

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht

Rabels Zeitschrift

für ausländisches und internationales Privatrecht

The Rabel Journal
of Comparative and International Private Law

Jürgen Basedow * 29.9.1949 † 6.4.2023

Berner, Felix: Implizite Qualifikationsvorgaben
im europäischen Kollisionsrecht

Rieländer, Frederick: Die Anknüpfung der Produkthaftung
für autonome Systeme

Dornis, Tim W.: Künstliche Intelligenz und
internationaler Vertragsschluss

Kutner, Peter: Truth in the Law of Defamation



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

87. Jahrgang (2023)

Zitierweise: RabelsZ / Rabel Journal

Herausgegeben von

Holger Fleischer und Ralf Michaels
Direktoren am Institut

in Gemeinschaft mit

Jürgen Basedow †, Bernhard Großfeld, Klaus J. Hopt, Hein Kötz,
Ernst-Joachim Mestmäcker, Wernhard Möschel, Reinhard Zimmermann

Redaktion: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,
Mittelweg 187, 20148 Hamburg, Deutschland

Redaktionsausschuss: Christian Eckl (verantwortlicher Redakteur),
Mateusz Grochowski, Jens Kleinschmidt, Christoph Kumpan, Jan Peter Schmidt,
Klaus Ulrich Schmolke, Kurt Siehr und Wolfgang Wurmnest

Redaktionsassistentz: Anke Schild

Manuskripte werden erbeten an: **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 in English, see <www.mohrsiebeck.com/rabel-journal>.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter <www.mohrsiebeck.com/rabelsz> in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je vier Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter <www.mohrsiebeck.com/rabelsz> in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Onlinevolltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: <www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen>.

© 2023 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie bitte an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, <www.mohrsiebeck.com>, info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, tilman.gaebler@t-online.de.
V.i.S.d.P.: Kendra Mäschke, Mohr Siebeck, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz, Druck und Bindung: Gulde Druck, Tübingen. Gedruckt auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier.

ISSN 0033-7250 (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1868-7059 (Online-Ausgabe)

Printed in Germany.

Inhalt dieses Heftes

Jürgen Basedow *29.9.1949 †6.4.2023 (EVA-MARIA KIENINGER/ RALF MICHAELS)	229–235
---	---------

Aufsätze

BERNER, FELIX, Implizite Qualifikationsvorgaben im europäischen Kollisionsrecht	236–263
Abstract: Implicit Characterization in European Conflict of Laws	236
RIELÄNDER, FREDERICK, Die Anknüpfung der Produkthaftung für autonome Systeme	264–305
Abstract: The Private International Law of Product Liability and AI-related Harm	264
DORNIS, TIM W., Künstliche Intelligenz und internationaler Ver- tragsschluss	306–325
Abstract: Artificial Intelligence and International Contracting	306
KUTNER, PETER, Truth in the Law of Defamation.	326–352
Abstract: Das Konzept „Wahrheit“ im Recht der Verleumdung	326

Literatur

I. Buchbesprechungen

<i>Basedow, Jürgen: EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Or- der.</i> Cambridge, Antwerp, Chicago 2021 (MACIEJ SZPUNAR)	353–362
<i>Europäisches Zivilrecht. 3. Auflage.</i> Hrsg. von <i>Martin Gebauer, Tho- mas Wiedmann.</i> München 2021 (CHRISTIANE WENDEHORST)	362–365
<i>Gardiner, Caterina: Unfair Contract Terms in the Digital Age. The Challenge of Protecting European Consumers in the Online Marketplace.</i> Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA 2022 (KLAUS TONNER)	366–369
<i>Franke, Lena: Das Internationale Privatrecht der europäischen Ver- ordnungen und Drittstaatsverträge. Eine Analyse aus deutscher</i>	

Perspektive und zur Stärkung des europäischen Kollisionsrechts. Berlin 2022 (CHARLOTTE WENDLAND)	370–374
Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 2019. Hrsg. vom <i>Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht</i> . Im Institut bearb. von <i>Rainer Kulms</i> . Tübingen 2022 (GERHARD HOHLOCH)	374–376
<i>Bizer, Anna</i> : Persönlichkeitsrechtsverletzungen in sozialen Medien. Fragen des anwendbaren Rechts. Tübingen 2022 (DIETER MAR- TINY)	376–379
<i>Koch, Marie</i> : Die Qualifikation des Verlagsvertrages im internatio- nalen Privatrecht. Urhebervertragsrechtliche Anknüpfungen im europäischen Kollisionsrecht. Baden-Baden 2021 (HAIMO SCHACK)	379–383
<i>Kahl, Felicitas</i> : Zum Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Ur- heberrecht. Die Bedeutung der Kunstfreiheit für die Beschrän- kungen des deutschen und europäischen Urheberrechts. Berlin 2023 (ERIK JAYME)	384–385
<i>Haux, Dario Henri</i> : Die digitale Allmende. Zur Frage des nachhal- tigen Umgangs mit Kultur im digitalen Lebensraum. Zürich, Baden-Baden 2021 (MALTE STIEPER)	386–390
<i>Huynh, Duy Tuong</i> : Internationale Nachlassabwicklung im Lichte des Europäischen Nachlasszeugnisses. Zugleich eine rechtsverglei- chende Betrachtung zu den Erbnachweisen im deutschen, öster- reichischen und europäischen Recht. Tübingen 2021 (JAN PETER SCHMIDT)	391–394
<i>Beyer, Elena Jana</i> : Die Kollision von Europäischem Nachlasszeugnis und nationalen Nachlasszeugnissen. Tübingen 2022 (HANS RAINER KÜNZLE)	394–398
Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012. Ed. by <i>Marta Requejo Isidro</i> . Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA 2022 (CHRISTIAN KOHLER)	398–404
<i>Klebes, Stephan</i> : Das UNCITRAL Modellgesetz in der EU. Har- monisierung des Schiedsverfahrensrechts vor dem Hintergrund des Art. 1 (2)(d) EuGVVO? Berlin 2021 (JAN VON HEIN / NICOLE GROHMANN)	404–411
<i>Mavrantoukakis, Emmanouil</i> : Das Verbot der révision au fond im inter- nationalen Handelsschiedsverfahren. Zur Bindung des staatli- chen Gerichts an die schiedsgerichtlichen Sachverhaltsfeststel- lungen und zu den erforderlichen Ausnahmen. Tübingen 2021 (ANDREAS GEROLDINGER)	411–416
<i>Busch, Lotte</i> : Die Cy-près-Doktrin. Änderungen des Stiftungszwecks in den USA und in Deutschland. Baden-Baden 2021 (CHRISTOPH STUMPF)	416–419
<i>Bogner, Matthias</i> : Das Versicherungsvertragsrecht – ein Spiegel der vorgesetzlichen Praxis? Das Binnenversicherungsrecht und seine	

Quellen vom Preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) bis zum Versicherungsvertragsrecht (1908). Berlin 2022 (CHRISTIAN ARMBRÜSTER)	419–423
Swedish Legal System. Second Edition. Ed. by <i>Michael Bogdan, Christoffer Wøng</i> . Stockholm 2022 (LINE OLSEN-RING / GERHARD RING)	423–427
II. Eingegangene Bücher	428–429
Verzeichnis der Beitragenden	430–431

Implizite Qualifikationsvorgaben im europäischen Kollisionsrecht

Von FELIX BERNER, Tübingen

Die deutschsprachige Literatur geht in weiten Teilen davon aus, dass Qualifikationsprobleme im europäischen Kollisionsrecht durch funktionale Qualifikation zu lösen sind. Dieser Aufsatz tritt dem entgegen und zeigt, wie die funktionale Qualifikation im europäischen Kollisionsrecht häufig durch Qualifikationsvorgaben verdrängt wird. Der Begriff der Qualifikationsvorgabe beschreibt dabei das Phänomen, dass Qualifikationsergebnisse aus den Kollisionsnormen selbst folgen können. Manche dieser Vorgaben ergeben sich mehr oder weniger explizit aus einer Kollisionsnorm oder einem Erwägungsgrund. Sie sind vergleichsweise eindeutig. Darüber hinaus macht das europäische Kollisionsrecht aber implizite Qualifikationsvorgaben, die insbesondere aus dem Telos einer Norm abgeleitet werden können. Die Qualifikationsvorgaben sind sowohl von praktischer als auch von theoretischer Bedeutung. In der Praxis bestimmen sie Qualifikationsergebnisse. In theoretischer Hinsicht führen sie zu einem konzeptionellen Umbruch: Je mehr Qualifikationsvorgaben das europäische Kollisionsrecht kennt, desto mehr wird das „Qualifikationsproblem“ als solches in den Hintergrund gedrängt. Qualifikationsfragen werden zu Fragen „schlichter Gesetzesauslegung“.

Implicit Characterization in European Conflict of Laws. – Most German scholars assume that problems of characterization in European choice of law are to be resolved by means of functional characterization. This essay challenges that assumption. Quite often, European choice-of-law rules themselves require a certain treatment of a characterization problem. This can follow from the rules or recitals of European regulations. In such cases, the required approach is more or less explicitly given. However, the required analysis can also be implicitly established, especially when it is derived from the purpose of certain choice-of-law rules. The approach towards characterization is of both practical and theoretical significance. In practice it determines the outcome of a characterization inquiry. On a theoretical level, the approach towards characterization embodies a conceptual change: The more rules on characterization there are, the more the classic problem of characterization is marginalized. Questions of characterization turn into questions of “simple statutory interpretation”.

Inhaltsübersicht*

I. Einleitung	237
II. Die Qualifikationsvorgaben des europäischen Kollisionsrechts – Rechtslage und bisheriger Forschungsstand	239
III. Implizite Qualifikationsvorgaben als Besonderheit des europäischen Kollisionsrechts	242
IV. Die Qualifikationsvorgabe in der Definition des „ehelichen Güterstands“ i. S. d. EuGüVO	243
V. Die Funktionsfähigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses als Qualifikationsvorgabe	245
1. Herleitung der Qualifikationsvorgabe	245
2. Die Funktionsfähigkeit des ENZ in der Rechtsprechung des EuGH	247
a) Die Bedeutung des ENZ in Mahnkopf	248
b) Die Bedeutung des ENZ in Kubicka	251
3. Die Bedeutung der Qualifikationsvorgabe für noch nicht entschiedene Fragen	253
a) Durch den Tod begründete Nießbrauchrechte	253
b) Dinglich wirkende Teilungsanordnungen	254
4. Exkurs: Die Funktionsfähigkeit des ENZ und Vorfragen im Rahmen der EuErbVO	255
VI. Die Qualifikationsvorgabe des „Verbraucherschutzes“ in Art. 6 Rom I-VO	256
1. Das Telos des Art. 6 Rom I-VO als Qualifikationsvorgabe	256
2. Die Qualifikationsvorgabe in der EuGH-Entscheidung Personal Exchange	257
VII. Die Qualifikationsvorgabe des „Schutzes schwächerer Parteien“ in Art. 14 Rom II-VO	261
VIII. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	263

I. Einleitung

Die Qualifikation beschreibt ein – wenn nicht das – Grundproblem des Internationalen Privatrechts. Wie Franz Kahn¹ und Étienne Bartin² bereits Ende des 19. Jahrhunderts erkannten, wirkt sich der Bezug zu verschiedenen Rechtsordnungen auf die Auslegung der Systembegriffe des Internationalen Privatrechts aus. Systembegriffe des Internationalen Privatrechts können da-

* Für wertvolle Hinweise danke ich herzlich Herrn Professor Martin Gebauer sowie den Herren Leonard Wagner, Samuel Reinkensmeier und Johannes Hirtenlehner.

¹ Vgl. Franz Kahn, Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts (1891), in: *ders.*, Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht, hrsg. von Otto Lenel/Hans Lewald, Bd. I (1928) 1–123; *ders.*, Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts (1899), ebd. 253–326.

² Étienne Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* (Clunet) 24 (1897) 225–255, 466–495, 720–738.

her häufig nicht wie Systembegriffe des Sachrechts behandelt werden.³ Bei nationalen Kollisionsnormen führt dies nach heute herrschender Ansicht zu dem Erfordernis, funktional zu qualifizieren. Hierbei wird ausgehend von den Begriffen der *lex fori* die Funktion ausländischer Rechtsinstitute und Normen mit der Funktion inländischer Rechtsinstitute und Normen verglichen, um zu entscheiden, welche Kollisionsnorm anzuwenden ist.⁴

Anerkanntermaßen ändert die Europäisierung des Internationalen Privatrechts den methodischen Ausgangspunkt der Qualifikation:⁵ Das europäische Kollisionsrecht muss unabhängig von den nationalen Rechtsordnungen aus sich heraus verstanden werden. Daher kann im Qualifikationsprozess nicht die *lex fori* als Ausgangspunkt gewählt werden. Nicht geklärt ist aber, ob sich die Europäisierung auch auf das Erfordernis funktionaler Qualifikation auswirkt. In der deutschen Diskussion wird angenommen, dass der Übergang zur europäisch-autonomen Qualifikation grundsätzlich nur den Bezugspunkt ändert. Nach dieser Sichtweise tritt zwar das europäische Kollisionsrecht an die Stelle des nationalen Kollisionsrechts. Die Besonderheiten des Europarechts – insbesondere das weitgehende Fehlen einer europäischen Sachrechtsordnung – müssten auch berücksichtigt werden. Der Qualifikationsprozess bleibe aber ein Prozess funktionaler Qualifikation.⁶

In der englischen Literatur werden die Auswirkungen der Europäisierung auf den Qualifikationsprozess teilweise anders beschrieben. Nach dem Standardwerk des englischen Kollisionsrechts – „Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws“ – führt die Europäisierung zu einer Transformation des Qualifikationsprozesses. Qualifikation im europäischen Kollisionsrecht soll „schlichte Gesetzesauslegung“ sein: „[T]he question for the court is more usefully understood as one simply of statutory interpretation.“⁷ Um diesen Satz einzuordnen, muss man sehen, dass das Qualifikationsproblem im englischen Recht vor dessen (zeitweiliger) Europäisierung im Kern eine Frage des (nicht kodifizierten) Common Law war.⁸ Zumindest auch auf diese Entwicklung von Qualifikation im Common Law zu „schlichter Gesetzesauslegung“ im europäischen Kollisionsrecht spielt das Zitat an. Man kann dem Zitat aber eine noch weiter reichende Aussage entnehmen: Danach ist der Qualifikationsprozess im europäischen Recht grundlegend anders als im na-

³ Vgl. zum Qualifikationsproblem im Allgemeinen insb. *Ernst Rabel*, Das Problem der Qualifikation, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht [später: RabelsZ] 5 (1931) 241–288; *Paul H. Neuhaus*, Die Grundbegriffe des IPR² (1976) 113–132; *Helmut Weber*, Die Theorie der Qualifikation (1986).

⁴ Bspw. *Abbo Junker*, Internationales Privatrecht⁵ (2022) § 7 Rn. 28.

⁵ Bspw. *Martin Gebauer*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.7.2022) AllgIPR Rn. 192–194.

⁶ Für das Erfordernis funktionaler Qualifikation im europäischen Kollisionsrecht bspw. *Dirk Looschelders*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2019) Einl. zum IPR Rn. 1103; *Jan Peter Schmidt*, in: Dutta / Weber, Internationales Erbrecht² (2021) Art. 1 EuErbVO Rn. 2.

⁷ Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws¹⁵ (2012) Rn. 2-007.

⁸ M.w.N. *Adrian Briggs*, The Conflict of Laws⁴ (2019) 13–17.

tionalen Recht, weil das europäische Kollisionsrecht durch seine Regelungen in vielen Fällen Vorgaben für den Qualifikationsprozess enthält. Diese Vorgaben sind unabhängig von einer funktionalen Qualifikation. Vielmehr sind sie den Normen des europäischen Kollisionsrechts durch Auslegung zu entnehmen. Soweit dies zutrifft, hat sich der Qualifikationsprozess durch die Europäisierung des Kollisionsrechts zu einer Frage „schlichter Gesetzesauslegung“ gewandelt.

Die folgenden Ausführungen zeigen, dass Qualifikationsvorgaben tatsächlich weit über das Maß hinaus existieren, das man bislang in der deutschsprachigen Literatur annimmt. Hierzu werden zunächst unter II. die Rechtslage und der bisherige Forschungsstand zu Qualifikationsvorgaben vorgestellt. Darauf aufbauend werden unter III. die impliziten Qualifikationsvorgaben und ihr Stellenwert im Allgemeinen behandelt. Im Anschluss an diese allgemeinen Ausführungen folgen unter IV.–VII. vier Beispiele, für die das europäische Kollisionsrecht Qualifikationsvorgaben macht.

II. Die Qualifikationsvorgaben des europäischen Kollisionsrechts – Rechtslage und bisheriger Forschungsstand

Die Idee, dass europäische Kollisionsnormen selbst den Qualifikationsprozess steuern, ist nicht neu. Blickt man in Großkommentare mit eigenem Abschnitt zur Qualifikation, wird diese Möglichkeit erwähnt.⁹ Auch in Aufsätzen und Buchbeiträgen wird sie behandelt.¹⁰ Heinz-Peter Mansel spricht in diesem Zusammenhang von „Qualifikationszuweisungen“.¹¹ Andere bezeichnen die Vorgaben als „Qualifikationsnormen“¹² oder als Normen, die eine „autoritative Qualifikation“ enthalten.¹³ Gemeint sind Nor-

⁹ BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR Rn. 196; *Jan v. Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. XII⁸ (2020) Einl. zum IPR Rn. 137; *Staudinger / Looschelders* (Fn. 6) Einl. zum IPR Rn. 1102.

¹⁰ *Heinz-Peter Mansel*, Privatrechtsdogmatik und Internationales Privatrecht, in: FS Claus-Wilhelm Canaris (2017) 739–788, 759–762; *Stefania Bariatti*, Classification (characterization), in: Encyclopedia of Private International Law, Bd. I (2017) 357–365, 364.

¹¹ *Mansel*, Privatrechtsdogmatik (Fn. 10) 759–762 (der zwischen „positiven“ und „negativen“ Qualifikationszuweisungen unterscheidet); vgl. ferner *ders. / Robin Kuhl*, Delikts- und Gesellschaftsstatut: Qualifikation der Unternehmensverantwortlichkeit in Lieferketten und bei einer Klimahaftung, in: FS Christian von Bar (2022) 251–272, 260; den Begriff aufnehmend bspw. BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR Rn. 196; *Staudinger / Looschelders* (Fn. 6) Einl. zum IPR Rn. 1102.

¹² MüKo BGB/*v. Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR Rn. 137; *Christian v. Bar / Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. II: Besonderer Teil² (2019) bspw. § 1 Rn. 778, § 2 Rn. 377, 495 f.; *Staudinger / Looschelders* (Fn. 6) Einl. zum IPR Rn. 1102.

¹³ *Matthias Weller*, Allgemeine Lehren des Europäischen Kollisionsrechts, in: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht², hrsg. von Martin Gebauer / Christoph Teichmann (2022) § 16 Rn. 62.

men wie Art. 12 Rom I-VO¹⁴ oder Art. 15 Rom II-VO¹⁵.¹⁶ Beide Vorschriften legen den Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts fest; Art. 12 Rom I-VO für vertragliche Ansprüche, Art. 15 Rom II-VO für außervertragliche Ansprüche.¹⁷ Dass diese Normen zum Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts Qualifikationsvorgaben machen, ist wohl unbestritten. Beispielsweise erfasst das Vertragsstatut nach Art. 12 Abs. 1 lit. e Rom I-VO auch „die Folgen der Nichtigkeit des Vertrags“. Daraus kann man schließen, dass Fälle der *condictio indebiti* dem Vertragsstatut unterfallen, soweit sie die Rückabwicklung nichtiger Verträge betreffen.¹⁸ Diese Fälle werden also nicht bereicherungsrechtlich qualifiziert (wie es die Systematik des deutschen Sachrechts nahelegen würde), sondern vertragsrechtlich.

Qualifikationsvorgaben folgen auch aus den Regelungen zum sachlichen Anwendungsbereich. Wenn diese klarstellen, was als „vertraglicher Anspruch“, als „außervertraglicher Anspruch“, als „erbrechtlicher Anspruch“ usw. zu verstehen ist, dann enthalten sie Vorgaben für den Qualifikationsprozess.¹⁹ Das beste Beispiel hierfür bildet die *culpa in contrahendo*. Aus Art. 1

¹⁴ Für Bestimmungen zur Reichweite der Verweisung als Normen mit Qualifikationsvorgaben in der Sache bspw. *Helmut Heiss / Emese Kaufmann-Mohi*, „Qualifikation“ – Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?, in: Brauchen wir eine Rom 0-VO?, hrsg. von Stefan Leible / Hannes Unberath (2013) 181–200, 188; v. *Bar / Mankowski*, IPR BT (Fn. 12) § 1 Rn. 778, § 2 Rn. 377, 495 f.; *Mansel*, Privatrechtsdogmatik (Fn. 10) 761; *Weller*, Allgemeine Lehren des Europäischen Kollisionsrechts (Fn. 13) § 16 Rn. 62; MüKo BGB / v. *Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR Rn. 137; *Juncker*, IPR (Fn. 4) § 7 Rn. 39. Man kann Art. 12 Rom I-VO insofern auch als „kollisionsrechtliche Hilfsnorm“ bezeichnen (so bspw. *Matthias Weller*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.10.2020) Art. 12 Rom I-VO Rn. 2), als dass Art. 12 Hilfestellung für den Qualifikationsprozess bietet.

¹⁵ Bspw. *Dominique Jakob / Peter Picht*, in: Rauscher, EuZPR / EuIPR, Bd. III⁴ (2016) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1; *Bariatti*, Classification (Fn. 10) 364.

¹⁶ Zu nennen sind hier auch die Vorschriften aus anderen EU-Verordnungen, die den Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts festlegen, bspw. Art. 23 EuErbVO. Teilweise werden diesen Normen wie Art. 12 Rom I-VO und Art. 15 Rom II-VO bereits Vorgaben für die Qualifikation entnommen, für Art. 23 EuErbVO bspw. *Anatol Dutta*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. XII⁸ (2020) Art. 23 EuErbVO Rn. 1; *Dennis Solomon*, The Boundaries of the Law Applicable to Succession, *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici* 18 (2016) 193–220, 194; v. *Bar / Mankowski*, IPR BT (Fn. 12) § 5 Rn. 323; *Peter Mankowski*, in: *Deixler-Hübner / Schauer*, Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung² (2020) Art. 23 EuErbVO Rn. 1 („große positive Qualifikationsnorm“).

¹⁷ Im Fokus des Art. 15 Rom II-VO stehen deliktische Ansprüche; Art. 15 Rom II-VO gilt dennoch – wie die systematische Stellung in den „gemeinsamen Vorschriften“ deutlich macht – für alle außervertraglichen Ansprüche; statt vieler *Abbo Juncker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. XIII⁸ (2021) Art. 15 Rom II-VO Rn. 4.

¹⁸ Statt aller *Stefan Leible*, in: *NomosKommentar BGB*, Bd. VI³ (2019) Art. 12 Rom I-VO Rn. 36.

¹⁹ *Heiss / Kaufmann-Mohi*, Qualifikation (Fn. 14) 187–188; *Mansel*, Privatrechtsdogmatik (Fn. 10) 759; MüKo BGB / v. *Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR Rn. 137; *Juncker*, IPR (Fn. 4) § 7 Rn. 39. Abzugrenzen sind solche Vorgaben von „echten Ausnahmen“, die keine Qualifikationsvorgaben machen sollen, sondern tatsächlich bestimmte Regelungsbereiche aus anderen Gründen, bspw. mangels politischer Einigung, ausnehmen sollen; vgl. *Heiss / Kaufmann-Mohi*, Qualifikation (Fn. 14) 188. Ein Beispiel für eine solche Ausnahme ist Art. 1 Abs. 2 lit. g

Abs. 2 lit. i Rom I-VO, Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO und Art. 12 Rom II-VO folgt eindeutig, dass die *culpa in contrahendo* grundsätzlich nicht als vertraglicher, sondern als außervertraglicher Anspruch zu qualifizieren ist.²⁰

Ein drittes Beispiel für Qualifikationsvorgaben betrifft ebenfalls die *culpa in contrahendo*. Das europäische Kollisionsrecht enthält für diese nämlich nicht nur die grundsätzliche Zuordnung zu den außervertraglichen Ansprüchen. Ferner zeigt ErwG 30 Satz 4 zur Rom II-VO, dass die *culpa in contrahendo* des Art. 12 Rom II-VO nicht die Fälle erfassen soll, „in denen einer Person während der Vertragsverhandlungen ein Personenschaden zugefügt wird“. Diese Fälle fallen vielmehr nach ErwG 30 Satz 4 unter die deliktische Grundnorm des Art. 4 Rom II-VO.²¹ Das bedeutet, dass die klassischen Ausbildungsfälle zur *culpa in contrahendo* (*Salatblattfall*, *Linoleumrollenfall*²²) gar keine Ansprüche aus *culpa in contrahendo* im Sinne des Art. 12 Rom II-VO sind – für Juristinnen und Juristen mit einem durch das deutsche Sachrecht geprägten „Vorverständnis“ eine durchaus überraschende Qualifikationsvorgabe.

Neben diesen drei Beispielen werden teilweise weitere Normen genannt. So enthält Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO Qualifikationsvorgaben, weil Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO wie Art. 12 Rom I-VO den Umfang des (hypothetischen) Vertragsstatuts festlegt.²³ Ferner kann der Vorschrift zur Aufrechnung (Art. 17 Rom I-VO) die Aussage entnommen werden, dass die Aufrechnung nicht verfahrensrechtlich, sondern materiell-rechtlich zu qualifizieren ist.²⁴ Auch allgemeinere Vorgaben zur Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht finden sich in den Vorschriften der Rom-Verordnungen, etwa in Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO, Art. 15 lit. a, c, d und h Rom II-VO sowie in Art. 18 Abs. 1 Rom I-VO bzw. Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO.²⁵ Wie diese Normen die Qualifikation beeinflussen, zeigt beispielsweise die englische Rechtsprechung. Vor Geltung der Rom II-VO behandelten englische Gerichte Fragen des Haftungsumfangs nach der *lex fori*, weil sie diese Fragen als

Rom II-VO. Dass Ansprüche wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus dem Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgenommen sind, soll sicher nicht zum Ausdruck bringen, dass diese nicht deliktisch zu qualifizieren sind.

²⁰ Bspw. *v. Bar / Mankowski*, IPR BT (Fn. 12) § 2 Rn. 529–534.

²¹ Hierfür und für das Folgende bspw. BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR R.n. 177; *Heiss / Kaufmann-Mohi*, Qualifikation (Fn. 14) 187–188.

²² BGH 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51 (*Salatblattfall*); RG 7.12.1911 – Rep. VI 240/11, RGZ 78, 239 (*Linoleumrollenfall*).

²³ Vgl. *v. Bar / Mankowski*, IPR BT (Fn. 12) § 1 Rn. 778f. (Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO als „Qualifikationsnorm“).

²⁴ MüKo BGB/*v. Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR R.n. 146.

²⁵ MüKo BGB/*v. Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR R.n. 139; *v. Bar / Mankowski*, IPR BT (Fn. 12) § 2 Rn. 415. Einzelheiten der Abgrenzung von materiellem Recht und Verfahrensrecht in Beweisfragen sind allerdings streitig; hierzu bspw. MüKo BGB/*v. Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR R.n. 139; *Wolfgang Wurmnest*, Die Rom II-VO in der deutschen Rechtspraxis – Bestandsaufnahme und Reformüberlegungen, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 115 (2016) 624–649, 636–641.

prozessual qualifizierten.²⁶ Unter der Rom II-VO kann eine solche Qualifikation nicht mehr aufrechterhalten werden, weil Art. 15 lit. c Rom II-VO Fragen des Haftungsumfangs dem Deliktsstatut zuordnet.²⁷

III. Implizite Qualifikationsvorgaben als Besonderheit des europäischen Kollisionsrechts

Alle Fälle, in denen bislang von „Qualifikationszuweisungen“,²⁸ von „Qualifikationsnormen“²⁹ oder Ähnlichem gesprochen wird, haben eine Gemeinsamkeit: Die Qualifikationsvorgabe folgt mehr oder weniger explizit aus einer bestimmten Norm bzw. einem bestimmten Erwägungsgrund. Sie ist also vergleichsweise eindeutig.

Das europäische Kollisionsrecht kennt aber auch andere Qualifikationsvorgaben: implizite Qualifikationsvorgaben. Hier folgen die Vorgaben oftmals aus dem Telos einer Norm oder eines Instituts. Teilweise verbergen sich die impliziten Vorgaben auch in Definitionen der europäischen Verordnungen.³⁰ Diese impliziten Vorgaben werden in der Literatur durchaus behandelt, sie werden jedoch – soweit ersichtlich – bislang nicht in den Kontext der „Qualifikationszuweisungen“ bzw. „Qualifikationsnormen“ gesetzt. In der Sache erfüllen sie aber dieselbe Funktion wie (beispielsweise) Art. 12 Rom I-VO. Sie geben für den Qualifikationsprozess Ergebnisse vor, die durch ein Gericht zu beachten sind.

Wie im Folgenden anhand einer Auswahl an Beispielen gezeigt werden soll, enthält das europäische Kollisionsrecht viele solcher impliziten Qualifikationsvorgaben. Diese Vielzahl von Qualifikationsvorgaben führt zu einer

²⁶ *Harding v. Wealands*, [2006] UKHL 32; vgl. hierzu *Charles Dougherty / Lucy Wyles*, *Harding v Wealands*, (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 443–453.

²⁷ Für den geänderten englischen Ansatz bspw. *Alseran and others v. Ministry of Defence*, [2019] Q.B. 1251, R.n. 902; *KMG International NV v. Chen*, [2019] EWHC 2389 (Comm); Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (Fn. 7) R.n. 34–056.

²⁸ Vgl. hierzu die Verweise in Fn. 11.

²⁹ Vgl. hierzu die Verweise in Fn. 12.

³⁰ Dafür, dass manche Definitionen „authentische Definition[en] des Anknüpfungsgegenstandes“ sind, schon *Heiss / Kaufmann-Mohi*, Qualifikation (Fn. 14) 187. Gerade bei den Qualifikationsvorgaben durch Definitionen ist die Abgrenzung von impliziten und expliziten Qualifikationsvorgaben schwierig. Es ist sicher möglich, dass ein Gesetzgeber über Definitionen explizite Qualifikationsvorgaben macht. Genauso ist es aber wohl möglich, dass der Gesetzgeber über eine bestimmte Formulierung implizit eine Vorgabe für die Qualifikation macht. Das dürfte wohl bei Art. 3 Abs. 1 lit. a EuGüVO – der Definition des ehelichen Güterstands – der Fall sein, der hier unter IV. behandelt wird. Grund für die Einordnung als implizite Qualifikationsvorgabe des Art. 3 Abs. 1 lit. a EuGüVO ist, dass hier anders als bspw. bei der *culpa in contrahendo* (hierzu unter II.) die Qualifikationsvorgabe nicht an sich Regelungsgegenstand ist, sondern eigentlich „nur“ der eheliche Güterstand definiert wird. Die Qualifikationsvorgabe folgt hier nicht daraus, dass der europäische Gesetzgeber ein konkretes Institut als güterrechtlich einordnet, sondern die Formulierung zeigt, dass Institute mit gewissen Eigenschaften unter die EuGüVO fallen.

bedeutenden Verschiebung im Qualifikationsprozess: Je größer die Zahl impliziter Qualifikationsvorgaben ist, desto mehr wird das „Qualifikationsproblem“ als solches in den Hintergrund gedrängt. Wenn das europäische Kollisionsrecht eine Qualifikationsvorgabe enthält, darf man für diesen Fall nicht mehr danach fragen, welche Funktion eine Sachnorm oder ein Institut hat.³¹ Genauso kann dann die Frage offenbleiben, ob man im Qualifikationsprozess nicht doch auf die Sachnormen einer potenziellen *lex causae* blicken muss.³² Bestehen Qualifikationsvorgaben, wird der Qualifikationsprozess deutlich erleichtert. Qualifikation erschöpft sich in diesen Fällen – wie das zu Beginn vorgestellte Dicey-Zitat suggeriert – in „schlichter Gesetzesauslegung“.³³

IV. Die Qualifikationsvorgabe in der Definition des „ehelichen Güterstands“ i. S. d. EuGüVO

Der eheliche Güterstand ist in Art. 3 Abs. 1 lit. a EuGüVO³⁴ folgendermaßen definiert: „Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck ‚ehelicher Güterstand‘ sämtliche vermögensrechtlichen Regelungen, die zwischen den Ehegatten und in ihren Beziehungen zu Dritten aufgrund der Ehe oder der Auflösung der Ehe gelten.“

Die Qualifikationsvorgabe erhält man aus dem Begriff „sämtliche“. Die Verwendung dieses Begriffs in Bezug auf die vermögensrechtlichen Regelungen führt dazu, dass die EuGüVO deutlich mehr Konstellationen erfasst

³¹ Vgl. für ein solches Stufenverhältnis in der Sache auch *Junker*, IPR (Fn. 4) § 7 Rn. 39, nach dem die „Qualifikationsnormen“ vorrangig zu beachten sind.

³² Zu diesem Problem bspw. BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR Rn. 188–191, 202–205; *Stefan Reuter*, Die Qualifikation der Haftung des falsus procurator im Internationalen Privatrecht (2016) 41–68.

³³ Das durch die Qualifikationsvorgabe vorgegebene Ergebnis ist „auf beiden Seiten“ der Kollisionsnormen verbindlich – sowohl bei der Subsumtion unter den Tatbestand als auch bei der Reichweite der Verweisung. Wenn die Rom-Verordnungen die *culpa in contrahendo* der Rom II-VO zuweisen, muss diese Zuordnung auch die Reichweite der Sachnormverweisung bestimmen. Die Verweisung der Rom II-VO – folgt sie aus Art. 4 oder aus Art. 12 Rom II-VO – betrifft alle Sachnormen, welche die *culpa in contrahendo* im deutschen Sachrecht regeln; BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR Rn. 177f. Daher kann § 278 BGB im Kontext des europäischen Kollisionsrechts eine Norm für *außervertragliche Ansprüche* sein; BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR Rn. 177f.

³⁴ Das Folgende konzentriert sich auf die EuGüVO, ohne auf die EuPartVO einzugehen. Hintergrund ist, dass die Definition der „güterrechtlichen Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft“ in Art. 3 Abs. 1 lit. a EuPartVO keinen Verweis auf die „sämtlichen“ vermögensrechtlichen Regelungen enthält. Allerdings wird davon ausgegangen, dass der Begriff der „güterrechtlichen Wirkungen“ wie in der EuGüVO zu verstehen ist; vgl. *Dirk Looschelders*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. XII⁸ (2020) Art. 1 EuPartVO Rn. 10; *ders.*, Probleme zum Anwendungsbereich der Güterrechts-Verordnungen, in: Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht, hrsg. von Christine Budzikiewicz/Bettina Heiderhoff/Frank Klinkhammer/Kerstin Niethammer-Jürgens (2019) 123–144, 130.

als das frühere deutsche Güterkollisionsrecht.³⁵ Dort hatte man sich (auch) an der Systematik des Sachrechts orientiert³⁶ und war davon ausgegangen, dass Vorschriften wie § 1357 BGB unter die „allgemeinen Ehwirkungen“ im Sinne des Art. 14 EGBGB fallen.³⁷ Ferner hatte der BGH die „Brautgabe“³⁸ islamischer Rechte grundsätzlich unter Art. 14 EGBGB subsumiert.³⁹ Beides⁴⁰ ist unter der EuGüVO nicht mehr zu halten, ohne dass sich die Funktion des § 1357 BGB oder der Brautgabe in irgendeiner Weise geändert hätte. Vielmehr enthält allein die Definition des ehelichen Güterstands im Sinne der EuGüVO die Vorgabe, dass alle Vorschriften, die einen Bezug zu den vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten haben, grundsätzlich güterrechtlich zu qualifizieren sind. Somit sind vermögensrechtliche Wirkungen wie § 1357 BGB, die im deutschen Sachrecht unter die allgemeinen Ehwirkungen fallen, im Sinne der EuGüVO güterrechtlich.⁴¹ Genauso ist die Brautgabe islamischer Rechtsordnungen grundsätzlich⁴² güterrechtlich zu qualifizieren.⁴³ Auch die Brautgabe fällt eben unter

³⁵ Statt aller Staudinger / *Looschelders* (Fn. 6) Einl. zum IPR Rn. 1107.

³⁶ Die Systematik war unter dem nationalen Kollisionsrecht in diesem Sinne „Indiz“ für den Qualifikationsprozess; MüKo / *Looschelders* (Fn. 34) Art. 15 EGBGB Rn. 32.

³⁷ Bspw. *Christian Hertel*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.3.2020) Art. 14 EGBGB Rn. 61.

³⁸ Teilweise auch als „Morgengabe“ bezeichnet.

³⁹ BGH 9.12.2009 – XII ZR 107/08, BGHZ 183, 287 (m. w. N. zum Streitstand) = IPRspr. 2009 Nr. 62; vgl. zum Streit der richtigen Qualifikation unter Geltung des EGBGB bspw. MüKo / *Looschelders* (Fn. 34) Art. 14 EGBGB Rn. 62f.

⁴⁰ Zu weiteren Beispielen der Reichweite des Güterstandsbegriffs der EuGüVO vgl. bspw. *Peter Mankowski*, Verschiebungen bei der Qualifikation vermögensrechtlicher Beziehungen zwischen den Ehegatten durch die EuGüVO, *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)* 2021, 757–764.

⁴¹ Bspw. *Alexander Erbarth*, Die Auswirkungen der EuGüVO auf das Internationale Privatrecht und die Internationale Zuständigkeit der Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§ 1353 ff. BGB), *NZFam* 2018, 249–253, 252; MüKo / *Looschelders* (Fn. 34) Art. 1 EuGüVO Rn. 12f.; *Dieter Martiny*, Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2017, 1–33, 8; *Bettina Heiderhoff*, Die EU-Güterrechtsverordnungen, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, 1–11, 2; a. A. noch *Andrea Bonomi*, Fragen des Allgemeinen Teils, in: *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, hrsg. von Anatol Dutta / Johannes Weber (2017) 123–143, 136–137.

⁴² Dieser Einschränkung bedarf es, weil auch eine Ausgestaltung denkbar ist, welche die Brautgabe von der Bedürftigkeit der Ehefrau abhängig macht. Dann wäre die Brautgabe wohl auch im Sinne des europäischen Kollisionsrechts unterhaltsrechtlich zu qualifizieren; vgl. *Denise Wiedemann*, in: Beck-Online, Kommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.8.2022) Art. 3 EuGüVO Rn. 3.2.

⁴³ Bspw. *Martiny*, Anknüpfung (Fn. 41) 9; *Marie-Therese Ziereis*, Das neue internationale Güterrecht – ein Überblick über die Europäischen Güterrechtsverordnungen, *NZFam* 2019, 237–241, 238; *Anatol Dutta*, Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union, *FamRZ* 2016, 1973–1985, 1974; *Junker*, IPR (Fn. 4) § 7 Rn. 29f., 43; ebenso zum gleichlautenden Wortlaut des Verordnungsentwurfs *Nadjma Yassari*, Die Brautgabe im Familienvermögensrecht (2014) 319–321; offengelassen (wegen fehlender intertemporaler Anwendbarkeit) in BGH 18.3.2020 – XII ZB 380/19, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2020, 2024–2029,

den Begriff *sämtlicher* vermögensrechtlicher Regelungen zwischen den Ehegatten.⁴⁴

Durch den Wortlaut der Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. a EuGüVO legt der europäische Gesetzgeber wie mit Normen zum Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts Qualifikationsergebnisse fest. Die praktische Folge der Definition ist damit genau dieselbe wie bei einer Norm zum Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts. Dies rechtfertigt es, einen gemeinsamen Begriff zu verwenden: Sowohl die Definition des Art. 3 Abs. 1 lit. a EuGüVO als auch Normen zum Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts enthalten Qualifikationsvorgaben.

V. Die Funktionsfähigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses als Qualifikationsvorgabe

Das zweite Beispiel führt in die EuErbVO. Das Folgende soll verdeutlichen, dass auch die Funktionsfähigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) eine Qualifikationsvorgabe bildet. Im Vergleich zum ersten Beispiel ändert sich mit der EuErbVO allerdings nicht nur die relevante Verordnung. Während für die EuGüVO zumindest die Qualifikationsfolgen des weiten Güterstandsbegriffs anerkannt sind, ist die Bedeutung des ENZ für die Qualifikation weder in der Rechtsprechung des EuGH eindeutig noch in der Literatur unstrittig. Daher muss für das ENZ zunächst hergeleitet werden, welche Folgen das ENZ für den Qualifikationsprozess hat (V.1.). In einem zweiten Schritt wird analysiert, ob diese Vorgaben in den Entscheidungen *Mahnkopf* und *Kubicka* umgesetzt werden (V.2.). Sodann wird in einem dritten Schritt gezeigt, welche Folgen die Qualifikationsvorgabe der Funktionsfähigkeit des ENZ für bislang nicht durch den EuGH entschiedene Konstellationen hat (V.3.). Der Abschnitt schließt mit einem Exkurs zur Bedeutung des ENZ für die Anknüpfung von Vorfragen (V.4.).

1. Herleitung der Qualifikationsvorgabe

Das ENZ ist eine der zentralen Errungenschaften der EuErbVO. Durch das ENZ soll den Rechtsunterworfenen die Abwicklung grenzüberschreitender Nachlassfälle erheblich erleichtert werden.⁴⁵ Es soll dadurch den frei-

2026, Rn. 15; tendenziell a. A. noch *Dagmar Coester-Waltjen*, Fernwirkungen der Europäischen Verordnungen auf die international-familienrechtlichen Regelungen des EGBGB, FamRZ 2013, 170–177, 172.

⁴⁴ Für das Argument bspw. MüKo BGB / v. *Hein* (Fn. 9) Einl. zum IPR R.n. 123; MüKo / *Looschelders* (Fn. 34) Art. 1 EuGüVO Rn. 13.

⁴⁵ Daher hat das ENZ auch eine „Schlüsselrolle“ bei der Verwirklichung der Ziele inne, die der europäische Gesetzgeber mit der EuErbVO verfolgt; vgl. *Matteo Fornasier*, in: *Dutta /*

en Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und den effektiven Schutz der Rechte von Erben sicherstellen.⁴⁶ Der Bedeutung des ENZ ist mit ErwG 67 sogar ein eigener Erwägungsgrund gewidmet.⁴⁷ Sie muss daher im Rahmen der autonomen Auslegung berücksichtigt werden, soll die autonome Auslegung doch „unter Berücksichtigung nicht nur [des] Wortlauts, sondern auch des Kontexts der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden“.⁴⁸ Eine solche Berücksichtigung impliziert, dass der Kontext der Vorschrift und das verfolgte Ziel für die Auslegung der EuErbVO Vorgaben machen können. Wenn die Einführung eines ENZ und die dadurch angestrebte Erleichterung der Abwicklung grenzüberschreitender Erbfälle zu den zentralen Zielen der EuErbVO gehören, dann hat das ENZ eine spezifische Funktion im Kontext der EuErbVO. Nach den allgemeinen Grundsätzen des europäischen Rechts muss das ENZ diese Funktion möglichst effektiv erfüllen können (*effet utile*).⁴⁹ Funktionsfähig ist es aber nur, wenn es die Erbfolge zum einen vollständig und zum anderen in

Weber, Internationales Erbrecht² (2021) Vorb. zu Art. 62ff. EuErbVO Rn. 22. Von einer „dienenden Funktion“ des ENZ zu sprechen, wird daher der Bedeutung des ENZ nicht gerecht; Jens Kleinschmidt, Anmerkung, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR 2018) 327–330, 328 Fn. 19; a.A. (für eine dienende Funktion) aber bspw. Deixler-Hübner/Schauer/Mankowski (Fn. 16) Art. 1 EuErbVO Rn. 49; Johannes Weber, Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des § 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung, NJW 2018, 1356–1358, 1357; Michael Sonntag, Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels durch den EuGH und ihre Konsequenzen, Juristenzeitung 2019, 657–666, 659.

⁴⁶ Zu diesen Zielen ErwG 7; für das Argument bspw. EuGH 1.3.2018 – Rs. C-558/16 (Mahnkopf), ECLI:EU:C:2018:138, Rn. 35f.; GA Szpunar 13.12.2017 – Rs. C-558/16 (Mahnkopf), ECLI:EU:C:2017:965, Rn. 97; Staudinger/Looschelders (Fn. 6) Einl. zum IPR Rn. 1105.

⁴⁷ Für die Bedeutung des ErwG 67 auch GA Szpunar 13.12.2017 – Mahnkopf (Fn. 46) Rn. 97.

⁴⁸ EuGH 1.3.2018 – Mahnkopf (Fn. 46) Rn. 32.

⁴⁹ Für den *effet utile* des ENZ im Zusammenhang der Qualifikation auch bspw. Jessica Schmidt, Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.8.2022) Art. 1 EuErbVO Rn. 27; Dutta/Weber/Fornasier (Fn. 45) Vorb. zu Art. 62ff. EuErbVO Rn. 23; Elena Jana Beyer, Die Kollision von Europäischem Nachlasszeugnis und nationalen Nachlasszeugnissen (2022) 31 (m.w.N.); vgl. auch Dirk Looschelders, in: NomosKommentar BGB, Bd. VI³ (2019) Art. 1 EuErbVO Rn. 36; Jens Kleinschmidt, Erfahrungen mit der Europäischen Erbrechtsverordnung, in: Europäisches Familien- und Erbrecht, hrsg. von Thomas Pfeiffer/Quincy C. Lobach/Tobias Rapp (2020) 131–163, 149 (m.w.N., insb. zur Bedeutung des *effet utile* des ENZ in der Rechtsprechung des EuGH); kritisch Deixler-Hübner/Schauer/Mankowski (Fn. 16) Art. 1 EuErbVO Rn. 57, dem zufolge der *effet utile* der EuErbVO den *effet utile* der EuGüVO i.S.e. „Nullsummenspiels“ begrenzen würde (ähnlich Christian Hertel, Anmerkungen zur Europäischen Erbrechtsverordnung, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut (2018) 775–796, 791). Diese Kritik nimmt nach hier vertretener Ansicht den falschen Ansatzpunkt. Ansatzpunkt ist nicht der *effet utile* der EuErbVO und der EuGüVO als solcher. Entscheidend ist der *effet utile* des ENZ. Dieses soll – wie dargelegt – die Abwicklung grenzüberschreitender Nachlassfälle erheblich erleichtern. Was man der EuGüVO an Anwendungsbereich nimmt, nimmt man daher im Interesse eines spezifischen europäischen Instruments und seiner Effektivität. Das EuGüVO hat kein entsprechendes Zeugnis, weshalb es sich auch nicht um ein „Nullsummenspiel“ handelt.

einer Art und Weise ausweist, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem Ausstellungsstaat ebenfalls richtig ist.⁵⁰ Wenn das ENZ die Erbfolge nicht vollständig ausweisen kann oder wenn die Erbfolge von Staat zu Staat unterschiedlich beurteilt wird, läuft die Richtigkeitsvermutung des Art. 69 Abs. 2 EuErbVO⁵¹ leer. Dass die Richtigkeit des ENZ vermutet wird, impliziert jedoch, dass die Rechtslage im ENZ richtig wiedergegeben wird und sich in den Mitgliedstaaten möglichst nicht unterscheiden soll. Materielle Unterschiede sollen nur in den eng begrenzten Ausnahmefällen hingenommen werden, die die Verordnung selbst anerkennt (insbesondere in Art. 31 und Art. 35 EuErbVO). Diesen Gedanken kann man für die Qualifikation verallgemeinern: Sofern nicht spezielle Qualifikationsvorgaben bestehen, erfordert es die Funktionsfähigkeit des ENZ, dass Qualifikationsfragen im Sinne ebendieser Funktionsfähigkeit entschieden werden.

2. Die Funktionsfähigkeit des ENZ in der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH geht in seiner Rechtsprechung von einer Bedeutung des ENZ für den Qualifikationsprozess aus. In zwei seiner bisherigen Entscheidungen zur EuErbVO – *Mahnkopf* und *Kubicka* – stellt er (zumindest auch) auf das ENZ ab, um ein Qualifikationsergebnis zu begründen.⁵² In *Mahnkopf*⁵³ be-

⁵⁰ Vgl. ebenso bspw. *Teresa Lechner*, Die Reichweite des Erbstatuts in Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut anhand der Europäischen Erbrechtsverordnung 650/2012 (2017) 107 (die praktische Wirksamkeit des ENZ ginge verloren, wenn das ENZ „die bestehende Rechtslage lediglich aus der Sicht des Ausstellungsstaats ausweisen würde“). Für den europäischen Entscheidungseinklang als Voraussetzung der Funktionsfähigkeit des ENZ (m. w. N.) auch Dutta / Weber / Fornasier (Fn. 45) Vorb. zu Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 19, 24.

⁵¹ Die Vermutung ist (nach ganz h. M.) widerleglich; m. w. N. Dutta / Weber / Fornasier (Fn. 45) Art. 69 EuErbVO Rn. 7, 30b.

⁵² EuGH 1.3.2018 – *Mahnkopf* (Fn. 46) Rn. 42f.; EuGH 12.10.2017 – Rs. C-218/16 (*Kubicka*), ECLI:EU:C:2017:755, Rn. 59f. Für zumindest in der Sache dieselbe Argumentation in der Entscheidung EuGH 21.6.2018 – Rs. C-20/17 (*Oberle*), ECLI:EU:C:2018:485 (die allerdings das Internationale Verfahrensrecht betrifft): *Kleinschmidt*, Erfahrungen (Fn. 49) 138; *ders.*, Die Zuständigkeitsordnung der EuErbVO gilt auch für das nationale Erbscheinsverfahren, IPRax 2020, 308–316, insb. 312; Dutta / Weber / Fornasier (Fn. 45) Vorb. zu Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 25. Kritisch zur Bedeutung des ENZ als Auslegungsargument bspw. *Sonmentag*, Erbrechtliche Qualifikation (Fn. 45) 659; *Simon Laimer*, Erfahrungen mit dem europäischen Nachlasszeugnis, in: FS Martin Schauer (2022) 321–332.

⁵³ EuGH 1.3.2018 – *Mahnkopf* (Fn. 46); für eine güterrechtliche Qualifikation nach *Mahnkopf* bspw. noch *Sonmentag*, Erbrechtliche Qualifikation (Fn. 45) 658–659; *Deixler-Hübner / Schauer / Mankowski* (Fn. 16) Art. 1 EuErbVO Rn. 41–60; *Andreas Köhler*, in: Kroiß / Horn / Solomon, Nachfolgerecht² (2019) Art. 1 EuErbVO Rn. 11, Art. 23 EuErbVO Rn. 18f. *Robert Magnus*, Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Europäischen Güterrechtsverordnungen, in: Pfeiffer / Lobach / Rapp (Fn. 49) 193–208, 196–197, geht davon aus, dass die Einordnung des § 1371 Abs. 1 BGB deswegen noch nicht „zweifelsfrei geklärt“ sei, weil in *Mahnkopf* das deutsche Recht sowohl Güterrechtsstatut als auch Erbrechtsstatut war. Dafür, dass der EuGH die Qualifikationsfrage nur für diesen Fall entscheiden wollte, fehlt es aber an Anhaltspunkten im Urteil des EuGH.

antragte Frau Mahnkopf nach dem Tod ihres Mannes ein ENZ, welches sie und den gemeinsamen Sohn der Eheleute je zur Hälfte als Erben ausweisen sollte.⁵⁴ Das Amtsgericht Schöneberg lehnte den Antrag ab, weil sich ein Viertel der Erbquote aus § 1371 Abs. 1 BGB ergebe, mithin aus einer güterrechtlichen Vorschrift, die nicht unter die EuErbVO falle und daher auch nicht im ENZ ausgewiesen werden könne. Auf die Beschwerde von Frau Mahnkopf legte das Kammergericht dem EuGH die Frage vor, ob die Erhöhung des Erbteils eines Ehegatten um ein Viertel im Sinne des § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich oder güterrechtlich zu qualifizieren sei. Der EuGH entschied sich für eine erbrechtliche Qualifikation.

In *Kubicka* wollte eine polnische Staatsangehörige ein nach polnischem Recht mögliches Vindikationslegat in ihr Testament aufnehmen.⁵⁵ Das Vindikationslegat bezog sich allerdings auf ein in Deutschland belegenes Grundstück. Dieser Sachverhalt warf unter anderem⁵⁶ die Qualifikationsfrage auf, ob das Vindikationslegat sachenrechtlich oder erbrechtlich zu qualifizieren ist. Der EuGH entschied sich für eine erbrechtliche Qualifikation.⁵⁷

a) Die Bedeutung des ENZ in *Mahnkopf*

Die angesprochene Bedeutung des ENZ in der Rechtsprechung des EuGH darf man nicht dahingehend missverstehen, dass das ENZ in den Entscheidungen die Bedeutung hat, die es haben müsste. In *Mahnkopf* be-

⁵⁴ Zum Sachverhalt vgl. EuGH 1.3.2018 – *Mahnkopf* (Fn. 46) Rn. 20–25.

⁵⁵ Zum Sachverhalt vgl. EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 18–24.

⁵⁶ Neben der Frage nach der Qualifikation des Vindikationslegats war auch zu entscheiden, ob das Vindikationslegat gem. Art. 31 EuErbVO anzupassen ist, weil das deutsche Sachrecht ein Vindikationslegat nicht kennt. Der EuGH verneinte diese Frage, weil das deutsche Recht das Eigentum als dingliches Recht kennt und das Vindikationslegat kein eigenes dingliches Recht kreiert, sondern lediglich die Frage betrifft, wie das dingliche Recht Eigentum erworben wird; EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 61–65; gegen die Anwendung des Art. 31 EuErbVO vor *Kubicka* bereits *Björn Laukemann*, Die lex rei sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung: Inhalt, Schranken und Funktion, in: FS Rolf A. Schütze (2014) 325–342, 338–339. In der Sache ist das ENZ auch für die Frage bedeutsam, ob angepasst werden muss. Die Funktionsfähigkeit des ENZ muss als Grundanliegen der EuErbVO bei der Auslegung des Art. 31 EuErbVO beachtet werden. Da die Frage nach einer möglichen Anpassung aber keine Qualifikationsfrage ist, wird sie hier nicht näher erörtert. Es soll nur hervorgehoben werden, dass das ENZ ein Querschnittsargument für Fragen der EuErbVO ist, das für verschiedene Fragen zum Allgemeinen Teil des europäischen Erbrechts relevant ist. Wie noch im Text unter V.4. erörtert werden wird, folgt hieraus eine allgemeine Erkenntnis für das europäische Kollisionsrecht: Mit dem Erstarken europarechtsspezifischer Argumente verlieren die traditionellen Argumente zur Entscheidung von Fragen des Allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts an Bedeutung.

⁵⁷ EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 40–60. Für eine erbrechtliche Qualifikation des Vindikationslegats unter Geltung der EuErbVO auch bspw. *Franz Gärtner*, Die Behandlung ausländischer Vindikationslegate im deutschen Recht (2014) 97–104. Der BGH hatte auch dies für das nationale Kollisionsrecht anders gesehen; vgl. BGH 28.9.1994 – IV ZR 95/93, NJW 1995, 58–60, 59 = IPRspr. 1994 Nr. 125.

gründete der EuGH sein Qualifikationsergebnis mithilfe von zwei durchaus unterschiedlichen Argumenten: Zum einen betonte er die Funktionsfähigkeit des ENZ, zum anderen aber auch die seiner Ansicht nach erbrechtliche Funktion⁵⁸ des § 1371 Abs. 1 BGB.⁵⁹ Auf diese Funktionsanalyse der deutschen Norm hätte es in *Mahnkopf* allerdings nicht ankommen dürfen.⁶⁰ Da die EuErbVO mit der Funktionsfähigkeit des ENZ eine Vorgabe für die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB macht, kann die Funktion des § 1371 Abs. 1 BGB kein Argument sein, das sich gegen die Qualifikationsvorgabe durchsetzt. Bei güterrechtlicher Qualifikation würde nämlich die Funktionsfähigkeit des ENZ leiden, weil dann nicht mehr alle relevanten Informationen mit den Wirkungen des Art. 69 EuErbVO aufgenommen werden könnten.⁶¹ Die Funktionsfähigkeit des ENZ wird bei güterrechtlicher Qualifikation auch dann nicht sichergestellt, wenn man unter Verweis auf Art. 68

⁵⁸ Die Funktionsanalyse des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH fällt damit auch anders aus als die Funktionsanalyse des BGH und der h.L. in Deutschland, die beide von einer güterrechtlichen Funktion ausgehen; BGH 13.5.2015 – IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = IPRspr. 2015 Nr. 140; aus der Literatur bspw. *Weber*, *Klassiker* (Fn. 45) 1356–1357; *Heinrich Dörner*, *EuGüVO und EuErbVO – Abgrenzung und Qualifikationsprobleme*, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2019, 309–317, 312; *Dirk Looschelders*, *Die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts im Rahmen der Europäischen Erbrechtsverordnung*, in: FS Dagmar Coester-Waltjen (2015) 531–542, 533; *Matthias Weller*, in: Calvo Caravaca / Davi / Mansel, *The EU Succession Regulation* (2016) Art. 1 EuErbVO Rn. 36. Wie der EuGH für eine erbrechtliche Funktion aber *Martin Margonski*, *Anmerkung 2*, *ZEV* 2017, 212–213.

⁵⁹ EuGH 1.3.2018 – *Mahnkopf* (Fn. 46) insb. R.n. 40; wie der EuGH für die Funktionsfähigkeit des ENZ als ein Argument unter anderen bspw. auch GA Szpunar 13.12.2017 – *Mahnkopf* (Fn. 46) insb. R.n. 103; vgl. hierzu ferner *Jens Kleinschmidt*, *Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht*, *RabelsZ* 77 (2013) 723–785, 758; zwar kritisch, aber auch für einen Wert des Arguments mit der Funktionsfähigkeit des ENZ unter der EuErbVO *Heinrich Dörner*, *Erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen*, *ZEV* 2018, 305–310, 306. Für eine Bedeutung des ENZ für die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB bereits *Erik Jayme*, *Zur Reichweite des Erbstatuts*, in: *Europäisches Erbrecht*, hrsg. von Gerte Reichelt / Walter H. Rechberger (2011) 27–40, 34.

⁶⁰ Mit einer etwas anderen Einschätzung hinsichtlich der Bedeutung des ENZ in *Mahnkopf*: *Kleinschmidt*, *Erfahrungen* (Fn. 49) 149, der das Argument mit dem ENZ als das „schlagende Argument der Entscheidung“ bezeichnet; vgl. noch weiter gehend in einer Anmerkung zu der Entscheidung *Oberle: Kleinschmidt*, *Zuständigkeitsordnung* (Fn. 52) 312: „Damit fügt sich das Urteil nahtlos in die Reihe der bisherigen Urteile zur EuErbVO ein, die ebenfalls vom Leitmotiv eines *effet utile* des ENZ geprägt waren. Es ist eine deutliche Tendenz erkennbar: Die Funktionsfähigkeit des supranationalen Erbnachweises gibt Maß für die Auslegung der Verordnung. Alle anderen Auslegungstopoi erscheinen demgegenüber wie Randmusik und nötigenfalls äußerste Grenze.“ Vgl. ferner Dutta / Weber / *Fornasier* (Fn. 45) Art. 63 EuErbVO Rn. 26 („Mittelpunkt der Argumentation des EuGH“); *Sonnentag*, *Erbrechtliche Qualifikation* (Fn. 45) 659 (dem zufolge „der EuGH der Effektivität des Europäischen Nachlasszeugnisses alles andere unterordnet“); *Peter Mankowski*, *Anmerkung*, *ErbR* 2019, 292–294, 292: „Der EuGH wirbt um Akzeptanz für das ENZ, dessen *effet utile* für den EuGH ein zentraler Topos bei der Auslegung der EuErbVO ist.“

⁶¹ Für die Argumentation mit Art. 69 (insb. Abs. 2) EuErbVO auch EuGH 1.3.2018 – *Mahnkopf* (Fn. 46) Rn. 42; Staudinger / *Looschelders* (Fn. 6) Einl. zum IPR Rn. 1105, *Samy Sakka*, *Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis*, *Mitteilun-*

lit. h EuErbVO eine informatorische Aufnahme des güterrechtlichen Viertels⁶² oder sogar eine Aufnahme mit Wirkung des Art. 69 EuErbVO⁶³ annimmt.⁶⁴ Das liegt nicht nur daran, dass es schwierig ist, § 1371 Abs. 1 BGB unter den Wortlaut des Art. 68 lit. h EuErbVO zu subsumieren: § 1371 Abs. 1 BGB führt unmittelbar zu einer Änderung der Erbquote, während die Angaben im Sinne des Art. 68 lit. h EuErbVO allesamt Fragen betreffen, die lediglich mittelbar von Relevanz sein können.⁶⁵ Und § 1371 Abs. 1 BGB bei güterrechtlicher Qualifikation mit den Wirkungen des Art. 69 EuErbVO aufzunehmen, widerspricht zudem dem ErWG 71 Satz 3.⁶⁶ Danach ist die Wirkung des ENZ auf Fragen begrenzt, die der EuErbVO unterfallen. Selbst wenn man über diese Probleme hinwegkäme, stellt die güterrechtliche Qualifikation aber nicht sicher, dass das ENZ die Rechtslage für den Verwendungsstaat richtig wiedergibt.⁶⁷ Bei Ehen, die vor dem 29. Januar 2019 geschlossen wurden, wäre das nationale Güterkollisionsrecht anwendbar, da der zeitliche Anwendungsbereich der EuGüVO nur Ehen erfasst, die am 29. Januar 2019 oder danach geschlossen wurden (Art. 69 Abs. 3 EuGüVO). Ob § 1371 Abs. 1 BGB angewendet wird, hängt in diesen Fällen davon ab, ob das nationale Güterkollisionsrecht auf deutsches Recht verweist.

Selbst wenn der zeitliche Anwendungsbereich der EuGüVO eröffnet ist, führt die Anwendung der EuGüVO nicht notwendigerweise dazu, dass die Rechtslage in allen Mitgliedstaaten gleich beurteilt wird. Die EuGüVO ist nämlich nicht in allen Mitgliedstaaten anwendbar, sondern nur in denen, die sich am die EuGüVO betreffenden Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit beteiligt haben.⁶⁸ Auch in der Zukunft wird man daher eine für alle Mitgliedstaaten richtige Wiedergabe der Rechtslage im ENZ nur errei-

gen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (MittBayNot) 2018, 4–9, insb. 6–7.

⁶² Bspw. *Weber*, *Klassiker* (Fn. 45) 1357; *Deixler-Hübner/Schauer/Mankowski* (Fn. 16) Art. 1 EuErbVO Rn. 48 f.; *Heinrich Dörner*, *Besser zu spät als nie – Zur güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen und europäischen IPR* (§ 1371 Abs. 1 BGB), *IPRax* 2017, 81–88, 85–86. Ein Argument für die Aufnahme ist, dass die Funktion des § 1371 Abs. 1 BGB zwar güterrechtlich sei, die Rechtsfolge aber erbrechtlich. Daher könne man es in das Nachlasszeugnis aufnehmen; vgl. *Sonntag*, *Erbrechtliche Qualifikation* (Fn. 45) 659; *Christian Hertel*, in: *Rauscher, EuZPR/EuIPR*, Bd. V⁴ (2015) Art. 1 EuErbVO Rn. 22.

⁶³ Bspw. *Kleinschmidt*, *Erfahrungen* (Fn. 49) 148; *Linus Konvalin*, *Das Europäische Nachlasszeugnis ohne europäischen Entscheidungseinklang* (2018) 39–43.

⁶⁴ Für dieses Argument aber bspw. *Weber*, *Klassiker* (Fn. 45) 1357.

⁶⁵ Aus diesem Grund kann auch das Argument von *Sonntag*, *Erbrechtliche Qualifikation* (Fn. 45) 659, nicht überzeugen, dass der Ausschluss des Güterstands nicht ausschlaggebend sein könne, weil auch andere Fragen wie die der Abstammung ausgeschlossen seien und niemand auf die Idee komme, eine auf Abstammung basierende Erbfolge nicht auszuweisen. Die Frage nach der Abstammung ist wie die Zugewinnsgemeinschaft bei § 1371 Abs. 1 BGB lediglich die Tatsache, die Voraussetzung für die Anwendung der Norm ist.

⁶⁶ *GA Szpunar* 13.12.2017 – *Mahnkopf* (Fn. 46) Rn. 119.

⁶⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Dutta/Weber/Fornasier* (Fn. 45) Art. 63 EuErbVO Rn. 25; *Kleinschmidt*, *Optionales Erbrecht* (Fn. 59) 757.

⁶⁸ *Kleinschmidt*, *Anmerkung* (Fn. 45) 328.

chen können, wenn man § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich qualifiziert.⁶⁹ Will man die Funktionsfähigkeit des ENZ sicherstellen, muss man deswegen § 1371 Abs. 1 BGB in den Anwendungsbereich der EuErbVO einbeziehen.⁷⁰ Nur die erbrechtliche Qualifikation sichert also die Funktionsfähigkeit des ENZ.⁷¹ Welche Funktion § 1371 Abs. 1 BGB in der deutschen Rechtsordnung hat, ist demgegenüber nicht entscheidend. Soweit die Funktionsfähigkeit des ENZ ein bestimmtes Qualifikationsergebnis verlangt, wird die Funktionsanalyse nationaler Vorschriften verdrängt.⁷²

b) Die Bedeutung des ENZ in *Kubicka*

Die Funktionsfähigkeit des ENZ streitet auch dafür, das Vindikationslegat erbrechtlich zu qualifizieren.⁷³ Nur durch die Aufnahme des Vindikationslegats in das ENZ kann die Erbfolge richtig dargestellt und das ENZ vor den nationalen Behörden als Nachweis verwendet werden.⁷⁴ Entscheidend

⁶⁹ Vgl. insb. *Stefan Bandel*, Überzeugende Ergebnisse statt stringenter Dogmatik, Mitt-BayNot 2018, 209–210, mit treffender Formulierung: „Ein Europäisches Nachlasszeugnis mit Lücke ist genau das, was kein rechtssuchender Bürger brauchen kann, da es keinen Nachweis einer umfassenden Verfügungsbefugnis über den Nachlass darstellt.“ Das ENZ eignet sich gerade für Immobilienbeschreibungen dann kaum als Nachweis; ebd. 210.

⁷⁰ Ebenso *Sakka*, Pauschalierter Zugewinnausgleich (Fn. 61) 9; *ders.*, Anmerkung, Mitt-BayNot 2018, 377–379, 378–379; *Matteo Fornasier*, Anmerkung, FamRZ 2018, 634–635, 634.

⁷¹ In der Sache führt die erbrechtliche Qualifikation häufig zu ähnlichen Ergebnissen wie eine „Doppelqualifikation“, weil § 1371 Abs. 1 BGB die Zugewinnngemeinschaft voraussetzt und diese oft nicht durch einen ausländischen Güterstand substituiert werden kann. Daher ist § 1371 Abs. 1 BGB in der Praxis häufig nur dann anwendbar, wenn deutsches Güterrecht anwendbar ist und die Ehegatten in Zugewinnngemeinschaft leben; MüKo / *Dutta* (Fn. 16) Art. 1 EuErbVO Rn. 27, Vorb. zu Art. 20 EuErbVO Rn. 63; vgl. ferner *Kleinschmidt*, Erfahrungen (Fn. 49) 150–153. Es gibt aber auch Staaten, die vergleichbare Gemeinschaften kennen und deren Regelungen man daher wohl substituieren kann (auch wenn die Regelungen keine Norm kennen, die mit § 1371 Abs. 1 BGB vergleichbar ist); vgl. NK-BGB/*Looschelders* (Fn. 18) Art. 1 EuErbVO Rn. 34; vgl. ferner m. w. N. auch *Dutta / Weber / Fornasier* (Fn. 45) Art. 63 EuErbVO Rn. 27.

⁷² Zur Bedeutung des *effet utile* in diesem Kontext vgl. die Nachweise in Fn. 49.

⁷³ Für die Argumentation mit dem ENZ in diesem Kontext bspw. *Beyer*, Kollision (Fn. 49) 47; *Dutta / Weber / Fornasier* (Fn. 45) Vorb. zu Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 24b; *Elena Gubenko*, Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachstatut in der EuErbVO (2021) 244–245; für Bedeutung in *Kubicka* bspw. auch *Kleinschmidt*, Erfahrungen (Fn. 49) 144. Dafür, dass das Vindikationslegat bei erbrechtlicher Qualifikation im ENZ auszuweisen ist, bspw. *BeckOGK / J. Schmidt* (Fn. 49) Art. 63 EuErbVO Rn. 8; *Bernhard Kreße*, in: *Calvo Caravaca / Davi / Mansel*, The EU Succession Regulation (2016) Art. 63 EuErbVO Rn. 7; MüKo / *Dutta* (Fn. 16) Art. 63 EuErbVO Rn. 9; *Gärtner*, Behandlung ausländischer Vindikationslegate (Fn. 57) 162–164. Dies folgt daraus, dass es sich beim Vindikationslegat um eine unmittelbare Berechtigung am Nachlass handelt; MüKo / *Dutta* (Fn. 16) Art. 63 EuErbVO Rn. 9. Generell bedarf es bei den in das ENZ aufgenommenen Elementen stets einer „Außenwirkung“. Es genügt nicht, wenn lediglich ein Anspruch gegen den Nachlass besteht; MüKo / *Dutta* (Fn. 16) Art. 63 EuErbVO Rn. 6; *Alice Perscha*, in: *Deixler-Hübner / Schauer*, Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung² (2020) Art. 63 EuErbVO Rn. 25.

⁷⁴ *Kleinschmidt*, Optionales Erbrecht (Fn. 59) 762. Vor dem deutschen Grundbuchamt ge-

für die Qualifikation des Vindikationslegats ist aber die Frage, ob die Ausnahmen vom Anwendungsbereich in Art. 1 Abs. 2 lit. k und l EuErbVO eine spezifische Vorgabe für das Vindikationslegat enthalten. Eine solche Vorgabe wäre zu beachten – die Funktionsfähigkeit des ENZ kann nur dann als Argument überzeugen, wenn der europäische Gesetzgeber nicht durch einen Ausschluss bestimmter Fragen aus der EuErbVO speziellere Vorgaben macht.

In der Sache stellt auch der EuGH in *Kubicka* die Frage nach spezielleren Vorgaben in den Mittelpunkt seiner Entscheidung.⁷⁵ Er diskutiert im Rahmen der Qualifikation des Vindikationslegats sowohl den Ausschluss für die „Art der dinglichen Rechte“ (lit. k)⁷⁶ als auch den Reservierungsverbehalt (lit. l).⁷⁷ Beiden Ausschlussgründen könnte die Vorgabe zu entnehmen sein, dass das Vindikationslegat nicht von der EuErbVO umfasst ist.

Allerdings sind die Ausnahmen des Art. 1 Abs. 2 EuErbVO wieder im Lichte des Gesamtkontexts der EuErbVO auszulegen. Zu diesem Gesamtkontext gehört auch die aus der EuErbVO abzuleitende Vorgabe für die Funktionsfähigkeit des ENZ. Die Funktionsfähigkeit streitet hier gegen eine extensive Auslegung des Begriffs der „Art der dinglichen Rechte“ und des Reservierungsverbehalt. Da das Vindikationslegat nicht eine neue Art eines dinglichen Rechts beschreibt, sondern lediglich den Vorgang zum Erwerb des bekannten dinglichen Rechts Eigentum betrifft, müsste man Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO extensiv auslegen, um das Vindikationslegat unter lit. k zu fassen. Das ist aufgrund der Vorgabe der Funktionsfähigkeit des ENZ abzulehnen.⁷⁸ Für den Reservierungsverbehalt gilt Ähnliches. Er kann im Lichte des Gesamtkonzepts der EuErbVO nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er auch die materiellen Voraussetzungen für den Erwerb eines dinglichen Rechts erfasst,⁷⁹ weil in lit. l nur der Akt der Eintragung und damit verfahrensrechtliche Fragen ausgenommen sind. Würde man die ma-

nügt die Vorlage des ENZ gem. § 35 Abs. 1 GBO, um die Erbfolge nachzuweisen. Diese Vorschrift ist aufgrund von *Kubicka* so auszulegen, dass das ENZ nicht nur die Erbfolge im Sinne der Universalsukzession des § 1922 BGB ausweisen kann, sondern auch die Singularsukzession aufgrund von Vindikationslegat; *Beyer*, Kollision (Fn. 49) 49.

⁷⁵ EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 40–60.

⁷⁶ EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 46–51.

⁷⁷ EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 52–60.

⁷⁸ Im Ergebnis so auch EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 46–51; ferner bspw. OLG München 29.9.2020 – 34 Wx 236/20, Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 2020, 265–267, 266; *Jan Peter Schmidt*, Challenged Legacies – First Decision of the European Court of Justice on the EU Succession Regulation (ECJ, 12 October 2017, C-218/16 (*Kubicka*)), European Property Law Journal 7 (2018) 4–31, 12, 21; *Looschelders*, Allgemeine Lehren (Fn. 58) 535–536; *Kroiß / Horn / Solomon / Köhler* (Fn. 53) Art. 1 EuErbVO Rn. 19.

⁷⁹ EuGH 12.10.2017 – *Kubicka* (Fn. 52) Rn. 52–60; i.E. zustimmend *Kleinschmidt*, Wirkungen eines ausländischen Vindikationslegats bei einer inländischen Immobilie, Lindenmayer-Möhring 2018, 403371; *Kroiß / Horn / Solomon / Köhler* (Fn. 53) Art. 1 EuErbVO Rn. 22; vgl. auch *Lechner*, Reichweite des Erbstatuts (Fn. 50) 74–81 (ebenso m. v. N.); *Florian Loyal*, in: Beck'scher Online-Kommentar Zivilrecht (Stand: 1.8.2022) Art. 1 EuErbVO Rn. 38.

teriellen Voraussetzungen der Eintragung ebenfalls unter die „Eintragung“ des Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO fassen, wäre das eine extensive Auslegung, die dem Gesamtkontext der EuErbVO mit seiner Vorgabe der Funktionsfähigkeit des ENZ nicht gerecht würde.

3. Die Bedeutung der Qualifikationsvorgabe für noch nicht entschiedene Fragen

Bedeutung hat die Funktionsfähigkeit des ENZ nicht nur in bereits durch den EuGH entschiedenen Fällen. Zwei weitere Konstellationen sollen hier als Beispiele dienen: die Qualifikation von durch den Tod begründeten Nießbrauchrechten sowie die Qualifikation dinglicher Teilungsanordnungen. Mit beiden Fällen mussten sich bereits Oberlandesgerichte auseinandersetzen.

a) Durch den Tod begründete Nießbrauchrechte

Das OLG Saarbrücken qualifiziert ein durch den Tod begründetes (gesetzliches) Nießbrauchrecht des französischen Rechts erbrechtlich.⁸⁰ Dies begründet das OLG auch mit der Funktionsfähigkeit des ENZ. Nur wenn das Nießbrauchrecht erbrechtlich qualifiziert werde, könne das ENZ dieses ausweisen.⁸¹ In der Tat wäre die Rechtslage im ENZ wieder unvollständig dargestellt, wenn das gesetzliche Nießbrauchrecht nicht aufgenommen würde. Es macht einen großen Unterschied, ob ein Erbe etwas ohne Belastung oder etwas mit einem Nießbrauch Belastetes erhält. Vor diesem Hintergrund kann nicht entscheidend sein, dass bei einem durch den Tod begründeten Nießbrauchrecht ein neues Recht entsteht und anders als beim Vindikationslegat nicht ein bestehendes Recht übergeht.⁸² Auch bei der Unterscheidung zwischen originärem und abgeleitetem Rechtserwerb handelt es sich wieder um ein technisches Argument, welches hinter die Durchsetzung des Gesamtkonzepts der EuErbVO zurücktreten muss. Genauso

⁸⁰ OLG Saarbrücken 23.5.2019 – 5 W 25/19, NJW 2019, 3530 = IPRspr. 2019 Nr. 203; vgl. ferner Dutta / Weber / Fornasier (Fn. 45) Art. 69 EuErbVO Rn. 38; Gubenko, Abgrenzung (Fn. 73) 252–259; Kleinschmidt, Wirkungen (Fn. 79); Gärtner, Behandlung ausländischer Vindikationslegat (Fn. 57) 202–203; teilweise a. A. Christopher Keim, Anmerkung, MittBayNot 2020, 148–150, 149 (für den Fall, dass es sich um einen Nießbrauch am gesamten Vermögen handele, dieses dingliche Recht kenne das deutsche Recht schon seiner Art nach nicht); a. A. auch (bspw.) Wolfgang Litzenburger, OLG Saarbrücken: Grundbuchamt hat dinglich wirkendes Vindikationslegat eines Nießbrauchs nach französischem Recht einzutragen, Fachdienst Erbrecht 2019, 418921; Stefan Bandel, Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegat in Deutschland, MittBayNot 2018, 99–107, 103–105.

⁸¹ OLG Saarbrücken 23.5.2019 (Fn. 80) Rn. 9f.

⁸² A. A. Mario Leitzen, Anmerkung, ZEV 2019, 642–643; Litzenburger, Grundbuchamt (Fn. 80).

wenig kann entscheidend sein, dass die Folgen eines gesetzlichen Nießbrauchsrechts deutlich weniger eindeutig sein müssen als die des Vindikationslegats.⁸³ Das gesetzliche Nießbrauchrecht kann zwar in den nationalen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Es hat auch sicherlich negative Folgen für die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks, wenn in das Grundbuch ein ausländisches Nießbrauchrecht eingetragen ist. Ein potenzieller Käufer muss dann erst einmal den genauen Inhalt des ausländischen Rechts ermitteln, bevor er die wirtschaftliche Bedeutung des Nießbrauchsrechts einschätzen kann. Diese negativen Folgen für die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks verhindern es aber nicht, das ausländische Nießbrauchrecht einzutragen. Ein genügender Schutz für das deutsche Grundbuch besteht darin, dass im äußersten Fall gänzlich unbekannte (Teil-)Rechte nach Art. 31 EuErbVO angepasst werden können. Grundsätzlich ist eine solche Anpassung aber nicht erforderlich. Auch das deutsche Recht kennt das Institut des Nießbrauchs, nur nicht die *ex lege*-Entstehung durch Tod.⁸⁴

b) Dinglich wirkende Teilungsanordnungen

Für dinglich wirkende Teilungsanordnungen hat sich das OLG München einer erbrechtlichen Qualifikation angeschlossen.⁸⁵ Dies begründet das OLG zwar nicht explizit mit dem ENZ, aber doch wohl mittelbar, indem es auf die EuGH-Entscheidung in *Kubicka* verweist und deren Vorgaben auf die dingliche Teilungsanordnung überträgt.⁸⁶ In der Sache erfordert in jedem Fall auch hier das ENZ die erbrechtliche Qualifikation. Ohne Aufnahme der dinglichen Teilungsanordnung könnte nämlich die Rechtslage wiederum nicht vollständig im ENZ abgebildet werden. Die Ausschlussgründe des Anwendungsbereichs in Art. 1 Abs. 2 lit. k und l EuErbVO stehen einer solchen Qualifikation nicht entgegen, da die dingliche Teilungsanordnung wie das Vindikationslegat lediglich die Art des Erwerbs und nicht die Art des dinglichen Rechts oder das Verfahren der Registereintragung selbst betrifft.⁸⁷

⁸³ So aber *Litzenburger*, Grundbuchamt (Fn. 80).

⁸⁴ Ausführlich für eine Vereinbarkeit des durch Tod begründeten Nießbrauchs mit dem deutschen Sachrecht *Gubenko*, Abgrenzung (Fn. 73) 105–120, 257–258; für teilweises Anpassungserfordernis aber *Dutta / Weber / J. P. Schmidt* (Fn. 6) Art. 31 EuErbVO Rn. 26 f.

⁸⁵ OLG München 29.9.2020 (Fn. 78) 265; vgl. ferner bspw. *MüKo / Dutta* (Fn. 16) Art. 1 EuErbVO Rn. 57; *Dutta / Weber / Fornasier* (Fn. 45) Art. 69 EuErbVO Rn. 38; *Mario Leitzen, Kubicka* und die Folgen: Vindikationslegat in der Rechtspraxis, ZEV 2018, 311–317, 313; *Kleinschmidt*, Wirkungen (Fn. 79); *Dutta / Weber / J. P. Schmidt* (Fn. 6) Art. 1 EuErbVO Rn. 136; a. A. *Rembert Süß*, in: *Erbrecht in Europa*⁴, hrsg. von dems. (2020) § 3 Rn. 116.

⁸⁶ OLG München 29.9.2020 (Fn. 78) 266.

⁸⁷ OLG München 29.9.2020 (Fn. 78) 266. Nur eine Teilungsanordnung, bei der nicht eine dingliche Teilung erfolgt, sondern die Teile *nach Erbgang* unter Lebenden übertragen werden müssen, ist nicht von der EuErbVO erfasst; OLG München 29.9.2020 (Fn. 78) 266.

4. Exkurs: Die Funktionsfähigkeit des ENZ und Vorfragen im Rahmen der EuErbVO

Von einiger Relevanz für die Funktionsfähigkeit des ENZ ist die Behandlung von Vorfragen, wenn die Hauptfrage der EuErbVO unterfällt. Knüpft man Vorfragen in diesen Fällen selbstständig an, dann werden die Fragen nicht notwendigerweise in allen Mitgliedstaaten nach demselben Sachrecht behandelt. Das ENZ könnte daher in diesen Fällen zwar die Rechtslage im Ausstellungsstaat richtig wiedergeben, die Rechtslage müsste aber nicht mit der im Verwendungsstaat übereinstimmen. Man könnte wegen dieser Vorfragenproblematik sogar meinen, dass die Argumentation mit dem ENZ nicht überzeugen kann. Nach dieser Sichtweise bewertet der EuGH die Funktionsfähigkeit des ENZ noch als zu hoch, weil das ENZ aufgrund der verschiedenen Behandlung der Vorfragen sowieso oft nicht frei zirkulieren könne.

Eine solche Sichtweise vermag allerdings nicht zu überzeugen. Erstens fordert die EuErbVO „nur“, dass die Funktionsfähigkeit des ENZ so weit wie möglich sichergestellt wird. Manche Abweichungen in der Rechtslage zwischen den Mitgliedstaaten werden akzeptiert (insbesondere über Art. 31 und Art. 35 EuErbVO). Selbst wenn Vorfragen selbstständig angeknüpft würden, wird man dem Ziel der Funktionsfähigkeit des ENZ eher gerecht, sofern die Rechtslage nicht noch aus weiteren Gründen abweicht. Zweitens würde die selbstständige Anknüpfung von Vorfragen aufgrund des weitgehenden Gleichlaufs von *forum* und *ius* unter der EuErbVO auch nur in wenigen Fällen tatsächlich zu einer divergierenden Rechtslage zwischen den Mitgliedstaaten führen.⁸⁸

Drittens setzt die Argumentation mit der selbstständigen Anknüpfung der Vorfrage etwas voraus, was unter der EuErbVO von vielen nicht geteilt wird: Unter der EuErbVO gehen viele davon aus, Vorfragen unselbstständig anzuknüpfen.⁸⁹ Begründet wird dies wiederum mit der Funktionsfähigkeit des ENZ.⁹⁰ In der Tat streitet auch bei der Frage nach der richtigen Anknüpfung von Vorfragen die Funktionsfähigkeit des ENZ für die unselbstständige Anknüpfung, um ein weiteres potenzielles Hindernis für die freie Zirku-

⁸⁸ Beyer, Kollision (Fn. 49) 270.

⁸⁹ Bspw. *Christine Budzikiewicz*, Präjudizielle Rechtsverhältnisse im europäischen Erbkollisionsrecht, in: FS Haimo Schack (2022) 395–405; *Weber*, Klassiker (Fn. 45) 1357; *Karsten Thorn*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch⁸² (2022) Art. 1 EuErbVO Rn. 5; *Johannes Weber*, in: Dutta / Weber, Internationales Erbrecht² (2021) Einl. EuErbVO Rn. 99 f.; *MüKo / Dutta* (Fn. 16) vor Art. 20 EuErbVO Rn. 51, Art. 63 EuErbVO Rn. 8; *Beyer*, Kollision (Fn. 49) 266–276; für selbstständige Anknüpfung auch im Anwendungsbereich der EuErbVO aber bspw. *Looschelders*, Allgemeine Lehren (Fn. 58) 537–539; *Carl Friedrich Nordmeier*, in: Nomos-Kommentar BGB, Bd. VI³ (2019) Art. 62 EuErbVO Rn. 19–22.

⁹⁰ *Dutta / Weber / Weber* (Fn. 89) Einl. EuErbVO Rn. 99 f.; *MüKo / Dutta* (Fn. 16) vor Art. 20 EuErbVO Rn. 51, Art. 63 EuErbVO Rn. 8; *Kleinschmidt*, Optionales Erbrecht (Fn. 59) 765–766; *ders.*, Anmerkung (Fn. 45) 328.

lation des ENZ zu beseitigen.⁹¹ Aufgrund der bereits erläuterten⁹² Bedeutung des ENZ überzeugt diese unselbstständige Anknüpfung. Dabei handelt es sich zwar nicht um eine „Qualifikationsvorgabe“ im hier eigentlich untersuchten Sinne, sondern um die Entscheidung der Vorfragenanknüpfung. Die Bedeutung des ENZ für die Vorfragenanknüpfung zeigt aber etwas, was als solches im größeren Kontext des hier Untersuchten steht: Die traditionellen Argumentationsmuster und Lösungen des Allgemeinen Teils verlieren insoweit an Bedeutung, als die europäischen Verordnungen spezielle Wertungen treffen. Im Rahmen der EuErbVO ist die Funktionsfähigkeit des ENZ eine solche Wertung. Sie gibt auch für die Frage nach der Anknüpfung der Vorfrage⁹³ im Anwendungsbereich der EuErbVO das Ergebnis im Sinne einer unselbstständigen Anknüpfung vor. Der teilweise Übergang von theoretischen Fragestellungen zu Fragen „schlichter Gesetzesauslegung“ erfolgt also nicht nur im Bereich der Qualifikation.

VI. Die Qualifikationsvorgabe des „Verbraucherschutzes“ in Art. 6 Rom I-VO

1. Das Telos des Art. 6 Rom I-VO als Qualifikationsvorgabe

Artikel 6 Rom I-VO dient dem Verbraucherschutz.⁹⁴ Das ist aus zwei Gründen offensichtlich: Zum einen zeigt dies der auf Verbraucher- und Arbeitnehmerverträge bezogene ErwG 23: „Bei Verträgen, bei denen die eine Partei als schwächer angesehen wird, sollte die schwächere Partei durch Kollisionsnormen geschützt werden, die für sie günstiger sind als die allgemeinen Regeln.“ Zum anderen kommt der verbraucherschützende Zweck darin zum Ausdruck, dass Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO von der allgemeinen objektiven Anknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO abweicht und Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO eine Sonderregel für Rechtswahlen schafft.⁹⁵ Interessant an dieser Abweichung ist vor allem, dass die Rom I-VO damit einen Übergang im methodischen Grundansatz zum Ausdruck bringt. Wie Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO mit seiner ausnahmsweisen Anknüpfung an die „engere Verbindung“ zeigt, sollen Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO Regeln aufstellen, die typischerweise die „engste Verbindung“ des Vertrags zu einer bestimmten Rechtsordnung finden. Das will Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO nicht. Bei Art. 6 Abs. 1

⁹¹ Beyer, Kollision (Fn. 49) 272.

⁹² Vgl. unter V.1.

⁹³ Vgl. ferner die Ausführungen in Fn. 56 zur Frage der „Anpassung“ (Art. 31 EuErbVO) im Anwendungsbereich der EuErbVO.

⁹⁴ Für den Verbraucherschutz als Telos des Art. 6 Rom I-VO statt vieler Heiderhoff, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. III⁴ (2016) Art. 6 Rom I-VO Rn. 1 f.

⁹⁵ Bspw. Marc-Philippe Weller, Anknüfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue „kopernikanische Wende“?, in: Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, hrsg. von Stefan Arnold (2016) 133–162, 153–154.

Rom I-VO wird das Anknüpfungsmoment aufgrund eines „Hoheitsinteresses“⁹⁶ der Europäischen Union modifiziert, den typisiert als schwächer eingeschätzten Verbraucher bei Verträgen mit Unternehmern zu schützen. Nicht mehr der gewöhnliche Aufenthalt der Partei, die die charakteristische Leistung erbringt, soll entscheidend sein. Entscheidend ist vielmehr der gewöhnliche Aufenthalt der „schwächeren Partei“. Auch eine Ausweichklausel zugunsten der „engeren Verbindung“ kennt Art. 6 Rom I-VO nicht.⁹⁷

Normen wie Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO kann man als „hybride Normen“ des Kollisionsrechts bezeichnen.⁹⁸ Der europäische Gesetzgeber wählt hier das Vehikel und die Technik einer Kollisionsnorm, möchte aber durch die Norm nicht den „klassischen“ Gedanken der engsten Verbindung durchsetzen, sondern materielle Interessen auf kollisionsrechtlicher Ebene. Der verbraucherschützende Zweck und der Charakter des Art. 6 Rom I-VO als hybride Norm geben wiederum Qualifikationsergebnisse vor. Herausgegriffen werden soll hier die Frage nach dem Verbraucherbegriff i. S. d. Art. 6 Rom I-VO. Erörtert wird die Bedeutung der Qualifikationsvorgabe für den Verbraucherbegriff anhand einer aktuellen Entscheidung des EuGH zur Brüssel Ia-VO: *Personal Exchange*.⁹⁹

2. Die Qualifikationsvorgabe in der EuGH-Entscheidung *Personal Exchange*

In *Personal Exchange*¹⁰⁰ musste der EuGH Ende 2020 für die Brüssel Ia-VO entscheiden, ob eine Person als Verbraucher handelt, wenn sie ihren Lebensunterhalt damit verdient, dass sie regelmäßig auf einer Online-Plattform Poker spielt. Nach dem EuGH verliert eine solche Person auch dann nicht ihre Verbrauchereigenschaft, „wenn sie täglich viele Stunden an diesem Spiel teilnimmt und dabei erhebliche Gewinne erzielt“.¹⁰¹ Das sei zumindest so lange der Fall, wie der Verbraucher „eine solche Tätigkeit weder amtlich

⁹⁶ Vgl. zu diesem Begriff *Felix Berner*, Kollisionsrecht im Spannungsfeld von Kollisionsnormen, Hoheitsinteressen und wohlverworbenen Rechten (2017) insb. 132–136.

⁹⁷ Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO ist auch nicht etwa analog anzuwenden; statt aller NK-BGB/*Leible* (Fn. 18) Art. 6 Rom I-VO Rn. 12 (m. w. N.).

⁹⁸ Zu diesem Konzept *Berner*, Kollisionsrecht (Fn. 96) insb. 156–161.

⁹⁹ EuGH 10.12.2020 – Rs. C-774/19 (*Personal Exchange*), ECLI:EU:C:2020:1015.

¹⁰⁰ In gewissem Maße setzt der EuGH hier die weite Auslegung des Verbraucherbegriffs in seinen Entscheidungen zu Fällen der privaten Kapitalanlage fort (insb. EuGH 3.10.2019 – Rs. C-208/18 (*Petruchová*), ECLI:EU:C:2019:825; EuGH 2.4.2020 – Rs. C-500/18 (*Reliantco*), ECLI:EU:C:2020:264); *Peter Mankowski*, Verbrauchergerichtsstand für Online-Pokerspieler trotz umfangreicher Spielteilnahme und erheblicher Gewinne, EWiR – Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2021, 221–222, 222. Ausführlich zum Verbraucherbegriff in *Reliantco* auch *Christoph Wendelstein*, Haftung von CFD-Brokern im europäischen Zuständigkeitsrecht, GPR – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2021, 7–14, 9–10.

¹⁰¹ EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 50. Der Kläger hatte „durchschnittlich jeden Werktag neun Stunden Poker gespielt“ (ebd. Rn. 20).

angemeldet noch Dritten als kostenpflichtige Dienstleistung angeboten hat“.¹⁰² Die Regelmäßigkeit der Tätigkeit allein soll die Verbrauchereigenschaft nicht ausschließen.¹⁰³ Was keine Erwähnung in der die Vorlagenfrage beantwortenden letzten Randnummer der Entscheidung fand, war die Tatsache, dass die Person in *Personal Exchange* mit dem Pokerspiel ihren Lebensunterhalt verdiente. Nach Angabe des vorlegenden Gerichts hatte der Kläger „seit dem Jahr 2008 seinen Lebensunterhalt mit den beim Pokerspielen erzielten Einnahmen bestritten“.¹⁰⁴ Diese Tatsache führte den EuGH wohl dazu, die Einordnung im Einzelfall an das vorliegende Gericht zurückzuverweisen.¹⁰⁵ Für sich allein seien aber weder die Höhe der Gewinne noch besondere Kenntnisse oder die Regelmäßigkeit der Tätigkeit geeignet, die Verbrauchereigenschaft auszuschließen.¹⁰⁶

Dieser kategorische Ausschluss von Kriterien wirft die Frage auf, ob es dem Art. 6 Rom I-VO gerecht würde, wenn man *Personal Exchange* von der Brüssel Ia-VO auf die Rom I-VO übertragen würde.¹⁰⁷ Wenn der Verbraucherschutz den Grund bildet, warum die Rom I-VO in Art. 6 von den allgemeinen Kollisionsregeln der Artt. 3 und 4 Rom I-VO abweicht, dann muss dieses Telos auch im Qualifikationsprozess berücksichtigt werden. Wer nicht schutzwürdig ist, kann nicht unter Art. 6 Rom I-VO fallen. Einer der entscheidenden Hintergründe in *Personal Exchange* ist aber wohl, dass der EuGH die Schutzwürdigkeit nicht im konkreten Fall bestimmen möchte, sondern abstrakt.¹⁰⁸ Eine konkrete Betrachtung soll zu nicht hinnehmbaren

¹⁰² EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) R.n. 50.

¹⁰³ EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) R.n. 43–48.

¹⁰⁴ EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) R.n. 20. Dass dies in der Antwort keine Erwähnung findet, ist umso überraschender, als das vorliegende Gericht diesen Umstand ausdrücklich in die Vorlagefrage miteinbezog (ebd. R.n. 22).

¹⁰⁵ Für die Zurückverweisung EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) R.n. 49.

¹⁰⁶ EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) R.n. 49; dem folgend OLG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 23 U 55/21, R.n. 42; LG Paderborn 24.9.2021 – 4 O 424/20, R.n. 33f.; zustimmend auch *Peter Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO⁶, Bd. III (2022) Art. 17 Brüssel Ia-VO R.n. 2; kritisch *Christiane v. Bary*, Neues zum prozessualen Verbraucherschutz aus Luxemburg: Verbrauchereigenschaft und Wohnsitzwechsel, IPRax 2022, 456–460, 457 (mit dem Hinweis, dass man auf die vom EuGH „als solche“ zurückgewiesenen Kriterien im Rahmen der Gesamtabwägung nicht verzichten könne).

¹⁰⁷ Im Ergebnis Entsprechendes gilt für den originären Kontext der Entscheidungen, das Internationale Verfahrensrecht. Allerdings ist für das Internationale Verfahrensrecht noch nicht geklärt, inwiefern man auch hier den Begriff der Qualifikation verwenden sollte (hierzu i.Ü. BeckOGK/*Gebauer* (Fn. 5) AllgIPR R.n. 41–44) und – wenn ja – inwieweit Erkenntnisse zur Qualifikation des Internationalen Privatrechts auf das Internationale Verfahrensrecht übertragen werden können.

¹⁰⁸ Das liegt auf Linie der in Deutschland herrschenden Literaturansicht. Diese streitet ebenfalls gegen eine konkrete Betrachtung und für eine „generell-abstrakte Typisierung“; statt vieler *Reinhold Geimer*, Forum actoris für Kapitalanlegerklagen, in: FS Dieter Martiny (2014) 711–733, 716. Zumindest für eine Orientierung am Schutzzweck bei Auslegung des Verbraucherbegriffs aber *Jan D. Lüttringhaus*, Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht, RabelsZ 77 (2013) 31–68, 55.

Rechtsunsicherheit führen.¹⁰⁹ Damit nimmt der EuGH ein Argument auf, das im Rahmen der Rom I-VO sicherlich von Bedeutung ist. Rechtssicherheit zu schaffen ist – wie ErwG 6 zeigt – ein zentrales Anliegen der Rom I-VO.¹¹⁰ Dieses Anliegen rechtfertigt grundsätzlich die mehr oder minder starren Kollisionsregeln der Rom I-VO. Auch für juristische Wertungen gilt aber – *mutatis mutandis* – der *lex specialis*-Grundsatz. Rechtssicherheit mag ein Ziel sein, welches über die Kollisionsnormen der Rom I-VO verfolgt wird. Hinter Art. 6 Rom I-VO steht aber eine speziellere Wertung: der Verbraucherschutz. Als speziellere Wertung ist der Verbraucherschutz für Fragen des Art. 6 Rom I-VO abstrakt höher zu gewichten als die Rechtssicherheit. Treten beide Wertungen in Widerstreit, setzt sich der Verbraucherschutz grundsätzlich durch. Zudem zeigt bereits die Formulierung des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, dass die Rechtssicherheit bei der Bestimmung der Verbrauchereigenschaft nicht das entscheidende Argument sein kann. In Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO wird nicht abstrakt rollenbezogen abgegrenzt. Vielmehr steht der jeweilige Vertrag im Mittelpunkt. Für diesen ist zu prüfen, ob die Person als Verbraucher handelt. Wenn aber der einzelne Vertrag im Mittelpunkt steht, führt dies notwendigerweise in eine Einzelfallbetrachtung: Die Umstände des jeweiligen Vertrags entscheiden, ob jemand als Verbraucher handelt oder nicht. Jeder Einzelfallbetrachtung ist jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit inhärent. Die Betrachtung des einzelnen Vertrags dient damit eher der Einzelfallgerechtigkeit als der Rechtssicherheit, was sich sehr gut mit dem Telos des Verbraucherschutzes in Einklang bringen lässt. Hätte der europäische Gesetzgeber bei der Verbrauchereigenschaft die Rechtssicherheit als Leitstern vor Augen gehabt, hätte er wohl nicht auf die Umstände des einzelnen Vertrags abgestellt.

In diesem Kontext bezeichnend ist, dass das Ergebnis in *Personal Exchange* eine Rückverweisung an das nationale Gericht war.¹¹¹ Dieses habe im Einzelfall zu prüfen, ob der Kläger als Verbraucher handelte.¹¹² Damit akzeptiert der EuGH in der Sache, dass abstrakte Vorgaben allein nicht geeignet sind, die Frage nach der Verbrauchereigenschaft zu lösen.

Davon unabhängig liegt aber bereits in den abstrakten Vorgaben des EuGH ein Verstoß gegen die Qualifikationsvorgabe des Verbraucherschutzes.¹¹³ Zwar hat der EuGH sicher recht, wenn er jedem der von ihm genann-

¹⁰⁹ Vgl. insofern auch EuGH 3.10.2019 – *Petruchová* (Fn. 100) Rn. 51 f. (in Bezug darauf, dass man keine „höheren Beträge“ ausschließen könne).

¹¹⁰ Statt vieler *M.-P. Weller*, Anknüpfungsprinzipien (Fn. 95) 145–146.

¹¹¹ EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 49.

¹¹² EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 49.

¹¹³ Nur erwähnt sei, dass die Entscheidung auch tendenziell in Konflikt mit einer allgemeinen Aussage der EuGH-Rechtsprechung tritt. Da Art. 6 Rom I-VO (wie die Artt. 17–19 Brüssel I-VO) eine Ausnahme von den allgemeinen Kollisionsnormen ist, muss der Verbraucherbegriff nach dem Standardargument des EuGH – *singularia non sunt extendenda* – eigentlich eng ausgelegt werden. Das ist auch ständige Rechtsprechung im Kontext der Brüssel I-VO und ihrer Vorgängerinnen (grundlegend EuGH 21.6.1978 – Rs. 150/77 (*Bertrand*), ECLI:EU:

ten Kriterien *für sich allein* nicht die Kraft zuzuschießen, die Verbrauchereigenschaft auszuschließen. In der Tat sind weder die Höhe der Gewinne noch die Kenntnisse oder die Regelmäßigkeit der Tätigkeit *für sich allein* geeignet, die Verbrauchereigenschaft auszuschließen.

In *Personal Exchange* folgt die fehlende Verbrauchereigenschaft aber aus einer Gesamtbetrachtung und in deren Rahmen insbesondere daraus, dass der Kläger jeden Werktag im Durchschnitt neun Stunden gepokert und dadurch seinen Lebensunterhalt verdient hat.¹¹⁴ Wer mit regelmäßiger Tätigkeit seinen Lebensunterhalt verdient, der handelt schwerlich als Verbraucher. Im digitalen Zeitalter ist nicht nur derjenige „professioneller Pokerspieler“, der auf professionell ausgerichteten Pokerturnieren gewinnt. Beruflich agiert auch, wer von seinem privaten Quartier aus im Internet durch regelmäßiges Spielen seinen Lebensunterhalt verdient.

Auch die besonderen Kenntnisse des Pokerspielers sind vorliegend zu berücksichtigen. Das steht nicht einmal unbedingt im Gegensatz zu der EuGH-Entscheidung in *Schrems*, in der der EuGH besondere Kenntnisse für unbeachtlich hielt.¹¹⁵ Entscheidender Unterschied zu *Schrems* ist, dass die Kenntnisse dort dazu dienen, Wissen über die Wirkungsweise des Verbraucherschutzes zu sammeln und darüber zu informieren. Nur weil jemand seine Rechte als Verbraucher kennt, verliert er nicht seine Verbrauchereigenschaft.¹¹⁶ Dass diese Kenntnisse in anderem Kontext gewinnbringend am Markt eingesetzt werden, begründet lediglich einen mittelbaren Zusammenhang zwischen den besonderen Kenntnissen und dem zu beurteilenden Vertrag.

In *Personal Exchange* liegen die Dinge anders. Hier stehen die Kenntnisse nicht in Zusammenhang mit den Rechten als Verbraucher, sondern sind erworbene Sonderkenntnisse, mit denen sich der Kläger auf Grundlage des zu beurteilenden Vertrags in einem Zeitraum vom 31. März 2010 bis zum

C:1978:137; ferner bspw. *Graf-Peter Calliess*, in: Calliess / Renner, Rome Regulations³ (2020) Art. 6 Rom I-VO Rn. 21; *Ulrich Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2016) Art. 6 Rom I-VO Rn. 39; *Ansgar Staudinger*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. I⁵ (2021) Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 1). Man wird aber wohl kaum davon sprechen können, dass der EuGH die Verbrauchereigenschaft in *Personal Exchange* „eng“ auslegt. Daher ist es ein wenig befremdlich, dass der EuGH das Argument in *Personal Exchange* referiert; vgl. EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 24, 29.

¹¹⁴ Für diese Tatsachenangaben EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 20. Für das daraus folgende Argument tendenziell auch *v. Bary*, Neues zum prozessualen Verbraucherschutz (Fn. 106) 458: „Dies lässt kaum Zeit für eine anderweitige berufliche oder gewerbliche Tätigkeit, was in Kombination damit, dass so die Finanzierung des Lebensunterhalts erfolgt, doch Zweifel an der Verbrauchereigenschaft hervorruft.“

¹¹⁵ EuGH 25.1.2018 – Rs. C-498/16 (*Schrems*), ECLI:EU:C:2018:37. Der EuGH selbst verweist aber in *Personal Exchange* auf *Schrems*; vgl. EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 37–40.

¹¹⁶ Statt vieler *Gisela Rühl*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.7.2019) Art. 6 Rom I-VO Rn. 67.

10. Mai 2011 immerhin rund 227.000 Euro¹¹⁷ erspielt hat. Eignen sich Personen im Privaten Spezialkenntnisse an und werden mit diesen wirtschaftlich tätig, unterscheidet sich dies von einer klassischen Berufsausbildung mit späterer Ausübung am Markt nur durch einen Formalisierungsakt. Der Formalisierungsakt kann aber nicht das entscheidende Kriterium sein. Handeln am Markt aufgrund angeeigneter Spezialkenntnisse muss daher eines der Kriterien sein, die im Rahmen einer Gesamtabwägung, ob eine Person als Verbraucherin oder Verbraucher handelt, von Bedeutung sein können.¹¹⁸ *Schrems* behandelte insofern einen Ausnahmefall, in dem die besonderen Kenntnisse nicht entscheidend sind, weil sie sich auf den Verbraucherschutz als solchen beziehen. In anderen Fällen kann man die Kenntnisse in der Gesamtabwägung berücksichtigen, wenn man sich die Frage stellt, ob eine Person im Sinne des Art. 6 Rom I-VO schutzwürdig ist und daher unter die Personengruppe fällt, die Art. 6 Rom I-VO schützen möchte.

Entscheidend ist nach alledem in Bezug auf den Fall in *Personal Exchange*, dass der verbraucherschützende Zweck des Art. 6 Rom I-VO in Verbindung mit der angeordneten Beurteilung des konkreten Vertrags eine Einzelfallbetrachtung erfordert. Die abstrakte Betrachtung des EuGH mit ihrem generellen Ausschluss bestimmter Kriterien wird dem nicht gerecht. Da der Verbraucherschutz nach der Konzeption der Rom I-VO hinter der Abweichung des Art. 6 Rom I-VO von den Artt. 3 und 4 Rom I-VO steht, kann kein Vertrag als Verbrauchervertrag eingeordnet werden, an dem im konkreten Fall keine schutzwürdige Partei mitwirkt.¹¹⁹ Der Verbraucherschutz wirkt also auch hier wieder als Qualifikationsvorgabe, die der EuGH in *Personal Exchange* aber nicht umsetzt.

VII. Die Qualifikationsvorgabe des „Schutzes schwächerer Parteien“ in Art. 14 Rom II-VO

Verwandt mit den Vorgaben des Verbraucherschutzes ist eine Qualifikationsvorgabe in der Rom II-VO.¹²⁰ Diese kennt mit Art. 14 Rom II-VO eine Regelung zur Rechtswahl für außervertragliche Ansprüche. Wie bei Art. 6 Rom I-VO handelt es sich auch bei Art. 14 Rom II-VO um eine „hybride Norm“ des Kollisionsrechts.¹²¹ Die strengen Voraussetzungen für eine

¹¹⁷ EuGH 10.12.2020 – *Personal Exchange* (Fn. 99) Rn. 13.

¹¹⁸ Das ist übertragbar auf Kapitalanlagefälle, in denen besondere Kenntnisse bei privater Geldanlage auch ein Umstand sein sollten, der zu berücksichtigen ist. Anders auch in diesem Punkt der EuGH; vgl. EuGH 2.4.2020 – *Reliantco* (Fn. 100) Rn. 53; EuGH 3.10.2019 – *Petruchová* (Fn. 100) Rn. 54–56.

¹¹⁹ So auch *Lüttringhaus*, *Übergreifende Begrifflichkeiten* (Fn. 108) 56–57.

¹²⁰ In anderem Kontext wurde diese Qualifikationsvorgabe bereits behandelt; vgl. *Felix Berner*, *Die Rechtswahl im Vertrag unter der Rom II-VO – neue Impulse aus Luxemburg?*, GPR 2022, 210–215, 213–214.

¹²¹ Zu Art. 14 Rom II-VO als „hybride Norm“ des Kollisionsrechts *Berner*, *Rechtswahl* (Fn. 120) 211.

Rechtswahl nach Art. 14 Rom II-VO spiegeln nämlich ebenfalls einen Schutzzweck wider: Durch sie sollen schwächere Parteien vor Rechtswahlen im Kontext außervertraglicher Ansprüche noch weit mehr geschützt werden, als sie in der Rom I-VO geschützt sind.¹²² Dieser Schutz darf nicht dadurch umgangen werden, dass man systematisch außervertragliche Ansprüche des nationalen Rechts auf Ebene des europäischen Kollisionsrechts als vertraglich einordnet. Eine solche weitreichende Qualifikation als vertraglicher Anspruch hätte man aber dem Leitsatz der *Brogstter*-Entscheidung¹²³ des EuGH entnehmen können. Nach dieser Entscheidung soll bereits dann ein vertraglicher Anspruch gegeben sein, „wenn das vorgeworfene Verhalten als Verstoß gegen die vertraglichen Verpflichtungen angesehen werden kann, wie sie sich anhand des Vertragsgegenstands ermitteln lassen“.¹²⁴ Die *Brogstter*-Entscheidung erging zwar zur Brüssel I-VO, man konnte sich aber durchaus fragen, inwieweit diese Entscheidung auch für die Abgrenzung der Rom I-VO von der Rom II-VO maßgebend ist. In einem Fall mit Rechtswahl wäre eine solche Übertragung von *Brogstter* auf die Rom-Verordnungen aufgrund des Schutzzwecks des Art. 14 Rom II-VO nicht möglich. Der Schutzzweck wäre verletzt, wenn man die strengen Voraussetzungen des Art. 14 Rom II-VO über eine derart weitgehende Einordnung von Ansprüchen als vertragliche Ansprüche verdrängen würde. Mit anderen Worten macht in diesem Fall der Schutzzweck des Art. 14 Rom II-VO die Qualifikationsvorgabe, dass Ansprüche nicht im Sinne des Leitsatzes der *Brogstter*-Entscheidung vertraglich qualifiziert werden dürfen.

Für die Praxis wurde diese Problematik durch die Entscheidung des EuGH in *Wikingerhof*¹²⁵ entschärft. Hier konkretisierte der EuGH seine *Brogstter*-Entscheidung dahingehend, dass geprüft werden müsse, ob „eine Auslegung des Vertrags zwischen dem Kläger und dem Beklagten unerlässlich erscheint, um zu klären, ob das Verhalten, das der Kläger dem Beklagten vorwirft, rechtmäßig oder vielmehr widerrechtlich ist“.¹²⁶ Diese Formulierung ist deutlich enger als die aus *Brogstter*. Sie unterwirft außervertragliche Ansprüche nicht mehr in demselben Maße einer vertraglichen Qualifikation, wie man es dem Leitsatz der *Brogstter*-Entscheidung entnehmen konnte. Wie an anderer Stelle näher dargelegt,¹²⁷ können aber auch die *Wikingerhof*-Kriterien in Konflikt mit dem Schutzzweck des Art. 14 Rom II-VO treten. Macht eine Person einen Anspruch geltend, der auf einer Norm

¹²² M.w.N. Berner, Rechtswahl (Fn. 120) 211.

¹²³ EuGH 13.3.2014 – Rs. C-548/12 (*Brogstter*), ECLI:EU:C:2014:148.

¹²⁴ EuGH 13.3.2014 – *Brogstter* (Fn. 123) LS. Vgl. aber auch Rn. 25 der *Brogstter*-Entscheidung: „Dies wiederum ist grundsätzlich der Fall, wenn eine Auslegung des Vertrags zwischen dem Beklagten und dem Kläger unerlässlich erscheint, um zu klären, ob das dem Beklagten vom Kläger vorgeworfene Verhalten rechtmäßig oder vielmehr widerrechtlich ist.“

¹²⁵ EuGH 24.11.2020 – Rs. C-59/19 (*Wikingerhof*), ECLI:EU:C:2020:950.

¹²⁶ EuGH 24.11.2020 – *Wikingerhof* (Fn. 125) Rn. 32; bestätigt in EuGH 26.11.2020 – Rs. C-307/19 (*Obala i lučice* ./. *NLB Leasing*), ECLI:EU:C:2021:236, Rn. 83–85.

¹²⁷ Berner, Rechtswahl (Fn. 120) 213–214.

des nationalen Rechts beruht, die Rechtsgüter der Person unabhängig von einem Vertrag schützt, handelt es sich um einen außervertraglichen Anspruch im Sinne des Art. 14 Rom II-VO. Inwiefern die Auslegung des Vertrags „unerlässlich“ ist, um den Anspruch auf Sachrechtsebene zu prüfen, kann auf Ebene des Kollisionsrechts nicht entscheidend sein. Ansonsten könnte eine Partei durch Vertragsgestaltung das auf außervertragliche Ansprüche anwendbare Recht modifizieren. Diese Möglichkeit soll Art. 14 Rom II-VO mit seinen strengen Voraussetzungen aber gerade weitgehend verhindern. Eine vertragliche Qualifikation ist nur dann möglich, wenn durch die vertragliche Qualifikation nicht der Schutzstandard des Art. 14 Rom II-VO umgangen wird.

VIII. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Der Übergang von nationalem zu europäischem Kollisionsrecht führt auch für die Qualifikation zu bedeutenden Änderungen. Eine dieser Änderungen sind die vermehrt auftretenden Qualifikationsvorgaben. Diese können in Gestalt von „Qualifikationszuweisungen“¹²⁸ bzw. „Qualifikationsnormen“¹²⁹ deutlich in einzelnen Normen oder Erwägungsgründen des europäischen Kollisionsrechts zum Ausdruck kommen. Normen, die wie Art. 12 Rom I-VO die Reichweite des Statuts bestimmen, haben einen offensichtlichen Einfluss auf die Qualifikation. Über diese „Qualifikationszuweisungen“ bzw. „Qualifikationsnormen“ hinaus kennt das europäische Kollisionsrecht aber auch implizite Qualifikationsvorgaben. Wie die vier Beispiele (IV.–VII.) gezeigt haben, werden durch die Qualifikationsvorgaben einige (teilweise zentrale) Qualifikationsprobleme dem traditionellen Qualifikationsvorgang entrissen. Beispielsweise ist die Funktion des § 1371 Abs. 1 BGB für seine Zuordnung zum Erbstatut der EuErbVO nicht entscheidend. Die Funktionsanalyse wird durch die Vorgabe der Funktionsfähigkeit des ENZ verdrängt.

Je mehr das europäische Kollisionsrecht explizite und implizite Qualifikationsvorgaben kennt, desto mehr werden theoretische Erkenntnisse über die Qualifikation im Internationalen Privatrecht in den Hintergrund gedrängt. In einem gewissen Maße trifft daher die zu Beginn zitierte Aussage aus „Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws“ zu: Soweit das europäische Kollisionsrecht explizite oder implizite Qualifikationsvorgaben enthält, ist Qualifikation in der Tat nichts weiter als „schlichte Gesetzesauslegung“.

¹²⁸ Vgl. hierzu die Verweise in Fn. 11.

¹²⁹ Vgl. hierzu die Verweise in Fn. 12.