

# Überlegungen zu Rom-II aus der Sicht des schweizerischen Internationalen Privatrechts (IPR)

**Prof. Dr. Ivo Schwander, Universität St. Gallen**

*Vortrag, gehalten am 2. November 2007 an der claims conference 2007 "Vom Transit zum Transfer – Europäisches Verkehrsrecht und die Schweiz", durchgeführt vom Swiss National Bureau of Insurance (nbi) und dem Institut für Europäisches Verkehrsrecht (IEVR)*

Nachdem Ihnen Herr Kollege Prof. STAUDINGER die Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom-II") vom 11. Juli 2007 – die (abgesehen von Art. 29) auf ab dem 11. Januar 2008 eintretende Schadenereignisse anzuwenden sein wird – eingehend vorgestellt hat, obliegt es nun mir, einige Gedanken zu "Rom-II" aus der Sicht des schweizerischen IPR vorzutragen.

Um keine Missverständnisse in der Abgrenzung zum nachfolgenden Referat von Frau Dr. MONIQUE JAMETTI GREINER – das sich den Fragen der internationalen Zuständigkeiten gemäss Lugano Übereinkommen widmet – aufkommen zu lassen, halte ich fest, dass der Schwerpunkt meines Referates bei der Frage des *anwendbaren Rechts* liegen wird.

Dabei arbeite ich in einem ersten Teil (I) die Unterschiede zwischen Rom-II und dem schweizerischen IPR-Gesetz heraus, um im zweiten Teil (II) den praktisch wichtigsten Auswirkungen und Problemfeldern bei einem Zusammenprallen von Rom-II und IPR-Gesetz nachzugehen. Nur im Rahmen dieser praktischen Fragen habe ich auch auf Zuständigkeitsprobleme einzugehen. Abschliessend versuche ich eine Wertung vorzunehmen, ob die Schweiz de lege ferenda das eigene IPR entsprechend der Rom-II-Verordnung nachrevidieren soll (Teil III).

## **I. Gegenüberstellung Rom-II und schweizerisches IPR-Gesetz**

Das schweizerische IPR-Gesetz<sup>1</sup> von 1987, in Kraft seit anfangs 1989, regelt – unter Vorbehalt von Staatsvertragsrecht – die Frage, unter welchen Voraussetzungen schweizerische Gerichte und Behörden in- oder ein bestimmtes ausländisches Recht anzuwenden haben (Frage des internationalen Privatrechts, IPR, Kollisionsrecht).

Die Materie, die die Europäische Gemeinschaft mit der Verordnung Rom-II regelt, nämlich das IPR der ausservertraglichen Haftung, wird aus schweizerischer Optik im IPR-Gesetz vor allem in den Artikeln 132-142 und ergänzend dazu in Art. 13-19 und Art. 143-148 abgedeckt.

Ich komme nun zu den wesentlichen Unterschieden in den Regelungen, wobei es unvermeidbar ist, dass gewisse Differenzierungen und Ausnahmen übergangen werden müssen:

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291), in Kraft seit 1. Januar 1989.

## 1. Anwendungsbereich der Regeln

Die Rom-II-Verordnung findet auf alle ausservertraglichen Schuldverhältnisse (Art. 2) Anwendung, das schweizerische IPRG kennt für ungerechtfertigte Bereicherung spezielle Kollisionsregeln (Art. 128 IPRG). Die Anknüpfung der Verschuldenshaftung bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) im Rahmen des schweizerischen IPRG ist den Gerichten überlassen und strittig.

## 2. Besondere Kollisionsregeln für einzelne Haftungstatbestände

Rom-II kennt besondere Kollisionsregeln für Produkthaftung (Art. 5), Wettbewerbsrecht (Art. 6), Umweltschädigungen (Art. 7), Verstösse gegen Immaterialgüterrechte (Art. 8 und Art. 13), Schäden aus Arbeitskampfmassnahmen (Art. 9), ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 10), Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 11), Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art. 12).

Das schweizerische IPRG kennt keine besondere Kollisionsregel zum Arbeitskampf und zu Nuklearschäden, auch keine besonderen Kollisionsregeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag und zum Verschulden bei Vertragsverhandlungen.

Hingegen regelt Art. 139 IPRG das auf Persönlichkeitsverletzungen durch Medien und Datenbearbeitung anzuwendende Recht speziell, und auf übrige Persönlichkeitsverletzungen ist Art. 133 IPRG anwendbar. Rom-II überlässt die Frage hingegen nationalem IPR bzw. anderem oder künftigem Gemeinschaftsrecht (Art. 1 Abs. 2 Bst. g).

Rom-II sieht für *Verkehrsunfälle* keine besondere Kollisionsregel vor, sondern geht davon aus, dass darauf die allgemeine Kollisionsregel (Art. 4) anwendbar ist, d.h.: Recht des Ortes des Schadenseintritts, bzw. des Unfallorts, vorrangig aber Anwendung des gemeinsamen Aufenthaltsrechts oder Anwendung einer engeren Verbindung zu einem anderen Recht – dies soweit keine Rechtswahl getroffen wurde (Art. 14). In Erwägung (33) im Ingress gibt die Rom-II-Verordnung zu bedenken, dass das nationale Schadenersatzrecht in Hinsicht auf die Schadensbemessung möglichst einheitlich auszulegen sei, im übrigen weist Art. 28 Abs. 1 der Verordnung darauf hin, dass internationale Übereinkommen bezüglich ausservertraglicher Haftung, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Rom-II-Verordnung zwischen Mitgliedstaaten in Kraft waren, vorbehalten bleiben.

Demgegenüber gehört die Schweiz seit dem 2. Januar 1987 dem *Haager Übereinkommen über das auf Strassenverkehrsunfälle anzuwendende Recht vom 4. Mai 1971*<sup>2</sup> an. Dies ist ein Übereinkommen erga omnes, d.h. aus der Sicht der Konventionsstaaten ist das Übereinkommen auch dann anzuwenden, wenn seine Kollisionsregeln auf das Recht eines Nichtkonventionsstaates verweist. Das heisst: Selbst wenn der Unfall sich in Deutschland ereignet hat, wenden schweizerische Gerichte für die Bestimmung des anwendbaren Rechts das Haager Übereinkommen und in Befolgung desselben deutsches Haftungsrecht an. Art. 134 des IPR-Gesetzes beschränkt sich darauf, auf das Haager Übereinkommen zu verweisen. Für die Schweiz gibt es im Bereich der Strassenverkehrsunfälle keine anderen Kollisionsregeln als diejenigen des Haager Übereinkommens.

---

<sup>2</sup> SR 0.741.31.

### **3. Rechtswahlmöglichkeiten zur Bestimmung des allgemeinen Deliktsstatuts**

Art. 14 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung lässt eine freie Rechtswahl der Parteien zu, wenn sie nachträglich, d.h. nach Eintritt des schädigenden Ereignisses erfolgt, oder – wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen – sogar durch eine vor dem schädigenden Ereignis getroffene frei ausgehandelte Rechtswahl. Nicht betroffen sind unter näher umschriebenen Voraussetzungen gemäss Abs. 2 und 3 derselben Bestimmung zwingende Rechtssätze.

Das schweizerische IPR-Gesetz lässt im Bereich der deliktsrechtlichen Haftung einzig die nachträgliche Rechtswahl des schweizerischen Rechts (lex fori) zu (Art. 132 IPRG).

Im Bereich des Haager Übereinkommens über das auf Strassenverkehrsunfälle anwendbare Recht ist jede Rechtswahl, auch eine nachträgliche, ausgeschlossen<sup>3</sup>.

### **4. Regelung für die objektive Bestimmung des allgemeinen Deliktsstatuts**

Als allgemeine Kollisionsregeln zur Bestimmung des auf die ausservertragliche Haftung anzuwendenden Rechts, wenn keine gültige Rechtswahl vorliegt, sind die Art. 4 der Verordnung Rom-II und Art. 133 des schweizerischen IPR-Gesetzes zu vergleichen.

Art. 4 Rom-II-Verordnung: Anwendbar ist das Recht des Staates, in dem der Schaden eintritt. Ohne Bedeutung ist dabei, wo das schadensbegründende Ereignis oder die indirekten Schadensfolgen eintreten. Haben jedoch geschädigte Person und haftbar gemachte Person im Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so geht das gemeinsame Aufenthaltsrecht vor. Ausnahmsweise kann von diesen beiden Grundregeln abgewichen werden, wenn nach den gesamten Umständen zu einer anderen Rechtsordnung eine offensichtlich engere Verbindung besteht, insbesondere auf Grund eines zwischen den Parteien vorbestehenden Rechtsverhältnisses, wie einem Vertrag.

Art. 133 IPRG: Im schweizerischen IPR werden ebenfalls das gemeinsame Aufenthaltsrecht oder die akzessorische Anknüpfung auf Grund eines vorbestehenden Rechtsverhältnisses vorrangig angewendet (Art. 133 Abs. 1 und 3 IPRG). Die Grundregel ist jedoch wesentlich anders formuliert: "(...) so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erfolg eintritt, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste" (Art. 133 Abs. 2 IPRG).

Das letztsubsidiäre, aber häufig anzuwendende Anknüpfungskriterium ist also grundsätzlich unterschiedlich:

*In der Rom-II-Verordnung: Ort des Schadenseintritts (lex loci damni, vgl. Erwägungen 16-18 zu Beginn der Verordnung), genauer: Ort des tatsächlichen Eintritts des Personen- oder Sachschadens, nicht der Ort der indirekten Auswirkungen auf das Vermögen der Geschädigten Personen bzw. Sacheigentümer.*

---

<sup>3</sup> Ausführlich begründet in: H. HONSELL/N.P. VOGT/A.K. SCHNYDER/S. BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007: ADRIAN RUFENER, N 29 zu Art. 134 IPRG.

*Im schweizerischen IPR-Gesetz: Grundsätzlich Ort der deliktischen Handlung.* Tritt der Erfolg in einem anderen Staat ein, ist das Recht am Ort des Eintritts des Erfolges – worunter man ebenfalls Ort des Eintritts des Personen- oder Sachschadens zu verstehen hat – jedoch nur, "wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolgs in diesem Staat rechnen musste"; sonst bleibt das Recht des Staates, wo der Täter gehandelt hat, anwendbar.

Auf die Folgen dieser Unterschiede wird noch näher eingegangen werden.

## **5. Gesetzlicher Forderungsübergang**

Die Gegenüberstellung der Art. 19 der Rom-II-Verordnung und des Art. 146 des schweizerischen IPR-Gesetzes ergibt grundsätzliche Übereinstimmung im Ausgangspunkt: Für den Übergang der Forderung kraft Gesetzes kommt es auf das zwischen altem und neuem Gläubiger vorbestehende Rechtsverhältnis an.

Art. 146 Abs. 1 des schweizerischen IPR-Gesetzes sieht ausdrücklich subsidiär die Anwendung des Rechts der Forderung (hier: der ausservertraglichen Forderung) vor, wenn ein solches vorbestehendes Rechtsverhältnis fehlt. Für diese Konstellation dürfte aber in der Rom-II-Verordnung gestützt auf Art. 4 dasselbe gelten. Art. 146 Abs. 2 IPR-Gesetz sagt dann weiter: "Vorbehalten sind die Bestimmungen des Rechts der Forderung, die den Schuldner schützen". Möglicherweise wird aber das Gleiche auch über Art. 16 der Rom-II-Verordnung (Eingriffsnormen) erreicht. Dann gäbe es nur punktuelle Unterschiede zwischen den zwei Rechtsordnungen.

## **6. Mehrfache Haftung / Rückgriff**

Die Gegenüberstellung der Art. 20 der Rom-II-Verordnung und des Art. 144 des schweizerischen IPR-Gesetzes ergibt folgende Unterschiede in der Konstellation, in welcher der Gläubiger von einem von mehreren Schuldnern befriedigt wird.

Dann hat der zahlende Schuldner nach der Rom-II-Verordnung einen Regressanspruch gegenüber den anderen Schuldnern nach dem Recht, "das auf die Verpflichtung dieses Schuldners gegenüber dem Gläubiger aus dem ausservertraglichen Schuldverhältnis anzuwenden ist" (Art. 20 Rom-II-Verordnung). Das ist das sog. Kausalstatut.

Die Lösung des schweizerischen IPR-Gesetzes in Art. 144 Abs. 1 ist komplexer: Für die Zulässigkeit des Regresses und dessen Umfang massgeblich ist die Kumulation von Kausalstatut und Forderungsstatut, d.h. zulässig ist der Regress nur insoweit, als es erstens das zwischen Gläubiger und zahlendem Schuldner massgebliche Recht (Kausalstatut) und zweitens zusätzlich auch das zwischen Gläubiger und rückgriffsbedrohtem Mitschuldner massgebliche Recht (Forderungsstatut) zulassen. Damit wird der Rückgriffsbedrohte vor überraschender Rechtsanwendung geschützt, der Regress unter Mitschuldnern aber erschwert<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> H. HONSELL/N.P. VOGT/A.K. SCHNYDER/S. BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. Basel 2007: FELIX DASSER, N 6 und 7 zu Art. 144 IPRG.

Für die Durchführung des Regresses (Art. 144 Abs. 2 IPRG) kommt es grundsätzlich auf das Forderungsstatut an, dies wiederum im Interesse des rückgriffsbedrohten Mitschuldners; einzig in Fragen, bezüglich derer dieser nicht mitbetroffen ist, kommt es auf das Kausalstatut an<sup>5</sup>.

In Bezug auf die meisten übrigen Bestimmungen der Rom-II-Verordnung kann Übereinstimmung mit dem schweizerischen IPR festgestellt werden, so entsprechen sich inhaltlich weitgehend folgende Bestimmungen:

Art. 16 Rom-II (Eingriffsnormen) = Art. 18 IPRG

Art. 17 Rom-II (Sicherheits- und Verhaltensvorschriften) = Art. 142 Abs. 2 IPRG

Art. 18 Rom-II (Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer) = Art. 141 IPRG

Art. 21 Rom-II (Form) = analog zu Art. 124 IPRG

Art. 22 Rom-II (Beweis) = entspricht Praxis bzw. herrschender Lehre<sup>6</sup>

Art. 23 Rom-II (gewöhnlicher Aufenthalt) = Art. 20 und 21 IPRG<sup>7</sup>

Art. 24 Rom-II (Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung) = Art. 14 IPRG in der gerichtlichen Praxis (kein Renvoi in schuldrechtlichen Materien)

Art. 25 Abs. 1 Rom-II (Staaten ohne einheitliche Rechtsordnung) = Art. 13 IPRG

Art. 26 Rom-II (Öffentliche Ordnung) = Art. 17 IPRG.

## **II. Mögliche Konfliktfelder zwischen Rom-II-Verordnung und schweizerischem IPR-Gesetz**

Bei der Behandlung einzelner Konfliktfelder wird jeweils davon ausgegangen, dass wenn schweizerische Gerichte zur Streitentscheidung zuständig sind, sie für die Bestimmung des anwendbaren Rechts das schweizerische IPR-Gesetz oder das Haager Strassenverkehrsfall-Übereinkommen heranziehen, und dass wenn das Gericht eines EU-Staates zur Streitentscheidung zuständig ist, dieses die ab 11. Januar 2009 anzuwendende Rom-II-Verordnung anwendet (bzw. ein Schadensereignis nach Inkrafttreten betrifft).

Für die Zuständigkeit der Gerichte im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten ist das sog. Lugano Übereinkommen massgeblich (welches dannzumal wohl in der revidierte Fassung massgeblich sein wird).

### **1. Vertrauen in den Bestand einer nach schweizerischem Recht unzulässigen Rechtswahlvereinbarung**

Wie wir vorne (unter I/3) gesehen haben, lässt die Rom-II-Verordnung in weitergehendem Masse eine Rechtswahl des Deliktsstatuts zu, als dies das schweizerische IPR tut.

Wie haben nun schweizerische Gerichte mit der Konstellation umzugehen, dass sie zwar den Fall zu beurteilen (Zuständigkeit gegeben) und das anzuwendende Recht nach dem schweize-

---

<sup>5</sup> F. DASSER (FN 4), N 11 zu Art. 144 IPRG.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. GABY NIGG, Das Beweisrecht in internationalen Privatrechtsstreitigkeiten, Diss. St. Gallen 1999, S. 95 ff.

<sup>7</sup> Mit dem allerdings wichtigen Unterschied, als Art. 23 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung vom Ort der Hauptverwaltung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen ausgeht, während die Schweiz primär auf den vertraglichen bzw. statutarischen Sitz abstellt (Art. 21 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 IPRG).

rischen IPRG zu bestimmen haben, damit zum schweizerischen Recht kämen (z.B. in Anwendung des Art. 133 Abs. 2 IPRG), die in Deutschland (Klägerin) und der Schweiz (Beklagte) ansässigen Prozessparteien aber eine vorgängige Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts getroffen hatten? Das schweizerische IPR (Art. 132 IPRG) liesse nur die nachträgliche Rechtswahl zu Gunsten des schweizerischen Rechts zu.

Die Antwort liegt auf der Hand: Die weitergehende Rechtswahl nach der Rom-II-Verordnung bindet das schweizerische Gericht nicht. Art. 132 IPR-Gesetz will gerade die geschädigte Partei (unabhängig davon, ob sie kommerziell tätig ist oder nicht) vor einer vorgängigen Rechtswahl schützen. Vor Eintritt des schädigenden Ereignisses kann die geschädigte Partei die Auswirkungen einer vorgängig getroffenen Rechtswahl kaum richtig abschätzen. Das schweizerische Gericht muss somit nicht das von den Parteien im voraus gewählte deutsche Recht anwenden.

Aber soll es dies unter Umständen dennoch tun? Zum Beispiel, weil sich die Parteien auf den Bestand der Rechtswahl eingestellt haben und der Schädiger z.B. eine entsprechende Haftpflichtversicherung nach deutschem Recht abgeschlossen hat? Ich denke nicht, denn im Bereich der ausservertraglichen Haftung müssen Parteierwartungen als weniger bestimmt angesehen werden als im Vertragsrecht.

Schliessen zwei Parteien einen Schuldvertrag und treffen sie eine Rechtswahl, ist ihre Erwartung, dass ihre Rechtswahl von den Gerichten respektiert wird, weitaus mehr gerechtfertigt: Zum einen wird die Rechtswahl im Schuldvertragsrecht fast weltweit akzeptiert und zum anderen entspricht sie dem Wesen des Vertrages: Die Parteien sollen schon während der Entstehung und dem Erfüllen des Vertrages auf eine bestimmte – die gewählte – Rechtsordnung einrichten können, sonst kennen sie ihre vertraglichen Rechte und Pflichten gar nicht<sup>8</sup>. Einen solchen Erwartungshorizont gibt es im ausservertraglichen Haftungsrecht m.E. nicht<sup>9</sup>.

In den bisherigen Kollisionsrechten war eine freie Rechtswahl im Deliktsrecht nicht üblich, also können sich auch bis auf Weiteres die Parteien nicht auf deren Bestand verlassen. Und auch die Rom-II-Verordnung sieht die Möglichkeit der vorgängigen Rechtswahl einzig für kommerziell Tätige vor (Art. 14 Abs. 1 Bst. b), mit der zusätzlichen Einschränkung, dass die vorgängige Rechtswahl frei ausgehandelt worden ist, also nicht bloss über Allgemeine Geschäftsbedingungen zustande kommt.

Gleichwohl kann die Rechtswahl auf der Hintertüre ins IPR des Deliktsrechts eintreten: Art. 133 Abs. 3 IPR-Gesetz lässt die akzessorische Anknüpfung an das Recht zu, dem ein vorbestehendes Rechtsverhältnis untersteht. Zumeist ist dies ein Vertrag. Haben die Parteien für diesen Vertrag eine nach Art. 116 Abs. 1 IPRG zulässige Rechtswahl getroffen, schlägt sie über Art. 133 Abs. 3 IPRG dann doch durch<sup>10</sup>. Immerhin aber hat das Gericht in der Beachtung der akzessorischen Anknüpfung nach Art. 133 Abs. 3 IPRG ein gewisses Ermessen bzw. eine gewisse Kontrollmöglichkeit, im Gegensatz zur verbindlichen Beachtung der Rechtswahl nach der Rom-II-Verordnung.

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu grundsätzlich VINCENT BRULHART, *Le choix de la loi applicable – questions choisies*, Bern 2004, S. 75 ff.

<sup>9</sup> In Bezug auf Art. 3 Abs. 1 Satz 3 des EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 ("Rom-I") hatte ich die Auffassung vertreten, dass in der Schweiz Teilrechtswahlen (z.B. Wahl mehrerer Rechtsordnungen für unterschiedliche Teilfragen, *dépeçage*) gemäss der erwähnten europäischen Rechtsquelle in der Schweiz anerkannt werden sollten, selbst wenn unklar war, ob Art. 116 IPRG dies zulässt – dies auf Grund des Erwartungsschutzes im Schuldvertragsrecht; vgl. IVO SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, Bd. II: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1998, S. 229, Rz. 492.

<sup>10</sup> I. SCHWANDER (FN 9), S. 287, Rz. 649.

Das für die Schweiz verbindliche *Haager Übereinkommen über das auf Strassenverkehrsunfälle anzuwendende Recht* sieht überhaupt keine Rechtswahl vor. Die Lehre geht m.E. zu Recht davon aus, dass damit im Anwendungsbereich des Übereinkommens überhaupt keine, auch keine nachträgliche Rechtswahl zulässig ist<sup>11</sup>.

## 2. Objektiv bestimmtes Deliktsstatut für Strassenverkehrsunfälle

Auf ausservertragliche Ansprüche aus einem Strassenverkehrsunfall wendet ein deutsches oder französisches Gericht bei Fehlen einer Rechtswahl Art. 4 der Rom-II-Verordnung an. Für ein schweizerisches Gericht ist nicht das IPR-Gesetz, sondern das mehrfach zitierte Haager Übereinkommen massgeblich.

Der Ausgangspunkt ist praktisch identisch: Recht des Staates, in dem sich der Unfall ereignet hat (Art. 3 Haager Übereinkommen) bzw. in dem der Personen- oder Sachschaden eingetreten ist (Art. 4 Abs. 1 Rom-II-Verordnung).

Haben beide Parteien *gewöhnlichen Aufenthalt im selben Staat*, geht für die Rom-II-Verordnung hingegen das gemeinsame Aufenthaltsrecht vor (Art. 4 Abs. 2). Das Haager Übereinkommen stellt jedoch auf den – oft mit dem Aufenthaltsort des Halters korrelierenden – *Immatrikulationsort* der Fahrzeuge ab. Geht es nur um Fahrzeug(e) aus einem anderen Staat als demjenigen am Unfallort, wird teilweise auf das Recht am Immatrikulationsort abgestellt (Art. 4 Haager Übereinkommen).

Die Konstellation, dass zwischen verantwortlichem Fahrzeuglenker und Geschädigtem ein vorbestehendes Rechtsverhältnis besteht, an welches im Sinne des Art. 4 Abs. 3 der Rom-II-Verordnung vorrangig akzessorisch angeknüpft werden kann, trifft wohl fast nur auf das Verhältnis Fahrzeuglenker und Mitfahrer zu. Das Haager Übereinkommen kommt über Art. 4 lit. a praktisch zum selben Ergebnis.

*Fazit:* Es liegen zwar nicht identische Lösungen vor, die objektive Anknüpfung (ohne Rechtswahl) von Strassenverkehrsunfälle erfolgt jedoch in EU-Staaten und in der Schweiz nach ähnlichen Kriterien.

Dem wäre nicht so, wenn die Schweiz nicht dem Haager Übereinkommen angehören würde (Art. 133 IPRG würde zu teilweise deutlich abweichenden Resultaten führen), aber auch, wenn frühere Entwürfe der Rom-II-Verordnung verwirklicht worden wären. Im Vorschlag vom 6. Juli 2005 war noch vorgesehen gewesen, dass sich bei Strassenverkehrsunfällen die Schadenshöhe nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Geschädigten berechnen und dass im übrigen die Haager Konvention zur Anwendung käme<sup>12</sup>.

Im Verlaufe der Ausarbeitung der Rom-II-Verordnung stand als Alternative die Anwendung des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt der geschädigten Partei für die Schadenersatzansprüche bzw. deren Bemessung im Vordergrund. Erwägung (33) zu Beginn des Verordnungstextes ist ein Überbleibsel davon (Berücksichtigung der Verhältnisse im Aufenthaltsstaat des Opfers, soweit es um die Berechnung des effektiv erlittenen Personenschadens geht). VINCENT BRULHART hat diese Diskussionen zum Anlass genommen, die Frage aufzuwerfen, ob ein Systemwechsel im schweizerischen IPR hin zur Anwendung des Rechts des Geschädigten bei Strassenverkehrsunfällen tatsächlich so sehr gegen die rechtspolitische Haltung des

<sup>11</sup> A. RUFENER (FN 3), N 29 zu Art. 134 IPRG.

<sup>12</sup> VINCENT BRULHART, Le projet de Règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles: sion incidence en matière de circulation routière, notamment à la lumière du droit suisse, in: HAVE 2007, S. 3-12, S. 6.

schweizerischen Rechts verstossen würde, und er kommt dann unter mehreren Aspekten – insbesondere auch solchen der Gerichtszuständigkeiten – zu einer einem solchen Systemwechsel gegenüber zumindest offenen Haltung<sup>13</sup>.

### **3. Objektiv bestimmtes übriges (allgemeines) Deliktsstatut**

Stellen wir nun die beiden allgemeinen Deliktsstatute (objektiv bestimmt, d.h. ohne Rechtswahl) einander gegenüber, so ergeben sich folgende Übereinstimmungen und Gegensätze:

Beide Rechtsquellen kennen den Vorrang des gemeinsamen Aufenthaltsrechts (Art. 4 Abs. 2 Rom-II, Art. 133 Abs. 1 IPRG). Während das schweizerische Recht der akzessorischen Anknüpfung an ein vorbestehendes Rechtsverhältnis den Vorrang gibt (Art. 133 Abs. 3 IPRG), formuliert die Rom-II-Verordnung breiter im Sinne einer allgemeinen Ausnahmeklausel zu Gunsten des engeren Zusammenhangs, erwähnt aber ausdrücklich auch die Konstellation eines vorbestehenden Rechtsverhältnisses (Art. 4 Abs. 3 Rom-II).

Der eigentliche Gegensatz findet sich in der letztsubidiären Anknüpfung. Die Rom-II-Verordnung bestimmt das anwendbare Recht unmittelbar auf Grund des Orts des Schadenseintritts (Art. 4 Abs. 1 Rom-II), unter ausdrücklichem Ausschluss des Handlungs- oder Ereignisorts und unter ausdrücklichem Ausschluss des Orts der indirekten Schadensfolgen. Demgegenüber setzt Art. 133 Abs. 2 Satz 1 des schweizerischen IPR-Gesetzes den Akzent auf den traditionellen Deliktort, verstanden als Ort, wo der Schädiger handelt. Wenn Handlungs- und Erfolgseintrittsort auseinander fallen, wird auf den Erfolgseintrittsort abgestellt, "wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolgs in diesem Staat rechnen musste". Setzt man Ort des Schadenseintritts mit dem Ort des Erfolgseintritts gleich, indem wohl in beiden Formulierungen auf die Rechtsgutverletzung abgestellt wird, besteht der wesentliche Unterschied in zweifacher Hinsicht:

- Nach schweizerischem Recht kommt dem Recht am Handlungsort dann eine selbständige Bedeutung zu, wenn nach Art. 133 Abs. 2 Satz 2 IPRG nicht das Recht am Erfolgseintrittsort anwendbar ist. Nach Rom-II Art. 4 Abs. 1 kommt bei Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort ausschliesslich der letztere in Betracht.
- Bei der Wahl zwischen Erfolgseintrittsort und Handlungsort kommt es im schweizerischen IPR auf ein subjektiv gefärbtes Kriterium an, nämlich ob der Schädiger mit dem Erfolgseintritt in einem bestimmten Staat rechnen musste.

Ist die schweizerische Regel differenzierter oder nur komplizierter?

Herkömmlicherweise löst man den Konflikt zwischen Handlungs- und Erfolgsort mit einer einseitigen nachträglichen Rechtswahlmöglichkeit der geschädigten Partei, und das lässt sich rechtspolitisch sehr gut vertreten: Der Schädiger konnte die Abläufe planen oder zumindest beeinflussen, und konnte sich, im Gegensatz zur geschädigten Partei, auf einen bestimmten Ablauf von Vorgängen im Sinne des Handlungs- und des Erfolgsortes einrichten – das gilt nicht nur für traditionelle Delikte der Verschuldenshaftung, sondern auch für erlaubte, aber risikogeneigte Geschäftstätigkeiten.

Selbst wenn man die Auswahlmöglichkeit zwischen Handlungs- und Erfolgsort nicht der geschädigten Partei überlassen will, rechtfertigt sich meines Erachtens die Beibehaltung der Wahl zwischen Handlungs- und Erfolgsortsrecht; ohne Rechtswahl steht diese Auswahlmöglich-

---

<sup>13</sup> V. BRULHART (FN 12), S. 11 f.

lichkeit dem Gericht zu. Das Gericht kann objektivierte Gesichtspunkte, auch solche der Reparation und der Prävention einfließen lassen.

Dass das schweizerische IPR auf die Möglichkeit der Anwendung des Handlungsortsrechts nicht verzichtet, ist daher sachgerecht. Es gibt z.B. unerlaubte Handlungen, wie z.B. Geldwäscherei, Betrug, Vermögensverschiebungen, reine Vermögensschädigungen, bei denen man kaum zuverlässige oder allgemein anerkannte Kriterien zur Bestimmung des Schadenseintrittsorts oder des Erfolgseintritts (Rechtsgutverletzungsort) finden, aber zumindest den Ort der Handlungen oder Unterlassungen des Schädigers ohne Weiteres erkennen kann. Dem Geschädigten gerade solcher unerlaubter Handlungen darf nicht das Risiko aufgebürdet werden, in der Unsicherheit klagen zu müssen, ohne zu wissen, welches nun das anwendbare Recht am Ort des Schadenseintritts bzw. der Rechtsgutverletzung sein soll, wenn klar ist, von wo aus der Schädiger seine betrügerischen Aktivitäten entfaltet hat oder von wo aus er das Verschieben von Vermögenswerten veranlasst hat usw. In dieser Hinsicht lautet die Antwort also: Die schweizerische Regel ist differenzierter, die Regel Rom-II führt zu einem leichter vorhersehbaren Ergebnis.

In Bezug auf das vom schweizerischen IPRG (Art. 133 Abs. 2 Satz 2) gewählte Kriterium hingegen, ob der Eintritt des Erfolgs in einem anderen Staat als demjenigen des Handlungsorts für den Schädiger vorhersehbar war und daher das Recht am Erfolgseintritt anwendbar sein soll, ist hingegen nur kompliziert und letztlich kaum haltbar.

Vor allem stört mich daran, dass die Botschaft des Bundesrates dazu ausführt, damit werde die Beweislast dem Schädiger auferlegt<sup>14</sup> und dass die Lehre dies ohne Bedenken übernahm. Sieht man darin eine Beweislast des Schädigers, läuft dies praktisch auf eine implizite einseitige Rechtswahl des Schädigers hinaus, denn es ist letztlich der Schädiger, der über die internen Dokumentation dazu verfügt, welcher Schadensverlauf für ihn vorhersehbar war – je nachdem, welche in Frage stehende Rechtsordnung für ihn günstiger ist, wird der Schädiger dieser Beweislast mehr oder weniger intensiv nachkommen<sup>15</sup>.

Aber selbst wenn man die Formulierung durch Auslegung objektiviert (was war für einen Dritten an Stelle dieses Schädigers vorhersehbar?), fragt sich, welche Bedeutung diesem Kriterium der Vorhersehbarkeit durch den Schädiger zukommen soll, im Vergleich zum schlagartigen, zumeist für den Geschädigten nicht vorhergesehenen Eintritt der Rechtsgutverletzung.

Meines Erachtens wäre es besser, auf dieses gesetzliche Kriterium der Auswahl zwischen Handlungs- und Erfolgsortsrecht zu verzichten und entweder eine einseitige Rechtswahl der geschädigten Partei oder eine Auswahl durch das Gericht nach dem Kriterium des engsten Zusammenhangs zuzulassen.

#### **4. Regress**

Vorhin (I,6) habe ich auf Unterschiede in der Regelung des Rückgriffs unter mehreren Haftpflichtigen hingewiesen. Das schweizerische IPRG schützt den rückgriffsbedrohten Mitschuldner über die Kumulation der Statute in Art. 144 Abs. 2 IPRG, Art. 20 der Rom-II-Verordnung hingegen lässt das Kausalstatut genügen. Dem Interesse des regressbedrohten Schuldners, nicht plötzlich dem Regress auf Grund eines für ihn nicht vorhersehbaren Rechts ausgesetzt zu sein, steht das Interesse aller Mitschuldner und natürlich auch der Versicherer an einem funktionierenden grenzüberschreitenden Regress gegenüber. Es ist m.E. daher nicht

---

<sup>14</sup> Bundesblatt BBl 1983 I 426, Nr. 284.224.

<sup>15</sup> I. SCHWANDER (FN 9), S. 291, Rz. 659.

ein aufrecht zu erhaltender Standpunkt, Schuldnerschutz über eine Statutskumulation vorzunehmen, die den Regress überhaupt ausschliesst.

Den Interessen des regressbedrohten Schuldners kommen die Interventions- und Gewährleistungsklagen nach Art. 6 Ziff. 2 Lugano Übereinkommen bzw. nach der künftigen gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung (Streitverkündungsklage) mehr entgegen, indem der Regressbedrohte schon im Erstprozess als Hauptpartei Prozessrechte wahrnehmen kann, und die Regressquote von Anfang an im ersten Prozess festgelegt wird.

### **III. Abwägung von Vor- und Nachteilen der zwei behandelten Regelungen. Anpassungsbedarf des schweizerischen IPR an Rom-II?**

1. Mit dem Inkrafttreten des IPR-Gesetzes am 1. 1. 1989 hat sich die Schweiz – innerhalb von Kontinentaleuropa, aber gegenüber den USA mit einem Rückstand von etwa 30 Jahren – an die Spitze der Revolution des IPR des Deliktsrechts gesetzt. Kein anderer kontinentaleuropäischer Staat kannte damals ein so differenziertes Anknüpfungssystem und entfernte sich derart weit weg von der zuvor seit über 900 Jahren praktizierten Regel des Tatortsrechts<sup>16</sup>. Die Verordnung Rom-II weist weitgehende Parallelitäten in den Lösungen auf. Das nun ist allerdings kein Zufall: Als der schweizerische IPR-Gesetz vorbereitet wurde, orientierten sich die Experten an den seinerzeitigen Vorarbeiten der EWG; denn diese wollte ja ursprünglich das Übereinkommen "Rom I" von 1980 nicht auf Schuldvertragsverhältnisse beschränken, sondern hatte auch Kollisionsregeln für die ausservertragliche Haftung vorbereitet. "Rom-II" beruht letztlich auch auf diesen Vorarbeiten bzw. den Diskussionen dazu.

Ein *grundsätzlicher Modernisierungsbedarf* für das schweizerische IPR des Deliktsrechts besteht somit nicht, auch nicht in methodologischer Hinsicht.

2. Für die *praktische Schadensabwicklung* ist nicht allein die Problematik des anwendbaren Rechts wichtig. Noch wichtiger ist wohl die *prozessuale Seite*. Das Lugano Übereinkommen vereinheitlicht in Europa, wozu in diesem Fall auch die Schweiz gehört, Gerichtszuständigkeiten und gegenseitige Urteilsanerkennungen und –vollstreckungen. Schadensfälle mit grenzüberschreitenden Auswirkungen können so einheitlich vor den Gerichten eines Staates abgewickelt werden, und weil das Urteil in allen europäischen Staaten anerkannt wird, kommt es zu keinen widersprüchlichen anderen Urteilen.

3. Vergleicht man die beiden Rechtsquellen – Rom-II und die deliktsrechtlichen Kollisionsregeln des schweizerischen IPR-Gesetzes – komme ich in Bezug auf einzelne Kollisionsregeln zu folgendem Schluss:

- a. *Subjektive Anknüpfung*: Die Beschränkung der nachträglichen Rechtswahl auf die Wahl der *lex fori* (Recht am Gerichtsort, schweizerisches Recht) in Art. 132 des schweizerischen IPRG lässt sich nicht rechtfertigen. Es besteht kein Grund, die Wahlmöglichkeit auf schweizerisches Recht zu beschränken. Unter kommerziell Tätigen können legitime Bedürfnisse bestehen, ihre gesamthaften Beziehungen – vertrag-

---

<sup>16</sup> Vgl. dazu z.B. I. SCHWANDER (FN 9), S. 270 ff.

liche, gesellschaftsrechtliche, ausservertragliche Rechtsverhältnisse – sogar im Voraus nach einer einzigen Rechtsordnung zu gestalten. Auch insofern als sie ein freies Aushandeln der Rechtswahl unter den kommerziell Tätigen voraussetzt (kein Allgemeine Geschäftsbedingungen), überzeugt die Regelung in der Rom-II-Verordnung. Ordre public und Sonderanknüpfung zwingender Rechtssätze korrigieren allfällige ungerechte Rechtsfolgen in beiden Rechtsquellen.

- b. *Objektive Anknüpfung im Allgemeinen:* Art. 133 Abs. 2 des schweizerischen IPRG hat gegenüber der Rom-II-Verordnung den Vorteil, dass damit letztsubsidiär immer noch die Wahl zwischen dem Recht am Ort der Handlung bzw. Unterlassung einerseits und dem Ort der Rechtsgutverletzung bzw. des Schadenseintritts offen steht. Demgegenüber beschränkt sich Rom-II – wohl aus Gründen der Vorhersehbarkeit – einzig auf das Recht am Ort des Schadenseintritts. Mit Rücksicht darauf, dass Art. 133 Abs. 2 IPRG als letztsubsidiäre Generalklausel u.a. auch wirtschaftskriminelle Vorgänge erfasst, ist m.E. der Flexibilität der schweizerischen Regelung der Vorzug zu geben. Hingegen ist das Kriterium in Art. 133 Abs. 2 Satz 2 des schweizerischen IPRG (Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts in einem anderen Staat für den Schädiger) m.E. verfehlt. Es sollte ersetzt werden durch die einseitige Rechtswahl der geschädigten Partei, oder dann sollte die Auswahl zwischen dem Recht am Handlungs- oder Erfolgsort dem Gericht überlassen bleiben. Art. 133 Abs. 2 Satz 2 IPRG lässt zuviel Auslegungsunsicherheiten zu und kann keinen Vorteil der Vorhersehbarkeit mit sich bringen.
- c. *Objektive Anknüpfung bei Strassenverkehrsunfällen:* Praktisch gibt es nur geringfügige Unterschiede in der Behandlung von Strassenverkehrsunfällen in den beiden Rechtsquellen.
- d. Hingegen kann der heutige 144 IPRG einen gewissen Hemmschuh bei der grenzüberschreitenden *Regresserledigung* darstellen; die Lösung des Art. 20 Rom-II wäre daher vorzuziehen. Art. 144 IPRG kommt nur zum Zuge, wenn ein schweizerisches Gericht über die Regressnahme befindet. Das kann dazu führen, dass der Regress nehmende Schuldner tendenziell eher von Gerichtszuständigkeiten und Gewährleistungsklagemöglichkeiten im europäischen Ausland Gebrauch machen wird und gestützt auf das Lugano Übereinkommen den Entscheid in der Schweiz durchsetzen wird. Auch wer also tendenziell den in der Schweiz wohnhaften, regressbedrohten Mitschuldner schützen will, wird diese Abwehrwirkung des Art. 144 IPRG nicht wünschen.

4. Schliesslich fragt es sich, ob allein schon der *Vorteil der einheitlichen Rechtsanwendung* eine vollständige Übernahme des Inhalts der Rom-II-Verordnung durch die Schweiz rechtfertigen könnte. Auch wenn es im Bereich der Schadensregulierungen Massengeschäfte gibt – und Strassenverkehrsunfälle gehörten dazu –, sollte nicht übersehen werden, dass es in anderen Branchen oft um höchst anspruchsvolle, sehr individuelle ausservertragliche Schadenszufügungen geht, und eine Vereinheitlichung auf Kosten der Möglichkeit einer individuelleren Rechtsfindung - wie sie das etwas flexiblere IPR-Gesetz durchaus bietet - in den anderen Konstellationen lässt sich nicht rechtfertigen.

5. Hinzu kommt ein weiteres Problem: Das schweizerische IPR-Gesetz muss Kollisionsregeln *im Verhältnis zu allen anderen Staaten auf allen Kontinenten* aufstellen. Eine *Verein-fachung* des IPR-Kollisionsregeln wie in europäischen Rechtsquellen für den *Rechtsverkehr unter den europäischen Staaten* kann man damit begründen, dass es wegen der Ähnlichkeit des Inhalts der nationalen Privatrechtsordnungen der verschiedenen europäischen Staaten

nicht gleichermassen darauf ankommt, ob nun schliesslich das eine oder das andere Recht angewendet wird; die rechtspolitischen Ausrichtungen der EU-Staaten haben sich schon stark angenähert. *Differenzierte Kollisionsregeln* sind aber auch weiterhin im nationalen Kollisionsrecht der EU-Staaten im Verhältnis zu *aussereuropäischen Staaten* anzutreffen, und genau so wäre es falsch, das schweizerische IPRG, dessen Regeln auch im Verhältnis zu den USA, zu den Bahamas, zu Brasilien, zu Russland, zu China und zu Liechtenstein zum Zuge kommen, der Rom-II-Verordnung anzupassen, die ausschliesslich im Verkehr unter Staaten der Europäischen Union gilt. Für eine gegenseitig verbindliche Annäherung der Schweiz an Rom-II stünde also nur das Instrument eines Staatsvertrags zur Verfügung.