

Florian Keßenich

Berücksichtigung statutsfremder Sicherheits- und Verhaltensregeln

Die Anwendung des Art. 17 Rom II-VO am Beispiel
grenzüberschreitender Prospekthaftung



Nomos

Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Gregor Bachmann, Humboldt Universität zu Berlin

Prof. Dr. Matthias Casper, Universität Münster

Prof. Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim

Prof. Dr. Rüdiger Veil, LMU München

Band 80

Florian Keßenich

Berücksichtigung statutsfremder Sicherheits- und Verhaltensregeln

Die Anwendung des Art. 17 Rom II-VO am Beispiel
grenzüberschreitender Prospekthaftung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Lüneburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6463-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0587-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Leuphana Law School der Leuphana Universität Lüneburg als Dissertation angenommen.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Tim W. Dornis, LL.M., J.S.M. Sein fachlicher Rat und seine Förderung haben ganz erheblich zum Erfolg dieser Arbeit beigetragen. Zudem hat er mir als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl hervorragende Forschungsbedingungen ermöglicht. Seine Begeisterung für den rechtswissenschaftlichen Austausch ist beeindruckend und hat nicht nur mich mitgerissen. Außerdem bedanke ich mich für die zeitnahe Erstellung des Erstvotums.

Den Herren Prof. Dr. Axel Halfmeier, LL.M., und PD Dr. Andreas Dieckmann danke ich für die außerordentlich zügige Erstellung des Zweit- und Drittgutachtens.

Der größte Dank gilt schließlich meiner Familie, die mich während des Studiums und der Promotionszeit bedingungslos und mit großer Anteilnahme unterstützt und gefördert hat. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im November 2019

Florian Keßenich

Inhaltsverzeichnis

Einführung und Gang der Untersuchung	15
I. Problemdarstellung und Ziel der Arbeit	15
II. Gang der Arbeit und Methoden	21
Kapitel 1: Art. 17 Rom II-VO – historisch-dogmatische Grundlagen	22
I. Datumtheorie	23
1. Begriff des Datums	23
2. Moral und local data	23
3. Art. 17 Rom II-VO – Ausdruck der Datumtheorie?	25
II. Weitere dogmatische Einordnung	28
1. Unilateralismus und Multilateralismus	28
a. Unilateralismus und Statuentheorie	29
b. Multilateralismus und Fragestellung vom Sachverhalt her	30
c. Einordnung von Art. 17 Rom II-VO	32
d. Implikationen	34
2. Heimisches Recht und ausländisches Recht	35
3. Substantivismus und Selektivismus	38
4. Jurisdiction Selection und Issue-by-Issue Analysis / Dépeçage	40
a. Nachteile Dépeçage	43
b. Vorteile Dépeçage	46
c. Implikationen für Art. 17 Rom II-VO	48
III. Zwischenergebnis	49
Kapitel 2: Berücksichtigung von Sicherheits- und Verhaltensvorschriften gem. Art. 17 Rom II-VO	50
I. Normzweck von Art. 17 Rom II-VO	50
1. Flexibilisierung/Abmilderung der Grundanknüpfung	54
2. Internationalprivatrechtliche und materiell-rechtliche Gerechtigkeitserwägungen	55
II. Begriff der Sicherheits- und Verhaltensregeln	57
1. Kategorisierung – Diskrepanzen aus ökonomischer Sicht	58
2. Trennscharfe Kategorisierung nicht möglich	61

3. Zweiteilung in verhaltenslenkende und sanktionsorientierte Normen als Startpunkt	64
5. Sonderfall: Ausschluss der Haftung am Erfolgsort	66
4. Mögliche Kriterien zur Abgrenzung	66
6. Sprachliche Einschränkung – Sicherheit	68
7. Begriff der „Regel“	69
8. Unterscheidung zwischen streng territorialen Regeln und solchen ohne strenge Territorialität	71
9. Keine Begrenzung auf für den Schädiger günstige Regeln	73
10. Typisierende Kategorisierung	74
a. Gebote und Verbote	74
b. Aktiv- und Passivlegitimation	75
c. Sorgfaltspflichten	76
d. Allgemeiner Sorgfaltmaßstab	76
e. Verschuldensmaßstab	77
f. Mitverschulden	78
g. Rechtsfolgen	79
III. Dogmatik der faktischen Berücksichtigung – modifizierende Inkorporierung	80
IV. Ermessen („soweit angemessen“)	83
1. Kein deklaratorischer Hinweis auf <i>ordre public</i>	84
2. Tatrichterliches Ermessen	84
3. Die „Neumeier Rules“ und Typisierung	86
4. Rechtsgebundenheit des entscheidenden Richters und Überprüfbarkeit	90
5. Angemessenheitskriterien	95
a. Parteierwartungen	96
b. Staatliche Interessen	99
c. Platzdelikte	100
d. Distanzdelikte	102
e. Streudelikt	106
V. Anknüpfung an das Recht des Handlungsortes und den Ort des relevanten Unterlassens	108
VI. Abweichende Rechtswahl	113
VII. Ermittlung der statutsfremden Sicherheits- und Verhaltensvorschriften	114
VIII. Fallgruppen in Rechtsprechung und Literatur	116
1. Delikte im Straßenverkehr	116
2. Freizeit- und Sportunfälle	117

3. Produkthaftung	118
4. Umwelthaftung	121
5. Medizinrecht	122
6. Wettbewerbsrecht	122
IX. Zwischenergebnis	123
Kapitel 3: Internationales Prospekthaftungsrecht	124
I. Ratio der Prospektpflicht und Haftung	124
1. Zweck der Regulierung von Finanzmärkten	125
a. Anlegerschutz	125
b. Der Funktionsschutz des Finanzmarktes	126
aa. Institutionelle Effizienz	127
bb. Operationale Effizienz	128
cc. Allokative Effizienz	129
c. Systemstabilität	130
d. Zusammenhang	130
e. Interessenbasierte Perspektive	131
aa. Interesse des Emittenten an günstiger Kapitalbeschaffung	132
bb. Interesse des Anlegers an Optimierung der Risiko-Ertrags-Funktion	132
cc. Überindividuelle Marktinteressen	133
2. Ökonomischer Hintergrund des Prospektrechts	134
II. Das Recht der Prospektpublizität nach dem Wertpapierprospektgesetz im deutschen Sachrecht	138
1. Anwendungsbereich des WpPG / Prospektpflicht	139
2. Ausnahmen von der Prospektpflicht	141
3. Anforderungen an den Prospekt	141
4. Herkunftslandprinzip	142
5. Europaweite Harmonisierung der Prospektpflicht	144
6. Prospekthaftung	144
a. Prospektbegriff und Anwendungsbereich der Haftungsvorschriften	147
b. 6-Monats-Erwerbsfrist	148
c. Kreis der Haftungsadressaten	149
aa. Verantwortliche Personen	149
bb. Prospektveranlasser	150
d. Unrichtige oder unvollständige Angaben	151
aa. Angaben	151
bb. Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit	152

cc. Maßstab zur Beurteilung der Richtigkeit	153
e. Beurteilungszeitpunkt	154
f. Haftungsmaßstab	155
g. Kausalität	156
aa. Haftungsbegründende Kausalität	156
bb. Haftungsausfüllende Kausalität	157
h. Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit	158
i. Beweislast	158
j. Umfang des Schadensersatzanspruchs	158
k. Verjährung	159
III. Das Kollisionsrecht der Prospekthaftung	159
1. Qualifikation der Prospekthaftung	160
2. Anwendung der Rom II-Verordnung	162
a. Kein Ausschluss gem. Art. 1 Abs. 2 lit c) und d) Rom II-VO	162
b. Rechtswahl gem. Art. 14 Rom II-VO	164
c. Deliktische Sonderanknüpfungen?	165
d. § 21 Abs. 3 WpPG als Kollisionsnorm?	166
3. Erfolgsortanknüpfung – Wohnsitz des Anlegers	167
4. Akzessorische Anknüpfung der Prospekthaftung nach dem Herkunftslandprinzip	169
5. Marktortanknüpfung	172
a. Versuche der dogmatischen Herleitung der Marktortanknüpfung	173
b. Problem der schweren Bestimmbarkeit des Marktortes	176
6. Eingriffsnormen	179
7. Alternative der Berücksichtigung der Sicherheits- und Verhaltensvorschriften am Handlungsort	179
8. Zwischenergebnis	180
IV. Ökonomische Kritik	180
1. Pflicht des europäischen Gesetzgebers, ökonomische Effizienz zu beachten	181
2. Ausgangspunkt Coase-Theorem	182
3. Hypothetical consensus test	185
4. Konkretisierung des hypothetischen Parteiwillens im Bereich internationaler Prospekthaftung	188
a. Grundproblem	188

b. Anknüpfung an das Recht des Anlegers (Erfolgsortanknüpfung)	190
aa. Verfahrenskosten	190
bb. Schadens- und Schadensvermeidungskosten	191
cc. Informationsvorteile des Anlegers	193
dd. Zahlenmäßiges Verhältnis zwischen Anlegern und Emittenten und Einbeziehung Dritter	195
ee. Zwischenergebnis	197
c. Akzessorische Anknüpfung nach dem Herkunftslandprinzip	198
d. Marktortanknüpfung	201
aa. Zulassung ausschließlich an einem geregelten Markt	202
bb. Mehrfachnotierungen	202
cc. Handel außerhalb eines geregelten Marktes	204
dd. Race to the top?	205
ee. Beteiligte bestimmen unmittelbar das anwendbare Recht	206
5. Keine andere (rechtliche) Beurteilung aufgrund des Herkunftslandprinzips	207
6. Art. 17 Rom II-VO	209
V. Zwischenergebnis	211
 Kapitel 4: Die konkrete Anwendung des Art. 17 Rom II-VO im internationalen Prospekthaftungsrecht	 212
I. Bedarf für Berücksichtigung von Sicherheits- und Verhaltensregeln am Marktort	212
II. Bezugspunkt	213
1. Ort der relevanten Pflichten – Entstehung der Prospektpflichten	214
2. Sonderfälle	216
3. Art. 17 Rom II-VO verweist nicht auf den Ort der erstmaligen Billigung	217
III. Kategorisierung	218
1. Prospektpflicht und Inhalt des Prospektes	219
2. Haftender Personenkreis	220
3. Anspruchsteller	220
4. Verschuldensmaßstab	221
5. Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit	222
6. Rechtsfolgen	222

Inhaltsverzeichnis

IV. Fakultative Berücksichtigung?	223
V. Exemplarisches Anwendungsbeispiel	224
VI. Bewertung der Lösung über Art. 17 Rom II-VO	229
1. Schutz der Marktordnung und Korrektur der Erfolgsortanknüpfung	229
2. Mosaikbetrachtung	230
3. Dépeçage	231
4. prozessuale Umsetzung	232
5. Abschließende Beurteilung und allgemeine Implikationen	233
Kapitel 5: Wesentliche Ergebnisse	235
Literaturverzeichnis	247

Einführung und Gang der Untersuchung

I. Problemdarstellung und Ziel der Arbeit

Eine Anknüpfung an den Handlungsort (*lex loci actus*) wird in der rechtspolitischen Diskussion im Internationalen Privatrecht zumeist mit dem legitimen Interesse des potenziellen Schädigers begründet, das anwendbare Recht (leichter) vorherzusehen.¹ Da Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO² als Grundregel des internationalen Deliktsrechts unter der Rom II-Verordnung aber an den Schadensort anknüpft oder ggf. gem. Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort von Schädiger und Opfer, tritt vielfach das Problem auf, dass sich die Haftung nach einem Recht richtet, das der potenzielle Schädiger bei seinem haftungsrelevanten Verhalten nicht vorhersehen konnte.³ Damit kommt Art. 17 Rom II-VO ins Spiel, der dieses Dilemma zu beheben versucht. Er statuiert:

„Bei der Beurteilung des Verhaltens der Person, deren Haftung geltend gemacht wird, sind faktisch und soweit angemessen die Sicherheits- und Verhaltensregeln zu berücksichtigen, die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind.“

Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung steht die Frage nach dem sowohl dogmatisch korrekten als auch interessengerechten Umgang mit dieser kollisionsrechtlichen (Hilfs-)Norm. Sie wird im Bereich des Internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse immer dann relevant, wenn das Recht am Ort des haftungsbegründenden Ereignisses nicht zugleich die *lex causae* ist. Die Beurteilung eines haftungsrelevanten

1 Vgl. z.B. *Spickhoff*, IPRax 2000, 1, 3; *Koziol/Thiede*, ZVglRWiss 2007, 235, 242–244; *von Hein*, in: Kronke/Thorn, FS Hoffmann, 2011, S. 139, 139; *Spickhoff*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 43. Aufl., 2017, Art. 40 EGBGB, Rn. 1.

2 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. Nr. L 199 v. 31.7.2007, S. 40 („Rom II-VO“).

3 Z.B. *Wagner*, IPRax 2008, 1, 5 f.; *von Hein*, in: Kronke/Thorn, FS Hoffmann, 2011, S. 139, 139.

Verhaltens ist ohne Ansehen seines Umweltrechts kaum möglich.⁴ In diesem Zusammenhang müssen zudem staatliche Regelungsinteressen am Ort des relevanten Verhaltens erwähnt werden: Der Staat hat ein Anliegen, auf seinem Staatsgebiet einen eigenen Maßstäben genügenden Verhaltensstandard durchzusetzen.⁵ Immer wieder bemühtes Schulbeispiel für die Anwendung von Art. 17 Rom II-VO ist der Unfall zweier deutscher Autofahrer, der sich auf einer Straße in England zuträgt, weil einer der Fahrer dem englischen Linksfahrgebot nicht Folge geleistet hat.⁶ Aufgrund des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts von Schädiger und Geschädigtem ist für die Beurteilung des Unfalls gem. Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO zwar im Grundsatz deutsches Recht anzuwenden (*lex causae*). Es bestehen jedoch keinerlei Zweifel, dass das englische Linksfahrgebot als Verhaltensmaßstab dienen muss. Alles andere wäre evident widersinnig. Vor Inkrafttreten der Rom II-Verordnung galt als ungeschriebene Regel im bisherigen deutschen Internationalen Privatrecht, dass verkehrsrechtliche ortsgebundene Verhaltensnormen (z. B. Rechts- und Linksfahrgebote, Vorrangregeln oder Überholverbote) stets dem Recht des Verhaltensorts zu entnehmen sind.⁷ Zu demselben Ergebnis kommt man nunmehr über eine Anwendung von Art. 17 Rom II-VO. Die englischen Verkehrsregeln sind als lokale Sicherheits- und Verhaltensregeln respektive *local data* angemessen zu berücksichtigen.

4 Vgl. z.B. *Wagner*, IPRax 2008, 1, 5 f.; *von Hein*, in: Calliess, Rome Regulations Commentary, 2. Aufl., 2015, Art. 17 Rome II, Rn. 1 ff.; *Jakob/Picht*, in: Rauscher, Kommentar, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Bd. 3, 4. Aufl., 2016, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 1.

5 *Robe*, Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatuts, 1994, S. 241 ff.; *Wagner*, *RabelsZ* 62 (1998), 243, 253 ff.; *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999, S. 3 ff.; *Wagner*, in: Zimmermann, Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, 2003, S. 189, 331 f.; *Dornis*, *SZIER* 2015, 183, 189.

6 Vgl. Hamburg Group for Private International Law, *RabelsZ* 67 (2003), 1, 43; *von Hein*, *ZVglRWiss* 2003, 528, 552; *Leible/Engel*, *EuZW* 2004, 7, 16 in Fn. 126; *Fricke*, *VersR* 2005, 726, 738 in Fn. 118; *Bach*, in: Huber, Rome II Regulation, 2011, Art. 17 Rome II, Rn. 1 (andersherum: Englische Autofahrer in Deutschland); *Junker*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 1; *Leible/Lehmann*, *RIW* 2007, 721, 725; *Dornis*, *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 44 (2015), 1, 3.

7 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen, BR-Drs. 759/98, S. 24 = BT-Drs. 14/343, S. 11; BGH, *Urt. v. 23.11.1971*, VI ZR 97/70, *NJW* 1972, 387; BGH, *Urt. v. 8.3.1983*, VI ZR 116/81, *NJW* 1983, 1972; *Junker*, *JZ* 2008, 169, 177. Für den Fall eines Unfalls zweier Deutscher in Großbritannien vgl. LG Mainz, *Urt. v. 17.8.1998*, 7 O 391/97, *NJW-RR* 2000, 31, 31.

Der Geltungsbereich von Art. 17 Rom II-VO ist allerdings nicht auf den Bereich ortsgebundener Straßenverkehrsregeln beschränkt.⁸ Anzuwenden ist Art. 17 Rom II-VO auf sämtliche außervertraglichen Schuldverhältnisse im Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1, 2 Rom II-VO i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO.⁹ Damit beginnen indes die Probleme. Während nach ganz herrschender Meinung stets die ortsgebundenen Verkehrsvorschriften berücksichtigt werden müssen, ist dies für den Bereich der nicht ortsgebundenen Straßenverkehrsvorschriften (z.B. Gurtanlegepflicht, Blutalkoholgrenzen oder Lenkzeiten) schon strittig.¹⁰ Die Lage wird noch schwieriger, wenn es um die Handhabung des Art. 17 Rom II-VO außerhalb der mehr oder minder gestandenen Fallgruppe der Straßenverkehrsdelikte geht. Bislang hat sich in Rechtsprechung und Literatur kein stimmiges Gesamtkonzept für den Umgang mit der Norm herauskristallisiert. Dies ist wohl zu großen Teilen dem Umstand geschuldet, dass sich Art. 17 Rom II-VO nicht in das klassische (kontinentaleuropäische) Internationale Privatrecht einfügt.

Das Internationale Privatrecht bestimmt, welches Recht auf ein Rechtsverhältnis angewandt wird. Das deutsche und europäische Internationale Privatrecht ist dabei maßgeblich von den Bausteinen des *Savigny*'schen Systems geprägt: Kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist der Sachverhalt. Inhalt und Ratio der Sachnormen sind demgegenüber grundsätzlich unbeachtlich; es ist nicht das sachlich beste Recht anzuwenden, sondern das räumlich beste Recht.¹¹ Dieses soll idealiter dann grundsätzlich nach dem *Alles oder Nichts-Prinzip* als Ganzes zur Anwendung gebracht werden.

8 Vereinzelt wurde im Vorfeld der Rom II-VO eine Beschränkung auf Verkehrsregeln gefordert, vgl. Hamburg Group for Private International Law, *RabelsZ* 67 (2003), 1, 44.

9 Siehe z.B. *Junker*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 4.

10 Vgl. zum Meinungsstand *von Hein*, in: Kronke/Thorn, FS Hoffmann, 2011, S. 139, 145 f.; *Junker*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 12 ff.; *Spickhoff*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 43. Aufl., 2017, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 4.

11 Vgl. z.B. *Junker*, Internationales Privatrecht, 1998, Rn. 67 ff.; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band 1, Allgemeine Lehren, 2. Aufl., 2003, § 6, Rn. 53 ff.; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2004, S. 131; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006, § 4 II 1; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., 2017, Rn. 32 ff.

Die Berücksichtigung statutsfremder¹² Vorschriften neben dem Deliktsstatut läuft diesem Grundsatz zuwider – eine *Dépeçage*¹³ sei mit gravierenden Nachteilen behaftet, gar unzulässig.¹⁴ Hingegen impliziert aber Art. 17 Rom II-VO das Entstehen einer *Dépeçage*. Das Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, unter angemessener Berücksichtigung dieser Kritikpunkte zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen Art. 17 Rom II-VO fruchtbar zu machen ist, und wie und inwieweit eine dogmatisch korrekte Handhabung aussehen kann, um zu interessen- und praxisgerechten Ergebnissen zu gelangen.

Die Untersuchung wird einem konkreten Untersuchungsobjekt zugeführt, dem internationalen Prospekthaftungsrecht.¹⁵ Bei Fällen der internationalen Prospekthaftung fallen Erfolgsort (Wohnort des Anlegers) und Handlungsort (Ort der maßgeblichen Prospektpflichten) regelmäßig auseinander. Es handelt sich um Distanz- bzw. Streudelikte. Es herrscht in der juristischen Literatur eine lebendige Diskussion um das Kollisionsrecht der Prospekthaftung. Die Rom II-Verordnung sieht keine spezielle Kollisionsnorm für die Kapitalmarktinformationshaftung vor.¹⁶ Vielmehr ist nach korrekter und hier vertretener Auffassung *de lege lata* gem. Art. 4

12 Statutseigene Vorschriften werden in dieser Arbeit solche Normen genannt, die der *lex causae* angehören, hingegen sind statutsfremde Vorschriften solche, die einer anderen Rechtsordnung als der *lex causae* angehören. Vgl. in diesem Zusammenhang zum Begriff des Statuts *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006, S. 14 („Als Folge der *Savignyschen* Wende in der Fragestellung hat auch der Gebrauch des Wortes ‚Statut‘ sich geändert: Früher bezeichnete er das einzelne Gesetz (als Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Betrachtung) – heute die jeweils maßgebende Rechtsordnung (also den Endpunkt dieser Betrachtung)“).

13 Unter *Dépeçage* wird die Aufspaltung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses in mehrere Teile verstanden, vgl. *Jayme*, in: Kegel/Musielak/Schurig, Festschrift für Gerhard Kegel, 1987, S. 253–268; *Juenger*, Choice of Law and Multistate Justice, 1993, S. 138; *Aubart*, Die Behandlung der *dépeçage* im europäischen Internationalen Privatrecht, 2013, S. 5. Auch wenn Art. 17 Rom II-VO insofern nur eine „Berücksichtigung“ statutsfremden Rechts anordnet, ist *de facto* damit eine Anwendung von zwei Rechtsordnungen zu verstehen. *Reppy* bezeichnet dies als „eklektische“ *Dépeçage*, vgl. *Reppy, JR.*, Tul. L. Rev. 82 (2008), 2053, 2087.

14 Vgl. umfassend zur Kritik *Juenger*, Choice of Law and Multistate Justice, 1993, S. 138 f.; *Rühl*, Statut und Effizienz, 2011, S. 404 ff. m.w.N.; *Aubart*, Die Behandlung der *dépeçage* im europäischen Internationalen Privatrecht, 2013, S. 49 ff. m.w.N.

15 Die Arbeit beschränkt sich – allein schon aus Platzgründen – auf das spezialgesetzliche Prospekthaftungsrecht.

16 Dies wird indes von einigen gefordert, vgl. Beschluss der Spezialkommission „Finanzmarktrecht“ des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht, abgedruckt

Abs. 1 Rom II-VO an den Erfolgsort bzw. Ort des Schadenseintritts anzuknüpfen.¹⁷ Dies ist unangemessen, da die Anwendung des Rechts am Ort des Schadenseintritts (Wohnort des Anlegers¹⁸) zu einer für den Emittenten als potenziellen Schädiger nicht vorhersehbaren Anwendung von unterschiedlichen Rechtsordnungen führt.¹⁹ Diese Ungewissheit für den Emittenten wird noch potenziert, da er an der Verbreitung des Wertpapiers auf dem Sekundärmarkt nicht beteiligt ist und daher keinen Einfluss darauf hat, wer die Anlage erwirbt und welches Recht die Haftung bestimmt (Streudelikt).²⁰ Folglich kann der Emittent den für ihn maßgeblichen Verhaltensstandard im Vorwege der Emission nicht ermitteln. Man möge sich nur vor Augen führen, dass der Emittent eines Wertpapiers, obwohl der betreffende Prospekt in Deutschland gebilligt wurde und auch dort eine Börsenzulassung erfolgte, nach anderen Rechtsordnungen als der deutschen haften sollte. Es werden verschiedene Ausweichstrategien vorgeschlagen. Interessensgerecht und aus regulatorischer und ökonomischer Sicht sinnvoll ist eine Anknüpfung an den Marktort; schließlich ist dies der Ort, an dem sich Emittent und Anleger (freiwillig) zum Zwecke einer Transaktion begeben haben. Die Marktortanknüpfung wird von der überwiegenden Anzahl an Stimmen in der Literatur bevorzugt. Unter anderem spricht maßgeblich für diese, dass sie für alle Beteiligten zu leicht vorhersehbaren Ergebnissen führt. Dies geht mit Kostenersparnissen einher. Die in der Literatur und unterinstanzlicher Rechtsprechung unterbreiteten Vorschläge zur Herleitung der Marktortanknüpfung sind aus dogmati-

in IPRax 2012, 470; den Beschluss erläuternd *Lehmann*, IPRax 2012, 399; siehe zudem *Schmitt*, BKR 2010, 366, 371; *Freitag*, WM 2015, 1165, 1165.

17 *Lehmann*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 552; *Lehmann*, IPRax 2012, 399, 402; *Schütze*, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., 2015, § 7, Rn. 24; es werden Ausweichstrategien vorgeschlagen, die allerdings aus systematischen und/oder dogmatischen Gründen nicht überzeugen können. Siehe hierzu unten Kap. 3, III., 3.

18 Siehe hierzu unten Kap. 3, IV., 4., b.

19 *Weber*, WM 2008, 1581, 1585; *Hellgardt/Ringe*, ZHR 2009, 802, 824f.; *Oulds*, in: Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 15.253; *Lehmann*, IPRax 2012, 399 f.; *Lehmann*, Rev. crit. DIP 2012, 485, 493 f.; *Einsele*, ZEuP 2012, 23, 29; *Schmitt*, BKR 2010, 366, 371; *Steinrötter*, Beschränkte Rechtswahl im Internationalen Kapitalmarktprivatrecht und akzessorische Anknüpfung an das Kapitalmarktordnungsstatut, 2014, S. 190 f.; *Freitag*, WM 2015, 1165, 1171; vgl. *Lehmann*, in: Säcker/Rixecker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 549.

20 Vgl. *Lehmann*, IPRax 2012, 399, 400; *Schütze*, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., 2015, § 7, Rn. 25.

scher Sicht jedoch höchst unbefriedigend. Auf Basis der aktuellen Gesetzeslage lässt sich nach vorzugswürdiger und hier vertretener Ansicht keine Marktortanknüpfung herleiten. Insbesondere kann der Erfolgs- bzw. Schadens Eintrittsort im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO nicht mit dem Marktort gleichgesetzt werden, wie von einigen Stimmen in der Literatur jedoch vertreten. Als methodenehrliches Ausweichinstrument *de lege lata* kann aber Art. 17 Rom II-VO herangezogen werden. Zunächst ist über Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO an den Wohnort des Anlegers anzuknüpfen. Sodann können über Art. 17 Rom II-VO die statutsfremden Sicherheits- und Verhaltensregeln am Marktort berücksichtigt werden. Eine Fruchtbarmachung von Art. 17 Rom II-VO im internationalen Kapitalmarktprivatrecht ist bereits in der Literatur *en passant* erwähnt worden.²¹ Die Details sind aber nicht geklärt. Bislang blieb zudem die Frage unbeantwortet, unter welchen Modalitäten und in welchem Rahmen eine Fruchtbarmachung erfolgen kann, um letztendlich eine für das internationale Prospekthaftungsrecht interessengerechte Lösung zu finden. Hier soll die vorliegende Arbeit ansetzen. Insbesondere ist erörterungsbedürftig, welche Vorschriften des Prospektrechts als zu berücksichtigende Sicherheits- und Verhaltensvorschriften zu qualifizieren sind. Dabei ist die Bestimmung und Definition der Sicherheits- und Verhaltensregeln von maßgeblicher Bedeutung. Die Definitionsweite bestimmt, welche prospekthaftungsrechtlichen Vorschriften vom Anwendungsbereich von Art. 17 Rom II-VO umfasst sind. Dabei soll an dieser Stelle bereits insoweit inhaltlich vorgegriffen werden, als dass nicht nur die europaweit vereinheitlichten aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Prospektpflicht erfasst sind. Darüber hinaus sind zu einem weiten Teil auch die nicht vereinheitlichten haftungsrechtlichen Vorschriften zur Prospekthaftung erfasst. Es macht selbst innerhalb der EU einen erheblichen Unterschied aus, nach welchem nationalem Sachrecht ein geschädigter Anleger seine Prospekthaftungsansprüche geltend macht. Über Art. 17 Rom II-VO kann erreicht werden, dass das interessengerechte Sachrecht am Marktort zur Anwendung gelangt bzw. berücksichtigt wird. Die Arbeit verfolgt also zweierlei Ziele: Einerseits soll sie einen Bei-

21 Mit besonderem Blick auf die Schwierigkeiten, die Art. 17 Rom II-VO aufwirft, siehe *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 2010, S. 415–417; *Steinrötter*, Beschränkte Rechtswahl im Internationalen Kapitalmarktprivatrecht und akzessorische Anknüpfung an das Kapitalmarktordnungsstatut, 2014, S. 263 ff. Zudem im Rahmen einer zunächst vorgeschlagenen Marktortanknüpfung zur Berücksichtigung der Rechtsordnung, die der Prospektbilligung zugrunde lag, vgl. *Einsele*, ZEuP 2012, 23, 39; *Lehmann*, IPRax 2012, 399, 405; *Einsele*, IPRax 2012, 481, 490; *Freitag*, WM 2015, 1165, 1173; *Einsele*, RabelsZ 2017, 783, 804 f.

trag für die allgemeine Diskussion um Art. 17 Rom II-VO erbringen, andererseits soll sie zur Diskussion um das Sonderrecht der internationalen Prospekthaftung beitragen.

II. Gang der Arbeit und Methoden

Grob gliedert sich die Untersuchung in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Der allgemeine Teil dient dazu, den besonderen Teil, d.h. die konkrete Anwendung von Art. 17 Rom II-VO im Sonderrecht der internationalen Prospekthaftung, vorzubereiten. Dazu erfolgt im ersten Kapitel eine historisch-dogmatische Einordnung von Art. 17 Rom II-VO.²² Es wird aufgezeigt, von welchen Ansätzen und Methoden des Internationalen Privatrechts Art. 17 Rom II-VO beeinflusst ist. Hierdurch lassen sich die Besonderheiten der Norm besser verstehen. Zudem lassen sich Erkenntnisse für die dogmatisch-korrekte Handhabung dieser kollisionsrechtlichen Hilfsnorm ableiten. Im zweiten Kapitel folgt eine ausführliche Beleuchtung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolgen des Art. 17 Rom II-VO. Diese allgemeine Durchdringung des Stoffes ist Ausgangspunkt für die konkrete Anwendung von Art. 17 Rom II-VO im internationalen Prospekthaftungsrecht. Das dritte Kapitel eröffnet den besonderen Teil der Untersuchung und das internationale Prospekthaftungsrecht wird zum Gegenstand der Betrachtungen. Es ist dafür zunächst erforderlich, die Zielparameter des Kapitalmarktrechts und der Prospekthaftung zu bestimmen sowie den Blick auf das materielle Prospektrecht zu lenken, bevor sich dem Kollisionsrecht der Prospekthaftung gewidmet wird. Nebst Art. 17 Rom II-VO sind weitere Ausweichstrategien zur Abmilderung der unangebrachten Erfolgsortanknüpfung vorgeschlagen worden, die im Rahmen dieser Arbeit – auch aus ökonomischer Perspektive – diskutiert werden. Im vierten Kapitel erfolgt dann die konkrete Anwendung von Art. 17 Rom II-VO im grenzüberschreitenden Prospekthaftungsrecht. Die Erkenntnisse der vorherigen Kapitel werden hierbei genutzt und es erfolgt eine abschließende Bewertung der untersuchten Lösung. Den Abschluss der Arbeit bildet Kapitel 5 mit der zusammenfassenden Darstellung der wesentlichen Ergebnisse.

22 Zumeist wird Art. 17 Rom II-VO mit der Datumtheorie von *Ehrenzweig* in Verbindung gebracht, siehe zur Theorie *Ehrenzweig*, *Buff. L. Rev.* 16 (1966), 55. Die Datumtheorie kann aber keineswegs mit Art. 17 Rom II-VO „gleichgesetzt“ werden.

Kapitel 1: Art. 17 Rom II-VO – historisch-dogmatische Grundlagen

Dreh- und Angelpunkt von Art. 17 Rom II-VO sind die „Sicherheits- und Verhaltensregeln“ am Ort des haftungsbegründenden Ereignisses, die berücksichtigt werden können. Die überaus komplizierte Frage, welche Anforderungen eine Vorschrift erfüllen muss, um sie als Sicherheits- und Verhaltensregel einzuordnen, und wie sie von anderen Normen des Deliktsstatuts abzugrenzen ist, muss zu diesem Zeitpunkt allerdings hinten angestellt werden.²³ Zunächst soll sich dem Begriff der *local data* gewidmet werden, der zuweilen anstelle von oder im Zusammenhang mit den in Rede stehenden Sicherheits- und Verhaltensvorschriften verwendet wird (I.). Damit ist der Blick auf die dogmatischen Grundlagen gelenkt – Art. 17 Rom II-VO wird oftmals mit der auf *Brainerd Currie* und *Albert Ehrenzweig* zurückgehenden Datum- bzw. der *local data*-Theorie assoziiert.²⁴

Auch wenn der europäische Gesetzgeber mit der Schaffung von Art. 17 Rom II-VO sicherlich keine dogmatischen Theorienstreitigkeiten entscheiden wollte, lassen sich aus der dogmatischen Durchdringung und Einordnung (II.) wichtige Erkenntnisse für die richtige Fruchtbarmachung dieser Norm, insbesondere der eben angesprochenen Einordnung von Vorschriften als Sicherheits- und Verhaltensregeln, gewinnen.

23 Siehe hierzu unten Kap. 2, II.

24 Vgl. z.B. *Junker*, NJW 2007, 3675, 3681; *Mills*, in: Ahern/Binchy, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, 2009, S. 133, 150; *von Hein*, in: Kronke/Thorn, FS Hoffmann, 2011, S. 139, 153; *Pfeiffer*, in: Michaels/Solomon, Liber amicorum Klaus Schurig, 2012, S. 229, 229 f.; *Dornis*, Ga. J. Int'l & Comp. L. 44 (2015), 1, 2; *Dornis*, SZIER 2015, 183, 184 f.; *von Hein*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Einl. IPR, Rn. 271; *Junker*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 2 f. Siehe aber u.a. *Lehmann*, in: Hüßtege/Mansel/Dauner-Lieb, Kommentar BGB, Rom-Verordnungen, EuErbVO, HUP, Bd. 6, 2. Aufl., 2015, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 5, der darauf aufmerksam macht, dass sich Art. 17 Rom II-VO in einem Kollisionsrechtsakt und gerade nicht im Sachrecht befindet.

I. Datumtheorie

1. Begriff des Datums

Den Begriff des Datums verwendete als Erstes *Brainerd Currie* im Kontext der Berücksichtigung statutsfremden Sachrechts als Fakt (engl. datum = deutsch Fakt).²⁵ Dabei brachte er zum Ausdruck, dass die Bezugnahme auf fremdes Recht als Datum nichts mit Kollisionsrecht (*conflict law*) im eigentlichen Sinne zu tun habe, weil nicht auf fremdes Recht zur Anwendung verwiesen werde. Es gehe lediglich um eine in gewissen Fällen mit Auslandsberührung als selbstverständlich anzunehmende Bezugnahme auf ausländisches Recht und anschließende Berücksichtigung innerhalb des eigentlich berufenen Rechts als faktische Gegebenheiten.²⁶

2. Moral und local data

Albert Ehrenzweig nahm auf *Currie* Bezug²⁷, verfeinerte dessen Ansatz und unterschied ergänzend zwischen *local data* einerseits und *moral data* andererseits.²⁸ Letztere seien solche Normen des Forums, welche der Durchsetzung von Fragen der Moral oder Billigkeit zu dienen bestimmt sind.²⁹ Als Beispiele führt *Ehrenzweig* unter anderem solche Vorschriften an, die in betrügerischer Absicht vorgenommene Handlungen betreffen, aber auch z.B.

25 *Currie*, Colum L. Rev. 58 (1958), 964.

26 *Currie*, Colum L. Rev. 58 (1958), 964, 1020 („The reference to the alien law has nothing to do with conflict of laws, but merely supplies a datum which is rendered material by the rule of decision which is found in the law of the forum“). Dazu *Jayme*, in: *Jayme/Kegel*, Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig, 1976, S. 35, 40 f.; *Jayme*, Internationales Privatrecht: Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht, 2009, Band 4, S. 301 f.

27 *Ehrenzweig/Jayme*, Private International Law, 1977, Band 1, S. 83 („Currie must be credited with having introduced the new term ‘datum’ for designating certain questions which typically can or must be subjected to foreign rules without resort to a ‘choice of law’“).

28 *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55; *Ehrenzweig/Jayme*, Private International Law, 1977, Band 1, S. 30 ff. *Erik Jayme* war es, der in Deutschland die Datumtheorie belebte und propagierte. Siehe vor allem *Jayme*, in: *Jayme/Kegel*, Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig, 1976, S. 35, 35 ff.

29 *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55, 56 („Those cases apply domestic rules which are phrased in terms of justice and equity“); *Ehrenzweig/Jayme*, Private International Law, 1977, S. 77–82.

Vorschriften zum Haftungsdurchgriff bei Gesellschaften.³⁰ In diesen Fällen hielt er es für selbstredend, dass sie der *lex fori*, dem Recht am Gerichts-ort, zu entnehmen und anzuwenden waren, selbst dann, wenn das Kollisionsrecht die Anwendung forumfremden Rechts vorsieht.³¹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Richter seiner Entscheidung nicht fremde Moralvorstellungen zugrunde legen kann.³²

Local data hingegen, d.h. ortsgebundene Regeln, sollen unabhängig vom kollisionsrechtlich bestimmten Recht berücksichtigt werden.³³ Ihre lokale Verbindung ist so stark und eindeutig, dass ihnen ohne weiteres Geltung verschafft werden müsse.³⁴ Als Beispiele nennt *Ehrenzweig* unter anderem Normen zur Gültigkeit einer Ehe oder Scheidung, die Unmöglichkeit im Schuldrecht und die Berücksichtigung ausländischer Verkehrsregeln.³⁵ Um beim letzteren Beispiel zu bleiben: Die Verkehrsregeln als fremdes Recht seien wie ein Sachverhaltselement zu „berücksichtigen“, sie gelangen aber kollisionsrechtlich nicht vollends zur Anwendung. Die Unterscheidung zwischen einer bloßen Berücksichtigung fremden Rechts als Sachverhaltselement und dessen Anwendung ist von einem methodologischen Standpunkt aus nicht immer leicht.³⁶ Es bleibt aber festzuhalten: Die ausländische Vorschrift des nicht berufenen ausländischen Rechts

30 *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55, 56 („I have given as examples rules concerning actions committed with ‘unclean hands’ or ‘fraudulently’; actions entailing an estoppel; rules calling for a piercing of the corporate veil on equitable grounds; and, more generally, certain rules of restitution and much of the law of admiralty“).

31 *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55, 56 („I have spoken of moral data in those cases where forum law is automatically applied (typically without discussion), notwithstanding the presence of foreign elements which otherwise, under accepted rules of choice, would call for the application of a foreign rule“).

32 *Jayme*, Internationales Privatrecht: Ideengeschichte von Mancini und *Ehrenzweig* zum Europäischen Kollisionsrecht, 2009, S. 208. Weitere Beispiele und Fallgruppen in *Ehrenzweig/Jayme*, Private International Law, 1977, Band 1, S. 77 ff.

33 *Ehrenzweig/Jayme*, Private International Law, 1977, Band 1, S. 83 („questions which typically can or must be subjected to foreign rules without resort to a choice of law“); *Hessler*, in: Serick/Niederländer/*Jayme*, Albert A. *Ehrenzweig* und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137, 140 f.; *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55, 56.

34 *Hessler*, in: Serick/Niederländer/*Jayme*, Albert A. *Ehrenzweig* und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137, 140.

35 *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55, 56 ff.; *Ehrenzweig/Jayme*, Private International Law, 1977, S. 84.

36 *Von Hein*, in: Kronke/Thorn, FS Hoffmann, 2011, S. 139, 141; *von Hein*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Einl. IPR, Rn. 271. Daher sich kritisch zur Datumtheorie äussernd

wird im Rahmen der Anwendung der *lex causae* genutzt. Diese Nutzung bzw. Berücksichtigung sei „ein Minus“ gegenüber der Anwendung.³⁷

3. Art. 17 Rom II-VO – Ausdruck der Datumtheorie?

Damit gelangt man zur berechtigten Frage, wie viel Datumtheorie in Art. 17 Rom II-VO inkorporiert ist. Es gilt nochmals zu betonen: Eine Vielzahl von Autoren assoziiert Art. 17 Rom II-VO mit *Ehrenzweigs* Datumtheorie.³⁸ *Engel* bezeichnet Art. 17 Rom II-VO sogar als „gesetzlich geregelte Datumtheorie“.³⁹ Dies überrascht auf den ersten Blick. Art. 17 Rom II-VO lässt keine Unterscheidung zwischen *moral* und *local data* erkennen. Auch können *local data*, also ortsgebundene Regeln, mit den Sicherheits- und Verhaltensregeln des Art. 17 Rom II-VO begrifflich nicht gleichgesetzt werden, weil Letztere eher eine näher konkretisierte Schnittmenge der Ersteren sind. So sind wie bereits dargestellt, nach *Ehrenzweig* z.B. Normen zur Gültigkeit einer Ehe als *local data* zu berücksichtigen. Unter Sicherheits- und Verhaltensregeln lassen sich diese – schon rein sprachlich – aber nicht subsumieren. Zudem sollen nach *Ehrenzweig* *local data* auch berücksichtigt werden können, ohne dass es einer entsprechenden Kollisions- bzw. kollisionsrechtlichen Hilfsnorm bedarf.⁴⁰ Insofern lassen sich Bezüge

Sonnenberger, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 5. Aufl., 2010, Einl. IPR, Rn. 7; *Leifeld*, Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts, 2010, S. 158 ff.

37 *Hoffmann/Thorn/Firsching*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2007, § 1, Rn. 129.

38 Vgl. z.B. *Junker*, NJW 2007, 3675, 3681; *Mills*, in: Ahern/Binchy, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, 2009, S. 133, 150; *von Hein*, in: Kronke/Thorn, FS Hoffmann, 2011, S. 139, 153; *Pfeiffer*, in: Michaels/Solomon, Liber amicorum Klaus Schurig, 2012, S. 229, 229 f.; *Dornis*, Ga. J. Int'l & Comp. L. 44 (2015), 1, 2; *Dornis*, SZIER 2015, 183, 184 f.; *von Hein*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Einl. IPR, Rn. 271; *Junker*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 2 f. Siehe aber u.a. *Lehmann*, in: Hüßtege/Mansel/Dauner-Lieb, Kommentar BGB, Rom-Verordnungen, EuErbVO, HUP, Bd. 6, 2., Aufl., 2015, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 5, der darauf aufmerksam macht, dass sich Art. 17 Rom II-VO in einem Kollisionsrechtsakt und gerade nicht im Sachrecht befindet.

39 *Engel*, in: Juris Praxiskommentar BGB, 8. Aufl., 2017, Art. 17 Rom II-VO, Rn. 11.

40 *Sonnenberger*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 5. Aufl., 2010, Einl. IPR, Rn. 7.

zur sog. Zweistufentheorie des Internationalen Privatrechts feststellen.⁴¹ Diese Theorie besagt -grob zusammengefasst –, dass die herkömmliche Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts mithilfe der Kollisionsnormen nur die erste Stufe des Internationalen Privatrechts darstellt; auf der zweiten Stufe der Rechtsanwendung müsse sodann dem verdrängten ausländischen Recht Rechnung getragen werden, indem es bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln berücksichtigt werde.⁴² Eine diesen Mechanismus auf zweiter Stufe steuernde Kollisionsnorm ist dabei allerdings nicht angedacht. Anders der hier beleuchtete Ansatz in der Rom II-Verordnung: Art. 17 Rom II-VO konkretisiert als Kollisions- bzw. kollisionsrechtliche Hilfsnorm die Berücksichtigung des Rechts am Ort des haftungsgründenden Geschehens. Dies ist begrüßenswert, da die Berücksichtigung statutsfremden Rechts somit gesetzlichen Schranken unterliegt und demokratisch legitimiert wurde.

In einer Sache, nämlich der Art und Weise der Zurgeltungbringung des statutsfremden Rechts, besteht aber eine weite dogmatische Parallele zur Datumtheorie, wie insbesondere ein Blick auf die Gesetzesmaterialien zur Rom II-Verordnung zeigt. Die Europäische Kommission erläuterte in ihrem Vorschlag zu Art. 17 Rom II-VO (damals zu Art. 13 Rom II-VO-E), dass das Gericht ausschließlich das durch die Kollisionsnorm bezeichnete Recht anwendet, es fremdes Recht aber wie ein Sachverhaltselement „be-

41 Die Datumtheorie wird teilweise als Unterfall der „Zwei-Stufen-Theorie des IPR“ aufgefasst, vgl.

Hessler, in: Serick/Niederländer/Jayme, Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137, 139 ff.; *Hessler*, in: Serick/Niederländer/Jayme, Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137 ff. Siehe zudem ausführlich und kritisch hierzu *von Hein*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Einl. IPR, Rn. 273 ff. m.w.N.

42 Vgl. *Hessler*, in: Serick/Niederländer/Jayme, Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137, 139 ff.; *Hessler*, in: Serick/Niederländer/Jayme, Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137 ff. Siehe zudem ausführlich und kritisch hierzu *von Hein*, in: Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Einl. IPR, Rn. 273 ff. m.w.N.