgl. begrifflich *Röttinger* in: Lenz, 3. Auflage (2003), Art. 95, Rn. 3.

## a) Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten:

Art. 40 EGV, 44 I, 52 I EGV

Art. 40 EGV ermächtigt den Rat nach Maßgabe des Art. 251 EGV, Richtlinien oder Verordnungen zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beschließen. Art. 44 I ermächtigt ihn zum Beschluss von Richtlinien zur Herstellung der Niederlassungsfreiheit und Art. 52 I EGV zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit. Diese Kompetenzzuweisungen dienen der direkten Verwirklichung der genannten Freiheiten. Konkret bedeutet dies, dass die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten angeglichen werden dürfen für den Fall, dass diese den Zugang zu einer Arbeitsstelle und den Aufenthalt in dem Mitgliedstaat der Arbeitsstelle behindern. Oder für den Fall, dass diese Vorschrift, das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, behindert oder ein Hemmnis darstellt, ihre Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat anzubieten.

Das „Carpenter“-Urteil sieht durch eine mögliche Störung des Familienlebens die Dienstleistungsfreiheit des Freiheitsträgers gefährdet. Nach der „Baumbast“-Rechtsprechung kann die „die Personensorge tatsächlich wahrnehmende Person“ in einem Mitgliedstaat auch dann die durch den EGV garantierten Grundfreiheiten in Anspruch nehmen, wenn kein Arbeitsvertrag für das Territorium des entsprechenden Mitgliedstaates vorliegt, der tatsächliche Arbeitsplatz sich nicht in diesem befindet und die Person auch über keine entsprechende Staatsbürgerschaft verfügt. Die Grundfreiheiten sind also nicht direkt einschlägig, wirken aber dennoch. Daher stellt sich die Frage, ob durch die vom EuGH entwickelte Theorie der von den Grundfreiheiten abgeleiteten Rechte von Familienangehörigen die Rechtsetzungskompetenzen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten im Sinne der „implied powers“ als Kompetenzzuweisungen kraft Sachzusammenhangs für das Familien- und Erbrecht ausgelegt werden könnten.

Für das materielle Familienrecht dürfte dies jedoch zu verneinen sein. Das Heranziehen aller Kompetenzgrundlagen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten für die rechtliche Begründung der Richtlinie 2004/38/EG über die Rechte der Familienangehörigen weist in diese Richtung. Mit ihrem Inkraft-Treten führt diese Richtlinie nun zu dem Ergebnis, dass die Theorie der abgeleiteten Rechte für Familienangehörige hinfällig wird. Von nun an besitzen die Familienangehörigen nämlich Rechte aus sekundärem Gemeinschaftsrecht.

- aa) Niederlassungsfreiheit: EuGH, Rs. 168/91,  
*Christos [Xrestos] Konstantinidis*<sup>63</sup>

In der Entscheidung „Konstantinidis“ hat der EuGH entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EGV verletzt wird, wenn das nationale Recht (in diesem Fall das deutsche Recht) Transliterationsnormen vorschreibt, die einen griechischen Staatsbürger dazu verpflichten, seinen Namen mit einer Schreibweise in die Zivilstandsurkunden eintragen zu lassen, die die Aussprache verfälscht und ihm somit Nachteile bei der Ausübung seines Berufes bringt. Der Gerichtshof begründet dies mit der Gefahr einer Personenverwechslung des Betroffenen bei seinen Kunden. In der Konsequenz erhält die Gemeinschaft hiermit eine Rechtsetzungskompetenz gemäß Art. 47 II EGV für die Regelung von Transliterationen von Eigennamen, einem Teilbereich des Personenstandsrechts.<sup>64</sup>

- bb) Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH, Rs. C-336/94,  
*Dafeki/Landesversicherungsanstalt Baden-Württemberg*<sup>65</sup>

Im Fall „Dafeki“ beantragte eine griechische Staatsbürgerin bei der LVA das ihr ab der Vollendung des 60. Lebensjahres zustehende vorgezogene Altersgeld. Die deutsche Behörde verweigerte dies mit dem Hinweis auf das in einer griechischen Personenstandsurkunde nachträglich nach hinten datierte Geburtsdatum der Griechin. Die Behörde erkannte diese somit nicht an und unterlegte sie der nach deutschem Recht üblichen freien Beweiswürdigung für ausländische Urkunden. Der EuGH entschied, dass diese Praxis der Überprüfung ausländischer Personenstandsurkunden (die bei deutschen nicht vorgenommen wird) gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 39 EGV verstoße. Diese verpflichtet somit die Behörden und Gerichte eines Mitgliedstaates, von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellte Personenstandsurkunden zu beachten, sofern ihre Richtigkeit nicht durch ernstliche einzelfallbezogene Anhaltspunkte in Frage gestellt ist. Die Personenstandsurkunde aus dem Fall „Dafeki“ hingegen ist weniger eine Frage des materiellen Rechts, denn der Anerkennung mitgliedstaatlicher Urkunden. Wichtig hierbei ist jedoch festzustellen, dass eine Harmonisierung des Personenstandsrechts auch im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit begründet werden könnte.

---

63 EuGH, Rs. 168/91, Christos Konstantinidis/Stadt Altensteig, Slg. (1993), S. I-1191.

64 So Basedow, Konstantinidis v. Bangemann, ZEuP 1994, S. 197.

65 EuGH, Rs. C-336/94, Dafeki/Landesversicherungsanstalt Baden-Württemberg, Slg. (1997), S. I-6761.

cc) Dienstleistungsfreiheit: EuGH, Rs. C-20/92,  
*Anthony Hubbard/Peter Hamburger*<sup>66</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH hat hinsichtlich des Zusammenhangs von den Grundfreiheiten mit dem Erbrecht nur eine Entscheidung im Falle „Hubbard“ getroffen. Hierbei ging es in erster Linie um den Verstoß der von einem englischen *sollicitor* in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker in Deutschland verlangten *cautio indicatum solvi* (die Zahlung einer Prozesskostensicherheit) gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Artt. 49 und 50 EGV. Der Gerichtshof führt weiter aus, und dies ist der interessante Punkt, dass die Geltung des Gemeinschaftsrechts und die durch sie garantierte Durchsetzung der Grundfreiheiten nicht durch ein Gebiet des innerstaatlichen Rechts begrenzt werden kann. Also auch nicht durch das Erbrecht. Retorsionsrechte oder nachlasssteuerrechtliche Diskriminierungen stünden somit einer Rechtsangleichung offen.<sup>67</sup> Das Erbrecht ist grundsätzlich nicht für Gemeinschaftsaktionen ausgeschlossen.

dd) Ergebnis

Ergebnis der vorliegenden Ausführungen ist, dass das Familienrecht in einigen wenigen Teilbereichen des materiellen Personenstandsrechts, sofern sie den Zugang zu den Grundfreiheiten hemmen,<sup>68</sup> über die Rechtsetzungskompetenzen der Grundfreiheiten angeglichen werden könnte. Das Erbrecht oder Teilbereiche von diesem können nicht durch eine Kompetenz oder eine Kumulation dieser angeglichen werden. Eine Ausnahme könnten die Retorsionsrechte darstellen.

b) Die Rechtsangleichungsnormen für den Markt: Art. 94 und 95 EGV

Wenn die konkret auf die Verwirklichung der Grundfreiheiten abzielenden Rechtsetzungskompetenzen nicht anwendbar sind, kommen die Art. 94 und 95 EGV zum Tragen. Beide verlangen, dass die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes betroffen sein müssen. Unter dem „Gemeinsamen Markt“ ist die Summe aller Ziele aus den Artt. 2 bis 4 EGV, soweit sie wirtschaftsrelevant sind (Begriff des „Marktes“), zu verstehen.<sup>69</sup> Daher können Hindernisse, die sich aus

---

66 *EuGH*, Rs. C-20/92, Anthony Hubbard/Peter Hamburger, Slg. (1993), S. I-3777.

67 Vgl. *Pintens*, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, Teil 3, *FamRZ* 2003, S. 499, 502.

68 Vgl. *Fallon*, Droit familial et droit des Communautés européennes, *Revue trimestrielle du droit familial (RTDF)* 1998, S. 374 ff.

69 Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*, 2. Auflage (1999), S. 480; *Röttinger* in: *Lenz*, 3. Auflage (2003), Art. 94, Rn. 4.

dem Diskriminierungsgrundsatz aus Art. 13 EGV ergeben, nur dann gemäß Art. 94 EGV durch Vereinheitlichung abgeschafft werden, wenn sie marktrelevant sind.

#### aa) Das Binnenmarktkonzept und das Familien- und Erbrecht

Der Art. 95 EGV stellt auf den Begriff des Binnenmarktes ab. Nach Art. 14 II EGV ist der Binnenmarkt ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist“ und der sich gemäß Art. 3 I lit. c EGV durch die „Beseitigung der Hindernisse“ für den genannten Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten und folgerichtig für einen unverfälschten Wettbewerb auszeichnet. Da nun Art. 95 EGV die Errichtung und das Funktionieren dieses Binnenmarktes im Blickwinkel hat, müssen die Maßnahmen, die auf seiner Basis erlassen werden, also geeignet sein, Hindernisse zu beseitigen. Die Rechtsprechung des EuGH in dem bereits erwähnten „Tabakwerbeurteil“<sup>70</sup> präziserte, dass die getroffene Maßnahme eine Verbesserung des Binnenmarktes zum Zweck haben muss. Die einfache Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen sind nach Aussage des Gerichtshofs nicht ausreichend, um eine gerichtliche Kontrolle zu garantieren und somit auch nicht ausreichend für die Heranziehung von Art. 95 EGV. Die auf der Grundlage von Art. 95 beschlossene Maßnahme muss also die Vermeidung wahrscheinlicher Hindernisse der Ausübung der Grundfreiheiten bezwecken oder eine spürbare Wettbewerbsverzerrung beseitigen wollen.<sup>71</sup>

Festzustellen ist zu Beginn, dass wohl ein Großteil des Familien- und Erbrechts nicht marktrelevant ist.<sup>72</sup>

#### bb) Das Güterstandsrecht

Das gesetzliche Güterstandsrecht lässt sich im europäischen Vergleich grob in zwei Systeme unterteilen.<sup>73</sup> Die Staaten des romanischen Rechtskreises folgen dem französischen Beispiel und kennen eine beschränkte Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand. Das deutsche Recht hat sich für die

70 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Kommission, Slg. (2000), S. I-8419.

71 *Ebd.*, Rn. 86, 106.

72 Vgl. *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), S. 445, 475 f.

73 Vgl. hierzu die Untersuchung von *Henrich/Schwab*, Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999.

Gütertrennung in Verbindung mit einer Zugewinnngemeinschaft, einer Verrechnungsklausel oder einem von der Rechtsprechung anerkannten Verrechnungsanspruch entschieden. Diesem Beispiel sind u. a. Griechenland, Österreich und manche skandinavische Rechtssysteme gefolgt. Die Verwaltung der Gütergemeinschaft *à la française* kann zu einigen Problemen führen, wenn sich hier die Partner bei der Verwaltung des Gesamtguts blockieren und somit beispielsweise ein deutscher Unternehmer nicht fest mit einer Investition rechnen könnte. Auf der Gegenseite führt auch das Verrechnungssystem im deutschen Recht zu der Situation, dass die Vermögenslage nach einer Scheidung unsicher erscheint. Im englischen Recht liegt kein gesetzliches Güterstandsrecht vor. Hier liegt es in der Verantwortung der Eheleute, ihre Vermögensverhältnisse zu regeln. Im Jahre 1970 hat der Gesetzgeber dem Richter die Möglichkeit eröffnet, bei einer Scheidung die Eigentumsverhältnisse zu ändern.<sup>74</sup> Wenn nun ein Ehegatte zahlreiche grenzüberschreitende Geschäfte tätigt, könnte dies zu einem großen Chaos in der Verwaltung des ehelichen Vermögens und in der Frage, welcher Ehepartner wofür in welchem Maße zu haften hätte, führen.<sup>75</sup> Diese verschiedenen Güterstandsrechte könnten somit Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes haben.

### cc) Das Erbrecht

Die steigende Mobilität der EU-Bürger, die Neigung, einen Alterswohnsitz beispielsweise in Italien oder Südfrankreich zu wählen, die Tatsache, dass sehr viele EU-Bürger über Immobilienbesitz in anderen EU-Staaten verfügen, beweist, dass es eine Relevanz des Erbrechts grenzüberschreitender Art in der EU gibt. Viele Probleme in diesem Rahmen stellen sich in den unterschiedlichen Anknüpfungsregeln in den diversen nationalen IPR-Bestimmungen, beispielsweise in der Trennung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen (z. B. ein Auto in Deutschland und eine Immobilie in Spanien).

Der Übergang des Nachlasses an die Erben ist in den diversen Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. So geht er in Frankreich direkt nach dem Tode in die Hände der Lebenden über. Es wird keinerlei Annahmeerklärung benötigt. Im französischen Recht tritt bei einer Mehrzahl von Erben die kollektive Erbengemeinschaft das Erbe an, sollte das Testament nicht etwas anderes vorgesehen haben. Entscheidungen müssen kollektiv getroffen oder ein Anteil der Erbengemeinschaft ausbezahlt werden. Öster-

---

74 Vgl. *Martiny*, Is Unification of Family Law feasible or Even Desirable, in: Hartkamp et al., *Towards a European Civil Code*, 2. Auflage (1998), S. 151, 175 f.

75 *Ebd.*, a. a. O.

reich kennt zwar auch den direkten Übergang des Nachlasses, verlangt aber eine ausdrückliche Annahmeerklärung. In England geht der Nachlass zuerst in die Hände eines Repräsentanten über, der diesen dann an die Erben verteilt.

Weiter sind die Vorschriften zum Ehegattenerbrecht, zum Erbrecht des überlebenden Partners, die Vorschriften des Nichteheleichererbrechts, des Notererbrechts und die zum Pflichtteil der Kinder in den Mitgliedstaaten so unterschiedlich, dass ihre Analyse den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.<sup>76</sup>

Es wird allerdings schwierig, neben den genannten grenzüberschreitenden Bezügen die Marktrelevanz festzustellen, denn mit dem Austausch von Waren und Dienstleistungen befasst sich das Erbrecht eher weniger, wenngleich ihm auch die wirtschaftliche Relevanz nicht abzuspochen ist.<sup>77</sup> Denkbar wäre ein Bezug zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht herzustellen, was die Regeln zur Vererbung derselbigen betrifft.<sup>78</sup>

c) Die Kompetenz für das Internationale Familien- und Erbrecht:  
Art. 65 EGV

Der Ausschuss für Zivilrecht des Rates der Europäischen Union hat sich in einem „Bericht über die Notwendigkeit einer Angleichung zivilrechtlicher Vorschriften der Mitgliedstaaten“ vom 29. Oktober 2001 intensiv mit dem Familienrecht befasst.<sup>79</sup> Hier weist er darauf hin, dass die Erwägungen wirtschaftlicher Art, die insbesondere für das Vertragsrecht gälten, nicht in gleicher Weise für das Familien- und Erbrecht angeführt werden könnten. Jedoch ergäbe sich aus dem Grundsatz der Freizügigkeit und dem Willen, einen echten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen, der Rahmen, in dem Maßnahmen im Familien- und Erbrecht angedacht werden könnten.<sup>80</sup> Der Rat erkennt, dass es in der heutigen Gesellschaft in immer stärkerem Maße zu Wohnortswechseln innerhalb der Gemeinschaft

---

76 Es sei hier auf die Abhandlung von *Pintens*, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, Teil 2, FamRZ 2003, S. 417–425; und die Studie des *Deutschen Notarinstituts*, Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne, für die Kommission verwiesen.

77 Vgl. *Tillmann*, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: Oppenhoff – FS, 1985, S. 495, 503; *Leipold*, Europa und das Erbrecht, in: Söllner – FS, 2000, S. 647, 652.

78 Vgl. *Pintens* (Fn. 65), S. 502, Fn. 239.

79 *Rat der Europäischen Union*, Ratsdokument 13 017/01 vom 29. Oktober 2001.

80 *Ebd.*, Rn. 3.

käme und dies auch ein Ausdruck der „fortschreitenden Entwicklung des Binnenmarktes“ sei. Somit müsse zu prüfen sein, welche Hindernisse sich aus der Unterschiedlichkeit der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften im Familienrecht ergeben, die dem Grundsatz der Freizügigkeit gegebenenfalls entgegenstehen.<sup>81</sup> Er weist hierbei darauf hin, dass im Falle von Harmonisierungsmaßnahmen im Blick auf die Artt. 61 ff. EGV des Titels IV für „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ über die Eignung des institutionellen Rahmens nachzudenken sei.

In Art. 61 EGV spricht der Vertrag von einem schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für den Erlass von Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und verweist in lit. c auf Art. 65 EGV. Die Formulierungen des Art. 65 EGV lassen jedoch derzeit keinen Spielraum für eine Vereinheitlichung des materiellen Familien- und Erbrechts.<sup>82</sup> Art. 65 EGV dient eher der Vereinheitlichung des Internationalen Familien- und Erbrechts.<sup>83</sup> In diesem Rechtsbereich wurde Art. 65 EGV bereits für den Erlass der Verordnung 1347/2000 über die Zuständigkeiten und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten („Brüssel II“)<sup>84</sup> genutzt.

*Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und das Familien- und Erbrecht:* Beachtenswert ist, dass die Brüssel II-VO auf Basis eines Artikels beschlossen wurde, der seinen Anwendungsbereich auf Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind, beschränkt. Im vorangegangenen Kapitel wurde festgestellt, dass eine Marktrelevanz im Sinne der Art. 94 und 95 EGV für das Familien- und Erbrecht nur schwierig konstruierbar ist. Wenn nun also eine künftige Rechtsetzungskompetenz für das materielle Familien- und Erbrecht im Rahmen des Aufbaus eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu verankern wäre (wie dies der Ausschuss für Zivilrecht angedeutet hat), stellt sich die Frage nach der Relevanz des Binnenmarkterfordernisses in Art. 65 EGV.

Die strengen Vorgaben, die der EuGH im „Tabakwerbe“-Urteil für den

---

81 *Ebd.*, Rn. 19.

82 Vgl. *Basedow* (Fn. 70), S. 477.

83 Vgl. zu dieser Problematik weiterführend: *Wagner*, EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen, *RabelsZ* 2004, S. 119.

84 Verordnung 1347/2000, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft 2000, L 160/19 vom 30. 6. 2000.



Art. 95 EGV aufgestellt hat<sup>85</sup>, lassen sich schematisch nicht auf Art. 65 EGV übertragen.<sup>86</sup> Im einen Falle (der des Art. 95 EGV) eröffnet erst ein Hindernis für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes die Harmonisierungskompetenz, im anderen Falle schränkt die Erforderlichkeit des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes die Ausübung der Harmonisierungskompetenz für Maßnahmen der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ein. Maßnahmen, die auf Art. 65 EGV beruhen, ermöglichen eine „aktive Rechtsangleichung“<sup>87</sup>, d. h. eben nicht nur den Abbau von existierenden Hemmnissen wie bei Maßnahmen unter Heranziehung von Art. 95 EGV – die so genannten „reaktive“ Rechtsangleichung<sup>88</sup>, sondern positiv die Schaffung eigenständigen Rechts im europäischen Justizraum.

Der somit „gelockerte“ Binnenmarktbezug<sup>89</sup> führt dazu, dass Art. 65 EGV im Verhältnis zu den Artt. 94 f. EGV in einem Komplementärverhältnis steht und über diese Rechtsangleichungskompetenz hinausgeht. Diesen Artikel als Kompetenznorm mit bloßer Ergänzungsfunktion zu verstehen, würde seine Bedeutung leer laufen lassen, da er dann faktisch nur für die Bestimmungen gälte, die Art. 95 II EGV vom Anwendungsbereich des Absatzes 1 ausschließt. Es wäre dann auch fraglich, warum Art. 65 EGV im Rahmen des Aufbaus eines Raumes der Freiheit, Sicherheit und des Rechts verankert ist. Die Natur des Art. 65 EGV hat somit zur Folge, dass für die Eröffnung seines Anwendungsbereiches bereits eine mittelbar binnenmarktfördernde Wirkung des Rechtsakts genügt.<sup>90</sup>

Darüber hinaus begründet der Gemeinschaftsgesetzgeber in Erwägungsgrund Nr. 4 zur Brüssel-II-VO, dass die festgestellten Unterschiede sowohl den freien Personenverkehr als auch den Binnenmarkt betreffen (hierbei gilt es vor allem zu beachten, dass die Personenfreizügigkeit, die Art. 14 II EGV in den Rahmen des Binnenmarktes stellt, marktrelevant sein muss.

---

85 Siehe dazu oben Abschnitt III. 2. b) aa).

86 So auch *Leible/Staudinger*, Art. 65 EGV im System der EG-Kompetenzen, *The European Legal Forum (EuLF [D])* 2000/2001, S. 225, 230.

87 *Heß*, Strukturfragen der europäischen Prozessrechtsangleichung, dargestellt am Beispiel des Europäischen Mahn- und Inkassoverfahrens, in: *Geimer – FS*, 2002, S. 339, 359.

88 Die Begriffe „aktive“ und „reaktive“ Rechtsangleichung wurden entwickelt von *Steindorff*, *Quo vadis Europa?*, in: *Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaft und der Marktwirtschaft*, 1992, *FIW Schriftenreihe*, Heft 148, S. 11, 24; Fortgeführt durch *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, *Habil.* Berlin 1998/1999, S. 108 ff.

89 So *Leible/Staudinger* (Fn. 84), S. 228.

90 Vgl. *Ebd.*, S. 232.

Daher die Unterscheidung in der Richtlinienbegründung). Man argumentiert weiter, dass der Begriff „grenzüberschreitend“ und die Praxis des früheren Art. K.1 VI EUV (Maastricht), der wortgleich zum heutigen Art. 61 EGV ist, beide Aspekte umfasste.<sup>91</sup> *Spellenberg* zweifelt an der obigen Argumentation, nach der Art. 65 EGV auch die Personenfreizügigkeit beinhalte.<sup>92</sup> Dies würde aber in der Konsequenz bedeuten, dass die Nichtanerkennung eines Scheidungsurteils binnenmarktrelevant sei. Es erscheint mehr als fraglich, ob man in diesem Fall überhaupt noch von einem mittelbaren Hindernis für den Binnenmarkt sprechen könnte. Überzeugend ist vielmehr, dass der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mehr umfasst als das alleinig wirtschaftlich orientierte Binnenmarktkonzept. Für diese Interpretation spricht auch der Wortlaut des im neuen Verfassungsvertrag vorgesehenen Art. III-170, der das Binnenmarkterfordernis für den Erlass eines Europäischen Gesetzes oder Rahmengesetzes für Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht mehr erwähnt.

Art. 65 EGV ist somit eine Kompetenzgrundlage für eine „aktive“ Rechtsangleichung, die all jene Aspekte des Binnenmarktes erfasst, die diesen nur „mittelbar“ betreffen im Sinne des „Tabakwerbe“-Urteils des EuGH, sowie die marktunabhängige Personenfreizügigkeit umfasst. Durch ihren eindeutigen Wortlaut dient sie derzeit allerdings nur der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts. Daher müsste er um eine ausdrückliche Ermächtigung für das materielle Familien- und Erbrecht ergänzt werden, um als Rechtsetzungsgrundlage erhalten zu können.

#### d) Die marktunabhängige Personenfreizügigkeit: Art. 18 II EGV

Art. 18 I EGV regelt die Unionsbürgerschaft und bestimmt, dass alle Personen, die diese besitzen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen dürfen ungeachtet eines Vorsatzes, sich wirtschaftlich betätigen zu wollen. Absatz 2 ermächtigt die Gemeinschaft zum Erlass von Durchführungsbestimmungen. Die Richtlinie über die Rechte der Familienangehörigen verweist u. a. auf Art. 18 II EGV als Rechtsetzungsgrundlage. Sinn und Zweck dieser Richtlinie ist es, die Freizügigkeit der Familienangehörigen aus der Theorie der abgeleiteten Rechte zu lösen und ihnen so ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht zu gewähren. Nach der „Baumbast“-Rechtsprechung ist Art. 18 EGV direkt anwendbar.

---

91 Vgl. *Heß*, Die „Europäisierung“ des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren, NJW 2000, S. 23, 27.

92 *Spellenberg*, Der Anwendungsbereich der EheGVO („Brüssel II“) in Statussachen, in: Schumann – FS, 2001, S. 423, 427 f.

Im Zusammenhang mit der Anerkennung von Urteilen in Ehesachen erklärt *Spellenberg*, dass er die Rechtsetzungskompetenz eher in Art. 18 II EGV denn in Art. 65 EGV sieht. Er begründet dies damit, dass die Nichtanerkennung einer Scheidung in einem Mitgliedstaat die Freizügigkeit einer Person innerhalb der Gemeinschaft deutlich einschränkt. Zwar klammert der Art. 67 V EGV nach dem Vertrag von Nizza die Rechtsetzungsverfahren auf Basis von Art. 65 EGV in „familienrechtlichen Aspekten“ ausdrücklich aus dessen Anwendungsbereich aus, was für den Willen der Mitgliedstaaten spräche, familienrechtliche Angelegenheiten nur im Titel IV des Vertrages zu behandeln. Jedoch könnte man den Art. 67 V EGV auch so interpretieren, dass hier die Sorge der Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommt, das Prinzip der Einstimmigkeit müsse bei familienrechtlichen Fragen beachtet werden. Dieses wäre durch den einfachen Verweis auf die Verfahren in Art. 251 EGV in Art. 18 II EGV nicht gewährt.<sup>93</sup> Da diese Regelungen nun das europäische Verfahrensrecht betreffen, jedoch nicht die Frage der Auswahl der richtigen Kompetenzgrundlage, könnte das Familien- und Erbrecht auch auf Basis des Art. 18 EGV harmonisiert werden.

In Anbetracht der Funktionsweise des Gemeinschaftsrechts, die verlangt, dass eine vom Gemeinschaftsrecht garantierte Grundfreiheit gehemmt sein muss und dieses Hemmnis durch den Staat nicht gerechtfertigt werden kann, um rechtssetzend tätig werden zu dürfen, müssen die Rechtsvorschriften des Erb- und Familienrechts vor genau diesem Hintergrund an Art. 18 EGV beurteilt werden.

#### aa) Das Adoptionsrecht

Im Adoptionsrecht hat es in letzter Zeit einige Bewegung aufeinander zu gegeben.<sup>94</sup> Dennoch gibt es noch zahlreiche Unterschiede zwischen den Systemen der Adoption – solche, die die alleinige Volladoption kennen (so in England, in den Niederlanden oder in Österreich) und solche, die unter unterschiedlichen Bedingungen auch eine einfache Adoption erlauben (v. a. in Frankreich, aber auch in Deutschland) – und den Bedingungen, die erfüllt sein müssen, um eine Adoption eingehen zu dürfen. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass das Kollisionsrecht die materiellen Bedingungen für ein Paar, das gerne adoptieren möchte, an das Ehwirkungsstatut knüpft und dieses ist in den meisten Mitgliedstaaten das Recht des Aufenthaltsorts des

---

93 Ebd.

94 Vgl. grundlegend *Rieg*, *L'adoption dans les principales législations européennes – Introduction comparative*, *Revue Internationale du Droit Comparé* (RIDC) 1985, S. 511 ff.

Paares oder im Zweifel die *lex fori* (vgl. die Rechtslage in Frankreich<sup>95</sup>).<sup>96</sup> Daraus erkennt man, dass es für ein Paar, das aus den unterschiedlichsten Gründen den Wunsch hat, ein Kind adoptieren zu wollen, sehr entscheidend sein kann, in welchem Mitgliedstaat der Europäischen Union sie leben. Beispielhaft möchte ich hier Frankreich erwähnen, das in den Artt. 360 bis 470–2 des französischen *Code Civil* (CCiv) eine einfache Adoption erlaubt, die vor allem der Regelung von vermögensrechtlichen Konsequenzen dient. Im Gegensatz hierzu kennen die Niederlande nur ein Vollaoptionssystem. Dieses steht aber auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen. In Österreich sind die Voraussetzungen schon strenger, da das ABGB verlangt, dass der Vater das 30. und die Mutter das 28. Lebensjahr vollendet haben müssen und beide mindestens 18 Jahre älter sind als das zu adoptierende Kind. Gleichgeschlechtliche Paare dürfen nicht adoptieren.<sup>97</sup> Italien erlaubt ebenfalls keine Adoption durch gleichgeschlechtliche Partner. Nach dem italienischen Recht steht grundsätzlich nur Ehepaaren, die mindestens drei Jahre verheiratet sind, eine gemeinschaftliche Vollaoption offen. Im Falle der Trennung von Tisch und Bett ist eine Vollaoption jedoch ausgeschlossen.<sup>98</sup> Bezüglich gleichgeschlechtlicher Partnerschaften erlaubt Dänemark inzwischen die Stiefkindsadoption, das niederländische Recht jedwede Adoption, sofern es sich um niederländische Kinder handelt, und Schweden hat das Adoptionsrecht für gleichgeschlechtliche Paar auch auf Auslandskinder erweitert. Das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung vom 5. September 2003 zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union<sup>99</sup> allerdings genau diese Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften im Adoptionsrecht kritisiert und als einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 13 EGV geächtet.<sup>100</sup> Es fordert die Mitgliedstaaten auf, diese Diskriminierungen abzuschaffen, und erwähnt in Punkt Nr. 81 der Entschließung, dass „erforderliche Maßnahmen getroffen werden müssen, um den Partnern Freizügigkeit in der Union zu ermöglichen“.

---

95 Vgl. *Chaussade-Klein* in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Frankreich, 2001, S. 36 f.

96 Vgl. auch *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 8. Auflage (2000), S. 714 ff., 828 f.

97 Vgl. *Schwimmann* in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Österreich, 2001, S. 71.

98 Vgl. *Wiedemann* in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Italien, 2001, S. 42c.

99 Entschließung des *Europäischen Parlaments* zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union, A5–0281/2003.

100 *Ebd.*, Nr. 77.

Darüber hinaus könnte ein nach den Vorschriften des einen Mitgliedstaates rechtmäßig adoptiertes Kind beim Staatenwechsel plötzlich seinen Vater verlieren.<sup>101</sup> Im Falle, dass nichteheliche Eltern gemäß Art. 372 II CCiv durch Anerkennung das gemeinsame Sorgerecht für ihr in Frankreich geborenes Kind erworben haben, würde durch einen Umzug nach Deutschland – in dem nach der Rechtsprechung des BGH gemäß Art. 21 EGBGB das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Anwendung kommen, also das deutsche Recht, das kein Äquivalent zu der Anerkennung gemäß Art. 372 II CCiv kennt, und somit gemäß § 1626a II BGB die Mutter das Alleinsorgerecht für das gemeinsame Kind erhält – das Kind den nichtehelichen Vater verlieren. Für den entsprechenden Vater kann dies ein enormes Hindernis darstellen, in Deutschland mit seiner französischen Familie seinen Wohnsitz aufzunehmen.

Durch die Erweiterung des Art. 13 EGV um die sexuelle Orientierung, die Stärkung des Art. 18 EGV durch die „Baumbast“-Rechtsprechung des EuGH und dem klaren Statement des Europäischen Parlament, dass Adoptionsregeln geeignet sein können, die Freizügigkeit der Personen zu behindern, sehe ich eine Möglichkeit in Art. 18 II EGV eine Rechtsetzungskompetenz im Adoptionsrecht zu erkennen. Festzuhalten gilt in jedem Fall, dass diese Möglichkeit sich erst eröffnet hat, nachdem man kollisionsrechtlich festgestellt hat, dass sich die Bedingungen, zu denen eine Adoption beantragt werden kann oder zu denen eine Adoption anerkannt wird, nach dem Recht des Aufenthaltsorts richten.<sup>102</sup>

#### bb) Das Erbrecht

Im Erbrecht stellen sich kollisionsrechtliche Probleme, die Auswirkungen auf die Freizügigkeit der Unionsbürger haben könnten und somit den Raum für eine gemeinschaftsweite materielle Regelung eröffnen. So kann man das Internationale Erbrecht der Mitgliedstaaten grob gesagt in zwei Untergruppierungen einteilen: Jene, die die Rechtsnachfolge von Todes wegen an das Heimatrecht des Verstorbenen anknüpfen (so in Deutschland, Art. 25 EGBGB), und jene, die diese an das Recht seines letzten Wohnsitzes anknüpfen (so in Frankreich, England oder Belgien).<sup>103</sup> Dies kann dazu führen, dass das Recht, das auf den Nachlass anzuwenden ist, zwischen Mobil- und Immobiliargütern aufgeteilt wird, und dass in der

101 Vgl. das Beispiel bei *Witteborg*, Das gemeinsame Sorgerecht nichtverheirateter Eltern, Diss. Heidelberg 2002, S. 314.

102 Für eine mögliche Vereinheitlichung des Adoptionsrechts ohne Nennung einer Rechtsetzungskompetenz, *Martiny* (Fn. 72), S. 168 f.

103 Vgl. *Kegel/Schurig* (Fn. 94), S. 852 ff.

Erbfolge für Immobilien (dann gilt die *lex rei sitae*) beispielsweise Ehegatten benachteiligt werden. Zu erwähnen sei hier die französische Regelung, die dem überlebenden Ehegatten inzwischen ein Wahlrecht zwischen einem Viertel des Eigentums oder dem gesamten Nießbrauch gewährt (Art. 757 CCiv). Im Falle des Schweigens optiert er gemäß Art. 758–3 CCiv für den Nießbrauch. Im Falle einer eingetragenen Partnerschaft nach deutschem Recht, die dann dem PACS<sup>104</sup> gleichgestellt werden würde, verleiht das französische Erbrecht dem eingetragenen Partner keinerlei erbrechtliche Ansprüche.<sup>105</sup>

Die Studie des Deutschen Notarinstituts zu den erbrechtlichen Kollisionsregeln in den Mitgliedstaaten der EU schlägt für eine gemeinschaftsrechtliche Regelung des Internationalen Erbrechts grundsätzlich das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Erblassers als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anzuwendenden Erbrechts vor. Per Rechtswahlfreiheit kann der Erblasser jedoch die Anwendung des Heimatrechts verfügen.<sup>106</sup>

Sollte sich diese Regelung bei einer Kollisionsrechtsvereinheitlichung auf Gemeinschaftsebene durchsetzen, entstehen im Falle einer Erbfolge *ab intestat* die genannten Probleme, die beispielsweise eine eingetragene Partnerschaft oder ein Ehepaar davon abhalten könnten, sich in Frankreich ihren (letzten) gewöhnlichen Aufenthaltsort zu nehmen. Diese materiellen erbrechtlichen Regelungen, die durch die kollisionsrechtliche Entscheidung bestimmt werden, könnten ein Hemmnis der Personenfreizügigkeit in der Union gemäß Art. 18 EGV darstellen.

### cc) Schlussfolgerungen

Aus den beiden von mir angebrachten Beispielen geht hervor, wie entscheidend das Kollisionsrecht im Verhältnis zu einer möglichen Sachrechtsvereinheitlichung ist. Sobald das Kollisionsrecht für das Recht des Aufenthaltsortes optiert, werden die materiellen Vorschriften des Aufenthaltslandes interessant. In einem solchen Falle könnten die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union ein Hindernis zur Herstellung der Personenfreizügigkeit darstellen. Somit könnte in Art. 18 II EGV eine entsprechende Rechtsetzungskompetenz gesehen werden.<sup>107</sup>

104 Pacte Civil de Solidarité.

105 Vgl. *Verbeke/Leleu*, Harmonization of the Law of Succession in Europe, in: Hartkamp et al., *Towards a European Civil Code*, 2. Auflage (1998), S. 173, 178 f.

106 *Deutsches Notarinstitut*, (Fn. 74), Executive Summary, S. 8 f.

107 So im Ergebnis wohl ähnlich *Spellenberg* (Fn. 90), S. 427 f.

e) Die subsidiäre Generalermächtigung: Art. 308 EGV

Art. 308 EGV steht, wie oben bereits erwähnt, subsidiär hinter allen Rechtsetzungskompetenzen des EGV und verlangt daher auch die Einstimmigkeit im Rat. Sollte man alle voranstehenden Kompetenzzuweisungen für das Familien- und Erbrecht verneinen, ist seine Einschlägigkeit zu prüfen. Art. 308 EGV verlangt, dass die auf seiner Basis zu beschließende Maßnahme eines der Ziele im Vertrag im Rahmen des Gemeinsamen Marktes verwirklicht. Dies engt den Anwendungsbereich zur Rechtsetzung erneut auf die Marktrelevanz ein, verlangt aber im Gegensatz zu den Artt. 94 f. EGV nicht die Errichtung und das Funktionieren des Marktes. Somit könnten alle marktrelevanten Rechtsmaterien des Familien- und Erbrechts auf der Basis von Art. 308 EGV harmonisiert werden, die den Vorgaben des EuGH für die Einschlägigkeit des Art. 95 EGV<sup>108</sup> nicht standhalten. Dies könnte für das Güterstandsrecht der Fall sein.<sup>109</sup>

f) Das völkerrechtliche Übereinkommen: Art. 293 EGV

Art. 293 EGV ist im Gegensatz zu den genannten Artikeln keine Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft, sondern eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Aufnahme von völkerrechtlichen Verhandlungen. Er bezweckt, das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes durch den Beschluss von völkerrechtlichen Übereinkommen zu erleichtern,<sup>110</sup> die dann innerhalb der EG ihre Wirkungen entfalten können. Nach dem Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte gehört der Binnenmarkt nach Art. 14 EGV ebenfalls in den Anwendungsbereich des Art. 293 EGV. Auf Basis dieser Bestimmung wurde beispielsweise das europäische Übereinkommen für die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) vom 27. 9. 1968 beschlossen. Art. 293 EGV stünde eventuell für ein Übereinkommen bezüglich Retorsionsrechten zur Verfügung, da der erste Spiegelstrich des Art. 293 EGV den Genuss und den Schutz der Rechte zu den Bedingungen, die jeder Staat seinen eigenen Angehörigen einräumt, erwähnt.<sup>111</sup>

---

108 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat, Slg. (2000), S. I-8419, Rn. 84.

109 So auch *Basedow* (Fn. 70), S. 476. Er bejaht ebenfalls die Einschlägigkeit des Art. 308 EGV für ein europäisches Testament. *Pintens* (Fn. 65), S. 503, verneint einen solchen Bezug zum Gemeinsamen Markt und lässt daher Art. 308 EGV als zweifelhaft ausscheiden.

110 *EuGH*, Rs. C-398/92, Mund & Fester/Hartex Internationaal Transport, Slg. (1994), S. I-467, Rn. 11.

111 Vgl. *Pintens* (Fn. 65), S. 503.

## g) Schlussfolgerungen

Die Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rechtssache „Baumbast“, als auch die Bemühungen der Gemeinschaft, die Rechte der Familienangehörigen unabhängig der Rechte ihrer Partner zu begründen und verstärkt kollisionsrechtlich zu harmonisieren, auch wenn der Inhalt dieser Harmonisierungen nur mittelbar binnenmarktrelevant ist, zeigen deutlich, dass neben dem wirtschaftlich orientierten Binnenmarkt ein neuer Raum des marktunabhängigen Rechts im Entstehen ist.

Das Gefüge der hinter den Rechtsetzungskompetenzen stehenden Ziele zeigt sich mir wie folgt auf: Es gibt zum einen den gesamten Bereich der Kompetenzen für die Marktgesetzgebung, die sich durch den Begriff den Binnenmarktes kennzeichnet und auf Grundlage von Art. 95 EGV geschaffen ist. Innerhalb dieses Bereiches sind aufgrund ihrer Spezialität die Kompetenzgrundlagen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten vorrangig. Auf der anderen Seite gibt es den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der all jene Binnenmarktaspekte, die die Rechtsprechung zur Tabakwerberichtlinie aus dem Anwendungsbereich des Art. 95 EGV ausschließt, und die Aspekte der marktunabhängigen Personenfreizügigkeit umfasst. Die Kompetenzgrundlagen dieses Raums erlauben aber nach dem derzeit gültigen Vertrag nur die Harmonisierung des Kollisionsrechts in den genannten Bereichen. Durch die vom EuGH im Urteil „Baumbast“ festgestellte direkte Anwendbarkeit des Art. 18 EGV tritt nun die Personenfreizügigkeit aus der Unionsbürgerschaft dem zur Seite. Die Harmonisierungskompetenz des Art. 18 II EGV eröffnet daher als marktunabhängiges Pendant zum Art. 95 EGV eine Rechtsangleichung für die „Erleichterung“ der allgemeinen Personenfreizügigkeit und kann – im Gegensatz zu Art. 65 EGV – auch für das betroffene materielle Recht erhalten.

Vor diesem Hintergrund sind im Rahmen des Binnenmarktes Harmonisierungen im Bereich des Familien- und Erbrechts nur selten und punktuell direkt über die Rechtsetzungskompetenzen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten möglich (wie beispielsweise das Personenstandsrecht). In ihnen eine „implied powers“ für das Familien- und Erbrecht zu sehen, ist abzulehnen. Die wirtschaftlichen Aspekte des Familien- und Erbrechts, wie v. a. das Güterstandsrecht, können bei einer Relevanz für die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes die Rechtsetzung durch Art. 94 oder 95 EGV begründen. Bei reiner Marktrelevanz ist Art. 308 EGV subsidiär anwendbar.

Im Bereich der marktunabhängigen Regelungen des Familien- und Erbrechts scheidet Art. 65 EGV wegen seiner expliziten Beschränkung auf das Kollisionsrecht aus. Unter der Voraussetzung, dass das Kollisionsrecht (das mitgliedstaatliche, wie künftig eventuell das gemeinschaftsrechtliche)



das Recht des Landes bestimmt, in dem der gewöhnliche Aufenthaltsort der Person sich befindet, sehe ich im Rahmen der Personenfreizügigkeit aus der Unionsbürgerschaft in Art. 18 EGV eine Rechtsetzungskompetenz für das Familien- und Erbrecht. Sollten diese mitgliedstaatlichen Regeln die Personenfreizügigkeit behindern, so ist über eine Rechtsangleichung im Rahmen des Art. 18 EGV nachzudenken.

Für den Fall, dass man in den gegebenen Rechtsetzungskompetenzen des bestehenden EGV keine Einschlägigkeit für das Familien- und Erbrecht sieht, ist es eine Frage des politischen Willens, den Art. 65 EGV um einen entsprechenden Spiegelstrich zu erweitern.

Ich gelange auf Grundlage des Voranstehenden zu dem Schluss, dass im Rahmen der Überlegungen zur begrenzten Ermächtigung der geltende EG-Vertrag Rechtsetzungskompetenzen für Bereiche des Familien- und Erbrechts zur Verfügung stellt. Ihre Einschlägigkeit hängt einzig von der Feststellung eines Hemmnisses für die Erreichung des hinter ihnen stehenden Zieles ab.

### 3. Die Erforderlichkeit einer möglichen Maßnahme

Nachdem eine Kompetenzgrundlage für eine Vereinheitlichung gefunden ist, stellt sich nun die Frage nach der Erforderlichkeit der Gemeinschaftsmaßnahme. Wie bereits oben erwähnt, ist der an die Erforderlichkeit anzulegende Prüfungsmaßstab derjenige des Subsidiaritätsprinzips aus Art. 5 II EGV. Dieser verlangt somit zuerst einen Blick auf die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten.

#### a) Mitgliedstaatliche Ebene

Der Rat kam in seinem Bericht zur Notwendigkeit einer Angleichung der zivilrechtlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten<sup>112</sup> selber zu dem Schluss, dass das Familien- und Erbrecht sehr stark von der Kultur und den Traditionen der einzelstaatlichen und regionalen Rechtssysteme geprägt ist. Das Familien- und Erbrecht hat sicherlich den Vorteil auf Grund seiner Wurzeln im kanonischen Recht sowohl in den Staaten des heutigen Common Law als auch in den Staaten des Civil Law, über einen gemeinsamen Kern zu verfügen. Dennoch darf man die moralischen und religiösen Entwicklungen seit dem Auseinanderbrechen der christlichen Einheitsreligion im 16. Jahrhundert mit den entsprechenden Entwicklungen des Fami-

---

112 Rat der Europäischen Union, Ratsdokument 13 017/01.

lien- und Erbrechts nicht vergessen.<sup>113</sup> Unter katholischer Prägung stehend haben die südeuropäischen Länder lange gebraucht, bis sie überhaupt darüber diskutierten, beispielsweise eine Scheidung in ihre Rechtssysteme einzuführen.

Auf der anderen Seite haben zahlreiche völkerrechtliche Verträge insbesondere im Rahmen des Familienrechts dazu geführt, dass die Staaten, die die entsprechenden Übereinkommen ratifiziert haben, ihre Rechtssysteme angleichen. Beispielhaft erwähnt seien hierbei<sup>114</sup>:

- Das New Yorker UN-Übereinkommen vom 20. 6. 1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland,
- das Straßburger Übereinkommen vom 24. 4. 1967 über die Adoption von Kindern,
- das Haager Übereinkommen vom 14. 3. 1978 über das auf die Ehegüterstände anzuwendende Recht,
- das Haager Übereinkommen vom 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung,
- das Haager Übereinkommen vom 29. 5. 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption,
- das Haager Übereinkommen vom 13. 1. 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen,
- das Straßburger Europäische Übereinkommen vom 15. 5. 2003 über den Umgang mit Kindern.

Eine weitere wichtige Rolle spielen die EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Gemäß Art. 46 I EMRK verpflichten sich die Vertragsparteien, das endgültige Urteil des EGMR zu befolgen. Es erhält somit eine völkerrechtliche Verbindlichkeit. Die Urteile haben oft tief schneidende Änderungen nationaler Familien- und Erbrechte nach sich gezogen. Beispielhaft zum Familienrecht sei die Rechtssache „Marckx“<sup>115</sup> erwähnt: Hier entschied der EGMR, dass die Geburt und die biologische Beziehung zwischen Mutter und Kind automatisch (und somit entgegen des streitgegenständlichen belgischen Kindschaftsrechts) in eine rechtlich anerkannte Verwandtschaft

---

113 Vgl. *Hobnerlein*, Konturen eines einheitlichen europäischen Familien- und Kindschaftsrechts, EuLF [D] 2000/2001, S. 252; *Antokolskaia*, The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas, *European Review of Private Law (ERPL)* 2003, S. 28, 37 f., m. w. N.

114 Die entsprechenden Vertragstexte einschließlich des aktuellen Standes der Ratifikationen ist im Internet einsehbar unter: <http://conventions.coe.int/und> <http://www.hcch.net/e/conventions/>.

115 *EGMR*, 13. 6. 1979, Marckx/Belgien, Série A Nr. 31.

führen muss. Belgien passte daraufhin sein Adoptions- und Abstammungsrecht mit dem entsprechenden Gesetz zum 31. 3. 1987 an.<sup>116</sup> Aus dem Erbrecht sei das Urteil im Fall „Mazurek“<sup>117</sup> genannt: Hier entschied der EGMR, dass Art. 760 des französischen CCiv gegen die EMRK verstößt, wonach Ehebruchskinder, wenn sie neben den ehelichen Kindern aus der gebrochenen Ehe zur gesetzlichen Erbfolge berufen wurden, nur die Hälfte dessen erben, was sie erhalten hätten, wenn alle Kinder des Erblassers ehelich gewesen wären. Dieses führte zu einer grundlegenden Reform des französischen Erbrechts einschließlich der Gleichstellung von Ehebruchskindern mit ehelichen Kindern.<sup>118</sup>

Neben diesen völkerrechtlich begründeten Annäherungsentwicklungen der nationalen Familien- und Erbrechte lassen sich auch unabhängig hiervon konvergierende Entwicklungen der Rechtsordnungen feststellen.<sup>119</sup> Ein Beispiel ist die „Scheidung“, die inzwischen in allen europäischen Rechtsordnungen mit Ausnahme Maltas verankert ist. Allerdings unterscheiden sich die verschiedenen Scheidungsarten von einer einfachen Antragscheidung bis hin zu einer Verschuldenscheidung.

Fraglich erscheint nun, ob die festgestellten Entwicklungen auf der mitgliedstaatlichen Ebene ausreichen, um die oben festgestellten Probleme grenzüberschreitender Natur zu lösen. Es gilt jedenfalls festzuhalten, dass sich die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bedingt durch völkerrechtliche Verträge und Urteile des EGMR, sowie durch gesellschaftliche Entwicklungen, aufeinander zu bewegen.

## b) Gemeinschaftsebene

Von Bedeutung ist daher, ob die Gemeinschaft die festgestellten Probleme unter Berücksichtigung des legislatorischen Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten und den bewährten nationalen Regelungen deutlich besser lösen kann.

---

116 Dazu *Meulders-Klein*, „Die Reform des Abstammungs- und Adoptionsrechts in Belgien.“ Zum Gesetz vom 31. 3. 1987, *FamRZ* 1989, S. 696.

117 *EGMR*, 1. 2. 2000, *Mazurek/Frankreich*, *Recueil Dalloz* 2000, S. 332.

118 Vgl. zu dieser Entwicklung, *Rombach*, Reform des französischen Erbrechts, *ZEV* 2002, S. 271; und *Maury*, *Successions et libéralités*, 3. Auflage (2002), S. 46 f.

119 bereits im Jahre 1981 und wegweisend: *Jayme*, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, *FamRZ* 1981, S. 221; *Antokolskaia*, The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas, *European Review of Private Law (ERPL)* 2003, S. 28, 37 f., m. w. N.

## aa) Kollisionsrechtsvereinheitlichung

Wie bereits oben unter der Prüfung zu Art. 94/95 EGV erwähnt, können sehr viele Probleme durch das Internationale Privatrecht gelöst werden. Derzeit führt jedoch die Existenz von 25 verschiedenen Kollisionsrechtsordnungen dazu, dass die Unterschiede der materiellen Rechtsordnungen durch die unterschiedlichen Bestimmungsregeln der nationalen IPR noch verstärkt werden. Das Kollisionsrecht verlangt darüber hinaus Anknüpfungsgegenstände, die ihrerseits im Rahmen der Qualifikationsprüfung auf das jeweilige nationale Verständnis der hinter dem Anknüpfungsgegenstand stehenden Sachnorm verweisen. Anknüpfungsbegriffe wie „Ehe“ oder „Scheidung“ können die schon existierende „Kollisionsvielfalt“ so schnell um ein Vielfaches erweitern.

In einem ersten Schritt erscheint es somit sachgerecht, EG-weit einheitliche Kollisionsnormen zu schaffen. Die Mitgliedstaaten könnten ihre Kompetenz im Familien- und Erbrecht behalten, allerdings müsste mit einer Kollisionsrechtsvereinheitlichung jeder nationale Richter EG-weit dasselbe anzuwendende Recht bestimmen können. Dies würde die Rechtssicherheit im Privatrecht enorm erhöhen und viele Probleme im Familien- und Erbrecht bereits lösen.<sup>120</sup>

## c) Schlussfolgerung

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass eine Gemeinschaftsmaßnahme im Rahmen des materiellen Familien- und Erbrechts erst dann erforderlich wäre, wenn die Kollisionsrechtsvereinheitlichung die grenzüberschreitenden Hindernisse, die sich durch die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen familien- und erbrechtlichen Vorschriften ergeben, für die Ausübung der aus den vertraglichen Zielen gewährten Rechte unmöglich lösen kann. Programmatisch jedenfalls ließe es sich auf den Satz von *Taupitz* reduzieren: „Soviel Kollisionsrechtsvereinheitlichung wie möglich und nur soviel Sachrechtsvereinheitlichung wie nötig.“<sup>121</sup> Aber sie wäre nicht unmöglich.<sup>122</sup>

---

120 Wie oben in Abschnitt III. 2. b) cc) und in Abschnitt III. 2. d) bb) und cc) ausgeführt.

121 *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung, JZ 1993, S. 533, 539.

122 Vgl. auch Überlegungen über ein europäisches Eherechtsmodellgesetz, das neben den nationalen Rechten bestehen könnte bei: *Coester-Waltjen*, Überlegungen zu einem europäischen Familienrecht, in: Peschel-Gutzeit – FS, 2002, These 3, S. 35; oder auch vergleichbare Überlegungen für einen europäischen Güterstand bei: *Henrich*, Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt? Entwicklungen in den Nachbarstaaten, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2001, S. 57.

## IV. Ergebniszusammenfassung

1. Die europarechtlichen Vorgaben haben das oben erwähnte Prüfungsschema zur Identifikation einer Rechtsetzungskompetenz im Familien- und Erbrecht ergeben.<sup>123</sup>
2. Die Rechtsprechung des EuGH hat über Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 6 II EUV und Art. 7 EU-Grundrechtecharta den Grundsatz des Schutzes der Familie und der Achtung des Familienlebens als eine der Grundbedingungen zur Ausübung der durch den Vertrag gewährten Grundfreiheiten erklärt.
3. Die allgemeine Personenfreizügigkeit aus Art. 18 EGV wird durch ihre direkte Anwendbarkeit zur Grundfreiheit erhoben.
4. Transliterationsvorschriften können über Art. 44 I EGV angeglichen werden.
5. Familien- und erbrechtliche Regelungen, die dem Errichten und Funktionieren des Binnenmarktes bzw. des Gemeinsamen Marktes dienen wie das Ehegüterrecht, können auf Basis der Artt. 94/95 EGV angeglichen werden. Bei reiner Marktrelevanz tritt Art. 308 EGV subsidiär hinzu.
6. Retorsionsrechte können über Art. 293 EGV angeglichen werden.
7. Art. 65 EGV ist nur dazu geeignet, das Kollisionsrecht anzugleichen.
8. Familien- und erbrechtliche Vorschriften, die kollisionsrechtlich durch eine Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts bestimmt werden und die geeignet sind, ein Hemmnis für die Freizügigkeit von Personen innerhalb der Gemeinschaft darzustellen, können über Art. 18 II EGV angeglichen werden. Beispielhaft sind hier Regelungen im Bereich des Adoptionsrechts oder des Erbrechts zu benennen.
9. Der Rat überlegt sich, eine umfassende Rechtsetzungskompetenz für das Familien- und Erbrecht in Art. 65 EGV zu integrieren, wenn der politische Wille hierzu vorhanden ist.
10. Einzelermächtigungen für Teilbereiche des Familien- und Erbrechts sind im bestehenden EGV vorhanden.
11. Völkerrechtliche Übereinkommen, die Rechtsprechung des EGMR und gesellschaftliche Entwicklungen lassen konvergierende Entwicklungen in den mitgliedstaatlichen Familien- und Erbrechtsordnungen feststellen.
12. Der Respekt der bewährten nationalen Regelungen wird durch eine weitestgehende Kollisionsrechtsvereinheitlichung gewährleistet.

---

123 Siehe oben in Abschnitt II. 4.

13. Eine Gemeinschaftsmaßnahme im materiellen Familien- und Erbrecht könnte somit dann erforderlich werden, wenn ein gemeinschaftsweites Kollisionsrecht die Hindernisse für die Ausübung von Rechten aus dem EGV unmöglich lösen kann.