

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht

Rabels Zeitschrift

für ausländisches und internationales Privatrecht

The Rabel Journal
of Comparative and International Private Law

Lord Reed: Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom

Mankowski, Peter: Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts – Zwischen Internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht

Gössl, Susanne Lilian: Anpassung im EU-Kollisionsrecht

Hellgardt, Alexander: Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie

Baum, Harald, Andreas M. Fleckner und Mihoko Sumida: Haftung für Pflichtverletzungen von Börsen – Deutschland und Japan im Vergleich



Rabels Zeitschrift
für ausländisches und internationales Privatrecht
The Rabel Journal
of Comparative and International Private Law

Herausgegeben in Gemeinschaft mit

Jürgen Basedow, Ulrich Drobnig, Bernhard Großfeld, Klaus J. Hopt,
Hein Kötz, Ernst-Joachim Mestmäcker, Wernhard Möschel

von

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann

Direktoren am Institut

Redaktion: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,
Mittelweg 187, D-20148 Hamburg
Telefon 040/41900-234 – Telefax 040/41900-288

Redaktionsausschuss: Christian Eckl, Jens Kleinschmidt, Christoph Kumpan,
Klaus Ulrich Schmolke, Kurt Siehr, Wolfgang Wurmnest

Redaktionsassistentz: Anke Schild

Manuskripte: **rabelsz@mpipriv.de**

All Rabel Journal articles are subject to peer review by at least two experts familiar with their subject matter. For more information on the submission procedure and for the style sheet in English and German please visit <www.mohrsiebeck.com/rabelsz>.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist.

Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Bestandteil des Verlagsrechts sind das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten, und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträgern oder im Onlineverfahren zu verbreiten.

Erscheinungsart: Bandweise, pro Jahr ein Band zu 4 Heften mit je etwa 225 Seiten. Empfohlener Verkaufspreis pro Band: € 329,- für Institutionen einschließlich eines IP-gesteuerten elektronischen Zugangs mit Hyperlinks. Der Zugang gilt für *einen* Standort einer mittelgroßen Institution mit bis zu 40.000 Nutzern (FTE). Als mehrere Standorte gelten Institutionen dann, wenn die Einrichtungen in unterschiedlichen Städten liegen. Multi-Sites und größere Institutionen bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: **elke.brixner@mohrsiebeck.com**. Abonnement für Privatpersonen: € 169,-, einschließlich eines elektronischen Zugangs über Benutzername und Passwort. *Einzelheftpreis:* € 94,-, jeweils zuzüglich Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Jahresende für das folgende Jahr möglich. Die Abbestellung muss bis spätestens 30. November erfolgen. Eine Einbanddecke ist zum Preis von € 21,- lieferbar. *Verlag:* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen. *Vertrieb:* über den Buchhandel.

© 2018 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz und Druck: Gulde-Druck, Tübingen.
ISSN 0033-7250

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhalt dieses Heftes

Aufsätze

LORD REED, Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom	563–575
MANKOWSKI, PETER, Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts – Zwischen Internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht	576–617
Summary: International Procedural Law – Between Choice of Law and Procedural Law	617
GÖSSL, SUSANNE LILIAN, Anpassung im EU-Kollisionsrecht	618–653
Summary: Adaptation in EU Private International Law	652–653
HELLGARDT, ALEXANDER, Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie	654–696
Summary: The European Fundamental Right of Party Autonomy and the Prohibition Against the Choice of Non-State Law	695–696
BAUM, HARALD, ANDREAS M. FLECKNER und MIHOKO SUMIDA, Haftung für Pflichtverletzungen von Börsen – Deutschland und Japan im Vergleich	697–740
Summary: Liability for Trading Irregularities at Stock Exchanges	740

Literatur

I. Buchbesprechungen

<i>Adler, David B.</i> : Die Anwendung und Durchsetzung US-amerikanischer Handelsbeschränkungen innerhalb der Europäischen Union. Wie schutzlos ist die EU? Berlin 2016 (MATTHIAS WELLER)	741–742
<i>Braun, Johann</i> : Deduktion und Invention. Gesetzesauslegung im Widerstreit von Gehorsamskunst, Rechtsgefühl und Wahrheits-suche. Tübingen 2016 (LORENZ DROESE)	743–746

Corporate Boards in Law and Practice. A Comparative Analysis in Europe. Ed. by <i>Paul Davies, Klaus J. Hopt, Richard Nowak, Gerard van Solinge</i> . Oxford 2013 (SUSANNE KALSS)	747–750
<i>Corrin, Jennifer, Don Paterson</i> : Introduction to South Pacific Law. Fourth Edition. Cambridge u.a. 2017;	
<i>Corrin, Jennifer, David Bamford</i> : Courts and Civil Procedure in the South Pacific. Second Edition. Cambridge u.a. 2016 (HORST K. LÜCKE)	750–757
<i>Cuniberti, Gilles</i> : Conflict of Laws: A Comparative Approach. Text and Cases. Cheltenham u.a. 2017 (WOLFGANG WURMNEST) . . .	757–759
<i>Deinert, Olaf</i> : International Labour Law under the Rome Conventions. A Handbook. Baden-Baden u.a. 2017 (DIETER MARTINY)	759–761
<i>Ehlers, Andrea</i> : Die Behandlung fremdartiger Namen im deutschen Recht. (Kollisions-)rechtliche Bewertung unter besonderer Berücksichtigung von Art. 47 EGBGB sowie der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklungen im Bereich des Namensrechts. Hamburg 2016;	
Ein Name in ganz Europa. Vorschläge für ein Internationales Namensrecht der Europäischen Union. Hrsg. von <i>Anatol Dutta, Tobias Helms</i> und <i>Walter Pintens</i> . Frankfurt am Main 2016 (VOLKER LIPP)	761–767
Europäisches Privat- und Unternehmensrecht. Hrsg. von <i>Martin Gebauer</i> und <i>Christoph Teichmann</i> . Baden-Baden u.a. 2016 (WOLFGANG WURMNEST)	767–770
Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR. Kommentar. Band III: Rom I-VO, Rom II-VO. 4. Auflage. Hrsg. von <i>Thomas Rauscher</i> . Köln 2016 (DIETER MARTINY) . . .	770–773
The European Union and National Civil Procedure. Ed. by <i>Anna Nylund</i> and <i>Bart Krans</i> . Cambridge 2016 (ASTRID STADLER) . . .	773–777
<i>Finkelmeier, Max</i> : Qualifikation der Vindikation und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Zugleich ein Beitrag zur Qualifikationsmethodik und zur Rechtsvergleichung. Tübingen 2016 (JAN PETER SCHMIDT)	778–784
German and Asian Perspectives on Company Law. Law and Policy Perspectives. Ed. by <i>Holger Fleischer, Hideki Kanda, Kon Sik Kim</i> and <i>Peter Mülbert</i> . Tübingen 2016 (MORITZ BÄLZ)	785–788
<i>Geuenich, Berit</i> : Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Falle der international-privatrechtlichen Verweisung auf einen territorialen Mehrrechtsstaat. Rechtsvergleich, Haager Übereinkommen, Art. 4 Abs. 3 EGBGB, Europäisches IPR. Tübingen 2017 (ULRICH DAUM)	789–791
<i>Guillod, Sarah</i> : Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten. Ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten	

im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts. Basel 2016 (BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER)	792–795
The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law. Ed. by <i>Verica Trstenjak, Petra Weingerl</i> . Cham u.a. 2016 (MIRJAM DE MOL)	796–799
<i>Jansen, Trygve</i> : Die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition. Eine historische Analyse des deutschen Bürgschaftsrechts und dessen Berücksichtigung im Draft Common Frame of Reference. Berlin 2016 (PETER GRÖSCHLER)	799–804
<i>Kaspers, Melanie</i> : Die gemischten und verbundenen Verträge im Internationalen Privatrecht. Frankfurt am Main u.a. 2015 (DIETER MARTINY)	804–807
<i>Keßler, Verena</i> : Unterhalts- und Erbansprüche des innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch heterologe Insemination gezeugten Kindes im Rechtsvergleich mit Österreich, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz. Hamburg 2014 (DIETER MARTINY)	808–811
Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union. Hrsg. von <i>Jan von Hein</i> und <i>Giesela Rühl</i> . Tübingen 2016 (LEONHARD HÜBNER)	811–816
<i>Kummer, Maximilian</i> : Sprachprobleme und Sprachrisiken. Lösungsansätze des Draft Common Frame of Reference. Tübingen 2016 (ERIK JAYME)	816–817
<i>Künßberg, Eberhard Georg Otto Freiherr von</i> : Die Entwicklung der deutschen Rechtssprache. Mit einem Vorwort von <i>Stefan Chr. Saar</i> . Baden-Baden 2017 (REINHARD HINGER)	817–820
<i>Lieder, Jan</i> : Die rechtsgeschäftliche Sukzession. Eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum Internationalen und Europäischen Privatrecht. Tübingen 2015 (EVA-MARIA KIENINGER)	820–825
<i>Moeller, Axel</i> : Alternative Initial Public Offering Models. The Law and Economics Pertaining to Shell Company Listings on German Capital Markets. Tübingen 2016 (WOLF-GEORG RINGE)	826–828
<i>Oberauer, Norbert</i> : Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht. Eine Einführung. Würzburg 2017 (HANS-GEORG EBERT)	828–831
<i>Ott, Walter</i> : Die Vielfalt des Rechtspositivismus. Baden-Baden 2016 (BERND RÜTHERS)	831–834
<i>Roder, Verena</i> : Die Methodik des EuGH im Urheberrecht. Die autonome Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Spannungsverhältnis zum nationalen Recht. Tübingen 2016 (SIMÓN MATORANA)	834–843
<i>Rüping, Matthias</i> : Der mündige Bürger. Leitbild der Privatrechtsordnung? Berlin 2017 (JÜRGEN BASEDOW)	844–847

<i>Schellerer, Juliane</i> : Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen. BGB, Kunsthandel, Europäisches Privatrecht. Tübingen 2016 (KURT SIEHR)	847–849
<i>Schmitz, Melanie</i> : Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht. Berlin 2017 (GUNTHER KÜHNE)	850–852
<i>Schnelle, Michael Alexander</i> : Der Abwanderungsschutz von Kulturgütern im Lichte der Freihandelsordnungen von AEUV und GATT. Zur Notwendigkeit einer Bereichsausnahme für national wertvolles Kulturgut. Baden-Baden u.a. 2016 (KURT SIEHR)	852–855
<i>Seibold, Stefanie</i> : Die Haftung von Ratingagenturen nach deutschem, französischem, englischem und europäischem Recht. Tübingen 2016 (ANDREAS BAUMGARTNER)	855–860
<i>Starke, Max Fabian</i> : EU-Grundrechte und Vertragsrecht. Tübingen 2016 (ARTHUR HARTKAMP)	860–863
Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840). Bürger und Gelehrter. Hrsg. von <i>Christian Hattenhauer, Klaus-Peter Schroeder</i> und <i>Christian Baldus</i> . Tübingen 2017 (KURT SIEHR).	863–869
<i>Wilhelm, Christopher</i> : Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich. Berlin 2017 (PETER BÜLOW)	869–873
Women’s Human Rights and the Elimination of Discrimination / Les droits des femmes et l’élimination de la discrimination. Ed. by <i>Maarit Jänterä-Jareborg, Hélène Tigroudja</i> . Leiden u.a. 2016 (DAGMAR COESTER-WALTJEN)	873–878
II. Eingegangene Bücher	879–881
Mitarbeiter dieses Heftes	882–883

Anpassung im EU-Kollisionsrecht

Von SUSANNE LILIAN GÖSSL, Bonn*

Inhaltsübersicht

I. Einführung	619
II. Das Instrument der Anpassung im Überblick	621
III. Anpassung im geltenden EU-IPR	624
IV. Zwei EU-Kollisionsnormen	626
1. Voraussetzungen der Anpassungslage	627
a) Ungleichbehandlung	628
b) Ungewolltes Ergebnis	629
c) Rechtsverletzung	630
d) Konkretisierung der Abwägung	632
2. Folgen der Anpassungslage	634
a) EuGH-Vorlage	634
b) Kollisionsrechtliche oder sachrechtliche Anpassung	634
c) Vorgehensweise bei der kollisionsrechtlichen Anpassung	636
d) Ultima Ratio: Sachrechtliche Anpassung	639
V. Nationale und EU-Kollisionsnorm	640
1. Voraussetzungen der Anpassungslage	642
2. Folgen der Anpassungslage	645
a) EuGH-Vorlage	645
b) Vorgehensweise: Loyale Zusammenarbeit und Vorrang des Unionsrechts	645
c) Grenzen des Anwendungsvorrangs und loyale Zusammenarbeit	647
d) Ausnahmsweise: Anpassung der EU-Regelungen	649
VI. Ergebnis	651
Summary: Adaptation in EU Private International Law	652

* Eine kürzere Version dieses Beitrags wurde im Jahr 2016 mit dem Otto-Schmidt-Preis zur Förderung der Europäisierung und der Internationalisierung des Rechts ausgezeichnet.

I. Einführung

Ziel des Internationalen Privatrechts (IPR) ist es, einen grenzüberschreitenden Sachverhalt durch Koordination der involvierten Sachrechte zu einer zufriedenstellenden Lösung zu führen.¹ Durch die Anwendung zweier nationaler Rechtsordnungen auf einen Fall (*dépeçage*) können Wertungswidersprüche entstehen – bis dahin, dass das Ergebnis der Rechtsanwendung von keiner der involvierten Rechtsordnungen gewollt ist.² Das Instrument zur Beseitigung dieser Widersprüche ist die „Anpassung“ oder „Angleichung“.³ „Anpassung“ bedeutet, dass die den Sachverhalt regelnden Normen im konkreten Fall ausnahmsweise vom Richter verändert, also angepasst werden dürfen. Hierdurch soll der Wertungswiderspruch beseitigt oder jedenfalls vermindert und der Sachverhalt einer kohärenten und stimmigen Lösung zugeführt werden.⁴ Die Anpassung ist somit das Instrument, um die Kohärenz des Kollisionsrechts und des anwendbaren Sachrechts in grenzüberschreitenden Fällen zu wahren.⁵

Die Anpassung allgemein hat in der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion zum Internationalen Privatrecht der EU (EU-IPR)⁶ wenig Aufmerksamkeit gefunden⁷ und wird meist nur in konkreten Kontexten

¹ Hessel E. Yntema, Die historischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, in: FS Ernst Rabel (1954) 513, 513f.

² Z. B. *Dominique Bureau / Horatia Muir Watt*, *Droit international privé*² (2010) Rn. 474; *Paul Torremans / James J. Fawcett*, Cheshire, North & Fawcett: *Private International Law*¹⁵ (2017) 55f.; *José Carlos Fernández Rozas*, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 11–13, 38; *Gerhard Kegel / Klaus Schurig*, *Internationales Privatrecht*⁹ (2004) 357–360; *Matthias Weller*, Europäisches Kollisionsrecht – Allgemeine Lehren (§ 8 A.), in: *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, hrsg. von Martin Gebauer / Christoph Teichmann et al. (2016) 929, 977 Rn. 85.

³ Der Beitrag verwendet den Begriff „Anpassung“ in Übereinstimmung mit der Terminologie im Unionsrecht.

⁴ *Kegel / Schurig*, IPR (Fn. 2) 362; *Dirk Looschelders*, Die Anpassung im internationalen Privatrecht (1995) 122, 263; *Pietro Franzina*, Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell’Unione europea, in: *Studi in Onore di Laura Picchio Forlati* (2014) 185, 188; *Fernández Rozas*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 10–13, 34–37.

⁵ Z. B. *Bureau / Muir Watt*, DIP (Fn. 2) Rn. 475.

⁶ Z. B. *Giacomo Biagioni / Ester di Napoli*, Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato?, *Quaderni di SIDIBlog* 2014, 125, 155f.; *Marc Fallon / Paul Lagarde / Sylvaine Poillot Peruzzetto*, Quelle architecture pour un code européen de droit international privé? (2011); *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, hrsg. von Stefan Leible / Hannes Unberath (2013); *Johan Meeusen*, A SWOT Analysis of EU Private International Law, in: *Liber amicorum Johan Erauw* (2014) 139, 155f.; *Jan von Hein / Giesela Rühl*, Towards a European Code on Private International Law?, in: *Cross-border Activities in the EU*, hrsg. vom Europäischen Parlament (2015) 8 = *RabelsZ* 79 (2015) 701; *Rolf Wagner*, Do We Need a Rome 0 Regulation?, *NILR* 61 (2014) 225.

⁷ *Gerhard Dannemann*, Adaptation, in: *General Principles of European Private Interna-*

diskutiert.⁸ Dies ist zu bedauern. Das Unionskollisionsrecht soll die Grundfreiheiten in der EU schützen und ihren Gebrauch fördern. Damit die Bürger und Wirtschaftsakteure in der Union nicht mit unvorhersehbaren grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten und unvorhersehbaren nationalen Regelungen konfrontiert werden, sollen klare, stimmige Kollisionsregelungen diese Rechtsstreitigkeiten berechenbar machen.⁹ Die Anpassung ist das Instrument, das dieses Ziel in exceptionalen Situationen (wieder-)herstellt.

Die Dogmatik der Anpassung im nationalen Recht lässt sich nur begrenzt auf das EU-IPR übertragen, denn ihr Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass das nationale IPR ein in sich stimmiges System bildet. Dies trifft auf das EU-IPR nur eingeschränkt zu: Die Verordnungen, die Fragen des Kollisions- und Internationalen Verfahrensrechts in der EU harmonisieren,¹⁰

tional Law, hrsg. von Stefan Leible (2016) 331, 331 ff.; *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 185 ff.; *Jan von Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. X⁶ (2015) Einl. IPR, Rn. 251 ff.; kurz *Pietro Franzina*, Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionalprivatistica europea delle successioni mortis causa, in: Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa, hrsg. von dems./Antonio Leandro (2013) 1, 21–23; *ders.*, L'applicazione genuina del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto dell'Unione europea, in: Dialoghi con Ugo Villani, Bd. II (2017) 1113, 1119 f.; *Patricia Paffhausen*, EuErbVO und GüterrechtsVO in Konflikt – Die Anpassung im europäischen Kollisionsrecht, *Bucerius Law Journal* 2014, 10, 11–15; *Weller*, Allgemeine Lehren (Fn. 2) 929, Rn. 85 f.; vgl. auch *Anna-Lisa Kühn*, Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht (2014) 236 f.

⁸ Etwa *Ermanno Calzolaio / Laura Vagni*, in: Calvo Caravaca / Davi / Mansel, The EU Succession Regulation (2016) Art. 31; *Anatol Dutta*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. X⁶ (2015) Art. 31 EuErbVO; *Peter Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung⁵ (2017) Art. 54 VO (EU) 1215/2012; *Andreas Schwartze*, in: Deixler-Hübner/Schauer, Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (2015) Art. 31 EuErbVO; *Patrick Wautelet*, in: *Bonomi / Wautelet*, Le droit européen des successions² (2016) Art. 31.

⁹ Vgl. etwa Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms, Ziff. 4, KOM(2010) 171 endg.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6; Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. 2007 L 199/40; Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom III), ABl. 2010 L 343/10; Verordnung (EU) Nr. 650/2012 vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO), ABl. 2012 L 201/107; Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 vom 24.6.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (EheGütVO), ABl. 2016 L 183/1; Verordnung (EU) Nr. 2016/1104 vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften (PGütVO), ABl. 2016 L 183/30; Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 vom 12.12.2012 über die gerichtliche

sind weitgehend aufeinander abgestimmt (ErwG 7, 34 Rom I-VO, ErwG 7 Rom II-VO, ErwG 10 Rom III-VO),¹¹ aber nicht gleichermaßen in allen Mitgliedstaaten anwendbar (z. B. Art. 1(4) Rom II-VO; Art. 3 Nr. 1 Rom III-VO; ErwG 82 EuErbVO; ErwG 11 EheGütVO; ErwG 11 PGütVO; ErwG 41 Brüssel Ia-VO; ErwG 31 Brüssel IIa-VO)¹² und sachlich nicht abschließend.¹³

Hinzu kommt, dass die Anpassung den Richter ermächtigt, in das harmonisierte und unharmonisierte Kollisions- und Sachrecht einzugreifen. Die Anpassung bewegt sich somit im Spannungsfeld von Rechtsbindung und Rechtsfortbildung und zugleich der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten.

Dieser Beitrag untersucht, inwieweit die EU in bestimmten Situationen eine Anpassung zulässt oder sogar verlangt. Hierzu ist ein kurzer Überblick über das Instrument der Anpassung (II.) und darüber, in welchem Maße das Unionskollisionsrecht dieses bereits vorsieht (III.), notwendig. Dann widmet er sich der Frage, wie eine Anpassung vorzunehmen ist, wenn die *dépeçage* aus dem Zusammenspiel von zwei EU-Kollisionsnormen resultiert (IV.). Im Anschluss wird geprüft, ob die Antwort sich ändert, wenn die *dépeçage* von einer nationalen und einer EU-Kollisionsnorm verursacht wurde (V.). Der Artikel beruht, um die Komplexität zu reduzieren, auf zwei Prämissen: dass das Sachrecht nicht harmonisiert ist und dass keine völkerrechtlichen Übereinkommen dem nationalen Recht vorgehen. Wie diese Fragen zu behandeln sind, bleibt späteren Untersuchungen vorbehalten.

II. Das Instrument der Anpassung im Überblick

Durch die formale Technik des IPR können zwei sachrechtliche Regelungen nebeneinander zur Anwendung kommen (*dépeçage*), die jeweils in-

Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO), ABL. 2012 L 351/1; Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 1347/2000 (Brüssel IIa-VO), ABL. 2003 L 338/1; Verordnung (EU) Nr. 2015/848 vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), ABL. 2015 L 141/19.

¹¹ Elizabeth B. Crawford / Janeen M. Carruthers, Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations, ICLQ 63 (2014) 1, 2f.; Francesco Salerno, Possibili e opportune regole generali uniformi dell'UE in tema di legge applicabile, Quaderni di SIDIBlog 2014, 129, 130f.

¹² Etwa Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Jurisdiction under the EU Succession Regulation and Relationships with Third Countries, in: The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13, hrsg. von Pietro Franzina (2016) 211, 218f.

¹³ Ausführlich unten bei Fn. 50–52. Vgl. von Hein / Rühl, Towards a European Code? (Fn. 6) 8, 17 = RabelsZ 79 (2015) 701; Felix M. Wilke, Introduction, in: General Principles of European Private International Law (Fn. 7) 1, 1f.

nerhalb ihrer nationalen Rechtsordnung Teil eines stimmigen Systems sind, aber nicht miteinander harmonisieren. Dies kann zu einem Ergebnis führen, das von keiner der involvierten Rechtsordnungen gewollt ist.¹⁴

Überschreitet diese Situation eine gewisse Erheblichkeitsschwelle,¹⁵ liegt der Ausgangspunkt der Anpassung vor (sogenannte Anpassungslage). Um das ungewollte Ergebnis zu vermeiden, ist es dem Richter ausnahmsweise erlaubt, das Kollisions- oder Sachrecht anders anzuwenden als vom jeweiligen Gesetzgeber formal vorgesehen.¹⁶

Man unterscheidet verschiedene Arten von Anpassungslagen. Eine solche kann entstehen, wenn eine der beiden Rechtsordnungen (häufig die *lex causae*) ein sachrechtliches Konzept vorhält, welches der anderen (häufig der *lex fori*) unbekannt ist. Aufgrund des grenzüberschreitenden Sachverhalts, etwa eines Statutenwechsels, muss die zweite Rechtsordnung das Konzept der ersten integrieren.¹⁷ „Transposition“ und „Substitution“ sind typische Instrumente, um befriedigende Ergebnisse zu erreichen. Beide werden teils von der Anpassung abgegrenzt, stellen aber *de facto* spezielle Ausformungen derselben dar.¹⁸

¹⁴ *Fernández Rozas*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 11–13, 38; *Francisco J. Garcíamartin Alférez*, *Derecho internacional privado*² (2014) Rn. 21.16; *Kegel / Schurig*, IPR (Fn. 2) 357f.; *Pierre Mayer / Vincent Heuzé*, *Droit international privé*¹¹ (2014) Rn. 264; *Weller*, *Allgemeine Lehren* (Fn. 2) 977 Rn. 85; *ders.*, *Allgemeine Lehren*, in: *Europäisches Kollisionsrecht*, hrsg. von dems./David-Christoph Bittmann/Carl Friedrich Nordmeier (2016) 19, 81 Rn. 89.

¹⁵ Vgl. *Jürgen Basedow*, *Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht*, in: *Materielles Recht und Prozeßrecht*, hrsg. von Peter F. Schlosser (1992) 131, 151 f.; *Bureau / Muir Watt*, DIP (Fn. 2) Rn. 487; z. B. zur unerträglichen Ungleichbehandlung des internationalen zu einem vergleichbaren nationalen Fall *Gerhard Dannemann*, *Accidental Discrimination in the Conflict of Laws: Applying, Considering, and Adjusting Rules from Different Jurisdictions*, *Yrbk.Priv.Int.L.* 10 (2008) 113, 130; *Slavko Djordjevic*, *Adjustment in Serbian Private International Law*, in: *New Perspective of South East European Private Law*, hrsg. von Christa Jessel-Holst (2012) 10, 13f., 18f.; *Franzina*, *Note minime* (Fn. 4) 188; *Jan Kropholler*, *Internationales Privatrecht*⁶ (2006) 235; *Looschelders*, *Anpassung* (Fn. 4) 82–104, 111–113.

¹⁶ *Dannemann*, *Adaptation* (Fn. 7) 336; *Fernández Rozas*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 10–13, 34–37; *François Rigaux / Marc Fallon*, *Droit international privé*³ (2005) Rn. 7.15; *Franzina*, *Note minime* (Fn. 4) 188; *Kegel / Schurig*, IPR (Fn. 2) 362; *Looschelders*, *Anpassung* (Fn. 4) 122, 263; *Bonomi / Wautelet / Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 5, 17.

¹⁷ *Fritz Sturm / Gudrun Sturm*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB* (2012) Einl. zum IPR Rn. 252.

¹⁸ Vgl. etwa *Council of the EU*, *Note from the Italian, Portuguese and Spanish Delegations on Article 66*, *Council document* 9946/12 (15.5.2012) 2; *Bureau / Muir Watt*, DIP (Fn. 2) Rn. 475; *Fernández Rozas*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 14f., 17; *Franzina*, *Note minime* (Fn. 4) 187; *Garcíamartin Alférez*, DIP (Fn. 14) Rn. 21.18f.; *Weller*, *Allgemeine Lehren* (Fn. 14) 19, Rn. 88, 92; BGH 11.3.1991 – II ZR 88/90, NJW 1991, 1415; BGH 28.9.1994 – IV ZR 95/93, NJW 1995, 58.

Ferner kann eine Anpassungslage daraus resultieren, dass den beiden Rechtsordnungen in Bezug auf die Behandlung des konkreten Sachverhalts unterschiedliche (Be-)Wertungen zugrunde liegen, wobei die Unterschiede die Schwelle des *ordre public* nicht erreichen.¹⁹ So können etwa verschiedene Rechtsordnungen beim gleichzeitigen oder im zeitlichen Ablauf ungeklärten Versterben verschiedener Angehöriger unterschiedliche Vermutungen vorsehen, wer wen überlebt und folglich beerbt hat. Die Kombination der beiden Rechtsordnungen in einem Sachverhalt kann zu unstimmmigen Ergebnissen führen.²⁰

Drittens kann eine Anpassungslage entstehen, wenn beide Rechtsordnungen die gleichen Ziele verfolgen, sie diese aber auf unterschiedliche Weise durchsetzen. Die formale Technik des Kollisionsrechts kombiniert beide Wege dergestalt, dass unlogische Ergebnisse entstehen. Beide Sachrechte können nebeneinander anwendbar sein und den gleichen Fall doppelt behandeln (Normenhäufung) oder überhaupt nicht (Normenmangel). Klassisches Beispiel ist die rechtliche Behandlung eines Ehegatten nach dem Tod des anderen: Beide Rechtsordnungen wollen die Versorgung der überlebenden Person sichern, eine erbrechtlich, eine ehегüterrechtlich. Das Kollisionsrecht kann zu einer Überkreuzung der anwendbaren Regelungen führen mit dem Ergebnis, dass der überlebende Gatte das Geld sowohl erb- als auch güterrechtlich erhält (also doppelt) oder weder noch (also gar nicht).²¹

Die Anpassung ähnelt dem *ordre public* insofern, als sie ebenfalls das Ergebnis der Normanwendung im Einzelfall korrigiert.²² Sie unterscheidet sich dadurch, dass sie nicht (nur) die Grundprinzipien und -werte des *forum* im Blick hat, sondern vielmehr das Zusammenwirken der (gleichwertigen) Sachrechtsordnungen und beider Werte und Ziele.²³ Es geht um die Kohä-

¹⁹ Jan Kropholler, Internationales Privatrecht⁵ (2004) 234f.; Staudinger / Sturm / Sturm (Fn. 17) Einl. zum IPR Rn. 252; teils als „Seinswiderspruch“ bezeichnet, Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 359.

²⁰ Gerhard Dannemann, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung (2004) 242; Rigaux / Fallon, DIP (Fn. 16) Rn. 7.15; Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 370f.

²¹ Etwa Robert Beier, Die gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten nach dem deutschen und spanischen Kollisionsrecht (2009) 329; Bureau / Muir Watt, DIP (Fn. 2) Rn. 486, 488; Nuria Bouza Vidal, Problemas de adaptación en derecho internacional privado e interregional (1977); Dannemann, Yrbk.Priv.Int.L. 10 (2008) 113, 131; Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 359f.; John O'Brien / Raymond Smith, Conflict of laws² (1999) 593f.; BGH 12.9.2012 – IV ZB 12/12, IPRax 2014, 343; OLG Stuttgart 8.3.2005 – 8 W 96/04, NJW-RR 2005, 740; LG Mosbach 18.3.1997 – 2 T 177/96, IPRspr. 1997 Nr. 119; Tribunal Supremo de Madrid 24.5.2016 – Recurso 1954/2014, ECLI:ES:TS:2016:1160. Zu verschiedenen Möglichkeiten der Regelungen dieser Frage etwa Reinhard Zimmermann, Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 80 (2016) 39, insb. 50–88 und Torremans / Fawcett, Cheshire, North & Fawcett (Fn. 2) 55f.

²² Ähnlich Bonomi / Wautelet / Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 14; Mayer / Heuzé, DIP (Fn. 14) Rn. 264; Klaus Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981) 236f.

²³ Bouza Vidal, Problemas de adaptación (Fn. 21) 30–32; Juan María Díaz Fraile, El Regla-

renz des Kollisionsrechts und des durch das Kollisionsrecht anwendbaren Sachrechts, also darum, grenzüberschreitende Sachverhalte systematisch, konsistent und umfänglich zu behandeln.²⁴ Um dieses Ziel zu erreichen, „passt“ der Richter das Sach- oder Kollisionsrecht „an“.²⁵ Welche Anpassung vorzugswürdig ist, ist umstritten. Es herrscht eine gewisse Einigkeit, dass sie dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs folgt, das heißt des Eingriffs, der den Charakter der involvierten Regelungen so wenig wie möglich verändert.²⁶ Da das IPR als Verweisungsrecht seltener materielle Entscheidungen trifft als das Sachrecht, wird einer kollisionsrechtlichen Anpassung oft ein leichter Vorrang vor der sachrechtlichen eingeräumt. Hinzu kommt, dass die formale Technik des Kollisionsrechts die Anpassungslage verursacht und das Problem dann dort behandelt wird, wo es seinen Ursprung genommen hat.²⁷

III. Anpassung im geltenden EU-IPR

Das EU-IPR kennt das Konzept der Anpassung: So erlaubt Art. 54 Brüssel Ia-VO die Anpassung einer im Inland unbekanntem ausländischen Maßnahme oder Anordnung an eine vergleichbare inländische. Ähnlich sehen Art. 31 EuErbVO,²⁸ Art. 29 EheGütVO und Art. 29 PGütVO die Anpassung eines dinglichen Rechts der *lex causae* an das am ehesten mit diesem vergleichbare der *lex fori* vor, wobei laut ErwG 16 EuErbVO die Ziele und Interessen, die damit verfolgt werden, mitbedacht werden sollen. Weiterhin sind andere Formen der Anpassung laut ErwG 17 EuErbVO nicht ausgeschlossen.²⁹ Die Vorschriften behandeln die gleiche Art der Anpassungslage: Die zeitlich zuerst anwendbare Rechtsordnung bringt ein Recht zur Entste-

mento Sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90 (2014) 67, 85 f.

²⁴ Mayer / Heuzé, DIP (Fn. 14) Rn. 264; zur Kohärenz allgemeiner Michael W. Schröter, *European Legal Reasoning: a Coherence-based Approach*, ARSP 92 (2006) 82, 87.

²⁵ Antonio Boggiato, *The Law of the Relations Between Legal Systems*, in: Liber Amicorum Kurt Siehr (2000) 84; Bouza Vidal, *Problemas de adaptación* (Fn. 21) 30; Fernández Rozas, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 11–13.

²⁶ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación* (Fn. 21) 33–35; Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 365; Looschelders, *Anpassung* (Fn. 4) 158–163; MüKo BGB / von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 254.

²⁷ Zum gesamten Absatz Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 365; Looschelders, *Anpassung* (Fn. 4) 176–178; 283; Kropholler, IPR (Fn. 15) 240; Deixler-Hübner / Schauer / Schwartz (Fn. 8) Art. 31 EuErbVO Rn. 6; Bonomi / Wautelet / Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 5–7; ähnlich auch Bureau / Muir Watt, DIP (Fn. 2) Rn. 490; a. A. zum Rangverhältnis Christian von Bar / Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Bd. I² (2003) § 7 Rn. 257.

²⁸ Hierzu bereits: EuGH 12.10.2017 – Rs. C-218/16 (Aleksandra Kubicka), ECLI: EU:C:2017:755, Rn. 61–64.

²⁹ Dazu auch MüKo BGB / von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 251; Bonomi / Wautelet / Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 23; a. A. wohl Barbara Kowalczyk, *Spannungsverhältnis zwischen*

hung, welches von der zweiten anwendbaren Rechtsordnung angewendet werden soll. Diese ist aber hierzu rechtlich und faktisch nicht in der Lage.³⁰ Das EU-IPR gibt keinen klaren Standard vor, wann eine Anpassung möglich ist. Die EuErbVO, PGütVO und EheGütVO sehen eine gewisse Schwelle vor, nämlich dass die Anpassung „erforderlich“ sein muss, wobei dieser Begriff nicht weiter konkretisiert wird.

Darüber hinaus vermeidet das EU-IPR bewusst bestimmte klassische Anpassungssituationen: Die *culpa in contrahendo* wegen treuwidrigen Abbruchs von Vertragsverhandlungen kann im nationalen Recht vertraglich oder deliktisch qualifiziert werden.³¹ Das EU-IPR hat sich für eine deliktische Qualifikation entschieden (Art. 10 Rom II-VO; ErWG 10 Rom I-VO).³² Da dies zu Friktionen zwischen Vertrags- und Deliktsstatut führen kann, je nach sachrechtlicher Ausgestaltung der Haftung, sieht Art. 12(1) Rom II-VO vor, dass dieses spezielle Deliktsstatut dem (potenziellen) Vertragsstatut unterfällt.³³ Ähnlich vermeidet Art. 9(1) Rom III-VO eine *dépeçage* zwischen Trennungs- und Scheidungsstatut durch einheitliche Anknüpfung.

Schließlich regelt Art. 32 EuErbVO eine Anpassungssituation durch die Einführung einer eigenen Sachnorm: Es geht um die „Kommorientenvermutung“, bei der unterschiedliche Personalstatuten im Fall eines gleichzeitigen oder nicht bestimmbareren Todeszeitpunkts zu sich widersprechenden Vermutungen führen können, wer wen überlebt und beerbt hat. Dieser Artikel sieht vor, dass keiner der beiden den anderen beerbt, und vermeidet die Widersprüche hierdurch.³⁴

Güterrechtsstatut und Erbstatut nach den Kommissionsvorschlägen für das Internationale Ehegüter- und Erbrecht (Teil I), GPR 2012, 212, 213.

³⁰ Allgemeiner *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 154 f., 189; Calvo Caravaca / Davi / Mansel / Calzolaio / Vagni (Fn. 8) Art. 31 Rn. 6–14; Bonomi / Wautelet / Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 10 f.; Susanne Lilian Gössl, Die Vollstreckung von dynamischen Zinssätzen unter der neuen EuGVVO, NJW 2014, 3479, 3481.

³¹ Z. B. Crawford / Carruthers, ICLQ 63 (2014) 1, 14 f.; Nadja Hoffmann, Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa (2006) 245–252; Dieter Martiny, Zur Einordnung und Anknüpfung der Ansprüche und Haftung Dritter im Internationalen Schuldrecht, in: FS Ulrich Magnus (2014) 483, 486 f.; Lord Mance, The Future of Private International Law, J. Priv. Int. L. 1 (2005) 185, 190; ausführlich Ulrich Nickl, Die Qualifikation der culpa in contrahendo im internationalen Privatrecht (1992) 45–54.

³² EuGH 17.9.2002 – Rs. C-334/00 (*Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA ./. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*), ECLI:EU:C:2002:499, Rn. 27.

³³ MüKo BGB / von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 251; Abbo Junker, Vorvertragliche Haftung im deutschen und europäischen Recht, in: FS Helmut Köhler (2014) 327, 329 f.

³⁴ Dannemann, Adaptation (Fn. 7) 331, 333; MüKo BGB / von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 251; Paul Lagarde, in: Bergquist / Damascelli et al., EU Regulation on Succession and Wills (2015) Art. 32 Rn. 3 f.; Ermanno Calzolaio, in: Calvo Caravaca / Davi / Mansel, The EU Succession Regulation (2016) Art. 32 Rn. 8; kurz Dirk Looschelders, Die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts im Rahmen der Europäischen Erbrechtsverordnung, in: FS Dagmar Coester-Waltjen (2015) 531, 541 f.

Das EU-IPR sieht somit bereits verschiedene Regelungsansätze zur Anpassung vor, nämlich die kollisionsrechtliche und sachrechtliche Anpassung sowie die Schaffung einer eigenen Sachnorm, ohne dass diese Ansätze abschließend sind.³⁵ Unklar bleibt, in welchen Situationen eine Anpassung unionsrechtlich zulässig oder notwendig ist und welche der oben genannten Lösungen die Regel und welche die Ausnahme ausdrückt.

Beiden Fragen gehen die folgenden Ausführungen nach.

IV. Zwei EU-Kollisionsnormen

Zunächst wird die Anpassung unter der Prämisse untersucht, dass die *dépeçage* aus dem Zusammenspiel von zwei EU-Kollisionsnormen resultiert. Ihre Auslegung obliegt dem EuGH und damit auch die Frage, wie ihr Verhältnis zueinander konkretisiert werden muss.

Das oben genannte Beispiel der Vermögensregelung beim Tod eines Ehegatten wird unionsrechtlich relevant, sobald 2019 die EheGütVO in Kraft tritt.³⁶ Sowohl das Erbstatut nach der EuErbVO als auch das Güterrechtsstatut können dem überlebenden Ehegatten Vermögenswerte zusprechen. Beide Regelungen können zum Ziel haben, die finanzielle Absicherung des Witwers oder der Witwe zu gewährleisten – mit dem Ergebnis der Normenhäufung. Ebenso können beide Statuten, nebeneinander angewandt, ihm oder ihr nichts zusprechen, da das jeweilige nationale Recht es gerade dem anderen Rechtsgebiet überantwortet.³⁷

Auch ist die *culpa in contrahendo* i. S. d. Abbruchs von Vertragsverhandlungen nicht das einzige Rechtsinstitut an der Schnittstelle zwischen Vertrag und Delikt. So werden etwa die Einbeziehung Dritter in die Wirkungen oder die Haftung Dritter im Umfeld eines Vertrags im nationalen Recht unterschiedlich beurteilt.³⁸ Ein Auseinanderfallen von Vertrags- und Deliktsstatut kann zu Friktionen führen. Ähnliches gilt für die Regelung des

³⁵ Franzina, Note minime (Fn.4) 186, 190; ähnlich Looschelders, Allgemeine Lehren (Fn. 34) 540.

³⁶ Parallel bei überlebenden Lebenspartnern und der PGütVO.

³⁷ Fernández Rozas, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado 25 (2009) 9, 39f.; Dirk Looschelders, in: HüBtege/Mansel, NomosKommentar BGB² (2015) Art. 1 EuErbVO Rn. 31–34; Paffhausen, Bucerius Law Journal 2014, 10, 10f.; allgemeiner Mayer/Heuzé, DIP (Fn. 14) Rn. 266.

³⁸ Z. B. § 311 Abs. 2, 3 BGB; BGH 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, NJW 1977, 302; Schweiz: BG 15.11.1994, BGE 120 II 331; Frankreich: Cass.civ. 1^{re} 9.10.1979, Bull.civ. 1979, I, n° 241, 192 (zu Art. 1382 Code civil = Art. 1240 n.F.); England: Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, 1999 c. 31; vorher *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1963] UKHL 4; *White v Jones* [1995] UKHL 5; *Henderson v Merrett Syndicates* [1994] UKHL 5; Renate Schaub, Die Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts in Deutschland und das europäische Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 66 (2002) 18, 42; Boris Schinkels, „Dritthaftung“ von Gutachtern in Deutschland und England im Lichte der Verordnung Rom II, JZ 2008, 272, 279f.; Princi-

„Letztverkäuferregress“: So sieht Art. 4 VerbrGK-RL³⁹ vor, dass im Fall einer mangelhaften Lieferung in einer Verkäuferkette entweder ein Anspruch an der „Vertragskette“ entlang über die einzelnen Vertragsbeziehungen bis zur verantwortlichen Person möglich sein muss oder ein Direktanspruch des Letztverkäufers gegen die verantwortliche Person.⁴⁰ Ein Direktanspruch als nichtvertraglicher Anspruch unterfällt nach der Rechtsprechung des EuGH der Rom II-VO. Nach Art. 4(1) Rom II-VO bestimmt das Statut sich nach dem Ort des Schadenseintritts, das heißt typischerweise dort, wo der Letztverkäufer ansässig ist. Sieht dieses Statut keinen Direktanspruch vor, kann der Letztverkäufer nicht gegen den Verantwortlichen direkt vorgehen. Er muss sich innerhalb der Vertragskette an seinen Vertragspartner wenden, der sich wiederum an seinen Vertragspartner halten muss, bis der Verantwortliche erreicht wird. Auf dieses Verhältnis ist bei objektiver Anknüpfung Art. 4(1) lit. a Rom I-VO anwendbar, also das Recht des Ortes, an dem der Verkäufer ansässig ist, auch der letztendlich Verantwortliche. Wenn nun dieses Vertragsstatut wiederum den Regress als Direktklage geregelt hat, kann der vertragliche Anspruch scheitern, etwa wegen Ablauf der Verjährung. Alle involvierten Rechtsordnungen möchten erreichen, dass der Verantwortliche am Ende den Schaden trägt. Durch die von Rom I und Rom II verursachte *dépeçage* wird dieses Ziel verfehlt.⁴¹

1. Voraussetzungen der Anpassungslage

Der EuGH hatte bisher keine Gelegenheit, über die Voraussetzungen einer Anpassungslage zu entscheiden. Doch gibt es Entscheidungen zur Er-

ples of European Contract Law, hrsg. von Ole Lando / Hugh Beale (2000) Art. 6:110, S. 322; *Martiny*, Einordnung und Anknüpfung (Fn. 31) 483 ff.

³⁹ RL 1999/44 vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

⁴⁰ Z. B. in der Vertragskette: §§ 478 f. BGB; § 933b ABGB (Österreich); Direktanspruch: Art. 131 Codice del consumo (Italien) und Art. 124 Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, BOE Nr. 287 vom 30.11.2007 (Spanien); § 6:168 IV uBGB (Ungarn), dazu *Ádám Fuglinszky*, Verbrauchsgüterkauf im ungarischen Privatrecht – Vom verwaisten „Weber“ und „Putz“ zu einem Satyr des Verbraucherprivatrechts, ZEuP 24 (2016) 121, 144–156; Überblick in *Martin Ebers / André Janssen / Olaf Meyer*, Comparative Report, in: *European Perspectives on Producers' Liability*, hrsg. von dens. (2009) 3, 3–73; siehe auch EuGH 17.6.1992 – Rs. C-26/91 (*Jakob Handte & Co. GmbH. / Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*), ECLI:EU:C:1992:268, Rn. 15–20. Hier wird die Implikation vernachlässigt, die sich daraus ergibt, dass das Sachrecht ebenfalls unionsrechtlichen Ursprungs ist. Es ist dann natürlich dem Harmonisierungsziel Rechnung zu tragen.

⁴¹ *Stefanie Sendmeyer*, Direct Producers' Liability and Sellers' Right of Redress in Private International Law, in: *European Perspectives on Producers' Liability* (Fn. 40) 151, 154; *Anatol Dutta*, Der europäische Letztverkäuferregress bei grenzüberschreitenden Absatzketten im Binnenmarkt, ZHR 171 (2007) 79, 94, 99.

weiterung des Anwendungsbereichs von Unionsrecht. Der EuGH hat damit die Voraussetzungen der richterlichen Rechtsfortbildung zur Lückenschließung im Unionsrechtssystem im Wege der Analogie umrissen.⁴² Diese Voraussetzungen lassen sich auf die Anpassung übertragen: Auch bei dieser handelt es sich um ein Instrument der richterlichen Rechtsfortbildung.⁴³ Sie baut ebenfalls auf der Annahme auf, dass die verschiedenen Kollisionsnormen und die demnach anwendbaren Sachnormen ein kohärentes System bilden und ein richterlicher Eingriff ausnahmsweise zulässig ist, wenn dieses System unvorhersehbar lückenhaft ist und versagt.⁴⁴

a) Ungleichbehandlung

Ansatzpunkt des EuGH ist, dass die formale Anwendung des Unionsrechts nicht zu einer unbeabsichtigten Ungleichbehandlung führen darf, die eine weitere Rechtsverletzung verursacht.⁴⁵ Das Ziel des EU-IPR ist es, grenzüberschreitende Fälle einer Lösung zuzuführen, die die Beteiligten nicht schlechterstellt als in einem rein nationalen Fall und ihre Rechte nach nationalem Recht bei Gebrauch der Grundfreiheiten wahrt. Wird dieses Ziel unbeabsichtigt verfehlt, liegt eine entsprechende Ungleichbehandlung vor. Somit muss zunächst das Ergebnis der Normanwendung in einem grenzüberschreitenden Fall mit dem in einem rein nationalen verglichen werden. Gegenstand des Vergleichs sind drei Szenarien, nämlich das Ergebnis der Anwendung der Regelungen je einer der beiden miteinander kon-

⁴² Christian Baldus, Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts (§ 3), in: Europäische Methodenlehre³, hrsg. von Karl Riesenhuber (2015) 22, Rn. 5; Jörg Neuner, Die Rechtsfortbildung (§ 12), ebd. 245, Rn. 2, 28–30; etwa EuGH 12.12.1985 – Rs. C-165/84 (*John Friedrich Krohn (GmbH & Co. KG) ./ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*), ECLI:EU:C:1985:507, Rn. 13; vgl. auch Gunnar Beck, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU (2012) 111 f.; Marijan Pavčnik, (Organische) Rechtslücken, ARSP 94 (2008) 202, 205 f.

⁴³ Z. B. Kropholler, IPR (Fn. 15) 236.

⁴⁴ Vgl. auch Deixler-Hübner/Schauer/Schwartz (Fn. 8) Art. 31 EuErbVO Rn. 17 (Anpassung als „Analogie“).

⁴⁵ EuGH 14.9.2010 – Rs. C-550/07 P (*Akzo Nobel Chemicals Ltd. und Akros Chemicals Ltd. ./ Europäische Kommission*), ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 54 f.; EuGH 19.11.2009 – Rs. C-402/07 & C-432/07 (*Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon und Alana Sturgeon ./ Condor Flugdienst GmbH & Stefan Böck und Cornelia Lepuschitz ./ Air France SA*), ECLI:EU:C:2009:716, Rn. 48; EuGH 26.9.2013 – Rs. C-509/11 (*ÖBB-Personenverkehr AG*), ECLI:EU:C:2013:613, Rn. 47 f.; EuGH 10.1.2006 – Rs. C-344/04 (*The Queen, auf Antrag von International Air Transport Association (IATA) und European Low Fares Airline Association (ELFAA) ./ Department for Transport*), ECLI:EU:C:2006:10, Rn. 95; EuGH 3.5.2007 – Rs. C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW ./ Leden van de Ministerraad*), ECLI:EU:C:2007:261, Rn. 56; EuGH 14.12.2004 – Rs. C-210/03 (*The Queen, auf Antrag von Swedish Match AB und Swedish Match UK Ltd ./ Secretary of State for Health*), ECLI:EU:C:2004:802, Rn. 70 f.; Neuner, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 245, Rn. 32; Wulf-Henning Roth / Christian Jopen, Die richtlinienkonforme Auslegung (§ 13), in: Europäische Methodenlehre (Fn. 42) 263, Rn. 49; allgemein Pavčnik, ARSP 94 (2008) 202, 210.

kurrierenden Rechtsordnungen und das Ergebnis, wenn beide *leges causae* anwendbar sind. Kommen beide nationalen Rechtsordnungen, jeweils für sich angewendet, zu einem vergleichbaren Ergebnis und weicht dieses vom Ergebnis der gemeinsamen Anwendung ab, liegt der typische Fall der Anpassung und eine Ungleichbehandlung von nationalem und grenzüberschreitendem Fall vor. Darüber hinaus besteht eine Ungleichbehandlung auch schon, wenn nur eine nationale Rechtsordnung zu einem anderen Ergebnis kommt.

b) Ungewolltes Ergebnis

Eine Rechtsfortbildung ist nur möglich, wenn es keine Regelung gibt, aus der sich schließen lässt, dass der Unionsgesetzgeber den grenzüberschreitenden Sachverhalt bewusst anders oder gar nicht regeln wollte. In diesen Fällen kann die Ungleichbehandlung objektiv durch das Ziel oder den Zweck der Regelung selbst⁴⁶ und die „Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs“⁴⁷ gerechtfertigt sein.⁴⁸

Eine bewusste Differenzierung kann sich aus dem konkreten Rechtsakt ergeben. Einige EU-Kollisionsnormen behandeln grenzüberschreitende Sachverhalte anders als nationale. Sie sehen etwa die Möglichkeit der Rechtswahl auch in Gebieten vor, in denen das Sachrecht keine oder nur eine eingeschränkte Privatautonomie zulässt (z. B. im Scheidungs- oder Deliktsrecht, Art. 5(1) Rom III-VO, Art. 14 Rom II-VO). Resultiert die *dépeçage* aus einer bewussten Parteientscheidung (Art. 3(1) Satz 3 Rom I-VO oder Art. 9(1), (2) Rom III-VO – jeweils a.E.), kann dies eine Anpassung ausschließen, da gerade keine ungewollte Ungleichbehandlung vorliegt.⁴⁹

⁴⁶ EuGH 16.12.2008 – Rs. C-127/07 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine u. a. ./.* Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable und Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie), ECLI:EU:C:2008:728, Rn. 26.

⁴⁷ EuGH 11.5.2006 – Rs. C-340/04 (*Carbothermo SpA und Consorzio Alisei ./.* Comune di Busto Arsizio und AGESP SpA), ECLI:EU:C:2006:308, Rn. 51–55; EuGH 16.12.2008 – *Arcelor Atlantique et Lorraine*, ECLI:EU:C:2008:728, Rn. 26; EuGH 19.10.1977 – Rs. 117/76, 16/77 (*Albert Ruckdeschel & Co. und Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. ./.* Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; *Diamalt AG ./.* Hauptzollamt Itzehoe), ECLI:EU:C:1977:160, Rn. 8; ähnlich EuGH 27.10.1971 – Rs. 6/71 (*Rheinmühlen Düsseldorf ./.* Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), ECLI:EU:C:1971:100, Rn. 14; EuGH 5.10.1994 – Rs. C-280/93 (*Deutschland ./.* Rat), ECLI:EU:C:1994:367, Rn. 74; EuGH 10.3.1998 – Rs. C-364/95 & C-365/95 (*T. Port GmbH & Co. ./.* Hauptzollamt Hamburg-Jonas), ECLI:EU:C:1998:95, Rn. 83.

⁴⁸ EuGH 12.12.1985 – *Krohn*, ECLI:EU:C:1985:507, Rn. 14, 23. Zur Auslegung von Unionsrecht: *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 245, Rn. 16–18, 32; *Roth / Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 45) 263, Rn. 51

⁴⁹ *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 191; allgemeiner *Torstein Frantzen*, Europäisches internationales Erbrecht, in: FS Erik Jayme (2004) 187, 191.

In der EU sind Rechtsbereiche bewusst ungeregelt, soweit ihr die Gesetzgebungszuständigkeit fehlt,⁵⁰ im Gesetzgebungsverfahren keine Einigkeit erzielt werden konnte⁵¹ oder zukünftige Regelungspläne bestehen.⁵² Jede EU-IPR-Verordnung sieht am Anfang eine Liste von Sachbereichen vor, die vom Anwendungsbereich des Rechtsakts ausgenommen sind. In Fällen, in denen ein Sachbereich ausgenommen wurde und kein ergänzendes Rechtsinstrument für diese Frage existiert, liegt eine bewusste Regelungslücke vor. Die Frage, wie diese „Lücke“ zu füllen ist, ist keine des Unionsrechts, sondern bleibt der nationalen Rechtsordnung vorbehalten.⁵³ Liegen diese Fälle nicht vor, spricht eine Vermutung dafür, dass das EU-IPR die Intention hat, den Sachverhalt erschöpfend zu regeln.⁵⁴ Die EU hat eine (nahezu) umfassende Regelungskompetenz im Kollisionsrecht (Art. 81(1) AEUV) und die Rom- und Brüssel-Verordnungen sollen ein kohärentes, sich ergänzendes System zur konsistenten Behandlung grenzüberschreitender Fälle bilden (z. B. ErwG 7, 14, 17, 24 Rom I-VO, ErwG 7 Rom II-VO, ErwG 10 Brüssel Ia-VO).⁵⁵ Ein Versagen des Systems ist unbeabsichtigt.

c) Rechtsverletzung

Das EU-IPR erreicht gerade durch seine klaren und formalen Kollisionsnormen, dass das auf den Fall anwendbare Recht vorhersehbar ist, somit Rechtssicherheit geschaffen und die Wahrnehmung der Grundfreiheiten ge-

⁵⁰ *Albert Bleckmann*, Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien, ZGR 1992, 364, 367f.; *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 245, Rn. 28–30.

⁵¹ Z. B. können Fragen der Stellvertretung gem. Art. 1(2) lit. g Rom II-VO Anpassungsfragen verursachen, da sie sich teils nach dem Recht des Gebrauchsorts richten; BGH 16.4.1975 – I ZR 40/73, NJW 1975, 1220; BGH 3.2.2004 – XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315, 1316; teils nach dem Recht des Orts, an dem der Vertreter ansässig ist, z. B. gem. Art. 6 Haager Stellvertretungsabkommen vom 14.3.1978 in Frankreich; vgl. *Eckart Brödermann*, Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht – Zum Beginn einer neuen Ära seit 17.12.2009, NJW 2010, 807, 812 Fn. 113.

⁵² Z. B. Ehegüterrecht und Art. 1(2) lit. c Rom I-VO; *Peter Mankowski*, Das erbrechtliche Viertel nach § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen und europäischen Internationalen Privatrecht, ZEV 2014, 121, 127f.; weitere Beispiele: *Xandra Kramer / Michiel de Rooij et al.*, A European Framework for Private International Law: Current Gaps and Future Perspectives (2012) 8, 49–52, 66–68.

⁵³ EuGH 19.9.2000 – Rs. C-454/98 (*Schmeink & Cofreth AG & Co. KG ./ Finanzamt Borken und Manfred Strobel ./ Finanzamt Esslingen*), ECLI:EU:C:2000:469, Rn. 48f.; EuGH 6.11.2003 – Rs. C-78/02 bis C-80/02 (*Elliniko Dimosio ./ Maria Karageorgiou; Katina Petrova; Loukas Vlachos*), ECLI:EU:C:2003:604, Rn. 49; EuGH 18.6.2009 – Rs. C-566/07 (*Staatssecretaris van Financiën ./ Stadeco BV*), ECLI:EU:C:2009:380, Rn. 35.

⁵⁴ Ähnlich *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 193; vgl. *Michael Bogdan*, Concise Introduction to EU Private International Law³ (2016) 11; allgemein *Bleckmann*, ZGR 1992, 364, 369f.

⁵⁵ *Crauford / Carruthers*, ICLQ 63 (2014) 1, 9; *Mankowski*, ZEV 2014, 121, 127f.; *Markus Würdinger*, Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, RabelsZ 75 (2011) 102, 102ff.

fördert wird.⁵⁶ Eine richterliche Abänderung der Normen führt hingegen zu unvorhersehbaren Ergebnissen der Rechtsanwendung.⁵⁷ Nicht jede nationale Meinungsverschiedenheit über die Regelung eines Sachverhalts darf daher zu einer Normenanpassung führen.⁵⁸

Auch geht das EU-IPR von der Diversität nationaler Regelungen und Regelungsansätze aus, welche als Teil der nationalen mitgliedstaatlichen Identität unionsrechtlich geschützt werden.⁵⁹ Die unbeabsichtigte Ungleichbehandlung muss eine Stärke erreichen, die eine bloße Belästigung überschreitet, um einen richterlichen Eingriff in das geltende Recht zu rechtfertigen.⁶⁰ Auch die Kohärenz des unionsrechtlichen IPR-Systems ist nicht per se schützenswert, sondern sie muss zugleich der Wahrung nationaler oder unionsrechtlich anerkannter Rechte oder Interessen dienen. Führt aber umgekehrt die Anwendung der durch das EU-IPR bestimmten Sachrechtsregelungen zu einer Diskriminierung und verletzt sie die Grundfreiheiten oder andere fundamentale Rechte oder Interessen des EU-Rechts,⁶¹ hat der

⁵⁶ Siehe *Franzina*, L'applicazione (Fn. 7) 1116f.; *Salerno*, Quaderni di SIDIBlog 2014, 129, 131; allgemein zu Rechtssicherheit als Prinzip des EU-Rechts: *Rafal Mańko*, Europeanisation of Civil Procedure: Towards Common Minimum Standards? (11 June 2015), abrufbar unter <<https://ssrn.com/abstract=2617949>> 7; *Harald Koch*, Private International Law: A Soft Alternative to the Harmonisation of Private Law?, ERPL 3 (1995) 329, 336; EuGH 12.2.2015 – Rs. C-48/14 (*Parlament ./ Rat*), ECLI:EU: C:2015:91, Rn. 45; EuGH 15.12.1987 – Rs. 325/85 (*Ireland ./ Kommission*), ECLI:EU:C:1987:546, Rn. 18.

⁵⁷ Vgl. *Beck*, Legal Reasoning (Fn. 42) 113.

⁵⁸ *Franzina*, Ragioni, valori e collocazione (Fn. 7) 22f.; *ders.*, L'applicazione (Fn. 7) 1119; *Fernández Rozas*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado 25 (2009) 9, 13; im Kontext der EuErbVO: *Bonomi/Wautelet/Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 8, 12–14.

⁵⁹ *Mance*, J.Priv.Int.L. 1 (2005) 185, 193; siehe auch *Jan Kalbheim*, The National Identity of the Member States in Europe, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, hrsg. von *Katja S. Ziegler/Peter Huber* (2013) 203, 211–217.

⁶⁰ Vgl. *Fernández Rozas*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado 25 (2009) 9, 13; allgemein: EuGH 12.12.1985 – *Krohn*, ECLI:EU:C:1985:507, Rn. 13; EuGH 14.9.2010 – *Akzo*, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 54f.; EuGH 19.11.2009 – *Sturgeon*, ECLI:EU:C:2009:716, Rn. 48; EuGH 26.2.2013 – Rs. C-11/11 (*Air France ./ Heinz-Gerke Folkerts und Luz-Tereza Folkerts*), ECLI:EU:C:2013:106, Rn. 39; EuGH 26.9.2013 – *ÖBB-Personenverkehr*, ECLI:EU:C:2013:613, Rn. 47f.; EuGH 10.1.2006 – *IATA & ELFAA*, ECLI:EU:C:2006:10, Rn. 95; EuGH 3.5.2007 – *Advocaten voor de Wereld*, ECLI:EU:C:2007:261, Rn. 56; EuGH 14.12.2004 – *Swedish Match*, ECLI:EU:C:2004:802, Rn. 70f.; ähnlich *Bleckmann*, ZGR 1992, 364, 370; *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 245, Rn. 32, 41, 45; *Wolfgang Dänzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: *FS Ulrich Everling* (1995) 205, 221.

⁶¹ Z. B. die Förderung der Freizügigkeit oder der Schutz der Parteierwartungen, EuGH 12.12.1985 – *Krohn*, ECLI:EU:C:1985:507, Rn. 14, 16, 22f.; *Alessandra Zanobetti*, Cooperation in Civil Matters and Multilevel Unification of Private International Law, in: *The External Dimension* (Fn. 12) 117, 124f. Daneben können auch spezielle Ziele verfolgt werden, etwa der Schutz (konkreter) schwächerer Vertragspartner wie Verbraucher oder Arbeitnehmer. Krit. hierzu *Andrew Dickinson*, European Private International Law: Embracing New Horizons or

Richter die Pflicht, diese Rechtsverletzung zu beseitigen oder zu minimieren.⁶²

Ob das Ergebnis der Rechtsanwendung tatsächlich unvereinbar mit den infrage stehenden Rechten oder Interessen ist, muss anhand einer Abwägung festgestellt werden, und zwar zwischen den beeinträchtigten Interessen und Rechten auf der einen Seite und der Grundfreiheit, welche das EU-Kollisionsrecht mit den vorhersehbaren und klaren Regelungen und der damit verbundenen Rechtssicherheit schützt, auf der anderen Seite. Auch hier fließen neben unionsrechtlichen nationale Prinzipien und Wertungen in die Abwägung ein, da diese eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten rechtfertigen können.⁶³

Wird die durch die widersprüchliche Rechtslage beeinträchtigte Grundfreiheit eben durch die einschlägigen Kollisionsnormen geschützt, ist eine Anpassung leichter möglich, da die Abwägung zulasten der (versagenden) Kollisionsnorm ausfällt. Dies kann etwa in den ehe-/erbrechtlichen Fällen die Personenfreizügigkeit sein, die durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts gefördert werden soll (vgl. jeweils ErWG 1 der jeweiligen Verordnungen). Führt ein grenzüberschreitender Fall dazu, dass ein erb- oder güterrechtlicher Ausgleich eine der involvierten Personen schlechterstellt als in einem rein nationalen Sachverhalt, ist dies potenziell geeignet, Personen von grenzüberschreitendem Interagieren abzuhalten, die Freizügigkeit wird also gerade durch die Harmonisierung eingeschränkt, sodass eine Korrektur dieser Einschränkung leichter möglich ist.⁶⁴ Darüber hinaus kann in die Abwägung einfließen, ob das Ziel beider nationaler Rechtsordnungen verfehlt wird oder wie gravierend die Ungleichbehandlung ausfällt. Wenn nur eine der beiden *leges causae* ihr Ziel verfehlt, muss das Recht oder sonstige Interesse, welches mit dieser nationalen Norm verfolgt wird, umso gewichtiger sein, um die auf der anderen Seite infrage stehende Rechtssicherheit überwiegen zu können.⁶⁵

d) Konkretisierung der Abwägung

Um die Abwägung zu konkretisieren, lässt sich das Regelungssystem heranziehen, das den Regelungen der jeweiligen EU-IPR-Instrumente zu-

Mourning the Past?, J.Priv.Int.L. 1 (2005) 197, 220f.; allgemein Norbert Reich, General Principles of EU Civil Law (2014).

⁶² Dänzer-Vanotti, Rechtsprechung und Rechtsetzung (Fn. 60) 205, 211.

⁶³ EuGH 22.12.2010 – Rs. C-208/09 (Ilonka Sayn-Wittgenstein ./ Landeshauptmann von Wien), ECLI:EU:C:2010:806, R.n. 91f.; EuGH 2.6.2016 – Rs. C-438/14 (Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff ./ Standesamt der Stadt Karlsruhe und Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe), ECLI:EU:C:2016:401, R.n. 48f., 68ff.

⁶⁴ Ausführlich zur Freizügigkeit Alfonso Luis Calvo Caravaca / Javier Carrascosa González, Derecho internacional privado, Bd. I¹⁷ (2017) II R.n. 70–75, 87, 92f.

⁶⁵ Ähnlich Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 362f.

grunde liegt: Inwieweit sehen sie Ausnahmen vor, um von den formalen Kollisionsnormen abzuweichen? Zum Beispiel erlaubt die Rom I-VO den Parteien weite Parteiautonomie und lässt eine Abweichung von den formalen Kollisionsnormen zu, wenn eine „engere Verbindung“ zu einer anderen Rechtsordnung besteht (Art. 4(3) Rom I-VO). Darüber hinaus geht sie davon aus, dass die objektive Anknüpfung per se versagen kann (Art. 4(4) Rom I-VO). Die Rom II-VO ist zurückhaltender, was die Parteiautonomie betrifft (Art. 14 Rom II-VO), und die objektive Anknüpfung wird vom vorhersehbaren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien verdrängt (Art. 4(2) Rom II-VO). Die Ausweichklausel zur allgemeinen Anknüpfungsregel wird normativ bereits konkretisiert und greift insbesondere bei einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ein, etwa bei einem Vertrag (Art. 4(3) Rom II-VO). Die Rom III-VO und die PGütVO erlauben eine eingeschränkte Rechtswahl, und die objektive Anknüpfung sieht keine Ausweichanknüpfung an eine „engste Verbindung“ vor (Art. 5(1) Rom III-VO; Art. 22 PGütVO; allerdings Vertrauensschutz in Art. 26(2) PGütVO). Die EuErbVO und die EheGütVO erlauben eine limitierte Rechtswahl (Art. 22 EuErbVO; Art. 22, 26(1) lit. c EheGütVO) und eine Abweichung bzw. Auffangklausel zugunsten der engsten Verbindung (Art. 21(2) EuErbVO). Dies zeigt, dass die Rom III-VO und die PGütVO deutlich stärker auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit abzielen als die EuErbVO, die EheGütVO, die Rom II-VO und die Rom I-VO, dass zugleich aber auch bei der EuErbVO, EheGütVO und Rom II-VO die Vorhersehbarkeit stärker im Vordergrund steht als bei der Rom I-VO. Die Abwägung zwischen Vorhersehbarkeit und anderen Werten und Rechten sollte daher auch diese normativen Vorgaben beachten: Je eher die jeweilige Verordnung selbst vom Maßstab der Rechtssicherheit abweicht, desto eher kann auch das infrage stehende Recht oder Rechtsprinzip das Interesse an formalen und vorhersehbaren Statuten überwiegen.

Im Gegensatz zum *ordre public*-Vorbehalt ist keine unerträgliche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des nationalen Rechts (oder Unionsrechts) vonnöten. Es genügt, dass im Einzelfall die kollisionsrechtliche Koordination der Statuten zu einer Rechtsbeschränkung führt, deren Beseitigung das Interesse an Rechtssicherheit oder Vorhersehbarkeit überwiegt, wie es vom Kollisionsrechtssystem beabsichtigt ist.⁶⁶ Zudem geht der *ordre public*-Vorbehalt gegen die Anwendung ausländischen Rechts vor, während die Anpassung auch eine Abänderung des eigenen Rechts zulässt. Auf der anderen Seite führt selbstverständlich jede fundamentale Grund- und Menschenrechtsverletzung zur Anpassung oder Unanwendbarkeit / Unwirksamkeit der ausschlaggebenden Norm.

⁶⁶ Ähnlich für eine restriktive Anwendung in der EuErbVO Bonomi / Wautelet / Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 8–16.

2. Folgen der Anpassungslage

Der Fall der Kommorientenvermutung wurde durch die Schaffung einer Sachnorm gelöst (Art. 32 EuErbVO),⁶⁷ die Fälle der *culpa in contrahendo* und der Trennungs- und Scheidungsstatuten kollisionsrechtlich durch akzessorische Anknüpfung. Es fragt sich, ob eine dieser Vorgehensweisen auch für nicht normierte Fälle der Anpassung eine Regel darstellen kann.

a) EuGH-Vorlage

Die Frage, welches Sachrecht anzuwenden ist, und damit die Frage, ob ein bestimmtes Sachrecht anzuwenden oder gerade nicht anzuwenden ist, ist eine des EU-Rechts. Damit entscheidet auch das EU-Recht über die modifizierte oder eingeschränkte Anwendung des Sachrechts.⁶⁸ Ob eine Anpassung möglich und ihr Ergebnis mit dem Unionsrecht kompatibel ist, ist im Wege der EuGH-Vorlage zu erfragen.⁶⁹

b) Kollisionsrechtliche oder sachrechtliche Anpassung

Die Anpassung zielt also darauf ab, die verlorene Kohärenz des EU-IPR durch die ausnahmsweise Abänderung des Kollisions- oder Sachrechts wiederherzustellen.⁷⁰ Auf welche Weise dies zu erreichen ist, ergibt sich wiederum aus einer Abwägung zwischen den verschiedenen unionsrechtlichen und nationalen Interessen.

Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten spricht für eine kollisionsrechtliche Anpassung: Die sachrechtliche Anpassung schafft (auch durch Veränderung einer bestehenden Norm) eine neue Sachnorm auf unionsrechtlicher Grundlage. Dies sollte vermieden werden: Eine Harmonisierung des Sachrechts durch die EU wird durch das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und das Subsidiaritätsprinzip begrenzt⁷¹ und gerade das EU-IPR dient der Wahrung der Diversität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁷² Der Sachverhalt wird von zwei EU-Kollisions-

⁶⁷ *Dannemann*, Adaptation (Fn. 7) 331, 333.

⁶⁸ Ähnlich MüKo BGB / *von Hein* (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 257.

⁶⁹ Vgl. EuGH 22.10.1987 – Rs. 314/85 (*Foto-Frost ./.* *Hauptzollamt Lübeck-Ost*), ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 11–17; MüKo BGB / *von Hein* (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 257; ähnlich *Calvo Caravaca / Carrasosa González*, DIP I (Fn. 64) II 66 Nr. 2.

⁷⁰ *Fernández Rozas*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* 25 (2009) 9, 38f.; ähnlich *Bonomi / Wautelet / Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 19.

⁷¹ Zum Subsidiaritätsprinzip: *Matthias Klatt*, *Balancing Competences*, *GlobCon*. 4 (2015) 195, 216f.; konkret zur Anpassung i.R.d. Art. 32 EuErbVO: *Calvo Caravaca / Davi / Mansel / Calzolaio* (Fn. 34) Art. 32 Rn. 9.

⁷² *Horatia Muir Watt*, *European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws*, *Edinburgh L.Rev.* 9 (2005) 6, 11, 15–18, 30.

normen geregelt; das heißt, die Bestimmung des anwendbaren Rechts wird von der EU kontrolliert. Eine Abänderung der Grenzziehung zwischen den Normen bleibt im Regelungsbereich der EU. Dies gilt nicht stets für eine Änderung des Sachrechts. Eine Anpassung des Kollisionsrechts als neutrales Verweisungsrecht stellt einen geringeren Eingriff in diese Zuständigkeitsverteilung dar als eine des Sachrechts und ist damit das mildere Mittel.⁷³

Auch ist der Inhalt einer Sachnorm richterlichen Ursprungs noch schwerer vorhersehbar als eine richterlich geschaffene Verweisung.⁷⁴ Somit ist die kollisionsrechtliche Anpassung auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit als Ziel des EU-IPR vorzugswürdig.

Eine kollisionsrechtliche Anpassung ist daher jedenfalls vorzunehmen, wenn die Anpassungslage nicht durch kollidierende nationale Werte, sondern verschiedene nationale Vorgehensweisen zum Erhalt der gleichen Werte verursacht wird, also etwa im Fall der Einbeziehung Dritter in bestimmte Vertragspflichten, in denen es zu Friktionen zwischen Vertragsstatut und Deliktsstatut kommen kann. Es tritt die eine *lex causae* zugunsten der anderen zurück, ihre Werte werden aber nicht verdrängt, sondern gerade bewahrt. Somit ist der Eingriff in die nationale Rechtsordnung, die zurücktreten muss, nicht so stark. Dies gilt insbesondere, wenn die andere Rechtsordnung ebenfalls eine mitgliedstaatliche ist und daher der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens herrscht: In diesem Fall spricht eine gewisse Vermutung dafür, dass der anderen Rechtsordnung ähnliche Werte zugrunde liegen.⁷⁵ Bei Drittstaaten, bei denen dieses Vertrauen nicht gilt, muss demgegenüber positiv festgestellt werden, was die konkreten Werte sind, die die drittstaatliche *lex causae* verfolgt. Dennoch darf umgekehrt auch nicht angenommen werden, dass drittstaatliche Regelungen im Zweifel nicht ähnliche Gerechtigkeitsvorstellungen haben wie mitgliedstaatliche. Das EU-IPR bildet universelle Kollisionsnormen. Es geht bis zur Grenze von *ordre public* und Eingriffsnormen davon aus, dass die berufenen Rechtsordnungen im Grundsatz gleich bewertet werden sollen.⁷⁶

Eine sachrechtliche Anpassung sollte daher im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip auf die Fälle limitiert werden, in denen eine kollisionsrechtliche Anpassung nicht möglich ist, um die Rechtsbeschränkung zu beseiti-

⁷³ Vgl. Peter Mankowski, Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax 1991, 305, 308f.; Koch, ERPL 3 (1995) 329, 330–332, 342; Hugh Collins, European Private Law and the Cultural Identity of States, ERPL 3 (1995) 353, 353–365.

⁷⁴ Vgl. MüKo BGB / von Hein (Fn. 7) Einl. IPR R.n. 255; Jan von Hein, Conflicts between International Property, Family and Succession Law – Interfaces and Regulatory Techniques, European Property Law Journal 6 (2017) 142, 155.

⁷⁵ Hierzu: Matthias Weller, Mutual trust: In Search of the Future of European Union Private International Law, J.Priv.Int.L. 11 (2015) 64, 64ff.

⁷⁶ Franzina, Ragioni, valori e collocazione (Fn. 7) 22f.; zum *ordre public* im EU-Kollisionsrecht z.B. Susanne Lilian Gössl, The Public Policy Exception in the European Civil Justice System, The European Legal Forum 2016, 85, 86 m. w.N.

gen.⁷⁷ Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn die Anpassungslage aus kollidierenden nationalen Werten resultiert (dazu unten IV.2.d)).

c) Vorgehensweise bei der kollisionsrechtlichen Anpassung

Die Möglichkeit der richterlichen Rechtsfortbildung schafft Unsicherheit. Eine neue Kollisionsnorm sollte daher so eng wie möglich an die bestehenden Kollisionsregelungen angelehnt werden.⁷⁸ Dies spricht für eine akzessorische Anknüpfung, das heißt, dass eine Kollisionsnorm zugunsten der anderen zurücktritt und Letztere das Statut für beide Rechtsfragen bestimmt.⁷⁹ Im Unterschied zur Qualifikation geht es nicht um die abstrakte Einordnung der Anknüpfungsgegenstände, sondern darum, gerade von dieser formalen Einordnung ausnahmsweise abzuweichen, um ein konkretes Ergebnis zu vermeiden.⁸⁰ Hintergrund der Anpassungslage ist das ausnahmsweise Versagen des EU-IPR, durch ein kohärentes Verweisungssystem eine gelungene Koordination der involvierten Rechtsordnungen zu erreichen und die Situation abschließend zu regeln. Versagt diese Koordination, ist es am einfachsten, den Normwiderspruch dadurch zu vermeiden, dass eine der beiden unionsrechtlich berufenen nationalen Rechtsordnungen den Sachverhalt abschließend regelt. Denn es gilt die Vermutung, dass in einem nationalen Rechtssystem die Regelungen aufeinander abgestimmt sind.⁸¹ Die Regelungen, in denen das EU-IPR eine Anpassungslage vermeidet, scheinen auf dieselben Gedanken zurückzugehen (vgl. Art. 12 Rom II-VO und Art. 9 Rom III-VO).

Die Entscheidung, welche Kollisionsnorm zugunsten welcher zurücktreten soll, lässt sich wiederum unter Rückgriff auf das bereits existierende

⁷⁷ Ähnlich Calvo Caravaca / Davi / Mansel / Calzolaio (Fn. 34) Art. 32 Rn. 9.

⁷⁸ Zur Analogie allgemein EuGH 5.5.2011 – Rs. C-201/10 & C-202/10 (*Ze Fu Fleischhandel GmbH und Vion Trading GmbH ./. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*), ECLI:EU:C:2011:282, Rn. 33.

⁷⁹ MüKo BGB / von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 251; Beck, Legal Reasoning (Fn. 42) 113 f.

⁸⁰ Von Bar / Mankowski, IPR (Fn. 27) § 7 Rn. 257; Schurig, Kollisionsnorm (Fn. 22) 236 f.; ähnlich Martin Henssler / Heinz-Peter Mansel, Internationalrechtliche Haftungsfragen beim Auftreten einer anwaltlich tätigen Limited Liability Partnership (LLP) englischen Rechts in Deutschland, in: FS Norbert Horn (2006) 403, 415; Basedow, Qualifikation (Fn. 15) 153; Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 361; Kropholler, IPR (Fn. 15) 116 f., 235; Looschelders, Anpassung (Fn. 4) 209 f.; NomosKommentar / Looschelders (Fn. 37) Art. 1 EuErbVO Rn. 31; Hans Jürgen Sonnenberger, Grenzen der Verweisung durch europäisches IPR, IPRax 2011, 329; vgl. auch Beck, Legal Reasoning (Fn. 42) 111 Fn. 38; Robert Freitag, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht (2000) 318; Schinkels, JZ 2008, 272, 279 f.; zum überlebenden Ehegatten Mankowski, ZEV 2014, 121, 127–129; Art. 1(1) lit. d EuErbVO und Art. 1(2) lit. d EheGütVO-Entwurf, COM(2011) 126/2, S. 16; unklar insoweit Torremans / Faucett, Cheshire, North & Faucett (Fn. 2) 56.

⁸¹ Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht (1897) 144–147; Kegel / Schurig, IPR (Fn. 2) 357 f.; Andrew Dickinson, The Rome II Regulation (2008) Rn. 4.78.

EU-IPR-System treffen,⁸² denn es zeigen sich Tendenzen, welche Kollisionsnormen im Zweifel welchen vorgehen. Zunächst erlauben nicht alle EU-Kollisionsnormen eine Abweichung der Regelanknüpfung zugunsten einer „engeren“ oder „engsten Verbindung“ zu einer nationalen Rechtsordnung (siehe oben), zum Teil ist der Gebrauch dieser Ausweichklausel bedingt. Ist eine Abweichung nicht vorgesehen oder der Tatbestand für ihre Nutzung nicht erfüllt, erfolgt eine Anpassung *contra legem*, wenn sie dazu führt, dass die Verweisungsnorm zugunsten einer anderen zurücktritt.⁸³ Bei einem Zusammenspiel von zwei Kollisionsnormen, bei denen eine die Ausweichklausel vorsieht, die andere nicht, ist die akzessorische Anknüpfung daher zugunsten Letzterer vorzunehmen.⁸⁴ So sind etwa die Ausweichklauseln der Güterrechtsverordnungen (Art. 26(3) EheGütVO; Art. 26(2) PGütVO) deutlich eingeschränkter als in den übrigen Rechtsakten und greifen nur in genau bezeichneten Fällen. Dies spricht dafür, bei dem Fall des überlebenden Ehegatten eine kollisionsrechtliche Anpassung dergestalt vorzunehmen, dass das Güterrechtsstatut bei der Berechnung des Umfangs des Ausgleichs auch die erbrechtlichen Regelungen erfasst, die den Ausgleich des Ehegatten im Todesfall betreffen. Die Frage nach dem Umfang der güterrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten wird dem Statut unterworfen, das die güterrechtliche Abwicklung regelt. Dieser Teil des Erbstatuts nach der Eu-ErbVO tritt im Ausnahmefall zugunsten des Güterstatuts nach der EheGütVO zurück.⁸⁵ Dies bedeutet nicht, dass diese Ansprüche stets güterrechtlich zu qualifizieren sind, sondern dass ausnahmsweise eine kollisionsrechtliche Anpassung mit diesem Ergebnis opportun erscheint.⁸⁶

Enthalten beide Kollisionsnormen gleichermaßen Ausweichklauseln, lässt sich ebenfalls eine gewisse Hierarchie im Kollisionsrechtssystem erkennen. Eine „engere Verbindung“ wird u. a. aus Rechtssicherheitserwägungen angenommen, wenn bereits andere Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien existieren, insbesondere solche, die auf einer freiwilligen Verpflichtung basieren.⁸⁷ Freiwillig begründete Rechtsverhältnisse gehen somit unfreiwillig entstandenen Rechtsbeziehungen vor. Es bietet sich also etwa eine akzessorische Anknüpfung an ein Vertragsstatut oder Ehestatut an, wenn eine Friktion

⁸² Allgemein *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 258, Rn. 34.

⁸³ *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 245, Rn. 42; EuGH 23.3.2000 – Rs. C-310/98 und C-406/98 (*Hauptzollamt Neubrandenburg ./ Leszek Labis und Saggol SC Transport Miedzynarodowy i Spedycja – Met-Trans*), ECLI:EU:C:2000:154, Rn. 32; EuGH 19.10.1977 – *Ruckdeschel*, ECLI:EU:C:1977:160, Rn. 13; vgl. EuGH 26.4.1972 – Rs. 92/71 (*Interfood GmbH ./ Hauptzollamt Hamburg-Ericus*), ECLI:EU:C:1972:30, Rn. 5.

⁸⁴ Vgl. bereits *Heinz-Peter Mansel*, Kollisionsrechtliche Koordination von dinglichem und deliktischem Rechtsgüterschutz, in: FS Adolf Laufs (2006) 609, 617 f.

⁸⁵ Tendenziell MüKo BGB / *Dutta* (Fn. 8) Art. 1 EuErbVO Rn. 16; *Kowalczyk*, GPR 2012, 212, 214.

⁸⁶ Allgemein *Schurig*, Kollisionsnorm (Fn. 22) 237.

⁸⁷ Ähnlich *Schinkels*, JZ 2008, 272, 280.

tion mit dem Deliktsstatut oder sonstigen Statuten im Anwendungsbereich der Rom II-VO infrage steht. Sind beide Rechtsbeziehungen gleichermaßen (un)freiwillig entstanden, spricht die Rechtssicherheit für ein Prioritätsprinzip, also eine akzessorische Anknüpfung an die zuerst entstandene.⁸⁸

Werden etwa Dritte in den Schutz einer Vertragsbeziehung einbezogen, können Ansprüche bestehen, die vertraglich (Rom I-VO) und deliktisch (Rom II-VO) angeknüpft werden können.⁸⁹ In den Fällen einer *dépeçage*, die dazu führt, dass bei formaler vertraglicher und deliktischer Anknüpfung keine Ansprüche bestehen, obwohl beide Rechtsordnungen für sich Ansprüche gewähren, ist eine akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut vorzunehmen. Der Vorrang des Vertragsstatuts ergibt sich daraus, dass es sich um eine von den Parteien freiwillig begründete Verpflichtung handelt. Die Anpassung kann unter Bezugnahme auf die Ausweichklausel (etwa Art. 4(3) Satz 2 Rom II-VO) vorgenommen werden. Es handelt sich aber trotzdem nicht um eine Verwendung der Ausweichklausel i. e. S., sondern um eine Anpassung. Die Ausweichklausel wird nicht ihrem Zweck entsprechend ausgelegt, denn es geht nicht um die Suche nach der engsten Verbindung, sondern um die Beseitigung der Anpassungslage.⁹⁰

Ein ähnliches Vorgehen ist auch bei der Behandlung von (potenziellen) Direktansprüchen beim Letztverkäuferregress angebracht: Alle betroffenen (EU-)Rechtsordnungen möchten, dass der Letztverantwortliche letztendlich den Schaden trägt; unterschiedlich ist nur geregelt, wer diesen in Anspruch nehmen muss. Der Letztverantwortliche muss sich daher nach allen Rechtsordnungen auf eine Inanspruchnahme einstellen, nur Zwischenhändler können als unterschiedlich schutzwürdig eingestuft werden. Sieht das Deliktsstatut nun keinen Direktanspruch vor, sondern die Rechtsordnung einen Rückgriff über die Vertragskette mit Verjährungshemmung, scheidet aber dieser vertragliche Anspruch wiederum daran, dass das Vertragsstatut keinen (durchsetzbaren) Anspruch gewährt, sondern einen Direktanspruch,⁹¹ ist die Anpassung folgendermaßen vorzunehmen: Der Direktanspruch, der sich aus der Rechtsordnung des Vertragsstatuts zwischen Letztverkäufer und Zwischenhändler ergibt, ist zu den vertraglichen Ansprüchen zu ziehen.⁹² Das Vertragsstatut wird also zulasten des Deliktsstatuts erweitert.

⁸⁸ Ähnliche Erwägung allgemein *Mayer/Heuzé*, DIP (Fn. 14) Rn. 267.

⁸⁹ *Martiny*, Einordnung und Anknüpfung (Fn. 31) 491.

⁹⁰ *Mansel*, Koordination (Fn. 84) 617f.; ähnlich zur Verwendung der Ausweichklausel *Dickinson*, Rome II Regulation (Fn. 81) Rn. 4.89; kritisch zu einem solch zweckwidrigen Gebrauch der Ausweichklausel im EGBGB: *Heinz-Peter Mansel*, Normzweck und Tatbestandsstruktur des Art. 46 EGBGB, in: FS Andreas Heldrich (2005) 899, 903.

⁹¹ Ausführlich *Dutta*, ZHR 171 (2007) 79, 100; anders etwa *Martiny*, Einordnung und Anknüpfung (Fn. 31) 496–499.

⁹² Tendenziell *Dutta*, ZHR 171 (2007) 79, 100.

d) Ultima Ratio: Sachrechtliche Anpassung

Eine sachrechtliche Anpassung als Ultima Ratio ist auf Fälle zu beschränken, in denen eine kollisionsrechtliche Anpassung die Anpassungslage nicht beseitigen kann oder ihrerseits zu einer Verletzung von Grundfreiheiten der Beteiligten oder anderen nationalen oder unionsrechtlichen Grundwerten führte.⁹³

Eine sachrechtliche Anpassung ist notwendig, wenn die beiden involvierten Sachrechtsordnungen unterschiedliche Ziele verfolgen und ihnen unterschiedliche Wertungen in Bezug auf die Behandlung des Sachverhalts zugrunde liegen. Die kollisionsrechtliche Anpassung führt dazu, dass ein Sachrecht nicht anzuwenden ist, sodass dessen Werte und Ziele ignoriert werden. Die EU-IPR-Entscheidung, gerade diese Werte und Ziele als sachgerecht zu berufen, würde dann jedenfalls für einen Teil des Falls ignoriert. Ein solcher Fall ist jener der Komorientenvermutung. Zwei konträre Vermutungen zusammen anzuwenden, ist unmöglich. Eine kollisionsrechtliche Anpassung würde einer der Vermutungen den Vorzug gegenüber der anderen geben. Hierdurch verlöre eine Person (der Erbe einer der beiden Verstorbenen) eine Rechtsposition, die ihr jedenfalls nach einer der beiden Rechtsordnungen zugestanden hätte. Der Widerspruch kann nicht auf IPR-Ebene beseitigt werden, da dies auf eine Entscheidung zwischen den beiden Vermutungen und daher zwischen den beiden potenziellen Erben hinausläufe.⁹⁴ Das EU-Recht löst die Problematik daher auf sachrechtlicher Ebene, ohne eine allgemeine Sachnorm (losgelöst von dem Anpassungsfall) zu schaffen.⁹⁵

In Fällen, in denen keine Regelung getroffen wurde und keine Anhaltspunkte vorliegen, wie die Anpassung ausfallen soll, muss der Richter die beiden nationalen Rechtsordnungen unter der Fragestellung analysieren, welche Kernziele sie verfolgen. Im Anschluss ist eine Regel zu entwerfen, welche die Kernziele, insbesondere die damit geschützten Rechte oder öffentlichen Interessen, miteinander so weit wie möglich in Einklang bringt, da beide Ziele von jeweils einer Unionskollisionsnorm geschützt werden (vgl. Art. 31 und ErWG 16 EuErbVO).⁹⁶

⁹³ Zur Komorientenvermutung *Calvo Caravaca/Davì/Mansel/Calzolaio* (Fn. 34) Art. 32 Rn. 9; *Patrick Wautelet*, in: Bonomi/Wautelet, *Le droit européen des successions*² (2016) Art. 32 Rn. 11. Allgemeiner zur Rechtsfortbildung *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 42) 245, Rn. 40.

⁹⁴ *Calvo Caravaca/Davì/Mansel/Calzolaio* (Fn. 34) Art. 32 Rn. 9, 10; ausführlich *Kegel/Schurig*, IPR (Fn. 2) 371.

⁹⁵ So bereits Art. 13 des Haager Übereinkommens vom 1.8.1989 über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht. Dieser war Vorbild für Art. 32 EuErbVO; *Bergquist/Damascelli/Lagarde* (Fn. 34) Art. 32 Rn. 1; Bonomi/Wautelet/*Wautelet* (Fn. 93) Art. 32 Rn. 16; ähnlich vorsichtig auch *Constanze Fischer-Czermak*, in: Deixler-Hübner/Schauer (Fn. 8) Art. 32 EuErbVO Rn. 5, 7.

⁹⁶ Vgl. *Franzina*, *L'applicazione* (Fn. 7) 1119; *von Bar/Mankowski*, IPR (Fn. 27) § 7 Rn. 256.

V. Nationale und EU-Kollisionsnorm

Resultiert die *dépeçage* aus dem Zusammenspiel einer nationalen und einer EU-Kollisionsnorm, ändern sich die gefundenen Ergebnisse. Während das EU-IPR an sich ein kohärentes System bildet oder bilden soll, hat es im Verhältnis zum nationalen IPR nicht den Anspruch, den Sachverhalt erschöpfend zu erfassen. Anwendung und Auslegung nationalen Rechts fallen in die Zuständigkeit der nationalen Richter,⁹⁷ somit auch die Rechtsfortbildung und Lückenfüllung in Bezug auf das nationale IPR und das aufgrund dessen anwendbare Recht. Allerdings muss ein entsprechendes Lückenfüllen in Einklang mit den Zielen und Werten des EU-Rechts stehen.⁹⁸ Das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit zwischen EU und Mitgliedstaaten (Art. 4(3) EUV)⁹⁹ und der Anwendungsvorrang des EU-Rechts¹⁰⁰ können das Ergebnis der Anpassung beeinflussen. Der Beitrag konzentriert sich auf die Frage, ob das EU-Recht eine Anpassung an sich oder eine bestimmte Art der Anpassung verlangt. Ob und wie weit ein Richter darüber hinaus zur Rechtsfortbildung seines nationalen Rechts befugt ist, bleibt diesem Recht überlassen. Um die Lesbarkeit zu erhöhen, verwendet der Text den Begriff „EU-*lex causae*“, um die *lex causae* zu bezeichnen, die aufgrund einer EU-Kollisionsnorm anwendbar ist, und „nationale *lex causae*“ für die *lex causae*, die von der nationalen Kollisionsnorm bestimmt wurde.

Die Fälle, in denen das EU-IPR bereits den Begriff „Anpassung“ verwendet, das heißt Art. 54 Brüssel Ia-VO, 31 EuErbVO, 29 EheGütVO, 29 PGütVO, behandeln Situationen, in denen eine vom EU-Recht berufene Rechtsordnung in die *lex fori* zu integrieren ist, die häufig auch die *lex rei sitae* und die *lex registrii* ist.¹⁰¹ Die (von der *lex fori* zur Anwendung berufene)¹⁰² *lex fori*

⁹⁷ EuGH 29.10.2009 – Rs. C-63/08 (*Virginie Pontin ./ T-Comalux SA*), ECLI:EU:C:2009:666, Rn. 39f.; EuGH 7.12.2010 – Rs. C-439/08 (*Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebepalers (VEBIC) VZW*), ECLI:EU:C:2010:739, Rn. 56; Nils Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht (2011) 79.

⁹⁸ EuGH 11.5.1983 – Rs. C-87/82 (*Lieutenant Commander A. G. Rogers ./ H. B. L. Darthe-ney*), ECLI:EU:C:1983:131, Rn. 21.

⁹⁹ Vgl. EuGH 6.12.1990 – Rs. C-2/88 Imm. (*J.J. Zwartveld u. a.*), ECLI:EU:C:1990:440, Rn. 10.

¹⁰⁰ *Beck*, Legal Reasoning (Fn. 42) 183; z.B. EuGH 15.7.1964 – 6/64 (*Flaminio Costa ./ ENEL*), Slg. 1964, 1259, 1270f.

¹⁰¹ Zu Art. 31 EuErbVO *Anatol Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, FamRZ 2013, 4, 12; *Heinz-Peter Mansel*, Gesamt- und Einzelstatut: Die Koordination von Erb- und Sachstatut nach der EuErbVO, in: FS Coester-Waltjen (Fn. 34) 587, 591; ähnlich *Díaz Fraile*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 90 (2014) 67, 86; *Anatol Dutta*, Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, RabelsZ 73 (2009) 547, 559f.; Bergquist/Damascelli/Lagarde (Fn. 34) Art. 31 Rn. 1f.; *von Hein*, European Property Law Journal 6 (2017) 142, 150–152.

¹⁰² Mangels ausdrücklicher Kollisionsnorm wird von einem Verweis auf die *lex fori* ausgegangen, z.B. *Kegel / Schurig*, IPR (Fn. 2) § 17 II (S. 572f.).

kennt das ausländische Rechtsinstitut oder die ausländische Maßnahme nicht, ist aber verpflichtet, seine/ihre Existenz anzuerkennen und ihm/ihr Wirkung zu verleihen.

Einen ähnlichen Fall der Anpassung behandelt auch Art. 10 Fall 1 Rom III-VO: Ein Gericht kann die *lex causae* ausnahmsweise unangewendet lassen, wenn das nationale Recht das Konzept der Ehescheidung nicht vorsieht. Die Regel enthält Elemente des *ordre public*,¹⁰³ kann aber auch als Regelung eines Anpassungsfalls¹⁰⁴ verstanden werden: Eine Scheidung auszusprechen, ist prozessual problematisch bis unmöglich, wenn im nationalen Recht weder das Konzept noch eine Tenorierungsmöglichkeit existieren.¹⁰⁵ Dem Richter wird hier Spielraum gelassen, von der *lex causae* abzuweichen.

Auch der Fall des überlebenden Ehegatten kann in der Kombination von nationaler und EU-Kollisionsnorm relevant werden, nämlich wenn ein Mitgliedstaat nur an der EuErbVO, nicht aber an der EheGütVO teilnimmt (oder umgekehrt, sollten das Vereinigte Königreich¹⁰⁶ oder Irland sich der EheGütVO anschließen).¹⁰⁷ Eine *dépeçage* kann auch daraus resultieren, dass das EU-IPR einen Teil des Falls behandelt, der andere Teil aber ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Rom-Verordnungen ausgeschlossen wurde, etwa bezogen auf sachenrechtliche Fragen, Fragen des Trusts oder des Gesellschaftsrechts.¹⁰⁸

Schließlich kann aus ähnlichen Überlegungen heraus, nämlich der territorialen Reichweite von bestimmten Rechtsinstituten, Normenmangel im Fall des erbenlosen Nachlasses entstehen, der nicht von Art. 33 EuErbVO erfasst wird. Das Erbstatut kann im Fall des erbenlosen Nachlasses ein öffentlich-rechtlich ausgestaltetes und damit territorial beschränktes Aneignungsrecht vorsehen. Befindet der Nachlass sich aber physisch in einem anderen Staat als demjenigen, in dem der Fiskus Erbe wird (etwa § 1936 BGB), treffen weder Erbstatut noch *lex rei sitae* eine Regelung für die konkreten Nachlassgegenstände, weil sie jeweils davon ausgehen, dass das andere Statut hierfür Regelungen trifft.

¹⁰³ Z. B. *Pietro Franzina*, The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010, Cuadernos de Derecho Transnacional 3 (2011) 85, R.n. 85; *Susanne Lilian Gössl*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 2018) Art. 10 Rom III-VO R.n. 3f.

¹⁰⁴ Inzwischen hypothetisch, denn alle teilnehmenden Mitgliedstaaten sehen seit 2011 die Ehescheidung vor.

¹⁰⁵ *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 192.

¹⁰⁶ Unwahrscheinlich, sollte das UK aus der EU austreten.

¹⁰⁷ Vgl. Fall vor Inkrafttreten der EheGütVO: Vorabentscheidungsersuchen KG 3.11.2016 – R.s. C-558/16 (*Mahnkopf*), ABl. 2017 C 30/20 = FamRZ 2017, 64–66.

¹⁰⁸ Z. B. zum Trust: *Jonathan Harris*, Constructive Trusts and Private International Law, T. & T. 18 (2012) 965; *Johannes Wühl*, Der Trust im österreichischen Internationalen Privatrecht, ZfRV 2013, 20, 25f.; *Deixler-Hübner/Schauer/Schwartz* (Fn. 8) Art. 31 EuErbVO R.n. 12; zur Haftung einer Anwalts-LLP englischen Rechts mit Hauptniederlassung in Deutschland: *Henssler/Mansel*, Haftungsfragen (Fn. 80) 424.

1. Voraussetzungen der Anpassungslage

Die Art. 31 EuErbVO, 29 PGütVO und 29 EheGütVO statuieren eine Schwelle für die Anpassung. Diese muss „erforderlich“ sein, ein an sich nur wenig konkreter Begriff, der aber bei allen Anpassungslagen, auch den nicht ausdrücklich geregelten, gilt und Ausdruck der Erheblichkeitsschwelle ist (siehe oben II.).

In den Fällen, in denen die jeweiligen Sachrechte zum gleichen Ergebnis kommen und nur die *dépeçage* das ungewollte Ergebnis verursacht, ist eine Anpassung nach der gleichen Maßgabe „erforderlich“ wie oben herausgearbeitet. EU-IPR und nationales IPR bilden auf den ersten Blick kein kohärentes System, was ihrer unterschiedlichen Geschichte und Herkunft geschuldet ist. Doch stellt das EU-IPR kein separates System dar, sondern soll Teil des nationalen Rechts sein und dieses ergänzen.¹⁰⁹ Die Mitgliedstaaten sollen nicht nur das gegenseitige Vertrauen in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und das EU-Recht fördern, sondern auch eine Interaktion des EU-Rechts mit dem nationalen Recht erleichtern.¹¹⁰ Hierbei ist Vertrauen in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als Verweis auf die Rechtsordnungen inklusive ihrer Kollisionsrechte zu verstehen, was bedeutet, dass es keinen Unterschied macht, ob das Recht eines Drittstaats berufen wird oder das eines Mitgliedstaats, solange die *lex causae* auf den Verweis einer mitgliedstaatlichen Kollisionsnorm zurückgeht. Das EU-IPR und das nationale IPR bilden daher funktional eine Einheit, die grenzüberschreitende Fälle systematisch und erschöpfend regelt, um den Gebrauch der Grundfreiheiten zu fördern, insbesondere durch klare und vorhersehbare Bestimmung des anwendbaren Rechts.¹¹¹ Die Schwelle für den richterlichen Eingriff ist die gleiche wie beim Zusammenspiel von zwei EU-Kollisionsnormen; das heißt, das Ergebnis der formalen Rechtsanwendung muss zu einer untragbaren Lage führen, bei der das Interesse an ihrer Beseitigung das Interesse an Rechtssicherheit ausnahmsweise überwiegt.

Dies ist der Fall, wenn die formale Rechtsanwendung zu einem Ergebnis führt, das faktisch die Wahrnehmung des rechtlich zugestandenen Rechts verhindert, weil die zweite *lex causae* das durch die erste *lex causae* entstandene Recht als solches nicht behandeln kann. Abzustellen ist also auf das Ergebnis der Rechtsanwendung. Aus diesem Grund ist etwa keine Anpassung

¹⁰⁹ EuGH 12.4.2011 – Rs. C-235/09 (*DHL Express France SAS ./ Chronopost SA*), ECLI:EU:C:2011:238, Rn. 56; ähnlich auch *Martijn W. Hesselink*, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in: *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, hrsg. von Dorota Leczykiewicz / Stephen Weatherill (2013) 131, 164f.

¹¹⁰ Vgl. Art. 291 AEUV; *Calvo Caravaca / Carrascosa González*, DIP I (Fn. 64) II Rn. 65 Nr. 3; *Tamas Dezso Czigler / Izolda Takacs*, *The Quest to Find a Law Applicable to Contracts in the European Union*, *Global Jurist* 12 (2012) Art. 6, 42f.

¹¹¹ Oben Text bei Fn. 56–62.

erforderlich, wenn es um die Anerkennung eines Vindikationslegats in einer Rechtsordnung geht, die nur ein Damnationslegat kennt (d. h. Eigentumsübergang kraft Vermächtnisses statt Anspruchs auf Übereignung kraft Vermächtnisses). Solange der Eigentumsübergang bzw. das Eigentumsrecht im zweiten Staat bekannt ist und nur der konkrete Erwerbsvorgang unterschiedlich, entfaltet das Ergebnis der formalen Anwendung der *lex causae* (Eigentumsübergang kraft Vindikationslegats) ohne Friktionen auch in der zweiten Rechtsordnung Wirkung. Eine Anpassung ist daher nicht „erforderlich“.¹¹² Etwas anderes gilt, wenn das Erbstatut zu einem dinglichen Recht führt, das gerade als solches unbekannt ist, etwa ein Trust nach englischem Recht, der in Deutschland in eine Vor- und Nacherbschaft oder je nach Ausgestaltung in eine Dauertestamentsvollstreckung angepasst werden kann.¹¹³ Ähnliches gilt bei der Bestimmung, ob eine Maßnahme oder Anordnung i. S. d. Art. 54 Brüssel Ia-VO „unbekannt“ ist und damit eine Anpassung erfordert: Die formale Anerkennung der Entscheidung muss dazu führen, dass dem Vollstreckungsorgan eine Vollstreckung nicht möglich ist, da der Titel eine Anweisung enthält, die es faktisch nicht ausführen kann, weil die formal vorhandenen Vollstreckungsmöglichkeiten diese nicht vorsehen. Es kommt nicht darauf an, ob in einem vergleichbaren rein nationalen Fall eine solche Anordnung erlassen würde, sondern darauf, ob die Rechtsordnung und das Vollstreckungsorgan sie überhaupt kennen und damit umsetzen können.¹¹⁴

Diese Anpassungspflicht ergibt sich auch aus dem Effektivitätsgrundsatz: Nach diesem ist die Durchführung und Durchsetzung des EU-Rechts zwar eine Aufgabe der Mitgliedstaaten. Doch darf das mitgliedstaatliche Recht es nicht unmöglich oder übermäßig schwierig machen, die Rechte, welche das Unionsrecht verleiht, auch durchzusetzen.¹¹⁵ Führt das Zusammenspiel der

¹¹² Ähnlich: EuGH 12.10.2017 – *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755, Rn. 61–64; wohl h. M., z. B. *Björn Laukemann*, Die *lex rei sitae* in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion, Max Planck Institute Luxembourg: Working Paper Series 2 (2014) 23–26; *Heinz-Peter Mansel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2015) Art. 43 EGBGB Rn. 1024–1026; *Jan Peter Schmidt*, Ausländische Vindikationslegat über im Inland belegene Immobilien – zur Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO, ZEV 2014, 133, 137; *Deixler-Hübner/Schauer/Schwartz* (Fn. 8) Art. 31 EuErbVO Rn. 13; *Bonomi/Wautelet/Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 8, 12–14, ähnlich zur österreichischen „Einantwortung“ Rn. 6.

¹¹³ Ausführlich z. B. *Dutta*, *RabelsZ* 73 (2009) 547, 592–595; *MüKo BGB/Dutta* (Fn. 8) Art. 31 EuErbVO Rn. 10; *Bonomi/Wautelet/Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 16, 21.

¹¹⁴ Ähnlich *Jonathan Fitchen*, The Recognition and Enforcement of Member State Judgments (Arts 45–57), in: *The Brussels I Regulation Recast*, hrsg. von Andrew Dickinson / Eva Lein (2015) Rn. 13.494.

¹¹⁵ EuGH 10.7.1997 – Rs. C-261/95 (*Rosalba Palmisani* ./ *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*), ECLI:EU:C:1997:351, Rn. 26 f.; EuGH 11.6.2009 – Rs. C-429/07 (*Inspecteur van de Belastingdienst* ./ *X BV*), ECLI:EU:C:2009:359, Rn. 36–40; EuGH 6.11.2012 – Rs. C-199/11 (*Europese Gemeenschap* ./ *Otis NV u. a.*), ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 41; EuGH 18.6.2013 – Rs. C-681/11 (*Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt* ./ *Schenker & Co.*

nationalen und EU-Kollisionsnorm dazu, dass Rechte, welche durch eine EU-Kollisionsnorm (oder die *EU-lex causae*) verliehen werden, faktisch wirkungslos bleiben, verlangt der Effektivitätsgrundsatz eine Anpassung. Die Schwelle in den Art. 31 EuErbVO, 29 PGütVO und 29 EheGütVO ist als „erforderlich“ zu verstehen, um das tatsächliche Ziel der Rechtsordnung zu erreichen, welche vom EU-IPR berufen wurde, also dem nach der *EU-lex causae* erworbenen dinglichen Recht zur weitestmöglichen Wirkung zu verhelfen.¹¹⁶ Sowohl in den Art. 31 EuErbVO, 29 PGütVO, 29 EheGütVO als auch in Art. 54 Brüssel Ia-VO kann das Ziel der *EU-lex causae* (d. h. des dinglichen Rechts oder der Maßnahme oder Anordnung) nicht erreicht werden, wenn ein Sachenrechtstyp der *lex rei sitae* bzw. die Maßnahme der *lex fori* unbekannt ist. Der Grund liegt darin, dass in vielen nationalen Sachenrechten ein strikter *numerus clausus* gilt und Verfahrensrechte, insbesondere der Zwangsvollstreckung, ebenfalls sehr formale Regeln vorsehen.¹¹⁷ Ohne eine Anpassung des dinglichen Rechts oder der Anordnung oder Maßnahme würde dieses Recht oder diese Maßnahme auf dem Papier bestehen, faktisch aber in der zweiten Rechtsordnung keine Wirkung entfalten (können).¹¹⁸ „Erforderlich“ ist daher auch als besonderer Ausdruck des genannten Grundsatzes zu lesen: „erforderlich“, um sicherzustellen, dass das tatsächliche Ziel der *EU-lex causae* erreicht wird.

Schließlich kann das Äquivalenzgebot die Notwendigkeit der Anpassung beeinflussen: Nach diesem Prinzip darf das nationale Recht den Vollzug des Unionsrechts nicht schlechterstellen als den Vollzug nationalen Rechts.¹¹⁹ Hierdurch kann sich die Anpassungsschwelle verringern, nämlich in den Fällen, in denen die Schwelle zur richterlichen Rechtsfortbildung im nationalen Recht niedriger ist als nach dem vom EU-Recht Verlangten.¹²⁰

Es macht in allen diesen Fällen keinen Unterschied, ob die *EU-lex causae* oder die nationale *lex causae* zum Recht eines Mitgliedstaats oder eines Drittstaats gehören, denn aus der universalen Anwendung der Kollisionsnormen ergibt sich zugleich auch – bis zur Grenze des *ordre public* – die

AG u. a.), ECLI:EU:C:2013:404, Rn. 46–49; EuGH 20.9.2001 – Rs. C-453/99 (*Courage Ltd ./ Bernard Crehan und Bernard Crehan ./ Courage Ltd u. a.*), ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26, 29; EuGH 6.6.2013 – Rs. C-536/11 (*Bundeswettbewerbbehörde ./ Donau Chemie AG u. a.*), ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 27.

¹¹⁶ *Franzina*, L'applicazione (Fn. 7) 1120; Bonomi/Wautelet/Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 19.

¹¹⁷ Bergquist/Damascelli/Lagarde (Fn. 34) Art. 31 Rn. 1; Calvo Caravaca/Davi/Mansel/Calzolaio/Vagni (Fn. 8) Art. 31 Rn. 14; Díaz Fraile, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90 (2014) 67, 74.

¹¹⁸ Z. B. Díaz Fraile, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90 (2014) 67, 92; Deixler-Hübner/Schauer/Schwartz (Fn. 8) Art. 31 EuErbVO Rn. 3; Bonomi/Wautelet/Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 3, in Fn. 5 ausdehnend auf andere Bereiche.

¹¹⁹ EuGH 1.6.1999 – Rs. C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd ./ Benetton International NV*), ECLI:EU:C:1999:269, Rn. 37.

¹²⁰ Weiter Looschelders, Anpassung (Fn. 4) 114, 125.

Gleichwertigkeit der berufenen Rechte. Die Erforderlichkeit der Anpassung richtet sich stets nur nach der Stärke der Friktionen, die sich aus dem Zusammenspiel der beiden Normen ergibt.

2. Folgen der Anpassungslage

In den genannten Regelungen ist eine Anpassung der von der EU-Kollisionsnorm berufenen *lex causae* an die Anforderungen der nationalen *lex causae* vorgesehen. Es fragt sich, ob dies die Ausnahme oder die Regel darstellt.

a) EuGH-Vorlage

Der EuGH entscheidet über den Umfang der Verweisung einer EU-Kollisionsnorm, also auch darüber, in welchem Umfang die EU-*lex causae* anzuwenden ist. Weiterhin sollen die Mitgliedstaaten das EU-Recht in ihr nationales Recht integrieren.¹²¹ Sie haben daher primär Sorge zu tragen, dass die Kohärenz des Kollisionsrechtssystems, wie es sich aus EU-IPR und nationalem IPR ergibt, gewahrt oder wiederhergestellt wird. Darum bleibt es Teil des nationalen richterlichen Ermessens, wie die nationale Kollisionsnorm oder die nationale *lex causae* anzuwenden ist. Es ist aber zugleich sicherzustellen, dass die Ziele des Unionsrechts erreicht oder nicht unmöglich gemacht werden.¹²² Ob Letzteres der Fall ist, ist eine Frage, die vom EuGH zu entscheiden ist.¹²³

b) Vorgehensweise: Loyale Zusammenarbeit und Vorrang des Unionsrechts

Sowohl das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit als auch der Vorrang des Unionsrechts sprechen für eine Anpassung des nationalen Kollisionsrechts und der nationalen *lex causae*: Nach dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit unterstützen EU und Mitgliedstaaten sich gegenseitig bei der Umsetzung der Verträge.¹²⁴ Primär sind die Mitgliedstaaten in der Verantwortung,

¹²¹ EuGH 19.9.2000 – *Schmeink*, ECLI:EU:C:2000:469, Rn. 48f.; EuGH 6.11.2003 – *Karageorgou, Petrova, Vlachos*, ECLI:EU:C:2003:604, Rn. 49; EuGH 18.6.2009 – *Stadeco*, ECLI:EU:C:2009:380, Rn. 35; EuGH 7.12.2010 – *VEBIC*, ECLI:EU:C:2010:739, Rn. 56; EuGH 12.4.2011 – *DHL Express*, ECLI:EU:C:2011:238, Rn. 56–58; *Czigler / Takacs*, *Global Jurist* 12 (2012) Art. 6, 42f.

¹²² Ähnlich *Staudinger / Mansel* (Fn. 112) Art. 43 EGBGB Rn. 177.

¹²³ EuGH 29.10.2009 – *Pontin*, ECLI:EU:C:2009:666, Rn. 49; *Grosche*, *Rechtsfortbildung* (Fn. 97) 108; ähnlich jedenfalls bei Art. 54(1) Satz 2 *Philippe Hovaguimian*, *The Enforcement of Foreign Judgments under Brussels I bis*, *J.Priv.Int.L.* 11 (2015) 212, 218.

¹²⁴ Art. 4(3) EUV; siehe z. B. EuGH 6.12.1990 – *Zwartveld*, ECLI:EU:C:1990:440, Rn. 10, mit Verweis auf den Beschluss vom 30.7.1990 in derselben Rechtssache.

das EU-Recht ins nationale Recht zu integrieren und Lücken zu schließen, welche aus der Interaktion der Systeme entstehen können.¹²⁵ Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts verlangt, dass das EU-Recht dem nationalen Recht vorgeht, auch dem nationalen Kollisionsrecht.¹²⁶ Eine Anpassung des nationalen IPR oder der nationalen *lex causae* widerspricht dem Unionsrecht nicht. Etwas anderes gilt für eine Anpassung der EU-Kollisionsnorm oder EU-*lex causae*, welche diese reduziert, denn eine (Teil-)Nichtanwendung der *lex causae* verändert auch den Umfang der Verweisung der EU-Kollisionsnorm. Etwa bezogen auf die Regelung des erbenlosen Nachlasses bedeutet dies, dass das Gericht das nach dem Recht des Erbstatuts öffentlich-rechtliche Aneignungsrecht zum Erbstatut ziehen kann, obwohl die EuErbVO dieses eigentlich nicht erfasst (Art. 1(1) Satz 2 EuErbVO).¹²⁷ Es ist zusätzlich eine sachrechtliche Anpassung notwendig, etwa per Analogie die Konstruktion eines Fiskuserbrechts des Staats, der eigentlich ein Aneignungsrecht vorsieht.¹²⁸ Umgekehrt eine Teilweiterverweisung auf das Erbrecht der *lex rei sitae* anzunehmen, ist nach geltender Rechtslage nicht möglich, da dies den Umfang der EU-*lex causae*, also des Erbstatuts, beschneiden würde.¹²⁹ Ähnlich lässt sich die Grenze, die das EU-Recht der Anpassung setzt, im Witwenfall in der Konstellation zeigen, dass die EuErbVO Anwendung findet, die EheGütVO aber nicht. Die güterrechtlichen Regelungen können akzessorisch an das Erbstatut angeknüpft werden. Aus Sicht des EU-Rechts wird eine nationale Kollisionsnorm in einem nichtharmonisierten Bereich gebildet. Lässt die nationale Methodik eine solche Anknüpfung nicht zu, kann aus Sicht des EU-Rechts ebenso das Güterrechtsstatut (die nationale *lex causae*) sachrechtlich angepasst und eine entsprechende Quote konstruiert werden. Somit können die Richter ihr nationales IPR und das aus diesem resultierende Sachrecht im Einklang mit ihren Regeln der Rechtsfortbildung anpassen. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes müssen sie dabei darauf achten, dass das Ziel des EU-IPR (und der EU-*lex causae*) nicht verhindert wird,¹³⁰ das heißt etwa, dass die Erbquote, die nach dem Erbstatut

¹²⁵ Nachweise in Fn. 121.

¹²⁶ Z. B. Bogdan, Concise Introduction (Fn. 54) 15; *Calvo Caravaca / Carrascosa González*, DIP I (Fn. 64) II Rn. 67; *Brigitta Lurger / Martina Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) § 3 Rn. 27, so wohl EuGH 1.3.2018 – Rs. C-558/16 (*Mahnkopf*), ECLI:EU:C:2018:138.

¹²⁷ MüKo BGB / *Dutta* (Fn. 8) Art. 33 EuErbVO Rn. 8, ihm folgend *Alrun Cohen*, in: *Deixler-Hübner / Schauer* (Fn. 8) Art. 33 EuErbVO Rn. 7.

¹²⁸ Für eine solche Lösung zu § 750 ABGB etwa *Lurger / Melcher*, Handbuch (Fn. 126) § 3 Rn. 106, 109.

¹²⁹ Vgl. *Franzina*, L'applicazione (Fn. 7) 1119f. Daher wohl *de lege ferenda* argumentierend: *Carl Friedrich Nordmeier*, Erbenlose Nachlässe im Internationalen Privatrecht – versteckte Rückverweisung, § 29 öst. IPRG und Art. 33 EuErbVO, IPRax 2013, 418, 424; unklar *Calvo Caravaca / Davì / Mansel / Vagni* (Fn. 8) Art. 33 Rn. 24.

¹³⁰ *Jan Kropholler*, Internationales Einheitsrecht (1975) 303; *Kühn*, Gestörte Gesamtschuld (Fn. 7) 238; MüKo BGB / *von Hein* (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 251; ähnlich *Laukemann*, Max Planck

berufen wird, nicht unterwandert werden darf. Ist die Kollisionsnorm in einer Richtlinie vorgesehen, gilt das Gleiche für das nationale Recht, sobald es diese umsetzt.¹³¹

c) Grenzen des Anwendungsvorrangs und loyale Zusammenarbeit

Auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt nicht absolut, sondern kann umgekehrt durch Gegenrechte der Mitgliedstaaten beschränkt werden. Die EU erkennt den Erhalt der nationalen Identität, wie er insbesondere in den mitgliedstaatlichen Rechtssystemen zum Ausdruck kommt, als Grenze des Anwendungsvorrangs an.¹³² Eine Beschränkung des EU-Rechts ist zum Schutz der fundamentalen Grundwerte der nationalen Rechtsordnungen möglich, insbesondere wenn die Grundwerte auch vom EU-Recht anerkannt sind.¹³³ Der Erhalt der Kohärenz eines Rechtssystems, welches legitime, von der EU anerkannte Ziele verfolgt, ist ein solcher Wert.¹³⁴ Es ist also wieder eine Abwägung der infrage stehenden Positionen vonnöten.¹³⁵ In dieser Abwägung können vor allem Fragen von Verfassungsrang, der kulturellen Identität oder besonderer nationaler Sensibilität die Interessen der EU-Grundfreiheiten überwiegen.¹³⁶

Führt die Anpassung des nationalen Kollisions- oder daraus resultierenden Sachrechts zu einer Verletzung eines dieser nationalen Werte oder verletzt sie die Kohärenz eines solchen geschützten nationalen Systems, verlangt das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit, dass das EU-Recht eine Anpassung des EU-Kollisionsrechts oder der daraus resultierenden *lex causae* zulässt. Je eher ein Sachbereich involviert ist, der Fragen der nationalen Identität berührt, desto eher spricht die Abwägung für eine Anpassung der Regelungen, die vom Unionsrecht determiniert werden.

Hierbei ist danach zu differenzieren, ob die nationale *lex causae*, also das von der nationalen Kollisionsnorm berufene Recht, das eines EU-Mitglied-

Institute Luxembourg: Working Paper Series 2 (2014) 20; Bonomi / Wautelet / Wautelet (Fn. 8) Art. 31 Rn. 18; vgl. EuGH 12.4.2011 – *DHL Express*, ECLI:EU:C:2011:238, Rn. 59.

¹³¹ *Bleckmann*, ZGR 1992, 364, 371 f.

¹³² *Kalbheim*, National Identity (Fn. 59) 203, 211–217.

¹³³ Siehe oben in Fn. 61.

¹³⁴ Vgl. zum Besteuerungssystem EuGH 28.1.1992 – Rs. C-204/90 (*Hanns-Martin Bachmann ./. Belgischer Staat*), ECLI:EU:C:1992:35, Rn. 28; EuGH 23.2.2006 – Rs. C-471/04 (*Finanzamt Offenbach am Main-Land ./. Keller Holding GmbH*), ECLI:EU:C:2006:143, Rn. 40; EuGH 27.11.2008 – Rs. C-418/07 (*Société Papillon ./. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*), ECLI:EU:C:2008:659, Rn. 43 f.; EuGH 4.7.2013 – Rs. C-350/11 (*Argenta Spaarbank NV ./. Belgischer Staat*), ECLI:EU:C:2013:447, Rn. 41 f.; EuGH 7.9.2004 – Rs. C-319/02 (*Petri Manninen*), ECLI:EU:C:2004:484, Rn. 42 f.

¹³⁵ Art. 5(1) Satz 2 EUV; EuGH 18.7.2013 – Rs. C-523/11 & C-585/11 (*Laurence Prinz ./. Region Hannover und Philipp Seeberger ./. Studentenwerk Heidelberg*), ECLI:EU:C:2013:524, Rn. 33.

¹³⁶ *Beck*, Legal Reasoning (Fn. 42) 387 f.

staats oder eines Drittstaats ist. Denn Fragen der nationalen Identität sind nur mitgliedstaatlich-nationale Werte (Art. 4(2) EUV). Diese können zur Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen angewendet werden, aber eben nur zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Werte eines drittstaatlichen Rechts können nur dann ausnahmsweise die Abwägung beeinflussen, wenn zugleich der nationalen Kollisionsnorm eine Wertung innewohnt, die die nationale Identität (der nationalen Kollisionsnorm) berührt. Dies könnten etwa stark materiellrechtlich geprägte Kollisionsnormen zum Schutz von Kulturgütern sein.¹³⁷

Diese Grenze wird durch die ausdrücklich geregelten Fälle der Anpassung bestätigt: Das EU-IPR interagiert mit Kollisionsregeln, welche das nationale Prozess- oder Sachenrecht berufen. Da beide Materien zu sensiblen Fragen nationaler Kompetenzen gehören, ist die EU äußerst zurückhaltend, in das Sachrecht einzugreifen: Gemäß Art. 345 AEUV bleibt die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten von den Verträgen unberührt. Nach dem Prinzip der Verfahrensautonomie bleiben Fragen des Verfahrensrechts so lange Teil der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz, wie sie nicht ausdrücklich harmonisiert werden.¹³⁸ Eine ähnliche Zurückhaltung gilt auch in anderen Fragen limitierter Gesetzgebungszuständigkeit wie dem Familien- oder Immaterial- und Kulturgüterrecht.¹³⁹

Hinzu kommt, dass Verfahrens- und Sachenrecht häufig durch Spezialitäts- und Öffenkundigkeitsgrundsätze geprägt werden. Dies äußert sich etwa in einem *numerus clausus*, das heißt in dem Grundsatz, dass nur die ausdrücklich gesetzlich vorgesehenen Rechte oder Rechtsmittel zulässig sind (vgl. ErwG 15 EuErbVO).¹⁴⁰ Sind nicht Gerichte, sondern andere staatliche Stellen zuständig, beispielsweise Grundbuch-, Standes- und Voll-

¹³⁷ Vgl. § 54 KGSG, der die Eigentumszuordnung dem Recht des Staats unterstellt, an den das Kulturgut aufgrund unionsrechtlicher oder völkervertraglicher Pflichten zurückgegeben wurde. Ausführlich aus kollisionsrechtlicher Perspektive Staudinger / Mansel (Fn. 112) Komm. zu Anh. I-Anh. V zu Art. 46 EGBGB.

¹³⁸ Z. B. EuGH 1.12.1998 – Rs. C-326/96 (*B. S. Levez ./ T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*), ECLI:EU:C:1998:577, Rn. 18; *Gareth Davies*, Subsidiary: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time, CML Rev. 43 (2006) 63, 65; vgl. *Michal Bobek*, Why There Is No Principle of „Procedural Autonomy“ of the Member States, in: *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, hrsg. von Hans-Wolfgang Micklitz (2012) 305, 306; *Diana-Urania Galetta*, Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? (2010); *Joachim Zekoll*, Comparative Civil Procedure, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, hrsg. von Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann (2006) 1327, 1338.

¹³⁹ *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 192.

¹⁴⁰ *Bram Akkermans*, The Numerus Clausus of Property Rights, in: *Comparative Property Law*, hrsg. von Michele Graziadei / Lionel Smith (2016) 100; *Mansel*, Gesamt- und Einzelstatut (Fn. 101) 587 f.; *Sjef van Erp*, Comparative Property Law, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Fn. 138) 1043, 1053–1060; *Bonomi / Wautelet / Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 5; zu Anpassungslagen trotz eines *numerus apertus* im spanischen Recht: *Díaz Fraile*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90 (2014) 67, 87 f.

streckungsämter, gelten darüber hinaus häufig sehr formale, technische Regelungen, die Schwierigkeiten bereiten, ausländische unbekannte Rechtsphänomene zu integrieren (ErwG 18 EuErbVO).¹⁴¹ Zwänge des EU-Recht die Mitgliedstaaten dazu, diese ausländischen Rechtsphänomene durch eine Anpassung des nationalen Sachrechts zu berücksichtigen, zerstörte dies die Kohärenz des Sachrechtssystems, welches gerade auf einem *numerus clausus* oder einer strikten Normanwendung basiert. Auch führte dies zu einer Rechtsfortbildung durch die jeweiligen Beamten, was mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz in Konflikt träte. Aus diesen Gründen hält die EU sich im Sachenrecht damit zurück, eine Anpassung des nationalen Rechts zu verlangen.¹⁴² Ähnliches gilt in allen Bereichen, in denen die EU im Sachrecht nur sehr zurückhaltend tätig wird, namentlich dem Sachen-, Verfahrens- und Familienrecht.¹⁴³ Weiterhin kann auch eine IPR-Anpassung in die Wertungen des Sachrechts eingreifen, da das nationale IPR auf das nationale Sachrecht abgestimmt ist und ebenfalls materielle Werte verfolgen kann.¹⁴⁴

Eine Anpassung des nationalen Rechts ist somit nicht möglich, wenn der allgemeine Zweck des EU-IPR, Rechtssicherheit zu schaffen, ausnahmsweise überwogen wird von den nationalen Wertungen, welche mit dem nationalen IPR oder der nationalen *lex causae* verfolgt und geschützt werden, also insbesondere der Erhalt eines *numerus clausus* oder eines Registersystems oder auch des Grundsatzes der Formalität der Zwangsvollstreckung.¹⁴⁵ Da aber die Anpassung geboten ist, ist daher ausnahmsweise eine Anpassung des EU-IPR oder der EU-*lex causae* möglich.

d) Ausnahmsweise: Anpassung der EU-Regelungen

Eine Anpassung des EU-IPR oder der EU-*lex causae* ist ausnahmsweise notwendig, wenn das Zusammenspiel der Kollisionsnormen zu einem un-

¹⁴¹ Vgl. *Mansel*, Gesamt- und Einzelstatut (Fn. 101) 591; *Díaz Fraille*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90 (2014) 67, 87f. zum autonomen spanischen Recht; *Franzina*, *Note minime* (Fn. 4) 189.

¹⁴² Vgl. Art. 7(2) Satz 1, Art. 8 EuInsVO; vgl. auch EuGH 28.4.2009 – Rs. C-420/07 (*Meletis Apostolides ./ David Charles Orams und Linda Elizabeth Orams*), ECLI:EU:C:2009:271, Rn. 56, 66.

¹⁴³ Zum Sachenrecht etwa: *MPI Working Group on international succession law*, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 74 (2010) 522, 642 (Rn. 203); *Angelo Davi / Alessandra Zanobetti*, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5 (2013) 5, Rn. 18f.

¹⁴⁴ *Franzina*, *Note minime* (Fn. 4) 192; *Bonomi / Wautelet / Wautelet* (Fn. 8) Art. 31 Rn. 20; Art. 81(3) AEUV; zum niederländischen Internationalen Sachenrecht z. B. *Frank M. J. Verstijlen*, *General Aspects of Transfer and Creation of Property Rights*, in: *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, hrsg. von Ulrich Drobnig / Henk J. Sniijders / Erik-Jan Zippo (2006) 17, 30.

¹⁴⁵ Vgl. auch *Franzina*, *Note minime* (Fn. 4) 193; *Verstijlen*, *General Aspects* (Fn. 144) 30.

tragbaren Ergebnis führt und darüber hinaus eine Anpassung des nationalen IPR oder der nationalen *lex causae* mit Grundwerten oder -prinzipien des nationalen Rechts kollidieren würde, welche in einer Abwägung die Interessen und Wertungen des EU-Rechts ausnahmsweise überwiegen. Sowohl die EuErbVO und die Güterrechtsverordnungen als auch die Brüssel Ia-VO tendieren in sachenrechtlichen Fragen zu einer Anpassung der EU-*lex causae*.

Aus Sicht des EU-IPR ist dies ein geringerer Eingriff in die Kohärenz des EU-IPR und zugleich des nationalen Rechts: Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der EU-Kollisionsnorm, das heißt eine kollisionsrechtliche Anpassung, würde zugleich den Anwendungsbereich der nationalen Kollisionsnorm verringern, obwohl das EU-IPR nur einen begrenzten Anwendungsbereich hat und darüber hinaus nicht den Anspruch, den Sachverhalt erschöpfend zu regeln (im Unterschied zu dem unter IV. analysierten Szenario). Eine Ausweitung des EU-IPR zulasten des nationalen IPR verstieße gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip und muss daher Ultima Ratio bleiben.¹⁴⁶ Umgekehrt könnte im Rahmen der kollisionsrechtlichen Anpassung das EU-IPR zugunsten des nationalen IPR reduziert werden. Dies führt zu einer (Teil-)Nichtanwendung der ursprünglich von der EU bestimmten *lex causae*, sodass auch die mit ihr verfolgten Werte und Ziele ignoriert oder jedenfalls beschränkt und damit sowohl das EU-IPR als auch die EU-*lex causae* denkbar wirkungslos würden. Eine Anpassung der EU-*lex causae* interferiert andererseits nicht mit der nationalen Rechtsordnung. In dem Fall, dass ausnahmsweise das Interesse an der Aufrechterhaltung der nationalen Rechtsordnung den Anwendungsvorrang des EU-Rechts überwiegt, ist eine sachrechtliche Anpassung der vom EU-Recht bestimmten *lex causae* vorzugswürdig, weil sie es erlaubt, das Sachrecht so anzupassen, dass seine Werte und damit auch die Ziele des EU-Rechts weitgehend erhalten werden.¹⁴⁷ Eine derartige Anpassung der EU-*lex causae* entspricht dem Effektivitätsgrundsatz und dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit eher als eine Anpassung des EU-IPR.¹⁴⁸ Aus diesem Grund wird in den genannten Fällen das dingliche Recht derartig neu interpretiert, dass es wie ein dingliches Recht der *lex fori* behandelt werden kann.¹⁴⁹ Führt dies dazu, dass das dingliche Recht Wirkungen, die ihm unter der *lex causae* zukommen, verliert, muss dieser Verlust, der zugleich eine

¹⁴⁶ Ähnlich restriktiv: EuGH 1.4.2008 – Rs. C-14/06 & C-295/06 (*Parlament, Dänemark ./ Kommission*) ECLI:EU:C:2008:176, Rn. 61; *Katja Langenbucher*, Bankaktienrecht unter Unsicherheit, ZGR 2010, 75, 84f.; zur Anpassung der *lex fori* siehe *Basedow*, Qualifikation (Fn. 15) 154f., 156 und zum EU-IPR MüKo BGB/von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 256; vgl. auch *European Union Committee*, House of Lords 52nd Report of Session 2005–06: Rome III – Choice of Law in Divorce (7 December 2006) Rn. 30.

¹⁴⁷ Ähnlich zu Art. 10 Rom III-VO: *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 191f.

¹⁴⁸ *Franzina*, Note minime (Fn. 4) 192; *ders.*, L'applicazione (Fn. 7) 1119f. Ähnlich MüKo BGB/von Hein (Fn. 7) Einl. IPR Rn. 257.

¹⁴⁹ Vgl. EuGH 12.4.2011 – *DHL Express*, ECLI:EU:C:2011:238, Rn. 56–60.

Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt, durch die Grundwerte der *lex fori* gerechtfertigt sein, eben etwa den *numerus clausus* als Ausfluss der Gewaltenteilung und die Kohärenz der nationalen Eigentumsordnung. Hier kann der Fall der italienischen Autohypothek herangezogen werden: In Italien ist eine Autohypothek als besitzloses, registrierpflichtiges Sicherungsmittel möglich. Dem deutschen Recht ist demgegenüber das Sicherungseigentum als besitzloses Sicherungsmittel bekannt. Beruft eine EU-Kollisionsnorm ein italienisches Güter- oder Erbstatut in Bezug auf eine Sache, die in Deutschland belegen ist, oder ist eine Entscheidung zur Befriedigung aus einer italienischen Autohypothek in Deutschland vollstreckbar, besteht zwar theoretisch eine wirksame italienische Autohypothek in Deutschland. Diese kollidiert aber mit dem deutschen *numerus clausus*.¹⁵⁰ Es ist daher eine Anpassung vorzunehmen, nach der die italienischen Regelungen (als Bestandteil der EU-*lex causae*) zurücktreten gegenüber den Regelungen der nationalen *lex causae*, in dem Fall der *lex rei sitae* bzw. dem Recht des Vollstreckungsstaats, soweit dies notwendig ist, um etwa eine Vollstreckung in Deutschland zu ermöglichen.¹⁵¹ Umgekehrt bleibt es eine Frage des nationalen Rechts, ob die Wirkungen des Rechts unter der nationalen *lex causae* (häufig die *lex fori*) auch über die Wirkungen unter der EU-*lex causae* hinausgehen können. Das EU-Recht verlangt diese Ausweitung jedenfalls nicht im Rahmen der Anpassung.¹⁵²

VI. Ergebnis

1. Das EU-IPR kennt das Instrument der Anpassung, regelt Voraussetzungen und Folgen aber nicht umfassend.

2. Im Fall einer *dépeçage*, die durch zwei EU-Kollisionsnormen verursacht wird, gilt:

a) Eine Anpassung ist notwendig, wenn eine unbeabsichtigte Ungleichbehandlung zwischen einem rein nationalen und dem grenzüberschreitenden Sachverhalt vorliegt, die die Rechte der Beteiligten derart beschränkt, dass sie nicht durch das Interesse des Kollisionsrechts an klaren, vorhersehbaren Regelungen und dem damit verbundenen Schutz der Grundfreiheiten überwogen werden.

¹⁵⁰ BGH 11.3.1991, NJW 1991, 1415, 1416.

¹⁵¹ Ähnlich zu Österreich, Dänemark, Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien, Schweden, England Ulrich Drobniç, Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights, in: Divergences of Property Law (Fn. 144) 105, 106–111.

¹⁵² Anders ausdrücklich nur Art. 54(1) Satz 2 Brüssel Ia-VO. Vgl. dazu die „überschiebende“ Praxis in Deutschland, Italien, Österreich nach Drobniç, Recognition and Adaptation (Fn. 151) 112f.

b) Der Richter ist umso eher zu einer Anpassung befugt, je mehr Flexibilität die jeweilige Kollisionsnorm vorsieht.

c) Die kollisionsrechtliche Anpassung hat Vorrang vor der sachrechtlichen und sollte wenn möglich durch akzessorische Anknüpfung nach folgenden Maßgaben erfolgen: (i) Flexible Kollisionsnormen treten gegenüber unflexiblen zurück, (ii) freiwillig begründete Rechtsverhältnisse gehen unfreiwillig entstandenen vor und (iii) bei zwei gleichermaßen freiwillig begründeten Rechtsverhältnissen gilt das Prioritätsprinzip.

d) Eine sachrechtliche Anpassung ist vorzunehmen, wenn der Normenwiderspruch auf kollisionsrechtlicher Ebene nicht beseitigt werden kann. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn er seinen Ursprung in unterschiedlichen Wertungen und Zielen der beiden Sachrechtsordnungen hat.

3. Im Fall einer *dépeçage*, die durch eine nationale und eine EU-Kollisionsnorm verursacht wird, gilt:

a) Der unter 2. herausgearbeitete Standard gilt ebenfalls.

b) Ferner ist eine Anpassung notwendig, wenn ein Recht, welches eine Person nach dem EU-IPR wirksam erworben hat, aufgrund der *dépeçage* faktisch wirkungslos i. S. d. Effektivitätsgrundsatzes würde.

c) Das Äquivalenzprinzip verlangt eine Anpassung des nationalen Rechts, wenn der nationale Standard für eine solche niedriger ist als allgemein im EU-Recht.

d) Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes und des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit sind primär das nationale IPR oder die daraus resultierende *lex causae* anzupassen.

e) Die Pflicht zur Anpassung verschiebt sich zulasten des EU-IPR oder der von dieser bestimmten *lex causae*, wenn sensible Fragen des nationalen Rechts berührt sind, in denen die EU keine oder nur beschränkte Harmonisierungskompetenzen hat. Eine Abwägung der nationalen Werte gegenüber denen des EU-IPR kann dazu führen, dass der Erhalt des EU-IPR-Systems hinter dem Erhalt der nationalen Interessen zurücktritt.

f) Die Anpassung erfolgt dann (ausnahmsweise) folgendermaßen: (i) Eine sachrechtliche Anpassung (der EU-*lex causae*) hat Vorrang, hierbei sollen die Werte und Ziele beider Sachrechte weitgehend erhalten bleiben; und (ii) eine Anpassung des EU-IPR bleibt *Ultima Ratio*.

Summary

ADAPTATION IN EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Adaptation or adjustment has to date received little general attention in EU private international law (EU PIL) despite this tool being of high importance in maintaining the coherence between the EU PIL system and nation-

al law. The Brussels Ia Regulation, the Succession Regulation and the Matrimonial/Registered Partnership Property Regimes Regulation explicitly provide for the tool of adaptation. Nevertheless, those provisions only deal with one certain category of that tool, what is termed transposition. In general, adaptation refers to the judge's discretion to deliberately deviate from a rule in an exceptional case in which two different national laws apply in juxtaposition and the combined application could lead to a contradictory result intended by neither of the two national systems. Adaptation diminishes or eliminates those contradictions. The judge's discretion to adapt national and EU rules implicates questions about the relationship between EU and Member State competence. The present analysis is the first to address this topic comprehensively. It develops a system to decrease contradictions between EU PIL and national law.

As the EU PIL system is still only fragmentary, the analysis is twofold. First, the article analyses the necessity, requirements and means of adaptation in a case that is governed by two EU PIL rules. Second, the article analyses whether the outcome changes if the applicable law is determined by one EU PIL rule and one national PIL rule.