

Internationales Privatrecht I

8. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72612-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(→ Rn. 125) genannte Problem der Bona Vacantia bei Belegenheit des Nachlasses in einem Staat mit Fiskuserbrecht, wenn dieses Recht nicht das Erbstatut bildet, hat der deutsche Gesetzgeber hingegen mit dem zur Ergänzung der EuErbVO in § 32 IntErbRVG geschaffenen hoheitlichen Aneignungsrecht gelöst.¹¹⁵⁴ Ferner ist Art. 32 EuErbVO in Bezug auf widersprechende Kommorienvermutungen (→ Rn. 265) als genuine Anpassungsvorschrift einzuordnen (→ Rn. 288). Allgemeine gesetzliche Regeln zur Auflösung der oben (→ Rn. 265 ff.) beschriebenen Normenwidersprüche sind auch bei rechtsvergleichender Umschau nur ausgesprochen selten. Ausnahmen finden sich in Lateinamerika, namentlich in Art. 7 des venezolanischen IPR-Gesetzes vom 6.8.1998,¹¹⁵⁵ Art. 2595 lit. c argentinischer Código Civil y Comercial vom 7.10.2014¹¹⁵⁶ und Art. 9 des panamaischen IPR-Gesetzes vom 7.10.2015,¹¹⁵⁷ die auf Art. 9 Interamerikanische IPR-Konvention von 1979¹¹⁵⁸ beruhen.¹¹⁵⁹ Art. 7 venezolanisches IPR-Gesetz zB lautet wie folgt:

„Die unterschiedlichen Rechte, die maßgebend sein können, um die verschiedenen Aspekte ein und desselben Rechtsverhältnisses zu regeln, sind harmonischerweise anzuwenden in dem Bestreben, die Zielsetzungen zu verwirklichen, die von einem jeden besagter Rechte verfolgt werden.“

„Die möglichen Schwierigkeiten, die durch ihre gleichzeitige Anwendung verursacht werden, sind so zu lösen, daß dabei die im konkreten Fall durch die Billigkeit auferlegten Bedürfnisse berücksichtigt werden.“

Dannemann hat den folgenden Vorschlag für eine europäische Regel unterbreitet:¹¹⁶⁰

273

„(1) In the application and interpretation of both domestic and foreign law, courts must seek to avoid a situation in which the combination of rules from or decisions taken in different jurisdictions produces an outcome which differs from a common outcome for purely domestic, but otherwise identical cases in the same jurisdiction, unless an applicable rule intends such a different treatment.

(2) If such a different outcome cannot be avoided by application and interpretation, courts may modify or set aside otherwise applicable rules if the outcome would otherwise violate human rights, in particular rights to equal treatment.“

b) Allgemeine Grundsätze. aa) Kollisionsrechtliche und materiellrechtliche Anpassung.

Nach der überwiegenden Ansicht kommen zur Auflösung der oben beschriebenen Normenwidersprüche grundsätzlich sowohl kollisionsrechtliche als auch materiellrechtliche Lösungstechniken in Betracht.¹¹⁶¹ Auch der BGH hat sich insoweit bislang nicht eindeutig festgelegt; nach einer obiter geäußerten älteren Ansicht sind „Koordinierungsprobleme“ zwischen verschiedenen Rechtsordnungen „durch ‚Angleichung‘ zu lösen [...], indem entweder die betreffende Kollisionsnorm, soweit nach der gesetzlichen oder staatsvertraglichen Vorgabe möglich, modifiziert oder für das offenbar werdende Koordinierungsproblem eine neue Kollisionsregel entwickelt oder dem auftretenden Koordinierungsbedürfnis in der Auslegung des anwendbaren Rechts Rechnung getragen wird“.¹¹⁶² In jüngerer Zeit hat sich der BGH jedoch dagegen ausgesprochen, Fragen der Qualifikation mit der Anpassung zu „vermeng[en]“,¹¹⁶³ was eine Präferenz für die materiellrechtliche Anpassung erkennen lässt. Das in der Lehre vielfach bevorzugte Mittel der **kollisionsrechtlichen Anpassung** bildet eine kollisionsrechtliche „Grenzverschiebung“,¹¹⁶⁴ die in der Weise vorzunehmen ist, dass man die Verweisung einer der beiden in Betracht kommenden Kollisionsnormen ausnahmsweise auch auf die hiervon nicht

¹¹⁵⁴ Staudinger/Looschelders, 2019, Rn. 1263; ausf. v. Erdmann, Aneignungsrechte im europäischen Internationalen Privatrecht, 2018, 181 ff.

¹¹⁵⁵ Abgedruckt mit dt. Übersetzung bei Kropholler/Krüger/Riering/Samtlen/Siehr, Außereuropäische IPR-Gesetze, 1999, Nr. 55; als „vorbildlich“ bezeichnet bei v. Bar/Mankowski IPR I § 7 Rn. 251.

¹¹⁵⁶ Dt. Übersetzung in RabelsZ 80 (2016), 158.

¹¹⁵⁷ Dt. Übersetzung in RabelsZ 82 (2018), 136; hierzu Samtleben RabelsZ 82 (2018), 52 (73) mwN zu anderen lateinamerikanischen Kodifikationen.

¹¹⁵⁸ RabelsZ 44 (1980), 379; hieran orientiert sich offenbar zB auch die peruanische Lehre, Söhngen, Das internationale Privatrecht von Peru, 2006, 44 f.

¹¹⁵⁹ Hierzu näher Monleón, Das neue internationale Privatrecht von Venezuela, 2008, 90 f.

¹¹⁶⁰ Dannemann in Leible, General Principles of European Private International Law, 2016, 331 331 (342).

¹¹⁶¹ BeckOK BGB/Lorenz, 1.8.2019 I.8.2019, Rn. 94; Benicke FS Schapp, 2010, 61 (69); Benicke IPRax 2019, 132 (139); Dannemann, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 437 ff.; Dittmers, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 166 ff.; Erman/Hohlloch Rn. 57; v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 35; Junker IPR § 11 Rn. 31 ff.; Kegel/Schurig IPR § 8 III 1; Kropholler FS Ferid, 1978, 279 (282 f.); Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 195 ff.; Looschelders FS v. Hoffmann, 2011, 266 (269); Mansel Liber Amicorum Kegel, 2002, 111; Mansel FS Canaris, 2017, 739 (780); NK-BGB/Freitag EGBGB Art. 3 Rn. 38; Rauscher IPR Rn. 570; Siehr IPR § 49 III 3b; Staudinger/Dörner, 2007, EGBGB Art. 25 Rn. 748; Staudinger/Looschelders, 2019, Rn. 1247 ff.

¹¹⁶² BGH FamRZ 1986, 345 (347) = NJW-RR 1986, 1005 (1006).

¹¹⁶³ BGHZ 205, 289 Rn. 31, 34 = NJW 2015, 2185.

¹¹⁶⁴ Begriff von Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 196 ff. (im Anschluss an Kegel/Schurig IPR § 8 III 1).

erfasste Frage ausdehnt.¹¹⁶⁵ Hierbei wird gewissermaßen diejenige Qualifikation, die zu einem unbefriedigenden Zwischenergebnis geführt hat – zB in den Witwenfällen (→ Rn. 238, 266) wegen mangelnder Abstimmung von Güter- und Erbrecht – erneut aufgerollt, um zu einem einheitlichen Statut zu gelangen und so den Normenwiderspruch zu eliminieren.¹¹⁶⁶ Nach der Gegenansicht soll hingegen die kollisionsrechtliche Methode schlechthin unzulässig und eine Anpassung allein auf der Ebene des anwendbaren Sachrechts vorzunehmen sein.¹¹⁶⁷ Dies wird damit begründet, dass man nach bereits abgeschlossener Qualifikation nicht in der Prüfungsreihenfolge zurückspringen dürfe,¹¹⁶⁸ oder, wie es *Sturm* bildlich ausdrückte, nicht die Brücke, die man bereits überquert habe, abreißen und an anderer Stelle des Flusses wieder aufbauen dürfe, nur weil es einem am anderen Ufer nicht gefalle.¹¹⁶⁹ Aber dieser Einwand verfängt nicht, weil auch im materiellen Recht teleologische Korrekturen der Rechtsanwendung (Analogie, teleologische Reduktion) erst dann eingreifen können, nachdem der Sachverhalt zunächst formal korrekt unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert worden ist und dabei ggf. eine Lücke oder ein überschießender Anwendungsbereich festgestellt worden ist. Auch dies impliziert in methodologischer Sicht ein retardierendes Moment, eine erneute Überprüfung des nur vorerst festgestellten Zwischenergebnisses.¹¹⁷⁰ Das gegen die kollisionsrechtliche Anpassung vorgebrachte Rückschriftargument müsste daher auch jegliche materielle Korrektur ausschließen, denn wer „einmal qualifiziert, immer qualifiziert“ sagt, müsste konsequenterweise auch das Postulat „einmal subsumiert, immer subsumiert“ befolgen.¹¹⁷¹ Abgesehen von diesem nicht haltbaren formal-methodischen Argument wird vorgebracht, dass klare Regeln für eine kollisionsrechtliche Lösung fehlten und letztere daher dem Rechtsanwender ein Missbrauchspotenzial biete, um die kollisionsrechtliche Anknüpfung „nach Belieben“ zu korrigieren.¹¹⁷² Aber es gibt für die sachrechtliche Anpassung ebenfalls keine allseits anerkannten Regeln, und mitunter dürfte eine kollisionsrechtliche Lösung gerade unter dem Aspekt der Einfachheit und Rechtssicherheit den Vorzug gegenüber einer sachrechtlichen Rechtsfortbildung verdienen.¹¹⁷³ Auch die bereits erwähnte gesetzliche Regelung in Art. 7 des venezolanischen IPR-Gesetzes wird übrigens in dem Sinne verstanden, dass sie sowohl die kollisions- als auch die materiellrechtliche Anpassung abdeckt.¹¹⁷⁴

275 Uneinigkeit besteht in der Frage, ob es grundsätzlich einen **Vorrang** der kollisionsrechtlichen Methode gegenüber sachrechtlichen Lösungsansätzen gibt,¹¹⁷⁵ ob im Gegenteil die sachrechtliche Anpassung der kollisionsrechtlichen vorgeht¹¹⁷⁶ oder ob die Wahl zwischen kollisionsrechtlicher und

¹¹⁶⁵ Benicke FS Schapp, 2010, 61 (73 ff.); v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 36; Kegel/Schurig IPR § 8 III 1; Kropholler FS Ferid, 1978, 279 (284); Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 196 ff.

¹¹⁶⁶ Kegel/Schurig IPR § 8 III 1 nennen dies „eine Art besondere Qualifikation für einen besonderen Zweck, nämlich zur Verhütung von Normenwiderspruch“; ähnlich Rauscher IPR Rn. 573, der von einer „erweiterten Qualifikation“ spricht; zum Verhältnis Anpassung/Qualifikation auf. Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 138 ff.; ferner Benicke FS Schapp, 2010, 61 (73 ff.).

¹¹⁶⁷ Prononciert Staudinger/Sturm/Sturm, 2012, Rn. 258; idS auch zu § 1371 Abs. 1 BGB noch im Rahmen der Art. 15, 25 EGBGB aF BGHZ 205, 289 Rn. 31, 34 = NJW 2015, 2185; stark einschr. auch v. Bar/Mankowski IPR I § 7 Rn. 257, die aber zumindest bei „echten“ Normenwidersprüchen, wie zB unvereinbaren Kommorientenvermutungen, kollisionsrechtlich anpassen wollen (aaO Rn. 254 f.); grds. abl. → 5. Aufl. 2010, Rn. 593, 601 (Sonnenberger), der aber zahlreiche der üblicherweise als Kollisionsrechtsanpassung eingeordneten Fälle bereits mithilfe einer funktionalen Qualifikation bewältigen will (sehr deutlich aaO Rn. 584: Die Wiederaufnahme des Qualifikationsprozesses „sieht [...] wie [...] Angleichung aus [J], ist aber in Wahrheit eine Folge des bloß vorläufigen Charakters des auf der Vorstufe erreichten Qualifikationsresultats.“), sodass iErg vielfach inhaltliche Übereinstimmung mit den hL besteht; vgl. hierzu auch Looschelders FS v. Hoffmann, 2011, 266 (268 f.), der diesbez. von lediglich „terminologischen Divergenzen“ spricht.

v. Bar/Mankowski IPR I § 7 Rn. 257; Mankowski ErbR 2018, 295 (304).

¹¹⁶⁸ Staudinger/Sturm/Sturm, 2012, Rn. 258; abl. hierzu Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 212 f.: Die Brücke werde gar nicht erst überquert, wenn man die Hindernisse am anderen Ufer schon erkennen könnte.

¹¹⁶⁹ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 202, die von der „Ausfüllung einer Gesetzeslücke im Wege des Rückganges [J] auf ein im Gesetz angelegtes Prinzip“ sprechen.

¹¹⁷⁰ Vgl. Jaksic YbPIL 17 (2015/16), 527 (548 f.), der Korrekturen im Anschluss an die Qualifikation für einen EMRK-Verstoß hält.

¹¹⁷¹ v. Bar/Mankowski IPR I § 7 Rn. 257.

¹¹⁷² Vgl. Kropholler IPR § 34 IV 2d; Staudinger/Dörner, 2007, EGBGB Art. 25 Rn. 750.

¹¹⁷³ Näher Monléon, Das neue internationale Privatrecht von Venezuela, 2008, 91 mwN.

¹¹⁷⁴ Dazu tendieren vorsichtig Erman/Hohloch Rn. 57; Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (624); Kropholler IPR § 34 IV 2d; NK-BGB/Freitag EGBGB Art. 3 Rn. 38.

¹¹⁷⁵ Dafür BGHZ 205, 289 Rn. 31, 34 = NJW 2015, 2185; Benicke FS Schapp, 2010, 61 (69); Dittmers, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 165 ff.; Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 210 f.; Looschelders IPRax 2016, 349 (352); stärker diff. Looschelders FS v. Hoffmann, 2011, 266 (269); Staudinger/Looschelders, 2019, Rn. 1256.

materiellrechtlicher Anpassung ausschließlich eine Frage der Rechtsanwendung im Einzelfall ist.¹¹⁷⁷ Formal-abstrakte Gesichtspunkte sind hier eher fruchtlos: Man kann zwar einerseits argumentieren, dass die Ursache des Normenwiderspruchs im IPR selbst wurzele und deshalb eine kollisionsrechtliche Lösung vorzuziehen sei;¹¹⁷⁸ man kann andererseits ebenso gut geltend machen, dass die Unvereinbarkeit der Ergebnisse sich erst auf der sachrechtlichen Ebene zeige und folglich auch dort behoben werden müsse.¹¹⁷⁹ Letzten Endes sollte weder der eine noch der andere Aspekt maßgebend sein, sondern auf welche Weise die entstandenen Probleme möglichst gerecht und effizient gelöst werden können.¹¹⁸⁰ Hierfür werden als Kriterien das Ordnungsinteresse an einer möglichst „realen“ Entscheidung¹¹⁸¹ und der **Grundsatz des geringsten Eingriffs** in die beteiligten Rechtsordnungen genannt.¹¹⁸² Von der Bildung gänzlich neuartiger, sog. „Sachnormen im IPR“ (zu widersprechenden Kommorientenvermutungen → Rn. 288) ist mangels einer gesetzlichen Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit und des internationalen Entscheidungseinklangs allenfalls als ultima ratio Gebrauch zu machen.¹¹⁸³ Zu welchen Ergebnissen die Abwägung zwischen den genannten Interessen jeweils führt, ist für die oben (→ Rn. 265 ff.) genannten verschiedenen Konstellationen von Normwidersprüchen differenziert zu urteilen (→ Rn. 278 ff.). In **verfahrensrechtlicher Hinsicht** ist stets revisibel (§ 545 Abs. 1 ZPO), ob die Vorinstanz die im Folgenden erläuterten Prinzipien richtig angewendet hat, und zwar unabhängig davon, ob die Anpassung auf der Ebene des IPR, des eigenen oder des fremden Sachrechts erfolgt.¹¹⁸⁴

bb) Anpassung im Anwendungsbereich unionsrechtlicher und staatsvertraglicher 276

Kollisionsnormen. Auch im Anwendungsbereich unionsrechtlicher (vgl. Erwägungsgrund 17 EuErbVO) und staatsvertraglicher Kollisionsnormen besteht grundsätzlich Raum für eine Anpassung.¹¹⁸⁵ Noch nicht abschließend geklärt ist aber, ob diese ggf. auf kollisions- oder sachrechtlichem Wege zu erfolgen hat und ob hierfür allgemein dieselben Maßstäbe gelten wie im autonomen IPR.¹¹⁸⁶ Bereits kurz nach dem Inkrafttreten der IPR-Reform des Jahres 1986 wies *Pirrung* darauf hin, künftig sei zu berücksichtigen, dass eine Anzahl der Vorschriften des neu gefassten EGBGB aus völkerrechtlichen Übereinkommen stamme, so dass stärker als bisher bei der Anwendung allgemeiner Kollisionsrechtsinstitute wie der Angleichung zu differenzieren sein werde.¹¹⁸⁷ Aber lange Zeit war diese Frage selbst in einschlägigen Monographien nur knapp abgehandelt oder ganz ausgespart worden.¹¹⁸⁸ Die **sachrecht-**

¹¹⁷⁷ So *Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 439; *Staudinger/Dörner*, 2007, EGBGB Art. 25 Rn. 749–751; wohl auch *Junker* IPR, § 11 Rn. 32.

¹¹⁷⁸ *Kegel* FS Lewald, 1953, 259 (285); *Kropholler* IPR, § 34 IV 2d; ebenso *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (624).

¹¹⁷⁹ IdS BGHZ 205, 289 Rn. 34 = NJW 2015, 2185; *Loosholders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 164.

¹¹⁸⁰ So bereits *J. Schröder*, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, 1961, 76; ebenso *Kropholler* FS Ferid, 1978, 279 (286) Fn. 21; *Staudinger/Dörner*, 2007, EGBGB Art. 25 Rn. 751.

¹¹⁸¹ Umfassend *Kegel* FS Drobning, 1998, 315 ff.

¹¹⁸² *Kegel/Schurig* IPR, § 8 III 1; ebenso *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (624); *Staudinger/Loosholders*, 2019, Rn. 1251; ähnlich auch *Bogdan*, Private International Law as Component of the Law of the Forum, 2012, 313.

¹¹⁸³ v. *Bar/Mankowski* IPR I § 7 Rn. 255; *Benicke* FS Schapp, 2010, 61 (76 f.); v. *Hoffmann/Thorn* IPR, § 6 Rn. 36; *Kegel/Schurig* IPR, § 8 III 3; *Kropholler* IPR, § 34 IV 1 aE; *Loosholders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 219 ff.; *Loosholders* FS v. Hoffmann, 2011, 266 (269).

¹¹⁸⁴ *Stoll* FamRZ 1963, 318 (319); auf: *Loosholders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 190 ff.; *J. Schröder*, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, 1961, 69 ff.

¹¹⁸⁵ GA Szpunar ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 62 ff. = BeckRS 2017, 138499 – Mahnkopf; BGH NJW-RR 1986, 1005 (1006); eingehend *Dannemann* in Leible, General Principles of European Private International Law, 2016, 331 ff.; *Dittmers*, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 217 ff.; *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 ff.; *Paffhausen* Bucerius L. J. 2014, 10 (13 ff.); *Wilke*, A Conceptual Analysis of European Private International Law, 2019, 271 ff.; ferner *Benicke* IPRax 2019, 132 (137 ff.) zum KSÜ; *Dörner* IPRax 2017, 81 (85); *Dörner* ZEV 2018, 305 (310 f.); *Heiderhoff* IPRax 2018, 1 (3); *Kropholler* FS Ferid, 1978, 279 (282 ff.); *Loosholders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 206 f.; *Mansel* FS Canaris, 2017, 739 (780); *Meyer-Sparenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, 155 f.; *Staudinger/Loosholders*, 2019, Rn. 1257; *Süß* DNotZ 2018, 742 (753 f.); *J. Weber* NJW 2018, 1356 (1358).

¹¹⁸⁶ Noch *Kropholler* FS Ferid, 1978, 279 ff. unterschied insoweit nicht zwischen der Anpassung im autonomen und im staatsvertraglichen IPR, wie seine Beispiele zum MSA (S. 282) und zum Haager Unterhaltsabkommen (S. 284) zeigen.

¹¹⁸⁷ *Pirrung* Einl. in *Pirrung*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR, 1987, 15 (23); *Dannemann* in Leible, General Principles of European Private International Law, 2016, 331–331 ff.; *Dörner* IPRax 2017, 81 (85); ferner *Franzina* FS Picchio Forlati, 2014, 185 ff., der sich allerdings auf die og. (→ Rn. 271) Spezialregelungen in EU-Verordnungen konzentriert.

¹¹⁸⁸ *Loosholders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 206 f. widmet der Frage – als einem „Sonderproblem“ – 2 (von 421) Textseiten; *Meyer-Sparenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990,

liche Anpassung wird insoweit herkömmlich als unproblematisch angesehen: Wenn durch ein internationales Rechtsinstrument nur das Kollisionsrecht vereinheitlicht werde, könne eine auf der Sachrechtsebene angesiedelte Anpassung schon begrifflich nicht in den Anwendungsvorrang dieser Kollisionsnormen (Art. 3 EGBGB) eingreifen.¹¹⁸⁹ Das gilt freilich nur, sofern nicht ein Kollisionsrechtsakt selbst ausnahmsweise eine Sachnorm enthält, so insbesondere Art. 32 EuErbVO zur Bewältigung widerstreitender Kommorientenvermutungen (→ Rn. 288). Nach anderer Ansicht soll im Bereich des EU-Kollisionsrechts der **kollisionsrechtlichen Anpassung** der Vorzug gebühren.¹¹⁹⁰ Dies wird mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsprinzip begründet:¹¹⁹¹ Da die EU zur Harmonisierung des Sachrechts im Vergleich zum IPR nur über eine eingeschränkte Kompetenz verfüge, stelle eine Anpassung des Kollisionsrechts einen geringeren Eingriff in die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten dar als eine Anpassung des Sachrechts.¹¹⁹² Daran ist richtig, dass allfälligen Anpassungsproblemen am besten durch eine autonome Qualifikation auf Unionsebene vorgebeugt werden kann, zB indem der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in den Anwendungsbereich der Rom II-VO einbezogen wird.¹¹⁹³ Auch die erbrechtliche Qualifikation des Zugewinnausgleichs im Todesfall (§ 1371 Abs. 1 BGB) durch den EuGH¹¹⁹⁴ wird zum Teil als ein Fall der kollisionsrechtlichen Anpassung eingestuft.¹¹⁹⁵ Im Fall *Mahnkopf* führten aber sowohl die Kollisionsnormen des Ehegüterrechts als auch des Erbrechts gleichlaufend zum deutschen Sachrecht, sodass insoweit kein Anpassungsbedarf im Einzelfall bestand,¹¹⁹⁶ es handelt sich daher um keine Korrektur eines nach vollzogener Qualifikation entstehenden Normwiderspruchs im Einzelfall, sondern allein um eine – zwar angreifbare (→ Rn. 128) –, aber doch reguläre Qualifikation im oben (→ Rn. 264) genannten Sinne. Aus dem Vorrang der autonomen Qualifikation für den Normalfall folgt aber nicht ohne weiteres, ob verbleibende Anpassungsprobleme in Ausnahmefällen besser im Kollisions- oder im Sachrecht gelöst werden sollen. Auch der Verweis auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten schlägt bei näherer Betrachtung nicht durch, denn eine sachrechtliche Anpassung im Einzelfall ist nicht vom EuGH selbst, sondern von den nationalen Gerichten bei der Anwendung ihres eigenen (oder auch eines fremden) Sachrechts vorzunehmen.¹¹⁹⁷ In die souveräne Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Auslegung des Sachrechts wird aber durch die Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts nicht eingegriffen.¹¹⁹⁸ Es kann daher auch auf unionsrechtlicher Ebene nicht grundsätzlich von einem Vorrang der kollisionsrechtlichen Anpassung ausgegangen werden.¹¹⁹⁹

277

Zudem wirft auch die **kollisionsrechtliche Anpassung** auf unionsrechtlicher oder staatsvertraglicher Ebene besondere Probleme auf.¹²⁰⁰ Wenn etwa eine Normenhäufung oder ein Normenmangel durch zwei unterschiedliche Staatsverträge und/oder EU-Verordnungen hervorgerufen wird, stellt sich die Frage, ob ein deutsches Gericht in diesem Fall eines der beiden Rechtsinstrumente unangewendet lassen oder deren Anwendungsbereich auf eigentlich nicht erfasste Fragen erstrecken darf (zB die EuErbVO trotz der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. d EuErbVO auf das Ehegüterrecht [→ Rn. 284 f.] oder die Rom II-VO trotz Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom II-VO auf Unterhaltpflichten [→ Rn. 282]); prima facie wird mit einer solchen Verengung oder Ausdehnung der in einer

¹¹⁸⁹ f. ebenfalls 2 (von 201) Textseiten; *Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 438 äußert sich nur beiläufig; *Gottschalk* Allgemeine Lehren des IPR in kollisionsrechtlichen Staatsverträgen, 2002, 132 und *Nehne*, Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts, 2012, 3 klammern die Anpassung bewusst aus.

¹¹⁹⁰ Allg. *Meyer-Sparenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, 155; *Staudinger/Looschelders*, 2019, Rn. 1248; ebenso *Benicke* IPRax 2019, 132 (137) zum KSÜ; vgl. in Bezug auf die EuGüVO und EuErbVO *Dörner* ZEV 2018, 307 (309); *Fornasier* FamRZ 2018, 634 (635); *Heiderhoff* IPRax 2018, 1 (3); *Heinig* DNotZ 2014, 251 ff.; *Junker* IPR, § 11 Rn. 34; *Mankowski* ErbR 2018, 295 (303 f.); *Paffhausen* Bucerius L. J. 2014, 10 (14); *Rauscher* FS Geimer, 2017, 529 (539); *Ring* ZErb 2018, 297 (301); *Simon/Buschbaum* NJW 2012, 2393 f.; *Süß* DNotZ 2018, 742 (747 f.); *J. Weber* NJW 2018, 1356 (1358).

¹¹⁹¹ *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (634 ff.).

¹¹⁹² *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (634).

¹¹⁹³ Vgl. das Beispiel von *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (635).

¹¹⁹⁴ EuGH ECLI:EU:C:2018:138 = NJW 2018, 1377 – *Mahnkopf*.

¹¹⁹⁵ *Palant/Thorn* EuErbVO Art. 1 Rn. 8; offenlassend *Mansel/Thorn/Wagner* IPRax 2019, 85 (117).

¹¹⁹⁶ Dies betont bereits GA *Szpunar* ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 64 = BeckRS 2017, 138499 – *Mahnkopf*.

¹¹⁹⁷ *Dittmers*, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 251 ff.; *Paffhausen* Bucerius L. J. 2014, 10 (14); so auch *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (645).

¹¹⁹⁸ Vgl. zur materiellrechtlichen Berücksichtigung von Eingriffsnormen EuGH ECLI:EU:C:2016:774 Rn. 51 ff. = NZA 2016, 1389 – *Nikiforidis*.

¹¹⁹⁹ *Dittmers*, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 257 f.

¹²⁰⁰ Näher *Dittmers*, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 258 ff.

EU-Verordnung oder einem Staatsvertrag verbindlich festgelegte sachliche Anwendungsbereich missachtet.¹²⁰¹ Gleichwohl hat der BGH obiter festgestellt, dass auch Koordinierungsprobleme im Anwendungsbereich vereinheitlichten Kollisionsrechts „durch ‚Angleichung‘ zu lösen [sind] [...], indem entweder die betreffende Kollisionsnorm, soweit nach der [...] staatsvertraglichen Vorgabe möglich, modifiziert oder für das offenbar werdende Koordinierungsproblem eine neue Kollisionsregel entwickelt [...] wird“.¹²⁰² Ebenso geht Generalanwalt Szpunar davon aus, dass im Bereich des EU-Kollisionsrechts grundsätzlich sowohl eine kollisions- als auch eine materiellrechtliche Anpassung in Betracht kommt.¹²⁰³ Auch im Schrifttum wird eine kollisionsrechtliche Anpassung insoweit für zulässig gehalten.¹²⁰⁴ Erstens wird hierfür ein argumentum a fortiori zum ordre public entwickelt: Wenn ein Gericht die Anwendung des von den vereinheitlichten Kollisionsnormen berufenen Rechts bei einem Verstoß gegen die Wertvorstellungen nur der lex fori unter Berufung auf den ordre public abwehren dürfe, müsse dies erst recht gelten, wenn aus der Sicht *beider* beteiligter Rechtsordnungen ein konkreter Wertungswiderspruch bestehe.¹²⁰⁵ Zweitens wird die Anpassung als Fall einer teleologischen Extension oder Restriktion eines Staatsvertrages (bzw. heute einer EU-Verordnung) angesehen, die zulässig sei, wenn sie nach denjenigen Zielen gerechtfertigt sei, die das jeweilige Instrument selbst verfolge.¹²⁰⁶ Einschränkend wird aber in Bezug auf Staatsverträge betont, dass dies nur in Betracht komme, wenn eine rechtsvergleichende Betrachtung ergebe, dass eine solche Auslegung auch in den anderen Vertragsstaaten gebilligt werde oder zumindest auf Akzeptanz stoßen könnte.¹²⁰⁷ Fasst man die kollisionsrechtliche Anpassung als einen besonderen Fall der erneuteten Vornahme der Qualifikation auf (→ Rn. 264, → Rn. 274), ist im Anwendungsbereich der EU-Verordnungen mutatis mutandis auch insoweit der Grundsatz der autonomen Qualifikation maßgebend (→ Rn. 133 ff.). Es ist also bei der Auflösung entsprechender Normenwidersprüche – etwa zwischen Güterrechts- und Erbstatut – der EuGH ggf. nach Art. 267 AEUV um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, ob zB der Widerspruch durch eine regelwidrige Ausdehnung der EuGüVO auf das Erbrecht, der EuErbVO auf das Güterrecht oder letztlich doch auf der Ebene des Sachrechts zu lösen ist.¹²⁰⁸ Sofern auch nach dem EU-Kollisionsrecht im Einzelfall lediglich ein Spielraum für eine sachrechtliche Anpassung besteht, müssen aber über die Art und Weise dieser Anpassung die für die Auslegung ihres eigenen Sachrechts zuständigen nationalen Gerichte entscheiden.¹²⁰⁹ Jedenfalls darf nicht vorschnell auf kollisionsrechtliche „Grenzverschiebungen“ etwa im Bereich des Unterhalts-, Güter- und Erbrechts zurückgegriffen werden, die allein im Rahmen des bisher maßgebenden nationalen IPR entwickelt worden sind.¹²¹⁰ Maßgebend müssen vielmehr die Systematik und Zielsetzungen der jeweiligen Verordnungen sein.¹²¹¹ Insoweit wird dafür plädiert, besonders die Grundfreiheit der Personenfreizügigkeit (Art. 21 AEUV) bei der Abwägung zu berücksichtigen und im Zweifel die flexiblere Verordnung, die zB großzügigere Rechtswahlmöglichkeiten oder Ausweichklauseln vorsieht, hinter der weniger anpassungsbereiten Verordnung zurücktreten zu lassen.¹²¹² Dies soll zB beim pauschalierten Zugewinnausgleich im Todesfall (§ 1371 Abs. 1 BGB) dazu führen, dass

¹²⁰¹ Vgl. Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 206 f.; Looschelders IPRax 2016, 349 (352); Meyer-Sparenberg, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, 155; Staudinger/Looschelders, 2019, Rn. 1257; diff. Benicke IPRax 2019, 132 (137): Verengung sei problematischer als Ausdehnung.

¹²⁰² BGH NJW-RR 1986, 1005 (1006).

¹²⁰³ GA Szpunar ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 63 = BeckRS 2017, 138499 – Mahnkopf.

¹²⁰⁴ Benicke IPRax 2019, 132 (137 f.); Dittmers, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 261; Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (636 ff.); Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 206 f.; Looschelders IPRax 2016, 349 (352); Meyer-Sparenberg, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, 155 f.; implizit Kropholler FS Ferid, 1978, 279 ff.; beiläufig Dannemann, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 438.

¹²⁰⁵ Meyer-Sparenberg, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, 155; vgl. auch LG Aurich IPRspr. 1975 Nr. 95; krit. insoweit Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 207.

¹²⁰⁶ Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 207.

¹²⁰⁷ Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 207; ebenso in Bezug auf EU-Verordnungen Dörner IPRax 2017, 81 (85); zum KSÜ Benicke IPRax 2019, 132 (137 f.).

¹²⁰⁸ Ebenso Dittmers, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, 2019, 240 ff.; Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (634); Looschelders IPRax 2016, 349 (352); Paffhausen Bucerius L. J. 2014, 10 (14); hiervon ausgehend auch GA Szpunar ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 66 = BeckRS 2017, 138499 – Mahnkopf.

¹²⁰⁹ Insoweit offenbar abw. Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (634 ff.).

¹²¹⁰ Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (636 ff.); Looschelders IPRax 2016, 349 (352); Paffhausen Bucerius L. J. 2014, 10 (13 ff.); auch Dörner in Dutta/Herrler, EuErbVO, 2014, 73 (80) stellt beiläufig (Fn. 30) die Frage, „ob nicht gemeinschaftliche Substitutions- und Anpassungsregeln als Bestandteil eines bislang ungeschriebenen Allgemeinen Teils des Europäischen IPR entwickelt werden müssten.“

¹²¹¹ Zur eingehenden Entfaltung denkbarer Abwägungskriterien aufz. Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (627 ff.).

¹²¹² Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (636 ff.).

der Anwendungsbereich der EuGüVO auch auf die erbrechtliche Lösung erstreckt werde.¹²¹³ Für ein solches Vorgehen hätten zwar beachtliche Gründe gesprochen (→ Rn. 127 ff.), doch ist zumindest das genannte Beispiel durch die neuere Rspr. des EuGH, der den pauschalierten Zugewinnausgleich im Todesfall erbrechtlich qualifiziert,¹²¹⁴ überholt (→ Rn. 284 f.).

278 c) Die einzelnen Fallgruppen. aa) Normenmangel. Für den Normenmangel wird vielfach ein Vorrang der kollisionsrechtlichen Lösung gegenüber einer Anpassung des Sachrechts postuliert.¹²¹⁵ Die insoweit denkbaren Lösungsstrategien lassen sich (auf der Basis des heute [30.6.2019] geltenden Rechts) am viel diskutierter Beispiel des in Deutschland verunglückten belgischen Hauskindes (→ Rn. 268) veranschaulichen.¹²¹⁶ Hier kämen theoretisch die folgenden Ansätze in Betracht, um den Normenmangel zu beheben und den Eltern doch noch zu einem Anspruch gegen den Schädiger zu verhelfen:

279 (1) Zwar spricht das KSÜ in Art. 16 Abs. 1 KSÜ gemäß Art. 21 Abs. 1 KSÜ lediglich eine Sachnormverweisung aus; auf ein volljähriges Hauskind findet aber weiterhin Art. 21 EGBGB Anwendung (Art. 2 KSÜ). Da Art. 21 EGBGB eine Gesamtverweisung ausspricht (→ EGBGB Art. 4 Rn. 11), könnte man dem belgischen Recht einen **Renvoi kraft abweichender, rein deliktilicher Qualifikation** der schadensersatzrechtlichen Implikationen des Eltern-Kind-Verhältnisses (allgemein → EGBGB Art. 4 Rn. 81 ff.) entnehmen und insoweit insgesamt deutsches Tatortrecht (§ 845 BGB iVm § 1619 BGB) anwenden.¹²¹⁷

280 (2) Ferner könnte man die **Dienstleistungspflicht des Hauskindes** ausnahmsweise **unterhaltsrechtlich qualifizieren**.¹²¹⁸ Das auf die Vorfrage nach der Dienstleistungspflicht anwendbare Recht wäre dann nicht nach Art. 21 EGBGB zu bestimmen, sondern nach Art. 3 ff. HUP. Zwar wäre auch nach Art. 3 Abs. 1 HUP grundsätzlich belgisches Recht anzuwenden, das keine dem § 1619 BGB entsprechende Dienstleistungspflicht kennt. Aber subsidiär wäre nach Art. 4 Abs. 2 HUP auf einen Unterhaltsanspruch der Eltern gegen ihr Kind deutsches Recht als lex fori anwendbar, so dass man im Ergebnis zwar nicht zu einem Anspruch aus § 845 Abs. 1 BGB, aber aus § 844 Abs. 2 BGB käme.

281 (3) Am häufigsten wird indes vorgeschlagen, in Fällen des Normenmangels eine **kollisionsrechtliche Grenzverschiebung** in der Weise vorzunehmen, dass man die Verweisung einer der beiden in Betracht kommenden Kollisionsnormen ausnahmsweise auch auf die hiervon nicht erfasste Frage ausdehnt.¹²¹⁹ Im Beispielfall könnte man also die deliktische Anknüpfung (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO) auf das Eltern-Kind-Verhältnis erstrecken oder umgekehrt den Schadensersatzanspruch demjenigen Recht unterwerfen, welches das Eltern-Kind-Verhältnis beherrscht. **(a)** Folgt man der ersten Variante, wäre die Vorfrage nach der Dienstleistungspflicht nicht getrennt als Bestandteil des Eltern-Kind-Verhältnisses anzuknüpfen, sondern unmittelbar dem Hauptfragenstatut, also dem deutschen Tatortrecht (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO), zu unterwerfen.¹²²⁰ Hierfür könnte man sich auf die entsprechende Beantwortung statusrechtlicher Vorfragen im internationalen Unterhaltsrecht (→ Rn. 187) berufen.¹²²¹ **(b)** Folgt man der zweiten Variante, wäre auch der Schadensersatzanspruch der Eltern nach Art. 21 EGBGB anzuknüpfen, so dass im Ergebnis Art. 1382, 1384 C. c. Anwendung fänden, wenn man nicht – insoweit dem Lösungsvorschlag (1) folgend – wiederum einen Renvoi kraft abweichender Qualifikation auf das deutsche Recht annähme.¹²²²

282 Zwar führen alle hier vorgestellten Lösungstechniken zu inhaltlich angemessenen Ergebnissen. Ihre Konstruktion muss jedoch Zweifeln begegnen: Eine versteckte Rückverweisung (**Lösung [1]**) scheidet aus, weil das deutsche IPR nur in Bezug auf die Dienstleistungspflicht, nicht aber im Bezug

¹²¹³ Gössl RabelsZ 82 (2018), 618 (637).

¹²¹⁴ EuGH ECLI:EU:C:2018:138 = NJW 2018, 1377 – Mahnkopf.

¹²¹⁵ BeckOK BGB/Lorenz, 1.8.2019.I.8.2019, Rn. 94; Benicke FS Schapp, 2010, 61 (74f.); v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 36; Kropholler FS Ferid, 1978, 279 (284f.); Rauscher IPR Rn. 573; einschr. aber Siehr IPR § 49 III 3b: „keine Patentlösung“.

¹²¹⁶ Hierzu Dannemann, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 12, 111, 157, 268, 283 f., 451 f., 470 f.; v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 36 f.; Hohloch JuS 1996, 171 f.; Staudinger/Sturm/Sturm, 2012, Rn. 253; zum ähnlich gelagerten „Tänzerin“-Fall (OLG Celle VersR 1980, 169) bereits Loosholders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, 233.

¹²¹⁷ So noch v. Hoffmann IPR, 6. Aufl. 1999, § 6 Rn. 36; aufgegeben aber durch v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 36.

¹²¹⁸ Vgl. zum deutschen Sachrecht auf. Enderlein AcP 200 (2000), 565 (589 f.).

¹²¹⁹ Benicke FS Schapp, 2010, 61 (73 ff.); Benicke IPRax 2019, 132 (139); Kropholler FS Ferid, 1978, 279 (284).

¹²²⁰ So nunmehr v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 36; Mansel FS Canaris, 2017, 739 (781); vgl. aber in der Begr. abw. Dannemann, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 470 f.

¹²²¹ v. Hoffmann/Thorn IPR § 6 Rn. 36 Fn. 71.

¹²²² Dagegen spräche bei einer solchen einzelfallbezogenen Rechtsfortbildung wohl der „Sinn der Verweisung“ iSd Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB.

auf die Haftungsgrundlage selbst, auf das belgische Recht verweist;¹²²³ der Fall ist insoweit mit den klassischen Verlöbnisbruchfällen (→ EGBGB Art. 4 Rn. 82) nicht vergleichbar. Im Übrigen trägt dieser Ansatz für minderjährige Hauskinder nicht mehr, seit auch Belgien dem KSÜ beigetreten ist (Ausschluss des Renvoi nach Art. 21 Abs. 1 KSÜ). Auch eine unterhaltsrechtliche Qualifikation der Dienstleistungspflicht (**Lösung [2]**) kommt weder nach der lex fori noch bei einer autonomen Auslegung des HUP ernstlich in Betracht;¹²²⁴ das Kind schuldet den Eltern Dienste als Ausgleich für den ihm von diesen gewährten Unterhalt, wird hierdurch aber nicht selbst unterhaltspflichtig.¹²²⁵ Es bleibt daher allein die kollisionsrechtliche „Grenzverschiebung“ zwischen Internationalem Delikts- und Sorgerecht (**Lösung [3]**). Hier stellt sich aber das bereits oben (→ Rn. 277) im Hinblick auf die Anpassung im Rahmen von EU-Verordnungen angeschnittene Problem, dass die Rom II-VO nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom II-VO keine familienrechtlichen Dienstleistungs- oder Unterhaltspflichten erfasst (**Lösung [3a]**), während umgekehrt ein deliktischer Schadensersatzanspruch der VO nicht einfach entzogen und entgegen dem Anwendungsvorrang des Unionstrechts (Art. 3 Nr. 1 EGBGB) dem autonomen IPR (Art. 21 EGBGB) unterstellt werden darf (**Lösung [3b]**). Man könnte insoweit allenfalls argumentieren, dass die Rom II-VO nur in Situationen Anwendung finden solle, die einen „conflict of laws“ voraussetzen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO in der englischen Fassung); an einem wirklichen „Konflikt“ zwischen der belgischen und der deutschen Rechtsordnung fehle es aber, wenn beide beteiligten Rechtsordnungen inhaltlich zu demselben materiellen Ergebnis gelangen würden. Jedoch würde man hiermit einer Unterscheidung der anglo-amerikanischen Dogmatik zwischen „false and true conflicts“ folgen,¹²²⁶ die der europäischen Methodologie grundsätzlich fremd ist, weil das europäische IPR das anwendbare Recht prinzipiell ohne Rücksicht auf dessen Inhalt bestimmt (→ Rn. 29 f.). Zwar ermöglicht die Rom II-VO in Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO eine Auflockerung durch eine akzessorische Anknüpfung, mit der nicht zuletzt Qualifikations- und Anpassungsproblemen vorgebeugt werden soll (→ Rn. 271). Insofern kann grundsätzlich auch an ein familienrechtliches Rechtsverhältnis angeknüpft werden, das als solches vom Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgeschlossen ist.¹²²⁷ Es ist aber bereits fraglich, ob diese Methode auch bei Straßenverkehrsunfällen zur Verfügung steht, weil familien spezifische Differenzierungen hier nur schwerlich einleuchten.¹²²⁸ Jedenfalls setzt eine solche Korrektur der Verweisung voraus, dass das fragliche Rechtsverhältnis gerade „zwischen den Parteien“ des Schuldverhältnisses aus unerlaubter Handlung besteht (Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO); daran fehlt es jedoch im Beispieldfall, weil Parteien des deliktischen Schuldverhältnisses allein der Schädiger und das getötete Hauskind, nicht dessen Eltern sind. Die Lösung (3b) ließe sich daher nur mit erheblichen dogmatischen Verwerfungen durchführen.

Bei einer Gesamtabwägung erscheint es daher im Lichte des oben (→ Rn. 275) genannten Gebots des geringsten Eingriffs noch am ehesten vertretbar, eine kollisionsrechtliche Anpassung in der Weise vorzunehmen, dass man ungeachtet des Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom II-VO auch die Dienstleistungspflicht des Kindes als eine Teilfrage des Haftungsgrundes (Art. 15 lit. a Rom II-VO) in den Anwendungsbereich der VO einbezöge und ein solches Vorgehen offen als zwar formal regelwidrig, aber teleologisch gebotene Extension legitimiere (→ Rn. 277). Ob auch der EuGH einer solchen kühnen Lösung folgen würde, bliebe aber abzuwarten. – Angesichts all dieser Unwägbarkeiten auf kollisionsrechtlichem Terrain gewinnt die **sachrechtliche Anpassung** erheblich an Reiz. Denn im Rahmen seiner eigenen nationalen Sachvorschriften hat der Rechtsanwender eine erheblich größere Freiheit zur kreativen Rechtsfortbildung, als dies angesichts der detaillierten Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs von EU-Verordnungen und Staatsverträgen im IPR möglich ist. Da es sich bei der Anpassung um eine einzelfallbezogene Rechtsfortbildungsaufgabe handelt, ist auch zweifelhaft, ob das auf die Beantwortung mehr oder minder abstrakter Rechtsfragen zugeschnittene Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV das passende Instrument ist, um zu einer Klärung der Rechtslage in derartigen Sonderfällen beizutragen. Eine Durchbrechung der Anwendungsschranken einer EU-Verordnung oder eines Staatsvertrages in einer speziellen Anpassungskonstellation könnte die Gefahr schaffen, dass die nationalen Gerichte es mit dem Grundsatz

¹²²³ Staudinger/Sturm/Sturm, 2012, Rn. 253.

¹²²⁴ S. nur Erman/Hohloch EGBGB Art. 21 Rn. 12; gegen eine Lösung derartiger Fälle auf der Qualifikations ebene auch Dannemann, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 268.

¹²²⁵ Vgl. die Formel in BGHZ 137, 1 (8) = NJW 1998, 307 (308): „Arbeitskraft gegen Gewährung des Unterhalts“.

¹²²⁶ Hay/Borchers/Symeonides/Whytock, Conflict of Laws, 6. Aufl. 2018, § 2.9B.

¹²²⁷ AllgM, s. nur Calliess/v. Hein Rom II-VO Art. 4 Rn. 63.

¹²²⁸ Abl. noch zum deutschen IPR BGHZ 119, 137 (144) = NJW 1992, 3091 (3092 f.); zum Streitstand nach der Rom II-VO Calliess/v. Hein Rom II-VO Art. 4 Rn. 63 mwN.

der autonomen Qualifikation auch in Normalfällen nicht so genau nähmen wie gewünscht – *hard cases make bad law*. Eine Vorlageentscheidung des EuGH aber, in welcher der Gerichtshof nur mehr oder minder allgemeine Grundsätze der Anpassung referieren und im Übrigen auf deren Anwendung durch das nationale Gericht verweisen würde, wäre wenig hilfreich. Schließlich wurde eine sachrechtliche Anpassung bereits vom OLG Köln bevorzugt, das die rechtliche Konstruktion wählte, „im Rahmen des § 845 BGB das belgische Schadensersatzrecht an die Stelle der fehlenden belgischen Dienstleistungsverpflichtung im Sinne des § 1619 BGB treten zu lassen“.¹²²⁹ Auf diese Weise erhalten die Kläger im Ergebnis einen Schadensersatzanspruch, der ihnen bei isolierter Betrachtung beider Rechtsordnungen von vornherein zugestanden hätte.

284 Auch für den Normenmangel in den bereits genannten **Witwenfällen** (→ Rn. 238, → Rn. 266) war zu Art. 15 EGBGB aF, Art. 25 EGBGB aF öfters vorgeschlagen worden, die Problematik durch eine **kollisionsrechtliche „Grenzverschiebung“** in der Weise zu lösen, dass entweder dem überlebenden Ehegatten derjenige Anteil am Nachlass zugesprochen wird, den ihm das Güterstatut zuerkennen würde,¹²³⁰ oder umgekehrt die erbrechtliche Verweisung auf den güterrechtlichen Ausgleich ausgedehnt wird.¹²³¹ Eine Ausdehnung der güterrechtlichen Verweisung auf das Erbrecht kommt indes nicht in Betracht. Im autonomen IPR (Art. 15 EGBGB aF, Art. 25 EGBGB aF) musste diese Lösung schon deshalb ausscheiden, weil sie bei der Schaffung des EGBGB von 1986 bewusst erwogen, aber letztlich verworfen worden war, „weil die Entwicklung der Ehe und die Reihenfolge des Todes der Ehegatten nicht vorausgesehen werden können“ und der „für die sachgerechte Ausgestaltung einer solchen Anknüpfungsgleichheit erforderliche Aufwand (Vermeidung der Anknüpfung an ein ‚versteinertes‘ Güterrechtsstatut) [...] außer Verhältnis zum Ergebnis [stünde]“.¹²³² Bereits der **BGH** hat sich daher – wenn auch in einem Fall, der keinen Normenmangel, sondern genau umgekehrt eine Normenhäufung (→ Rn. 266; → Rn. 289) nahelegte – zu Recht für eine allenfalls materiellrechtliche Anpassung ausgesprochen.¹²³³ Nach der neueren Rspr. des **EuGH**¹²³⁴ ist der pauschalierte Zugewinnausgleich im Todesfall (§ 1371 Abs. 1 BGB) erbrechtlich zu qualifizieren (→ Rn. 128). Dies lässt für eine Rechtsfortbildung dergestalt, dass die EuErbVO beim Zugewinnausgleich im Todesfall hinter die EuGüVO zurücktritt,¹²³⁵ keinen Raum mehr.¹²³⁶ Die erbrechtliche Qualifikation hat zur Folge, dass eine Erbteilserhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB ausscheidet, wenn die Ehegatten zwar im deutschen Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hatten, aber (insbesondere aufgrund der Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers, Art. 21 Abs. 1 EuErbVO) ein ausländisches Recht als Erbstatut berufen ist, das keine entsprechende Erbteilserhöhung kennt.¹²³⁷ Insbesondere kommt in Betracht, dass die als Erbstatut berufene Rechtsordnung lediglich einen im engeren Sinne güterrechtlichen Ausgleich dergestalt vorsieht, dass dem überlebenden Ehegatten zB die Hälfte des während der Ehe erworbenen Vermögens zugesprochen wird und nur der verbleibende Rest in den Nachlass fällt.¹²³⁸ Eine solche Form des Ausgleichs muss aber auch nach der *Mahnkopf*-Entscheidung des EuGH grundsätzlich als güterrechtlich iSd EuGüVO qualifiziert werden,¹²³⁹ sodass eine kollisionsrechtliche „Grenzverschiebung“ der EuErbVO in Bezug auf grundsätzlich von der EuGüVO erfasste Fragen zweifelhaft ist.¹²⁴⁰ Zwar

¹²²⁹ OLG Köln FamRZ 1995, 1200 = NZV 1995, 448; zust. *Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 2004, 451 f.; *Hohloch* JuS 1994, 171 f.; *Staudinger/Sturm/Sturm*, 2012, Rn. 253.

¹²³⁰ In jüngerer Zeit vor allem *Benicke* FS Schapp, 2010, 61 (74 f.); ebenso auf Anregung von *Müller-Freinfels* zuerst die Erbrechtskommission des Deutschen Rates für IPR, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts, 1969, 6; damit sympathisierend *Kropholler* FS Ferid, 1978, 279 (284); ebenso *Kühne*, IPR-Gesetz-Entwurf, 1980, § 30 (162 f.); so iErg, aber stark diff. *Kegel/Schurig* IPR § 8 III 2; anders Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, 1981, 66 und *Kropholler* IPR § 51 IV 2a.

¹²³¹ So bereits *Kegel* FS Lewald, 1953, 259 (285); ferner zB v. *Hoffmann/Thorn* IPR § 6 Rn. 36; *Keller/Siehr* IPR § 35 III 2.

¹²³² BT-Drs. 10/504, 74.

¹²³³ BGHZ 205, 289 Rn. 31, 34 = NJW 2015, 2185; iErg jedoch die Notwendigkeit einer Anpassung verneinend, → Rn. 266, 289.

¹²³⁴ EuGH ECLI:EU:C:2018:138 = NJW 2018, 1377 – *Mahnkopf*.

¹²³⁵ Dafür noch *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (637).

¹²³⁶ *Junker* IPR § 11 Rn. 33; *Mankowski* ErbR 2018, 295 (304); *Staudinger/Looschelders*, 2019, Rn. 1257.

¹²³⁷ *Fornasier* FamRZ 2018, 634 (635).

¹²³⁸ *Fornasier* FamRZ 2018, 634 (635).

¹²³⁹ *Dörner* ZEV 2018, 307 (309); *Fornasier* FamRZ 2018, 634 (635); *Junker* IPR § 11 Rn. 34; *Süß* DNotZ 2018, 742 (747 f.); *J. Weber* NJW 2018, 1356 (1358).

¹²⁴⁰ Abweichend, wenn in einem Fall nur die EuErbVO, aber nicht die EuGüVO anwendbar ist, *Gössl* RabelsZ 82 (2018), 618 (646).