

Herausgegeben von  
o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred Burgstaller  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Franz Bydlinksi  
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt  
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller  
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VfGH  
o. Univ.-Prof. i. R. Dr. Dr. h. c. mult. Karl Korinek, Präsident des VfGH  
o. Univ.-Prof. Dr. Siegbert Morscher  
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel  
Rechtsanwalt Hon.-Prof. DDr. Hellwig Torggler  
Schriftleitung: Peter Rummel  
SpringerWienNewYork

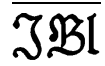
# Juristische Blätter

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

**Heft 10 Oktober 2007 129. Jahrgang**

ISSN 0022-6912 JUBLA7 129 (10) 613-680 (2007)

Juristische Blätter 129, 613-646 (2007)  
DOI 10.1007/s00503-007-1273-7  
Printed in Austria



Prof. Dr. **Helmut Heiss**, LL.M., Zürich, und Dr. **Leander D. Loacker**, Mannheim

## Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II

*Mit der am 11. Juli 2007 verabschiedeten, zum 11. Januar 2009 in Kraft tretenden sog. „Rom II-Verordnung“ werden weite Teile des bis dahin überwiegend auf autonome oder staatsvertragliche Wurzeln zurückgehenden Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse europaweit einheitlich neu geregelt. Die auf diese Weise erreichte Rechtsharmonisierung stellt nicht zuletzt mit Blick auf die inhaltliche Bandbreite der Regelungsgegenstände einen Meilenstein in der Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts dar. Der vorliegende Beitrag untersucht – erstmals seit Verabschiedung der Verordnung – die zu erwartenden Auswirkungen auf die geltende österreichische Rechtslage.*

**Deskriptoren:** Internationales Privatrecht; Rechtsvereinheitlichung; loi uniforme; Kompetenzgrundlagen; EVÜ; Rom I; Rom II; Außervertragliche Schuldverhältnisse; Verletzung von Privatsphäre oder Persönlichkeitsrechten; Atomhaftung; Rechtswahl; Unerlaubte Handlungen; Produkthaftung; Unlauterer Wettbewerb; Umwelthaftung; Immaterialgüterrecht; Arbeitskampf; Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer; Gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Forderungsübergang; Schuldnermehrheiten; culpa in contrahendo; Ungerechtfertigte Bereicherung; Geschäftsführung ohne Auftrag; Eingriffsnormen; ordre public; Rück- und Weiterverweisung; Rechtsspaltung; Mosaikprinzip.

Art 12 Abs 1, 61 lit b und c, 65, 81, 82, 95 Abs 3, 153 Abs 1, 174 Abs 2 S 1, 300 EG.

RL 85/374, ABl 1985 L 210/29; RL 89/552, ABl 1989 L 298/23; RL 90/232, ABl 1990 L 129/33; RL 34/1999, ABl 1999 L 141/21; RL 26/2000, ABl 2000 L 181/65; RL 31/2000, ABl 2000 L 178/1; VO 1347/2000, ABl 2000 L 160/19; VO 1348/2000, ABl 2000 L 160/37; VO 44/2001, ABl 2001 L 307/28; VO 1206/2001, ABl 2001 L 174/1; VO 2201/2003, ABl 2003 L 338/1; RL 35/2004, ABl 2004 L 143/56; VO 805/2004, ABl 2004 L 143/15; RL 14/2005, ABl 2005 L 149/14.

§§ 878, 1041, 1042, 1043, 1295 Abs 2, 1330 ABGB; §§ 23, 24 AtomHG; § 2 BVG Atomfreies Österreich; Art 10 MRK; Art 3, 5, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 17, 20, 22 EVÜ; §§ 5, 6, 8, 13, 34, 35, 46, 47, 48 IPRG; §§ 3, 4 IVVG; § 6 KartG 1988; § 24 KartG 2005; §§ 24, 26 KHVG; §§ 1, 6 PHG; § 31 MedienG; Art 13 StGG; § 14 UWG; § 67 VersVG; §§ 44, 48, 178 Abs 2, 179, 182, 226 Abs 1, 271 ZPO.

### Übersicht:

- A. Hintergründe
  - I. Hinweise zur Entstehung
  - II. Zur Kompetenzgrundlage und ihren Auswirkungen
- B. Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu internationalen Übereinkommen
  - I. Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten
  - II. Verhältnis zu internationalen Übereinkommen

### C. Anwendungsbereich

- I. Geographischer und zeitlicher Anwendungsbereich
- II. Materieller Anwendungsbereich
  - 1. Außervertragliche Schuldverhältnisse in „Zivil- und Handelssachen“
  - 2. Allgemeine Ausnahmen
  - 3. Insbesondere: Verletzung von Privatsphäre oder Persönlichkeitsrechten

4. Insbesondere: Atomhaftung
- D. Rechtswahl
  - I. Freie Rechtswahl
  - II. Vergleich zu § 35 Abs 1 IPRG
  - III. Die Rechtswahlvereinbarung
  - IV. Rechtswahlbeschränkungen
  - V. Ausschluss der Rechtswahl
- E. Objektive Anknüpfung
  - I. Deliktsstatut
    1. Grundsatzanknüpfung
    2. Durchbrechungen der Grundsatzanknüpfung
    3. Produkthaftung
    4. Ansprüche aus Wettbewerbs- und Kartellrecht
      - a) Allgemeines
      - b) Ansprüche aus Wettbewerbsrecht
      - c) Ansprüche aus Kartellrecht
      - d) Ausschluss der Rechtswahl
    5. Umwelthaftung
    6. Immaterialgüterrechte
    7. Arbeitskampfmaßnahmen
  - II. Allgemeine Regeln mit besonderer Bedeutung im Deliktsrecht
    1. Sicherheits- und Verhaltensregeln
    2. Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer
    3. Gesetzlicher Forderungsübergang
    4. Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretung
    5. Mehrheit von Schuldnern
  - III. Culpa in Contrahendo
    1. Qualifikationsfragen
    2. Vorvertragliche Deliktstatbestände
    3. Verschulden bei Vertragsverhandlungen
  - IV. Ungerechtfertigte Bereicherung
  - V. Geschäftsführung ohne Auftrag
- F. Eingriffsnormen und ordre public
  - I. Eingriffsnormen
  - II. Ordre public
- G. Reichweite der Statute
  - I. Grundregel
  - II. Beweis im Allgemeinen
  - III. Form und Beweis von „Rechtshandlungen“
- H. Sonstiges
  - I. Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung
  - II. Rechtsspaltung

## A. Hintergründe\*)

### I. Hinweise zur Entstehung

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 11. 7. 2007 die Verordnung (EG) Nr 864/2007

\*) Abgekürzt zitiert werden: *Benecke*, Auf dem Weg zu „Rom II“ – Der Vorschlag für eine Verordnung zur Angleichung des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse, *RIW* 2003, 830 ff; *Buermeyer*, Die Vereinheitlichung des Delikt kollisionsrechts in Europa durch die Verordnung „Rom II“, in: *Kosmehl/Pabst*, Liber Amicorum Thomas Rauscher (2005) 15 ff; *Czernich/Heiss*, EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Kommentar (1999); *Fuchs*, Zum Kommissionsvorschlag einer Rom II-Verordnung, *GPR* 2003, 100 ff; *Heiss*, Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch „Rom I“ und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht, *JBl* 2006, 750 ff; *Huber/Bach*, Die Rom II-Verordnung – Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen, *IPRax* 2005, 73 ff; *Kadner Graziano*, Europäisches Internationales Deliktsrecht (2003); *Koziol/Thiede*, Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand des Entwurfs einer Rom II-Verordnung, *ZVglRWiss* 106 (2007) 235 ff; *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche

über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“<sup>1)</sup>) erlassen. Damit ist ein im Einzelnen bewegtes Rechtssetzungsverfahren erfolgreich zu Ende geführt worden, denn eine Einigung von Europäischem Parlament und Rat kam nach dem Verfahren des Art 251 EG erst im Vermittlungsausschuss zustande<sup>2)</sup>.

Die Verordnung schließt eine schmerzhaft und planwidrige Lücke des geltenden europäischen Kollisionsrechts. Arbeiten an einem Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse fanden nämlich schon in der Zeit von 1967–1978 statt. Ihr Ziel war der Abschluss eines Staatsvertrags zwischen den EG-Mitgliedstaaten, um in der Gemeinschaft das internationale Privatrecht der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse zu vereinheitlichen<sup>3)</sup>. Ein Entwurf wurde 1972 vorgelegt<sup>4)</sup>. Dieser konnte jedoch nur zum Teil, nämlich das internationale Vertragsrecht betreffend, verwirklicht werden. Das am 19. Juni 1980 in Rom unterzeichnete Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwen-

Schuldverhältnisse (Rom II), in: *Reichelt/Rechberger*, Europäisches Kollisionsrecht (2004) 13 ff; *Leible/Engel*, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, *EuZW* 2004, 7 ff; *Loacker*, Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht. Zum Anwendungsbereich von Artikel 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht (2006); *Schwimann*, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht<sup>3</sup> (2001); *Schwind*, Internationales Privatrecht. Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis (1990); *Staudinger*, Internationale Verkehrsunfälle und die geplante „Rom II-Verordnung“, *SVR* 2005, 441 ff; *Symeonides*, Tort Conflicts and Rome II: A view from Across, in: *Mansel/Pfeiffer/Kronke et al*, Festschrift für Eric Jayme. Bd I (2004) 935 ff; *Verschraegen* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Teilband II/6: EVÜ/IPRG<sup>3</sup> (2004); *Von Hein*, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts – Zur geplanten EU-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *ZVglRWiss* 102 (2003) 528 ff; *Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts<sup>8</sup> (2005); *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtsstand, *IPRax* 2006, 372.

<sup>1)</sup> Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007, *ABl* 2007 L 199/40; im Folgenden kurz als „Rom II“ bezeichnet.

<sup>2)</sup> Vgl die Präambel von Rom II und die dortige FN 2; ferner *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 373: „Kommission contra Parlament“.

<sup>3)</sup> Die ursprünglichen Absichten reichten offenbar noch weiter, vgl *Juenger*, Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht, *RabelsZ* 46 (1982) 57, 59.

<sup>4)</sup> Siehe den von der EG-Kommission damals vorgelegten „Vorentwurf eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht“, abgedruckt in *RabelsZ* 38 (1974) 211 ff; hierzu zB *von Overbeck/Volken*, Das internationale Deliktsrecht im Vorentwurf der EWG, *RabelsZ* 38 (1974) 56; *Lando*, The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, *RabelsZ* 38 (1974) 6.

dende Recht (Europäisches Schuldvertragsübereinkommen; EVÜ) spart das IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse aus. Es ist in Österreich am 1. 12. 1998 in Kraft getreten<sup>5)</sup>.

Lange Zeit konnte man den Eindruck haben, die Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse sei damit endgültig gescheitert. Indessen hat die Vereinheitlichung (auch) dieses Bereichs des Kollisionsrechts mit der Einführung der Bestimmungen über die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen<sup>6)</sup> in den EGV neuen Schwung erhalten. Die Kommission legte am 22. 7. 2003 einen Vorschlag für eine „Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“ vor<sup>7)</sup>). Dieser Vorstoß der Kommission ist keineswegs ein Einzelschritt. Er ist vielmehr in ein planmäßiges und entschlossenes Vorgehen zur Vereinheitlichung des internationalen Prozess- und Privatrechts in Europa eingebettet<sup>8)</sup>. Was das internationale Verfahrensrecht anbelangt, so wurde das frühere EuGVÜ bereits in eine Verordnung umgegossen<sup>9)</sup>. Zahlreiche weitere Verordnungen zum IZVR folgten<sup>10)</sup>.

<sup>5)</sup> Seit 1.8.2004 ist auch das dazugehörige Auslegungsübereinkommen in Kraft; vgl dazu *Loacker*, Der Verbrauchervertrag 5 f, 50 f mwN.

<sup>6)</sup> Siehe den am 1.5.1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl 1997 C 340/1, mit dem die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen in die erste Säule überführt und damit „vergemeinschaftet“ wurde. Vgl auch die Literaturhinweise unten FN 18.

<sup>7)</sup> KOM (2003) 427 endg, abgedruckt in IPRax 2005, 174 ff; vgl zu diversen Vorentwürfen, insb auch der *Groupe Européen de Droit International Privé* (IPRax 1999, 286) *Von Hein*, Die Kodifikation 532 sowie *Benecke*, Auf dem Weg zu „Rom II“ 831.

<sup>8)</sup> Siehe insb das sog *Haager Programm* vom 5.11.2004, ABl 2005 C 53/1.

<sup>9)</sup> Verordnung Nr 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2001 L 12/1 (berichtigte Fassung: ABl 2001 L 307/28). Die Verordnung trat am 1.3.2002 in Kraft. Aufgrund eines eigenen völkerrechtlichen Abkommens (ABl 2007 L 94/70) findet die EuGVVO seit 1.7.2007 auch in und gegenüber Dänemark, das an Maßnahmen, die auf Titel IV EG beruhen, grundsätzlich nicht teilnimmt, Anwendung.

<sup>10)</sup> Beispielhaft sind etwa die Verordnung Nr 1348/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl 2000 L 160/37 [EG-Zustell-VO]; die Verordnung Nr 1347/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl 2000 L 160/19 [Brüssel II-VO] samt Nachfolgeverordnung Nr 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003, ABl 2003 L 338/1 [Brüssel IIa-VO]; die Verordnung Nr 1206/2001 des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den

Im internationalen Privatrecht steht neben Rom II auch eine Vergemeinschaftung des europäischen Schuldvertragsübereinkommens durch eine Verordnung („Rom I“) an<sup>11)</sup>. Dieses Umgießen gestaltet sich jedoch aus mehreren Gründen als schwierig: Das EVÜ ist – insbesondere was den international-privatrechtlichen Verbraucherschutz anbelangt – reformbedürftig<sup>12)</sup>. Zugleich haben Sonderkollisionsnormen im Verbraucher-Richtlinienrecht der EG zu einer gewissen Erosion<sup>13)</sup> des Art 5 EVÜ geführt. Nicht zuletzt steht die – wünschenswerte – Integration des internationalen Versicherungsrechts in die Rom I-Verordnung zur Debatte<sup>14)</sup>. Der erhebliche Reformbedarf führt insoweit zu Verzögerungen. Zugleich ist eine Verordnung zum internationalen Schuldvertragsrecht gerade angesichts des in Kraft befindlichen EVÜ nicht von allergrößter Dringlichkeit. Es versteht sich daher, dass das internationale Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 1978 noch stiefmütterlich zurückgestellt, im Zuge der Vergemeinschaftung nun die Nase vorn hat. Rom II kommt also vor Rom I.

Allerdings betrachtet der Ordnungsgeber Rom II noch nicht in jeder Hinsicht als einen endgültigen Rechtsakt. Art 30 Rom II enthält eine Überprüfungs Klausel, die nicht nur einen allgemeinen Bericht der Kommission über die Anwendung der Verordnung sowie die Anwendung ausländischen Rechts und das Verhältnis zum Haager Straßenverkehrsabkommen bis spätestens 20. August 2011 fordert<sup>15)</sup>, sondern auch einen speziellen Bericht über die von Rom II ausgenommenen Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte bis spätestens 31. Dezember 2008<sup>16)</sup>. Offenbar will der euro-

Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, ABl 2001 L 174/1 [EG-Beweis-VO]; sowie die Verordnung Nr 805/2004 des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl 2004 L 143/15 [EG-Vollstreckungstitel-VO] zu nennen.

<sup>11)</sup> Vgl den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 650 endg vom 15.12.2005; dazu aus österreichischer Sicht *Heiss*, JBl 2006, 750 ff mwN sowie *Loacker*, Der Verbrauchervertrag 183 ff.

<sup>12)</sup> Vgl *Nemeth*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa (2000) 44 f sowie zuletzt *Loacker*, Der Verbrauchervertrag 177 ff mwN und konkreten Reformvorschlägen.

<sup>13)</sup> Vgl etwa *Martiny*, Europäisches Internationales Vertragsrecht – Erosion der Römischen Konvention?, ZEuP 1997, 107 ff und *Staudinger*, Rom, Brüssel, Berlin und Amsterdam – Chiffren eines Europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge, ZfRV 2000, 93 ff.

<sup>14)</sup> Näher hierzu *Heiss*, VersR 2006, 185 ff sowie *ders*, Reform des internationalen Versicherungsrechts, ZVersWiss 2007 (im Druck); auch *Fricke*, Das Versicherungs-IPR im Entwurf der Rom-I-Verordnung – ein kurzer Überblick über die Änderungen, VersR 2006, 745.

<sup>15)</sup> Art 30 Abs 1 Rom II.

<sup>16)</sup> Art 30 Abs 2 Rom II.

päische Gesetzgeber diesen Bereich jedenfalls mittelfristig erfassen und damit die vorliegende Verordnung vervollständigen.

## II. Zur Kompetenzgrundlage und ihren Auswirkungen

Als Kompetenzgrundlage für den Erlass der Verordnung dienen, wie bereits eingangs angedeutet, die auf den Amsterdamer Vertrag<sup>17)</sup> zurückgehenden Vorschriften über die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, insb die Art 61 lit c und Art 65 EG<sup>18)</sup>.

Art 61 lit c EG ermächtigt den Rat, Maßnahmen im Bereich der Justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nach Art 65 zu treffen. Art 65 lit b EG zählt das Kollisionsrecht ausdrücklich zum Gegenstand solcher Maßnahmen. Die Maßnahmen dürfen jedoch nur soweit reichen, als sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind. Dieses Erfordernis in Art 65 EG hat eine kompetenzrechtliche Debatte dahingehend ausgelöst, ob der EG-Gesetzgeber nur Binnenmarktsachverhalte oder aber auch Drittstaatsachverhalte regeln dürfe<sup>19)</sup>. Die Antwort hängt davon ab, ob auch Regelungen von Drittstaatsachverhalten „für das reibungslose Funktionieren“ des Binnenmarktes erforderlich sind<sup>20)</sup>. Die geführte Debatte<sup>21)</sup> zeigt, dass die wohl besseren Argumente für eine Regelungskompetenz auch von Drittstaatsachverhalten sprechen<sup>22)</sup>: Zum

einen ist das kompetenzbegründende Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit für das Funktionieren des Binnenmarktes nicht einfach durch die Begrifflichkeiten des Binnenmarkt- bzw Drittstaatsachverhalts abzugrenzen. Zum anderen – und diesen Gedanken hebt die Kommission in der Begründung zu ihrem VO-Vorschlag zu Recht hervor<sup>23)</sup> – ist die Abgrenzung von Binnenmarkt- und Drittstaatsachverhalten je nach Sachzusammenhang anders zu treffen. Einheitliche Regelungen würden sich hier wohl gar nicht finden lassen. Die Verordnung verfügt daher in Art 3 ihre „universelle Anwendung“<sup>24)</sup>. Die Kollisionsnormen der Verordnung sind demnach auch dann maßgebend, wenn das durch sie für anwendbar erklärte Recht nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist.

Die Wahl der Art 61 lit c und der Art 65 EG als Kompetenzgrundlage führt indessen zu einem zweiten, wesentlich gewichtigeren Problem<sup>25)</sup>: Im Verhältnis zu Dänemark gilt die Verordnung nicht<sup>26)</sup>. Im Verhältnis zu England und Irland gilt sie nur, weil diese Länder ihre Mitwirkung im Rahmen des Gemeinschaftsaktes ausdrücklich erklärt haben<sup>27)</sup>. Darüber hinaus wird Rom II auch nicht in den EWR-Staaten gelten, die nicht EU-Mitglieder sind: Weil das EWR-Abkommen keinen Abschnitt über die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen kennt, ist Rom II für den EWR von vornherein nicht relevant.

## B. Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu internationalen Übereinkommen

### I. Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten

Art 27 Rom II, der die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts regelt, ist auffallend kurz gehalten. In einem einzigen Satz wird

The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice (2000), CMLRev 38, 53, 75 f; G. Wagner, Internationales Deliktsrecht 389 f.

<sup>23)</sup> Vgl die Begründung zum Vorschlag (FN 6) 11.

<sup>24)</sup> Rom II ist damit, wie zahlreiche andere Rechtsakte zur Vereinheitlichung des IPR auch, eine *loi uniforme*; vgl nur Art 2 EVÜ (FN 52) sowie Art 19 der geplanten Nachfolgeverordnung Rom I (FN 11). Vgl ferner jeweils Art 11 des Haager Straßenverkehrsübereinkommens (FN 38) und des Haager Produkthaftungsübereinkommens (in Österreich bisher nicht in Kraft); weiters Art 6 des Haager Testamentsabkommens (BGBl 1963/295).

Anders aber Art 6 des Haager Unterhaltsstatutabkommens (BGBl 1961/293).

Alle Haager Abkommen sind im Internet unter [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.listing](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing) abrufbar.

<sup>25)</sup> Auch dieses zweite Problem wäre freilich bei Ratifikation der EU-Verfassung entfallen.

<sup>26)</sup> Siehe Art 1 Abs 4 und Erwägungsgrund 40 Rom II; vgl ferner das Protokoll Nr 5 über die Position Dänemarks, ABl 1997 C 340/101, welches keine freiwillige Beteiligungsmöglichkeit an einzelnen Maßnahmen gemäß Titel IV EG vorsieht; vgl demgegenüber zur seit kurzem gegebenen Anwendbarkeit der EuGVVO auch gegenüber Dänemark oben FN 9.

<sup>27)</sup> Vgl Art 1 Abs 4 und Erwägungsgrund 39 Rom II; vgl ferner Art 3 des Protokolls Nr 4 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands, ABl 1997 C 340/99.

<sup>17)</sup> Siehe zuvor FN 6.

<sup>18)</sup> Dazu etwa B. Heß, Die ‚Europäisierung‘ des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag, NJW 2000, 23, 27 f; Meyring, Die Reform der Bereiche Justiz und Inneres durch den Amsterdamer Vertrag, EuR 1999, 309 ff.

<sup>19)</sup> Vgl etwa Wendehorst in Langenbucher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts (2005) § 7 Rz 11 ff; A. Weber, Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts (2004) 123 ff.

<sup>20)</sup> Diese Frage würde kein Problem (mehr) darstellen, wäre die EU-Verfassung ratifiziert worden: Das eingrenzende Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit für das Funktionieren des Binnenmarktes fehlt in der dort neuen Fassung des jetzigen Art 65 EG.

<sup>21)</sup> Siehe dazu nur Dohrn, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht (2004) 113 ff, 128 ff und 166 ff.

<sup>22)</sup> Basedow, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht (2002) 19, 39 ff; ders, The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, CMLRev 37 (2000) 687; Hau, Rahmenbedingungen einer Vergemeinschaftung des Internationalen Vertragsrechts, in: Leible (Hrsg), Grünbuch (2004) 17 mwN; Heiss, Von Erst-, Dritt- zu Fünftstaaten im europäischen Kollisionsrecht, in: Trunk/Knieper/Svetlanov (Hrsg), FS Boguslavskij (2004) 135; Leible/Staudinger, Art 65 im System der EG-Kompetenzen, EuLF 2000/2001, 225; Grolimund, Die Bedeutung des EG-Binnenmarktes für das Internationale Zivilverfahrens- und Privatrecht, in: Berti/Girsberger (Hrsg), Nur, aber immerhin – Beiträge zum nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht (2002) 93, 104 ff. AA Remien, European Private International Law.

festgestellt, dass die Verordnung andere Gemeinschaftsrechtsakte dann nicht berührt, wenn diese „für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten“. Nach dem Wortlaut der Bestimmung soll offensichtlich ein Vorrang spezieller (und zwar bereits bestehender ebenso wie künftiger) Kollisionsrechtsregelungen begründet werden, wobei gleichzeitig betont wird<sup>28)</sup>, die damit verbundene Zersplitterung der außervertraglichen Kollisionsnormen auf mehrere Rechtsakte sei weder beabsichtigt noch erwünscht.

Vergleicht man indes die beschriebene Vorrangregelung des Art 27 mit jener in Art 22 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung<sup>29)</sup>, so fällt zweierlei besonders auf: Erstens wird im Rom I-Vorschlag ein *Verzeichnis* aller von ihm unberührt bleibenden Sonderkollisionsnormen vorgesehen, das im Bereich von Rom II völlig fehlt<sup>30)</sup> und mit Blick auf die praktische Rechtsanwendung nur von Vorteil wäre. Zweitens fehlt im Verordnungstext eine explizite Regelung ihres Verhältnisses zu jenen Prinzipien, die dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts dienen sollen und uU im Widerspruch zu dem nach Rom II berufenen Recht stehen können<sup>31)</sup>. Immerhin werden diese Prinzipien nunmehr in Erwägungsgrund 35 erwähnt und exemplifiziert<sup>32)</sup>. Dort heißt es, Rom II „sollte“ die Anwendung solcher Rechtsakte nicht ausschließen. Letztlich ist dies freilich wenig erhellend, und die Diskussion um die kollisionsrechtliche Bedeutung zB der sog E-Commerce-RL<sup>33)</sup> bleibt aktuell<sup>34)</sup>.

<sup>28)</sup> Vgl Erwägungsgrund 35 Rom II.

<sup>29)</sup> Siehe zuvor FN 11.

<sup>30)</sup> Die Kommission hatte in ihrem geänderten Vorschlag vom 21.2.2006 (FN 82) begrüßenswerter Weise noch ein solches Verzeichnis zur Publikation im Amtsblatt vorgesehen (siehe den dortigen Art 25).

<sup>31)</sup> Der ursprüngliche Verordnungsvorschlag (FN 7) sah eine solche Regelung in seinem Art 23 Abs 2 noch ebenso vor wie der geänderte Kommissionsvorschlag (FN 82) in seinem Art 3 Abs 1 lit d iVm dem dortigen Erwägungsgrund 7.

<sup>32)</sup> Dadurch erfährt der Leser zumindest, um welche Vorschriften es sich handelt: Es geht dem Ordnungsgeber offenkundig vor allem um die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, wie sie etwa in der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, ABl 2000 L 178/1 [E-Commerce-RL] ausgestaltet wurden.

Zu Art 22 lit c Rom I-Vorschlag, der seinerseits die Dinge letztlich im Dunkeln lässt, siehe Heiss, JBl 2006, 766 f.

<sup>33)</sup> Vgl zuvor FN 32.

<sup>34)</sup> Vgl eingehend *Thünken*, Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip (2003); weiters *Mankowski*, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie, ZVglRWiss 100 (2001) 137, 179; *Naskret*, Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 55 und 108; *Spindler*, E-Commerce in Europa – Die E-Commerce-

## II. Verhältnis zu internationalen Übereinkommen

Von besonderer praktischer Bedeutung ist naturgemäß das Verhältnis der geplanten Verordnung zu bereits bestehenden Staatsverträgen, die bestimmte außervertragliche Schuldverhältnisse, welche grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, schon bisher kollisionsrechtlich einheitlich regeln. Nach Art 28 Abs 1 Rom II will die Verordnung die Anwendung internationaler Abkommen zwar nicht berühren, doch findet sich sogleich in Art 28 Abs 2 eine beschränkte Vorrangregelung zugunsten von Rom II. Diese greift immer dann ein, wenn die Anwendung von Rom II mit einem Übereinkommen kollidiert, das ausschließlich Mitgliedstaaten geschlossen haben. Mit dieser Vorrangregelung weicht die Verordnung erheblich vom ursprünglichen Entwurf ab<sup>35)</sup>, nach dem die Anwendung internationaler Übereinkommen völlig unberührt bleiben sollte<sup>36)</sup>. Eine solche Abweichung ist freilich in hohem Maße angezeigt, will man nicht einer Zersplitterung des Kollisionsrechts Vorschub leisten<sup>37)</sup>.

Aus österreichischer Sicht kommt bei den in Frage stehenden internationalen Abkommen dem Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht<sup>38)</sup> herausragende Bedeutung zu. Dieses wurde allerdings *auch* mit Drittstaaten geschlossen<sup>39)</sup>, sodass die Vorrangregelung des Art 28 Abs 2 Rom II nicht greift, und das Übereinkommen gemäß Art 28 Abs 1 Rom II vollumfänglich – und gegenüber Rom II vorrangig – anwendbar bleibt. Österreich muss daher dieses Übereinkommen bis 11. Juli 2008 der Kommission anzeigen<sup>40)</sup>.

Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR-Beilage 7/2000, 4, 9 f; *Dethloff*, Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, JZ 2000, 179, 180; *Hoeren*, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192, 195; *Handig*, Das Herkunftslandprinzip und seine Auswirkungen in den verschiedenen Rechtsbereichen, wbl 2003, 255 ff; *Spindler/Fallenböck*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich, ZfRV 2002, 214 ff; *Spindler*, Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie, ZHR 2001, 324, 336; *Ahrens*, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 835, 837.

<sup>35)</sup> Vgl Art 25 des Vorschlags aus dem Jahr 2003 (FN 7).

<sup>36)</sup> Hierzu zu Recht krit *Von Hein*, Die Kodifikation 561; *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 57 ff; *Leible/Engel*, Der Vorschlag 17.

<sup>37)</sup> Dazu ausführlich *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 59.

<sup>38)</sup> Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht vom 4.5.1971, BGBl 1975/387 (im Folgenden: HStVÜ). In Österreich in Kraft seit 3.6.1975. Ein teilw Abdruck des Übereinkommens findet sich etwa bei *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 8 ff und *Schwimann*, IPR<sup>3</sup>, 199 ff.

<sup>39)</sup> Zum Ratifikationsstand des Übereinkommens siehe [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=81](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=81).

<sup>40)</sup> Siehe Art 29 Rom II.

Weiters ist abgesehen vom HStVÜ insbesondere auch an die staatsvertraglichen Übereinkommen für internationale Schiffszusammenstöße<sup>41)</sup> zu denken<sup>42)</sup>. Das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Produkthaftung anwendbare Recht ist demgegenüber mangels österreichischer Ratifizierung aus nationaler Sicht weniger bedeutsam, fällt aber ebenfalls in diese Kategorie.

Wichtig ist schließlich die Anordnung von Art 28 Abs 1 Rom II, wonach die Verordnung nur solche internationale Übereinkommen in ihrer Anwendung *nicht* verdrängt, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten im Zeitpunkt der Verordnungsannahme bereits angehörten. Davon unberührt bleiben zukünftige Übereinkommen, die die EG – etwa als Mitglied der Haager Konferenz für IPR<sup>43)</sup> – im Rahmen ihrer Außenkompetenzen schließt<sup>44)</sup>. Sie sind Bestandteil des Gemeinschaftsrechts<sup>45)</sup> und können daher nach Art 27 Rom II der Verordnung vorgehen.

### C. Anwendungsbereich

#### I. Geographischer und zeitlicher Anwendungsbereich

In *geographischer* Hinsicht gilt Rom II in allen EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark<sup>46)</sup>. Die Ausgestaltung des *zeitlichen* Geltungsbereichs von Rom II ist – anders als beim gegenwärtigen Vorschlag zur geplanten Rom I-Verordnung<sup>47)</sup> – wenig problematisch: Die Verordnung wird am 11. Januar 2009 in Kraft treten<sup>48)</sup> und auf danach eintretende „schadensbegründende Ereignisse“<sup>49)</sup> Anwendung finden. Da die Verordnung jedoch explizit<sup>50)</sup> auch

für jene außervertraglichen Schuldverhältnisse Geltung beansprucht, „deren *Entstehen* [bloß] *wahrscheinlich* ist“, muss Art 31 immer in Verbindung mit Art 2 Abs 3 lit a Rom II gelesen werden. Sprachlich mag dies etwas unglücklich sein, denn Wahrscheinlichkeit muss gerade nicht zwingend in Schadensverursachung münden, aber immerhin ist die Intention des Verordnungsgebers im Zusammenspiel der Bestimmungen klar erkennbar. Praktische Relevanz könnte sich hier vor allem in Fällen ergeben, in denen die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bereits unverändert vor Inkrafttreten der Verordnung gegeben war. Hier ist eine Anwendbarkeit von Rom II uE zu verneinen, da der Zeitpunkt des „Eintritts“ der Wahrscheinlichkeit maßgeblich ist und ein solcher in derartigen Fällen schon vor dem Inkrafttreten der Verordnung – unverändert – gegeben war. Bei einer *nach* Inkrafttreten der Verordnung erhöhten Wahrscheinlichkeit (Gefahrerhöhung) ist Gegenteiliges anzunehmen.

#### II. Materieller Anwendungsbereich

##### 1. Außervertragliche Schuldverhältnisse in „Zivil- und Handelssachen“

Mit der Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs von Rom II wird (wenig überraschend) eine inhaltliche Kohärenz mit den bestehenden internationalverfahrensrechtlichen Pendanten, vorrangig der Brüssel I-Verordnung (EuGVVO)<sup>51)</sup>, aber auch auf internationalprivatrechtlicher Ebene mit dem Europäischen Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ)<sup>52)</sup> bzw dessen in Planung befindlicher Nachfolgeverordnung<sup>53)</sup> angestrebt. Somit werden nur jene außervertraglichen Schuldverhältnisse mit relevantem Auslandsbezug vom sachlichen Geltungsbereich erfasst, die dem autonom auszulegenden<sup>54)</sup>, in der EuGVVO bereits etablierten Begriff der „Zivil- und Handelssachen“ unterfallen<sup>55)</sup>.

Der ebenfalls autonom auszulegende<sup>56)</sup> Begriff des „außervertraglichen Schuldverhältnisses“ wird indessen in Rom II nicht authentisch definiert. Expressis verbis wird zu den „außervertraglichen Schuldverhältnissen“ lediglich festgehal-

<sup>41)</sup> Vgl Übereinkommen vom 23.9.1910 zur einheitlichen Feststellung bestimmter Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen (RGBl 1913/33); zu dessen Anwendungsvoraussetzungen instruktiv OGH 2 Ob 10/94 = SZ 67/51.

Vgl ferner Brüsseler Übereinkommen vom 23.9.1910 zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Hilfsleistung und Bergung in Seenot (RGBl 1913/10) sowie Genfer Übereinkommen vom 15.3.1960 zur Vereinheitlichung einzelner Regeln über den Zusammenstoß von Binnenschiffen (BGBl 1966/204).

<sup>42)</sup> Vgl dazu auch die Übersichten bei *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 2 und 26.

<sup>43)</sup> Siehe den Beschluss 719/2006 des Rates vom 5.10.2006 über den Beitritt der Gemeinschaft zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, ABl 2006 L 297/1.

<sup>44)</sup> Zu dieser, sich für das Kollisionsrecht aus Art 300 iVm Art 61 lit c EG ergebenden Kompetenz siehe bereits oben Kapitel A.II.

<sup>45)</sup> Siehe Art 300 Abs 7 EG; hierzu zB *Geiger*, EUV/EGV<sup>3</sup> (2000) Art 300 EG Rz 21 ff.

<sup>46)</sup> Zu dieser Einschränkung siehe bereits Kapitel A.II. sowie FN 26.

<sup>47)</sup> Vgl *Heiss*, JBl 2006, 753 unter Hinweis auf *Loacker*; *Der Verbrauchervertrag* 184.

<sup>48)</sup> Siehe Art 32 Rom II; davon ausgenommen ist lediglich Art 29 Rom II: Die darin festgehaltene Pflicht der Mitgliedstaaten, die weiter in Kraft befindlichen Übereinkommen iSv Art 28 Abs 1 Rom II mitzuteilen, ist bereits zum 11.7.2008 zu erfüllen.

<sup>49)</sup> Vgl Art 31 Rom II.

<sup>50)</sup> Vgl Art 2 Abs 2 Rom II.

<sup>51)</sup> Siehe oben FN 9.

<sup>52)</sup> Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl 1980 L 266/1. Zu dessen Inkrafttreten in Österreich und Deutschland zuletzt *Loacker*; *Der Verbrauchervertrag* 7 ff.

<sup>53)</sup> Siehe oben FN 11.

<sup>54)</sup> Vgl EuGH Rs 29/79, LTU/Eurocontrol, Slg 1976, 1541 = NJW 1977, 489 (*Geimer*) = RIW 1977, 40 (*Linke*) = Rev Crit 1977, 772 (*Droz*); EuGH Rs 133/78, Gourdain, Slg 1979, 733; EuGH Rs C-172/91, Sonntag/Waidmann, Slg 1993, I-1963 = IPRax 1994, 37 (*Heß* 10).

<sup>55)</sup> Zu den daraus erfließenden Beschränkungen für den (insoweit auf Rom II übertragbaren) Anwendungsbereich der EuGVVO vgl etwa *Geimer*; Öffentlich-rechtliche Streitgegenstände, IPRax 2003, 512 ff sowie *Freitag*, Anwendung von EuGVÜ, EuGVO und LugÜ auf öffentlich-rechtliche Forderungen?, IPRax 2004, 305 ff.

<sup>56)</sup> Vgl Erwägungsgrund 11 Rom II.

ten, dass darunter auch solche zu verstehen sind, deren Eintritt nur wahrscheinlich ist<sup>57)</sup>. Darüber hinaus findet sich in dem mit „Außervertragliche Schuldverhältnisse“ überschriebenen Art 2 vor allem eine Klarstellung zum *Schadensbegriff*, der im Sinne der Verordnung alle Folgen einer unerlaubten Handlung, einer ungerechtfertigten Bereicherung, einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen umfassen soll. Zumindest tritt damit der Wille des Verordnungsgebers zutage, die außervertraglichen Schuldverhältnisse kollisionsrechtlich in die eben genannten vier Kategorien aufzuteilen. Bestehende Abgrenzungsprobleme, wie etwa die Qualifikation immissionsrechtlicher Ansprüche<sup>58)</sup>, bleiben aber erhalten.

## 2. Allgemeine Ausnahmen

Wie bereits Art 1 EuGVVO kennt auch Rom II eine demonstrative Erwähnung der begriffsnotwendigen Nicht-Anwendbarkeit der Verordnung im Bereich der Steuer- und Zollsachen sowie der verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten. Ähnlich nimmt Art 1 Abs 3 Rom II auch beweis- und verfahrensrechtliche Fragen vom Anwendungsbereich aus. Hiervon macht Rom II jedoch sogleich wieder zwei Gegenausnahmen und regelt jedenfalls die Frage der *Form*<sup>59)</sup> und des *Beweises von Rechtshandlungen*<sup>60)</sup> sowie der *Beweislastregeln*<sup>61)</sup>.

Neu ist die explizite Erwähnung der Ansprüche aus sog *acta iure imperii*<sup>62)</sup>, die vom Geltungsbereich nicht erfasst werden<sup>63)</sup>. Die Ausnahme umfasst sowohl die Haftung des Staates als auch seiner „amtlich ernannten öffentlichen Bediensteten“<sup>64)</sup>. Damit ändert sich durch Rom II nichts am bereits bisher unumstrittenen Prinzip, wonach sich die *Amtshaftung* aufgrund des ihr immanenten Eingriffscharakters ausschließlich nach dem Recht des Staates richtet, dessen Organ den Schaden verursacht haben soll; eine Rechtswahl kommt nicht in Betracht<sup>65)</sup>.

Innerhalb der außervertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen werden so-

dann bestimmte Bereiche von der Geltung ausgenommen: Zu nennen sind zunächst vor allem jene, die sich aus einem *Ehe- oder Familienverhältnis* bzw einer diesen Verhältnissen vergleichbaren Beziehung ergeben<sup>66)</sup>. Demnach soll etwa ein Schadenersatzanspruch aus Verletzung gesetzlicher Unterhaltspflichten, bspw durch verspätete Leistung des Unterhalts nicht der Verordnung unterliegen<sup>67)</sup>. Desgleichen bleiben außervertragliche Schuldverhältnisse, die im Bereich des *Erbrechts* anzusiedeln sind<sup>68)</sup>, unregelt. Ebenfalls nicht erfasst – weil bereits staatsvertraglich geregelt – sollen außervertragliche Schuldverhältnisse sein, die auf der *Übertragbarkeit von Wertpapieren* beruhen<sup>69)</sup> oder durch den *Einsatz von Kernenergie*<sup>70)</sup> bedingt sind. Auch außervertragliche Schuldverhältnisse mit *gesellschafts- oder trustrechtlichem*<sup>71)</sup> Hintergrund begründen keine Anwendbarkeit der Verordnung.

## 3. Insbesondere: Verletzung von Privatsphäre oder Persönlichkeitsrechten

Während die vorgenannten Ausnahmen durchwegs den bisherigen „kollisionsrechtlichen Usancen“<sup>72)</sup> entsprechen, nimmt Art 1 Abs 2 lit g Rom II einen Regelungsbereich von der Geltung aus, der politisch höchst umstritten ist und dessen Erfassung von kollisionsrechtsvereinheitlichender Warte aus durchaus wünschenswert gewesen wäre: Die Rede ist von den außervertraglichen Ansprü-

<sup>66)</sup> Vgl Art 1 Abs 2 lit a und b Rom II, womit auch das Ehegüterrecht umfasst ist.

<sup>67)</sup> Siehe die Ausführungen der Kommission in ihrem Vorschlag (FN 7) S 9 Pkt a.

<sup>68)</sup> Vgl Art 1 Abs 2 lit b Rom II aE.

<sup>69)</sup> Vgl Art 1 Abs 2 lit c Rom II, wo exemplarisch Wechsel, Schecks und Eigenwechsel genannt werden; für den Bereich der *handelbaren Wertpapiere* vgl etwa das Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Wechselprivatrechts vom 7. Juni 1930 sowie das Genfer Übereinkommen über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Scheckprivatrechts vom 19. März 1931 – zu alledem *Nemeth in Czernich/Heiss* Art 1 Rz 24 ff.

<sup>70)</sup> Vgl Art 1 Abs 2 lit f Rom II; für den Bereich der *Atomhaftung* siehe das Pariser Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie samt Zusatzprotokoll vom 28. Januar 1964 sowie das Zusatzübereinkommen vom 31. März 1963 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie; vgl auch *Kissich*, Der Ersatz von Nuklearschäden nach der „Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage“ und dem österreichischen AtomHG 1999, ÖJZ 1999, 661, 663 sowie *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 50 ff sowie unten Kapitel C.II.4.

<sup>71)</sup> Vgl Art 1 Abs 2 lit d und e Rom II. Demnach unterliegt zB die persönliche Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft – soweit sie gesetzlich normiert ist – nicht dem Anwendungsbereich der Verordnung. Auch die persönliche Haftung der Pflicht-Rechnungsprüfer gegenüber der Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern bleibt ausgenommen.

<sup>72)</sup> Vgl etwa die weitgehend spiegelbildlichen Anwendungsausschlüsse in Art 1 Abs 2 EVÜ (FN 52) sowie in Art 1 Abs 2 der geplanten Rom I-Verordnung (FN 11).

<sup>57)</sup> Dazu bereits oben Kapitel C. I.; desgleichen soll sich der Schadensbegriff auch auf bloß wahrscheinliche Schäden erstrecken.

<sup>58)</sup> Zur Frage der Anknüpfung immissionsrechtlicher Ansprüche nach geltendem Recht *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 58 und 59.

<sup>59)</sup> Siehe Art 21 Rom II, der jede „einseitige Rechtshandlung, die ein außervertragliches Schuldverhältnis betrifft“, erfasst.

<sup>60)</sup> Siehe Art 22 Abs 2 Rom II.

<sup>61)</sup> Siehe Art 22 Abs 1 Rom II.

<sup>62)</sup> Zum Begriff der *hoheitlichen* Handlungen (für den Bereich der EuGVVO) etwa *Geimer* (FN 55) 514.

<sup>63)</sup> Art 1 Abs 1 Rom II.

<sup>64)</sup> Vgl Erwägungsgrund 9 Rom II.

<sup>65)</sup> Vgl für Österreich: *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 43 ff mwN sowie *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 79. Für Deutschland: *Von Bar*, Internationales Privatrecht II (1991) § 6 Rz 685, nach dem das internationale Amtshaftungsrecht „kollisionsrechtlich auf sicherem Grund“ stehe.

chen aus *Verletzung von Privatsphäre* oder *Persönlichkeitsrechten*, einschließlich der *Verleumdung*.

Ihr letztendlicher Ausschluss war Ergebnis einer mehrphasigen Entwicklung, in deren Brennpunkt insb die unter dem Schlagwort „Mediendelikte“ zusammengefassten Fälle standen. Im ursprünglichen Verordnungsentwurf der Kommission vom Juli 2003<sup>73)</sup> war vorgesehen, dass auf eine Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte grundsätzlich das Recht am *Ort des Schadenseintritts* anwendbar sein soll<sup>74)</sup>. Zugunsten der jeweiligen *lex fori* sollte diese Anknüpfung allerdings dann durchbrochen werden, wenn das Recht am Ort des Schadenseintritts mit den wesentlichen Grundsätzen des Rechts am Gerichtsstand im Bereich der Pressefreiheit<sup>75)</sup> unvereinbar ist<sup>76)</sup>. Auf diese Weise sollten Konflikte zwischen dem anzuwendenden fremden Recht und inländischen, vor allem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Freiheiten vermieden werden<sup>77)</sup>. Ergänzt wurde dieser Lösungsvorschlag durch eine Sonderanknüpfung für das auf Fragen der *Gegendarstellung* anwendbare Recht, welches sich nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort von Sendeunternehmen bzw Zeitungsverlagen bestimmen sollte<sup>78)</sup>. Obwohl dieses Modell bereits einen Kompromiss darstellte – in ihrem Vorentwurf für einen Vorschlag vom Mai 2002<sup>79)</sup> hatte die Kommission

noch den *gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten* als Grundsatzanknüpfungsmerkmal favorisiert<sup>80)</sup> – sah sich auch diese Lösung starker Kritik<sup>81)</sup> und erheblich abweichenden Gegenvorschlägen des Europäischen Parlaments<sup>82)</sup> ausgesetzt. Aus diesem Grund schlug die Kommission in ihrem geänderten Vorschlag vom 21. Februar 2006<sup>83)</sup> – politisch klug – vor, die besonders umstrittenen *Multi-State-Pressedelikte* vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen und zumindest alle anderen Eingriffe in Privatsphäre und Persönlichkeitsrechte ihrem (allgemeinem) Anknüpfungsregime zu unterstellen<sup>84)</sup>. Dennoch vermochte sich auch diese „*second best solution*“, die immerhin zu einer *teilweisen* Kollisionsrechts-harmonisierung geführt hätte, nicht durchzusetzen. Vielmehr entschloss sich der Rat in seinem Gemeinsamen Standpunkt, in Anbetracht der erheblichen Schwierigkeiten „die Sonderbestimmung über die Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte *einstweilen zu streichen*“<sup>85)</sup> und die diesbezüglichen Fragen vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen<sup>86)</sup>. Immerhin wird aber eine Füllung der durch die Ausnahme entstehenden kollisionsrechtlichen Lücke für die Zukunft in Aussicht gestellt: Die Kommission muss nämlich bis spätestens 31. Dezember 2008 dem Parlament wie auch dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss eine Untersuchung zu diesem Thema vorlegen<sup>87)</sup>.

In Hinblick auf derlei Vertröstung ändert sich an der (nach dem Inkrafttreten von Rom II in jetziger

<sup>73)</sup> Siehe FN 7.

<sup>74)</sup> Vgl Vorschlag (FN 7) S 20. Die Anknüpfung an das Recht am Ort des Schadenseintritts (Art 3) sollte jedoch wiederum unter dem Vorbehalt erfolgen, dass keine wirksame Rechtswahl (Art 10) vorliegt, sich nicht beide Parteien gewöhnlich im selben Staat aufhalten (Art 3 Abs 2) und die Streitigkeit insgesamt keine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist, was insb durch ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien begründet sein kann (Art 3 Abs 3).

<sup>75)</sup> Aus österr Sicht wäre konkret etwa an die Bestimmungen des Art 13 StGG 1867 samt Z 2 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30.10.1918 sowie an den (einen weiten Schutzbereich gewährenden und bei Drittstaatensachverhalten uU besonders bedeutsamen) Art 10 MRK zu denken. Auch das durch § 31 MedienG normierte sog „Redaktionsgeheimnis“ wäre entsprechend zu berücksichtigen.

<sup>76)</sup> Vgl Art 6 Abs 1 des Kommissionsvorschlags aus 2003 (FN 7).

<sup>77)</sup> Freilich ist zu fragen, ob man derartige Konflikte nicht ohnehin weitgehend auf Ebene des *ordre public-Vorbehaltes* lösen könnte und es insofern einer solchen Durchbrechungsregelung gar nicht bedürfte – vgl in diesem Sinne auch die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 2.6.2004, ABl 2004 C 241/4.

<sup>78)</sup> Vgl Art 6 Abs 2 des Kommissionsvorschlags aus 2003 (FN 7). Siehe ferner bereits Art 23 der sog *EG-Fernseh-RL* (89/552/EWG, ABl 1989 L 298/23), der Personen, die durch falsche Tatsachenbehauptungen in ihren Rechten beeinträchtigt wurden, unabhängig von ihrer Nationalität ein Recht auf Gegendarstellung oder vergleichbaren Maßnahmen gewährt.

<sup>79)</sup> Siehe Art 7 des Vorentwurfs eines Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom Mai 2002; abgedruckt bei *Kadner Graziano*, Europäisches Internationales Deliktsrecht 156 ff.

<sup>80)</sup> Siehe zuvor FN 79 und den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) S 20.

<sup>81)</sup> Vgl etwa *Schmittmann*, Rom II-Verordnung: Neues Internationales Privatrecht innerhalb der Europäischen Union für mediale Distanzdelikte?, AfP 2003, 121, 124.

<sup>82)</sup> Vgl etwa den Bericht des Rechtsausschusses (Berichterstatlerin: *Diana Wallis*) vom 27.6.2005, A6-0211/2005 endg, 23, Änderungsantrag Nr 30 sowie den Standpunkt des Europäischen Parlaments, Erste Lesung vom 6.6.2005, ABl 2005 C 157/371, 376.

In Art 5 des letztgenannten Standpunktes wurde vorgeschlagen, bei Privatsphäreverletzungen durch Druck-erzeugnisse oder „Sendungen“ – gewissermaßen als Ausnahmebestimmung – grundsätzlich das Recht jenes Staates für maßgeblich zu erachten, auf den der Inhalt *ausgerichtet* sei. Dies wurde von der Kommission abgelehnt – siehe S 7 des geänderten Vorschlags vom 21.2.2006; KOM (2006) 83 endg.

<sup>83)</sup> Oben FN 82.

<sup>84)</sup> Vgl S 7 des geänderten Vorschlags (oben FN 82): Die Kommission hält es „in dieser kontroversen Frage für die beste Lösung, Pressedelikte und ähnliche Handlungen vom Anwendungsbereich des geänderten Vorschlags auszunehmen und Artikel 6 des ursprünglichen Vorschlags zu streichen. Die übrigen Eingriffe in die Privatsphäre würden somit durch Artikel 5 des geänderten Vorschlags erfasst.“

<sup>85)</sup> Vgl Z 4 des Entwurfs der Begründung des Rates vom 11.9.2006, 9751/06, 2003/0168 (COD).

<sup>86)</sup> Vgl Art 1 Abs 2 lit g der Verordnung idF des Gemeinsamen Standpunktes (FN 203); wortgleich der jetzige Art 1 Abs 2 lit g Rom II.

<sup>87)</sup> Vgl Art 30 Abs 2 Rom II.



Fassung) vorzunehmenden, kollisionsrechtlichen Beurteilung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen insofern nichts, als weiterhin zu prüfen bleibt, ob diese unmittelbar<sup>88)</sup> oder analog<sup>89)</sup> nach § 13 Abs 2 IPRG zu beurteilen oder aber unter den Generaltatbestand des § 48 Abs 1 IPRG zu subsumieren sind<sup>90)</sup>.

Die Ungewissheit der Schaffung einer europäischen Regelung kann *de lege ferenda* zur Überlegung führen, ob das Inkrafttreten der neuen Verordnung zum Anlass genommen werden sollte, eine einheitliche autonome Sonderanknüpfung für den Schutz von Persönlichkeitsrechten im IPRG zu schaffen<sup>91)</sup>. Bei Schaffung einer solchen Kollisionsnorm wäre freilich auch die derzeitige Sonder- und

<sup>88)</sup> Das *Namensrecht* ist das einzige Persönlichkeitsrecht, das im österr IPRG eigens geregelt ist. Sein Schutz soll nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in dem die *Verletzungshandlung* gesetzt wurde. Dabei kann – gerade bei den erwähnten „Mediendelikten“ – sehr fraglich sein, ob dies am Veröffentlichungsort oder (auch) an dem Ort der Fall ist, an dem sich die Verletzung für den Verletzten (hauptsächlich) auswirkt. Die Rechtsprechung hat dies mit Rücksicht auf die Eigenart der Persönlichkeitsrechte dahingehend gelöst, als der Begehungsort iSd § 13 Abs 2 IPRG dort liege, wo der Verletzte seinen „Hauptwirkungsbereich“ habe (so die grundlegende E des OGH 8 Ob 235/74 = SZ 48/28). Dieser korrespondiere jedenfalls mit dem Wohnsitz des Verletzten.

Obwohl diese judikative Wertung noch aus der Zeit vor Inkrafttreten des IPRG stammt (und sie daher wie *Reischauer* in *Rummel* II/2b<sup>3</sup> [2004] § 1330 ABGB Rz 31 meint, „überholt“ sei), wird sie im Ergebnis zumindest von einem Teil der Lehre nach wie vor als maßgeblich erachtet (vgl etwa *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 13 Rz 5), und auch die darauf folgende Rechtsprechung hat sich ihr angeschlossen (vgl OGH 4 Ob 89/92 [FN 89]).

Zuletzt allerdings *Reischauer* folgend: OGH 6 Ob 283/01p = SZ 2002/107 = JBl 2003, 114 = MR 2002, 288 = eolex 2003, 18 = RdW 2003, 14. Im Übrigen alle Abwehransprüche gegen Eingriffe in Persönlichkeitsrechte ausschließlich an den Handlungsort anknüpfend nun OGH 8 Ob 108/05y = SZ 2005/185 = ZfRV 2006/9.

<sup>89)</sup> Vgl für den Schutz von Personenbildnissen OGH 4 Ob 89/92 = EvBl 1993/58; für den Schutz von Familienwappen OGH 6 Ob 649/93.

<sup>90)</sup> In den E 6 Ob 283/01p und 8 Ob 108/05y (vgl FN 88) ließ der OGH zuletzt jeweils offen, ob die dort geltend gemachten Persönlichkeitsrechte § 13 Abs 2 IPRG analog oder § 48 Abs 1 IPRG zu unterstellen sind, weil in beiden Fällen maßgeblicher Anknüpfungspunkt jener Ort sei, an dem das beanstandete Verhalten gesetzt wurde. Schlechthin verallgemeinern lässt sich ein solches „Offen-lassen-können“ einer Anknüpfung nach § 13 Abs 2 oder § 48 Abs 1 IPRG jedoch nicht, wenn man bedenkt, dass § 48 Abs 1 S 2 IPRG eine Ausweichklausel enthält, die § 13 Abs 2 IPRG nicht kennt und die gerade im Bereich der „Mediendelikte“ durchaus zur Anwendung des Rechts des Erfolgsortes führen kann (siehe nur *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 76 f).

<sup>91)</sup> Dazu jüngst etwa *Thiede*, Die Anknüpfung grenzüberschreitender Persönlichkeitsverletzungen – Das Konzept der Mosaikmethode im nationalen und supranationalen Kollisionsrecht, HAVE 2005, 189, 191, der allerdings im Ergebnis (201) eine Sonderanknüpfung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen für verfehlt hält und der generellen Unterwerfung unter das Deliktstatut das Wort redet.

damit Andersbehandlung des Namensschutzes gegenüber anderen Persönlichkeitsrechten entsprechend zu hinterfragen<sup>92)</sup>. Die kurze Frist zur Vorlage der Untersuchung durch die Kommission kann indes auch als Indiz in die entgegengesetzte Richtung, nämlich in jener „rascher Nachbesserung“, verstanden werden, was eine autonome Neuregelung naturgemäß weniger attraktiv machen würde.

Eines aber ist klar: Wie immer die nationalen Gesetzgeber von ihrer auf den Anwendungsauschluss der Verordnung zurückzuführenden Regelungskompetenz Gebrauch machen werden – die autonome Teilregelung des internationalen Deliktsrechts kann zu einer *dépeçage* führen, die bei großteils einheitlichen Lebenssachverhalten idR wenig wünschenswert ist: Man denke nur ganz plakativ an die in der Öffentlichkeit erhaltene Ohrfeige, die künftig Ansprüche begründen kann, die einerseits nach der Rom II-Verordnung (Körperverletzung) und andererseits nach IPRG (Verletzung der Ehre) zu beurteilen sind.

#### 4. Insbesondere: Atomhaftung

Rom II nimmt die Atomhaftung von seinem Anwendungsbereich aus<sup>93)</sup>, weil für diesen Bereich in Gestalt des Pariser Übereinkommens vom 29. Juli 1960 über die Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie<sup>94)</sup> in Europa bereits materielles Einheitsrecht vorliegt<sup>95)</sup>. Auf Österreich (und übrigens auch auf Irland und Luxemburg) trifft diese Erwägung jedoch nicht zu, weil es diesem Übereinkommen nicht beigetreten ist.

Das Pariser Übereinkommen enthält insb Haftungsbeschränkungen, die den Kernkraftwerksbetreibern zugute kommen. Zumal sich Österreich aber der Gewinnung von Atomstrom nach § 2 des

<sup>92)</sup> Krit etwa *Löffler*, Mediendelikte im IPR und IZPR (2000) 56 ff und *Kerpen*, Das Internationale Privatrecht der Persönlichkeitsverletzungen (2003) 313 ff mit jeweils weiteren Nachweisen.

<sup>93)</sup> Art 1 Abs 2 lit f Rom II.

<sup>94)</sup> Pariser Übereinkommen samt Zusatzprotokoll vom 28.1.1964 sowie das Zusatzübereinkommen vom 31.3.1963 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie; dazu jeweils *Kissich* (FN 70) 661 ff und 718 ff sowie eingehend *dies*, Internationales Atomhaftungsrecht: Anwendungsbereich und Haftungsprinzipien (2004) 124 ff und 176 ff.

<sup>95)</sup> Die EG kann trotz ihrer Außenkompetenz nach Art 300 iVm Art 61 lit c EG (dazu bereits oben Kapitel A.II.) dem Pariser Übereinkommen nicht beitreten, weil dieses regionalen Organisationen nicht zur Zeichnung offen steht. Die Änderungsprotokolle werden daher nach wie vor von den Mitgliedstaaten gezeichnet und ratifiziert, allerdings im Interesse und im Namen der EG und zwar durch eine spezielle Ermächtigung; vgl die Entscheidung 2004/294/EG des Rates vom 8.3.2004 zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, die Vertragsparteien des Pariser Übereinkommens vom 29.7.1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie sind, das Änderungsprotokoll zu diesem Übereinkommen im Interesse der Gemeinschaft zu ratifizieren oder diesem beizutreten, ABl 2004 L 97/53, insbesondere den dortigen Erwägungsgrund 7; siehe ferner die vorangegangene Ermächtigung ABl 2003 L 338/30.

BVG über ein atomfreies Österreich<sup>96</sup>) überhaupt enthält, besteht auch kein Grund, ausländische Betreiber haftungsrechtlich zu begünstigen. Österreich regelt daher die Atomhaftung autonom im AtomHG<sup>97</sup>). Dieses kennt mit § 23 AtomHG auch eine eigene, ebenfalls autonome Kollisionsnorm. Sie bestimmt allerdings das auf Atomhaftungsfälle anwendbare Recht nicht abschließend, sondern modifiziert nur die Regelanknüpfung nach § 48 Abs 1 IPRG<sup>98</sup>). § 23 AtomHG setzt also eine deliktische Grundkollisionsnorm voraus. Fraglich ist somit, ob § 48 Abs 1 IPRG zur Erfüllung dieser „Restfunktion“ trotz seiner weitgehenden Bedeutungslosigkeit nach Inkrafttreten von Rom II erhalten bleiben soll. Für den Bereich der Verletzung von Privatsphäre oder Persönlichkeitsrechten wurde ja soeben eine Sonderregelung in Erwägung gezogen. Und für die Atomhaftung könnte Ähnliches gelten. Es überzeugt nicht, einen § 48 IPRG beizubehalten, der nur noch in Fällen der Atomhaftung von Relevanz ist und dort auch noch durch § 23 AtomHG stark modifiziert wird. Zu empfehlen wäre demnach jedenfalls die (Neu-)Regelung der Atomhaftung im IPRG.

Dabei erhält auch die schon andernorts<sup>99</sup>) ange deutete Beobachtung Gewicht, wonach § 23 AtomHG aus europarechtlichen Gründen ohnehin korrekturbedürftig ist. Er differenziert nämlich für die Höhe der Entschädigung nach dem Personalstatut der Opfer. Zumal sich das Personalstatut gem § 9 Abs 1 S 1 IPRG primär nach der Staatsangehörigkeit richtet, unterscheidet das AtomHG die Opfer nach diesem Kriterium. Österreicher werden dabei im Ergebnis bevorzugt, sodass die Regelung gegen das Diskriminierungsverbot<sup>100</sup>) verstößt<sup>101</sup>). Auch sollte die bisherige kollisionsrechtliche Regelung um eine Vorschrift zum auf die Direktklage des Geschädigten<sup>102</sup>) anwendbaren Recht ergänzt werden, die im geltenden internationalen Atomhaftungsrecht noch fehlt.

Soweit neben dem internationalen Atomhaftungsrecht auch hinsichtlich der Haftung für Privatsphäre- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen<sup>103</sup>) eine einheitliche Sonderanknüpfung innerhalb des IPRG neu geschaffen werden würde, könnte § 48 Abs 1 IPRG mangels verbleibenden Anwendungsbereichs gänzlich beseitigt werden.

## D. Rechtswahl

### I. Freie Rechtswahl

Die Rechtswahl spielt bei außervertraglichen Schuldverhältnissen naturgemäß eine weit gerin-

gere Rolle als bei vertraglichen. Wenn sie aber wirksam getroffen wird, geht das gewählte Recht dem nach objektiver Anknüpfung zur Anwendung berufenen vor. Daher wird die Rechtswahl nach Art 14 Rom II hier zuerst behandelt.

Art 14 Rom II gilt grundsätzlich für *alle* außervertraglichen Schuldverhältnisse. Er kennt ein Prinzip der freien Rechtswahl in bestimmten Situationen. Den Regelfall bildet die nachträgliche Rechtswahl<sup>104</sup>). Vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses wird die Rechtswahl demgegenüber nur eingeräumt, wenn alle beteiligten Parteien eine kommerzielle Tätigkeit ausüben<sup>105</sup>). Freilich gibt es jedenfalls *de facto* eine „indirekte“ vorausgehende Rechtswahlmöglichkeit: Eine Rechtswahl in einem schuldrechtlichen Vertrag strahlt nämlich im Wege der vertragsakzessorischen Anknüpfung auf außervertragliche Ansprüche<sup>106</sup>) aus, sodass auch diese dem vorab gewählten Vertragsstatut unterliegen<sup>107</sup>).

### II. Vergleich zu § 35 Abs 1 IPRG

Insgesamt geriert sich Art 14 Rom II damit restriktiver als der geltende § 35 Abs 1 IPRG und schränkt die Reichweite der Parteiautonomie im österr Recht ein. Eine Besonderheit fällt aber auf: Der OGH<sup>108</sup>) geht auch für das HStVÜ von einem Vorrang der (vorausgehenden oder nachträglichen) Rechtswahl aus<sup>109</sup>). Man fragt sich, ob wegen des Vorrangs des HStVÜ gegenüber Rom II<sup>110</sup>) die vorausgehende Rechtswahl bei Straßenverkehrsunfällen offen bleibt. Die Antwort darauf muss negativ ausfallen. Das HStVÜ räumt nämlich selbst keine Parteiautonomie ein, sondern weicht als dispositives Recht nur einer nach § 35 Abs 1 IPRG getroffenen Vereinbarung<sup>111</sup>). Eine Berufung auf § 35 Abs 1 IPRG ist aber nach dem Inkrafttreten von Rom II nicht mehr möglich, weil diesem – auch im Anwendungsbereich des HStVÜ – kein Anwendungsvorrang mehr zukommt. Geht man also mit dem OGH davon aus, dass das HStVÜ eine Rechtswahl nicht behindert, so kann sich mangels Regelung im HStVÜ die Rechtswahl künftig nur nach Art 14 Rom II richten.

<sup>104</sup>) Siehe Art 14 Abs 1 lit a Rom II; zum Hintergrund dieser Regelung *Von Hein*, Die Kodifikation 547 f.

<sup>105</sup>) Siehe Art 14 Abs 1 lit b Rom II.

<sup>106</sup>) Siehe Art 4 Abs 3, 5 Abs 2, 10 Abs 1, 11 Abs 1, 12 Abs 1 Rom II.

<sup>107</sup>) Zu Problemen, insb mit Blick auf Art 5, 6 EVÜ siehe *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 387.

<sup>108</sup>) OGH 2 Ob 11/94 = SZ 68/17 mwN; zuletzt ebenso OGH 2 Ob 10/03i.

<sup>109</sup>) Ebenso *Schwind*, Internationales Privatrecht Rz 488; eingehend *Hoyer*, Haager Straßenverkehrsübereinkommen und Rechtswahl der Parteien, ZfRV 1991, 341 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 19/43. AA *Schwimmann*, Probleme des Haager Straßenverkehrsabkommens, ZVR 1978, 161, 162 f.

<sup>110</sup>) Siehe oben Kapitel B.II.

<sup>111</sup>) So ganz offenbar die Argumentationslinie des OGH (FN 108).

<sup>96</sup>) IdF BGBl I 1999/149.

<sup>97</sup>) Bundesgesetz über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch Radioaktivität (Atomhaftungsgesetz 1999) idF BGBl I 2003/33.

<sup>98</sup>) Siehe *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 61.

<sup>99</sup>) Siehe *Heiss*, JBl 2006, 750, 753.

<sup>100</sup>) Siehe nur das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 12 Abs 1 EG.

<sup>101</sup>) Vgl *Heiss*, JBl 2006, 750, 753.

<sup>102</sup>) Hierzu unten Kapitel E.II.2.

<sup>103</sup>) Dazu bereits oben Kapitel C.II.3.

### III. Die Rechtswahlvereinbarung

Art 14 Rom II fordert für eine Rechtswahl eine Vereinbarung. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen<sup>112)</sup>. Insofern regelt Art 14 Rom II die Rechtswahl analog Art 3 Abs 1 S 2 EVÜ. Auf Lehre und Rechtsprechung hierzu kann somit im Grundsatz verwiesen werden<sup>113)</sup>. Zwei Anmerkungen zur schlüssigen Rechtswahl aber sind angezeigt: Eine zwischen den Parteien nach Art 23 EuGVVO vereinbarte Gerichtsstandsklausel kann eine stillschweigende Rechtswahl nur dann implizieren, wenn sie entweder nach dem schadensbegründenden Ereignis oder ausschließlich zwischen kommerziellen Parteien geschlossen wurde. Größte Zurückhaltung ist darüber hinaus gegenüber der in Deutschland bisweilen vertretenen Ansicht zu üben, wonach bereits ein prozesuales Verhandeln auf Grundlage des materiellen Rechts der *lex fori* eine nachträgliche schlüssige Rechtswahl zugunsten der *lex fori* bedeute<sup>114)</sup>.

Strengerer Anforderungen unterliegt das wirksame Zustandekommen der vorausgehenden Rechtswahl zwischen kommerziell tätigen Parteien. Ihre Vereinbarung muss „frei ausgehandelt“ sein, was den bloßen Einbezug einer Rechtswahlklausel in AGB ausschließt. Das Kriterium des freien Aushandelns wird bei der nachträglichen Rechtswahl nicht erwähnt, sodass dort eine Rechtswahl wohl auch durch Einbeziehung von AGB erfolgen kann, was im Rahmen von Vergleichs- oder Abfindungserklärungen durchaus bedeutsam ist. Jedenfalls aber müssen solche Rechtswahlklauseln einer AGB-Kontrolle unterliegen<sup>115)</sup>.

Weitergehende Vorschriften für das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung kennt Rom II nicht. Insb fehlt es an einer Bestimmung des Rechtswahlstatuts analog Art 3 Abs 4 EVÜ. Im Sinne der von Rom II vorrangig angestrebten Rechtseinheit kann aber auch hier nur gelten, dass das gewählte Recht über die Wirksamkeit einer Rechtswahl entscheidet<sup>116)</sup>, soweit nicht Rom II selbst die Frage regelt. Dasselbe gilt für eine Teilrechtswahl: Obwohl in Rom II unregelt, ist sie vom Prinzip der freien Rechtswahl umfasst und damit zulässig<sup>117)</sup>.

Eine Rechtswahl wirkt nur *inter partes*, sie lässt die Rechte Dritter unberührt<sup>118)</sup>. Eine Dritte be-

günstigende Rechtswahl sollte davon aber nicht ausgeschlossen werden<sup>119)</sup>.

### IV. Rechtswahlbeschränkungen

Bei reinen Inlandssachverhalten bleibt die Rechtswahl zwar zulässig, sie kann die zwingenden Vorschriften des Staates, zu dem allein relevante Verbindungen bestehen, jedoch nicht verdrängen<sup>120)</sup>. Im Falle einer Rechtswahl kommt es damit zu einem *law mix* aus gewähltem Recht und den zwingenden Vorschriften des Staates, zu dem ausschließlich relevante Verbindungen bestehen.

Diese schon im EVÜ bekannte Vorschrift<sup>121)</sup> wird durch Art 14 Abs 3 Rom II nunmehr um eine Regelung von *inneregemeinschaftlichen Sachverhalten* ergänzt. Demnach darf eine Rechtswahl zwingenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts – und zwar auch des national umgesetzten Richtlinienrechts – nicht derogieren. Eine Wahl bspw ukrainischen Rechts würde daher bei ausschließlichem Sachverhaltsbezug zu Mitgliedstaaten die Anwendung der Umsetzungsbestimmungen zur Produkthaftpflicht-RL<sup>122)</sup> nicht ausschließen, weil die Richtlinie gemäß ihrem Art 12 zwingendes europäisches Recht darstellt. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Art 14 Abs 3 Rom II den Begriff der „Mitgliedstaaten“ verwendet, der in Art 1 Abs 4 Rom II unter Ausschluss von Dänemark (und begriffsnotwendig auch der EWR-Staaten) definiert wird. Wenn somit ein Sachverhalt auch relevante Verbindungen zu diesen Staaten aufweist, dann lässt der Wortlaut des Art 14 Abs 3 Rom II die Wahl eines Drittstaatenrechts selbst dann zu, wenn dadurch zwingendem Gemeinschaftsrecht (der EG bzw des EWR) derogiert wird. Dieses sinnwidrige Ergebnis kann korrigiert werden, indem man den Begriff des Mitgliedstaats in Art 14 Abs 3 Rom II nicht an der Definition in Art 1 Abs 4 Rom II, sondern an der Teleologie des Art 14 Abs 3 Rom II ausrichtet, wofür in der Tat manches spricht, oder aber, indem man über Art 16 Rom II (Eingriffsnormen) bzw über die Grundsätze der Ingmar-Rechtsprechung<sup>123)</sup> eine Sonderanknüpfung von Gemeinschaftsrecht vornimmt.

<sup>119)</sup> Vgl Heiss in Czernich/Heiss Art 3 Rz 42.

<sup>120)</sup> Siehe Art 14 Abs 2 Rom II.

<sup>121)</sup> Vgl Art 3 Abs 3 EVÜ.

<sup>122)</sup> Richtlinie 85/374 des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl 1985 L 210/29 samt Änderungsrichtlinie 1999/34 vom 10.5.1999, ABl 1999 L 141/21.

<sup>123)</sup> EuGH Rs C-381/98, Ingmar GB Ltd./Eaton Leonard Technologies Inc., Slg 2000, I-9305. Dazu etwa Jayme, Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich, IPRax 2001, 190 f; Reich, EuGH: Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipal, EuZW 2001, 51 f; Michaels/Kamann, Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts – „Amerikanisierung“ des Gemeinschafts-IPR?, EWS 2001, 301 ff; Schwarz, Das internationale Handelsvertreterrecht im Lichte von „Ingmar“ – Droht das Ende der Par-

<sup>112)</sup> Art 14 Abs 1 letzter Satz Rom II.

<sup>113)</sup> Siehe Heiss in Czernich/Heiss Art 3 Rz 6 ff sowie Loacker, Der Verbrauchervertrag 13 ff mwN.

<sup>114)</sup> Zur Kritik auch nach Art 3 Abs 1 S 2 EVÜ siehe Heiss in Czernich/Heiss Art 3 Rz 10 mwN.

<sup>115)</sup> Im Vertragsrecht lehnt die hL eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln ab; vgl demgegenüber Heiss, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem internationalem Privatrecht, RabelsZ 65 (2001) 634.

<sup>116)</sup> Vgl etwa Loacker, Der Verbrauchervertrag 13 ff und 154 ff mwN.

<sup>117)</sup> Vgl zur Teilrechtswahl Art 3 Abs 1 S 3 EVÜ.

<sup>118)</sup> Art 14 Abs 1 S 2 Rom II.

## V. Ausschluss der Rechtswahl

Die Rechtswahl ist für bestimmte Fälle ausgeschlossen. Dies gilt zunächst für alle außervertraglichen Schuldverhältnisse, die aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums entstehen<sup>124</sup>). Es gilt ferner für außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerb bzw aus Kartellrechtsverstößen<sup>125</sup>).

## E. Objektive Anknüpfung

### I. Deliktsstatut

#### 1. Grundsatzanknüpfung

Die „allgemeine Kollisionsnorm“<sup>126</sup>) für unerlaubte Handlungen, wie sie Art 4 Abs 1 Rom II vorsieht, ist Grundsatz- und Auffangregelung zugleich: Sie gelangt immer dann zur Anwendung, wenn erstens keine nach Art 14 beachtliche Rechtswahl<sup>127</sup>) getroffen wurde, zweitens keine typenspezifische Sonderanknüpfung<sup>128</sup>) einschlägig ist<sup>129</sup>), drittens geschädigte und in Anspruch genommene Person im Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im selben Staat haben und schließlich, viertens, die Gesamtheit der Umstände keine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Recht ergibt.

Als solcherart bedingte Maxime wird der Grundsatz der *lex loci damni*, also der Maßgeblichkeit des Rechts am Ort des Schadenseintritts<sup>130</sup>) verankert<sup>131</sup>). Nach Auffassung des Verordnungsgebers dient dies einem gerechten Inter-

teiautonomie im Gemeinschaftsprivatrecht?, ZVglRWiss 101 (2002), 45 ff; aus österr Sicht *Nemeth/Rudisch*, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 „Ingmar“ – wichtige Klärungen im europäischen IPR, ZfRV 2001, 179 ff.

<sup>124</sup>) Siehe Art 8 Abs 3 und Art 13 iVm 8 Abs 3 Rom II. Im Übrigen unten Kapitel E.I.6.

<sup>125</sup>) Siehe Art 6 Abs 4 Rom II.

<sup>126</sup>) Siehe die Überschrift zu Art 4 Rom II. Die Titulierung ist insofern etwas missverständlich, als sie keineswegs eine „allgemeine Kollisionsnorm“ für den gesamten Anwendungsbereich der Verordnung darstellt, sondern nur auf „unerlaubte Handlungen“ anwendbar ist.

<sup>127</sup>) Dazu oben Kapitel D.III.

<sup>128</sup>) Vgl Art 5 (Produkthaftung); Art 6 (Unlauterer Wettbewerb und den freien Wettbewerb einschränkendes Verhalten); Art 7 (Umweltschädigung); Art 8 (Verletzung geistigen Eigentums); Art 9 (Arbeitskampfmaßnahmen).

<sup>129</sup>) Krit zur Durchbrechung der Grundsatzanknüpfung durch ihres Erachtens „untereinander nicht abgestimmte Sonderregeln“ jüngst *Koziol/Thiede*, Kritische Bemerkungen 236.

<sup>130</sup>) Mit „Schaden“ ist dabei – entgegen der weiteren Definition in Art 2 Abs 1 Rom II, die noch „sämtliche Folgen“ einer unerlaubten Handlung erfasst – immer nur jener gemeint, der *direkte Folge* einer unerlaubten Handlung ist. Bloß *indirekten Folgen* soll demgegenüber keinerlei Bedeutung zukommen; siehe Art 4 Abs 1 und Erwägungsgrund 17 Rom II.

<sup>131</sup>) Das exklusive Abstellen auf den Erstschadensort ist ferner auch aus dem internationalen Zivilverfahrensrecht hinlänglich bekannt – vgl Art 5 Nr 3 EuGVVO und dazu etwa *Leible* in *Rauscher*, Europäisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (2006) Art 5 EuGVVO Rz 86 ff mwN.

essenausgleich und entspricht der „modernen Konzeption der zivilrechtlichen Haftung und der Entwicklung der Gefährdungshaftung“<sup>132</sup>).

Art 4 Abs 1 Rom II definiert allerdings den „Schadenseintrittsort“ nicht näher. Immerhin sagt die Vorschrift, dass sie damit nicht den Ort des schadensbegründenden Ereignisses (Handlungsort iwS) und auch nicht den Ort meint, an dem bloß „indirekte“ Schadensfolgen auftreten. Im Ergebnis entspricht dies der Einführung eines Erfolgsortsprinzips<sup>133</sup>), für die es gute Gründe gibt<sup>134</sup>).

Kritikwürdig ist allemal die vom Verordnungsgeber gewählte Formulierung, mit der er es verabsäumt hat, das Erfolgsortsprinzip unzweideutig und ohne Umwege zu normieren<sup>135</sup>). Mit der Verwendung des Begriffs „Erfolgsort“ hätte er sich das Dilemma erspart, auf der einen Seite vordergründig an den weiten, auch indirekte Schäden begrifflich erfassenden Schadenseintrittsort anzuknüpfen, um dann auf der anderen Seite umständlich den Schadensbegriff ausschließlich auf direkte Schäden (*Primärschäden*)<sup>136</sup>) einzugrenzen und das schadensbegründende Ereignis<sup>137</sup>) für unbeachtlich zu erklären<sup>138</sup>). Ein unkryptisches Abstellen auf den Ort der verwirklichten oder dro-

<sup>132</sup>) Siehe Erwägungsgrund 16 Rom II.

<sup>133</sup>) So auch die ganz überwiegende Meinung in der bisher veröffentlichten Literatur: *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 30 ff; *Symeonides*, Tort Conflicts 940; *Leible/Engel*, Der Vorschlag 10; *Von Hein*, Die Kodifikation 542; *Staudinger*, Internationale Verkehrsunfälle 442; *Buermeyer*, Die Vereinheitlichung 19.

<sup>134</sup>) Vgl *Von Hein*, Die Kodifikation 543 mwN; ferner die ausführliche Abwägung bei *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 375 ff; auch schon *Koziol*, Einige Fragen des internationalen Schadenersatzrechts, ZVR 1980, 1, 4: „Für die Heranziehung des Rechts des Erfolgsortes spricht vor allem auch, dass der Geschädigte auf den Schutz seiner Güter entsprechend den am Verletzungsort geltenden Vorschriften vertraut.“ Mit Blick auf das internationale Zivilprozessrecht ist allerdings zu bedenken, dass es nach Art 5 Nr 3 EuGVVO zwar möglich ist, alternativ zum Staat des Erfolgsortes auch im Handlungsstaat eine Klage einzubringen, diesfalls aber ausschließlich das Recht am Erfolgsort maßgeblich ist. Insofern wird der erstrebte Gleichlauf von IPR und IZPR derzeit nicht gewährleistet; siehe dazu den Diskussionsbericht von *Stürner/Weller*, IPRax 2006, 390, 391.

<sup>135</sup>) Am deutlichsten wird die angestrebte Einführung des Erfolgsortsprinzips noch aus der französischen Sprachfassung, wo von „le fait générateur du dommage se produit“ die Rede ist. In der deutschen Fassung spiegelt sich dieser Gedanke allenfalls unzureichend wider.

<sup>136</sup>) Siehe oben FN 131 sowie *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (2003) Art 5 EuGVVO Rz 19 f.

<sup>137</sup>) Vgl zur Definition des Ortes, an dem der Erstschaden nach der EuGVVO eingetreten ist: EuGH Rs C-364/93, *Marinari/Lloyds*, Slg 1995, I-2719; EuGH 27.10.1998 Rs C-51/97, *Réunion Européenne/Splithoff's Bevrachtungskantoor*, Slg 1998, I-6511 und EuGH 10.6.2004 Rs C-168/02, *Kronhofer/Maier*, Slg 2004, I-6009.

<sup>138</sup>) Zur Verteidigung des Verordnungsgebers lässt sich allerdings ins Treffen führen, dass etwa im französischen Deliktsrecht nicht zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden differenziert wird – vgl die Nachweise bei *Bennecke*, Auf dem Weg zu „Rom II“ 833, dortige FN 26 so-

henden Rechtsgutverletzung würde eine solche Vorgangsweise erübrigen<sup>139</sup>).

Mit der *alleinigen Maßgeblichkeit des Schadens Eintrittsortes* verliert der Handlungsort im Rahmen der Grundsatzanknüpfung des Art 4 Abs 1 Rom II jegliche Bedeutung<sup>140</sup>). Damit werden jene Literaturstimmen bestätigt, die eine Heranziehung des Handlungsorts als heute nur noch schwer begründbar ansehen<sup>141</sup>). Insb gibt es nach Rom II bei *Distanzdelikten*<sup>142</sup>) (Handlungs- und Erfolgsort fallen auseinander) weder eine den Geschädigten begünstigende Alternativanknüpfung noch ein Bestimmungsrecht des Geschädigten zwischen dem Recht am Erfolgs- und am Handlungsort<sup>143</sup>).

Bei mehreren Erfolgsorten, die innerhalb verschiedener Staatsgebiete allokalisiert sind, strebt die Verordnung die Maßgeblichkeit des Rechts am jeweiligen Erfolgsort an („*Mosaikbetrachtung*“). Aus einem solchen Nebeneinander an zu beachtenden Rechtsordnungen ergeben sich für den Rechtsanwender naturgemäß durchaus erhebliche praktische Probleme<sup>144</sup>). Selbst wenn nämlich das zugrunde liegende Verfahren am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten<sup>145</sup>) anhängig ist, an dem eine Zuständigkeit zur Beurteilung aller

geltend gemachten Schäden besteht, muss doch jeder von ihnen nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in dessen Gebiet der jeweils anspruchsbegründende Erfolg eingetreten ist. Grundet sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hingegen auf die Sonderzuständigkeit des Art 5 Nr 3 EuGVVO, was an den verschiedenen Erfolgsorten der Fall ist, so ist dieses Gericht nach der EuGH-Rechtsprechung<sup>146</sup>) überhaupt nur für die Entscheidung über den am jeweiligen Erfolgsort eingetretenen oder drohenden Schaden zuständig. Für den Anspruchsinhaber bleibt die Situation in beiden Fällen – im ersten sind in einem Verfahren mehrere Rechtsordnungen zu beachten, im zweiten ist eine einheitliche Klageführung nicht möglich – auch nach Inkrafttreten von Rom II unbefriedigend<sup>147</sup>).

Mit der Etablierung des Erfolgsortsprinzips geht freilich eine Abkehr von der bisher in Österreich maßgeblichen Grundsatzanknüpfung an den Handlungsort<sup>148</sup>) einher. Sie könnte sich allerdings im Ergebnis als gar nicht so „revolutionär“ darstellen, wie dies zunächst den Anschein haben mag: Bei den sog „Platzdelikten“ (Handlungs- und Erfolgsort sind kongruent) bleibt das kollisionsrechtlich erzielte Resultat im Vergleich zu § 48 IPRG jedenfalls unverändert. Und auch bei den bereits angesprochenen Distanzdelikten (Handlungs- und Erfolgsort fallen auseinander), bei denen nach der Verordnung künftig grundsätzlich das Erfolgsortrecht maßgeblich ist, werden sich zumindest in einigen Fallkonstellationen keine abweichenden Resultate zeigen. Denn die Anknüpfung an den Handlungsort wurde in Österreich unter Zuhilfenahme der Ausweichklausel des § 48 Abs 1 S 2 IPRG häufig zugunsten des Erfolgsortes durchbrochen<sup>149</sup>), wenn auch die Reichweite dieser Durchbrechung stets umstritten war<sup>150</sup>). So

wie *Stoll*, GS Lüderitz (2000) 733, 737 f. Nichtsdestoweniger stellt sich die Frage, ob nicht besser anderen europäischen Deliktsrechtsordnungen (die diese Trennung sehr wohl vornehmen) zu folgen gewesen wäre.

<sup>139</sup>) In diesem Sinne auch die Stellungnahme der *Hamburg Group für Private International Law*, abgedruckt in *RabelsZ* 67 (2003) 1, 11 f. Ebenso *Fuchs*, Zum Kommissionsvorschlag 101, die eine Formulierung nach Vorbild des Art 62 italienisches IPRG vorschlägt.

<sup>140</sup>) Siehe jedoch Art 7 Rom II, der für die Umwelthaftung ein Bestimmungsrecht des Geschädigten zugunsten des Handlungsortsrechts etabliert, sowie Art 9 Rom II, der für Arbeitskampfmaßnahmen eine Anknüpfung an den Handlungsort vorsieht.

<sup>141</sup>) In diesem Zusammenhang ausführlich *Wandt*, Zur Europäisierung des Internationalen Deliktsrechts, in: *Deutscher Versicherungs-Schutzverband, Zukunft der Wirtschaft – Versicherung der Zukunft* (2001) 127, 130 ff, der zum Ergebnis gelangt, dass eine Anknüpfung an den Handlungsort nach heutigem Kollisionsrechtsverständnis nur mehr schwer begründbar sei.

*Von Bar*, IPR II Rz 656 spricht überhaupt von einer „Verlegenheitslösung“. Demgegenüber aus „praktischen Erwägungen“ gegen „das vollständige Ausklammern des Handlungsorts“ *Benecke*, Auf dem Weg zu „Rom II“ 833. Ebenfalls positiv in Hinblick auf das Handlungsortprinzip *Symeonides*, *Tort Conflicts* 941.

<sup>142</sup>) Dazu insbesondere *Kadner Graziano*, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* 21 ff.

<sup>143</sup>) Vgl die geltende deutsche Lösung in Art 40 Abs 1 EGBGB, die im Grundsatz an den Handlungsort anknüpft (S 1), dem Geschädigten jedoch die Berufung auf die Anwendung des Rechts am Erfolgsort überlässt (S 2); zur zeitlichen Befristung dieses Bestimmungsrechts siehe Art 40 Abs 1 S 3 EGBGB.

<sup>144</sup>) Vgl *Von Hoffmann/Thorn*, IPR<sup>8</sup> § 11 Rz 32: „praktisch kaum durchführbar“. Eindringlich auch *G. Wagner*, *Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht*, *RabelsZ* 62 (1998) 241, 279, der ein Scheitern des Mosaikprinzips an den praktischen Schwierigkeiten diagnostiziert.

<sup>145</sup>) Siehe Art 2 Abs 1 EuGVVO.

<sup>146</sup>) EuGH Rs C-68/93, *Shevill/Press Alliance*, Slg 1995 I-415 = IPRax 1997, 111 (mit Anm *Kreuzer/Klötgen* 90).

<sup>147</sup>) Dass dies keineswegs der Fall sein müsste und Rom II damit eine Chance auf ein deutliches Plus an Geschädigtenfreundlichkeit versäumt hat, wird unten unter Kapitel E.I.4. noch zu zeigen sein.

<sup>148</sup>) Statt aller *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 23 mwN.

<sup>149</sup>) Zur Maßgeblichkeit des Erfolgsortrechts, wenn das den Schaden verursachende Verhalten typischerweise zu einer Schädigung jenseits der Grenze führt, bereits OGH 8 Ob 235/74 = SZ 48/28; ferner OGH 2 Ob 533/95 = ZfRV 1995/47; zuletzt OGH 4 Ob 114/04z = ZfRV 2005/7.

<sup>150</sup>) Nach *Schwimann*, IPR<sup>3</sup>, 76 f „sind nur vier Konstellationen als ausreichend anerkannt“; ihm folgend mwN *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 30. Demgegenüber weiter gehend *Schwind*, *Internationales Privatrecht* Rz 469, der mit Verweis auf die oftmals gegebene Zufälligkeit des Handlungsorts schon bei „irgendeine[r] stärkeren Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem“ die Anknüpfung an den Handlungsort ausgeschaltet wissen möchte. Überhaupt findet sich seiner Meinung nach im österr IPRG „von einer Betonung des Ausnahmecharakters [...] bewusst keine Spur“ (so *Schwind*, IPRax 1989, 401). Der OGH hat sich der Ansicht *Schwinds* nicht angeschlossen – siehe OGH 6 Ob 618/88

gelangt man etwa im Schulbeispiel „Schuss über die Grenze“<sup>151</sup>) sowohl nach bisher beachtlichem IPRG als auch nach Rom II zur Maßgeblichkeit des Rechts am Erfolgsort.

## 2. Durchbrechungen der Grundsatzanknüpfung

Von der eben beschriebenen Anknüpfung sehen die Absätze 2 und 3 des Art 4 Rom II Ausnahmen vor:

Zunächst soll bei einem *gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt* von Anspruchssteller und -gegner im selben Staat das Recht dieses Staates für die Beurteilung der unerlaubten Handlung maßgebend sein<sup>152</sup>).

Der *gewöhnliche Aufenthalt* wird innerhalb des Verordnungstextes in Art 23 Rom II näher bestimmt. Allerdings findet sich auch dort keine Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes, sondern vielmehr eine *Gleichstellung* desselben mit Orten, an denen Gesellschaften, Vereine und juristische Personen (einschließlich deren Zweig- bzw sonstige Niederlassungen oder Agenturen) und natürliche Personen, die einer beruflichen Tätigkeit nachgehen, eben diese Aktivitäten entfalten: Demnach soll der gewöhnliche Aufenthalt von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen mit deren Hauptverwaltungssitz übereinstimmen<sup>153</sup>); bei schadensbegründenden Ereignissen oder Schäden aus dem Betrieb einer Agentur bzw Zweig- oder sonstigen Niederlassung soll ihre Belegenheit ausschlaggebend sein<sup>154</sup>); und für in Ausübung ihrer Berufstätigkeit<sup>155</sup>) handelnde natürliche Personen soll es auf den Ort ihrer Hauptniederlassung ankommen<sup>156</sup>).

Der durch Rom II (wohl bewusst) nicht näher definierte Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts natürlicher Personen, die außerhalb ihrer Berufstätigkeit handeln, wird gemeinschaftsrechtsautonom auszulegen sein und es dabei letztlich auf den *tatsächlichen Lebensmittelpunkt*<sup>157</sup>) im jeweils

relevanten Zeitraum ankommen<sup>158</sup>). Ein Rückgriff auf die EuGVVO ist (im Unterschied zu jenem auf die Brüssel II-VO<sup>159</sup>)) wenig fruchtbringend, weil dort die Anknüpfung aufgrund der verschiedenen Zielsetzung der Verordnungen primär nach dem Wohnsitz und nicht nach dem (flexibleren) gewöhnlichen Aufenthalt erfolgt.

Der beschriebenen Ausnahme des *gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsstaates* geht indessen eine andere vor, die vom Ordnungsgeber selbst als „*Ausweichklausel*“<sup>160</sup>) bezeichnet wird<sup>161</sup>). Danach ist bei einer „offensichtlich engeren Verbindung“ zu einem anderen Staat dessen Recht zur Anwendung berufen<sup>162</sup>). Demonstrativ wird darauf hingewiesen, dass eine solche *offensichtlich engere Verbindung* etwa gegeben sein kann, wenn zwischen den Parteien bereits ein Rechtsverhältnis mit relevantem Bezug zur unerlaubten Handlung besteht<sup>163</sup>). Gemeint und hervorgehoben wird daher die „vertragsakzessorische Anknüpfung“ deliktischer Ansprüche<sup>164</sup>). Diese demonstrative Her-

Grenzpendler als Grenzfälle: Zum 'gewöhnlichen Aufenthalt' im IPR, IPRax 1995, 185 ff; ausführlich *Baetge*, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht (1994) 42 ff.

<sup>158</sup>) Die Materialien zur Brüssel II-VO (FN 10) nehmen in diesem Zusammenhang Bezug auf den von EuGH und EuG verwendeten Terminus des „ständigen Wohnsitzes“ (vgl. EuGH Rs C-452/93P, Magdalena Fernández/Kommission, Slg 1994, I-4295, Rz 22; ferner schon EuG Rs T-63/91, Benzler/Kommission, Slg 1992, II-2095, Rz 17 und zuletzt EuG Rs T-298/02, Herrero Romeu/Kommission, Slg 2005, II-4599, Rz 52), wonach es vor allem auf den selbst gewählten „gewöhnlichen Mittelpunkt der Lebensinteressen“ ankommt. Siehe dazu *Rauscher* in *Rauscher*, Europäisches Zivilprozessrecht I (2004) Art 2 Brüssel II-VO Rz 12.

<sup>159</sup>) Oben FN 10.

<sup>160</sup>) Mit Blick auf diesen Ausnahmecharakter und das hinlänglich bekannte „Heimwärtsstreben“ ist die Feststellung im Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 13 bemerkenswert, wonach „die Erfahrungen mit dem Übereinkommen von Rom von 1980 zeigen, dass die Gerichte in manchen Mitgliedstaaten dazu tendieren, gleich die Ausnahmeklausel in Anspruch zu nehmen und das Recht zu ermitteln, das die engste Verbindung zum Sachverhalt aufweist, ohne die Vermutungen zu prüfen, die der Ausnahmeklausel im Rom-Übereinkommen vorangestellt sind.“ Aus diesem Grund seien die Absätze 1 und 2 nicht als Vermutungen, sondern als verbindliche Regeln formuliert worden. Dies, um „deutlich zu machen, dass die Ausnahmeklausel wirklich nur in Ausnahmefällen anzuwenden ist“ und „das außervertragliche Schuldverhältnis gemäß Absatz 3 – tatsächlich – eine ‚offensichtlich engere Verbindung‘ mit einem anderen Staat aufweisen“ muss.

<sup>161</sup>) Vgl. Erwägungsgrund 18 Rom II.

<sup>162</sup>) Vgl. bereits bisher § 48 Abs 1 S 2 IPRG; zum Begriff der „offensichtlich engeren Verbindung“ siehe ferner Art 4 Abs 5 EVÜ, der von einer „engeren Verbindung“ spricht; hierzu *Czernich* in *Czernich/Heiss* Art 4 Rz 17 ff.

<sup>163</sup>) Siehe Art 4 Abs 3 S 2 Rom II.

<sup>164</sup>) Wobei sich das Deliktsstatut dann nach dem Vertragsstatut des EVÜ bzw nach dessen Nachfolgeverordnung (FN 11) richtet; bei konkurrierenden vertraglichen und außervertraglichen Schadenersatzansprüchen war nach der IPRG-Rsp schon bisher an das Vertragsstatut

= IPRax 1989, 394; OGH 2 Ob 10/94 = SZ 67/51 sowie OGH 2 Ob 42/95 = SZ 68/141.

<sup>151</sup>) Vgl. *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 77.

<sup>152</sup>) Siehe Art 4 Abs 2 Rom II. Die Legitimation einer solchen Sonderanknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort ausführlich und krit. analysierend *Wandt*, Grund und Grenzen personaler Anknüpfung im Internationalen Deliktsrecht, FS E. Lorenz I (1994) 691, 696 ff.

<sup>153</sup>) Vgl. Art 23 S 1 Rom II.

<sup>154</sup>) Vgl. Art 23 S 2 Rom II.

<sup>155</sup>) Dabei erscheint klar, dass damit keineswegs eine unselbständige Berufstätigkeit, sondern nur eine solche gemeint sein kann, die im Rahmen selbständiger (freiberuflicher oder gewerblicher) Tätigkeit erfolgt.

<sup>156</sup>) Vgl. Art 23 Abs 2 Rom II. Freilich erscheint die Abweichung gegenüber dem vorliegenden Rom I-Vorschlag (FN 11), in dessen Art 18 Abs 2 noch vom Ort der „beruflichen Niederlassung“ die Rede ist, reichlich überflüssig und wäre ein sprachlicher Einklang wünschenswert.

<sup>157</sup>) Zu dieser „Regel vom Daseinsmittelpunkt“ vgl. allgemein *Kegel*, Was ist gewöhnlicher Aufenthalt? Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, FS Rehinder (2002) 699 ff; weiters *Spickhoff*,

vorhebung der vertragsakzessorischen Anknüpfung schließt freilich ein Ausweichen bei Vorliegen anderer Sonderverbindungen keineswegs aus<sup>165</sup>).

### 3. Produkthaftung

Mit Art 5 hält Rom II eine spezielle Regelung für außervertragliche Produkthaftungsansprüche bereit, die gem Erwägungsgrund 20 durch Schaffung einer Anknüpfungsleiter eine ausgewogene Lösung anstrebt. Dabei wird zunächst an einen allfälligen gemeinsamen Aufenthaltsort von Anspruchssteller und -gegner angeknüpft und diese Anknüpfung wiederum durch eine sonstige<sup>166</sup> „offensichtlich engere Verbindung“ und durch eine nach Art 14 beachtliche Rechtswahl<sup>167</sup> durchbrochen. Sodann wird eine Reihe von Subsidiaranknüpfungen vorgesehen.

Die Einführung einer solchen Sonderkollisionsnorm für Produkthaftungsfälle ist schon deshalb angezeigt, weil das in der „allgemeinen Kollisionsnorm“<sup>168</sup> manifestierte Erfolgsortprinzip aufgrund des hier häufigen<sup>169</sup> Auseinanderfallens von Handlungs- und Erfolgsort, das seinerseits wiederum oft in der hohen Produktmobilität begründet ist, auf diesem Gebiet überwiegend keine akzeptable Lösung bereithält. Dies gilt für den Produzenten angesichts der vielfach fehlenden Vorhersehbarkeit des Orts der Rechtsgutverletzung gleichermaßen wie für den Geschädigten angesichts der möglichen Ungerechtigkeiten, die aus der Zufälligkeit des Erfolgsorts resultieren können<sup>170</sup>).

anzuknüpfen – vgl OGH 7 Ob 623/87 = IPRax 1988, 363 (W. Lorenz 373) = VersR 1988, 1086 = IPRE 2/87; ferner OGH 7 Ob 245/02h.

<sup>165</sup> *Staudinger*, Internationale Verkehrsunfälle 443 fordert demgegenüber eine „Öffnung“ des Art 4 Abs 3 S 2 Rom II dahingehend, als nicht nur ein „Rechtsverhältnis“, sondern auch eine „tatsächliche Sonderverbindung“ zu einer offensichtlich engeren Beziehung führen können müsse. Aufgrund der offenkundig demonstrativen Natur des in Art 4 Abs 3 S 2 Rom II enthaltenen Verweises (arg „insbesondere“) dürfte allerdings schon jetzt ein ausreichend weiter Wortlaut gewählt worden sein.

<sup>166</sup> Zu denken ist bei Produkthaftungsfällen insb an eine *vertragliche* Beziehung zwischen Anspruchssteller und -gegner. Wie schon bisher (vgl zuletzt OGH 7 Ob 245/02h) wird in diesen Fällen die deliktische Haftung idR nach dem Sachrecht des Vertragsstatuts zu beurteilen sein (siehe auch oben FN 164). Zu den Problemen dieser akzessorischen Anknüpfung schon W. Lorenz, Der Haager Konventionentwurf über das auf die Produkthaftpflicht anwendbare Recht, *RabelsZ* 37 (1973) 317, 333 f. Die vertragsakzessorische Anknüpfung von Produkthaftungsansprüchen grundsätzlich und entgegen der *hM* ablehnend *Wandt*, Internationale Produkthaftung (1995) Rz 1208 ff.

<sup>167</sup> Dazu bereits oben Kapitel D.

<sup>168</sup> Art 4 Rom II; dazu bereits oben Kapitel E.I.1.

<sup>169</sup> Nach *Pfister*, Das deutsche IPR der Produkthaftung – geglückt?, *ZEuP* 2002, 27 ff sind internationale Produkthaftungsfälle ganz regelmäßig als Distanzdelikte zu beurteilen.

<sup>170</sup> In der Literatur wird in diesem Zusammenhang häufig auf die „Reisefälle“ verwiesen, bei denen die Fehlerhaftigkeit des Produkts außerhalb des gewöhnlichen Geschädigtenaufenthaltsstaates in einen Schaden mündet.

Abhilfe soll hier eine dreigliedrige, hierarchische und gegenüber dem Obigen subsidiäre Anknüpfungsleiter schaffen, die primär auf den gewöhnlichen Geschädigtenaufenthaltsort (lit a), sekundär an den Produkterwerbort<sup>171</sup>) (lit b) und tertiär an den Eintrittsort des Erstschadens (lit c) abstellt, gleichzeitig aber immer unter „doppeltem Vorbehalt“ steht: Die Anknüpfungsleiter ist nämlich ausschließlich dann maßgebend, wenn erstens das Produkt in jenem Staat in Verkehr gebracht<sup>172</sup>) wurde, dessen Recht nach Art 5 Abs 1 lit a–c Rom II anwendbar sein soll, und dies zweitens für den Anspruchsgegner vernünftigerweise vorherzusehen<sup>173</sup>) war<sup>174</sup>). Ist eine derartige Koinzidenz nicht gegeben, wird das Aufenthaltsrecht des Anspruchsgegners<sup>175</sup>) zur Geltung berufen<sup>176</sup>).

<sup>171</sup> Mit einem expliziten Abstellen auf den Ort des Erwerbs dürften (unter der einmal angenommenen Erfüllung der anderen Tatbestandsmerkmale) auch Zweitkomponenten und damit insbesondere jene Fälle erfasst sein, in denen jemand am Marktort (iSv Vertriebsort) *Gebrauchsgüter* erwirbt. Vgl *Heiderhoff*, Eine europäische Kollisionsnorm für die Produkthaftung: Gedanken zur Rom II-Verordnung, *GPR* 2005, 92, 94. Krit zum Erwerbort *Maxl*, Produkthaftung, Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht, *JBl* 1992, 156, 164: „Erwerbort bedeutet eine perspektivische Verengung in Richtung des Käufers des fehlerhaften Produktes“.

<sup>172</sup> Siehe zur (wohl europarechtswidrig) besitzrechtlichen Ausgestaltung des Kriteriums des Inverkehrbringens in Österreich § 6 PHG. Mit Blick auf die Entscheidung des EuGH Rs C-203/99, *Veefald/Arhus Amtskommune*, *Slg* 2001, I-3569 = *EuZW* 2001, 831 (*Geiger*), wonach Inverkehrbringen auch dann anzunehmen ist, wenn der Hersteller sein Produkt bloß anwendet, ohne dass es seine Herrschaftssphäre verlässt, scheint die derzeitige Legaldefinition deshalb auch *Posch*, „Inverkehrbringen eines Produkts“ nach der EuGH-Entscheidung *Veefald* gegen Arhus, *wbl* 2001, 411, 414; vgl weiters *Wurmnest*, Das Gemeinschaftsdeliktsrecht in der aktuellen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte (2001–2003), *GPR* 2004, 129, 132 f.

<sup>173</sup> Dazu nur *Wandt*, Internationale Produkthaftung (1995) Rz 849.

<sup>174</sup> Die *Beweislast* für einen Vertrieb ohne Willen durch und Prognostizierbarkeit für den in Anspruch Genommenen wird man sinnvoller Weise diesem auferlegen müssen. Ebenso *Kadner Graziano*, Das auf die Produkthaftung anwendbare Recht – europäischer Rechtszustand und aktuelle Vorschläge der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments, *VersR* 2004, 1205, 1209.

*Koziol/Thiede*, Kritische Bemerkungen 246 wollen das Prinzip der Erkennbarkeit überhaupt auch auf die Anknüpfungen außerhalb der Produkthaftung ausgedehnt wissen.

<sup>175</sup> Zu beachten ist allerdings, dass der Begriff „Person, deren Haftung geltend gemacht wird“ im Sinne des Art 3 der RL 85/374 vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (FN 122) zu interpretieren ist und deshalb keineswegs nur den Hersteller eines Endprodukts, sondern vielmehr den Hersteller eines Ausgangserzeugnisses ebenso wie den Zwischenhändler oder Letztverkäufer erfassen kann. Vgl S 16 des Kommissionsvorschlags aus dem Jahr 2003 (FN 7).

<sup>176</sup> *Kadner Graziano* (FN 174) 1210 meint, es gebe im geltenden IPR für die Beurteilung am Sitz des In-Anspruch-Genommenen „kein Beispiel“.



Im Vergleich zur bisherigen österr Rechtslage fällt insb die *Aufgabe einer Differenzierung*<sup>177)</sup> nach Benützerschäden, Schäden „anderer“ Benützer wie Familienmitglieder, Arbeitnehmer etc sowie Schäden auf Seiten unbeteiligter Dritter (*innocent bystanders*) auf<sup>178)</sup>. In der Verordnung ist nur mehr von „geschädigter Person“ die Rede, wovon alle drei Opferkategorien gleichermaßen erfasst sind.

Die Subsidiaranknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Anspruchsgegners ist freilich problematisch. Das gilt namentlich für Ansprüche von *innocent bystanders*, auf die das (uU drittstaatliche) Recht am Sitz des Herstellers zur Anwendung gelangt, auch wenn es zu diesem Recht keine relevante Berührung gab. Unter dem Blickwinkel der „kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit“<sup>179)</sup> mag dies unbillig erscheinen<sup>180)</sup> und nach „in Europa herrschender Meinung“<sup>181)</sup> wurde deshalb in solchen Konstellationen ausnahmsweise das Erfolgsortrecht herangezogen<sup>182)</sup>. Zwar gilt selbstverständlich auch hier das schon oben zur prinzipiellen Unzulänglichkeit des Erfolgsortes bei Produkthaftungsfällen Dargelegte, doch wurde das Schutzbedürfnis des *innocent bystander*, der sich nahe liegender Weise gegen Produkte aus ihm unbekanntem Herkunftslandern gar nicht schützen kann, als überwiegend angesehen<sup>183)</sup> und infolgedessen gewissermaßen das Rechtsanwendungsrisiko auf den Anspruchsgegner überwälzt<sup>184)</sup>. Die Verordnung sieht eine solche „Ausnahmeanknüpfung“ allerdings nicht vor.

<sup>177)</sup> Siehe *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 40.

<sup>178)</sup> Das Abgehen von einer Differenzierung zwischen Erwerber und Nichterwerber von durch ein Produkt geschädigten Personen, wie es Rom II nunmehr kollisionsrechtlich vorsieht, geht freilich einher mit der Abschaffung dieser Unterscheidung im modernen materiellen Produkthaftungsrecht; vgl § 1 Abs 1 PHG: „ein Mensch“; ferner *Maxl* (FN 171) passim.

<sup>179)</sup> Zum notwendigen Gleichlauf von materiell- und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit schon überzeugend *E. Lorenz*, Zur Struktur des internationalen Privatrechts (1977) 62; ausführlich auch *Hohloch*, Das Deliktsstatut. Grundlagen und Grundlinien des internationalen Deliktsrechts (1984) 237; ferner *Von Bar*, Grundfragen des Internationalen Deliktsrechts, JZ 1985, 961, 964 ff.

<sup>180)</sup> Für viele *Von Hoffmann* in *Staudinger*, Art 38-42 EGBGB (Neubearbeitung 2001) Art 40 Rz 96. Siehe im Übrigen die detaillierten Nachweise bei *Kadner Graziano* (FN 172) in der dortigen FN 36.

<sup>181)</sup> So zumindest *Kadner Graziano* (FN 174) in der dortigen FN 36. Zu den dennoch im Detail recht unterschiedlichen Literaturstimmen siehe die Übersicht bei *Von Hoffmann* (FN 180) Rz 87.

<sup>182)</sup> Vgl für viele *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 78 mwN. Auch *Leible/Engel*, Der Vorschlag 12 favorisieren mit dem Argument, in Zeiten der Globalisierung müsse man mit einer weltweiten Verwendung seiner Produkte rechnen, eine Anknüpfung an den Ort der Rechtsgutverletzung.

<sup>183)</sup> Vgl ferner *Gausepohl*, Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte? (2000) 209, nach der auch das Marktortprinzip für reine Drittschadensfälle schlicht „nicht passt“.

<sup>184)</sup> So *Von Hoffmann* (FN 180) Rz 96. Ausführlich *Wandt*, Internationale Produkthaftung (1995) Rz 1086 ff und 1099 f.

Auch den Vorschlag der jüngeren Literatur<sup>185)</sup>, dem Geschädigten zumindest eine Wahlmöglichkeit zugunsten des Rechts am Marktort, im Sinne des „Orts der planmäßigen Erstvermarktung“<sup>186)</sup>, einzuräumen (sog *kleines Optionsrecht*), greift Rom II nicht auf. Als Argument für eine solche Option des Geschädigten wird vor allem ins Treffen geführt, der Hersteller werde durch das Marktortrecht wenig belastet, weil er mit dessen Anwendung ohnehin rechnen müsse<sup>187)</sup>. Besondere Bedeutung hätte dies namentlich in Fällen, in denen der Anspruchsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hat, sodass ein Geschädigter mit gewöhnlichem Aufenthalt in der EU bei Maßgeblichkeit der Subsidiaranknüpfung im Ergebnis den Schutz der Produkthaftpflicht-RL verliert. Art 14 Abs 2 und 3 Rom II helfen in diesen Fällen schon deshalb nicht, weil sie nur bei Vorliegen einer Rechtswahl eingreifen. Abhilfe kann allenfalls durch eine Eingriffsnormanknüpfung nach Art 16 Rom II geschaffen werden. Das in der Literatur vorgeschlagene „kleine“ Optionsrecht würde also in vielen Fällen Ungerechtigkeiten beseitigen<sup>188)</sup>.

Allerdings bleiben Probleme: Ein Zweitkonsument wird häufig den Ort der Erstvermarktung nicht (mehr) kennen. Daher wurde hier auch bereits eine Beweislastverteilung vorgeschlagen<sup>189)</sup>, wonach dem Anspruchsgegner der Beweis obliegt, dass das jeweilige Produkt ohne seine Zustimmung in dem Land in Verkehr gebracht wurde, dessen Recht nach dem Vorbringen des Anspruchstellers zur Anwendung gelangen soll<sup>190)</sup>. Freilich darf an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass eine solche Beweislastverteilung die Anreize für ein „law shopping“ durch den Geschädigten nicht gerade vermindert.

#### 4. Ansprüche aus Wettbewerbs- und Kartellrecht

##### a) Allgemeines

Sachverhalte, in denen eine unzulässige Beeinflussung oder eine Ein- bzw Beschränkung des freien Wettbewerbs zu erblicken ist, sind nach

<sup>185)</sup> Siehe *Heiderhoff* (FN 171).

<sup>186)</sup> Vgl *Wandt* (FN 184) Rz 1105 ff.

<sup>187)</sup> Krit aber *Wandt* (FN 184) Rz 1140: „Für den Haftpflichtigen ist die alternative Maßgeblichkeit des Rechts des Marktstaates in jedem Falle nachteilig. Ihm diesen Nachteil aufzuerlegen, ist nur berechtigt, wenn kollisionsrechtliche Interessen des Geschädigten dies rechtfertigen.“

<sup>188)</sup> *Kadner Graziano* (FN 172) 1209 spricht mit Blick auf die derzeit ausschließliche Anknüpfung an den Sitz des Anspruchsgegners von einer „nicht sachgerechten“ Lösung, *Heiderhoff* (FN 171) 96 sogar von einem „katastrophalen Ergebnis“.

<sup>189)</sup> Siehe oben FN 174.

<sup>190)</sup> In diesem Sinne auch die klare Formulierung des Kommissionsvorschlags aus dem Jahr 2003 (FN 6) S 38. Auch Art 7 des Haager Produkthaftungsübereinkommens (vgl oben Kapitel B.II.) sieht vor, dass „die in Anspruch genommene Person nachweist, dass sie vernünftigerweise nicht voraussehen konnte, [...]“.



Art 6 Rom II zu beurteilen, der allerdings nach der Intention des Verordnungsgebers<sup>191)</sup> keine Ausnahme von der Grundsatzanknüpfung nach Art 4 Abs 1 darstellen, sondern das Erfolgsortprinzip lediglich *typenspezifisch präzisieren* soll.

b) Ansprüche aus Wettbewerbsrecht

Demnach ist in solchen Konstellationen im Sinne einer starren Anknüpfung des unlauteren Wettbewerbs grundsätzlich das Recht jenes Staates maßgeblich, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die Interessen des Verbraucherkollektivs beeinträchtigt wurden oder von einer solchen Beeinträchtigung bedroht sind<sup>192)</sup>.

Im Ergebnis ändert sich damit auf den ersten Blick wenig an der schon im Anwendungsbereich des § 48 Abs 2 IPRG vorgesehenen Anknüpfung, welche auf die *Auswirkung* auf den jeweiligen Markt<sup>193)</sup> abstellt und nicht nur Schadenersatzansprüche, sondern auch alle anderen Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb wie insb Unterlassungs-, Widerrufs- und Veröffentlichungsansprüche erfasst<sup>194)</sup>. Unzweifelhaft<sup>195)</sup> gilt Art 6 Abs 1 Rom II auch für Verbandsklagen<sup>196)</sup> iSd § 14 UWG.

Bei unlauterem Wettbewerbsverhalten gegenüber bloß einem bestimmten Mitbewerber (sog „ausschließlich betriebsbezogene Schädigung“) soll nach Art 6 Abs 2 Rom II die allgemeine Kollisionsnorm des Art 4 zur Anwendung berufen sein<sup>197)</sup>, wobei dort nahe liegender Weise dem all-

fällig gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort (Abs 2)<sup>198)</sup> und der offensichtlich engeren Verbindung (Abs 3) besondere Bedeutung zukommt, weshalb im Unterschied zu Art 6 Abs 1 Rom II nicht von einer starren Anknüpfung gesprochen werden kann. Mit diesem Novum folgt der Verordnungsgeber einem Modell, wie es etwa in der Schweiz schon seit längerem etabliert ist<sup>199)</sup>.

c) Ansprüche aus Kartellrecht

Neu ist, dass in Form des Art 6 Abs 3 Rom II auch *kartellrechtliche Aspekte* gesondert angeknüpft werden<sup>200)</sup>. So sollen – im Wege einer starren Anknüpfung – bspw der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ebenso wie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern („Horizontalvereinbarungen“) nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in dessen Gebiet die Auswirkungen<sup>201)</sup> eingetreten oder wahrscheinlich sind<sup>202)</sup>.

Bei *Multistate-Sachverhalten*, also Wettbewerbsbeschränkungen, die sich in mehreren Staaten auswirken, ist es (gleichsam „in letzter Minute“<sup>203)</sup>) zu einer Änderung des bis dahin vorlie-

<sup>198)</sup> Eine solche Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts allerdings ablehnend *Drexl* in MÜKO XI<sup>4</sup> (2006) Internationales Recht gegen den unlauteren Wettbewerb Rz 77.

<sup>199)</sup> Siehe Art 136 Abs 2 und 3 Schweizerisches IPRG vom 18.12.1987, Schweizerische Amtliche Sammlung 1988, 1776, das am 1.1.1989 in Kraft getreten ist. Dazu zuletzt *Schnyder/Liatowitsch*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 814 f. Ferner *Vasella/Westenberg* in *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch des Internationalen Wirtschaftsrechts (2005) 1731 Rz 449 ff.

<sup>200)</sup> Mit der Einführung einer Sonderanknüpfung für außervertragliche Schadenersatzansprüche aus Wettbewerbsbeschränkungen trägt der Verordnungsgeber Argumenten Rechnung, wie sie etwa von *Zimmer/Leopold*, Private Durchsetzung des Kartellrechts und der Vorschlag zur „Rom II-VO“, EWS 2005, 149, 153 ff vorgebracht wurden.

<sup>201)</sup> Zum Kriterium der Auswirkung im internationalen Kartellrecht schon *Basedow*, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts – Ausbau und Differenzierung des Auswirkungsprinzips, NJW 1989, 627, 628 ff. Ausführlich *Fezer* in *Staudinger*, Internationales Wirtschaftsrecht (2000) Rz 145 ff. Im Übrigen etwa *Wiedemann*, Kartellrecht (1999) Rz 23 ff und – aus spezifischer Sicht – *Glöckner*, Wettbewerbsverstöße im Internet. Grenzen einer kollisionsrechtlichen Lösung, ZVglRWiss 99 (2000) 278, 283 ff. Zuletzt dazu *Stagl*, Multistate-Werbung im Internet, ÖBl 2004, 244 ff.

<sup>202)</sup> Vgl Erwägungsgrund 23 Rom II. Darüber hinaus wird im vorangehenden Erwägungsgrund 22 klargestellt: „Außervertragliche Schuldverhältnisse, die aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten nach Artikel 6 Absatz 3 entstanden sind, sollten sich auf Verstöße sowohl gegen nationale als auch gegen gemeinschaftliche Wettbewerbsvorschriften erstrecken.“ Bei Letzteren ist etwa an die Verbote iSd Art 81 und 82 EG zu denken.

<sup>203)</sup> Der Gemeinsame Standpunkt des Rates vom 25.9.2006, 2003/0168 (COD), 9751/7/06, enthielt im Verordnungstext noch keinen solchen Passus.

<sup>191)</sup> Vgl Erwägungsgrund 21 Rom II.

<sup>192)</sup> Art 6 Abs 1 Rom II.

<sup>193)</sup> Nach in Österreich und Deutschland *hM* (vgl nur *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 68 mwN) ist der „Markt“ jener Ort, an dem auf den Abnehmer oder Lieferanten eingewirkt werden soll. Die Kommission spricht in ihrem Vorschlag aus dem Jahr 2003 (FN 7) S 18 f von jenem Ort, „auf dem sich die Wettbewerber um die Verbraucher bemühen.“

<sup>194)</sup> Vgl *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 67 mwN.

<sup>195)</sup> Vgl den Kommissionsvorschlag aus dem Jahr 2003 (FN 7) S 17.

<sup>196)</sup> Vgl EuGH Rs C-167/00, Henkel, Slg 2002, I-8111.

<sup>197)</sup> Die konkrete Formulierung, wonach „Artikel 4 anwendbar“ sei, ist freilich etwas offen lassend und begründet (rein wortlautbezogen) an sich noch keinen Vorrang. Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, der Verordnungsgeber hätte eine *zusätzliche* Anknüpfungsmöglichkeit im Sinne eines Optionsrechts zugunsten des Beeinträchtigten vorsehen wollen. Ein solches Optionsrecht war sicherlich nicht gewollt (vgl den Hinweis im Kommissionsvorschlag aus dem Jahr 2003 [FN 7] S 18 auf die „analoge Bestimmung“ des Art 136 Abs 2 Schweizerisches IPRG, der unmissverständlich lautet: „Richtet sich die Rechtsverletzung ausschließlich gegen betriebliche Interessen des Geschädigten, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die betroffene Niederlassung befindet.“). Hervorhebung nicht im Original.

Mag die gewählte Formulierung vor diesem Hintergrund auch etwas unpräzise sein, so lässt sie doch den erforderlichen Raum, um in Fällen, in denen – auch – die Interessen der Allgemeinheit berührt sind, eine Anknüpfung nach dem „allgemeinen“ Wettbewerbsstatut gem Art 6 Abs 1 Rom II zu ermöglichen.

genden Verordnungstextes gekommen, indem Art 6 Abs 3 lit b Rom II neu eingefügt wurde. Nach ihm soll der Geschädigte seinen Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen auf das Recht eines Mitgliedstaats, nämlich desjenigen stützen können<sup>204</sup>), dessen Gericht (zulässigerweise) angerufen wird<sup>205</sup>). Zentrales Erfordernis hierfür ist neben der „Unmittelbarkeit“ und „Wesentlichkeit“ der Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Markt des Gerichtsstaates, dass sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts aus dem *Beklagtenwohnsitz* (vgl Art 2 EuGVVO) ableitet. Nur dann ist es nämlich möglich, den Einschränkungen der *Shevill-Doktrin*<sup>206</sup>) zu enttrinnen, wonach vor den Gerichten am Erfolgsort nur eine Zuständigkeit hinsichtlich jener Schäden besteht, die sich auch in diesem Gerichtsstaat ereignet haben<sup>207</sup>). Da am Wohnsitzgerichtsstand aber ohnehin die Zuständigkeit für alle gegen den Beklagten gerichteten Ansprüche gegeben ist, könnte man meinen, Art 6 Abs 3 lit b Rom II komme lediglich instruktive Bedeutung zu. Dies ist jedoch keineswegs der Fall, denn ohne die Bestimmung müsste schon grundsätzlich jeder geltend gemachte Schaden nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dessen Markt durch das der Klage zugrunde liegende Verhalten beeinträchtigt worden ist (es käme aufgrund der Mosaikbetrachtung eben zur Anwendung *mehrerer verschiedener* Rechte vor *einem* Gericht). Im Wege der Ausübung des Optionsrechts hat der Kläger nunmehr aber die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des Art 6 Abs 3 lit b Rom II *alle* geltend gemachten Schäden vor *einem* Gericht auf *eine* Rechtsordnung zu stützen, was eine bedeutende Erleichterung darstellt.

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob dieses geschädigtenfreundliche Ergebnis auch dann eintritt, wenn sich die Klage gegen mehrere Beklagte richtet, die jedoch über keinen gemeinsamen allgemeinen Gerichtsstand verfügen<sup>208</sup>). Diese Frage ist zu bejahen, vorausgesetzt das Verhalten, welches jedem gegen die Beklagten geltend gemachten Anspruch zugrunde liegt, hat *auch* den Markt des Gerichtsstaates wesentlich und unmittelbar beeinträchtigt<sup>209</sup>).

Resümierend lässt sich vor dem obigen Hintergrund festhalten, dass der „*last-minute-Einschub*“ des Art 6 Abs 3 lit b Rom II Rechtssicherheit und Geschädigtenfreundlichkeit<sup>210</sup>) bringt, wenngleich

er insgesamt Anreize zum *forum shopping* eher neu schafft, als sie verringert<sup>211</sup>). Eines aber ist geradezu offensichtlich: Der Regelungsweg des Art 6 Abs 3 lit b Rom II hätte, wenn er nun schon beschritten wird, konsequenterweise aus seinem spezifisch kartellrechtlichen Hintergrund gelöst und Eingang in eine *allgemeine Bestimmung für Multi-state-Sachverhalte* innerhalb von Rom II finden müssen. Auf diese Weise hätte sich ein inhaltlicher Gleichlauf mit und Rechtssicherheit im Bereich der Grundsatzanknüpfung erreichen lassen<sup>212</sup>). Infolge der Verfehlung dieses Ziels in der jetzigen Fassung von Rom II kommt dem Kläger bei mehreren Erfolgsorten auch am Gerichtsstand des Beklagtenwohnsitzes außerhalb von kartellrechtlichen Ansprüchen weiterhin kein Bestimmungsrecht hinsichtlich *einer* Rechtsordnung zu, die für *alle* Ansprüche gegen den Beklagten maßgeblich ist.

Aus österr Sicht bleibt angesichts der durch Rom II geschaffenen allseitigen Kollisionsnorm für das Kartelldeliktsrecht das Verhältnis zur bisher geübten Eingriffsnormanknüpfung inländischen Kartellrechts zu prüfen<sup>213</sup>). Soweit nur der österr Markt betroffen ist, gelangt man freilich nach Art 6 Abs 3 lit a Rom II ohnehin zur Anwendung österr Rechts, einer Sonderanknüpfung nach Art 16 Rom II bedarf es damit nicht. Dasselbe gilt nach Art 6 Abs 3 lit b Rom II, wenn der Geschädigte sein Wahlrecht zugunsten österr Rechts ausübt. Macht der Geschädigte von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch bzw besteht kein Wahlrecht, so erfolgt, wie dargelegt, eine Mosaikbetrachtung. Soweit der österr Markt betroffen ist, kommt wiederum inländisches Kartellrecht zur Anwendung, ohne dass es einer Anknüpfung nach Art 16 Rom II bedürfte. Soweit ausländische Märkte tangiert sind, fehlt es dem österr Kartellrecht am Anwendungswillen, wie er für eine Eingriffsnormanknüpfung vorauszusetzen ist<sup>214</sup>). Insofern verliert die bisher geübte Eingriffsnormanknüpfung ihre Bedeutung.

Mit der Grundsatzanknüpfung nach Art 3 lit a wie auch der Mosaikbetrachtung bei unmittelba-

Wettbewerbsverstößen auf Märkten mehrerer Staaten „die Folgen nach dem Recht jedes von ihnen gesondert zu beurteilen“ sind (vgl etwa OGH 4 Ob 408/85 = ÖBl 1986, 73; OGH 4 Ob 86/88 = ÖBl 1989, 74 und OGH 4 Ob 251/97h), überholt.

<sup>211</sup>) Diesbezüglich muss man sich nur den zuletzt angesprochenen Fall der Klage gegen mehrere, Wettbewerbsbeschränkungen praktizierende Beklagte vor Augen halten: Selbstverständlich wird dabei bei findiger Klageführung der Wohnsitz desjenigen Streitgenossen herangezogen werden, dessen Rechtsordnung für den klägerischerseits geltend gemachten Anspruch am vorteilhaftesten ist.

<sup>212</sup>) Im spezifischen Bereich der Immaterialgüterrechtsverletzungen (vgl unten Kapitel E.I.7.) hätte unabhängig davon weiter eine Sonderregelung verfolgt werden können.

<sup>213</sup>) Vgl § 24 Abs 2 KartG 2005.

<sup>214</sup>) Vgl § 24 Abs 2 KartG 2005: „[...] *soweit* sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt [...]“ (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>204</sup>) Die „kann“-Formulierung zeigt, dass es sich hier um keine starre Anknüpfung handelt, sondern dem Geschädigten lediglich eine Option zur Verfügung gestellt wird.

<sup>205</sup>) Vgl Erwägungsgrund 22 Rom II.

<sup>206</sup>) Siehe zuvor FN 146.

<sup>207</sup>) Vgl für viele *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (2003) Art 5 EuGVVO Rz 20.

<sup>208</sup>) Art 6 Nr 1 EuGVVO überlässt diesfalls dem Kläger die Entscheidung, am Ort des Wohnsitzes welches Beklagten er das Verfahren anhängig machen möchte.

<sup>209</sup>) Siehe Art 6 Abs 3 lit b HS 2 Rom II.

<sup>210</sup>) Beruft sich der Kläger auf sein Optionsrecht nach Art 6 Abs 3 lit b Rom II, so sind die Rsp-Grundsätze im Bereich des IPRG, wonach bei Auswirkungen von

ren und erheblichen Auswirkungen von Wettbewerbsverstößen in mehreren Staaten zielt Rom II auf die Anwendung des Rechts (jeweils) jenes Staates ab, dessen Gebiet von der Einschränkung betroffen oder bedroht ist. Damit ist fremdes Kartelldeliktsrecht künftig generell beachtlich, was jedoch in gewissem Widerspruch zu der bisherigen Praxis steht, fremde Eingriffsnormen nicht unmittelbar, sondern nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen, salopp formuliert „nur zögerlich“ zu berücksichtigen<sup>215</sup>). Nicht ohne Grund findet sich bisher kaum Rechtsprechung, in der ausländisches Kartellrecht angewandt wurde<sup>216</sup>). In Zukunft könnten solche Urteile demnach durchaus vermehrt vorzufinden sein, wenn nämlich ausländisches Kartellrecht nicht mehr nur ausnahmsweise, sondern ganz grundsätzlich über Art 6 Abs 3 Rom II zur Anwendung gelangt. Auf die Ausgestaltung fremden Rechts als Eingriffsrecht kommt es nicht mehr an.

#### d) Ausschluss der Rechtswahl

Nach Art 6 Abs 4 der Verordnung ist schließlich eine abweichende Rechtswahl<sup>217</sup>) (sei sie nun erst nachträglich oder schon im Vorhinein vereinbart) im Bereich der wettbewerbs- und kartellrechtlichen Sonderanknüpfung unzulässig<sup>218</sup>). Im Ergebnis wird damit dem weitgehend<sup>219</sup>) anerkannten Grundsatz Rechnung getragen, wonach das Wettbewerbs- wie auch das Kartellrecht fast immer (auch) einen Schutz der Allgemeinheit bezweckt und den Parteien deshalb keine Möglichkeit eröff-

net werden soll<sup>220</sup>), durch Rechtswahl berechnete Interessen Dritter zu berühren<sup>221</sup>). In diesem Zusammenhang bleibt indes zu bedenken, dass eine wirksame Rechtswahl gem Art 14 Abs 1 S 2 Rom II ohnehin die Rechte Dritter nicht berühren darf und daher zu überlegen wäre, ob die Anordnung des generellen Rechtswahlverbotes des Art 6 Abs 4 Rom II überhaupt notwendig gewesen war<sup>222</sup>).

#### 5. Umwelthaftung

Rom II lässt zwar das internationale Atomhaftungsrecht ungeregelt<sup>223</sup>), hält aber zugleich in seinem Art 7 eine Sonderkollisionsnorm für die Umwelthaftung im Allgemeinen bereit<sup>224</sup>). Die Regelung wird durch einige Staatsverträge zur Vereinheitlichung von Teilaspekten des Umwelthaftungsrechts überlagert<sup>225</sup>). Dies gilt indessen nicht für die RL über Umwelthaftung<sup>226</sup>), und zwar schon deshalb nicht, weil die Richtlinie als umsetzungsbedürftiger Rechtsakt das Recht der Mitgliedstaaten nur angleicht, aber nicht vereinheitlicht<sup>227</sup>). Die kollisionsrechtliche Problematik wird also von den vorhandenen Richtlinien nicht beseitigt, obschon weniger bedeutsam.

Art 7 Rom II gilt für „außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Umweltschädigung oder einem aus einer solchen Schädigung herrührenden Personen- oder Sachschaden“. Klar ist damit, dass individuelle Schäden an der Person und ihr gehörenden Sachen nur dann nach Art 7 Rom II zu behandeln sind, wenn sie die Folge einer Umweltschädigung sind.

Offen bleibt, was unter einer Umweltschädigung zu verstehen ist. Eine Definition gibt Art 7 Rom II

<sup>215</sup>) Vgl etwa *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 70 und *Heiss* in *Czernich/Heiss* Art 7 Rz 30 mwN. In Art 7 EVÜ, der allerdings im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse naturgemäß nicht anwendbar ist, ist die Berücksichtigungsmöglichkeit ausländischer zwingender Normen immerhin in Form einer „Kann-Bestimmung“ ausgestaltet. Dazu *Heiss* in *Czernich/Heiss* Art 7 Rz 30 ff und 39.

<sup>216</sup>) Auch in Deutschland verhält es sich ähnlich – vgl *Basedow* (FN 201) 633: „Deutsche Gerichte haben, soweit aus veröffentlichten Urteilen ersichtlich, noch nie ausländisches Kartellrecht angewendet; sie scheinen aber auch kaum je mit entsprechenden Argumenten der Parteien konfrontiert zu werden oder haben sich jedenfalls nicht damit auseinandergesetzt.“

<sup>217</sup>) Dazu oben Kapitel D.V.

<sup>218</sup>) Im Anwendungsbereich des IPRG wurde eine nachträgliche Rechtswahl bei ausschließlich betriebsbezogenem, die Rechtsstellung Dritter nicht berührendem (vgl § 11 Abs 3 IPRG) Wettbewerbsverhalten in Erwägung gezogen (so *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 71; aA *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 80 unter Verweis auf [„ebenso“] OGH 4 Ob 408/85 = ÖBl 1986, 73, wo allerdings die Möglichkeit einer Rechtswahl ausdrücklich „dahingestellt“ blieb). Das wäre wegen des Verweises auf den – nicht rechtswahlfesten – Art 4 auch für Rom II vertretbar. Gegen eine Rechtswahlmöglichkeit aber ausführlich *Sack*, Probleme des Inlandswettbewerbs mit Auslandsbezug nach deutschem und österreichischem Kollisions- und Wettbewerbsrecht, ÖBl 1988, 113 ff; insbesondere dortiger Unterpunkt IV.2.

<sup>219</sup>) Eine Übersicht über den Stand der europäischen Rechtsordnungen findet sich bei *Kadner Graziano*, Europäisches Internationales Deliktsrecht 91 f.

<sup>220</sup>) Für viele *Sack*, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, WRP 2000, 269 ff, insbesondere das dortige Kapitel VI.

<sup>221</sup>) Dazu auch oben Kapitel D.II. aE.

<sup>222</sup>) Gegen eine solche Notwendigkeit jedenfalls *Buermeyer*, Die Vereinheitlichung 24. AA – wenn auch noch für den Vorschlag aus dem Jahr 2003 (FN 7), nach dem eine Rechtswahl (Art 10) allerdings ebenfalls nicht die Rechte Dritter berühren durfte – *Von Hein*, Die Kodifikation 556, der jegliche Rechtswahl für Wettbewerbsdelikte als „fragwürdig“ erachtet.

<sup>223</sup>) Siehe Art 1 Abs 2 lit f Rom II; hierzu oben Kapitel C.II.4.

<sup>224</sup>) *Koziol/Thiede*, Kritische Bemerkungen 237 halten die Formulierung des Artikels (ohne Begründung) für „wenig geglückt“.

<sup>225</sup>) Siehe hierzu nur die Nachweise bei *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 47–53.

<sup>226</sup>) RL 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl 2004 L 143/56. Dazu *G. Wagner*, Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts, in: *Hendler*, Umwelthaftung nach neuem EG-Recht (2005) 73 ff; sowie *Hager*, Die europäische Umwelthaftungsrichtlinie in rechtsvergleichender Sicht, ZEuP 2006, 21.

<sup>227</sup>) Vgl *Ruffert*, Zur Konzeption der Umwelthaftung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Hendler*, Umwelthaftung nach neuem EG-Recht (2005) 43 ff.

selbst nicht, doch kennt die erwähnte Richtlinie über Umwelthaftung in ihrem Art 2 Nr 1 eine umfangreiche Definition, die Schädigungen von geschützten Arten und natürlichen Lebensräumen<sup>228</sup>), von Gewässern<sup>229</sup>) und von Boden<sup>230</sup>) umfasst. Die Kommission hat Art 7 Rom II ganz offenkundig mit Blick auf diese Begriffsbestimmung formuliert und die daraus folgenden Individualschäden eigens mit aufgenommen. Dies wird auch daraus deutlich, dass die strengere kollisionsrechtliche Behandlung von Umweltschädigern unter anderem damit gerechtfertigt wird, diese würden aus ihrer schadensstiftenden Tätigkeit einen wirtschaftlichen Vorteil ziehen<sup>231</sup>). Dieses Kriterium enthält der Wortlaut des Art 7 Rom II jedoch gar nicht. Es kann nur gelten, wenn man der dahinter stehenden Intention der Kommission folgt und den Anwendungsbereich von Art 7 Rom II teleologisch auf denjenigen der RL über Umwelthaftung reduziert. Sie beschränkt nämlich die Haftung auf berufliche Tätigkeiten<sup>232</sup>).

Art 7 Rom II schränkt die Grundsatzanknüpfung des Art 4 Rom II auf eine Anknüpfung an den Schadenseintrittsort nach Art 4 Abs 1 Rom II ein. Ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Parteien iSd Art 4 Abs 2 Rom II bleibt unerheblich, und auch eine Ausweichklausel iSd Art 4 Abs 3 Rom II fehlt. Die eigentliche Besonderheit des Art 7 Rom II aber liegt in der Begünstigung des Geschädigten, dem es freigestellt wird, *einseitig* die Anwendung des Rechts am Ort des schadensbegründenden Ereignisses zu bestimmen.

Umstritten ist die rechtspolitische Begründung dieser Sonderbehandlung der Umwelthaftung. Der von der EG-Kommission angeführte Umstand, der Umweltschädiger ziehe aus seiner schadensstiftenden Tätigkeit wirtschaftlichen Vorteil, vermag die strengere kollisionsrechtliche Behandlung nicht vollständig zu rechtfertigen, weil dasselbe Argument auch auf die Haftung von Produzenten zutrifft, in der Regelung zur Produkthaftung (Art 5 Rom II) aber ein *Bestimmungsrecht des Geschädigten* analog Art 7 Rom II fehlt. Auch sonst führen gewinnorientierte Verhaltensweisen zu Schädigungen und trotzdem gewährt Rom II dem Geschädigten kein vergleichbares Bestimmungsrecht. Erwägungsgrund 25 der Verordnung meint nunmehr, dass das Bestimmungsrecht des Geschädigten zu einer Anhebung der Umweltschutzstandards in der Gemeinschaft führt<sup>233</sup>). Eine solche Anhebung entspricht Art 174 Abs 2 S 1 EG, wonach die EG in ihrer Umweltpolitik auf ein hohes Schutzniveau abzielt<sup>234</sup>). Dabei weist die Kommis-

sion in der Begründung zu ihrem Verordnungsvorschlag zutreffend darauf hin, dass schon die allgemeine Anknüpfung an den Erfolgsort (Art 4 Abs 1 Rom II) potentielle Schädiger dazu zwingt, die Haftungslage in den Nachbarstaaten mit zu bedenken, und ihren Anreiz, sich in Staaten mit geringen Sicherheits- und Haftungsanforderungen niederzulassen, zumindest verringert<sup>235</sup>). Dabei wollte die Kommission jedoch nicht stehen bleiben und schlug das Bestimmungsrecht des Geschädigten vor, welches nunmehr in Art 7 Rom II verwirklicht wurde. Dadurch profitierten Geschädigte von hohen Schutzstandards im Nachbarland<sup>236</sup>), was nach Ansicht der Kommission den Standard des Umweltschutzes zusätzlich heben soll<sup>237</sup>). Freilich hätte man mit einer analogen Begründung wiederum ein Bestimmungsrecht des Geschädigten zB auch im Bereich der Produkthaftung rechtfertigen können, zumal sie in Europa unter dem Stern des Verbraucherschutzes segelt, bei dem die EG im Rahmen ihrer Politik ebenfalls ein hohes Schutzniveau anstrebt<sup>238</sup>). Dort aber fehlt ein Bestimmungsrecht des Geschädigten.

Art 7 Rom II enthält sich einer Regelung der Frage, *bis zu welchem Zeitpunkt* der Geschädigte sein Bestimmungsrecht auszuüben hat<sup>239</sup>). Dies hat in der deutschen Literatur besondere Beachtung gefunden, weil das geltende deutsche internationale Deliktsrecht ein ähnlich gelagertes Bestimmungsrecht des Geschädigten kennt, aber zugleich klarstellt, dass der Geschädigte dieses „nur im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens“<sup>240</sup>) ausüben kann. Mit dem Inkrafttreten von Rom II wird Art 40 Abs 1 S 3 EGBGB als verdrängt angesehen<sup>241</sup>). Nur vereinzelt<sup>242</sup>) wird vertreten, die Vorschrift könne – offenbar als eine verfahrensrechtliche *lex fugitiva* – weiter angewandt werden. Für Österreich ist das Problem im Sinne der Erläuterungen der Kommission auf das Prozessrecht zu verweisen<sup>243</sup>). Dabei wird für den Fall einer nachträglichen Rechtswahl<sup>244</sup>) vertreten, diese müsse regelmäßig bis zum Schluss der Ver-

<sup>228</sup>) Art 2 Nr 1 lit a der RL (FN 226); diese werden in Art 2 Nr 3 durch Verweise auf weitere Richtlinien näher definiert.

<sup>229</sup>) Art 2 Nr 1 lit b der RL (FN 226).

<sup>230</sup>) Art 2 Nr 1 lit c der RL (FN 226).

<sup>231</sup>) Vgl den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) S 22.

<sup>232</sup>) Im Detail siehe Art 3 der RL (FN 226).

<sup>233</sup>) Vgl den Vorschlag aus 2003 (FN 7) S 21 f.

<sup>234</sup>) Vgl *Von Hein*, Die Kodifikation 559.

<sup>235</sup>) Vgl den Vorschlag aus 2003 (FN 7) S 21 f.

<sup>236</sup>) Treffend hierzu *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 380: „Glück gehabt“.

<sup>237</sup>) Vgl den Vorschlag aus 2003 (FN 7) 21 f; kritisch hierzu *Leible/Engel*, Der Vorschlag 13 unter Berufung auf *Kadner Graziano*, Europäisches Internationales Deliktsrecht 62; ähnlich *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 380; positiv gegenüber der Sonderregelung für die Umwelthaftung *Von Hein*, Die Kodifikation 559 sowie *Symeonides*, Tort Conflicts 951.

<sup>238</sup>) Vgl Art 153 Abs 1 und 95 Abs 3 EG.

<sup>239</sup>) Nach Erwägungsgrund 25 Rom II soll diese Frage nach dem Recht des Mitgliedstaates des angerufenen Gerichts beurteilt werden.

<sup>240</sup>) So ausdrücklich Art 40 Abs 1 S 3 EGBGB.

<sup>241</sup>) So ausdrücklich *Leible/Engel*, Der Vorschlag 13.

<sup>242</sup>) So etwa *Huber/Bach*, Die Rom II-Verordnung 80, wo von einer „analogen“ Anwendung die Rede ist.

<sup>243</sup>) Siehe den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 6) S 22.

<sup>244</sup>) Vgl § 11 Abs 2 IPRG.

handlung erster Instanz ausgeübt werden<sup>245</sup>). Folgt man dieser Ansicht, so ist dieser Zeitpunkt auch für das Bestimmungsrecht des Geschädigten heranzuziehen. Allerdings wird sich der Kläger wohl tunlichst schon in seiner Klage (insbesondere um deren Schlüssigkeit iSd § 226 Abs 1 ZPO sicherzustellen) auf das nach Ausübung seines Optionsrechts maßgebliche Recht zu berufen haben<sup>246</sup>). Verzögert der Kläger demgegenüber die Entscheidungsfindung, indem er sich zu spät auf sein Bestimmungsrecht beruft, so wird dies je nach Lage des Falles einen Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht iSd § 178 Abs 2 ZPO<sup>247</sup>) darstellen, jedenfalls aber Kostenfolgen iSd §§ 44, 48 ZPO zeitigen können.

Angebracht erscheint, dass die Berufung auf das Wahlrecht nicht nur ausdrücklich, sondern auch schlüssig erfolgen kann<sup>248</sup>). Unzweifelhaft ist die Bejahung des Rechtsmittelgrundes der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, wenn das erkennende Gericht die Berufung auf das Wahlrecht nicht beachtet hat<sup>249</sup>).

## 6. Immaterialgüterrechte

Nach Art 8 Rom II sollen außervertragliche Schuldverhältnisse, die in der Verletzung von Immaterialgüterrechten begründet sind<sup>250</sup>), – im Wege einer starren Anknüpfung – nach dem Recht des Staates zu beurteilen sein, für dessen Gebiet Schutz begehrt wird. Die Formulierung des Abs 1 ist dabei insofern etwas unglücklich getroffen, als nach ihr das Recht jenes Staates maßgeblich sein soll, „für den“ Schutz begehrt wird. In Wahrheit wird natürlich nicht für den Staat, sondern für den in seinen Immaterialgüterrechten Verletzten Schutz beansprucht. Ungeachtet dieser Kritik ist die jetzige Formulierung aber immerhin noch besser getroffen als jene des Vorschlags aus dem Jahr 2003<sup>251</sup>), wo noch vom Recht des Staates die Rede war, „in dem“ Schutz begehrt wird. Die *lex fori* muss aber freilich keineswegs mit der *lex loci protectionis* kongruent sein, zumal es ohne weiteres

denkbar ist, dass der Anspruchsinhaber den Anspruchsgegner zwar an dessen allgemeinem Gerichtsstand klagt, sich dabei aber auf Verletzungshandlungen in einem anderen Staat beruft<sup>252</sup>).

Ausweislich der Erwägungsgründe<sup>253</sup>) sollen unter dem von Rom II verwendeten Sammelbegriff „Rechte des geistigen Eigentums“ etwa<sup>254</sup>) *Urheber- und verwandte Schutzrechte*<sup>255</sup>), das *sui generis Datenbankschutzrecht* sowie *gewerbliche Schutzrechte*<sup>256</sup>) verstanden werden<sup>257</sup>). Für *gemeinschaftsweit vereinheitliche Rechte an geistigem Eigentum* soll anderes gelten. So ist etwa für *Gemeinschaftsmarken* und *Gemeinschaftsgeschmacksmuster* ebenso wie für *Sortenschutzrechte* und das noch in Planung befindliche *Gemeinschaftspatent* – in Abweichung von Art 8 Abs 1 Rom II, aber ebenfalls im Wege starrer Anknüpfung – das Recht am Ort der Verletzungshandlung maßgeblich, und zwar soweit die konkrete Rechts-

<sup>252</sup>) Insofern undifferenziert *Junker* in MüKo-BGB, Bd X: Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46), Internationales Privatrecht<sup>4</sup> (2006) Anhang zu Art 42, Vorschlag für eine Rom II-Verordnung, Rz 63.

<sup>253</sup>) Vgl Erwägungsgrund 26 Rom II.

<sup>254</sup>) Die Aufzählung ist nach der Intention des Ordnungsgebers lediglich demonstrativ – arg „beispielsweise“, siehe Erwägungsgrund 26 Rom II.

<sup>255</sup>) Zu den verwandten Schutzrechten wird man insbesondere jene des 2. Hauptstücks des UrhG, wie bspw die *Verwertungsrechte* auf Bild- und Schallträgern sowie die dazugehörigen *Schutzrechte* zählen können.

<sup>256</sup>) Der Terminus „gewerbliche Schutzrechte“ ist dabei naturgemäß autonom auszulegen; vgl schon EuGH Rs 288/82, Duijnstee/Goderbauer, Slg 1983, I-3663, 3676.

<sup>257</sup>) Ob darüber hinaus etwa auch die Haftung für Verletzungen von *Firmenrechten* dem Tatbestand des Art 8 Rom II zugänglich ist, bleibt offen, erscheint uE aber zumindest in jenen Fällen keineswegs ausgeschlossen, in denen der Aspekt der Firma als *immaterialgüterrechtliches Unternehmenskennzeichen* im Vordergrund steht (die Firma überhaupt als Immaterialgüterrecht begreifend etwa *Fezer*, Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts, ZHR 161 [1997] 52, 55 sowie *Heinrichs* in *Palandt*<sup>65</sup> [2006] § 12 Rz 2 f; demgegenüber geht die in Österreich und Deutschland *hL* von einer Doppelnatur, also von gleichermaßen persönlichkeits- wie vermögensrechtlichen Zügen der Firma aus – vgl etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>3</sup> [1999] 374 ff; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch<sup>32</sup> [2006] § 17 Rz 5). Praktisch bedeutsam kann die Frage der Erfassung von Firmenrechten vor allem in jenen Fällen werden, in denen die Heranziehung der Sonderanknüpfung für unlauteren Wettbewerb zu einer Aushöhlung des dem Immaterialgüterrecht immanenten Schutzlandprinzips führen würde.

Demgegenüber will *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 34 Rz 2 im Bereich des derzeitigen IPRG einerseits bei Firmenrechtsverletzungen im wirtschaftlichen Wettbewerb *ausschließlich* die wettbewerbsrechtliche Sonderanknüpfung heranziehen und andererseits in allen sonstigen Fällen – wegen der ihrer Ansicht nach bei Firmenrechten im Vordergrund stehenden persönlichkeitsrechtlichen Elemente – ausschließlich nach § 13 Abs 2 IPRG anknüpfen; die dennoch immaterialgüterrechtliche Anknüpfung solcher Ansprüche durch die Rsp (vgl etwa OGH 4 Ob 321/87 = SZ 60/77 = IPRax 1988, 242 [*Schlemmer* 252] = GRURInt 1988, 72) erfolgt ihrer Ansicht nach „zu Unrecht“.

<sup>245</sup>) So *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 11 Rz 5 mwN.

<sup>246</sup>) Regt das Gericht wegen Unschlüssigkeit der Klage zur Verbesserung an, so muss der Kläger in der Tagsatzung reagieren – vgl *Fucik* in *Rechberger*, Zivilprozessordnung<sup>3</sup> (2006) § 182 Rz 2.

<sup>247</sup>) Dazu etwa *Fucik* in *Rechberger*, Zivilprozessordnung<sup>3</sup> (FN 246) § 178 Rz 3.

<sup>248</sup>) Vgl Art 7 Rom II, der nur von einer „Entscheidung“ des Klägers, seinen Anspruch auf das Recht eines bestimmten Staates zu stützen, spricht. Demzufolge wird möglicherweise eine ausschließliche Berufung auf konkrete ausländische Normen zur Begründung des geltend gemachten Anspruches eine solche Entscheidung ausreichend klar erkennen lassen. Dies gilt umso mehr, wenn das Gericht diese Frage mit den Parteien erörtert hat.

<sup>249</sup>) Vgl für viele *Rechberger* in *Rechberger*, Zivilprozessordnung<sup>3</sup> (FN 246) § 271 Rz 5.

<sup>250</sup>) Zu denken ist hier vor allem an Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche, aber auch Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche sind erfasst.

<sup>251</sup>) Siehe FN 7.

frage nicht ohnehin durch das gemeinschaftsweite Einheitsrecht geregelt ist (Art 8 Abs 2 Rom II)<sup>258</sup>).

Mit der Etablierung einer Sonderanknüpfung für Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>259</sup> trägt der Ordnungsgeber der einhellig vertretenen Auffassung Rechnung, wonach die allgemeine Deliktsanknüpfung, wie sie Art 4 Rom II vorsieht, für Verletzungen von Immaterialgüterrechten nicht sachgerecht erscheint<sup>260</sup>. Der Grund dafür liegt zuvorderst in der Natur der Immaterialgüterrechte als Vermögensrechte, die nur Bestand haben, wenn und solange sie von der Rechtsordnung einem bestimmten Rechtssubjekt in einem bestimmten Umfang zugeordnet werden<sup>261</sup>. Gerade bei *Patentrechten* tritt dies eindrücklich zutage: Ohne den staatlichen Hoheitsakt „Patenterteilung“ erlangt der Inhaber kein alleiniges Benutzungsrecht, insb kein Ausschließungsrecht<sup>262</sup>. Nach verbreiteter Ansicht<sup>263</sup> werden Immaterialgüterrechte überhaupt erst durch spezielle Gesetze geschaffen. Bei *Urheberrechten*, die nahezu weltweit<sup>264</sup> ohne staatlichen Verleihungsakt, sondern nur durch den Schöpfungsvorgang an sich entstehen<sup>265</sup>, ist dies freilich weniger selbstverständlich

als bei gewerblichen Schutzrechten, die weitgehend einem Formerfordernis unterliegen<sup>266</sup> und damit typischerweise staatlicher Mitwirkung bedürfen.

Während ernstzunehmende Stimmen der Lehre<sup>267</sup> deshalb mit durchaus guten Gründen fordern, die beschriebene Unterschiedlichkeit von Urheberrechten gegenüber anderen Immaterialgüterrechten müsse auch in der kollisionsrechtlichen Beurteilung ihren Niederschlag finden<sup>268</sup>, normiert Art 8 Rom II (in Einklang mit der schon bisher überwiegend vertretenen Meinung) eine *einheitliche* Anknüpfung *aller* von ihrem sachlichen Anwendungsbereich erfassten Immaterialgüterrechtsverletzungen nach dem Schutzlandprinzip<sup>269</sup>.

Man mag der Gleichschaltung von Urheber- und anderen Immaterialgüterrechten kritisch gegenüberstehen<sup>270</sup> oder nicht<sup>271</sup>, jedenfalls ein<sup>272</sup>) kon-

schiedene Vorteile und Erleichterungen wie zB den prima facie Beweis der Gültigkeit des Copyrights mit sich. Vgl auch *Dillenz*, Internationales Urheberrecht in Zeiten der Europäischen Union, JBl 1995, 351, 356.

<sup>266</sup>) Vgl *Wandtke* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 44.

<sup>267</sup>) *Schack*, Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht (1979) 341 ff, 380 ff; *ders*, Urheber- und Urhebervertragsrecht (1997) 798 ff; ebenso *Wandtke* in *Wandtke/Bullinger* (FN 266) Vor §§ 120 ff Rz 11; *Von Welser*, Zum Urheberkollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Sendungen, IPRAx 2003, 440, 441; ferner *Obergfell*, Das Schutzlandprinzip und ‚Rom II‘, IPRAx 2005, 9, 13. Gegen *Schack* explizit *Schricker* in dessen Rezension, JZ 1998, 671, 672: „*beschwerliche Utopie*“.

<sup>268</sup>) Insb die erste Inhaberschaft am Urheberrecht sowie die urheberrechtliche Verfügung sollten nach Ansicht der Vertreter des Universalitätsprinzips (vgl zuvor FN 267) nach der *lex loci originis*, also nach dem Recht des Ursprungslandes angeknüpft werden.

<sup>269</sup>) Ausführlich zum Schutzlandprinzip etwa *Kotthoff* in *Dreier/Kotthoff/Meckel*, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht (2004) § 120 Rz 7 ff sowie *Fezer* in *Fezer*, Markenrecht<sup>3</sup> (2001) Rz 168 ff.

<sup>270</sup>) Wie insbesondere *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht, MMR 2000, 59, 63 sowie die Nachweise zuvor in FN 267.

<sup>271</sup>) Vgl etwa *Basedow/Metzger* (FN 258) 158, die es für verfehlt hielten, „nunmehr auf europäischer Ebene einen Sonderweg im internationalen Urheberrecht einzuschlagen.“

<sup>272</sup>) Zu darüber hinaus im Raum stehenden europarechtlichen Bedenken gegen das Schutzlandprinzip vgl etwa *Schaub*, Die Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts in Deutschland und das europäische Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 66 (2002) 16, 50 f. Zur Milderung der denkbaren Beschränkungen des freien Warenverkehrs infolge Anwendung des Schutzlandprinzips siehe etwa *Drexel* in MüKO XI<sup>4</sup> (FN 258) Rz 96 (europäischer Erschöpfungsgrundsatz).

Zu spezifischen Bedenken gegen eine Anwendung des Schutzlandprinzips innerhalb elektronischer Datennetze *Muth*, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (2000) 97 ff.

*Drexel* in MüKO XI<sup>4</sup> (FN 258) Rz 212 hält das Fehlen einer speziellen Regelung in diesem Bereich überhaupt für eine „empfindliche Lücke“ innerhalb der Rom II-Ver-

<sup>258</sup>) Dazu ausführlich *Tilman*, Gemeinschaftsmarke und Internationales Privatrecht, GRURInt 2001, 673 ff sowie *Drexel* in MüKO XI<sup>4</sup> (2006) Internationales Immaterialgüterrecht Rz 111 ff und *Basedow/Metzger*, Lex loci protectionis europea – Anmerkungen zu Art 8 des Vorschlags der EG-Kommission für eine „Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“ („Rom II“), FS Boguslavskij (2004) 153, 164 ff.

<sup>259</sup>) Siehe zu den maßgebenden Anknüpfungsgrundsätzen schon eingehend *Sandrock*, Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht, GRURInt 1985, 507, 512 ff.

<sup>260</sup>) Siehe für viele *Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht<sup>8</sup> § 11 Rz 44; ferner *Beier/Schricker/Ulmer*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), GRURInt 1985, 104 ff, 106.

<sup>261</sup>) So treffend *Schönherr*, Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, FS Troller (1976) 57, 62. Vgl auch *Enzinger*, Grenzenloses Firmenrecht – Auswirkungen des EU-Beitritts, ÖBl 1994, 99, 101: „Die territoriale Ausrichtung ist ein Charakteristikum der Immaterialgüterrechte.“

<sup>262</sup>) Vgl etwa *Mes*, Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz. Kommentar<sup>2</sup> (2005) § 9 PatG Rz 1.

<sup>263</sup>) Vgl etwa *Fritzsche* in *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I (2003) § 90 BGB Rz 19.

<sup>264</sup>) So etwa *Buchner*, Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, GRURInt 2005, 1004, 1005.

<sup>265</sup>) Vgl etwa *Wandtke* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 76. Anzumerken ist vollständigkeitshalber, dass auch in den USA trotz der dortigen Registrierungsmöglichkeit von Copyrights beim sog *Copyright Office* die Entstehung des Copyrights *nicht* von einer Registrierung abhängt. Eine Registrierung bringt aber ver-

krete Problem ergibt sich aus dem Schutzlandprinzip immer: Es führt zwingend zu einer *distriktiven Rechtsanwendung*<sup>273)</sup> im Bereich der (gebürdeten bei Immaterialgüterrechtsverletzungen häufigen) *Multistate-Sachverhalte*, wenn also der Kläger die Verletzung von Immaterialgüterrechten geltend macht, die ihm in mehreren Ländern zustehen würden und dort jeweils verletzt worden seien<sup>274)</sup>. Hier ist bei der rechtlichen Beurteilung unvermeidlich an so viele Rechtsordnungen anzuknüpfen, wie es Schutzländer gibt<sup>275)</sup>. Mit anderen Worten: Bei Divergenz zwischen *lex loci protectionis* und *lex fori* steht der Rechtsanwender infolge der durchzuführenden Mosaikbeurteilung vor mitunter erheblichen Problemen<sup>276)</sup>, welche allerdings nach bisheriger Rechtslage zumindest insoweit etwas gemildert werden, als die zahlreichen Staatsverträge auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts<sup>277)</sup> weitgehend dem Grundsatz der „Inländerbehandlung“<sup>(278)</sup> folgen<sup>279)</sup>, wonach ausländische Staatsangehörige (uneingeschränkt oder eingeschränkt) dieselben Rechte beanspruchen können, die eigenen Staatsangehörigen gewährt werden<sup>280)</sup>.

ordnung. Siehe ferner *Bechtold*, Multimedia und Urheberrecht – einige grundsätzliche Anmerkungen, GRUR 1998, 18, 22 f.

<sup>273)</sup> Vgl *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht, MMR 2000, 59, 64.

<sup>274)</sup> Vgl etwa OGH 4 Ob 125/93 („Adolf Loos-Werke II“) = GRURInt 1994, 638 = MR 1994, 26 (*M. Walter*); jüngst ebenso OGH 4 Ob 135/06s.

<sup>275)</sup> Vgl etwa OGH 4 Ob 238/03h sowie die Nachweise oben in FN 274. Anderes gilt im Bereich der europäischen Satellitensendung, weil dort Art 1 Abs 2 lit b der – gemäß Art 27 Rom II innerhalb ihres Geltungsbereichs jedenfalls anzuwendenden – SatellitenRL (93/83/EWG) jeweils zur Anwendung des Rechts eines Mitgliedstaates führt.

<sup>276)</sup> *Spickhoff* in *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III (2003) Art 40 EGBGB Rz 47 stellt etwa eine „geringe Praktikabilität der Mosaikbeurteilung“ fest. Für weitere kritische Literaturstimmen siehe schon oben FN 144. Gerade bei der in praxi besonders bedeutsamen Frage des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet stößt die Mosaikbetrachtung erkennbar an die Grenzen ihrer Handhabbarkeit – dazu *Basedow/Metzger* (FN 258) 163 f.

<sup>277)</sup> Vgl dazu die Übersicht bei *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 34 Vor Rz 1 sowie bei *Brandi-Dohrn/Brandi-Dohrn* in *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch des Internationalen Wirtschaftsrechts (2005) 439 Rz 9 ff.

<sup>278)</sup> Dazu (insbesondere vor dem Hintergrund der Revidierten Berner Übereinkunft [RBÜ]) *Nordemann*, Das Prinzip der Inländerbehandlung und der Begriff der „Werke der Literatur und Kunst“, GRURInt 1989, 615 ff.

<sup>279)</sup> Zu einer Auslegungskompetenz des EuGH zur strittigen – kollisionsrechtlichen Natur des Inländergrundsatzes, die sich auf die Vertragsparteieneigenschaft der EG an Immaterialgüterrechtsabkommen wie etwa dem TRIPS stützen kann, siehe *Drexel* in *MüKO XI*<sup>4</sup> (FN 258) Rz 65; *ders*, *Europarecht und Urheberkollisionsrecht*, FS A. Dietz (2001) 461, 475.

<sup>280)</sup> Für viele *Wandtke* in *Wandtke/Bullinger* (FN 265) Rz 77; vgl auch *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 146: „jeder Vertragsstaat behandelt damit die Angehörigen der anderen Vertragsstaaten ‚wie Inländer‘“.

Zwar büßen *einige*<sup>281)</sup> Staatsverträge nun zunächst infolge der Anordnung des Art 28 Abs 2 Rom II ihren nach bisheriger österr. Rechtslage „gewohnten“ Vorrang<sup>282)</sup> ein, indem sie zwischen den Mitgliedstaaten und innerhalb des kollisionsrechtlichen Regelungsbereichs der Verordnung<sup>283)</sup> verdrängt<sup>284)</sup> werden, bleiben allerdings – in unregelten Bereichen – als „Recht des Schutzlandes“ beachtlich, weil zu Letzterem anerkanntermaßen<sup>285)</sup> nicht nur die einschlägigen innerstaatlichen Sachnormen, sondern eben auch die verschiedenen Konventionsnormen gehören. *Anderer* Staatsverträge, namentlich die nicht ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten geschlossenen, bleiben gem Art 28 Abs 1 Rom II von der Verordnung überhaupt unberührt<sup>286)</sup>.

Unabhängig davon wird der Rechtsanwender künftig gegenüber der derzeitigen Rechtslage nach dem IPRG insofern entlastet, als im Anwendungsbereich der Verordnung gem Art 24 Rom II Rück- und Weiterverweisungen ausgeschlossen und daher nicht zu prüfen sind<sup>287)</sup>.

<sup>281)</sup> Zu denken ist beispielsweise an die Abkommen zwischen der Republik Österreich über den gegenseitigen urheberrechtlichen Schutz mit Frankreich (BGBl 1964/285) und Spanien (BGBl 1961/256), an die Abkommen zum Schutz von Herkunftsangaben, Ursprungsangaben und Benennungen landwirtschaftlicher und gewerblicher Erzeugnisse mit Frankreich (BGBl 1976/196 und 1976/240), Griechenland (BGBl 1972/378 und 1972/379), Italien (BGBl 1954/235 und 1972/378) usw.

<sup>282)</sup> Zum kollisionsrechtlichen Gehalt des Konventionsrechts schon *Ulmer*, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht (1975) 10 ff. Nach *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 146 blieb aufgrund der Vielzahl internationaler Abkommen bisher für innerstaatliches Kollisionsrecht „nur ein schmaler Anwendungsbereich“.

<sup>283)</sup> Eine Untersuchung dahingehend, inwieweit sich die Anwendungsbereiche von Konventionsrecht (einschließlich TRIPS, WCT und WPPT) und Rom II-Verordnung konkret überschneiden, muss hier aus Raumgründen unterbleiben.

Ebenso ist bei allem das Verhältnis der Verordnung zu gem Art 27 unbeschadet anwendbarem Gemeinschaftskollisionsrecht, wie zB zur SatellitenRL (FN 275) im Augenmerk zu behalten. Dazu *Dreier* in *Walter*, Europäisches Urheberrecht (2001) Art 1 Satelliten- und KabelRL Rz 7.

<sup>284)</sup> Für eine solche Verdrängung ist freilich erforderlich, dass die in Frage stehenden Übereinkommen *ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten geschlossen wurden* und kollisionsrechtliche Aspekte regeln, die in den Anwendungsbereich von Rom II fallen.

<sup>285)</sup> Vgl nur *Fezer* in *Fezer* (FN 269) Rz 174.

<sup>286)</sup> Dazu schon oben Kapitel B.II. Zu denken ist beispielsweise an das Welturheberrechtsabkommen (BGBl 1982/293), die Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (BGBl 1982/319 und 1985/133), die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (BGBl 1973/399 und 1984/384), den Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (BGBl 1979/384 und 1984/525 idF BGBl III 2002/132) usw.

<sup>287)</sup> Bei der bisherigen Kollisionsrechtslage im Anwendungsbereich von § 34 IPRG und der dazu ergangenen Judikatur (vgl FN 274) war dies hingegen nicht der Fall. Zum Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung siehe auch unten Kapitel H.I.



Besonders zu problematisieren ist die Frage nach der *Reichweite des Schutzlandprinzips*, wie es in Art 8 Abs 1 Rom II normiert wird: So sollen zumindest nach dessen Wortlaut keineswegs – wie dies etwa *Ulmer* schon vor mehr als 30 Jahren gefordert hatte<sup>288</sup>) – *sämtliche* Aspekte von Immaterialgüterrechten, also beginnend mit Fragen der Entstehung, über die Wirkung bis hin zum Erlöschen nach dem qua Art 8 Abs 1 Rom II berufenen Schutzlandrecht zu beurteilen sein, sondern vielmehr nur die spezifische Frage nach *Ansprüchen aus Immaterialgüterrechtsverletzungen*<sup>289</sup>). Anders als nach der bisherigen österr Kollisionsrechtslage<sup>290</sup>) wird also (mindestens nach dem Wortlaut) eine einzelne Teilfrage aus ihrem größeren Sachzusammenhang extrahiert<sup>291</sup>).

Während einerseits berechtigte Zweifel an der generellen Sinnhaftigkeit einer solchen „Sonderbehandlung“ bestehen<sup>292</sup>), ergibt sich dadurch andererseits das Problem der „Vorfrage“<sup>293</sup>), nach welchem Recht die *Anspruchsvoraussetzungen*, vorrangig naturgemäß Entstehung, Bestand und Inhalt des jeweiligen Immaterialgüterrechts zu beurteilen sind<sup>294</sup>).

In diesem Zusammenhang ist jene Auffassung speziell hervorzuheben, wonach die kollisionsrechtliche Bedeutung des Art 8 Rom II eher gering

einzuschätzen und im Gegenzug in Wahrheit eine *Verlagerung des eigentlichen Kernproblems*, nämlich der bei Immaterialgüterrechten typischerweise schwierigen Lokalisierung des Ortes der Verletzungshandlung von der Kollisionsrechts- auf die Sachrechtsebene zu erkennen sei<sup>295</sup>). Die kollisionsrechtliche Prüfung erschöpfe sich demnach in der Feststellung der Anwendbarkeit desjenigen Rechts, für dessen Gebiet der Kläger Schutz in Anspruch nehmen will. Ist diese Rechtsordnung einmal bestimmt, so sei nach ihrem *Sachrecht* zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Rechtsverletzung nach inländischem Sachrecht überhaupt vorliegen, denn der Schutz ist naturgemäß durch die inländische Immaterialgüterrechtsverletzung bedingt<sup>296</sup>) – eine Handlung, die im Ausland vorgenommen wurde und sich im Inland gar nicht auswirkt, kann niemals zu einem berechtigten Anspruch führen, zumal das inländische Immaterialgüterrecht seine Schutzwirkungen überhaupt nur innerhalb seines Geltungsbereiches entfalten kann<sup>297</sup>).

Kurzum: Die derzeitige Fassung des Art 8 Abs 1 Rom II ermöglicht es, die oft diffizile territoriale Lokalisierung des Schutzrechtseingriffs kollisionsrechtlich weitgehend offen zu lassen. In Anbetracht der höchst unterschiedlichen Ausgestaltung der jeweiligen nationalen Schutzrechte<sup>298</sup>) mag dies durchaus etwas für sich haben<sup>299</sup>), wenngleich sich insgesamt das Problem damit vielleicht nicht restlos lösen, sondern eben nur „verlagern“ wird.

Zustimmung<sup>300</sup>) verdient die gem Art 8 Abs 3 fehlende Möglichkeit einer Rechtswahl<sup>301</sup>), die

<sup>288</sup>) Vgl seinen Vorschlag für Regeln über Immaterialgüterrechte in einem Übereinkommen über das internationale Privatrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, abgedruckt in *Ulmer* (FN 282) 108 ff sowie in *RabelsZ* 40 (1976) 308 ff samt lezenswerten Repliken von *Neuhaus* (191 ff), *Drobnig* (195 ff) und *Martiny* (218 ff) sowie Duplik von *Ulmer* in *RabelsZ* 41 (1977) 479 ff.

<sup>289</sup>) *Basedow/Metzger* (FN 258) 162 leiten dessen ungeachtet eine umfassende Geltung des Schutzlandprinzips aus dem Wortlaut des Art 15 (Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts) ab. Demgegenüber sieht *Drexl* in *MüKO XI*<sup>4</sup> (FN 258) Rz 110 „in Bezug auf die gegenwärtige Fassung erheblichen Bedarf für klärende Stellungnahmen durch den EuGH.“

<sup>290</sup>) Vgl etwa *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 34 Rz 4: „Das Immaterialgüterrechtsstatut des § 34 umfasst *alle* Fragen des Entstehens [...], des Inhalts und des Erlöschens einschließlich des Schutzes von Immaterialgüterrechten.“ Hervorhebung nicht im Original.

<sup>291</sup>) Zu damit uU einher gehenden Problemen im Falle einer künftigen Harmonisierung des Urheberkollisionsrechts durch einen eigenen Gemeinschaftsrechtsakt siehe *Obergfell* (FN 267) 12.

<sup>292</sup>) Vgl *Beier/Schricker/Ulmer* (FN 260) 105: „Die isolierte Regelung [...] hängt daher gewissermaßen in der Luft.“

<sup>293</sup>) *Schwimann*, IPR<sup>3</sup>, 27 und 42 würde diese Frage wohl als (von der Vorfrage zu unterscheidende) „Erstfrage“ bezeichnen.

<sup>294</sup>) *Obergfell* (FN 267) 12 f warnt in diesem Zusammenhang davor, aus Art 11 (nunmehr Art 15) lit a und g ROM II abzuleiten, das in Art 8 verankerte Schutzlandprinzip sei auch für die Lösung der in der hiesigen FN 268 genannten Fragen ex lege maßgeblich. Die Entscheidung zugunsten des Schutzlandprinzips dürfte indes wohl auch im Bereich dieser Fragen bereits gefallen sein – ebenso *Basedow/Metzger* (FN 258) 162.

<sup>295</sup>) So *Buchner*, Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, GRURInt 2005, 1004, 1006. Siehe ferner *Kreuzer* in *MüKo-BGB*, Bd X: EGBGB (Art 1–46), Internationales Privatrecht<sup>3</sup> (1998) Nach Art 38 EGBGB Anh II Rz 26.

<sup>296</sup>) Vgl *Buchner* (FN 295): „Das Immaterialgüterrecht eines bestimmten Staates ist nur dann anwendbar, wenn die Verletzungshandlung in diesem Staat zu lokalisieren ist.“

<sup>297</sup>) Siehe etwa BGHZ 126, 252 = NJW 1994, 2888 = IPRax 1995, 227.

<sup>298</sup>) Vgl BVerfG vom 23.1.1990, 1 BvR 306/86 („Bob Dylan“) = GRUR 1990, 438 (441): „‘Flickenteppich‘ von auf das jeweilige Territorium beschränkten Systemen nationaler Schutzrechte“.

<sup>299</sup>) Nach *Basedow/Metzger* (FN 258) 159 spricht für den geschilderten Lösungsansatz auch der „Einklang mit der sachrechtlichen Territorialität der Immaterialgüterrechte.“

<sup>300</sup>) Anderes mag für den *vollständigen* Ausschluss der Rechtswahl im Spezialbereich der Gemeinschaftsschutzrechte (Art 8 Abs 2 Rom II) gelten, weil hier das Schutzlandprinzip nur dann torpediert werden würde, wenn das Recht eines Nicht-Mitgliedstaates gewählt würde, während gegen die Wahl eines Mitgliedstaatenrechtes per se nichts spricht – vgl auch *Hausmann*, Die Verletzung gewerblicher Schutzrechte im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht, EULF 2003, 278, 287.

<sup>301</sup>) Demgegenüber hatte das Europäische Parlament noch in seinem *Draft Report* vom 29.3.2005 (2003/0168(COD)), Änderungsvorschlag 22, explizit ausgeführt,



das Territorialitätsprinzip nur ad absurdum führen könnte<sup>302</sup>). Ebenso muss in diesem Kontext außer Frage stehen, dass auch eine objektive Anknüpfung nach Art 4 im Anwendungsbereich von Art 8 Abs 1 Rom II<sup>303</sup>) nicht in Betracht kommt<sup>304</sup>).

### 7. Arbeitskämpfmaßnahmen

Eine weitere Sonderkollisionsnorm enthält Art 9 Rom II betreffend die Haftung für Schäden aus Arbeitskämpfmaßnahmen (Streik, Aussperrung etc). Sie umfasst sowohl die individuelle Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als auch die Haftung der ihre Interessen vertretenden Organisationen, insbesondere Gewerkschaften. Die Anknüpfung selbst weicht von Art 4 Abs 1 Rom II grundsätzlich ab, indem sie an den Handlungsort, konkret: an den Ort anknüpft, „in dem die Arbeitskämpfmaßnahme erfolgen soll oder erfolgt ist“<sup>305</sup>). Vorbehalten bleibt hingegen Art 4 Abs 2 Rom II, sodass ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt als Anknüpfungspunkt dem Handlungsort vorgeht<sup>306</sup>). Eine dem Art 4 Abs 3 Rom II vergleichbare Ausweichklausel kennt Art 9 Rom II nicht, die Anknüpfung erfolgt starr.

## II. Allgemeine Regeln mit besonderer Bedeutung im Deliktsrecht

### 1. Sicherheits- und Verhaltensregeln

Abweichend von der Anknüpfung deliktischer Ansprüche, insb von der Erfolgsortregel des Art 4 Abs 1 Rom II, sollen die am Ort und zur Zeit des haftungsbegründenden Ereignisses geltenden „Sicherheits- und Verhaltensregeln“ bei der Beurteilung des Verhaltens der in die Haftung genomme-

nen Person *berücksichtigt* werden<sup>307</sup>). Die Regelung entspricht im Grundsatz Art 7 HStVÜ<sup>308</sup>), aber auch der bisher geltenden österr Kollisionsrechtslage<sup>309</sup>).

Eine Berücksichtigung ist keine Anwendung<sup>310</sup>), was auch dadurch deutlich wird, dass sie nur „faktisch“ und nur insoweit stattfindet, als dies „angemessen“ erscheint<sup>311</sup>). Unangemessen wäre insb eine Beurteilung eines Verhaltens nach den unter Umständen wesentlich schärferen Handlungsmaßstäben, die im Zeitpunkt eines späteren haftungsbegründenden Ereignisses gelten. Der Deutsche Rat für IPR<sup>312</sup>) zitiert in dem Zusammenhang das Beispiel eines Produkts, das zwar im Zeitpunkt seines Inverkehrbringens, nicht aber im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses den geltenden Standards entspricht.

Art 17 Rom II bezieht sich nur auf Sicherheits- und Verhaltensregeln, die das Verhalten der in Anspruch genommenen Person, nicht aber das des Geschädigten (zB Pflichten zur Schadensabwendung und -minderung) betreffen. Hier bleibt es grundsätzlich bei der Anwendung der Regeln am Erfolgsort nach Art 4 Abs 1 Rom II, was für den Normalfall auch angemessen erscheint.

### 2. Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer

Die Direktklage ermöglicht es dem Geschädigten, seinen Schadenersatzanspruch unmittelbar gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers geltend zu machen. Modellcharakter kommt der Direktklage in der Kfz-Haftpflichtversicherung zu, die europarechtlich garantiert<sup>313</sup>) und in

dass keine Gründe dafür ersichtlich seien, nachträgliche Rechtswahlvereinbarungen nicht auch in diesem Bereich zuzulassen.

<sup>302</sup>) Es wäre nicht einsichtig, warum trotz des allgemeinen Credo der strengen territorialen Gebundenheit von Immaterialgüterrechten gerade die Parteien frei über das anwendbare Recht disponieren können sollten. Vgl aus der Rsp nur BGH vom 2.10.1997, I ZR 88/95 („Spielbankaffaire“) = GRUR Int 1998, 427 = MMR 1998, 35.

<sup>303</sup>) Im Bereich des Art 8 Abs 2 Rom II (Gemeinschaftsschutzrechte) spräche wiederum (vgl auch zuvor FN 300) manches für eine Abänderung der gegenwärtigen Fassung dahingehend, dass die akzessorische Anknüpfung gem Art 4 Abs 3 Rom II zu ermöglichen wäre; siehe dazu *Basedow/Metzger* (FN 258) 170.

<sup>304</sup>) So auch *Basedow/Metzger* (FN 258) 161. Desgleichen ist nach *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 41 „die Maßgeblichkeit der *lex loci protectionis* zwingend und ausschließlich“. *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht, MMR 2000, 59, 61 meint sogar: „Die immaterialgüterrechtliche *lex loci protectionis* dagegen steht unverrückbar fest; über sie können die Parteien ebenso wenig disponieren wie über die *lex rei sitae*“.

<sup>305</sup>) So wörtlich Art 9 Rom II.

<sup>306</sup>) Arg „unbeschadet des Artikels 4 Absatz 2 [...]“.

<sup>307</sup>) Art 17 Rom II; besondere Bedeutung dürfte der Vorschrift im Bereich der Umwelthaftung (Art 7) zukommen; vgl auch die Erläuterungen im Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 22.

<sup>308</sup>) Oben FN 38.

<sup>309</sup>) Siehe nur *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 18 und 33.

<sup>310</sup>) Vgl *Symeonides*, Tort Conflicts 943; Bedenken hinsichtlich der vereinheitlichenden Wirkung der Vorschrift bei *Staudinger*, Internationale Verkehrsunfälle 449.

<sup>311</sup>) Siehe Art 17 Rom II; zur Frage, ob diese Ausnahme nur zugunsten des Schädigers oder auch zugunsten des Geschädigten ausschlagen kann, *Symeonides*, Tort Conflicts 943.

<sup>312</sup>) Vgl die Stellungnahme der 2. Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht vom 1.9.2002 zum Vorentwurf der Kommission zu Rom II, 51 f. Die Stellungnahme ist abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_ii/deutscher\\_rat\\_internat\\_privatrecht\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/deutscher_rat_internat_privatrecht_de.pdf).

<sup>313</sup>) Vgl Art 3 der Richtlinie 2000/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.5.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG des Rates (*Vierte Kfz-Haftpflicht-Richtlinie*), ABl 2000 L 181/65 sowie Art 4 Nr 4 der Richtlinie 2005/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 zur Änderung der Richtlinien 72/166/EWG, 84/5/EWG, 88/357/EWG und 90/232/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2000/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Kraftfahrzeug-Haftpflicht-

Österreich durch § 26 S 1 KHVG<sup>314</sup>) eröffnet wird. Ein Direktklagerecht kennen aber auch § 24 AtomHG, § 166 LuftfahrtG und wohl auch § 20 Abs 5 Nr 2 WAG. Wichtiger noch ist, dass andere (europäische) Staaten die Direktklage des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer zum Grundsatz erhoben haben, sei es beschränkt auf Pflichtversicherungen, sei es für alle Haftpflichtversicherungen<sup>315</sup>).

Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Direktklage ist seit jeher umstritten, weil sie am Schnittpunkt von Delikts- und Versicherungsvertragsstatut liegt<sup>316</sup>). In Österreich hat Art 9 HStVÜ für den wichtigsten Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung durch eine den Geschädigten begünstigende Anknüpfungsleiter eine Detailregelung gebracht<sup>317</sup>). Für alle anderen Direktklagerechte aber fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung. Art 18 Rom II regelt nunmehr die Anknüpfung der Direktklage ganz allgemein und bedient sich der den Geschädigten begünstigenden Alternativanknüpfung, wonach ein Direktklagerecht besteht, wenn das Versicherungsvertragsstatut oder das auf das außervertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht, insbesondere also das Deliktsstatut, ein solches kennen<sup>318</sup>).

Für die Direktklagerechte nach österr Recht wird die Regelung allerdings weitgehend unerheblich bleiben. In der Kfz-Haftpflichtversicherung (§ 26 KHVG) geht nämlich Art 9 HStVÜ dem Art 18 Rom II vor<sup>319</sup>). Für § 24 AtomHG fehlt es zwar an einer ausdrücklichen Kollisionsnorm im österr IPR, doch ist die Atomhaftung insgesamt vom Geltungsbereich von Rom II ausgenommen<sup>320</sup>). Damit kann auch die Regelung über das Direktklagerecht nicht greifen. Der österr Gesetzgeber sollte diese Lücke naheliegender Weise

schließen. Vor österr Gerichten wird Art 18 Rom II daher mit Blick auf § 166 LuftfahrtG sowie (wohl) § 20 Abs 5 Nr 2 WAG, vor allem aber dann relevant, wenn Geschädigte ein nach ausländischem Recht (insb nach einem ausländischen Deliktsstatut) gewährtes Direktklagerecht gegen einen österr Versicherer geltend machen.

### 3. Gesetzlicher Forderungsübergang

Auch die Vorschrift über den „gesetzlichen Forderungsübergang“ in Art 19 Rom II ist in ihrem Anwendungsbereich nicht auf das Deliktsrecht beschränkt, doch spielt sie hier wegen der gängigen Legalzession deliktischer Ansprüche des Geschädigten an den leistenden Schadensversicherer<sup>321</sup>) (vgl § 67 VersVG) eine besondere Rolle.

Das kollisionsrechtliche Problem liegt dabei im Vorhandensein zweier für die Anknüpfung des Forderungsübergangs in Frage kommender Statute: Das Statut der abgetretenen Forderung (also das Statut der außervertraglichen Forderung, die im Wege der Legalzession übergeht, zB das Deliktsstatut) und das Zessionsgrundstatut (also das Statut, auf dessen Grundlage der Zessionar den Gläubiger der außervertraglichen Forderung befriedigt, zB das Versicherungsvertragsstatut).

Art 19 Rom II stellt klar, dass das Zessionsgrundstatut darüber entscheidet, „ob und in welchem Umfang“ eine außervertragliche Forderung auf einen leistenden Dritten übergeht. Damit entscheidet in den typischen Fällen das Versicherungsvertragsstatut über die Frage der Legalzession von außervertraglichen Ansprüchen des befriedigten Geschädigten. Wichtig ist, dass das Zessionsgrundstatut nur über das *Ob* und den *Umfang* der Legalzession entscheidet. Der solcherart übergegangene Anspruch aber bleibt die ursprüngliche außervertragliche Forderung und unterliegt auch weiterhin seinem, den Regeln von Rom II folgenden Statut.

Fraglich kann bei allem die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Art 19 Rom II zum geltenden Art 13 Abs 1 EVÜ und womöglich künftigen Art 14 Rom I sein. Dazu gilt es Folgendes zu bedenken: Art 19 Rom II stellt explizit nur auf den Übergang *außervertraglicher* Ansprüche ab, während sich die Art 13 Abs 1 EVÜ bzw Art 14 Rom I-Vorschlag – dazu komplementär – auf den Übergang *vertraglicher* Ansprüche beschränken. Der Anwendungsbereich dieser Kollisionsnormen wird also anhand der Art der zedierten Forderung abgegrenzt. Aus praktischer Sicht kommt hinzu, dass die Anknüpfungen in Art 13 Abs 1 EVÜ, Art 14 Rom I-Vorschlag und Art 19 Rom II ohnehin zum selben Ergebnis führen. Allerdings wäre dann auch eine möglichst gleichlautende Formulierung wünschenswert. Dies ist derzeit nur im Vergleich von Art 19 Rom II zu Art 13 Abs 1 EVÜ, nicht aber zu Art 14 Rom I-Vorschlag der Fall.

versicherung (*Fünfte Kfz-Haftpflicht-Richtlinie*), ABl 2005 L 149/14, der einen neuen Art 4d in der Richtlinie 90/232/EWG des Rates vom 14.5.1990 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Kfz-Haftpflichtversicherung (*Dritte Kfz-Haftpflicht-Richtlinie*), ABl 1990 L 129/33, einführte.

<sup>314</sup>) Vgl die Übersicht zur dazu ergangenen österr Judikatur samt weiterführenden Literaturnachweisen bei *Grubmann*, KHVG – Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz<sup>2</sup> (2005) 90 ff.

<sup>315</sup>) Überblick bei *Heiss/Kosma*, Die Direktklage des Geschädigten im europäischen Versicherungsrecht, FS Wansink (2006) 275 ff; siehe für Deutschland § 115 VVG 2008, der ein Direktklagerecht bei allen Pflichtversicherungen einräumt; siehe ferner für die Schweiz Art 74 Vorentwurf-VVG vom 31.7.2006, der ein allgemeines Direktklagerecht des Geschädigten einführen will; hierzu *Heiss*, Der Vorentwurf einer „Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG)“ im Lichte der europäischen Entwicklungen, HAVE 2007, 1 (17 f).

<sup>316</sup>) Siehe nur *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 63.

<sup>317</sup>) Siehe Art 9 HStVÜ mit Rechtsprechungsübersicht bei *Heiss/Lorenz*, VersVG<sup>2</sup> (1996) 523 ff.

<sup>318</sup>) Vgl insofern Art 40 Abs 4 EGBGB.

<sup>319</sup>) Zum Vorrang schon oben Kapitel B.II.

<sup>320</sup>) Siehe Art 1 Abs 2 lit f Rom II; hierzu schon Kapitel C.II.4.

<sup>321</sup>) Dazu etwa *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995) 324 ff.

#### 4. Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretung

Rom II lässt die rechtsgeschäftliche Abtretung weitestgehend unregelt. Lediglich Art 15 lit e Rom II nimmt auf eine Abtretung Bezug und unterwirft die Frage der Übertragbarkeit dem Statut der zedierten (außervertraglichen) Forderung. Dabei ist es durchaus möglich, dass etwa ein Geschädigter seine deliktischen Ansprüche verkauft und zediert.

Das Hamburger Max-Planck-Institut hat vor diesem Hintergrund im Rechtssetzungsverfahren eine Regelung angemahnt<sup>322</sup>), die inhaltlich dem Art 13 Rom I-Vorschlag<sup>323</sup>) entsprechen sollte. Wenngleich der Forderung des Max-Planck-Instituts uneingeschränkt beizupflichten ist, wird man auch ohne spezielle Regelung in Rom II zu denselben Ergebnissen gelangen. So unterliegt das Verpflichtungsgeschäft (zB der Forderungskauf) wegen seines vertraglichen Charakters ohnehin dem EVÜ bzw dem Rom I-Vorschlag<sup>324</sup>). Unregelt bleibt damit die Zession als Verfügungsgeschäft, ihre Wirkungen im Verhältnis von Zessionar und Schuldner sowie ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten. Diese Lücke wird man im Wege der Analogie zu Art 12 EVÜ bzw nach seinem Inkrafttreten durch analoge Anwendung von Art 13 Rom I zu schließen haben. Demnach sind Schutz-, insb Publizitätsvorschriften<sup>325</sup>) zugunsten Dritter (Gläubiger) gesondert an den gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten anzuknüpfen<sup>326</sup>).

#### 5. Mehrheit von Schuldner

Art 20 Rom II regelt das auf den Innenausgleich mehrerer, für dieselbe Schuld haftender Schuldner anwendbare Recht. Dieses folgt dem Recht, welches auf dasjenige außervertragliche Schuldverhältnis anzuwenden ist, aufgrund dessen der den Gläubiger befriedigende Schuldner seine Leistung erbringt. Damit weicht die Vorschrift von der Parallelvorschrift des Rom I-Vorschlags<sup>327</sup>) und auch vom (Änderungs-)Vorschlag des Max-Planck-Instituts<sup>328</sup>) ab. Nach beiden kann sich jeder Schuldner auf solche speziellen Vorschriften des auf seine

außervertragliche Verpflichtung anwendbaren Rechts gegenüber seinen Mitschuldnern berufen, die ihn vor Haftungsklagen schützen.

### III. Culpa in Contrahendo

#### 1. Qualifikationsfragen

Nachdem der EuGH in einem Fall vorvertraglicher Haftung diese unter verfahrensrechtlichem Blickwinkel *delikts-* und nicht *vertragsrechtlich* qualifiziert hatte<sup>329</sup>), war die Frage auch für das internationale Privatrecht neu gestellt. Im Sinne eines Gleichlaufs von internationalem Verfahrens- und Privatrecht schlug die Kommission vor, die *cic* aus dem Anwendungsbereich einer künftigen Rom I-Verordnung auszunehmen und als deliktische Rechtsverhältnisse Rom II zu unterstellen<sup>330</sup>). Diese pauschale Unterstellung aller *cic*-Tatbestände unter die Anknüpfungsregeln für Delikte wäre freilich der durchaus heterogenen Natur der Einzelatbestände vorvertraglicher Haftung nicht gerecht geworden<sup>331</sup>). Während nämlich *cic*-Tatbestände, welche die Integritätsinteressen des Vertragsverhandlungspartners schützen (*Schutz- und Obhutspflichten*), dem *Deliktsrecht* nahe stehen, verhält es sich bei anderen, die Vertragsinteressen betreffenden Tatbeständen (*Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten sowie die Haftung für den Abbruch von Vertragsverhandlungen*), genau umgekehrt; sie stehen dem *Vertragsrecht* nahe. Rom II greift dieses Abgrenzungsproblem auf und differenziert: Dem Deliktsrecht nahestehende Tatbestände (*Schutz- und Obhutspflichten*) sollen in ihrer kollisionsrechtlichen Bewertung den Regeln über das Deliktsstatut folgen<sup>332</sup>) und nur vertragsnahe Tatbestände der besonderen Anknüpfung des Art 12 Rom II unterliegen. In diesem Sinne erwähnen die Erwägungsgründe<sup>333</sup>) als Beispiele für Art 12 Rom II unterliegende *cic*-Tatbestände die schon angeführten „*Offenlegungspflichten*“ und den „*Abbruch von Vertragsverhandlungen*“.

Nicht genannt wird die Haftung für nichtige bzw durch Anfechtung vernichtete Vertragsversprechen, etwa die *Haftung auf das Vertrauensinteresse wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung* nach § 878 S 3 ABGB. Wer hier den Haftungsgrund in einem vorvertraglichen Versäumnis zur Aufklärung des Vertragsverhandlungspartners über die Unmöglichkeit, die versprochene Leistung zu erbringen, sieht, wird geneigt sein, auch diese Haftung Art 12 Rom II zu unterstellen. Wer

<sup>322</sup>) Vgl *Hamburg Group for Private International Law*, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *RebelsZ* 67 (2003) 1, 47.

<sup>323</sup>) Oben FN 11. Hierzu *Heiss*, Die Vergemeinschaftung 765.

<sup>324</sup>) Vgl Art 13 Abs 1 Rom I-Vorschlag (FN 11).

<sup>325</sup>) Insofern kann es auch keine Alternativanknüpfung der Formfrage geben, wie sie § 8 IPRG, Art 9 EVÜ und auch Art 21 Rom II kennen. Art 21 Rom II passt auf die Zession ohnehin nicht, weil er nur „einseitige“ Rechtshandlungen erfasst.

<sup>326</sup>) Zur Anknüpfung der Forderungszession siehe *B. Lorenz* in *Czernich/Heiss* Art 12 Rz 19 ff (Schuldnerschutz), 30 ff (Verfügungsgeschäft) und 46 ff (Drittwirkungen der Zession). AA *Schwimmann*, Internationales Privatrecht 127 mwN.

<sup>327</sup>) Siehe Art 15 Abs 2 Rom I-Vorschlag (FN 11).

<sup>328</sup>) Vgl die Stellungnahme der *Hamburg Group for Private International Law* (FN 322) 48 f.

<sup>329</sup>) Siehe EuGH Rs C-334/00, *Tacconi/Heinrich Wagner*, Slg 2002 I-7357; dazu etwa *Mankowski*, Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, *IPRax* 2003, 127 ff; *Schmidt-Kessel*, Zur „culpa in contrahendo“ im Gemeinschaftsprivatrecht, *ZEuP* 2004, 1019 ff sowie die Anmerkung von *Volken*, *SZIER* 2004, 637 ff.

<sup>330</sup>) Siehe Art 1 Abs 2 lit i Rom I-Vorschlag (FN 11) und die Begründung hierzu in KOM (2005) 650 endg, 5.

<sup>331</sup>) Siehe die Kritik bei *Heiss*, *JBl* 2006, 750, 756.

<sup>332</sup>) Siehe Erwägungsgrund 30 Rom II.

<sup>333</sup>) Siehe vorige FN 332.

demgegenüber den Haftungsgrund im (wenngleich nichtigen oder anfechtbaren) Vertragsversprechen sieht, sodass sich die Haftung als eine Restwirkung des nichtigen oder vernichteten Vertrags darstellt, wird die Haftung zu den Folgen der Nichtigkeit eines Vertrags zählen und damit gemäß Art 10 Abs 1 lit e EVÜ bzw Art 11 Abs 1 lit c Rom I-Vorschlag dem nach dem EVÜ bzw dem Rom I-Vorschlag zu bestimmenden Vertragsstatut unterstellen. Relevant wird diese Abgrenzungsproblematik allerdings nicht, weil – wie sogleich ausgeführt wird – Art 12 Rom II die *cic* regelmäßig und im Falle des § 878 S 3 ABGB immer vertragsakzessorisch anknüpft. Damit erübrigt sich auch die im Verhältnis von EVÜ zu Rom II durchaus schwierige *Vorrangfrage*: Art 20 EVÜ lässt nämlich gemeinschaftsrechtliche Regelungen generell vorgehen. Rom II räumt jedoch seinerseits internationalen Abkommen Vorrang ein, die nicht ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten geschlossen wurden<sup>334</sup>). Um ein solches Übereinkommen handelt es sich beim EVÜ, weil Mitgliedstaaten im Sinne von Rom II alle EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark sind<sup>335</sup>). Dänemark ist aber Vertragsstaat des EVÜ. Ob dieses sinnwidrige Ergebnis durch korrigierende Auslegung von Art 28 Rom II zu bereinigen wäre, braucht angesichts der Ergebnisgleichheit von Art 12 Rom II und Art 10 Abs 1 lit e EVÜ nicht entschieden zu werden.

## 2. Vorvertragliche Deliktstatbestände

Vorvertragliche Deliktstatbestände unterliegen nach Art 4 Abs 1 Rom II dem Recht am Ort des Schadenseintritts, es sei denn, die Parteien hätten einen gemeinsam gewöhnlichen Aufenthaltsort, der als Anknüpfungspunkt nach Art 4 Abs 2 Rom II Vorrang genießt. In Frage kommt auch eine akzessorische Anknüpfung im Wege der Ausweichklausel des Art 4 Abs 3 Rom II. Doch ist an eine *vertragsakzessorische* Anknüpfung wohl nicht gedacht. Art 4 Abs 3 Rom II setzt nämlich ausdrücklich ein „*bereits bestehendes*“ Rechtsverhältnis voraus. Zwar hatte die Kommission in ihren Erläuterungen zum Verordnungsvorschlag, der dem nunmehrigen Art 4 Abs 3 Rom II zugrunde liegt, ausgeführt, der Text sei ausreichend flexibel, „um auch vor- oder nachvertragliche Beziehungen zu erfassen“<sup>336</sup>), doch weicht der Vorschlagstext vom Verordnungstext in einem entscheidenden Punkt ab: Art 3 Abs 3 Rom II-Vorschlag sprach nur von einem „bestehenden Rechtsverhältnis“, wohingegen Art 4 Abs 3 Rom II von einem „*bereits bestehenden* Rechtsverhältnis“ spricht. Auch systematische Gründe sprechen gegen eine vertragsakzessorische Anknüpfung vorvertraglicher Deliktstatbestände. Die Spezialregelung in Art 12 Rom II mit ihrer vertragsakzessorischen Regelan-

knüpfung von vertragsnahen *cic*-Tatbeständen wäre überflüssig, würde man auch vorvertragliche Deliktstatbestände regelmäßig dem späteren bzw hypothetischen Vertragsstatut unterwerfen.

Nicht ausgeschlossen erscheint allerdings eine akzessorische Anknüpfung vorvertraglicher Deliktstatbestände an ein vorvertragliches Schuldverhältnis aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art 12 Rom II), welches ja im Sinne von Art 4 Abs 3 Rom II *bereits* besteht. Dies setzt allerdings voraus, dass ein Schadensereignis beide Tatbestände erfüllt, was angesichts der von Rom II gewollten Aufspaltung der Tatbestände die Ausnahme bleiben sollte. Vorstellbar sind jedoch Fälle, in denen Vertragsinteressen des Verhandlungspartners nicht nur im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses, sondern auch deliktisch geschützt werden. Zu denken wäre etwa an einen in Schädigungsabsicht erfolgenden Abbruch von Vertragsverhandlungen. Hier kommen neben den Ansprüchen aus einem Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch Ansprüche aus vorsätzlich sittenwidriger Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB in Frage. Solche Ansprüche würden infolge Art 4 Abs 3 Rom II akzessorisch an das vorvertragliche Schuldverhältnis und damit im Ergebnis über Art 12 Abs 1 Rom II vertragsakzessorisch anknüpft. Ein weiteres Beispiel stellt die in Schädigungsabsicht erfolgte Fehlinformation des Verhandlungspartners dar, die ebenfalls neben der Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen eine deliktische Haftung iSd § 1295 Abs 2 ABGB nach sich zieht.

## 3. Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Für die unter Art 12 Rom II fallenden *cic*-Tatbestände des „Verschuldens bei Vertragsverhandlungen“ etabliert Art 12 Abs 1 Rom II zunächst eine Regelanknüpfung, wonach die *cic* dem Vertragsstatut folgt<sup>337</sup>). Sollte der Vertrag nicht zustande gekommen sein, so folgt die vorvertragliche Haftung dem *hypothetischen* Vertragsstatut<sup>338</sup>). Der Ausschluss dieser Tatbestände aus dem Anwendungsbereich des EVÜ bzw der geplanten Rom I-Verordnung bringt zunächst also keine Rechtsänderung.

Eine Abweichung ergibt sich nur in jenen Fällen, in denen sich das tatsächliche oder das hypothetische Vertragsstatut nicht bestimmen lässt<sup>339</sup>). Zumindest das tatsächliche Vertragsstatut eines geschlossenen Vertrags ist aber immer bestimmbar, und auch bei einem im Verhandlungsstadium gebliebenen Vertrag ist die Unmöglichkeit der Bestimmung des hypothetischen Vertragsstatuts schwer vorstellbar. Vielleicht ist jener Fall gemeint, in dem die Vertragsverhandlungen vor ihrem Scheitern so weit gediehen waren, dass feststand, die Parteien wollten eine Rechtswahl treffen, welcher Art sie sein sollte, war aber noch völ-

<sup>334</sup>) Art 28 Rom II; dazu bereits ausführlich oben Kapitel B.II.

<sup>335</sup>) Siehe Art 1 Abs 4 Rom II.

<sup>336</sup>) Vgl den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 14.

<sup>337</sup>) Siehe Art 12 Abs 1 Alt 1 Rom II.

<sup>338</sup>) Siehe Art 12 Abs 1 Alt 2 Rom II.

<sup>339</sup>) Siehe Art 12 Abs 2 Rom II.

lig offen. Sollte ein solcher Fall eintreten, so etabliert Art 12 Abs 2 Rom II eine Ersatzanknüpfung, die sich an Art 4 der Verordnung orientiert: Primär wird auf den Ort des Schadenseintritts abgestellt<sup>340</sup>), wobei dieses Anknüpfungskriterium durch einen gegebenenfalls vorliegenden, gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt verdrängt wird<sup>341</sup>) und für beides im Wege einer Ausweichklausel die „offensichtlich engere Verbindung“<sup>342</sup>) beachtlich ist.

#### IV. Ungerechtfertigte Bereicherung

Art 10 Rom II umfasst alle Bereicherungsansprüche. Einer Definition enthält sich die Verordnung hingegen bewusst, um in Anbetracht der Vielfalt der in den nationalen Rechten auftauchenden Einzelausprägungen dem erkennenden Gericht einen ausreichenden Beurteilungsspielraum zur Verfügung zu stellen<sup>343</sup>). Die Absicht, Qualifikationsprobleme zu vermeiden, strahlt im Übrigen auch auf die Art der Anknüpfung bereicherungsrechtlicher Ansprüche aus. Durch den im Wege der akzessorischen, insb der vertragsakzessorischen Anknüpfung<sup>344</sup>) erreichten Gleichlauf mit dem Vertragsstatut wird ein drohender Konflikt mit Art 10 Abs 1 lit e EVÜ, der die Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Vertrages dem Vertragsstatut unterwirft, von vornherein vermieden<sup>345</sup>). Gleichzeitig wird damit das Ergebnis des Art 10 Abs 1 lit e EVÜ auch in Italien und im Vereinigten Königreich erzielt, die dieser Vorschrift gegenüber gemäß Art 22 EVÜ einen Vorbehalt erklärt haben<sup>346</sup>).

Für das österr Recht bedeutet dies zunächst, dass Leistungskonditionen von Art 10 Rom II erfasst sind. Fraglos untersteht auch der Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB dem Bereicherungsstatut. Für Ansprüche aus § 1042 ABGB könnte dies fraglich sein, weil die Kommission in ihrem Verordnungsvorschlag den Fall der Begleichung fremder Schulden zunächst ganz pauschal der GoA zuordnet<sup>347</sup>). Angezeigt wird indessen eine differenzierte Behandlung sein, je nach dem,

ob der Dritte im Interesse des Schuldners tätig wird oder nicht. Nur der zweite Fall untersteht nach wohl *hL*<sup>348</sup>) materiellrechtlich § 1042 ABGB, sodass die daraus folgenden Ansprüche dem Bereicherungsstatut des Art 10 Rom II unterfallen<sup>349</sup>).

Art 10 Abs 2 Rom II lässt das Bereicherungsstatut vorrangig dem Statut eines zwischen Bereicherungsgläubiger und -schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses folgen, wenn die ungerechtfertigte Bereicherung damit verknüpft ist<sup>350</sup>). Dabei geht es in der Regel (wenngleich nicht ausschließlich) um eine vertragsakzessorische Anknüpfung, sodass die Bestimmung insb *Leistungskonditionen* betrifft. Fehlt es an einer derartigen Verknüpfung mit einem bestehenden Rechtsverhältnis, was insb beim Verwendungsanspruch des § 1041 ABGB der Fall ist, so stellt Art 10 Abs 2 Rom II – anders als § 46 S 1 IPRG – zunächst auf einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Bereicherungsgläubiger und -schuldner ab. Erst wenn auch diese Anknüpfung scheidet, beruft Art 10 Abs 3 Rom II das Recht des Staates zur Anwendung, in dem die ungerechtfertigte Bereicherung eingetreten ist. Hier treffen sich Art 10 Rom II und § 46 IPRG wieder, doch macht Art 10 Abs 3 Rom II ebenso wenig wie § 46 S 1 IPRG deutlich, wie der Ort der Bereicherung im Einzelfall zu bestimmen ist.

Im Kommissionsvorschlag<sup>351</sup>) war lediglich davon die Rede, es handle sich um eine „klassische Kollisionsnorm“, die sich auch im Vorentwurf der *Groupe Européen de Droit International Privé*<sup>352</sup>) und im schweizerischen Recht finde<sup>353</sup>). In der schweizerischen Literatur zum einschlägigen Art 128 Abs 2 schwIPRG aber wird hervorgehoben, dass der Lokalisierung des Bereicherungseintritts etwas „Zufälliges“ anhafte und diese „weitgehend von Praktikabilitätsüberlegungen bestimmt“ sei<sup>354</sup>). Daraus folge eine Unterscheidung von Eingriffs- und sonstigen Nicht-Leistungskonditionen. Bei Eingriffskonditionen sei der Bereicherungseintritt in Abhängigkeit vom Rechtsgut zu lokalisieren, in das der Eingriff erfolgte<sup>355</sup>). Für

<sup>340</sup>) Siehe Art 12 Abs 2 lit a Rom II.

<sup>341</sup>) Siehe Art 12 Abs 2 lit b Rom II.

<sup>342</sup>) Siehe Art 12 Abs 2 lit c Rom II.

<sup>343</sup>) Siehe den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 23.

<sup>344</sup>) Vgl Art 10 Abs 1 Rom II.

<sup>345</sup>) So die Erläuterungen der Kommission zum Verordnungsvorschlag (FN 7) im Kontext der akzessorischen Anknüpfung deliktischer Ansprüche S 14; die Überlegung gilt aber ganz allgemein und auch für das Bereicherungsrecht.

<sup>346</sup>) Zum Vorbehalt Czernich in Czernich/Heiss Art 10 Rz 41; R. Wagner, Ein neuer Anlauf zur Vereinheitlichung des IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse auf EU-Ebene, EuZW 1999, 709, 713; zur Intention der Kommission, dieses Ergebnis zu erreichen, siehe die Erläuterungen in ihrem Verordnungsvorschlag aus 2003 (FN 7) 14.

<sup>347</sup>) Siehe den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 24.

<sup>348</sup>) Vgl Koziol in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB (2005) § 1042 Rz 1 mwN; aA Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1042 Rz 1.

<sup>349</sup>) Auch im geltenden Kollisionsrecht werden Ansprüche aus § 1042 ABGB dem Bereicherungsstatut unterstellt; vgl Verschraegen in Rummel<sup>3</sup> § 46 Rz 6.

<sup>350</sup>) Insofern vergleichbar: § 46 S 2 HS 1 IPRG.

<sup>351</sup>) Siehe die Erläuterungen der Kommission (FN 7) 24.

<sup>352</sup>) Abgedruckt in IPRax 1999, 286.

<sup>353</sup>) Vgl Art 128 Abs 2 schweizerisches IPRG.

<sup>354</sup>) So Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (2006) Rz 784. Ferner Keller/Kren Kostkiewicz in Girsberger/Heini/Keller et al, Zürcher Kommentar zum IPRG<sup>2</sup> (2004) Art 128 Rz 50 ff mwN.

<sup>355</sup>) Siehe Kneller in Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar – Internationales Privatrecht<sup>2</sup> (2007) Art 128 Rz 28 ff; weiters Schnyder/Liatowitsch (FN 354) Rz 785.

sonstige Nicht-Leistungskonditionen sei auf den Bereicherungseintritt abzustellen, was im Regelfall der „Wohnsitz bzw. Sitz der bereicherten Person“ sei<sup>356</sup>).

Damit erreicht das schweizerische IPR ein Ergebnis, das der österr Kasuistik zur Lokalisierung der Bereicherung nach § 46 S 1 IPRG zumindest nahe steht<sup>357</sup>). Die angeführte schweizerische Lehre deckt sich zugleich mit dem derzeit geltenden deutschen internationalen Bereicherungsrecht<sup>358</sup>). In der deutschen Literatur wird jedoch davon ausgegangen, dass die Anknüpfung an den Ort des Bereicherungseintritts nach Art 10 Abs 3 Rom II eine Anknüpfung von Eingriffskonditionen an die Belegenheit des betroffenen Rechtsguts nicht mehr zulasse<sup>359</sup>). Damit würde in der Regel auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Bereicherungsschuldners abgestellt. Insofern bleibt Diskussionsstoff und damit eine Quelle für Vorlagen an den EuGH.

Art 10 Rom II steht *gleichrangig* neben den Anknüpfungen deliktischer Ansprüche (Art 4 ff Rom II) sowie solcher aus *culpa in contrahendo* (Art 12 Rom II) und Geschäftsführung ohne Auftrag (Art 11 Rom II). Das im österr IPRG herrschende Rangverhältnis entfällt damit<sup>360</sup>). Außerdem kennt Rom II insgesamt und damit auch im Bereicherungskollisionsrecht keine Rück- und Weiterverweisungen<sup>361</sup>).

## V. Geschäftsführung ohne Auftrag

Die in Art 11 Rom II geregelte Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>362</sup>) etabliert eine Anknüpfungsleiter, an deren Beginn zumindest auf den ersten Blick die akzessorische<sup>363</sup>) Anknüpfung steht. Im Falle einer engen Verbindung zu einem anderen Rechtsverhältnis soll das darauf anwendbare Recht auch für die GoA maßgeblich sein. Allerdings stehen die

anderen von der Verordnung vorgesehenen Anknüpfungspunkte keineswegs gesamthaft „im Schatten“ dieser Akzessorietät. So muss bei Anwendung der Bestimmung wiederum die nach Art 14 Rom II beachtliche Parteiautonomie einerseits sowie die Ausweichklausel des Art 11 Abs 4 Rom II andererseits im Augenmerk behalten werden, wonach eine aus der Gesamtheit der Umstände offensichtlich werdende, engere Verbindung<sup>364</sup>) den sonstigen objektiven Anknüpfungspunkten vorgeht<sup>365</sup>). Innerhalb dieser beiden Durchbrechungen wird aus systematischen Gründen der subjektiven Anknüpfung der Vorrang vor der objektiven zukommen, sodass in Wahrheit die Akzessorietät erst bei Fehlen von wirksamer Rechtswahl und engerer Verbindung an dritter Stelle bedeutsam wird.

Wenn sich das anwendbare Recht über keinen dieser drei Anknüpfungspunkte ermitteln lässt<sup>366</sup>), soll der *gemeinsame* gewöhnliche Aufenthaltsstaat der Parteien im Zeitpunkt des Eintritts des schadenbegründenden Ereignisses<sup>367</sup>) den Ausschlag geben<sup>368</sup>). Dieser Lösungsansatz kann für sich beanspruchen, dass es nach ihm in vielen Fällen zur Anwendung der *lex propria in foro proprio*<sup>369</sup>) kommen wird. Auch ist zu begrüßen, dass in der

<sup>364</sup>) Zu betonen ist in diesem Zusammenhang neuerlich die Intention des Ordnungsgebers, nur wirkliche Ausnahmefälle zu erfassen. Ebenso *Benecke*, Auf dem Weg zu „Rom II“ 832. Im Übrigen siehe bereits oben FN 160.

<sup>365</sup>) Die Ausweichklausel entspricht im Ergebnis jener der allgemeinen Kollisionsnorm (Art 4 Abs 3 Rom II; vgl dazu oben Kapitel D.III.), wobei Letztere den Gehalt von Art 11 Absätze 1 und 4 in einem Absatz vereint. Durch die in Artikel 11 erfolgte „Zweiteilung“ wollte der Ordnungsgeber vermutlich die besondere Relevanz der Akzessorietät im Bereich der GoA zum Ausdruck bringen. An der Notwendigkeit einer solchen Herausstellung mag man aber Zweifel haben (ähnlich *Fuchs*, Zum Kommissionsvorschlag 103, die „Unübersichtlichkeit“ ortet, aA offenbar *Huber/Bach*, Die Rom II-Verordnung 80, nach denen durch die Differenzierung betont werde, dass es bei der akzessorischen Anknüpfung nicht um eine in richterlichem Ermessen stehende fakultative Auflockerung, sondern um eine zwingende Anknüpfung gehe; freilich steht sehr zu bezweifeln, ob es sich bei der Anknüpfung an die „offensichtlich engere Verbindung“ um eine handelt, deren Anwendung im reinen „Ermessen“ des Richters liegt. Tatsächlich ist sie wohl [bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen] trotz ihres unstrittigen Ausweich- bzw Berichtigungscharakters genauso „zwingender“ Natur wie die akzessorische Anknüpfung).

<sup>366</sup>) Die Nachrangigkeit des Art 11 Abs 2 Rom II gegenüber der akzessorischen Anknüpfung wird schon durch die Formulierung von dessen HS 1 deutlich. Insofern besteht ein essentieller Unterschied gegenüber der Anknüpfung an den gemeinsamen Aufenthaltsstaat nach Art 4 Abs 2 Rom II.

<sup>367</sup>) Im Sinne des Art 2 Abs 3 lit a Rom II wird freilich auch der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt in dem Zeitpunkt, in dem der Schadenseintritt bloß *wahrscheinlich* ist, als Anknüpfungspunkt genügen.

<sup>368</sup>) Siehe Art 11 Abs 2 Rom II.

<sup>369</sup>) Vgl die Stellungnahme der *Hamburg Group for Private International Law* (FN 139) 32.

<sup>356</sup>) Vgl *Schnyder/Liatowitsch* (FN 354) Rz 786.

<sup>357</sup>) Siehe nur die Fallbeispiele bei *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 46 Rz 11.

<sup>358</sup>) Siehe Art 38 Abs 2 EGBGB für Eingriffskonditionen und Art 38 Abs 3 EGBGB für sonstige Nicht-Leistungskonditionen.

<sup>359</sup>) ZB sieht *Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2006) 552 zwischen Art 10 Abs 3 Rom II und § 38 Abs 2 EGBGB eine „Abweichung“; deutlich auch *Benecke*, Auf dem Weg zu „Rom II“ 832; *Huber/Bach*, Die Rom II-Verordnung 81; im Ergebnis ebenso *Leible/Engel*, Der Vorschlag 14; sehr vorsichtig („... wenn man den Eingriffsort [Rechtsgutverletzungsort] mit dem Bereicherungsort gleichsetzt ...“) anders *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 46.

<sup>360</sup>) Siehe *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 46 Rz 12.

<sup>361</sup>) Siehe Art 24 Rom II sowie unten Kapitel H.I.; zur nur teilweisen Charakterisierung des § 46 IPRG als Sachnormverweisung *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 46 Rz 6 aE und 7.

<sup>362</sup>) Im Folgenden: GoA.

<sup>363</sup>) Gedacht ist hier ausdrücklich nicht nur an die „vertragsakzessorische“ (so aber *Fricke*, Kollisionsrecht im Umbruch, VersR 2005, 726, 741) Anknüpfung, sondern auch an die, die etwa einer unerlaubten Handlung folgt (vgl Art 11 Abs 1 Rom II: „wie einen Vertrag oder eine unerlaubte Handlung“).

nunmehrigen Regelung – entgegen dem Vorschlag aus dem Jahr 2003<sup>370</sup>) – bei fehlendem gemeinsamen Aufenthalt im selben Staat nicht mehr einseitig auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Geschäftsherrn abgestellt, sondern vielmehr das (idR neutrale<sup>371</sup>) und einfach zu ermittelnde<sup>372</sup>) Recht am Ort der Vornahme der Geschäftsführung<sup>373</sup>) zur Anwendung berufen wird<sup>374</sup>).

Trotz der deutlich im Lichte des Erfolgsortsprinzips<sup>375</sup>) stehenden Gesamtkonzeption von Rom II<sup>376</sup>) bringt Art 11 Abs 3 somit für die GoA als fünften Anknüpfungspunkt<sup>377</sup>) eine Abkehr von selbigem hin zum Handlungsort: Wenn Handlungs- und Erfolgsort der Geschäftsführung auseinanderfallen, weil etwa die Überweisung im Land X und die Tilgungswirkung im Land Y erfolgt, spricht jedenfalls der Wortlaut des Art 11 Abs 3 Rom II für den Ort der Vornahme, dh den Handlungsort<sup>378</sup>).

Im Bereich von Art 11 Abs 3 Rom II bleiben dem Rechtsanwender damit auch die Probleme erspart, die bereits mit Blick auf den Erfolgseintritt in mehreren Staaten<sup>379</sup>) erörtert wurden<sup>380</sup>). Bei einer Mehrzahl von Handlungsorten stellt sich das Problem allerdings umgekehrt, indem das Recht jedes einzelnen Handlungsortes für das daraus abgeleitete außervertragliche Schuldverhältnis maßgeb-

lich ist. Dies entspricht gewissermaßen einer „Mosaikbetrachtung der Handlungsorte“.

Im Vergleich zur bisherigen Kollisionsrechtslage fallen – abgesehen von der nun explizit vorgesehenen Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsstaat von Geschäftsführer und Geschäftsherrn – zunächst nicht besonders viele Unterschiedlichkeiten auf: Wie schon unter dem Regime des § 47 IPRG<sup>381</sup>) erfasst auch Art 11 Rom II unterschiedliche Fälle der GoA, insbesondere werden die sog *Nothilfefälle* nicht gesondert geregelt<sup>382</sup>). Neben Ansprüchen aus § 1043 ABGB unterliegen auch Ansprüche aus einer im Interesse des Schuldners erfolgenden Begleichung fremder Verbindlichkeiten Art 11 Rom II<sup>383</sup>).

Rom II regelt die Fälle der *Hilfeleistung auf hoher See*, also jener außervertraglichen Schuldverhältnisse, die ihren räumlichen Ursprung außerhalb staatlicher Hoheitsgewässer haben, nicht länger gesondert. Aus spezifisch österr Sicht mag dies weniger problematisch sein, aus europäischer Perspektive bleibt die Problematik dadurch vollinhaltlich aufrecht, dass einerseits der Anwendungsbereich der existierenden Abkommen<sup>384</sup>) beschränkt ist und andererseits die denkmöglichen Anknüpfungsansätze<sup>385</sup>) jeweils gute Gründe für sich ins Treffen führen könnten<sup>386</sup>). Das Hamburger Max-Planck-Institut hat demgegenüber in seiner Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag<sup>387</sup>) die Nichtregelung dieser Fälle in der Rom II-Verordnung im Wesentlichen mit dem Argument befürwortet, dass diese in der heutigen Zeit weitgehend in den vertraglich geregelten Bereich fallen würden und für die GoA folglich nur ein schmaler Anwendungsbereich verbliebe. Das Bedürfnis nach einer sachgerechten Lösung samt damit verbundener Rechtssicherheit vermag ein solcher Ansatz freilich nicht zu befriedigen. Denn wer, wenn nicht der europäische Gesetzgeber, sollte den vom Hamburger Institut mit Recht konstatierten „toten Punkt“ in der Diskussion überwinden?

Im Übrigen sollen (wie bisher) *sämtliche*<sup>388</sup>) Ansprüche aus GoA wie beispielsweise Aufwands-

<sup>370</sup>) Siehe Art 9 Abs 4 S 1 des Kommissionsvorschlags aus 2003 (FN 7).

<sup>371</sup>) Vgl für viele *Kreuzer*, Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21.5.1999, *RabelsZ* 65 (2001) 383, 411.

<sup>372</sup>) Siehe *Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht<sup>8</sup> § 11 Rz 8.

<sup>373</sup>) Vgl Art 11 Abs 3 Rom II.

<sup>374</sup>) Ebenso *Fricke*, *Kollisionsrecht im Umbruch*, *VersR* 2005, 726, 741, nach dem der vorangegangene Anknüpfungsvorschlag „eine klare kollisionsrechtliche Bevorzugung des Geschäftsherrn“ darstellte. AA *Huber/Bach*, Die Rom II-Verordnung 81: „Dies bereitet keine technischen Schwierigkeiten und ist auch aus rechtspolitischer Sicht nicht zu kritisieren.“

<sup>375</sup>) Vgl Art 4 Rom II und eingehend dazu oben Kapitel E.I.1.

<sup>376</sup>) Diese weitgehend in Frage stellend *Koziol/Thiede*, *Kritische Bemerkungen* 235, 242 ff.

<sup>377</sup>) Wie soeben gezeigt, gehen Rechtswahl (Art 14), akzessorische (Art 11 Abs 1), an den gemeinsamen Aufenthaltsort (Art 11 Abs 2) und im Ergebnis auch die berichtigende (Art 11 Abs 4) Anknüpfung vor, wenngleich die Letztere vom Rechtsanwender im Unterschied zu den anderen nicht im Wege eines „Vorrangs“ ieS, sondern eher im Sinne einer „Gegenprobe“ und damit am Schluss der kollisionsrechtlichen Beurteilung zu prüfen ist.

<sup>378</sup>) Siehe Art 11 Abs 3 HS 2 Rom II: „so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Geschäftsführung erfolgt ist.“ Hervorhebung nicht im Original.

<sup>379</sup>) Vgl dazu schon eingehend oben Kapitel E.I.1. und E.I.4.

<sup>380</sup>) Zu den verschiedenen kollisionsrechtlichen Ansätzen im Bereich der GoA vgl *Wandt*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (1989) 42 ff mwN; anschaulich auch *Hohloch*, *Neues IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse und des Sachenrechts*, *JuS* 2000, 1133, 1134.

<sup>381</sup>) Vgl *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup> § 47 Rz 2.

<sup>382</sup>) Demgegenüber sah Art 9 Abs 4 S 2 des Vorschlags aus 2003 (FN 7) noch eine entsprechende Sonderanknüpfung vor.

<sup>383</sup>) Vgl auch die Ausführungen im Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 24, wo die Begleichung fremder Schulden ausdrücklich als Fall der GoA qualifiziert wird; vgl auch oben Kapitel E.IV.

<sup>384</sup>) Siehe nur *Von Hoffmann/Thorn in Staudinger* (FN 180) Art 39 Rz 22 ff mwN.

<sup>385</sup>) In Frage kommen vorrangig naturgemäß das Heimatrecht des geretteten oder des rettenden Schiffes. Eine gemeinsame engste Verbindung scheidet in den (häufigen) Fällen verschiedener Flagge und verschiedener Heimathäfen aus.

<sup>386</sup>) Zuletzt hat sich *Fischer*, Die Neuregelung des Kollisionsrechts der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag im IPR-Reformgesetz von 1999, *IPRax* 2002, 1, 14 für eine Anknüpfung an den Heimathafen des geretteten Schiffes ausgesprochen.

<sup>387</sup>) Vgl (FN 139) 32.

<sup>388</sup>) Vgl *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup> § 47 Rz 2 aE.

Entlohnungs-, Herausgabe- und Schadenersatzansprüche von der Sonderanknüpfung erfasst werden. Abweichend von der bislang *hM*<sup>389</sup>) zu § 47 HS 1 IPRG werden allerdings im Anwendungsbereich von Rom II Rück- und Weiterverweisung schlechthin unbeachtlich sein<sup>390</sup>).

## F. Eingriffsnormen und ordre public

### I. Eingriffsnormen

Die Anwendung des nach Rom II berufenen Rechts wird, wie mittlerweile in modernen Kollisionsrechten üblich, von sog „Eingriffsnormen“ durchbrochen<sup>391</sup>). Dabei geht es um Vorschriften, die unabhängig vom ansonsten anwendbaren Recht stets, also (international) zwingend angewandt sein wollen<sup>392</sup>). Hierher gezählt werden zB kartellrechtliche Vorschriften<sup>393</sup>) und speziell im Deliktsrecht das Amtshaftungsrecht, welches aber ohnehin vom Anwendungsbereich von Rom II ausgenommen bleibt.

Der Begriff der „Eingriffsnorm“ ist der österr Kollisionsrechtslehre und -praxis seit langem geläufig und mit Erlass des BG über ein internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum (IVVG) 1993 auch in die österr Gesetzessprache eingeflossen<sup>394</sup>).

Eine zu Art 16 Rom II beinahe textgleiche Bestimmung enthält auch Art 7 Abs 2 EVÜ, der allerdings nicht mit dem Begriff „Eingriffsnorm“, sondern mit „Zwingende Vorschriften“ überschrieben ist<sup>395</sup>). Dadurch ist eine Diskussion entstanden, ob Art 7 Abs 2 EVÜ nur eine Sonderanknüpfung von Normen erlaubt, die öffentlichen Interessen dienen (Eingriffsnormen ieS) oder aber auch individual-schützende (zB Verbraucherschutz-)Normen erfasst sein können<sup>396</sup>).

Der Gebrauch des Begriffs „Eingriffsnormen“ als Überschrift zu Art 16 Rom II spricht eher für eine Beschränkung auf Vorschriften im öffentli-

chen Interesse. Zwingend ist dies aber nicht, weil auffällt, dass sich die Bestimmung ganz an der Formulierung des Art 7 Abs 2 EVÜ ausrichtet und keine Klarstellung bringt, wie sie die geplante Parallelvorschrift des Rom I-Vorschlags<sup>397</sup>) vorsieht: So will Art 8 Abs 1 Rom I-Vorschlag die Eingriffsnorm nämlich als eine zwingende Vorschrift definieren, „deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der *politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation eines Staates* angesehen wird, dass ihre Anwendung auf alle Sachverhalte, die in ihren Anwendungsbereich fallen, vorgeschrieben ist, ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts“. Warum der Ordnungsgeber dieser Formulierung nicht auch bei Rom II folgt bzw ob der Ordnungsgeber die vorgeschlagene Formulierung in Rom I beibehalten wird, ist unklar.

Art 16 Rom II bezieht sich jedenfalls nur auf Eingriffsnormen der *lex fori*<sup>398</sup>). Ausländische Eingriffsnormen regelt er nicht. Dies stellt einen gewissen Rückschritt gegenüber dem *status quo* nach Art 7 Abs 1 EVÜ dar, wo die ausländischen „zwingenden Vorschriften“ geregelt sind, mögen auch verschiedene Staaten zu dieser Vorschrift einen Vorbehalt gem Art 22 Abs 1 lit a EVÜ erklärt haben<sup>399</sup>). Das Schweigen des Art 16 Rom II zur Behandlung ausländischer Eingriffsnormen sollte indessen nicht als Verbot interpretiert werden, ausländische Eingriffsnormen zu berücksichtigen. Zum einen können die Eingriffsnormen eines zwar ausländischen, aber anwendbaren Rechts jedenfalls berücksichtigt werden. Zum anderen können sie auch im Rahmen der Anwendung inländischen materiellen Rechts, zB bei der Verschuldensprüfung, relevant sein, ohne dass es dazu einer kollisionsrechtlichen Regelung bedürfte<sup>400</sup>). Überhaupt ist das Schweigen des Ordnungsgebers wohl nur als Zurückhaltung zu werten, die Mitgliedstaaten zur Berücksichtigung fremder Eingriffsnormen zu verpflichten. Ein Verbot sollte daraus nicht abgeleitet werden. Insofern erscheint eine Berücksichtigung analog Art 7 Abs 1 EVÜ zulässig<sup>401</sup>).

### II. Ordre public

Rom II enthält in seinem Art 26 einen Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Ordnung (*ordre public*). Führt demnach die Anwendung einer an sich anzuwendenden Vorschrift zu einem Ergebnis, das mit dem *ordre public* des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist, so kann dieses durch Nichtbeachtung der betreffenden Vorschrift und notfalls

<sup>389</sup>) Statt aller *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 47 Rz 3.

<sup>390</sup>) Vgl Art 24 Rom II. Bislang war die Rück- und Weiterverweisung nur bei „innerem Zusammenhang der Geschäftsführung mit einem anderen Rechtsverhältnis“ iSd § 47 HS 2 IPRG ausgeschlossen, wobei die legistische Lösung (die Verweisung auf § 45 IPRG war irrtümlich nicht aufgehoben worden) naturgemäß wenig befriedigend war.

<sup>391</sup>) Siehe Art 16 Rom II.

<sup>392</sup>) Vgl zur Parallelvorschrift in Art 7 EVÜ *Heiss* in *Czernich/Heiss* Art 7 Rz 1 ff sowie *Loacker*; Der Verbrauchervertrag 16 ff und 163 ff mit jeweils weiteren Nachweisen. Zu kartellrechtlichen Eingriffsnormen im Übrigen bereits oben Kapitel E.I.4.

<sup>393</sup>) Vgl *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 48 Rz 38; siehe aber Art 6 Abs 3 Rom II und oben Kapitel E.4.c.

<sup>394</sup>) Siehe § 4 IVVG (BGBl 1993/89 idF BGBl I 2007/37).

<sup>395</sup>) Krit dazu *Schwimmann*, IPR<sup>3</sup>, 21, nach dem die diesbezügliche EVÜ-Terminologie „altmodisch und unpräzise“ sei.

<sup>396</sup>) Vgl *Heiss* in *Czernich/Heiss* Art 5 Rz 51 ff; dafür *Loacker*; Der Verbrauchervertrag 179; dagegen *Mankowski*, Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1993, 453, 461.

<sup>397</sup>) Siehe oben FN 11.

<sup>398</sup>) Siehe Art 16 Rom II: „[...] dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts [...]“.

<sup>399</sup>) Dazu *Helmbert* in *Czernich/Heiss* Art 22 Rz 1.

<sup>400</sup>) Vgl im Vertragsrecht *Heiss* in *Czernich/Heiss* Art 7 Rz 30 und 50.

<sup>401</sup>) Eingehend und rechtsvergleichend zu dieser Thematik schon *Anderegg*, Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht (1989) 101 ff.



im Wege einer Substitution<sup>402</sup>) durch heimische Vorschriften korrigiert werden.

Der *ordre-public*-Vorbehalt ist, wie anderswo, nur mit größter Zurückhaltung heranzuziehen<sup>403</sup>). In Frage kommen sowohl Fälle einer unerträglich verkürzten wie auch einer Strafzwecken dienenden, unerträglich überhöhten Haftung<sup>404</sup>).

Angesprochen sind damit insbesondere *punitive damages* des US-amerikanischen Rechts. Diese wurden im geänderten Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2006<sup>405</sup>) noch eigens als ein Fall der *ordre-public*-Widrigkeit angeführt. Eine solch pauschale Bewertung von Strafschadenersatz als Verstoß gegen den *ordre public* wurde in der Literatur uE zu Recht als zu undifferenziert abgelehnt<sup>406</sup>). „Strafschadenersatz“ erfüllt nämlich teilweise Ausgleichsfunktionen (zB für das Fehlen eines Prozesskostenersatzes in den USA), teils legitime Abschreckungsfunktionen und nur zu einem letzten Teil *ordre-public*-widrige Straffunktionen<sup>407</sup>). Schließlich ist Strafschadenersatz kein ausschließlich US-amerikanisches Phänomen, sondern etwa auch in England bekannt<sup>408</sup>). Aus diesem Grund sieht Rom II daher keine spezielle Bestimmung für Fälle des Strafschadenersatzes mehr vor. Das macht *punitive damages* nicht salonfähig, erlaubt aber eine differenzierte richterliche Bewertung im Einzelfall<sup>409</sup>).

## G. Reichweite der Statute

### I. Grundregel

Das jeweilige Statut eines außervertraglichen Schuldverhältnisses wird durch eine umfängliche,

wenngleich nur demonstrative Auflistung der erfassten Rechtsfragen in Art 15 Rom II mit großer Reichweite ausgestattet<sup>410</sup>).

Gemäß lit a unterstehen dem Statut des außervertraglichen Schuldverhältnisses alle Fragen betreffend Haftungs**begründung** und **-umfang**<sup>411</sup>). Im Bereich deliktischer Haftung umfasst dies alle Haftungstatbestände, insb also neben der allgemeinen Verschuldens- auch die Gefährdungshaftung. Ausdrücklich zählt lit g außerdem die *Gehilfenhaftung* hierher.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der lit a folgt dem Statut auch die Bestimmung jener Personen, die „für ihre Handlungen haftbar gemacht werden“ können<sup>412</sup>). Der weite Wortlaut umfasst unzweifelhaft die Frage, wer zB nach dem EKHG der haftpflichtige Halter eines Kfz ist<sup>413</sup>). Der Wortlaut erlaubt aber auch eine Subsumtion der Handlungs-, insb der *Deliktsfähigkeit*. Dafür spricht etwa, dass Rom II keine einschlägige Ausnahme enthält wie etwa Art 2 Abs 1 lit a EVÜ. Auch das Streben nach Kollisionsrechtsvereinheitlichung deutet auf eine Einbeziehung der Frage der Handlungsfähigkeit. Sie entspricht im Ergebnis der deutschen Lehre, die die Deliktsfähigkeit als Teil der Verschuldensfrage dem Deliktsstatut unterwirft<sup>414</sup>), sowie vor allem in jüngerer Zeit auch in Österreich vertretener Auffassung<sup>415</sup>).

Das Pendant zu lit a stellt lit f dar, wonach auch die Bestimmung der Personen, die einen Anspruch auf Schadenersatz haben, dem Statut der außervertraglichen Forderung unterliegt.

Nach lit b erstreckt sich das Statut auch auf Fragen der Haftungs**beschränkungen** und **-ausschlüsse**. Die Kommission erwähnt in ihrem Verordnungsvorschlag insb höhere Gewalt, Notstand, Verschulden Dritter, Mitverschulden des Geschädigten, aber auch eine allfällige Unzulässigkeit von Klagen zwischen Ehegatten<sup>416</sup>).

<sup>402</sup>) Art 26 Rom II spricht nicht ausdrücklich von dieser Substitution, sie ist aber die zwingende Folge, wenn der Sachverhalt eine Regelung erfordert.

<sup>403</sup>) Vgl dazu für viele schon *Makarov*, Grundriss des internationalen Privatrechts (1970) 94 ff und *Raape/ Sturm*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (1977) 199 ff mwN.

<sup>404</sup>) Vgl in diesem Kontext aber etwa OGH 2 Ob 25/92 = ZVR 1993/108, wonach das Fehlen einer Gefährdungshaftung nach dem Muster des EKHG im ausländischen Recht für sich genommen noch keinen Verstoß gegen den *ordre public* darstellt.

<sup>405</sup>) Siehe Art 23 S 2 des geänderten Vorschlags für eine Rom II-Verordnung (FN 82).

<sup>406</sup>) Siehe nur *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 388 f; ferner die besonders scharfe Kritik bei *Stone*, Der Vorschlag für die Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *The European Legal Forum [EuLF]* 4-2004, 213, 223 f.

<sup>407</sup>) Weiterführend *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer *punitive damages* (1999); zur Vollstreckbarerklärung eines US-amerikanischen Schadensersatzurteils auf „*punitive damages*“ mit Blick auf den deutschen *ordre public* siehe BGHZ 118, 312 = NJW-RR 1993, 152 = EuZW 1992, 705 = JZ 1993, 266 = VersR 1992, 1281.

<sup>408</sup>) Dort wird von *exemplary damages* gesprochen; auch hierzu *G. Wagner*, Internationales Deliktsrecht 388; vgl auch *Von Hein*, Die Kodifikation 550 mit FN 158.

<sup>409</sup>) Vgl *Von Hein*, Die Kodifikation 549, der eine spezielle Regelung für überflüssig hält, „weil sich ihr we-

sentlicher Inhalt bereits aus dem allgemeinen *ordre public* ergibt“; weiterführend *Mörsdorf-Schulte*, Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen Internationalen Deliktsrecht?, *ZVglRWiss* 2005, 192.

<sup>410</sup>) Insb vermeidet Rom II eine Teilung von Haftungsgrund und Haftungsfolgen, wie sie vor allem für Verkehrsunfälle in Diskussion gestanden hatte; vgl *Thiede/Ludwischowska*, Die Haftung bei grenzüberschreitend unerlaubten Handlungen, *ZVglRWiss* 106 (2007) 92, 98 ff.

<sup>411</sup>) Der Gebrauch des Begriffs „Haftung“ anstelle des Begriffs „Verpflichtung“ ist zu Recht bei *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 48 kritisiert worden.

<sup>412</sup>) Vgl demgegenüber die leicht anders lautende Wendung in Erwägungsgrund 12, der von der Frage spricht, „wer für eine unerlaubte Handlung haftbar gemacht werden kann“.

<sup>413</sup>) § 5 Abs 1 EKHG.

<sup>414</sup>) Vgl zB *Wagner* in *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, Anwaltkommentar BGB I (2005) Art 40 EGBGB Rz 11 mwN.

<sup>415</sup>) Siehe *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 12 Rz 6; ebenso *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 19/3; aA *Schwind*, Internationales Privatrecht Rz 207.

<sup>416</sup>) Siehe den Kommissionsvorschlag aus 2003 (FN 7) 26.

Nach lit c umfasst das Statut auch das gesamte *Schadensrecht*, also den *Begriff*, die *Art* (zB materieller/immaterieller Schaden; positiver Schaden/ entgangener Gewinn), die *Bemessung* sowie die *Wiedergutmachung* (zB Natural- oder Geldersatz) des Schadens. Auch Maßnahmen, die zum Zwecke der *Vorbeugung*, *Beendigung*<sup>417)</sup> oder des Ersatzes eines Schadens vom Gericht angeordnet werden können, zählen nach lit d zum Statut der außervertraglichen Forderung.

Lit e unterstellt auch die *Übertragbarkeit* und *Vererbbarkeit* des Anspruchs dem Statut der außervertraglichen Forderung. Diesem unterstehen nach lit h auch Fragen des *Erlöschens*, der *Verjährung* und der *Verwirkung*.

## II. Beweisfragen im Allgemeinen

Vom Statut der außervertraglichen Forderung *nicht* umfasst sind der „Beweis“ und „Verfahrensfragen“, weil diese Regelungsgegenstände vom Anwendungsbereich von Rom II grundsätzlich ausgenommen sind<sup>418)</sup>. Doch gilt dies nur vorbehaltlich des Art 22 Abs 1 Rom II, der – analog Art 14 Abs 1 EVÜ<sup>419)</sup> – die Frage der Beweislast samt gesetzlicher Vermutungen, also Fragen der Beweislastumkehr, dem jeweiligen Statut der außervertraglichen Forderung unterwirft<sup>420)</sup>.

## III. Form und Beweis von „Rechtshandlungen“

Einseitige Rechtshandlungen in einem weiteren Sinne und insb einseitige Rechtsgeschäfte, wie zB Verzichtserklärungen, können sich auf ein außervertragliches Schuldverhältnis beziehen. Für diesen Fall hält Art 21 Rom II eine an Art 9 EVÜ angelehnte Alternativanknüpfung der Formfrage bereit, indem die Rechtshandlung formwirksam ist, wenn sie *entweder* dem Statut des betreffenden außervertraglichen Schuldverhältnisses *oder* dem Recht ihres Vornahmeortes entspricht.

Darüber hinausgehend stellt Art 22 Abs 2 Rom II für den Beweis einer Rechtshandlung alle Beweisarten zur Verfügung, die das Statut des betreffenden außervertraglichen Schuldverhältnisses, das Recht des Vornahmeortes oder die *lex fori* bereithalten. Einzige Voraussetzung ist, dass der Beweis in der jeweiligen Art vor dem angerufenen Gericht erbracht werden kann.

<sup>417)</sup> Hierzu *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 48: „Ge-meint sein dürften Maßnahmen zur Beendigung des Fort-wirkens einer Rechtsgutverletzung“.

<sup>418)</sup> Siehe Art 1 Abs 3 Rom II.

<sup>419)</sup> Hierzu zuletzt *Brödermann/Wegen in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB-Kommentar<sup>2</sup> (2007) Art 33 EGBGB Rz 57 ff mwN.

<sup>420)</sup> Siehe Art 22 Abs 1 Rom II.

## H. Sonstiges

### I. Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung

Art 24 Rom II schließt den *renvoi* aus, was insb der Regelung des Art 15 EVÜ entspricht<sup>421)</sup>. Damit liegt die Verordnung in puncto Verweisung auf Höhe des „dominierenden europäischen Trends“<sup>422)</sup>, der die Sachnorm- der Gesamtverweisung vorzieht<sup>423)</sup>.

### II. Rechtsspaltung

Art 25 Abs 1 Rom II regelt den Fall der Rechts-spaltung. Sie ist gegeben, wenn die Kollisionsnormen der Verordnung auf das Recht eines Staates verweisen, das in mehreren Gebietseinheiten jeweils unterschiedliche Rechtsordnungen für außervertragliche Schuldverhältnisse kennt. In diesem Fall behandelt Art 25 Abs 1 Rom II jede Gebietseinheit als Staat. Die Regelung entspricht somit Art 19 Abs 1 EVÜ.

Darüber hinaus stellt Art 25 Abs 2 Rom II klar, dass Staaten mit Rechtsspaltung nicht gehalten<sup>424)</sup> sind, die Kollisionsnormen der Verordnung als ihr interlokales Privatrecht anzuwenden, was wiederum der Regelung des Art 19 Abs 2 EVÜ entspricht.

**Korrespondenz:** Prof. Dr. *Helmut Heiss*, LL.M., Jur. Fakultät der Universität Zürich, Ordinarius für Privatrecht (mit Schwerpunkt Obligationenrecht), Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich; e-mail: [helmut.heiss@rwi.uzh.ch](mailto:helmut.heiss@rwi.uzh.ch).

Dr. *Leander D. Loacker*, Jur. Fakultät der Universität Mannheim, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Privatversicherungsrecht, Europäisches und Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung; Schloss-Ehrenhof-West 282, D-68131 Mannheim; e-mail: [leander.loacker@uni-mannheim.de](mailto:leander.loacker@uni-mannheim.de).

<sup>421)</sup> Hierzu *Czernich in Czernich/Heiss* Art 15 Rz 1 ff.

<sup>422)</sup> So *Von Hein*, Die Kodifikation 551 sowie mit ausgedehntem Rechtsvergleich *ders*, Rück- und Weiterverweisung im Internationalen Deliktsrecht, ZVgIRWiss 99 (2000) 251, 253 ff. Für den Bereich des case law deutlich *Collins*, Dicey and Morris on the conflict of laws. Volume II<sup>13</sup> (2000) Rz 35–143: „*In other words, the doctrine of renvoi has no place in the law of torts.*“

<sup>423)</sup> Zur mit in staatsvertraglichem IPR enthaltenen Sachnormverweisungen regelmäßig bezweckten Rechtsvereinheitlichung siehe *Von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren<sup>2</sup> (2003) § 7 Rz 225. Die Gesamtverweisung an sich sehr kritisch betrachtend *Mäsch*, Der Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, *RabelsZ* 61 (1997) 285, 312, der die „Abschaffung des Renvoi in toto“ fordert. Im Ergebnis aA hingegen *Michaels*, Der Abbruch der Weiterverweisung im deutschen Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 61 (1997) 685, 713; Bedenken mit Blick auf den internationalen Entscheidungseinklang *Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung 52.

<sup>424)</sup> Möglich bleibt dies aber dennoch: vgl die Situation im Vereinigten Königreich, wo etwa das EVÜ aufgrund einer Anordnung in Section 2 Abs 3 des Unfair Contract Terms Act 1977 auch im Verhältnis zwischen dessen Teilrechtsgebieten Anwendung findet; dazu *Jayme/Kohler*, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG auf dem Wege zum Binnenmarkt, *IPRax* 1990, 353, 358.