

Datumtheorie und „local data“ in der Rom II-VO – am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen

Thomas Pfeiffer

I. Einleitung

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall FBTO¹ hat zu einer durchgreifenden Änderung der streitigen Abwicklung von Straßenverkehrsunfällen geführt. Seither, spätestens aber seit der Folgeentscheidung des BGH² ist geklärt, dass ein Geschädigter mit Wohnsitz in Deutschland aufgrund eines im EU-Ausland erfolgten Verkehrsunfalls Schadensersatzklage gegen den inländischen Versicherer im Inland erheben kann. Die tatsächlichen Auswirkungen dieser neuen Rechtsprechung spiegeln sich in der Gutachtenspraxis des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (mit einer gewissen Zeitverzögerung): Der Verfasser kann jedenfalls bei den ihn erreichenden Gutachtensanfragen deutscher Gerichte spätestens seit der zweiten Hälfte des Jahres 2008 eine beachtliche Steigerung von Schadensersatzklagen feststellen, denen Verkehrsunfälle im Ausland unter Beteiligung deutscher Geschädigter zugrunde liegen. Zeitlich fällt dieser Befund zudem mit dem Inkrafttreten der Rom II-VO am 11.1.2009 zusammen (Art. 32 Rom II-VO), so dass es sich lohnen mag, auf dadurch aufgeworfene Fragestellungen einen gesonderten Blick zu werden.

Allerdings geht es diesem Beitrag nur um einen Ausschnitt der damit aufgeworfenen kollisionsrechtlichen Fragestellung, nämlich um das Verhältnis zwischen der kollisionsrechtlichen Anwendung der *lex causae* und der an verschiedenen Stellen der Verordnung berücksichtigten tatsächengleichen oder -ähnlichen Funktion rechtlicher Regelungen. Hinzuweisen ist namentlich auf Art. 17 Rom II-VO, der anordnet, dass die Sicherheits- und Verhaltensregeln am Ort des haftungsbegründenden Ereignisses gelten. Zudem führt die 33. Begründungserwägung aus, das Gericht „sollte“ bei der Bemessung von Schadensersatz auch die tatsächlichen Verhältnisse am Aufenthaltsort des Opfers berücksichtigen. Damit ist zugleich angedeutet, dass der geschilderte Befund konzeptionelle Grundfragen des Kollisionsrechts anspricht, deren Erörterung der Jubilar prägend mitgestaltet hat und deren ungebrochene Aktualität in der im Werden begriffenen Dogmatik des europäischen Kollisionsrechts geradezu auf der Hand liegt. Namentlich hat sich der Jubilar zu konzeptionellen Anlehnungen an die „Datum“-Theorie, insbesondere auch soweit es um die Beachtung örtlicher Straßenverkehrsregeln geht, kritisch geäußert.³ Es ist davon auszugehen, so jedenfalls

¹ EuGH (13.12.2007, Rs. C-463/06), Slg. 2007, I-11321 – FBTO Schadeverzekeringen NV gegen Jack Odenbreit; dazu Anmerkung *Leible*, NJW 2008, 821; *Fuchs*, Internationale Zuständigkeit für Direktklagen, IPRax 2008, 104; *Thiede/Ludwichowska*, Kfz-Haftpflichtversicherung, Versicherungsrecht 2008, 63; s. auch *Tomson*, Der Verkehrsunfall im Ausland vor deutschen Gerichten – Alle Wege führen nach Rom, EuZW 2009, 204-208.

² BGH (6.5.2008), BGHZ 176, 276.

³ *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, vor allem S. 312 ff.; ferner *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 1 VIII 2, S. 59 f.

die Hoffnung des Verfassers, dass er die Diskussion hierüber bezüglich der Rom II-VO mit Interesse verfolgt.

II. Datum-Theorie

Die auf *Albert Ehrenzweig* zurückgehende⁴ und in Deutschland vor allem von *Erik Jayme*⁵ belebte Datum-Theorie beruht, soweit hier von Interesse,⁶ auf der Annahme, dass bestimmte an einem bestimmten Ort geltende Regeln ungeachtet kollisionsrechtlicher Anknüpfungen stets beachtlich sind, weil sie für den Fall gleich einer Tatsache relevant sind. Das kann unter zwei Gesichtspunkten Bedeutung erlangen. Einmal geht es um die Frage, inwieweit die Subsumtion unter Tatbestandsmerkmale der *lex causae* durch Tatbestände eines anderen Sachrechts (oder deren „Berücksichtigung“) beeinflusst wird. Das hat vor allem in der Diskussion um eine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen als Tatsache bei der Anwendung inländischen Sachrechts eine Rolle gespielt. Hingegen steht bei „local data“ eine Anwendung bestimmter örtlicher Regeln im Vordergrund, die den Sachverhalt ohne Rücksicht auf das maßgebende Statut gleich einer Tatsache prägen und sich deshalb durchsetzen. Gegenüber einem solchen Ansatz kann man einwenden, dass die Diskussion um die Datum-Theorie jedenfalls auch Züge einer begrifflich-terminologischen Auseinandersetzung aufweist; ferner lässt sich argumentieren, dass es jedenfalls die Anwendung von Verkehrsregeln auch als Ausdruck einer kollisionsrechtlichen Verweisung deuten lässt.⁷

Das soll zunächst auf sich beruhen. Soweit es um die Rom II-VO geht, kann man in der Anordnung einer „Berücksichtigung“ in Art. 17 Rom II-VO und in der 33. Begründungserwägung sowie in der dortigen Bezugnahme auf tatsächliche Verhältnisse ebenfalls einen Anklang der Datum-Theorie sehen. Freilich ist Vorsicht geboten, wenn es darum geht, dem europäischen Gesetzgeber zu unterstellen, er wolle einen dogmatischen Theorienstreit entscheiden; jedenfalls ist dies nicht typischerweise das Regelungsziel von Rechtsnormen, zumal die 33. Begründungserwägung wohl am ehesten als Ausdruck des politischen Kompromisscharakters⁸ der dort zum Ausdruck kommenden Maßgabe zu deuten ist. Welchen Standpunkt die Rom II-VO im Spannungsfeld von kollisionsrechtlicher Verweisung und tatsächlicher Berücksichtigung einnimmt, wird also erst noch zu klären sein.

⁴ *Ehrenzweig*, *Private International Law*, Band 1 1974, S. 75 ff.

⁵ Vor allem: *Jayme*, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen: Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, in: *Jayme/Kegel* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, 1976, S. 37 ff.

⁶ Bei *Ehrenzweig* werden „moral data“ (moralisch aufgeladene Werturteile) des Forums, die sich regelmäßig durchsetzen, und bestimmte örtliche Regeln, die „local data“, unterschieden, die als tatsächliche Selbstverständlichkeit anwendbar sind, *Ehrenzweig* (Fn. 4) S. 77 ff. einerseits und S. 84 f. andererseits.

⁷ Etwa *Kegel/Schurig* (Fn. 3), § 1 VIII 2, S. 59 f.

⁸ Vgl. zu Kontroversen im Rahmen des Rechtssetzungsverfahrens *Wagner*, *Das Vermittlungsverfahren zur Rom II-VO*, in: *Baetge/von Hein/von Hinden* (Hrsg.), *Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kropholler*, 2008, S. 715, 721 ff.

III. Ausländische Rechtsregeln als Tatsache

Ein zentraler Punkt der Einwände des Jubilars gegen die Datum-Theorie, soweit sie die Maßgeblichkeit von *local data* postuliert, besteht darin, dass es sich in Wirklichkeit um zwei verschiedene Regelungsprobleme handelt.⁹ Einmal müssen die tatsächlichen Auswirkungen des Geltungswillens fremder Rechtsnormen berücksichtigt werden. Zum anderen geht es um die Berücksichtigung von Rechtsnormen, bei denen bereits das darin liegende Verhaltensgebot selbst (und nicht erst die tatsächlichen Folgen seiner Anwendung) gleich einer Tatsache berücksichtigt werden.

Die Rom II-VO unterscheidet ganz in diesem Sinne. Um die erste Fallgruppe geht es in der 33. Begründungserwägung. Die Ermittlung der für einen Schaden maßgeblichen Rechnungsposten ist Tatsachenfeststellung im Rahmen des nach Art. 15 lit. c Rom II-VO für die Schadensbemessung maßgebenden Deliktsstatuts. Auf die Ermittlung der Rechnungsposten können sich bestimmte Rechtsregeln, etwa aus dem Bereich des Arztvertrags-, Krankenversicherungs- oder Sozialrechts, tatsächlich auswirken. Dass diese Rechnungsposten unter Berücksichtigung derjenigen Regeln ermittelt werden, die sich auf ihre Höhe auswirken, lässt sich als tatsachenbezogene sachrechtliche Maßgabe festhalten, ohne dass es hierfür denknotwendig einer eigenen Kollisionsregel im rechtstechnischen Sinne bedarf.

Freilich kann die Abgrenzung mitunter schwierig sein, wie folgendes Beispiel erhellen mag: Im deutschen Recht besteht ein Zusammenhang zwischen dem Ersatz für den merkantilen Minderwert eines Unfallfahrzeug (nach technisch vollständiger und einwandfreier Reparatur) und der Aufklärungspflicht des Gebrauchtwagenverkäufers über Unfälle des Fahrzeugs. Ein merkantiler Minderwert wird im deutschen Recht auch deshalb berücksichtigt, weil der Verkäufer selbst bei technisch einwandfreier und vollständiger Reparatur über den Unfall aufklären muss. Andernorts liegt dies anders.¹⁰ Nun kann es aber sein, dass die Ersatzansprüche sich nach einer solchen Rechtsordnung bestimmen, die keinen Ersatz für einen merkantilen Minderwert vorsieht oder diesen auf bestimmte Fälle begrenzt, dass jedoch ein Weiterverkauf typischerweise in Deutschland erfolgen wird oder muss, wo der Gebrauchtwagenkäufer aufklären muss und insofern einen finanziellen Nachteil erleidet. Daraus resultiert die Frage, ob das Deliktsstatut nach dem 33. Erwägungsgrund diesen Nachteil tatsächlich berücksichtigen muss. Der 33. Erwägungsgrund führt indessen zu einer Tatsachenberücksichtigung nur im Rahmen der nationalen Regeln. Nur wenn diese einen solchen Schadensposten grundsätzlich kennt, dürfte die Rom II-VO die Berücksichtigung des potentiell geminderten Weiterverkaufserlöses fordern. Die Richtigkeit dieser Antwort ist allerdings ungesichert und bedarf wohl im Konfliktfall einer Prüfung durch den EuGH.

Wie man auch immer die Grenze ziehen mag, handelt es sich ausschließlich um ein Problem der tatsächlichen Schadensbemessung. Konzeptionell bedeutsamer für die vorliegende Fragestellung sind demgegenüber die von Art. 17 Rom II-VO erfassten Fälle. Hier stellt sich in der Tat die Frage, ob die Rom II-VO die Berücksichtigung fremden Rechts gleich einer Tatsache verlangt.

⁹ Schurig (Fn. 3), S. 313.

¹⁰ So wird beispielsweise im italienischen Recht ein merkantiler Minderwert bei technisch einwandfreier und vollständiger Reparatur nur anerkannt, wenn ein Käufer ohne technische Hilfs- oder Analysemittel erkennen kann, dass eine solche Reparatur erfolgt ist: Corte di Appello Reggio Calabria (22.7.2004), In iure presenza 2004, 2, 53; Corte di Appello Milano (14.12.2001), Giurisprudenza Milanese 2002, 470.

IV. Berücksichtigung lokaler Sicherheits- und Verhaltensregeln

1. Rückblick auf Aspekte der Diskussion unter Geltung des EGBGB

In der Begrifflichkeit der Datumtheorie ist die Anwendung der am Unfallort maßgebenden Straßenverkehrsregeln gleichsam ein Musterbeispiel für die Kategorie der *local data*.¹¹ Schon unter der Geltung des EGBGB traten die damit verbundenen Fragestellungen auch ohne entsprechende Regelung auch praktisch zu Tage, allerdings keineswegs mit einheitlicher Tendenz:

Eine auf die Datum-Theorie hindeutende Tendenz schwingt mit, wenn der BGH die Anwendung der örtlichen Straßenverkehrsregeln damit begründet, sie ergebe sich aus der Natur der Sache.¹² Der Jubilar weist allerdings darauf hin, dass die Selbstverständlichkeit einer Regel nichts an ihrem Charakter als Regel ändere.¹³

Exemplarisch für die mit der Geltung ausländischer Straßenverkehrsregeln aufgeworfenen Fragen ist demgegenüber das weite Verständnis der Anwendung ausländischer Verkehrsregeln durch den BGH: In seiner Entscheidung v. 23.1.1996 hatte der BGH angenommen, die Maßgeblichkeit der ausländischen Verkehrsregeln erfasse nicht nur den Sorgfaltsstandard selbst, sondern auch die Einordnung eines Verstoßes als Fall einfacher oder grober Fahrlässigkeit unterliege dem ausländischen Recht.¹⁴ Dagegen war schon seit jeher anzuführen, dass zwar der einzuhaltende Sorgfaltsstandard durch die Straßenverkehrsregeln beschrieben wird. Die Straßenverkehrsregeln können jedoch nur das Maß für die objektive Abweichung von diesem Standard umschreiben. Die als Bestandteil des Deliktsstatuts vorzunehmende Bewertung der Schwere des Verschuldens geht jedoch hierüber hinaus. Sie muss insbesondere die Frage nach der Bedeutung subjektiver Elemente beantworten.¹⁵ Die maßgebenden Straßenverkehrsregeln halten hierfür regelmäßig keinen geeigneten Maßstab bereit. Deshalb hätte es richtigerweise hinsichtlich dieses Bewertungsaktes bei der Maßgeblichkeit des Deliktsstatuts bleiben müssen.¹⁶ Das deutet auf ein klassisches kollisionsrechtliches Qualifikationsproblem hin; allerdings ließe sich diese Kontroverse auch als Ausdruck einer Suche nach der richtigen Abgrenzung von Recht und Tatsache bei der Bewältigung ausländischer Verkehrsunfälle deuten.

2. Zur Rom II-VO

Im Rahmen des Art. 17 Rom II-VO ist dem Ausgangspunkt nach nicht umstritten, dass die Vorschrift (auch) die am Unfallort geltenden Straßenverkehrsregeln meint, wie sich aus-

¹¹ S. schon *Ehrenzweig* (Fn. 4), S. 84.

¹² BGH (23.11.1971), BGHZ 57, 265 = NJW 1972, 387.

¹³ *Schurig* (Fn. 3), S. 312 f.

¹⁴ BGH (23.1.1996), NJW-RR 1996, 732.

¹⁵ Überblick zur Bedeutung solcher subjektiven Elemente bei der Bewertung der Fahrlässigkeit als grob z.B. demnächst bei *Pfeiffer*, in: *Soergel, BGB*, 13. Aufl. (im Erscheinen), § 276 BGB Rn. 128.

¹⁶ Kritisch zur Position des BGH deshalb schon *Pfeiffer*, *Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/96*, NJW 1997, 1207, 1215; s. ferner *Wandt*, LM H. 7/1996 RechtsanwendungsVO Nr. 5; von der Geltung des Deliktsstatuts ausgehend auch OLG Koblenz (11.10.2004), NJW-RR 2005, 1048 sowie *Junker*, *Das internationale Privatrecht der Straßenverkehrsunfälle nach der Rom II-VO*, JZ 2008, 169, 177.

drücklich aus der 34. Begründungserwägung ergibt. Kryptisch erscheint die Formulierung, die Straßenverkehrsregeln seien zu „berücksichtigen“. Im Schrifttum findet sich hierzu vielfach die Wendung, diese Regeln seien erst bei der Anwendung des Sachrechts „als Auslands Sachverhalt“ oder „ausländisches Tatbestands element“ zu berücksichtigen und würden lediglich prozessual wie ausländisches Recht behandelt.¹⁷

Dies steht im Einklang mit der Begründung des Kommissionsentwurfs zu Art. 17 Rom II-VO (= Art 13 des Kommissionsvorschlags).¹⁸ Dort heißt es in der Begründung: „Das Gericht wendet ausschließlich das durch die Kollisionsnorm bezeichnete Recht an, muss aber fremdes Recht wie ein Sachverhaltselement berücksichtigen.“ Das soll sich beispielsweise – wie im vorgenannten Sinne – auf die Feststellung des Verschuldens beziehen.¹⁹

Demgegenüber wird von anderer Seite argumentiert, die Vorschrift enthalte eine widerwillige Anerkennung des Umstands, dass es sehr unterschiedliche Arten von Deliktsregeln gebe, solche mit verhaltensregulierender Wirkung und solchen, die sich mit den rechtlichen und finanziellen Folgen eines Delikts befassen.²⁰ Das entspricht dem Standpunkt des Jubilars, es liege eine kollisionsrechtliche Verweisung auf den sich aus dem ausländischen Straßenverkehrsrecht ergebenden Sorgfaltsstandard vor.^{21, 22}

In der Tat muss man zunächst die verschiedenen Argumentationsebenen unterscheiden: Rechtspolitisch und wertungssystematisch geht es um die Feststellung, dass die faktische Wirkkraft bestimmter Vorschriften so stark ist, dass ihre Anwendung, Beachtung oder Berücksichtigung nur um den Preis flagranter Interessenfehlbewertungen unterbleiben könnte – ebenso wie man bestimmte Tatsachen nur um den Preis flagranter Fehlbewertungen ignorieren kann. Hierin liegt zugleich der rechtspolitisch richtige Kern der Datumtheorie. Wie

¹⁷ Z.B. *Thorn*, in: Palandt: BGB, 71. Aufl. 2012, Art. 17 Rom II-VO Rn. 5; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 17 Rom II-VO Rn. 8; *Dickinson*, The Rome II-Regulation, 2008, Rn. 15.34; *von Hein*, Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss?, *VersR* 2007, 440, 446; *Leible/Lehmann*, Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *RIW* 2007, 721, 725.

¹⁸ Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM(2003) 427 endgültig.

¹⁹ KOM(2003) 427 endgültig, S. 28.

²⁰ *Symeonides*, Tort Conflicts and Rome II: A View from Across, in: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Hausmann/Kohler (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 2004, S. 935, 942; zu dieser Unterscheidung auch *Wagner*, Die neue Rom II-Verordnung, *IPRax* 2008, 1, 5.

²¹ Nachweise oben Fn. 3.

²² Diese unterschiedlichen Standpunkte spiegeln sich übrigens auch in der prozessualen Praxis der Gerichte wider; dies entspricht jedenfalls der rechtsgutachterlichen Erfahrung des Verfassers. So wurde der Verfasser als Gutachter zum italienischen Recht in einem Verfahren vor dem AG Wiesbaden, dem der Streit über einen Verkehrsunfall in den italienischen Alpen zugrunde lag, mit der Frage konfrontiert, welche Vorfahrtregelung im Verhältnis zwischen einem bergauffahrenden Reisebus und einem bergabfahrenden PKW auf einer bestimmten Passstraße bei einem bestimmten Streckenkilometer gelte. Dem stehen Verfahren gegenüber, in denen abstrakt nach den Sorgfaltsstandards gefragt wird, die unter bestimmten abstrakt beschriebenen Voraussetzungen (z.B. bei Dunkelheit und regennasser Fahrbahn auf der Autobahn) von einem (aufgefahrenden) Fahrzeugführer zu beachten gewesen seien.

ganz generell im Kollisionsrecht stellt die Bereitschaft zur Anwendung ausländischen Rechts in den betreffenden Fällen ein „unverfügbares Element der Gerechtigkeitsidee selbst“ dar.²³

Konzeptionell ist demgegenüber aber zugleich zu bedenken, dass jeder Bezugnahme auf Maßstäbe ausländischen Rechts ein kollisionsrechtliches Element der Verweisung auf dieses Recht innewohnt. In dem Maße, in dem das fragliche Ortsrecht zu berücksichtigen ist, wird auf dieses verwiesen. Dieser Befund ist in der Unterscheidung von Sach- und Kollisionsnormen strukturell angelegt und steht zu den Vorstellungen der Datum-Theorie in einem tendenziellen Widerspruch. Hierin wiederum liegt das dogmatisch zentrale Bedenken gegen die Datum-Theorie.

Betrachtet man Art. 17 Rom II-VO vor dem Hintergrund dieser gegenläufigen Triebkräfte, so ist vor allem zweierlei hervorzuheben: Erstens finden sich die von Art. 17 Rom II-VO erfassten Sicherheits- und Verhaltensstandards nicht nur auf dem Gebiet der Straßenverkehrsregeln, sondern auf einer Vielzahl unterschiedlicher Anwendungsfelder. Die Frage nach der Relevanz unterschiedlicher Standards ist bei Streu- oder Distanzdelikten komplexer als bei Ortsdelikten, zumal wenn bei Letzteren – wie typischerweise bei Straßenverkehrsregeln – ein Korpus geschriebener örtlicher Verhaltensregeln bereitsteht. Zweitens – und damit zusammenhängend – ist die Art der Bezugnahme auf die Sicherheits- und Verhaltensregeln des Ortsrechts („berücksichtigen“, „soweit angemessen“) wohl bewusst offen formuliert.²⁴ Insofern ist Art. 17 Rom II-VO auch äußerer Ausdruck einer unfertigen Kollisionsnorm, die den Gerichten noch Konkretisierungsmöglichkeiten lassen will.

Bei Straßenverkehrsregeln liegen die Dinge allerdings insofern vergleichsweise klar, als die positive Anwendung der örtlichen Straßenverkehrsregeln – wie schon erwähnt – nicht ernstlich zweifelhaft ist. Die Berücksichtigung örtlicher Verkehrsregelungen weist in diesen Fällen keinen Unterschied zur echten Anwendung auf. Deshalb kann man das Merkmal Berücksichtigung in Art. 17 Rom II-VO dahin deuten, dass die Berücksichtigung einer echten Anwendbarkeit jedenfalls im Ergebnis gleichkommen kann. Zwar sieht die Entwurfsbegründung „Berücksichtigung“ als Gegenstück zur Anwendung. Gleichzeitig verweist sie aber auf die Vorbilder in Art. 7 des Haager Übereinkommens über das auf Straßenverkehrsunfälle anwendbare Recht v. 4.5.1971 und in Art. 9 des Haager Übereinkommens über das auf die Produkthaftung anwendbare Recht v. 2.10.1973. Zu der letztgenannten Vorschrift spricht jedenfalls der offizielle Reese-Report²⁵ von „apply“, also davon, dass die betreffenden Standards angewandt würden. Auch konzeptionell überzeugt es eher, wenn man Art. 17 Rom II-VO kein Anwendungsverbot entnimmt²⁶ sondern im Sinne einer Berücksichtigung bis hin zur Anwendung deutet.²⁷

²³ v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 13.

²⁴ S. etwa Junker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2010, Art. 17 Rom II-VO Rn. 23: „... ‚faktische Berücksichtigung‘ besagt damit im Grunde nur, dass das Statut des außervertraglichen Schuldverhältnisses als solches unangetastet bleibt und die ‚Berücksichtigungsregel‘ des Art. 17 keine strikte Rechtsanwendungsregel ist.“

²⁵ Reese, Explanatory Report to the Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability, S. 268.

²⁶ So aber z.B. Jakob/Picht, in: Rauscher (Hrsg.): EuZPR/EuIPR, Band Rom I-VO – Rom II VO, 2011, Art. 17 Rom II-VO Rn. 11 – vorsichtiger Spickhoff, in: Bamberger/Roth (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 21. Online Edition 2011, Art. 17 Rom II-VO Rn. 5.

²⁷ Symeonides, FS Jayme 2004, S. 943.

Wenn die „Berücksichtigung“ demgegenüber zum Teil als „Minus“ gegenüber der Anwendung bezeichnet wird,²⁸ braucht dem nicht widersprochen zu werden, wenn man hinzufügt, dass – um im algebraischen Bild zu bleiben – der tatsächliche Wert des Subtrahenden in bestimmten Konstellationen, zu denen die Anwendung ausländischer Verkehrsregeln zählt, auch Null betragen kann. Dem entspricht es, wenn andere formulieren, obwohl Verhaltens- und Sicherheitsregeln nur zu berücksichtigen und nicht anzuwenden seien, seien sie (im Ergebnis) nicht weniger zu beachten.²⁹ Richtig bleibt allerdings auch, dass die Berücksichtigung des Ortsrechts nur in dem Maße erfolgen kann, in dem die Rom II-VO und die *lex causae* hierfür Raum lassen.

Die letztgenannte Maßgabe mag auf den ersten Blick insofern verstören, als sie die Entscheidung, in welchem Ausmaß die Sicherheits- und Verhaltensregeln des Ortsrechts zu berücksichtigen sind, weder klar dem Kollisionsrecht noch dem Sachrecht zuweist. Diese Unschärfe ist im offenen Merkmal der „Berücksichtigung soweit angemessen“ angelegt. In ihr spiegelt sich der eigentümliche Charakter der Sicherheits- und Verhaltensregeln wider, deren Inbezugnahme gegen die *lex causae* zwar einerseits durch tatsächliche Umstände veranlasst ist, denen sich das anwendbare Sachrecht typischerweise nicht entziehen darf, die aber systematisch-funktional stets auch Element kollisionsrechtlicher Verweisung aufweist. Wie der Jubilar eindrücklich gezeigt, bedeutet die Unterscheidung von Kollisions- und Sachrecht keineswegs, dass das Kollisionsrecht keine sachrechtlichen Wertungen umfasst, sondern lediglich (in erster Linie), dass es diese in zusammenfassender und damit notwendig pauschalierender Weise „bündelt“. ³⁰ Diese Bündelung hält der Normgeber hier (noch) nicht für abschließend möglich und definiert es mit dem Tatbestandsmerkmal der Berücksichtigung deshalb als gemeinsame Aufgabe von Sach- und Kollisionsrecht, der Verlass-, Koordinations- und Steuerungsfunktion der örtlich maßgebenden Sicherheits- und Verhaltensregeln eine angemessene Beachtung zu verschaffen. Ein solches Zusammenwirken sach- und kollisionsrechtlicher Technik findet sich auch in anderen Fällen, zu denen etwa die Berücksichtigung von Eingriffsnormen, des *ordre public* mit seinen räumlich-territorialen und sachrechtlichen Anwendungsvoraussetzungen oder auch die Rechtsfigur der – je nach Bedarf kollisionsrechtlich oder sachrechtlich erfolgenden – Anpassung zählen.³¹

Auch für das Verkehrsunfallrecht ergibt die Formulierung „berücksichtigen“ Sinn: Wie schon erwähnt, erfordern Teilfragen des internationalen Verkehrsunfallrechts oftmals Bewertungen auf der Grundlage der *lex causae*, für welche die maßgebenden Straßenverkehrsregeln keinen Maßstab bereit halten. So mag man bei der Einordnung eines Verhaltens als fahrlässig oder grob fahrlässig auch solche allgemeinen Sorgfalts- oder Vorsichtsmaßstäbe rekurren, die sich nicht aus den örtlichen Verkehrsregeln,³² sondern aus der *lex causae* ergeben. Deshalb kann es das anwendbare Deliktsrecht als einen Fall eines relevanten Mit-

²⁸ Rauscher/Jakob/Picht, Art. 17 Rom II-VO Rn. 10.

²⁹ So Leible/Lehmann, RIW 2007, 725.

³⁰ Schurig (Fn. 3), S. 89 ff., insbesondere auch 98 ff.

³¹ Analyse bei Schurig (Fn. 3), S. 214 ff.

³² Freilich spielt es für die Möglichkeit der Berücksichtigung einer örtlichen Sorgfaltsregel keine Rolle, ob es sich um eine geschriebene Regel handelt oder ob eine bestimmte Anforderung aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht folgt, die am Handlungsort gilt, s. Wagner, IPRax 2008, 6.

verschuldens (für den Art 17 Rom II-VO ebenfalls gelten sollte³³) behandeln, wenn der Geschädigte sich nicht anschnallt, selbst wenn das maßgebende Ortsrecht keine Anschnallpflicht kennt.

V. Ausblick

Blickt man über den Bereich der Straßenverkehrsunfälle hinaus, so ist nach Art. 17 Rom II-VO damit in gewissem Umfang offen, auf welche Weise die Berücksichtigung des Ortsrechts erfolgt (sachrechtlich, gleich einer Tatsache, oder kollisionsrechtlich). Die Aufgabe der Gerichte liegt darin, ein sachgerechtes Zusammenwirken in der jeweils der Entscheidung zugrunde liegenden Materie zu sichern. Art. 17 Rom II-VO bezweckt vor diesem Hintergrund, wie dargelegt, auch eine Abwägung sach- und kollisionsrechtlicher Wertungsgesichtspunkte gegeneinander. So kann in der einen Konstellation eine kollisionsrechtliche Abgrenzung des allgemeinen Deliktsrechts von den örtlich maßgebenden und anwendbaren Verhaltens- und Sicherheitsstandards (also eine Qualifikationsentscheidung) ausreichen; in anderen Fällen kann stattdessen (oder zusätzlich) eine räumlich-territoriale Abgrenzung des Anwendungsbereichs unterschiedlicher Verhaltens- und Sicherheitsstandards erforderlich sein. Schließlich kann auch eine sachrechtliche Wertung erforderlich werden, die das Gewicht (etwa nach der Verkehrsgeltung oder Erkennbarkeit) der betreffenden Verhaltens- oder Sicherheitsregel berücksichtigt. Insofern scheint Art. 17 Rom II-VO in einem begrenzten Teilbereich einem Modell nahezustehen, das neben Elementen der Datum-Theorie auch solche eines „Methodenpluralismus“³⁴ aufweist.

Freilich gehen mit solchen Feststellungen wie auch mit einem „Methodenpluralismus“ typischerweise methodische und inhaltliche Unschärfen einher, die notwendig mit Rechtsunsicherheit verbunden sind. Dem entspricht es, wenn bei der Anwendung der Vorschrift der Spielraum oder das Ermessen der Gerichte im Einzelfall betont wird. Indessen muss man zwar auf der einen Seite das Bestehen solcher Unschärfen angesichts der normativen Ausgangslage im Sinne einer Zustandsbeschreibung anerkennen. Das entbindet aber nicht von der Feststellung, dass diese grundsätzlich unerwünscht sind und es außerdem die Aufgabe von Wissenschaft und Praxis ist, etwa durch systematisierende Fallgruppenbildung Rechtsklarheit und -sicherheit herzustellen.

Dafür bietet Art. 17 Rom II-VO auch Raum. Es hat sich gezeigt, dass diese Vorschrift eine noch unfertige Kollisionsnorm darstellt, die richterliche Konkretisierung zulässt und verlangt. Dementsprechend ist die Hoffnung und Erwartung berechtigt, dass sich auch im Anwendungsbereich des Art. 17 Rom II-VO durch Bildung richter- und fallrechtlich geprägter Teil- oder Elementekollisionsregeln rechtssichere und interessengerechte Abgrenzungen finden lassen.³⁵

³³ So jedenfalls die h.M., z.B. Palandt/Thorn, Art. 17 Rom II-VO Rn. 5; Rauscher/Jakob/Picht, Art. 17 Rom II-VO Rn. 9; PWW/Schaub, Art. 17 Rom II-VO Rn. 3; Bamberger/Roth/Spickhoff, Art. 17 Rom II-VO Rn. 4; Junker, JZ 2008, 177; Wagner, IPRax 2008, 6.

³⁴ S. zur Kritik an solchen Konzepten nur Schurig (Fn. 3), S. 336.

³⁵ Dazu Schurig (Fn. 3), S. 354.