

B. Die Wandelbarkeit im Internationalen Privatrecht der Rom I- und II-VO

I. Dogmatik und Terminologie der Wandelbarkeit im Internationalen Privatrecht

1. Anknüpfung, Wandelbarkeit und Statutenwechsel

a. Anknüpfungselemente und Anknüpfungszeitpunkt

Die Begriffe „Wandelbarkeit“ und „Statutenwechsel“ sind eng mit dem Begriff der Anknüpfung verflochten. Es ist daher zunächst die Terminologie und Dogmatik der Anknüpfung klarzustellen. Ein einleitendes Beispiel: Kaufverträge über bewegliche Sachen, die keine Verbraucherverträge sind („Anknüpfungsgegenstand“), unterliegen dem Recht des Staates („Verweisung“), in dem der Verkäufer („Anknüpfungsperson“) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses („Anknüpfungszeitpunkt“) seinen gewöhnlichen Aufenthalt („Anknüpfungsmoment“) hat.

Den Anknüpfungsgegenstand, das Anknüpfungsmoment und die Anknüpfungsperson normiert in dem Beispiel die selbständige Kollisionsnorm des Art. 4 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO. Selbständige Kollisionsnormen treffen *„eine Aussage über das auf einen bestimmten Anknüpfungsgegenstand anwendbare Recht [...], indem sie das dafür maßgebende Anknüpfungsmoment festlegen.“*²⁸ Der Tatbestand einer selbständigen Kollisionsnorm setzt sich aus dem Anknüpfungsgegenstand und dem Anknüpfungsmoment zusammen. Als Rechtsfolge spricht sie eine „Verweisung“ auf eine Rechtsordnung aus.²⁹ Diese für den Anknüpfungsgegenstand berufene Rechtsordnung nennt man „Statut“.³⁰ Der Gegensatzbegriff zur Kollisionsnorm ist die „Sachnorm“. Sie spricht eine materiell-

28 Statt vieler nur von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 89 mwN.

29 So der „zweigliedrige Tatbestandsbegriff“ der heutigen hL, statt vieler nur Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1040 mwN; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 57 mwN; Junker, IPR, § 6 Rn. 1; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 6 f. AA wohl noch Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 34.

30 Statt vieler nur Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1040 mwN.

rechtliche Regelung aus.³¹ Den Anknüpfungszeitpunkt des Anknüpfungsmoments normiert in dem Beispiel die unselbständige Kollisionsnorm des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO.

Bis hierhin sind die Begriffe eindeutig abgegrenzt. Darüber hinaus überschneiden sie sich jedoch häufig in entscheidenden Nuancen. Außerdem konzentrieren sich die meisten Darstellungen überwiegend auf den Begriff des Anknüpfungsmoments und stellen ihn ins Zentrum der Anknüpfungsdogmatik.³² Demgegenüber verleihen sie bereits dem Begriff des Anknüpfungsgegenstands zu wenig Konturen. Auf die Anknüpfungsperson und den Anknüpfungszeitpunkt gehen sie noch weniger ein. Wenn die Darstellungen sich diesen beiden Begriffen überhaupt widmen, dann verstehen sie diese lediglich als Subelemente des Anknüpfungsmoments und lassen ihnen wenig bis keine eigenständige Bedeutung zukommen.³³ Hingegen wird diese Arbeit zeigen, dass man für eine strukturierte Untersuchung der Wandelbarkeit drei Elemente der Anknüpfung unterscheiden muss: Das Anknüpfungsmoment, die Anknüpfungsperson und den Anknüpfungsgegenstand (im Folgenden „Anknüpfungselemente“). Die Anknüpfungsperson bezieht sich zwar in der Tat nur auf das Anknüpfungsmoment – sie ist dessen personeller Bezugspunkt und existiert daher ausschließlich bei rechtssubjektbezogenen Anknüpfungsmomenten.³⁴ Die Anknüpfungsperson hat jedoch durchaus eigenständige Bedeutung, weil sie isoliert wandelbar ist. Der Anknüpfungszeitpunkt bezieht sich hingegen meines Erachtens nicht nur auf das Anknüpfungsmoment, sondern ebenso auf die übrigen Anknüpfungselemente – die Anknüpfungsperson und den Anknüpfungsgegenstand (nachfolgend ab S. 68).

31 Statt vieler nur *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 35.

32 Ebenso von *Bar/Mankowski*, IPR I, § 7 Rn. 7–11 mwN.

33 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1049 mwN und 1054–1059 mwN; *Junker*, IPR, § 6 Rn. 5 und 6; von *Bar/Mankowski*, IPR I, § 7 Rn. 15 und 17.

34 Von *Bar/Mankowski*, IPR I, § 7 Rn. 17.

b. Anknüpfungsgegenstand und -moment

aa. Anknüpfungsgegenstand

Die Definitionen des Anknüpfungsgegenstands divergieren. Der Anknüpfungsgegenstand umfasst „die Rechtsfrage(n)“,³⁵ das „abstrakt bezeichnete Rechtsgebiet“,³⁶ das „Teilgebiet des materiellen Rechts“,³⁷ den „Bereich des Privatrechts“³⁸ oder eine „inhaltlich umschriebene Summe von Rechtsnormen“,³⁹ welche die selbständige Kollisionsnorm an die als Rechtsfolge berufene Rechtsordnung verweisen möchte. Manche definieren den Anknüpfungsgegenstand weitergehend als „denjenigen Sachverhalt bzw. diejenigen Rechtsfragen, für deren Beurteilung das anwendbare Recht bestimmt werden soll.“⁴⁰ Übereinstimmend umschreiben alle den Anknüpfungsgegenstand als sachlichen Anwendungsbereich einer selbständigen Kollisionsnorm.⁴¹ Man bezeichnet den Anknüpfungsgegenstand auch als „Verweisungsgegenstand“,⁴² „Verweisungs begriff“,⁴³ „Rahmen- oder Funktionsbegriff“,⁴⁴ „Systembegriff“ oder „Sammelbegriff“. ⁴⁵

Die Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO sind vor allem die verschiedenen Vertragstypen, welche über die charakteristische Leistung definiert sind (Art. 3–8 Rom I-VO). Dem entsprechen unter der Rom II-VO die verschiedenen außervertraglichen Schuldverhältnisse: Unerlaubte Handlungen, ungerechtfertigte Bereicherungen, Geschäftsführungen ohne Auftrag und Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art. 4–14 Rom II-VO).

35 Von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 56 mwN.

36 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 34.

37 Junker, IPR, § 6 Rn. 1.

38 Junker, IPR, § 6 Rn. 3.

39 Von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 5.

40 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1039 mwN und 1041 mwN.

41 Statt vieler nur Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1041 mwN.

42 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 34; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 56; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 5 mwN.

43 Von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 56 aE mwN; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 5 mwN.

44 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1044 mwN; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 56 aE mwN.

45 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1044 mwN; Junker, IPR, § 6 Rn. 3.

bb. Anknüpfungsmoment

Das Anknüpfungsmoment bezeichnet man auch als „Anknüpfungsmerkmal“⁴⁶, „Anknüpfungsgrund“⁴⁷, „Anknüpfungsbegriff“⁴⁸ oder „Anknüpfungspunkt“⁴⁹. Die Darstellungen definieren es überwiegend als ein oder mehrere Sachverhaltselemente, das oder die den Anknüpfungsgegenstand mit einer Rechtsordnung verbinden.⁵⁰ Andere betonen anstelle des Bezugspunktes die Aufgabe des Anknüpfungsmoments: „[D]as Tatbestandsmerkmal einer Kollisionsnorm, dessen Aufgabe es ist, auf einen Staat, oder genauer: auf eine bestimmte staatliche Rechtsordnung hinzuführen.“⁵¹ Der letzte Ansatz ist meines Erachtens treffender. Die Bezugnahme auf ein Sachverhaltselement könnte dazu verleiten, lediglich tatsächliche Umstände als Anknüpfungsmoment aufzufassen. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass das Anknüpfungsmoment rechtlicher, tatsächlicher oder gemischter Natur sein kann. Eine derartige Differenzierung ist zwar kaum verbreitet.⁵² Meines Erachtens ist sie aber förderlich für die Untersuchung der Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente: Sie hilft dabei, die Auswirkungen von Veränderungen zu systematisieren. Bereits im Ausgangspunkt können beispielsweise Vertragsänderungen lediglich rechtliche Anknüpfungsmomente oder die rechtlichen Umstände gemischter Anknüpfungsmomente berühren – nicht aber tatsächliche Momente oder Umstände. Es gibt jedoch auch rechtliche Anknüpfungsmomente, die einer vertraglichen Disposition nicht zugänglich und daher durch sie nicht wandelbar sind (nachfolgend ab S. 205). Dabei bezeichne ich als rechtliche Anknüpfungsmomente solche *abstrakten* Umstände, die von den real vorliegenden, *konkreten* Umständen abweichen können und eine normative Begriffsbedeutung innehaben. Im Rahmen der Rom I-VO ist vor allem an vertragliche Anknüpfungsmomente wie den Übernahme- oder Ablieferungsort bei Güterbeförderungsverträgen zu denken (Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO, nachfolgend ab S. 198 und 203). Vertragliche Anknüpfungsmomente spiegeln vertragliche Sachverhalte auf

46 Statt vieler nur von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 57 mwN.

47 Junker, IPR, § 6 Rn. 4.

48 Von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 3.

49 Von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 3 ff.

50 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1047 mwN; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 34; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 57; Junker, IPR, § 6 Rn. 1, 4.

51 Von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 3 mwN.

52 Zumindest zwischen rechtlichen und tatsächlichen Anknüpfungsmomenten unterscheidend R. Freitag, in Heidel/Hüfstege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 36.

der kollisionsrechtlichen Ebene ab und bilden eine spezielle Kategorie der rechtlichen Anknüpfungsmomente. Hingegen ist die Staatsangehörigkeit ein Beispiel für ein rechtliches und einseitiges Anknüpfungsmoment.

Tatsächliche Anknüpfungsmomente bilden hingegen die konkreten – real vorliegenden – Umstände ab. Rechtliche Festlegungen, Eigenschaften oder Angaben in Verträgen oder Registern determinieren sie nicht. Beispiele sind der gewöhnliche Aufenthalt, der gewöhnliche Arbeitsort und der Handlungs- oder Erfolgsort. Der gewöhnliche Arbeitsort nimmt dabei eine Sonderstellung ein, weil er ausdrücklich wandelbar ist – durch ein tatsächliches Einvernehmen der Parteien über eine Änderung. Eine Vertragsänderung ist hierfür lediglich ein Indiz (nachfolgend ab S. 155). Insgesamt existieren daher rechtlich-einseitige, rechtlich-einvernehmliche (vertragliche) Anknüpfungselemente, tatsächlich-einseitige, und tatsächlich-einvernehmliche (nachfolgend ab S. 174, 188, 286 und 292). Entscheidend für die Einstufung als vertragliches, sonstiges rechtliches oder tatsächliches Anknüpfungsmoment ist auch hier eine autonome Auslegung der Rom I- und II-VO.

cc. Internationale und europäische Perspektive

Die dogmatische Unterscheidung zwischen dem Anknüpfungsgegenstand und dem Anknüpfungsmoment existiert auch international. Im Französischen bezeichnet man den Anknüpfungsgegenstand zumeist als „*catégorie (de rattachement)*“,⁵³ im Englischen oft als „*(legal) category*“.⁵⁴ Dem Anknüpfungsmoment entspricht die Bezeichnung „*critère*“, „*élément*“, „*facteur*“ oder „*point de rattachement*“⁵⁵ und „*connecting factor*“.⁵⁶ Die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich. Der dogmatische Fokus liegt auch international auf dem Anknüpfungsmoment.⁵⁷

53 Parisot, 22; Nehne, 19 f.; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 5.

54 Nehne, 19; McParland, Rn. 3.07 f., 3.64; Dickinson, Rn. 3.67, 3.71 f. Für „operative facts“ von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 5. Die Begriffe „classification“, „characterization“, „qualification“ entsprechend hingegen dem Vorgang, den die deutsche Dogmatik als „Qualifikation“ bezeichnet Fuglinszky, in DiMatteo/Janssen, Ch. 3 Rn. 19–23; Deinert, Int Labour Law, Ch. 4 Rn. 1–13; McParland, Rn. 3.07.

55 Parisot, 22; Nehne, 19 f.; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 3.

56 Mankowski, in ECPII, Art. 7 EuGVVO Rn. 1 ff.; Wilke, 187 ff.; Deinert, Int Labour Law, Ch. 3 Rn. 1; Nehne, 19; Dickinson, Rn. 3.38; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 3.

57 Dickinson, Rn. 3.26–3.29 mwN.

Die deutsche⁵⁸ und internationale⁵⁹ Literatur kategorisiert auch die Tatbestandsmerkmale der Kollisionsnormen der Rom I- und II-VO derart. Hingegen verwenden die Verordnungen selbst diese Begriffe nur selten. Die Erwägungsgründe 14 S. 2 Rom II-VO und 15 S. 2 EuGVVO verwenden für das Anknüpfungsmoment die Begriffe „Anknüpfungskriterien“, „*connecting factors*“, und „*facteurs*“ oder „*critère de rattachement*“.

dd. Abgrenzung von Anknüpfungsmoment und -gegenstand

Das Verhältnis von Anknüpfungsmoment und -gegenstand kann Abgrenzungsfragen aufwerfen. Das betrifft vor allem die sogenannten „*kombinierten Anknüpfungen*“. Sie weisen neben dem Anknüpfungsmoment weitere Tatbestandsmerkmale auf, die ebenfalls eine Verbindung zu der berufenen Rechtsordnung haben und zusätzlich zum Anknüpfungsmoment vorliegen müssen. Nach der vorherrschenden Auffassung sind auch die zusätzlichen verbindenden Tatbestandsmerkmale als Anknüpfungsmomente einzustufen.⁶⁰ Anders als kumulative Anknüpfungen verweisen kombinierte Anknüpfungen jedoch nur auf eine Rechtsordnung – wenngleich einige sie dennoch den kumulativen Anknüpfungen zuordnen.⁶¹ Die kombinierten Anknüpfungen unterscheiden sich von alternativen Anknüpfungen insoweit, dass erstere zusammen und nicht alternativ vorliegen müssen.

Ein oft besprochenes Beispiel findet sich im Tatbestand der Kollisionsnorm für die Produkthaftung (Art. 5 Rom II-VO). Sie knüpft primär an den gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten, „sofern das Produkt in diesem Staat in Verkehr gebracht wurde“ (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Rom II-VO). Die überwiegende Ansicht stuft das Inverkehrbringen als zusätzliches Anknüpfungsmoment ein, weil es neben dem gewöhnlichen Aufenthalt ebenfalls einen Bezug zu der berufenen Rechtsordnung aufweist und diese verstärkt.⁶² Man kann das Inverkehrbringen jedoch auch dem

58 Knöfel, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 14 ff. und 32 ff.; M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 27 ff. und 54 ff.;

59 McParland, Rn. 5.01 f.; Dickinson, Rn. 3.26–3.29 mwN und 3.38.

60 Statt vieler nur von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 60 mwN.

61 Zutreffenderweise kritisch von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 60 (Fn. 231).

62 M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 82 („*kumulatives Anknüpfungsmoment*“); Junker, in MüKo BGB, Art. 5 Rom II-VO Rn. 30 (Überschrift „*verstärkendes*“)

Anknüpfungsgegenstand zuordnen, weil es die zu verbindende Rechtsfrage qualifiziert – Haftung für ein in den Verkehr gebrachtes Produkt.⁶³

Die Tendenz zur Einstufung als Anknüpfungsmoment könnte daher rühren, dass dessen Analyse und Systematisierung gemeinhin im Fokus des IPR steht. Das liegt insbesondere daran, dass die autonomen nationalen Kollisionsnormen kaum Bedarf hatten, ihre Anknüpfungsgegenstände näher zu definieren. Sie konnten auf das einheitliche Begriffsverständnis ihres Sachrechts zurückgreifen.

Im Gegensatz zum Inverkehrbringen bei der Produkthaftung sind bei der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung der Verbraucherverträge keine derartigen Tendenzen erkennbar (Art. 6 Rom I-VO).⁶⁴ Dieses Merkmal ordnet man nicht als zusätzliches Anknüpfungsmoment ein, obwohl es ebenfalls eine Verbindung zur berufenen Rechtsordnung aufbaut. Es soll vielmehr Teil des „situativen“ oder „modalen“ „Anwendungsbereichs“ oder „Schutzbereichs“ sein.⁶⁵ Zwar steht das einer begrifflichen Zuordnung zum Anknüpfungsmoment nicht zwingend entgegen, weil der Anwendungs- oder Schutzbereich kein etablierter Gegensatzbegriff zum Anknüpfungsmoment ist. Gleichwohl weist die Wortwahl „Anwendungsbereich“ und „Schutzbereich“ meines Erachtens eher in Richtung des Anknüpfungsgegenstands als des Anknüpfungsmoments. Darüber hinaus differenzieren die entsprechenden Quellen von diesem Anwendungs-/Schutzbereich das entscheidende Anknüpfungsmoment ab.⁶⁶

Neben diesen begrifflichen sprechen aber vor allem funktionelle Erwägungen dagegen, die zusätzlichen verbindenden Tatbestandsmerkmale als weitere Anknüpfungsmomente oder Bestandteile des Anknüpfungsmoments zu verstehen: Sie berufen nicht die Rechtsordnung, zu der sie eine Verbindung aufbauen. Vielmehr ist es ihre Funktion, die von der Kollisi-

Anknüpfungsmoment“); von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 60 („kombinierte Anknüpfungen“ und „zwei Anknüpfungsmomente“).

63 Derart wohl Lehmann, der das Inverkehrbringen als „Kriterium“ bezeichnet und von den übrigen Anknüpfungspunkten wie dem gewöhnlichen Aufenthalt abgrenzt, Lehmann, in Hüfstege/Mansel, Art. 5 Rom II-VO Rn. 5, 73 f. und 85.

64 Um die Sprache dieser Arbeit prägnant zu halten, fasse ich die Alternativen der Tätigkeitsausübung und -ausrichtung unter dem Begriff „Tätigkeitsausrichtung“ zusammen.

65 Statt vieler nur Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 117 ff.; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 21 ff.; Staudinger, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 44 ff.; Leible, in Hüfstege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 50 ff.

66 Statt vieler nur Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 216 ff.; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 35; Staudinger, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 75 f. und 82 ff.; Leible, in Hüfstege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 64 ff.

onsnorm erfassten Rechtsfragen zu beschränken. Am Ende entscheidet doch ein anderes Tatbestandsmerkmal, welche Rechtsordnung die Kollisionsnorm beruft – das eigentliche Anknüpfungsmoment. Die Kategorie des Anknüpfungsmoments möchte gerade dieses Tatbestandsmerkmal isolieren. Andernfalls würde auch eine Grenzziehung zwischen dem Anknüpfungsgegenstand und -moment deutlich erschwert. Jedes Tatbestandsmerkmal wäre dem Anknüpfungsmoment zuzuordnen, sofern es eine irgendwie geartete Verbindung mit der berufenen Rechtsordnung aufwiese. Vor diesem Hintergrund erscheint es mir stringenter, diese zusätzlichen verbindenden Tatbestandsmerkmale dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen. Das gilt insbesondere für das Inverkehrbringen der Produkthaftung und die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung der Verbraucherverträge. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die herrschende Ansicht bei den Kollisionsnormen für Beförderungsverträge nur den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers oder Beförderten als Anknüpfungsmoment einstuft, nicht aber das zusätzliche Tatbestandsmerkmal des Übernahme-/Ablieferungs-orts oder Abgangs-/Bestimmungsorts (Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 UAbs. 1 S. 1, nachfolgend ab S. 198).⁶⁷

c. Anknüpfungsperson

aa. Grundlagen und eigenständige Bedeutung

Das Anknüpfungsmoment kann sich auf ein Rechtssubjekt beziehen. Das ist beispielsweise beim gewöhnlichen Aufenthalt der Fall.⁶⁸ Den personellen Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments bezeichnet man dann als Anknüpfungsperson.⁶⁹ Das ist beim gewöhnlichen Aufenthalt unter der Rom I-VO der Verkäufer, Dienstleister, Vermieter, Verpächter, Franchisenehmer, Vertriebshändler, charakteristisch Leistende, Beförderer, Beförderte, Verbraucher oder Versicherer (Art. 4 Abs. 1 lit. a, b, d–f, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, 2, Art. 6 Abs. 1 oder Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 Rom I-VO). Unter der Rom II-VO findet sich vor allem der gewöhnliche Aufenthalt des Geschädigten oder Haftenden (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 2

67 Statt vieler nur Wiese, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 19 und 51; Martiny, in MüKo BGB, Art. 5 Rn. 19–21 und 35.

68 Statt vieler nur von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 17.

69 Statt vieler nur Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1049 mwN und 1055 f. mwN; Junker, IPR, § 6 Rn. 5.

Rom II-VO). Dieser Zusammenhang zwischen dem Anknüpfungsmoment und der Anknüpfungsperson ist zutreffend und unbestritten. Im Zuge der Wandelbarkeit kann die Anknüpfungsperson jedoch eigenständige Bedeutung haben, weil sie isoliert wandelbar und daher allein zu einem Statutenwechsel führen kann (nachfolgend ab S. 212).

bb. Abgrenzung vom personellen Anwendungsbereich und Anknüpfungsgegenstand

Aus dem vorherigen Abschnitt folgt eine terminologische Erkenntnis: Zwar setzt man die Anknüpfungsperson mit dem personellen Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments gleich – zum Beispiel gewöhnlicher Aufenthalt *des Verkäufers* (Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO). Gleichwohl ist der Begriff der Anknüpfungsperson nicht mit dem personellen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm gleichzusetzen. Die meisten Kollisionsnormen haben keinen separaten personellen Anwendungsbereich. Sie weisen nur einen sachlichen Anwendungsbereich auf. Dieser bestimmt dann auch die Anknüpfungsperson. Zum Beispiel bestimmt der sachliche Anwendungsbereich „Kaufverträge über bewegliche Sachen“ die Anknüpfungsperson des Verkäufers (Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO). Er legt fest, dass eine Vertragspartei eine bewegliche Sache verkaufen und die andere Vertragspartei diese kaufen muss. Diese leistungsbezogene Bestimmung der Vertragsparteien kommt ohne separate personelle Anforderungen aus. Mit anderen Worten: Fernab des sachlichen Anwendungsbereichs enthält die Kollisionsnorm keinen abstrahierbaren personellen Anwendungsbereich. Oder: Der personelle Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments ist kein separates Tatbestandsmerkmal. Neben einigen Kollisionsnormen der Rom I-VO trifft das weitgehend für die Rom II-VO zu (nachfolgend ab S. 240 und 361).

Manche Kollisionsnormen haben jedoch neben dem sachlichen einen separaten personellen Anwendungsbereich. Sie weisen abstrahierbare personelle Anforderungen auf. Das trifft zum Beispiel auf Verbraucherverträge zu (Art. 6 Rom I-VO). Der Status als Verbraucher oder Unternehmer ist abstrahierbar vom sachlichen Anwendungsbereich „Vertrag“, weil zusätzlich ein privater oder beruflicher/gewerblicher Vertragszweck erforderlich ist. Dann ist der personelle Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments ein separates Tatbestandsmerkmal. Selbst in diesen Fällen ist jedoch der personelle Anwendungsbereich nicht mit der Anknüpfungsperson gleichzusetzen. Vielmehr ist er dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen, weil er den personellen Umfang der Anknüpfung bestimmt. Der personelle Anwendungs-

bereich betrifft die Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt in personeller Hinsicht zu den Rechtsfragen gehört, welche die Kollisionsnorm abdecken möchte. Darüber hinaus hat eine Änderung der Tatbestandsmerkmale des personellen Anwendungsbereichs keine Änderung des personellen Bezugspunkts des Anknüpfungsmoments – der Anknüpfungsperson – zur Folge. Gibt beispielsweise der Verbraucher nachträglich seinen privaten Vertragszweck auf, dann steht kein Wechsel des personellen Bezugspunkts des gewöhnlichen Aufenthalts, sondern die Nichtanwendbarkeit des Art. 6 Rom I-VO im Raum. Die Anknüpfungsperson ist vielmehr nur insoweit wandelbar als man den personellen Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ verändert. Das ist denkbar aufgrund eines Wechsels des Anspruchsinhabers, Anspruchsschuldners oder Vertragsinhabers infolge einer Abtretung, Schuldübernahme oder Vertragsübernahme (nachfolgend ab S. 239).

Der Anknüpfungsgegenstand umfasst daher nicht nur den sachlichen, sondern auch den personellen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm. Er definiert die Art des Schuldverhältnisses inklusive der Anforderungen an die Anspruchs- oder Vertragsparteien. Meines Erachtens erfasst er auch den „situativen“ oder „modalen“ Anwendungsbereich. Soweit dieser Teil einer kombinierten Anknüpfung ist, habe ich das bereits im vorherigen Abschnitt gerechtfertigt (zuvor ab S. 64). Aber auch im Übrigen sollte man die Begriffe „Anwendungsbereich“ und „Anknüpfungsgegenstand“ als weitestgehend deckungsgleich ansehen. Sie beantworten beide die Frage, ob eine Kollisionsnorm einschlägig ist oder nicht. Erst im zweiten Schritt werden dann das Anknüpfungsmoment und die Anknüpfungsperson relevant. Der zeitliche Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm wäre dem intertemporalen IPR zuzuordnen, den ich aus dieser Arbeit ausklammere.

d. Anknüpfungszeitpunkt, Wandelbarkeit und Statutenwechsel

Der Begriff des Anknüpfungszeitpunkts ist eng mit den Begriffen der Wandelbarkeit und des Statutenwechsels verbunden. Die meisten Darstellungen nennen ihn nur im Zusammenhang mit dem Anknüpfungsmoment. Man sollte aber auch sein Verhältnis zum Anknüpfungsgegenstand und zur Anknüpfungsperson differenziert darstellen.

aa. Anknüpfungszeitpunkt und Anknüpfungsmoment

(1) Grundlagen, Wandelbarkeit und Statutenwechsel

Parallel zur Anknüpfungsperson bezieht die Literatur den Anknüpfungszeitpunkt lediglich auf das Anknüpfungsmoment.⁷⁰ Er legt den Zeitpunkt fest, in dem das Anknüpfungsmoment zu bestimmen ist, zum Beispiel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO). Fixiert der Anknüpfungszeitpunkt einen Zeitpunkt, sind nachträgliche Veränderungen des Anknüpfungsmoments nicht zu berücksichtigen. Das Anknüpfungsmoment ist dann „unwandelbar“. Ist der Anknüpfungszeitpunkt dynamisch, berücksichtigt das Anknüpfungsmoment nachträgliche Veränderungen. Es ist dann „wandelbar“ und ein Statutenwechsel ist möglich.⁷¹ Der Anknüpfungszeitpunkt entscheidet mithin darüber, ob das Anknüpfungsmoment wandelbar oder unwandelbar ist. Nach Junkers Definition liegt eine „wandelbare Anknüpfung“ vor, wenn „das Anknüpfungsmerkmal in zeitlicher Hinsicht beweglich“ ist.⁷² Nach von Hein zieht eine „Veränderung des zugrunde liegenden Anknüpfungsmoments“ bei „einer wandelbaren Anknüpfung [...] einen Wechsel der Anknüpfung“ nach sich.⁷³ Lorenz will in diesem Fall eine „Änderung der Anknüpfungstatsachen (Änderung von Staatsangehörigkeit, gewöhnlichem Aufenthalt, Wohnsitz; Lageort etc.) beachten“.⁷⁴ Die Folge ist ein Wechsel des berufenen Rechts – des Statuts. Zitelmann prägte bereits Ende des 19. Jahrhunderts für diesen Vorgang den Begriff „Statutenwechsel“.⁷⁵ Im Englischen umschreiben manche den Statutenwechsel als „change of/in the connecting factor“⁷⁶ oder „change of the

70 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1049 mwN und 1056–1059 mwN; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 40–43; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 76; Junker, IPR, § 6 Rn. 6; Kropholler, IPR, § 27 I 3, § 28 I; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 15.

71 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1056–1058 mwN; Junker, IPR, § 6 Rn. 6.

72 Junker, IPR, § 9 Rn. 16.

73 Von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 76.

74 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 40.

75 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1060; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78; Junker, IPR, § 9 Rn. 19; Kropholler, IPR, § 27 I 3; von Bar/Mankowski, IPR I, § 1 Rn. 19.

76 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1060; Wilke, 189 f. und 193 f.

applicable/governing law“.⁷⁷ Gebräuchlicher ist jedoch auch im Englischen die französische Bezeichnung „*conflit mobile*“.⁷⁸

Es ist teilweise auch die Rede davon, dass das „Statut wandelbar“ ist – nicht die Anknüpfung.⁷⁹ Zutreffend weist Lorenz darauf hin, dass eine unwandelbare Anknüpfung im Wege einer Gesamtverweisung zu einer wandelbaren Anknüpfung führen kann.⁸⁰ Im Rahmen des Untersuchungsgegenstands dieser Arbeit tritt dieses Phänomen jedoch nicht zutage, weil die Rom I- und II-VO ausschließlich Sachnormverweisungen enthalten (Art. 20 Rom I-VO und Art. 24 Rom II-VO).

(2) Zeitpunkt der ersten Anknüpfung

Als „Zeitpunkt der ersten Anknüpfung“ umschreibe ich den Zeitpunkt, in dem die Rom I- und II-VO für einen Sachverhalt erstmals ein wandelbares oder unwandelbares Statut bestimmen. Im Rahmen der Rom I-VO ist das der Vertragsschluss (nachfolgend ab S. 83). Unter der Rom II-VO ist dieser Zeitpunkt vielfältiger und von dem außervertraglichen Schuldverhältnis abhängig: Der Eintritt des Schadens oder der Erfolg der ungerechtfertigten Bereicherung, oder der Geschäftsführung. Im Fall des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen kann der Zeitpunkt der ersten Anknüpfung damit vor dem Vertragsschluss liegen (nachfolgend ab S. 359).

(3) Grenzen der Wandelbarkeit und Arten von Statutenwechseln

Kollisionsrechtlich bleiben wandelbare Anknüpfungen auf unbestimmte Zeit veränderlich und können Statutenwechsel begründen. Prozessrechtlich

77 GA Stix-Hackl Schlusssa. v. 27.2.2003 – I-13105 (Rn. 39, 79) – *Commission v Netherlands; Corneloup/Jault-Seseke/Verhellen*, 38–40; Kieninger, Max-EuP 2012, Property Law (International), Section 2 (abrufbar unter [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Property_Law_\(International\)](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Property_Law_(International))), zuletzt abgerufen am 16.02.2026).

78 Cuniberti, in Font-Mas, PIL on Rights in rem in the EU, 477 ff.; Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1060 mwN; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78 (Fn. 292); Junker, IPR, § 9 Rn. 19 mwN; Wilke, 189 f.; Vischer, in Lipstein, 4–76 ff.; Rossillo, Yearbook of Private International Law 2009 (11), 143, 147; Castel, Canadian Bar Review 1961 (39), 604 ff.

79 Zum Beispiel Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 88; Yassari, in BeckOK BGB, Art. 5 HUP Rn. 15; Looschelders, in MüKo BGB, Art. 14 EGBGB Rn. 127; Martiny, in MüKo BGB, Rom I-VO, Art. 3 Rn. 76.

80 Lorenz, in BeckOK BGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht, Rn. 42.

unterliegen sie jedoch den üblichen Einschränkungen: Ab einem bestimmten Zeitpunkt können die Parteien nachträgliche Veränderungen nicht mehr als neuen Vortrag in einen Zivilprozess einführen. Mangels europarechtlicher Normierung bestimmt das autonome nationale Zivilprozessrecht diesen Zeitpunkt. Im deutschen Zivilprozessrecht ist das regelmäßig der Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz. Bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt die ZPO noch alle Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind – inklusive der neuen Tatsachenbasis.⁸¹ Die Revisionsinstanz berücksichtigt hingegen nur solche neuen Tatsachen, Angriffs- und Verteidigungsmittel, die unstreitig sind und denen keine schützenswerten Belange einer Partei entgegenstehen.⁸² Insoweit kann das Revisionsgericht das Verhalten der Parteien in der Berufungsinstanz als Rechtswahl werten.⁸³ Im Übrigen können die Parteien neue Umstände und etwaige daraus folgende Statutenwechsel lediglich über die allgemeinen prozessualen Wege und nur unter engen Bedingungen einbringen, insbesondere über ein Urteilsabänderungsverfahren,⁸⁴ eine Vollstreckungsgegenklage⁸⁵ oder ein neues Klageverfahren.⁸⁶ Letztlich beschränkt daher das autonome nationale Zivilprozessrecht mit seinen Grenzen für neuen Parteivortrag die Wandelbarkeit der Anknüpfungen.

Bis zu diesen Grenzen wandelbar ist zum Beispiel der vereinbarte Ablieferungsort bei Güterbeförderungsverträgen (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO, nachfolgend ab S. 198). Er zeigt außerdem die gesamte Bandbreite der Wandelbarkeit: Die Vertragsparteien können den Ablieferungsort nach dem Vertragsschluss einvernehmlich verlegen, erstmals vereinbaren oder aufheben. In allen Konstellationen kann ein Statutenwechsel eintreten. Verlegen die Vertragsparteien den Ablieferungsort nachträglich einvernehmlich in einen anderen Mitgliedstaat, dann tritt ein Statutenwechsel aufgrund derselben Kollisionsnorm ein (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO). Ich beschreibe diese Konstellation als „kollisionsnorminternen Statutenwechsel“. Vereinbaren

81 Statt vieler nur BGH NJW 2019, 80 (1. Leitsatz); NJW-RR 2010, 1478 (2. Leitsatz); Ball, in Musielak/Voit, § 531 ZPO Rn. 14a und 19 f. mwN.

82 Statt vieler nur BGH GRUR 2023, 1116 (2. Leitsatz); Ball, in Musielak/Voit, § 559 ZPO Rn. 10 mwN.

83 BGH NJW 1991, 1292, 1293; Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 203 mwN; M. Stürner, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23.

84 Statt vieler nur Borth, in Musielak/Voit, § 323 ZPO Rn. 4, 16a–16c und 19–21a jeweils mwN.

85 Statt vieler nur Lackmann, in Musielak/Voit, § 767 ZPO Rn. 32 mwN.

86 Statt vieler nur Musielak/Wolff, in Musielak/Voit, § 322 ZPO Rn. 28 f., 32 und 34 jeweils mwN.

die Parteien hingegen zum ersten Mal nach dem Abschluss des Güterbeförderungsvertrags einen Ablieferungsort, dann kann das zur erstmaligen Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 führen. Er löst dann als qualifizierte Kollisionsnorm die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4 ab. Ich nenne diese Konstellation deshalb „*kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel*“ oder kurz „*qualifizierender Statutenwechsel*“. Sie ist praktisch insbesondere denkbar, wenn ursprünglich mehrere Ablieferungsorte für eine oder mehrere Beförderungen unter einem Beförderungsvertrag vereinbart sind. Der Ablieferungsort kann dann ursprünglich unbestimmbar sein und sich erst durch eine nachträgliche Vereinbarung herauskristallisieren. In der umgekehrten Konstellation kann ein Statutenwechsel von der qualifizierten zur allgemeinen Kollisionsnorm eintreten (von Art. 5 Abs. 1 S. 2 zu Art. 4). Ich nenne diesen Fall „*kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel*“ oder kurz „*disqualifizierender Statutenwechsel*“. Erfolgt der Statutenwechsel zwischen allgemeinen oder zwei qualifizierten Kollisionsnormen, dann bezeichne ich das als „*kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel*“ oder kurz „*gleichrangiger Statutenwechsel*“. So kann die nachträgliche Vereinbarung des Ablieferungsorts für einen Güterbeförderungsvertrag dazu führen, dass anstelle des Art. 5 Abs. 1 S. 1 dessen S. 2 einschlägig wird. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn S. 1 ursprünglich einschlägig war, weil der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers zwar nicht mit dem des Absenders aber mit dem Ablieferungsort zusammenfiel. Durch die nachträgliche Verlegung des Ablieferungsorts ist das nun nicht mehr der Fall, weshalb S. 2 einschlägig wird.

Der Anknüpfungszeitpunkt deckt damit zwei Dimensionen ab. Zum einen, ob eine nachträglich einschlägige Kollisionsnorm eine ursprünglich oder zuvor einschlägige Kollisionsnorm ablösen kann (kollisionsnormübergreifender qualifizierender, gleichrangiger oder disqualifizierender Statutenwechsel). Zum anderen, ob ein Statutenwechsel aufgrund derselben Kollisionsnorm eintreten kann (kollisionsnorminterner Statutenwechsel).

Aus der Perspektive des veränderlichen Anknüpfungselements ergibt sich die folgende Unterscheidung: Kann man das Anknüpfungselement noch nach dem Zeitpunkt der ersten Anknüpfung verwirklichen, dann ist es „*positiv wandelbar*“. Unter den vorangegangenen Beispielen illustriert das die erstmalige Vereinbarung eines Ablieferungsorts im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 nach dem Vertragsschluss. Kann das Anknüpfungselement nach dem Zeitpunkt der ersten Anknüpfung noch entfallen, dann ist es „*negativ wandelbar*“. Das entsprechende Beispiel ist die nachträgliche Vereinbarung, welche den Ablieferungsort unbestimmbar macht. Kann sich das Anknüpfungselement nachträglich verschieben, dann ist es „*neutral wandelbar*“.

Das entsprechende Beispiel ist die einvernehmliche Verlegung des Ablieferungsorts. Die Klassifizierung der Anknüpfungselemente als positiv, negativ oder neutral wandelbar korrespondiert nicht zwingend mit einer bestimmten Art der Statutenwechsel – kollisionsnormübergreifende qualifizierende, disqualifizierende, gleichrangige oder kollisionsnorminterne Statutenwechsel. Beide Perspektiven sind getrennt zu betrachten. Die positive und negative Wandelbarkeit des Ablieferungsorts kann zu kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden, disqualifizierenden oder gleichrangigen Statutenwechseln führen – beispielsweise zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 und Art. 4. Hingegen kann seine neutrale Wandelbarkeit kollisionsnormübergreifende gleichrangige oder kollisionsnorminterne Statutenwechsel bedingen – beispielsweise zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 und innerhalb Art. 5 Abs. 1 S. 2 (nachfolgend ab S. 198).

bb. Anknüpfungszeitpunkt, Anknüpfungsperson und Anknüpfungsgegenstand

Nahezu alle Darstellungen beziehen den Anknüpfungszeitpunkt lediglich auf das Anknüpfungsmoment. Sie untersuchen daher nur, ob die Anknüpfungsmomente angesichts nachträglicher Veränderungen wandelbar oder unwandelbar sind und somit zu Statutenwechsel führen oder nicht.⁸⁷ Hingegen verknüpfen sie den Anknüpfungszeitpunkt nicht mit der Anknüpfungsperson oder dem Anknüpfungsgegenstand und beleuchten deshalb nicht, ob sie infolge nachträglicher Veränderungen wandelbar sind. Lediglich bei *von Hein* findet sich ein Hinweis auf die Wandelbarkeit auch dieser Anknüpfungselemente – wenngleich vor dem Hintergrund des internationalen Familienrechts:

„Überdies kommt ein Kollisionsnormenwechsel dadurch in Betracht, dass sich die Eigenschaften des Anknüpfungsobjekts oder -subjekts ändern und infolgedessen ein neuer Anknüpfungsgegenstand vorliegt, für den eine andere Kollisionsnorm eingreift als bisher: Nach Vollendung des 18. Le-

87 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1049 mwN und 1056–1059 mwN; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 40–43; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 76; Junker, IPR, § 6 Rn. 6; Kropholler, IPR, § 27 I 3, § 28 I; von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 15.

*bensjahres fällt eine schutzbedürftige Person nicht mehr unter das KSÜ, sondern unter das ErwSÜ.*⁸⁸

Meines Erachtens haben auch der Anknüpfungsgegenstand und die Anknüpfungsperson eigenständige Anknüpfungszeitpunkte. Diese Arbeit wird zeigen, dass die Anknüpfungselemente derselben Kollisionsnorm unterschiedliche Anknüpfungszeitpunkte aufweisen können. Eine Kollisionsnorm kann daher im Hinblick auf das Anknüpfungsmoment unwandelbar, in Bezug auf die Anknüpfungsperson oder den -gegenstand jedoch wandelbar sein und daher zu Statutenwechseln. Beispielsweise fixiert Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO den Anknüpfungszeitpunkt „Vertragsschluss“ für das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“. Gleichwohl berücksichtigen die Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, Veränderungen der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands auch noch nach dem Vertragsschluss. Die folgenden Untersuchungen werden zeigen, dass sogar die Anknüpfungsperson einen eigenständigen Anknüpfungszeitpunkt haben kann – obwohl sie als personeller Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments eng mit diesem verbunden ist (zuvor ab S. 68). Die Anknüpfungsperson kann vor allem aufgrund einer Vertragsübernahme wandelbar sein und der Anknüpfungsgegenstand aufgrund einer Vertragsänderung, welche die charakteristische Leistung und damit den Vertragstyp verschiebt (nachfolgend ab S. 212 und 259).

Vor diesem Hintergrund normieren Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I-VO sogar ausdrücklich den Anknüpfungszeitpunkt „Vertragsschluss“ für den Anknüpfungsgegenstand „Formgültigkeit eines Vertrags zwischen Personen mit gemeinsamem oder unterschiedlichem einfachen Aufenthalt“. Die Anknüpfungsmomente von Art. 11 Abs. 1 und 2 sind jedoch zumindest insofern nicht auf den Vertragsschluss fixiert, als sie akzessorisch an die Art. 3–18 anknüpfen, die ihrerseits wandelbare Anknüpfungen enthalten (nachfolgend ab S. 90). Darüber hinaus verknüpft Art. 13 Rom I-VO den Anknüpfungszeitpunkt „Vertragsschluss“ mit dem Anknüpfungsgegenstand „Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit“ (nachfolgend ab S. 93).

Die eigenständige Wandelbarkeit des Anknüpfungsgegenstands bestätigt meines Erachtens auch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO. Bei ihm ist der vertragliche Übernahme- oder Ablieferungsort ein Bestandteil des Anknüpfungsgegenstands, weil er funktionell die Reichweite der erfassten Rechtsfragen festlegt. Nach anderer Ansicht ist der vertragliche Übernahme- oder Ablie-

88 Von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 87.

ferungsort ein Bestandteil eines kombinierten Anknüpfungsmoments. In jedem Fall ist *dieses* Anknüpfungselement nach der herrschenden Ansicht wandelbar, wenngleich das Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers nach Art. 19 Abs. 3 unwandelbar ist (nachfolgend ab S. 94). Selbst nach der Gegenansicht hätten demnach zwei Bestandteile einer Kollisionsnorm unterschiedliche und eigenständige Anknüpfungzeitpunkte.

Diese Ausführungen belegen, dass die Anknüpfungselemente *einer* Kollisionsnorm *verschiedene* Anknüpfungzeitpunkte haben können, und somit ihre Wandelbarkeit separat zu bestimmen ist.

Die Veränderung eines wandelbaren Anknüpfungsgegenstands führt zu einem kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden, gleichrangigen oder disqualifizierenden Statutenwechsel, weil er den Anwendungsbereich einer anderen Kollisionsnorm eröffnet. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die Parteien nachträglich den Vertragstyp im Sinne der Art. 4–8 Rom I-VO ändern (nachfolgend ab S. 259). Hingegen kann eine Veränderung der Anknüpfungsperson zu kollisionsnormübergreifenden und -internen Statutenwechseln führen. Übernimmt beispielsweise ein anderer Hersteller einen Kaufvertrag, tritt ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel innerhalb des Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO ein. Übernimmt hingegen ein Arbeitnehmer einen Dienstleistungsvertrag, tritt ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. b zu Art. 8 Abs. 2, 3 Rom I-VO ein (nachfolgend ab S. 212).

cc. Rechtsfolge eines Statutenwechsels: Rückwirkung oder Wirkung nur für die Zukunft

Ein Statutenwechsel kann Rückwirkung oder Wirkung lediglich für die Zukunft entfalten (lat. „*ex tunc*“ oder „*ex nunc*“). Das legen die Rom I- und II-VO oder die herrschende Ansicht zu ihnen zwar nicht generell ausdrücklich fest. Man kann das jedoch daraus ableiten, dass die Literatur im Rahmen der nachträglichen Rechtswahl über die *Ex-tunc*- oder *Ex-nunc*-Wirkung des ausgelösten Statutenwechsels diskutiert (Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 14 Rom II-VO, nachfolgend ab S. 149 und 409). Darüber hinaus ist bei einem nachträglichen Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts gemäß Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO die *Ex-nunc*-Wirkung des Statutenwechsels anerkannt (nachfolgend ab S. 160). Nach *Junker* wirkt ein Statutenwechsel *grundsätzlich* nur in die Zukunft. Er tätigt diese Aussage vor dem Hinter-

grund der ausnahmsweisen Rückwirkung der nachträglichen Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO. Zur unmittelbaren Begründung beruft er sich auf die Rechtsprechung des BGH zum internationalen Namens- und Ehrerecht gemäß Art. 7 und 14 EGBGB a. F., und auf Art. 43 Abs. 2 und 3 EGBGB.⁸⁹ Daher ist es nicht eindeutig, inwieweit er diese Aussage auf die autonom auszulegende Rom I-VO bezieht.

Welche konkreten Rechtsfolgen ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel hat, untersucht diese Arbeit im Rahmen der jeweiligen Verordnung. Das gilt insbesondere für die häufig anzutreffende Differenzierung zwischen abgeschlossenen und offenen Tatbeständen. Insoweit ist einiges ungeklärt, vor allem im Rahmen der Rom I-VO (nachfolgend ab S. 304 und 409).

dd. Abgrenzung von Statutenwechseln und Vor-, Teil- und Hauptfragen

Es stellt sich die Frage, inwieweit sich ein Statutenwechsel von einer Erst-/Vor-, Teil- und Hauptfrage unterscheidet. Man könnte vor allem einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel als umgekehrte Erst- oder Vorfragen oder als zeitliche Teilfrage verstehen und parallel zu deren dogmatischer Behandlung eine selbständige Anknüpfung vertreten. Ein Statutenwechsel wäre dann eine selbständig anzuknüpfende „Folgefrage“. Es handelt sich jedoch um unterschiedliche dogmatische Kategorien. Der Tatbestand einer Kollisionsnorm wirft Erst-/Vorfragen als präjudizielles Rechtsverhältnis der Hauptfrage auf. Ein Beispiel ist das Bestehen eines Vertrags bei der allgemeinen deliktischen Ausweichnorm des Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO.⁹⁰ Teilfragen sind „*unselbständige Bestandteile einer Rechtsfigur*“ und kommen „*mithin regelmäßig nicht selbst als Gegenstand einer Hauptfrage in Betracht*“. Für sie existieren jedoch mitunter eigenständige Kollisionsnormen. Dann sind sie selbständig anzuknüpfen. Ein Beispiel ist die Vertragsform gemäß Art. 11 Rom I-VO.⁹¹ Ein Statutenwechsel bezieht sich jedoch direkt auf die Hauptfrage. Er ändert das auf sie anzuwendende Recht. Es handelt sich daher um verschiedene dogmatische Kategorien. Darüber hinaus gehen nicht alle Vorfragen und Teilfragen mit einer selbständigen Anknüpfung einher. Häu-

89 Junker, IPR, § 9 Rn. 27.

90 Statt vieler nur von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 172 f. mwN.

91 Statt vieler nur von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 171 mwN.

fig sind sie unselbständig nach der Hauptfrage anzuknüpfen.⁹² Schließlich können Erst-/Vorfragen und Teilfragen das Statut der Hauptfrage nicht ändern. Daher können sie jedenfalls rückwirkende Statutenwechsel nicht abbilden. Letztere Überlegung spricht gleichfalls dagegen, den veränderten Sachverhalt als neue, weitere Hauptfrage selbständig anzuknüpfen. Insgesamt handelt es sich bei Vor-, Teil-, Hauptfragen und Statutenwechsel mit hin um separate dogmatische Kategorien.

Vor diesem Hintergrund ist jedoch eine Abgrenzung zwischen einem Statutenwechsel und einer weiteren Hauptfrage notwendig. Im Internationalen Vertragsrecht der Rom I-VO geht es meines Erachtens dogmatisch um einen Statutenwechsel, solange eine verbindende Komponente des ursprünglichen Anknüpfungsgegenstands bestehen bleibt. Das ist in erster Linie der ursprüngliche Vertrag – selbst dann, wenn er nachträglich wesentliche Änderungen erfährt. Eine weitere selbständig anzuknüpfende Hauptfrage liegt hingegen erst dann vor, wenn die Parteien den ursprünglichen Vertrag erneut abschließen („Schuldumwandlung“ oder „Novation“, nachfolgend ab S. 189). Der Wechsel einer, beider oder mehrerer Vertragsparteien begründet keine weitere Hauptfrage, weil der ursprüngliche sachliche Vertragsinhalt erhalten bleibt (nachfolgend ab S. 189). Die Anknüpfungspersonen der Rom II-VO sind gar nicht erst auswechselbar (nachfolgend ab S. 361). Liegen bei einem außervertraglichen Schuldverhältnis auf einer Seite mehrere Anknüpfungspersonen vor, ist daher von mehreren Schuldverhältnissen und damit mehreren Hauptfragen auszugehen. Diese sind dann selbständig anzuknüpfen (nachfolgend ab S. 361). Im Rahmen der Rom II-VO besteht die verbindende Komponente des Anknüpfungsgegenstands in Form

einer gemeinsamen deliktischen, bereichernden, vorvertraglichen oder geschäftsführenden Handlung, eines gemeinsamen entsprechenden Erfolgs, einer engen Verbindung zu einem Vertrag oder Dauerdelikt, oder einer gemeinsamen Geschäftsführung oder Vertragsverhandlung (nachfolgend ab S. 408).

Insgesamt gilt daher vereinfacht ausgedrückt: Besteht das ursprüngliche Schuldverhältnis nach der Veränderung fort, dann ist der Sachverhalt dogmatisch der Figur des Statutenwechsels und nicht einer weiteren Hauptfrage zuzuschreiben. In diese Abgrenzung fügt sich auch das in den Rom I- und II-VO umgesetzte Verhältnis zwischen vorvertraglichem und vertraglichem Schuldverhältnis ein: Die Rom II-VO bestimmt das anzuwendende Recht des vorvertraglichen und die Rom I-VO das des vertraglichen

92 Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 33, 36, 40 f., 45, 47–51, 58.

Schuldverhältnisses (Art. 1 Abs. 2 lit. i Rom I-VO und Art. 12 Rom II-VO). Beide Schuldverhältnisse sind daher selbständig anzuknüpfen. Das bestätigt die vorangegangene Erkenntnis, dass nur ein Neuabschluss des Vertrags zu einer selbständig anzuknüpfenden Hauptfrage führt.

e. Zusammenfassung des Begriffsverständnisses

Insgesamt geht diese Arbeit davon aus, dass alle drei Anknüpfungselemente eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der Wandelbarkeit haben: Nicht nur die isolierte Veränderung des Anknüpfungsmoments nach dem Vertragsschluss, sondern auch die isolierte Veränderung der Anknüpfungsperson und des Anknüpfungsgegenstands kann zu einem Statutenwechsel führen (zuvor ab S. 59, 66 und 73). Dabei bezeichnet der Begriff „Anknüpfungsmoment“ nur das Tatbestandsmerkmal, das auf die anzuwendende Rechtsordnung verweist – nicht hingegen zusätzliche verbindende Tatbestandsmerkmale. Sie beschränken funktionell die von der Kollisionsnorm erfassten Rechtsfragen. Daher unterfallen sie wie alle übrigen Tatbestandsmerkmale des sachlichen, personellen und situativen Anwendungsbereichs dem Terminus „Anknüpfungsgegenstand“ (zuvor ab S. 64). Die „Anknüpfungsperson“ ist der personelle Bezugspunkt des Anknüpfungsmoments. Dennoch hat sie im Rahmen der Wandelbarkeit eigenständige Bedeutung, weil ihre isolierte Veränderung zu einem Statutenwechsel führen kann. Sie ist zu unterscheiden vom personellen Anwendungsbereich, der funktionell wiederum die von der Kollisionsnorm erfassten Rechtsfragen festlegt und dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen ist (zuvor ab S. 66).

Der Begriff „Anknüpfungszeitpunkt“ beschreibt den maßgeblichen Zeitpunkt, in welchem die Anknüpfungselemente zu bestimmen sind. Er entscheidet damit, ob sie wandelbar sind und Statutenwechsel bedingen können oder nicht. Der Anknüpfungszeitpunkt bezieht sich dabei nicht nur auf das Anknüpfungsmoment. Die Anknüpfungsperson und der Anknüpfungsgegenstand können andere Anknüpfungszeitpunkte als das Anknüpfungsmoment aufweisen (zuvor ab S. 68). Angesichts der Möglichkeit kollisionsnorminterner und -übergreifender Statutenwechsel umfasst der Anknüpfungszeitpunkt zwei Dimensionen: Innerhalb einer und zwischen zwei Kollisionsnormen (zuvor ab S. 70 und 73). Ein Statutenwechsel kann Rückwirkung entfalten oder nur für die Zukunft wirken. Er ist von selbständig anzuknüpfenden Hauptfragen insoweit abzugrenzen als für einen Statutenwechsel ein verbindendes Element fortbestehen muss. Das kann der ursprüngliche Vertrag oder eine gemeinsame deliktische, bereichernde,

vorvertragliche oder geschäftsführende Handlung oder ein entsprechender Erfolg sein (zuvor ab S. 76).

Insgesamt ist zwar darauf hinzuweisen, dass diese terminologischen und dogmatischen Feinheiten die Anwendung der Kollisionsnorm und ihr praktisches Ergebnis vielfach nicht ändern.⁹³ Für eine strukturierte Untersuchung und systematische Auswertung ihrer Wandelbarkeit sind sie jedoch notwendig. Man könnte das Phänomen der Wandelbarkeit und Statutenwechsel auch mithilfe von allgemeinen Begriffen beschreiben, die nicht spezifisch für das IPR sind – wie dem Tatbestandsmerkmal und dem Anwendungsbereich. Die zusätzliche terminologische Ebene der Anknüpfung ist meines Erachtens jedoch gerechtfertigt, weil sie etabliert und funktionell begründet ist.

2. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands: Statutenwechsel im engen Sinne

Vor diesem Hintergrund sind gewisse Statutenwechsel aus dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit auszugrenzen: Sie untersucht ausschließlich Statutenwechsel aufgrund der Änderung des Anknüpfungsmoments, der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands. Man bezeichnet dies teilweise als „Statutenwechsel im engen Sinne“.⁹⁴ Hingegen untersucht die Arbeit nicht den „Statutenwechsel im weiten Sinne“.⁹⁵ Er umfasst neben dem Statutenwechsel im engen Sinne auch solche aufgrund einer Reform des maßgeblichen Kollisionsrechts⁹⁶ („*Kollisionsnormenwechsel*“⁹⁷), eines gerichtlichen „*Zuständigkeitswechsels*“⁹⁸ – insbesondere durch eine nachträgliche Gerichtsstandsvereinbarung –⁹⁹ oder eines Wechsels der po-

93 Ebenso in anderen Zusammenhängen *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1042, 1047 mwN und 1048.

94 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 19; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 98.

95 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 19.

96 *Hausmann*, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 73; *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 84–88; *Kropholler*, IPR, § 27 I 2; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 99; *von Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 171 f.

97 *Von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 84–88; *Junker*, IPR, § 9 Rn. 18; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 99.

98 *Von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 87; *Hausmann*, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 75; *Kropholler*, IPR, § 27 I 1.

99 *Hausmann*, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 75; *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 87.

litischen Zugehörigkeit eines Staates¹⁰⁰ („Souveränitätswechsel“,¹⁰¹ insbesondere Staatenzerfall und -sukzession¹⁰²).

Ein derart weit definierter Untersuchungsgegenstand würde nicht nur den Umfang der Arbeit überdehnen. Er ist außerdem rechtlich nicht angezeigt, weil die herrschende Literaturansicht die weiteren Statutenwechsel als separate und eigenständige Rechtsfragen einordnet.¹⁰³ Ihre Untersuchung wäre daher für den Statutenwechsel im engen Sinne nicht fruchtbar. In der neueren Literatur sehen das insbesondere *von Bar* und *Mankowski* anders. Sie möchten alle Statutenwechsel (im weiten Sinne) einheitlich behandeln und nennen dies das „Gebot temporaler Entscheidungsharmonie“.¹⁰⁴ Ich werde lediglich die Frage der parallelen Auslegung zwischen Statutenwechseln im engen Sinne und Kollisionsnormenwechseln untersuchen – und auch nur im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Nikiforidis* (nachfolgend ab S. 191 und 278). Im Übrigen klammere ich die sonstigen Statutenwechsel aus meiner Arbeit aus. So wird beispielsweise nicht untersucht, dass nach der herrschenden Meinung bei Dauerdelikten ein Statutenwechsel vom EGBGB zur Rom II-VO stattfinden kann, sobald der zeitliche Anwendungsbereich gemäß Art. 31 Rom II-VO eröffnet ist.¹⁰⁵ Und auch einen etwaigen Kollisionsnormenwechsel infolge des Brexits untersuche ich nicht.

3. Gründe der Unwandelbarkeit und Wandelbarkeit in Rom I- und II-VO

Die (Un-)Wandelbarkeit einer Anknüpfung beruht auf verschiedenen Gründen. *Junker* arbeitet insoweit heraus, dass eine Unwandelbarkeit auf Sach- und Rechtsgründen beruhen kann. Aus Sachgründen ist eine Anknüpfung für ihn insbesondere dann unwandelbar, „wenn eine Änderung

100 *Kropholler*, IPR, § 27 I 4; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 99.

101 *Hausmann*, in *Hausmann/Odersky*, § 3 Rn. 75; *Lorenz*, in *BeckOK BGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht*, Rn. 45; *Kropholler*, IPR, § 27 I 4.

102 *Von Hein*, in *MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht* Rn. 51 ff. mwN und 88. Nur zur Staatensukzession *Looschelders*, in *Staudinger 2024, Einleitung IPR* Rn. 1076.

103 Statt vieler nur *von Hein*, in *MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht* Rn. 84–88 mwN; *R. Freitag*, in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack*, Art. 3 EGBGB Rn. 36. Rechtsvergleichend ebenfalls *Grodecki*, in *Lipstein*, 8–57 f.; *Lalive*, 145, 160.

104 *Von Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 172 f.

105 Nur *Junker*, in *MüKo BGB, Art. 32 Rom II-VO* Rn. 10, Vorbemerkung zu Art. 38 EGBGB Rn. 20.

der anknüpfungsrelevanten Tatsachen nicht möglich ist“. Eine Unwandelbarkeit aus Rechtsgründen erkennt er aufgrund ausdrücklicher Anordnung oder teleologischer Auslegung der Kollisionsnorm.¹⁰⁶

Junkers Differenzierung ist als Ausgangspunkt sehr gelungen. Man sollte sie lediglich etwas erweitern. Erstens würde ich vorschlagen, die Bezeichnung der Fallgruppe „Unwandelbarkeit aus Sachgründen“ in „Unwandelbarkeit aufgrund unmöglicher Veränderung“ zu ändern. Durch diese Bezeichnung wird meines Erachtens deutlich, worum es in der Fallgruppe geht. Außerdem zeigt sich durch die Bezeichnung, warum eine „Wandelbarkeit aus Sachgründen“ nicht existiert. Es geht nämlich gerade um Fälle, in denen ein *Statutenwechsel unmöglich* ist, weil eine Änderung des Anknüpfungselements tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist. Des Weiteren erachte ich die Beschreibung „aufgrund unmöglicher Veränderung“ als passender denn „aus Sachgründen“, weil ein Statutenwechsel nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich unmöglich sein kann (nachfolgend ab S. 82). Zweitens bezeichnet man *Junkers* Fallgruppe „Unwandelbarkeit aus Rechtsgründen“ treffender als „(Un-)Wandelbarkeit aufgrund Auslegung“. Zunächst passt ihre Bezeichnung nicht mehr, wenn die erste Fallgruppe bereits Fälle der *rechtlichen* Unmöglichkeit erfasst. Passender ist aus meiner Sicht die Bezeichnung „(Un-)Wandelbarkeit aufgrund Auslegung“, weil es bei dieser Fallgruppe ohnehin weniger um „Rechtsgründe“ allgemein, sondern spezifisch um die Auslegung der Kollisionsnorm geht.¹⁰⁷

Darüber hinaus sind die Unterfälle der Fallgruppe in Form der ausdrücklichen Anordnung der Unwandelbarkeit und der Wandelbarkeit aufgrund teleologischer Auslegung zu eng gefasst. Vielmehr ergibt sich *sowohl* die Unwandelbarkeit als auch die Wandelbarkeit, in den meisten Fällen aus einer umfassenden Auslegung der Kollisionsnorm nach Wortlaut, Systematik, Historie *und* Zweck. Auch ein Wortlaut, der auf den ersten Blick den Anknüpfungszeitpunkt ausdrücklich festlegt, kann auf den zweiten Blick auslegungsbedürftig sein. Das zeigt insbesondere Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO. Dieser knüpft zwar explizit an den „*Zeitpunkt des Schadenseintritts*“ und ist damit vermeintlich stets unwandelbar an. Gleichwohl ist er im Fall von Dauerdelikten oder zeitlich gestreckten Sachverhalten auslegungsbedürftig (nachfolgend ab S. 370).

106 Zu allem *Junker*, IPR, § 9 Rn. 21–25.

107 Ebenfalls generell auf die Auslegung abstellend *R. Freitag*, in *Heidel/Hüfstege/Mansel/Noack*, Art. 3 EGBGB Rn. 34.

II. Die Wandelbarkeit der Kollisionsnormen der Rom I-VO

1. Unwandelbarkeit aufgrund unmöglicher Veränderung

a. Anknüpfungsmoment „Belegenheit der unbeweglichen Sache“ – Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO

Die allgemeine Kollisionsnorm der Rom I-VO für Verträge über dingliche Rechte an und Mieten oder Pachten von unbeweglichen Sachen enthält ein unwandelbares Anknüpfungsmoment aufgrund unmöglicher Veränderung (Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO): Der Belegenheitsort von Grundstücken ist faktisch unveränderlich.¹⁰⁸ *Magnus* nennt in diesem Zusammenhang zwar die „Veränderung von Landesgrenzen“ oder die „An- oder Abschwemmung von Land“ als mögliche nachträgliche Veränderung des Belegenheitsorts.¹⁰⁹ In der ersten Konstellation wandelt sich nicht die Anknüpfung, sondern die Verweisung. Durch die Änderung der Landesgrenze wird ein anderes Recht als ursprünglich berufen. Derartige Statutenwechsel klammere ich aus dieser Arbeit aus (zuvor ab S. 79). Hingegen verändert sich in der zweiten Konstellation die Lokalisierung des Anknüpfungsmoments „Belegenheitsort“. Es ist zwar vorstellbar, dass sich Landmassen an Küsten und Ufern verselbständigen – zum Beispiel aufgrund von zunehmender Erosion. Es ist jedoch kaum vorstellbar, dass ein derartiges Ereignis diese Landmassen nicht zerstört.

b. Anknüpfungsmoment „Versteigerungsort“ – Art. 4 Abs. 1 lit. g Rom I-VO

Der Versteigerungsort des Art. 4 Abs. 1 lit. g Rom I-VO ist ebenfalls tatsächlich unveränderlich. Zwar kann man eine bewegliche Sache mehrmals versteigern. Gleichwohl verbindet die Kollisionsnorm einen einzigen Vertragsschluss mit einem einzigen Versteigerungsort. Letzterer ist daher tatsächlich nicht veränderlich. In ähnlicher Weise ist *Magnus* bei lit. c (Belegenheitsort der unbeweglichen Sache) und lit. g (Versteigerungsort der beweglichen Sa-

¹⁰⁸ *Wilke*, 188.

¹⁰⁹ *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 54. Im Hinblick auf die erste Konstellation zustimmend *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 94.

che) der Ansicht, dass „ein Statutenwechsel schon faktisch kaum in Betracht“ komme.¹¹⁰

c. Ergebnis: Einige Anknüpfungsmomente unwandelbar aufgrund tatsächlicher Unmöglichkeit einer Veränderung

Die vorherigen Abschnitte haben gezeigt, dass zwei Anknüpfungsmomente der Rom I-VO unwandelbar sind, weil ihre Veränderung tatsächlich nicht möglich ist. Meines Erachtens ist jedoch selbst in diesen Fällen die jeweilige Kollisionsnorm nicht durchweg unwandelbar, denn die Unwandelbarkeit bezieht sich lediglich auf eine Veränderung des Anknüpfungsmoments. Eine Veränderung der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands ist jedoch weiterhin möglich. Insoweit ist die Kollisionsnorm wandelbar und ein Statutenwechsel denkbar (nachfolgend ab S. 105, 212 und 259).

2. Unwandelbarkeit aufgrund ausdrücklicher Anordnung

a. Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ – Art. 4–18 Rom I-VO

Die allgemeine Ansicht definiert den gewöhnlichen Aufenthalt als den tatsächlichen Lebensmittelpunkt, der sich aufgrund einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände ergibt.¹¹¹ Die unselbständige Kollisionsnorm des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO regelt, dass dieser Lebensmittelpunkt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bestimmen ist. Eine einseitige¹¹² Verlegung¹¹³ des gewöhnlichen Aufenthalts nach Vertragsschluss ist damit unerheblich – das

110 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24. Zustimmung Leible, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 61.

111 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 72 mwN.

112 L. Rass-Masson, in BeckOGK, Art. 19 Rom I-VO Rn. 38; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; Doehtner, in Hüfstege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 11; Ferrari, in Ferrari, Art. 19 Rom I-VO Rn. 20; Thorn, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19.

113 Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; Doehtner, in Hüfstege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 11; Staudinger, in Schulze, Art. 19 Rom I-VO Rn. 1; Ferrari, in Ferrari, Art. 19 Rom I-VO Rn. 20; Magnus, in Staudinger, Art. 19 Rom I-VO Rn. 32; Thorn, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19. Ebenso zum alten Recht BGH GRUR Int 1980, 230, 231.

heißt sie führt nicht zu einem Statutenwechsel.¹¹⁴ Art. 19 Abs. 3 definiert den Zeitpunkt zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts und gilt daher in Verbindung mit den selbständigen Kollisionsnormen in Art. 4 Abs. 1 lit. a, b, d, e, f,¹¹⁵ Abs. 2,¹¹⁶ Art. 5 Abs. 1 S. 1,¹¹⁷ Abs. 2 UAbs. 1 S. 1¹¹⁸ und S. 2, Art. 6 Abs. 1,¹¹⁹ Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1, Art. 10 Abs. 2, und Art. 11 Abs. 2 Var. 3 und Abs. 3 Var. 3.¹²⁰ Für sie ist der Vertragsschluss der Zeitpunkt der ersten Anknüpfung des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“. Dazu kommen Optionen zur Wahl des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt einer Vertragspartei in den Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a, b¹²¹ und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b, e.¹²² Die herrschende Ansicht definiert den Vertragsschluss im Sinne von Art. 19 Abs. 3 verordnungsautonom als gleichzeitiges Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen.¹²³ Auch im Fall einer aufschiebenden Bedingung oder eines Genehmigungsvorbehalts knüpft sie an den Zeitpunkt des Konsenses an. Die herrschende Ansicht will damit einer einseitigen Manipulation des anzuwendenden Rechts vorbeugen.¹²⁴

Die allgemeine Ansicht bezieht Art. 19 Abs. 3 zutreffend auf den gewöhnlichen Aufenthalt insgesamt, nicht nur seine speziellen Lokalisierungen

-
- 114 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 17; *Ringe*, in jurisPK-BGB 2020, Art. 7 Rom I-VO Rn. 28; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; *Doehner*, in Hüßtege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 11; *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19.
 - 115 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 81, 102, 113 und 125; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 21.
 - 116 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 155; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 204.
 - 117 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 3, 9; *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 18, 24; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 15.
 - 118 Statt vieler nur *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 52; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 58.
 - 119 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 222.
 - 120 Statt vieler nur *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 7 Rom I-VO Rn. 32; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 7 Rom I-VO Rn. 22.
 - 121 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 28, 29; *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 38 und 39.1.
 - 122 Statt vieler nur *Lüttringhaus*, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 112 und 125.
 - 123 *L. Rass-Masson*, in BeckOGK, Art. 19 Rom I-VO Rn. 38–38.2 mwN; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; *Doehner*, in Hüßtege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 11.
 - 124 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 17; *L. Rass-Masson*, in BeckOGK, Art. 19 Rom I-VO Rn. 38.2; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; *Doehner*, in Hüßtege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 11; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 19 Rom I-VO Rn. 20.

des Art. 19 Abs. 1 und 2.¹²⁵ Letztere umfassen insbesondere nicht den gewöhnlichen Aufenthalt einer natürlichen Person, die *nicht* im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handelt.¹²⁶ Das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist somit innerhalb der Rom I-VO stets unwandelbar. Die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts im Anschluss an den Vertragsschluss führt bei diesen Kollisionsnormen nicht zu einem Statutenwechsel.

b. Anknüpfungsmoment „Belegenheit des Risikos“ – Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 Rom I-VO

Eine Unwandelbarkeit aufgrund ausdrücklicher Anordnung findet sich auch in Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 Rom I-VO. Diese Kollisionsnorm knüpft für Versicherungsverträge über andere Risiken als Großrisiken – sogenannte „Massenrisiken“ – an die Belegenheit des Risikos im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Das Anknüpfungsmoment „Belegenheit des Risikos“ ist mithin ausdrücklich fixiert und damit unwandelbar.¹²⁷ Gemäß Art. 7 Abs. 6 bestimmt sich die Risikobelegenheit nach der Solvabilität II-Richtlinie.¹²⁸ Diese knüpft gemäß Art. 13 Nr. 13 lit. a bei Gebäudeversicherungen an den Belegenheitsort des Gebäudes. Insoweit liegt auch eine Unwandelbarkeit aufgrund unmöglicher Veränderung vor – parallel zu Art. 4 Abs. 1 lit. c (zuvor ab S. 82).

c. Anknüpfungsmoment „einstellende Niederlassung“ – Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO

Das Anknüpfungsmoment „einstellende Niederlassung“ führt den Zusammenhang und fließenden Übergang zwischen einer Unwandelbarkeit auf-

125 M. Stürner, in Erman, Art. 19 Rom I-VO Rn. 5; Wilke, 190 f. mwN; McParland, Rn. 5.69.

126 Ebenso M. Stürner, in Erman, Art. 19 Rom I-VO Rn. 5.

127 Lüttringhaus, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 135; Sutschet, in jurisPK-BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 44 und 55; Staudinger, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 48; Looschelders, in MüKo VVG, Internationales Versicherungsvertragsrecht, Rn. 60, 105.

128 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. L 335 vom 17.12.2009, I.

grund ausdrücklicher Anordnung und aufgrund einer Auslegung vor Augen (Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO). Angesichts des Wortlauts könnte man von erster Kategorie ausgehen („Niederlassung [...], die den Arbeitnehmer eingestellt hat“). Tatsächlich ist die Definition der einstellenden Niederlassung aber umstritten und mit ihr auch die Frage, ob das Anknüpfungsmoment wandelbar oder unwandelbar ist. Nach der einen Ansicht ist die einstellende Niederlassung über den Vertragsschluss zu definieren.¹²⁹ Dabei benötigt sie nicht zwingend eine eigene Rechtspersönlichkeit.¹³⁰ Daher kann man sie nicht über die Vertragspartei des Arbeitgebers identifizieren. Vielmehr bezeichnet sie die aufgrund der Stellenausschreibung und des Einstellungsgesprächs erkennbare Niederlassung.¹³¹ Hingegen ist eine einseitige Handlung der Vertragserstellung nicht ausreichend.¹³² Diese erste Ansicht fixiert das Anknüpfungsmoment „einstellende Niederlassung“ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und knüpft es daher unwandelbar an.¹³³ Die andere Ansicht definiert es nicht über den Vertragsschluss, sondern über die organisatorische Eingliederung seitens des Arbeitgebers.¹³⁴ Für sie ist entscheidend, „*wohin ein Arbeitnehmer betriebsorganisatorisch gehört, mit welcher*

-
- 129 EuGH EuZW 2012, 61 (2. Leitsatz 1. Spiegelstrich) – *Voogsgeerd*; GA Trstenjak Schlussa. v. 8.9.2011 – C-384/10 = BeckRS 2011, 81371 (Rn. 92 Punkt 2.a) – *Voogsgeerd*; BAG NZA 2014, 1076, 1078 (Rn. 28–30); *Sutschet*, in jurisPK-BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 44, 55 mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 76 mwN; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 25 mwN. Ausführlich unter dem parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Spohnheimer*, in BeckOK ZPO, Art. 21 EuGVVO Rn. 16.1 mwN.
 - 130 Statt vieler nur GA Trstenjak Schlussa. v. 8.9.2011 – C-384/10 = BeckRS 2011, 81371 (Rn. 92 Punkt 2.b) – *Voogsgeerd*; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 25 mwN.
 - 131 EuGH EuZW 2012, 61, 64 (Rn. 50) – *Voogsgeerd*. Für den parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Spohnheimer*, in BeckOK ZPO, Art. 21 EuGVVO Rn. 16 aE. Im Rahmen des parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 90 mwN.
 - 132 BAG NZA 2014, 1076, 1078 (Rn. 30); *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77.1 aE.
 - 133 GA Trstenjak Schlussa. v. 8.9.2011 – C-384/10 = BeckRS 2011, 81371 (Rn. 68) – *Voogsgeerd*; *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77. Für den parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Spohnheimer*, in BeckOK ZPO, Art. 21 EuGVVO Rn. 16.1 mwN; *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 94.
 - 134 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77 f. mwN; *Döhner*, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom I-VO Rn. 33 mwN. Umfassend zur Diskussion unter Rom I-VO und EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 90–98; *Blefgen*, 89–93. Ausführlich unter dem parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 90–98 mwN (auch zum IPR).

*Betriebsstätte oder -gemeinschaft er effektiv und fortlaufend zu tun hat.*¹³⁵ Das äußert sich „in Lohn- und Gehaltszahlung, Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, Verbuchung auf Lohn- und Gehaltskonto, Bezahlen von Steuern bei Quellenbesteuerung von Arbeitslohn, Supervision und Weisungserteilung.“¹³⁶ Nach dieser Ansicht kann sich die einstellende Niederlassung nachträglich verändern. Sie erachtet das Anknüpfungsmoment daher als wandelbar.¹³⁷

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Voogsgeerd* ist der Vertragsschluss entscheidend. Das ergibt sich aus einer wortlautbezogenen, systematischen und teleologischen Auslegung des Art. 6 Abs. 2 lit. b EVÜ¹³⁸ als Vorgänger von Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO.¹³⁹ Zunächst gehe aus der Formulierung „eingestellt hat“ hervor, dass auf den Vertragsabschluss abzustellen sei.¹⁴⁰ Darüber hinaus sei Abs. 3 im systematischen Vergleich mit Abs. 2 subsidiär nur in dem Fall anzuwenden, dass kein gewöhnlicher Arbeitsort bestimmbar ist – so zum Beispiel, wenn man die Arbeit regelmäßig in verschiedenen Ländern erbringt.¹⁴¹ In diesem Fall liege der Zweck des Abs. 3 darin, das anzuwendende Recht klar vorhersehbar zu bestimmen.¹⁴²

Nach meiner Ansicht ist bereits der im Perfekt gefasste Wortlaut ein starkes Argument für die unwandelbare Anknüpfung an den Vertragsschluss. Das verstärkt sich durch eine systematische Betrachtung: Die Rom I-VO verwendet für die übrigen Anknüpfungsmomente stets das Präsens. Lediglich Art. 8 Abs. 3 steht im Perfekt, das einen abgeschlossenen Sachverhalt anzeigt. Die anderen unwandelbaren Anknüpfungsmomente sind entweder tatsächlich unwandelbar, werden über Art. 19 Abs. 3 ausdrücklich unwandelbar oder stellen selbst ausdrücklich unwandelbar auf den Vertragsabschluss ab (zuvor ab S. 82, 83 und nachfolgend ab S. 85). Im Gegensatz hierzu kommt es nur sehr selten vor, dass ein im Präsens gefasstes An-

135 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77.

136 Für den parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 98 mwN und ähnlich in Rn. 90 mwN.

137 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77 mwN. Unter dem parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 94 mwN (auch zum IPR).

138 Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (konsolidierte Fassung), ABl. C 27 v. 26.1.1998, 34.

139 EuGH EuZW 2012, 61, 63 (Rn. 45–47) – *Voogsgeerd*.

140 EuGH EuZW 2012, 61, 63 (Rn. 46) – *Voogsgeerd*.

141 *Kreuzer/Wagner/Reder*, in Ludwigs, § 73 Vertragliche Schuldverhältnisse Rn. 105 mwN.

142 EuGH EuZW 2012, 61, 63 (Rn. 47) – *Voogsgeerd*.

knüpfungselement ohne ausdrückliche Anordnung unwandelbar ist – nur zum Schutz von Verbrauchern oder Versicherungsnehmern (nachfolgend ab S. 120). Alternativ kann man auch argumentieren, dass es unmöglich ist, die *einstellende* Niederlassung zu ändern. Die Einstellung erfolgt lediglich einmal zu Beginn des Arbeitsverhältnisses. Die Rom I-VO verwendet an dieser Stelle nicht die „beschäftigende“ Niederlassung. Anders als *Döhner* verstehe ich auch den Wortlaut der englischen Fassung nicht anders („*business which engaged the employee is or was situated*“).¹⁴³

Selbst dann, wenn man diese wortlautbezogen-systematische Auslegung nicht teilt, spricht die weitere systematische und teleologische Auslegung für eine Anknüpfung an den Vertragsschluss. In systematischer Hinsicht klingt es zwar verlockend, beim gewöhnlichen Arbeitsort des Abs. 2 an den *tatsächlichen* Mittelpunkt der Tätigkeit des *Arbeitnehmers* und bei der einstellenden Niederlassung des Abs. 3 spiegelbildlich an die *tatsächliche* Eingliederung durch den *Arbeitgeber* abzustellen.¹⁴⁴ Der Vergleich zwischen Abs. 3 und 2 spricht jedoch vielmehr dafür, Abs. 2 über den Vertragsschluss zu definieren: Der gewöhnliche Arbeitsort soll dynamisch auf sich verändernde Umstände im Verlauf des Dauerschuldverhältnisses reagieren. Die einstellende Niederlassung soll hingegen subsidiär eine eindeutige Anknüpfung bieten, „*wenn das Arbeitsverhältnis nicht in einem Mitgliedstaat lokalisiert werden kann*“.¹⁴⁵ Die Lokalisierung einer engen Verbindung mit der Qualität des gewöhnlichen Arbeitsorts ist dann nicht möglich, weshalb die EuGVVO eine – gegebenenfalls – weniger enge Verbindung genügen lässt.¹⁴⁶ Darüber hinaus ist systematisch zu beachten, dass auch der gewöhnliche Arbeitsort nicht einseitig durch den Arbeitnehmer bestimmbar ist. Vielmehr legen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihn einvernehmlich fest (Art. 8 Abs. 2, nachfolgend ab S. 276). Eine spiegelbildliche Definition der einstellenden Niederlassung sollte mithin ebenfalls ein solches Einvernehmen voraussetzen, was auf den Vertragsschluss zutrifft.

Schließlich unterliefe es den Zweck des Arbeitnehmerschutzes, wenn man an die eingliedernde Niederlassung anknüpfen würde. Sie würde dem

143 Anders jedoch *Döhner*, in Hüßtege/Mansel, Art. 8 Rom I-VO Rn. 33 aE.

144 Im Rahmen des parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 93 aE.

145 EuGH EuZW 2012, 61, 63 (Rn. 47) – *Voogsgeerd*. Ähnlich GA Trstenjak Schlussa. v. 8.9.2011 – C-384/10 = BeckRS 2011, 81371 (Rn. 68) – *Voogsgeerd* und für den parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Spohnheimer*, in BeckOK ZPO, Art. 21 EuGVVO Rn. 16.1 mwN.

146 Anders jedoch *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77.1 mwN.

Arbeitgeber die einseitige Manipulation des anzuwendenden Rechts zu seinen Gunsten ermöglichen. Die Gegenansicht bringt umgekehrt vor, dass ein Anknüpfen an die vertragsschließende Niederlassung großes Manipulationspotenzial seitens des Arbeitgebers berge. Er könne den Vertrag über eine Niederlassung in einem Staat mit arbeitgeberfreundlichem Sachrecht schließen lassen.¹⁴⁷ Die Kritik ist zwar berechtigt. Sie spricht jedoch erst recht gegen eine Anknüpfung an die eingliedernde Niederlassung. Letztere stellt sogar noch einseitiger auf den Arbeitgeber ab. Es ist lediglich entscheidend, wie er den Arbeitnehmer eingliedert. Knüpft man hingegen an den Vertragsschluss an, legt man durch die Unterschrift des Arbeitnehmers eine einvernehmliche Niederlassung zugrunde. Sie beachtet nämlich nur die Niederlassung, die unmittelbar mit dem Arbeitnehmer interagiert. Die bloße Erstellung der Vertragsurkunde genügt nicht. Vielmehr ist die einstellende Niederlassung für den Arbeitnehmer vor der Unterschrift erkennbar. Man definiert sie über die vorausgehende Interaktion mit ihm, zum Beispiel die Stellenausschreibung oder das Einstellungsgespräch. Nach dieser Ansicht legen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer das Anknüpfungsmoment „einstellende Niederlassung“ daher einvernehmlich mit dem Vertragsschluss fest. Der Arbeitgeber kann das anzuwendende Recht daher nicht einseitig manipulieren, was dem Gesamtcharakter der Rom I-VO entspricht. Die Rom I-VO lässt einseitige Veränderungen ihrer Anknüpfungselemente unberücksichtigt. Sie führen nicht zu einem Statutenwechsel (nachfolgend ab S. 297).

Nach meiner Auffassung ist es daher vorzugswürdig, das Anknüpfungsmoment „einstellende Niederlassung“ mithilfe des Vertragsschlusses einvernehmlich und unwandelbar zu definieren. Der strukturelle Unterschied zum gewöhnlichen Arbeitsort liegt daher nicht in einer einseitigen, sondern in einer unwandelbaren Definition der einstellenden Niederlassung. Deshalb kann man ihr zwar mit Recht vorwerfen, eine weniger enge Verbindung zwischen dem Sachverhalt und dem anzuwendenden Recht zu etablieren – vor allem angesichts des Dauerschuldcharakters eines Arbeitsverhältnisses.¹⁴⁸ Diese Einschränkung ist aber einer wandelbaren und einseitigen Anknüpfung vorzuziehen, denn sie führt zu einem eindeutigen

147 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77.1 mwN. Im Rahmen des parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 91–93 mwN.

148 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77.1. Im Rahmen des parallelen Art. 21 Abs. 1 lit. b Ziff. ii EuGVVO *Mankowski*, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 94 mwN.

und einvernehmlichen Anknüpfungsmoment. Mit anderen Worten: Die – gegebenenfalls – weniger enge Verbindung ist der Preis, den man für den Arbeitnehmerschutz zahlen muss. Vor diesem Hintergrund ist es jedoch konsequent, den gewöhnlichen Arbeitsort mit der herrschenden Ansicht extensiver und die einstellende Niederlassung restriktiver zu definieren.¹⁴⁹

d. Anknüpfungsgegenstand und -moment „Aufenthalt“ – Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I-VO

Die Kollisionsnorm der Rom I-VO für die Formgültigkeit von Verträgen nimmt eine Sonderstellung beim Thema Wandelbarkeit ein. Ihr Anknüpfungsgegenstand unterscheidet danach, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Platz- oder Distanzgeschäft vorliegt (Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I-VO: „Ein Vertrag, der zwischen Personen geschlossen wird, die oder deren Vertreter sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in demselben Staat befinden, ist formgültig, wenn [...]“ oder „Ein Vertrag, der zwischen Personen geschlossen wird, die oder deren Vertreter sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in verschiedenen Staaten befinden, ist formgültig, wenn [...]“). Dabei handelt es sich neben Art. 13 um die einzigen Normen der Rom I-VO, die ausdrücklich unwandelbare Anknüpfungsgegenstände enthalten: Den gemeinsamen oder unterschiedlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Die Unwandelbarkeit dieser Anknüpfungsgegenstände führt jedoch meines Erachtens nicht automatisch dazu, dass auch die anderen Anknüpfungselemente unwandelbar sind. Das zeigt sich an den Anknüpfungsmomenten des Art. 11. In Abs. 1 sind die Anknüpfungsmomente das Geschäftsrecht und das gemeinsame Ortsrecht, in Abs. 2 das Geschäftsrecht, das Ortsrecht einer Vertragspartei und der gewöhnliche Aufenthalt einer Vertragspartei. „Geschäftsrecht“ meint dabei die akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut und „Ortsrecht“ das Recht am Ort des einfachen Aufenthalts. Es gilt das Günstigkeitsprinzip: Der Vertrag ist formgültig, sofern er das nach einer der berufenen Rechtsordnungen ist (alternative Anknüpfung).¹⁵⁰ Den einfachen und gewöhnlichen Aufenthalt gestalten Abs. 2 Var. 2 und 3 ausdrücklich unwandelbar („zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ und „zu diesem Zeitpunkt“). Unabhängig davon wäre der gewöhnliche Aufenthalt auch gemäß Art. 19 Abs. 3 unwandelbar (zuvor ab S. 83). Schließlich

149 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 72 mwN.

150 Statt vieler nur *Gebauer*, in BeckOGK, Art. 11 Rom I-VO Rn. 1, 128 und 137 mwN.

sind der einfache und gewöhnliche Aufenthalt meines Erachtens unwandelbar, weil sie einseitige Anknüpfungsmomente sind (nachfolgend ab S. 297).

Somit bleiben von den Anknüpfungsmomenten lediglich das Geschäftsrecht und das gemeinsame Ortsrecht als potenziell wandelbar übrig (Art. 11 Abs. 1 Var. 1, 2 und Abs. 2 Var. 1). Ein Beispiel: Der Vertriebsmitarbeiter eines deutschen Unternehmens verspricht dem Einkäufer eines schweizerischen Unternehmens auf einer Messe in Frankfurt die kostenlose Übereignung eines Testprodukts. Kann schweizerisches Recht den nach deutschem Recht mangels notarieller Beurkundung und Bewirkung unwirksamen Schenkungsvertrag heilen, wenn die Parteien nachträglich schweizerisches Recht wählen (nachträgliche Verschiebung des Geschäftsrechts gemäß Abs. 1)? Gilt das ebenfalls, wenn das Versprechen auf einer virtuellen Messe abgegeben wurde und die Parteien aus Deutschland und der Schweiz teilgenommen haben (nachträgliche Verschiebung des Geschäftsrechts gemäß Abs. 2)? Kann ein nachträgliches Treffen in der Schweiz die Unwirksamkeit in der ersten Fallvariante heilen (nachträgliche Verschiebung des gemeinsamen Ortsrechts gemäß Abs. 1)?

Meines Erachtens ist nur das Geschäftsrecht wandelbar, nicht hingegen der gemeinsame einfache Aufenthalt. Insoweit spricht die (norminterne) systematische Auslegung von Abs. 1 und 2 wegen der fixierten Anknüpfungsgegenstände für eine Unwandelbarkeit. Des Weiteren sind die Anknüpfungsmomente des Abs. 3 ausdrücklich unwandelbar, mit Ausnahme des Geschäftsrechts. Das streitet dafür, lediglich das Geschäftsrecht als wandelbar einzustufen. Der Zweck beider Vorschriften spricht jedoch für eine Wandelbarkeit beider Anknüpfungsmomente. Beide möchten die Formgültigkeit fördern (lat. „*favor negotii*“).¹⁵¹ Eine Wandelbarkeit würde in Kombination mit dem Günstigkeitsprinzip die Wahrscheinlichkeit der Formwirksamkeit erhöhen. Wegen der akzessorischen Anknüpfung des Geschäftsrechts streitet darüber hinaus die normexterne systematische Auslegung für eine Wandelbarkeit des Geschäftsrechts. Sind die in Bezug genommenen Kollisionsnormen der Art. 4–8 wandelbar, dann liegt es im Wesen der Akzessorietät einen etwaigen Statutenwechsel mitzugehen. Das wird gerade bei einer nachträglichen Rechtswahl deutlich. Es gibt keinen Grund, warum sie bei der Formgültigkeit des Vertrags außer Betracht bleiben sollte. Das gilt umso mehr als die nachträgliche Rechtswahl anerkanntermaßen die nachträgliche materielle Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Vertrags bewirken kann (nachfolgend ab S. 147). Gegen eine Formheilung aufgrund eines Statutenwechsels im Geschäftsrecht könnte einzig die Rechts-

151 Statt vieler nur *Gebauer*, in BeckOGK, Art. 11 Rom I-VO Rn. 20 mwN.

sicherheit sprechen (Erwägungsgrund 16 S.1). Der Rechtsverkehr könnte den Vertrag als *formungültig* ansehen und von einer nachträglichen Formgültigkeit überrascht sein. Hiergegen spricht zum einen, dass eine nachträgliche Rechtswahl anerkanntermaßen die Wirksamkeit eines Vertrags bedingen kann. Zum anderen geben die Vertragsparteien dem Rechtsverkehr durch ihr Verhalten zu verstehen, dass sie von der Formgültigkeit des Vertrags ausgehen oder diese zumindest herstellen möchten: Nehmen sie eine nachträgliche Rechtswahl vor oder verändern sie nachträglich den wandelbaren Ablieferungsort eines Güterbeförderungsvertrags, dann möchten sie an den Vertrag gebunden sein. Das Anknüpfungsmoment „Geschäftsrecht“ ist daher nach meiner Ansicht wandelbar. Mit diesem Ergebnis geht eine nicht zu unterschätzende Erkenntnis einher: Der Anknüpfungsgegenstand und das Anknüpfungsmoment ein und derselben Kollisionsnorm können hinsichtlich ihrer Wandelbarkeit unterschiedlich zu bewerten sein. Der Anknüpfungszeitpunkt einer Kollisionsnorm gilt im Ausgangspunkt lediglich für das Anknüpfungselement, auf das es sich nach dem Wortlaut bezieht. Die übrigen Auslegungskriterien sind einer separaten Untersuchung zu unterziehen. Der Anknüpfungszeitpunkt ist dabei nur als ein norminterner systematischer Auslegungsaspekt zu berücksichtigen.

Im Gegensatz dazu, erachte ich den gemeinsamen einfachen Aufenthalt und damit das gemeinsame Ortsrecht als unwandelbar (Art. 11 Abs. 1 Var. 2). Dieses Anknüpfungsmoment ist bereits im Ausgangspunkt sehr weit gefasst, weil der einfache Aufenthalt ausreicht – ein Unikum im Anknüpfungssystem der Rom I-VO. Ohne Fixierung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses handelt es sich um eine zu lose Verbindung. Mit anderen Worten: Eine weniger enge Verbindung als der (gemeinsame) einfache Aufenthalt bei Vertragsschluss ist in systematischer Gesamtbetrachtung des Anknüpfungssystems der Rom I-VO nicht in der Lage, eine schützenswerte Verbindung mit einer Rechtsordnung herzustellen. Eine andere Auslegung würde zu unberechenbaren Ergebnissen führen, weil ein zufälliger und kurzzeitiger gemeinsamer Aufenthalt für die Heilung ausreichen würde. Die Heilung könnte außerdem zeitlich unbeschränkt eintreten, was die Unvorhersehbarkeit zusätzlich erhöhen würde. Das widerspräche dem Ziel berechenbarer Kollisionsnormen (Erwägungsgrund 16 S.1). Diese Erwägungen wiegen stärker als der Normzweck der Formgültigkeit.

e. Anknüpfungsgegenstand und -moment „Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis“ und „Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit“ – Art. 13 Rom I-VO

Eine unwandelbare Komponente eines Anknüpfungsgegenstands findet sich auch in Art. 13 Rom I-VO. Er normiert für die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei eine alternative Anknüpfung an deren Heimatrecht als Ausnahme zum Ortsrecht, sofern die andere Vertragspartei „bei Vertragsschluss“ die Unfähigkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Das Anknüpfungsmoment des Art. 13 ist die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit. Sie führt zum Recht eines anderen Staates als des Abschlussstaats. Dieses Anknüpfungsmoment ist ebenfalls unwandelbar, weil es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert ist. Wenn die Kenntnis der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit bei Vertragsschluss entscheidend ist, dann muss diese Unfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auch vorliegen.

f. Ergebnis: Zahlreiche Anknüpfungsmomente und einige Anknüpfungsgegenstände unwandelbar aufgrund ausdrücklicher Anordnung

Die Rom I-VO kennt drei verschiedene Varianten unwandelbarer Anknüpfungsmomente aufgrund ausdrücklicher Anordnung. Erstens ordnet die unselbständige Kollisionsnorm in Art. 19 Abs. 3 ausdrücklich die Unwandelbarkeit des Anknüpfungsmoments gewöhnlicher Aufenthalt für die gesamte Rom I-VO an (zuvor ab S. 83). Zweitens fixiert die selbständige Kollisionsnorm für Versicherungsverträge über Massenrisiken in Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 das Anknüpfungsmoment „Belegenheit des Risikos“ ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (zuvor ab S. 85). Drittens legt die selbständige Kollisionsnorm für Individualarbeitsverträge in Art. 8 Abs. 3 eigenständig den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Anknüpfungzeitpunkt fest, indem sie die Zeitform des Perfekts verwendet. Letztere Variante veranschaulicht den fließenden Übergang zur Unwandelbarkeit aufgrund Auslegung (zuvor ab S. 85).

Die Untersuchung hat darüber hinaus bereits Anknüpfungsmomente zutage gefördert, welche nicht ausdrücklich, sondern aufgrund einer Auslegung unwandelbar oder wandelbar sind. Strukturell ist die Betrachtung derartiger Anknüpfungsmomente zwar in späteren Abschnitten vorgesehen. Wegen des Sachzusammenhangs mit den unwandelbaren Anknüpfungsge-

genständen in Art. 11 Abs. 1 und 2, habe ich sie jedoch vorgezogen. Dabei ergab sich eine Unwandelbarkeit des Rechts am einseitigen oder gemeinsamen Ort des einfachen Aufenthalts (Ortsrecht). Die akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut (Geschäftsrecht) bewerte ich hingegen als akzessorisch wandelbar – insoweit als das Vertragsstatut seinerseits wandelbar ist (zuvor ab S. 90).

Schließlich haben die Art. 11 Abs. 1, 2 und Art. 13 offenbart, dass manche Kollisionsnormen der Rom I-VO unwandelbare und wandelbare Anknüpfungselemente kombinieren. Konkret ging es um unwandelbare Anknüpfungsgegenstände, unwandelbare und wandelbare Anknüpfungsmomente (zuvor ab S. 90).

3. Unwandelbarkeit aufgrund Auslegung

a. Gesamtes Vertragsstatut der Rom I-VO unwandelbar? – Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO

aa. Herrschende Literaturansicht: Absolute und generelle Unwandelbarkeit

Im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO finden sich in der Literatur häufig Aussagen, die das *gesamte Vertragsstatut* der Rom I-VO als „grundsätzlich“,¹⁵² „im Zweifel“¹⁵³ oder uneingeschränkt¹⁵⁴ unwandelbar achten. Zwar erkennt die herrschende Literaturansicht, dass sich Art. 19

152 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 204, Art. 6 Rom I-VO Rn. 18; *Ringe*, in jurisPK-BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 28; *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 mwN; *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19.

153 *Magnus*, in Staudinger, Art. 19 Rom I-VO Rn. 33 (bei der Kommentierung von Art. 4 Rom I-VO bezeichnet er das Vertragsstatut jedoch als „grundsätzlich“ (Rn. 24, 124) und „generell“ (Rn. 124) unwandelbar).

154 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27, 156, 171; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 56 mwN, 90 mwN; *Staudinger*, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19 (lediglich für das „Vertragsstatut nach Art. 6 Abs. 1 lit. b bzw. 2 Rom I-VO“); *Junker*, IPR, § 15 Rn. 22 (jedoch unterstützt er bei Dauerschuldverhältnissen einen Statutenwechsel im Rahmen der Ausweichnormen Art. 4 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO, § 9 Rn. 25); *Staudinger*, in Schulze, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8 und 14 (lediglich für das „Vertragsstatut nach Art. 6 I lit. b bzw. II“); *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 67, Art. 19 Rom I-VO Rn. 20; *D. Paulus*, ZZPInt 2016 (21), 199, 218 (Fn. 122). Vor EVÜ und Rom I-VO rechtsvergleichend für eine unwandelbare Anknüpfung des Vertragsstatut an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses *Grodecki*, in Lipstein, 8-55 mwN.

Abs. 3 lediglich auf den *gewöhnlichen Aufenthalt* bezieht.¹⁵⁵ Dennoch wendet sie die Norm in zweifacher Hinsicht über deren Wortlaut hinaus an: Zum einen fixiert sie die Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, in jeder Hinsicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Sie erachtet mithin nicht nur die Anknüpfungsmomente der Rom I-VO als unwandelbar, sondern alle Anknüpfungselemente. Neben dem Anknüpfungsmoment sieht sie auch die Anknüpfungspersonen und Anknüpfungsgegenstände als unwandelbar an („absolute Unwandelbarkeit der Rom I-VO“). Zum anderen erweitert sie den Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 insoweit, als sie aus ihm auch eine Unwandelbarkeit der Kollisionsnormen ableitet, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen („generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO“). Im Ergebnis weitete die herrschende Ansicht den Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 derart aus, dass jede Veränderung der Kollisionsnormen der Rom I-VO nach dem Vertragsschluss unberücksichtigt bleiben soll. Die herrschende Literaturansicht vertritt damit eine zweifache analoge Anwendung des Art. 19 Abs. 3 – wenngleich sie das nicht kenntlich macht.¹⁵⁶

(1) Absolute Unwandelbarkeit der Kollisionsnormen des gewöhnlichen Aufenthalts

Die herrschende Literaturansicht erweitert Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO erstens derart, dass alle an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfenden Kollisionsnormen der Rom I-VO *absolut* unwandelbar sind. Sie bezieht die Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts nicht nur („relativ“) auf die Veränderung des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“, sondern darüber hinaus („absolut“) auf die Veränderung aller Anknüpfungselemente – mithin auch der Anknüpfungsperson und des Anknüpfungsgegenstands. Sie erachtet damit das gesamte Vertragsstatut als grundsätzlich oder uneingeschränkt unwandelbar. Dabei findet sich kein Hinweis darauf, dass sie Ausnahmen machen will. Im Gegenteil: In den Reihen der herrschenden Ansicht bestätigen einige die absolute Unwandelbarkeit ausdrücklich. Nach *Köhler*

155 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27, 156, 171; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 19 Rom I-VO Rn. 17; *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24, 124, Art. 19 Rom I-VO Rn. 32; *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19.

156 Nach der herrschenden Ansicht in der deutschen Methodenlehre liegt eine Analogie vor, „wenn die Grenze des möglichen Wortsinns überschritten ist“, statt vieler nur *Wank*, § 15 Rn. 94 mwN.

bleibt es „bei dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmten Recht selbst dann [...], wenn die Parteien nachträglich die vertragscharakteristische Leistungspflicht in anknüpfungsrelevanter Weise modifizieren“.¹⁵⁷ Darüber hinaus:

„[Den] [m]aßgebliche[n] Zeitpunkt für die Ermittlung des Vertragsstatuts stellt der Zeitpunkt des Vertragsschlusses dar; dies gilt nicht nur für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts (Art. 19 Abs. 3), sondern auch für alle sonstigen anknüpfungsrelevanten Umstände [...]“.¹⁵⁸

Magnus will Art. 19 Abs. 3 analog anwenden:

„Im Zweifel gilt der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, den Abs. 3 vorschreibt, analog auch für andere Situationen, in denen Anknüpfungstatsachen zu einem bestimmten Zeitpunkt gegeben sein müssen.“¹⁵⁹

Laut D. Paulus „ist nach der Rom I-VO jdf. für die objektive Bestimmung des Vertragsstatuts stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich“, weil es im gesamten Internationalen Privatrecht „um die verbindliche anfängliche Bestimmung des – jederzeit und als «Dauerzustand» – anwendbaren Rechts“ ginge.¹⁶⁰ Des Weiteren finden sich in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse Aussagen, die nahelegen, dass die herrschende Ansicht einen Statutenwechsel aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands nach Vertragsschluss ablehnt. Zum Beispiel bei Martiny:

„Allerdings hat man zum Teil bei langfristigen Verträgen Veränderungen für möglich gehalten. Zum einen können die Parteien den Vertragsinhalt so ändern, dass von einer anderen Niederlassung aus zu leisten ist oder dass nunmehr die Verpflichtungen der anderen Partei charakteristisch sind. Dann stellt sich die Frage nach einer Neubestimmung des Vertragsstatuts auf der Grundlage dieser Vertragsänderungen. Ferner kann die Verlegung der Niederlassung zu einer anderen Lokalisierung des Vertrages führen. Hier wurde – jedenfalls bei Sitzverlegung durch beide Parteien – zum Teil eine Widerlegung der Anknüpfung nach Abs. 2 in Betracht gezogen. Freilich dürfte auch dann, wenn die engste Verbindung nicht

157 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 156.

158 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 156 (ähnlich in Rn. 27 und 171) (Anpassungen in eckigen Klammern durch mich).

159 Magnus, in Staudinger, Art. 19 Rom I-VO Rn. 33.

160 D. Paulus, ZZPInt 2016 (21), 199, 218 (Fn. 122).

*mehr durch die ursprüngliche Lokalisierung geschaffen wird, keine nachträgliche Korrektur möglich sein.*¹⁶¹

Martiny bezieht sich ausdrücklich nicht nur auf eine Änderung des Anknüpfungsmoments („Vertragsinhalt so ändern, dass von einer anderen Niederlassung aus zu leisten ist“), sondern auch des Anknüpfungsgegenstands („oder dass nunmehr die Verpflichtungen der anderen Partei charakteristisch“). Hingegen äußert sich Ferrari genereller, aber mit derselben Bewertung:

*„Dieser Grundsatz [Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Vertragsschlusses] gilt auch bei Dauerschuldverhältnissen; zwar kann dies dazu führen, dass trotz veränderter Umstände das Recht eines Staates zur Anwendung kommt, mit dem der die vertragscharakteristische Leistung Schuldende keine räumliche Beziehung (im oben genannten Sinn) mehr hat, dies ist aber zugunsten eines sich aus der Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts ergebenden erhöhten Vertrauensschutzes hinzunehmen.“*¹⁶²

Insgesamt weitet die herrschende Ansicht den Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 insoweit aus, als er nicht nur den Zeitpunkt für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts, sondern den Anknüpfungszeitpunkt *aller* Anknüpfungselemente fixieren soll. Art. 19 Abs. 3 lautet aber nicht „im Falle der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend“. Er besagt lediglich, dass „[f]ür die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts [...] der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend [ist].“ Unmittelbar ergibt sich daraus nur, dass Veränderungen des gewöhnlichen Aufenthalts nach Vertragsschluss nicht zu berücksichtigen sind. Art. 19 Abs. 3 sagt nicht, dass die Veränderung anderer Anknüpfungselemente nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses unberücksichtigt bleiben sollen. Die herrschende Literaturansicht begründet die Ausdehnung des Wortlauts von Art. 19 Abs. 3 in den allermeisten Fällen nicht, sondern beruft sich nur pauschal auf ebendiese Norm.¹⁶³ Lediglich vereinzelt führt man einen

161 Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205.

162 Ferrari, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 67 (klarstellender Zusatz in eckigen Klammern durch mich).

163 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27, 171; Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 204; Staudinger, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19; Staudinger, in Schulze, Art. 6 Rom I-VO Rn. 14; Ferrari, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 67, Art. 19 Rom I-VO Rn. 20; Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24, Art. 19 Rom I-VO Rn. 33; Thorn, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19.

allgemeinen Rechtsgedanken an – entweder basierend auf Art. 19 Abs. 3¹⁶⁴ oder der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Erwägungsgründe 6 und 16 S. 1.¹⁶⁵ Es handelt sich daher um eine teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 über dessen Wortlaut hinaus.

(2) Abstrakte Unwandelbarkeit aller anderen Kollisionsnormen

Die herrschende Literaturansicht vertritt eine zweite weitreichende teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO: Sie erweitert seinen Wortlaut sogar auf solche Kollisionsnormen, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Wie bereits bei der ersten Extension dargestellt, geht sie allgemein davon aus, dass das *gesamte* Vertragsstatut der Rom I-VO ab Vertragsschluss grundsätzlich oder sogar uneingeschränkt unwandelbar ist (zuvor ab S. 94). Konkret äußert sie das insbesondere in den Fällen des Art. 4 Abs. 1, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Das sind namentlich lit. c (Belegenheitsort),¹⁶⁶ lit. g (Versteigerungsort)¹⁶⁷ und lit. h (Recht des multilateralen Systems für Finanzinstrumente).¹⁶⁸ Darüber hinaus erachtet die herrschende Ansicht wegen des Art. 19 Abs. 3 die Ausweichnorm des Art. 4 Abs. 3 (offensichtlich engere Verbindung)¹⁶⁹ und die allgemeine Auffangnorm des Art. 4 Abs. 4 (engste Verbindung)¹⁷⁰ als unwandelbar, obwohl beide nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt an-

164 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27, 171; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 90; Staudinger, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19.

165 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27, 171; Staudinger, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19; Staudinger, in Schulze, Art. 6 Rom I-VO Rn. 14.

166 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 94; Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 54.

167 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 133.

168 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 143. Allgemein für den gesamten Abs. 1 Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 21; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 90; Schäuble, in Hausmann/Odersky, § 16 Rn. 62.

169 Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 305; Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171; Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138; Thorn, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138; Martiny, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.219. An einer Wandelbarkeit zweifelnd auch von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78; Schäuble, in Hausmann/Odersky, § 16 Rn. 62, 87.

170 Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 318 mwN; Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 218; Ferrari, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 100 mwN; Schäuble, in Hausmann/Odersky, § 16 Rn. 62; Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 168; Martiny, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237.

knüpfen. Dasselbe soll für die Anknüpfung an die offensichtlich engere Verbindung des Statuts für Beförderungsverträge in Art. 5 Abs. 3 gelten.¹⁷¹ Abermals begründet die herrschende Ansicht diese zweite teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO nur sehr selten mit einem allgemeinen Rechtsgedanken des Art. 19 Abs. 3, der Rechtssicherheit, Berechenbarkeit oder Vorhersehbarkeit (zuvor ab S. 95).

Eine ausdrückliche Diskussion der Ausweitung des Art. 19 Abs. 3 findet man jedoch im Rahmen von Art. 4 Abs. 3 (offensichtlich engere Verbindung) und Abs. 4 (engste Verbindung). Insoweit beruft sich die herrschende Literaturansicht auf die Verallgemeinerungsfähigkeit von Art. 19 Abs. 3,¹⁷² die Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit,¹⁷³ den Vertrauensschutz,¹⁷⁴ die Bindungswirkung des Vertrags,¹⁷⁵ das Prinzip der engsten Verbindung,¹⁷⁶ die Vermeidung von einseitigen Manipulationen¹⁷⁷ und von Wertungswidersprüchen zu Abs. 1 und 2.¹⁷⁸ Die Diskussion kreist sehr stark um den Bericht von *Giuliano* und *Lagarde* aus dem Jahr 1980. Er enthält zur Anknüpfung an die engste Verbindung gemäß Art. 28 Abs. 1 EGBGB a. F. / Art. 4 Abs. 1 EVÜ folgende Aussage:

*„Um festzustellen, zu welchem Staat der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist, können auch nach Vertragsabschluß eingetretene Umstände berücksichtigt werden.“*¹⁷⁹

171 *Magnus*, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 64, nach Rn. 48 sind aber „Änderungen auch bei der Prüfung zu beachten, ob Abs. 3 eingreift“ (Klarstellung in eckigen Klammern durch mich).

172 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171 (für Abs. 3), 218 (für Abs. 4); *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.219 (für Abs. 3); *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 (für Abs. 3) und 168 (für Abs. 4).

173 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171 (für Abs. 3), 218 (für Abs. 4); *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 (für Abs. 3).

174 *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 100 mwN (für Abs. 4).

175 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 325 (für Abs. 4); *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237 (für Abs. 4).

176 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 312 (für Abs. 3); *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.219 (für Abs. 3).

177 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 218 (für Abs. 4); *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 325 (für Abs. 4); *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 100 mwN (für Abs. 4); *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237 (für Abs. 4).

178 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171 (für Abs. 3); *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 90; *Leible*, in Hübstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 78 (für Abs. 3).

179 *Giuliano/Lagarde*, ABL C 282 v. 31.10.1980, 20 (linke Spalte, Abs. 6).

Man war und ist sich uneins, was hieraus zu folgern ist. Die herrschende Literaturansicht lässt aufgrund der zuvor dargestellten Argumente keinen Statutenwechsel zu.¹⁸⁰

Meines Erachtens steht dieses Ergebnis jedoch im Widerspruch zu weiteren Aussagen einiger Vertreter der herrschenden Ansicht: *Collins* will Verhalten („conduct“) nach Vertragsschluss berücksichtigen – „zumindest soweit es den Parteiwillen (oder den Staat, mit dem der Vertrag am engsten verbunden ist) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erklärt“.¹⁸¹ Aufbauend auf *Collins* Ansicht¹⁸² ist *Magnus* der Ansicht, dass man Veränderungen nach Vertragsschluss sowohl im Rahmen des Art. 4 Abs. 3 als auch Abs. 4 generell berücksichtigen kann.¹⁸³ Er sieht darin jedoch keinen „Statutenwechsel im eigentlichen Sinn“,¹⁸⁴ weil „bei objektiver Anknüpfung nicht mehrere Rechte nacheinander für den Vertrag gelten können“.¹⁸⁵ Stattdessen ist er der Meinung, dass „auch spätere Veränderungen (Aufenthalts- oder Sitzverlegung, vertragliche Änderungen des Erfüllungsortes etc) beachtet werden, sofern sie deutlich zeigen, dass der Vertrag von Beginn an einem anderen als dem an sich indizierten Recht zuzuordnen war“.¹⁸⁶ Ein Statutenwechsel soll nach *Magnus* mithin ausscheiden, weil der Vertrag rückwirkend dem Recht der nachträglich ermittelten engeren oder engsten Verbindung unterliegt.¹⁸⁷ *Spickhoff* stimmt dem zu.¹⁸⁸ *Magnus* betont insbesondere die Relevanz der Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen.¹⁸⁹ Meines Erachtens spricht sich die herrschende Ansicht damit für eine Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente „offensicht-

180 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171; Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 325 (für Abs. 4); Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4).

181 Collins, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 32-037 (Übersetzung aus dem Englischen durch mich).

182 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 (für Abs. 3), 168 (für Abs. 4).

183 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 138 (für Abs. 3), 168 (für Abs. 4).

184 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4).

185 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 168 (für Abs. 4).

186 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 (für Abs. 3), mit anderem Wortlaut Rn. 168 (für Abs. 4).

187 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4). Derart versteht Magnus ebenfalls Feiler, 308.

188 Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 90.

189 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 25 (allgemein), 125 (für Abs. 2), 168 (für Abs. 4).

lich engere Verbindung“ und „engste Verbindung“ aus: Sie berücksichtigt bei deren Bestimmung Tatsachen, die dem Vertragsschluss nachfolgen. Sie spricht dem damit einhergehenden Statutenwechsel aber *Ex-tunc*-Wirkung zu und stuft ihn daher nicht als „Statutenwechsel im eigentlichen Sinn“ ein – so ausdrücklich *Magnus*.¹⁹⁰ Es handelt sich aus meiner Sicht mehr um eine terminologische als eine rechtliche Diskussion. Die herrschende Ansicht meint, dass der Terminus „Statutenwechsel“ einem Wechsel des Statuts mit *Ex-nunc*-Wirkung vorbehalten ist. Das widerspricht der anerkannten Terminologie zur Rechtsfolge einer nachträglichen Rechtswahl (nachfolgend ab S. 147). Diese terminologische Dissonanz ändert aber nichts daran, dass auch die herrschende Ansicht nachträgliche Veränderungen unter Art. 4 Abs. 3 und 4 berücksichtigt – wenngleich nur als rückwirkenden Statutenwechsel. Im Ergebnis bestreitet sie nicht, dass bei der offensichtlich engeren und engsten Verbindung nach Vertragsschluss eintretende Veränderungen beachtlich sind. Sie erkennt, dass unter derartigen Umständen ein anderes Statut das ursprüngliche Statut nachträglich ablösen kann.

Teilweise finden sich in der Literatur wegen des Berichts von *Giuliano* und *Lagarde* jedoch auch Gegenstimmen, die sich ausdrücklich für eine Wandelbarkeit aussprechen. *Junker* erachtet die Anknüpfung an die offensichtlich engere Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 3 und 4 aufgrund einer teleologischen Auslegung als generell wandelbar.¹⁹¹ *Martiny* sah zumindest früher im Rahmen der engsten Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4 bei einer „tiefgreifenden Änderung der Umstände“ potentiell „ein Bedürfnis für die Änderung des anwendbaren Rechts“. Er bezog diese Aussage insbesondere auf Dauerschuldverhältnisse.¹⁹² In neueren Kommentierungen scheint er hiervon abgerückt zu sein.¹⁹³ *Leible* unterscheidet „einseitig von einer Partei herbeigeführt[e]“ und „[v]ertragsinterne Umstände (wie z. B. ein[en] Schuldner- oder Gläubigerwechsel)“. Lediglich letztere Umstände seien nach Vertragsschluss zu berücksichtigen und könnten einen Statutenwechsel hervorruhen.¹⁹⁴

Insgesamt bezeichnend für die herrschende Ansicht ist *Magnus* Begründung für die Extension des Art. 19 Abs. 3 auf alle Kollisionsnormen des

190 *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4).

191 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 25.

192 *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237. Im Rahmen der offensichtlich engeren Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO erachtete er aber bereits damals den Vertragsschluss wegen des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO für maßgeblich, Rn. 2.219.

193 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205 (für Abs. 2), 325 (für Abs. 4).

194 *Leible*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 96 mwN (für Abs. 4).

Art. 4, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Aus dem Stellenwert des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ in Art. 4 Abs. 1 und 2 zieht er den Schluss, dass auch im Übrigen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend sei:

*„Zwar sagt Art. 4 nicht ausdrücklich, zu welchem Zeitpunkt die jeweils erforderlichen Anknüpfungstatsachen gegeben sein müssen. Aus Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO ergibt sich, dass für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend ist. Da der gewöhnliche Aufenthalt i. S. d. Art. 19 das hauptsächliche Anknüpfungsmerkmal in Art. 4 Abs. 1 und 2 ist, folgt aus Art. 19 Abs. 3 mittelbar recht eindeutig, dass es generell auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommen soll. Das objektive Vertragsstatut ist damit grundsätzlich unwandelbar; eine Änderung der Anknüpfungstatsachen nach Vertragsschluss ändert nicht das Vertragsstatut.“*¹⁹⁵

(3) Kombination: Gesamtes Vertragsstatut unwandelbar

Die herrschende Ansicht kombiniert beide teleologische Extensionen des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO. Nach ihr ist das *gesamte* Vertragsstatut ab Vertragsschluss unwandelbar (zuvor ab S. 94). Die herrschende Ansicht erachtet nicht nur die Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, als in jeder Hinsicht – „absolut“ – unwandelbar. Darüber hinaus erachtet sie alle Kollisionsnormen unabhängig von ihrem Anknüpfungsmoment – „generell“ – ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses als absolut unwandelbar. Insgesamt soll die Rom I-VO mithin absolut und generell unwandelbar sein. Die herrschende Ansicht würde daher im folgenden Beispielsfall der Veränderung des Anknüpfungsgegenstands keinen Statutenwechsel zulassen: Die Vertragsparteien ändern einen Mietvertrag über eine unbewegliche Sache zum privaten Gebrauch von einer langfristigen zu einer kurzfristigen Miete. Art. 4 Abs. 1 lit. c knüpft langfristige Mietverträge über unbewegliche Sachen an den Belegenheitsort – somit an ein anderes Anknüpfungsmoment als den gewöhnlichen Aufenthalt. Im Gegensatz hierzu knüpft der nunmehr potenziell einschlägige Art. 4 Abs. 1 lit. d kurzfristige Mietverträge über unbewegliche Sachen zum privaten Gebrauch an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Vermieters – vorausgesetzt der Mieter ist eine natürliche Person und hat seinen gewöhnlichen Aufent-

195 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24.

halt in demselben Staat. Auch eine Veränderung der Anknüpfungsperson aufgrund einer Vertragsübernahme würde die herrschende Ansicht nach dem Vertragsschluss kollisionsrechtlich nicht berücksichtigen – obwohl sie den gewöhnlichen Aufenthalt einvernehmlich verschieben und nicht einseitig verlegen würde.

(4) Europäische Methodenlehre: Analoge Anwendung unionsrechtlicher Normen

Angesichts der doppelten teleologischen Extension der herrschenden Ansicht ist es erheblich, unter welchen Voraussetzungen man eine unionsrechtliche Norm über ihren Wortlaut hinaus analog anwenden kann. Die unionsrechtliche Methodenlehre beantwortet die Frage nicht eindeutig. Teilweise bezeichnet sie den Wortlaut als „Grenze“ der Auslegung.¹⁹⁶ Bei diesem Verständnis, würde sich eine Analogie nach den Anforderungen der Rechtsfortbildung richten.¹⁹⁷ Sie ließe sich nicht mit den übrigen Auslegungskriterien Historie, Systematik und Zweck begründen.¹⁹⁸ Erforderlich wäre vielmehr insbesondere eine planwidrige Regelungslücke – wie in der deutschen Methodenlehre.¹⁹⁹ Gleichzeitig soll der Wortlautauslegung aber nur „*eingeschränkte*“²⁰⁰ oder „*geringere*“²⁰¹ Bedeutung zukommen. Der teleologischen Auslegung komme demgegenüber „*herausragende*“ Bedeutung zu.²⁰² Des Weiteren setzt sich insbesondere der EuGH häufig über die Wortlautgrenze hinweg.²⁰³ Insbesondere soll jede Norm praktische Wirkung entfalten und die von ihr verfolgten Ziele möglichst effektiv verwirklichen (franz. „*effet utile*“).²⁰⁴ Bei einem derartigen Verständnis wäre methodisch weiterhin eine Auslegung anhand Historie, Systematik und Zweck

196 Pieper, in Ludwigs, B. § 6 Rechtsquellen Rn. 12, 15 mwN, 38; Wegener, in Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 28; Krebs/Jung, in Jung/Krebs/Stiegler, § 2 Rn. 169.

197 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 17 mwN.

198 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 12, 19.

199 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 127; Wank, § 18 Rn. 118 mwN; Krebs/Jung, in Jung/Krebs/Stiegler, § 2 Rn. 169 mwN (Nr. 4–6).

200 Wegener, in Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 28.

201 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 13; Pechstein/Kubicki, in Pechstein/Nowak/Häde, Art. 19 EUV, Rn. 27 mwN.

202 Statt vieler nur Wegener, in Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 32 mwN.

203 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 18; Wank, § 18 Rn. 118 mwN.

204 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 37 mwN; Wegener, in Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 32 mwN; Pechstein/Kubicki, in Pechstein/Nowak/Häde, Art. 19 EUV, Rn. 27 mwN.

vorzunehmen. Die Aussagen zeigen Parallelen zur Diskussion in der deutschen Methodenlehre, wie Auslegung und Rechtsfortbildung abzugrenzen sind: Über den Wortlaut definiert als „noch mögliche Wortbedeutung in der Umgangssprache“²⁰⁵ oder das, „was bei schulmäßiger Auslegung im Hinblick auf den Sinn des Gesetzes noch vertretbar ist“²⁰⁶ („Wortlautgrenze“ oder „Normsinngrenze“).²⁰⁷

Eine eingehende Untersuchung und Bewertung dieser methodischen Fragen würden den Rahmen dieser Arbeit übersteigen. Das ist aber auch nicht nötig. Zum einen ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke anhand des Willens des EU-Gesetzgebers zu ermitteln: Es ist positiv festzustellen, dass er (1.) aufgrund des europarechtlichen Gleichheitsgebots Widerspruchsfreiheit für die potenzielle Analogie angestrebt hat, (2.) sie als unionsrechtlich zu füllende Lücke und (3.) planwidrig ansieht.²⁰⁸ Aus meiner Sicht sind hierfür Historie, Systematik und Zweck der Norm mindestens zu berücksichtigen, wenn nicht sogar entscheidend. Letztlich ist eine umfassende Untersuchung der Auslegungskriterien durchzuführen – sei es unter der Überschrift „Auslegung“ oder „Rechtsfortbildung“. Zum anderen unterscheidet die unionsrechtliche Lehre und Praxis oftmals nicht zwischen den Anforderungen von Auslegung und Rechtsfortbildung. Der EuGH differenziert gar nicht zwischen beiden methodischen Stufen: Er bezeichnet alles als „Auslegung“.²⁰⁹ In der Literatur findet sich sogar die Aussage, die Auslegung des Unionsrechts wirke „in methodischer Hinsicht beliebig“.²¹⁰

Insgesamt ist meines Erachtens der Wille des EU-Gesetzgebers durch eine Auslegung anhand aller Auslegungskriterien zu untersuchen. Vor diesem Hintergrund werde ich im Folgenden die beiden teleologischen Extensionen der herrschenden Ansicht an einer umfassenden Auslegung des Art. 19 Abs. 3 messen.

205 Statt vieler nur Wank, § 7 Rn. 57 mwN.

206 Wank, § 7 Rn. 131. Mit anderen Umschreibungen Wank, § 15 Rn. 15–21.

207 Insgesamt Wank, § 15 Rn. 1–21 mwN, § 7 Rn. 49, 56–79, 113; Rüthers/Fischer/Birk, § 22 Rn. 736 f.

208 Krebs/Jung, in Jung/Krebs/Stiegler, § 2 Rn. 169 mwN (Nr. 4–6).

209 Pieper, in Ludwigs, § 6 Rechtsquellen Rn. 16; Wank, § 18 Rn. 79, 118 mwN.

210 Rüthers/Fischer/Birk, § 22 Rn. 820a.

bb. Keine absolute und generelle Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts

(1) Auslegung des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO widerspricht absoluter Unwandelbarkeit der Rom I-VO

(a) Wortlautbezogene Auslegung: Keine absolute Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 bezieht sich lediglich auf die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts – nicht des gesamten Anknüpfungzeitpunkts der Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Das gilt auch für die englische und französische Sprachfassung („*For the purposes of determining the habitual residence*“ und „*La résidence habituelle est déterminée*“). Wie eingangs gezeigt ist diese Unterscheidung keine unnötige Haarspalterei. Vielmehr verwirklicht sie das Prinzip der engsten Verbindung, weil sie einen Statutenwechsel bei einer nachträglichen Änderung des Anknüpfungsgegenstands oder der Anknüpfungsperson zulässt. Art. 19 Abs. 3 lautet nicht „im Falle der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist *für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts* der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend“, sondern „[f]ür die *Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts* ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend“ (zuvor ab S. 95).

(b) Systematische Auslegung: Relative Unwandelbarkeit der Rom I-VO

(aa) Differenzierte ausdrückliche Anknüpfungzeitpunkte

Eine systematische Gesamtbetrachtung zwischen den Anknüpfungzeitpunkten der Rom I-VO führt auf den ersten Blick zu einem zweideutigen Ergebnis: Sie normieren den Anknüpfungzeitpunkt nur relativ für das Anknüpfungsmoment, nicht hingegen absolut auch für die übrigen Anknüpfungselemente Anknüpfungsperson und -gegenstand – „zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Risiko belegen ist“ und „[f]ür die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend“ (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 3 und Art. 19 Abs. 3). Diese Beobachtung kann entweder bedeuten, dass der EU-Gesetzgeber bewusst zwischen dem Anknüpfungzeitpunkt des Anknüpfungsmoments und den übrigen Anknüpfungselementen differenzieren wollte. Das würde gegen eine absolute Unwandelbarkeit der Rom I-VO sprechen, weil Art. 19 Abs. 3

nur den Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ fixiert. Alternativ könnte es auch bedeuten, dass sich der EU-Gesetzgeber des Problems der Änderung anderer Anknüpfungselemente als des Anknüpfungsmoments gar nicht bewusst war. Das würde keine Auslegungsvariante des Art. 19 Abs. 3 unterstützen.

Meines Erachtens sprechen drei systematische Erwägungen für die erste Auslegungsvariante und damit differenzierte Anknüpfungszeitpunkte für alle Anknüpfungselemente. Erstens weisen einige Kollisionsnormen ausdrücklich unwandelbare Anknüpfungsgegenstände auf (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a, Art. 11 Abs. 1, 2 und Art. 13, zuvor ab S. 93). Das spricht dafür, die übrigen Anknüpfungsgegenstände als wandelbar anzusehen. Parallelnormen zu Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I-VO finden sich in Art. 7 Abs. 3, 4 Rom III-VO,²¹¹ Art. 23 Abs. 2–4 und Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1–3 EuGüVO/²¹²EuPartVO.²¹³ Sie verbinden den ihren Anknüpfungsgegenstand ebenfalls mit einem Zeitpunkt – dem der Rechtswahl oder Vereinbarung. Das bestätigt, dass die dogmatische Methode der Fixierung des Anknüpfungsgegenstands dem EU-Gesetzgeber geläufig ist. Zweitens sind die Anknüpfungspersonen der Rom I-VO weitgehend wandelbar aufgrund einer Vertragsübernahme oder gemäß Art. 19 Abs. 2 Var. 2 Rom I-VO sogar ausnahmsweise aufgrund einer bloßen Übernahme der Erfüllungsverantwortlichkeit (nachfolgend ab S. 212). Drittens hat der EU-Gesetzgeber sogar die Anknüpfungsmomente lediglich teilweise unwandelbar ausgestaltet. Das erkennt selbst die herrschende Ansicht an, indem sie die Rechtswahl und den gewöhnlichen Arbeitsort als ausdrücklich wandelbar ansieht (Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Art. 8 Abs. 2, nachfolgend ab S. 173).

Vor diesem Hintergrund möchte ich hervorheben, dass die Rom I-VO zeitliche Fixierungen regelmäßig eindeutig normiert. Das gilt zum einen für die Anknüpfungsgegenstände der Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a, Art. 11

211 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABL 343 vom 29.12.2010, 10.

212 Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABL 183 vom 8.7.2016, 1.

213 Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften, ABL 183 vom 8.7.2016, 30.

Abs. 1, 2 und Art. 13 Rom I-VO. Die nachfolgenden Untersuchungen werden insoweit zeigen, dass die übrigen Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO weitgehend wandelbar sind (nachfolgend ab S. 259). Es gibt lediglich einzelne Ausnahmen zugunsten des Schutzes von Verbrauchern oder von Versicherungsnehmern (nachfolgend ab S. 127, 134, 137 und 272). Des Weiteren ordnet es die Rom I-VO regelmäßig eindeutig an, wenn ihre Anknüpfungsmomente unwandelbar sind – durch die Verwendung tatsächlich nicht veränderlicher Tatbestandsmerkmale oder durch ausdrückliche Anordnung. Auch in diesem Kontext ergab meine Untersuchung nur eine Ausnahme, in denen sich die Unwandelbarkeit nicht eindeutig, sondern aufgrund einer Auslegung ergibt – beim einseitigen oder gemeinsamen einfachen Aufenthalt zugunsten der Rechtssicherheit (Art. 11 Abs. 1 und 2, zuvor ab S. 90).

Diese differenzierten zeitlichen Fixierungen zwischen und innerhalb der Anknüpfungsmomente, -personen und -gegenstände legen nahe, dass die Rom I-VO die Wandelbarkeit jedes Anknüpfungselements separat versteht.

(bb) Hoher anknüpfungsrechtlicher Differenzierungsgrad der Rom I-VO

Die Art. 3–18 Rom I-VO weisen auch fernab der zeitlichen Fixierungen einen hohen Differenzierungsgrad hinsichtlich ihrer Anknüpfungsmomente, -personen und -gegenstände auf. Sie normieren verschiedenste Variationen dieser Anknüpfungselemente, insbesondere in Bezug auf die Vertragstypen. Für mich ist kein Grund ersichtlich, warum diese kollisionsrechtliche Differenzierung nach dem Vertragsschluss komplett enden sollte – vor allem nicht angesichts des beschränkten Wortlauts des Art. 19 Abs. 3. Vielmehr gilt es, den hohen Differenzierungsgrad zu respektieren und daher kontinuierlich zu gewährleisten. Das gebieten auch die Berechenbarkeit der Kollisionsnormen und die Verwirklichung der engsten Verbindung (Erwägungsgrund 16 S. 1 und 2). Die Anknüpfungselemente präzisieren sie. Die Rom I-VO erteilt dem Rechtsanwender einen „Differenzierungs-Auftrag“. Das gilt vor allem dort, wo die Rom I-VO Anknüpfungselemente aufweist, die nach dem gemeinsamen Verständnis des mitgliedstaatlichen Sachrechts disponibel sind – insbesondere Vertragstypen oder -parteien. Hierdurch zeigt die Rom I-VO meines Erachtens, dass sie die privatautonomen Vertragsgestaltungen auf kollisionsrechtlicher Ebene differenziert abbilden möchte. Ein derartiges Verständnis widerspricht nicht dem Postulat der autonomen Auslegung der Rom I-VO. Ihre Tatbestandsmerkmale

bleiben eigenständig definiert. Innerhalb dieser Definition berücksichtigt sie lediglich Veränderungen aufgrund sachrechtlicher Dispositionen.

(cc) Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung und Prinzip der engsten Verbindung

Die Rom I-VO folgt dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts. Er besagt, dass „möglichst alle Fragen zu einem Vertrag ein und demselben Statut unterliegen“ sollen – „von der Wiege bis zum Grab“. ²¹⁴ Man soll alle Teilfragen eines Vertrags unselbständig nach einem einheitlichen Statut anknüpfen. Der Grundsatz tritt vor allem in Gestalt der Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 zutage. ²¹⁵ Gemäß Art. 10 Abs. 1 beurteilen sich das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrags oder einer Bestimmung nach dem hypothetischen Vertragsstatut – das heißt dem Recht, das nach der Rom I-VO anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre. Art. 12 Abs. 1 definiert den „Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts“. Nach ihm beurteilt das Vertragsstatut auch die Auslegung, Erfüllung, Nichterfüllungsfolgen, das Erlöschen, die Verjährung und Verwirkung sowie Nichtigkeitsfolgen. Art. 18 Abs. 1 unterstellt schließlich gesetzliche Vermutungen und Beweislastfragen dem Vertragsstatut. Die genannten Themenkomplexe knüpft die Rom I-VO unselbständig nach dem Vertragsstatut an. Sie sind keine selbständig anzuknüpfenden Teilfragen. ²¹⁶ Damit versagt der Grundsatz unmittelbar nur die *sachliche* Aufspaltung des Vertragsstatuts durch eine selbständige Anknüpfung von Teilfragen. Hingegen bezieht sich der Wortlaut von Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 nicht auf die *zeitliche* Aufspaltung des Vertragsstatuts aufgrund einer nachträglichen Veränderung von Anknüpfungselementen und einem damit einhergehenden Statutenwechsel.

Meines Erachtens ist der Grundsatz jedoch über den Wortlaut dieser Normen hinaus auf zeitliche Aufspaltungen anzuwenden. Die einheitliche Anknüpfung des Vertragsstatuts soll Wertungswidersprüche und Kompatibilitätsprobleme vermeiden, die sich aus der Anwendung unterschiedlicher

214 Weller, in BeckOGK, Art. 10 Rom I-VO Rn. 2 mwN.

215 Statt vieler nur Weller, in BeckOGK, Art. 10 Rom I-VO Rn. 1f. mwN, Art. 12 Rom I-VO Rn. 1f. mwN.

216 Spellenberg, in MüKo BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 5 (unberührt bleiben lediglich Teilfragen der Geschäftsfähigkeit und Form); Staudinger, in Schulze, Art. 4 Rom I-VO Rn. 2 (unberührt bleibt nur die Teilfrage der Geschäftsfähigkeit).

Rechtsordnungen ergeben können.²¹⁷ Dieser Zweck ist auch bei der zeitlichen Aufspaltung im Zuge von Statutenwechseln gefährdet – zumindest dann, wenn der Statutenwechsel für die Zukunft wirkt (*ex nunc*). Dann unterteilt er nämlich das anzuwendende Recht in verschiedene Segmente („Segmentierung“). Beispielsweise könnten die Vertragsparteien das anzuwendende Recht eines Dauerschuldverhältnisses mehrmals wählen oder den gewöhnlichen Arbeitsort eines Arbeitsvertrags mehrmals verlegen (Art. 3 Abs. 2 S. 1 oder Art. 8 Abs. 2, nachfolgend ab S. 145 und 155). Die daraus entstehende Segmentierung des anzuwendenden Rechts kann meines Erachtens Wertungswidersprüche und Kompatibilitätsprobleme in ähnlicher Weise hervorrufen wie eine sachliche Zersplitterung.

Auf den ersten Blick spricht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts daher gegen eine Aufspaltung des Vertragsstatuts aufgrund von Statutenwechseln. Auf den zweiten Blick relativiert sich dieser Eindruck jedoch aus verschiedenen Gründen. Erstens sieht die Rom I-VO zahlreiche ausdrückliche Ausnahmen von dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts vor: So ist eine parteiautonome Aufspaltung durch Teilrechtswahl möglich (Art. 3 Abs. 1 S. 3).

Darüber hinaus knüpft die Rom I-VO einige Teilfragen selbständig an – zugunsten des Verbraucher- und Arbeitnehmerschutzes, zugunsten von Eingriffsnormen und zugunsten der Formgültigkeit von Verträgen (Art. 6 Abs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 1 S. 2, Art. 9 und Art. 11). Weitere Ausnahmen selbständig anzuknüpfender Teilfragen enthält die Rom I-VO für ihre Bereichsausnahmen, für das Zustandekommen und die materielle Wirksamkeit von Verträgen, und in Bezug auf die Art und Weise der Erfüllung und die vom Gläubiger im Fall mangelhafter Erfüllung zu treffenden Maßnahmen (Art. 1 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2).²¹⁸ Diese Ausnahmen belegen, dass die Rom I-VO eine Aufspaltung des Vertragsstatuts in zahlreichen Fällen akzeptiert oder sogar fördert. Bereits deshalb steht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung einer Aufspaltung des Vertragsstatuts nicht generell entgegen. Entsprechend seiner Bezeichnung handelt es sich lediglich um einen *Grundsatz*.

Zweitens sieht die Rom I-VO anerkanntermaßen Statutenwechsel vor: Beispielsweise im Anschluss an eine nachträgliche Rechtswahl oder eine dauerhafte Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts. Der Konflikt zwischen

217 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 2; *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 12 Rom I-VO Rn. 3; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 12 Rom I-VO Rn. 1.

218 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 1; *Spellenberg*, in MüKo BGB, Art. 10 Rom I-VO Rn. 9.

einem Statutenwechsel und dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts entsteht jedoch nur dann, wenn der Statutenwechsel lediglich für die Zukunft wirkt (*ex nunc*). Denn nur dann segmentiert er das anzuwendende Recht in dem Sinne, dass sukzessiv zwei Statute anzuwenden sind. Die ganz herrschende Ansicht erkennt jedoch zutreffend in beiden Fällen an, dass der Statutenwechsel *Ex-nunc*-Wirkung entfalten kann oder das sogar generell tut: Bei der nachträglichen Rechtswahl zumindest bei einem entsprechenden Parteiwillen, bei der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts stets (Art. 3 Abs. 2 S. 1 oder Art. 8 Abs. 2, nachfolgend ab S. 145 und 155). Die Rom I-VO kennt daher den *Ex-nunc*-Statutenwechsel als Ausnahme zum Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts.

Drittens beschränkt meines Erachtens das Prinzip der engsten Verbindung den Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts. Die Rom I-VO möchte das Prinzip der engsten Verbindung verwirklichen (Erwägungsgründe 16 S. 2, 21 S. 1 und Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4). Es ordnet eine Rechtsfrage der Rechtsordnung zu, in der sie „*bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ihren „Schwerpunkt“*“ hat.²¹⁹ Im Fall eines Statutenwechsels verschiebt sich dieser Schwerpunkt nachträglich aufgrund einer Veränderung der Anknüpfungselemente. Diese Veränderung aktualisiert die engste Verbindung. Meines Erachtens hat das Prinzip der engsten Verbindung bei einem Statutenwechsel Vorrang vor dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung. Der Statutenwechsel betrifft nämlich nicht nur Teilfragen eines Vertrags. Teilfragen möchte die Rom I-VO berechtigterweise nicht selbständig nach ihrer eigenen engsten Verbindung, sondern nach der des Vertrags anknüpfen. Hingegen verschiebt sich bei einem Statutenwechsel die engste Verbindung der Hauptfrage „Vertrag“. Daher verlagert sich der Bezugspunkt der einheitlichen Anknüpfung zur neuen engsten Verbindung.

(c) Historische Auslegung: Relative Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Eine historische Auslegung spricht gegen eine Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO zugunsten der absoluten Unwandelbarkeit von Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Die Regelung des

219 Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 314 mwN; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 84 mwN. Ebenso zu Art. 27 ff. EGBGB aF BGH NJW 1993, 2753, 2754 (Punkt III.c)bb)); NJW 1996, 2569, 2570 (Punkt II.1.c)).

Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO war im ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission vom 15.12.2005 nicht enthalten.²²⁰ Sie findet sich zuerst in Art. 18 Abs. 3 Rom I-VO-Entwurf im Vermerk des Vorsitzes des Ausschusses für Zivilrecht im Rat der Europäischen Union vom 12. Oktober 2006.²²¹ Die Änderung wurde zuvor durch die Vermerke der deutschen Delegation vom 27. September 2006²²² und der italienischen Delegation vom 20. September 2006²²³ angeregt.²²⁴ Sie ist auch in den Änderungsanträgen des Europäischen Parlaments von 29.11.2007 in Art. 18 Abs. 2 Rom I-VO-Entwurf enthalten.²²⁵ Im ursprünglichen Vorschlag war dagegen nur für die allgemeine Grundnorm in Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO-Entwurf klargestellt, dass „das Recht des Staats maßgebend [ist], in dem die Partei, die charakteristische Leistung erbringt, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat“.²²⁶ Im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO adressiert dieser Wortlaut den Anknüpfungszeitpunkt absolut: Er bezieht den „Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ nicht nur auf die „Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts“ – so Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO –, sondern auf „das Recht des Staates“.

Es ist jedoch aus meiner Sicht naheliegender, dass der EU-Gesetzgeber mit der Umformulierung eine inhaltliche Änderung beabsichtigte, als dass sie unabsichtlich geschah. Andernfalls wäre es einfach und naheliegend gewesen, den Wortlaut des allgemeinen Art. 18 Abs. 2 Rom I-VO-Entwurf weiter absolut auf das „Recht des Staates“ zu beziehen: „Ist nach dieser Verordnung das Recht des Staats maßgebend, an dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem diese Partei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.“

Darüber hinaus spricht eine Betrachtung des EVÜ dafür, dass eine absolute Unwandelbarkeit gerade nicht gewollt war. Das EVÜ enthielt für die charakteristisch leistende Partei und bei Güterbeförderungsverträgen absolut unwandelbare Kollisionsnormen (Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 S. 2

220 Europäische Kommission, KOM(2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 22.

221 Vermerk des Vorsitzes des Ausschusses für Zivilrecht im Rat der Europäischen Union vom 12. Oktober 2006, 13853/06 JUSTCIV 224 CODEC 1085, 17.

222 Vermerk der deutschen Delegation im Rat der Europäischen Union vom 27. September 2006, 13035/06 ADD 6 JUSTCIV 196 CODEC 948, 16.

223 Vermerk der italienischen Delegation im Rat der Europäischen Union vom 20. September 2006, 13035/06 JUSTCIV 196 CODEC 948, 2 und 4.

224 *McParland*, Rn. 5.68.

225 Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.11.2007, A6-0450/2007, 40.

226 Europäische Kommission, KOM(2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 17.

EVÜ). Sie bezogen nämlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf „die engsten Verbindungen mit dem Staat“ und nicht nur „die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts“. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EVÜ wurde auch derart vom Grünbuch der Europäischen Kommission zur Rom I-VO vom 14. Januar 2003 zitiert.²²⁷ Dazu besagt der Bericht zum EVÜ von *Giuliano und Lagarde*, dass Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 S. 2 EVÜ „die Gefahr einer aus einem ‚Statutenwechsel‘ resultierenden Normenkollision“ ausschließen wollen.²²⁸ Für mich ist nicht ersichtlich, warum der EU-Gesetzgeber eine derart etablierte Systematik ohne Grund aufgeben sollte.

Schließlich bezogen sich die Art. 19 Abs. 3 zugrundeliegenden²²⁹ Vermerke der deutschen²³⁰ und italienischen²³¹ Delegation im Ausschuss für Zivilrecht des Rats der Europäischen Union einzig darauf, den Zeitpunkt für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts festzulegen – nicht hingegen den Anknüpfungzeitpunkt absolut.

Insgesamt spricht die historische Auslegung des Art. 19 Abs. 3 daher dafür, dass der EU-Gesetzgeber mit ihm lediglich eine relative Unwandelbarkeit für das Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Aufenthalts normieren wollte.

(d) Teleologische Auslegung: Keine absolute Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Eine teleologische Auslegung des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO belegt, dass seine Extension zugunsten einer absoluten Unwandelbarkeit nicht angezeigt ist. Er dient der Rechtssicherheit,²³² die auch Erwägungsgrund 16 S. 1 ausweist. Aus meiner Sicht ist es bereits sehr fraglich, ob es die Rechtssicherheit fördert, wenn man eine Norm über ihren Wortlaut hinaus anwendet. Inwiefern soll eine Rechtsfolge – hier: Fixierung aller Anknüpfungselemente – berechenbar sein, die im Wortlaut nicht angelegt ist – hier: nur Festlegung des Zeitpunkts für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts?

227 Europäische Kommission, KOM(2002) 654 endg. vom 14.1.2003, 30.

228 *Giuliano/Lagarde*, ABl. C 282 vom 31.10.1980, 21 (rechte Spalte, Abs. 2) und 22 (linke Spalte, Abs. 3).

229 *McParland*, Rn. 5.68.

230 Vermerk der deutschen Delegation im Rat der Europäischen Union vom 27. September 2006, 13035/06 ADD 6 JUSTCIV 196 CODEC 948, 16.

231 Vermerk der deutschen Delegation im Rat der Europäischen Union vom 27. September 2006, 13035/06 JUSTCIV 196 CODEC 948, 2 und 4.

232 *L. Rass-Masson*, in BeckOGK, Art. 19 Rom I-VO Rn. 38; *Staudinger*, in Schulze, Art. 19 Rom I-VO Rn. 1.

Das Argument der Rechtssicherheit ist abstrakt und daher unbestimmt. Für das Europäische Zivilverfahrensrecht haben insbesondere *Klöpfer* und *J. Schmidt* herausgearbeitet, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit bisher dogmatisch höchstens ansatzweise geklärt und daher intransparent ist.²³³ Auch im IPR kann eine argumentative Auseinandersetzung mit ihm deshalb aus meiner Sicht nur erfolgen, wenn man konkrete Aspekte der Rechtssicherheit identifiziert und untersucht.²³⁴ In Bezug auf Art. 19 Abs. 3 ist das meines Erachtens insbesondere die Verhinderung einseitiger Manipulationen. Die Berechenbarkeit der Kollisionsnormen ist ausweislich Erwägungsgrund 16 S.1 ebenfalls ein Aspekt der Rechtssicherheit, den die Rom I-VO aber prominent hervorhebt und ihm dadurch einen hohen Stellenwert zuschreibt (zu weiteren Aspekten der Rechtssicherheit wie der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen, dem Fortbestand entstandener Rechte oder den Erwartungen des übrigen Rechtsverkehrs nachfolgend ab S. 160, 177 und 321).

(aa) Erster Aspekt der Rechtssicherheit: Verhinderung einseitiger Manipulationen

Ein Großteil der herrschenden Literaturansicht bringt vor, dass Art. 19 Abs.3 Rom I-VO die *einseitige* Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Vertragsschluss zugunsten der Rechtssicherheit als unbeachtlich einstuft.²³⁵ *Von Hoffmann* und *Feiler* begründen das mit der ausdrücklichen Anerkennung eines Statutenwechsels im Fall der einvernehmlichen nachträglichen Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs.2. Sie schließen aus der Existenz dieser Norm, dass einem Statutenwechsel keine allgemeinen kollisionsrechtlichen Ordnungsinteressen entgegenstehen.²³⁶ Solche Ordnungsinteressen sind der nationale und internationale Entscheidungseinklang,

233 *Klöpfer*, 217–223 mwN; *J. Schmidt*, 5 f. mwN und 277.

234 Ähnlich *Weller*, IPRax 2011, 429, 434 („Als maßgebend für das Design der Kollisionsnormen nennen die Erwägungsgründe der Rom-Verordnungen weitere Teilaspekte der Rechtssicherheit [...]“).

235 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 218; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 90 und Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; *L. Rass-Masson*, in BeckOGK, Art. 19 Rom I-VO Rn. 38; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 67, Art. 19 Rom I-VO Rn. 20; *Doehner*, in Hüßtege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 11; *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19; *de Lima Pinheiro*, in ECPII 2016, Art. 19 Rom I-VO Rn. 44. Ebenso zu Art. 28 Abs.2 S.1 EGBGB aF *von Hoffmann*, in Soergel 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 71.

236 *Von Hoffmann*, in Soergel 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 71; *Feiler*, 311 f. und 315.

die Praktikabilität der Rechtsanwendung und die Durchsetzbarkeit des Rechts.²³⁷

Dem stimme ich zu. Art. 3 Abs. 2 belegt, dass die Rom I-VO einen Statutenwechsel anerkennt, sofern er auf einvernehmlicher Grundlage beruht (nachfolgend ab S. 145). In Kombination mit Art. 19 Abs. 3 legt Art. 3 Abs. 2 das Folgende nahe: Art. 19 Abs. 3 schließt die Wandelbarkeit des Vertragsstatuts nicht absolut, sondern lediglich im Fall der einseitigen Manipulation des gewöhnlichen Aufenthalts aus. Dies belegen auch die weiteren anerkanntermaßen wandelbaren Anknüpfungselemente der Art. 5 Abs. 1, 2 und Art. 8 Abs. 2 (nachfolgend ab S. 155, 198 und 203). Letztlich zeigt die gesamte Untersuchung der Rom I-VO sogar, dass einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts nach Vertragsschluss unter der Rom I-VO unbeachtlich sind (nachfolgend ab S. 297). Vor diesem Hintergrund ist eine Wandelbarkeit dann mit dem Telos der Norm vereinbar, wenn keine einseitige Manipulation vorliegt.

(bb) Zweiter Aspekt der Rechtssicherheit: Berechenbare Kollisionsnormen

Eine andere Frage ist, ob Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO darüber hinaus den Zweck und die Wertung enthält, dass alle Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen absolut – in jeder Hinsicht – unwandelbar sind. Diese Frage bezieht sich auf einen anderen Aspekt der Rechtssicherheit. Es geht insoweit nicht mehr um den Schutz vor einseitigen Manipulationen, sondern die beiderseitige Berechenbarkeit der Kollisionsnormen im Sinne des Erwägungsgrunds 16 S. 1. Aus meiner Sicht ist eine derartige Wertung des Art. 19 Abs. 3 aus mehreren Gründen abzulehnen.

(aaa) Genereller und abstrakter Charakter der Berechenbarkeit

Erstens spricht gegen eine absolute Unwandelbarkeit, dass Erwägungsgrund 16 S. 1 Rom I-VO lediglich eine generelle und abstrakte Zielsetzung enthält. Sie bezieht sich weder individuell auf den gewöhnlichen Aufenthalt noch konkret auf dessen zeitliche Fixierung. Zwar findet sich in Erwägungsgrund 39 S. 1 das Ziel der rechtssicheren und eindeutigen Definition des gewöhnlichen Aufenthalts. Gleichwohl nennt er nicht den Aspekt der beiderseitigen Berechenbarkeit der Kollisionsnormen. Er adressiert auch

²³⁷ Schulze/Fervers, in BeckOGK, Art. 3 EGBGB Rn. 25.1; Junker, IPR, § 5 Rn. 30–35 mwN.

nicht ausdrücklich die zeitliche Fixierung des gewöhnlichen Aufenthalts, sondern die (örtliche) Lokalisierung nach Art. 19 Abs. 1 und 2 – wenn auch unter dem Vorbehalt „insbesondere“. Eine derart abstrakte Zielsetzung kann aus meiner Sicht nicht dazu führen, dass sich dieses Ziel *absolut* gegen das Prinzip der engsten Verbindung durchsetzt (zuvor ab S. 108).

(bbb) Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen nur ausnahmsweise bestimmbar

Zweitens verlangt Erwägungsgrund 16 S. 1, dass die Kollisionsnormen der Rom I-VO ein „hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen, um zum allgemeinen Ziel dieser Verordnung, nämlich zur Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum, beizutragen“. Der EU-Gesetzgeber hat keine Parameter zur Bestimmung der Berechenbarkeit der Kollisionsnormen angegeben. Meines Erachtens bestimmt sie sich nach den Parteierwartungen. Dabei ist ein genereller Maßstab anzulegen. Entscheidend sind nicht die Erwartungen der Vertragsparteien im konkreten Einzelfall, sondern die Erwartungen durchschnittlicher Vertragsparteien bei einer gedachten Häufung der Konstellation. Andernfalls würde man die Schwelle zwischen objektiver und subjektiver Anknüpfung verwischen, weil man auch bei einer objektiven Anknüpfung die Parteierwartungen ermitteln müsste. Darüber hinaus wäre es der Rechtssicherheit abträglich, wenn die Anwendung der Kollisionsnormen stets vom konkreten Einzelfall abhinge. Aus meiner Sicht soll die Erwägung der Berechenbarkeit vielmehr ein Korrektiv im Rahmen der allgemeinen Auslegung der Kollisionsnormen sein.

Insoweit bezweifle ich, dass eine teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 jenseits seines Wortlauts für die Parteien berechenbar ist. Es liegt eher nahe, dass sich die Parteien an seinem Wortlaut orientieren. Aus meiner Sicht ist es jedoch noch wahrscheinlicher, dass sich die Vertragspartei im Fall tatsächlicher oder rechtlicher Veränderungen nach Vertragsschluss keine Gedanken über das anzuwendende Recht machen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Veränderung nicht in einer nachträglichen Rechtswahl besteht und die Parteien daher keinen Rechtswahlwillen bilden. Aber selbst bei einem Rechtswahlwillen bilden sie sich nicht zwingend eine Erwartung über die Auswirkungen eines etwaigen Statutenwechsels.

Etwas anderes könnte bei umfangreicheren oder gewichtigeren Veränderungen gelten. Auch dieser Ansatz wäre jedoch mit Unsicherheit behaftet: Ohne empirische Analyse der Parteierwartungen ist eine Einschätzung

kaum möglich. Die bisher erhobenen empirischen Daten erlauben keine Rückschlüsse. Sie zeigen lediglich, dass die Möglichkeit der Rechtswahl für 83 %²³⁸ beziehungsweise 91 %²³⁹ der Parteien des unternehmerischen Geschäftsverkehrs wichtig oder sehr wichtig ist. Des Weiteren enthalten 80 %²⁴⁰ oder 82 %²⁴¹ der Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine Rechtswahl.²⁴² Fernab der Rechtswahl gibt es so gut wie keine Daten zu den kollisionsrechtlichen Parteierwartungen. Lediglich die Eurobarometer-Umfrage im Vorfeld des Kommissionsentwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) befasste sich in Ansätzen damit – brachte jedoch überraschende Ergebnisse zutage. Sie stellte die Frage, welches Vertragsrecht am häufigsten auf Verträge des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs anzuwenden sei. Im EU-Durchschnitt waren 60 % der befragten Unternehmensvertreter der Ansicht, dass ihre grenzüberschreitenden Kaufverträge ihrem nationalen Vertragsrecht unterlägen. Lediglich 14 % erachteten das Vertragsrecht der Gegenseite für anwendbar, 1 % das eines dritten Staates, 9 % internationales Vertragsrecht in Form von internationalen Übereinkommen oder UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC). 17 % konnten oder wollten die Frage gar nicht beantworten.²⁴³ Interessant ist außerdem die Erhebung, dass Unternehmen, die typischerweise auf Käuferseite stehen, am wahrscheinlichsten erwarteten, dass das Vertragsrecht der Gegenseite anzuwenden sei – 20 % entgegen 10 % der Unternehmen, welche typischerweise die Verkäuferseite einnehmen.²⁴⁴ Damit gibt die Umfrage Einblicke in die kollisionsrechtlichen Parteierwartungen, auch wenn diese Erwartungen auf einem unzureichenden Wissensstand beruhen mögen. Leider lässt sie jedoch keine Rückschlüsse in Bezug auf eine etwaige Wandelbarkeit zu, weil insoweit keine Erhebung stattfand. Ohne eine derartige empirische Untersuchung ist grundsätzlich keine Einschätzung möglich, wann Kollisionsnormen ein hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen. Diese Erkenntnis offenbart eine nahezu unüberwindbare Problematik hinter diesem Ziel: Selbst dann, wenn die Par-

238 Vogenauer/Weatherill, in Vogenauer/Weatherill, 105, 120 (Tabelle 2).

239 Vogenauer/Hodges, 13 (Frage 15).

240 Voigt, *Journal of Empirical Legal Studies*, 2008 (5), 1, 12.

241 Cuniberti, *Northwestern Journal of International Law and Business* 2014 (34), 455, 468.

242 Insgesamt Rühl, 23–27.

243 Flash Eurobarometer 320, 27 (Gesamtergebnis von 101 % beruht auf Rundungsdifferenzen).

244 Flash Eurobarometer 320, 28.

teien überwiegend mit einer Folge rechnen würden, bleibt unklar, welche das ist – Unwandelbarkeit oder Wandelbarkeit.

Meines Erachtens kann man die Erwägung der Berechenbarkeit daher lediglich in Ausnahmefällen heranziehen, um eine Unwandelbarkeit zu begründen. Das trifft insbesondere bei einseitigen Manipulationen des anzuwendenden Rechts zu (nachfolgend ab S. 297). Des Weiteren rechnen die Vertragsparteien jedenfalls dann nicht mit einem Statutenwechsel, wenn die nachträgliche Veränderung kein Anknüpfungselement betrifft. Dann sind gegenteilige Parteierwartungen jedenfalls wegen des Wortlauts und der Systematik der Verordnung unbeachtlich. Das wird insbesondere bei einer Abtretung relevant: Sie verändert die Anknüpfungsperson nicht und kann daher nicht zu einem Statutenwechsel führen (nachfolgend ab S. 139). Darüber hinaus kommt dieser Überlegung bei nachträglichen Vertragsänderungen Bedeutung zu: Erreicht die Vertragsänderung nicht die Schwelle des Anknüpfungsgegenstands und verschiebt daher nicht den Vertragstyp, dann rechnen die Vertragsparteien nicht mit einem Statutenwechsel oder eine solche gegenteilige Erwartung ist unbeachtlich (nachfolgend ab S. 282).

Umgekehrt sollte man die Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen nicht leichtfertig dazu instrumentalisieren, eine Wandelbarkeit zu begründen. Auch in diesem Zusammenhang ist mangels empirischer Anhaltspunkte viel ungewiss. In der Folge kann man eine Wandelbarkeit ebenfalls nur in Ausnahmefällen mit der Erwägung der Berechenbarkeit begründen. Solche Ausnahmefälle kommen vor allem bei Änderungen einvernehmlicher Anknüpfungselemente in Betracht. Hierfür spricht zum einen, dass der einvernehmliche gewöhnliche Arbeitsort des Art. 8 Abs. 2 ausdrücklich wandelbar ist. Zum anderen ist der vereinbarte Übernahme-/Ablieferungsort des Art. 5 Abs. 1 anerkanntermaßen wandelbar. Vor diesem Hintergrund sind gegenteilige Parteierwartungen eher fernliegend oder jedenfalls unbeachtlich. Das gilt beispielsweise bei einer Vertragsübernahme. In ihrem Kontext rechnet die übernehmende Partei damit, dass sie anstelle der ausscheidenden Partei für die Bestimmung der Anknüpfungselemente maßgeblich ist (nachfolgend ab S. 244 und 246). Ein weiteres Beispiel ist eine Vertragsänderung, die den Vertragstyp verschiebt („Vertragstypverschiebung“). Ist eine einvernehmliche Änderung derart grundlegend und umfassend, dann rechnen die Parteien tendenziell mit einem Statutenwechsel (nachfolgend ab S. 235, 278 und 280). Eine etwaige entgegengesetzte Erwartung einer oder beider Vertragsparteien kann vor allem aus zwei Gründen unbeachtlich sein: Zum einen deshalb, weil sie eine *wesentliche* Änderung *einvernehmlich* herbeiführen. Vertragsübernahme und Vertragstypverschiebung sind derart grundlegende Vertragsänderungen, dass die

Parteien mit einem Statutenwechsel rechnen müssen. Zum anderen können anderweitige Erwartungen unbeachtlich sein, wenn sie dem Wortlaut und der Systematik der Art. 4–8 Rom I-VO widersprechen. Andernfalls würde man nicht objektiv, sondern subjektiv anknüpfen. Letzteres muss jedoch der Rechtswahl vorbehalten bleiben. Außerdem geht es nach Erwägungsgrund 16 S.1 um die Berechenbarkeit *der Kollisionsnormen*. Es ist daher kaum vorstellbar, dass eine Auslegung der Kollisionsnormen entgegen ihrem Wortlaut und ihrer Systematik berechenbar ist.

Vor diesem Hintergrund wird jedenfalls deutlich, dass die Erwägung der Berechenbarkeit keine absolute Unwandelbarkeit des gewöhnlichen Aufenthalts rechtfertigt. Angesichts dessen bekommt man den Eindruck, dass manche Quellen die Erwägung als Einfallstor ergebnisorientierter Rechtspolitik zweckentfremden und als Ziel verordnungsautonomer Auslegung missachten.

(ccc) Einklang mit dem Prinzip der engsten Verbindung

Drittens schränkt das Prinzip der engsten Verbindung das Ziel berechenbarer Kollisionsnormen auch dann ein, wenn man letzteres – entgegen meiner Auffassung – generell als bestimmbar ansieht. Der Erwägungsgrund 16 S.2 gibt den „Gerichten“ ein „gewisses Ermessen [...], um das Recht bestimmen zu können, das zu dem Sachverhalt die engste Verbindung aufweist“. Damit schränkt er das Ziel der Berechenbarkeit nach S.1 zugunsten der engsten Verbindung ein. Darüber hinaus möchte die Rom I-VO das Prinzip der engsten Verbindung verwirklichen (Erwägungsgründe 16 S.2, 21 S.1 und Art.4 Abs.3, 4, Art.5 Abs.3, Art.7 Abs.2 UAbs.2 S.2 und Art.8 Abs.4). Die Rom I-VO im Allgemeinen und Art.19 Abs.3 im Speziellen wollen daher die Berechenbarkeit nicht in jedem Fall und um jeden Preis durchsetzen. Vielmehr verfolgt die Rom I-VO eine vermittelnde Zielsetzung: Größtmögliche Berechenbarkeit soll nur im Einklang mit dem Prinzip der engsten Verbindung erreicht werden. Das gilt ausdrücklich auch angesichts des herausragenden ordnungsweiten Stellenwerts der Berechenbarkeit nach Erwägungsgrund 16 S.1. Die Berufung des Rechts der engsten Verbindung ist traditionell das fundamentale Prinzip des IPR. Die Rom I-VO übernimmt dieses Prinzip ausdrücklich. Sie möchte mithin das Ziel der Berechenbarkeit *und* das Prinzip der engsten Verbindung verwirklichen. Dabei ist kein Rangverhältnis zwischen den beiden Erwägungen ersichtlich – sie stehen gleichrangig nebeneinander. Im Konfliktfall

muss man beide bestmöglich in Einklang bringen. Das heißt, dass beiden Erwägungen größtmögliche Geltung zukommen muss.

Das Ziel bestmöglichen Einklangs unterstreicht eine Erkenntnis der systematischen Auslegung: Die Rom I-VO weist einen hohen Differenzierungsgrad bei ihren Anknüpfungsmomenten, -personen und -gegenständen auf, *um* ein hohes Maß an Berechenbarkeit *und* das Prinzip der engsten Verbindung zu verwirklichen (zuvor ab S. 107). Dem würde es nicht gerecht, wenn man Art. 19 Abs. 3 teleologisch derart erweitert, dass er eine Wandelbarkeit des gewöhnlichen Aufenthalts aufgrund nachträglicher Umstände *absolut* oder auch nur *überwiegend* ausschließt. Dann würde nur der Berechenbarkeit größtmögliche Geltung zukommen – und das Prinzip der engsten Verbindung ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses missachtet. Das ist nicht im Sinne der Erwägungsgründe der Rom I-VO. Vielmehr sollte man eine Lösung suchen, die gleichzeitig *beide* Erwägungen bestmöglich realisiert. Mehr noch: Die strukturelle Ausgestaltung der Kollisionsnormen der Rom I-VO legt oftmals nahe, dass sich beide Erwägungen durch einen Statutenwechsel gleichzeitig verwirklichen lassen. Ob und wann dies der Fall ist, muss man meines Erachtens für jedes Anknüpfungselement gesondert untersuchen und beurteilen.

(e) Ergebnis: Keine absolute Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Im Ergebnis kann ich daher einer teleologischen Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO zugunsten einer absoluten Unwandelbarkeit nicht zustimmen. Seine Auslegung belegt, dass er lediglich die relative Unwandelbarkeit des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ begründet – nicht darüber hinaus die absolute Unwandelbarkeit aller Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Im Ausgangspunkt ist es daher auch bei diesen Kollisionsnormen möglich, dass eine Veränderung der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands zu einem Statutenwechsel führt.

(2) Auslegung des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO widerspricht genereller Unwandelbarkeit der Rom I-VO

(a) Wortlautbezogene Auslegung: Keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO bezieht sich ausdrücklich nur auf den gewöhnlichen Aufenthalt – auch in der englischen und französischen Sprachfassung („*habitual residence*“ und „*résidence habituelle*“). Er ist gerade nicht derart formuliert, dass alle Anknüpfungen der Rom I-VO unwandelbar sind.

(b) Systematische Auslegung: Keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO

(aa) Ausdrücklich oder anerkanntermaßen wandelbare Anknüpfungsmomente

Die Rom I-VO enthält mehrere Anknüpfungsmomente, die ausdrücklich oder anerkanntermaßen wandelbar sind. Erstens können die Vertragsparteien eine Rechtswahl ausdrücklich „jederzeit“ vornehmen, auch erstmals oder erneut nach dem Vertragsschluss. Es gilt die jeweils aktuelle Rechtswahl (Art. 3 Abs. 2 S. 1, nachfolgend ab S. 145). Mehr noch: Angesichts der Möglichkeit einer nachträglichen Rechtswahl beschreibt die herrschende Ansicht das Vertragsstatut sogar als „*wandelbar*“.²⁴⁵ Zweitens ist das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Arbeitsort“ ausdrücklich wandelbar (Art. 8 Abs. 2 S. 2, nachfolgend ab S. 155). Drittens erkennt die herrschende Ansicht an, dass die Anknüpfungsmomente und -gegenstände „Übernahme-/Ablieferungsort“ und „Abgangs-/Bestimmungsort“ wandelbar sind – sogar ohne ausdrückliche Anordnung seitens der Rom I-VO (Art. 5 Abs. 1 und 2, nachfolgend ab S. 198 und 203). Viertens berücksichtigen der EuGH und die herrschende Ansicht beim Anknüpfungsmoment „engere Verbindung“ von Individualarbeitsverträgen Umstände nach Vertragsschluss – abermals ohne ausdrückliche Anordnung seitens der Rom I-VO (nachfol-

²⁴⁵ *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 77; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 31; *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 42.

gend ab S. 174).²⁴⁶ Die herrschende Literaturansicht der generellen Unwandelbarkeit der Rom I-VO widerspricht diesen ausdrücklich oder anerkanntermaßen wandelbaren Anknüpfungsmomenten. Weiter noch: Sie verhält sich gar nicht zu diesen Widersprüchen.

(bb) Weitere ausdrücklich unwandelbare Anknüpfungsmomente

Wie bereits dargestellt, enthält die Rom I-VO neben ausdrücklich oder anerkanntermaßen *wandelbaren* auch ausdrücklich *unwandelbare* Anknüpfungsmomente. Nicht nur der gewöhnliche Aufenthalt ist ausdrücklich unwandelbar (Art. 19 Abs. 3). Die Risikobelegenheit bei Versicherungsverträgen über Massenrisiken ist ebenfalls ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3). Diese weitere Fixierung auf den Vertragsschluss wäre überflüssig, wenn Art. 19 Abs. 3 ebendiesen für alle Anknüpfungsmomente festlegen würde. Sie hätten dann praktisch keine Wirkung. Es ist nicht die Intention des EU-Gesetzgebers, Normen ohne praktische Wirkung zu verabschieden (*effet utile*, zuvor ab S. 103). Auch zu diesem systematischen Widerspruch verhält sich die herrschende Ansicht nicht.

(cc) Grundnorm-zentrische Auslegung der Ausweich- und Auffangnormen?

Wie zuvor dargestellt, erachtet die herrschende Literaturansicht die Ausweichanknüpfung der offensichtlich engeren Verbindung²⁴⁷ und die Auffanganknüpfung der engsten Verbindung²⁴⁸ in Art. 4 Abs. 3 und 4 aufgrund von Art. 19 Abs. 3 als unwandelbar (zuvor ab S. 98). Sie begründet das damit, dass andernfalls Wertungswidersprüche zu der speziellen und der allgemeinen Grundanknüpfung in Art. 4 Abs. 1 und 2 bestünden.²⁴⁹ Zwar erklärt die herrschende Ansicht das Argument nicht weiter. Scheinbar stuft sie die Abs. 3 und 4 als unwandelbar ein, weil die Abs. 1 und 2 (überwiegend)

246 EuGH EuZW 2012, 61, 64 (Rn. 51) – *Voogsgeerd*; EuZW 2013, 825, 827 (Rn. 37–41) – *Schlecker*; *Magnus*, in Staudinger, Art. 8 Rom I-VO Rn. 176 aE mwN und 177.

247 Nachweise in Fn. 169.

248 Nachweise in Fn. 170. Ebenso für Art. 5 Abs. 3, Nachweise in Fn. 171.

249 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171 (für Abs. 3); *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 90; *Leible*, in Hübstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 78 (für Abs. 3).

an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen und daher unwandelbar sind („grundnorm-zentrische Auslegung der Ausweich- und Auffangnorm“).

Eine derartige Auslegung könnte jedenfalls nur die Unwandelbarkeit der Anknüpfungsmomente in Abs. 3 und 4 begründen – nicht jedoch die absolute Unwandelbarkeit aller Anknüpfungselemente der Rom I-VO. Aber auch in Bezug auf die Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“ lehne ich eine Unwandelbarkeit aufgrund einer grundnorm-zentrischen Auslegung ab. Sogar der EuGH und die herrschende Ansicht stufen die Ausweichanknüpfung bei Individualarbeitsverträgen als wandelbar ein, obwohl lediglich die Grundanknüpfung des gewöhnlichen Arbeitsorts wandelbar ist, die der einstellenden Niederlassung jedoch nicht (zuvor ab S. 85 und nachfolgend ab S. 155). Würde die grundnorm-zentrische Auslegung jedoch konsequent vertreten, müsste man die Wandelbarkeit von Ausweich- und Auffangnorm dynamisch in Abhängigkeit zur Grundnorm bestimmen. Das ist aus zwei Gründen kritisch zu sehen. Zum einen ist im Fall der Auffanganknüpfung „engste Verbindung“ per Definition gerade keine Grundnorm anwendbar. Zum anderen würde es bei der Ausweichanknüpfung „offensichtlich engere Verbindung“ zur uneinheitlichen Anwendung ein und derselben Kollisionsnorm führen, weil die einschlägige Grundnorm über die Wandelbarkeit entscheiden würde. Ausweichnormen dienen insbesondere der Einzelfallgerechtigkeit.²⁵⁰ Eine dynamische Beurteilung in Abhängigkeit zur einschlägigen Grundnorm würde diesem Ziel widersprechen, weil die Einzelfallgerechtigkeit von der jeweiligen Grundnorm abhinge. Das gilt meines Erachtens gleichermaßen für die Ausweichnormen bei Beförderungs- und Versicherungsverträgen (Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Rom I-VO, nachfolgend ab S. 181). Man sollte eine grundnorm-zentrische Auslegung der Ausweich- und Auffangnormen daher ablehnen. Das spricht auch dagegen, Art. 19 Abs. 3 auf andere Anknüpfungsmomente als den gewöhnlichen Aufenthalt auszudehnen: Wenn er bereits nicht auf derartige Ausweich- und Auffangnormen auszudehnen ist, dann erst recht nicht auf Kollisionsnormen mit anderen Anknüpfungsmomenten.

250 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 159 mwN; Knöfel, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 78 mwN; Staudinger, in Schulze, Art. 4 Rom I-VO Rn. 11; Staudinger, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 27; Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 2 Rn. 72, 84.

(dd) Unwandelbarkeit von Anknüpfungsmomenten regelmäßig eindeutig angeordnet

Die Rom I-VO ordnet die Unwandelbarkeit von Anknüpfungsmomenten regelmäßig eindeutig an – ausdrücklich oder aufgrund von Unmöglichkeit. Erstens über die unselbständige Kollisionsnorm des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO im Fall des gewöhnlichen Aufenthalts (zuvor ab S. 83). Zweitens, wenn die selbständige Kollisionsnorm direkt für ihren Anknüpfungsmoment auf den Vertragsschluss abstellt – wie bei Versicherungsverträgen über Massenrisiken (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3, zuvor ab S. 85). Drittens dann, wenn das Anknüpfungsmoment im Perfekt gefasst ist – wie bei der einstellenden Niederlassung bei Arbeitsverträgen (Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO, zuvor ab S. 85). Viertens, wenn eine Wandelbarkeit tatsächlich unmöglich ist – wie bei der Belegenheit einer unbeweglichen Sache oder der Versteigerung (Art. 4 Abs. 1 lit. c und g, zuvor ab S. 82). Im Gegensatz hierzu kommt es nur ausnahmsweise vor, dass ein Anknüpfungsmoment ohne derartige eindeutige Anordnung unwandelbar ist. Das ist nur beim einfachen Aufenthalt unter der Kollisionsnorm für die Formgültigkeit von Verträgen der Fall (Art. 11 Abs. 1 und 2, zuvor ab S. 90).

Das legt nahe, dass die Rom I-VO die Unwandelbarkeit regelmäßig nur im Fall einer eindeutigen Anordnung möchte. Im Zweifel ist daher bei der Veränderung eines Anknüpfungsmoments von der Wandelbarkeit auszugehen. Ein rechtsaktsübergreifender Vergleich mit dem übrigen IPR der EU untermauert dies: In Rom III-VO, EuErbVO,²⁵¹ EuGüVO und EuPartVO finden sich zahlreiche ausdrücklich unwandelbare Anknüpfungsmomente (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a–c, Art. 6 Abs. 2, Art. 8 lit. a–c Rom III-VO, Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1, 2, Art. 24 Abs. 1, Art. 25 Abs. 1, Abs. 2 UAbs. 1, Art. 27 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b–d EuErbVO, Art. 22 Abs. 1 lit. a, b, Art. 24 Abs. 2 EuGüVO/EuPartVO, Art. 26 Abs. 1 lit. b, c, Abs. 2 EuGüVO und Art. 22 Abs. 1 lit. c EuPartVO).²⁵²

251 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 201 vom 27.7.2012, 107.

252 *Wilke*, 193 f.

(ee) Hoher anknüpfungsrechtlicher Differenzierungsgrad der Rom I-VO

Die vorherigen Abschnitte belegen einen hohen Differenzierungsgrad der Art. 3–18 Rom I-VO im Rahmen der Anknüpfungszeitpunkte der Anknüpfungsmomente. Diese Beobachtungen unterstreichen das bereits bei der ersten teleologischen Extension des Art. 19 Abs. 3 gefundene Ergebnis: Die Art. 3–18 legen einen hohen Differenzierungsgrad bei ihren Anknüpfungselementen an – nicht nur in zeitlicher, sondern auch in personeller und sachlicher Hinsicht. Meines Erachtens ist dieser Differenzierungsgrad kontinuierlich und damit auch bei Veränderungen nach dem Vertragsschluss zu respektieren (zuvor ab S. 107).

(c) Historische Auslegung: Keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Die historische Auslegung spricht ebenfalls gegen eine Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO auf andere Anknüpfungsmomente als den gewöhnlichen Aufenthalt. Alle Versionen des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO im Gesetzgebungsverfahren waren stets nur auf das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ beschränkt.²⁵³ Dasselbe gilt für die Fixierungen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 S. 2 EVÜ.²⁵⁴ Hingegen knüpft Art. 4 Abs. 1 S. 1 EVÜ das Vertragsstatut im Allgemeinen ohne Fixierung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an die engste Verbindung an. Diese Regelung ist vergleichbar mit der Auffangnorm des Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO. Lediglich die spezielle Vermutung in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EVÜ beruft das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Und auch die Ausweichnorm zugunsten der engeren Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 5 S. 2 EVÜ ist nicht auf den Vertragsschluss fixiert.

253 Europäische Kommission, KOM(2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 22; Europäisches Parlament, 2005/0261(COD) vorl. vom 22.8.2006, 17; Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.11.2007, A6-0450/2007, 40.

254 Europäische Kommission, KOM(2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 17; Europäisches Parlament, 2005/0261(COD) vorl. vom 22.8.2006, 29; Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.11.2007, A6-0450/2007, 7, 11 f.

(d) Teleologische Auslegung: Keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Schließlich spricht auch der Zweck des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO gegen eine Extension auf Kollisionsnormen, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Er dient dem in der Rom I-VO herausragenden Ziel der Rechtssicherheit, welches auch Erwägungsgrund 16 S. 1 enthält (zuvor ab S. 113). Auch die herrschende Ansicht beruft sich zur Begründung der zweiten Extension des Art. 19 Abs. 3 auf die Rechtssicherheit,²⁵⁵ Vorhersehbarkeit²⁵⁶ und den Vertrauensschutz.²⁵⁷ Abermals bin ich nicht der Ansicht, dass eine teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 die Rechtssicherheit fördert. Zum einen bezweckt er lediglich die Verhinderung einseitiger Änderungen des anzuwendenden Rechts durch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts. Folglich umfasst sein Zweck jedenfalls keine Anknüpfungsmomente, die nur einvernehmlich veränderlich sind (zuvor ab S. 113). Zum anderen ist die Forderung nach Rechtssicherheit wieder in dreifacher Hinsicht zu relativieren (zuvor ab S. 114): Erstens vermag die sehr generelle und abstrakte Zielsetzung der Rechtssicherheit eine teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 allein nicht zu rechtfertigen. Zweitens ist die konkretisierte Zielsetzung der Berechenbarkeit mangels empirischer Analysen zu den Parteierwartungen bei nachträglichen Veränderungen grundsätzlich nicht bestimmbar. Aus meiner Sicht trägt es aber jedenfalls nicht zur Rechtssicherheit bei, wenn man Art. 19 Abs. 3 über seinen eindeutigen Wortlaut hinaus extendiert. Drittens muss man das Ziel der Rechtssicherheit mit dem Prinzip der engsten Verbindung in bestmöglichen Einklang bringen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21). Das Prinzip der engsten Verbindung fordert dabei insbesondere, dass man den hohen Differenzierungsgrad der Rom I-VO vor und nach dem Vertragsschluss respektiert. Dies schließt zwar eine kategorisierte Beurteilung der Wandelbarkeit von Anknüpfungsmomenten nicht aus. Eine generelle und absolute Unwandelbarkeit aller Kollisionsnormen der Rom I-VO wird dem aber jedenfalls nicht gerecht. Das zeigt bereits der Umstand, dass sogar die herrschende Ansicht manche

255 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 171 (für Abs. 3), 218 (für Abs. 4); Staudinger, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19; Staudinger, in Schulze, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8 und 14.

256 Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 27 (für Art. 4 insgesamt), 171 (für Abs. 3), 218 (für Abs. 4); Staudinger, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19; Staudinger, in Schulze, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8 und 14; Thorn, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 (für Abs. 3).

257 Ferrari, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 100 mwN (für Abs. 4).

Anknüpfungsmomente der Rom I-VO als wandelbar einstuft (zuvor ab S. 105). Jedes Anknüpfungsmoment der Rom I-VO sollte daher gesondert auf eine gleichzeitige Realisierung *beider* Erwägungen untersucht werden – der Berechenbarkeit und des Prinzips der engsten Verbindung.

(e) Ergebnis: Keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Insgesamt kann ich auch der zweiten teleologischen Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO auf andere Anknüpfungsmomente als den gewöhnlichen Aufenthalt nicht zustimmen. Seine Auslegung zeigt, dass er keine generelle Unwandelbarkeit aller Kollisionsnormen der Rom I-VO anordnet. Die zweite Auslegung des Art. 19 Abs. 3 führt vielmehr zu der Erkenntnis, dass jedes Anknüpfungsmoment der Rom I-VO separat auf seine Wandelbarkeit hin zu untersuchen ist.²⁵⁸

(3) Ergebnis: Keine absolute und generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO

Aufgrund der vorangegangenen Auslegungen des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO bin ich nicht der Ansicht, dass das gesamte Vertragsstatut der Rom I-VO unwandelbar ist – weder grundsätzlich noch im Zweifel und erst recht nicht uneingeschränkt. Die Auslegung des Art. 19 Abs. 3 hat die Ausdehnung seines Wortlauts widerlegt: Er ordnet lediglich an, dass eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Vertragsschluss unberücksichtigt bleibt. Hingegen gebietet er weder eine Unwandelbarkeit anderer Anknüpfungselemente als des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ noch eine Unwandelbarkeit von Kollisionsnormen, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen (keine absolute und generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO).

Somit bleibt im Ausgangspunkt weder eine Veränderung der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands noch eines anderen Anknüpfungsmoments als des gewöhnlichen Aufenthalts unberücksichtigt. Im Gegensatz: Die systematische Auslegung des Art. 19 Abs. 3 hat gezeigt, dass die Rom I-VO die Frage der (Un-)Wandelbarkeit differenziert versteht. Jedes Anknüpfungselement ist separat daraufhin zu untersuchen, ob es wandelbar ist. Die herrschende Literaturansicht ist daher abzulehnen. Die Rom

²⁵⁸ Ebenso *Wilke*, 188 f. Vor EVÜ und Rom I-VO und mit rechtsvergleichender Perspektive *Grodecki*, in *Lipstein*, 8-58 aE mwN.

I-VO ordnet unwandelbare Anknüpfungselemente regelmäßig eindeutig an und sieht sie nur in vergleichsweise wenigen Fällen vor (zuvor ab S. 105 und 123). Des Weiteren haben die beiden Auslegungen des Art. 19 Abs. 3 seinen wahren Zweck freigelegt: Er erklärt *einseitige* Manipulationen des anzuwendenden Rechts durch Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts für unbeachtlich (zuvor ab S. 113 und 125). Lediglich dieser Zweck ist über die ausdrückliche Rechtsfolge abstrahier- und generalisierbar: Er ist ein gewichtiges Argument dafür, dass die Rom I-VO einseitige Veränderungen nicht berücksichtigt (nachfolgend ab S. 297).

b. Anknüpfungsgegenstände „Verbraucher“ und „Unternehmer“ – Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO

Es stellt sich die Frage, wie die Konstellation zu bewerten ist, dass sich der Vertragszweck von Verbraucherverträgen nach Vertragsschluss verändert (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO).

aa. Objektive Zweckbestimmung

Der personelle Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 ist nur eröffnet, wenn eine natürliche Person einen Vertrag „zu einem Zweck [schließt], der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Ein solcher „privater“ Vertragszweck setzt voraus, dass der Verbraucher nach seinem Parteiwillen keinen beruflichen oder gewerblichen Vertragszweck verfolgt²⁵⁹ und dieser Wille für den Unternehmer erkennbar ist („objektive Zweckbestimmung“).²⁶⁰ Der EuGH lehnt einen privaten Vertragszweck ab, wenn der vermeintliche Verbraucher gegenüber dem Unternehmer den Eindruck erweckt hat, er handle zu einem beruflichen oder gewerblichen Vertragszweck.²⁶¹ Im Übrigen führt nach zutreffender Ansicht von *Rühl* schuldhaftes Nichterkennen des privaten Vertragszwecks seitens des Unternehmers zur Annahme eines privaten Vertragszwecks,

259 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 68 mwN

260 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 68 mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 17; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 20.

261 EuGH EuZW 2023, 420, 423 f. (Rn. 29 ff.) – *Wurth Automotive*; NJW 2005, 653, 656 (Rn. 51–53) – *Gruber*.

unverschuldetes Nichterkennen hingegen nicht.²⁶² Außerdem bejaht die herrschende Ansicht den privaten Vertragszweck, sofern der Unternehmer von ihm positive Kenntnis hat.²⁶³ Insgesamt genügt Art. 6 Abs. 1 daher die einseitige Zweckbestimmung seitens des Verbrauchers, sofern sie für den Unternehmer erkennbar ist. Eine einvernehmliche Vereinbarung des Vertragszwecks ist nicht notwendig und sogar unbeachtlich.

bb. Zweckbestimmung durch Parteivereinbarung unbeachtlich

Die Literatur stellt nur selten die Frage, ob die Vertragsparteien die Vertragszwecke des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO durch Vereinbarung bestimmen können. Nach *Martiny* soll das zulässig sein.²⁶⁴ Hingegen lehnen *Mankowski* und *Nielsen* eine Parteivereinbarung über den Zweck ab, weil der Unternehmer dann seine strukturell höhere Verhandlungsmacht missbrauchen könnte.²⁶⁵ Ein Missbrauchsrisiko schließt eine Parteivereinbarung über den Vertragszweck jedoch nicht aus. Einem Rechtsmissbrauch des Unternehmers ist methodisch mit Hilfe des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots zu begegnen, nicht mit der Normauslegung. *Klöpper* hat insoweit ausführlich und überzeugend herausgearbeitet, dass das unionsrechtliche Missbrauchsverbot methodisch von der unionsrechtlichen Normauslegung zu unterscheiden ist: Die jeweilige Norm ist zunächst unabhängig von etwaigen Missbrauchskonstellationen auszulegen und erst anschließend im Einzelfall zu korrigieren, sofern ein Missbrauch gegeben ist.²⁶⁶ Mit anderen Worten: Ein abstraktes – wenngleich strukturelles – Missbrauchsrisiko beeinflusst nicht die Auslegung einer EU-Norm. Die unionsrechtliche Missbrauchskontrolle begegnet ihm durch eine Korrektur des Ergebnisses der Normanwendung im Einzelfall. Es wäre meines Erachtens ungerechtfertigt, wenn

262 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 68.

263 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 68 mwN; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 20.

264 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 17.

265 *Mankowski/Nielsen*, in ECPIL, Art. 17 EuGVVO Rn. 19.

266 Umfassend *Klöpper*, 137–148 mwN. Dieser Ansicht ist wohl auch das OLG Frankfurt aM, das die Auslegung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO aF nicht dadurch als bestimmt ansieht, dass die Einstellung der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung nach Vertragsschluss „möglichlicherweise gar bewusst“ erfolgte, OLG Frankfurt aM NJW-RR 2009, 645, 647. Zu den Voraussetzungen des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots insgesamt *Klöpper*, 128–162 mwN (formales Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, Zweckwidrigkeit der Rechtsanwendung und Missbrauchsabsicht).

der *konkrete* Sonderfall der missbräuchlichen Manipulation des anzuwendenden Rechts die *generelle* Auslegung einer Kollisionsnorm bestimmen oder beeinflussen würde.

Eine Zweckbestimmung durch Parteivereinbarung ist nach meiner Auffassung dennoch nicht unbeachtlich. Art. 6 Abs. 1 erfordert einen *tatsächlichen* privaten Vertragszweck. Die Vereinbarung eines *fiktiven* privaten Zwecks reicht hingegen nicht aus. Dafür spricht der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1. Er legt beim Tatbestandsmerkmal des privaten Zwecks eine einseitige Perspektive an: „[...] [E]in Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“) [...] geschlossen hat“. Des Weiteren zeigt eine systematische Betrachtung, dass die Rom I-VO Parteivereinbarungen nur insoweit auf kollisionsrechtlicher Ebene abbilden möchte, als sie an vertragliche und damit sachrechtlich disponible Tatbestandsmerkmale anknüpft (zuvor ab S. 107). Nach der herrschenden Ansicht kommt es bei der Verbrauchereigenschaft aber gerade nicht auf einen einvernehmlichen, sondern einen einseitigen Zweck an (zuvor ab S. 127). Schließlich spricht der Zweck des Verbraucherschutzes dagegen, Zweckbestimmungen durch Parteivereinbarung zu beachten. Dieser Verbraucherschutz stellt sich gegen Parteivereinbarungen, die einem tatsächlich vorliegenden privaten Vertragszweck widersprechen. Solche Vereinbarungen sind selbst dann denkbar, wenn man Missbrauchskonstellationen ausklammert. Zum Beispiel dann, wenn der Verbraucher fahrlässig eine entsprechende Regelung in AGB akzeptiert und der Unternehmer von einem privaten Zweck ausgeht. Art. 6 bezweckt einen Verbraucherschutz, der gleichsam für den Unternehmer berechenbar ist.

Die Auslegung des Art. 6 Abs. 1 offenbart, dass eine Parteivereinbarung über den privaten Vertragszweck unbeachtlich ist. Dasselbe gilt für den beruflichen oder gewerbliche Zweck. Auch insoweit ist nach Wortlaut, Systematik und Zweck des Art. 6 Abs. 1 nur der einseitige tatsächliche Vertragszweck entscheidend.

In der Dogmatik der Anknüpfungselemente ist das Tatbestandsmerkmal des privaten Vertragszwecks dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen, weil es eine Qualifikation des Vertragstyps und nicht die Identität der Anknüpfungsperson betrifft. Der private Vertragszweck bestimmt nicht die Identität der einen Vertragspartei – des Verbrauchers. Vielmehr qualifiziert er den Vertrag zwischen zwei Parteien als einen Verbrauchervertrag, indem er den Anknüpfungsgegenstand um eine personenbezogene Komponente erweitert. Veränderungen des privaten Zwecks haben mithin keinen Wech-

sel der Vertragsparteien zur Folge. Stattdessen qualifizieren oder disqualifizieren sie potenziell den Vertragstyp.

cc. Privater Vertragszweck: Einseitig Unwandelbar

Die Frage der Wandelbarkeit der Verbrauchereigenschaft stellt sich in zwei Konstellationen. Zum einen könnte der ursprüngliche Verbraucher den bei Vertragsschluss vorliegenden einseitigen privaten Vertragszweck nachträglich aufgeben. In diesem Fall stellt sich die Frage nach einem Statutenwechsel weg von Art. 6 und hin zu Art. 4 Rom I-VO („kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel“). Zum anderen könnte die vertragsschließende Partei einen privaten Zweck erstmals nach Vertragsschluss erwerben. Dann stellt sich die Frage nach einem Statutenwechsel weg von Art. 4 und hin zu Art. 6 („kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel“).²⁶⁷

(1) Einseitige nachträgliche Aufgabe des privaten Vertragszwecks:
Unwandelbarkeit

Im Zuge der Rechtssache *Schrems II* hat der EuGH 2018 in einem *obiter dictum* klargestellt, dass ein nachträglicher Verlust des privaten Vertragszwecks zu berücksichtigen sei und zum Entfallen des Verbrauchergerichtsstands der EuGVVO führen kann (nachfolgend ab S. 592). *Rühl* und *Bizer* sind vor dem Hintergrund dieser Entscheidung der Ansicht, dass sich mit einer solchen Zweckänderung auch das anzuwendende Recht verschiebt.²⁶⁸ Ich bin hingegen der Meinung, dass eine Wandelbarkeit der Verbrauchereigenschaft unter Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO ausscheidet. Sein Wortlaut verwendet für das Zweckerfordernis das Perfekt – „Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Per-

267 Teilweise verwendet die Lehre im deutschen autonomen internationalen Sachenrecht die Bezeichnung „qualifizierter Statutenwechsel“, wenn „das alte oder das neue Sachstatut oder beide den Tatbestand als offen betrachten“, statt vieler nur *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 143 mwN. Die ähnliche Bezeichnung kann man aus meiner Sicht in Kauf nehmen, weil eine Fehllassoziation unter der Rom I-VO aufgrund des europäischen und vertraglichen Kontextes fernliegend ist.

268 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 85; *Bizer*, 70–76.

son geschlossen hat“. Das Perfekt zeigt einen abgeschlossenen Sachverhalt an. Die Rom I-VO verwendet es nur sehr selten bei ihren Anknüpfungselementen. Außer in Art. 6 ist das nur bei der unwandelbaren einstellenden Niederlassung des Art. 8 Abs. 3 der Fall (zuvor ab S. 85 und 123). Das ist ein starkes Argument für eine Unwandelbarkeit. Gleichwohl ist die Parallelvorschrift in Art. 17 Abs. 1 EuGVVO ebenfalls im Perfekt gefasst – und wurde dennoch vom EuGH in *Schrems II* als potenziell wandelbar angesehen.²⁶⁹ Stadler und C. Krüger sind aufgrund der Formulierung im Perfekt trotzdem im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 EuGVVO der Ansicht, dass der „[m]aßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft [...] grundsätzlich der Vertragsschluss [ist].“²⁷⁰ Sie weisen zutreffend darauf hin, dass die Schlussanträge des Generalanwalts Bobek in der Rechtssache *Schrems II* das ebenso sieht.²⁷¹ Rechberger und D. Paulus lehnen ebenfalls trotz *Schrems II* eine Wandelbarkeit der Verbrauchereigenschaft des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO im Gegensatz zu Art. 17 Abs. 1 EuGVVO ab.²⁷² Rechberger begründet das damit, dass Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO „den Schutz des Verbrauchers im Hinblick auf den Inhalt seiner materiellen Rechte“ bezwecke. Er schütze „den Verbraucher gegen ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsposition im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“. Daher sei auf diesen Zeitpunkt abzustellen.²⁷³ Rechberger sieht lediglich bei einem Neuabschluss des Vertrags (Novation) Raum dafür, eine Zweckänderung des Vertragszwecks zu berücksichtigen.²⁷⁴ D. Paulus begründet die Unwandelbarkeit des Zwecks – auf einer Linie mit der herrschenden Ansicht – mit einer absoluten und generellen Unwandelbarkeit der Kollisionsnormen der Rom I-VO:

„Während nämlich viele Gerichtsstände der EuGVVO wandelbar sind, ist nach der Rom I-VO jdf. für die objektive Bestimmung des Vertragsstatuts stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.“²⁷⁵

Dieses Argument ist zu pauschal. Ich habe bereits dargelegt, dass die Rom I-VO nicht absolut und generell auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt (zuvor ab S. 126). Es ist daher für mich nicht ohne Weiteres ge-

269 EuGH NJW 2018, 1003, 1005 (Rn. 38) – *Schrems II*.

270 Stadler/C. Krüger, in Musielak/Voit, Art. 17 EuGVVO Rn. 1 mwN.

271 GA Bobek Schlussa. v. 14.11.2017 – C-498/16 = BeckRS 2017, 13129 (Rn. 38–41) – *Schrems II*.

272 D. Paulus, ZZPInt 2016 (21), 199, 218; Rechberger, ZfRV 2017, 222, 227 f.

273 Rechberger, ZfRV 2017, 222, 227.

274 Rechberger, ZfRV 2017, 222, 227 f. Zustimmung von Bar/Mankowski, IPR II § 1 Rn. 386.

275 D. Paulus, ZZPInt 2016 (21), 199, 218 Fn. 122 mwN.

rechtfertigt, die Schutzwürdigkeit stets im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bewerten. Warum sollte man eine Vertragspartei privilegieren, wenn sie neuerdings einen beruflichen oder gewerblichen Zweck verfolgt – und daher weder der Schutzgedanke nach Erwägungsgrund 23 noch der Gedanke der Kostensenkung nach Erwägungsgrund 24 Rom I-VO einschlägig sind? Das lässt sich auch nicht mit der Rechtssicherheit²⁷⁶ in Gestalt der beidseitigen Berechenbarkeit der Kollisionsnormen begründen. Wie bereits ausgeführt, will die Rom I-VO diesen Aspekt der Rechtssicherheit lediglich im bestmöglichen Einklang mit dem Prinzip der engsten Verbindung verwirklichen – nicht hingegen uneingeschränkt (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21, zuvor ab S. 118).

Dennoch bin ich der Auffassung, dass Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO eine einseitige nachträgliche Aufgabe des privaten Zwecks nicht berücksichtigt. Sie führt nicht zu einem kollisionsnormübergreifenden disqualifizierenden Statutenwechsel von Art. 6 Abs. 1 zu Art. 4. Jedoch begründe ich das anders als *Rechberg* und *D. Paulus*: Die Rom I-VO beachtet *einseitige* Manipulationen der Anknüpfungselemente nicht. Die Gründe dafür sind der eingangs untersuchte Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 und seine systematisch-teleologische Auslegung. Letzteres meint zum einen eine systematische Auslegung mit den Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3. Diese legen nahe, dass die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts nicht zulässt. Das zeigt insbesondere Art. 19 Abs. 3 für die einseitige Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts. Zum anderen zielt jede Kollisionsnorm der Rom I-VO gemäß Erwägungsgrund 16 S. 1 und 2 auf ein hohes Maß an Berechenbarkeit und die Verwirklichung des Prinzips der engsten Verbindung ab. Beide Erwägungen würden verfehlt, wenn ein Statutenwechsel aufgrund einseitiger Veränderungen anerkannt würde (nachfolgend ab S. 297). Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherbegriff des Art. 17 Abs. 1 EuGVVO in der Rechtssache *Schrems II* kann man mithin nicht im Zuge einer rechtsaktsübergreifenden Auslegung auf Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO übertragen. Eine solche wäre nicht mit der Systematik und den Zwecken der Rom I-VO vereinbar (ausführlich nachfolgend ab S. 429, allgemein zur rechtsaktsübergreifenden Auslegung nachfolgend ab S. 429).

276 So aber für *Sachse*, III.

(2) Einseitige nachträgliche Annahme eines privaten Vertragszwecks:
Unwandelbarkeit

Die umgekehrte Variante ist ebenso zu bewerten – der potenzielle Verbraucher nimmt erst nach Vertragsschluss einen privaten Vertragszweck an. Dafür spricht dieselbe Begründung wie zuvor: Die systematische und teleologische Auslegung des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO offenbart, dass einseitige Veränderungen keinen Statutenwechsel zur Folge haben können. Ich bin daher der Ansicht, dass die einseitige nachträgliche Annahme eines privaten Zwecks keinen kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 6 Abs. 1 zur Folge hat.

dd. Beruflicher oder gewerblicher Vertragszweck: Ebenfalls einseitig unwandelbar

Einseitige Veränderungen des beruflichen oder gewerblichen Vertragszwecks sind ebenfalls nicht zu beachten. Das Anknüpfungselement ist unwandelbar. In der Konstellation der nachträglichen Aufgabe eines beruflichen oder gewerblichen Zwecks spricht jedenfalls der Verbraucherschutz gegen einen Statutenwechsel *zuungunsten* von Art. 6 Rom I-VO. Der ursprüngliche Unternehmer könnte andernfalls den Verbraucherschutz einseitig aushebeln. Man könnte einwenden, dass Art. 6 bei einer nachträglichen Zweckänderung des ursprünglichen Unternehmers der Geltungsgrund entzogen sei. Entscheidend ist nämlich nur der *tatsächliche* Zweck, nicht hingegen ein *fiktiver* (zuvor ab S. 127). Vor diesem Hintergrund könnte man daher argumentieren, dass kein strukturelles Ungleichgewicht mehr vorläge. Meines Erachtens ist insoweit jedoch zu beachten, dass im Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses ein strukturelles Ungleichgewicht vorlag. Damals verfolgte eine Partei noch einen beruflichen oder gewerblichen Vertragszweck. Dieses strukturelle Ungleichgewicht wirkt meines Erachtens weiterhin fort, weil der ursprüngliche Unternehmer dadurch mehr Einfluss auf die Vertragsgestaltung hatte. Darüber hinaus spricht der im Perfekt gefasste Wortlaut für eine Fixierung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Schließlich streitet systematisch gegen die Berücksichtigung einer Zweckänderung, dass die Rom I-VO einseitig Manipulationen des anzuwendenden Rechts generell unberücksichtigt lässt (nachfolgend ab S. 297). Die Unternehmereigenschaft ist daher negativ unwandelbar, wodurch ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel von Art. 6 zu Art. 4 eintreten kann.

Eine andere Frage ist, ob das auch für eine nachträgliche Annahme eines beruflichen oder gewerblichen Vertragszwecks gilt. In dieser Konstellation lag zunächst ein Vertrag zwischen zwei Verbrauchern vor. Einer der Verbraucher ändert dann seinen Vertragszweck nachträglich in einen beruflichen oder gewerblichen. Abermals sprechen der Wortlaut und Zweck des Art. 6 Abs. 1 dagegen, die Zweckänderung zu berücksichtigen. Die teleologische Auslegung ist jedoch etwas anders gelagert: Der Verbraucherschutz könnte nun dafür streiten, Art. 6 anzuwenden – zumindest ab dem Zeitpunkt der Zweckänderung. Meines Erachtens ist das jedoch abzulehnen, weil sich das strukturelle Ungleichgewicht auf die Vertragsgestaltung nicht auswirken konnte. Es lag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vor und kann sich nicht ohne eine nachträgliche Vertragsänderung materialisieren. Die Unternehmereigenschaft ist daher auch nicht positiv wandelbar, weshalb kein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 6 möglich ist.

c. Anknüpfungsgegenstand „Ausrichten des Unternehmers“ –
Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO

Der Unternehmer muss seine Tätigkeit im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers ausüben oder sie auf diesen ausrichten (Art. 6 Abs. 1 lit. a oder b Rom I-VO). Dieses Tatbestandsmerkmal ist als situativer Anwendungsbereich dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen (zuvor ab S. 61). Das Tatbestandsmerkmal definiert nicht die Person oder Identität des Unternehmers, sondern nur die Reichweite dessen beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit. Im Vergleich mit Art. 5, 7 und 8 zeigt sich, dass das Tatbestandsmerkmal der Tätigkeitsausrichtung den nicht-personellen Anwendungsbereich des Vertragstyps qualifizieren soll: Die Art. 5, 7 und 8 beziehen sich auf eine Beförderungs-, Versicherungs- oder Arbeitsleistung. Hingegen erfasst Art. 6 „*prinzipiell alle für Verbraucher denkbaren Vertragstypen*“.²⁷⁷ Das spricht dafür, dieses Tatbestandsmerkmal auf den Anknüpfungsgegenstand zu beziehen. Um die Sprache prägnant zu halten, fasst diese Arbeit Alternativen der Tätigkeitsausübung und -ausrichtung unter dem Begriff „Tätigkeitsausrichtung“ zusammen.

²⁷⁷ Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 9. „[A]lle Vertragstypen“ Staudinger, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 25 mwN.

Die Tätigkeitsausrichtung muss *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* vorliegen. Ihre nachträgliche Aufnahme oder Aufgabe ist unerheblich. Diese Unwandelbarkeit dürfte der herrschenden Ansicht entsprechen. Sie wird im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 jedoch kaum thematisiert – im Gegensatz zu Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO. *Staudinger* leitet die Unwandelbarkeit aus Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO ab.²⁷⁸ Er folgt damit der herrschenden Ansicht, welche die Kollisionsnormen der Rom I-VO als absolut unwandelbar ansieht. „Absolut“ heißt in diesem Zusammenhang, dass diese Ansicht auch Veränderungen der Anknüpfungsperson und des Anknüpfungsgegenstands als unbeachtlich einstuft. Ich habe ausführlich dargestellt, warum man dieser Ansicht nicht folgen sollte (zuvor ab S. 119). Meines Erachtens leitet sich die Unwandelbarkeit der Tätigkeitsausrichtung aus der internen Systematik und dem Zweck des Art. 6 Abs. 1 lit. a und b ab. Auf den ersten Blick könnte man zwar den Schutzzweck *gegen* eine Unwandelbarkeit und damit *für* eine Wandelbarkeit vorbringen: Er will Verbraucher vor strukturell überlegenen Unternehmen schützen. Hiergegen streitet allerdings, dass die Rom I-VO das Schutzstatut nur angewendet wissen möchte, wenn der Unternehmer durch sein Verhalten einen hinreichenden Geltungsgrund gegeben hat. Hierfür ist zweierlei nötig. Zum einen muss der Unternehmer in individueller Hinsicht einen Vertrag mit dem jeweiligen Verbraucher geschlossen haben. Zum anderen muss der Unternehmer in genereller Hinsicht seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat des Verbrauchers ausrichten.²⁷⁹ Liegen diese beiden Umstände vor, bewertet die Rom I-VO sie als hinreichenden Geltungsgrund für das Verbraucherstatut. Mit anderen Worten: Aufgrund der beiden Umstände unterwirft sich der Unternehmer dem Verbraucherstatut – bewusst oder unbewusst.

Mit der Tätigkeitsausrichtung schafft der Unternehmer die notwendige Verbindung²⁸⁰ und den hinreichenden Zusammenhang²⁸¹ zwischen seiner Tätigkeit und dem gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers, der eine Anwendung der Schutznorm rechtfertigt. Einzig bei einer derartig qualifizier-

278 *Staudinger*, in Schulze/Janssen/Kadelbach, § 23 Rn. 19; *Staudinger*, in Schulze, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8 und 14; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 70. AA wohl *Keiler/Binder*, euvr 2013, 230, 233–238.

279 Im Rahmen von Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO unterscheidet *Staudinger* in ähnlicher Weise zwischen dem „konkret-individuellen“ Vertragsschluss und dem „abstrakt-generellen“ Ausrichten der unternehmerischen Tätigkeit *Staudinger*, in EuZPR/EuIPR, Art. 17 EuGVVO Rn. 15; *Staudinger*, jM 2014, 229, 229, 232.

280 Derart für Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO aF Europäische Kommission, KOM(1999) 348 endg. vom 14.07.1999, 18 (Abs. 2 aE).

281 Derart für Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO C. *Gramlich*, EuZW 2017, 213, 214 mwN.

ten Beziehung ist die Geltung des Art. 6 für den Unternehmer im Sinne des Erwägungsgrunds 16 S.1 berechenbar. Nach Erwägungsgrund 24 S.1 soll die Kollisionsnorm die Kosten für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten senken. Das gewährleistet Art. 6 Rom I-VO vor allem dadurch, dass eine einzige Rechtsordnung eindeutig bestimmbar ist²⁸² und die Gerichte wegen des weitgehenden Gleichlaufs mit Art.17–19 EuGVVO meist ihr eigenes Recht anwenden.²⁸³ Das vermeidet zeit- und kostenintensive Rechtsgutachten.²⁸⁴ Auf diese Weise senkt Art. 6 Rom I-VO die Transaktionskosten.²⁸⁵ Das schützt die Verbraucher, weil hohe Verfahrenskosten angesichts der regelmäßig geringen Streitwerte abschreckend auf sie wirken.²⁸⁶ Stadler weist jedoch zutreffend darauf hin, dass Art. 6 Rom I-VO aus Unternehmersicht die Transaktionskosten erhöht. Er verhindert, dass ein Unternehmer alle Transaktionen nach demselben Recht abwickeln kann. Nicht sein Recht ist anzuwenden, sondern das des jeweiligen Verbrauchers. Er profitiert jedoch von der Belebung des Binnenmarktes.²⁸⁷

Der Unternehmer kann das anzuwendende Recht lediglich über das Ausrichten seiner Tätigkeit steuern. Folglich ist dieses Tatbestandsmerkmal essenziell für seine betriebswirtschaftliche Kalkulation.²⁸⁸ Ein Vertrag mit einem Verbraucher allein ist nicht ausreichend, um den Unternehmer dem Schutzstatut zu unterstellen. Es bedarf vielmehr der Kombination aus Vertragsschluss und Tätigkeitsausrichtung. Die Kombination dieser beiden Elemente verlangt, dass sie zeitgleich vorliegen. Eine dem Vertragsschluss nachgelagerte erstmalige Aufnahme der Tätigkeit im Staat des Verbrauchers genügt mithin nicht. Ein Statutenwechsel weg von Art. 4 und hin zu Art. 6 Abs.1 tritt nicht ein (kein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel). Des Weiteren würde das Zulassen eines solchen Statutenwechsels unvorhersehbare Risiken für den Unternehmer begründen, weil potenziell zahlreiche Verträge plötzlich dem Schutzstatut unterfallen könnten. Schließlich ist ein derartiger Statutenwechsel deshalb abzulehnen, weil er vom Unternehmer einseitig herbeigeführt werden könnte. Zwar würde er den Verbraucher privilegieren. Gleichwohl zeigt eine Gesamtbetrachtung

282 Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 236.

283 Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8.

284 Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8.

285 Leible, in Hüßtege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 2; Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 236.

286 Rühl, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8.

287 Stadler, IPRax 2015, 203, 205.

288 Zur parallelen Einschätzung unter der EuGVVO Klöpfer/Wendelstein, JZ 2014, 298, 302. Zustimmend C. Gramlich, EuZW 2017, 213, 214 und 215.

der Rom I-VO, dass einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts stets unbeachtlich sind (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297).

Auch ein Statutenwechsel weg von Art. 6 Abs. 1 und hin zu Art. 4 wegen nachträglicher Einstellung der Tätigkeit im Staat des Verbrauchers scheidet aus (kein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel). Die Kollisionsnorm verlangt, dass beide Elemente – Vertragsschluss mit Verbraucher und Tätigkeitsausrichtung – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen. Andernfalls könnte der Unternehmer die Anwendung des Art. 6 Abs. 1 einseitig umgehen. Das widerspräche dessen Schutzzweck²⁸⁹ und der einseitigen Unwandelbarkeit der Rom I-VO (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297).

d. Anknüpfungsgegenstand „Groß-“ oder „Massenrisiko“ –
Art. 7 Abs. 2 und 3 Rom I-VO

Die herrschende Ansicht will auch die Frage, ob sich ein Versicherungsvertrag auf ein Groß- oder Massenrisiko bezieht, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewerten (Art. 7 Abs. 2 und 3 Rom I-VO).²⁹⁰ *Looschelders* begründet das teleologisch damit, dass ein Versicherungsnehmer seine Interessen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schützen und wahrzunehmen hat.²⁹¹ *Staudinger* bringt hingegen eine systematische Auslegung mit Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 3 vor.²⁹² Im Fall einer Änderung der Risikobewertung nach Vertragsschluss soll ein Statutenwechsel lediglich aufgrund einer Rechtswahl möglich sein.²⁹³ Das Tatbestandsmerkmal des Großrisikos ist dogmatisch dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen, weil es den Vertragstyp und nicht die Anknüpfungsperson qualifiziert. Ich erachte daher nur einseitige Veränderungen für unbeachtlich, eine Vertragsänderung jedoch für beachtlich (nachfolgend ab S. 272).

289 Zur parallelen Einschätzung unter der EuGVVO OLG Frankfurt aM NJW-RR 2009, 645, 647. Zustimmend C. Gramlich, EuZW 2017, 213, 214 f.

290 *Junker*, in jurisPK-BGB 2020, Art. 7 Rom I-VO Rn. 81; *Lüttringhaus*, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 96; *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 7 Rom I-VO Rn. 30; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 7 Rom I-VO Rn. 25; *Armbrüster*, in Staudinger, Art. 7 Rom I-VO Rn. 6; *Wendt*, in EuZPR/EuIPR, Art. 7 Rom I-VO Rn. 8.

291 *Looschelders*, in MüKo VVG, Internationales Versicherungsvertragsrecht, Rn. 63.

292 *Staudinger*, in Ferrari, Art. 7 Rom I-VO Rn. 25.

293 *Lüttringhaus*, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 96; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 7 Rom I-VO Rn. 25; *Looschelders*, in MüKo VVG, Internationales Versicherungsvertragsrecht, Rn. 63; *Armbrüster*, in Staudinger, Art. 7 Rom I-VO Rn. 6 mwN.

e. Anknüpfungsgegenstand „Vertragsschluss“ – Art. 4–8 Rom I-VO

Die allgemeine Ansicht verneint einen Statutenwechsel bei einseitigen und einvernehmlichen Veränderungen, die zum Entfallen des Vertrags führen. Das soll umfassend gelten und auch Institute wie die Aufhebung, Anfechtung, Kündigung, und den Widerruf und Rücktritt erfassen.²⁹⁴ Folglich ist unerheblich, ob der Vertrag rückwirkend oder nur für die Zukunft entfällt. Man begründet das mit dem umfassenden Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 1 und lit. e Rom I-VO („Das nach dieser Verordnung auf einen Vertrag anzuwendende Recht ist insbesondere maßgebend für [...] d) die verschiedenen Arten des Erlöschens der Verpflichtungen; e) die Folgen der Nichtigkeit des Vertrags.“). Wohlgemerkt bezieht sich der Wortlaut des lit. d lediglich auf das Erlöschen von „Verpflichtungen“. Nach der allgemeinen Ansicht sind damit jedoch sowohl einzelne Verpflichtungen als auch der gesamte Vertrag gemeint.²⁹⁵

Ich stimme dieser Ansicht zu. Sie ist Ausdruck des Grundsatzes der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts. Für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist daran interessant, dass das Bestehen eines Vertrags eine Komponente des Anknüpfungsgegenstands der Art. 4–8 Rom I-VO ist. Durch das nachträgliche Entfallen des Vertrags entfällt mithin ein Anknüpfungselement der zuvor jeweils einschlägigen Kollisionsnorm. Da alle Kollisionsnormen der Rom I-VO einen Vertrag voraussetzen, stünde ein rechtsquellenübergreifender Statutenwechsel zur Rom II-VO oder dem autonomen nationalen IPR im Raum. Derartige Statutenwechsel gehören nicht zum Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit (zuvor ab S. 53). Sie treten nach der zutreffenden allgemeinen Ansicht beim nachträglichen Entfallen des Vertrags aber auch nicht ein. Mit anderen Worten: In Bezug auf die Komponente „Vertrag“ sind die Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–8 Rom I-VO negativ unwandelbar. In der umgekehrten Konstellation – erstmaliger Abschluss eines Vertrags nach einer vorherigen nicht-vertraglichen Anknüpfung – liegt kein Statutenwechsel vor. Das Vertragsstatut entsteht hier erst mit dem nachträglichen (vermeintlichen) Vertragsabschluss.

294 Statt vieler nur Ferrari, in Ferrari, Art. 12 Rom I-VO Rn. 19 und 25 f. je mwN.

295 Statt vieler nur Weller, in BeckOGK, Art. 12 Rom I-VO Rn. 49 mwN.

f. Forderungsübertragung: Kein Statutenwechsel – Art. 3–8, 14
und 15 Rom I-VO

aa. Vertragspartei bezug: Anknüpfungspersonen sind die Vertragsparteien

Durch die Übertragung einer Forderung tritt nach der herrschenden Ansicht kein Statutenwechsel ein. Das ursprüngliche Forderungsstatut zwischen Schuldner und Altgläubiger besteht auch nach der Abtretung fort und gilt für Schuldner und Neugläubiger.²⁹⁶ Mit anderen Worten: Die übertragene Forderung „behält“ ihr anzuwendendes Recht und zieht es mit sich zum Neugläubiger. Das vertrat die herrschende Ansicht bereits in Bezug auf die Vorgängernorm des Art. 33 Abs. 2 EGBGB a. F. / Art. 12 Abs. 2 EVÜ und nun auch unter Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO. Der BGH begründet die Fortgeltung des ursprünglichen Statuts damit, dass eine Abtretung den Inhalt des Schuldverhältnisses nicht ändere und daher das schuldnerseitige Interesse an der Fortgeltung schützenswert sei:

*„Sowohl Art. 33 Abs. 2 EGBGB als auch Art. 14 Abs. 2 Rom-I VO liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, dass sich der Inhalt eines Schuldverhältnisses durch die Abtretung grundsätzlich nicht ändert und daher auch das maßgebliche Recht das Gleiche bleiben soll. Insoweit wird dem schutzwürdigen Interesse des Schuldners am Fortbestand der einmal geschaffenen Situation Rechnung getragen.“*²⁹⁷

Neben diesem Begründungsansatz findet sich häufig das Argument, dass Alt- und Neugläubiger das anzuwendende Recht nicht ohne Mitwirkung des Schuldners ändern können sollen.²⁹⁸ Ich stimme beiden Argumentationssträngen zu. Zum einen trifft zu, dass die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unberücksichtigt lässt. Das hat diese Arbeit bereits in Bezug auf Art. 19 Abs. 3 gezeigt (zuvor ab S. 113). Es sprechen jedoch zahlreiche weitere Gründe, die dafürsprechen, dass die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts *generell* unberücksichtigt lässt (nachfolgend ab S. 297).

296 BGH SchiedsVZ 2014, 151, 153 (Rn. 23) mwN; NJW-RR 2001, 307 (Punkt II.1.a); OLG Stuttgart RIW 1991, 159, 160; LG Hamburg CR 1992, 550. Aus der Literatur statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 26 mwN, 31 f. mwN.

297 BGH SchiedsVZ 2014, 151, 153 (Rn. 23). Ebenso statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 26 mwN, 31 mwN.

298 OLG Köln NJW 1987, 1151, 1151 f. Aus der Literatur statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 32 mwN.

Zum anderen verändert eine Abtretung weder das Anknüpfungsmoment noch die Anknüpfungsperson oder den Anknüpfungsgegenstand. Erstens berührt eine Abtretung mit den Worten des BGH den „*Inhalt eines Schuldverhältnisses*“ nicht.²⁹⁹ Sie verändert den Anknüpfungsgegenstand nicht. Bezogen auf die konkrete Ausdifferenzierung unter Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO: Sie ändert nichts daran, dass der Anspruch einem Kaufvertrag entstammt. Zweitens verändert eine Abtretung die Anknüpfungsperson nicht. Sie verschiebt lediglich die Anspruchsinhaberschaft. Diese ist jedoch kein Element der Anknüpfung. Die Art. 4–8 Rom I-VO berufen lediglich die Vertragsinhaber zu Anknüpfungspersonen („Vertragsparteibezug“ der Rom I-VO): Die Art. 4–8 berufen stets den Vertragsinhaber und nicht den Anspruchsinhaber zur Anknüpfungsperson. Darüber hinaus zeigt der Umkehrschluss des Art. 19 Abs. 2 Var. 2, dass regelmäßig der formelle Vertragspartner und nicht der Erfüllungsverantwortliche maßgeblich ist. Andernfalls wäre die Norm unnötig (nachfolgend ab S. 212). Die Abtretung verändert jedoch den Status des Altgläubigers als Vertragspartei nicht. Sie überträgt lediglich die Anspruchsinhaberschaft, nicht jedoch die gesamte Vertragsbeteiligung. Das ist das gemeinsame Begriffsverständnis im Sachrecht der Mitgliedstaaten und liegt den Art. III.-5:104–111 DCFR zugrunde.³⁰⁰ In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Abtretung von der Vertragsübernahme durch einen anderen Gläubiger. Drittens beruft die Rom I-VO die Anspruchsinhaberschaft auch nicht als Anknüpfungsmoment.

Insgesamt stimme ich daher der herrschenden Ansicht zu, die nach einer Abtretung das ursprüngliche Forderungsstatut fortgelten lässt. Ein Statutenwechsel kann lediglich eintreten durch eine Rechtswahl zwischen dem Altgläubiger und Schuldner *vor* der Abtretung oder eine Rechtswahl zwischen dem Neugläubiger und Schuldner *nach* der Abtretung.³⁰¹ Angesichts der dargelegten Argumente stimme ich der herrschenden Ansicht ebenfalls insoweit zu, als sie das ursprüngliche Forderungsstatut auch nach einer Legalzession beibehält.³⁰²

299 BGH SchiedsVZ 2014, 151, 153 (Rn. 23).

300 DCFR, 1038–1041 mwN.

301 Zu letzterer Möglichkeit *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 6 aE.

302 Statt vieler nur *Hübner*, in BeckOGK, Art. 15 Rom I-VO Rn. 18 mwN.

bb. Vertragstypbezug: Anknüpfungsgegenstände sind die Vertragstypen

Die Fortgeltung des ursprünglichen Forderungsstatuts nach Abtretung ist vor allem im Rahmen des Statuts für Verbraucherverträge anerkannt (Art. 6 Abs. 1, 2 Rom I-VO). Es bleibt nach der herrschenden Meinung selbst dann erhalten, wenn der Verbraucher seine Forderung an einen Unternehmer überträgt. Ein Statutenwechsel soll nicht eintreten.³⁰³ Im Gegensatz dazu hat der EuGH entschieden, dass der Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers durch eine Forderungsübertragung untergeht (Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO). Zunächst hat er derart im Jahr 1993 in der Rechtssache *Shearson Lehman Hutton* für die Forderungsübertragung an einen Unternehmer geurteilt,³⁰⁴ anschließend 2018 in *Schrems II* für die Abtretung an einen anderen Verbraucher.³⁰⁵ Die herrschende Ansicht begründet die unterschiedliche Auslegung zwischen Rom I-VO und EuGVVO damit, dass es zur Beurteilung der Schutzbedürftigkeit bei Art. 6 Abs. 1, 2 Rom I-VO auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankomme und bei Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO auf den der Anrufung des Gerichts.³⁰⁶

Das ist im Ergebnis der herrschenden Ansicht zutreffend. Während das anzuwendende Recht metaphorisch an der Forderung „klebt“, tut dies der Gerichtsstand nicht. Gleichwohl teile ich die Begründung der herrschenden Ansicht nicht. Entscheidend ist aus meiner Sicht nicht, dass die Schutzwürdigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bestimmen ist. Vielmehr greifen die im vorherigen Abschnitt dargestellten Argumente: Die Abtretung ist ein einseitiger Akt und sie berührt kein Anknüpfungselement. Sie verändert insbesondere nicht die Anknüpfungsperson, sondern nur die Anspruchsinhaberschaft. Wie zuvor dargestellt, stuft die Rom I-VO jedoch nur die Vertragspartei als Anknüpfungsperson ein, nicht den Anspruchsinhaber (Vertragsparteibezug, zuvor ab S. 139). Vor diesem Hintergrund würde ein Statutenwechsel jedenfalls der generellen Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen widersprechen, weil die Parteien angesichts des Wortlauts und der Systematik nicht mit ihm rechnen können (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 115). Tritt mithin ein Verbraucher einen Anspruch im Sinne des Art. 6 an einen anderen Verbraucher ab, bleibt das Recht am

303 Statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 81 f. mwN.

304 EuGH NJW 1993, 1251 (Leitsatz) – *Shearson Lehman Hutton*.

305 EuGH NJW 2018, 1003 (2. Leitsatz) – *Schrems II*.

306 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 81 f. mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 17; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 15 Rom I-VO Rn. 15 mwN; *D. Paulus*, ZZPInt 2016 (21), 199, 218 (Fn. 122).

gewöhnlichen Aufenthalt des ersten Verbrauchers einschlägig. Es findet kein Statutenwechsel statt.

Dasselbe gilt auch für die anderen qualifizierten Kollisionsnormen. Namentlich sind hier die Beförderungsverträge gemäß Art. 5 mit ihrer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers (Güterbeförderung nach Abs. 1) oder die zu befördernde Person (Personenbeförderung nach Abs. 2), Versicherungsverträge über Großrisiken gemäß Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 mit ihrer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherers und Individualarbeitsverträge gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 1 mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers zu nennen. Die speziellen Kollisionsnormen der Art. 5–8 setzen voraus, dass die Forderung aus den Beförderungs-, Verbraucher-, Versicherungs- oder Individualarbeitsvertrag stammt. Ihre Anwendung fußt damit nicht allein auf einem Status – Beförderter, Beförderer, Verbraucher, Unternehmer, Versicherungsnehmer, Versicherer, Arbeitnehmer oder Arbeitgeber –, sondern daneben auf dem jeweiligen Vertragstyp. Dieser bestimmt sich durch die charakteristische Leistung oder deren situative Umstände – Beförderungs-, Versicherungs-, Arbeitsleistung oder unternehmerische Tätigkeitsausrichtung. Meines Erachtens legt die Rom I-VO sogar mehr Wert auf den Vertragstyp als den Status der Vertragsparteien, wenngleich der jeweilige Status unerlässlicher Bestandteil des Vertragstyps ist. Man kann das als „vertragstypbezogen“ bezeichnen – im Gegensatz zu „statusbezogen“.³⁰⁷ Der „Vertragstypbezug“ der Rom I-VO folgt aus einer Auslegung ihrer Kollisionsnormen. Zum einen beziehen sich ihre Überschriften und Formulierungen auf den jeweiligen Vertragstyp. Zum anderen zeigt eine systematische Auslegung zwischen Art. 4 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1, 5–8, dass die Differenzierung und Lokalisierung der engsten Verbindung maßgeblich von den jeweiligen Vertragstypen abhängen. Diese Auslegung bestätigt auch der Zweck der Art. 4 Abs. 1, 5–8: Sie haben den Zweck, spezielle Kollisionsnormen *ausschließlich* für den jeweiligen Vertragstyp festzulegen.

cc. Ergebnis: Unwandelbarkeit aufgrund Abtretung oder Legalzession

Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine Forderungsübertragung im Rahmen der Rom I-VO nicht zu einem Statutenwechsel führt. Stattdessen gilt

307 Ähnlich („vertragsbezogen“ und „statusbezogen“) in Bezug auf EuGH NJW 2018, 1003 – *Schrems II* und Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 EuGVVO *D. Paulus*, NJW 2018, 987, 990 und ZZPInt 2016 (21), 199, 228.

das ursprüngliche Forderungsstatut fort. Die Begründung hierfür ist zum einen, dass die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unberücksichtigt lässt (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297). Zum anderen berührt sie kein Anknüpfungselement: Weder den Anknüpfungsgegenstand in Form des Inhalts des Schuldverhältnisses noch die Anknüpfungsperson in Gestalt der Vertragspartei. In diesem Zusammenhang hat sich gezeigt, dass die Rom I-VO nicht den Anspruchsinhaber, sondern die Vertragspartei als Anknüpfungsperson beruft (Vertragsparteibezug der Rom I-VO, zuvor ab S. 139 und 141). Des Weiteren hat die Untersuchung zu der Erkenntnis geführt, dass die qualifizierten Kollisionsnormen der Rom I-VO nicht lediglich aufgrund des Status einer Vertragspartei anzuwenden sind – Beförderter, Verbraucher, Versicherungs- oder Arbeitnehmer. Vielmehr setzen sie eine bestimmte Kombination aus Vertragstyp und Status voraus (Vertragstypbezug der Rom I-VO, zuvor ab S. 141).

g. Schuldübernahme: Kein Statutenwechsel

Die Schuldübernahme kann die Anzahl der Schuldner erweitern („Schuldbeitritt“) oder den Schuldner austauschen („Schuldübertragung“). Der Schuldbeitritt ist für den Gläubiger vorteilhaft und bedarf daher nicht der Zustimmung des Gläubigers. Die Schuldübertragung bedarf hingegen einer Vereinbarung mit ihm oder seiner Zustimmung, weil der Gläubiger ein Interesse an der konkreten Person des Schuldners hat – insbesondere dessen Liquidität und Bonität. In dieser Erscheinungsform der Schuldübertragung ist die Schuldübernahme das Gegenstück zur Abtretung. Dieses begriffliche Verständnis ist im Sachrecht der Mitgliedstaaten anerkannt und liegt den Art. III.-5:201–209 DCFR zugrunde.³⁰⁸ Im Rahmen der Rom I-VO ist umstritten, ob die Schuldübernahme von deren Anwendungsbereich erfasst ist.³⁰⁹ Meines Erachtens ist sie das. Die Rom I-VO möchte die von ihr erfassten Verträge über deren gesamten Lebens- und Änderungszyklus hinweg begleiten. Vor allem spricht Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO hierfür: Wenn die Rom I-VO die Abtretung als Gegenstück zur Schuldübernahme regelt, dann will sie auch die Schuldübernahme erfassen. Man könnte gegen diese Argumentation einwenden, dass sie nicht den Schuldbeitritt umfasst. Aus meiner Sicht möchte die Rom I-VO die erfassten Verträge jedoch umfassend abbilden, sofern keine Bereichsausnahme vorliegt.

308 DCFR, 1098–1103 mwN.

309 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 15 Rom I-VO Rn. 23 mwN.

Nach der herrschenden Ansicht tritt durch die Schuldübernahme kein Statutenwechsel ein – wie bei der Abtretung.³¹⁰ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Zwar erfolgt die Schuldübernahme in der Erscheinungsform der Schuldübertragung im Gegensatz zur Abtretung einvernehmlich. Gleichwohl berührt sie ebenfalls kein Anknüpfungselement. Weder verändert sie den Anknüpfungsgegenstand in Form des Inhalts des Schuldverhältnisses noch die Anknüpfungsperson in Gestalt der Vertragspartei. Eine Ausnahme erachte ich lediglich in dem Fall als angebracht, dass eine Nebenniederlassung die Erfüllungsverantwortlichkeit von einer anderen übernimmt (Art. 19 Abs. 2 Var. 2, nachfolgend ab S. 207 und 232).

h. Ergebnisse: Anknüpfungselemente nur teilweise aufgrund Auslegung unwandelbar

Die vorangegangenen Abschnitte haben zunächst die herrschende Ansicht widerlegt, welche das gesamte Vertragsstatut der Rom I-VO als unwandelbar ansieht. Ihre doppelte teleologische Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO ist abzulehnen. Die Hilfsnorm ist weder im Sinne einer absoluten noch einer generellen Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts zu extendieren. Sie bezieht sich nur auf das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“, nicht auf andere Anknüpfungselemente in Gestalt der Anknüpfungspersonen und -gegenstände (keine absolute Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts, zuvor ab S. 119). Sie bedingt auch nicht die Unwandelbarkeit von Kollisionsnormen, die nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen (keine generelle Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts, zuvor ab S. 126). In systematischer Hinsicht belegen das die differenzierten Anknüpfungszeitpunkte der Rom I-VO, die zwischen den Anknüpfungselementen unterscheiden. Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 legt ausdrücklich ein unwandelbares Anknüpfungsmoment fest, Art. 11 Abs. 1, 2 und Art. 13 ausdrücklich unwandelbare Anknüpfungsgegenstände (zuvor ab S. 123 und 119). Zahlreiche Anknüpfungsmomente sind ausdrücklich oder anerkanntermaßen aufgrund ihrer Auslegung wandelbar (zuvor ab S. 105 und 121). Diesen differenzierten Ansatz belegt darüber hinaus der hohe anknüpfungsrechtliche Differenzierungsgrad der Rom I-VO (zuvor ab S. 107 und 124).

In teleologischer Hinsicht bezweckt Art. 19 Abs. 3 keine Unwandelbarkeit des gesamten Vertragsstatuts, sondern verhindert lediglich die Manipulation des anzuwendenden Rechts durch eine einseitige Verlegung des

310 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 15 Rom I-VO Rn. 23 mwN.

gewöhnlichen Aufenthalts. Darüber hinaus fordert die Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen keine absolute und generelle Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts der Rom I-VO. Die Rom I-VO will dieses Ziel nur im bestmöglichen Einklang mit dem Prinzip der engsten Verbindung herstellen. Letzteres spricht jedoch bei der Änderung von Anknüpfungselementen für einen Statutenwechsel (zuvor ab S. 118 und 125). Die Untersuchung ihres Anknüpfungssystems hat damit offenbart, dass die Rom I-VO die Frage der (Un-)Wandelbarkeit differenziert versteht. Jedes Anknüpfungselement ist separat daraufhin zu untersuchen, ob es wandelbar ist. Darüber hinaus ordnet die Rom I-VO unwandelbare Anknüpfungselemente regelmäßig eindeutig an und sieht sie nur in vergleichsweise wenigen Fällen vor (zuvor ab S. 105 und 123).

Des Weiteren hat die bisherige Untersuchung verschiedene unwandelbare Anknüpfungsgegenstände aufgedeckt: Die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft nebst der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung, weil die Rom I-VO sie tatsächlich definiert und einseitige Veränderungen unbeachtet lässt (Art. 6, zuvor ab S. 128 und 134). Dasselbe gilt für die Beurteilung als Groß- oder Massenrisiko (Art. 7 Abs. 2 und 3, zuvor ab S. 137). Schließlich hat das nachträgliche Erlöschen des Vertrags ebenfalls keinen Statutenwechsel zur Folge. Dieses Ergebnis gründet auf dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts (zuvor ab S. 138). Außerdem tritt infolge einer Forderungsübertragung oder Schuldübernahme kein Statutenwechsel ein. Anders als bei den vorherigen Fragestellungen scheidet hier eine Wandelbarkeit bereits deshalb aus, weil beide Institute kein Anknüpfungselement verändern (zuvor ab S. 139 und 143).

4. Wandelbarkeit aufgrund ausdrücklicher Anordnung

a. Anknüpfungsmoment „gewähltes Recht“ und Anknüpfungsgegenstand „Rechtswahlvereinbarung“ – Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO

aa. Ausdrückliche Wandelbarkeit

(1) Anknüpfungsmoment „gewähltes Recht“

Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO können die Vertragsparteien „jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag nach einem anderen Recht zu beurteilen ist als dem, das zuvor entweder aufgrund einer früheren Rechtswahl nach

diesem Artikel oder aufgrund anderer Vorschriften dieser Verordnung für ihn maßgebend war.“ Sie können mithin eine vorherige Rechtswahl oder das objektive Statut auch noch nach Vertragsschluss ändern und einen Statutenwechsel herbeiführen. Das zeigt insbesondere auch Abs. 2 S. 2, der die „nach Vertragsschluss erfolgende Änderung“ ausdrücklich nennt. Aus diesem Grund wird das Vertragsstatut als „wandelbar“ bezeichnet.³¹¹ Von Hein weist zutreffend darauf hin, dass es aufgrund einer nachträglichen Rechtswahl auch unter einer objektiv unwandelbaren Anknüpfung zu einem Statutenwechsel kommen kann.³¹² Eine Änderung der Rechtswahl nach Vertragsschluss stellt einen kollisionsnorminternen Statutenwechsel dar, weil Art. 3 sowohl das alte als auch das neue Statut bestimmt. Eine nachträgliche erstmalige Rechtswahl ist als kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel zwischen Art. 4–8 und Art. 3 einzustufen. Eine nachträgliche Aufgabe der Rechtswahl stellt hingegen einen kollisionsnormübergreifenden disqualifizierenden Statutenwechsel zwischen Art. 3 und Art. 4–8 dar.

An dieser Stelle zeigt sich sehr deutlich, wie die Rom I-VO die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Kollisionsnormen versteht (Erwägungsgründen 16 S. 1 und 39): Erstens will sie die Vertragsparteien lediglich vor Statutenwechseln aufgrund einseitiger Manipulationen schützen (zuvor ab S. 113). Zweitens ist die Berechenbarkeit der Kollisionsnormen und ein etwaiger Statutenwechsel mit Blick auf die Rechtswahl zu bestimmen. Beide Erkenntnisse decken sich mit der teleologischen Auslegung des Art. 19 Abs. 3 (zuvor ab S. 114). Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass auch eine konkludente nachträgliche Rechtswahl möglich ist (Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 S. 2 Var. 2).³¹³ Indiz hierfür ist insbesondere die Vereinbarung eines gemeinsamen Erfüllungsorts³¹⁴ – wobei jedoch strittig ist, ob es sich dabei um ein starkes oder schwaches Indiz handelt.³¹⁵ Dasselbe Problem existiert im Rahmen der engsten Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4

311 Martiny, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 77; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 31; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78; Ferrari, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 42.

312 Von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78.

313 Statt vieler nur Martiny, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 77 mwN.

314 Martiny, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 64 mwN.

315 Für eine schwache Indizwirkung Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 172; von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 34. Für eine starke Indizwirkung Junker, IPR, § 15 Rn. 15. „Nicht mehr so groß wie früher“ und „vor allem Bedeutung“ im Rahmen des Art. 7 Nr. 1 EuGVVO Martiny, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 64.

Rom I-VO.³¹⁶ Nach der ganz herrschenden Ansicht ist eine nachträgliche Rechtswahl noch im Gerichtsverfahren möglich.³¹⁷

(2) Anknüpfungsgegenstand „Rechtswahlvereinbarung“

Die Wandelbarkeit der Rechtswahl umfasst sowohl das Anknüpfungsmoment des gewählten Rechts als auch den Anknüpfungsgegenstand der Rechtswahlvereinbarung. Die Differenzierung zwischen beiden ist eher theoretischer Natur, weil das gewählte Recht Bestandteil der Rechtswahlvereinbarung ist. Der Anknüpfungszeitpunkt für beide ist der Zeitpunkt der Rechtswahl. Er kann mit dem Vertragsschluss zusammenfallen oder nicht. Die Parteien können ihn durch eine nachträgliche Rechtswahl jederzeit ändern. Der Zeitpunkt der Rechtswahl ist entscheidend für ihre Wirksamkeit – insbesondere den Rechtswahlwillen und die Einigung.³¹⁸ Dieser Zeitpunkt gilt grundsätzlich auch für die Zulässigkeit der Rechtswahlvereinbarung angesichts der Optionsbeschränkungen in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Rom I-VO. Eine Ausnahme gilt aus meiner Sicht, sofern eine nachträgliche Veränderung die Optionsbeschränkungen derart verschiebt, dass die ursprünglich unzulässigen Rechtswahl nunmehr zulässig wäre. Das heißt die ursprünglich unzulässige Rechtswahl. Im Übrigen ist die Heilung einer unwirksamen Rechtswahl jedoch abzulehnen (nachfolgend ab S. 168). Hingegen ist eine Verschiebung der Normendurchgriffe des Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO zu berücksichtigen (nachfolgend ab S. 170).

bb. Rechtsfolgen eines Statutenwechsels

(1) Parteiwille ermittelbar: *Ex-tunc*- oder *Ex-nunc*-Wirkung je nach Parteiwille

Die Vertragsparteien können nach der herrschenden Ansicht ausdrücklich oder konkludent bestimmen, ob ihre Rechtswahl und der etwaige Statutenwechsel rückwirkend oder lediglich für die Zukunft gelten soll (lat. „*ex*

316 Statt vieler nur *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 203 mwN.

317 Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 29 mwN.

318 *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 140 mwN.

tunc“ oder „ex nunc“).³¹⁹ Lediglich *Mankowski* ist der Ansicht, dass die Vereinbarung einer Rückwirkung nur ausdrücklich möglich sei.³²⁰ Ich stimme der herrschenden Ansicht zu. Die Vertragsparteien können ihrer nachträglichen Rechtswahl eine Rückwirkung nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent zukommen lassen. Zum einen ist der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 S. 1 umfassend – er sieht keine Beschränkung auf eine ausdrückliche Bestimmung der Wirkung vor („Die Parteien können jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag nach einem anderen Recht zu beurteilen ist [...]“). Das ist insbesondere deshalb bezeichnend, weil der EU-Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 1 S. 2 gezeigt hat, dass er besonderes Augenmerk auf die Qualität der Äußerung des Parteiwillens legt („Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben.“). Nichtsdestotrotz hat er eine konkludente Rechtswahlvereinbarung zugelassen. Nichts anderes kann für die Vereinbarung ihrer Wirkungen gelten. Zum anderen möchte Art. 3 Abs. 2 teleologisch die Parteiautonomie umfassend gewährleisten. Das ergibt sich daraus, dass die Gewährleistung und der Schutz der Parteiautonomie fundamentale Interessen des IPR und der Rom I-VO sind (Erwägungsgrund 11 Rom I-VO). Den Vertragsparteien obliegt die „Herrschaft“ über „ihr“ Schuldverhältnis. Unterwerfen sie es einvernehmlich nachträglich einem anderen Recht, dann respektiert Art. 3 Abs. 2 das – unabhängig davon, ob sie eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung treffen.

Häufig³²¹ wird die Auslegung der Rechtswahlvereinbarung ergeben, dass die Parteien das anzuwendende Recht einheitlich und damit rückwirkend festlegen möchten. Das kann sich insbesondere aus den Umständen ergeben, insbesondere sofern im Zeitpunkt der nachträglichen Rechtswahl alle Leistungen bereits ausgetauscht und das (Dauer-)Schuldverhältnis beendet ist. Vor allem bei einer Rechtswahl im Gerichtsverfahren wird zumeist

319 Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32. Ebenso unter der Vorgängernorm Art. 27 Abs. 2 EGBGB aF BGH NJW 1991, 1292, 1293 (bejaht Rückwirkung nach Auslegung der Rechtswahl); OLG Saarbrücken OLGZ 1966, 142, 146 (bejaht Rückwirkung nach Auslegung der Rechtswahl); LG Essen IPRax 2002, 396, 397 (verneint Rückwirkung nach Auslegung der Rechtswahl).

320 *Von Bar/Mankowski*, IPR II § 1 Rn. 176; *Mankowski*, in ECPII 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 333 mwN.

321 Nach der hA ist das regelmäßig der Fall, *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 79; *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214; *M. Stürner*, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23. Ebenso unter der Vorgängernorm Art. 27 Abs. 2 EGBGB aF LG Heidelberg IPRax 2005, 42, 43.

eine Rückwirkung gewollt sein.³²² Dieses Auslegungsergebnis ist jedoch keineswegs selbstverständlich und man darf es nicht ohne entsprechende Anhaltspunkte unterstellen. Die Vertragsparteien können ebenso gut eine *Ex-nunc*-Wirkung beabsichtigen. Abermals ist darauf hinzuweisen, dass der Erwägungsgrund der Berechenbarkeit ohne empirische Untersuchung zu den Parteierwartungen regelmäßig unbestimmbar ist – man darf ihn vor allem nicht durch bloße Mutmaßungen ersetzen (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 115).

(2) Parteiwille nicht ermittelbar: *Ex-nunc*-Wirkung

Fraglich ist, wie damit umzugehen ist, wenn die Rechtswahlvereinbarung der Vertragsparteien keine ausdrückliche oder konkludente Regelung für die Wirkung des Statutenwechsels trifft.

(a) Herrschende Ansicht: *Ex-tunc*-Wirkung

Die herrschende Literaturansicht geht in einem derartigen Zweifelsfall von einer Rückwirkung aus.³²³ Sie beruft sich dabei insbesondere auf eine Entscheidung des BGH.³²⁴ Diese Entscheidung bezieht sich nach Verständnis der herrschenden Ansicht auf einen Fall ohne auslegungsfähige Rechtswahl.³²⁵ Nach meinem Verständnis sind die Entscheidungsgründe jedoch nicht derart eindeutig: Der Senat „*versteht*“ den „*unter Beweis gestellten*

322 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 79. Unausgesprochen ebenso zur wortgleichen Vorgängernorm Art. 27 Abs. 2 EGBGB aF OLG Köln BeckRS 1994, 5495 = IPRax 1995, 393, 394.

323 *Brödermann/Wegen*, in PWW, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 79 mwN; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32; *Staudinger*, in Hüfstege/Mansel, Art. 3 Rom I-VO Rn. 5; *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214 mwN; *M. Stürner*, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23; *Feiler*, 304 f., 324; *Junker*, IPR, § 9 Rn. 26; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 45 mwN; *von Hein*, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95; *Magnus*, in Staudinger, Art. 3 Rom I-VO Rn. 124.

324 BGH BeckRS 1997, 2031 (Rn. 16) = IPRax 1998, 479, 480 f. Offengelassen von BGH NJW 1991, 1292, 1293.

325 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 79 (Fn. 381) („*Auslegungsmaxime* [...] *sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren*“); *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32 („*Vermutung*“); *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214 (Fn. 734) („*Vermutung*“); *Ferrari*, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 45 (Fn. 251) („*mangels Parteivereinbarung*“).

Sachvortrag der Klägerin [...] dahin [...], dass die damit behauptete nachträgliche Rechtswahl sich auf die gesamte Vertragslaufzeit erstrecken soll“.³²⁶ Diese Stelle deutet darauf hin, dass der BGH die konkludente nachträgliche Rechtswahl der Vertragsparteien im Hinblick auf ihre Wirkung ausgelegt hat. Er hat die Rechtswahlvereinbarung mithin für auslegungsfähig erachtet und den Sachverhalt gerade nicht durch eine Vermutung zugunsten der Rückwirkung entschieden. Darüber hinaus hatten die OLG Bremen, Hamm und Köln bereits zuvor ausdrückliche oder konkludente Rechtswahlen nicht bezüglich ihrer Wirkung ausgelegt, ihnen jedoch trotzdem eine Rückwirkung zugeschrieben.³²⁷ Die OLG Frankfurt am Main und München hatten sich hingegen für eine Wirkung nur für die Zukunft ausgesprochen.³²⁸

Die herrschende Literaturansicht zu Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO stützt sich auf einen Umkehrschluss mit dessen S. 2. Er regelt, dass sich eine nachträgliche Rechtswahl weder auf die Formgültigkeit des Vertrags noch auf Rechte Dritter auswirkt. Diese Regelung habe nur dann einen Anwendungsbereich, wenn regelmäßig eine Rückwirkung eintrete.³²⁹ *Spickhoff* und *Ferrari* wenden jedoch ein, dass die Regelung ebenfalls bei einer *Ex-nunc*-Wirkung Sinn mache. Auch in diesem Fall könnten die Formgültigkeit und Rechte Dritter beeinträchtigt sein.³³⁰ Dennoch bringen sie für eine *Ex-tunc*-Wirkung vor, dass man den Vertragsparteien keine zeitliche Aufspaltung des Vertrags unterstellen könne.³³¹ In ähnlicher Weise argumentieren das LG Heidelberg und *Magnus*, dass die Parteien den Vertrag regelmäßig einem einheitlichen Recht unterstellen wollen.³³² *Martiny*, *von Hein* und

326 BGH BeckRS 1997, 2031 (Rn. 16) = IPRax 1998, 479, 480 f.

327 OLG Köln BeckRS 1994, 5495 = IPRax 1995, 393, 394 (ausdrückliche nachträgliche Rechtswahl in der mündlichen Verhandlung); OLG Hamm BeckRS 1993, 30994797 = MDR 1994, 377 (konkludente nachträgliche Rechtswahl vor mündlicher Verhandlung); OLG Bremen VersR 1978, 277 (ausdrückliche nachträgliche Rechtswahl unbekannten Zeitpunkts).

328 OLG München BeckRS 1996, 01150 = RIW 1996, 329, 330; OLG Frankfurt BeckRS 1992, 04408 (Rn. 86) = IPRax 1992, 314, 317.

329 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 26; *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 79; *von Hein*, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95; *Magnus*, in Staudinger, Art. 3 Rom I-VO Rn. 124; *Reinhart*, IPRax 1995, 365, 369.

330 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 45; *Spickhoff*, IPRax 1998, 462, 464 f.

331 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 45.

332 LG Heidelberg IPRax 2005, 42, 43; *Magnus*, in Staudinger, Art. 3 Rom I-VO Rn. 124.

M. Stürner untermauern dies damit, dass die Vertragsparteien mit der nachträglichen Rechtswahl Zweifel, Schwierigkeiten oder Probleme im Vertragsverhältnis ausräumen wollen.³³³ Darüber hinaus führt Wendland ein praktisches Bedürfnis für ein einheitliches Vertragsstatut an.³³⁴ Er und von Hein weisen auf die mit einer Aufspaltung verbundenen Probleme hin.³³⁵ Der Statutenwechsel entfaltet daher nach der herrschenden Ansicht im Zweifel Rückwirkung. Für die Zukunft soll er hingegen nur ausnahmsweise wirken.³³⁶ Letzteres soll zum Beispiel der Fall sein, wenn die Vertragsparteien durch die Vereinbarung des Rechts des Gerichtsstands das Verfahren beschleunigen möchten, ohne die Wirksamkeit des Vertrags infrage stellen zu wollen.³³⁷ Spickhoff will die nachträgliche Rechtswahl ablehnen, wenn ein unklarer Sachverhalt (lat. „*non liquet*“) insoweit vorliegt, „*ob nur vereinbart worden ist, es soll das Recht des Staates X gelten*“ (dann im Zweifel *extunc*-Wirkung), oder ob die nachträgliche Rechtswahlvereinbarung ausdrücklich auf eine *ex nunc*-Wirkung zugeschnitten war.“³³⁸

Die herrschende Ansicht nimmt eine Rückwirkung der nachträglichen Rechtswahl konsequenterweise sogar dann an, wenn sie zur rückwirkenden Unwirksamkeit des ursprünglich wirksamen Vertrags führt – bewusst oder unbewusst.³³⁹ Lediglich Leible ist in diesem Fall anderer Ansicht und nimmt keine Rückwirkung an.³⁴⁰ Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 kann der Vertrag aufgrund der nachträglichen Rechtswahl jedoch nicht formungültig werden.³⁴¹ Diese Grenze der nachträglichen Rechtswahl gilt nur für die Formungültigkeit – nicht jedoch andere Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitsgründe des Vertrags.³⁴² Die Grenze ist nicht disponibel. Die bewusste nachträgliche Wahl eines formstrengerer Rechts könnte lediglich in einen

333 M. Stürner, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23 mwN; Martiny, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 79; von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95.

334 Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214.

335 Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214; von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95.

336 Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 214; von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95; Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32.

337 LG Essen IPRax 2002, 396, 397; von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95.

338 Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32; Spickhoff, IPRax 1998, 462, 465.

339 Statt vieler nur M. Stürner, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23. Vor Geltung der Rom I-VO BGH BGHZ 52, 239, 241 ff. = NJW 1969, 1760, 1760 f. (Punkt II. und III.1.).

340 Leible, in Hüßtege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 66.

341 Statt vieler nur Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 217 mwN.

342 Statt vieler nur Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 218 mwN.

Aufhebungsvertrag umzudeuten sein.³⁴³ Das wird aber nur selten der Fall sein, weil eine nachträgliche Rechtswahl grundsätzlich auf einen Fortsetzungswillen hindeutet.³⁴⁴ Die rückwirkende Heilung eines ursprünglich unwirksamen Vertrags aufgrund nachträglicher Rechtswahl ist ebenfalls gemeinhin anerkannt. Hier gilt die Grenze des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 nicht, weil sie im Sinne eines Günstigkeitsprinzips ausschließlich die Formgültigkeit perpetuiert.³⁴⁵

(b) Gegenansicht: *Ex-nunc*-Wirkung

Mankowski vertritt die Gegenansicht zugunsten eines Statutenwechsels mit Wirkung lediglich für die Zukunft. Eine Rückwirkung nimmt er nur bei einer entsprechenden ausdrücklichen Vereinbarung an.³⁴⁶ Er argumentiert, dass eine Rückwirkung große Probleme mit dem Zustandekommen und der Wirksamkeit des Vertrags nach dem Vertragsstatut verursache (Art. 10 Abs. 1). Die Rückwirkung stelle eine bloße juristische Fiktion dar, weil die nachträgliche Rechtswahl die Haltung und Intention der Vertragsparteien nicht steuern kann, bis sie geschlossen ist. Vielmehr würden sich die Parteien zuvor nach dem ursprünglich anzuwendenden Recht richten.³⁴⁷

(c) Auslegung stützt *Ex-nunc*-Wirkung

Meines Erachtens ist in Zweifelsfällen nicht von einer *Ex-tunc*-, sondern lediglich von einer *Ex-nunc*-Wirkung auszugehen. Das belegt zunächst die wortlautbezogene Auslegung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO, der auf die Vereinbarung der Vertragsparteien abstellt („Die Parteien können jederzeit vereinbaren [...]“). Zwar bezieht sich das auf den ersten Blick lediglich auf die eigentliche Rechtswahl und nicht deren zeitliche Wirkung („Die Parteien können jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag nach einem anderen Recht zu beurteilen ist [...]“). Im Folgenden setzt Art. 3 Abs. 2 S. 1

343 *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 219 mwN; *M. Stürner*, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23.

344 *Wendland*, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 219.1.

345 Statt vieler nur *M. Stürner*, in Erman, Art. 3 Rom I-VO Rn. 23 mwN. Vor Geltung der Rom I-VO BGH BGHZ 73, 391, 394 = NJW 1979, 1773, 1774 (Punkt I.3.c); LG Heidelberg IPRax 2005, 42, 43.

346 *Von Bar/Mankowski*, IPR II § 1 Rn. 176; *Mankowski*, in ECPIL 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 333 mwN.

347 *Mankowski*, in ECPIL 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 333.

die nachträgliche Rechtswahl jedoch ins Verhältnis zum zuvor anzuwendenden Recht („[...] als dem, das zuvor entweder aufgrund einer früheren Rechtswahl nach diesem Artikel oder aufgrund anderer Vorschriften dieser Verordnung für ihn maßgebend war.“). Die Norm stellt damit das aufgrund der nachträglichen Rechtswahl anzuwendende Recht in Kontrast zum zuvor anzuwendenden Recht. Das geschieht durch Verwendung des Präsens im ersten und des Präteritums im zweiten Halbsatz. Die Verwendung des Präteritums als Form der abgeschlossenen Vergangenheit legt in diesem Zusammenhang nahe, den vergangenen Sachverhalt nicht neu zu bewerten. Die Norm vollzieht die Chronologie der Rechtswahl nach und ordnet somit eine zeitliche Segmentierung an. Das spricht für eine *Ex-nunc*-Wirkung des Statutenwechsels. Die englische und französische Sprachfassungen verwenden ebenfalls die jeweiligen Formen der abgeschlossenen Vergangenheit. Art. 116 Abs. 3 des schweizerischen IPR-Gesetzes zeigt, wie eindeutig man die Frage andernfalls hätte regeln können: „Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Vertragsabschluss getroffen oder geändert, so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Die Rechte Dritter sind vorbehalten.“

Im Wege der systematischen Auslegung spricht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts *nicht generell gegen eine Ex-nunc-Wirkung*. Die Rom I-VO relativiert den Grundsatz nämlich in mehrfacher Hinsicht. Sie selbst sieht zahl- und umfangreiche Ausnahmen für Teilanknüpfungen vor und erkennt Statutenwechsel tatbestandlich an. Darüber hinaus beschränkt die Rom I-VO den Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung zugunsten eines bestmöglichen Einklangs mit dem Prinzip der engsten Verbindung (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21, zuvor ab S. 108). Letzterem Auftrag wird die *Ex-nunc*-Wirkung besser gerecht, weil sie eine ausgeprägtere Differenzierung zwischen dem *Grundsatz* der einheitlichen Anknüpfung und der *Ausnahme* der gespaltenen Anknüpfung des Vertragsstatuts erlaubt (Regel-Ausnahme-Verhältnis). Die Abwägung und Grenzziehung zwischen diesem Grundsatz und seiner Ausnahme erfolgen daher im Rahmen der konkreten Rechtsfolgen der *Ex-nunc*-Wirkung. Die Einstufung als *Ex-nunc*-Wirkung ist lediglich ein abstraktes Etikett. Es besteht nämlich noch umfangreicher Klärungsbedarf dahingehend, welche konkreten Folgen die *Ex-nunc*-Wirkung eines Statutenwechsels hat. Dem widmet sich diese Arbeit zusammenhängend in einem späteren Abschnitt (nachfolgend ab S. 304).

Des Weiteren streitet systematisch Art. 3 Abs. 2 S. 2 ebenfalls nicht für eine *Ex-tunc*-Wirkung bei unermittelbarem Parteiwillen. Zum einen spre-

chen ihm sogar einige Vertreter der herrschenden Ansicht einen Anwendungsbereich auch bei einer *Ex-nunc*-Wirkung zu.³⁴⁸ Zum anderen streitet er selbst dann nicht gegen eine *Ex-nunc*-Wirkung, wenn man ihm insoweit keinen Anwendungsbereich zugesteht. Art. 3 Abs. 2 S. 2 könnte nämlich nur deshalb die *Ex-tunc*-Wirkung beschränken, weil die *Ex-nunc*-Wirkung keiner derartigen Beschränkungen bedarf. Genau das trifft meines Erachtens zu: Die Beibehaltung der (Form-)Gültigkeit des Vertrags entsprechend Var. 1 ergibt sich im Fall der *Ex-nunc*-Wirkung bereits aus der einheitlichen Anknüpfung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (nachfolgend ab S. 323). Darüber hinaus sind bei einem *Ex-nunc*-Statutenwechsel die Rechte Dritter im Sinne des Var. 2 nach dem Statut zum Zeitpunkt ihrer Entstehung zu beurteilen („Entstehungsstatut“, nachfolgend ab S. 331). Mit anderen Worten: Art. 3 Abs. 2 S. 2 schränkt die Rechtsfolgen des Extremfalls in Gestalt der *Ex-tunc*-Wirkung ein. Dadurch ist jedoch nicht gesagt, dass er diesen Extremfall tatbestandlich als Regelfall normieren möchte.

Schließlich spricht Art. 8 Abs. 2 in systematischer Hinsicht für eine *Ex-nunc*-Wirkung der nachträglichen Rechtswahl bei nicht bestimmbarem Parteiwillen. Er ordnet bei einer dauerhaften Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts einen Statutenwechsel an. Nach der zutreffenden herrschenden Ansicht soll dieser für die Zukunft wirken (nachfolgend ab S. 160).

Die teleologische Auslegung des Art. 3 Abs. 2 streitet meines Erachtens ebenfalls für eine *Ex-nunc*-Wirkung. Die Anknüpfung an die Rechtswahl dient der Parteiautonomie. Diese verleiht dem Willen der Parteien kollisionsrechtlich Geltung. Es geht vorliegend zwar um die Konstellation, dass der Parteiwille hinsichtlich der Rechtsfolge nicht bestimmbar ist. Die Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen im Sinne des Erwägungsgrunds 16 S. 1 legt jedoch einen generellen Maßstab an: Entscheidend sind nicht die Erwartungen der jeweiligen Vertragsparteien im konkreten Einzelfall, sondern die Erwartungen durchschnittlicher Vertragsparteien bei einer gedachten Vielzahl gleichförmiger Fälle (zuvor ab S. 115). Zwar erachte ich die Parteierwartungen bei der (tatbestandlichen) Frage, ob ein Statutenwechsel überhaupt stattfindet als grundsätzlich unbestimmbar. Vorliegend kann man die Erwartungen der Parteien aber ausnahmsweise ohne empirische Datenerhebung bestimmen (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 115). Eine Wirkung nur für die Zukunft entspricht generell eher den Parteierwartungen, weil die Folgen einer Rückwirkung deutlich einschneidender sind. Eine Rückwirkung könnte nämlich einen ursprünglich wirksamen Vertrag

348 So generell *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 32; *Ferrari*, in Ferrari, Art. 3 Rom I-VO Rn. 45; *Spickhoff*, IPRax 1998, 462, 464 f.

unbeabsichtigt unwirksam werden lassen. Zwar könnte sie ebenfalls seine rückwirkende Wirksamkeit zur Folge haben. Die Möglichkeit der rückwirkenden Wirksamkeit wiegt die Gefahr der rückwirkenden Unwirksamkeit jedoch nicht auf. Außerdem steht es den Parteien noch im Gerichtsverfahren frei, eine Rückwirkung durch eine weitere Rechtswahl mit eindeutigen Parteiwillen herbeizuführen (zuvor ab S. 145). Darüber hinaus würde es ein einseitiges Taktieren ermöglichen, sofern man im Zweifel eine Rückwirkung der nachträglichen Rechtswahl annähme. Eine Partei könnte die rückwirkende Unwirksamkeit herbeiführen, indem sie einen eindeutigen Parteiwillen zu den Auswirkungen der nachträglichen Rechtswahl verhindert. Schließlich würde ein rückwirkender Statutenwechsel das anzuwendende Recht durchweg ändern, obwohl die Vertragsparteien ihr Verhalten zuvor an einem anderen Sachrecht ausgerichtet hatten. Eine derart umfassende Änderung ist aus meiner Sicht nur bei entsprechenden Indizien gerechtfertigt. Ohne solche Indizien ist das anzuwendende Recht der Chronologie nachzuempfinden und eine *Ex-nunc*-Wirkung anzunehmen.

b. Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Arbeitsort“ – Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO

aa. Ausdrückliche Wandelbarkeit

Bei den Individualarbeitsverträgen findet sich sogar eine *objektive* Anknüpfung an ein ausdrücklich wandelbares Anknüpfungsmoment: Den gewöhnlichen Arbeitsort des Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO. Im Gegensatz dazu ist die einstellende Niederlassung des Abs. 3 unwandelbar (zuvor ab S. 85). Gemäß Abs. 2 S. 2 hat eine *vorübergehende* Entsendung des Arbeitnehmers keinen Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts und damit keinen Statutenwechsel zur Folge. Mithilfe eines Umkehrschlusses ergibt sich daraus die ausdrückliche Anordnung, dass eine dauerhafte Entsendung des Arbeitnehmers zum Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts und somit zu einem Statutenwechsel führt.³⁴⁹ Das BAG hat bei der gleichlautenden Vorgängernorm einen

349 Ebenso von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 46. Mit demselben Ergebnis, wenngleich ohne Berufung auf einen Umkehrschluss aus Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO Sutschet, in jurisPK-BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 55; Kreuzer/Wagner/Reder, in Ludwigs, § 73 Vertragliche Schuldverhältnisse Rn. 104 mwN; Staudinger, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 18 mwN; Martiny, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 81 mwN; Deinert, Int ArbR, § 9 Rn. 99, 148.

derartigen Statutenwechsel im Fall des Betriebsübergangs angenommen.³⁵⁰ Insoweit handelt es sich um einen kollisionsnorminternen Statutenwechsel innerhalb des Abs. 2. Darüber hinaus ist ein kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel zwischen Abs. 2 und 3 möglich. Legen die Vertragsparteien den gewöhnlichen Arbeitsort erst nach dem Vertragsschluss fest, bestimmt sich das Statut zwar ursprünglich gemäß Abs. 3, fortan jedoch gemäß Abs. 2. Umgekehrt richtet es sich nachträglich nach Abs. 3 statt Abs. 2, wenn man im Anschluss an eine Änderung der Parteien keinen gewöhnlichen Arbeitsort mehr erkennen kann.

bb. Keine einseitige Manipulation des anzuwendenden Rechts

Den gewöhnlichen Arbeitsort definiert Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO tatsächlich. Entscheidend ist nach dem EuGH der *„Ort, [...] an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine beruflichen Tätigkeiten tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts seiner Tätigkeiten, auf den Ort, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Tätigkeiten verrichtet“*.³⁵¹ Die herrschende Ansicht in der Literatur stimmt dem EuGH zu und stellt auf den Ort der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit ab.³⁵² Vertragliche Vereinbarungen sind nicht entscheidend,³⁵³ auch bei Auseinanderfallen von vereinbartem und tatsächlichem Arbeitsort.³⁵⁴ Eine vertragliche Vereinbarung ist daher lediglich dann mittelbar beachtlich, wenn einzig sie den übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen für die dauerhafte Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts belegt. Das Adjektiv „tatsächlich“ wird als Gegensatzwort zu „vertraglich“ verstanden. Folglich ist damit nicht geklärt, ob die Parteien den gewöhnlichen Arbeitsort *einseitig* bestimmen und damit *einseitig* einen Statutenwechsel herbeiführen können. Angesichts von Art. 3 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 wäre das ein Novum in der Rom I-VO. Inso-

350 BAG NZA 2011, 1143, 1147 (Rn. 45).

351 EuGH EuZW 2011, 302, 305 (Rn. 45) – *Koelzsch*; EuZW 2012, 61, 63 (Rn. 37) – *Voogsgeerd* (Klarstellung in eckigen Klammern durch mich). Ähnlich zur zuständigkeitsrechtlichen Parallelnorm EuGH IPRax 1997, 110, 111 – *Mulox*; NZA 1997, 225, 227 (Rn. 15, 27) – *Rutten*; NJW 2002, 1635, 1638 (Rn. 58) – *Weber*; NZA 2017, 1477, 1479 (Rn. 58) – *Nogueira*.

352 Statt vieler nur *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 56 f. mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 51 f. mwN; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22.

353 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 57 mwN.

354 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22.

weit könnte die Definition der vorübergehenden Entsendung helfen (Art. 8 Abs. 2 S. 2). Sie hat keinen Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts und damit keinen Statutenwechsel zur Folge. Nach der herrschenden Ansicht müssen hierfür aufseiten des Arbeitnehmers ein Rückkehrwille (lat. „*animus revertendi*“) und aufseiten des Arbeitgebers ein Rücknahmewille (lat. „*animus retrahendi*“) kumulativ vorliegen.³⁵⁵ Nach Knöfel bringt die Definition damit eine „dauerhafte und nicht nur bei Vertragsschluss vorhandene Motivlagen („subjektive Auslegung“) beider Vertragsteile zur Geltung“.³⁵⁶ Nicht eindeutig ist, ob es zu einem dauerhaften Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts und damit zu einem Statutenwechsel kommt, wenn der jeweilige Wille nur bei einer der Vertragsparteien nicht vorliegt. Das LAG Hessen entschied 2008, dass der nachträgliche Verlust des Rückkehrwillens ein ursprüngliches Einvernehmen über den vorübergehenden Charakter nicht aufhebe, sofern er nicht manifestiert wurde:

*„Da sich der Verlust des Rückkehrwillens weder während seiner Tätigkeit in den Niederlanden noch bis zum Gespräch im Februar 2005 gegenüber der Beklagten manifestierte, konnte und durfte daher die Beklagte ihrerseits annehmen, dass zwischen den Parteien, entsprechend der bisherigen praktischen Durchführung des Arbeitsverhältnisses, weiter Einigkeit darüber herrschte, dass der Kläger nicht endgültig in Deutschland bleiben sollte.“*³⁵⁷

Das BAG hat die Entscheidung in der anschließenden Revision nicht beanstandet.³⁵⁸ Damit stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer einseitig einen dauerhaften Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts und damit einen Statutenwechsel herbeiführen kann, indem er den Verlust seines Rückkehrwillens manifestiert. Die Entscheidung des LAG Hessen deutet in diese Richtung. Erwägungsgrund 36 S.1 der Rom I-VO spricht dagegen. Er lautet: „Bezogen auf Individualarbeitsverträge sollte die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als vorübergehend gelten, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt.“ Im Gegensatz

355 Statt vieler nur Knöfel, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 71; Martiny, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 65; Staudinger, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22; Doehner, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom I-VO Rn. 28; von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 50.

356 Knöfel, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 72.

357 LAG Hessen BeckRS 2011, 71663; Staudinger, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22.

358 BAG NZA-RR 2012, 269, 271 f. (Rn. 30); Staudinger, in Ferrari, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22.

zur Entscheidung des LAG Hessen legt das nahe, dass einseitig auf den Rücknahmewillen des Arbeitgebers abzustellen ist – „von dem Arbeitnehmer erwartet wird“. Nach *Martiny* und *Doehner* sind Rückkehrwille und Rücknahmewille subjektiv vor dem Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts zu bewerten (lat. „*ex ante*“).³⁵⁹ Dann wäre eine einseitige Willensänderung unerheblich. Darüber hinaus wäre aber strenggenommen eine einvernehmliche Willensänderung unerheblich. *Doehner* stellt deshalb bei einer nachträglichen übereinstimmenden Willensänderung auf den Zeitpunkt der Willensänderung ab.³⁶⁰

Ich bin der Ansicht, dass eine Auslegung des Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO zeigt, dass einseitige Willensänderungen nicht zu einem Statutenwechsel führen können. Zunächst spricht der Wortlaut seines S. 2 hierfür. Zwar stellt er lediglich darauf ab, ob „der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet.“ Parallel dazu beruft S. 1 das „Recht des Staates in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.“ Der Wille des Arbeitgebers scheint auf den ersten Blick unerheblich – weder in S. 2 noch S. 1 wird er überhaupt erwähnt. Gleichwohl beziehen sich beide Sätze auf die „Arbeit“. Man kann diese nur durch die Absprachen – insbesondere den Arbeitsvertrag – und damit den übereinstimmenden Willen *beider* Parteien bestimmen. Einseitige Willensänderungen sind daher bei der Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsorts unbeachtlich. Das gilt sowohl für die nachträgliche Annahme als auch die nachträgliche Aufgabe eines Rückkehrwillens (*animus revertendi*) aufseiten des Arbeitnehmers oder eines Rücknahmewillens (*animus retrahendi*) aufseiten des Arbeitgebers.

Historisch zeigt das Gesetzgebungsverfahren zu Art. 8 Abs. 2, dass der EU-Gesetzgeber eine einseitige Manipulation des anzuwendenden Rechts verhindern wollte. Der Vorgänger von Erwägungsgrund 36 S. 1 war im Kommissionsvorschlag vom 15. Dezember 2005 noch in der Kollisionsnorm selbst enthalten als Art. 6 Abs. 2 lit. a S. 3 Rom I-VO-Entwurf. Er lautete: „Die Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat gilt als vorübergehend, wenn der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wiederaufzunehmen hat.“³⁶¹ Die Regelung wurde jedoch insbesondere deshalb kritisiert, weil sie den Fokus auf die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien anstatt deren tatsächlichen Wil-

359 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 65 mwN; *Doehner*, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom I-VO Rn. 28.

360 *Doehner*, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom I-VO Rn. 24.

361 Europäische Kommission, KOM(2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 18.

len gelegt und damit den gestaltungsstärkeren Arbeitgeber bevorteilt hätte.³⁶² Der Entwurf selbst stellte jedoch bereits klar, dass er damit keine „starre Begriffsbestimmung“ vornehmen wollte. Vielmehr sei „in erster Linie das Gericht dazu angehalten, die Intention der Parteien zu berücksichtigen.“³⁶³ Eine einseitige Manipulationsmöglichkeit sollte demnach gerade vermieden werden.

In systematischer Hinsicht sprechen die Art. 3 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 gegen eine einseitige Manipulationsmöglichkeit der Parteien. Die nachträgliche Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 2 ist nur bei übereinstimmendem Parteiwillen möglich. Zwar betrifft sie die *unmittelbare* Herbeiführung eines Statutenwechsels aufgrund Parteivereinbarung. Daher ist sie mit der *mittelbaren* Herbeiführung eines Statutenwechsels aufgrund Veränderung des tatsächlich definierten Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Arbeitsort“ nicht komplett vergleichbar. Jedoch stuft Art. 19 Abs. 3 einseitige Verlegungen des gewöhnlichen Aufenthalts als unbeachtlich ein, indem er dessen Bestimmung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses anordnet. Damit zeigt die Rom I-VO bei ihrem wichtigsten Anknüpfungsmoment, dass sie einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts nicht berücksichtigt (zuvor ab S. 83). Der gewöhnliche Aufenthalt ist dabei insoweit dogmatisch mit dem gewöhnlichen Arbeitsort vergleichbar, als die Rom I-VO ihn ebenfalls tatsächlich definiert. Zur Klarstellung: Ich bin nicht der Ansicht, dass Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO zur Unwandelbarkeit aller Kollisionsnormen der Rom I-VO führt (keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO, zuvor ab S. 126). Ich bin jedoch der Ansicht, dass Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO die Absicht des EU-Gesetzgebers zeigt, einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unberücksichtigt zu lassen (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297).

Die teleologische Auslegung des Art. 8 Abs. 2 belegt das ebenfalls. Zwar wird der gewöhnliche Arbeitsort tatsächlich definiert. Das heißt jedoch nicht, dass man ihn einseitig verlagern kann. Vielmehr zeigt die Verknüpfung mit der „Arbeit“ in S. 2 und dem „Arbeitsvertrag“ in S. 1, dass S. 2 den Zweck verfolgt, nur einvernehmliche Verlagerungen des gewöhnlichen Arbeitsorts anzuerkennen. Erforderlich ist mithin ein übereinstimmender Parteiwille. Aufgrund dieser Verknüpfung kann das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Arbeitsort“ wandelbar sein, ohne einseitig manipulierbar zu sein. Im Gegensatz dazu kommt es beim Anknüpfungsmoment „gewöhn-

362 Mauer, in Boecken/Düwell 2016, Art. 8 Rom I-VO Rn. 31; Mankowski, IPRax 2006, 101, 107.

363 Europäische Kommission, KOM(2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 8.

licher Aufenthalt“ nur auf den einseitigen Parteiwillen an, weshalb die Unwandelbarkeit nach Art. 19 Abs. 3 zur Verhinderung einseitiger Manipulationen des anzuwendenden Rechts notwendig ist.

Ein einseitiges Verhalten – hier: Willensänderung – kann mithin auch im Rahmen der wandelbaren Anknüpfung des Art. 8 Abs. 2 keinen Statutenwechsel herbeiführen. Vor diesem Hintergrund bin ich ebenfalls der Ansicht, dass man den ersten gewöhnlichen Arbeitsort nicht einseitig durch eine Vertragspartei bestimmen kann. Eine einvernehmliche Bestimmung ist nötig. Diese hat aufgrund der tatsächlichen Definition des gewöhnlichen Arbeitsorts nicht vertraglich zu erfolgen. Mehr noch: Das tatsächliche Einvernehmen hat Vorrang vor einer divergierenden vertraglichen Vereinbarung. Es kann dabei auch konkludent erfolgen, insbesondere durch ein nach außen tretendes Akzeptieren eines einseitig gewählten gewöhnlichen Arbeitsorts. Ein abschließendes Beispiel: Infolge der Corona-Pandemie erbringt ein IT-Entwickler seine Arbeitsleistungen nicht mehr in der deutschen Niederlassung seines Arbeitgebers, sondern von seinem niederländischen Wohnsitz aus. Ohne tatsächliches Einverständnis des Arbeitgebers tritt kein Statutenwechsel ein. Dasselbe gilt umgekehrt bei einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers, die den gewöhnlichen Arbeitsort verlagern will. Sie führt ebenfalls lediglich dann zu einem Statutenwechsel, wenn der Arbeitnehmer sie ausdrücklich oder konkludent tatsächlich akzeptiert.

cc. Rechtsfolgen eines Statutenwechsels

(1) *Ex-nunc*-Wirkung und zeitliche Segmentierung

Ein Statutenwechsel gemäß Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO wirkt nach der herrschenden Ansicht nicht rückwirkend (*ex tunc*), sondern lediglich für die Zukunft (*ex nunc*).³⁶⁴ Eine Kündigung, die vor dem Betriebsübergang in das Ausland und damit vor dem Statutenwechsel ausgesprochen wurde, ist daher laut BAG nach dem alten Statut zu beurteilen.³⁶⁵ Das führt nach

364 Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 24; *von Hein*, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 46 mwN; *Mauer*, in Boecken/Düwell 2016, Art. 8 Rom I-VO Rn. 53; *Deinert*, Int ArbR, § 9 Rn. 148; *Knöfel*, RdA 2006, 269, 276; *Mauer*, IPRax 2003, 21, 25.

365 BAG NZA 2011, 1143, 1147 (4. Leitsatz und Rn. 45); *von Hein*, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 46.

Mankowski zu einer „zeitlichen Segmentierung“³⁶⁶ oder zu einem „Mosaikprinzip in zeitlicher Hinsicht“³⁶⁷: Das anzuwendende Recht sei für jede Etappe des Arbeitsverhältnisses separat zu bestimmen, deren Beginn durch einen neuen (dauerhaften) gewöhnlichen Arbeitsort gekennzeichnet ist.³⁶⁸ Ein rückwirkender Statutenwechsel ist bei diesem Verständnis nur durch Rechtswahl möglich. Mankowski ist der Ansicht, eine Rückwirkung von Gesetzes wegen „würde die Planungsinteressen der Parteien an der ex ante-Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts enttäuschen“.³⁶⁹ Eine Beschränkung der „Kognitionsbefugnis des Gerichts im Gerichtsstand des gewöhnlichen Arbeitsortes auf den Abschnitt des Arbeitsverhältnisses“ würde den Arbeitgeber bevorteilen, weil Arbeitnehmer nur Rechte bezüglich des letzten Abschnitts geltend machen würden.³⁷⁰ Junker nennt das von Mankowski beschriebene Phänomen zwar nicht „Segmentierung“. Er unterscheidet jedoch verschiedene „Beurteilungszeiträume“ eines Arbeitsverhältnisses, deren anzuwendendes Recht er zu unterschiedlichen „Beurteilungszeitpunkten“ bestimmen möchte. Außerdem zitiert er in diesem Zusammenhang mehrfach Mankowskis Arbeiten.³⁷¹ Deinert spricht ebenfalls nicht von einer „Segmentierung“. Er zitiert gleichwohl Junkers Ansicht und liegt auf dessen und Mankowskis Linie:

„Der maßgebliche Zeitpunkt der Anknüpfung richtet sich nach dem zu beurteilenden Sachverhalt. Entscheidend ist, wo zu dem Zeitpunkt, auf den sich der Sachverhalt bezieht (etwa eine Kündigung oder ein Haftungsfall), der gewöhnliche Arbeitsort war, mag er sich auch später oder zuvor geändert haben.“³⁷²

Ich stimme Mankowski, Junker und Deinert im Ergebnis zu. Bei Art. 8 Abs. 2 ist eine *Ex-nunc*-Wirkung des Statutenwechsels und damit eine Segmentierung anzunehmen. Während Wortlaut, Historie und Systematik keine Hinweise hierfür oder hiergegen liefern, lässt sich das durch den Zweck begründen. Insbesondere eine systematische Auslegung mit Art. 3 Abs. 2 ist nicht hilfreich. Das dortige Ergebnis ist nicht auf den vorliegenden Fall

366 Mankowski, EuZA 2017, 267, 271 f.; Mankowski, IPRax 2003, 21, 25. Ebenfalls den Begriff „segmentieren“ verwendend Mankowski, IPRax 2006, 101, 107.

367 Mankowski, IPRax 2003, 21, 25.

368 Mankowski, in EuZPR/EuIPR, Art. 21 EuGVVO Rn. 83.

369 Mankowski, IPRax 2003, 21, 25.

370 Mankowski, IPRax 2003, 21, 25.

371 Junker, in FS Heldrich, 719, 736 (in Fn. 107 insbesondere mit Verweis auf Mankowski, IPRax 2003, 21, 25).

372 Deinert, Int ArbR, § 9 Rn. 98 (mit Verweis auf Junker, in FS Heldrich, 719, 736).

übertragbar, weil der Statutenwechsel nicht auf einer Rechtswahl beruht. Der übereinstimmende Parteiwille hinsichtlich des gewöhnlichen Arbeitsorts ist insoweit nicht mit der Rechtswahlvereinbarung vergleichbar, weil er sich nicht auf das anzuwendende Recht bezieht. Man kann ihm daher kein Erklärungswert für die Wirkungsweise des Statutenwechsels zuschreiben.

Der Zweck des Art. 8 Abs. 2 spricht für eine *Ex-nunc*-Wirkung: Das Arbeitsverhältnis ist in besonderem Maß von seinem sozialen, gesellschaftlichen und politischen Umfeld abhängig und beeinflusst. Dieses Umfeld verändert sich bei Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts lediglich für die Zukunft und nicht rückwirkend. Für die ehemaligen gewöhnlichen Arbeitsorte bleibt das ehemalige Umfeld prägend und damit maßgeblich. Darüber hinaus würde das Prinzip der engsten Verbindung für alle Phasen des Arbeitsverhältnisses außer der des letzten gewöhnlichen Arbeitsorts verfehlt (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21). Vor diesem Hintergrund kann ich auch *Mankowskis* Argumentation zu den Planungsinteressen der Parteien zustimmen. Die Frage nach den Parteierwartungen kann man ausnahmsweise ohne empirische Untersuchung zuverlässig beantworten, weil es lediglich um die Rechtsfolgen eines Statutenwechsels geht (Gebot berechenbarer Kollisionsnormen, Erwägungsgrund 16 S. 1). Sobald tatbestandlich feststeht, dass ein Statutenwechsel eintritt, rechnen die Vertragsparteien eher mit einer *Ex-nunc*-Wirkung als einer *Ex-tunc*-Wirkung (zuvor ab S. 152). Meines Erachtens liegt für sie die chronologisch-segmentierende Geltung zweier Statute näher als die rückwirkende Geltung des neuen Statuts. Zum einen erfordert letzteres einen höheren juristisch-dogmatischen Abstraktionsgrad. Zum anderen haben die Vertragsparteien ihr vergangenes Verhalten am damals geltenden Statut ausgerichtet und möchten nun keine rückwirkende rechtliche Neubewertung dieses vergangenen Verhaltens. Die Vertragsparteien richten sich nach dem *jeweils* aktuellen sozialen, gesellschaftlichen und politischen Umfeld. Darüber hinaus rechnen sie nicht mit einer rückwirkenden Unwirksamkeit des Vertrags. Vor diesem Hintergrund wird auch der übrige Rechtsverkehr eine *Ex-nunc*-Wirkung erwarten, weshalb die Erwägung der Rechtssicherheit ebenfalls für dieses Ergebnis spricht (ebenfalls Erwägungsgrund 16 S. 1 Rom I-VO). Nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch der übrige Rechtsverkehr verlassen sich darauf, dass sich das anzuwendende Recht nicht rückwirkend seit dem Vertragsschluss ändert. Das gilt insbesondere angesichts der absoluten Wirkung eines *Ex-tunc*-Statutenwechsels unter der Rom I-VO, die insbesondere zur rückwirkenden Unwirksamkeit des Vertrags führen kann (zuvor ab S. 152 und nachfolgend ab S. 318).

Ich bin folglich der Auffassung, dass eine Änderung des gewöhnlichen Arbeitsorts einen Statutenwechsel zur Folge hat, der *ex nunc* wirkt. Allein diese Einstufung gibt jedoch noch keinen hinreichenden Aufschluss über die praktischen Folgen – ebenso wenig wie die Beschreibung der zeitlichen Segmentierung des anzuwendenden Rechts. Die konkreten Folgen der *Ex-nunc*-Wirkung untersucht daher ausführlich ein späterer Abschnitt (nachfolgend ab S. 304).

(2) Kein Günstigkeitsprinzip analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO

Von Hein schlägt vor, bei einem Statutenwechsel infolge der Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO analog anzuwenden.³⁷³ Dieser normiert, dass ein Statutenwechsel infolge nachträglicher Rechtswahl den Vertrag nicht formungültig werden lassen oder Rechte Dritter verschlechtern darf. Rechte Dritter treten vor allem auf bei Verträgen zugunsten Dritter, Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, zugunsten von Bürgen, Altgläubigern oder Schuldner bei Abtretungen und zugunsten von Pfändungsgläubigern.³⁷⁴ Im Kontext von Art. 8 Abs. 2 ist vor allem eine Schutzwirkung zugunsten Dritter oder der Rechte von Pfändungsgläubigern vorstellbar. Darüber hinaus könnte der Statutenwechsel die Formwirksamkeit des Arbeitsvertrags infrage stellen. Nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 S. 2 ist er nur bei der subjektiven Anknüpfung anzuwenden. Mithin steht eine analoge Anwendung über seinen Wortlaut hinaus im Raum. Hierzu ist es erforderlich den Willen des EU-Gesetzgebers anhand einer umfassenden Auslegung zu ermitteln (zuvor ab S. 103).

Art. 8 Abs. 2 spricht gegen eine analoge Anwendung: Er verweist nicht auf Art. 3 Abs. 2 S. 2, obwohl er einen Statutenwechsel bei dauerhafter Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts ausdrücklich anordnet. Aus meiner Sicht wäre zu erwarten, dass der EU-Gesetzgeber in Art. 8 Abs. 2 einen Verweis aufnimmt, sofern Art. 3 Abs. 2 S. 2 gelten sollte. Das gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass ihm die Problematik bewusst war und Art. 8 Abs. 2 als objektive Anknüpfung einen wesentlichen systematischen Unterschied zur subjektiven Anknüpfung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 aufweist. Ohne Andeutung in Art. 8 Abs. 2 oder einen entsprechenden Erwägungsgrund kann man meines Erachtens von Art. 3 Abs. 2 S. 2 nicht auf einen allgemeinen Grundsatz schließen. Außerdem spricht in systematischer Hinsicht der

373 Von Hein, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 46.

374 Statt vieler nur Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 221 mwN.

Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts gegen eine analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 2 S. 2. Die Analogie würde zu einer Aufspaltung des Vertragsstatuts bei der Formwirksamkeit von Verträgen und bei den Rechten Dritter führen. Zwar könnte man einwenden, dass der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung bereits zuvor durch den Statutenwechsel durchbrochen wurde. Das rechtfertigt jedoch keine weitere Ausnahme. Nur deshalb, weil ein Grundsatz einmal durchbrochen wurde, ist er nicht generell aufgehoben. Vielmehr greift die Ausnahme nur so weit, wie unbedingt notwendig. Vorliegend würde die Ausnahme auch nicht das Prinzip der engsten Verbindung im Sinne der Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 verwirklichen, weil Art. 3 Abs. 2 S. 2 lediglich die Formwirksamkeit fördern und dem Drittschutz dienen möchte (Regel-Ausnahme-Verhältnis, zuvor ab S. 152).

Des Weiteren entsprechen die konkreten Folgen der *Ex-nunc*-Wirkung weitgehend Art. 3 Abs. 2 S. 2. Zum einen kann grundsätzlich keine Formunwirksamkeit eintreten, weil insoweit weiterhin das ursprüngliche Statut fortgilt. Das neue Statut ist nur ausnahmsweise maßgeblich, wenn die Vertragsparteien nachträglich den Anknüpfungsgegenstand ändern (nachfolgend ab S. 323). Dem Grundsatz nach entspricht eine *Ex-nunc*-Wirkung damit Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1. Zum anderen bleiben bereits entstandene vertragliche Rechte und Pflichten erhalten. Für sie gilt bei der *Ex-nunc*-Wirkung ihr Entstehungsstatut fort (nachfolgend ab S. 331).

Schließlich streitet in teleologischer Hinsicht der Arbeitnehmerschutz gegen eine Analogie: Art. 3 Abs. 2 S. 2 verfolgt den Zweck, die Formgültigkeit von Verträgen und die Rechte Dritter angesichts einer Rechtswahl der Vertragsparteien zu bewahren. Sie bezieht sich damit auf die subjektive und nicht die objektive Anknüpfung. Im Fall der objektiven Anknüpfung des Art. 8 Abs. 2 hat der EU-Gesetzgeber die Interessen der Vertragsparteien und Dritter bereits final abgewogen und die Anknüpfung entsprechend ausgestaltet. Er hat die Abwägung der Interessen allgemeingültig vorweggenommen. Im Fall der subjektiven Anknüpfung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 ist eine Vorwegnahme der Abwägung nicht möglich, weil die Rechtswahl den Vertragsparteien umfassende Dispositionsbefugnisse einräumt. Konkret: Sie können das anzuwendende Recht ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Anknüpfungsmoment wählen. Angesichts dieses Unterschieds ist der dynamisierte Schutz des Art. 3 Abs. 2 S. 2 bei einer objektiven Anknüpfung nicht angezeigt: Eine etwaige Formunwirksamkeit des Vertrags oder eine Beeinträchtigung der Rechte Dritter beruht nicht auf einer Parteidisposition, sondern einer Entscheidung des EU-Gesetzgebers.

Im Ergebnis handelt es sich daher bei Art. 3 Abs. 2 S. 2 um eine Spezialregelung für einen abgeschlossenen Sonderfall. Eine analoge Anwendung im Rahmen des Art. 8 Abs. 2 liegt nicht im Sinne des EU-Gesetzgebers.

(3) Verschiebung des Normendurchgriffs

Ein Statutenwechsel kann dazu führen, dass die zwingenden Sachnormen eines anderen als des ursprünglichen Staates trotz der Rechtswahl durchgreifen (Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO). Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Die Vertragsparteien wählen im Rahmen eines Arbeitsvertrags deutsches Recht. Zu Beginn liegt der (dauerhafte) gewöhnliche Arbeitsort in Belgien, nach einiger Zeit verlegen die Vertragsparteien ihn jedoch nach Frankreich. Greifen nun zwingende französische Sachnormen trotz der Rechtswahl durch oder weiterhin belgische? Meines Erachtens ändert der Statutenwechsel ebenfalls die durchgreifenden Sachnormen (nachfolgend ab S. 170). Die Änderung des gewöhnlichen Arbeitsorts hat einen kollisionsnorminternen Statutenwechsel innerhalb des Art. 8 Abs. 2 zu Folge, seine erstmalige Vereinbarung einen kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel zwischen Art. 8 Abs. 3/4 und Abs. 2 (zu beiden Fällen zuvor ab S. 155). Beide Statutenwechsel können die durchgreifenden Sachnormen gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 2 verschieben, weil dieser auf das Statut nach Abs. 2–4 verweist.

c. Verhältnis zwischen Rechtswahl und objektiven Statutenwechseln

aa. Grundsatz: Vorherige Rechtswahl unberührt von objektiven Statutenwechseln

Eine etwaige Rechtswahl hat Vorrang vor der objektiven Bestimmung des anwendbaren Rechts – das ordnet die Rom I-VO mehrfach ausdrücklich an (Art. 4 Abs. 1 Einleitungssatz, Art. 5 Abs. 1–3, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2, Abs. 3, Art. 8 Abs. 1 und 2 Rom I-VO). Dieser Grundsatz gilt auch bei einer Veränderung nach Vertragsschluss, welche die ursprüngliche objektive Anknüpfung verschiebt. Man kann sie als „objektive Statutenwechsel“ bezeichnen – im Gegensatz zu „subjektiven Statutenwechseln“, die auf einer Rechtswahl beruhen. Die Gewährleistung und der Schutz der Parteiautonomie sind fundamentale Interessen des IPR und der Rom I-VO – das zeigen Erwägungsgrund 11 und Art. 4–8. Dies gilt selbst dann, wenn der

objektive Statutenwechsel auf einer einvernehmlichen Änderung beruht – solange das Einvernehmen keiner konkludenten Änderung der Rechtswahl entspricht. Der maßgebliche Abgrenzungsmaßstab liegt darin, ob die Parteien ihrem Einvernehmen nach das anzuwendende Recht verändern möchten oder nicht. Hierfür ist insbesondere ein beidseitiger Rechtswahlwille nötig. Dem Grundsatz nach ist daher die Rechtswahl vorrangig und ein nachträglicher objektiver Statutenwechsel nicht zu berücksichtigen. Das ist vor allem für die Normen relevant, welche die Rechtswahl einschränken. Sie beschränken entweder das wählbare Recht auf bestimmte Optionen oder verhelfen den zwingenden Sachnormen der objektiven Anknüpfung unabhängig vom gewählten Recht zur Geltung („Optionsbeschränkungen“ in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 oder „Normendurchgriffen“ in Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2). Ein objektiver Statutenwechsel könnte diese Optionsbeschränkungen und Normendurchgriffe verschieben oder erstmals eingreifen lassen. Soweit ersichtlich verhalten sich die Rechtsprechung und Literatur nicht zu diesen Fragestellungen.

bb. Grundsatz: Änderung der Optionsbeschränkungen nicht zu berücksichtigen – Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Rom I-VO

Eine Rechtswahl wird nicht dadurch unwirksam, dass sich durch einen objektiven Statutenwechsel die Optionsbeschränkungen nachträglich ändern – das heißt verschieben oder erstmalig anzuwenden sind (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Rom I-VO Rom I-VO). Die Optionsbeschränkungen sind im Zeitpunkt der Rechtswahl zu prüfen. Ein nachfolgender objektiver Statutenwechsel ist unerheblich. Ändern die Parteien beispielsweise nach dem Vertragsschluss den Abgangs- oder Bestimmungsort, tritt zwar auf Ebene der objektiven Anknüpfung ein Statutenwechsel ein (kollisionsnorminterner Statutenwechsel innerhalb von Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1, nachfolgend ab S. 203). Gleichwohl macht die damit einhergehende Verschiebung der Optionsbeschränkung in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. d oder e eine vorherige Rechtswahl nicht unwirksam. Das gilt sowohl für kollisionsnorminterne als auch -übergreifende objektive Statutenwechsel. Letztere führen zwar dazu, dass die Optionsbeschränkungen erstmals einschlägig sind. Sie sind jedoch ebenfalls unbeachtlich.

Dies ergibt eine Auslegung der Optionsbeschränkungen in den Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1. Der Wortlaut beider Normen spricht dafür, objektive Statutenwechsel nicht zu berücksichtigen: Er be-

zieht sich nicht auf die Wirksamkeit der Rechtswahl generell, sondern zum Zeitpunkt der Rechtswahl – „können die Parteien im Einklang mit Artikel 3 nur das Recht des Staates wählen“ und „dürfen die Parteien nur die folgenden Rechte im Einklang mit Artikel 3 wählen“. Hingegen ist der Wortlaut nicht „die Rechtswahl darf nicht dazu führen, dass“ ein anderes Recht anzuwenden ist – wie bei den Normendurchgriffen in Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2. Dieser Unterschied im Wortlaut spricht gleichzeitig für eine unterschiedliche Auslegung der Optionsbeschränkungen und Normendurchgriffen. Die englischen und französischen Sprachfassungen sind in dieser Hinsicht identisch mit der deutschen.

Systematisch könnte man die Normendurchgriffe dafür anführen, objektive Statutenwechsel zu berücksichtigen (Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2). Ihre Auslegung ergibt, dass sie objektive Statutenwechsel auch nach der Rechtswahl berücksichtigen (nachfolgend ab S. 170). Jedoch rechtfertigen der unterschiedliche Wortlaut und Zweck eine unterschiedliche Auslegung. Der Unterschied im Zweck liegt in der Abwägung des Schwächerechtschutzes gegenüber der Berechenbarkeit der Kollisionsnormen: Würde man bei den Optionsbeschränkungen objektive Statutenwechsel berücksichtigen, könnte das zur Unwirksamkeit der Rechtswahl führen. Das widerspräche den Parteierwartungen und damit der Berechenbarkeit. Zwar ist die Berechenbarkeitsanforderung meist nicht bestimmbar, weil die Parteierwartungen nicht offenkundig sind und keine empirischen Untersuchungen über sie vorliegen – die Vertragsparteien machen sich zumeist keine Gedanken über das anzuwendende Recht (zuvor ab S. 115). Das ist jedoch nicht der Fall, sofern eine Rechtswahl vorliegt. Dann haben sich die Vertragsparteien nachweislich zumindest einmal Gedanken über das anzuwendende Recht gemacht und ihre Erwartungen fixiert. Diese feststehende Parteierwartung darf man aufgrund der Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen nicht untergraben. Die Parteien wollen sie lediglich durch eine erneute Erwartungsbildung in der Form einer nachträglichen Rechtswahl revidieren. Darüber hinaus spricht eine systematische Auslegung mit Art. 3 gegen die Berücksichtigung eines objektiven Statutenwechsels. Er zeigt in Verbindung mit den Art. 4–8, dass die subjektive Anknüpfung in Gestalt der Rechtswahl grundsätzlich vorrangig gegenüber der objektiven Anknüpfung und damit auch einem objektiven Statutenwechsel ist. Schließlich spricht Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. c gegen die Berücksichtigung eines objektiven Statutenwechsels im Rahmen der Optionsbeschränkungen. Er erlaubt bei Versicherungsverträgen über Massenrisiken die Rechtswahl zugunsten des Rechts des Mitgliedstaats dessen Staatsangehörigkeit der Versicherungsnehmer hat. Das ist wohlgermerkt die einzige Stelle, an der die Rom I-VO die

Staatsangehörigkeit überhaupt nennt. Würden nun Veränderungen nach Abschluss der Rechtswahl berücksichtigt, müsste man auch einen Wechsel der Staatsangehörigkeit berücksichtigen. Einen solchen Wechsel kann man jedoch einseitig herbeiführen. Folglich könnte der Versicherungsnehmer einseitig die Rechtswahl ihrer Wirksamkeit berauben. Meines Erachtens ist jegliche einseitige Änderung außerstande, das anzuwendende Recht unter der Rom I-VO zu beeinflussen (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297).

cc. Erste Ausnahme: Änderung der Optionsbeschränkungen zugunsten einer Heilung zu berücksichtigen – Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Rom I-VO

Ein objektiver Statutenwechsel im Rahmen der Optionsbeschränkungen ist ausnahmsweise dann beachtlich, wenn er zur Heilung einer zuvor unwirksamen Rechtswahl führt (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Rom I-VO). Dann ist es zu berücksichtigen, wenn sich die Optionsbeschränkungen verschieben oder entfallen. Das ist insbesondere bei kollisionsnormübergreifenden disqualifizierenden Statutenwechseln der Fall. Die Parteien könnten einen Personenbeförderungsvertrag nachträglich zu einem Sachmietvertrag ändern, zum Beispiel durch Abbuchen eines Fahrers für ein Kraftfahrzeug (nachfolgend ab S. 272). Dann gilt Art. 4 Abs. 2 anstelle des Art. 5 Abs. 2 und dessen Optionsbeschränkungen in UAbs. 2. Aber auch kollisionsnorminterne oder kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel sind zu berücksichtigen. Sie sind beispielsweise bei einer Verlegung des Abgangs- oder Bestimmungsorts oder der Änderung eines Personen- in einen Güterbeförderungsvertrags denkbar (nachfolgend ab S. 198 und 203). Dann verschieben sich die Optionsbeschränkungen des Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. d, e oder entfallen komplett.

Meines Erachtens möchte die Rom I-VO die Heilung einer ursprünglich unzulässigen Rechtswahl. Auf den ersten Blick spricht in systematischer Hinsicht Art. 3 Abs. 1, 2 und 5 dafür, den Zeitpunkt der Rechtswahl als maßgeblich anzusehen. Er ist entscheidend dafür, ob die Rechtswahl materiell wirksam zustande gekommen ist.³⁷⁵ Eine nachträgliche Rechtswahl ist im Zeitpunkt ihres Abschlusses zu beurteilen. Darüber hinaus stellt Art. 3 in seinen Abs. 3 und 4 ausdrücklich auf den „Zeitpunkt der Rechtswahl“ ab, um die Tatbestände des Inlands- und Unionssachverhalts zu beurteilen. Auf den zweiten Blick widersprechen diese Erwägungen einer Heilung jedoch

375 Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 140 mwN.

nicht. Das materiell wirksame Zustandekommen der Rechtswahl gemäß den Art. 3 Abs. 1, 2 und 5 muss sich im Zeitpunkt ihres Abschlusses bestimmen. Das gilt insbesondere für den Rechtswahlwillen und die Einigung. Andernfalls fehlt die Basis für eine Heilung. Auch die Abs. 3 und 4 greifen lediglich bei einer wirksamen Rechtswahl. Daher deutet ihr Zweck dahin, die Heilung einer Rechtswahl zu berücksichtigen.

Die Rechtswahl nimmt im System der Rom I-VO eine hervorstechende Stellung ein: Sie gilt vorrangig bei allen Vertragstypen (Art. 4 Abs. 1 Einleitungssatz, Art. 5 Abs. 1–3, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2, Abs. 3, Art. 8 Abs. 1 und 2). Erwägungsgrund 11 beschreibt sie als einen „der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse“. Des Weiteren ist eine Rechtswahl formfrei möglich. Das offenbart, dass die Rom I-VO den Abschluss und Bestand von Rechtswahlen fördern will. Darüber hinaus zeigen die Normendurchgriffe bei reinen Inlands- und Unionssachverhalten, dass eine Rechtswahl weitgehend zulässig sein soll (Art. 3 Abs. 3 und 4). Sie erachten auch in diesen Konstellationen eine Rechtswahl als zulässig. Es greift dann lediglich das entsprechende Inlands- oder Unionsrechts durch. Hingegen ordnet die Rom I-VO in diesen Fällen nicht die Unzulässigkeit der Rechtswahl an. Dasselbe zeigen die Normendurchgriffe bei Verbraucher- und Individualarbeitsverträgen (Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1). Die Gestaltung der Kollisionsnormen für diese Verträge belegt, dass der EU-Gesetzgeber sie als besonders sensibel erachtet. Dennoch hat er sich dafür entschieden, eine abweichende Rechtswahl nicht zu kassieren. Die systematische Auslegung der Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 streitet mithin dafür, eine Heilung zuzulassen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die allgemeine teleologische Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen aus Erwägungsgrund 16 S.1 zu sehen: Zwar könnte man einwenden, dass die Parteien die unzulässige Rechtswahl erkennen würden und ihr Verhalten deshalb am objektiven Statut ausrichten könnten. Sie würden dann nicht mit einer nachträglichen Heilung der Rechtswahl rechnen. Mit was die Parteien in einem derartigen Fall überwiegend rechnen, ist mangels einer empirischen Untersuchung nicht eindeutig bestimmbar (zuvor ab S. 115). Meines Erachtens stuft die Rom I-VO jedoch ein Vertrauen auf eine unzulässige Rechtswahl als nicht schutzwürdig ein. Ihre Regelungssystematik spricht dafür, materiell wirksam zustande gekommenen Rechtswahlen möglichst weitgehende Wirkung zukommen zu lassen. Der Rechtswahlwille und die Einigung darüber gelten fort, solange kein entgegenstehender übereinstimmender Wille ersichtlich ist. Für einseitiges Taktieren ist nach der materiellen Einigung kein Raum. Im Gegensatz dazu kann eine nachträgliche Veränderung eine ursprünglich

unwirksame Rechtswahl nicht heilen, wenn sie materiell nicht wirksam zustande gekommen ist. Mangels eines Rechtswahlwillens oder einer Einigung fehlt dann die Basis für eine Heilung – die materiell wirksam zustande gekommene Rechtswahl.

In diesem Kontext ergibt sich noch ein besonderes Phänomen: Eine nachträgliche Veränderung heilt eine ursprünglich unzulässige Rechtswahl auch dann, wenn sie lediglich die ursprünglich nicht erfüllte Optionsbeschränkung verschiebt und darüber hinaus nicht zu einem objektiven Statutenwechsel führt. Das gilt insbesondere dann, wenn eine Vertragspartei ihren gewöhnlichen Aufenthalt verlegt oder ihre Staatsangehörigkeit ändert (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a, b, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b, c und e). Zwar handelt es sich dabei um einseitige Veränderungen. Sie sind jedoch ausnahmsweise zu berücksichtigen, sofern sie auf eine materiell wirksam zustande gekommene und damit übereinstimmende Rechtswahl treffen. Wie eingangs dargestellt perpetuiert die Rom I-VO einen derartigen Konsens und möchte ihm weitgehend zur Wirksamkeit verhelfen.

dd. Zweite Ausnahme: Änderung der Normendurchgriffe zu berücksichtigen – Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO

Darüber hinaus erachte ich einen objektiven Statutenwechsel trotz einer vorherigen Rechtswahl für beachtlich, wenn er einen Normendurchgriff verschiebt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO). Mit anderen Worten: Bei den Normendurchgriffen sind objektive Statutenwechsel zu berücksichtigen. Ändert sich beispielsweise nach dem Vertragsschluss der gewöhnliche Arbeitsort, tritt auf objektiver Anknüpfungsebene ein Statutenwechsel zugunsten des neuen gewöhnlichen Arbeitsorts ein (kollisionsnorminterner Statutenwechsel innerhalb von Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 155). Meines Erachtens greifen infolgedessen auch die zwingenden Sachnormen am neuen gewöhnlichen Arbeitsort durch (Art. 8 Abs. 1 S. 2). Ein weiteres Beispiel wäre ein selbständiger Berater, dessen Vertrag nachträglich zu einem Arbeitsvertrag wird – etwa deshalb, weil er allmählich in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert wird. Während auf den ursprünglichen Vertrag ohne Rechtswahl Art. 4 Abs. 1 lit. b anzuwenden war, unterliegt der Arbeitsvertrag Art. 8.³⁷⁶ Der Anknüpfungsgegenstand verschiebt sich (kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel, nachfolgend ab

376 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22 mwN.

S. 290). Es wären dann die zwingenden arbeitsrechtlichen Schutznormen zu beachten (Art. 8 Abs. 1 S. 2).

Die herrschende Ansicht erachtet bei Verbraucherverträgen abermals den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als maßgeblich für die Bestimmung der Rechtsordnung, der die durchgreifenden zwingenden Normen zu entnehmen sind (Art. 6 Abs. 2 S. 2).³⁷⁷ Sie scheint dabei aber lediglich die Konstellation der nachträglichen Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts im Blick zu haben³⁷⁸ – was nicht verwunderlich ist, wenn man bedenkt, dass Statutenwechsel fernab von Veränderungen des Anknüpfungsmoments kaum Beachtung finden. Insoweit normiert jedoch Art. 19 Abs. 3 ausnahmsweise ausdrücklich die Unwandelbarkeit. Auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung stellt sie lediglich für die Prüfung ab, ob die durchgreifenden zwingenden Normen für den Verbraucher günstiger sind als die des objektiven Statuts (sogenannter „Günstigkeitsvergleich“).³⁷⁹ Hingegen ist die Wandelbarkeit auch des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Arbeitsort“ bei Individualarbeitsverträgen anerkannt (Art. 8 Abs. 1 S. 2). Daher soll man nicht nur für den Günstigkeitsvergleich auf den späteren Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abstellen.³⁸⁰ Vielmehr soll man auch einen objektiven Statutenwechsel bei der Bestimmung der Rechtsordnung berücksichtigen, der die durchgreifenden zwingenden Sachnormen zu entnehmen sind.³⁸¹

Die Auslegung der Normendurchgriffe in Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 spricht für eine Berücksichtigung jedes objektiven Statutenwechsels. Ihre Wortlaute beziehen sich generell darauf, dass die Rechtswahl nicht zur Umgehung der zwingenden Sachnormen des objektiven Statuts führen darf („Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher [oder Arbeitnehmer] der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das [...] mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“).

377 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 65 mwN; *Magnus*, in Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 147. Nicht eindeutig *Leible*, in Hufstege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 68.

378 Ausdrücklich *Limbach*, in jurisPK-BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 64.

379 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 65 mwN; *Leible*, in Hufstege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 68; *Magnus*, in Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 147. AA *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 262.

380 *Magnus*, in Staudinger, Art. 8 Rom I-VO Rn. 89; *Doehner*, in Hufstege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 19.

381 *Magnus*, in Staudinger, Art. 8 Rom I-VO Rn. 89; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 45.

Systematisch spricht zwar die entgegengesetzte Auslegung der Optionsbeschränkungen dagegen, einen objektiven Statutenwechsel bei den Normendurchgriffen zu berücksichtigen. Die konträre Auslegung ist jedoch aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts und Zwecks gerechtfertigt (zuvor ab S. 166). Auch die allgemeinen Normendurchgriffe zugunsten des Inlands- oder Unionsrechts bei jeder Rechtswahl sprechen gegen eine Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen, denn sie stellen auf die Situation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab (Art. 3 Abs. 3 und 4). Ihr Bezugspunkt ist jedoch keine objektive Anknüpfung wie in Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1. Jene stellen einen Bezug zu den objektiven Anknüpfungen in Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2–4 her. Hingegen gibt es bei Art. 3 Abs. 3 und 4 keinen derartigen Bezug. Man könnte somit nur einwenden, dass sie die nachträgliche Veränderung des ausschließlichen Inlands- oder Unionsbezugs nicht berücksichtigen – unabhängig von einem Bezug zu einer objektiven Anknüpfung. Verschieben sich nach der Rechtswahl alle Elemente des Sachverhalts in einen anderen Mitgliedstaat oder aus der EU heraus, verschiebt sich der Normendurchgriff nicht. Art. 3 Abs. 3 und 4 stellen ausdrücklich auf die Elemente des Sachverhalts „zum Zeitpunkt der Rechtswahl ab“. Die Lage ist daher ähnlich wie bei der Optionsbeschränkung auf die Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers bei Lebensversicherungsverträgen (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. c). Sie bezieht sich ebenfalls nicht auf eine objektive Anknüpfung, weil Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 die Staatsangehörigkeit nicht als Anknüpfungsmoment beruft. Eine nachträgliche Änderung der Staatsangehörigkeit erachte ich nur ausnahmsweise zugunsten einer Heilung der Rechtswahl als beachtlich (zuvor ab S. 168). Die unterschiedliche Auslegung der Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 beruht jedoch auch auf deren speziellen Schutzzwecken und Tatbestandsmerkmalen, die anfälliger für nachträgliche Veränderungen sind: Der gewöhnliche Aufenthalt, gewöhnliche Arbeitsort oder die engere Verbindung verändert sich häufiger als „alle anderen Elemente des Sachverhalts“ außer der Rechtswahl.

Auch die teleologische Auslegung der Normendurchgriffe spricht dafür, den zwingenden Sachnormen des neuen Statuts zur Geltung zu verhelfen. Die Berücksichtigung des objektiven Statutenwechsels kann unter den Normendurchgriffen nicht zur Unwirksamkeit der Rechtswahl führen – im Gegensatz zu den Optionsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1, zuvor ab S. 166). Eine Verschiebung der Normendurchgriffe kann daher nicht die Forderung der Rom I-VO nach berechenbaren Kollisionsnormen untergraben (Erwägungsgrund 16 S. 1). Die in der Rechtswahl fixierte Parteierwartung bleibt erhalten. Meines Erachtens ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien mit der Rechtswahl auch die zwingenden

Sachnormen fixieren möchten oder davon ausgehen diese zu fixieren. Vielmehr möchten und erwarten sie, nur das anzuwendende Recht zu fixieren. Aus diesem Grund setzt sich der Schwächerenschutz gegenüber der Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen durch.

Neben der eingangs dargestellten Konstellation eines kollisionsnorminternen Statutenwechsels, sind auch Änderungen der Normendurchgriffe aufgrund kollisionsnormübergreifender gleichrangiger, qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel zu berücksichtigen. Die Änderung der Anknüpfungsmomente „gewöhnlicher Arbeitsort“ oder „offensichtlich engere Verbindung“ kann einen kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel zwischen Art. 8 Abs. 2–4 zur Folge haben, wenn sie sich gegenseitig oder die einstellende Niederlassung ablösen. Dementsprechend kann sich der Normendurchgriff in Art. 8 Abs. 1 S. 2 nachträglich verschieben. Beim Normendurchgriff des Art. 6 Abs. 2 S. 2 ist ein derartiger Statutenwechsel hingegen nicht möglich, weil Art. 6 nur eine Kollisionsnorm enthält. Ein qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel kann die Normendurchgriffe nur beeinflussen, sofern er die Anknüpfungsperson oder den Anknüpfungsgegenstand ändert (nachfolgend ab S. 212 und 259).

d. Ergebnisse: Jedenfalls zwei Anknüpfungsmomente ausdrücklich wandelbar

Die vorherigen Abschnitte haben gezeigt, dass jedenfalls zwei Anknüpfungsmomente der Rom I-VO wandelbar sind: Im Fall der nachträglichen Rechtswahl und des dauerhaften Wechsels des gewöhnlichen Arbeitsorts ordnet sie einen Statutenwechsel ausdrücklich an (Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 145 und 155). Es zeigt sich, dass sowohl das subjektive als auch das objektive Vertragsstatut wandelbar sein können – zumindest dann, wenn ein Anknüpfungselement einvernehmlich definiert ist. Eine Wandelbarkeit ist mithin auf beiden Ebenen möglich. Dabei können sowohl kollisionsnorminterne als auch kollisionsnormübergreifende Statutenwechsel eintreten. Das heißt, dass das neue Statut nicht stets nach der ursprünglichen Kollisionsnorm zu bestimmen ist. Vielmehr kann eine andere Kollisionsnorm einschlägig sein – zum Beispiel Art. 8 Abs. 2 anstelle des Abs. 3, sofern die Vertragsparteien den gewöhnlichen Arbeitsort erstmals nachträglich festlegen (kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel). Oder Art. 3 anstelle der Art. 4–8, wenn die Parteien nachträglich erstmals eine Rechtswahl treffen (kollisionsnormübergreifender quali-

fizierender Statutenwechsel). Umgekehrt können die Art. 4–8 einschlägig werden, wenn die Rechtswahl nachträglich entfällt (kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel).

Die Rechtsfolgen eines Statutenwechsels divergieren bei der nachträglichen Rechtswahl und der nachträglichen Änderung des gewöhnlichen Arbeitsorts: Im ersten Fall entscheidet nach der zutreffenden herrschenden Ansicht die Auslegung der Rechtswahlvereinbarung, ob der Statutenwechsel *Ex-nunc*- oder *Ex-tunc*-Wirkung hat. Oftmals wird das zu einer *Ex-tunc*-Wirkung der nachträglichen Rechtswahl führen. Im Zweifel ist meines Erachtens jedoch eine *Ex-nunc*-Wirkung anzunehmen (Art. 3 Abs. 2, zuvor ab S. 152). Im zweiten Fall, der Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts, stimme ich der herrschenden Ansicht zu, die stets eine *Ex-nunc*-Wirkung annimmt (Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 160). Im letzteren Fall erhält die Rom I-VO die Formwirksamkeit und Rechte Dritter zwar nicht analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 aufrecht. Die konkreten Folgen der *Ex-nunc*-Wirkungen entsprechen dem jedoch weitgehend (zuvor ab S. 152).

Schließlich hat die Untersuchung des Verhältnisses zwischen einem objektiven Statutenwechsel und einer Rechtswahl gezeigt, dass letztere grundsätzlich vorrangig ist (zuvor ab S. 165). Das gilt insbesondere, wenn sich durch den objektiven Statutenwechsel die Optionsbeschränkungen nachträglich ändern (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt dann, wenn die Veränderung der Optionsbeschränkung zur Heilung einer zuvor unwirksamen Rechtswahl führt. Eine weitere Ausnahme gilt generell bei einer Änderung der zwingenden Sachnormen durch einen nachträglichen objektiven Statutenwechsel (Normendurchgriffe). Insoweit ist eine Verschiebung stets zu berücksichtigen (Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2).

5. Wandelbarkeit aufgrund Auslegung

a. Anknüpfungsmoment „engere Verbindung“ – Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO

aa. Wandelbarkeit aufgrund Auslegung

Die Anknüpfung an die engere Verbindung bei Individualarbeitsverträgen berücksichtigt nach dem EuGH und der herrschenden Literaturansicht

Umstände nach Vertragsschluss (Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO).³⁸² Das Anknüpfungsmoment lässt mithin einen Statutenwechsel zu und ist daher wandelbar. Der EuGH beschränkte sich in *Voogsgeerd* zwar noch auf die Umschreibung „andere Umstände bezüglich des Arbeitsverhältnisses“.³⁸³ In *Schlecker* bezog er sich jedoch auf „sämtliche Gesichtspunkte [...], die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen“. Darüber hinaus nannte er hier ausdrücklich das „Land, in dem der Arbeitnehmer Steuern und Abgaben auf die Einkünfte aus seiner Tätigkeit entrichtet und das Land, in dem er der Sozialversicherung und den diversen Renten-, Gesundheit- und Erwerbsunfähigkeitsregelungen angeschlossen ist“. Schließlich ordnete er an, dass „auch die gesamten Umstände des Falles wie u. a. die Parameter, die mit der Bestimmung des Gehalts und der Arbeitsbedingungen zusammenhängen“ zu berücksichtigen seien.³⁸⁴ Diese Ansicht des EuGH steht im diametralen Gegensatz zur herrschenden Ansicht, welche die engere Verbindung als unwandelbar ansieht (Art. 4 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2, zuvor ab S. 174). Der EuGH nennt außer dem Ziel des Schutzes des Arbeitnehmers und dem Prinzip der engsten Verbindung³⁸⁵ keine Argumente für die Wandelbarkeit des Anknüpfungsmoments „engere Verbindung“. Seine Ausführungen drehen sich vielmehr darum, dass Abs. 4 eine Ausweichnorm sowohl zur Grundnorm in Abs. 2 (gewöhnlicher Arbeitsort) als auch zur subsidiären Grundnorm in Abs. 3 (einstellende Niederlassung) ist.³⁸⁶ Deshalb ist zunächst das Statut nach den Abs. 2 und 3 zu bestimmen, bevor eine engere Verbindung anhand der Gesamtumstände zu prüfen ist.³⁸⁷

Neben dieser teleologischen Auslegung des EuGH spricht meines Erachtens der Wortlaut des Art. 8 Abs. 4 für dessen Wandelbarkeit: Die „Gesamtheit der Umstände“ eines Vertrags erfassen nicht nur die Umstände des Vertragsschlusses, sondern des gesamten vertraglichen Lebens- und Änderungszykluses und damit auch nachträgliche Veränderungen. Darüber hinaus spricht der norminterne systematische Kontext des Art. 8 für eine Wandelbarkeit des Abs. 4: Er muss wandelbar sein, weil die Anknüpfung an

382 Statt vieler nur EuGH EuZW 2012, 61, 64 (Rn. 51) – *Voogsgeerd*; EuZW 2013, 825, 827 (Rn. 37–41) – *Schlecker*; Magnus, in Staudinger, Art. 8 Rom I-VO Rn. 176 aE mwN und 177.

383 EuGH EuZW 2012, 61, 64 (Rn. 51) – *Voogsgeerd*. Bestätigend EuGH EuZW 2013, 825, 827 (Rn. 37) – *Schlecker*.

384 EuGH EuZW 2013, 825, 827 (Rn. 40 f.) – *Schlecker*.

385 EuGH EuZW 2013, 825, 827 (Rn. 33 f.) – *Schlecker*.

386 EuGH EuZW 2012, 61, 64 (Rn. 51) – *Voogsgeerd*; EuZW 2013, 825, 826, 827 (Rn. 30, 37) – *Schlecker*.

387 EuGH EuZW 2013, 825, 827 (Rn. 35 f.) – *Schlecker*.

den gewöhnlichen Arbeitsort gemäß Abs. 2 wandelbar ist (zuvor ab S. 155). Andernfalls wäre Abs. 4 entgegen seinem ausdrücklichen Tatbestand gerade nicht anwendbar, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände eine engere Verbindung „zu einem anderen als dem in Absatz 2 oder 3 bezeichneten Staat“ ergibt. Darüber hinaus hätte Abs. 4 wenig bis keinen Anwendungsbereich, weil die herrschende Ansicht Abs. 2 extensiv und Abs. 3 restriktiv auslegt.³⁸⁸ Aus letzterem Grund spricht auch die Unwandelbarkeit der Anknüpfung an die einstellende Niederlassung in Abs. 3 nicht gegen eine Wandelbarkeit von Abs. 4 (zuvor ab S. 85). Schließlich spricht aus meiner Perspektive eine normexterne systematische Auslegung mit Art. 4 Abs. 3 dafür, dass die Anknüpfung an die engere Verbindung des Art. 8 Abs. 4 wandelbar ist. Meines Erachtens ist Art. 4 Abs. 3 nämlich nicht unwandelbar, sondern wandelbar (nachfolgend ab S. 181).

Die Auslegung der Ausweichnorm für Individualarbeitsverträge ergibt mithin deren Wandelbarkeit (Art. 8 Abs. 4). Fraglich ist vor diesem Hintergrund, welche Umstände eine engere Verbindung begründen und nachträglich ändern können. Der EuGH nennt insoweit *„das Land, in dem der Arbeitnehmer Steuern und Abgaben auf die Einkünfte aus seiner Tätigkeit entrichtet, und das Land, in dem er der Sozialversicherung und den diversen Renten-, Gesundheits- und Erwerbsunfähigkeitsregelungen angeschlossen ist“*. Darüber hinaus sind alle Parameter zu berücksichtigen, die *„mit der Bestimmung des Gehalts und der Arbeitsbedingungen zusammenhängen“*.³⁸⁹ Des Weiteren haben das BAG und die Literatur personelle, räumliche und vertragliche Umstände herausgearbeitet. Hierzu zählen unter anderem die gemeinsame Staatsangehörigkeit von Arbeitgeber und -nehmer, der Sitz des Arbeitgebers, der Wohnsitz des Arbeitnehmers, die Vertragssprache, die Verwendung von Vertragsklauseln, die typisch für einen bestimmten Staat sind, die Vertragswährung und der Gerichtsstand. Der Stellenwert der (gemeinsamen) Staatsangehörigkeit ist jedoch umstritten – tendenziell ist eine überwiegende Ansicht auszumachen, die ihn als nicht ausschlaggebend ansieht.³⁹⁰

Aus der umfassenden Untersuchung der Rom I-VO ergibt sich gleichwohl eine Einschränkung für die Wandelbarkeit des Anknüpfungsmoments „engere Verbindung“ im Sinne des Art. 8 Abs. 4: Die Rom I-VO lässt nach

388 EuGH EuZW 2011, 302, 305 (Rn. 43) – *Koelzsch*; EuZW 2012, 61, 63 (Rn. 35) – *Voogsgeer*; EuZW 2013, 825, 826 (Rn. 31) – *Schlecker*. Aus der Literatur statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 8 Rn. 22 mwN.

389 EuGH EuZW 2014, 825, 827 (Rn. 41) – *Schlecker*.

390 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 80 f. mwN

dem Vertragsschluss einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unberücksichtigt (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297). Deshalb kann ein Statutenwechsel nur aufgrund einer einvernehmlichen Veränderung eintreten. Die engere Verbindung ist ein gemischtes Anknüpfungsmoment, das rechtliche und tatsächliche Umstände im Wege einer Gesamtbetrachtung berücksichtigt („Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen als dem in Absatz 2 oder 3 bezeichneten Staat aufweist [...]“). Vor diesem Hintergrund kommen als Bezugspunkte einer einvernehmlichen Veränderung insbesondere rechtlich-einvernehmliche (vertragliche) Umstände in Betracht. Von den zuvor genannten sind das die Vertragssprache, -währung, die landestypischen Vertragsklauseln und der Gerichtsstand. Die Parteien können über sie durch eine Vertragsänderung nachträglich disponieren. Die personellen oder räumlichen Umstände wie der (Wohn-)Sitz oder die gemeinsame Staatsangehörigkeit sind hingegen nicht einvernehmliche tatsächliche oder rechtliche Umstände. Sie sind regelmäßig der Parteidisposition entzogen, weil die Rom I-VO insoweit die objektive Lage als maßgeblich einstuft.

Fokussieren die Vertragsparteien den Vertrag nachträglich auf einen anderen Staat durch eine Änderung der Vertragssprache, -klauseln, -währung oder des Gerichtsstands, tritt ein Statutenwechsel ein. Das kann ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel sein, wenn zuvor bereits das ursprüngliche Statut durch die Ausweichnorm des Art. 8 Abs. 4 bestimmt wurde. Es kann sich jedoch auch um einen kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel handeln. Das ist der Fall, sofern sich das ursprüngliche Statut zuvor nach dem gewöhnlichen Arbeitsort des Abs. 2 oder der einstellenden Niederlassung des Abs. 3 bestimmt hat.

bb. Rechtsfolgen eines Statutenwechsels

(1) *Ex-nunc*-Wirkung und zeitliche Segmentierung

Fraglich ist, ob ein Statutenwechsel wegen Änderung der offensichtlich engeren Verbindung auf den Vertragsschluss zurückwirkt oder nur für die Zukunft wirkt (Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO). *Magnus* ist der Ansicht, dass kein „Statutenwechsel im eigentlichen Sinn“ vorliegt,³⁹¹ weil „der Vertrag von

391 *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4).

*Beginn an einem anderen als dem an sich indizierten Recht zuzuordnen war“.*³⁹² Spickhoff stimmt dem zu.³⁹³ Nach meinem Verständnis vertreten sie damit eine *Ex-tunc*-Wirkung – und stufen nur *Ex-nunc*-Statutenwechsel als Statutenwechsel „im eigentlichen Sinne“ ein (zuvor ab S. 98).

Ich teile diese Ansicht nicht. Vielmehr führt eine Veränderung der offensichtlichen engeren Verbindung nach dem Vertragsschluss zu einem Statutenwechsel lediglich für die Zukunft. Hierfür sprechen dieselben Argumente wie bei der Veränderung des gewöhnlichen Arbeitsorts gemäß Art. 8 Abs. 2. Bei einer nachträglichen Änderung erwarten die Vertragsparteien keine rückwirkende Änderung des anzuwendenden Rechts (Berechenbarkeit, Erwägungsgrund 16 S.1 Var. 1). Stattdessen ist eine chronologische Betrachtung zu vollziehen: Sie teilt den Sachverhalt und das anzuwendende Recht in zeitliche Etappen, entsprechend Mankowskis „zeitlicher Segmentierung“ (zuvor ab S. 160). Das hat mehrere Gründe. Erstens erfordert die rückwirkende Geltung des neuen Statuts einen höheren juristisch-dogmatischen Abstraktionsgrad. Zweitens haben die Vertragsparteien ihr vergangenes Verhalten im Zweifel am alten Statut ausgerichtet und wollen insoweit keine rückwirkende Neubewertung. Drittens möchten sie die einschneidenden Folgen der *Ex-tunc*-Wirkung in aller Regel vermeiden. Das gilt vor allem für die Möglichkeit der rückwirkenden Unwirksamkeit des Vertrags. Vor diesem Hintergrund sprechen ebenfalls die Erwägungen der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit für eine *Ex-nunc*-Wirkung (Erwägungsgrund 16 S.1 Var. 2 Rom I-VO). Nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch der übrige Rechtsverkehr verlassen sich darauf, dass sich das anzuwendende Recht nicht rückwirkend seit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ändert. Das gilt insbesondere angesichts der absoluten Wirkung eines *Ex-tunc*-Statutenwechsels unter der Rom I-VO, die insbesondere zur rückwirkenden Unwirksamkeit des Vertrags führen kann (zuvor ab S. 152 und nachfolgend ab S. 318).

(2) Kein Günstigkeitsprinzip analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO

Wie bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort ist vorstellbar, dass der Statutenwechsel zur Formunwirksamkeit des Vertrags führt oder die Rechte Dritter in Gestalt von Schutzwirkungen oder Pfändungen beein-

392 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 (für Abs. 3), mit anderem Wortlaut Rn. 168 (für Abs. 4).

393 Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 90.

trächtigt (insoweit unter Art. 8 Abs. 2 zuvor ab S. 163). Während nach Art. 8 Abs. 2 nur eine Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts das Anknüpfungsmoment verändern kann, haben bei Abs. 4 vielfältige Umstände Einfluss auf das Anknüpfungsmoment „offensichtlich engere Verbindung“: Staat der Steuer-, Abgaben- und Sozialversicherungslast, Staat der Gehalts- und Arbeitsbedingungen, gemeinsame Staatsangehörigkeit, (Wohn-)Sitz beider Parteien, Vertragssprache, für einen bestimmten Staat typische Vertragsklauseln, Vertragswährung und Gerichtsstand (nachfolgend ab S. 181). Eine offensichtlich engere Verbindung kann folglich durch vielfältige Änderungen erstmals eintreten oder sich im Vergleich zur Lokalisierung im Vertragsschluss verschieben und in der Folge zu einem Statutenwechsel führen.

Art. 3 Abs. 2 S. 2 ist dennoch nicht analog auf einen Statutenwechsel im Rahmen des Art. 8 Abs. 4 anzuwenden. Hierfür sprechen dieselben Erwägungen wie bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 8 Abs. 2): Art. 3 Abs. 2 S. 2 ist systematisch und teleologisch eine Spezialregelung. Sie soll nur im Fall der subjektiven Anknüpfung gelten, nicht bei objektiven Anknüpfungen (zuvor ab S. 163). Die unterschiedliche Ausgestaltung des Anknüpfungsmoments von Art. 8 Abs. 4 und Abs. 2 ändert nichts an der Bewertung. Zwar kann unter Abs. 4 bereits eine granulare Änderung zu einem erstmaligen Eingreifen oder einer Verschiebung der offensichtlich engeren Verbindung und damit zu einem Statutenwechsel führen. Zum einen ist diese Überlegung aber eher theoretischer Natur: Es ist nur schwer vorstellbar, dass ein einzelner der genannten Umstände zur Anwendung oder Verschiebung der offensichtlich engeren Verbindung führt. Fast immer wird ein Zusammentreffen mehrerer Umstände nötig sein. Zum anderen differenziert der herausgearbeitete Normzweck des Art. 3 Abs. 2 S. 2 nicht nach dem Grad der „Feingliedrigkeit“ der Anknüpfung und dem damit einhergehenden Potenzial für Statutenwechsel. Er ist vielmehr ungeachtet solcher Erwägungen generell nicht auf objektive Anknüpfungen anzuwenden.

Eine unterschiedliche Einschätzung ergibt sich ebenfalls nicht, wenn der Statutenwechsel auf einer Vertragsänderung beruht. Einige Umstände, die Einfluss auf das Anknüpfungsmoment „offensichtlich engere Verbindung“ haben, lassen sich durch eine solche ändern. Zum Beispiel die Vertragssprache, die Vereinbarung typischer Vertragsklauseln eines bestimmten Staats, die Vertragswährung oder der Gerichtsstand. Angesichts dessen vertritt *Feiler* bei einer Vertragsübernahme eine Analogie zu Art. 3 Abs. 2 S. 2. Die Rechtswahl und die Vertragsübernahme seien „*deshalb vergleichbar, weil die*

*drohende Rechtsverschlechterung auch hier durch einen Parteiakt ausgelöst wurde.*³⁹⁴ Zutreffend an diesem Argument ist, dass die Vertragsübernahme wie die Rechtswahl auf einem Einvernehmen beruht. Gleichwohl zielen Vertragsübernahmen und andere Vertragsänderungen auf die sachrechtliche und nicht die kollisionsrechtliche Ebene. Sachrechtliche Parteidispositionen bildet man kollisionsrechtlich über die objektive Anknüpfungen ab, sofern sie keine konkludente Rechtswahl darstellen. Wie soeben herausgearbeitet, begrenzt Art. 3 Abs. 2 S. 2 einvernehmliche Parteidispositionen lediglich auf der subjektiven Anknüpfungsebene – angesichts der umfassenden kollisionsrechtlichen Dispositionsbefugnis der Vertragsparteien.

Vor diesem Hintergrund fällt ein weiterer Unterschied zwischen den Anknüpfungsmomenten „gewöhnlicher Arbeitsort“ und „offensichtlich engere Verbindung“ auf (Art. 8 Abs. 2 und 4): Die Vertragsparteien können einen Statutenwechsel durch bloße Vereinbarung herbeiführen. Eine tatsächliche Veränderung wie bei der Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts ist nicht notwendig. Das löst ein gewisses Störgefühl aus, weil die Vertragsparteien die Rechte Dritter recht einfach umgehen könnten: Sie müssen lediglich den Vertrag insoweit ändern, dass er eine offensichtlich engere Verbindung zu einem Staat mit weniger drittschützendem Recht aufweist. Gegen diesen Einwand sind drei Erwägungen vorzubringen. Erstens gelten bereits entstandene Drittrechte im Rahmen von *Ex-nunc*-Statutenwechseln ohnehin fort (nachfolgend ab S. 331). Zweitens wäre daher eine Umgehung – wenn überhaupt – nur für die Zukunft möglich. Drittens hat diese Arbeit bereits dargelegt, dass selbst ein strukturelles Missbrauchsrisiko nicht die generelle Auslegung einer EU-Norm beeinflusst. Vielmehr begegnet man ihm lediglich im *konkreten* Einzelfall und erst im Anschluss an die *generelle* Auslegung mit dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot (zuvor ab S. 128).

(3) Verschiebung des Normendurchgriffs

Ein Statutenwechsel nach Vertragsschluss ist bei der Bestimmung der Normendurchgriffe der Rom I-VO zu berücksichtigen (zuvor ab S. 170). Das gilt insbesondere für Art. 8 Abs. 1 S. 2 und einen Statutenwechsel aufgrund einer nachträglichen Änderung oder erstmaligen Vereinbarung des gewöhnlichen Arbeitsorts (zuvor ab S. 165). Es gilt darüber hinaus für eine nachträgliche Änderung der offensichtlich engeren Verbindung gemäß

394 Feiler, 314 f.

Art. 8 Abs. 4, weil sich der Normendurchgriff in Abs. 1 ausdrücklich auch auf die Kollisionsnorm in Abs. 4 bezieht.

- b. Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“
 - Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Rom I-VO

aa. Wandelbarkeit aufgrund Auslegung

Nach meiner Ansicht sind neben Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO auch die übrigen Ausweich- und Auffangnormen der Rom I-VO wandelbar in Bezug auf ihre Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ oder „engste Verbindung“ (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Rom I-VO). Der Wortlaut der Ausweichnormen bewertet die offensichtlich engere Verbindung anhand der „Gesamtheit der Umstände“ des Vertrags. Diese Formulierung spricht dafür, dass die Rom I-VO die erfassten Umstände über den gesamten vertraglichen Lebens- und Änderungszyklus der Verträge berücksichtigen möchte – damit also auch nachträgliche Veränderungen (zuvor ab S. 174). Des Weiteren beschränkt kein Wortlaut in der Rom I-VO die engere oder engste Verbindung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO ist meines Erachtens nicht anzuwenden, weil er lediglich den gewöhnlichen Aufenthalt fixiert – nicht auch die engere oder engste Verbindung. Das sieht die herrschende Ansicht anders und wendet Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO unausgesprochen analog über dessen Wortlaut hinaus an (zuvor ab S. 94 und 126).

In historischer Hinsicht lässt sich die fehlende Beschränkung auf den Vertragsschluss potenziell mit der Herauslösung des gewöhnlichen Aufenthalts und der Hauptniederlassung aus Art. 4 Abs. 2 und 4 EVÜ erklären. Jene waren ausdrücklich auf den Vertragsschluss fixiert, wie nun Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO. Vor diesem Hintergrund könnte man die fehlende Bezugnahme auf den Vertragsschluss unter der Rom I-VO als Versehen bewerten. Hiergegen spricht jedoch, dass bereits die Art. 4 Abs. 2 und 4 EVÜ lediglich den gewöhnlichen Aufenthalt und die Hauptniederlassung auf den Vertragsschluss fixierten, nicht jedoch das Anknüpfungsmoment „engste Verbindungen“ unter dem EVÜ generell.

Darüber hinaus spricht meines Erachtens historisch der Bericht von Giuliano und Lagarde eher für eine Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“. Er enthält die Aussage, dass „auch nach Vertragsschluss eingetretene Umstände berücksichtigt wer-

den“.³⁹⁵ Zwar lehnt die herrschende Ansicht trotz des Berichts eine Wandelbarkeit des Art. 4 Abs. 3 und 4 ab. Sie will gleichwohl Veränderungen nach Vertragsschluss berücksichtigen und lehnt eine Wandelbarkeit nur terminologisch ab, weil sich das anzuwendende Recht bei Veränderungen nach Vertragsschluss rückwirkend (*ex tunc*) ändern soll. Für die herrschende Ansicht liegt ein „Statutenwechsel im eigentlichen Sinn“³⁹⁶ wohl lediglich dann vor, wenn sich das anzuwendende Recht durch die nachträgliche Änderung für die Zukunft (*ex nunc*) ändert (zuvor ab S. 98). Das widerspricht der Terminologie zur Rechtsfolge der nachträglichen Rechtswahl (zuvor ab S. 147). Im Ergebnis berücksichtigt aber auch die herrschende Ansicht nachträgliche Veränderungen unter Art. 4 Abs. 3 und 4 – wenngleich nur als rückwirkenden Statutenwechsel (zuvor ab S. 98).

Des Weiteren spricht die gesamtsystematische Auslegung der Ausweich- und Auffangklauseln für eine Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“. Es besteht zwar ein Widerspruch zwischen der herrschenden Ansicht zu Art. 4 Abs. 3, 4 – unwandelbar – und der herrschenden Ansicht zu Art. 8 Abs. 4 – wandelbar. Dieser Widerspruch lässt sich zwar nicht dadurch rechtfertigen, dass sich die (Un-)Wandelbarkeit der Ausweich- und Auffangnormen dynamisch nach der (Un-)Wandelbarkeit ihrer jeweiligen Grundnorm richte. Eine solche grundnorm-zentrische Auslegung der Ausweich- und Auffangnormen ist generell abzulehnen. Zum einen bezieht sich die Auffangnorm (engste Verbindung) nicht auf eine Grundnorm. Zum anderen würden die Ausweichnormen (offensichtlich engere Verbindung) nicht eigenständig und einheitlich ausgelegt (zuvor ab S. 121). Letzteres belegt insbesondere die Anknüpfung an die offensichtlich engere Verbindung bei Individualverträgen (Art. 8 Abs. 4). Sie wird von der herrschenden Ansicht zu Recht als *stets* wandelbar eingestuft: Nicht nur dann, wenn zuvor die wandelbare Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort einschlägig war (Art. 8 Abs. 2), sondern auch bei der unwandelbaren Anknüpfung an die einstellende Niederlassung (Art. 8 Abs. 3) (zuvor ab S. 85 und 174). Aus meiner Sicht lässt sich der Widerspruch allerdings dadurch auflösen, indem man sich vor Augen hält, dass auch die herrschende Ansicht nachträgliche Veränderungen berücksichtigt. Wie eingangs und zuvor dargestellt handelt es sich insoweit lediglich um eine terminologische Differenz (zuvor ab S. 98).

³⁹⁵ *Giuliano/Lagarde*, ABl. C 282 vom 31.10.1980, 20 (linke Spalte, Abs. 6).

³⁹⁶ *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4).

Zusätzlich spricht bei Art. 5 Abs. 3 systematisch auch die Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente der Grundnormen in Abs. 1 und 2 für eine Wandelbarkeit auch der Ausweichnorm. Bei Güterbeförderungsverträgen ist das Anknüpfungsmoment „Übernahme- oder Ablieferungsort“ und bei Personenbeförderungsverträgen das Pendant „Abgangs- oder Bestimmungsort“ wandelbar (Art. 5 Abs. 1 und 2, nachfolgend ab S. 198 und 203). Das spricht für eine Wandelbarkeit auch des Anknüpfungsmoments „offensichtlich engere Verbindung“ (Art. 5 Abs. 3). Andernfalls könnte die Ausweichnorm das Prinzip der engsten Verbindung nicht in dem Maß verwirklichen, das die Grundnorm vorsieht – nämlich auch bei Veränderungen nach Vertragsschluss. Das scheint auch *Magnus* dazu zu bewegen spätere „Änderungen auch bei der Prüfung zu beachten, ob [Art. 5] Abs. 3 eingreift“ – im Gegensatz zu seinen Aussagen bei Art. 4 Abs. 3 und 4 (zuvor ab S. 98).³⁹⁷

Die teleologische Auslegung der übrigen Anknüpfungen an die offensichtlich engere oder engste Verbindung spricht für deren Wandelbarkeit (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2). Sie wollen das Prinzip der engsten Verbindung verwirklichen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21, zuvor ab S. 108). Dabei beschränken sie sich meiner Meinung nach nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern berücksichtigen auch nachfolgende Veränderungen. Meine bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass nicht das gesamte Vertragsstatut der Rom I-VO unwandelbar an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses anknüpft (zuvor ab S. 126). Darüber hinaus belegt die bisherige Untersuchung, dass die Rom I-VO durchaus wandelbare objektive Anknüpfungsmomente kennt – gewöhnlicher Arbeitsort bei Individualarbeitsverträgen, Übernahme-/Ablieferungsort bei Güterbeförderungsverträgen und Abgangs-/Bestimmungsort bei Personenbeförderungsverträgen (zuvor ab S. 155 und nachfolgend ab S. 198 und 203). Des Weiteren hat diese Arbeit bereits herausgearbeitet, dass die Rom I-VO die Unwandelbarkeit regelmäßig nur im Fall einer ausdrücklichen Anordnung möchte. Im Zweifel ist daher bei der Veränderung eines Anknüpfungselements von der Wandelbarkeit auszugehen (zuvor ab S. 123). Das spricht aus meiner Sicht dafür, dass die Rom I-VO das Prinzip der engsten Verbindung auch nach Vertragsschluss verwirklichen möchte. Die Verwirklichung des Prinzips der engsten Verbindung setzt sich dabei gegen die Berechenbarkeit durch. Es existiert keine gesicherte Erkenntnis – insbesondere empirische Untersuchung – darüber, ob die Vertragsparteien

397 *Magnus*, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 48 (Klarstellung in eckigen Klammern durch mich), in Rn. 64 erachtet er jedoch den Zeitpunkt des Vertragsschlusses für maßgebend.

bei einer nachträglichen Veränderung (eher) mit einem Statutenwechsel rechnen oder nicht. Vor diesem Hintergrund ist der Berechenbarkeitsmaßstab als unbestimmt einzustufen (zuvor ab S. 115).

Die Auslegung der übrigen Ausweich- und Auffangnormen der Rom I-VO neben Art. 8 Abs. 4 offenbart mithin, dass diese wandelbar sind (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2). Insoweit ergibt sich jedoch abermals aus der umfassenden Untersuchung der Rom I-VO eine Einschränkung: Die Rom I-VO lässt nach dem Vertragsschluss einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unberücksichtigt. Ein Statutenwechsel kann daher nur durch eine einvernehmliche Veränderung eintreten (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297). Die Ausweich- und Auffangnormen der Rom I-VO weisen gemischte Anknüpfungsmomente auf. Das heißt, dass sie tatsächliche und rechtliche Umstände berücksichtigen. Diese bewerten sie im Rahmen einer Gesamtbetrachtung.³⁹⁸ Als Bezugspunkt einer einvernehmlichen Veränderung kommen dabei insbesondere die vertraglichen Umstände in Betracht. Das sind insbesondere der einseitige und gemeinsame Erfüllungsort,³⁹⁹ die Vertragssprache und -währung. Des Weiteren „sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht“ (Erwägungsgrund 20 S. 2).⁴⁰⁰ Die Parteien können diese Umstände durch eine Vertragsänderung nach dem ursprünglichen Vertragsschluss verschieben. Rechtlich-einseitige Umstände der Ausweich- und Auffangnormen sind die gemeinsame Staatsangehörigkeit oder die Mitwirkung amtlicher Stellen.⁴⁰¹ Sie sind einer einvernehmlichen Veränderung der Vertragsparteien entzogen, weil die objektive rechtliche Lage maßgeblich ist. Als tatsächliche Umstände berücksichtigen die Ausweich- und Auffangnormen insbesondere die Belegenheit des Vertragsgegenstands, den Ort des Vertragsschlusses und einen gemeinsamen gewöhnlichen Auf-

398 Für die offensichtlich engere Verbindung ergibt sich das bereits ausdrücklich aus der jeweiligen Kollisionsnorm („Gesamtheit der Umstände“, Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4). Aber auch für die engste Verbindung in Art. 4 Abs. 4 ist nach ganz herrschender Ansicht eine Gesamtbetrachtung anzustellen, statt vieler *Leible*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 80 mwN.

399 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 298 f., 335; *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 170, 204; *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 139.

400 Zu allem statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 168 mwN.

401 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 298 f., 337 mwN; *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 168.

enthalt.⁴⁰² Sie sind der Disposition der Vertragsparteien regelmäßig ebenfalls entzogen, weil die objektive tatsächliche Lage maßgeblich ist. Eine Ausnahme ist der Erfüllungsort. Insoweit stellt die überwiegende Ansicht auf den *tatsächlichen* Erfüllungsort ab, sofern dieser nicht mit dem *vertraglichen* übereinstimmt, aber die Leistung als vertragsgemäß angenommen wurde.⁴⁰³ Ihn können die Vertragsparteien mithin durch ein tatsächliches Einvernehmen verändern. Dieses tatsächliche Einvernehmen muss nicht zwingend zu einer konkludenten Vertragsänderung führen, insbesondere im Fall eines vertraglichen doppelten Schriftformerfordernisses oder eines gegensätzlichen vertraglichen Änderungsverfahrens.

Die Parteien verändern dabei die Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere Verbindung“ oder „engste Verbindung“ nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar. Sie verändern lediglich die im Rahmen der Gesamtbetrachtung berücksichtigten Umstände unmittelbar. Bei den tatsächlichen und rechtlich-einseitigen Umständen ist einzig die objektive Lage entscheidend, keine subjektive Vereinbarung. Im Übrigen verbleibt den Parteien nur die (konkludente) nachträgliche Rechtswahl mit ihren qualifizierten Anforderungen (Art. 3 Abs. 2, 1).

Die Wandelbarkeit der Ausweich- und Auffangnormen kann sowohl einen kollisionsnorminternen als auch einen kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel zur Folge haben. Ersteres dann, wenn das ursprüngliche Statut bereits durch die Ausweich- oder Auffangnorm bestimmt wurde. Zweiteres, sofern das ursprüngliche Statut durch eine andere Kollisionsnorm als das neue Statut bestimmt wurde.

bb. Dauerschuldverhältnisse

Die soeben dargestellte Diskussion zur Wandelbarkeit der offensichtlich engeren und engsten Verbindung des Art. 4 Abs. 3 und 4 wirft insbesondere die Frage auf, ob im Fall von „*Dauerschuldverhältnissen*“⁴⁰⁴ oder „*langfristi-*

402 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 298 f., 338; *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 168.

403 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 335; *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 155; *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205; *Leible*, in Hübstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 85.

404 *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 100; *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 25, 125, 168, 325.

gen Verträgen⁴⁰⁵ Statutenwechsel eintreten können. Wie oben dargestellt, wird das überwiegend verneint⁴⁰⁶ und nur von manchen bejaht.⁴⁰⁷ Teilweise findet eine Diskussion auch im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO statt.⁴⁰⁸ Nach der überwiegenden Ansicht kann man einen Statutenwechsel lediglich durch eine Novation oder eine nachträgliche Rechtswahl herbeiführen. *Martiny* fasst das folgendermaßen zusammen:

*„Entsteht im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen ein Bedürfnis für eine Änderung des anwendbaren Rechts, so bieten im Wesentlichen nur Neuabschluss bzw. nachträgliche Rechtswahl einen Ausweg.“*⁴⁰⁹

Ich schließe mich der Gegenansicht an, die bei Dauerschuldverhältnissen einen Statutenwechsel für möglich erachtet. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Besonderheit von Dauerschuldverhältnissen. Vielmehr ergibt sich dieses Ergebnis aus der zuvor dargestellten Wandelbarkeit der relevanten Kollisionsnormen. Zum einen sind die Anknüpfungen an die konkret oder abstrakt definierte charakteristische Leistung wandelbar, sofern nicht das Anknüpfungsmoment betroffen ist (Art. 4 Abs. 1 und 2; keine absolute Unwandelbarkeit, zuvor ab S. 83 und 126). Hingegen sind Art. 4 Abs. 1 und 2 im Hinblick auf ihre übrigen Anknüpfungselemente weitgehend wandelbar – Anknüpfungspersonen und Anknüpfungsgegenstände (nachfolgend ab S. 212 und 259). Dauerschuldverhältnisse sind dabei nicht anders zu behandeln als andere Schuldverhältnisse. Sie bergen allerdings größeres Potential für Veränderungen und deshalb für Statutenwechsel. Zum anderen sind die Ausweich- und Auffangnormen der Rom I-VO wandelbar (Art. 4 Abs. 3 und 4, Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2). Das gilt meines Erachtens sowohl im Hinblick auf ihre Anknüpfungsmomente

405 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205; *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 25.

406 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 325 (für Abs. 4); *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 100 (für Abs. 4); *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 25 (allgemein für Art. 4 Rom I-VO); 168 (für Abs. 4).

407 *Leible*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 96 mwN (für Abs. 4 und nur für „[v]ertragsinterne Umstände (wie zB ein Schuldner- oder Gläubigerwechsel)“); *Junker*, IPR, § 9 Rn. 25 (für Art. 4 Abs. 3, 4 und Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO); *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237 (für Abs. 4 und nur ausnahmsweise im Fall „einer tiefgreifenden Änderung der Umstände“; mittlerweile scheint *Martiny* aufgrund seiner späteren Aussagen im Münchener Kommentar wohl nicht mehr dieser Auffassung, *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205).

408 Insoweit einen Statutenwechsel ablehnend *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205, *Ferrari*, in Ferrari, Art. 4 Rom I-VO Rn. 67 mwN; *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 125.

409 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 325.

„offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“ als auch in Bezug auf ihre Anknüpfungsperson und ihren Anknüpfungsgegenstand (zuvor ab S. 174, 181 und nachfolgend ab 208, 239, 267 und 270).

cc. Rechtsfolgen eines Statutenwechsels

(1) *Ex-nunc*-Wirkung und zeitliche Segmentierung

Neben den bereits dargestellten Aussagen von *Magnus* und *Spickhoff* zugunsten einer *Ex-tunc*-Wirkung finden sich keine Meinungen zur Wirkung von Statutenwechseln unter den Ausweich- und Auffangnormen. Zur Erinnerung: Außer bei Art. 8 Abs. 4 lehnt die herrschende Ansicht eine Wandelbarkeit der Ausweich- und Auffangnormen ab (zuvor ab S. 98 und 174). Meines Erachtens tritt eine *Ex-nunc*-Wirkung ein. Parallel zur Argumentation unter Art. 8 Abs. 2 und 4 sprechen hierfür die Parteierwartungen, die Rechtssicherheit und die Berechenbarkeit (Erwägungsgrund 16 S.1). Der Statutenwechsel hat mithin eine zeitliche Segmentierung des anzuwendenden Rechts zur Folge (zuvor ab S. 160 und 177).

(2) Kein Günstigkeitsprinzip analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom-VO

Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO normiert, dass eine nachträgliche Rechtswahl nicht zur Formunwirksamkeit des Vertrags führt oder die Rechte Dritter beeinträchtigt. Ich bin der Ansicht, dass diese Norm nicht analog auf objektive Anknüpfungen zu übertragen ist (zuvor ab S. 163 und 178).

(3) Keine Verschiebung der Optionsbeschränkungen oder Normendurchgriffe möglich

Eine Änderung der offensichtlich engeren und engsten Verbindung kann unter den Art. 5–7 Rom I-VO keine Auswirkungen auf die Optionsbeschränkungen und Normendurchgriffe haben. Die enumerativen Umstände der Optionsbeschränkungen der Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 enthalten die offensichtlich engere und engste Verbindung nicht. Den Normendurchgriff in Art. 6 Abs. 2 S. 2 beeinflusst ihre Veränderung ebenfalls nicht. Art. 6 enthält nämlich keine Kollisionsnorm, welche die entsprechenden Anknüpfungsmomente aufweist. Damit kann lediglich die

Änderung der engeren Verbindung des Art. 8 Abs. 4 den Normendurchgriff nachträglich begründen oder verschieben.

c. Anknüpfungsgegenstand „Arbeitnehmer und Arbeitgeber“ –
Art. 8 Rom I-VO

Ein besonderes Phänomen zeigt sich bei der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbereiensechaft des Art. 8 Rom I-VO. Sie ist eine Komponente des Anknüpfungsgegenstands und setzt voraus, dass der Dienstverpflichtete seine Tätigkeit abhängig, weisungsgebunden, über eine gewisse Dauer und gegen Vergütung erbringt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist der Dienstherr der Arbeitgeber und der Dienstverpflichtete der Arbeitnehmer. Beide Eigiensehaften bedingen sich daher gegenseitig.⁴¹⁰ Dabei ist die tatsächliche Lage entscheidend. Die vertraglichen Vereinbarungen sind lediglich Indizien. Das zeigt sich vor allem darin, dass man Scheinselbständige aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes als Arbeitnehmer einstuft.⁴¹¹ Darüber hinaus sind einseitige Bestimmungen und Veränderungen unbeachtlich. Es handelt sich um eine einvernehmliche Komponente des Anknüpfungsgegenstands. Einvernehmlich muss sie insbesondere deshalb sein, weil sie die Art der Dienstleistung festlegt und damit eine sehr ausgeprägte Beziehung zur vertraglichen Leistung aufweist. Des Weiteren bedingt sie nicht nur die Arbeitnehmer-, sondern auch die Arbeitgeberbereiensechaft. Folglich muss der potenzielle Arbeitgeber Einfluss auf sie haben. Außerdem spricht der Schutzzweck der Vorschrift ebenfalls dafür, dass sie auf einem Einvernehmen beruhen muss: Die strukturell stärkere Partei muss mit ihrem Verhalten die Ursache dafür legen, dass das einschneidende Schutzstatut anzuwenden ist. Schließlich sollte es für beide Parteien berechenbar sein, dass Art. 8 anzuwenden ist.

Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbereiensechaft sind aufgrund eines tatsächlichen Einvernehmens wandelbar. Hierfür spricht systematisch, dass das Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Arbeitsorts ebenfalls durch tatsächliches Einvernehmen wandelbar ist. Die Rom I-VO kennt nur wenige tatsächlich-einvernehmliche Anknüpfungselemente. Ein weiteres ist das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Arbeitsort“, ebenfalls aus Art. 8 (zuvor ab S. 155). Gegen eine Wandelbarkeit streitet jedoch, dass man das Anknüpfungsmoment der einstellenden Niederlassung als vertraglich

410 Zu allem statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 22–24 mwN.

411 Statt vieler nur *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 24 mwN.

und unwandelbar ansieht. Meines Erachtens sind tatsächlich-einvernehmliche Anknüpfungselemente wandelbar, weil sie wie vertragliche Anknüpfungselemente die privatautonomen Gestaltungen der Parteien abbilden möchten. Sie sind lediglich tatsächlich definiert, damit insbesondere die strukturell stärkere Partei sie nicht durch vertragliche Gestaltungen umgehen kann. Schließlich stützt eine teleologische Auslegung die Annahme, dass die Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft aufgrund tatsächlichen Einvernehmens wandelbar ist: Der Schutzzweck ist nur dann erfüllt, wenn der Verpflichtete die Dienste tatsächlich abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich erbringt. Und auch nur dann will die Rom I-VO den Dienstherrn dem einschneidenden Art. 8 unterwerfen. Dahin geht auch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Schrems II*. Dort entschied er, dass die ursprüngliche Verbrauchereigenschaft bei einem Dauer-schuldverhältnis durch die nachträgliche Aufnahme eines beruflichen oder gewerblichen Zwecks entfallen kann (nachfolgend ab S. 592). Insgesamt stupe ich die Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft daher als durch ein tatsächliches Einvernehmen wandelbar ein. Dabei haben die vertraglichen Vereinbarungen zwar lediglich Indizwirkung. Ist vertraglich jedoch eine abhängige, weisungsgebundene, dauerhafte und entgeltliche Tätigkeit geschuldet, dann ist das ein starkes Indiz für die Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft. Die Wandelbarkeit der Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft kann kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel hin zu oder weg von Art. 8 zur Folge haben.

d. Vertragsänderungen über Anknüpfungselemente

Die folgenden Abschnitte untersuchen, welche Auswirkungen Vertragsänderungen über Anknüpfungselemente auf das ursprüngliche Vertragsstatut haben. Vertragsänderungen sind einvernehmliche Veränderungen. *Einvernehmliche* Veränderungen können in zwei Formen auftreten. Zum einen als *tatsächlich*-einvernehmliche Veränderungen, die nicht zwingend eine Vertragsänderung zur Folge haben müssen. Das trifft beispielsweise auf das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Arbeitsort“ zu (zuvor ab S. 155). Zum anderen können einvernehmliche Änderungen als *rechtlich* einvernehmliche Veränderungen auftreten – Vertragsänderungen. Um letztere soll es in den nachfolgenden Abschnitten gehen.

Von einer Vertragsänderung ist der Neuabschluss des Vertrags zu unterscheiden („Schuldumwandlung“ oder „Novation“).⁴¹² In dieser Konstellation ist das anzuwendende Recht des neuen Vertrags selbständig als neue Hauptfrage nach den Art. 3 ff. Rom I-VO zu bestimmen.⁴¹³ Das Vertragsstatut des ursprünglichen Vertrags gilt dann nur noch für die Frage, ob der ursprüngliche Vertrag durch die Novation untergegangen ist.⁴¹⁴ Eine konkludente Rechtswahl für den neuen Vertrag zugunsten des Vertragsstatuts des ursprünglichen Vertrags ist möglich.⁴¹⁵ Ein Statutenwechsel liegt im Fall der Novation nicht vor, vielmehr eine neue Hauptfrage. Hingegen betrifft eine Vertragsänderung den ursprünglichen Vertrag. Mithin steht ein Statutenwechsel im Raum.

Die Rom I-VO adressiert Vertragsänderungen nicht ausdrücklich. Dennoch ist davon auszugehen, dass sie Vertragsänderungen erfassen möchte. Erstens gilt sie nach Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO für alle vertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen. Zweitens sind Vertragsänderungen nicht durch die Bereichsausnahmen in Abs. 2 ausgenommen. Drittens zeigen Art. 10 und 12, dass die Rom I-VO im Zweifel den gesamten Lebens- und Änderungszyklus von vertraglichen Schuldverhältnissen erfassen will.⁴¹⁶ Viertens entspricht es der allgemeinen Meinung, dass die Vertragsübernahme als spezielle Form der Vertragsänderung nicht dazu führt, dass die Rom I-VO nicht mehr anzuwenden ist. Im Gegenteil, die herrschende Ansicht möchte sogar das alte Vertragsstatut vor der Vertragsübernahme aufrechterhalten (nachfolgend ab S. 221). Fünftens akzeptiert die herrschende Ansicht unter Art. 5 Abs. 1 und 2 eine vertragliche Änderung des Übernahme-/Ablieferungsorts und Abgangs-/Bestimmungsorts (nachfolgend ab S. 198 und 203).

412 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf die Drittwirkung von Forderungsübertragungen anzuwendende Recht spricht von „Schuldumwandlungsverträgen“, insbesondere in Art. 5 lit. e, COM(2018) 96 final, 35. Aus der Literatur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 55; *M. Müller*, EuZW 2018, 522, 525 („*originäre Neubegründung*“); *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 778, 801 ff.

413 *Spellenberg*, in MüKo BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 181 mwN.

414 Statt vieler nur *Weller*, in BeckOGK, Art. 12 Rn. 35 mwN.

415 *Spellenberg*, in MüKo BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 181 mwN.

416 Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 1 mwN.

aa. Generelle Aussagen zur Wandelbarkeit aufgrund von
Vertragsänderungen

(1) Literatur überwiegend für Unwandelbarkeit – *Nikiforidis*-Maßstab?

Die Literatur adressiert die Frage nach Statutenwechseln aufgrund einer Vertragsänderung unmittelbar nur im Fall der einvernehmlichen Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts bei Güterbeförderungsverträgen (Art. 5 Abs. 1, nachfolgend ab S. 198). Mittelbar trifft sie jedoch zwei Aussagen, die nahelegen, dass *jede* andere Vertragsänderung *generell* nicht zu einem Statutenwechsel führen soll. Zum einen erachtet sie das Vertragsstatut aufgrund einer doppelten teleologischen Extension des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO als absolut und generell unwandelbar (zuvor ab S. 102). Zum anderen knüpft sie sogenannte „angelehnte Verträge“ über die Ausweisklausel des Art. 4 Abs. 3 akzessorisch an das Statut des Hauptvertrags an.⁴¹⁷ Bei diesen angelehnten Verträgen handelt es sich laut *Martiny* um „Verträge, die lediglich untergeordnete Hilfsfunktionen erfüllen und zur Vorbereitung, notwendigen Ergänzung, Erfüllung oder Abänderung des Hauptvertrages dienen“.⁴¹⁸ Nach *Köhler* sind es „solche Verträge, die nachträglich einen Vertrag modifizieren, also etwa auf die Änderung der Leistungspflichten oder gar auf eine Vertragsaufhebung samt Rückabwicklung gerichtet sind“.⁴¹⁹ Eine akzessorische Anknüpfung dieser Verträge ergibt nur Sinn, wenn sie das Statut des Hauptvertrags nicht nachträglich ändern. Andernfalls würde man sie nicht akzessorisch zum Recht des Hauptvertrags beurteilen, sondern ein neues gemeinsames Statut für die Kombination aus Hauptvertrag und angelehntem Vertrag bestimmen. Lediglich für den Inhalt der Vertragsänderung soll nach *Magnus* der (spätere) Zeitpunkt des Abschlusses des Änderungsvertrags maßgeblich sein, wenngleich viele das anders sehen würden. Er beschreibt das im Rahmen der Kollisionsnorm für unbenannte Verträge in Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO folgendermaßen:

„Ändern die Parteien die vertraglichen Pflichten ab – z. B. einverständliche Vertragsaufhebung und Rückabwicklung –, dann ist maßgebender Zeitpunkt für die Ermittlung des Vertragsstatuts der neuen Pflichten der Zeitpunkt der Vertragsänderung. Doch wird vielfach das ursprüngliche

417 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 189 mwN und *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 307 mwN.

418 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 307.

419 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 189.

*Vertragsstatut – sei es kraft stillschweigender Rechtswahl, sei es über Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO als die enger verbundene Rechtsordnung – fortgelten.*⁴²⁰

Das liegt auf der Linie der herrschenden Ansicht: Sie stellt für das gesamte Vertragsstatut im Zweifel, grundsätzlich oder sogar uneingeschränkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab, somit auch für einen Änderungsvertrag (zuvor ab S. 102). Nur selten findet man hingegen Aussagen, die sich unmittelbar mit der Frage des Statutenwechsels des ursprünglichen (Haupt-)Vertrags aufgrund einer Vertragsänderung befassen. Martiny erachtet ihn als nicht möglich:

*„Allerdings hat man zum Teil bei langfristigen Verträgen Veränderungen für möglich gehalten. Zum einen können die Parteien den Vertragsinhalt so ändern, dass von einer anderen Niederlassung aus zu leisten ist oder dass nunmehr die Verpflichtungen der anderen Partei charakteristisch sind. Dann stellt sich die Frage nach einer Neubestimmung des Vertragsstatuts auf der Grundlage dieser Vertragsänderungen. Ferner kann die Verlegung der Niederlassung zu einer anderen Lokalisierung des Vertrages führen. Hier wurde – jedenfalls bei Sitzverlegung durch beide Parteien – zum Teil eine Widerlegung der Anknüpfung nach Abs. 2 in Betracht gezogen. Freilich dürfte auch dann, wenn die engste Verbindung nicht mehr durch die ursprüngliche Lokalisierung geschaffen wird, keine nachträgliche Korrektur möglich sein.“*⁴²¹

Das Besondere an dieser Aussage ist, dass sie sich nicht nur mit einer einvernehmlichen Änderung des Anknüpfungsmoments, sondern auch des Anknüpfungsgegenstands („Vertragsinhalt so ändern, dass von einer anderen Niederlassung aus zu leisten ist“ und „oder dass nunmehr die Verpflichtungen der anderen Partei charakteristisch“) beschäftigt. Thorn trifft im Rahmen des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO eine generelle Aussage zugunsten eines Statutenwechsel aufgrund nachträglicher Parteivereinbarungen:

„Der für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts maßgebliche Zeitpunkt ist der des Vertragsschlusses. Das Vertragsstatut ist somit grundsätzlich unwandelbar. Ändert die juristische oder natürliche Person nach Vertragsschluss ihren gewöhnlichen Aufenthalt, beispielsweise durch Verlegung der Hauptverwaltung oder -niederlassung, so hat dies keinen Einfluss auf das Vertragsstatut. Verhindert werden soll allerdings nur ein Statutenwechsel

420 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 124.

421 Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205.

*sel durch einseitige Manipulation des Anknüpfungsmoments. Wird dieses von beiden Parteien einvernehmlich geändert, so führt dies auch zu einem Statutenwechsel.*⁴²²

Er ist damit auf einer Linie mit der herrschenden Ansicht im Fall der einvernehmlichen Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts bei Güterbeförderungsverträgen (Art. 5 Abs. 1, nachfolgend ab S. 198). In diesem Zusammenhang findet sich insbesondere bei *Ramming* eine weitere Stellungnahme zugunsten eines Statutenwechsels:

*„Art. 19 Abs. 3 Rom I bestimmt, dass es auf eine Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts einer Partei nach Vertragsschluss nicht ankommt. Dies betrifft die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Absenders in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I. Eine Änderung der Anknüpfung kann sich aber durch eine erstmalige Festlegung oder eine Änderung des Übernahme- bzw. Ablieferungsortes ergeben [...]. Erfolgt eine solche neue Anknüpfung, ist auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers zu diesem Zeitpunkt (und nicht mehr zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der letzten Änderung) abzustellen.“*⁴²³

Für einen Statutenwechsel im Fall der Vertragsänderung kann man darüber hinaus die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Nikiforidis* fruchtbar machen.⁴²⁴ Dort entschied er, dass die Rom I-VO auch auf einen Arbeitsvertrag anzuwenden ist, die vor dem zeitlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO geschlossen wurden. Voraussetzung ist, dass der Arbeitsvertrag nach dem ursprünglichen Vertragsschluss *„in einem solchen Umfang geändert wurde, dass davon auszugehen ist, dass ab diesem Zeitpunkt ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wurde“*.⁴²⁵ In diesem Fall liegt ein neuer „Vertrag“ im Sinne des Art. 28 vor und die Rom I-VO ist anzuwenden.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Thematik des Statutenwechsels aufgrund einer Vertragsänderung nur sehr selten aufgegriffen wird – jedenfalls außerhalb der einvernehmlichen Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts bei Güterbeförderungsverträgen (Art. 5 Abs. 1, zuvor ab S. 198). Lediglich *Thorn* erachtet einen Statutenwechsel aufgrund einvernehmlicher Änderung des Anknüpfungsmoments ausdrücklich und generell für möglich und erforderlich. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Nikiforidis* ist ebenfalls interessanter als sie auf den ersten

422 *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 19 Rom I-VO Rn. 19 mwN.

423 *Ramming*, HmbSchRZ 2009, 21, 28 (Rn. 55).

424 EuGH EuZW 2016, 940 – *Nikiforidis*.

425 EuGH EuZW 2016, 940 (I. Leitsatz) – *Nikiforidis*.

Blick erscheinen mag. Sie betrifft unmittelbar zwar eine Fragestellung aus dem Bereich des intertemporalen Kollisionsrechts, das aus dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ausgeklammert wurde (zuvor ab S. 53). Gleichwohl zeigt die Entscheidung, dass eine grundlegende und umfassende Vertragsänderung einem neuen Vertragsschluss gleichkommt und eine erneute kollisionsrechtliche Bewertung erfordert. Daher muss man die Frage aufwerfen, ob die Rechtssache *Nikiforidis* einen geeigneten Maßstab zur Identifizierung von Statutenwechseln im engeren Sinne aufgrund von Vertragsänderungen aufstellt.

(2) Differenzierende Bewertung von Vertragsänderungen je nach Anknüpfungselement

Die Entscheidung des EuGH in Sachen *Nikiforidis* gibt meines Erachtens einen ersten Anhaltspunkt. Ein Kollisionsnormenwechsel von EVÜ zu Rom I-VO soll lediglich dann eintreten, wenn der vor der Reform abgeschlossene Arbeitsvertrag „in einem solchen Umfang geändert wurde, dass davon auszugehen ist, dass [...] ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wurde“.⁴²⁶ Eine „bloße Aktualisierung oder Anpassung“ soll nicht genügen. Vielmehr bedarf es der „Entstehung einer neuen Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien“.⁴²⁷ Mithin kann nach dem EuGH nur eine grundlegende und umfangreiche Vertragsänderung zu einem Statutenwechsel führen. Auch wenn ihre genauen Parameter unsicher sind, handelt es sich jedenfalls um einen strengen Maßstab.

Meiner Ansicht nach kann man diesen Maßstab zum Kollisionsnormenwechsel jedoch nicht *generell* auf die Ebene des Statutenwechsels im engeren Sinne übertragen. Es sind nämlich zwei unterschiedliche Fragen, ob eine Vertragsänderung zu einem Kollisionsnormenwechsel gemäß Art. 28 Rom I-VO führt, weil sie einem neuen Vertrag gleichkommt, oder ob sie zu einem Statutenwechsel im engeren Sinne führt, weil die Vertragsänderung das Anknüpfungsmoment, den Anknüpfungsgegenstand oder die Anknüpfungsperson ändert.⁴²⁸ Im ersten Fall geht es um die Frage, ob ein neuer „Vertrag“ im Sinne des intertemporalen Anwendungsbereichs

426 EuGH EuZW 2016, 940 (1. Leitsatz) – *Nikiforidis*.

427 EuGH EuZW 2016, 940, 941 (Rn. 37) – *Nikiforidis*.

428 Ähnlich mit rechtsvergleichender Perspektive *Grodecki*, in Lipstein, 8-57 f. mwN („*conflict in space*“, nicht „*conflict in time*“), 8-68. Hingegen möchte von Bar die Lösungen zum Kollisionsnormenwechsel auf Statutenwechsel und andersherum

der Rom I-VO nach Art. 28 vorliegt. Beim zweiten Fall steht hingegen die Frage im Raum, ob die jeweilige Kollisionsnorm in Art. 3–18 Rom I-VO wandelbar ist. Folglich geht es um unterschiedliche Regelungszwecke – intertemporaler Anwendungsbereich oder Umgang der anwendbaren Rom I-VO mit Veränderungen nach Vertragsschluss. Die zweite Fragestellung beantwortet der *Nikiforidis*-Maßstab nicht.

Er ist meines Erachtens jedoch ein geeigneter Ausgangspunkt für die Beantwortung inzidenter Teilfragen der zweiten Fragestellung. Namentlich, wann ein neuer Vertragsschluss im Sinne des Art. 19 Abs. 3 vorliegt und wann die Wirksamkeit eines Vertrags nach einem *Ex-nunc*-Statutenwechsel ausnahmsweise nach dem neuen Statut zu beurteilen ist. Hingegen ist der *Nikiforidis*-Maßstab nicht geeignet, die *generellen* Anforderungen an einen Statutenwechsel durch eine Vertragsänderung festzulegen. Mit anderen Worten: Ein Statutenwechsel muss bereits unterhalb der Schwelle des *Nikiforidis*-Maßstab eintreten können – nicht nur bei einer Vertragsänderung, die ihrem Umfang nach einem neuen Vertrag entspricht. Das belegen bereits die unstrittig wandelbaren Anknüpfungsmomente „Rechtswahl“, „Übernahme-/Ablieferungsort“, „Abgangs-/Bestimmungsort“, „gewöhnlicher Arbeitsort“ (Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1, 2 und Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 145, 155 und nachfolgend ab S. 198 und 203). Sie könnten isoliert keinen Statutenwechsel herbeiführen, sofern man dafür eine derart umfangreiche Vertragsänderung voraussetzen würde. Dasselbe gilt im Hinblick auf eine isolierte Änderung der Anknüpfungsperson durch eine Vertragsübernahme. Sie könnte ebenfalls keinen Statutenwechsel herbeiführen, obwohl die Auslegung der Rom I-VO etwas anderes offenbart (nachfolgend ab S. 212). Würde man den *Nikiforidis*-Maßstab für maßgeblich erachten, könnte lediglich eine Änderung des Vertragstyps zu einem Statutenwechsel führen (nachfolgend ab S. 261). Vor diesem Hintergrund ist eine Untersuchung erforderlich, die nach den Anknüpfungselementen differenziert – Anknüpfungsmoment, -gegenstand und -person.

übertragen – er nennt das „Gebot temporaler Entscheidungsharmonie“, von Bar/Mankowski, IPR I, § 4 Rn. 173.

bb. Voraussetzungen der Rechtswahl bei Vertragsänderungen nicht maßgeblich

Im Fall der Wandelbarkeit eines Anknüpfungselements durch eine Vertragsänderung verschwimmt die Grenze zur nachträglichen Rechtswahl – auf beide Weisen können die Vertragsparteien einvernehmlich das anzuwendende Recht nachträglich bestimmen. Die Literatur diskutiert die Nähe der Beeinflussung objektiver Anknüpfungselemente und der Rechtswahl unter den Bezeichnungen „*rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie*“, „*indirekte Parteiautonomie*“, „*faktische Rechtswahlmöglichkeit*“, „*indirekte Rechtswahlfreiheit durch objektive Anknüpfungen*“ oder „*mittelbare Rechtswahlfreiheit*“.⁴²⁹ Nach M. Stürner „soll [damit] zum Ausdruck gebracht werden, dass derartige Anknüpfungskriterien verhältnismäßig leicht beeinflussbar sind, sodass sich Parallelen zur Rechtswahl ergeben.“⁴³⁰ Die Diskussion bezieht sich dabei jedoch auf die – einseitige oder einvernehmliche – „*Gestaltung oder Verortung mobiler Anknüpfungspunkte*“⁴³¹ wie des gewöhnlichen Aufenthalts⁴³² – und damit nicht lediglich auf – einvernehmliche – Vertragsänderungen. Die Literatur erwähnt aber die Folge des Statutenwechsels und bezieht sich daher auf nachträgliche Veränderungen.⁴³³

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die einvernehmliche nachträgliche Änderung eines Anknüpfungselements den Anforderungen an eine Rechtswahl gemäß Art. 3 Rom I-VO genügen muss – eventuell in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1, 2, und Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO? Dann wäre insbesondere ein beidseitiger Rechtswahlwille zu fordern, wie bei der konkludenten Rechtswahl. Eine parallele Fragestellung findet man im Rahmen des Vertragsgerichtsstands der EuGVVO, sofern der vereinbarte Erfüllungsort keinen Zusammenhang mit dem Vertrag hat und daher die Voraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung umgehen würde (sogenannte „abstrakte Erfüllungsortvereinbarung“, nachfolgend ab S. 578). Auf den ersten Blick spricht unter der Rom I-VO die Parallelität der Rechtsfolge dafür, die Voraussetzungen des Art. 3 als beachtlich anzusehen – über beide Wege bestimmen die Partei-

429 M. Stürner, Europäisches Vertragsrecht, § 30 Rn. 4 mwN; Weller/Benz/Thomale, ZEuP 2017, 250, 253 f. mwN.

430 M. Stürner, Europäisches Vertragsrecht, § 30 Rn. 4.

431 Weller/Benz/Thomale, ZEuP 2017, 250, 253, 281.

432 M. Stürner, Europäisches Vertragsrecht, § 30 Rn. 4; Weller/Benz/Thomale, ZEuP 2017, 250, 251, 254, 259–261, 281.

433 Weller/Benz/Thomale, ZEuP 2017, 250, 253 f., 281.

en das anzuwendende Recht. Die allgemeine Ansicht scheint das jedoch abzulehnen. Sie erkennt insbesondere eine Wandelbarkeit des Übernahme- oder Ablieferungsorts des Art. 5 Abs. 1 an, ohne die Voraussetzungen des Art. 3 vorauszusetzen (nachfolgend ab S. 198). In genereller Hinsicht urteilt M. Stürner zutreffend, dass die Kategorien der objektiven Anknüpfung und der Rechtswahl „sauber auseinandergehalten werden“ sollten.⁴³⁴

Dieses Ergebnis lässt sich auch durch eine Auslegung von Art. 3 stützen. Sein Wortlaut betrifft lediglich das „ausdrücklich“ oder „eindeutig“ „von den Parteien gewählt[e] Recht“. Er bezieht sich mithin lediglich auf eine Rechtswahl. Das ist ein anderer tatbestandlicher Bezugspunkt als die Vertragstypen der Art. 4–8. Darüber hinaus zeigt ein systematischer Vergleich mit Art. 4–8, dass die Rom I-VO zwischen objektiver und subjektiver Anknüpfung unterscheidet und diese separat behandelt. Eine Rechtswahl bestimmt das anzuwendende Recht unmittelbar. Eine Vertragsänderung von Anknüpfungselementen bestimmt das anzuwendende Recht hingegen nur mittelbar. Das belegt insbesondere der angeordnete Vorrang der subjektiven Anknüpfung (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 und 8 Abs. 1). Dasselbe gilt auf teleologischer Ebene: Art. 3 verwirklicht den Grundsatz der Parteiautonomie. Die Art. 4–8 wollen das anzuwendende Recht bei fehlender Rechtswahl bestimmen.⁴³⁵ In diesem Kontext stellt M. Stürner zutreffend fest:

„Letztlich lässt sich nahezu jedes Anknüpfungskriterium beeinflussen, ohne dass hierdurch ein der Rechtswahl vergleichbarer Wechsel der Rechtsordnung herbeigeführt würde. [...] Wenn der Gesetzgeber entsprechende Anknüpfungsmerkmale wählt, so ist dies grundsätzlich hinzunehmen: Die Ausnutzung eines kollisionsrechtlichen Gestaltungsspielraums als solche ist grundsätzlich legitim und verstößt daher nicht gegen den ordre public.“

In systematischer Hinsicht spricht dafür meines Erachtens außerdem der von der Rom I-VO ausgesprochene Auftrag der differenzierten Abbildung der privatautonom Vertragsgestaltungen auf kollisionsrechtlicher Ebene. Die Rom I-VO weist ein differenziertes System an Anknüpfungselementen auf – über ihre Anknüpfungsmomente, -personen *und* -gegenstände. Diese knüpfen häufig an die privatautonom Vertragsgestaltungen an, welche nach dem gemeinsamen Verständnis des mitgliedstaatlichen Sachrechts disponibel sind. Das spricht dafür, dass die Rom I-VO jene Gestaltungen ohne

434 M. Stürner, Europäisches Vertragsrecht, § 30 Rn. 4.

435 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 1 mwN und Art. 4 Rom I-VO Rn. 1 mwN.

weitere Voraussetzung auf der kollisionsrechtlichen Ebene abbilden möchte – gleich ob sie im ursprünglichen Vertrag oder in einer nachträglichen Vertragsänderung erfolgt (zuvor ab S. 118). Dieses Ergebnis ist auch angezeigt, weil andernfalls einvernehmliche und einseitige Veränderungen der Anknüpfungselemente unterschiedlich bewertet würden – erstere müssten den Anforderungen des Art. 3 genügen, um eine Wandelbarkeit hervorzu-rufen, letztere nicht. Insgesamt führen nachträgliche Veränderungen der Anknüpfungselemente somit auch dann zur Wandelbarkeit, wenn die Voraussetzungen des Art. 3 nicht erfüllt sind. Damit ist insbesondere kein Rechtswahlwille erforderlich.

cc. Vertragsänderungen über Anknüpfungsmomente

Diese Arbeit hat bereits gezeigt, dass Art. 19 Abs. 3 keine generelle Unwandelbarkeit der Rom I-VO bedingt. Er hat nicht zur Folge, dass alle Kollisionsnormen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu fixieren sind. Die herrschende Ansicht sieht das aufgrund einer doppelten teleologischen Extension des Art. 19 Abs. 3 anders, jedoch ohne überzeugende Begründung (zuvor ab S. 102, 119 und 126).

(1) Anknüpfungsmoment und -gegenstand „Übernahme- und Ablieferungsort“ – Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO

(a) Wandelbarkeit aufgrund Auslegung

Bei Güterlieferungsverträgen sind die Anknüpfungsmomente Übernahme- und Ablieferungsort wandelbar (Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2 Rom I-VO). Die herrschende Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass eine vertragliche Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts nach Vertragsschluss einen Statutenwechsel zur Folge hat.⁴³⁶ Nach teilweise vertretener Ansicht

436 *Thorn*, in *EuZPR/EuIPR*, Art. 5 Rom I-VO Rn. 36; *Mankowski*, in *Reithmann/Martiny* 2022, Rn. 15.28; *Leible*, in *Hüßtege/Mansel*, Art. 5 Rom I-VO Rn. 26; *Staudinger*, in *Ferrari*, Art. 5 Rom I-VO Rn. 32 f.; *Magnus*, in *Staudinger*, Art. 5 Rom I-VO Rn. 48; *Ramming*, *HmbSchRZ* 2009, 21, 25, 26 f. (Rn. 32, 52, 54–56); *Mankowski*, *TransPR* 2008, 339, 346 (Text zu Fn. 85). Ebenso ausführlich zum ehemaligen Art. 28 Abs. 4 EGBGB aF *Mankowski*, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im IPR*, 61. AA *Wiese*, in *BeckOGK*, Art. 5 Rom I-VO Rn. 23 (jedenfalls hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO; das dürfte aber erst recht für S. 2 gelten – darüber hinaus

sollen sie auch bei der Auffangnorm des Art. 5 Abs. 3 zu berücksichtigen sein.⁴³⁷ Bei der vorrangigen Grundnorm des Abs. 1 S. 1 ist der Übernahme- oder Ablieferungsort Teil des Anknüpfungsgegenstands, weil letztlich der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers die maßgebliche Rechtsordnung beruft (zuvor ab S. 64). Nach anderer Ansicht ist der Übernahme- oder Ablieferungsort Teil eines kombinierten Anknüpfungsmoments, weil er ebenfalls eine Verbindung zur maßgeblichen Rechtsordnung herstellt und diese verstärkt. Bei der subsidiären Grundnorm des Abs. 1 S. 2 ist der Übernahme- oder Ablieferungsort das allein maßgebliche und daher eindeutige Anknüpfungsmoment.

Vor diesem Hintergrund erkennt *Ramming* verschiedene Konstellationen, die zu einem Statutenwechsel führen können, wenn die Vertragsparteien den Übernahme- oder Ablieferungsort nach Vertragsschluss erstmals vereinbaren oder zugunsten eines anderen Mitgliedstaats ändern. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers kann dann erstmals eingreifen, wenn der neue Übernahme- oder Ablieferungsort mit diesem zusammenfällt (Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 4 oder Art. 5 Abs. 1 S. 2 zu Art. 5 Abs. 1 S. 1).⁴³⁸ Falls die kumulativen Voraussetzungen des S. 1 nicht einschlägig sind, ist gemäß S. 2 direkt an den Übernahme- oder Ablieferungsort anzuknüpfen. Daher kann die nachträgliche Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts auch dazu führen, dass er maßgeblich wird – zuungunsten des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers (Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 4 oder Art. 5 Abs. 1 S. 1 zu Art. 5 Abs. 1 S. 2).⁴³⁹ Entfällt der Übernahme- oder Ablieferungsort infolge einer nachträglichen Änderung erachtet *Ramming* die allgemeine Kollisionsnorm und dort die Anknüpfung an die engste Verbindung als einschlägig (Art. 4 Abs. 4).⁴⁴⁰

Meines Erachtens arbeitet *Ramming* die verschiedenen Konstellationen eines Statutenwechsels zutreffend heraus. Übersetzt in den hiesigen Kategorisierungsansatz nennt er im Kontext der Änderung, Aufgabe oder Festlegung des Übernahme- oder Ablieferungsorts nahezu alle vorstellbaren Statutenwechsel: Den kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder 2, den gleichrangigen Statutenwechsel zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2, und den disqualifizieren-

erachtet *Wiese* in Rn. 23 und 28.1 eine Berücksichtigung nachträglicher Änderungen nur über eine Rechtswahl für möglich).

437 *Magnus*, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 48 mwN. Bedenken hiergegen *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 5 Rom I-VO Rn. 26.

438 *Ramming*, HmbSchRZ 2009, 21, 27 (Rn. 56) (Fälle (2) und (3)).

439 *Ramming*, HmbSchRZ 2009, 21, 27 (Rn. 56) (Fall (1)).

440 *Ramming*, HmbSchRZ 2009, 21, 27 (Rn. 56) (Fall (1) und (3)).

den Statutenwechsel von Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder S. 2 zu Art. 4. Darüber hinaus existiert lediglich der kollisionsnorminterne Statutenwechsel innerhalb des Art. 5 Abs. 1 S. 2: Ändern die Parteien den Übernahme- oder Ablieferungsort und fällt er auch anschließend nicht mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers zusammen, dann tritt der Statutenwechsel unter andauernder Geltung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 ein. Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Ein Hersteller von Computerhardware mit Sitz in Irland beauftragt ein französisches Logistikunternehmen mit der Beförderung der Hardware aus seinem irischen Lager zu einem deutschen Kunden. Regelmäßig dürften der irische Absender und der französische Beförderer in einem derartigen Fall zumindest konkludent einen Übernahme- oder Ablieferungsort in Deutschland vereinbaren. Damit ist die Kollisionsnorm des Art. 5 Abs. 1 S. 2 einschlägig. Würde der Kunde die Hardware nachträglich in einer Niederlassung in Österreich benötigen, könnte der irische Hersteller mit dem französischen Beförderer nachträglich eine Übernahme oder Ablieferung dort vereinbaren. Damit würde gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel vom deutschen zum österreichischen Recht eintreten. Würde die Hardware hingegen nachträglich an eine Niederlassung in Irland oder Frankreich geliefert, würden der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers und der Übernahme- oder Ablieferungsort erstmals zusammenfallen. In diesem Fall läge ein gleichrangiger Statutenwechsel von Art. 5 Abs. 1 S. 2 zu S. 1 zugunsten französischen Rechts vor.

Des Weiteren ist ein qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder S. 2 vorstellbar, sofern bei Vertragsschluss kein Übernahme- oder Ablieferungsort bestimmbar ist. Letzteres ist nach der überwiegenden Ansicht der Fall, sofern unter einem Güterbeförderungsvertrag verschiedene Übernahme- oder Ablieferungsorte ohne eindeutigen Schwerpunkt vereinbart sind – aufgrund mehrerer Beförderungen oder aufgrund mehrerer Teilladungen in einer Beförderung.⁴⁴¹ Nach der zutreffenden überwiegenden Ansicht bestimmt sich das anzuwendende Recht dann nach der engsten Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4. Die vorrangigen Anknüpfungen

⁴⁴¹ Magnus, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 43 mwN; Staudinger, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 34 f. und 39 jeweils mwN. AA (für eine Nichtanwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2 trotz Schwerpunkts) Thorn, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom I-VO Rn. 37 und 39 (in Rn. 40 aE aber für eine Schwerpunkt Betrachtung im Rahmen des anzuwendenden Art. 4 Abs. 4); Ramming, HmbSchRZ 2009, 21, 26 f. (Rn. 51 und 56). AA (für eine Bestimmung über Art. 5 Abs. 3) Wiese, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 22.3. AA (für eine Aufspaltung des Vertragsstatuts je nach Ablieferungsort) Nielsen, in Ferrari/Leible, 99, 106 f. Offen Martiny, in MüKo BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 21.

in Art. 4 Abs. 1 lit. b oder Abs. 2 sind nicht anzuwenden, weil andernfalls der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers maßgeblich wäre – als charakteristisch Leistender. Art. 5 Abs. 1 S. 1 zeigt jedoch, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers nur entscheidend sein soll, wenn er mit dem Übernahme- oder Ablieferungsort zusammenfällt.⁴⁴² Praktisch vorstellbar ist das, wenn man das dargestellte Beispiel etwas abändert: Der irische Hersteller beliefert über den Güterbeförderungsvertrag mit dem französischen Logistikunternehmen dauerhaft und bedarfsabhängig mehrere Ersatzteillager des deutschen Kunden in verschiedenen Mitgliedstaaten. Kristallisiert sich in diesem Fall nachträglich ein Schwerpunkt unter den Ablieferungsorten heraus oder legen diesen die Parteien fest, dann wird Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder S. 2 erstmals nach Vertragsschluss anstelle des Art. 4 Abs. 4 einschlägig. Im umgekehrten Fall tritt ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel ein, weil Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder 2 dann nachträglich nicht mehr einschlägig ist, sondern Art. 4 Abs. 4.

Darüber hinaus ist der Übernahme- oder Ablieferungsort des Art. 5 Abs. 1 nach einer Ansicht auch dann nicht bestimmbar und Art. 4 Abs. 4 einschlägig, wenn einer Partei vertraglich ein Optionsrecht für verschiedene Ablieferungsorte zusteht, sie es jedoch nicht ausübt.⁴⁴³ Folgt man dieser Ansicht, würden bei entsprechenden nachträglichen Änderungen ebenfalls kollisionsnormübergreifende qualifizierende oder disqualifizierende Statutenwechsel eintreten. Nach einer anderen Ansicht soll hingegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 bereits dann einschlägig sein, wenn sich unter den Übernahme- oder Ablieferungsorten ein Schwerpunkt ausmachen lässt und dieser mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers zusammenfällt. Andernfalls soll nach Art. 5 Abs. 3 anzuknüpfen sein.⁴⁴⁴

442 *Thorn*, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom I-VO Rn. 40 aE; *Mankowski*, in Reithmann/Martiny 2022, Rn. 15.33; *Thorn*, in Grüneberg, Art. 5 Rom I-VO Rn. 7; *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 5 Rom I-VO Rn. 24; *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 16.2 und 28; *Ramming*, HmbSchRZ 2009, 21, 25 und 27 (Rn. 38–41 und 56). AA (zugunsten des tatsächlichen Ablieferungsorts oder der engsten Verbindung analog Art. 5 Abs. 3 oder gemäß Art. 4 Abs. 4) *Magnus*, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 43 und 46. AA (zugunsten von Art. 4 Abs. 2) *Staudinger*, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 39 f. AA (zugunsten von Art. 4 Abs. 2–4) *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 6. AA (zugunsten von Art. 5 Abs. 3) *Ringe*, in jurisPK-BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 27; *M. Stürner*, in Erman, Art. 5 Rom I-VO Rn. 7 mwN (unter dem Hinweis, dass sich dieses Ergebnis wohl auch mit einer analogen Anwendung des Art. 4 Abs. 4 erzielen ließe); *Schilling*, 221.

443 *Mankowski*, in Reithmann/Martiny 2022, Rn. 15.22 und 15.27 jeweils mwN.

444 *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 22.2; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 36.

Vor diesem Hintergrund ist hervorzuheben, dass unter der Rom I-VO sonst keine kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden oder disqualifizierenden Statutenwechsel aufgrund einer isolierten nachträglichen Änderung des objektiven Anknüpfungsmoments eintreten. Daneben kann lediglich das Anknüpfungsmoment „gewähltes Recht“ derartige Statutenwechsel bedingen. Im Übrigen bleiben sie der Änderung der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands vorbehalten (nachfolgend ab S. 212 und 259). Es handelt sich mithin um eine Besonderheit des Art. 5 Abs. 1. Das liegt daran, dass die herrschende Ansicht auf den einvernehmlichen und vertraglichen Übernahme- oder Ablieferungsort abstellt, nicht den einseitigen oder tatsächlichen. Das hat zur Folge, dass mehr Konstellationen möglich sind, in denen das Anknüpfungsmoment nicht gegeben ist – deutlich mehr als beim gewöhnlichen Aufenthalt, den die Rom I-VO tatsächlich und einseitig definiert.

(b) Unwandelbarkeit bei einseitigen Änderungen

Die herrschende Ansicht definiert den Übernahme- und Ablieferungsort des Art. 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Rom I-VO vertraglich. Ein tatsächlicher Übernahme- oder Ablieferungsort soll nicht genügen.⁴⁴⁵ S. 2 stellt ausdrücklich auf den „vereinbarten Ablieferungsort“ ab. Ein Teil der Lehre möchte zwar unter gewissen Umständen auch einen tatsächlichen Übernahme- oder Ablieferungsort berücksichtigen.⁴⁴⁶ Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass auch eine einseitige erstmalige Festlegung des Orts beachtlich ist. Vielmehr kann ein tatsächliches Einvernehmen erforderlich sein. Jedenfalls soll eine einseitige nachträgliche Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts nach der herrschenden Ansicht keinen Statutenwechsel bedingen.⁴⁴⁷

445 Wiese, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 22.2; Mankowski, in Reithmann/Martiny 2022, Rn. 15.16, 15.21 f. und 15.25 jeweils mwN; Ramming, HmbSchRZ 2009, 21, 24 f. (Rn. 31 und 35).

446 Magnus, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 41 aE, 42 aE und 46; Martiny, in MüKo BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 21; Staudinger, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 31–33, 36.

447 Mankowski, in Reithmann/Martiny 2022, Rn. 15.28 mwN; Martiny, in MüKo BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 21; Leible, in Hüßtege/Mansel, Art. 5 Rom I-VO Rn. 26; Magnus, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 48. AA hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 S. 1 Staudinger, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 30, 32 f. (aber relativierend in Rn. 33: „Indes dürfte in der Gesamtschau einem solchen Aspekt letztlich kaum ein überragendes Gewicht zukommen. Demzufolge mag dann im Ergebnis eine Korrektur über die Ausweichklausel in Abs. 3 angezeigt sein.“).

Dem ist zu folgen, eine einseitige Änderung sollte man nicht berücksichtigen. Die wortlautbezogene und norminterne systematische Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 spricht zwar eher für eine Berücksichtigung einseitiger Änderungen. Im Gegensatz zu S. 2 ist S. 1 nämlich nicht auf den vereinbarten Übernahme- oder Ablieferungsort beschränkt. Die normexterne systematische Auslegung streitet dagegen, einseitige Veränderungen zu berücksichtigen. Diverse Kollisionsnormen der Rom I-VO sprechen dafür, dass lediglich einvernehmliche Änderungen beachtlich sind (Art. 3 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO, zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297). Die historische Auslegung liefert keine Ergebnisse, da Art. 5 Rom I-VO erst kurz vor Ende des Gesetzgebungsverfahrens der Rom I-VO und ohne nachvollziehbare Diskussion eingebracht wurde.⁴⁴⁸ Gleichwohl spricht die teleologische Auslegung dagegen, einseitige Änderungen zu berücksichtigen. Der „Übernahme- oder Ablieferungsort“ dient im Rahmen der kumulativen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 der Verstärkung der Verbindung zum gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers. Diese Verstärkungsfunktion würde nicht erreicht, wenn der Beförderer sie durch einseitige Änderung des Übernahme- oder Ablieferungsorts manipulieren könnte.⁴⁴⁹ Der tatsächliche Übernahme- oder Ablieferungsort ist auch dann unbeachtlich, wenn gar kein – auch kein ursprünglicher – vertraglicher Übernahme- oder Ablieferungsort besteht. In diesem Fall ist das anzuwendende Recht anhand der engsten Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4 zu bestimmen (zuvor ab S. 198).

(2) Anknüpfungsmoment/-gegenstand „Abgangs- oder Bestimmungsort“ – Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO

Bei Personenbeförderungsverträgen versteht man den Abgangs- oder Bestimmungsort ebenfalls vertraglich, nicht tatsächlich (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 und UAbs. 2 lit. d und e Rom I-VO).⁴⁵⁰ Die Parteien können ihn mithin nachträglich einvernehmlich ändern. Nach *Wiese* ist jedoch eine auch derartige Änderung unbeachtlich, weil auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen sei.⁴⁵¹ Meines Erachtens sprechen der Präsenz des Wortlauts

448 Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.11.2007, A6-0450/2007, 29–31.

449 *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 21.

450 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 35 f.; *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 52–57.2.

451 *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 52 f. und 56 f.

(„befindet“), der systematische Vergleich mit dem wandelbaren Abs. 1 und in teleologischer Hinsicht das Prinzip der engsten Verbindung im Sinne der Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 für eine Wandelbarkeit. Insbesondere letzteren Zweck verwirklicht die Anknüpfung an den aktuellen Abgangs- oder Bestimmungsort.

Die alleinige Änderung des Abgangs- oder Bestimmungsorts ist jedoch nicht ausreichend, um einen Statutenwechsel herbeizuführen. Er begründet bei Personenbeförderungsverträgen ausschließlich dann das anzuwendende Recht, wenn er mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der zu befördernden Person zusammenfällt (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1). Lediglich dann erachtet die Norm eine Abweichung von der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers für angebracht (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2). Im Gegensatz dazu ist bei Güterbeförderungsverträgen der vertragliche Leistungsort in Form des Ablieferungsorts auch (subsidiäres) Anknüpfungsmoment (Art. 5 Abs. 1 S. 2). Seine isolierte vertragliche Änderung kann mithin zu einem Statutenwechsel *zuungunsten* der charakteristisch leistenden Vertragspartei – des Beförderers – führen. Hingegen ist der Abgangs- oder Bestimmungsort bei Personenbeförderungsverträgen meines Erachtens lediglich Teil des Anknüpfungsgegenstands und nicht des Anknüpfungsmoments. Seine einvernehmliche nachträgliche Änderung führt nur dann zu einem Statutenwechsel, wenn dadurch der Abgangs- oder Bestimmungsort erstmals mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der zu befördernden Person zusammen- oder auseinanderfällt (Art. 5 Abs. 2). Beim erstmaligen Zusammenfallen tritt ein Statutenwechsel von Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 hin zu S. 1 ein. Damit gilt das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der zu befördernden Person. Beim erstmaligen Auseinanderfallen greift S. 2 statt S. 1. Folglich gilt das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers.

In beiden Konstellationen liegt ein kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel zwischen Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 und 2 vor, weil in beiden Fällen der Anknüpfungsgegenstand „Personenbeförderungsvertrag“ gegeben ist. Die erstmalige einvernehmliche Festlegung oder Aufgabe des Abgangs- oder Bestimmungsorts kann nicht zu einem kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden oder disqualifizierenden Statutenwechsel zwischen Art. 4 und Art. 5 Abs. 2 führen. Art. 5 Abs. 2 S. 2 ist auch anwendbar, wenn die zusätzliche Voraussetzung des „Abgangs- oder Bestimmungsorts“ des S. 1 nicht gegeben ist. S. 2 erfasst mithin alle Konstellationen eines Personenbeförderungsvertrags. Das ist ein weiterer Unterschied zu den Güterbeförderungsverträgen des Art. 5 Abs. 1 (zuvor ab S. 198). Nach anderer Ansicht ist der Abgangs- oder Bestimmungsort ein weiteres Anknüpfungs-

moment, das neben dem des gewöhnlichen Aufenthalts steht (kombinierte Anknüpfung, zuvor ab S. 64).

(3) Sonstige Anknüpfungsmomente

(a) Rechtliche Anknüpfungsmomente: Wandelbar, sofern vertraglich definiert

Die bisherige Untersuchung der Rom I-VO hat offenbart, dass zumindest die Anknüpfungsmomente „Übernahme- oder Ablieferungsort“ und „Abgangs- oder Bestimmungsort“ wandelbar sind. Sie sind vertraglich definiert. Folglich können insoweit nur Vertragsänderungen einen Statutenwechsel herbeiführen. Ein tatsächliches Einvernehmen ist irrelevant (zuvor ab S. 198 und 203). Es handelt sich um einvernehmliche rechtliche Anknüpfungsmomente. In Abgrenzung zu den tatsächlichen Anknüpfungsmomenten umschreiben sie abstrakte Umstände, die von der konkreten tatsächlichen Lage abweichen können (zuvor ab S. 62). Ein weiteres Beispiel für ein rechtliches Anknüpfungsmoment wäre der vertragliche Erfüllungsort, den die Rom I-VO jedoch nicht mehr unmittelbar verwendet. Er ist lediglich mittelbar als Indiz für eine Rechtswahl oder die Bestimmung der offensichtlich engeren oder engsten Verbindung relevant (zuvor ab S. 145 und 181).⁴⁵² Schließlich handelt es sich bei dem gewählten Recht um ein vertragliches Anknüpfungsmoment (zuvor ab S. 145). Die Rechtswahlvereinbarung ist zwar aufgrund ihres kollisionsrechtlichen Sonderstatus von den sonstigen Vertragsinhalten zu differenzieren. Sie ist jedoch nach allgemeiner Ansicht vertraglicher Natur – ein „Verweisungsvertrag“.⁴⁵³ Diese Anknüpfungsmomente sind wandelbar durch eine Vertragsänderung, weil sie vertragliche Umstände auf der kollisionsrechtlichen Ebene abbilden. Es handelt sich um eine spezielle Kategorie der rechtlichen Anknüpfungsmomente.

Hingegen kennt die Rom I-VO auch rechtliche Anknüpfungsmomente, die nicht durch eine Vertragsänderung disponibel sind (rechtlich-einseitige Anknüpfungsmomente). Sie sind objektiv zu bestimmen, nicht subjektiv. Das trifft insbesondere auf die Staatsangehörigkeit zu. Die Vertragsparteien können sie weder durch ein vertragliches noch ein tatsächliches Einvernehmen ändern. Die Rom I-VO verwendet die Staatsangehörigkeit lediglich als

452 Statt vieler nur *Junker*, IPR, § 15 Rn. 15 und 31 jeweils mwN.

453 *Martiny*, in *MüKo BGB*, Art. 3 Rom I-VO Rn. 15 ff. mwN.

Moment zur Beschränkung der Rechtswahl-Optionen bei Versicherungsverträgen über Massenrisiken (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. c, zuvor ab S. 166).

(b) Tatsächliche Anknüpfungsmomente: Grundsätzlich unwandelbar

(aa) Grundsatz: Unwandelbar

Von den rechtlichen sind die tatsächlichen Anknüpfungsmomente zu unterscheiden. Im Rahmen der Rom I-VO sind das namentlich der gewöhnliche Aufenthalt (Art. 4–7), der Belegenheitsort (Art. 4 Abs. 1 lit. c), der Versteigerungsort (Art. 4 Abs. 1 lit. g), die Belegenheit des Risikos (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3), die einstellende Niederlassung (Art. 8 Abs. 3) und der einfache Aufenthalt (Art. 11 Abs. 1 und 2) (zuvor ab S. 82 und 83). Sie sind durch eine Vertragsänderung nicht wandelbar, weil sie objektiv zu bestimmen sind, nicht subjektiv. Durch die Wahl eines tatsächlichen Anknüpfungsmoments hat der EU-Gesetzgeber den Vertragsparteien die Dispositionsbefugnis entzogen. Angesichts dessen und der systematischen Alternative einer Rechtswahl, liegt es nahe, dass eine vertragliche Änderung der tatsächlichen Anknüpfungsmomente keinen Statutenwechsel auslöst. Eine Beeinflussung des anzuwendenden Rechts ist dann lediglich durch (konkludente) nachträgliche Rechtswahl möglich. An diese stellt die Rom I-VO jedoch qualifizierte Anforderungen (Art. 3 Abs. 2, 1).

(bb) Ausnahme: Gewöhnlicher Arbeitsort – Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO

Die Rom I-VO kennt jedoch zumindest ein tatsächliches Anknüpfungsmoment, das durch ein tatsächliches Einvernehmen änderbar ist: Den gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 8 Abs. 2). Ich ordne ihn als tatsächliches Anknüpfungsmoment ein – auf einer Linie mit der herrschenden Ansicht (zuvor ab S. 156 und nachfolgend ab S. 208). Er ist anerkanntermaßen durch einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillens wandelbar (zuvor ab S. 155 und 156). Die vertraglichen Vereinbarungen und Änderungen der Parteien bestimmen dieses tatsächliche Einvernehmen nicht. Sie können lediglich Indizien für oder gegen es sein. Im Gegensatz dazu geht es vorliegend um die Frage, ob eine Vertragsänderung tatsächliche Anknüpfungsmomente ändern kann. Ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille wird zwar oftmals eine konkludente Vertragsänderung herbeiführen. Das muss jedoch nicht sein – zum Beispiel im Fall eines vertraglichen

doppelten Schriftformerfordernisses oder eines sonstigen gegensätzlichen vertraglichen Änderungsverfahrens.

(cc) Ausnahme: Wandelbar bei Änderung der Erfüllungsverantwortung –
Art. 19 Abs. 2 Var. 2 Rom I-VO

Ändern die Vertragsparteien vertraglich die erfüllungsverantwortliche Nebenniederlassung, verlangt Art. 19 Abs. 2 Var. 2 Rom I-VO eine Wandelbarkeit des Vertragsstatuts. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um einen abzulehnenden Statutenwechsel wegen vertraglicher Änderung des Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ (zuvor ab S. 206). Vielmehr wird *unmittelbar* die Erfüllungsverantwortung einer Nebenniederlassung geändert. Das führt lediglich *mittelbar* zu einer Änderung des Anknüpfungsmoments, weil Art. 19 Abs. 2 Var. 2 die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts an die Erfüllungsverantwortung knüpft. Ein Wechsel in der Erfüllungsverantwortung setzt dabei keine Vertragsübernahme voraus. Art. 19 Abs. 2 Var. 2 stellt gerade nicht auf die Vertragspartei ab. Die Vertragsparteien können daher die Erfüllungsverantwortung durch eine Schuldübertragung oder einfache Vertragsänderung verschieben. Eine einseitige Erfüllungsübernahme reicht mangels Gläubigerzustimmung nicht aus, weil die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unberücksichtigt lässt (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab S. 297).

Die Konstellation der einseitigen Erfüllungsübernahme liegt auch *Mansels* Aussage zugrunde. Eine Wandelbarkeit sei nach ihm abzulehnen, wenn „*später eine andere Nebenniederlassung [...] faktisch die Erfüllungsverantwortung übernimmt*“.⁴⁵⁴ Trotz des „*faktisch*“ scheint er eine Wandelbarkeit der Erfüllungsverantwortung insgesamt abzulehnen. Hingegen beschreiben *Martiny* und *von Hoffmann* den Fall, dass die Parteien den „*Vertragsinhalt so ändern, dass von einer anderen Niederlassung aus zu leisten ist*“.⁴⁵⁵ Sie beziehen sich dabei nicht auf Nebenniederlassungen und deren Erfüllungsverantwortung im Sinne des Art. 19 Abs. 2. Vielmehr haben sie die Änderung des charakteristisch Leistenden im Sinne des Art. 4 Abs. 2 und die damit einhergehende Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts im Blick. Das beschreibt jedoch eine Vertragsänderung über die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts anhand der Erfüllungsverantwortung des

454 *Mansel*, in FS H. Prütting, 51, 61.

455 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205. Ähnlich *von Hoffmann*, in Soergel 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 71.

Art. 19 Abs. 2 Var. 2. Aufgrund dieser Norm ist die Konstellation ebenfalls als vertragliche Änderung der Anknüpfungsperson einzustufen. Dagegen geht es nicht um eine Vertragsänderung über das Anknüpfungsmoment, weil die Vertragsparteien unmittelbar weder eine Änderungsvereinbarung über den gewöhnlichen Aufenthalt noch dessen Lokalisierung am Ort der Niederlassung treffen wollen. Sie wollen, dass die Lokalisierung am Ort der Niederlassung erhalten bleibt und nicht auf die Hauptverwaltung übergeht. Unmittelbar möchten sie lediglich, dass eine andere Niederlassung die vertragliche Leistung erbringt. Selbst wenn man die Änderung der Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts gemäß Art. 19 Abs. 1 und 2 als Änderung des Anknüpfungsmoments bewerten würde, ergäbe sich keine andere Einstufung. Sogar dann wäre das Anknüpfungsmoment nämlich höchstens mittelbar betroffen – unmittelbar wollen die Parteien eine Änderung der zuständigen Niederlassung. Dieses unmittelbare Ziel setzt sich durch. Schließlich bleibt auch der Anknüpfungsgegenstand gleich – die vertragliche Leistung.

(c) Gemischte Anknüpfungsmomente: Lediglich mittelbar wandelbar

Gemischte Anknüpfungsmomente setzen sich aus tatsächlichen und rechtlichen Umständen zusammen oder berücksichtigen zumindest potenziell beide Arten von Umständen. Bei ihnen ist daher zu unterscheiden: Sie sind nicht *unmittelbar* durch eine Vertragsänderung wandelbar, weil zumindest ihre tatsächlichen Umstände einer Parteidisposition nicht offenstehen. Hingegen sind sie insoweit *mittelbar* wandelbar, sofern die Änderung ihrer vertraglichen Umstände zu einer Verschiebung des Anknüpfungsmoments führt. Im Hinblick auf eine unmittelbare Disposition bleibt den Vertragsparteien lediglich eine (konkludente) nachträgliche Rechtswahl mit deren qualifizierten Anforderungen. Das gilt vor allem für die offensichtlich engere und engste Verbindung (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2, und Art. 8 Abs. 4). Bei ihnen handelt es sich um gemischte Anknüpfungsmomente, denn sie berücksichtigen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung tatsächliche und rechtliche Umstände. Eine Vertragsänderung kann insbesondere den Erfüllungsort, die Vertragssprache und -währung betreffen. Darüber hinaus können sie durch eine Vertragsänderung nachträglich eine sehr enge Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen etablieren (Erwägungsgrund 20 S. 2, zuvor ab S. 181). Bei Individualarbeitsverträgen ist zusätzlich insbesondere der Gerichtsstand und die Ver-

wendung von landestypischen Vertragsklauseln zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 174). Sollten die Vertragsparteien derartige Umstände nachträglich ändern, können die Ausweich- und Auffangnormen erstmals eingreifen oder sich verschieben (kollisionsnorminterner oder kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel). Manche sehen den gewöhnlichen Arbeitsort nicht als rein tatsächliches Anknüpfungsmoment an, sondern betrachten auch vertragliche Vereinbarungen – zumindest unter der EuGVVO.⁴⁵⁶ Die vorzugswürdige herrschende Meinung unter der Rom I-VO ordnet ihn jedoch als tatsächliches Anknüpfungsmoment ein: Entscheidend ist der *tatsächliche* Ausübungsort aufgrund eines übereinstimmenden *tatsächlichen* Parteiwillens (zuvor ab S. 155).

(4) Ergebnisse zur Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente durch Vertragsänderungen

Die vorherigen Abschnitte haben gezeigt, dass von den rechtlichen Anknüpfungsmomenten der Rom I-VO lediglich die vertraglichen aufgrund einer Vertragsänderung wandelbar sind. Das belegt insbesondere die Auslegung der Kollisionsnorm für Güter- und Personenbeförderungsverträge und ihrer Anknüpfungsmomente „Übernahme- oder Ablieferungsort“ und „Abgangs- oder Bestimmungsort“ (Art. 5 Abs. 1 und 2, zuvor ab S. 198 und 203). Hervorzuheben ist darüber hinaus, dass bei Güterbeförderungsverträgen durch die nachträgliche erstmalige Vereinbarung des Übernahme- oder Ablieferungsorts ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel möglich ist. Im Fall seiner nachträglichen erstmaligen Aufgabe kann entsprechend ein disqualifizierender Statutenwechsel eintreten. Das Anknüpfungsmoment „Abgangs- oder Bestimmungsort“ ist das einzige Anknüpfungsmoment, welches zu solchen Statutenwechseln führen kann – ohne dass man die Anknüpfungsperson oder den Anknüpfungsgegenstand ändert (nachfolgend ab S. 212 und 259).

Hingegen sind tatsächliche Anknüpfungsmomente durch eine Vertragsänderung nicht wandelbar. Durch Anknüpfung an ein tatsächliches Moment hat die Rom I-VO den Vertragsparteien die Dispositionsmacht entzogen (zuvor ab S. 206). Die Untersuchung hat bereits mehrfach gezeigt, dass die tatsächlichen Anknüpfungsmomente aufgrund einseitiger Veränderungen nicht wandelbar sind (zuvor ab S. 83, 83, 90 und 113 und 125). In Kombination mit den hiesigen Ergebnissen ergibt sich nun die Erkenntnis, dass

456 Mankowski, in EuZPR/EuIPR, Artikel 21 EuGVVO Rn. 16.

die tatsächlichen Anknüpfungsmomente der Rom I-VO durch einseitige *und* vertragliche Veränderungen unwandelbar sind. Den Vertragsparteien bleibt insoweit lediglich die Rechtswahl, an welche die Rom I-VO qualifizierte Anforderungen stellt. Eine Ausnahme bildet die vertragliche Erfüllungsverantwortlichkeit der Nebenniederlassung des Art. 19 Abs. 2 Var. 2. Man kann sie durch eine Vertragsänderung verschieben. Das verändert mittelbar die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts. Unmittelbar zielt die Vertragsänderung aber lediglich auf die Erfüllungsverantwortlichkeit, weshalb ein Wechsel der Anknüpfungsperson vorliegt (zuvor ab S. 207 und nachfolgend ab S. 232).

Eine Sonderstellung nimmt der gewöhnliche Arbeitsort ein (Art. 8 Abs. 2). Bei ihm handelt es sich nach der zutreffenden herrschenden Ansicht um ein *tatsächliches* Anknüpfungsmoment, kein *rechtliches*. Der übereinstimmende tatsächliche Parteiwille ist entscheidend, nicht der übereinstimmende rechtliche – *vertragliche* (zuvor ab S. 155 und 206). Die Auslegung der gemischten Anknüpfungsmomente der Rom I-VO bestätigt diese Differenzierung: Die Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“ sind durch eine Vertragsänderung mittelbar wandelbar, soweit sie im Rahmen der Gesamtbetrachtung vertragliche Umstände berücksichtigen (zuvor ab S. 208).

(5) Rechtsfolgen eines Statutenwechsels

(a) Ex-nunc-Wirkung und zeitliche Segmentierung

Es finden sich keine Aussagen zur Wirkweise eines Statutenwechsels aufgrund einer vertraglichen Änderung des Anknüpfungsmoments – auch nicht bei den Güterbeförderungsverträgen im Rahmen derer ein Statutenwechsel anerkannt ist. Es tritt abermals eine *Ex-nunc*-Wirkung ein. Hierfür sprechen meines Erachtens die Parteierwartungen, die Rechtssicherheit und die Berechenbarkeit (Erwägungsgrund 16 S. 1). In der Folge segmentiert der Statutenwechsel das anzuwendende Recht in zeitlicher Hinsicht (zuvor ab S. 160 und 177). Ein *Ex-tunc*-Statutenwechsel kann jedoch durch eine konkludente Rechtswahl eintreten, die mit der vertraglichen Änderung des Anknüpfungsmoments einhergeht (zuvor ab S. 147).

(b) Kein Günstigkeitsprinzip analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO

Wie zuvor dargestellt, ist Art. 3 Abs. 2 S. 2 auf objektive Anknüpfungen nicht analog anzuwenden. Ein objektiver Statutenwechsel kann den Vertrag mithin formunwirksam werden lassen und die Rechte Dritter beeinträchtigen. Das gilt meines Erachtens unabhängig davon, ob eine tatsächliche Veränderung oder eine (sach-)rechtliche Vertragsänderung die Änderung des Anknüpfungsmoments bedingt (zuvor ab S. 163 und 178).

(c) Verschiebung der Optionsbeschränkungen oder Normendurchgriffe

Führt eine Vertragsänderung über ein Anknüpfungsmoment zu einem Statutenwechsel, dann kann das die Optionsbeschränkungen und Normendurchgriffe verschieben (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1, Art. 6 Abs. 2 S. 2, und Art. 8 Abs. 1 S. 2). Das ist vor allem bei einer Änderung des Abgangs- oder Bestimmungsorts eines Personenbeförderungsvertrags möglich, weil das die Optionsbeschränkung des Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. d oder e verschiebt. Eine derartige nachträgliche Verschiebung kann eine vorherige Rechtswahl nicht unwirksam werden lassen, sondern nur heilen (zuvor ab S. 165). Darüber hinaus kann eine Vertragsänderung das Anknüpfungsmoment der engeren Verbindung bei Individualarbeitsverträgen verschieben und dadurch den Normendurchgriff des Art. 8 Abs. 1 S. 2 verschieben. Das ist auch bei einer vorherigen Rechtswahl zu berücksichtigen.

Eine vertragliche Änderung des Anknüpfungsmoments kann nicht dazu führen, dass eine die Rechtswahl einschränkende Norm *erstmal*s einschlägig wird oder erstmalig nicht anzuwenden ist. Der Grund hierfür ist simpel: Alle einschränkenden Normen sind bereits dann anwendbar, wenn ihr Anknüpfungsgegenstand eröffnet ist (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 6 Abs. 2 S. 2, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 und Art. 8 Abs. 1 S. 2). Das jeweilige Anknüpfungsmoment gehört nicht dazu. Ein erklärendes und abschließendes Beispiel: Die Parteien haben bereits ursprünglich einen Personenbeförderungsvertrag abgeschlossen, jedoch keinen Abgangs- oder Bestimmungsort vereinbart. Wenn sie nun nachträglich einen Ablieferungsort vereinbaren, wird nicht erst dadurch der die Rechtswahl einschränkende Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 anwendbar, weil er bereits den Abschluss eines Personenbeförderungsvertrags anzuwenden ist (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1: „Als auf einen Vertrag über die Beförderung von Personen anzuwendendes Recht können die Parteien im Einklang mit Artikel 3 nur das Recht des Staates wählen, [...]“).

dd. Vertragsänderungen über Anknüpfungspersonen

Ein Statutenwechsel ist auch infolge einer vertraglichen Änderung der Anknüpfungsperson denkbar. Die folgenden Abschnitte untersuchen daher die Wandelbarkeit der Anknüpfungsperson.

(1) Vertragsübernahme: Dogmatisches Verständnis des Instituts in den Mitgliedstaaten

Forderungsübertragungen und Schuldübernahmen stuft die Rom I-VO als nicht wandelungsrelevant ein. Sie können keinen Statutenwechsel zur Folge haben (zuvor ab S. 142 und 143). Im Gegensatz dazu tauscht eine Vertragsübernahme die Vertragspartei komplett aus. Sie führt dazu, dass „das gesamte Schuldverhältnis mit allen Rechten und Pflichten von einer Vertragspartei auf den Übernehmer“ übergeht.⁴⁵⁷ Die gesamte Vertragsposition verschiebt sich. Dieses dogmatische Verständnis des Instituts „Vertragsübernahme“ herrscht in den Mitgliedstaaten vor und liegt Art. III.-5:301 f. DCFR zugrunde.⁴⁵⁸

Kollisionsrechtlich richten sich die Voraussetzungen der Vertragsübernahme laut der herrschenden Ansicht nach einer gesonderten dreiseitigen Rechtswahl oder nach dem Recht des übernommenen Vertrags (sogenanntes „Übernahmestatut“).⁴⁵⁹ Das gilt insbesondere für die Zustimmung- und Mitwirkungserfordernisse.⁴⁶⁰

Sachrechtlich ist für die Vertragsübernahme jedenfalls ein dreiseitiger Vertrag zwischen den beiden ursprünglichen Parteien und der überneh-

457 Statt vieler nur *Kieninger*, in Ferrari, Art. 14 Rom I-VO Rn. 7.

458 DCFR, II24–1128.

459 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 28; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 15 mwN; *M. Stürner*, in Erman, Art. 14 Rom I-VO Rn. 13; *Doehner*, in Hüfstege/Mansel, Art. 14 Rom I-VO Rn. 32 mwN; *Hausmann*, in Staudinger, Anhang zu Art. 16 Rom I-VO Rn. 12 f. mwN; *R. Freitag*, in EuZPR/EuIPR, Art. 14 Rom I-VO Rn. 53 mwN; *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 3.334; *Selke*, IPRax 2013, 205, 212–214 f. Ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine dreiseitige Rechtswahl *M. Stürner*, in Erman, Art. 14 Rom I-VO Rn. 13; *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 3.334. Ohne Hinweis auf die Möglichkeit der Rechtswahl OLG München NJOZ 2018, 1390, 1392 f. (Rn. 37).

460 OLG München NJOZ 2018, 1390, 1392 f. (Rn. 37); *Hausmann*, in Staudinger, Anhang zu Art. 16 Rom I-VO Rn. 13; *Selke*, IPRax 2013, 205, 208.

menden Partei ausreichend.⁴⁶¹ Manche Sachrechte lassen aber auch einen zweiseitigen Vertrag zwischen ausscheidender und übernehmender Partei nebst einer Genehmigung der verbleibenden Partei genügen.⁴⁶² Letzteres entspricht Art. 12:201 Abs. 1 der *Principles of European Contract Law* (PECL), Art. 9.3.3 der UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) 2004–2016 und Art. III. – 5:302 Abs. 1 des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Darüber hinaus lassen zum Beispiel das deutsche,⁴⁶³ niederländische (Art. 6:159 *Burgerlijk Wetboek*),⁴⁶⁴ italienische (Art. 1406 *Codice civile*)⁴⁶⁵ und österreichische Recht (§ 1406 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)⁴⁶⁶ eine Zustimmung der verbleibenden Partei ausreichen. Das deutsche⁴⁶⁷ und französische Recht,⁴⁶⁸ Art. 9.3.4 PICC und Art. III. – 5:302 Abs. 2 DCFR akzeptieren insoweit eine vorweggenommene Zustimmung der verbleibenden Partei vor Abschluss der Vertragsübernahme. Die Vertragsübernahme ist mithin der dreiseitige und umfassende Austausch einer Vertragspartei. Ein Vertragsbeitritt steht unter den genannten Werken deutlich weniger im Fokus. Er erweitert die Vertragsparteien aufseiten des Gläubigers oder Schuldners und ist ebenfalls nur dreiseitig möglich.⁴⁶⁹

Die praktische Relevanz der Vertragsübernahme ist hoch.⁴⁷⁰ Sie findet vor allem bei Dauerschuldverhältnissen wie Miet-, Darlehens-, Bezugs-, Liefer- und Arbeitsverträgen Anwendung.⁴⁷¹ Die Vertragsübernahme ist dabei insbesondere eingekleidet in Unternehmenstransaktionen in der Form

461 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 15 Rn. 28 mwN; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 15; *Kieninger*, in Ferrari, Art. 14 Rom I-VO Rn. 8. Für österreichisches materielles Recht: OLG München NJOZ 2018, 1390, 1392 f. (Rn. 37).

462 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 15 Rn. 28.

463 Statt vieler nur BGH NJW 1985, 2528, 2530 (Punkt III.2.c) und d)) mwN; *Roth/Kieninger*, in MüKo BGB, § 398 Rn. 4 mwN, 186 mwN.

464 DCFR, II25.

465 DCFR, II25 f.

466 Zuletzt OGH Ents. v. 18.02.2021 – 6 Ob 140/20m Rn. 79 (Rechtssatznummer RS0032607).

467 Statt vieler nur BGH NJW 2010, 3708; *Roth/Kieninger*, in MüKo BGB, § 398 Rn. 186 mwN.

468 DCFR, II27.

469 Statt vieler nur *Kieninger*, in MüKo BGB, § 398 BGB Rn. 192 mwN.

470 DCFR, II24.

471 *Heinig*, in BeckOGK, 1.5.2021, § 414 BGB Rn. 28; *Rohe*, in BeckOK BGB, § 414 BGB Rn. 26; DCFR, II24.

der Einzelübertragung aller Wirtschaftsgüter (eng. „*asset deal*“)⁴⁷² und Unternehmensverschmelzungen (Fusionen)⁴⁷³ – auch innerhalb eines Konzerns.⁴⁷⁴ Es muss dabei jedoch nicht um die Übertragung ganzer Unternehmen oder Geschäftseinheiten gehen. Eine Vertragsübernahme kommt auch bei der Übertragung einzelner Geschäftstätigkeiten vor – zum Beispiel bestimmte Kundenbeziehungen oder Produkte. Sie spielt außerdem bei der Pacht von Gaststätten und anderen Betrieben eine Rolle.⁴⁷⁵ Schließlich ist sie bei einer Insolvenz des ursprünglichen Werkunternehmers oder der Weitergabe im Baukonzern, im Baukonsortium oder in der Bau-ARGE praktisch relevant.⁴⁷⁶

(2) Ansichten in der Literatur zur Wandelbarkeit der Anknüpfungspersonen

(a) Herrschende Ansicht: Unwandelbarkeit

Nach der herrschenden Ansicht hat eine Vertragsübernahme keinen Statutenwechsel hinsichtlich des übernommenen Vertrags zur Folge.⁴⁷⁷ Eine Begründung hierfür findet man meist nicht. Dieser Ansicht war bereits *Zweigert* in seiner grundlegenden Untersuchung aus dem Jahr 1958: Das Vertragsstatut gebe dem Grundvertrag „*sein Gepräge*“, was auf den Übernahmeakt ausstrahle.⁴⁷⁸

472 BGH DStR 2013, 1441, 1443 (Rn. 18 f.); *Heinig*, in BeckOGK, 1.5.2021, § 414 BGB Rn. 28 mwN; *Sammert*, in BeckOF Vertrag, 20.4 Asset Deal § 4 des Musters und Rn. 9, 12 der Anm.; DCFR, 1124.

473 DCFR, 1124.

474 *Heinig*, in BeckOGK, 1.5.2021, § 414 BGB Rn. 28.

475 *Heinig*, in BeckOGK, 1.5.2021, § 414 BGB Rn. 28 mwN; *Rohe*, in BeckOK BGB, § 414 BGB Rn. 26; *Lessing*, in Schulze/Grziwotz/Lauda, § 581 BGB Rn. 1 (§ 6 des Musters) und Rn. 18.

476 DCFR, 1124 f.

477 *Kieninger*, in Ferrari, Art. 14 Rom I-VO Rn. 8 aE mwN; *Magnus*, in Staudinger, Anhang zu Art. 16 Rom I-VO Rn. 13 mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 15 Rn. 28 mwN; *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 3.336.

478 *Zweigert*, *RabelsZ* 1958 (23), 643, 650.

(b) Selke: Wandelbarkeit nur bei entsprechendem Parteiwillen aller Beteiligten

Auf den ersten Blick scheint sich auch *Selke* der ablehnenden herrschenden Ansicht anzuschließen und sogar eine Begründung zu liefern. Er ist der Ansicht, dass „die Vertragsübernahme nichts an der Gültigkeit des ursprünglichen Vertragsstatuts ändert, solange kein anderslautender Parteiwille erkennbar wird“.⁴⁷⁹ Dabei spiele es „keine Rolle, ob der Eintretende über die aktuell geltende Vertragsrechtsordnung informiert ist oder diese unter Umständen sogar ausdrücklich ablehnt“.⁴⁸⁰ Ein Statutenwechsel sei nur möglich, wenn „der Parteiwille aller Beteiligten unstreitig dahin[geht], auch das Statut des übernommenen Vertrages zu ändern“.⁴⁸¹ Die beiden letzten Aussagen gehen dabei auf die Arbeit von *Zweigert* zurück.⁴⁸² Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich *Selke* auf den „Sinn und Zweck der Vertragsübernahme“. Dieser bestünde „üblicherweise darin, dass der übernommene Vertrag lediglich in personeller und nicht auch in sachlicher Hinsicht geändert wird.“⁴⁸³ Im Fall eines Statutenwechsels sei aber „zu befürchten, dass sich die materiell-rechtliche Position der Vertragsparteien nachträglich verändert“.⁴⁸⁴ Darüber hinaus könne der verbleibenden Vertragspartei „kein neues Vertragsstatut aufgenötigt werden, selbst wenn das von der austretenden sowie der eintretenden Partei übereinstimmend gewollt ist“. Hiergegen spreche Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO: Er zeige, dass das „Recht der parteiautonomem Gestaltung [...] dort [ende], wo das Selbstbestimmungsrecht anderer ungefragt eingeschränkt zu werden droht.“⁴⁸⁵

Insgesamt erachtet *Selke* mithin einen Statutenwechsel nur bei entsprechendem übereinstimmenden Parteiwillen für möglich. Aus meiner Sicht ist es nicht ersichtlich, ob er damit eine nachträgliche Rechtswahl oder eine andersgeartete kollisionsrechtliche Auslegung des Parteiwillens meint. Mehrere Aspekte sprechen für Letzteres: Im Gegensatz zu seinem übrigen Beitrag verwendet er nicht den Begriff „Rechtswahl“ – mehr noch: er scheint ihn gerade zu meiden. Darüber hinaus führt er für seine Ansicht nicht Art. 3 Rom I-VO an, obwohl dessen Abs. 2 S. 1 und 2 die nachträgliche

479 *Selke*, IPRax 2013, 205, 210, ähnlich auch in seinem Vorschlag für eine Kollisionsnorm auf S. 214 (Nr. 4 S. 2).

480 *Selke*, IPRax 2013, 205, 210.

481 *Selke*, IPRax 2013, 205, 211.

482 *Zweigert*, *RabelsZ* 1958 (23), 643, 650 f.; *Selke*, IPRax 2013, 205, 210 f. (Fn. 58–61).

483 *Selke*, IPRax 2013, 205, 210.

484 *Selke*, IPRax 2013, 205, 210.

485 *Selke*, IPRax 2013, 205, 211.

Rechtswahl ausdrücklich anerkennen. Vor diesem Hintergrund wäre auch der Umfang seiner Ausführungen und Begründung nicht notwendig.

Ich teile *Selkes* Ansicht nicht. Sie beschränkt die Möglichkeit von Statutenwechseln auf eine Rechtswahl und damit die Ebene der subjektiven Anknüpfung. Diese Arbeit hat jedoch bereits gezeigt, dass die Rom I-VO Statutenwechsel auf der objektiven Anknüpfungsebene kennt: Die dauerhafte Änderung des gewöhnlichen Arbeitsorts, die Änderung der offensichtlich engeren oder engsten Verbindung, des Übernahme- oder Ablieferungsorts und des Abgangs- oder Bestimmungsorts (Art. 8 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 4 und Art. 5 Abs. 1, 2, zuvor ab S. 155, 165, 174, 181, 198 und 203). Darüber hinaus bin ich zu dem Ergebnis gekommen, dass Statutenwechsel im Rahmen aller vertraglichen Anknüpfungsmomente der objektiven Anknüpfungsebene eintreten können – vorausgesetzt die Vertragsparteien ändern sie *einvernehmlich* (zuvor ab S. 209). Zwar beziehen sich die Ergebnisse unmittelbar nur auf die Anknüpfungsmomente der Kollisionsnormen der Rom I-VO, nicht ihrer Anknüpfungspersonen. Gleichwohl ist der dogmatische Hintergrund vergleichbar: Die Vertragsparteien ändern durch die Vertragsübernahme einvernehmlich ein vertragliches Element der objektiven Anknüpfung, die Vertragspartei. Vor diesem Hintergrund wird eine Auslegung des Art. 19 Abs. 3 zeigen, dass ein Statutenwechsel auch bei einer Vertragsübernahme ohne geänderten Parteiwillen oder Rechtswahl angezeigt ist (nachfolgend ab S. 220).

(c) Leible: Wandelbarkeit nur bei vertragsinternen Umständen

Leible lehnt im Rahmen der allgemeinen Auffangnorm entgegen der früheren Ansicht *Martiny*⁴⁸⁶ einen Statutenwechsel bei jeder „grundlegenden Änderung der die Anknüpfung determinierenden Umstände“ ab (engste Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO). Im Gegensatz dazu vertritt er eine Differenzierung nach vertragsexternen und -internen Umständen:

„Überzeugender erscheint eine Differenzierung zwischen Umständen, die im Vertrag selbst liegen, und solchen, die einseitig von einer Partei herbei-

486 *Martiny*, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237 (ebenfalls nur für Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO und nur ausnahmsweise im Fall „einer tiefgreifenden Änderung der Umstände“). Mittlerweile scheint *Martiny* aufgrund seiner späteren Aussagen wohl nicht mehr dieser Auffassung *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205 (für Abs. 2), 325 (für Abs. 4).

*geführt werden. Vertragsinterne Umstände (wie z. B. ein Schuldner- oder Gläubigerwechsel) sind zu berücksichtigen, sofern sie die Verbindung zur bisher maßgeblichen Rechtsordnung locker werden lassen und eine engere Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung herstellen.*⁴⁸⁷

Im Rahmen des Art. 4 Abs. 1–3 Rom I-VO macht er diese Ausnahme nicht und schließt einen Statutenwechsel generell aus.⁴⁸⁸ Anknüpfungspersonen enthalten jedoch nur die auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellenden Abs. 1 (lit. a „Verkäufer“, lit. b „Dienstleister“ etc.) und Abs. 2 („Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat“). Die Aussage von *Leible* bezieht sich daher meines Erachtens nicht auf eine Änderung der Anknüpfungsperson, sondern des Anknüpfungsmoments „engste Verbindung“.

(d) McParland: Wandelbarkeit nur bei Wechsel der
Erfüllungsverantwortlichkeit

McParland erachtet einen Statutenwechsel im Fall eines vertraglichen Wechsels der für die Erfüllung verantwortlichen Nebenniederlassung für angebracht (Art. 19 Abs. 2 Var. 2 Rom I-VO). Nichtsdestotrotz sieht er eine Begründung angesichts des Wortlauts von Art. 19 Abs. 3 als schwierig an. In diesem Zusammenhang stellt er die Frage, ob man den „Vertragsschluss“ im Sinne des Art. 19 Abs. 3 im Zeitpunkt der Vertragsänderung bestimmen könnte. Alternativ denkt er an, Abs. 2 Var. 2 nicht mehr anzuwenden, wenn die Nebenniederlassung ihre Erfüllungsverantwortung an eine andere überträgt. Er stellt dann in den Raum, den gewöhnlichen Aufenthalt gemäß Abs. 1 an der Hauptverwaltung zu verorten. Letztlich lässt er die Lösung offen.⁴⁸⁹

Aus meiner Sicht behandelt *McParland* lediglich einen Spezialfall der Änderung der Anknüpfungsperson. Seine Konstellation bezieht sich nicht auf die Anknüpfungsperson in einer Kollisionsnorm wie Art. 4 Abs. 1 lit. a („Verkäufer“), sondern auf das personelle Element der Hilfsnorm in Art. 19 Abs. 2 Var. 2 (für die Erfüllung des Vertrags verantwortliche Nebenniederlassung). Letztere füllt jedoch das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ aus – „lokalisiert“ es (zuvor ab S. 207 und nachfolgend ab S. 232). Damit definiert ihr personelles Element auch die Anknüpfungsperson.

487 *Leible*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 96 mwN.

488 *Leible*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 61, 69 und 78.

489 *McParland*, Rn. 5.70.

son, auf welche sich dieses Anknüpfungsmoment bezieht. Mit anderen Worten: Art. 19 definiert nicht nur das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ in Art. 4 Abs. 1 lit. a, sondern auch die dazugehörige Anknüpfungsperson „Verkäufer“. Das Tatbestandsmerkmal hat daher eine Zwitterstellung zwischen Anknüpfungsmoment und -person.

(e) Feiler: Wandelbarkeit und Wahlrecht der übernehmenden Partei

Feiler befasst sich ausführlich mit Statutenwechseln aufgrund von Vertragsübernahmen.⁴⁹⁰ Er bejaht einen Statutenwechsel in Bezug auf den übernommenen Vertrag sowohl durch erneute oder erstmalige nachträgliche Rechtswahl⁴⁹¹ als auch durch einen Wechsel der Anknüpfungsperson.⁴⁹² Er begründet seine Ansicht mit einer „*einschränkenden Auslegung*“ des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO.⁴⁹³ Dieser bezwecke zum einen den Schutz vor einseitigen Veränderungen des anzuwendenden Rechts, zum anderen die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Kollisionsnormen im Sinne der Rechtssicherheit nach Erwägungsgrund 16 S. 1.⁴⁹⁴ Beide Zwecke seien im Fall der Vertragsübernahme nicht einschlägig. Eine einseitige Manipulation des anzuwendenden Rechts scheide aus, weil ein „*konsensuales Zusammenwirken*“ „ohne Wissensvorsprung einer Partei“ vorliege.⁴⁹⁵

Feiler begründet seine Ansicht mit zwei Argumenten. Erstens ist er der Ansicht, dass ein Statutenwechsel der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit besser entspreche. Es sei daher „*sinnvoller und für die Parteien auch naheliegender, das Regel-Ausnahme-Verhältnis für Vertragsübernahmen umzukehren*“ – zugunsten eines Statutenwechsels.⁴⁹⁶ Als Beispiel führt er einen auf zehn Jahre angelegten Automobil-Zulieferervertrag an, bei dem der Zulieferer nach einem Jahr wechselt – wegen einer Verlagerung des Geschäftsmodells.⁴⁹⁷ Vor diesem Hintergrund stellt er dar, dass die durch die Vertragsübernahme bedingte Zäsur für einen Statutenwechsel spreche. Zwar würden die Parteien mit der Vertragsübernahme ihr Interesse an der Kontinuität des Vertrags zum Ausdruck bringen. Das beziehe sich jedoch

⁴⁹⁰ *Feiler*, 303–324.

⁴⁹¹ *Feiler*, 304 f., 324, 329.

⁴⁹² *Feiler*, 309–315, 320 f., 323 f., 329.

⁴⁹³ *Feiler*, 311 f., 315, 320 f., 324, 329.

⁴⁹⁴ *Feiler*, 307, 310, 313 f., 323.

⁴⁹⁵ *Feiler*, 311.

⁴⁹⁶ *Feiler*, 309 f.

⁴⁹⁷ *Feiler*, 309.

nur auf die vertraglichen Regelungen, nicht das aufgrund objektiver Anknüpfung anzuwendende Recht. Über Letzteres würden sich die Vertragsparteien regelmäßig keine Gedanken machen. Mit den Worten *Feilers*:

*„Sie [die Vertragsparteien] werden sich aber im Regelfall keine Gedanken über das anwendbare Recht machen. Sie möchten den Inhalt des Vertragsverhältnis, in der Regel die ihnen erkennbaren Hauptleistungsbeziehungen, unter neuer Parteiherrschaft fortführen. Mit anderen Worten: Die als Eigenart der Vertragsübernahme hervorzuhebende „Vertragskontinuität“ ist aus der Sicht der Parteien eine Kontinuität von Leistungspflichten, in der Regel derjenigen Pflichten, die sie in einer Vertragsurkunde aufgenommen haben.“*⁴⁹⁸

Ein Statutenwechsel sei daher *„jedenfalls aus Sicht der neu eintretenden Partei [...] angezeigt“*. Darüber hinaus könne der Statutenwechsel *„auch von den Parteien als antizipiert angesehen werden“*, weil diese *„in vielen Fällen in der Vertragsübernahme einen – technisch nicht bestehenden – Neuabschluss erblicken“* würden.⁴⁹⁹

Zweitens begründet *Feiler* die Wandelbarkeit damit, dass die Erwägungen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts noch nicht einmal der Maßstab zur Bewertung eines Statutenwechsels im Fall einer Vertragsübernahme sein sollte: Vertragsübernahmen seien nicht vom Anwendungsbereich der Rom I-VO erfasst und daher auch Erwägungsgrund 16 S.1 nicht einschlägig.⁵⁰⁰ Die Rom I-VO erfasse keine Verfügungen über Verträge.⁵⁰¹ Die systematische Auslegung vor allem der Art.1 und 14 zeige, dass die Rom I-VO Verfügungsgeschäfte nur dann ausnahmsweise erfassen möchte, wenn sie ausdrücklich genannt seien.⁵⁰² Der „Vertragsschluss“ im Sinne des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO verbinde daher den Vertrag mit den individuellen Parteien und setze damit Parteiidentität voraus.⁵⁰³ *Feiler* beschreibt das folgendermaßen:

„Vertragsschluss“ i. S. der Norm meint damit den von der Verordnung gedachten Zeitpunkt, in dem eine Pflichtenverbindung sich räumlich zwischen den Vertragsparteien konkretisiert und mit zwei Rechtssubjekten verbunden wird – „Vertragsschluss“ ist damit im Sinne einer „Vertragsbin-

498 *Feiler*, 311 (Zusatz in eckigen Klammern durch mich).

499 *Feiler*, 313.

500 *Feiler*, 313.

501 *Feiler*, 313 f., 324.

502 *Feiler*, 225–256.

503 *Feiler*, 313, 321.

*„dung an eine spezifische Partei“ zu lesen. Eine solche Pflichtenzuordnung erfolgt – auch jenseits der Novation – erneut, wenn die Vertragspartei ausgewechselt wird.“*⁵⁰⁴

Vor diesem Hintergrund kommt Feiler zu dem Ergebnis, dass die Rom I-VO einen Statutenwechsel aufgrund einer Vertragsübernahme zulasse:

*„Die Rom I-VO erfasst die Dynamisierung von Vertragsverhältnissen nicht, sodass Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO einschränkend auszulegen ist und eine erneute Anknüpfung nach der Vertragsüberleitung – und damit ggf. einen Statutenwechsel, wenn sich der Sitz der charakteristisch leistenden Partei ändert – zulässt.“*⁵⁰⁵

Dogmatisch schlägt Feiler somit eine „erneute Anknüpfung“ vor.⁵⁰⁶ Es sei davon auszugehen, „dass im Übernahmefall mit der Überleitung ein neuer Vertragsabschlusszeitpunkt gesetzt wird und das Prüfprogramm des Art. 4 Rom I-VO erneut abgefragt wird“.⁵⁰⁷ Lediglich die ausscheidende Partei könne sich auf das ursprünglich anzuwendende Recht berufen – analog Art. 3 Abs. 2 S. 2.⁵⁰⁸ Als Beispiel führt er insbesondere eine Nachhaftung an. Die analoge Anwendung sei angezeigt, weil die Konstellation mit der von Art. 3 Abs. 2 S. 2 vergleichbar sei: In beiden Konstellationen werde die „drohende Rechtsverschlechterung [...] durch einen Parteiakt ausgelöst“. Zwar habe auch die ausscheidende Partei der Vertragsübernahme zugestimmt, gleichwohl beziehe sich ihre Zustimmung nicht auf den Statutenwechsel⁵⁰⁹ – im Gegensatz zur eintretenden Partei.⁵¹⁰

(3) Wandelbarkeit bei Vertragsübernahme und Wechsel der Erfüllungsverantwortlichkeit

Ich teile Feilers Ansicht, wenngleich nicht seinen zweiten Begründungsansatz: Meines Erachtens ist das Institut der Vertragsübernahme vom Anwendungsbereich der Rom I-VO erfasst. Eine Vertragsübernahme kann unter der Rom I-VO generell zu einem Statutenwechsel führen – nicht nur

504 Feiler, 313.

505 Feiler, 329.

506 Feiler, 329.

507 Feiler, 324.

508 Feiler, 315 mwN, 324

509 Feiler, 314 f.

510 Feiler, 313 f.

bei entsprechendem Parteiwillen (*Selke*) oder vertragsinternen Umständen (*Leible*). Ein Statutenwechsel tritt immer dann ein, wenn das Kollisionsrecht der Rom I-VO im Anschluss an die Vertragsübernahme ein anderes als das ursprünglich anzuwendende Recht beruft. Dabei verschiebt sich infolge des Wechsels der Anknüpfungsperson das Anknüpfungsmoment. Anders formuliert: Die Kollisionsnormen der Rom I-VO sind bezüglich ihrer Anknüpfungsperson wandelbar. Die Frage des Statutenwechsels durch Vertragsübernahme stellt sich bei allen Kollisionsnormen der Rom I-VO, die eine Anknüpfungsperson aufweisen. Das heißt, dass das Anknüpfungsmoment mit einem personellen Element verbunden ist. Das trifft zum Beispiel nicht zu auf die Belegenheit der unbeweglichen Sache, den Ort der Versteigerung und den Markttort des multilateralen Systems für Finanzinstrumente (Art. 4 Abs. 1 lit. c, g und h).⁵¹¹ Darüber hinaus weisen auch der Übernahme-/Ablieferungsort, der Abgangs-/Bestimmungsort, die Belegenheit des Versicherungsrisikos und die einstellende Niederlassung kein personelles Element auf (Art. 5 Abs. 1, 2, Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 3).

Vor allem die Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, weisen jedoch eine Anknüpfungsperson auf – zum Beispiel der gewöhnliche Aufenthalt *des Verkäufers* (Art. 4 Abs. 1 lit. a, b, d, e, f, Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 und S. 2, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 UAbs. 2 lit. a, b und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1, Abs. 3 UAbs. 1 lit. b, e Rom I-VO). Die Hilfsnorm des Art. 19 Abs. 3 regelt, dass der gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bestimmen ist. Damit fixiert sie meines Erachtens lediglich das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ auf diesen Zeitpunkt. Hingegen ist sie nicht teleologisch auf die Anknüpfungsperson und den Anknüpfungsgegenstand zu extendieren (zuvor ab S. 119).

(a) Vertragsübernahme vom Anwendungsbereich der Rom I-VO erfasst

Die Rom I-VO adressiert die Vertragsübernahme nicht ausdrücklich. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass sie dieses Institut erfassen möchte. Die Rom I-VO möchte die von ihr erfassten Verträge über deren gesamten Lebens- und Änderungszyklus hinweg begleiten. Hierfür sprechen drei Beobachtungen: Erstens gilt die Rom I-VO institutionell uneingeschränkt für alle vertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, sofern

⁵¹¹ Ebenso *Feiler*, 315–317.

keine Bereichsausnahme eingreift (Art. 1 Abs. 1). Zweitens nehmen die Bereichsausnahmen Vertragsübernahmen – oder allgemein Vertragsänderungen – nicht aus dem Anwendungsbereich heraus (Art. 1 Abs. 2). Drittens zeigen die Art. 10 und 12, dass die Rom I-VO fernab der Bereichsausnahmen alle Voraussetzungen und Wirkungen vertraglicher Schuldverhältnisse erfassen will.⁵¹² Das gilt meines Erachtens zumindest auf Verpflichtungsebene. Auf der Verfügungsebene könnten die Art. 14 und 15 tatsächlich gegen umfassenden Regelungsanspruch der Rom I-VO sprechen, wie es *Feiler* vertritt (zuvor ab S. 218). Sie könnten nahelegen, dass die Rom I-VO außer der Forderungsübertragung keine schuldrechtliche Verfügungen erfassen möchte. Meines Erachtens möchte die Rom I-VO jedoch alle schuldrechtlichen Verfügungen erfassen. Fernab ihrer Bereichsausnahmen umfasst sie alle Fragen, die bei vertraglichen Schuldverhältnissen auftreten können. Sie ist dabei nicht auf Verpflichtungsgeschäfte beschränkt. Auch auf der Verfügungsebene möchte die Rom I-VO den gesamten Lebens- und Änderungszyklus eines schuldrechtlichen Vertrags begleiten. Das gilt zum einen für die Bestimmung des auf die Vertragsübernahme anzuwendenden Rechts. Zum anderen gilt das auch für die Frage, ob die Vertragsübernahme zu einem Statutenwechsel des Vertragsstatuts führt. Selbst dann, wenn man diese Ansicht nicht teilt, würde man nur das Vertragsübernahme-Statut nach dem autonomen nationalen Kollisionsrecht bestimmen – nicht hingegen das Vertragsstatut, das ursprünglich bereits durch die Rom I-VO bestimmt wurde.

Darüber hinaus ist das Gegenargument in Form der Art. 14 und 15 Rom I-VO stark vom Verständnis der deutschen Privatrechtsdogmatik geprägt: Zwar ist die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsebene unter den Mitgliedstaaten kein deutsches Unikat (Trennungsprinzip). Gleichwohl nimmt die Bedeutung ihre Trennung ab, sofern man die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht unabhängig voneinander bewertet (Abstraktionsprinzip). Bei letzterem handelt es sich um ein Alleinstellungsmerkmal der deutschen Privatrechtsdogmatik. Unsere Nachbarn kennen maximal eine Kombination aus Trennungsprinzip und abhängiger Bewertung der Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (Kausalprinzip). Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber in diesen Kategorien gedacht hat. Die Rom I-VO liefert auch keine Anzeichen dafür, dass sie nach der Verpflichtungs- und Verfügungsebene differenziert. Hinzukommt,

⁵¹² Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 1 mwN.

dass die Vertragsübernahme ein anerkanntes Institut im mitgliedstaatlichen Sachrecht ist (zuvor ab S. 212).

In Kombination dieser Erwägungen zeigt sich, dass die Vertragsübernahme vom Anwendungsbereich der Rom I-VO erfasst ist und sich nach dem Recht des übernommenen Vertrags richtet (Übernahmestatut). Auf dieser Linie hat das LG Heilbronn 2023 einen Vertrag auch nach einer Vertragsübernahme aufseiten des Unternehmers nach dem Verbraucherstatut der Rom I-VO beurteilt.⁵¹³

(b) Anknüpfungspersonen des gewöhnlichen Aufenthalts –
Art. 4–8 Rom I-VO: Wandelbar

Dieser Abschnitt wird zeigen, dass eine Vertragsübernahme einen Statutenwechsel zur Folge haben kann, wenn die ursprünglich einschlägige Kollisionsnorm an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft. Dann führt ein Wechsel der Anknüpfungsperson – der Vertragspartei, an deren gewöhnlichen Aufenthalt die Norm anknüpft – potenziell zu einem Statutenwechsel. Nämlich dann, wenn die übernehmende Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat als die ausscheidende Partei hat. Die ursprünglich einschlägige Kollisionsnorm bleibt in diesem Fall einschlägig und beruft das Recht eines anderen Staates (kollisionsnorminterner Statutenwechsel, zuvor ab S. 142).

(aa) Auslegung der Kollisionsnormen des gewöhnlichen Aufenthalts: Offen

Die Auslegung der individuellen Kollisionsnormen der Rom I-VO, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, ist unergiebig – das sind Art. 4 Abs. 1 lit. a, b, d, e, f, Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 UAbs. 1 S. 1, 2, Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 Rom I-VO. Unabhängig von Art. 19 Abs. 3 zeigt ihre wortlautbezogene, systematische, historische oder teleologische Auslegung weder eine Tendenz für noch gegen einen Statutenwechsel. Sie spricht insbesondere nicht gegen einen Statutenwechsel wegen Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Vertragsübernahme. Vor allem streiten die Schutzzwecke der Art. 5–7 Rom I-VO nicht gegen ihn.

513 LG Heilbronn Urt. v. 10.2.2023 – We 6 O 345/21 = BeckRS 2023, 1485 (3. Leitsatz und Rn. 2 f., 12, 37 f.).

(aaa) Art. 6 Rom I-VO: Schwächerenschutz spricht nicht
gegen Wandelbarkeit

Verbraucherverträge knüpfen stets an den gewöhnlichen Aufenthalt der strukturell schwächeren Partei – des Verbrauchers – an (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO). Folglich kann nur eine Vertragsübernahme aufseiten des Verbrauchers zu einer Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts und damit zu einem Statutenwechsel führen, nicht hingegen aufseiten des Unternehmers. Vertragsübernahmen zwischen zwei Verbrauchern nebst Einwilligung des Unternehmers kommen praktisch vor allem bei Dauerschuldverhältnissen wie Fitnessstudio-, Stromliefer-, Internet- und Mobilfunkverträgen vor. Sie dürften jedoch zumeist keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Vorstellbar ist das jedoch bei Mobilfunkverträgen mit einem grenzüberschreitenden Anbieter und/oder weltweiter Flatrate, oder grenzüberschreitende Stromlieferungsverträge für grenznahe Eigenheime – letzteres vor allem im Rahmen der Nahversorgung mit ausländischer Fernwärme oder Windkraft. Praktisch relevanter dürfte eine Vertragsübernahme zwischen Verbrauchern bei auf Dauer angelegten Online-Diensten oder -Spielen der Fall sein (eng. „*Software as a Service*“ oder „*Games as a Service*“). Hier verpflichtet sich der Unternehmer zum dauerhaften Betrieb der Online-Dienste. Er stellt die notwendige (Server-)Infrastruktur zur Verfügung, aktualisiert und pflegt die Software. Weiter speichert er die Daten der Verbraucher online. Der Verbraucher zahlt hierfür häufig, ein monatliches Entgelt. Im Rahmen sozialer Netzwerke oder anderer unentgeltlicher Dienste sind Vertragsübernahmen weniger wahrscheinlich. Bei sozialen Netzwerken haben nämlich regelmäßig der Verbraucher und der Unternehmer kein Interesse an einer Vertragsübernahme, weil es sich bei dem Benutzerkonto des Verbrauchers um dessen höchstpersönliche Daten handelt. Bei anderen unentgeltlichen Diensten wird sich der Unternehmer regelmäßig über die Verwertung der Verbraucher-Daten finanzieren, weshalb sich sein Interesse hauptsächlich auf neue Kundendaten richtet und er einer Vertragsübernahme nicht zustimmen wird.

Hingegen ist das bei entgeltlichen Online-Diensten zumeist anders: Hier richtet sich das unternehmerische Interesse hauptsächlich auf die Fortsetzung der Entgeltzahlung. Deshalb ist eine unternehmerische Zustimmung zur Vertragsübernahme realistisch – insbesondere unter Verlängerung der Mindestvertragslaufzeit. Konkret ist eine Vertragsübernahme bereits bei

Online-Spielen relevant geworden.⁵¹⁴ Vorstellbar ist aus meiner Sicht darüber hinaus, dass die Verbraucher Konten bei Film- oder Musikstreaming-Diensten übertragen möchten – zum Beispiel aufgrund des Inhalts der Bibliothek. Aktuell ist eine Vertragsübernahme zwar häufig durch die Nutzungsbedingungen der Dienste ausgeschlossen. Das ist jedoch nicht immer der Fall und angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur Verkehrsfähigkeit gebrauchter Software⁵¹⁵ zumindest fragwürdig. Die umgekehrte Konstellation hat das LG Heilbronn 2023 entschieden. Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte ein Unternehmer den Betrieb eines Online-Glücksspielportals an einen anderen Unternehmer durch Vertragsübernahmen mit den nutzenden Verbrauchern übertragen.⁵¹⁶ Das LG Heilbronn erachtete daraufhin das Verhältnis des Verbrauchers zum neuen Unternehmer als entscheidend für das Verbraucherstatut und den Klägergerichtsstand des Verbrauchers (Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO und Art. 17 Abs. 1 lit. c, Art. 18 Abs. 1 Var. 2). Es prüfte insbesondere, ob der *neuen* Unternehmer seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat.⁵¹⁷

Art. 6 Abs. 1 steht einem Statutenwechsel wegen eines Wechsels der Anknüpfungsperson „Verbraucher“ nicht entgegen. Der Unternehmer nimmt durch die Vertragsübernahme den Vertrag mit erkennbar privatem Vertragszweck an. Er unterwirft sich damit dem Schutzstatut im Hinblick auf den übernehmenden Verbraucher in individueller Hinsicht. Zusätzlich hierzu ist sein generelles Unterwerfen zu fordern. Sie verlangt die Tätigkeitsausrichtung auf den Mitgliedstaat des übernehmenden Verbrauchers (zuvor ab S. 134). Meines Erachtens ist hierfür der Zeitpunkt der Vertragsübernahme und die übernehmende Vertragspartei entscheidend, nicht hingegen der ursprüngliche Vertragsschluss und die ausscheidende Vertragspartei. Mit der Vertragsübernahme unterwirft sich der Unternehmer gegenüber dem übernehmenden Verbraucher dem Schutzstatut des Art. 6 Abs. 1 (nachfolgend ab S. 239). Der Schutzzweck des Art. 6 Abs. 1 spricht daher nicht gegen einen Statutenwechsel wegen Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Vertragsübernahme.

514 Insoweit zur Notwendigkeit einer Vertragsübernahme in dieser Konstellation KG MMR 2016, 340, 341 f.; OLG Hamburg GRUR-RS 2013, 01937 (Punkt II.1.b)); *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561, 562.

515 EuGH NJW 2012, 2565 (Leitsätze) – *UsedSoft*.

516 LG Heilbronn Ur. v. 10.2.2023 – We 6 O 345/21 = BeckRS 2023, 1485 (3. Leitsatz und Rn. 2 f., 12, 37 f.).

517 LG Heilbronn Ur. v. 10.2.2023 – We 6 O 345/21 = BeckRS 2023, 1485 (2. Leitsatz und Rn. 37).

(bbb) Art. 5 Rom I-VO: Niedriges Schutzniveau spricht nicht gegen Wandelbarkeit

Im Gegensatz zu den Verbraucherverträgen weist die Kollisionsnorm für Beförderungsverträge beide Vertragsparteien als Anknüpfungspersonen aus – den Beförderer und den Absender oder Beförderten. Bei den Güterbeförderungsverträgen knüpft die Rom I-VO an den gewöhnlichen Aufenthalt des *Beförderers*, sofern dort auch der Übernahme- oder Ablieferungsort oder gewöhnliche Aufenthalt des Absenders liegt (Art. 5 Abs. 1 S. 1). Bei den Personenbeförderungsverträgen knüpft sie an den gewöhnlichen Aufenthalt des *Beförderten*, sofern sich in diesem Staat auch der Abgangsort oder der Bestimmungsort befindet (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1). Falls diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, knüpft die Rom I-VO hingegen an den gewöhnlichen Aufenthalt des *Beförderers* (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2). Darüber hinaus ist bei Personenbeförderungsverträgen das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des *Beförderten* als auch des *Beförderers* wählbar (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a und b). Eine Vertragsübernahme durch einen anderen Beförderer kann daher potenziell zu einer Änderung der Anknüpfungsperson und damit mittelbar zur Verschiebung des objektiven Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ führen (Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 2 UAbs. 1 S. 2). Darüber hinaus kann diese Verschiebung die wählbaren Rechte beeinflussen (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b). Beides gilt ebenso für die Vertragsübernahme durch einen anderen Absender oder Beförderten (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 und UAbs. 2 lit. a).

Nach teilweise vertretener Ansicht bezwecken nicht nur die Kollisionsnormen für Personenbeförderungsverträge,⁵¹⁸ sondern auch die für Güterbeförderungsverträge den Schutz der strukturell schwächeren Partei – des Beförderten oder Absenders (Art. 5 Abs. 2 und 1 Rom I-VO).⁵¹⁹ Fraglich ist daher, ob der Zweck des Schwächerenschutzes einem Wechsel der Anknüpfungsperson entgegensteht. In Bezug auf eine Vertragsübernahme durch einen anderen Beförderten ist das jedenfalls nicht der Fall, weil der Statutenwechsel gerade den strukturell schwächeren Beförderten schützt: Das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des übernehmenden Beförderten wird anwendbar (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 und UAbs. 2 lit. a). Der Zweck des Schwächerenschutzes könnte jedoch einer Vertragsübernahme durch einen anderen Beförderer entgegenstehen (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2

⁵¹⁸ Statt vieler nur *M. Stürner*, in Erman, Art. 5 Rom I-VO Rn. 1.

⁵¹⁹ *Magnus*, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 2; *Martiny*, in Reithmann/Martiny 2022, Rn. 2.7; *Staudinger*, in Schulze, Art. 5 Rom I-VO Rn. 1.

UAbs. 1 S. 2 oder UAbs. 2 lit. b). Der erste Gedanke könnte sein, dass ein Statutenwechsel wegen Vertragsübernahme aufseiten des strukturell stärkeren Beförderers den Schutz des Beförderten aushebeln würde. Denselben Gedanken könnte man bei einer Vertragsübernahme durch einen anderen Absender haben, welche wegen der kumulativen Voraussetzungen des Abs. 1 S. 1 erstmals zur Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers führen würde.

Meines Erachtens spricht der Schwächerenschutz des Art. 5 gegen keine Form des Statutenwechsels – aus zwei Gründen. Zum einen stimmt die verbleibende strukturell schwächere Partei der Vertragsübernahme zumindest zu, sofern sie nicht sogar Partei eines dreiseitigen Übernahmevertrags ist. Die Vertragsparteien können den Statutenwechsel mithin nicht einseitig herbeiführen. Insoweit ist es unerheblich, dass sich die Zustimmung oder Annahme der verbleibenden Partei nicht ausdrücklich auf einen Statutenwechsel erstreckt – und ihr Erklärungshorizont diesen praktisch auch nur selten umfasst (nur bei beidseitigem Rechtswahlwillen, zuvor ab S. 145). Die Rom I-VO schließt nicht aus, dass vertragliche Änderungen unabhängig von einer Rechtswahl einen Statutenwechsel zur Folge haben können. Dies zeigen der Übernahme- oder Ablieferungsort bei Güterbeförderungsverträgen und der Abgangs- oder Bestimmungsort bei Personenbeförderungsverträgen, die nach ganz herrschender Ansicht wandelbar sind und einen Statutenwechsel nach sich ziehen (Art. 5 Abs. 1 und 2, zuvor ab S. 198 und 203). Das belegt zwar lediglich die Möglichkeit eines Statutenwechsels durch eine vertragliche Änderung des Anknüpfungsmoments und nicht der Anknüpfungsperson. Dieses Ergebnis ist jedoch ein Indiz dafür, dass die Vertragsübernahme als vertragliche Änderung der Vertragsparteien zu einem Statutenwechsel führt. Darüber hinaus zeigen die weiteren Ergebnisse bei der Untersuchung der Anknüpfungsmomente, dass diese aufgrund einer vertraglichen Änderung wandelbar sind, wenn es sich um rechtliche Anknüpfungsmomente handelt. Dann macht die Rom I-VO sie der Parteidisposition zugänglich (zuvor ab S. 205 und 208). Meines Erachtens entfaltet diese Erkenntnis nicht nur eine Indizwirkung für die vertragliche Änderung der Anknüpfungsperson. Vielmehr ist sie unmittelbar übertragbar: Die Stellung als Vertragspartei ist als Rechtsfrage der Parteidisposition durch Vertragsübernahme zugänglich. Entsprechend ist ein Statutenwechsel wegen Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Vertragsübernahme zuzulassen. Auch die sachrechtliche Möglichkeit der Vorwegnahme der Zustimmung der verbleibenden Partei spricht aus meiner Sicht nicht gegen die Wandelbarkeit der Anknüpfungsperson – selbst dann, wenn sie durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eintritt. Derartige Entscheidungen des

materiellen Schwächerenschutzes müssen nämlich dem Sachrecht überlassen bleiben, wie § 309 Nr. 10 BGB für das deutsche Recht beispielhaft zeigt.

Zum anderen ist der Schwächerenschutz bei den Beförderungsverträgen deutlich schwächer ausgestaltet als bei den Verbraucherverträgen. Das zeigt die Systematik von Art. 5 Abs. 1 und 2 Rom I-VO. Die Güterbeförderungsverträge knüpfen in keiner Konstellation an den gewöhnlichen Aufenthalt des Absenders an. Im Gegenteil: Sie berufen sogar den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers, sofern er in demselben Staat wie der Übernahme- oder Ablieferungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt des Absenders liegt. Andernfalls knüpfen sie an den Übernahme- oder Ablieferungsort an. Der Übernahme- oder Ablieferungsort begünstigt weder den Beförderer noch den Absender. Keine Partei kann ihn einseitig festlegen. Nicht der tatsächliche, sondern der vereinbarte Übernahme- oder Ablieferungsort ist entscheidend. Angesichts dieser Systematik verfolgt Art. 5 Abs. 1, wenn überhaupt nur einen geringen Schutz des strukturell schwächeren Absenders.

Bei den Kollisionsnormen für Beförderungsverträge ist der Zweck des Schwächerenschutzes unstrittig.⁵²⁰ Gleichwohl zeigt aus meiner Sicht auch hier die Systematik des Art. 5 Abs. 2, dass ein niedriges Schutzniveau herrscht. Art. 5 Abs. 2 erlaubt zum einen die Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers (UAbs. 2 lit. b). Zum anderen beruft er objektiv das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderten nur dann, wenn sich dort auch der Abgangs- oder Bestimmungsort befindet (UAbs. 1 S. 1). Diese kumulative Voraussetzung schränkt die Fälle deutlich ein, in denen das für den Beförderten günstigere Recht greift. Andernfalls beruft die Norm das Recht des strukturell stärkeren Beförderers (UAbs. 1 S. 2). Die deutlich häufigere Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers offenbart, dass der EU-Gesetzgeber das Schutzniveau für die schwächere Partei niedrig angesetzt hat – insbesondere niedriger als bei Verbraucherverträgen. Nach meiner Ansicht spricht daher der Schutzzweck des Art. 5 Abs. 1 und 2 nicht gegen einen Statutenwechsel wegen Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Vertragsübernahme.

520 Statt vieler nur M. Stürner, in Erman, Art. 5 Rom I-VO Rn. 1.

(ccc) Art. 7 Rom I-VO: Noch niedrigeres Schutzniveau spricht nicht gegen Wandelbarkeit

Etwas anderes könnte bei Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 Rom I-VO gelten. Er normiert für Versicherungsverträge über Großrisiken eine objektive Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherers. Eine Vertragsübernahme könnte daher den Versicherer als strukturell stärkere Partei austauschen. Gegen einen Statutenwechsel könnte dann sprechen, dass man den Versicherungsnehmer als schwächere Partei mit einem Statutenwechsel zugunsten der strukturell stärkeren Partei konfrontiert. Meines Erachtens spricht das gleichwohl nicht gegen eine Wandelbarkeit der Kollisionsnormen der Rom I-VO aufgrund einer Vertragsübernahme. Zum einen muss der Versicherungsnehmer seine Zustimmung zur Vertragsübernahme erklären. Zum anderen legt Art. 7 Abs. 2 ein noch niedrigeres Schutzniveau als Art. 5 Abs. 2 an: Er schränkt eine etwaige Rechtswahl gar nicht ein und knüpft andernfalls sogleich an den gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherers (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 und UAbs. 2 S. 1). Damit ist aus meiner Sicht erst recht nicht anzunehmen, dass er einem Statutenwechsel aufgrund einer Vertragsübernahme entgegensteht. Für Versicherungsverträge über Massenrisiken existiert die Möglichkeit zur Wahl des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherungsnehmers, der strukturell schwächeren Partei (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b, e). Wie bereits in den vorherigen beiden Abschnitten geschildert, steht diese Konstellation einem Statutenwechsel wegen Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Vertragsübernahme nicht entgegen.

(bb) Auslegung des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO: Wandelbarkeit

Die Auslegung des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO offenbart, dass die Anknüpfungsperson aufgrund einer Vertragsübernahme wandelbar ist. Sofern eine Kollisionsnorm an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft, kann die Vertragsübernahme zu einem Statutenwechsel führen: Das ist der Fall, wenn die Kollisionsnorm zunächst an den gewöhnlichen Aufenthalt der ausgeschiedenen Partei anknüpft, und anschließend die übernehmende Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat hat. Meines Erachtens bedingt Art. 19 Abs. 3 keine absolute Unwandelbarkeit. Er hat nicht zur Folge, dass neben dem Anknüpfungsmoment auch die Anknüpfungsperson und der Anknüpfungsgegenstand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu

bestimmen sind. Die herrschende Ansicht sieht das anders aufgrund einer teleologischen Extension anders (zuvor ab S. 95, 102 und 119).

(aaa) Wortlautbezogene Auslegung: Mehrdeutig

Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO normiert, dass zur „Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts [...] der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich“ ist. Er lautet zwar nicht, dass zur „Bestimmung der Vertragsinhaber der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich“ ist. Das wäre jedoch auch zirkulär. Vielmehr regelt Art. 19 Abs. 3 mittelbar den Anknüpfungszeitpunkt der Anknüpfungsperson des Vertragsinhabers, weil diese Anknüpfungsperson mit dem Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Aufenthalts verbunden ist. Es würde insbesondere keinen Sinn ergeben, den gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des originären Vertragsschlusses zu bestimmen und den Vertragsinhaber im Zeitpunkt der nachträglichen Vertragsübernahme. Dann wäre ein ehemaliger gewöhnlicher Aufenthalt des neuen Vertragspartners maßgeblich, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Vertragsübernehmers zwischen dem originären Vertragsschluss und der Vertragsübernahme wechseln würde. Dieser ehemalige gewöhnliche Aufenthalt hätte mit dem originären Vertragsschluss nichts zu tun, weil sein Inhaber zu diesem Zeitpunkt noch keine Vertragspartei war. Es würde dem Prinzip der engsten Verbindung widersprechen, wenn man ihn für maßgeblich erachten würde. Darüber hinaus würde die Auftrennung gekünstelt wirken. Allerdings ist der Begriff des „Vertragsschlusses“ mehrdeutig. Er kann sich mangels Präzisierung sowohl auf den Abschluss des ursprünglichen Vertrags als auch des Änderungsvertrags in Form der Vertragsübernahme beziehen.

(bbb) Norminterne Systematische Auslegung: Wandelbarkeit

Die beiden ersten Absätze des Art. 19 Rom I-VO belegen in systematischer Hinsicht, dass im Fall der Vertragsübernahme ein Statutenwechsel angezeigt ist. Abs. 1 differenziert nach der Natur der Anknüpfungsperson: Gesellschaft, Verein, juristische Person (UAbs. 1) oder beruflich tätige natürliche Person (UAbs. 2). Für erstere definiert die Rom I-VO den gewöhnlichen Aufenthalt als Hauptverwaltung, für letztere als Hauptniederlassung. Abs. 1 zeigt damit, dass die Rom I-VO einigen Differenzierungsaufwand betreibt, um im Rahmen des gewöhnlichen Aufenthalts das Prinzip der engsten Verbindung zu verwirklichen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21).

Das wird durch Abs. 2 bestätigt und verdeutlicht. Jener normiert, dass der gewöhnliche Aufenthalt am Ort der Nebenniederlassung zu lokalisieren ist, sofern der Vertrag im Rahmen ihres Betriebs geschlossen wurde oder die Nebenniederlassung für die Erfüllung des Vertrags verantwortlich ist. Zum einen führt Abs. 2 damit gegenüber Abs. 1 eine weitere Differenzierungsebene bei der Beteiligung von Nebenniederlassungen ein. Die Kombination von Abs. 1 und 2 zeigt daher noch deutlicher, dass die Rom I-VO den gewöhnlichen Aufenthalt dem Prinzip der engsten Verbindung unterstellt. Diese Differenzierungsbemühungen der Abs. 1 und 2 würden unterlaufen, wenn Abs. 3 im Fall der Vertragsübernahme einen Statutenwechsel ausschließen würde. Bei der einseitigen *Verlegung* des gewöhnlichen Aufenthalts ändert sich nämlich nicht das Differenzierungsmerkmal aus Abs. 1 und 2. Eine einvernehmliche *Vertragsübernahme* kann hingegen eine Gesellschaft im Sinne von Abs. 1 gegen eine Nebenniederlassung im Sinne von Abs. 2 austauschen. Sofern man nun einen Statutenwechsel nicht zuließe, würde der gewöhnliche Aufenthalt weiter am Ort der Hauptverwaltung der Gesellschaft nach Abs. 1 lokalisiert. Der Zweck des Abs. 2 – Differenzierung zugunsten der Lokalisierung am Ort der engsten Verbindung – würde ausgehöhlt (zuvor ab S. 107 und 124).

Zum anderen offenbart Art. 19 Abs. 2, dass der gewöhnliche Aufenthalt der Vertragspartei gegenüber dem der vertragsschließenden oder erfüllungsverantwortlichen Nebenniederlassung zurücktritt.⁵²¹ Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass grundsätzlich die Vertragspartei für die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts entscheidend ist: Der gewöhnliche Aufenthalt ist anhand der Vertragspartei zu lokalisieren, sofern nicht der Vertrag im Rahmen des Betriebs einer Nebenniederlassung geschlossen wurde oder eine solche für seine Erfüllung verantwortlich ist. Dazu hat sich bereits bei der Forderungsübertragung gezeigt, dass insoweit ein Statutenwechsel aufgrund des Vertragsparteibezugs der Rom I-VO ausscheidet (zuvor ab S. 139). Folgerichtig sollte man einen Wechsel der Vertragspartei aufgrund einer Vertragsübernahme berücksichtigen.

Dieser Umkehrschluss gilt dabei aber nicht nur grundsätzlich: Man muss die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts erneut prüfen, wenn sie ursprünglich anhand der Nebenniederlassung des Abs. 2 und damit nicht anhand der Vertragspartei erfolgte. Denn auch in diesem Fall kann nach der Vertragsübernahme die Vertragspartei maßgeblich für die Lokalisierung

521 L. Rass-Masson, in BeckOGK, Art. 19 Rom I-VO Rn. 31; Doehner, in Hüßtege/Mansel, Art. 19 Rom I-VO Rn. 7; Mansel, in FS H. Prütting, 51, 57–58; Magnus, in Staudinger, Art. 19 Rom I-VO Rn. 24.

rung sein – nämlich dann, wenn nunmehr sie für die Vertragserfüllung verantwortlich ist. Der Umkehrschluss aus Art. 19 Abs. 2 – grundsätzlich Vertragspartei für Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts entscheidend – liegt auf einer Linie mit den Art. 4–8, die für die Anknüpfungsperson des gewöhnlichen Aufenthalts stets auf die Vertragsparteien abstellen (für die Schuldübernahme zuvor ab S. 143). Die systematische Auslegung des Art. 19 spricht mithin für eine Wandelbarkeit der Anknüpfungsperson aufgrund einer Vertragsübernahme.

(ccc) Wandelbarkeit durch Änderung der erfüllungsverantwortlichen
Nebenniederlassung

Vor diesem Hintergrund zu Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO sollte man eine Wandelbarkeit auch dann annehmen, wenn sich die Lokalisierung des Art. 19 Abs. 2 Var. 2 nicht durch eine Vertragsübernahme, sondern durch eine anderweitige Parteivereinbarung ändert. Das ist der Fall, wenn eine Nebenniederlassung die Erfüllungsverantwortung von einer anderen Nebenniederlassung übernimmt. Sofern das in Gestalt einer Schuldübernahme geschieht, widerspricht ein Statutenwechsel zwar der herrschenden Ansicht im Rahmen der Art. 4–8. Ich teile diese Ansicht auch grundsätzlich: Die Anknüpfungspersonen der Art. 4–8 sind die Vertragsparteien. Sie zeigen damit, dass einzig ein Wechsel der Vertragspartei wandelungsrelevant ist (Vertragsparteibezug, zuvor ab S. 143). Gleichwohl muss man bei Nebenniederlassungen aus meiner Sicht eine Ausnahme machen. Der vorherige Abschnitt hat gezeigt, dass Art. 19 Abs. 2 ausnahmsweise nicht auf den (formellen) schuldnerseitigen Vertragspartner, sondern die (effektive) Erfüllungsverantwortung abstellt. Aus diesem Grund ist eine Ausnahme von der Unwandelbarkeit des gewöhnlichen Aufenthalts zu machen, wenn eine Nebenniederlassung die Erfüllungsverantwortung im Sinne des Abs. 2 Var. 2 durch eine Parteivereinbarung übernimmt oder abgibt. Das gilt jedoch lediglich bei einer grenzüberschreitenden Übertragung der Erfüllungsverantwortung durch Parteivereinbarung. Dann tritt ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel ein. Hingegen ist eine einseitige Übertragung gemäß Art. 19 Abs. 3 unbeachtlich.

Ein Wechsel in der Erfüllungsverantwortung setzt dabei keine Vertragsübernahme voraus. Art. 19 Abs. 2 Var. 2 stellt gerade nicht auf den Status als Vertragspartei ab. Daher ist es ebenfalls erheblich, falls die Parteien die Erfüllungsverantwortung durch eine Schuldübertragung oder einfache Ver-

tragsänderung verschieben. Das ist nach der Umschreibung von *Martiny* anzunehmen, wenn die Parteien den „*Vertragsinhalt so ändern, dass von einer anderen Niederlassung aus zu leisten ist*“.⁵²² Eine einfache Vertragsänderung ist vorstellbar, wenn die Nebenniederlassung keine eigenständige Rechtspersönlichkeit hat. Hingegen wird eine einseitige Erfüllungsübernahme regelmäßig mangels Gläubigerzustimmung nicht ausreichen – denn Art. 19 Abs. 3 verbietet einseitige Manipulationen. Zum Beispiel kann die Schuldübernahme einer Nebenniederlassung im Unternehmen des Güterbeförderers dazu führen, dass nachträglich der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers in demselben Staat wie der Übernahme- oder Ablieferungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderten liegt. Dann ist gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 das Recht dieses Staates anzuwenden, auch wenn zuvor das Recht des Übernahme- oder Ablieferungsort nach S. 2 maßgeblich war. Eine Schuldübernahme aufseiten des Absenders kann denselben Effekt haben. Hingegen ist eine Änderung der Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts auf die vertragsschließende Nebenniederlassung gemäß Art. 19 Abs. 2 Var. 1 nicht möglich. Ihr wohnt eine Fixierung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses inne.

(ddd) Normexterne Systematische Auslegung: Wandelbarkeit

Darüber hinaus schließt die Möglichkeit einer Rechtswahl gemäß Art. 3 Rom I-VO eine Wandelbarkeit des gewöhnlichen Aufenthalts aufgrund einer Vertragsübernahme nicht aus. Das subjektive Vertragsstatut ist vom objektiven Vertragsstatut zu unterscheiden. Diese Arbeit hat bereits herausgearbeitet, dass die Rechtswahloption die Wandelbarkeit von *Anknüpfungsmomenten* nicht generell ausschließt. Vielmehr ist die Auslegung des individuellen Anknüpfungsmoments der Rom I-VO entscheidend. Sie kann ergeben, dass der EU-Gesetzgeber das Anknüpfungsmoment der Partheidisposition entzogen hat – wie im Fall des gewöhnlichen Aufenthalts. Dann ist insoweit nur noch eine Rechtswahl möglich, das Anknüpfungsmoments ist unwandelbar in Bezug auf Vertragsänderungen. Vorliegend geht es jedoch um eine Wandelbarkeit der *Anknüpfungsperson* aufgrund einer Vertragsübernahme. Diese Auslegungsfrage ist durch das Ergebnis zum *Anknüpfungsmoment* „gewöhnlicher Aufenthalt“ nicht vorbestimmt. Im Gegenteil, die beiden Auslegungsfragen sind zu unterscheiden. Die Rom

⁵²² *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205. Ähnlich von *Hoffmann*, in Soergel 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 71.

I-VO entzieht nur das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ der Parteidisposition, nicht hingegen die Anknüpfungspersonen in Form der Vertragsparteien. Die ausdrückliche Normierung der nachträglichen Rechtswahl in Art. 3 Abs. 2 belegt in diesem Kontext sogar, dass die Rom I-VO einen Statutenwechsel nicht generell ausschließt. Von Hoffmann und Feiler schließen hieraus, dass einem Statutenwechsel keine allgemeinen kollisionsrechtlichen Ordnungsinteressen entgegenstehen.⁵²³ Ich stimme dem zu. Art. 3 Abs. 2 streitet deutlich dafür, dass ein Statutenwechsel bei einvernehmlichen Änderungen wie der Vertragsübernahme zulässig sind (zuvor ab S. 113).

Darüber hinaus stellt die Rom I-VO zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts gemeinhin gerade auf die Parteivereinbarungen ab – sei es bei den Anknüpfungsmomenten oder Anknüpfungsgegenständen in Form der Vertragstypen. Die Anknüpfungsmomente beziehen sich zumindest teilweise auf vertragliche Vereinbarungen. Des Weiteren differenzieren die Art. 4–8 gerade nach dem Vertragsinhalt, den die Parteien vereinbart haben – zum Beispiel Kauf-, Dienstleistungs- oder Individualarbeitsvertrag. Mehr noch: Die bisherige Untersuchung der Rom I-VO zeigt, dass sie auch *nachträgliche* Änderungen der Anknüpfungsmomente berücksichtigt. Neben der nachträglichen Rechtswahl belegt das die Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts (Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 155). Aber die gefundenen Erkenntnisse reichen noch weiter: Die Rom I-VO verlangt noch nicht einmal eine *tatsächliche* Veränderung wie die Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts, sondern berücksichtigt auch rein *rechtliche* Änderungen in Gestalt von Vertragsänderungen. Das zeigt sich an mehreren Stellen. Erstens berücksichtigen die Ausweich- und Auffangnormen durch ihre Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“ rechtliche Umstände – wie zuvor gezeigt auch bei nachträglicher Änderung (Art. 4 Abs. 3 und 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 174, 181, 185 und 208). Zweitens sind der Übernahme-/Ablieferungsort und der Abgangs-/Bestimmungsort bei den Beförderungsverträgen wandelbar (Art. 5 Abs. 1 und 2, zuvor ab 198 und 203). Drittens ist die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts bei einer erfüllungsverantwortlichen Neben niederlassung durch Vertragsübernahme und -änderung wandelbar (Art. 19 Abs. 2 Var. 2, zuvor ab S. 232).

Schließlich spricht eine Gesamtbetrachtung des Anknüpfungssystems der Rom I-VO dafür, dass sie die Unwandelbarkeit von Anknüpfungselementen regelmäßig eindeutig und nur ausnahmsweise anordnet. Zeitliche

523 Von Hoffmann, in Soergel 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 71; Feiler, 311 f. und 315.

Fixierungen auf den Vertragsschluss finden sich nur vereinzelt in den Anknüpfungsmomenten und -gegenständen (Art. 4 Abs. 1 lit. c, g, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 11 Abs. 1 und 2, Art. 13, Art. 19 Abs. 3, zuvor ab S. 105 und 123). Die systematische Auslegung des Art. 19 Abs. 3 spricht folglich deutlich für eine Wandelbarkeit der Anknüpfungsperson durch eine Vertragsübernahme. Sie spricht sogar für eine Wandelbarkeit aller Anknüpfungselemente, welche der Parteidisposition zugänglich sind.

(eee) Historische Auslegung: Unergiebig

Der Versuch einer historischen Auslegung ist unergiebig, denn die Gesetzgebungsmaterialien zu Art. 19 Abs. 3 geben keine weiteren Informationen zur Regelung und die Vorgängernorm hatte einen ungleich weiteren Anwendungsbereich (zuvor ab S. 110 und 124).

(fff) Teleologische Auslegung: Wandelbarkeit

Die teleologische Auslegung des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO spricht ebenfalls dafür, die Anknüpfungspersonen des gewöhnlichen Aufenthalts als wandelbar einzustufen. Zwar verlangt Erwägungsgrund 16 S. 1, dass alle Kollisionsnormen der Rom I-VO „ein hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen, um zum allgemeinen Ziel dieser Verordnung, nämlich zur Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum, beizutragen“. Diese Arbeit hat jedoch bereits dargelegt, dass Art. 19 Abs. 3 die Rechtssicherheit lediglich insoweit sicherstellen möchte, als sein Wortlaut reicht: Er verbietet die einseitige Manipulation des anzuwendenden Rechts durch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach dem Vertragsschluss.

Zum einen gebietet das Ziel berechenbarer Kollisionsnormen keine absolute Unwandelbarkeit. Mangels empirischer Daten zu den Parteierwartungen im Fall von Veränderungen nach Vertragsschluss ist dieses Ziel regelmäßig unbestimmbar. Die abstrakte Zielsetzung steht daher lediglich in Ausnahmefällen einer Wandelbarkeit entgegen, wie beispielsweise einseitigen Manipulationen (zuvor ab S. 115). Es ist nicht davon auszugehen, dass ein Statutenwechsel aufgrund einer Vertragsübernahme für die Parteien eindeutig unberechenbar ist. Man könnte zwar einwenden, dass der Vertrag mangels Neuabschluss in der Weise übergehen soll, in der er zum Zeitpunkt der Übernahme bestand – und dass dazu auch das anzuwendende

Recht gehöre. Feiler beschreibt das als „Kontinuität der Fortsetzungen der Vertragsbeziehungen“. Er wendet jedoch ein, dass sich die Vertragsparteien „im Regelfall keine Gedanken über das anwendbare Recht machen“ würden. Daher sei die Kontinuität im Zweifel auf die Rechte und Pflichten der Vertragsurkunde zu beschränken und es sei nur selten eine konkludente Rechtswahl anzunehmen.⁵²⁴ Auch Martiny sah das früher ähnlich:

„Bei einer tiefgreifenden Änderung der Umstände kann aber – insbes. bei langfristigen Verträgen – ein Bedürfnis für eine Änderung des anwendbaren Rechts entstehen. Der Schutz des Vertrauens der Parteien kann bei unterlassener Rechtswahl nicht den höchsten Rang erhalten; eine vertragliche Bindung liegt hier nur bezüglich des Hauptvertrages vor.“⁵²⁵

In der Tat ist regelmäßig nicht anzunehmen, dass die übernehmende Partei durch die Vertragsübernahme gleichsam auf ihr kollisionsrechtliches Parteiinteresse verzichtet – das heißt auf die Anknüpfung an eine Rechtsordnung, mit der die übernehmende Partei eng verbunden ist. Fernab einer ausdrücklichen Rechtswahl, ist das lediglich unter besonderen Umständen anzunehmen. Eine konkludente Rechtswahl bedarf eines beidseitigen Rechtswahlwillens. Letzterer muss sich „eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben“ (Art. 3 Abs. 1 S. 2). Hierfür reicht es meines Erachtens nicht aus, dass die Parteien die ursprünglichen Rechte und Pflichten fortführen und keinen neuen Vertrag abschließen möchten. Auch die verbleibende Partei hat durch ihre Zustimmung das kollisionsrechtliche Parteiinteresse der übernehmenden Partei anerkannt.⁵²⁶ Ihr ist bewusst, dass der vollständige Austausch einer Vertragspartei rechtliche Änderungen nach sich ziehen kann. Es handelt sich um eine grundlegende und bedeutende Veränderung, weil die verbleibende Partei fortan mit einem anderen Gläubiger oder Schuldner kontrahiert. Eine konkludente Rechtswahl zugunsten des alten Statuts mag insbesonde-

524 Feiler, 311 f.

525 Martiny, in Reithmann/Martiny, Rn. 2.237. Mittlerweile scheint Martiny aufgrund seiner späteren Aussagen wohl nicht mehr dieser Auffassung zu sein. Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205 (für Abs. 2), 325 (für Abs. 4).

526 Ähnlich Feiler, 313 („Umgekehrt kann man sagen, dass sich – jedenfalls aus Sicht der neu eintretenden Partei – der Statutenwechsel dann, wenn diese Partei fortan die charakteristische Leistung erbringt, durchaus angezeigt und auch von den Parteien als antizipiert angesehen werden kann: Diese werden in vielen Fällen in der Vertragsübernahme einen – technisch nicht bestehenden – Neuabschluss erblicken und an die klare Bestimmbarkeit des anwendbaren Rechts die gleichen Ansprüche stellen.“).

re dann vorliegen, wenn die Parteien vereinbaren, dass bestimmte gesetzliche Rechtsfolgen des ursprünglichen Statuts weitergelten sollen.

Zum anderen gilt das Ziel berechenbarer Kollisionsnormen aus Erwägungsgrund 16 S. 1 nicht uneingeschränkt. Vielmehr beschränkt das Prinzip der engsten Verbindung seine Reichweite. Bei der Berechenbarkeit handelt es sich um einen Teilaspekt der Rechtssicherheit. Die Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 belegen, dass die Rom I-VO neben der Rechtssicherheit das Prinzip der engsten Verbindung realisieren will. Dabei ist kein Rangverhältnis zwischen den beiden Erwägungen ersichtlich – sie stehen gleichrangig nebeneinander. Im Konfliktfall muss man beide mithin bestmöglich in Einklang bringen. Das heißt, dass beiden Erwägungen größtmögliche Geltung zukommen muss (zuvor ab S. 118). Meines Erachtens würde das Prinzip der engsten Verbindung weitgehend aufgegeben, wenn man im Fall der Vertragsübernahme keinen Statutenwechsel zuließe. Das wäre nicht im Sinne einer größtmöglichen Geltung. Da mangels empirischer Daten dazu nicht sicher ist, ob die Vertragsparteien einen Statutenwechsel erwarten oder nicht, ist die größtmögliche Geltung der Berechenbarkeit ebenfalls nicht sicher. Von der Herstellung eines bestmöglichen Einklangs zwischen dem Ziel der Berechenbarkeit und dem Prinzip der engsten Verbindung kann daher keine Rede sein.

(ggg) Ergebnis: Anknüpfungsperson des gewöhnlichen Aufenthalts
aufgrund Vertragsübernahme wandelbar

Die Kollisionsnormen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen, sind mithin aufgrund einer Vertragsübernahme wandelbar: Eine etwaige Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts und ein damit einhergehender Statutenwechsel sind zu berücksichtigen. Die erfüllungsverantwortliche Nebenniederlassung im Sinne des Art. 19 Abs. 2 ist sogar ausnahmsweise aufgrund einer Schuldübernahme wandelbar.

(c) Anknüpfungsperson des gewöhnlichen Arbeitsorts – Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO: Unwandelbar

Art. 8 Abs. 2 S. 1 knüpft zwar an das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Arbeitsort“ der Anknüpfungsperson „Arbeitnehmer“. Dennoch würde ein isolierter Wechsel des Arbeitnehmers nicht zu einer Verschiebung des Anknüpfungsmoments und damit zu einem Statutenwechsel führen. Ein

solcher isolierter Wechsel des Arbeitnehmers ist auch kaum vorstellbar. Anders als der gewöhnliche Aufenthalt ist der gewöhnliche Arbeitsort nämlich per Definition nicht nur mit der Anknüpfungsperson „Arbeitnehmer“ verbunden. Maßgeblich ist der Ort der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit. Vertragliche Vereinbarungen sind hingegen unerheblich, auch bei einem Auseinanderfallen von vereinbartem und tatsächlichem Arbeitsort (zuvor ab S. 156). Das Anknüpfungsmoment ist als Ort der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit mit der konkreten Tätigkeit verbunden. Mit anderen Worten: Bei einer Vertragsübernahme bringt der neue Arbeitnehmer nicht den gewöhnlichen Arbeitsort eines anderen, früheren Arbeitsverhältnisses in das neue ein. Vielmehr würde ein Statutenwechsel erst eintreten, wenn sich in Kombination mit der Vertragsübernahme der gewöhnliche Arbeitsort für die konkrete Tätigkeit ändert. Ein Wechsel des Arbeitnehmers hat mithin isoliert weder unmittelbar noch mittelbar Auswirkungen auf den gewöhnlichen Arbeitsort. Denkbar ist allerdings eine separate und nachfolgende einvernehmliche Veränderung des gewöhnlichen Arbeitsorts – auch eine konkludente.

Mauer ist der Auffassung, dass ein Statutenwechsel bei einem Wechsel des Arbeitgebers möglich ist, insbesondere bei einem Betriebsübergang.⁵²⁷ Meines Erachtens ist an dieser Aussage zumindest der Bezugspunkt unzutreffend: Der Wechsel des Arbeitgebers an sich bewirkt jedenfalls keinen Statutenwechsel. Wie soeben dargestellt bedarf es einer gesonderten Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts. Diese *kann* in Kombination mit einem Betriebsübergang auftreten, muss das aber nicht. Vielmehr ist neben dem Betriebsübergang auch eine Betriebsverlegung notwendig.⁵²⁸ Isoliert bedingt der Betriebsübergang keine Verschiebung des gewöhnlichen Arbeitsorts. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass auch eine Betriebsverlegung nicht umgehend zu einem Statutenwechsel führt: Der Arbeitnehmer muss nämlich zuvor die Tätigkeit noch *tatsächlich* am neuen Betriebsort *gewöhnlich* ausüben. Auch insoweit bedingt eine einseitige Handlung keinen Statutenwechsel (zuvor ab S. 156).

527 *Mauer*, in Boecken/Düwell 2016, Art. 8 Rom I-VO Rn. 53.

528 Ebenfalls *Däubler*, in Däubler, Einleitung Rn. 956–961. Wohl auch *Schlachter/Franzen*, in ErfK ArbR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 8 („falls der Wechsel des Arbeitsortes auf einem Betriebsübergang ins Ausland beruht“).

- (d) Anknüpfungspersonen der offensichtlich engeren und engsten Verbindung – Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO: Wandelbar

Bei den Ausweich- und Auffangnormen kann eine Vertragsübernahme einen Statutenwechsel zur Folge haben, wenn sie die offensichtlich engere oder engste Verbindung zu einem anderen Staat verschiebt (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO). Diese Kollisionsnormen berücksichtigen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung tatsächliche und rechtliche Umstände. Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht erachte ich diese Kollisionsnormen als wandelbar (zuvor ab S. 174, 181, 185 und 208). Die Vertragsübernahme kann sich jedoch nur dann auf das anzuwendende Recht auswirken, soweit die Ausweich- und Auffangnormen vertragsparteibezogene Umstände berücksichtigen. Das trifft auf die Umstände „gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt“ und „gemeinsame Staatsangehörigkeit“ zu. Außerdem können nachträglich Staaten oder Staatsunternehmen den Vertrag übernehmen. Des Weiteren kann die Vertragsübernahme eine sehr enge Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen bedingen.⁵²⁹

- (e) Personenbezogene Anknüpfungsgegenstände – Art. 5–8 Rom I-VO: Wandelbar

Zu untersuchen bleibt, ob eine Vertragsübernahme einen qualifizierenden Statutenwechsel zur Folge haben kann. Das wäre der Fall, wenn der personelle Anwendungsbereich der Art. 5–8 Rom I-VO erstmals nach der Vertragsübernahme erfüllt wäre. Das ist zum Beispiel vorstellbar, wenn ein Beförderer einen Speditionsvertrag übernimmt. Damit steht ein Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. b zu Art. 5 im Raum. Denkbar ist außerdem, dass erstmals der übernehmende Unternehmer seine Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausrichtet – nicht jedoch der austretende Unternehmer. Dann könnte ein qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 6 eintreten. Schließlich ist es möglich, dass ein Arbeitnehmer einen Vertrag über eine Dienstleistung übernimmt. Man denke insbesondere an die Konstellationen, dass nur bei dem übernehmenden Dienstleister eine abhängige, weisungsgebundene, dauerhafte und entgeltliche Tätigkeit vor-

529 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 203, 210 f., 213 jeweils mwN.

liegt. Dann ist fraglich, ob ein qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. b zu Art. 8 eintritt.

(aa) Anknüpfungsperson nachträglich qualifiziert, aber
Anknüpfungsgegenstand weiterhin unqualifiziert –
Art. 5–8 Rom I-VO: Kein Statutenwechsel

Zunächst ist festzuhalten: Ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel kann zumindest dann nicht eintreten, wenn nach der Vertragsübernahme die neue Anknüpfungsperson erstmals den qualifizierten Status erfüllt, nicht aber den übrigen Anknüpfungsgegenstand. Das belegen Wortlaut und Systematik der Art. 5–8: Der Status der Vertragsparteien als Absender, Beförderter, Beförderer, Verbraucher, Unternehmer, Versicherungsnehmer, Versicherer, Arbeitnehmer oder Arbeitgeber reicht allein nicht, um die jeweilige Kollisionsnorm zur Anwendung zu bringen. Darüber hinaus sind weitere Tatbestandsmerkmale erforderlich: Beförderungsleistung (Art. 5), unternehmerische Tätigkeitsausrichtung (Art. 6), Versicherungsleistung (Art. 7), Arbeitsleistung (Art. 8).

Am Beispiel des Art. 6: Es reicht nicht aus, dass eine Vertragspartei einen privaten Vertragszweck und die andere einen beruflichen oder gewerblichen Vertragszweck verfolgt. Zwar ist Art. 6 bei der Art der charakteristischen Leistung genügsam – sie darf nur nicht unter die Ausschlüsse seines Art. 6 Abs. 4 fallen. Es ist aber über die Vertragszwecke der Parteien hinaus nötig, dass der Unternehmer seine Tätigkeit auf den Staat des Verbrauchers ausrichtet. Die Rom I-VO legt die Anknüpfungen der Art. 5–8 nicht rein statusbezogen, sondern durch Kombination zwischen einem Status und weiteren Tatbestandsmerkmalen fest (Vertragsparteien- und -typbezug der Rom I-VO, zuvor ab S. 142).

Mehr noch: Bei Art. 5 und 7 gibt es sogar keinen Unterschied zwischen dem Status der Vertragsparteien und den weiteren Tatbestandsmerkmalen. Sie definieren ihn über die qualifizierte charakteristische Leistung in Gestalt der Beförderungs- oder Versicherungsleistung. Der Status ist nicht abstrahierbar von der charakteristischen Leistung. Aus anderer Perspektive: Der Status ist leistungsbezogen definiert, nicht personenbezogen. Die Anknüpfungsgegenstände der Art. 5 und 7 setzen lediglich voraus, dass eine Beförderungs- oder Versicherungsleistung vorliegt. Ist das der Fall, erhalten die Vertragsparteien den Status Absender, Beförderter und Beförderer oder Versicherungsnehmer und Versicherer. Diese Anknüpfungsgegenstände

de sind rein leistungsbezogen, sie enthalten keinerlei personenbezogene Komponente.

Hingegen weisen die Art. 6 und 8 einen Unterschied zwischen dem Status der Vertragsparteien und den weiteren Tatbestandsmerkmalen auf. Sie fordern keine qualifizierte charakteristische Leistung. Art. 6 erfasst jede charakteristische Leistung, solange sie nicht unter die Ausschlüsse seines Abs. 4 fällt. Art. 8 verlangt eine Dienstleistung wie Art. 4 Abs. 1 lit. b. Allerdings stellen die weiteren Tatbestandsmerkmale qualifizierte Anforderungen an die Vertragsparteien. Art. 6 fordert einen privaten Vertragszweck der einen und einen beruflich/gewerblichen Vertragszweck der anderen Vertragspartei nebst der Tätigkeitsausrichtung. Art. 8 fordert, dass der Dienstleister abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich handelt. Sofern sich diese weiteren Tatbestandsmerkmale auf die Vertragsparteien beziehen, könnte ihr Status von der charakteristischen Leistung abstrahierbar sein. Letztlich ist das aber nur bei Art. 6 der Fall. Hier ist der Status als Verbraucher oder Unternehmer über den privaten oder beruflichen/gewerblichen Vertragszweck definiert. Der Status ist rein personenbezogen definiert. Die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung auf den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts ist ebenfalls personenbezogen, weil sie die generelle Tätigkeit des Unternehmers und nicht die konkrete Vertragsleistung betrifft. Sie definiert jedoch nicht den Status, sondern ist ein zusätzliches einschränkendes Merkmal. Die leistungsbezogene Komponente des Anknüpfungsgegenstands tritt fast vollständig in den Hintergrund, weil Art. 6 im Grundsatz alle charakteristischen Leistungen erfasst und lediglich die in Abs. 4 genannten ausschließt. Im Fall des Art. 8 ist es nicht allein ausreichend, wenn der vermeintliche Arbeitnehmer irgendeine Leistung abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich erbringt. Er muss eine Dienstleistung erbringen. Der Anknüpfungsgegenstand hat mithin eine leistungsbezogene Komponente und der Status ist personen- und leistungsbezogen definiert (nachfolgend ab S. 259).

Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass alle zuvor genannten Tatbestandsmerkmale dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen sind, nicht der Anknüpfungsperson. Das gilt sogar für die personenbezogenen Komponenten wie den Vertragszweck des Verbrauchers/Unternehmers und die abhängige, weisungsgebundene, dauerhafte und entgeltliche Tätigkeit des Arbeitnehmers. Sie betreffen nicht die Identität der Anknüpfungsperson, sondern den Anknüpfungsgegenstand der Kollisionsnorm (zuvor ab S. 128 und 134). Sie definieren den Vertragstypus inklusive der Anforderungen an die Vertragsparteien. Ihre Änderung führt nicht zum Wechsel der Anknüpfungsperson. Vielmehr hat sie zur Folge, dass die Kollisionsnorm einschlä-

gig ist oder nicht. Der Anknüpfungsgegenstand muss erfüllt sein, bevor Anknüpfungsperson und -moment relevant werden. Im Anschluss bedingt lediglich eine Vertragsübernahme einen Wechsel der Anknüpfungsperson.

Aus einer anderen dogmatischen Perspektive beschrieben: Der Anwendungsbereich der Art. 5 und 7 hat lediglich eine sachliche Dimension während bei Art. 6 noch eine personelle (privater und beruflicher /gewerblicher Vertragszweck) und situative (unternehmerische Tätigkeitsausrichtung) hinzukommen, bei Art. 8 immerhin eine personelle (abhängige, weisungsgebundene, dauerhafte und entgeltliche Tätigkeit). Dieser gesamte Anwendungsbereich ist dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen. Nicht nur der sachliche und situative, sondern ebenso der personelle Anwendungsbereich (zuvor ab S. 67).

Für einen Statutenwechsel muss der gesamte Anknüpfungsgegenstand und mithin Anwendungsbereich im Zeitpunkt der Vertragsübernahme erfüllt sein. Ein Speditionsvertrag wird nicht lediglich deshalb zum Beförderungsvertrag, weil ein Beförderer ihn übernimmt. Vertraglich geschuldet ist weiterhin eine Speditions- und keine Beförderungsleistung.⁵³⁰ Während der Speditionsvertrag lediglich die Dienstleistung der Organisation der Beförderung beinhaltet, umfasst der Beförderungsvertrag die Beförderung selbst. Hierfür wäre eine zusätzliche Vertragsänderung nötig, welche zu einem Statutenwechsel aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands führen kann (nachfolgend ab S. 259).

(bb) Anknüpfungsperson und -gegenstand nachträglich qualifiziert:
Statutenwechsel möglich

Fraglich bleibt, ob ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel eintreten kann, wenn aufgrund der Vertragsübernahme die Anknüpfungsperson wechselt *und* der qualifizierte Anknüpfungsgegenstand erstmals erfüllt ist. Interessant sind insoweit Art. 6 und 8, weil bei ihnen auch der Anknüpfungsgegenstand teilweise personenbezogen ist. Aus diesem Grund kann die Vertragsübernahme zur erstmaligen Erfüllung sowohl der Anknüpfungsperson als auch des Anknüpfungsgegenstands führen.

Bei Art. 6 ist der Status „Verbraucher“ oder „Unternehmer“ nicht von der charakteristischen Leistung des Vertragstyps abhängig. Mehr noch:

530 Zur unterschiedlichen Behandlung von Speditions- und Beförderungsverträgen EuGH RdTW 2014, 437 (I. Leitsatz) – *Haeger & Schmidt GmbH*; Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 396 f. mwN.

Art. 6 stellt kaum Anforderungen an die vertraglichen Leistungen der Verbraucherverträgen: Er erfasst „*prinzipiell alle für Verbraucher denkbaren Vertragstypen*“,⁵³¹ sofern sie nicht unter die Ausschlüsse in seinem Abs. 4 fallen. Im Übrigen genügt es, wenn die Vertragsparteien den Status „Verbraucher“ und „Unternehmer“ haben und der Unternehmer seine Tätigkeit im Staat des Verbrauchers ausübt oder auf ihn ausrichtet. Das Tatbestandsmerkmal der Tätigkeitsausrichtung ist mit dem Unternehmer verbunden. Übernimmt ein Unternehmer, der seine Tätigkeit im Staats des Verbrauchers ausübt, einen insoweit unqualifizierten Vertrag, kann das mithin erstmals den qualifizierten Anknüpfungsgegenstand des Art. 6 erfüllen.

Im Fall des Art. 8 ist der Anknüpfungsgegenstand „Arbeitsleistung“ an die Anknüpfungsperson des Arbeitnehmers gebunden: Eine Arbeitsleistung ist nicht mehr als eine Dienstleistung, die ein Arbeitnehmer erbringt.⁵³² Eine Vertragsübernahme durch einen Arbeitnehmer kann daher einen Dienstleistungsvertrag zu einem Individualarbeitsvertrag im Sinne des Art. 8 qualifizieren (nachfolgend ab S. 245).

Im Gegensatz zu den Art. 6 und 8 stellen die Art. 5 und 7 Anforderungen an den Anknüpfungsgegenstand, die nicht lediglich aufgrund einer Vertragsübernahme eintreten können. Vielmehr bedürfen sie darüber hinaus einer Änderung des Vertragsinhaltes – wie das vorherige Beispiel des Übergangs von einem Speditions- zu einem Beförderungsvertrag zeigt. Genauer gesagt: Es bedarf einer Änderung der charakteristischen Leistung hin zu einer Beförderungs- oder Versicherungsleistung. Meines Erachtens ist der Anknüpfungsgegenstand des Art. 7 nicht deshalb auch personenbezogen, weil er Rückversicherungsverträge ausnimmt (Art. 7 Abs. 1 S. 2). Auf diese Weise qualifiziert er nicht die strukturell stärkere Partei als Erstversicherer. Die Abgrenzung zwischen Erstversicherungs- und Rückversicherungsverträgen ist auf der Leistungsebene zu verorten. Es geht vorrangig nicht um die Einordnung der leistenden Vertragspartei als Rückversicherer, sondern der Leistung als Rückversicherung.⁵³³ Das zeigt die Rom I-VO dadurch,

531 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 9. Im Hinblick auf „*alle Vertragstypen*“ *Staudinger*, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 25 mwN.

532 Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 8 Rom I-VO Rn. 9 mwN („*Dienstverträge, die zu einer weisungsgebundenen, abhängigen, fremdbestimmten und entgeltlichen Tätigkeit verpflichten*“); *Doehner*, in Hüßtege/Mansel, Art. 8 Rom I-VO Rn. 6 mwN („*jeder rechtlich wirksame Dienstvertrag zu verstehen ist, der eine fremdbestimmte und weisungsgebundene Tätigkeit des wirtschaftlich und persönlich abhängigen Arbeitnehmers gegen Vergütung zum Gegenstand hat und zugleich zu einer Einbindung des Verpflichteten in den Betrieb des Arbeitgebers führt.*“).

533 Statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 151 mwN, 157 mwN.

dass sie „Rückversicherungsverträge“ vom Anwendungsbereich ausschließt, nicht Verträge mit „Rückversicherern“. Bei Beförderungs- oder Versicherungsleistungen handelt es sich um qualifizierte Dienstleistungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO.⁵³⁴

(cc) Tätigkeitsausrichtung erstmals nach Vertragsübernahme –
Art. 6 Rom I-VO: Qualifizierender Statutenwechsel

Zurück zu einem der eingangs geschilderten Fälle: Erst der übernehmende Unternehmer richtet seine Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers aus – nicht bereits der austretende Unternehmer. Tritt bei einer derartigen Vertragsübernahme ein qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 6 ein? Auf den ersten Blick könnte man dafür den Schutzzweck des Art. 6 vorbringen: Er soll Verbraucher vor strukturell überlegenen Unternehmern schützen. Gegen einen solchen Statutenwechsel spricht jedoch, dass die zutreffende herrschende Ansicht Art. 6 nicht anwendet, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit erstmals nach Vertragsschluss auf den Staat des Verbrauchers ausrichtet. Hierfür spricht, dass die Anwendung des einschneidenden Schutzstatuts für den Unternehmer berechenbar sein muss, damit er seine betriebswirtschaftliche Kalkulation darauf abstimmen kann (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 134).

Im Fall einer Vertragsübernahme ist die Situation jedoch anders als bei einer bloßen Tätigkeitsausrichtung nach Vertragsschluss. Bei einer Vertragsübernahme geht der übernehmende Unternehmer den Vertrag zu einem Zeitpunkt ein, zu dem er seine Tätigkeit bereits auf den Staat des Verbrauchers ausrichtet. Meines Erachtens unterwirft er sich damit aktiv dem Schutzstatut: Durch die Vertragsübernahme unterwirft er sich dem Verbraucherstatut in individueller Hinsicht. Durch die Tätigkeitsausrichtung stellt er eine hinreichend enge Beziehung zum Mitgliedstaat des Verbrauchers her und unterwirft sich daher in genereller Hinsicht dem Verbraucherstatut. Die Anwendung des Verbraucherstatuts ist für den Unternehmer auch berechenbar. Er kann nicht erwarten, dass das (Kollisions-)Recht Übernahmen von Verbraucherverträgen unterschiedlich bewertet als den originären Abschluss von Verbraucherverträgen. Andernfalls würde man Unternehmern eine Umgehungsmöglichkeit eröffnen. Darüber

534 Für die Beförderungsleistung statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 379 mwN, 397. Für die Versicherungsleistung statt vieler nur Lüttringhaus, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 157, 178 jeweils mwN.

hinaus setzt die herrschende Ansicht keinen kausalen Zusammenhang zwischen der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung und dem Vertragsschluss voraus. Die Tätigkeitsausrichtung muss lediglich vor dem Vertragsschluss vorgelegen haben.⁵³⁵ Das stützt die Ansicht, dass das einseitige Unterwerfen des Unternehmers unter das Schutzstatut ausschlaggebend ist.

Meines Erachtens ist daher ein qualifizierender Statutenwechsel zu bejahen. Dabei ist es nur eine dogmatische Randnotiz, dass die Tätigkeitsausrichtung nicht der Anknüpfungsperson, sondern dem Anknüpfungsgegenstand zuzuordnen ist (zuvor ab S. 134). Der Wechsel der Anknüpfungsperson führt *mittelbar* zur Bejahung des Anknüpfungsgegenstands „Verbrauchervertrag“ aufgrund eines neuerlichen Vorliegens des tatsächlichen und einseitigen Tatbestandsmerkmals „Tätigkeitsausrichtung“ – parallel zur Verschiebung des tatsächlichen und einseitigen Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Fall einer Vertragsübernahme (zuvor ab S. 224 und 226). Darüber hinaus bejahe ich einen qualifizierenden Statutenwechsel auch dann, wenn ein anderer Verbraucher den Vertrag übernimmt und dadurch erstmals das Erfordernis der Tätigkeitsausrichtung erfüllt. Das ist der Fall, wenn der übernehmende Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat hat, auf den der Unternehmer durch sein Einverständnis zur Vertragsübernahme seine Tätigkeit ausrichtet. Dann unterwirft sich der Unternehmer dem Schutzstatut des Art. 6. Denkbar ist beispielsweise, dass ein Verbraucher das Konto eines anderen Verbrauchers bei einem entgeltlichen Online-Dienst übernimmt (zuvor ab S. 224).

(dd) Übernehmende Partei ist erstmals Verbraucher, Unternehmer, Arbeitnehmer oder Arbeitgeber – Art. 6 und 8 Rom I-VO:
Qualifizierender Statutenwechsel

Des Weiteren steht die Frage im Raum, ob ein qualifizierender Statutenwechsel auch dann eintritt, wenn der übernehmende Vertragsteil erstmals den Status eines Verbrauchers oder Unternehmers erfüllt. Er verfolgt also erstmals einen privaten oder beruflichen/gewerblichen Vertragszwecks. Das ist der Fall, wenn ein Unternehmer einen Vertrag zwischen zwei Verbrauchern übernimmt oder – praktisch kaum relevant – ein Verbraucher einen Vertrag zwischen zwei Unternehmern. Meiner Meinung nach ist hier eine

535 Für die Parallelnorm Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO EuGH EuZW 2013, 943 (Leitsatz) – *Emrek*; in der Literatur statt vieler nur *Stadler/C. Krüger*, in Musielak/Voit, Art. 17 EuGVVO Rn. 8c mwN. Zur Übertragung auf die Rom I-VO statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 207–211 mwN.

Wandelbarkeit ebenfalls zu bejahen. In beiden Konstellationen unterwirft sich der übernehmende oder verbleibende Unternehmer mit seinem Einverständnis der Vertragsübernahme dem Schutzstatut.

Parallel hierzu stellt sich die Frage, ob ein qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. b zu Art. 8 eintritt, wenn ein Arbeitnehmer oder Arbeitgeber einen Dienstleistungsvertrag übernimmt. Praktisch dürfte das selten vorkommen, weil ein Arbeitnehmer die zusätzliche Dienstleistung eher aufgrund einer Weisung oder Vertragsänderung erbringen wird. Vorstellbar ist jedoch der Fall, dass das Arbeitsverhältnis den Parteien nicht bewusst ist – vor allem bei einer Scheinselbständigkeit. Dann könnten sie eine Vertragsübernahme abschließen. Meines Erachtens tritt dann ein qualifizierender Statutenwechsel ein, denn die Arbeitsleistung ist nach der herrschenden Ansicht nicht mehr als eine Dienstleistung, die ein Arbeitnehmer erbringt.⁵³⁶ Man könnte einwenden, die Anwendung des Art. 8 setze voraus, dass der Arbeitnehmer die Dienstleistung originär ausführt. Mit anderen Worten: Der Arbeitgeber unterwerfe sich lediglich dann dem Schutzstatut des Art. 8, wenn er eine Arbeitsleistung beauftrage. Im Fall der Vertragsübernahme vermag dieser Einwand gleichwohl nicht zu überzeugen. Der verbleibende oder übernehmende Arbeitgeber unterwirft sich allein durch die Vertragsübernahme dem Schutzstatut. Darüber hinaus ist er bei einer Scheinselbständigkeit nicht schutzwürdig.⁵³⁷

(ee) Übernehmende Partei unqualifiziert oder Tätigkeitsausrichtung entfällt – Art. 6 und 8 Rom I-VO: Disqualifizierender Statutenwechsel

Weiter ist zu überlegen, ob ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel von Art. 6 und 8 zu Art. 4 Rom I-VO möglich ist. Beispielsweise, wenn die übernehmende Partei kein Unternehmer mehr ist oder ihre Tätigkeit nicht auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausrichtet. Es ist auch vorstellbar, dass die übernehmende Partei kein Verbraucher mehr ist. Bei Arbeitsverträgen ist denkbar, dass ein selbständiger Dienstleister den Arbeitsvertrag übernimmt. Bei einem klassischen Arbeitsverhältnis scheint das eher fernliegend. War die ausscheidende Partei jedoch Scheinselbständiger, könnte der übernehmende Selbständige seine Dienstleistung nun erstmals nicht abhängig und weisungsgebunden erbringen. Vor allem dann, wenn er entsprechend sensibilisiert ist und deshalb darauf besteht,

536 Nachweise in Fn. 532.

537 Knöfel, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 24 mwN.

dass der Dienstherr die vertragliche Gestaltung umsetzt und ihn nicht tatsächlich abhängig und weisungsgebunden beschäftigt.

Problematisch sind insoweit die Konstellationen, in denen der ursprüngliche Verbraucher oder Arbeitnehmer weiterhin am Vertrag beteiligt bleibt. Auf den ersten Blick dürften dann Vorbehalte gegen einen kollisionsnormübergreifenden disqualifizierenden Statutenwechsel aufkommen, weil die strukturell schwächere Partei infolge der Vertragsübernahme ihr Schutzstatut verliert. Insgesamt deutet die Auslegung der Art. 6 und 8 jedoch in Richtung eines disqualifizierenden Statutenwechsels.

Die Wortlaute sind offen. Sie setzen zwar einen Vertragsschluss voraus, präzisieren ihn aber nicht weiter. Folglich kann sowohl der Vertragsschluss zwischen den ursprünglichen Parteien als auch die Vertragsübernahme als Vertragsschluss zwischen den neuen Parteien gemeint sein. In systematischer Hinsicht streitet gegen einen Statutenwechsel, dass die übernehmende Partei in alle Rechte und Pflichten des Vertrags eintritt. Eine reine Vertragsübernahme soll die vertraglichen Rechte und Pflichten nicht ändern. Ein Statutenwechsel würde jedoch dazu führen, dass sie nach einer anderen Rechtsordnung zu beurteilen wären. Das könnte die Rechte und Pflichten verändern. Diese Argumentation verkennt jedoch den Grundsatz der autonomen Auslegung der Rom I-VO, weil sie eine Auslegung anhand sachrechtlicher Erwägungen anstellt. Bei autonomer Betrachtung spricht die systematische Auslegung der Art. 6 und 8 dafür, einen disqualifizierenden Statutenwechsel zu berücksichtigen. Wie auch die Art. 4, 5 und 7 möchten sie die privatautonomen Gestaltungen der Vertragsparteien abbilden, sofern sie an vertragliche Elemente anknüpfen (zuvor ab S. 107). Das ist nicht nur bei den Anknüpfungspersonen der Fall, die an den Vertragsinhaber anknüpfen (Vertragsparteibezug, zuvor ab S. 139). Dasselbe gilt für die mit der Anknüpfungsperson verbundenen Anknüpfungsmomente (zuvor ab S. 237). Angesichts dessen kann man die personenbezogenen Komponenten des Anknüpfungsgegenstands nicht anders bewerten: Sie folgen ebenfalls der Vertragsübernahme. Diese Komponenten sind zwar teilweise einseitig ausgestaltet, wie beim privaten oder beruflichen/gewerblichen Vertragszweck und der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung. Ihre Verschiebung beruht jedoch auf einem dreiseitigen Einvernehmen oder zumindest einem zweiseitigen Einvernehmen nebst Zustimmung (zuvor ab S. 212).

Die teleologische Auslegung der Art. 6 und 8 streitet auf den ersten Blick gegen einen disqualifizierenden Statutenwechsel, weil sie die strukturell schwächere Partei schützen möchten. Aus diesem Grund erachtet die allgemeine Ansicht einseitige Veränderungen des personenbezogenen Anknüp-

fungsgegenstands nach Vertragsschluss als unbeachtlich (zuvor ab S. 130, 133 und 134). Vorliegend gründet die Veränderung jedoch auf einer einvernehmlichen Vertragsübernahme, weshalb die Auslegungsfrage verschieden ist und folglich das Auslegungsergebnis nicht übertragbar ist. Darüber hinaus gelten die Schutzzwecke der Art. 6 und 8 nicht uneingeschränkt. Im Fall des Art. 6 leitet sich das aus dem einschränkenden Element der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung ab (zuvor ab S. 134). Im Fall des Art. 8 fußt der Schutzzweck auf einer einvernehmlichen Basis – der abhängigen und weisungsgebundenen Tätigkeit. Außerdem zeigt sich bei Art. 8 der vermittelnde Ansatz durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort und die einstellende Niederlassung anstelle des Wohnsitzes des Arbeitnehmers. Beide Anknüpfungsmomente erfordern ein Einvernehmen der Vertragsparteien (zuvor ab S. 85 und 155). Diese Anforderungen bestimmen, ob sich die strukturell stärkere Partei dem Schutzstatut unterwirft. Das ist lediglich dann der Fall, wenn die übernehmende Partei die einschränkenden Elemente im Zeitpunkt der Vertragsübernahme verwirklicht. Andernfalls ist es nicht gerechtfertigt, die einschneidenden Art. 6 und 8 anzuwenden. Des Weiteren möchten die Art. 6 und 8 nur die konkret vertragsbeteiligte schwächere Partei schützen. Das ergibt sich dadurch, dass sie an die vertragsinhabende schwächere Partei anknüpfen (Vertragsparteibezug, zuvor ab S. 139). Insoweit ist ein früherer Vertragsinhaber unerheblich, weil der eingeschränkte Anknüpfungsgegenstand andernfalls nicht unerheblich erweitert würde. Nicht nur die ursprüngliche Vertragspartei würde dem Schutzstatut unterfallen, sondern auch die übernehmende Partei. Bei mehreren Vertragsübernahmen würde das Schutzstatut stets fortgelten.

In diesem Zusammenhang spricht auch die generelle Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen für einen disqualifizierenden Statutenwechsel (Erwägungsgrund 16 S. 1). Bei mehreren aufeinanderfolgenden Vertragsübernahmen müsste die übernehmende Partei die gesamte Kette nachvollziehen und in Erfahrung bringen, ob die ursprüngliche Vertragspartei die personenbezogenen Komponenten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfüllt hatte. Das ergibt sich nicht aus dem Vertrag allein, weil die jeweilige Vertragspartei den privaten oder beruflichen/gewerblichen Vertragszweck und die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung des Art. 6 einseitig und losgelöst vom Vertragsinhalt festlegt. Parallel ist für die abhängige und weisungsgebundene Tätigkeit des Art. 8 die tatsächliche Lage entscheidend und nicht die vertragliche. Die übernehmende, stärkere Partei rechnet daher nur dann mit der Geltung des Schutzstatuts, sofern die personenbezogenen Komponenten im Zeitpunkt der Vertragsübernahme vorliegen. Die verbleibende, schwächere Partei kann dem ihre etwaige gegensätzliche

Erwartung nicht entgegenhalten. Zum einen handelt es sich bei einer Vertragsübernahme um eine derart grundlegende Vertragsänderung, dass beide Parteien mit einem Statutenwechsel rechnen müssen. Zum anderen gebietet das der Wortlaut und die Systematik der Art. 4–8, weil sie an die Vertragsinhaber anknüpfen. Würde man dennoch gegensätzliche Parteierwartungen durchschlagen lassen, würde man die objektive Anknüpfung in eine subjektive umkehren (zuvor ab S. 115).

Schließlich ist auch das Prinzip der engsten Verbindung zugunsten eines disqualifizierenden Statutenwechsels vorzubringen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21). Jenes streitet ebenfalls dafür, den personenbezogenen Anknüpfungsgegenstand anhand der aktuellen Anknüpfungsperson zu bestimmen. Eine frühere Anknüpfungsperson bedingt nur eine weniger enge Verbindung zum Sachverhalt.

Eine Vertragsübernahme kann daher auch dazu führen, dass die personenbezogenen Komponenten der Anknüpfungsgegenstände der Art. 6 und 8 entfallen. Damit sind kollisionsnormübergreifende disqualifizierende Statutenwechsel möglich.

(ff) Ergebnis: Weitgehend wandelbar

Die personenbezogenen Anknüpfungsgegenstände der Art. 6 und 8 sind durchweg wandelbar – nicht lediglich neutral oder positiv, sondern auch negativ. Folglich sind nicht nur kollisionsnorminterne, sondern auch kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel denkbar. Es ist im Zeitpunkt der Vertragsübernahme zu bewerten, ob die übernehmende und die verbleibende Partei den personenbezogenen Anknüpfungsgegenstand der einschlägigen Kollisionsnorm erfüllen.

(f) Aktualisierung des Anknüpfungszeitpunkts „Vertragsschluss“

Die vorangegangenen Abschnitte offenbaren ein Phänomen: Eine Vertragsübernahme führt dazu, dass auch unwandelbare Anknüpfungselemente im Zeitpunkt der Vertragsübernahme zu beurteilen sind – nicht im Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses. Eine Veränderung zwischen Vertragsschluss und Vertragsübernahme ist daher bei der Bestimmung des Statuts zu berücksichtigen. Das gilt namentlich für den gewöhnlichen Aufenthalt und die Tätigkeitsausrichtung des Unternehmers. Sie sind beide isoliert unwandelbar, aber in Kombination mit einer Vertragsübernahme

wandelbar (Art. 4–7 und Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, zuvor ab S. 83, 134, 237 und 249). Zwar folgt der Anknüpfungszeitpunkt der Anknüpfungsperson regelmäßig dem Anknüpfungszeitpunkt des Anknüpfungsmoments, insbesondere über Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO. Das liegt daran, dass sich die Anknüpfungsperson auf das Anknüpfungsmoment bezieht. Allerdings kann sich eine Veränderung der Anknüpfungsperson auf den Anknüpfungszeitpunkt auswirken: Eine Vertragsübernahme verändert unmittelbar nur die Anknüpfungsperson, aktualisiert den Anknüpfungszeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch umfassend – für die Anknüpfungsperson und das Anknüpfungsmoment. Dieses Ergebnis basiert insbesondere auf dem trilateralen Konsens, der einer Vertragsübernahme zugrunde liegt: Entweder durch einen dreiseitigen Vertrag unter den ursprünglichen Parteien und der übernehmenden Partei oder durch einen zweiseitigen Vertrag zwischen der ausscheidenden und übernehmenden Partei nebst Genehmigung der verbleibenden Partei (zuvor ab S. 212). Darüber hinaus ist eine Vertragsübernahme meines Erachtens ähnlich gewichtig wie eine Vertragstypverschiebung, die ebenfalls den Anknüpfungszeitpunkt aktualisiert (nachfolgend ab S. 278).

(g) Zusammentreffen von Vertragsübernahme und Rechtswahl

In Bezug auf ein Zusammentreffen zwischen Vertragsübernahme und Rechtswahl sind drei Konstellationen zu unterscheiden: Erstens eine Rechtswahl *vor* der Vertragsübernahme, zweitens ein *zeitgleicher* Abschluss und drittens eine Rechtswahl *nach* der Vertragsübernahme.

(aa) Rechtswahl mit oder nach Vertragsübernahme

In den beiden letzten Konstellationen bindet die Rechtswahl die übernehmende Partei, weil sie die Rechtswahl selbst bei der Vertragsübernahme oder danach abschließt. Die ausscheidende Partei kann in diesen beiden Fällen Dritter im Sinne des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 Rom I-VO sein und sich damit auf ein für sie günstigeres früheres Statut berufen. Das jedoch nur, sofern sie nicht ausdrücklich oder konkludent Partei der Rechtswahl ist.⁵³⁸ Meines Erachtens dürfte sie das meistens nicht sein, weil lediglich die verbleibende und übernehmende Partei das zwischen ihnen anzuwendende Recht wählen.

⁵³⁸ Ebenso *Feiler*, 304 f.

(bb) Rechtswahl vor Vertragsübernahme

(aaa) Bindung der übernehmenden Partei nur bei entsprechender
Übernahmeerklärung

Eine der Vertragsübernahme vorausgehende Rechtswahl bindet nach der herrschenden Ansicht neben der ausscheidenden und verbleibenden zusätzlich die übernehmende Partei.⁵³⁹ Der Vertrag gelte mit all seinen Klauseln fort.⁵⁴⁰ Die Rechtswahl beziehe sich nicht nur auf die ursprünglichen Vertragsparteien, sondern auch auf den übernommenen Vertrag.⁵⁴¹ Die Rechtswahl habe insoweit verfügende Wirkung, als sie das anzuwendende Recht für den Vertrag dauerhaft festlege.⁵⁴² Dem stimme ich zu – mit einem Vorbehalt:

Die Drittwirkung der Rechtswahl zulasten der übernehmenden Partei muss kollisionsrechtlich begründet sein. Das heißt, dass die übernehmende Partei der Rechtswahl entweder nach dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 ausdrücklich oder eindeutig konkludent zustimmt.

(bbb) Kein Drittschutz analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 Rom I-VO

Feiler ist der Ansicht, dass sich die übernehmende Partei auf das günstigere objektive Vertragsstatut berufen könne, sofern die Rechtswahl sie schlechterstelle (analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 Rom I-VO). Vergleichsmaßstab sei dabei das aufgrund objektiver Anknüpfung bestimmte Statut *nach* der Vertragsübernahme. Rechtsfolge sei, dass „*die Rechtswahl jedenfalls nach erstmaliger Berufung auf das günstigere objektive Statut gänzlich [entfällt]*“. Das komplette Entfallen der Rechtswahl sei nötig, weil „*sich zwischen der verbleibenden und der eintretenden Vertragspartei nicht nur spezifische Einzelfragen ergeben*“ würden. *Feiler* begründet seine Ansicht „*einerseits mit der [...] Möglichkeit einer Abwahl des gewählten Rechts, andererseits mit der Zustimmung der verbleibenden Partei zum Überleitungsvorgang*“.⁵⁴³ Falls sich die übernehmende Partei auf das für sie günstigere objektive Vertrags-

539 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 14, 15; *Feiler*, 324, 329; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 643, 649 ff.

540 *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 643, 649 ff.

541 *Feiler*, 322.

542 *Basedow*, RabelsZ 2001 (75), 32, 53. Ihm zustimmend *Feiler*, 322.

543 *Feiler*, 323 f.

statut nach Vertragsübernahme berufe, könne die ausscheidende Partei ihrerseits „auf die ihr gegenüber bestehende kollisionsrechtliche Rechtslage bestehen“. Damit dürfte Feiler das Statut meinen, welches aufgrund der ursprünglichen Rechtswahl gilt. Sie verdrängt eine ursprüngliche objektive Anknüpfung. Das Wahlrecht der übernehmenden Partei ergebe sich „entweder aus einem Analogieschluss, oder aus dem Gedanken, dass in dem Wegfall der subjektiven Anknüpfung im Verhältnis der Neuparteien eine konkludente Abwahl des gewählten Vertragsstatuts – mit entsprechenden Drittschutzwirkungen nach Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO – zu sehen“ sei.⁵⁴⁴

Ich lehne die analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 in beiden Fällen ab. Er ist nach seinem Wortlaut nur zugunsten „Dritter“ anzuwenden. Außerdem bezweckt er einen Ausgleich zwischen der Rechtswahlfreiheit der Vertragsparteien und dem Schutz von Drittrechten.⁵⁴⁵ Die verbleibende Partei hat die ursprüngliche Rechtswahl mit der ausscheidenden Partei vereinbart. Sie ist daher kein Dritter im Sinne des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2. Für die übernehmende Partei gilt die Rechtswahl nur dann, wenn ihre Übernahmeerklärung sie mitumfasst. Ist das der Fall, ist die übernehmende Partei nicht Dritter, sondern Partei der Rechtswahl.

Die Ansicht Feilers scheint von dem Verständnis geprägt, dass die Rechtswahl stets für die übernehmende Partei gelte – unabhängig davon, ob ihre Übernahmeerklärung sie umfasst oder nicht. Für dieses Verständnis spricht die verfügende Wirkung der Rechtswahl – sie legt das anzuwendende Recht für den Vertrag dauerhaft fest. Gleichwohl darf man diese verfügende Wirkung aus meiner Sicht nicht automatisch mit einer Wirkung gegenüber jedermann gleichsetzen (lat. „*inter omnes*“). Vielmehr muss eine Rechtswahl unter der Rom I-VO ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Umständen des Falls ergeben (Art. 3 Abs. 1 S. 2). Darüber hinaus steht es der übernehmenden Partei zweifellos zu, die ursprüngliche Rechtswahl durch eine weitere Rechtswahl mit der verbleibenden Partei abzuändern. Das widerspricht meines Erachtens ebenfalls einer Geltung der Rechtswahl ohne entsprechende Übernahmeerklärung der übernehmenden Partei. Darüber hinaus sollen die Kollisionsnormen ein hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen (Erwägungsgrund 16 S. 1). Aus meiner Sicht wäre das jedenfalls nicht gewährleistet, wenn die übernehmende Partei ohne entsprechende Übernahmeerklärung an die Rechtswahl gebunden wäre. Das bestätigt abermals Art. 3 Abs. 1 S. 2: „Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus

⁵⁴⁴ Feiler, 323 Fn. 1067.

⁵⁴⁵ Statt vieler nur Wendland, in BeckOGK, Art. 3 Rom I-VO Rn. 220 mwN.

den Umständen des Falles ergeben.“ Andernfalls ist es nicht gerechtfertigt, die übernehmende Partei an die Rechtswahl zu binden.

(4) Ergebnisse zur Wandelbarkeit der Anknüpfungspersonen durch Vertragsänderungen

Die Ansichten in der Literatur zeichnen ein vielfältiges Bild. Zwar existiert eine verbreitete Ansicht, die einen Statutenwechsel aufgrund einer Vertragsübernahme ablehnt. Dem treten gleichwohl einige Autoren entgegen. Diese definieren dabei jedoch unterschiedliche Tatbestände: Sie machen einen Statutenwechsel von einem entsprechenden Parteiwillen abhängig, beschränken ihn auf vertragsinterne Umstände, auf die Erfüllungsverantwortlichkeit einer Nebenniederlassung im Sinne des Art. 19 Abs. 2 Var. 2 Rom I-VO, oder erlauben einen Statutenwechsel stets (zuvor ab S. 214).

Nach meiner Ansicht erfasst die Rom I-VO das Institut der Vertragsübernahme, obwohl sie es nicht erwähnt (zuvor ab S. 221). In der Folge führt eine Vertragsübernahme unter der Rom I-VO grundsätzlich und weitgehend zu Statutenwechseln, sofern sie die Anknüpfung verschiebt. Erstens dann, wenn die Kollisionsnorm an den gewöhnlichen Aufenthalt einer Vertragspartei anknüpft (kollisionsnorminterner Statutenwechsel, zuvor ab S. 223). Bei der Anknüpfung von Individualarbeitsverträgen an den gewöhnlichen Arbeitsort kann hingegen kein Statutenwechsel eintreten. Der gewöhnliche Arbeitsort ist nicht mit nur einer Vertragspartei verknüpft (zuvor ab S. 237). Bei den Anknüpfungsmomenten „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“ ist ein Statutenwechsel aufgrund einer Vertragsübernahme wiederum möglich (kollisionsnorminterner Statutenwechsel, zuvor ab S. 239).

Eine Vertragsübernahme führt zu einem kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 6 oder Art. 8, sofern in ihrer Folge Anknüpfungsperson *und* Anknüpfungsgegenstand erstmals qualifiziert sind (zuvor ab S. 240). Das ist der Fall, sofern der übernehmende Unternehmer erstmals seine Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers ausrichtet. Außerdem kann infolge einer Vertragsübernahme der Anknüpfungsgegenstand zum ersten Mal erfüllt sein, weil der übernehmende Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem solchen Staat hat (Art. 6 Abs. 1, zuvor ab S. 244). Darüber hinaus kann die neue Anknüpfungsperson erstmals den Status als Verbraucher, Unternehmer, Arbeitnehmer oder -geber verwirklichen (Art. 6 und Art. 8, zuvor ab S. 245). Entgegengesetzt zum qualifizierenden ist eben-

falls ein disqualifizierender Statutenwechsel von Art. 6 oder Art. 8 zu Art. 4 möglich (zuvor ab S. 246). Ein Vertragsbeitritt kann für die beitretende Partei entsprechende Statutenwechsel bedingen.

Es hat sich außerdem gezeigt, dass die Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts in Art. 19 Abs. 1 und 2 teilweise wandelbar ist. Zwar ist der gewöhnliche Aufenthalt grundsätzlich nicht wandelbar (Art. 19 Abs. 3, zuvor ab S. 83). Eine Ausnahme gilt jedoch für seine Lokalisierung am Ort der erfüllungsverantwortlichen Nebenniederlassung (Art. 19 Abs. 2 Var. 2). Insoweit stellt die Rom I-VO nicht auf die Vertragspartei, sondern die Erfüllungsverantwortlichkeit ab. Damit zeigt sie, dass auch deren Veränderung wandlungsrelevant sein soll: Überträgt eine Nebenniederlassung ihre vertragliche Erfüllungsverantwortlichkeit grenzüberschreitend auf eine andere, tritt damit ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel ein. Mangels Vertragsparteistellung ist die Übertragung aufgrund einer Schuldübernahme oder – im Fall fehlender eigenständiger Rechtspersönlichkeit der übernehmenden Nebenniederlassung – sogar einer einfachen Vertragsänderung möglich (zuvor ab S. 232).

Eine Rechtswahl *bei* oder *nach* der Vertragsübernahme bindet die übernehmende Partei, weil sie Partei der Rechtswahl ist. Die ausscheidende Partei kann Dritter im Sinne des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 sein und sich damit auf ein für sie günstigeres früheres Statut berufen, sofern sie nicht ausdrücklich oder eindeutig konkludent Partei der Rechtswahl ist (zuvor ab S. 250). Eine Rechtswahl *vor* Vertragsübernahme bindet die übernehmende Partei nur dann, wenn ihre Übernahmeerklärung die Rechtswahl kollisions- oder sachrechtlich umfasst (zuvor ab S. 251). Nach meiner Ansicht kann sich weder die übernehmende noch die ausscheidende Partei analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 auf ein für sie günstigeres Statut berufen (zuvor ab S. 251).

In struktureller Hinsicht hat die Untersuchung der Anknüpfungspersonen einige Erkenntnisse über die personellen Komponenten der Anknüpfungsgegenstände geliefert. Letztere können bei den Art. 4–8 leistungs- und/oder personenbezogen ausgestaltet sein: Sie definieren den Status der schwächeren und stärkeren Vertragspartei rein leistungsbezogen, rein personenbezogen oder leistungs- und personenbezogen (Art. 5 und 7, Art. 6 oder Art. 8). Die Beförderungs- und Versicherungsverträge im Sinne der Art. 5 und 7 sind rein leistungsbezogen definiert. Der Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn eine qualifizierte Dienstleistung in Gestalt einer Beförderungs- oder Versicherungsleistung vorliegt. Es bedarf keiner zusätzlichen Eigenschaften der Vertragsparteien. Damit geht einher, dass der Status als

Absender, Beförderter, Beförderer, Versicherungsnehmer und Versicherer leistungsbezogen definiert ist.

Hingegen sind die Anknüpfungsgegenstände der Art. 6 und 8 leistungs- und personenbezogen gestaltet. Bei den Verbraucherverträgen erschöpft sich die Qualifikation des Leistungsbezugs im Ausschluss gewisser Vertragstypen (Art. 6 Abs. 1 und 4). Die Individualarbeitsverträge fordern eine Dienstleistung. Darüber hinaus verlangt ein Verbrauchervertrag einen doppelten Personenbezug. Zum einen muss die eine Vertragspartei einen privaten Vertragszweck und die andere einen beruflichen oder gewerblichen Vertragszweck verfolgen – Verbraucher und Unternehmer. Zum anderen muss der Unternehmer seine Tätigkeit im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers ausüben oder darauf ausrichten. Dabei bezieht sich nur die erste Anforderung auf den Status der Vertragsparteien. Das Ausrichten ist nicht Teil der Definition des Unternehmerstatus. Sie bezieht sich vielmehr nachgelagert auf die Tätigkeit des Unternehmers.

Ein Individualarbeitsvertrag verlangt hingegen nur nach einem einfachen Personenbezug. Der Arbeitnehmer muss die Dienste abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich erbringen. Die strukturell stärkere Vertragspartei ist dann automatisch Arbeitgeber – unabhängig von eigenen personenbezogenen Voraussetzungen. Beide Tatbestandsmerkmale sind über die Tätigkeit und Eigenschaft der strukturell schwächeren Partei definiert. Insoweit besteht ein entscheidender Unterschied zu den Verbraucherverträgen. Sie bestimmen den Status von Verbraucher und Unternehmer eigenständig anhand des Vertragszwecks. Mithin kann eine Vertragsübernahme einen Vertrag nur dann zu einem Individualarbeitsvertrag qualifizieren, sofern bereits der ursprüngliche Vertrag auf eine Dienstleistung gerichtet war (zuvor ab S. 240).

(5) Rechtsfolgen eines Statutenwechsels durch Vertragsübernahme

(a) Ex-nunc-Wirkung und zeitliche Segmentierung

Lediglich *Feiler* verhält sich dazu, ob ein durch Vertragsübernahme hervorgerufener Statutenwechsel Rückwirkung entfaltet oder lediglich für die Zukunft gilt (*ex tunc* oder *ex nunc*). Er ist der Ansicht, der Statutenwechsel gelte „*vollumfänglich ex tunc für die Beziehung zwischen der verbleibenden*

und neu eintretenden Vertragspartei“.⁵⁴⁶ Lediglich die ausgeschiedene Partei könne sich „wahlweise“ auf das alte Statut berufen (analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO).⁵⁴⁷ Diese Lösung sei „*interessengerechter als ein insgesamt lediglich ex nunc wirkender Statutenwechsel*“.⁵⁴⁸ Ich teile Feilers Ansicht nicht. Ich bin abermals der Auffassung, dass eine Vertragsübernahme lediglich zu einem Statutenwechsel für die Zukunft führt. Dafür sprechen die Parteierwartungen, die Berechenbarkeit und die Rechtssicherheit, weil eine Rückwirkung sehr einschneidende Auswirkungen hätte. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien ihr vergangenes Verhalten anhand des neuen Rechts bewertet wissen möchten (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 149 und 177). Darüber hinaus übernimmt die eintretende Partei den Vertrag in seiner aktuellen Verfassung (zuvor ab S. 212). Aus meiner Sicht spricht das für eine Zäsur: Der Vertrag ist bis zur Vertragsübernahme weiterhin dem alten Statut zu unterstellen und nur für die Zeit danach dem neuen Statut. Folge der *Ex-nunc*-Wirkung des Statutenwechsels ist eine zeitliche Segmentierung des anzuwendenden Rechts (zuvor ab S. 160 und 177). Ein *Ex-tunc*-Statutenwechsel kann jedoch durch eine Rechtswahl eintreten, die mit der Vertragsübernahme einhergeht und eindeutig eine *Ex-tunc*-Wirkung möchte (zuvor ab S. 149).

(b) Kein Günstigkeitsprinzip analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO

Feiler schlägt vor, dass sich die ausgeschiedene Partei wahlweise auf das alte Statut berufen kann – analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 Rom I-VO. Damit könne nur sie die *Ex-tunc*-Wirkung des Statutenwechsels durchbrechen.⁵⁴⁹ Als Beispiel nennt er eine im Zuge der Vertragsübernahme vereinbarte Nachhaftung der austretenden Partei.⁵⁵⁰ Feiler erachtet eine analoge Anwendung als angezeigt, weil die Konstellation mit der unmittelbar von Art. 3 Rom I-VO erfassten vergleichbar sei: In beiden Konstellationen werde die „*drohende Rechtsverschlechterung [...] durch einen Parteiakt ausgelöst*“.⁵⁵¹ Zwar habe auch die ausgeschiedene Partei der Vertragsübernahme zugestimmt. Gleichwohl beziehe sich ihre Zustimmung nicht auf den Wechsel des

546 Feiler, 314 und mit anderem Wortlaut 324.

547 Feiler, 314 f., 324

548 Feiler, 315.

549 Feiler, 315.

550 Zur sachrechtlichen Vereinbarung einer Nachhaftung Heinig, in BeckOGK, § 414 BGB Rn. 96.

551 Feiler, 314 f.

anzuwendenden Rechts, weil es sich „um ein Szenario der objektiven Anknüpfung“ handle.⁵⁵² Daher könne „von ihrer Schutzwürdigkeit vergleichbar dem in Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO originär geschützten Dritten ausgegangen werden“.⁵⁵³ Parallel hierzu vertritt von Hoffmann, dass die Norm bei einem Austausch der erfüllungsverantwortlichen Niederlassung „zu beachten“ sei.⁵⁵⁴

Ich bin der Auffassung, dass eine analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 nicht angezeigt ist. Die ausscheidende Partei hat die Vertragsübernahme selbst abgeschlossen. Meines Erachtens hat sie damit einen ausreichenden Grund dafür gesetzt, dass der Statutenwechsel ihr gegenüber gilt. Sie ist nicht „Dritter“ im Sinne des Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2. Zwar geht es nicht um dessen unmittelbare, sondern analoge Anwendung. Gleichwohl wäre eine doppelte Analogie nötig, weil weder eine Rechtswahl noch ein Dritter vorliegt. Eine planwidrige Regelungslücke ist aus meiner Sicht jedoch fernliegend, wenn noch nicht einmal ein Dritter vorliegt. Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 bezweckt Dritte vor einem Statutenwechsel zu schützen, auf den sie keinen Einfluss hatten, weil allein die Vertragsparteien ihn durch ihre Rechtswahl herbeigeführt haben. Hingegen möchte er nicht ehemalige Vertragsparteien vor einem Statutenwechsel schützen, den sie selbst durch die Vertragsübernahme mitbedingt haben. Des Weiteren lehne ich eine analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 auch zugunsten „echter“ Dritter und zugunsten der Aufrechterhaltung der Formgültigkeit von Verträgen ab. Wie bereits mehrfach herausgearbeitet, widerspricht das der systematischen und teleologischen Auslegung des Art. 3 Abs. 2 S. 2: Er gilt lediglich bei subjektiven Anknüpfungen, nicht analog bei objektiven (zuvor ab S. 163 und 178).

(c) Änderung der Optionsbeschränkungen oder Normendurchgriffe

Der Wechsel der Anknüpfungsperson kann aufgrund des damit einhergehenden Statutenwechsels dazu führen, dass sich die einschränkenden Normen der Rechtswahl ändern. Dabei ist eine Änderung der Optionsbeschränkungen nur zugunsten der Heilung einer Rechtswahl zu berücksichtigen (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1, zuvor ab S. 165). Eine Änderung der Normendurchgriffe ist hingegen stets zu beachten (Art. 6

⁵⁵² Feiler, 315.

⁵⁵³ Feiler, 314 f.

⁵⁵⁴ Von Hoffmann, in Soergel 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 71. Hierauf verweisend Feiler, 314 (Fn. 1045).

Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO, zuvor ab S. 170). Wechselt etwa durch die Vertragsübernahme der Beförderer, können die Parteien künftig nur noch das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des neuen Beförderers wählen (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b). Eine vorherige Rechtswahl bleibt jedoch wirksam. Wechselt hingegen der Verbraucher, setzen sich die zwingenden Normen des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des neuen Verbrauchers durch (Art. 6 Abs. 2) – auch gegenüber einer vorherigen Rechtswahl.

Der Statutenwechsel kann dabei nicht nur eine Verschiebung, sondern auch eine erstmalige Einschlägigkeit oder ein erstmaliges Entfallen des Normendurchgriffs bedingen. Die vertragliche Änderung der Anknüpfungsperson kann nicht nur kollisionsnorminterne und kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel, sondern auch kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel zur Folge haben. Im Gegensatz zu einer Änderung des Anknüpfungsmoments können sich letztere Statutenwechsel auf die Normendurchgriffe auswirken. Im Anschluss an einen qualifizierenden Statutenwechsel können die personenbezogenen Anknüpfungsgegenstände der Art. 6 und 8 erstmals erfüllt sein (unternehmerische Tätigkeitsausrichtung oder Verbraucher-/Unternehmer-/Arbeitnehmer-/Arbeitgeber-Status, zuvor ab S. 244 und 245). Die Normendurchgriffe der Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 sind dann erstmals einschlägig. Umgekehrt kann ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel auch zum Entfallen dieser personenbezogenen Anknüpfungsgegenstände führen (zuvor ab S. 246). Die Normendurchgriffe entfallen dann nachträglich. Die Optionsbeschränkungen der Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 können hingegen nicht erstmals eingreifen oder entfallen. Sie haben rein leistungsbezogene Anknüpfungsgegenstände, die eine Vertragsübernahme nicht verändern kann (zuvor ab S. 240). Insoweit zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur zuvor untersuchten vertraglichen Änderung von Anknüpfungsmomenten. Zwar können auch sie zu kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden und disqualifizierenden Statutenwechseln führen – allerdings nur im Rahmen von Art. 5 Abs. 1. Dieser weist weder eine Optionsbeschränkung noch einen Normendurchgriff auf. Er kann mithin nicht dazu führen, dass Einschränkungen der Rechtswahl nach einem Statutenwechsel erstmals greifen oder entfallen (zuvor ab S. 211).

ee. Vertragsänderungen über Anknüpfungsgegenstände

Schließlich kann auch eine nachträgliche Änderung des Anknüpfungsgegenstands einen Statutenwechsel hervorrufen. Dabei sind dem Anknüpfungsgegenstand alle Tatbestandsmerkmale des sachlichen, situativen und personellen Anwendungsbereichs der Kollisionsnormen der Rom I-VO zuzuordnen. Das hat diese Arbeit dargelegt, insbesondere für die Verbrauchereigenschaft, die Tätigkeitsausrichtung des Unternehmers und die Arbeitnehmereigenschaft (zuvor ab S. 61, 127, 134 und 240). Die praktische Relevanz von Vertragsänderungen über Anknüpfungsgegenstände zeigt sich anhand zahlreicher Beispiele. Einige habe ich bereits dargestellt: Die Vertragsparteien entfristen einen Mietvertrag über eine unbewegliche Sache zum vorübergehenden Gebrauch nach Vertragsschluss. Anstelle des gewöhnlichen Aufenthalts des Vermieters ist dann die Belegenheit der unbeweglichen Sache maßgeblich (kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. d zu lit. c Rom I-VO).

Übernimmt ein Spediteur nachträglich die Güterbeförderung, wäre der gewöhnliche Aufenthalt des neuen Beförderers nur noch maßgeblich, sofern in demselben Staat auch der Übernahme- oder Ablieferungsort liegt. Fallen der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers und der Übernahme- oder Ablieferungsort nicht zusammen, ist direkt der vereinbarte Übernahme- oder Ablieferungsort als Anknüpfungsmoment entscheidend (kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. b zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder S. 2).

(1) Aussagen in Rechtsprechung und Literatur: Tendenz zugunsten einer Wandelbarkeit

In der Rechtsprechung und Literatur finden sich nur wenige Auseinandersetzungen mit der Wandelbarkeit der Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO aufgrund einer Vertragsänderung. Im Gegensatz zum EVÜ hat die Rom I-VO die Anknüpfungsgegenstände in Gestalt der Vertragstypen deutlich weiter ausdifferenziert.⁵⁵⁵ Das könnte einer der Gründe sein, warum eine Änderung des Anknüpfungsgegenstands nach Vertragsschluss bisher wenig beachtet wurde – wirklich relevant wurde sie erst durch die zunehmende Ausdifferenzierung der jungen Rom I-VO. Der BGH gibt in einer Entscheidung Aufschluss über sein Verständnis der Anforderungen eines

555 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 7–9 mwN.

Statutenwechsels, welchen eine Änderung des Anknüpfungsgegenstands auslöst. Er ist der Ansicht, eine Abtretung begründe keinen Statutenwechsel, weil sie den Inhalt des Schuldverhältnisses nicht ändere:

*„Sowohl Art. 33 Abs. 2 EGBGB als auch Art. 14 Abs. 2 Rom I VO liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, dass sich der Inhalt eines Schuldverhältnisses durch die Abtretung grundsätzlich nicht ändert und daher auch das maßgebliche Recht das Gleiche bleiben soll. Insoweit wird dem schutzwürdigen Interesse des Schuldners am Fortbestand der einmal geschaffenen Situation Rechnung getragen.“*⁵⁵⁶

Im Umkehrschluss zum BGH würde die Rom I-VO daher einen Statutenwechsel anordnen, wenn sich der Inhalt des Schuldverhältnisses ändert. Die Formulierung „Inhalt des Schuldverhältnisses“ ist vom deutschen Sachrecht inspiriert. Sie findet sich weder in Art. 33 Abs. 2 EGBGB a. F. / Art. 12 Abs. 2 EVÜ noch Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO. Hingegen ist sie in § 241 Abs. 2 und § 276 Abs. 1 S. 1 BGB enthalten. Meines Erachtens ist dieser Begriff denkbar weit und berücksichtigt den gesamten Inhalt des Schuldverhältnisses.⁵⁵⁷ Diese Arbeit wird noch herausarbeiten, dass dieser Maßstab zu weitgehend ist (nachfolgend ab S. 261). *Martiny* zieht einen Statutenwechsel bei einer Änderung der charakteristischen Leistung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO in Betracht:

*„Allerdings hat man zum Teil bei langfristigen Verträgen Veränderungen für möglich gehalten. Zum einen können die Parteien den Vertragsinhalt so ändern, dass [...] nunmehr die Verpflichtungen der anderen Partei charakteristisch sind. Dann stellt sich die Frage nach einer Neubestimmung des Vertragsstatuts auf der Grundlage dieser Vertragsänderungen. [...]“*⁵⁵⁸

Letztlich lehnt er einen Statutenwechsel jedoch ab und erachtet das „Vertragsstatut“ als „grundsätzlich unwandelbar“.⁵⁵⁹ Auch *Magnus* erachtet die charakteristische Leistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für maßgeblich:

556 BGH SchiedsVZ 2014, 151, 153 (Rn. 23). Ebenso statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom I-VO Rn. 26 mwN, 31 mwN.

557 Für ein weites Verständnis ebenfalls *Krebs*, in Dauner-Lieb/Langen, § 241 BGB Rn. 22; *Dauner-Lieb*, in Dauner-Lieb/Langen, § 276 BGB Rn. 22. Nach der Gesetzesbegründung zu § 276 Abs. 1 S. 1 BGB soll die Formulierung „Inhalt des Schuldverhältnisses“ „außer auf ‚Bestimmungen‘ (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) auch auf andere Umstände hingewiesen werden“.

558 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 205 mwN.

559 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 204 f.

„Die Umstände bei Vertragsschluss legen fest, welche Leistung nach dem Vertrag als charakteristisch zu gelten hat und wo der gewöhnliche Aufenthalt des Schuldners i. S. d. Art. 19 liegt.“⁵⁶⁰

Insgesamt scheint es eine Tendenz zugunsten der Wandelbarkeit der Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO zu geben.

(2) Auslegung: Grundsätzliche Wandelbarkeit

(a) Spezifizierte Vertragstypen – Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO: Wandelbar

Die Anknüpfungsgegenstände des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO in Gestalt der spezifizierten Vertragstypen der lit. a–h sind durchweg rein leistungsbezogen. Das heißt, dass sie den Anknüpfungsgegenstand ausschließlich über die charakteristische Leistung definieren. Zum Beispiel erfordert Art. 4 Abs. 1 lit. b eine Dienstleistung und lit. f eine Vertriebsleistung. Beide stellen keine weitergehenden Anforderungen an die Vertragsparteien. Vielmehr benennen sie diese nur in Bezug zur charakteristischen Leistung – in den Beispielen: „Dienstleister“ und „Vertriebshändler“. Die Anknüpfungsgegenstände des Art. 4 Abs. 1 sind daher meines Erachtens wandelbar. Der Wortlaut differenziert zwischen den jeweiligen Vertragstypen. Dabei beschränkt er die Qualifikation nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der Wortlaut ist vielmehr zeitlich offen. Er legt nahe, dass die Rom I-VO den jeweiligen Vertragstyp stets der für ihn vorgesehenen Kollisionsnorm zuführen will. Die Qualifikation ist nicht statisch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern dynamisch vorzunehmen. Ändern die Parteien den Vertrag nachträglich derart, dass er einem anderen Vertragstyp im Sinne der Rom I-VO unterfällt, ist er neu zu qualifizieren. Zwar knüpfen die Art. 4 Abs. 1 und 2 meistens an den gewöhnlichen Aufenthalt des charakteristisch Leistenden an. Stellenweise berufen sie jedoch andere Anknüpfungsmomente, weshalb ein Statutenwechsel möglich ist – zum Beispiel bei der Entfristung eines Mietvertrags über eine unbewegliche Sache zum vorübergehenden privaten Gebrauch (gewöhnlicher Aufenthalt gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. d oder Belegenheit gemäß lit. c).

Die historische Auslegung liefert keine eindeutigen Erkenntnisse. Die Gesetzgebungshistorie der Rom I-VO beschäftigt sich nicht mit einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands nach Vertragsschluss. Die Absätze 2

⁵⁶⁰ Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 124.

und 3 des Art. 4 EÜV und Art. 28 EGBGB a. F. legten den Anknüpfungzeitpunkt nur relativ für einzelne Anknüpfungsmomente fest – nicht auch für die entsprechenden Anknüpfungsgegenstände.

In systematischer Hinsicht sprechen mehrere Erwägungen für eine Wandelbarkeit des Anknüpfungsgegenstands der Kollisionsnormen in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Erstens zeigt Abs. 1 in der Gesamtschau, dass die Rom I-VO das passende Recht über ausdifferenzierte Anknüpfungsgegenstände berufen möchte. Über die verschiedenen Vertragstypen und deren charakteristische Leistungen sollen sie das Prinzip der engsten Verbindung bestmöglich gewährleisten (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21). Ich habe bereits dargelegt, dass der anknüpfungsrechtliche Differenzierungsgrad der Art. 3–18 für eine Wandelbarkeit der Anknüpfungselemente spricht. Er erteilt dem Rechtsanwender einen „Differenzierungs-Auftrag“, der nicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses endet. Neben der Systematik gebieten auch die Berechenbarkeit der Kollisionsnormen und das Prinzip der engsten Verbindung die Achtung der kollisionsrechtlichen Differenzierungen der Rom I-VO. Das gilt vor allem dort, wo die Rom I-VO als Anknüpfungsmomente sachrechtlich disponible Umstände aufweist (Erwägungsgrund 16 S. 1 und 2, zuvor ab S. 107 und 124). Das sollte auch für die übrigen Anknüpfungselemente gelten.

Zweitens spricht die Zulässigkeit einer nachträglichen Rechtswahl dafür, dass ein Statutenwechsel zumindest bei einvernehmlichen wandelungsrelevanten Änderungen möglich ist. Mehr noch: Die Art. 4–8 stellen oftmals auf sachrechtlich disponible Umstände ab. Entsprechende Parteidispositionen möchte die Rom I-VO berücksichtigen (zuvor ab S. 107 und 233).

Drittens ordnet die Rom I-VO eine Unwandelbarkeit von Anknüpfungselementen regelmäßig eindeutig an. Zeitliche Fixierungen finden sich dabei nur vereinzelt in den Anknüpfungsmomenten und -gegenständen (Art. 4 Abs. 1 lit. c, g, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 11 Abs. 1 und 2, Art. 13, Art. 19 Abs. 3, zuvor ab S. 105 und 123).

Viertens tritt der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts bei Veränderungen von Anknüpfungselementen nach Vertragsschluss zurück. Hierfür spricht zunächst, dass die Rom I-VO zahlreiche Ausnahmen von dem Grundsatz vorsieht (Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 S. 3, Art. 6 Abs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 1 S. 2, Art. 9, Art. 10 Abs. 2, Art. 11, und Art. 12 Abs. 2). Diese Ausnahmen belegen, dass die Rom I-VO eine Aufspaltung des Vertragsstatuts in zahlreichen Fällen akzeptiert oder sogar fördert. Außerdem zeigt sie durch die Wandelbarkeit der Rechtswahl und des gewöhnlichen Arbeitsorts, dass Statutenwechsel Ausnahmen vom Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts bedingen können (Art. 3

Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2). Schließlich beschränkt das Prinzip der engsten Verbindung den Grundsatz und stützt die Wandelbarkeit (Erwägungsgründe 16 S. 2, 21 S. 1 und Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 108).

Fünftens habe ich bereits herausgearbeitet, dass Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO keine Unwandelbarkeit der Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO bedingt (keine absolute Unwandelbarkeit). Die herrschende Ansicht sieht das anders (zuvor ab S. 95, 98, 102 und 119). Selbst dann, wenn man mit der herrschenden Ansicht Art. 19 Abs. 3 derart extendieren würde, müsste die Änderung des Anknüpfungsgegenstands zu einem Statutenwechsel führen. Art. 19 Abs. 3 stellt nämlich auf den „Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ ab. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Nikiforidis* ist für eine Anwendung der Rom I-VO auf Altverträge entscheidend, dass der Vertrag „in einem solchen Umfang geändert wurde, dass davon auszugehen ist, dass [...] ein neuer [Vertrag] geschlossen wurde“.⁵⁶¹ Lediglich dann liegt ein neuer „Vertrag“ im Sinne des zeitlichen Anwendungsbereichs des Art. 28 Rom I-VO vor. Eine „bloße Aktualisierung oder Anpassung“ genügt nicht, es bedarf der „Entstehung einer neuen Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien“.⁵⁶² Der EuGH sieht mithin nur grundlegende und umfangreiche Vertragsänderungen als neue Verträge im Sinne der Rom I-VO an. Meines Erachtens ist das bei einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands der Fall, jedenfalls sofern dadurch ein neuer Vertragstyp einschlägig wird (nachfolgend ab S. 280). Im Zuge dessen müssen die Vertragsparteien die charakteristische Leistung und/oder bedeutende personenbezogene Umstände des Anknüpfungsgegenstands ändern. In beiden Konstellationen zeigt die Zuordnung zu einer anderen Kollisionsnorm, dass die Rom I-VO von einer umfangreichen Änderung und einem neuen Vertrag ausgeht.

Der Zweck des Art. 4 Rom I-VO insgesamt ist die Verwirklichung des Prinzips der engsten Verbindung.⁵⁶³ Das spricht für einen Statutenwechsel im Fall einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands, weil sich die engste Verbindung verschiebt. Darüber hinaus möchte Art. 4 aber auch Rechtssicherheit insofern herstellen, als die Kollisionsnormen in hohem Maß berechenbar sein sollen.⁵⁶⁴ Insgesamt setzt Art. 4 damit die beiden Ziele der Rom I-VO nach Erwägungsgrund 16 S. 1 und 2 um. Wie bereits im

561 EuGH EuZW 2016, 940 (I. Leitsatz) – *Nikiforidis* (Generalisierung von „Arbeitsvertrag“ in eckigen Klammern durch mich).

562 EuGH EuZW 2016, 940, 941 (Rn. 37) – *Nikiforidis*.

563 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 5, 46 mwN.

564 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 3–6 mwN.

Rahmen des Art. 19 Abs. 3 stehen sich mithin das Prinzip der engsten Verbindung und das Ziel berechenbarer Kollisionsnormen gegenüber und sind gegeneinander abzuwägen (zuvor ab S. 118). Meines Erachtens ist abermals die Verwirklichung der engsten Verbindung höher zu gewichten. Sie hat zur Folge, dass die Rom I-VO den Vertrag nunmehr anders qualifizieren und einer anderen Kollisionsnorm zuordnen würde, weil ein anderer Vertragstyp im Sinne der Art. 4–8 vorliegt. Würde man dies unberücksichtigt lassen, liefe man Gefahr, das Prinzip der engsten Verbindung komplett zu verfehlen. Hingegen ist das anzuwendende Recht bei Bejahung eines Statutenwechsels nicht komplett unberechenbar. Mehr noch: Meines Erachtens gehen die Vertragsparteien eher von einem Statutenwechsel aus. Zum einen handelt es sich nämlich bei der Änderung des Anknüpfungsgegenstands um eine umfangreiche und grundlegende Vertragsänderung, die eine Zäsur anzeigt. Zum anderen ist es fernliegender, dass die Vertragsparteien von der Anwendung einer Kollisionsnorm ausgehen, die sich nicht auf den *aktuellen* Vertragstyp bezieht.

Im Ergebnis sind mithin kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel zwischen Art. 4 Abs. 1 lit. a–h möglich. Ein Beispiel wäre die Änderung eines lediglich Bauleistungen umfassenden Bauvertrags zu einem Bauträgervertrag, der eine Eigentumsverschaffungspflicht beinhaltet. Anstelle des gewöhnlichen Aufenthalts des Dienstleisters wäre dann ebenfalls die Belegenheit der unbeweglichen Sache entscheidend (kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 1 lit. b zu lit. c).⁵⁶⁵

Ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel ist hingegen nicht denkbar. Die Änderung eines Anknüpfungsgegenstands der Art. 4 Abs. 1 lit. a–h hat stets einen kollisionsnormübergreifenden Statutenwechsel zu einem anderen Vertragstyp zur Folge. Eine Vertragsänderung unterhalb der Schwelle des Vertragstyps berücksichtigt die Rom I-VO nicht – zum Beispiel im Fall der (umfangreichen) Erweiterung oder Änderung eines Vertrags, den die Rom I-VO vor und nach der Änderung als Dienstleistungsvertrag im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b qualifiziert.

565 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 63, 120, 124 mwN.

(b) Unspezifizierte Vertragstypen – Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO: Wandelbar

Der Anknüpfungsgegenstand des Art. 4 Abs. 2 ist ebenfalls rein leistungsbezogen definiert, weil er ausschließlich auf die charakteristische Leistung abstellt. Er umfasst Verträge, die unter keinen oder mehr als einen Vertragstyp des Abs. 1 fallen (Nichterfassung oder Mehrfacherfassung). In diesem Zusammenhang sind gemischte Verträge interessant. Nach *Martiny* lassen sich insoweit „im Wesentlichen drei unterschiedliche Konstellationen unterscheiden (1) Es handelt sich um einen spezifizierten Vertragstyp i. S. d. Abs. 1. Hinzu kommt noch ein nicht-spezifizierter Vertragsbestandteil. (2) Es handelt sich um mehrere Bestandteile, die unterschiedlichen spezifizierten Vertragstypen zuzuordnen sind. (3) Schließlich kann es um die Beurteilung von Bestandteilen nicht in Art. 4 Abs. 1 genannter Vertragstypen bzw. Verträge gehen.“⁵⁶⁶ Die gemischten Verträge können je nach Erscheinungsform Art. 4 Abs. 1, 2 oder 4 zuzuordnen sein.⁵⁶⁷ Im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 können gemischte Verträge der Variante der Nichterfassung oder der Mehrfacherfassung unterfallen.⁵⁶⁸

Beispielsweise kann die Gegenleistung für eine Lizenzgewährung nicht in einer Lizenzgebühr, sondern der Herstellung und Lieferung des lizenzierten Produkts bestehen.⁵⁶⁹ Man könnte zwar die Herstellung und Lieferung des Produkts als Kaufvertrag über bewegliche Sachen Art. 4 Abs. 1 lit. a qualifizieren.⁵⁷⁰ Die herrschende Ansicht sieht jedoch zwei charakteristische Leistungen, weil die Lizenzgewährung ebenfalls eine solche darstellt. Lizenzverträge unterfallen jedoch nicht Abs. 1, sondern Abs. 2 Var. 1.⁵⁷¹ Die herrschende Ansicht ordnet diesen gemischten Vertrag aufgrund der typfremden Leistung „Lizenzgewährung“ Art. 4 Abs. 2 zu. Sie beurteilt die charakteristische Leistung nach dem Schwerpunkt zwischen Leistung und Gegenleistung. Sofern sich nicht feststellen lässt, dass die eine Vertragsleistung überwiegt, ist der Vertrag über die engste Verbindung des Art. 4 Abs. 4 anzuknüpfen.⁵⁷² Bei der nachträglichen Änderung des

566 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 10.

567 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 10 f., 13–15, 182–186 und 199–203 mwN.

568 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 199.

569 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 154 mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 185 mwN.

570 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 185 mwN.

571 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 343 mwN.

572 *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 154 mwN; *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 185 mwN.

Anknüpfungsgegenstands ist mithin ein kollisionsnormübergreifender Statutenwechsel zwischen Art. 4 Abs. 1, 2 und 4 denkbar. Es ist vorstellbar, dass die Vertragsparteien die Gegenleistung nach dem Vertragsschluss zu einer Zahlungspflicht ändern. Dann wäre Art. 4 Abs. 2 Var. 1 einschlägig, weil Lizenzverträge nicht Abs. 1 zuzuordnen sind.

Das vorangegangene Beispiel zeigt, dass im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 Var. 1 eine Schwerpunkt Betrachtung anzustellen ist, sofern Leistung oder Gegenleistung nicht unter einen spezifizierten Vertragstyp des Abs. 1 fallen. Erwägungsgrund 19 S. 3 besagt insoweit: „Besteht ein Vertrag aus einem Bündel von Rechten und Verpflichtungen, die mehr als einer der spezifizierten Vertragsarten zugeordnet werden können, so sollte die charakteristische Leistung des Vertrags nach ihrem Schwerpunkt bestimmt werden.“ Das Element der charakteristischen Leistung ist mithin im Zuge des Anknüpfungsgegenstands maßgeblich, um bei gemischten Verträgen den Schwerpunkt zu bestimmen. Gleichzeitig bestimmt es dann auch das Anknüpfungsmoment, weil dafür der gewöhnliche Aufenthalt des schwerpunktmäßig Leistenden maßgeblich ist.

Dasselbe gilt unter Art. 4 Abs. 2 Var. 2, sofern eine Seite oder beide Seiten mehrere Leistungen aufweisen, die charakteristisch für die in Abs. 1 spezifizierten Vertragstypen sind. Auch dann ist eine Schwerpunkt Betrachtung anzustellen.⁵⁷³ Ein entsprechendes Beispiel ist ein Vertriebsvertrag, unter dem der Vertreibende auch Fremdwaren verkauft. Hier liegen mehrere charakteristische Leistungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. f und a vor.⁵⁷⁴ Ein weiteres Beispiel zeigt sich bei einem „Warenkauf, dessen Gegenleistung in der Erbringung von Diensten besteht.“⁵⁷⁵

Vor diesem Hintergrund sind auch im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 kollisionsnorminterne Statutenwechsel vorstellbar. So kann sich im ersten Beispiel zu Art. 4 Abs. 2 Var. 2 der Schwerpunkt zu einer Warensorte verschieben. Im zweiten Beispiel könnte die Gegenleistung nachträglich nur teilweise in der Erbringung von Diensten erfolgen und sich so der Schwerpunkt zugunsten des Warenkaufs verschieben. Bei Art. 4 Abs. 2 Var. 1 ist denkbar, dass sich der Schwerpunkt nachträglich zwischen Leistung und Gegenleistung verschiebt. Im Narrativ des zuvor geschilderten Beispiels der Lizenzgewährung gegen Herstellung und Lieferung des Lizenzprodukts würde das bedeuten: Die Herstellung und Lieferung könnte nachträglich den Schwer-

573 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 192, 196 f., 200–203 mwN.

574 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 201 mwN.

575 *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 202 mwN.

punkt einnehmen, weil man sie mengenmäßig, in der Fertigungstiefe oder -komplexität erweitert. Der Vertrag wäre dennoch nicht nach Art. 4 Abs. 1 lit. a zu bestimmen, weil weiterhin eine typfremde Gegenleistung in Form der Lizenzgewährung vorliegt.

- (c) Gesamtheit der Umstände ergeben offensichtlich engere Verbindung –
Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4
Rom I-VO: Wandelbar

Bei den Ausweichklauseln der offensichtlich engeren Verbindung ist bereits fraglich, was der Anknüpfungsgegenstand ist (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO). Insoweit differenzieren die Rechtsprechung und Literatur nicht. Meines Erachtens ist der Anknüpfungsgegenstand die „Gesamtheit der Umstände“, aufgrund derer „der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen [...] Staat aufweist“ (Art. 4 Abs. 3). Das Anknüpfungsmoment ist diese „offensichtlich engere Verbindung“ (zuvor ab S. 181, 185 und 208). Der Anknüpfungsgegenstand besteht in den Umständen, die diese engere Verbindung bedingen. Bei ihm geht es mithin um die Gründe, bei dem Anknüpfungsmoment dagegen um das Ergebnis – die Umstände, die eine engere Verbindung begründen oder der Staat, auf den diese engere Verbindung verweist. Die Ausweichklauseln greifen mithin zwei Mal auf das Merkmal „offensichtlich engere Verbindung“ zurück. Dieser doppelte Rückgriff ist im Wortlaut der Norm angelegt – „eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Absatz 1 oder 2 bestimmten Staat“ und „das Recht dieses anderen Staates“. Letztlich ist eine sinnvolle Unterscheidung zwischen dem Anknüpfungsmoment und -gegenstand daher nicht möglich.

Meines Erachtens ist der Anknüpfungsgegenstand der Ausweichklauseln wandelbar. Das folgt bereits aus dem doppelten Rückgriff auf das Merkmal der offensichtlich engeren Verbindung im Anknüpfungsmoment und -gegenstand. Die Wandelbarkeit des Anknüpfungsmoments „offensichtlich engere Verbindung“ hat diese Arbeit bereits herausgearbeitet. Das geschah jedoch unter dem dogmatischen Blickwinkel des Anknüpfungsmoments (zuvor ab S. 181, 185 und 208). Gleichwohl belegt auch eine separate Auslegung des Anknüpfungsgegenstands, dass dieser wandelbar ist. Der Wortlaut fixiert den Anknüpfungsgegenstand nicht auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses. Er spricht daher eher für eine Wandelbarkeit. In historischer Hinsicht ist der Bericht von Giuliano und Lagarde aus dem Jahr 1980

relevant. Er besagt, dass „auch nach Vertragsschluss eingetretene Umstände berücksichtigt werden“.⁵⁷⁶ Vor diesem Hintergrund erkennt die herrschende Ansicht Statutenwechsel aufgrund nachträglicher Änderungen der Anknüpfungsmomente „offensichtlich engere“ und „engste Verbindung“ an. Zwar verwischt sie dieses Ergebnis terminologisch dadurch, dass sie nur rückwirkende Statutenwechsel als „Statutenwechsel im eigentlichen Sinn“⁵⁷⁷ ansieht. Letztlich ergibt sich daraus jedoch kein Unterschied, weil sie das alte Statut nach Vertragsschluss durch ein neues Statut ablöst und damit einen Statutenwechsel durchführt (zuvor ab S. 98). Die historische Auslegung spricht daher auch für eine Wandelbarkeit des Anknüpfungsgegenstands, weil er ebenfalls auf die engere Verbindung zurückgreift und das Zitat aus dem Bericht von Giuliano und Lagarde nicht auf das Anknüpfungsmoment beschränkt ist.

Die systematische Auslegung streitet für eine Wandelbarkeit. Zum einen sind insoweit die im Zuge der Auslegung des Art. 4 Abs. 1 und 2 dargelegten Erkenntnisse zur Rom I-VO anzuführen – hoher Differenzierungsgrad der Anknüpfungsgegenstände (Art. 3–18), teilweise ausdrückliche Wandelbarkeit aufgrund einvernehmlicher Änderungen (Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2), eindeutige Anordnung bei Unwandelbarkeit, Vorrang des Prinzips der engsten Verbindung vor dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung (zuvor ab S. 261 und 265). Zum anderen ist das Anknüpfungsmoment der offensichtlich engeren Verbindung wandelbar (zuvor ab S. 181). Der Anknüpfungsgegenstand greift ebenfalls auf das Element „offensichtlich engere Verbindung“ zurück – „Gesamtheit der Umstände“, aufgrund derer „der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung [...] aufweist“.

In teleologischer Hinsicht bezwecken die Ausweichnormen die Verwirklichung des Prinzips der engsten Verbindung.⁵⁷⁸ Parallel zu Art. 4 Abs. 1 und 2 verdrängt dieser Zweck die Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen im Fall einer Änderung anknüpfungsrelevanter Umstände nach Vertragsschluss (zuvor ab S. 261 und 265).

Die Anknüpfungsgegenstände der Ausweichnormen sind damit wandelbar. Eine offensichtlich engere Verbindung kann sich aus denkbar vielen Umständen ergeben. Wie bereits im Rahmen des Anknüpfungsmoments dargelegt, stellt die Rom I-VO insoweit eine Gesamtbetrachtung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände an (zuvor ab S. 181). Zum Beispiel

576 Giuliano/Lagarde, ABl. C 282 vom 31.10.1980, 20 (linke Spalte, Abs. 6).

577 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 24 (für Abs. 3 und 4), 168 (für Abs. 4).

578 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 159 mwN.

ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt als tatsächlicher Umstand, eine gemeinsame Staatsangehörigkeit als rechtlich-einseitiger Umstand oder die Vertragssprache als rechtlich-einvernehmlicher (vertraglicher) Umstand. Eine Vertragsänderung kann nur letztere Umstände ändern. Ein tatsächliches Einvernehmen kann ausnahmsweise tatsächliche Umstände ändern, wie den tatsächlichen Erfüllungsort. Der Anknüpfungsgegenstand berücksichtigt daher nicht nur leistungs- und personenbezogene Komponenten. Vielmehr beachtet er potenziell alle Umstände, die eine engere Verbindung begründen können. Dabei muss kein bestimmter Umstand zwingend vorliegen – abgesehen von den qualifizierenden Umständen im Fall des Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4. Die offensichtlich engere Verbindung kann sich aus jedem Umstand oder aus jeder Kombination von Umständen ergeben.

Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Konstellationen eines Statutenwechsels vorstellbar: Erstens kann die offensichtlich engere Verbindung aufgrund einer Vertragsänderung oder eines tatsächlichen Einvernehmens erstmals eintreten, entfallen oder sich verschieben. In den ersten beiden Konstellationen liegt ein kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel zuungunsten oder zugunsten von Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1, 2, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 und Art. 8 Abs. 2, 3 vor. In der dritten Konstellation ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel innerhalb des Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 oder Art. 8 Abs. 4. Zweitens ist ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel zugunsten oder zuungunsten der Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4 denkbar. Das ist möglich, wenn die Vertragsparteien den entsprechenden qualifizierten leistungs- oder personenbezogenen Umstand nachträglich vereinbaren oder aufgeben (Beförderungsleistung, Versicherungsleistung und abhängige, weisungsgebundene, dauerhafte und entgeltliche Dienstleistung). Drittens ist eine Kombination aus Konstellation eins und zwei vorstellbar: Die offensichtlich engere Verbindung kann nachträglich erstmals eintreten, entfallen oder sich verschieben – und zeitgleich der qualifizierte leistungs- oder personenbezogene Umstand erstmals eintreten oder entfallen. Dann wäre ein Statutenwechsel in jeglicher Kombination der Konstellationen eins und zwei möglich. Zum Beispiel könnte ein Beförderer aufgrund von Engpässen bei seinen eigenen Transportkapazitäten gezwungen sein, dem Absender vorzuschlagen, nur noch die Beförderungsleistung eines Dritten zu vermitteln. Lässt sich der Absender darauf ein und hat er mit dem neuen Beförderer einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt kann ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel von Art. 5 Abs. 1 zu Art. 4 Abs. 3 eintreten.

(d) Anzuwendendes Recht nicht bestimmbar – Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO:
Wandelbar

Der Anknüpfungsgegenstand der Auffangklausel in Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO besteht darin, dass „das anzuwendende Recht nicht nach Absatz 1 oder 2 bestimmt werden“ kann. Der Anknüpfungsgegenstand ist daher komplementär zu den Abs. 1 und 2 definiert. Sind deren Anknüpfungsgegenstände nicht erfüllt, gilt Abs. 4. Da die Abs. 1 und 2 leistungsbezogene Anknüpfungsgegenstände aufweisen, gilt das auch für Abs. 4. Letzterer greift dann, wenn sich eine charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt. Das ist der Fall bei gleichartigen Leistungen oder atypischen Verträgen, die keinem gesetzlich vorgesehenen Vertragstyp entsprechen.⁵⁷⁹

Der Anknüpfungsgegenstand des Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO ist wandelbar. Sein Wortlaut sieht keine Fixierung vor. Wie bereits im Rahmen des Art. 4 Abs. 3, spricht historisch der Bericht von Giuliano und Lagarde ebenfalls dafür. Auch die systematische und teleologische Auslegung entspricht weitgehend Art. 4 Abs. 3 und streitet damit für eine Wandelbarkeit (zuvor ab S. 267). Ein Unterschied ergibt sich jedoch dadurch, dass der Anknüpfungsgegenstand von Abs. 4 nicht auf sein Anknüpfungsmoment „engste Verbindung“ zurückgreift. Das ist bei Abs. 3 anders. Er beruft die offensichtlich engere Verbindung als Anknüpfungsmoment und darüber hinaus als Bezugspunkt des Anknüpfungsgegenstands. Hingegen normiert Abs. 4 einen von Anknüpfungsmoment „engste Verbindung“ unabhängigen Anknüpfungsgegenstand. Er knüpft daran an, dass die Anknüpfungsgegenstände der Abs. 1 und 2 nicht einschlägig sind („Kann das anzuwendende Recht nicht nach Absatz 1 oder 2 bestimmt werden [...]“). Angesichts dessen, ist bei der Beurteilung der Wandelbarkeit eine weitere Erkenntnis zu berücksichtigen: Die Anknüpfungsgegenstände der Abs. 1 und 2 sind ihrerseits wandelbar (zuvor ab S. 261 und 265). Das spricht ebenfalls für eine Wandelbarkeit des Anknüpfungsgegenstands des Abs. 4, weil er auf die wandelbaren Anknüpfungsgegenstände der Abs. 1 und 2 verweist. Insgesamt erachte ich den Anknüpfungsgegenstand des Abs. 4 daher als wandelbar.

Vor diesem Hintergrund sind insbesondere kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel zugunsten oder zuungunsten von Abs. 1 oder 2 vorstellbar. Zum Beispiel ordnet die herrschende Ansicht Tausch-

579 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 206 f. mwN.

verträge Abs. 4 zu.⁵⁸⁰ Ändern die Vertragsparteien insoweit eine Tausch- in eine Entgeltleistung, wäre Abs. 1 oder 2 einschlägig – je nachdem, ob ein spezifizierter Vertragstyp vorliegt oder nicht. Ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel zugunsten von Art. 5–8 ist bei einem gemischten Vertrag vorstellbar. Gemischte Verträge können unter Art. 4 Abs. 1, 2 oder 4 fallen. Ein qualifizierender Statutenwechsel kann daher eintreten, wenn die Vertragsparteien den gemischten Vertrag nachträglich um eine überwiegende Beförderungs- oder Versicherungsleistung erweitern. Dann ist der qualifizierte leistungsbezogene Anknüpfungsgegenstand des Art. 5 oder 7 erfüllt. Darüber hinaus ist denkbar, dass die Vertragsänderung nachträglich einen privaten Vertragszweck der einen Vertragspartei vorsieht, während die andere Partei weiterhin in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt und die Tätigkeit auf den Mitgliedstaat der einen Partei ausrichtet. Dann wäre nachträglich der qualifizierte personenbezogene Anknüpfungsgegenstand des Art. 6 erfüllt. Des Weiteren können die Parteien nachträglich eine Dienstleistung vereinbaren, die der Dienstleister abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich ausführt. Dadurch ist der qualifizierte leistungs- und personenbezogene Anknüpfungsgegenstand des Art. 8 gegeben.

Entsprechende Beispiele sind schwer zu bilden. Das deutet auf eine eher geringe Praxisrelevanz hin. Vorstellbar ist ein Spielvertrag, der sich erst durch eine Vertragsänderung zum Verbrauchervertrag entwickelt. Die herrschende Ansicht ordnet Spielverträge Art. 4 Abs. 4 zu, sofern Art. 6 nicht erfüllt ist.⁵⁸¹ Ein weiteres Beispiel ist ein Vertrag, der zunächst gleichwertige Dienste als Leistung und Gegenleistung vorsieht. Nachträglich ändern die Parteien dann eine Dienst- in eine Entgeltleistung und führen die verbleibende Dienstleistung abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich aus. Mangels Schwerpunkt wäre der ursprüngliche Vertrag nach Art. 4 Abs. 4 zu bewerten,⁵⁸² der geänderte jedoch nach Art. 8.

In den umgekehrten Konstellationen steht entsprechend ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel von Art. 5–8 zu Art. 4 Abs. 4 im Raum. Ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel kann hingegen nicht eintreten. Der Anknüpfungsgegenstand des Art. 4 Abs. 4 besteht darin, dass Abs. 1 und 2 nicht einschlägig sind. Ändern die Parteien den Vertrag nachträglich derart, dass eine spezifizierte oder unspezifizierte charakteristische Leistung im Sinne des Abs. 1 oder 2 vorliegt, ist Abs. 4

580 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 221 mwN.

581 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 224, 542, 558 mwN.

582 Statt vieler nur Martiny, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 185 mwN.

nicht mehr anzuwenden. Es tritt dann ein kollisionsnormübergreifender Statutenwechsel ein. Eine Änderung des Anknüpfungsmoments „engste Verbindung“ kann hingegen zu kollisionsnorminternen Statutenwechseln führen (zuvor ab S. 174).

(e) Beförderungs- und Versicherungsverträge – Art. 5 und 7 Rom I-VO:
Wandelbar

Die Anknüpfungsgegenstände der qualifizierten Kollisionsnormen für Beförderungs- und Versicherungsverträge sind rein leistungsbezogen. Sie unterscheiden sich von Dienstleistungsverträgen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b oder unspezifizierten Verträgen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 lediglich durch eine qualifizierte Leistungspflicht – die Beförderungs- oder Versicherungsleistung. Beide Anknüpfungsgegenstände sind wandelbar. Die Argumentation stimmt dabei mit der bei den rein leistungsbezogenen Anknüpfungsgegenständen der Art. 4 Abs. 1 und 2 überein (zuvor ab S. 261 und 265).

Ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel zugunsten oder zuungunsten von Art. 5 ist denkbar, wenn nachträglich eine Beförderungsleistung hinzukommt oder entfällt. Ein Beispiel ist ein Mietvertrag über ein Fahrzeug, den die Parteien nachträglich um einen Fahrer erweitern. Zum Beispiel könnte der Mieter bei einer Bootsmiete nachträglich einen Skipper oder bei einer Kraftfahrzeugmiete einen Fahrer dazubuchen. Die ursprüngliche Boots- oder Fahrzeugmiete ist als bloße Gebrauchsüberlassung einer beweglichen Sache gemäß Art. 4 Abs. 2 zu bewerten.⁵⁸³ Eine Pauschalreise im Sinne des Art. 6 Abs. 4 lit. b liegt nicht vor.⁵⁸⁴ Die Erweiterung um die Führungsleistung macht den Mietvertrag nachträglich zu einem Personenbeförderungsvertrag gemäß Art. 5 Abs. 2.⁵⁸⁵ Das gilt sogar im Fall von Rundreisen.⁵⁸⁶ Der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderten löst dann den des Vermieters ab, sofern im Staat des Beförderten auch der Abgangs- oder Bestimmungsort liegt. Andernfalls ist weiter der gewöhnliche Aufenthalt des früheren Vermieters

583 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 300 mwN.

584 Staudinger, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 38 mwN.

585 Remien/Segger-Piening, in PWW, Art. 5 Rom I-VO Rn. 6. Zustimmung Staudinger, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 44.

586 Wiese, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 8, 45; Magnus, in Staudinger, Art. 5 Rom I-VO Rn. 53 mwN.

und nun des Beförderers maßgeblich (kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 Abs. 2 zu Art. 5 Abs. 2 S. 1 oder S. 2).

Darüber hinaus ist ein kollisionsnormübergreifender gleichrangiger Statutenwechsel zwischen Art. 5 Abs. 1 oder Abs. 2 und 3 vorstellbar: Eine offensichtlich engere Verbindung kann nachträglich eintreten oder entfallen. Eine derartige Änderung ist zu berücksichtigen, da der Anknüpfungsgegenstand auf die offensichtlich engere Verbindung zurückgreift. Ebenso ist zumindest theoretisch die nachträgliche Änderung eines Güter- in einen Personenbeförderungsvertrag oder umgekehrt möglich (Art. 5 Abs. 1 und 2). Man denke etwa an einen Vertrag, mit dem die Parteien zunächst überwiegend oder ausschließlich Ersatzteile befördern, nachträglich jedoch Reparatüre.⁵⁸⁷

Die nachträgliche Erweiterung oder Reduzierung eines Vertrags um eine Versicherungsleistung im Sinne des Art. 7 ist praktisch schwer vorstellbar (kollisionsnormübergreifender qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel). Ich habe bereits dargelegt, dass die Einstufung als Groß- oder Massenrisiko gemäß Abs. 2 oder 3 unwandelbar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorzunehmen ist (zuvor ab S. 137). Des Weiteren ist fernliegend, dass ein gemäß Abs. 1 S. 2 nicht erfasster Rückversicherungsvertrag nachträglich zu einem (Erst-)Versicherungsvertrag wird. Die Versicherungsbranche ist aufgeteilt in spezialisierte Erst- und Rückversicherer und die beiden Versicherungsleistungen sind sehr verschieden. Als naheliegender erachte ich einen kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel zwischen Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3. Ein solcher ist vorstellbar, wenn die Parteien einen Versicherungsvertrag über Groß- nachträglich auf Massenrisiken beziehen – oder andersherum. Die beiden Begriffe sind komplementär: Jedes Risiko, das kein Großrisiko ist, ist als Massenrisiko anzusehen.⁵⁸⁸ Nach der herrschenden Ansicht ist das Risiko aufgrund einer systematischen oder teleologischen Auslegung der Art. 7 Abs. 2 und 3 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bewerten (zuvor ab S. 137). Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 legt den Anknüpfungszeitpunkt jedoch lediglich ausdrücklich für das Anknüpfungsmoment der Risikobelegenheit fest. Es ist kein Grund ersichtlich, warum man eine grundlegende und umfangreiche Änderung des Vertragstyps und damit des Anknüpfungsgegenstands nicht berücksich-

587 Nach der hA ist auf die prägende Leistung abzustellen, wenn sowohl Personen als auch Güter befördert werden, statt vieler nur *Wiese*, in BeckOGK, Art. 5 Rom I-VO Rn. 12 mwN.

588 *Lüttringhaus*, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 103; *Staudinger*, in Ferrari, Art. 5 Rom I-VO Rn. 31 mwN.

tigen sollte. Meines Erachtens ist jede *vertragliche* Änderung der *vertraglichen* Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO zu berücksichtigen, sofern nicht ausnahmsweise Schutzzwecke entgegenstehen. Das gilt auch für eine nachträgliche Disposition zwischen Groß- und Massenrisiken.

(f) Verbrauchervertrag – Art. 6 Rom I-VO: Teilweise Wandelbar

Wie zuvor dargelegt, weist Art. 6 Rom I-VO einen kombinierten Anknüpfungsgegenstand auf: Er erfasst eine weitreichende Bandbreite an Vertragstypen und damit an charakteristischen Leistungen. Damit stellt er nur schwache Anforderungen an die leistungsbezogene Komponente des Anknüpfungsgegenstands. Mit anderen Worten: Er qualifiziert die Art der Leistung fast gar nicht gegenüber den umfassenden Anknüpfungsgegenständen des Art. 4 – abgesehen von den Ausnahmen in Art. 6 Abs. 1 und 4. Hingegen ist der Anknüpfungsgegenstand des Art. 6 im Hinblick auf die Vertragsparteien zweifach qualifiziert (personenbezogene Komponenten). Erstens fordert er auf der einen Seite einen Verbraucher, auf der anderen einen Unternehmer. Während ein Verbraucher mit dem Vertragsschluss einen privaten Zweck verfolgt, handelt ein Unternehmer in Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit. Zweitens verlangt Art. 6, dass der Unternehmer seine Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausrichtet. Es gilt daher im Folgenden zu klären, ob diese leistungs- und personenbezogenen Komponenten des Anknüpfungsgegenstands wandelbar sind.

(aa) Wandelbar bei nachträglicher Änderung der charakteristischen Leistung

Die Kollisionsnorm für Verbraucherverträge stellt nur schwache Anforderungen an die leistungsbezogene Komponente ihres Anknüpfungsgegenstands, indem sie lediglich einige spezielle Vertragsarten ausklammert (Art. 6 Abs. 1 und 4 Rom I-VO). Das heißt im Umkehrschluss, dass sie eine enorme Bandbreite an Vertragstypen und damit charakteristischen Leistungen umfasst. Namentlich sind das alle mit Ausnahme der Beförderungsverträge des Art. 5, der Versicherungsverträge des Art. 7, der Arbeitsverträge des Art. 8 und der Auslandsdienstleistungs-, Beförderungs-, Immobilien-, Kapitalmarkt- und Börsenverträge des Art. 6 Abs. 4. Der Vorbehalt zugunsten von Art. 5 und 7 ergibt sich dabei direkt aus Art. 6 Abs. 1 („Unbe-

schadet der Artikel 5 und 7 [...]“).⁵⁸⁹ Er geht jedoch nur so weit, wie die Anknüpfungsgegenstände von Art. 5 und 7. Daher unterfallen zum Beispiel Pauschalreiseverträge nicht Art. 5, sondern Art. 6 – sofern die übrigen Anforderungen eines Verbrauchervertrags vorliegen.⁵⁹⁰ Das ergibt sich explizit aus Art. 6 Abs. 4 lit. c. Parallel dazu gilt Art. 6 und nicht Art. 7, sofern ein Versicherungsvertrag Massenrisiken betrifft, welche außerhalb der EU belegen sind.⁵⁹¹

Das Verhältnis zwischen Art. 6 und 8 ist komplexer: Art. 8 gilt lediglich für die Arbeitsleistungen zwischen dem Arbeitnehmer und -geber. Für andere Leistungsbeziehungen zwischen denselben Parteien kann jedoch Art. 6 gelten. Das ist der Fall, sofern „vom Arbeitsvertrag getrennte Rechtsgeschäfte mit Eigenwert“ vorliegen.⁵⁹² Für Leistungsbeziehungen des Arbeitnehmers mit Dritten kann erst recht Art. 6 anzuwenden sein. Der Arbeitnehmer kann mithin gleichzeitig Verbraucher sein und einen Verbrauchervertrag mit dem Arbeitgeber schließen, sofern die andere Leistungsbeziehung nicht seiner beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist.⁵⁹³ Im Hinblick auf seine beruflichen Leistungen ist der Arbeitnehmer nie Verbraucher, weil er dann mit dem Vertrag gerade eine „berufliche Tätigkeit“ im Sinne des Art. 6 verfolgt.⁵⁹⁴

Insgesamt ist Art. 6 mithin nachrangig gegenüber den übrigen qualifizierten Kollisionsnormen der Art. 5, 7 und 8. Aufgrund seines umfangreichen Anknüpfungsgegenstands hat er jedoch vorrangig zu Art. 4 eine Auffangfunktion gegenüber den Art. 5, 7 und 8. Vertragsveränderungen können daher kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel zwischen Art. 6 und Art. 5, 7, 8 haben. Sie sind in beide Richtungen vorstellbar. Beispielsweise können die Parteien einen Beförderungsvertrag im Sinne des Art. 5 nachträglich zu einem Pauschalreisevertrag abändern. In diesem Fall ist nunmehr Art. 6 einschlägig. Ein umgekehrter Statutenwechsel ist jedoch ebenfalls vorstellbar.

589 Statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 6 Rom I-VO Rn. 34 und 36.

590 Statt vieler nur *Staudinger*, in Ferrari, Art. 6 Rom I-VO Rn. 9–11 mwN.

591 Statt vieler *Lüttringhaus*, in BeckOGK, Art. 7 Rom I-VO Rn. 1, 168–174 mwN.

592 *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 28 mwN (insb. zur Übernahme dieses Maßstabs durch das BAG).

593 Statt vieler nur *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 8 Rom I-VO Rn. 28 mwN.

594 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 15 mwN. Für Art. 17 Abs. 1 EuGVVO EuGH NJW 2023, 29 (3. Leitsatz und Rn. 52–58 mwN) – *ROI Land Investments*.

(bb) Unwandelbar durch einvernehmliche nachträgliche
Tätigkeitsausrichtung

Ein kollisionsnormübergreifender Statutenwechsel aufgrund einvernehmlicher Änderung der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung ist abzulehnen. Es handelt sich um ein einseitiges, tatsächliches und objektiv zu bestimmendes Tatbestandsmerkmal. Die Rom I-VO entzieht es damit der Parteidisposition, weshalb sogar eine Vertragsänderung und ein tatsächliches Einvernehmen nicht zu berücksichtigen sind. Wie beim Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Aufenthalts spricht hierfür eine systematische Auslegung mit Art. 3: Fernab der Rechtswahl sind Vertragsänderungen nur dann wandelungsrelevant, wenn die Rom I-VO disponible Tatbestandsmerkmale verwendet. Dadurch zeigt die Rom I-VO, dass sie die privatautonomen Entscheidungen der Vertragsparteien kollisionsrechtlich abbilden will (zuvor ab S. 107). Vor diesem Hintergrund ist etwa eine vertragliche Vereinbarung unbeachtlich, welche vorsieht, dass der Unternehmer seine Tätigkeit im Staat des Verbrauchers zu einem gewissen Zeitpunkt nach Vertragsschluss einstellt.

(cc) Unwandelbar durch nachträglichen privaten oder beruflichen/
gewerblichen Zweck

Diese Arbeit hat bereits herausgearbeitet, dass Vereinbarungen der Parteien über den privaten oder beruflichen/gewerblichen Vertragszweck nicht zu berücksichtigen sind. Entscheidend ist der einseitige tatsächliche Zweck, nicht der einvernehmliche. Vertragliche Vereinbarungen können lediglich mittelbar zu beachten sein, sofern sie einen Rückschluss auf die tatsächliche Lage zulassen (zuvor ab S. 127). Das gilt entsprechend für nachträgliche Vertragsänderungen. Auch insoweit bleibt der einseitige tatsächliche Zweck maßgeblich, der für die andere Partei erkennbar ist. Da die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts nicht berücksichtigt, ist der private und berufliche/gewerbliche Vertragszweck im Zeitpunkt des Vertragsschlusses anzuknüpfen (nachfolgend ab S. 297).

(g) Individualarbeitsverträge – Art. 8 Rom I-VO: Wandelbar

Art. 8 Rom I-VO hat einen kombinierten Anknüpfungsgegenstand: Er enthält eine leistungsbezogene und eine qualifizierte personenbezogene Kom-

ponente. Die leistungsbezogene Komponente „Dienstleistung“ stellt keine Qualifikation zu Art. 4 Abs. 1 lit. b dar. Der qualifizierte Anknüpfungsgegenstand des Art. 8 beruht vielmehr auf seiner personenbezogenen Komponente: Der Dienstleister muss abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich tätig sein. Er wird dadurch zum „Arbeitnehmer“. Als „Arbeitgeber“ bezeichnet man denjenigen, gegenüber dem er derart tätig wird. Der Arbeitgeberbegriff ist daher nicht eigenständig, sondern komplementär über den Arbeitnehmerbegriff definiert (zuvor ab S. 239).

Angesichts dessen könnte man jeden Dienstvertrag nachträglich zu einem Individualarbeitsvertrag im Sinne des Art. 8 erweitern, indem die Dienstleistung fortan abhängig, weisungsgebunden, dauerhaft und entgeltlich ausführt (kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel). Auch die umgekehrte Konstellation ist denkbar (kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel). Zum Beispiel könnte ein Arbeitnehmer nach dem ruhestandsbedingten Ausscheiden weiterhin als selbständiger Berater oder sonstiger freier Mitarbeiter für den ehemaligen Arbeitgeber Dienstleistungen erbringen. Hierfür schließen die Parteien jedoch regelmäßig keine Vertragsänderung, sondern einen neuen Vertrag ab. Naheliegender ist, dass ein ursprünglich selbständiger Berater seine Dienstleistung ab einem gewissen Zeitpunkt als Arbeitnehmer erbringt. Es passiert häufig, dass der Auftraggeber den einst Selbständigen allmählich stärker in seinen Betrieb eingliedert. Das geschieht insbesondere bei langfristigen Projekten, vor allem unvorhergesehen verlängerten. Sobald der dauerhafte und entgeltliche Dienstleister abhängig und weisungsgebunden tätig wird, ist er Arbeitnehmer. Diese Veränderung muss den Vertragsparteien noch nicht einmal bewusst sein – Stichwort „Scheinselbständigkeit“. Vorrangig und unmittelbar entscheidend ist einzig, ob *tatsächlich* eine Arbeitsleistung vorliegt. Das gebietet der Schutz des Arbeitnehmers. Die *vertraglichen* Vereinbarungen sind lediglich nachrangig und mittelbar als Indizien heranzuziehen (zuvor ab S. 245). Insoweit entsprechen sich der Arbeitnehmer-/Arbeitgeberstatus und der Verbraucher-/Unternehmerstatus. Die Dienstleistung muss jedoch *einvernehmlich* abhängig und weisungsgebunden erfolgen. Im Gegensatz dazu stellt die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft eine *einseitige* Betrachtung der beiden Vertragszwecke an (zuvor ab S. 127 und 240).

Im Ergebnis ist der Anknüpfungsgegenstand des Art. 8 durch eine Vertragsänderung oder ein tatsächliches Einvernehmen wandelbar. Eine Vertragsänderung ist hinsichtlich der leistungsbezogenen Komponente des Anknüpfungsgegenstands – der Dienstleistung – möglich. Dafür sprechen die Argumente, die für eine Wandelbarkeit der rein leistungsbezogenen

Anknüpfungsgegenstände der Art. 4 Abs. 1 und 2 streiten (zuvor ab S. 261 und 265). Hingegen ist die Arbeitnehmer-/Arbeitgebereigenschaft als personenbezogene Komponente ausschließlich aufgrund eines tatsächlichen Einvernehmens wandelbar, weil sie zumindest vorrangig tatsächlich definiert ist – vertragliche Vereinbarungen sind lediglich Indizien.

(h) Aktualisierung des Anknüpfungszeitpunkts „Vertragsschluss“

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse stellt sich die Frage, wann ein neuer Vertragsschluss im Sinne des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO vorliegt. Zur Erinnerung: Nach der Entscheidung in der Rechtssache *Nikiforidis* setzt der EuGH für einen neuen Vertragsschluss voraus, dass der Vertrag „in einem solchen Umfang geändert wurde, dass davon auszugehen ist, dass [...] ein neuer [Vertrag] geschlossen wurde“.⁵⁹⁵ Hingegen soll eine „bloße Aktualisierung oder Anpassung“ nicht ausreichen. Es bedarf der „Entstehung einer neuen Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien“.⁵⁹⁶ Einzig unter diesen Voraussetzungen erachtete der EuGH den intertemporalen Anwendungsbereich der Rom I-VO für eröffnet. Bei Erreichen dieses Maßstabs müsste man sogar dann einen Statutenwechsel anerkennen, wenn man mit der herrschenden Ansicht aus Art. 19 Abs. 3 eine absolute und generelle Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts ableitet (zuvor ab S. 105). Es würde dann ein neuer Vertragsschluss vorliegen, dessen Zeitpunkt zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts maßgeblich wäre. Die herrschende Ansicht berücksichtigt jedoch auch den *Nikiforidis*-Maßstab bei Art. 19 Abs. 3 nicht.

(aa) *Nikiforidis*-Maßstab übertragbar auf Vertragsschluss des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO

Der *Nikiforidis*-Maßstab ist auf Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO zu übertragen. Seine systematische Auslegung mit Art. 28 spricht dafür. Beide Normen stellen auf den Vertragsschluss ab. Zwar normiert Art. 28 damit den Zeitpunkt der Anwendbarkeit der Rom I-VO, während diese im Fall des Art. 19 Abs. 3 bereits anwendbar ist und jener über den Vertragsschluss nur den Zeitpunkt für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts fixiert. Es liegt jedoch ein Erst-Recht-Schluss nahe: Wenn die Erfüllung des *Nikiforidis*-Maßstabs

⁵⁹⁵ EuGH EuZW 2016, 940 (1. Leitsatz) – *Nikiforidis* (Generalisierung von „Arbeitsvertrag“ in eckigen Klammern durch mich).

⁵⁹⁶ EuGH EuZW 2016, 940, 941 (Rn. 37) – *Nikiforidis*.

sogar die Rom I-VO nach Vertragsschluss zur Anwendung bringt, dann berücksichtigt eine derartige Vertragsänderung erst recht die nachträgliche Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts. Des Weiteren knüpfen beide Normen an privatautonome Gestaltungen der Vertragsparteien an. Wie bereits dargelegt, möchte die Rom I-VO diese auf kollisionsrechtlicher Ebene abbilden und respektieren. Das streitet dafür, einheitliche Maßstäbe bei der Abbildung und nachträglichen Änderung zugrunde zu legen (zuvor ab S. 107).

In teleologischer Hinsicht möchte Art. 19 Abs. 3 einerseits einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts vermeiden (zuvor ab S. 113 und nachfolgend ab 297). Die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts kann und wird ausschließlich einseitig erfolgen. Bei der vorliegenden Fragestellung geht es jedoch nicht um die einseitige Manipulation des anzuwendenden Rechts durch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts. Es geht darum, ob die Rom I-VO eine solche vorherige Verlegung berücksichtigt, sofern die Vertragsparteien danach eine grundlegende und umfangreiche Vertragsänderung im Sinne des *Nikiforidis*-Maßstabs vereinbaren. Folglich stellt nicht die einseitige Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts, sondern diese einvernehmliche Vertragsänderung das anzuwendende Recht infrage. Erst sie begründet den Statutenwechsel, nicht bereits die Verlegung.

Zur Verdeutlichung: Die Rom I-VO berücksichtigt auch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts *vor* dem ursprünglichen Vertragsschluss. Sie fixiert ihn erst im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Etwaige Informationen oder Erwartungen des Vertragspartners zugunsten eines anderen gewöhnlichen Aufenthalts schützt die Rom I-VO nicht. Es gilt nur der tatsächliche gewöhnliche Aufenthalt bei Vertragsschluss. Aus meiner Sicht ist parallel zu dieser Überlegung eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts zu berücksichtigen, sofern sich der ursprüngliche Vertragsschluss im Zuge einer grundlegenden und umfangreichen Vertragsänderung aktualisiert. Dann ist der gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkt der Entstehung des geänderten Vertrags maßgeblich. Die vorherigen gewöhnlichen Aufenthalte sind unerheblich.

Das bestätigt auch der zweite Zweck, dem Art. 19 Abs. 3 dient: Die Kollisionsnormen des gewöhnlichen Aufenthalts in hohem Maße berechenbar zu gestalten (zuvor ab S. 112). Eine Vertragsänderung im Umfang des *Nikiforidis*-Maßstabs bedingt eine Zäsur des Vertragszykluses. Angesichts dessen dürften die Vertragsparteien tendenziell damit rechnen, dass die geänderte Fassung des Vertrags kollisionsrechtlich maßgeblich ist und daher ein Statutenwechsel eintreten kann. Etwaige entgegengesetzte Erwartungen sind

unbeachtlich, wenn die Parteien aufgrund des Umfangs der Vertragsänderung mit der Möglichkeit eines Statutenwechsels rechnen mussten. Außerdem sind anderweitige Parteierwartungen dann unbeachtlich, wenn sie dem Wortlaut und der Systematik der Art. 4–8 widersprechen. Andernfalls würde man nicht objektiv, sondern subjektiv anknüpfen. Letzteres bleibt jedoch der Rechtswahl vorbehalten (zuvor ab S. 115). Damit wird jedoch deutlich, dass die Konkretisierung des *Nikiforidis*-Maßstabs entscheidend ist. Man darf ihn nicht zu niedrig ansetzen. Der EuGH fordert, dass eine „neue Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien“ entsteht. Eine „bloße Aktualisierung oder Anpassung“ genügt nicht.⁵⁹⁷ Dieser Maßstab ist ohne weitere Konkretisierung wenig hilfreich. Es bleibt unklar, welchen Umfang die Vertragsänderung konkret haben muss, damit sie als neuer Vertrag zu qualifizieren ist. *Schulze* nennt insoweit die Novation oder „wesentliche inhaltliche Änderungen“.⁵⁹⁸ *D. Paulus* fordert ebenfalls eine „wesentliche Vertragsänderung“.⁵⁹⁹

(bb) Neuer Vertragsschluss bei Verschiebung des Vertragstyps

Meines Erachtens ist eine Vertragsänderung jedenfalls dann als neuer Vertragsschluss zu bewerten, wenn sie den Anknüpfungsgegenstand zwischen den Art. 4–8 Rom I-VO verschiebt (Vertragstypverschiebung). Dann ist ein anderer Vertragstyp im Sinne der Art. 4–8 Rom I-VO einschlägig, weil die Vertragsparteien die charakteristische Leistung zwischen den Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5, Art. 7 oder Art. 8 verschieben. Die Vertragsänderung verschiebt die leistungsbezogenen Komponenten eines Anknüpfungsgegenstands der Art. 4–8 zu einem anderen. Aus meiner Sicht begründet das eine neue Rechtsbeziehung im Sinne des *Nikiforidis*-Maßstabs des EuGH und eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne von *Schulze* und *D. Paulus*, weil die Vertragsänderung im Sinne der Rom I-VO grundlegend und umfangreich ist. Spätestens dann wäre es willkürlich auf eine rein formale Auslegung zu bestehen und einen neuen Vertragsschluss im Sinne einer Novation zu verlangen. Vielmehr streiten der Wortlaut und die Systematik der Art. 4–8 in diesem Fall für einen Statutenwechsel, weil sie die Sachverhalte nach den Vertragstypen ordnen und anknüpfen (zuvor ab S. 107). Zusätzlich deutet die generelle Erwägung der Berechenbarkeit in diese Richtung: Angesichts

597 EuGH EuZW 2016, 940, 941 (Rn. 37) – *Nikiforidis*.

598 *Schulze*, in Ferrari, Art. 28 Rom I-VO Rn. 4.

599 *D. Paulus*, in BeckOGK, Art. 28 Rom I-VO Rn. 7.

einer derart umfangreichen Vertragsänderung rechnen die Parteien tendenziell mit einem Statutenwechsel. Jedenfalls sind etwaige gegensätzliche Erwartungen unbeachtlich, weil ihnen der Wortlaut und die Systematik der Art. 4–8 entgegenstehen (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 115).

Es genügt aber nicht jegliche Änderung eines Umstands, den die Rom I-VO als Bestandteil des Anknüpfungsgegenstands einstuft. Vielmehr muss es sich um eine grundlegende und umfangreiche Vertragsänderung handeln. Dadurch scheiden solche Umstände aus, die lediglich nebensächlich oder aufgrund ihrer tatsächlichen Natur keiner Vereinbarung zugänglich sind. Zum Beispiel sind die personenbezogenen Komponenten des Anknüpfungsgegenstands „Verbrauchersache“ nicht durch eine Vertragsänderung wandelbar – Verbraucher-/Unternehmereigenschaft und unternehmerische Tätigkeitsausrichtung (zuvor ab S. 127 und 134).

Ist eine Vertragsänderung anhand des *Nikiforidis*-Maßstabs als neuer Vertragsschluss anzusehen, dann aktualisiert sie den Anknüpfungszeitpunkt. Entscheidend ist nicht mehr der Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses, sondern der Zeitpunkt der späteren Vertragsänderung. Das gilt auch für den Anknüpfungszeitpunkt etwaiger unwandelbaren Anknüpfungselemente. Für sie ist dann ebenfalls der Zeitpunkt der Vertragsänderung entscheidend. Zwar kann eine Kollisionsnorm unterschiedliche Anknüpfungszeitpunkte haben. Beispielsweise knüpft das Verbrauchervertragsstatut das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ und die Komponente des Anknüpfungsgegenstands „unternehmerische Tätigkeitsausübung“ unwandelbar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3). Die Anknüpfungspersonen in Form der Vertragsinhaber bleiben jedoch wandelbar (zuvor ab S. 239). Ändern die Parteien nun den Vertrag derart, dass erstmals ein Verbrauchervertrag vorliegt, ist dieser Zeitpunkt für die unwandelbaren Anknüpfungselemente maßgeblich. Das ist denkbar, wenn die Parteien nachträglich zusätzliche Dienstleistungen vereinbaren, sodass der Dienstleister nicht mehr alle Leistungen ausschließlich im Ausland erbringt (Art. 6 Abs. 4 lit. a). Dann ist der gewöhnliche Aufenthalt, die Verbraucher-/Unternehmereigenschaft und die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung im Zeitpunkt der Vertragsänderung entscheidend. Dasselbe gilt bei der erstmaligen nachträglichen Vereinbarung einer Beförderungs- oder Versicherungsleistung (Art. 5 oder 7). Sie aktualisiert den Anknüpfungszeitpunkt des unwandelbaren Anknüpfungsmoments „gewöhnlicher Aufenthalt“ ebenfalls. Die erstmalige nachträgliche Aufnahme einer Arbeitsleistung genügt als tatsächliches Einvernehmen ebenfalls (Art. 8). Sie aktualisiert den Anknüpfungszeitpunkt

des unwandelbaren Anknüpfungsmoments „einstellende Niederlassung“ auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Einvernehmens.

Die Anknüpfungsgegenstände der Ausweichklauseln sind umfassend – „Gesamtheit der Umstände, die eine offensichtliche engere Verbindung ergeben“ (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4). Sie erfüllen den *Nikiforidis*-Maßstab nicht und können daher nicht den Anknüpfungszeitpunkt aktualisieren. Zum einen setzen die Ausweichklauseln denselben Vertragstyp wie die jeweilige Grundnorm voraus. Zum anderen sind nur begrenzt Umstände vorstellbar, welche die Vertragsparteien durch eine Vertragsänderung nachträglich verschieben können: Durch eine Änderung des Erfüllungsorts, der Vertragssprache und/oder -währung entsteht keine neue Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien. Die Änderung wäre nicht grundlegend und umfangreich genug. Dieser Maßstab kann jedoch im Fall der Auffangklausel des Art. 4 Abs. 4 erfüllt sein. Sie findet Anwendung, wenn man das anzuwendende Recht weder nach Art. 4 Abs. 1 noch Abs. 2 bestimmen kann. Es geht um diejenigen Konstellationen, in denen keine charakteristische Leistung bestimmbar ist. Ist das erstmals aufgrund der nachträglichen Vertragsänderung der Fall, aktualisiert sie den Anknüpfungszeitpunkt. Das gilt auch in dem umgekehrten Fall, dass die Vertragsänderung erstmals eine bestimmbare charakteristische Leistung und damit die Einschlägigkeit des Abs. 1 oder 2 herbeiführt.

(cc) Kein neuer Vertragsschluss bei Änderungen unterhalb des Anknüpfungsgegenstands

Ungleich problematischer ist die Frage, ob eine Vertragsänderung den *Nikiforidis*-Maßstab auch ohne Verschiebung des Anknüpfungsgegenstands zwischen den Art. 4–8 Rom I-VO erfüllen kann. Denkbar ist zum Beispiel, dass die Vertragsparteien den *Umfang* der vertraglichen Hauptleistung wesentlich ändern. Beispielsweise könnte sich der Werkunternehmer, der ursprünglich lediglich zur Errichtung eines geringen Teilgewerkes verpflichtet war, nachträglich zur Errichtung eines umfangreicheren Teils oder sogar des Gesamtgewerkes verpflichten. Man denke etwa daran, dass ein Subunternehmer nachträglich zum Generalunternehmer wird.⁶⁰⁰ Beide Ausformungen des Werkvertrags qualifiziert die Rom I-VO als Dienstleistungsverträge im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b.⁶⁰¹ Die Vertragsänderung verschiebt

600 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 380 mwN.

601 Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 61 mwN.

den Anknüpfungsgegenstand daher nicht. Die charakteristische Leistung ist beide Male eine Dienstleistung. Fraglich ist damit wieder, wann im Sinne des *Nikiforidis*-Maßstabs die Schwelle zwischen bloßer Anpassung und neuer Rechtsbeziehung überschritten ist.

Dieselbe Frage stellt sich bei einer Vertragsänderung des *Inhalts* der vertraglichen Hauptleistung ohne Verschiebung des Anknüpfungsgegenstands. Das ist zum Beispiel vorstellbar, wenn die Vertragsparteien nachträglich als Leistungsziel statt einer bloßen Tätigkeit den Eintritt eines Erfolgs vereinbaren. Nach deutscher sachrechtlicher Dogmatik läge dann ein anderer Vertragstyp vor – ein Werk- statt des ursprünglichen Dienstvertrags. Die Rom I-VO ist jedoch autonom auszulegen und stuft beide Leistungsziele als Dienstverträge ein, weil sie einen weiten Dienstleistungsbegriff zugrunde legt.⁶⁰² Ein Beispiel: Ein Industrieunternehmen beauftragt ein IT-Unternehmen zunächst mit der laufenden Beratung zu Digitalisierungsfragen. Im Anschluss erweitern die Parteien den Beratungsvertrag um die Umsetzung eines Digitalisierungsprojekts. Sie schließen keinen neuen Vertrag, weil sie beide Abschnitte als Teil eines Gesamtprojekts ansehen und Erkenntnisse aus der Beratung fortführen möchten. In diesem Fall verschiebt sich der Anknüpfungsgegenstand ebenfalls nicht: Auch nach seiner Erweiterung ist die charakteristische Leistung eine Dienstleistung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b. Vergleichbare Konstellationen sind auch im Rahmen der Änderung eines Verbrauchervertrags möglich, weil Art. 6 eine große Bandbreite an Vertragstypen umfasst.

Ich bin der Ansicht, dass in diesen Konstellationen kein neuer Vertragsschluss im Sinne des Art. 19 Abs. 3 vorliegt. Gegen meine Ansicht könnte man anführen, dass beide Konstellationen die Anforderung des EuGH erfüllen und eine „*neue Rechtsbeziehung*“ in Gestalt umfangreicherer oder erweiterter Hauptleistungspflichten aufweisen. Gleichwohl spricht die Auslegung des Art. 19 Abs. 3 gegen einen neuen Vertragsschluss in diesen Fällen. Zwar bezieht sich sein Wortlaut nicht ausdrücklich auf den ursprünglichen Vertragsschluss. Er könnte sich daher auf jede nachfolgende Vertragsänderung beziehen. Jedoch sprechen Systematik und Zweck des Art. 19 Abs. 3 für eine hohe Schwelle. In systematischer Hinsicht ist festzustellen, dass die Rom I-VO Sachverhalte anhand der Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–8 kategorisiert. Sie legen den Fokus auf die vertragsrechtlichen Beziehungen. Die Rom I-VO ordnet die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien mithin entsprechend der Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–8. Unterhalb der

602 Statt vieler nur *Köhler*, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 379 mwN.

Ebene dieser Anknüpfungsgegenstände differenziert die Rom I-VO nicht. Wohlgemerkt differenzieren ihre Anknüpfungsgegenstände teilweise feingliedriger als nach den charakteristischen Leistungen. Die Anknüpfungsgegenstände der Ausweich- und Auffangnormen berücksichtigen Umstände unterhalb der Ebene der Vertragstypen, sofern eine typisierte Anknüpfung scheitert (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 4 und Art. 4 Abs. 4, zuvor ab S. 267 und 270). Darüber hinaus berücksichtigt die Schwerpunkt Betrachtung bei nicht-typisierten Verträgen den Umfang einer Leistungspflicht (Art. 4 Abs. 2, zuvor ab S. 265). Die übrigen Kollisionsnormen differenzieren die Rechtsbeziehungen lediglich auf der Ebene der Vertragstypen – entweder durch rein leistungsbezogene Anknüpfungsgegenstände in Form einer qualifizierten charakteristischen Leistung oder durch eine qualifizierte Kombination aus leistungs- und personenbezogenen Komponenten (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, 2, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1, Abs. 3 UAbs. 3 oder Art. 6, Art. 8 Abs. 1–3, zuvor ab S. 272). Unterhalb der Ebene des derart definierten Vertragstyps berücksichtigen sie den Umfang und Inhalt der Leistungspflichten nicht. Zum Beispiel bewertet Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO den gesamten Vertrag als Dienstvertrag, sofern die Hauptleistung in einer Dienstleistung besteht.⁶⁰³ Der Umfang der Dienstleistung – Herstellung des gesamten oder nur eines Teils des Werkes – und das Ziel der Dienstleistung – Tätigkeit oder Erfolg – sind unerheblich.

In teleologischer Hinsicht spricht dazu die Berechenbarkeit der Kollisionsnormen gegen einen neuen Vertragsschluss bei einer Änderung, die den Anknüpfungsgegenstand nicht verschiebt. Ohne die Änderung eines Anknüpfungselements rechnen die Vertragsparteien meines Erachtens nicht mit einem Statutenwechsel. Zwar stupe ich die Erwartungen der Parteien hinsichtlich eines Statutenwechsels mangels empirischer Erhebungen grundsätzlich als unbestimmbar ein (zuvor ab S. 115 und 125). Das gilt aber nur im Fall der Änderung eines Anknüpfungselements. Sofern die Vertragsänderung kein Anknüpfungselement verändert, rechnen die Parteien nicht mit einem Statutenwechsel. Die potenzielle Änderung des anzuwendenden Rechts erschließt sich ihnen jedenfalls dann nicht aus der Rom I-VO, weil diese die Sachverhalte nach den Anknüpfungselementen bewertet.

Eine Vertragsänderung der Haupt- oder Nebenleistungspflichten kann daher nur dann zu einem Statutenwechsel der Art. 4–8 führen, wenn die Änderung den Anknüpfungsgegenstand verschiebt – selbst dann, wenn sie den Inhalt und Umfang der Hauptleistungen verändern.

603 Statt vieler nur Köhler, in BeckOGK, Art. 4 Rom I-VO Rn. 78 mwN.

(dd) Ausweitung auf alle Anknüpfungselemente, welche der Vertragsschluss fixiert

Die Erkenntnisse der vorherigen Abschnitte gelten meines Erachtens nicht nur für den gewöhnlichen Aufenthalt des Art. 19 Abs. 3. Sie gelten für *alle* unwandelbaren Anknüpfungselemente, welche die Rom I-VO ausdrücklich oder aufgrund ihrer Auslegung im Vertragsschluss fixiert. Eine Verschiebung der Vertragsart aktualisiert den Anknüpfungszeitpunkt all dieser Anknüpfungselemente. Zum Beispiel ist der private Vertragszweck des Verbrauchers und die Tätigkeitsausrichtung des Unternehmers im Sinne des Art. 6 dann im Zeitpunkt der Vertragsänderung zu bewerten. Die Generalisierung des Maßstabs gründet meines Erachtens darauf, dass der Erst-Recht-Schluss zur *Nikiforidis*-Entscheidung stets greift: Wenn eine entsprechende Vertragsänderung zu einem Kollisionsnormenwechsel von EVÜ zur Rom I-VO führt, dann bedingt sie erst recht eine Aktualisierung des Vertragsschlusses innerhalb der Kollisionsnormen der Rom I-VO.

(ee) Ergebnis: Aktualisierung des Anknüpfungszeitpunkts nur bei Vertragstypverschiebung

Ein neuer Vertragsschluss im Sinne des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO liegt somit nach dem *Nikiforidis*-Maßstab lediglich dann vor, wenn die Vertragsänderung der Parteien den Anknüpfungsgegenstand im Sinne der Vertragstypen der Art. 4–8 verschiebt (Vertragstypverschiebung). Nur dann ist eine einseitige Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts zwischen dem ursprünglichen Vertragsschluss und der nachträglichen Vertragsänderung zu berücksichtigen. Mit der Beschränkung auf die „Vertragstypen“ der Art. 4–8 sind die Ausweichnormen ausgenommen. Unterhalb der Schwelle der Vertragstypen führt eine Vertragsänderung nicht zu einer Aktualisierung des Vertragsschlusses. Diese Ergebnisse gelten für alle Anknüpfungselemente, welche die Rom I-VO ausdrücklich oder aufgrund ihrer Auslegung im Vertragsschluss fixiert.

(i) Abgrenzung zur Vertragsaufhebung

Eine Vertragsaufhebung bedingt nach der zutreffenden allgemeinen Ansicht keinen Statutenwechsel, weil insoweit der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts greift (Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 1 und lit. e

Rom I-VO). Es bleibt lediglich das Verhältnis zur Vertragsänderung zu klären, weil diese ebenfalls eine teilweise Aufhebung vertraglicher Verpflichtungen zur Folge hat und sich Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 1 ausdrücklich auf das Erlöschen von „Verpflichtungen“ bezieht. Ein Beispiel für letztere Konstellation ist die nachträgliche Aufhebung einer Beförderungsleistung bei einer Fahrzeugmiete – konkret: das Abbuchen eines Skippers bei einer Bootsmiete. Meines Erachtens ist für die Abgrenzung von Vertragsaufhebung und -änderung eine Auslegung des Parteiwillens anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls entscheidend. Wollen die Parteien danach den gesamten alten Vertrag aufheben und einen neuen abschließen (Novation), tritt kein Statutenwechsel in Bezug auf das Vertragsstatut des alten Vertrags ein. Der neue Vertrag erhält sein eigenes separates Vertragsstatut, weil er eine neue Hauptfrage darstellt. Der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts gilt lediglich für den jeweiligen Vertrag. Er gründet im Wesentlichen auf den Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1, die sich allesamt auf einen Vertrag beziehen. Ohne besondere Umstände liegt auch keine offensichtlich engere Verbindung zwischen dem aufgehobenen und dem neuen Vertrag vor, die eine akzessorische Anknüpfung rechtfertigen. Beide Vertragsstatute sind daher eigenständig zu bestimmen. Das Vertragsstatut des neuen Vertrags beeinflusst das Vertragsstatut des alten Vertrags nicht. Ein „angelegelter Vertrag“ liegt nicht vor, weil kein Vertrag Vorrang im Sinne eines Hauptvertrags beansprucht. Vor diesem Hintergrund hat eine Vertragsaufhebung keinen Statutenwechsel zur Folge. Ist sie jedoch nur untergeordneter Bestandteil einer Vertragsänderung, welche den *Nikiforidis*-Maßstab erfüllt, dann kann ein Statutenwechsel eintreten (zuvor ab S. 280).

(3) Ergebnisse zur Wandelbarkeit der Anknüpfungsgegenstände durch Vertragsänderungen

In der Literatur verhalten sich lediglich *Martiny* und *Magnus* zur Wandelbarkeit der Rom I-VO aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands. Sie kommen aber zu gegensätzlichen Ergebnissen: *Martiny* bejaht sie, *Magnus* lehnt sie ab. Der BGH scheint sie zu bejahen, weil er einen Statutenwechsel annimmt, sofern sich der Inhalt des Schuldverhältnisses ändert. Diese Aussage ist jedoch mit Vorsicht zu begegnen, weil sie in Bezug auf eine Forderungsabtretung ergangen ist. Sie hatte folglich nicht direkt eine Änderung des Anknüpfungsgegenstands im Blick. Meiner Ansicht nach geht die Entscheidung daher jedenfalls in diesem Kontext zu weit:

Nicht jede Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses bedingt einen Statutenwechsel (zuvor ab S. 259). Vielmehr hat lediglich eine vertragliche Änderung des Anknüpfungsgegenstands einen Statutenwechsel zur Folge. Diese Vertragsänderungen führen dann aber grundsätzlich und mithin weitgehend zu Statutenwechseln.

Zum einen können kollisionsnormübergreifende Statutenwechsel eintreten. In diesem Fall führt die Vertragsänderung dazu, dass nach dem Vertragsschluss eine andere Kollisionsnorm einschlägig wird. Derartige Statutenwechsel können zwischen allen objektiven Kollisionsnormen der Rom I-VO eintreten (Art. 4–8). Sie treten in den drei bereits bekannten Unterkonstellationen auf: Gleichrangige, qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel (zuvor ab S. 198 und 203). Kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel können zwischen den spezifizierten Vertragstypen des Art. 4 Abs. 1 lit. a–h auftreten (zuvor ab S. 261). Darüber hinaus sind sie zwischen diesen und den unspezifizierten Vertragstypen des Abs. 2 möglich (zuvor ab S. 265). Sie sind aber auch zwischen den Grund- und Ausweich-/Auffangnormen denkbar (Art. 4 Abs. 1/2 und Abs. 3/4, Art. 5 Abs. 1/2 und Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 und S. 2, Art. 8 Abs. 2/3 und Abs. 4, zuvor ab S. 267 und 270). Des Weiteren ist vorstellbar, dass ein Statutenwechsel zwischen den Güter- und Personenbeförderungsverträgen und zwischen den Groß- und Massenrisikoverträgen eintritt (Art. 5 Abs. 1, 2 und Art. 7 Abs. 2, 3, zuvor ab S. 272). Schließlich ist eine Verschiebung zwischen den Vertragstypen der Art. 4–8 auch im Übrigen beachtlich. Art. 6 erfasst eine große Bandbreite an Vertragstypen und ist subsidiär gegenüber den Art. 5, 7 und 8. Er fungiert daher als Auffangnorm unter den qualifizierten Kollisionsnormen Art. 5–8 (zuvor ab S. 274). Kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel sind zwischen Art. 4 und Art. 5–8 möglich (zuvor ab S. 272, 274 und 276). Die Vertragsänderung führt bei ihnen dazu, dass der qualifizierte Anknüpfungsgegenstand nachträglich eintritt oder entfällt.

Zum anderen gibt es die Konstellation der kollisionsnorminternen Statutenwechsel. Sie kommen bei einer Vertragsänderung des Anknüpfungsgegenstands seltener vor. Sie treten nur dann auf, wenn der Anknüpfungsgegenstand offen gefasst und nicht auf einen Vertragstyp festgelegt ist. Die entsprechenden Anknüpfungsgegenstände nehmen eine Schwerpunkt- oder Gesamtbetrachtung vor und verbinden sie mit einem entsprechend dynamischen Anknüpfungsmoment. Das trifft insbesondere auf Art. 4 Abs. 2 zu (zuvor ab S. 265). Er erfasst solche Verträge, die Abs. 1 nicht oder mehrfach erfasst. Diese beiden Anknüpfungsgegenstände können sich aufgrund einer Schwerpunktbetrachtung von Leistung und Gegenleistung er-

geben. Anknüpfungsmoment ist anschließend das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des charakteristisch Leistenden – wobei sich die charakteristische Leistung ebenfalls nach der Schwerpunktbetrachtung richtet. Darüber hinaus nimmt der Anknüpfungsgegenstand der Ausweichnormen eine Gesamtbetrachtung vor (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 267). Er ist einschlägig, sofern aufgrund der Gesamtheit der Umstände eine offensichtlich engere Verbindung gegeben ist. Ist das der Fall, ist diese offensichtlich engere Verbindung der Anknüpfungsmoment.

Die Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–8 Rom I-VO lassen sich differenzieren in rein leistungsbezogene oder leistungs- und personenbezogene. Rein leistungsbezogene Anknüpfungsgegenstände stellen ausschließlich auf die charakteristische Leistung ab. Sie finden sich in Art. 4 Abs. 1, 2, 4, Art. 5 und Art. 7. Im Gegensatz dazu stellen die kombinierten Anknüpfungsgegenstände der Art. 6 und 8 nicht nur Anforderungen an die Leistung, sondern auch – und sogar vor allem – an die Vertragsparteien. Sie normieren deren Zweckrichtung oder Tätigkeit (zuvor ab S. 274 und 276). Eine Sonderposition nehmen die Anknüpfungsgegenstände der Ausweichklauseln ein. Es handelt sich um umfassende Anknüpfungsgegenstände. Sie berücksichtigen alle Umstände einer potenziellen engeren Verbindung im Wege einer Gesamtbetrachtung (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 267 und 270).

Ein Statutenwechsel kann sich grundsätzlich aus der vertraglichen Änderung jeder Komponente des Anknüpfungsgegenstands der Art. 4–8 ergeben – sei es eine leistungs- oder personenbezogene. Zwei Ausnahmen bestehen bei den personenbezogenen Komponenten der Verbraucherverträge des Art. 6. Die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung ist unwandelbar. Es handelt sich um ein einseitiges tatsächliches Tatbestandsmerkmal, wodurch die Rom I-VO diese Voraussetzung der Disposition der Vertragsparteien entzieht (zuvor ab S. 276). Dasselbe gilt für den privaten und beruflichen/gewerblichen Vertragszweck (zuvor ab S. 276). Eine Sonderstellung nimmt die Arbeitnehmereigenschaft ein. Für sie ist vorrangig entscheidend, ob *tatsächlich* eine abhängige, weisungsgebundene, dauerhafte und entgeltliche Tätigkeit vorliegt. Die *vertraglichen* Vereinbarungen der Parteien sind höchstens als Indizien zu berücksichtigen. Daher ist eine vertragliche Änderung nicht entscheidend. Vielmehr kommt es auf eine tatsächlich-einvernehmliche Änderung an (zuvor ab S. 276). Diese Unterscheidung zwischen vertraglichen und tatsächlichen Komponenten der Anknüpfungsgegenstände gleicht der entsprechenden Unterscheidung bei den Anknüpfungsmomenten (zuvor ab S. 209). Im Rahmen der Ausweichnor-

men ist zwischen vertraglichen – rechtlich-einvernehmlichen –, rechtlich-einseitigen, tatsächlich-einvernehmlichen und tatsächlich-einseitigen Umständen zu unterscheiden. Die vertraglichen Umstände sind durch eine Vertragsänderung wandelbar, die tatsächlich-einvernehmlichen Umstände durch ein tatsächliches Einvernehmen und die rechtlich- und tatsächlich-einseitigen Umstände gar nicht (zuvor ab S. 267 und 270).

Schließlich hat sich auf der Tatbestandsebene gezeigt, dass eine vertragliche Änderung des Anknüpfungsgegenstands sogar den Anknüpfungszeitpunkt aktualisieren kann. Das ist der Fall, wenn die Vertragsänderung als neuer Vertragsschluss im Sinne des Art. 19 Abs. 3 und nicht als bloße Aktualisierung oder Anpassung anzusehen ist. Hierfür ist erforderlich, dass die Vertragsänderung umfassend und grundlegend ist (*Nikiforidis*-Maßstab). Das trifft zu, wenn sie eine Verschiebung zwischen den Vertragstypen der Art. 4–8 bedingt (Vertragstypverschiebung). Dann ist nicht mehr der ursprüngliche Vertragsschluss der Anknüpfungszeitpunkt, sondern der Zeitpunkt der Vertragsänderung. In der Folge ist sogar ein zwischen ursprünglichem Vertragsschluss und nachträglicher Vertragsänderung einseitig verlegter gewöhnlicher Aufenthalt zu berücksichtigen. Das stellt keine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts unbeachtet lässt. Vielmehr ist die Verlegung ebenso zu berücksichtigen wie im Vorfeld des ursprünglichen Vertragsschlusses (zuvor ab S. 278).

Eine Vertragsaufhebung bedingt hingegen keinen Statutenwechsel. Sie liegt vor, wenn die Parteien den alten Vertrag komplett aufheben und einen neuen abschließen möchten. Es steht einem Statutenwechsel jedoch nicht entgegen, wenn eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne des *Nikiforidis*-Maßstabs mit der Aufhebung einzelner Vertragspflichten einhergeht (zuvor ab S. 276).

(4) Rechtsfolgen der Statutenwechsel

(a) Ex-nunc-Wirkung des Statutenwechsels aufgrund Änderung des Anknüpfungsgegenstands – Zeitliche Segmentierung

In Rechtsprechung und Literatur finden sich keine Aussagen zur Wirkung eines Statutenwechsels aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands. Meines Erachtens wirken Statutenwechsel auf objektiver Anknüpfungsebene lediglich für die Zukunft (*ex nunc*). Die Gründe hierfür sind insbesondere die Parteierwartungen, die Berechenbarkeit und die Rechtssi-

cherheit (Erwägungsgrund 16 S.1). In der Folge wird das anzuwendende Recht in zeitlicher Hinsicht segmentiert (zuvor ab S. 160 und 177). Die konkreten Folgen der *Ex-nunc*-Wirkung untersucht ein späterer Abschnitt (nachfolgend ab S. 304). Ein *Ex-tunc*-Statutenwechsel kann durch eine konkludente Rechtswahl eintreten, die mit der vertraglichen Änderung des Anknüpfungsgegenstands einhergeht. Sie steht insbesondere dann im Raum, wenn die Vertragsparteien die charakteristische Leistung ändern, bevor sie irgendeine Leistung ausgetauscht haben. Dann beabsichtigen sie häufig eine initiale Änderung, die rückwirkend auch das anzuwendende Recht einschließen kann.

(b) Kein Günstigkeitsprinzip analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom-VO

Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO normiert, dass eine nachträgliche Rechtswahl den Vertrag nicht formunwirksam werden lassen oder die Rechte Dritter beeinträchtigen darf. Nach meiner Ansicht ist diese Norm nicht analog auf einen Statutenwechsel aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands anzuwenden, weil sie systematisch und teleologisch eine Spezialregelung für die subjektive Anknüpfung ist (zuvor ab S. 163 und 178). Im Übrigen bedingen die konkreten Folgen der *Ex-nunc*-Wirkung vergleichbare Ergebnisse wie Art. 3 Abs. 2 S. 2, weil sie einen wirksam geschlossenen Vertrag grundsätzlich an seinem Abschlusstatut und etwaige Drittrechte an ihrem Entstehungstatut messen (nachfolgend ab S. 323 und 331). Allerdings korrigiert gerade eine Vertragstypverschiebung ausnahmsweise das Abschlusstatut (nachfolgend ab S. 327).

(c) Änderung der Optionsbeschränkungen oder Normendurchgriffe

Die vertragliche Änderung des Anknüpfungsgegenstands kann aufgrund des damit einhergehenden Statutenwechsels dazu führen, dass die Optionsbeschränkungen oder Normendurchgriffe der Rechtswahl erstmals anzuwenden sind. Wird beispielsweise eine Bootsmiete durch Hinzubuchen eines Skippers zu einem Personenbeförderungsvertrag, ist nachträglich erstmals die Optionsbeschränkung des Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 einschlägig. Wird ein freier Mitarbeiter zu einem Arbeitnehmer, gilt erstmals der Normendurchgriff des Art. 8 Abs. 1 S. 2. Dabei ist eine Änderung der Optionsbeschränkungen grundsätzlich nicht zu beachten, weil sie eine ursprünglich wirksame Rechtswahl unterlaufen würde. Sie ist nur ausnahms-

weise zugunsten einer Heilung der Rechtswahl zu beachten (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1, zuvor ab S. 168). Eine Änderung der Normendurchgriffe ist hingegen zu berücksichtigen, weil man dann das Bestehen der Rechtswahl und den Normendurchgriff in Einklang bringen kann (Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO, zuvor ab S. 170). Insgesamt sind Verschiebungen der Normendurchgriffe im Fall kollisionsnormübergreifender qualifizierender und disqualifizierender Statutenwechsel zu berücksichtigen, der Optionsbeschränkungen hingegen nicht.

Darüber hinaus können die durch Änderungen der Anknüpfungsgegenstände ausgelösten kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel ebenfalls dazu führen, dass die Optionsbeschränkungen erstmals einschlägig werden oder entfallen. Derartige Konstellationen liegen vor, wenn die Parteien einen Güternachtraglich zu einem Personenbeförderungsvertrag ändern. Dann sind die Optionsbeschränkungen des Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 erstmals anwendbar. Entsprechendes gilt für Groß- und Massenrisikoverträge in Bezug auf Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 (zuvor ab S. 272). Entsprechend kann der Anwendungsbereich der Optionsbeschränkungen bei umgekehrten Änderungen entfallen. Diese Konstellationen sind nur dann zu berücksichtigen, sofern sie eine ursprünglich unwirksame Rechtswahl heilen (zuvor ab S. 168). Eine Änderung der Normendurchgriffe kann durch gleichrangige Statutenwechsel nicht eintreten. Art. 6 enthält nur eine Kollisionsnorm und bei Art. 8 umfasst der Normendurchgriff in Abs. 1 S. 2 alle Kollisionsnormen aus Abs. 2–4.

Die Änderungen des Anknüpfungsgegenstands, welche zu kollisionsnorminternen Statutenwechseln führen, können die Optionsbeschränkungen nicht ändern. Sie haben keinen Einfluss auf deren enumerative Tatbestandsmerkmale – zum Beispiel den gewöhnlichen Aufenthalt des charakteristisch Leistenden (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3). Das ist bei Änderungen des Anknüpfungsmoments oder der Anknüpfungsperson anders, weil sie diese enumerativen Tatbestandsmerkmale ändern können. Im Hinblick auf die Normendurchgriffe ergibt sich ein differenziertes Bild: Art. 6 Abs. 2 S. 2 ist nicht änderbar, weil die in Bezug genommene Kollisionsnorm des Art. 6 Abs. 1 die einzige objektive Kollisionsnorm für den Anknüpfungsgegenstand „Verbrauchervertrag“ ist. Ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands ist daher nicht möglich. Art. 8 Abs. 1 S. 2 verweist hingegen auf die drei objektiven Kollisionsnormen für Individualarbeitsverträge in Abs. 2–4. Davon ist Abs. 4 durch eine Änderung des Anknüpfungsgegenstands wandelbar, weil er über Abs. 2 und 3 eine Gesamtbetrachtung der Umstände anlegt. Diese kann sich aufgrund einer vertraglichen Änderung nachträglich verschieben.

Zum Beispiel könnten die Vertragsparteien die Vertragssprache, -währung, den Gerichtsstand und/oder landesspezifische Vertragsklauseln ändern und derart eine engere Verbindung begründen (zuvor ab S. 239 und 276). Eine Verschiebung der Normendurchgriffe ist dann zu berücksichtigen (zuvor ab S. 170).

e. Ergebnisse: Zahlreiche Anknüpfungselemente nach Auslegung wandelbar

Die vorangegangenen Abschnitte haben offenbart, dass zahlreiche Anknüpfungsmomente, -personen und -gegenstände der Rom I-VO aufgrund ihrer Auslegung wandelbar sind.

aa. Anknüpfungsmomente engere/engste Verbindung und Anknüpfungsgegenstand Arbeitnehmer-/Arbeitgebereigenschaft

Die (offensichtlich) engere und die engste Verbindung sind mittelbar wandelbar aufgrund eines vertraglichen oder tatsächlichen *Einvernehmens*, je nachdem ob der von ihnen berücksichtigte Umstand rechtlich oder tatsächlich definiert wird (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4). Die Wandelbarkeit der Ausweich- und Auffangnormen kann sowohl einen kollisionsnorminternen als auch einen kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechsel zur Folge haben. Ersteres dann, wenn das ursprüngliche Statut bereits durch die Ausweich- oder Auffangnorm bestimmt wurde. Zweiteres, sofern das ursprüngliche Statut durch eine andere Kollisionsnorm als das neue Statut bestimmt wurde (zuvor ab S. 174, 181, 185 und 208). Darüber hinaus ist der Anknüpfungsgegenstand der Arbeitnehmer-/Arbeitgebereigenschaft durch ein tatsächliches *Einvernehmen* wandelbar. Er kann zu kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden und disqualifizierenden Statutenwechseln zugunsten oder zuungunsten des Art. 8 führen (zuvor ab S. 188).

bb. Wandelbarkeit aufgrund von Vertragsänderungen

Die anschließenden Abschnitte untersuchen vor diesem Hintergrund Statutenwechsel aufgrund von Vertragsänderungen. Eine abstrakte Beurteilung ist auch insoweit nicht möglich. Vielmehr sind die konkreten Anknüpf-

fungselemente separat dahingehend zu beurteilen, ob sie aufgrund einer Vertragsänderung wandelbar sind (zuvor ab S. 191). Dabei müssen die Voraussetzungen einer (konkludenten) Rechtswahl nicht vorliegen (zuvor ab S. 196). Im Anschluss an diese Grundlegung offenbarte die Untersuchung der Anknüpfungsmomente, dass diese zumindest teilweise durch Vertragsänderungen wandelbar sind (zuvor ab S. 198). Das trifft vor allem auf den Übernahme-/Ablieferungsort und den Abgangs-/Bestimmungsort der Beförderungsverträge zu (Art. 5 Abs. 1 und 2, zuvor ab S. 198 und 203). Im Hinblick auf die anderen Anknüpfungsmomente ergibt sich ein differenziertes Bild: Es ist zwischen rechtlichen, tatsächlichen und gemischten Anknüpfungsmomenten zu unterscheiden. *Rechtliche* Anknüpfungsmomente sind durch eine Vertragsänderung wandelbar, soweit sie einvernehmlich und damit vertraglich definiert sind. Neben dem Übernahme-/Ablieferungsort und dem Abgangs-/Bestimmungsort gilt das auch für das gewählte Recht. Hingegen sind einseitige rechtliche Anknüpfungsmomente nicht aufgrund eines Einvernehmens wandelbar – zum Beispiel die Staatsangehörigkeit (zuvor ab S. 205). Das gilt regelmäßig auch für *tatsächliche* Anknüpfungsmomente (zuvor ab S. 206). Sie sind nur ausnahmsweise durch ein tatsächliches Einvernehmen wandelbar, wenn sie tatsächlich-einvernehmlich definiert sind – wie beispielsweise der gewöhnliche Arbeitsort (zuvor ab S. 155 und 206). Im Fall *gemischter* Anknüpfungsmomente sind ebenfalls lediglich ihre einvernehmlichen Teilumstände wandelbar, hingegen nicht ihre rechtlich-einseitigen und die tatsächlich-einseitigen Teilumstände (zuvor ab S. 208, 267, 270 und 286).

(1) Vertragsänderung der Anknüpfungsmomente:

Grundsätzlich kollisionsnorminterne, nur ausnahmsweise kollisionsnormübergreifende Statutenwechsel

Die Vertragsänderung der wandelbaren Anknüpfungsmomente führt regelmäßig zu einem kollisionsnorminternen Statutenwechsel. Lediglich ausnahmsweise sind daneben kollisionsnormübergreifende Statutenwechsel möglich. Erstens kann bei Personenbeförderungsverträgen die Änderung des Abgangs- oder Bestimmungsorts einen Statutenwechsel innerhalb der Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 und 2 bedingen (gleichrangiger Statutenwechsel, zuvor ab S. 203). Zweitens kann die Vereinbarung oder Aufgabe des gewählten Rechts zu Statutenwechseln zwischen den Art. 3 und 4–8 führen (kollisionsnormübergreifender qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel, zuvor ab S. 145). Drittens kann die nachträgliche Änderung,

erstmalige Vereinbarung oder Aufgabe des Übernahme- oder Ablieferungs-orts bei Güterbeförderungsverträgen dazu führen, dass Art. 5 Abs. 1 sich verschiebt, erstmals einschlägig wird oder entfällt (kollisionsnormübergreifender gleichrangiger, qualifizierender oder disqualifizierender Statutenwechsel, zuvor ab S. 198).

Der gewöhnliche Arbeitsort nimmt eine Sonderstellung ein: Er ist nicht aufgrund einer Vertragsänderung, sondern aufgrund eines tatsächlichen Einvernehmens wandelbar. Seine Änderung, Vereinbarung oder Aufgabe des gewöhnlichen Arbeitsorts kann zu kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechseln zwischen Art. 8 Abs. 2–4 führen (zuvor ab S. 155 und 206).

(2) Vertragsänderung der Anknüpfungspersonen: Wandelbarkeit aufgrund Vertragsübernahme – kollisionsnorminterne und -übergreifende Statutenwechsel

Die Untersuchung der Anknüpfungspersonen ergab eine grundsätzliche Wandelbarkeit bei Vertragsänderungen (zuvor ab S. 212). Im Vordergrund steht dabei die Vertragsübernahme. Sie kann zum Austausch der Vertragspartei führen, auf die sich das Anknüpfungsmoment bezieht – also die Anknüpfungsperson. In der Folge kann sich das personenbezogene Anknüpfungsmoment verschieben. Ist das der Fall, tritt ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel ein (zuvor ab S. 237 und 239). Ausnahmsweise kann sogar eine Schuldübernahme oder einfache Vertragsänderung einen Statutenwechsel zur Folge haben. Nämlich dann, wenn sie die Erfüllungsverantwortung einer Nebenniederlassung im Sinne des Art. 19 Abs. 2 Var. 2 verschiebt (zuvor ab S. 232). Darüber hinaus sind auch kollisionsnormübergreifende qualifizierende Statutenwechsel von Art. 4 zu Art. 6 Abs. 1 oder Art. 8 Abs. 2 möglich. Die Voraussetzung ist, dass die neue Anknüpfungsperson erstmals den personenbezogenen Anknüpfungsgegenstand der qualifizierten Kollisionsnorm erfüllt. Das ist bei der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung des Art. 6 Abs. 1 und dem Status als Verbraucher, Unternehmer, Arbeitnehmer oder Arbeitgeber des Art. 6 und 8 denkbar. In den umgekehrten Konstellationen sind entsprechend auch kollisionsnormübergreifende disqualifizierende Statutenwechsel möglich (zuvor ab S. 249). Eine Rechtswahl bindet die übernehmende Partei jedenfalls dann, wenn die Rechtswahl zusammen mit oder nach der Vertragsübernahme erfolgt. Eine frühere Rechtswahl gilt für die übernehmende Partei, sofern sie ihr

kollisionsrechtlich zuzurechnen ist. Maßstab hierfür ist Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO (zuvor ab S. 250).

(3) Vertragsänderung der Anknüpfungsgegenstände: Grundsätzliche Wandelbarkeit – kollisionsnorminterne und -übergreifende Statutenwechsel

Die Untersuchung der Anknüpfungsgegenstände zeigte ebenfalls eine grundsätzliche Wandelbarkeit im Fall vertraglicher oder tatsächlich-einvernehmlicher Änderungen (zuvor ab S. 286). Größtenteils sind die Anknüpfungsgegenstände rein leistungsbezogen (Art. 4 Abs. 1, 2, 4 Art. 5 und Art. 7, zuvor ab S. 261, 265, 270 und 272). Stellenweise kombinieren sie aber auch leistungs- und personenbezogene Komponenten (Art. 6 und 8, zuvor ab S. 249, 274 und 276). Eine Sonderstellung nehmen die Anknüpfungsgegenstände der Ausweichklauseln ein, die umfassend alle Umstände berücksichtigen (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 267). Im Grundsatz sind die Anknüpfungsgegenstände dabei durch Vertragsänderungen wandelbar. Ausnahmen stellen die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung und der private und berufliche/gewerbliche Vertragszweck des Art. 6 Abs. 1 dar. Bei ihnen handelt es sich um einseitige Anknüpfungselemente, die daher keiner Vertragsänderung zugänglich sind (zuvor ab S. 274). Eine Sonderstellung nehmen die Arbeitsleistung und die Arbeitnehmer-/Arbeitsgebereigenschaft ein. Sie sind vorrangig aufgrund eines tatsächlichen Einvernehmens wandelbar – die vertragliche Lage hat lediglich nachrangige Indizwirkung (zuvor ab S. 276).

Aufgrund der wandelbaren Anknüpfungsgegenstände sind Statutenwechsel in allen Varianten möglich – kollisionsnorminterne und kollisionsnormübergreifende (zuvor ab S. 286). Kollisionsnorminterne Statutenwechsel können im Rahmen der unspezifizierten Vertragstypen des Art. 4 Abs. 2 und der Ausweichnormen eintreten (Art. 4 Abs. 2, Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 265 und 267). Kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel sind zwischen den Grundnormen des Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1, 2, Art. 7 Abs. 2, 3, zwischen den Grund-, Ausweich- und Auffangnormen der Art. 4 Abs. 1/2 und Abs. 3/4, Art. 5 Abs. 1/2 und Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 und S. 2, Art. 8 Abs. 2/3 und Abs. 4, und zwischen den qualifizierten Kollisionsnormen der Art. 5–8 denkbar (zuvor ab S. 261, 265, 267, 270, 272 und 274). Im Übrigen sind kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel zwischen Art. 4 und Art. 5–8 möglich. Bei den

Art. 5–7 aufgrund von Vertragsänderungen und bei Art. 8 aufgrund eines tatsächlichen Einvernehmens (zuvor ab S. 249 und 276).

cc. Aktualisierung des Anknüpfungszeitpunkts bei grundlegenden und umfassenden Vertragsänderungen: Vertragstypverschiebungen und Vertragsübernahmen

Eine grundlegende und umfangreiche Vertragsänderung kann den Anknüpfungszeitpunkt aktualisieren (zuvor ab S. 278). Dafür muss sie als neuer Vertragsschluss im Sinne des Art. 19 Abs. 3 zu bewerten sein, nicht nur als bloße Aktualisierung oder Anpassung des Vertrags (*Nikiforidis*-Maßstab). Diese Anforderungen sind erfüllt, sofern die Vertragsänderung den Vertragstyp und damit den Anknüpfungsgegenstand im Sinne der Art. 4–8 verschiebt (Vertragstypverschiebung). Hingegen ist eine Vertragsänderung unerheblich, welche die Schwelle des Anknüpfungsgegenstands nicht erreicht. Im Übrigen aktualisiert lediglich eine Vertragsübernahme und damit eine Verschiebung der Anknüpfungsperson den Vertragsschluss und damit den Anknüpfungszeitpunkt. Dann ist eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts zwischen dem ursprünglichen Vertragsschluss und der Vertragsänderung zu berücksichtigen. Eine derartige Vertragsänderung kann eine teilweise Vertragsaufhebung beinhalten. Hingegen bedingt eine komplette Vertragsaufhebung allein keinen Statutenwechsel (zuvor ab S. 285).

dd. Tatbestandsseite der Statutenwechsel: Weitgehende Wandelbarkeit der Anknüpfungselemente

Insgesamt zeigte sich im Zuge der Auslegung eine weitgehende Wandelbarkeit der Anknüpfungselemente der Rom I-VO. Dabei fällt auf, dass die Anknüpfungsmomente weniger häufig wandelbar sind als die Anknüpfungspersonen und -gegenstände der Kollisionsnormen. Das liegt vorrangig daran, dass sie häufiger an tatsächliche Umstände anknüpfen, die nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen.

ee. Rechtsfolgen von Statutenwechseln: *Ex-nunc*-Wirkung

Auf der Rechtsfolgenseite verhalten sich die Statutenwechsel weitgehend gleich – unabhängig davon, ob sie auf einer Änderung des Anknüpfungs-

moments, der Anknüpfungsperson oder des Anknüpfungsgegenstands beruhen. Sie entfalten *Ex-nunc*-Wirkung. Das hat eine rechtliche Segmentierung des Sachverhalts zur Folge. Das Günstigkeitsprinzip des Art. 3 Abs. 2 S. 2 ist zwar nicht analog anzuwenden, entspricht jedoch weitgehend den konkreten Folgen der *Ex-nunc*-Wirkung (nachfolgend ab S. 304). Ein objektiver Statutenwechsel stellt nicht die Wirksamkeit einer vorherigen Rechtswahl infrage. Eine Verschiebung der Optionsbeschränkungen bleibt daher unberücksichtigt, sofern sie nicht zur Heilung der Rechtswahl führt. Ein objektiver Statutenwechsel kann jedoch stets zur Folge haben, dass die Normendurchgriffe nachträglich erstmals eingreifen oder sich verschieben (zuvor ab S. 210, 255 und 289).

6. Unwandelbarkeit aufgrund einseitiger Änderungen

Die bisherige Untersuchung der Rom I-VO legt nahe, dass sie einseitige Veränderungen eines Anknüpfungselements nicht zu Statutenwechseln berücksichtigt. Sie gewährleistet das dogmatisch jedoch nicht dadurch, dass sie alle Anknüpfungselemente auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert – das heißt: alle Anknüpfungen generell und absolut unwandelbar ausgestaltet (zuvor ab S. 126). Vielmehr beschränkt sie Statutenwechsel auf einvernehmliche Änderungen. Meines Erachtens sind die Anknüpfungselemente der Rom I-VO *im Fall einseitiger Veränderungen* regelmäßig unwandelbar. Hierfür sprechen zunächst die ausdrücklich oder anerkanntermaßen wandelbaren Kollisionsnormen der Rom I-VO. Erstens legt die jederzeit mögliche Rechtswahl nahe, dass ein Statutenwechsel nach Vertragsschluss ein Einvernehmen der Vertragsparteien voraussetzt (zuvor ab S. 145). Zwar bezieht sich Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich nur für das subjektive und nicht das objektive Vertragsstatut. Damit betrifft er die *unmittelbare* Herbeiführung eines Statutenwechsels. Im Gegensatz dazu betrifft die Wandelbarkeit des objektiven Vertragsstatuts die Frage, ob die Veränderung von Anknüpfungselementen *mittelbar* einen Statutenwechsel herbeiführt. Gleichwohl ist Art. 3 Abs. 2 meines Erachtens ein hoher Stellenwert zuzuschreiben: Er adressiert den gewillkürten Statutenwechsel ausdrücklich. Zweitens ist das Anknüpfungsmoment des Übernahme- oder Ablieferungsorts bei Güterbeförderungsverträgen ausschließlich im Fall einvernehmlicher Änderungen wandelbar, nicht hingegen bei einseitigen Änderungen (Art. 5 Abs. 1, zuvor ab S. 198). Dasselbe gilt für das Anknüpfungsmoment des Abgangs- oder Bestimmungsorts bei Personenbeförderungsverträgen (Art. 5 Abs. 2, zuvor ab S. 203). Drittens setzt der gewöhnliche Arbeitsort

als einziges explizit wandelbares objektives Anknüpfungsmoment der Rom I-VO einen übereinstimmenden Parteiwillen für seine Änderung voraus (Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 155).

Darüber hinaus belegt auch die unwandelbare Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts durch Art. 19 Abs. 3 die Erkenntnis, dass einseitige Veränderungen unbeachtlich sind. Dessen eigentlicher Zweck ist es, einseitige Änderungen des anzuwendenden Rechts durch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts auszuschließen (zuvor ab S. 113 und 125). Auch die herrschende Ansicht geht davon aus, dass bei der Forderungsübertragung kein Statutenwechsel stattfindet, weil der Altgläubiger (Zedent) das anzuwendende Recht nicht ohne Einverständnis des Schuldners (Zessus) beeinflussen können soll (zuvor ab S. 142).

Außerdem sprechen die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit nach Erwägungsgrund 16 S.1 dafür, dass einseitige Manipulationen unbeachtlich sind. Ganz trivial: Sie sind für die andere Partei nicht vorhersehbar (zuvor ab S. 115).

Schließlich streitet auch das Prinzip der engsten Verbindung nach den Erwägungsgründen 16 S.2 und 21 S.1 dafür, dass einseitige Veränderungen nicht zu Statutenwechseln führen. Meines Erachtens beruft die Rom I-VO die – durch die jeweilige Kollisionsnorm konkretisierte – engste Verbindung nicht wertneutral. Vielmehr will sie die engste Verbindung nur dann berufen, wenn das dem Charakter der Rom I-VO entspricht. Dieser Charakter bestimmt sich durch den sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO – *vertragliche* Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen. Die engste Verbindung soll daher nach Vertragsschluss nicht zur *einseitigen* Disposition einer Vertragspartei stehen. Andernfalls würde das Fundament der engsten Verbindung in Gestalt des *Vertrags als zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft* untergraben.

Insgesamt zeigt sich, dass einseitige Veränderungen der Anknüpfungselemente unter der Rom I-VO nach dem Vertragsschluss nicht zu Statutenwechseln führen sollen. Positiv formuliert können nur einvernehmliche Änderungen zu Statutenwechseln führen. Die Berücksichtigung einseitiger vertraglicher Optionsrechte widerspricht diesem Ergebnis nicht. Die wichtigsten Beispiele sind Optionsrechte im Hinblick auf den Leistungsinhalt oder den Erfüllungsort (zuvor ab S. 198 und nachfolgend ab S. 642). Meines Erachtens sind sie jedoch keine echten einseitigen Änderungen, weil sie auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen. Es besteht ebenfalls kein Widerspruch zu dem Ergebnis, dass einseitige Veränderungen die Optionsbeschränkungen verschieben und damit eine zuvor unwirksame Rechtswahl heilen könne. Derartige einseitige Veränderungen haben nicht unmittelbar

einen Statutenwechsel zur Folge, sondern lediglich mittelbar über die dann wirksame Rechtswahl (zuvor ab S. 168). *Leible* ist ebenfalls der Ansicht, dass einseitige Veränderungen der Anknüpfungsmomente unter der Rom I-VO keinen Statutenwechsel bedingen können:

*„Eine einseitige Manipulation der für die Anknüpfung maßgeblichen Umstände, wie etwa eine nachträgliche Änderung der Staatsangehörigkeit oder eine Verlegung des Sitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts, ist hingegen ohne jede Relevanz.“*⁶⁰⁴

Er begründet das lediglich mit einem Verweis auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1979, die sich auf das autonome nationale IPR bezog. Der BGH verneint darin einen Statutenwechsel aufgrund einer einseitigen Sitzverlegung nach dem Vertragsschluss.⁶⁰⁵ Diese Arbeit hat jedoch gezeigt, dass einseitige Veränderungen *nach* Vertragsschluss auch nach der autonomen Auslegung der Rom I-VO nicht zu berücksichtigen sind. Diese Ansicht scheint auch Generalanwalt Norkus in der Rechtssache *Locatrans* für Art. 6 EVÜ zu vertreten: Er verlangt, dass *„die Änderung des anzuwendenden Rechts, die sich aus der Entwicklung der tatsächlichen Umstände ergibt, auch aus dem klaren Willen der Parteien hervorgehen“* muss.⁶⁰⁶

Einseitige Veränderungen *vor* dem Vertragsschluss sind hingegen regelmäßig beachtlich. Nach *Magnus* können sie sogar einen Statutenwechsel *nach* dem Vertragsschluss bedingen, sofern sie mit einer Manipulationsabsicht erfolgen:

*„In Ausnahmefällen mag gleichwohl ein Statutenwechsel in Frage kommen. Das sollte etwa dann der Fall sein, wenn die Anknüpfungstatsachen für den Vertragsschluss in der Absicht manipuliert wurden, ein bestimmtes Recht zur Anwendung zu bringen; so etwa wenn die Hauptniederlassung vor Vertragsschluss kurzfristig verlegt wird.“*⁶⁰⁷

Eine derartige Missbrauchsabsicht dürfte jedoch nur sehr selten vorliegen und beweisbar sein. Ich würde diese Konstellation außerdem im Sinne der europäischen Missbrauchskontrolle über die Unbeachtlichkeit der einseitigen Veränderung anstatt über einen korrigierenden Statutenwechsel lösen (zuvor ab S. 128).

604 *Leible*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom I-VO Rn. 96 aE.

605 BGH Urt. v. 7.12.1979 – I ZR 157/77 (juris Rn. 82 f.; dieser Teil der Entscheidungsgründe ist in GRUR Int 1980, 230 nicht abgedruckt).

606 GA Norkus Schlussa. v. 3.7.2025 – C-485/24 = BeckRS 2025, 14955 (Rn. 51) – *Locatrans*.

607 *Magnus*, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 25.

Die Unbeachtlichkeit einseitiger Änderungen des anzuwendenden Rechts unter der Rom I-VO hat zur Folge, dass ihre tatsächlich-einseitigen Anknüpfungselemente unwandelbar sind. Das zeigt sich insbesondere beim gewöhnlichen Aufenthalt, der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft und der unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung (zuvor ab S. 83, 130 und 134). Die Rom I-VO verwendet nur selten rechtlich-einseitige Anknüpfungselemente wie die Staatsangehörigkeit (zuvor ab S. 205, 239, 267 und 286).

7. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Wandelbarkeit der Rom I-VO

a. Anknüpfungsmomente oftmals unwandelbar und nur ausnahmsweise wandelbar

Die Anknüpfungsmomente der Rom I-VO sind oftmals unwandelbar, weil sie einseitig ausgestaltet, unveränderlich definiert oder auf einen Anknüpfungszeitpunkt fixiert sind (zuvor ab S. 83, 93, 144 und 209). Das gilt vor allem für den vielfach berufenen gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 4–7 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO, zuvor ab S. 83). Ausnahmen sind das gewählte Recht, die (offensichtlich) engere Verbindung, die engste Verbindung, der Übernahme-/Ablieferungsort, der Abgangs-/Bestimmungsort, und der gewöhnliche Arbeitsort (Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 1–3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2, und Art. 8 Abs. 2, 4, zuvor ab S. 173 und 292).

Die wandelbaren Anknüpfungsmomente der Rom I-VO können jedenfalls kollisionsnorminterne Statutenwechsel bedingen (Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 1–3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2, und Art. 8 Abs. 2, 4, zuvor ab S. 173 und 292). Teilweise sind kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel über die Anknüpfungsmomente „engere“ und „engste Verbindung“, „Übernahme- oder Ablieferungsort“, „Abgangs- oder Bestimmungsort“, und „gewöhnlicher Arbeitsort“ möglich (Art. 4 Abs. 3, 4, Art. 5 Abs. 1–3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2, und Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 173 und 292). Hingegen treten kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel nur im Rahmen des gewählten Rechts mit den Art. 4–8 und im Rahmen des Übernahme- oder Ablieferungsorts mit Art. 4 auf (Art. 3 und Art. 5 Abs. 1, zuvor ab S. 173 und 292).

- b. Anknüpfungspersonen durch Vertragsübernahme grundsätzlich, durch einfache Vertragsänderung/Schuldübernahme nur ausnahmsweise wandelbar

Die Anknüpfungspersonen der Rom I-VO sind im Fall einer Vertragsübernahme grundsätzlich und damit weitgehend wandelbar, weil sie einer Parteidisposition zugänglich sind (zuvor ab S. 253). Einzig die Vertragsübernahme vermag es, die Anknüpfungsperson zu verändern. Eine Schuldübernahme oder Forderungsübertragung ist dazu regelmäßig nicht imstande (zuvor ab S. 139 und 143). Eine Schuldübernahme kann nur in einer Konstellation zu einem Statutenwechsel führen: Bei der Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts anhand der erfüllungsverantwortlichen Nebeniederlassung. Lediglich die Erfüllungsverantwortlichkeit ist durch Schuldübernahme oder einfache Vertragsänderung wandelbar (Art. 19 Abs. 2 Var. 2, zuvor ab S. 207 und 232).

Eine Vertragsübernahme kann zu kollisionsnorminternen oder kollisionsübergreifenden Statutenwechseln führen. Es sind kollisionsnormübergreifende gleichrangige, qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel möglich (Art. 4–8, zuvor ab S. 253). Eine Übertragung der Erfüllungsverantwortung kann hingegen lediglich kollisionsnorminterne Statutenwechsel bedingen (Art. 19 Abs. 2 Var. 2, zuvor ab S. 232).

- c. Anknüpfungsgegenstände durch Vertragsübernahme grundsätzlich wandelbar

Die Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO sind grundsätzlich durch Vertragsänderungen wandelbar (Art. 4–8, zuvor ab S. 286). Das gilt jedenfalls für die leistungsbezogenen Komponenten der Anknüpfungsgegenstände. Sie weisen überwiegend konkrete Vertragstypen mit charakteristischen Leistungen auf, die sachrechtlich dispositiv sind (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5–8, zuvor ab S. 261, 272, 274 und 276). Die Rom I-VO spiegelt daher deren Änderungen auf der kollisionsrechtlichen Ebene. Einige Kollisionsnormen enthalten zwar keine konkreten Leistungs- oder Vertragstypen, definieren ihren Anknüpfungsgegenstand jedoch im Verhältnis zu dem leistungsbezogenen Anknüpfungsgegenstand einer anderen Kollisionsnorm (Art. 4 Abs. 2–4, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4, zuvor ab S. 265, 267 und 270). Sie haben daher ebenfalls leistungsbezogene Anknüpfungsgegenstände, die durch eine Vertragsänderung wandelbar sind. Ein Phänomen zeigt sich bei der leistungsbezogenen Komponente des An-

knüpfungsgegenstands der Individualarbeitsverträge – der Arbeitsleistung: Sie ist nicht durch eine Vertragsänderung, sondern durch ein tatsächliches Einvernehmen wandelbar (Art. 8, zuvor ab S. 276). Die personenbezogene Komponente dieses Anknüpfungsgegenstands, die Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft, ist ebenso wandelbar (Art. 8, zuvor ab S. 249). Die personenbezogenen Komponenten des Anknüpfungsgegenstands der Verbraucherverträge sind unwandelbar – der private oder berufliche/gewerbliche Vertragszweck und die unternehmerische Tätigkeitsausrichtung. Sie sind unwandelbar, weil sie einseitige tatsächliche Tatbestandsmerkmale darstellen (Art. 6, zuvor ab S. 274). Hingegen ist der Anknüpfungsgegenstand der Kollisionsnormen für Versicherungsverträge ausschließlich leistungsbezogen definiert (Art. 7, zuvor ab S. 272). Die Rechtswahl ist stets neutral, positiv und negativ wandelbar (Art. 3, zuvor ab S. 147).

Die wandelbaren Anknüpfungsgegenstände der Rom I-VO können zu allen Varianten an Statutenwechseln führen (zuvor ab S. 292). Kollisionsnormübergreifende gleichrangige Statutenwechsel können zwischen den spezifizierten Vertragstypen des Art. 4 Abs. 1 lit. a–h und zwischen diesen und Abs. 2 auftreten (zuvor ab S. 261 und 265). Darüber hinaus sind sie zwischen den Grund- und Ausweich-/Auffangnormen denkbar (Art. 4 Abs. 1/2 und Abs. 3/4, Art. 5 Abs. 1/2 und Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 und S. 2, Art. 8 Abs. 2/3 und Abs. 4, zuvor ab S. 267 und 270). Des Weiteren ist vorstellbar, dass ein Statutenwechsel zwischen den Güter- und Personenbeförderungsverträgen, und zwischen den Groß- und Massenrisikoverträgen eintritt (Art. 5 Abs. 1, 2 und Art. 7 Abs. 2, 3, zuvor ab S. 272). Schließlich ist eine Verschiebung zwischen den Vertragstypen der Art. 5–8 auch im Übrigen beachtlich. Art. 6 erfasst eine große Bandbreite an Vertragstypen und ist subsidiär gegenüber den Art. 5, 7 und 8. Er fungiert daher als Auffangnorm unter den qualifizierten Kollisionsnormen Art. 5–8 (zuvor ab S. 274). Kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel sind zwischen Art. 3/4 und Art. 5–8 möglich (zuvor ab S. 147, 272, 274 und 276). Die wandelungsrelevanten Änderungen sind grundsätzlich Vertragsänderungen. Lediglich im Rahmen des Art. 8 ist ein tatsächliches Einvernehmen für die Änderung der Arbeitsleistung oder der Arbeitnehmer-/Arbeitgebereigenschaft notwendig und ausreichend (zuvor ab S. 249 und 276). In einigen Konstellationen kann es zu kollisionsnorminternen Statutenwechseln kommen: Innerhalb der Rechtswahl des Art. 3, innerhalb des Art. 4 Abs. 2, oder innerhalb der Ausweichnormen der Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 4 (zuvor ab S. 265 und 267).

d. Vertragsübernahmen und Vertragstypverschiebungen aktualisieren
Anknüpfungszeitpunkt

In zwei Ausnahmefällen aktualisieren grundlegende und umfassende Vertragsänderungen unter der Rom I-VO den Anknüpfungszeitpunkt des Vertragsschlusses (*Nikiforidis*-Maßstab). Das gilt bei Vertragsübernahmen und Vertragstypverschiebungen (zuvor ab S. 249 und 285). In der Folge sind sogar Veränderungen unwandelbarer Anknüpfungselemente zu beachten, sofern sie zwischen dem Vertragsschluss und dem Abschluss der Vertragsänderung eintreten.

e. Wandelbarkeit der Anknüpfungselemente insgesamt: Einvernehmliche
Änderung, veränderliche Definition und Anknüpfungszeitpunkt nicht
fixiert

Insgesamt betrachtet ist ein Anknüpfungselement der Rom I-VO wandelbar, wenn eine einvernehmliche Änderung vorliegt, das betroffene Anknüpfungselement rechtlich oder tatsächlich veränderlich definiert und nicht auf einen Anknüpfungszeitpunkt vor der Veränderung fixiert ist (zuvor ab S. 83, 93, 144, 173 und 292). Einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts klammert die Rom I-VO aus. Positiv formuliert erfordert sie daher, dass die Vertragsparteien das Anknüpfungselement einvernehmlich verändern (zuvor ab S. 297). Während diese Anforderung das Wesen der Veränderung betrifft, nimmt die Anforderung der veränderlichen Definition den Bezugspunkt der Veränderung – die Anknüpfungselemente – in den Blick.

Des Weiteren kann das Anknüpfungselement unwandelbar sein, weil es auf einen Anknüpfungszeitpunkt fixiert ist (zuvor ab S. 83, 93, 144). Die Übergänge zwischen unveränderlicher Definition und fixem Anknüpfungszeitpunkt sind fließend, weil eine unveränderliche Definition eine zeitliche Fixierung zur Folge hat. Das kann man als fixen Anknüpfungszeitpunkt sehen. Die Differenzierung bietet jedoch deshalb einen Mehrwert, weil die Rom I-VO veränderlich definierte Anknüpfungselemente aufweist, die nur wegen ihres fixen Anknüpfungszeitpunkts unwandelbar sind. Das trifft beispielsweise auf den einfachen Aufenthalt in der Kollisionsnorm für die Formgültigkeit von Verträgen zu. Er wäre isoliert betrachtet veränderlich, ist jedoch ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Anknüpfungszeitpunkts fixiert (Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I-VO, zuvor ab S. 90).

Ein und dieselbe Kollisionsnorm kann wandelbar und unwandelbar zugleich sein. Es ist stets das individuelle Anknüpfungselement separat zu

betrachten und die (Un-)Wandelbarkeit danach zu differenzieren (zuvor ab S. 78, 105, 124 und 300). Insgesamt ist die Rom I-VO oftmals wandelbar, sofern eine einvernehmliche Veränderung vorliegt. Das liegt daran, dass viele Anknüpfungselemente der Rom I-VO vertraglich oder tatsächlich-einvernehmlich, veränderlich und dynamisch definiert sind (zuvor ab S. 144, 173 und 292).

8. Konkrete Rechtsfolgen der Statutenwechsel der Rom I-VO

Im Laufe der vorangegangenen Abschnitte wurde deutlich, dass die Rechtsfolgen von Statutenwechseln unter der Rom I-VO sowohl Rückwirkung entfalten als auch lediglich für die Zukunft wirken können. Diese Einstufung der Rechtsfolgen ist jedoch weitgehend abstrakt geblieben. Sie verrät nicht, welche konkreten Rechtsfolgen ein Statutenwechsel hat. Die Begriffe der *Ex-tunc*- und *Ex-nunc*-Wirkung sind für sich genommen ohne ausreichenden Gehalt. Die Rom I-VO verwendet sie nicht. Ohne weitere Präzisierung bleiben sie weitgehend leere Hüllen. In den folgenden Abschnitten möchte diese Arbeit daher klären, welche Rechtsfolgen die beiden Wirkweisen konkret entfalten.

a. Autonomes deutsches IPR: Abgeschlossenen, offenen und gemischten Tatbestände

Die Rechtsprechung und Literatur im deutschen IPR weist eine differenzierte Dogmatik für die Rechtsfolgen von Statutenwechseln auf, die manche auf die Rom I-VO übertragen: Sie unterscheidet abgeschlossene, offene und gemischte Tatbestände. Des Weiteren existiert die dogmatische Figur der wohlerworbenen Rechte. Das Gehalt, Verhältnis und die Rechtsfolgen der verschiedenen Begriffe sind meines Erachtens nicht eindeutig – zumindest in Bezug auf vertragliche Schuldverhältnisse.

aa. Abgeschlossene Tatbestände: Altes Statut, außer neues ordnet
Rückwirkung an

In der Dogmatik des allgemeinen Teils des deutschen IPR nimmt die allgemeine Literaturansicht sogenannte „abgeschlossene Tatbestände“⁶⁰⁸ „abgeschlossene Vorgänge“⁶⁰⁹ oder „abgeschlossene Sachverhalte“⁶¹⁰ von einem Statutenwechsel aus. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie bereits vor dem Statutenwechsel beendet waren.⁶¹¹ Zumeist wird die Definition nicht konkreter gefasst. Bei *Junker* findet sich jedoch die Konkretisierung, dass damit ein Recht, Rechtsgeschäft oder Status gemeint sein kann:

„Ein abgeschlossener Tatbestand liegt vor, wenn vor dem Statutenwechsel ein Recht entstanden oder erworben, ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Status [...] begründet wurde.“⁶¹²

Lorenz versteht darunter hingegen „Rechte, Rechtslagen und Rechtsverhältnisse einschließen, die vor der Änderung der Anknüpfungstatsachen entstanden (z. B. Eigentumserwerb, Adoption) oder entfallen sind (z. B. Eigentumsverlust)“.⁶¹³ Die Definition von *Hoffmanns* und *Thorns* bezieht sich auf Rechte und Rechtsverhältnisse und konkretisiert die Anforderungen an einen abgeschlossenen Tatbestand insoweit, als „alle formellen und materiellen Voraussetzungen für die Rechtsänderung vorgelegen“ haben müssen.⁶¹⁴ Ein Beispiel für einen abgeschlossenen Tatbestand soll nach *von Hoffmann* und *Thorn* der Eigentumserwerb durch Verarbeitung,⁶¹⁵ Einigung und Übergabe⁶¹⁶ vor einem Statutenwechsel sein. Darüber hinaus finden sich in der Rechtsprechung des BGH zum internationalen Sachenrecht einige Beispiele, die er zwar nicht ausdrücklich als abgeschlossene Tatbestände

608 BGH BGHZ 147, 159, 168 = NJW 2001, 2469, 2471 (Punkt III.2.b); *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1061–1063; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 104. Unter Art. 43 EGBGB *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 138–141.

609 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 27 f.; *von Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 174, 177.

610 *Von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 80; *Hausmann*, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 78; *Kropholler*, IPR, § 27 II 1.

611 Nachweise in Fn. 608–610 und *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43.

612 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 28.

613 *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43.

614 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 103.

615 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 104.

616 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 103.

bezeichnet, aber doch so behandelt – soll heißen: der BGH hat diese Tatbestände aufgrund ihrer Vollendung vor dem Statutenwechsel auch unter dem neuen Statut anerkannt. Seine Entscheidungen bezogen sich auf ein französisches (besitzloses) Registerpfandrecht an einem Kraftfahrzeug,⁶¹⁷ einen italienischen Eigentumsvorbehalt, welcher nur zwischen den Parteien wirkt,⁶¹⁸ ein schweizerisches Lösungsrecht bei abhandengekommenen Sachen⁶¹⁹ und eine italienische Kraftfahrzeug-Hypothek.⁶²⁰ Fernab dieser Beispiele aus dem internationalen Sachenrecht finden sich bei *von Bar* und *Mankowski* weitere Beispiele für abgeschlossene Tatbestände – „*Rechtsverhältnisse [...], die unter der Geltung des alten Rechts bereits vollständig abgewickelt wurden: geschiedene Ehen, erfüllte schuldrechtliche Verpflichtungen oder liquidierte Gesellschaften.*“⁶²¹

(1) Neues oder altes Statut?

Abgeschlossene Tatbestände sollen von einem Statutenwechsel unberührt bleiben und man beurteilt sie nicht rückwirkend nach dem neuen Statut.⁶²² Mehrere Quellen in der Literatur erachten das als uneingeschränkte Regel.⁶²³ Nach anderen Quellen handelt es sich lediglich um einen Grundsatz.

617 BGH BGHZ 39, 173, 175 = NJW 1963, 1200, 1200 f.

618 BGH BGHZ 45, 95, 99 = NJW 1966, 879, 880 (Punkt I.2.)

619 BGH BGHZ 100, 321, 327 = NJW 1987, 3077, 3079 f. (Punkt II.2.d) und e)aa) (in der dort streitgegenständlichen Konstellation war das in der Schweiz entstandene Lösungsrecht im Anschluss an die Verbringung der Sache nach Deutschland durch Sachübertragung nach dem Statutenwechsel untergegangen; auch in der Schweiz wäre ein „vom Lösungsberechtigten abgeleiteter Erwerb des Lösungsrechts“ nicht möglich gewesen, weil das Lösungsrecht „Lösungsrecht in der Person des Rechtsnachfolgers jeweils nur unter der Voraussetzung eigener Gutgläubigkeit und nur in Höhe des von ihm an den Vorbesitzer gezahlten Preises neu entsteht“).

620 BGH MDR 1991, 807, 807 f. (Transposition zu deutschem Sicherungseigentum).

621 *Von Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 174.

622 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.); *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1063; *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43; *R. Freitag*, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 37; *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 80; *Junker*, IPR, § 9 Rn. 28; *Hausmann*, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 78; *Kropholler*, IPR, § 27 II 1; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 103.

623 *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43; *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 80; *Junker*, IPR, § 9 Rn. 28; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 103.

Letztlich solle das neue Statut bestimmen, ob ein Statutenwechsel abgeschlossene Tatbestände beeinflusst.⁶²⁴ Der BGH stellt entsprechend fest:

*„Die Frage, ob ein Statutenwechsel Auswirkungen auf abgeschlossene Tatbestände [...] hat, richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen des neuen Statuts.“*⁶²⁵

Eine ausdrückliche Normierung dieser Grundsätze findet sich insbesondere in § 7 des österreichischen IPR-Gesetzes. Jener normiert prägnant unter der Überschrift „Statutenwechsel“:

*„Die nachträgliche Änderung der für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden Voraussetzungen hat auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluß.“*⁶²⁶

Sofern das neue Statut ausnahmsweise eine Rückwirkung auch für abgeschlossene Tatbestände anordnet, könne der Rechtsanwender diese lediglich unter Berufung auf die öffentliche Ordnung (lat. „*ordre public*“) ablehnen.⁶²⁷ Eine Rückwirkung könne insbesondere aufgrund einer nachträglichen Rechtswahl eintreten.⁶²⁸ Nach der herrschenden Ansicht entfaltet eine nachträgliche Rechtswahl sogar dann *Ex-tunc*-Wirkung, wenn der Parteiwille nicht ermittelbar ist – nach meiner Ansicht hingegen lediglich dann, wenn ein dahingehender Parteiwille ermittelbar ist (zuvor ab S. 149).

(2) Heilung durch Statutenwechsel bei fehlgeschlagenen abgeschlossenen Tatbeständen

Darüber hinaus bejaht die herrschende Ansicht bei fehlgeschlagenen abgeschlossenen Tatbeständen in einigen Konstellationen eine Heilung durch

624 Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 78; R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Manzel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 37; Kropholler, IPR, § 27 II 1. Für das Sachstatut Wendehorst, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 132, in Rn. 126 weist sie darauf hin, dass „die meisten Rechtsordnungen offenbar auf ein Wiederaufrollen abgeschlossener Vorgänge verzichten“, in Rn. 172 darauf, dass dem neuen Sachstatut nach „allgemeinen Grundsätzen [...] ein Wiederaufrollen abgeschlossener Vorgänge weitgehend verwehrt“ ist.

625 BGH BGHZ 147, 159, 168 = NJW 2001, 2469, 2471 (Punkt III.2.b).

626 Hierauf verweisend Junker, IPR, § 9 Rn. 28; Kropholler, IPR, § 27 II 1.

627 Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 78; Kropholler, IPR, § 27 II 1.

628 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1073; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 110.

Statutenwechsel.⁶²⁹ Die Literatur diskutiert die Thematik hauptsächlich im Hinblick auf Eheschließungen. Sie sollen geheilt werden, sofern sich das maßgebliche Anknüpfungsmoment nach der fehlgeschlagenen Eheschließung verschiebt und die Ehe nach dem neuen Ehestatut wirksam gewesen wäre.⁶³⁰ Die Literatur abstrahiert diese „*Neubewertung zurückliegender Sachverhalte*“⁶³¹ auf alle Konstellationen, in denen „*ein Recht oder Rechtsverhältnis unter dem alten Statut nicht wirksam entstanden ist, aber bei anfänglicher Geltung des neuen Statuts wirksam entstanden wäre*“.⁶³² Das Recht oder Rechtsverhältnis soll dann für die Zukunft als wirksam entstanden gelten.⁶³³ Eine derartige Heilung sei jedoch nur in Ausnahmefällen geboten,⁶³⁴ weil ein abgeschlossener Tatbestand vorliegt⁶³⁵ und daher die Rechtssicherheit eine Neubewertung grundsätzlich versage.⁶³⁶ Die Literatur bejaht eine Heilung daher nur aus Gründen des Vertrauensschutzes⁶³⁷ oder eines Verstoßes gegen den *ordre public*.⁶³⁸

Beispielsweise könnte das alte Statut ein Ehehindernis vorsehen, das unter dem neuen Statut gegen den *ordre public* verstößt. Nach zutreffender Bewertung tritt in dieser Konstellation jedoch keine Heilung für die Zukunft ein, weil die ursprüngliche Eheschließung aus Sicht des neuen Ehestatuts wegen des *Ordre-public*-Verstoßes von vorneherein wirksam

629 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1077 f.; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn.108. Generell kritisch R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 37.

630 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1077 f. mwN; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn.108.

631 Kropholler, IPR, § 27 II 3 c.

632 Von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 108. Mit anderem Wortlaut ebenso Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1077; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44; Kropholler, IPR, § 27 II 3 c.

633 R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 37; Kropholler, IPR, § 27 II 3 c („mit Wirkung von der Einwanderung oder Einbürgerung an“).

634 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1077; R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn.37; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44.

635 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn.1077; R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 37.

636 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1077.

637 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1078; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44; Kropholler, IPR, § 27 II 3 c; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 108.

638 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1077; Kropholler, IPR, § 27 II 3 c (nicht als Ursache, sondern Lösung).

ist.⁶³⁹ Eine „echte“ Heilung bejaht diese Ansicht nur aus Gründen des Vertrauensschutzes.⁶⁴⁰ Sie soll dann greifen, „wenn den Beteiligten die wirksame Neubegründung des Rechtsverhältnisses nicht möglich oder nicht zumutbar ist“.⁶⁴¹ Ein Beispiel: Die Ehepartner unterlassen eine erneute Eheschließung im Vertrauen darauf, dass das neue Ehestatut die Ehe als wirksam ansieht.⁶⁴²

Auch eine derartige „echte“ Heilung tritt gleichwohl nicht *durch* Statutenwechsel ein, weil das Ehestatut an den Zeitpunkt der Eheschließung anknüpft und somit unwandelbar ist.⁶⁴³ Die Heilung folgt mithin nicht aus einem Statutenwechsel, sondern aufgrund des *Ordre-public*-Vorbehalts⁶⁴⁴ oder einer Rechtsfortbildung.⁶⁴⁵ Die Literatur begründet dies mit dem Vertrauensschutz und dem verfassungsrechtlichen Schutz der real und sozial gelebten Ehe.⁶⁴⁶

Thorn und *von Hoffmann* stufen Art. 43 Abs. 3 EGBGB als positivrechtliche Heilung durch Statutenwechsel ein.⁶⁴⁷ Nach der herrschenden Literaturansicht erfasst er jedoch lediglich offene Tatbestände.⁶⁴⁸ Daher steht meines Erachtens keine Heilung im Raum, weil sie einen fehlgeschlagenen abgeschlossenen Tatbestand voraussetzt. *R. Freitag* und *Welter* sprechen sich insoweit folgerichtig gegen eine Heilung durch Statutenwechsel aus.⁶⁴⁹

639 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1077 aE.

640 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1078; *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44.

641 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1078.

642 *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44; *Kropholler*, IPR, § 27 II 3 c; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 108.

643 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1077; *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44.

644 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1078; *Kropholler*, IPR, § 27 II 3 c.

645 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1078; *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44; *Kropholler*, IPR, § 27 II 3 c.

646 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1078; *R. Freitag*, in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack*, Art. 3 EGBGB Rn. 37.

647 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 108.

648 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 16 mwN; *Wendehorst*, in *MüKo BGB*, Art. 43 EGBGB Rn. 130, 134, 148 mwN, 173, 175 mwN; *Mansel*, in Staudinger 2015, Art. 43 EGBGB Rn. 1324 f. mwN; *H. Prütting*, in BeckOGK, Art. 43 EGBGB Rn. 115–117 mwN, 130 f.; *M. Stürner*, in *Erman*, Art. 43 EGBGB Rn. 30; *Stoll*, IPRax 2000, 259, 263.

649 *R. Freitag*, in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack*, Art. 3 EGBGB Rn. 37; *Welter/Brian*, in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, § 5 Rn. 125 aE.

bb. Offene Tatbestände: Neues Statut, außer altes wird aufrechterhalten

Die allgemeine Ansicht grenzt die abgeschlossenen Tatbeständen von „nicht abgeschlossene“,⁶⁵⁰ „gestreckte“⁶⁵¹ oder „offene Tatbestände“,⁶⁵² „offene Rechtsverhältnisse“⁶⁵³ oder „offene Sachverhalte“⁶⁵⁴ ab. Sie wurden vor dem Statutenwechsel begonnen, aber nicht beendet.⁶⁵⁵ Der BGH spricht von „unvollständigen oder noch nicht erledigten Tatbeständen und Dauertatbeständen“.⁶⁵⁶ Junker definiert sie präzise:

*„Ein offener Tatbestand liegt vor, wenn im Zeitpunkt des Statutenwechsels noch nicht alle Voraussetzungen für die Entstehung oder den Erwerb eines Rechts, das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts oder die Begründung einer Rechtslage erfüllt wurden [...]“*⁶⁵⁷

Daneben findet sich Looschelders eine prägnante Definition:

*„Ist der zu beurteilende Lebensvorgang bei Eintritt des Statutenwechsels noch nicht beendet oder liegt ein Dauerverhältnis vor, so sind nur die bereits entstandenen Rechtswirkungen nach dem bisher einschlägigen Recht zu beurteilen.“*⁶⁵⁸

Auch Kropholler weist darauf hin, dass offene Tatbestände insbesondere bei „Dauerrechtsverhältnissen“ vorkommen. Er definiert sie als Rechtsverhältnisse, „in denen Rechte und Pflichten immer wieder neu entstehen und korrespondieren“.⁶⁵⁹ Ein Beispiel für einen offenen Tatbestand soll der Eigentumserwerb durch Ersitzung sein, der vor der Veränderung des Bele-

650 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1064–1075; Junker, IPR, § 9 Rn. 29 f.

651 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43 aE.

652 Junker, IPR, § 9 Rn. 27 aE, 29; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 104. Unter Art. 43 EGBGB Wendehorst, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 138–141.

653 Von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 80; Kropholler, IPR, § 27 II 2.

654 Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 79–83.

655 Nachweise in Fn. 650–654.

656 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.).

657 Junker, IPR, § 9 Rn. 29.

658 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1064.

659 Kropholler, IPR, § 27 II 2. Für „Dauerrechtsbeziehungen“ auch von Bar/Mankowski, IPR I, § 4 Rn. 174, 177.

genheitsorts der Sache begonnen, aber nicht beendet wurde.⁶⁶⁰ Als weiteres Beispiel nennt die Literatur den Eigentumserwerb durch Einigung und Übergabe beim internationalen Versendungskauf.⁶⁶¹

Nach der herrschenden Literaturansicht zu Art. 43 EGBGB ist die Abgrenzung zwischen abgeschlossenen und offenen Tatbeständen aufgrund des Sachrechts des alten Statuts zu treffen,⁶⁶² ohne Berücksichtigung des Parteiwillens.⁶⁶³ Die Abgrenzung zwischen fehlgeschlagenen abgeschlossenen und offenen Tatbeständen soll danach erfolgen, ob die Rechtsfolge endgültig gescheitert ist – dann fehlgeschlagen abgeschlossen –⁶⁶⁴ oder unter dem neuen Statut noch mindestens ein Teilakt des alten Statuts weiterhin verwertbar ist – dann offen.⁶⁶⁵ Als Beispiel nennt *Wendehorst* die fehlgeschlagene Übergabe bei der Übereignung einer Sache: Bleibt die dazugehörige Einigung weiterhin gültig, soll ein offener, andernfalls ein fehlgeschlagener abgeschlossener Tatbestand vorliegen.⁶⁶⁶ *Mansel* konkretisiert insoweit, dass die Einigung „z. B. infolge Befristung, Rücknahme, Widerruf, Anfechtung etc.“ endgültig nicht wirksam sein kann.⁶⁶⁷ Des Weiteren skizziert er den Fall, dass ein zunächst gutgläubiger Eigenbesitzer vor Ende der Ersitzungsdauer bösgläubig wird.⁶⁶⁸

Bei offenen Tatbeständen entscheidet das neue Statut darüber, welche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, damit eine Rechtsfolge eintritt.⁶⁶⁹ Im Zuge dessen entscheidet es ebenfalls darüber, ob und inwieweit Tatbestandsmerkmale anzuerkennen sind, die vor dem Statutenwechsel er-

660 *Lorenz*, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43 aE; *Junker*, IPR, § 9 Rn. 29; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 104.

661 *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 104.

662 *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 140. Ihr zustimmend OLG Hamburg IPRax 2014, 541, 543; *H. Prütting*, in BeckOGK, Art. 43 EGBGB Rn. 116.

663 *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 140. AA *Stoll*, IPRax 2000, 259, 263.

664 *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 130, 140, 148; *Mansel*, in Staudinger 2015, Art. 43 EGBGB Rn. 1234, 1236; *H. Prütting*, in BeckOGK, Art. 43 EGBGB Rn. 115, 122.

665 *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 141.

666 *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 141 aE.

667 *Mansel*, in Staudinger 2015, Art. 43 EGBGB Rn. 1236.

668 *Mansel*, in Staudinger 2015, Art. 43 EGBGB Rn. 1234.

669 *Looschelders*, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1064, 1071; *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 80; *Junker*, IPR, § 9 Rn. 29; *Hausmann*, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 82; *Kropholler*, IPR, § 27 II 2; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 104 mwN; *von Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn. 174. Unter Art. 43 EGBGB *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 166, 170, 172.

füllt wurden.⁶⁷⁰ Beispielsweise erkennt das deutsche internationale Sachenrecht über Art. 43 Abs. 3 EGBGB Tatbestandsmerkmale an, die vor dem Statutenwechsel erfüllt wurden.⁶⁷¹

Ausnahmsweise erklärt das neue Statut das alte Statut auch noch nach einem Statutenwechsel für maßgeblich in Bezug auf offene Tatbestände. Ein Beispiel ist die Aufrechterhaltung der Formgültigkeit und die Nichtverschlechterung der Rechte Dritter bei nachträglicher Rechtswahl (Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO).⁶⁷² Teilweise nennt die Literatur unwandelbare Anknüpfungen als weitere Ausnahme von dem Grundsatz, dass das neue Statut für offene Tatbestände maßgeblich ist.⁶⁷³ Meines Erachtens trifft das jedoch nicht zu, weil bei unwandelbaren Anknüpfungselementen von vorneherein kein Statutenwechsel eintreten kann. Zutreffend ist jedoch das Ergebnis: Das alte Statut bleibt maßgeblich.

cc. Gemischte Tatbestände: Abgeschlossene Teil-Tatbestände grundsätzlich nach altem Statut, offene oder anschließende Teil-Tatbestände nach neuem Statut

Schließlich grenzen manche Autoren von den abgeschlossenen und den offenen Tatbeständen noch die „gemischten Rechtsverhältnisse“⁶⁷⁴ ab. Diese Arbeit bezeichnet sie der Einfachheit halber als „gemischte Tatbestände“. Bei ihnen sind vor dem Statutenwechsel Rechte oder Rechtsverhältnisse wirksam entstanden, die nach dem Statutenwechsel fortwirken.⁶⁷⁵ Von Hoffmann und Thorn nennen als Beispiel den Herausgabeanspruch oder Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer, den dieser nach einem Eigentumserwerb im Ausland und anschließendem Statutenwechsel durch Grenzüberschreitung der Sache geltend macht.⁶⁷⁶ Meines Erachtens ist dieser Konstellation auch die Entscheidung des BGH zum Ehenamen aus dem Jahr 1975 zuzuordnen. Hier hatte der BGH entschie-

670 Junker, IPR, § 9 Rn. 29; Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 82; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 104 mwN; von Bar/Mankowski, IPR I, § 4 Rn. 177.

671 Statt vieler nur Junker, IPR, § 9 Rn. 29.

672 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1067; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43.

673 Kropholler, IPR, § 27 II 3 b aE; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 109.

674 Von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 105 ff.; Kropholler, IPR, § 27 II 3.

675 Von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 105; Kropholler, IPR, § 27 II 3. Historisch-rechtsvergleichend hierzu Godecki, in Lipstein, 8-56.

676 Von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 106-107.

den, dass der Erwerb eines Ehenamens durch Heirat ein abgeschlossener Sachverhalt ist. Nach ihm ist der punktuelle Erwerb des Ehenamens von dem subjektiven Recht auf dessen dauerhafte Führung zu unterscheiden. Insgesamt kann man die Konstellation daher als gemischten Tatbestand qualifizieren. Während der BGH den Namenserwerb als abgeschlossenen Tatbestand bewertet, stuft er die Namensführung als offenen Tatbestand ein. Dennoch ändert ein Statutenwechsel zum deutschen Recht aufgrund einer Einbürgerung das subjektive Recht auf die Namensführung nicht. Das deutsche Sachrecht sehe „keine Bestimmungen über die Auswirkung eines Statutenwechsels“ vor, weshalb nach *Zitelmann* „auf allgemeine Gesichtspunkte zurückgegriffen werden“ müsse. Daher setze sich der abgeschlossene Tatbestand des Namenserwerbs durch, weil er ein sogenanntes „woherworbenes Recht“ verleihe. Der BGH grenzt in seinen Entscheidungsgründen nur abgeschlossene Tatbestände von „unvollständigen oder noch nicht erledigten Tatbeständen und Dauertatbeständen“ ab. Auf gemischte Tatbestände geht er nicht ein.⁶⁷⁷

Als Rechtsfolge der gemischten Tatbestände sollen ihre abgeschlossenen Teil-Tatbestände grundsätzlich dem alten Statut und ihre offenen oder anschließenden Teil-Tatbestände dem neuen Statut unterfallen.⁶⁷⁸ Abermals sollen dabei abgeschlossene Tatbestände ausnahmsweise dem neuen Statut unterfallen, sofern das neue Statut dies ausdrücklich anordnet.⁶⁷⁹ Die Rechtsfolgen der gemischten Sachverhalte stellen sich damit als Kombination abgeschlossener und offener Tatbestände dar. Vermutlich trifft die überwiegende Ansicht deshalb diese Unterscheidung nicht zusätzlich, sondern integriert sie in das System aus abgeschlossenen und offenen Tatbeständen.⁶⁸⁰ *Von Hein* weist vor diesem Hintergrund zutreffend darauf hin, dass „[d]ie genaue begriffliche Abgrenzung zwischen „offenen“ und „gemischten“ Rechtsverhältnissen [...] in Bezug auf Dauerrechtsverhältnisse uneinheitlich“ ist.⁶⁸¹

677 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.) unter Verweis auf *Zitelmann*, IPR I, 153 f.

678 *Kropholler*, IPR, § 27 II 3 mwN; *von Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 106-107.

679 *Kropholler*, IPR, § 27 II 3 b.

680 *Looschelders*, in *Staudinger* 2024, Einleitung IPR Rn. 1060–1078; *Lorenz*, in *BeckOK BGB*, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 41–45; *von Hein*, in *MüKo BGB*, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78–88; *Hausmann*, in *Hausmann/Odersky*, § 3 Rn. 77–83.

681 *von Hein*, in *MüKo BGB*, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 81 (Fn. 304) (Anpassungen in eckigen Klammern durch mich).

dd. Wohlerworbene Rechte: Teilweise deckungsgleiche Fragestellungen,
aber separate dogmatische Figur

Im Zusammenhang mit der Abgrenzung abgeschlossener, offener und gemischter Sachverhalte taucht häufig der Begriff der „wohlerworbenen Rechten“ auf. Ein solches Recht soll nach dem BGH nur gegeben sein, wenn das alte Statut vor dem Statutenwechsel eine „*gefestigte Rechtsposition*“ verleiht.⁶⁸² Damit sind „*subjektive Rechte*“ gemeint.⁶⁸³ Einen Anspruch auf die Vornahme des Erbausgleichs nach schweizerischem Recht lässt der BGH hierfür nicht genügen – einzig den einem Erbausgleich nachfolgenden Zahlungsanspruch.⁶⁸⁴ Weitere Beispiele für wohlerworbene Rechte in der Rechtsprechung des BGH sind der im vorherigen Abschnitt dargestellte Ehe name⁶⁸⁵ und die Befugnis zur Vaterschaftsfeststellungsklage.⁶⁸⁶ Nach von Bar und Mankowski verleiht das deutsche Recht wohlerworbene Rechte vor allem für „*personenrechtliche Statusbegründungen*“ und bei der „*Entstehung familienrechtlicher Rechtsverhältnisse*“. Gleichwohl weisen sie darauf hin: „*Nichts anderes gilt für die einmal wohl erworbenen Rechte des Schuld- und Sachenrechts.*“ Insbesondere soll ein wirksam zustande gekommener Vertrag ein wohlerworbenes Recht sein.⁶⁸⁷ Lorenz definiert die wohlerworbenen Rechte als Rechtsverhältnisse, die das frühere Statut als vollendet und geschützt ansieht. Als Beispiel nennt er die Rechte Dritter gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 Rom I-VO.⁶⁸⁸ Die völker- und kollisionsrechtliche Literatur diskutiert diese und ähnliche Fragen seit Ende des 19. Jahrhunderts unter den Begriffen „*acquired*“ oder „*vested rights*“.⁶⁸⁹ In Deutschland schreibt man die Ursprünge Zitelmanns Werk zum IPR von 1897 zu.⁶⁹⁰

682 BGH NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.b); Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43. Ähnlich bereits BGHZ 100, 321, 327 = NJW 1987, 3077, 3079 f. (Punkt II.2.e)aa).

683 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.); BGH NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.).

684 BGH NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.b).

685 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.).

686 BGH NJW 1977, 498, 499.

687 Von Bar/Mankowski, IPR I, § 4 Rn. 175 mwN.

688 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43.

689 Rechtsvergleichend-historischer Überblick bei Grodecki, in Lipstein, 8-56 ff.; Lalive, 145, 156 ff.

690 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.); NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.b). In Zusammenhang mit dem Begriff „*Statutenwechsel*“ Looschelders,

ee. Verhältnis von abgeschlossenen, offenen und gemischten Tatbeständen und wohlerworbenen Rechten

Meines Erachtens ist das Verhältnis zwischen abgeschlossenen, offenen und gemischten Tatbeständen einerseits und den wohlerworbenen Rechten andererseits nicht klar. Einige Quellen stellen wohlerworbene Rechte in direktem Zusammenhang mit abgeschlossenen Tatbeständen dar.⁶⁹¹ Daraus könnte man einerseits schließen, dass der Begriff der wohlerworbenen Rechte eine Anforderung an abgeschlossene Tatbestände stellt: Die Rechtsfolge abgeschlossener Sachverhalte muss zu einem wohlerworbenen Recht führen. Andererseits könnte die zusammenhängende Darstellung von abgeschlossenen Tatbeständen und wohlerworbenen Rechten jedoch ebenso nahelegen, dass es sich bei wohlerworbenen Rechten lediglich um einen Unterfall der abgeschlossenen Tatbestände handelt. Für letzteres Verständnis spricht, dass die wohlerworbenen Rechte in den Definitionen der abgeschlossenen Tatbestände nicht auftauchen. Andere Quellen werfen die Figur der wohlerworbenen Rechte jedoch im Zusammenhang mit offenen oder gemischten Sachverhalten auf.⁶⁹² Wiederum andere Quellen, darunter insbesondere der BGH, verwenden die Figur der wohlerworbenen Rechte komplett ohne Bezug zu den abgeschlossenen, offenen und gemischten Sachverhalten.⁶⁹³ Teilweise zieht der BGH die Figur sogar zur Begründung der Unwandelbarkeit einer Anknüpfung heran⁶⁹⁴ – nicht nur zur Bestimmung der Reichweite des Statutenwechsels im Rahmen einer wandelbaren Anknüpfung.

Aus meiner Perspektive handelt es sich bei den wohlerworbenen Rechten um eine separate dogmatische Figur. Wie die Kategorisierung in abge-

in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1060; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78.

691 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1061, 1063; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 42.

692 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.); R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 36; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 104 aE. Wohl auch von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 81 („Von der Vollendung eines bereits eingeleiteten Rechtserwerbs und dem Fortbestand eines bereits begründeten („wohlerworbenen“) Rechts im Falle der Änderung eines wandelbaren Anknüpfungsmoments sind schließlich diejenigen Konstellationen zu unterscheiden [...]“).

693 BGH NJW 1977, 498, 499; BGHZ 100, 321, 327 = NJW 1987, 3077, 3079 f. (Punkt II.2.e)aa); NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.).

694 BGH BGHZ 40, 32, 35 = NJW 1963, 1975, 1976. Zustimmend Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 42.

schlossene, offene und gemischte Tatbestände dient sie jedoch dazu, die Geltung des alten und neuen Statuts abzugrenzen. Im Rahmen der offenen und gemischten Sachverhalte nimmt sie die Funktion ein, Teil-Tatbestände zu umschreiben, die in Gestalt einer gefestigten, subjektiven Rechtsposition abgeschlossen wurden.

Wie abgeschlossene Tatbestände sollen auch wohlerworbene Rechte von einem Statutenwechsel unberührt bleiben – so die übereinstimmende Ansicht unabhängig von der dogmatischen Einordnung.⁶⁹⁵ Der BGH stellt klar, dass das sogar unabhängig davon gilt, „*ob dieses Recht aus demselben Tatbestande auch unter der Herrschaft des neuen Rechts hätte entstehen können*“.⁶⁹⁶ Er begründet diesen „*Grundsatz des Schutzes wohlerworbener Rechte*“⁶⁹⁷ mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem internationalen Entscheidungseinklang.⁶⁹⁸ Looschelders sieht die abgeschlossenen Tatbestände und wohlerworbenen Rechte als „*allgemeinen Grundsatz*“, der auf dem Vertrauensschutz und dem Schutz subjektiver Rechte gründet. Beide würden daher auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gelten. Der Grundsatz finde seine Grenzen „*durch das jeweilige Kollisionsrecht sowie etwa einschlägige Vorgaben höherrangigen Rechts (Unionsrecht, Verfassungsrecht etc)*“. Es bestehe keine völkerrechtliche Pflicht zur Anerkennung wohlerworbener Rechte, auch nicht im internationalen Sachenrecht.⁶⁹⁹ Nach Lorenz unterliegen die zukünftigen Wirkungen ab dem Statutenwechsel dem neuen Statut.⁷⁰⁰ Auch der BGH wendet die Figur des wohlerworbenen Rechts nur an, sofern das neue Statut keine anderweitigen Bestimmungen trifft:

„Enthält das neue Recht, wie das deutsche internationale Privatrecht, keine Bestimmungen über die Auswirkung eines Statutenwechsels, dann muß auf allgemeine Gesichtspunkte zurückgegriffen werden. Insoweit ist auf

695 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.); NJW 1977, 498, 499; NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.); Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1061 und 1063; R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 36; von Bar/Mankowski, IPR I, § 4 Rn. 175 mwN. AA Grodecki, in Lipstein, 8-56 und 8-58.

696 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.).

697 BGH NJW 1996, 2096, 2097 (Punkt II.4.). Ebenfalls mehrfach die Formulierung „*Grundsatz*“ verwendend BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.). Ebenfalls als „*Grundsatz*“ bezeichnend Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 43.

698 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.).

699 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1061.

700 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 44.

den von Zitelmann [...] aufgestellten Grundsatz zu verweisen, daß bei einem Statutenwechsel im Zweifel ein nach bisherigem Statut entstandenes subjektives Recht als ein wohlerworbenes weiterbestehen bleibt, gleichgültig, ob dieses Recht aus demselben Tatbestande auch unter der Herrschaft des neuen Rechts hätte entstehen können. Dieser Grundsatz respektiert in einer rechtsstaatlich überzeugenden Weise die wohlerworbenen subjektiven Rechte einer Person und anerkennt zugleich im Sinne eines internationalen Entscheidungseinklangs die unter den Rechtsordnungen anderer Staaten geschaffenen Rechtstatbestände.⁷⁰¹

Wie bei den abgeschlossenen Tatbeständen ist mithin vorrangig das alte Statut maßgeblich. Für das deutsche internationale Sachenrecht ergibt sich der Grundsatz wohlerworbenen Rechte implizit aus Art. 43 Abs. 2 und 3 EGBGB.⁷⁰² Er beruht auf der Rechtsprechung des BGH, dass das deutsche Sachenrecht „die Sache grundsätzlich in derjenigen sachenrechtlichen Prägung [übernimmt], die ihr das bisherige Statut verliehen hatte, es sei denn, daß dies mit der geltenden deutschen Sachenrechtsordnung völlig unverträglich wäre“.⁷⁰³

ff. Bewertung als *Ex-tunc*- oder *Ex-nunc*-Wirkung und Verhältnis zur Rom I-VO: Offen

Ein Teil der Literatur stuft die in den vorherigen Absätzen dargestellten Rechtsfolgen eines Statutenwechsels im Grundsatz als *Ex-nunc*-Wirkung ein.⁷⁰⁴ Eine *Ex-tunc*-Wirkung soll hingegen nur ausnahmsweise eintreten – nämlich dann, wenn das neue Statut sie anordnet und abgeschlossene Tatbestände nicht anerkennt. Die *Ex-tunc*-Wirkung kann sich dabei aus dem Kollisions- oder Sachrecht des neuen Statuts ergeben.⁷⁰⁵ Ein wichtiges Beispiel ist insoweit die nachträgliche Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO. Sie kann insbesondere einen ursprünglich wirksamen Vertrag rück-

701 BGH BGHZ 63, 107, 111 = NJW 1975, 112, 113 (Punkt II.3.).

702 Wendehorst, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 145, 147, 150, 176; H. Prütting, in BeckOGK, Art. 43 EGBGB Rn. 125–127.

703 BGH NJW 1987, 3077, 3079 (Punkt II.2.d) mit Verweis auf BGHZ 45, 95, 97 = NJW 1966, 879, 880. Ähnlich bereits BGH BGHZ 39, 173, 175 = NJW 1963, 1200.

704 Junker, IPR, § 9 Rn. 27; Kropholler, IPR, § 27 II 3 a und b; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 102 mwN.

705 Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1073 f.; Junker, IPR, § 9 Rn. 26; Kropholler, IPR, § 27 II 3 b und c; von Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 102, 108, 110.

wirkend unwirksam werden lassen – oder andersherum einen ursprünglich unwirksamen Vertrag rückwirkend heilen (zuvor ab S. 149).

Der andere Teil der Literatur und die Rechtsprechung bewertet die Rechtsfolgen eines Statutenwechsels nicht in den Kategorien *Ex-nunc*- oder *Ex-tunc*-Wirkung. Vielmehr stellt er die Rechtsfolgen in den Kategorien abgeschlossene und offene Tatbestände und/oder wohlerworbene Rechte dar – ohne sie in die Kategorien „*Ex-nunc*- oder *Ex-tunc*-Wirkung“ einzuordnen, mit diesen zu verknüpfen oder in ein Verhältnis zu setzen.⁷⁰⁶ Und das, obwohl letztere Kategorisierung im Rahmen der Rom I-VO unbestritten ist: Hier kategorisiert man die Rechtsfolgen nicht anhand abgeschlossener, offener, gemischter Tatbestände und/oder wohlerworbener Rechte (zuvor ab S. 147 und 160). Vor diesem Hintergrund ist offen, ob die herrschende Ansicht die Rechtsfolgen der Statutenwechsel unter der Rom I-VO entsprechend dieser dogmatischen Kategorien des autonomen nationalen IPR differenzieren möchte. Hierfür spricht, dass sie teilweise die Rechtsfolgen mancher Kollisionsnormen der Rom I-VO in das dogmatische Gerüst einordnet, insbesondere die der nachträglichen Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO.⁷⁰⁷

Meines Erachtens sind die konkreten Rechtsfolgen von Statutenwechseln unter der Rom I-VO autonom nach dieser zu bewerten und daher auch zu kategorisieren. Sie sind nicht in das dogmatische Korsett des autonomen nationalen IPRs zu zwingen. Im Folgenden werde ich daher die konkreten Rechtsfolgen der *Ex-tunc*- und *Ex-nunc*-Statutenwechsel unter der Rom I-VO untersuchen.

b. Rom I-VO: *Ex-tunc*-Wirkung und *Ex-nunc*-Wirkung

aa. Absolute *Ex-tunc*-Wirkung nur bei insoweit eindeutiger Rechtswahl möglich

Diese Arbeit hat bereits im Zuge der nachträglichen Rechtswahl dargestellt, dass die Rom I-VO im Ausgangspunkt *Ex-tunc*- und *Ex-nunc*-Wirkung

706 R. Freitag, in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Art. 3 EGBGB Rn. 37; Hausmann, in Hausmann/Odersky, § 3 Rn. 77–83; Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 42; von Hein, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 80–82, 85; von Bar/Mankowski, IPR I, § 4 Rn. 174, 177.

707 Lorenz, in BeckOK BGB, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 42; Looschelders, in Staudinger 2024, Einleitung IPR Rn. 1067, 1073.

kennt. Dabei wirkt jedenfalls die *Ex-tunc*-Wirkung absolut: Das neue Statut gilt rückwirkend für sämtliche Rechtsfragen einschließlich des ursprünglichen Vertragsschlusses (Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO, zuvor ab S. 149). Es bewertet auch abgeschlossene Tatbestände oder wohlerworbene Rechte, die das autonome nationale IPR – zumindest in der Tendenz – als rückwirkungs-fest einstuft (zuvor ab S. 314).

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob auch objektive Statutenwechsel diese absolute *Ex-tunc*-Wirkung entfalten können. Meines Erachtens ist das nicht möglich. Eine derart umfassende Wirkung bedarf vielmehr eines entsprechenden kollisionsrechtlichen Erklärungsgehalts der Vertragsparteien. Die Rechtsprechung und Literatur werfen diese Frage nicht direkt auf. Im Rahmen des anerkanntermaßen wandelbaren gewöhnlichen Arbeitsorts gehen sie ohne Diskussion davon aus, dass der objektive Statutenwechsel lediglich für die Zukunft wirkt (Art. 8 Abs. 2, zuvor ab S. 160). Das spricht in systematischer Hinsicht dafür, bei objektiven Statutenwechseln generell eine *Ex-nunc*-Wirkung anzunehmen. Im Gegensatz zur Rechtswahl wäre eine Differenzierung dogmatisch auch kaum sinnvoll möglich: Zwar könnte man auf die Idee kommen, auch auf der objektiven Anknüpfungsebene den kollisionsrechtlichen Erklärungsgehalt von Vertragsänderungen zu bewerten. Ändern die Vertragsparteien beispielsweise den Übernahme-/Ablieferungsort eines Güterbeförderungsvertrags auch für die Vergangenheit, dann könnte man einem objektiven Statutenwechsel entsprechende *Ex-tunc*-Wirkung zuschreiben. Das geht meines Erachtens jedoch nur auf der subjektiven Anknüpfungsebene und damit bei subjektiven Statutenwechseln. Einzig im Rahmen einer Rechtswahlvereinbarung kann man den kollisionsrechtlichen Gehalt einer Erklärung beachten. Insoweit ist insbesondere an eine konkludente Rechtswahl zu denken.

Die teleologische Auslegung der Rom I-VO spricht ebenfalls für eine *Ex-nunc*-Wirkung objektiver Statutenwechsel. Insoweit sind meines Erachtens die Parteierwartungen bestimmbar, was im Rahmen der Berechenbarkeit des anzuwendenden Rechts beachtlich ist (Erwägungsgrund 16 S. 1, zuvor ab S. 115). Sobald tatbestandlich feststeht, dass ein Statutenwechsel eintritt, rechnen die Vertragsparteien eher mit einer *Ex-nunc*-Wirkung als einer *Ex-tunc*-Wirkung. Für sie liegt die chronologisch-segmentierende Geltung zweier Rechte näher als die rückwirkende Geltung des neuen Rechts. Letztere liegt ferner, weil sie einen höheren Abstraktionsgrad voraussetzt und die Vertragsparteien zumindest potenziell ihr vergangenes Verhalten am bisherigen Recht ausgerichtet haben (zuvor ab S. 160).

Eine weitere Erwägung ist jedoch allgemeingültiger: Es entspricht nicht den Parteierwartungen, dass durch einen objektiven Statutenwechsel ein

ursprünglich wirksamer Vertrag rückwirkend unwirksam wird. Parallel zur herrschenden Ansicht bei der nachträglichen Rechtswahl ist davon auszugehen, dass auch ein objektiver Statutenwechsel einen ursprünglich wirksamen Vertrag rückwirkend unwirksam werden lassen könnte (zuvor ab S. 149). Das ist eine einschneidende Folge, welche die Rom I-VO meines Erachtens im Zweifel vermeiden möchte. Das zeigt insbesondere die Aufrechterhaltung der Formgültigkeit von Verträgen bei der nachträglichen Rechtswahl. Insoweit ist die rückwirkende Unwirksamkeit *sogar* bei einem subjektiven Statutenwechsel untersagt, obwohl dieser mit einem eindeutigen Rechtswahlwillen einher geht (Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1, zuvor ab S. 152). Aus meiner Sicht muss daher das *erst recht* bei einem objektiven Statutenwechsel ohne einen entsprechenden Parteiwillen gelten.

Zugunsten einer Rückwirkung könnte man allerdings anführen, dass sie ebenfalls die Wirksamkeit eines ursprünglich unwirksamen Vertrags bedingen könnte. Ich stupe es jedoch als weniger einschneidend ein, diese Möglichkeit der Heilung auszuschließen als die rückwirkende Unwirksamkeit zu riskieren. Die rückwirkende Heilung ursprünglich unwirksamer Verträge wäre nützlich, aber durch einen zu hohen Preis erkauft: Die Vertragsparteien könnten blindlings in die Vertragsunwirksamkeit laufen. Darüber hinaus kann auch ein objektiver Statutenwechsel einen unwirksamen Vertrag heilen (nachfolgend ab S. 329). Jedenfalls können die Parteien einen ursprünglich unwirksamen Vertrag durch eine nachträgliche rückwirkende Rechtswahl heilen. Diese kann sogar noch im Gerichtsverfahren erfolgen.⁷⁰⁸

Nach meiner Ansicht ist somit ein rückwirkender Statutenwechsel nur im Fall einer insoweit eindeutigen Rechtswahl möglich. Ein objektiver Statutenwechsel entfaltet hingegen nie *Ex-tunc*-Wirkung. Im rechtsaktsübergreifenden Vergleich unterstützen Art. 26 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EuGüVO und Art. 26 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 EuPartVO diese Ergebnisse. Sie normieren im Grundsatz eine Rückwirkung des Statutenwechsels auf die Eheschließung oder Begründung der Partnerschaft. Widerspricht dem jedoch ein Ehegatte oder Partner, gilt der Statutenwechsel nur für die Zukunft. Der EU-Gesetzgeber erachtete es daher für notwendig, eine Rückwirkung ausdrücklich anzuordnen. Das spricht in einem Umkehrschluss dafür, dass er im Rahmen der IPR-Dogmatik grundsätzlich von einer *Ex-nunc*-Wirkung ausgeht.

708 Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 29 mwN.

bb. Relative *Ex-nunc*-Wirkung: Teilweise Fortgeltung des alten Statuts

Zu klären ist weiter, welche Rechtsfolgen die Rom I-VO an *Ex-nunc*-Statutenwechsel knüpft. Es stellt sich insbesondere die Frage, welchem Statut eine Rechtsfrage zuzuordnen ist, die eine Verbindung mit verschiedenen Statuten aufweist. Ist ein Gestaltungsrecht dem Statut im Zeitpunkt seiner Entstehung oder Erklärung zuzuordnen? Unterfällt eine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses begründete Leistungspflicht dem Statut, das zu diesem Zeitpunkt galt oder dem aktuellen Statut? Richtet sich ihre Erfüllung nach demselben Statut oder kann das anzuwendende Recht insoweit auseinanderfallen? Ist die Wirksamkeit eines Vertrags im Anschluss an einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel erneut zu prüfen? Welchem Statut unterliegen Leistungsstörungenrechte, sofern sie nicht zum Geltungszeitraum des Statuts des Vertragsschlusses aufkommen? Wie steht es mit Ansprüchen und Einwendungen?

Man könnte davon ausgehen, dass die Rom I-VO alle Rechtsfragen ab dem Zeitpunkt des Statutenwechsels dem neuen Vertragsstatut unterstellen würde („absolute *Ex-nunc*-Wirkung“). Sie würde dann nicht danach differenzieren, ob zum Beispiel eine bereits zuvor entstandene – und vielleicht teilweise erfüllte – Leistungspflicht weiterhin dem alten Statut zu unterstellen ist. Die damit verbundenen Komplikationen liegen auf der Hand: Die Leistungserbringung würde ab dem Statutenwechsel auf einen Schlag nach einem anderen Statut beurteilt. Das neue Sachrecht könnte beispielsweise die Leistungszeit oder den Leistungsort unterschiedlich definieren. Oder aber das alte Statut bejaht einen Mangel, das neue Statut lehnt ihn jedoch ab. Vorstellbar ist das insbesondere bei einem versteckten Mangel: Einige Sachrechte stellen insoweit strengere Anforderungen an sie als andere.⁷⁰⁹ Das dürften die Vertragsparteien in der Regel nicht erwarten. Jedenfalls gäbe es Widersprüche oder zumindest Kompatibilitätsprobleme, die widersprüchliche Entscheidungen zur Folge hätten und damit der Rechtssicherheit abträglich wären.

Alternativ könnte die Rom I-VO daher bestimmte Rechtsfragen auch nach dem Statutenwechsel noch dem alten Vertragsstatut unterstellen („relative *Ex-nunc*-Wirkung“). Auch dieser Ansatz garantiert jedoch keine Widerspruchsfreiheit, sofern Rechtsinstitute voneinander abhängen – wie beispielsweise Primär- und Sekundärrechte. Darüber hinaus steht ihm jedenfalls im Ausgangspunkt der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts entgegen.

709 DCFR, 1301 f. mwN.

(1) Rechtsprechung und Literatur

Die Aussagen in der Rechtsprechung oder Literatur zu den konkreten Folgen eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels sind spärlich. Das BAG stellte in einer Entscheidung zum gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitsvertragsstatuts gemäß Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB a. F. / Art. 6 Abs. 2 lit. a EVÜ auf den Zeitpunkt der Kündigung vor einem Statutenwechsel durch Betriebsübergang ab.⁷¹⁰ Darüber hinaus finden sich Aussagen zu dieser Thematik unter Art. 43 EGBGB: Der BGH stellt hier für den Schadensersatzanspruch im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gemäß § 989 BGB auf den Zeitpunkt der Weiterveräußerung ab, die den Schadensersatz und damit das entsprechende Recht begründet.⁷¹¹ Das sah das OLG Hamburg in Bezug auf § 1006 Abs. 2 BGB ebenso.⁷¹² Für dingliche Herausgabe- und Unterlassungsansprüche ist umstritten, ob der Zeitpunkt ihrer ersten Entstehung oder ihrer Geltendmachung maßgeblich ist.⁷¹³

Zur Rom I-VO gibt es in der Rechtsprechung und Literatur verschwindend wenige Aussagen. Zum einen finden sich bei *Mankowski*, *Junker* und *Deinert* Ausführungen oder Hinweise zur „segmentierenden“ Wirkung von *Ex-nunc*-Statutenwechseln (zuvor ab S. 160). Zum anderen möchte *von Hein* die eingangs dargestellte Entscheidung des BAG beibehalten – die zu Art. 30 Abs. 2 EGBGB als Vorgänger von Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO ergangen ist.⁷¹⁴ Sie beinhaltet, dass eine Kündigung dem alten Statut unterliegt, wenn der Kündigungsgrund *und* die Kündigungserklärung vor dem Statutenwechsel liegen. Erst im Jahr 2025 hat Generalanwalt *Norkus* in der Rechtssache *Locatrans* für Art. 6 EVÜ die Geltung des Rechts zum Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses vertreten – unter Berufung auf das Vertrauen der Vertragsparteien:

„Mit anderen Worten kann sich das mangels Rechtswahl der Parteien anzuwendende Recht aufgrund der Natur des Arbeitsverhältnisses, das auf Dauer ausgerichtet ist, ändern. Angesichts des Umstands, dass eines der Ziele des Übereinkommens von Rom darin besteht, das Vertrauen in die Stabilität der Beziehungen zwischen den Vertragsparteien zu verstärken, muss die Änderung des anzuwendenden Rechts, die sich aus der Entwick-

710 BAG NZA 2011, 1143, 1147 (4. Leitsatz und Rn. 45).

711 BGH NJW 2009, 2824, 2825 (Rn. 7).

712 OLG Frankfurt RdTW 2018, 179, 181 (Rn. 26).

713 *Mansel*, in Staudinger 2015, Art. 43 EGBGB Rn. 886–890 mwN; 1238 f.; *Wendehorst*, in MüKo BGB, Art. 43 EGBGB Rn. 136 mwN.

714 *Von Hein*, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 46.

lung der tatsächlichen Umstände ergibt, auch aus dem klaren Willen der Parteien hervorgehen. Diese Änderung darf sich nämlich nicht auf die vor dieser Änderung entstandenen Rechtsverhältnisse auswirken, so dass der Rechtsstreit ratione temporis weiterhin dem Recht unterliegt, das zum Zeitpunkt des Eintritts dieser Umstände anzuwenden ist (tempus regit actum).⁷¹⁵

Die korrespondierende Entscheidung des EuGH hat das Thema hingegen nicht aufgegriffen.⁷¹⁶

(2) Wirksamkeit des Vertrags

(a) Grundsatz: Abschlussstatut des Vertrags – Wirksamkeitsfortdauer des Vertrags

Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, ob ein wirksam entstandener Vertrag nach einem Statutenwechsel fortbesteht oder seine Wirksamkeit im Zeitpunkt des Statutenwechsels erneut zu bewerten ist. Mit anderen Worten: Beurteilt sich die Wirksamkeit eines Vertrags nach dem jeweils aktuellen Statut oder dem ursprünglichen Statut im Zeitpunkt des Vertragsschlusses („ursprüngliches Statut“, „Abschlussstatut des Vertrags“).

(aa) Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 Rom I-VO

Bei dieser Fragestellung sticht zunächst Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 Rom I-VO ins Auge. Er regelt, dass eine nachträgliche Rechtswahl die Formgültigkeit eines Vertrags nicht berühren darf. Im Umkehrschluss könnte man aus ihm ableiten, dass ein Statutenwechsel die anderen Wirksamkeitserfordernisse eines Vertrags infrage stellt. Ein Teil der herrschenden Ansicht leitet jedoch aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 ab, dass eine nachträgliche Rechtswahl im Zweifel *Ex-tunc*-Wirkung entfaltet. Sie erachtet die Norm damit nur für *Ex-tunc*-Statutenwechsel anwendbar (zuvor ab S. 149). Bei diesem Verständnis wäre Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 im Fall eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels nicht einschlägig und würde dort im Umkehrschluss nicht gegen die Wirksamkeitsfortdauer eines Vertrags über einen Statutenwechsel hinaus sprechen.

715 GA Norkus *Schlussa. v.* 3.7.2025 – C-485/24 = BeckRS 2025, 14955 (Rn. 51) – *Locatrans*.

716 EuGH *Urt. v.* 11.12.2025 – C-485/24 = BeckRS 2025, 34006 – *Locatrans*.

Ein anderer Teil der herrschenden Ansicht schreibt Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 aber auch bei der *Ex-nunc*-Wirkung einen Anwendungsbereich zu (zuvor ab S. 152). Bei diesem Verständnis könnte dessen Umkehrschluss tatsächlich dafürsprechen, den Fortbestand anderer Rechte als Drittrechte nach einem *Ex-nunc*-Statutenwechsel infrage zu stellen. Meines Erachtens darf man Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 aber nicht auf objektive Statutenwechsel erweitern. Er adressiert lediglich die nachträgliche Rechtswahl und damit subjektive Statutenwechsel. Deren tatbestandliche Besonderheit besteht darin, dass die Vertragsparteien das Statut gewillkürt steuern. Nur in diesem Fall will Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 die Formgültigkeit schützen. Hingegen hat er nicht die Konstellation im Blick, dass das Statut ohne entsprechendes Parteibewusstsein – Rechtswahlwille – wechselt. Naheliegender wäre darüber hinaus kein Umkehrschluss, sondern ein Erst-Recht-Schluss dergestalt, dass ein Statutenwechsel *mindestens* die Formgültigkeit nicht infrage stellt. Insgesamt kann man aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 meines Erachtens daher kein Argument für oder gegen die Wirksamkeitsfortdauer eines Vertrags ableiten.

(bb) Systematische und teleologische Auslegung der Rom I-VO

Im Übrigen streiten die systematische und teleologische Auslegung der Rom I-VO dafür, die Vertragswirksamkeit bei *Ex-nunc*-Statutenwechseln dem Abschlussstatut zuzuordnen.

(aaa) Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I-VO

Erstens stellen Art. 11 Abs. 1 und 2 für den Anknüpfungsgegenstand der Formgültigkeit eines Vertrags auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab. Denselben Zeitpunkt beruft Art. 13 für die Beurteilung der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit einer vermeintlichen Vertragspartei. Diese Normen sprechen dafür, dass für die Wirksamkeit eines Vertrags das Statut im Zeitpunkt seines Vertragsschlusses maßgeblich ist. Andernfalls würden sie sich nicht ausdrücklich auf diesen Zeitpunkt beziehen.

(bbb) Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts

Zweitens streitet der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts für eine Wirksamkeitsfortdauer. Er besagt, dass „möglichst alle Fra-

gen zu einem Vertrag ein und demselben Statut unterliegen“ sollen.⁷¹⁷ Er ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 und dämmt auch die zeitliche Aufspaltung des Vertragsstatuts ein – aufgrund seines umfassenden Ziels (zuvor ab S. 108). Dabei verbietet der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung eine zeitliche Aufspaltung des Vertragsstatuts infolge von Statutenwechseln jedoch nicht generell. Zum einen deshalb, weil die Rom I-VO Statutenwechsel und damit notwendigerweise eine zeitliche Aufspaltung tatbestandlich anerkennt. Dies belegen die Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 (zuvor ab S. 145 und 155). Zum anderen deshalb, weil der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts auch die sachliche Aufspaltung in Form von selbständig anzuknüpfenden Teilfragen nicht generell verbietet. Dies belegen die zahlreichen Ausnahmen (Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 S. 3, Art. 6 Abs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 1 S. 2, Art. 9, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 und Art. 12 Abs. 2, zuvor ab S. 108). Meines Erachtens hat die Abwägung und Grenzziehung zwischen dem Grundsatz der einheitlichen und der Ausnahme der gespaltenen Anknüpfung des Vertragsstatuts daher auf der Rechtsfolgenseite zu erfolgen. Fraglich ist mithin, wie die *Ex-nunc*-Wirkung von Statutenwechseln auszugestalten ist, um diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis zu entsprechen.

Vor diesem Hintergrund bin ich der Ansicht, dass man die Wirksamkeit eines Vertrags im Sinne der Art. 10 und 11 im Zeitpunkt seines Abschlusses bestimmen muss und sie anschließend fort dauert („Wirksamkeitsfortdauer des Vertrags“). Ein *ex-nunc*-wirkender Statutenwechsel hat somit keine Auswirkungen auf den Bestand eines Vertrags – anders als ein Statutenwechsel mit *Ex-tunc*-Wirkung (zuvor ab S. 149). Ich bin dieser Ansicht, weil andernfalls die Ausnahme des zeitlich aufgespaltenen Vertragsstatuts Überhand nehmen würde. Sie würde ohne Einschränkung bei jedem Statutenwechsel eingreifen. Hingegen entspricht es dem Regel-Ausnahme-Verhältnis besser, wenn man die Wirksamkeit des Vertrags aufrechterhält und „lediglich“ untergeordnete vertragliche Aspekte wie Leistungspflichten ab dem Zeitpunkt des Statutenwechsels aufspaltet (nachfolgend ab S. 331).

Des Weiteren ist der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts gegen das Prinzip der engsten Verbindung abzuwägen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1): Während ersterer Grundsatz Wertungswidersprüchen und Kompatibilitätsproblemen aufgrund einer Aufspaltung des Vertragsstatuts vorbeugen möchte, streitet zweiteres Prinzip für eine Anknüpfung an die engste Verbindung der jeweiligen Rechtsfrage. Der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts

717 Weller, in BeckOGK, Art. 10 Rom I-VO Rn. 2 ff. mwN, Art. 12 Rom I-VO Rn. 2 mwN.

will alle Rechtsfragen dem ursprünglichen Statut des Vertrags zuordnen. Die Rechtsfrage der Vertragswirksamkeit weist ihre engste Verbindung zu dem Statut des Vertragsabschlusses auf, weil sie überwiegend in diesem Zeitpunkt zu bestimmen ist. Daher streiten sogar beide Aspekte – der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung und das Prinzip der engsten Verbindung – für eine Zuordnung der Rechtsfrage „Vertragswirksamkeit“ zum Abschlusstatut. Vor diesem Hintergrund treten die *eigenständigen* Ansätze der Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 Var. 2, Art. 12 Abs. 2 und Art. 13 in den Hintergrund – zugunsten einer *akzessorischen* Zuordnung zum Abschlusstatut.

(ccc) Zuordnung der Leistungspflichten zum Entstehungsstatut

Drittens würde es der Zuordnung der Leistungspflichten zu deren Entstehungsstatut widersprechen, wenn man die Wirksamkeit eines Vertrags im Anschluss an einen in die Zukunft wirkenden Statutenwechsel infrage stellen würde. Nach Auslegung der Rom I-VO überdauern die Leistungspflichten einen Statutenwechsel mit *Ex-nunc*-Wirkung, sofern sie bereits zuvor wirksam entstanden waren (nachfolgend ab S. 331).

(ddd) Berechenbarkeit der Kollisionsnormen

Viertens dürfte die Anknüpfung an den Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses den Parteierwartungen und damit der Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen besser entsprechen (Erwägungsgrund 16 S. 1). Zwar ist die Erwägung mangels empirischer Erhebungen grundsätzlich unbestimmbar (zuvor ab S. 115). Allerdings erachte ich die Folge der Vertragsunwirksamkeit als derart einschneidend, dass sie nicht den Erwartungen der Parteien entsprechen kann. Die herrschende Ansicht geht im Rahmen der nachträglichen Rechtswahl unausgesprochen davon aus, dass ein *Ex-tunc*-Statutenwechsel auch unbewusst zur Vertragsunwirksamkeit führen kann. Lediglich *Leible* stellt sich dem entgegen (zuvor ab S. 149).⁷¹⁸ Ich lehne eine unbewusste Vertragsunwirksamkeit ebenfalls ab, sehe sie jedoch als Argument für einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel in Zweifelsfällen. Ohne eindeutig ermittelbaren Parteiwillen zugunsten eines *Ex-tunc*-Statutenwechsels ist nicht davon auszugehen, dass die Vertragsparteien die ur-

⁷¹⁸ *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 66.

sprüngliche Wirksamkeit des Vertrags infrage stellen möchten (zuvor ab S. 152). Sie gehen vielmehr vom Bestand des Vertrags auch im Anschluss an die den Statutenwechsel auslösenden Tatsachen aus. Maßstab der Berechenbarkeit sind nicht die Erwartungen der Vertragsparteien des konkreten Einzelfalls, sondern die durchschnittlichen Parteierwartungen in einer gedachten Vielzahl gleichförmiger Fälle. Andernfalls würde man die objektive Anknüpfung zur subjektiven Anknüpfung verkehren und missachten, dass die Berechenbarkeit ein Unterfall der Rechtssicherheit ist (zuvor ab S. 115). Als Bestandteil der Berechenbarkeit ist auch „das Vertrauen in die Stabilität der Beziehungen zwischen den Vertragsparteien“ zu bewerten. Generalanwalt Norkus hat es in der Rechtssache *Locatrans* unter Art. 6 EVÜ als Begründung für die Geltung des Rechts zum Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses angeführt.⁷¹⁹

(eee) Rechtssicherheit

Fünftens widerspräche es auch in einem weiteren Aspekt der Rechtssicherheit, die Wirksamkeit eines Vertrags im Anschluss an einen *objektiven Ex-nunc*-Statutenwechsel zu revidieren (Erwägungsgrund 16 S. 1). Das wäre für den Rechtsverkehr sehr abträglich: Seine Teilnehmer rechnen angesichts der schwerwiegenden Folgen ebenfalls nicht mit einer Unwirksamkeit durch einen objektiven *Ex-nunc*-Statutenwechsel – beispielsweise durch die bloße Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts.

Insgesamt beurteilt sich die Wirksamkeit eines Vertrags bei *Ex-nunc*-Statutenwechseln daher nach dem Statut, das im Zeitpunkt seines Abschlusses galt (Abschlussstatut).

(b) Ausnahme: Neues Statut bei Vertragstypverschiebung, nicht bei Vertragsübernahme

Nachträgliche Vertragsänderungen sind für die Zuordnung der Vertragswirksamkeit zum Abschlussstatut grundsätzlich irrelevant. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn die Parteien den Vertrag derart ändern, dass der Anknüpfungsgegenstand einer anderen Kollisionsnorm der Rom I-VO einschlägig wird. Das ist der Fall, wenn sich durch die Vertragsänderung der Vertragstyp im Sinne der Rom I-VO verschiebt. In diesem Fall ist das

719 GA Norkus Schlussa. v. 3.7.2025 – C-485/24 = BeckRS 2025, 14955 (Rn. 51) – *Locatrans*.

Statut im Zeitpunkt der Vertragsänderung maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit des Vertrags (Vertragstypverschiebung, zuvor ab S. 285).

Für dieses Ergebnis spricht die Abwägung zwischen dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts und dem Prinzip der engsten Verbindung (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1, grundlegend zuvor ab S. 323). Im Fall einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands nach dem Statutenwechsel weist der Vertrag eine engere Verbindung mit dem neuen Statut auf, weil dort der Vertrag in strukturell geänderter Form erstmals zutage tritt. Demgegenüber tritt der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts zurück, weil Wertungswidersprüche und Kompatibilitätsprobleme eher entstehen würden, wenn man das alte und vertragstypfremde Statut auf den geänderten Vertragstyp anwenden würde.

Das Ergebnis könnte zwar im Einzelfall nicht den Erwartungen der Parteien des konkreten Vertrags entsprechen, sofern sie auf den Zeitpunkt des ersten Vertragsschlusses abstellen würden. Das ist vor allem angesichts der geringen Änderungsintensität mancher Vertragstypenwechsel vorstellbar – zum Beispiel steht zwischen Art. 4 Abs. 1 lit. c und d lediglich eine Befristung oder Entfristung der Miete unbeweglicher Sachen zum privaten Gebrauch. Die Erwägung der Berechenbarkeit legt jedoch einen generellen Maßstab an (Erwägungsgrund 16 S. 1). Entscheidend sind die durchschnittlichen Parteierwartungen bei einer gedachten Vielzahl gleichförmiger Fälle (zuvor ab S. 115). Andernfalls würde man die objektive in eine subjektive Anknüpfung umkehren. Dazu würde die Erwägung mangels allgemeingültiger Antworten der Rechtssicherheit zuwiderlaufen, obwohl sie ein Unterfall dieser ist (zuvor ab S. 115). Die Parteierwartungen und die Rechtssicherheit orientieren sich dabei an der sonstigen Auslegung der Kollisionsnormen, insbesondere deren Wortlaut und Systematik. Die Kollisionsnormen können nicht losgelöst vom Wortlaut und der Systematik der Rom I-VO berechenbar und rechtssicher sein. Die Rom I-VO differenziert nicht ohne Grund zwischen den verschiedenen Vertragstypen. Zum einen möchte sie damit das Statut der engsten Verbindung berufen. Zum anderen will sie auf diese Weise weitere Interessen verwirklichen, insbesondere den Schwächerenschutz. Sofern ein Statutenwechsel aufgrund einer Änderung des Anknüpfungsgegenstands tatbestandlich feststeht, sollte man daher seine Auswirkungen auch anerkennen, indem man die Vertragswirksamkeit dem neuen Statut zuordnet. Diese Erwägungen gelten insbesondere auch für den übrigen Rechtsverkehr, den die generelle Erwägung der Rechtssicherheit umfasst (ebenfalls Erwägungsgrund 16 S. 1).

Die Formgültigkeit des Vertrags und die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit der potenziellen Vertragspartei sind bei einer Änderung

des Anknüpfungsgegenstands ebenfalls neu zu bewerten (Art. 11 und 13 Rom I-VO). Ein derartiger Statutenwechsel aktualisiert den Vertragsschluss im Sinne der Art. 11 Abs. 1, 2 und Art. 13 (ebenso auf Tatbestandsseite bei Art. 19 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 zuvor ab S. 280). Die Rom I-VO beurteilt die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit im Hinblick auf den jeweiligen Vertrag. Sie perpetuiert sie nicht wie zum Beispiel Art. 26 Abs. 2 EuErbVO die Testierfähigkeit („Hat eine Person nach dem [...] anzuwendenden Recht die Testierfähigkeit erlangt, so beeinträchtigt ein späterer Wechsel des anzuwendenden Rechts nicht ihre Fähigkeit zur Änderung oder zum Widerruf der Verfügung“).

Hingegen beurteilt sich die Vertragswirksamkeit bei einem Wechsel der Anknüpfungsperson weiterhin nach dem Abschlusstatut. Die Vertragsübernahme bezieht sich auf den ursprünglichen – wirksamen oder unwirksamen – Vertrag. Sie aktualisiert zwar tatbestandlich den Anknüpfungszeitpunkt und kann daher selbst bei unwandelbaren Anknüpfungselementen zu einem Statutenwechsel führen (zuvor ab S. 249). Auf der Rechtsfolgenebene führt sie allerdings nicht dazu, dass man die Vertragswirksamkeit einem anderen Statut zuordnet. Im Gegensatz zur Vertragstypverschiebung verändert die Vertragsübernahme allein nicht den Leistungsinhalt des Vertrags und rechtfertigt damit keine Neubeurteilung der Wirksamkeit. Selbst ein kollisionsnormübergreifender Statutenwechsel führt nicht zwingend dazu, dass das neue Statut über die Vertragswirksamkeit entscheidet. Im Grundsatz ist sie bei allen *Ex-nunc*-Statutenwechsel dem Abschlusstatut zugewiesen (zuvor ab S. 323).

(c) Ausnahme: Heilung eines ursprünglich unwirksamen Vertrags nach neuem Statut

Fraglich ist, ob ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel zur Heilung eines unwirksamen Vertrags führen kann. Meiner Ansicht nach ist das zu bejahen: Die Wirksamkeit kann nach dem neuen Statut eintreten. Das ergibt sich aus mehreren Erwägungen. Erstens sprechen die Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 und Art. 11 Rom I-VO für eine Heilung – zumindest, sofern die Form infrage steht. Sie belegen die Absicht der Rom I-VO, die Wirksamkeit von Verträgen nicht an der Form scheitern zu lassen. Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1 zeigt das durch die Aufrechterhaltung der Formgültigkeit infolge einer nachträglichen Rechtswahl, Art. 11 Abs. 1 durch die alternative Anknüpfung des Formstatuts von Verträgen. Zweitens entspricht die Möglichkeit der Heilung durch Statutenwechsel den Parteierwartungen besser: Sie geben

durch die Fortführung des Vertrags über den Statutenwechsel hinweg zu erkennen, dass sie von der Wirksamkeit des Vertrags ausgehen (Berechenbarkeit, Erwägungsgrund 16 S.1). Schließlich trägt die Heilung auch in einem weiteren Aspekt zur Rechtssicherheit bei, weil der Rechtsverkehr bei einem entsprechenden Parteiverhalten ebenfalls von einer Wirksamkeit des Vertrags ausgeht (ebenfalls Erwägungsgrund 16 S.1). Ein Verhalten der Parteien, das einen Statutenwechsel herbeiführt, wird der Rechtsverkehr als Bestätigung der Wirksamkeit des Vertrags werten. Man denke an eine nachträgliche Rechtswahl, eine Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts, eine Vertragsübernahme oder Vertragsänderung. Sie alle geben dem Rechtsverkehr zu verstehen, dass die Vertragsparteien von der Wirksamkeit des Vertrags ausgehen oder diese zumindest herstellen möchten (ähnlich auf Tatbestandsseite bei der Heilung einer Formungültigkeit durch Statutenwechsel des Geschäftsrechts gemäß Art. 11 Abs. 1 und 2, zuvor ab S. 90).

Meines Erachtens streiten auch der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts und das Prinzip der engsten Verbindung nicht gegen eine derartige Auslegung (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1, grundlegend zuvor ab S. 323). Der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts bezieht sich zumindest vorrangig auf wirksame Verträge. Dies zeigen vor allem die Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1, deren Anwendungsbereiche von einem wirksamen Vertrag ausgehen. Das Prinzip der engsten Verbindung tritt angesichts der Wirksamkeitsbestrebungen der Rom I-VO und der Erwartungen der Vertragsparteien und des Rechtsverkehr in den Hintergrund (Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 1, Art. 11 und Erwägungsgrund 16 S. 1). Die Heilung eines unwirksamen Vertrags durch einen Statutenwechsel mit *Ex-nunc*-Wirkung ist zulässig.

- (d) Ergebnis: Wirksamkeitsfortdauer des Vertrags unter Abschlussstatut, neues Statut bei Vertragstypverschiebung oder Heilung

Die Rom I-VO beurteilt die Wirksamkeit eines Vertrags nach dem Statut im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel hat regelmäßig keine Auswirkungen auf das insoweit anzuwendende Recht (zuvor ab S. 323). Hiervon sind jedoch zwei Ausnahmen zu machen. Zum einen bei einer Vertragstypverschiebung: Die Wirksamkeit des Vertrags ist dann nach dem neuen Statut zu beurteilen (zuvor ab S. 327). Zum anderen kann ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel unter der Rom I-VO zur Heilung eines ursprünglich unwirksamen Vertrags führen (zuvor ab S. 329).

(3) Leistungspflichten

- (a) Grundsatz: Fortgeltendes Entstehungsstatut pro entstandener Leistungspflicht
- (aa) Entstehungsstatut der jeweiligen Leistungspflichten maßgeblich – kein Gleichlauf

Die vertraglichen Leistungspflichten sind meines Erachtens nach dem Statut zu beurteilen, das im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entstehung galt („Entstehungsstatut“). Dabei hat jede Leistungspflicht ihr eigenes Entstehungsstatut. Es gibt daher grundsätzlich keinen Gleichlauf zwischen den Statuten verschiedener Leistungspflichten oder zwischen den Statuten der Leistungspflichten und der Vertragswirksamkeit. Aus Perspektive des deutschen Sachrechts entstehen die Leistungs- und Schutzpflichten „einfacher“ oder „punktuellder“ Schuldverhältnisse einmalig im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Im Gegensatz dazu entstehen sie bei Dauerschuldverhältnissen fortwährend im Laufe des Schuldverhältnisses. Der Leistungsumfang ist daher bei Dauerschuldverhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbar. Sie generieren immer wieder neue Rechte und Pflichten der Vertragsparteien.⁷²⁰ Zu den punktuellen Schuldverhältnissen sollen dabei insbesondere auch Raten- und Sukzessivlieferungsverträge gehören, da sie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen bestimmten Leistungsumfang aufweisen, den die Parteien lediglich allmählich ableisten.⁷²¹ *D. Paulus* ordnet sie als „*unechte Dauerschuldverhältnisse*“ ein – im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH in Sachen *Schrems II* zur Wandelbarkeit der Verbrauchereigenschaft unter Art. 17–19 EuGVVO.⁷²² Zu den (echten) Dauerschuldverhältnissen zählt das deutsche Sachrecht beispielsweise Dauerlieferungsverträge zur Bedarfsdeckung, insbesondere „*Zulieferverträge, mit denen sich der Hersteller zu ständiger Leistungsbereitschaft verpflichtet (Vereinbarungen über just-in-time-Produktionen)*“.⁷²³

- (aaa) Unterscheidung zwischen punktuellen und Dauerschuldverhältnissen

Diese Unterscheidung zwischen punktuellen und Dauerschuldverhältnissen vollzieht die Rom I-VO meines Erachtens auf kollisionsrechtlicher

720 Statt vieler nur *Gaier*, in MüKo BGB, § 314 BGB Rn. 6 f. mwN.

721 Statt vieler nur *Gaier*, in MüKo BGB, § 314 BGB Rn. 12 mwN

722 *D. Paulus*, ZZPInt 2016 (21), 199, 217–219.

723 Statt vieler nur *Gaier*, in MüKo BGB, § 314 BGB Rn. 12 mwN.

Ebene ebenfalls. Sie sieht anerkanntermaßen für Individualarbeitsverträge als klassische Dauerschuldverhältnisse einen Statutenwechsel bei der Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts vor (Art. 8 Abs. 2 S. 2, zuvor ab S. 155). Der EU-Gesetzgeber hat den Statutenwechsel lediglich bei der Rechtswahl und bei Individualarbeitsverträgen als explizit regelungsbedürftig erachtet. Dabei sind Individualarbeitsverträge originäre Dauerschuldverhältnisse – sie umfassen stets einen bei Vertragsschluss unbestimmten Leistungs- und Pflichtenumfang.

Zwar enthält die Rom I-VO neben Individualarbeitsverträgen weitere Vertragstypen, die originäre Dauerschuldverhältnisse sind. Diese stuft sie jedoch als nicht wandelbar ein: Miet- und Pachtverträge knüpft sie entweder an die Belegenheit der unbeweglichen Miet- oder Pachtsache oder an den gewöhnlichen Aufenthalt des Vermieters oder Verpächters an (Art. 4 Abs. 1 lit. c oder d). Letzteres Anknüpfungsmoment ist wegen des Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO unwandelbar ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses (zuvor ab S. 83). Ersteres Anknüpfungsmoment ist tatsächlich unwandelbar, weil der Belegenheitsort einer unbeweglichen Sache unveränderlich ist (zuvor ab S. 82). Vertriebsverträge knüpfen ebenfalls an das unwandelbare Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ des Vertriebshändlers (Art. 4 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3, zuvor ab S. 83). Dasselbe gilt für Versicherungsverträge über Großrisiken in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherers (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3, zuvor ab S. 83). Versicherungsverträge über andere Risiken als Großrisiken knüpfen an die Risikobelegenheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3, zuvor ab S. 85).

Die Rom I-VO entscheidet sich mithin bei Individualarbeitsverträgen bewusst für eine wandelbare Ausgestaltung des Anknüpfungsmoments. Würde man nun die *nach* einem Statutenwechsel neu entstehenden Leistungspflichten weiterhin dem Statut im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zuordnen, wäre der Statutenwechsel bedeutungslos. Das würde zum einen dem Stellenwert von Art. 8 Abs. 2 S. 2 nicht gerecht, den dessen gesetzgeberischen Sonderstatus erkennen lässt. Er möchte gerade sicherstellen, dass man die Leistungspflichten ab einem Statutenwechsel gemäß dem neuen Statut beurteilt. Zwar entstehen die *ersten* Leistungspflichten bei einem Dauerschuldverhältnis bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Anschließend entstehen jedoch permanent neue. Art. 8 Abs. 2 S. 2 bringt zum Ausdruck, dass diese nach dem neuen Statut zu beurteilen sind, sofern sie nach dem Statutenwechsel entstehen. Zum anderen ist es auch nicht die Intention des EU-Gesetzgebers, Normen ohne praktische Wirkung zu verabschieden (*effet utile*, zuvor ab S. 103).

Das entspricht auch dem Zweck von Art. 8 Abs. 2, der die Leistungspflichten dem gewöhnlichen Arbeitsort zuordnen möchte, weil das dortige soziale, gesellschaftliche und politische Umfeld das Arbeitsverhältnis in besonderem Maß beeinflusst. Der Arbeitnehmer fügt sich diesem Umfeld dauerhaft und einvernehmlich ein. Der Arbeitgeber stimmt diesem, die Arbeitsleistung prägendem Umfeld ebenfalls zu. Dadurch richten sie ihre rechtlichen Erwartungen entsprechend aus.

Dieselben oder ähnliche Rückschlüsse lässt Art. 3 Abs. 2 zu, der ebenfalls anerkanntermaßen *Ex-nunc*-Statutenwechsel umfasst (zuvor ab S. 147 und 152). Zum einen muss er ebenfalls praktische Wirkungen entfalten. Zum anderen kann man davon ausgehen, dass die Parteien durch eine Rechtswahl die Leistungspflichten nicht deren prägendem Umfeld entziehen möchten. Insoweit ist die Rechtswahlvereinbarung allerdings zu interpretieren (nachfolgend ab S. 344).

(bbb) Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts

Der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts möchte im Ausgangspunkt, dass man die Leistungspflichten eines Vertrags dessen Abschlussstatut zuordnet (grundlegend zuvor ab S. 323). Die engste Verbindung streitet hingegen für das Entstehungsstatut der Leistungspflicht. Wie eingangs dargestellt, ist das bei den punktuellen Schuldverhältnissen grundsätzlich das Abschlussstatut. Lediglich ausnahmsweise entsteht eine Leistungspflicht erst nach dem Abschlussstatut, nämlich durch Vertragsänderung oder -erweiterung. Zumindest bei anfänglichen Leistungspflichten punktueller Schuldverhältnisse sprechen somit beide Abwägungspositionen für das Abschlussstatut – der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts *sowie* das Prinzip der engsten Verbindung. Wenn Leistungspflichten erst nach dem Statutenwechsel entstehen, ist meines Erachtens dem Prinzip der engsten Verbindung höheres Gewicht beizumessen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1): Ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel führt nämlich in jedem Fall zu einer zeitlichen Aufspaltung des Vertragsstatuts. Bei der einheitlichen Anwendung des neuen Vertragsstatuts wäre auf die Zeit vor dem Statutenwechsel das alte Statut anzuwenden. Bei der einheitlichen Anwendung des alten Statuts hätte der Statutenwechsel keine Auswirkung, obwohl er zumindest gemäß Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 anerkannt ist. Angesichts dessen ist das Vertragsstatut aufzuspalten. In der Folge ist auf Leistungspflichten deren jeweiliges Entstehungsstatut anzuwenden, nicht das Abschlussstatut des Vertrags.

(ccc) Gebot berechenbarer Kollisionsnormen

Des Weiteren streitet das Gebot berechenbarer Kollisionsnormen für eine Zuordnung der Leistungspflichten zu ihrem jeweiligen Entstehungsstatut und damit dessen Fortgeltung (Erwägungsgrund 16 S. 1): Es ist eher fernliegend, dass die Vertragsparteien erwarten, dass Leistungspflichten nach dem neuen Statut zu beurteilen sind, obwohl sie bereits wirksam unter einem früheren Statut entstanden sind. Zum Beispiel werden sie eine ursprüngliche Lieferpflicht dem Statut im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zuordnen. Der Entstehungszeitpunkt ist für beide Parteien regelmäßig besser erkenntlich und planbar als ein späterer Erfüllungszeitpunkt. Dieser Ansicht ist auch Generalanwalt Norkus in der Rechtssache *Locatrans*.⁷²⁴

(ddd) Rechtssicherheit

Schließlich spricht die Erwägung der Rechtssicherheit für eine Anknüpfung an das Entstehungsstatut der Leistungspflicht: Sie möchte nicht nur widersprüchlichen Entscheidungen vorbeugen, sondern auch einseitige Manipulationen verhindern und die Erwartungen des Rechtsverkehrs schützen (zuvor ab S. 112). Vor diesem Hintergrund kann der Zeitpunkt der (ersten teilweisen) Ausführung der Leistung nicht maßgeblich sein. Zum einen könnte ihn der Leistende einseitig manipulieren: Er könnte die Ausführung einer Leistung in Antizipation eines Statutenwechsels verzögern (nachfolgend ab S. 297). Zum anderen wäre das anzuwendende Recht für den übrigen Rechtsverkehr nicht vorhersehbar (Erwägungsgrund 16 S. 1).

(eee) Ergebnisse: Entstehungsstatut der Leistungspflichten entscheidend

Die Leistungspflichten von vertraglichen Schuldverhältnissen sind mithin dem Statut zuzuordnen, das im Zeitpunkt ihrer Entstehung gilt. Dieser Zeitpunkt ist bei Dauerschuldverhältnissen dynamisch, weil bei ihnen stets neue Leistungspflichten entstehen und ihr Entstehungsstatut damit regelmäßig dem Abschlusstatut entspricht. Sofern die Leistungspflichten nach einem *Ex-nunc*-Statutenwechsel entstehen, sind sie dem neuen Statut zuzuordnen. Es ist daher *Mankowski*, *Junker* und *Deinert* zuzustimmen und dem Statutenwechsel bei Individualarbeitsverträgen gemäß Art. 8 Rom

724 GA Norkus Schlussa. v. 3.7.2025 – C-485/24 = BeckRS 2025, 14955 (Rn. 51) – *Locatrans*.

I-VO eine „segmentierende“ Wirkung zuschreiben (zuvor ab S. 160). Im Rahmen der Rom II-VO beschreibt die Literatur diese Wirkung als „zeitliche Mosaikbetrachtung“, weil zeitlich gestreckte oder gestreute Erfolgsorte zu relativen *Ex-nunc*-Statutenwechseln führen (nachfolgend ab S. 370).

Hingegen sind die Leistungspflichten von punktuellen Schuldverhältnissen regelmäßig nach dem Abschlussstatut zu beurteilen, weil sie meistens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen. Sie sind dann auch nach einem Statutenwechsel diesem Abschlussstatut zuzuordnen. Ein Beispiel wäre ein Warenlieferungsvertrag, den ein anderer Lieferant nach Vertragsschluss übernimmt. Auch dann, wenn der Warenlieferungsvertrag die mehrmalige Lieferung bestimmter Waren vorsieht, kann ein punktuell Schuldverhältnis vorliegen. Entscheidend ist, dass die Leistungspflichten derart konkret bestimmt sind, dass sie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen. Hingegen liegt ein (echtes) Dauerschuldverhältnis vor, wenn der Leistungsumfang im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bestimmt ist – zum Beispiel, weil der Käufer die Waren nach Bedarf abrufen (eng. „*just in time*“, insbesondere bei Zulieferverträgen).

Bei einem punktuellen Schuldverhältnis können das Abschluss- und Entstehungsstatut auseinanderfallen, wenn die Leistungspflichten erst nachträglich durch eine Vertragsänderung entstehen. Sofern die Parteien die Leistungspflichten erst nach einem Statutenwechsel vereinbaren, sind sie grundsätzlich nach dem neuen Statut zu beurteilen. Etwas anderes kann nur bei einer ausdrücklichen oder konkludenten Rechtswahl zugunsten des alten Statuts gelten (nachfolgend ab S. 344).

(bb) Erfüllungsstatut der Leistungspflichten hingegen nicht maßgeblich

Das Statut zum Zeitpunkt der Erfüllung ist hingegen nicht maßgeblich („Erfüllungsstatut“). Man könnte zwar auf den ersten Blick meinen, dass das Erfordernis einer praktischen Wirkung der Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO für das Erfüllungsstatut spricht (*effet utile*). Das Entstehungsstatut der Leistungspflichten entspricht nämlich häufig dem Abschlussstatut des Vertrags – außer im Falle nachträglich entstehender Leistungspflichten. Ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel bliebe daher häufig ohne Folgen. Die akzessorische Zuordnung von sekundären Leistungspflichten und Einwendungen verstärkt diesen Einwand dazu noch (nachfolgend ab S. 338 und 340). In systematischer Hinsicht unterstützt Art. 12 Abs. 1 lit. b–d das Ergebnis, Leistungspflichten ihrem jeweiligen Entstehungsstatut zuzuordnen. Er ist Ausdruck der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts

und normiert, dass für die Erfüllung, Nichterfüllung und das Erlöschen von Vertragspflichten das Vertragsstatut gilt. Das schließt zwar nicht unmittelbar die Regel mit ein, dass Leistungspflichten ihrem Entstehungsstatut zuzuordnen sind. Gleichwohl zeigt die Norm mittelbar, dass die Leistungspflichten bei einem Statutenwechsel möglichst frühzeitig und dann einheitlich anzuknüpfen sind. Das deutet in Richtung Entstehungsstatut – zumindest dann, wenn keine anderweitige ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl vorliegt (nachfolgend ab S. 344). Das Prinzip der engsten Verbindung stützt ebenfalls das Entstehungsstatut (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1). Zwar könnte man einwenden, dass sich die Leistungspflicht erst im Zeitpunkt ihrer Erfüllung materialisiert. Allerdings würde man mit diesem Ansatz verkennen, dass die Leistungspflicht bereits vor der Erfüllung wirkt und das Verhalten des später Erfüllenden beeinflusst – insbesondere zur Vorbereitung der Leistung oder über die Nebenpflichten.

Darüber hinaus entspricht es der Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen, die Leistungspflichten ihrem Entstehungsstatut zuzuordnen (Erwägungsgrund 16 S. 1 Var. 1). Ein späteres Statut entspricht regelmäßig nicht den Parteierwartungen, weil es nicht absehbar ist. Die Parteien wüssten zum Zeitpunkt der Entstehung der Pflichten nicht, welchen genauen Inhalt und Umfang die Pflichten haben. Bei einer teilweisen Erfüllung vor dem Statutenwechsel würde das Statut für dieselbe Leistungspflicht aufgespalten. Darüber hinaus könnte auch der übrige Rechtsverkehr die Leistungspflicht nicht oder zumindest nicht vollständig bewerten (Rechtssicherheit, ebenfalls Erwägungsgrund 16 S. 1 Var. 2).

(cc) Fortbestand entstandener Leistungspflichten

Sind Leistungspflichten nach ihrem Entstehungsstatut einmal wirksam entstanden, dann überdauern sie unter der Rom I-VO einen nachfolgenden *Ex-nunc*-Statutenwechsel („Fortbestand entstandener Leistungspflichten“). Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 Rom I-VO steht einer derartigen Auslegung nicht entgegen. Er trägt keinen Umkehrschluss dergestalt, dass alle Rechte außer Drittrechten durch einen Statutenwechsel untergehen. Das gilt selbst dann, wenn man ihm auch bei *Ex-nunc*-Statutenwechsel einen Anwendungsbereich zuspricht. Er betrifft nämlich lediglich subjektive Statutenwechsel und ist nach seinem Zweck nicht auf objektive Statutenwechsel zu erweitern (zuvor ab S. 152). Die tatbestandliche Besonderheit der nachträglichen Rechtswahl besteht darin, dass die Vertragsparteien das Statut gewillkürt steuern. Nur in diesem Fall will Art. 3 Abs. 2 S. 2 Var. 2 die Rechte Dritter

schützen. Hingegen hat er nicht die Konstellation im Blick, dass das Statut ohne entsprechenden Rechtswahlwillen wechselt.

Der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung spricht weder für noch gegen den Fortbestand entstandener Leistungspflichten über einen Statutenwechsel hinaus. Er wirkt lediglich einer Aufspaltung des Vertragsstatuts entgegen (zuvor ab S. 323). Sie tritt nicht durch den Fortbestand der Leistungspflicht ein, sondern deren Zuordnung zum alten oder neuen Statut. Das Prinzip der engsten Verbindung weist Leistungspflichten fortwährend deren Entstehungsstatut zu (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1, nachfolgend ab S. 331). Auf diese Weise stützt es auch einen Fortbestand entstandener Leistungspflichten.

Des Weiteren streitet auch die Berechenbarkeit der Kollisionsnormen gegen den Untergang entstandener Leistungspflichten durch einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel (Erwägungsgrund 16 S. 1 Var. 1). Die Vertragsparteien rechnen regelmäßig nicht damit, dass eine zuvor wirksam entstandene Leistungspflicht infolge eines objektiven Statutenwechsels entfällt. Bei einem objektiven Statutenwechsel haben es die Parteien in der Regel nicht unmittelbar im Blick, dass sich das Statut verschiebt. Sie erwarten daher nicht, dass die Veränderung ihr bisheriges Verhalten revidiert. Das wäre jedoch der Fall, wenn eine bereits entstandene Leistungspflicht wieder entfallen würde. Schließlich entspräche es nicht der Rechtssicherheit des Rechtsverkehrs, wenn derartige Leistungspflichten ohne sachrechtlichen Grund entfallen oder infrage gestellt würden (Erwägungsgrund 16 S. 1 Var. 2).

Es ist daher davon auszugehen, dass die Rom I-VO nicht möchte, dass wirksam entstandene Leistungspflichten allein durch einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel untergehen. Vielmehr erhält die Rom I-VO derartige Leistungspflichten aufrecht. Die Rom I-VO fixiert die Wirksamkeit der Leistungspflicht im Zeitpunkt ihrer Entstehung (Fortbestand entstandener Leistungspflichten).

(dd) Fortgeltung des Entstehungsstatuts

Die Rom I-VO beurteilt vor einem *Ex-nunc*-Statutenwechsel entstandene Leistungspflichten weiterhin nach dem alten Entstehungsstatut („Fortgeltung des Entstehungsstatuts“). Die Wertungen des neuen Statuts erachtet die Rom I-VO insoweit als unerheblich. Das entspricht dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts. Ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel spaltet das Vertragsstatut zwar tatbestandlich in jedem Fall (zuvor ab S. 323). Im Sinne des Grundsatzes ist diese Aufspaltung dann jedoch

im Rahmen der Rechtsfolgen des Statutenwechsels zu minimieren. Es entspricht ihm daher deutlich besser, wenn man entstandene Leistungspflichten über einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel hinaus fortbestehen lässt. Auf diese Weise kann man die Aufspaltung des Vertragsstatuts deutlich abmildern, weil für jede Leistungspflicht einheitlich deren Entstehungsstatut gilt. Die Zuordnung wechselt im Zuge eines Statutenwechsels nicht. Das entspricht auch dem Prinzip der engsten Verbindung (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1). Eine Leistungspflicht weist die engste Verbindung zu dem Statut ihrer Entstehung auf, nicht ihrer Geltendmachung oder Erfüllung. Die Vertragsparteien wollen den Umfang und Inhalt der Leistungspflicht im Zeitpunkt ihrer Entstehung festlegen. Schließlich streiten die Erwartungen der Vertragsparteien dafür, das alte Entstehungsstatut fortgelten zu lassen (Berechenbarkeit, Erwägungsgrund 16 S. 1). Die Parteien werden nicht erwarten, dass man einen vergangenen Sachverhalt nach dem neuen Statut beurteilt. Letzteres käme einer *Ex-tunc*-Wirkung nahe, die meines Erachtens nur bei eindeutigem entsprechendem Parteiwillen eintritt (zuvor ab S. 318).

(b) Ausnahme: Sekundäre Leistungspflichten folgen primären Leistungspflichten

Der Grundsatz der Anknüpfung an das Entstehungsstatut der jeweiligen Leistungspflicht gilt nicht für sekundäre Leistungspflichten. Bei ihnen handelt es sich um solche Pflichten, die auf einer Verletzung primärer Pflichten beruhen. Sie sind akzessorisch dem Entstehungsstatut dieser primären Pflichten zuzuordnen. Es besteht mithin ein Gleichlauf zwischen primären und sekundären Leistungspflichten. Das gilt insbesondere bei Leistungspflichten, die durch Leistungsstörungen entstehen. Ein Beispiel ist, dass die Lieferung der mangelhaften Ware erst nach der Vertragsübernahme erfolgt. Dann würden die Ansprüche der Mängelgewährleistung erst nach dem Statutenwechsel entstehen. Meines Erachtens wären sie dennoch dem Entstehungsstatut der Lieferpflicht zuzuordnen. Ein anderes Beispiel ist eine Leistungsstörung nach einvernehmlicher Verlegung des Übernahme- oder Ablieferungsorts bei einem Güterbeförderungsvertrag.

Der Gleichlauf gründet systematisch auf Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I-VO. Dieser ordnet an, dass die „Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung dieser Verpflichtungen“ nach dem Vertragsstatut zu bestimmen sind. In teleologischer Hinsicht streitet die Rechtssicherheit für dasselbe Ergebnis (Erwägungsgrund 16 S. 1): Es muss sichergestellt bleiben, dass

Primär- und Sekundärrechte miteinander kompatibel und aufeinander abgestimmt sind. Andernfalls drohen widersprüchliche Gerichtsentscheidungen. Sie möchte auch der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts vermeiden (zuvor ab S. 323). Zwar verlangt die Rom I-VO, dass *Ex-nunc*-Statutenwechsel praktische Wirkungen haben (*effet utile*, Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2, zuvor ab S. 331). Diese Arbeit hat jedoch bereits dargelegt, dass das den Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung nicht komplett aufhebt. Vielmehr begrenzt dieser auch die Aufspaltung des Vertragsstatuts auf der Rechtsfolgenseite, indem er einzelne Rechtsfragen möglichst wenig aufspaltet (zuvor ab S. 331). Das gilt auch für zusammenhängende Rechtsfragen wie primäre und sekundäre Leistungspflichten, um Widersprüchen vorzubeugen. Das Prinzip der engsten Verbindung deutet angesichts des Gesagten nicht eindeutig in Richtung eines separaten Entstehungsstatuts für sekundäre Leistungspflichten – die engste Verbindung besteht eher im Entstehungsstatut der primären Leistungspflichten (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1).

(c) Ergebnis: Separates Entstehungsstatut pro Leistungspflicht, sofern keine sekundären Leistungspflichten oder anderweitige Rechtswahl

Die Rom I-VO ordnet die Leistungspflichten eines Vertrags im Fall eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels dem Statut zu, das im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entstehung gilt. Sie sind separat zu beurteilen (Entstehungsstatut, zuvor ab S. 331). Ein derartiger Statutenwechsel hat daher keine Auswirkungen auf das anzuwendende Recht, wenn die Leistungspflichten bereits zuvor wirksam entstanden sind (Fortbestand entstandener Leistungspflichten, zuvor ab S. 336). Im Fall punktueller Schuldverhältnisse entstehen die Leistungspflichten regelmäßig im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Das Entstehungsstatut der Leistungspflichten entspricht dann dem Abschlussstatut des Vertrags. Ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel hat daher für sie regelmäßig keine Konsequenzen. Anders ist das bei Leistungspflichten, die erst nach dem Statutenwechsel entstehen. Bei punktuellen Schuldverhältnissen ist das aufgrund einer Vertragsänderung oder -erweiterung denkbar, bei Dauerschuldverhältnissen entstehen stetig neue Leistungspflichten. In diesen Fällen sind die neu entstehenden Leistungspflichten dem neuen Statut zuzuordnen, weil das ihr Entstehungsstatut ist (zuvor ab S. 331). Das jeweilige Entstehungsstatut einer Leistungspflicht gilt über einen nachfolgenden *Ex-nunc*-Statutenwechsel hinweg fort (Fortgeltung des Entstehungsstatuts,

zuvor ab S. 337). Das Erfüllungsstatut ist hingegen unbeachtlich (zuvor ab S. 335).

Von diesen Grundsätzen gibt es jedoch zwei Ausnahmen. Zum einen kann eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl eine Leistungspflicht einem früheren oder späteren Statut als dem Entstehungsstatut zuordnen (Gleichlauf, zuvor ab S. 344). Zum anderen haben sekundäre Leistungspflichten kein eigenes Entstehungsstatut, sondern folgen dem der primären Leistungspflichten (zuvor ab S. 338).

(4) Einwendungen: Folgen Entstehungsstatut der Leistungspflichten oder Abschlussstatut des Vertrags – Gleichlauf

Die Rom I-VO bestimmt auch das anzuwendende Recht der Einwendungen. Das gilt insbesondere für die Erfüllung, die Nichterfüllung und das Erlöschen der vertraglichen Verpflichtungen im Sinne des Art. 12 Abs. 1 lit. b, c und d Var. 1. Des Weiteren nennt Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 2 und lit. e ausdrücklich die Verjährung, Verwirkung und Nichtigkeit des Vertrags. Dabei verbindet Art. 12 Abs. 1 diese Rechtsfragen immer mit dem Vertragsstatut. Gemäß Art. 12 Abs. 2 ist lediglich bei der Erfüllung der vertraglichen Pflichten „das Recht des Staates, in dem die Erfüllung erfolgt, zu berücksichtigen.“ Neben Art. 12 erfassen die Art. 10, 11, 13, 14 und 17 Einwendungen im Hinblick auf die Einigung und materielle Wirksamkeit, die Form, die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit, die Abtretung, die Legalzession und die Aufrechnung.⁷²⁵ Art. 17 erfasst nach der herrschenden Ansicht neben der Aufrechnung auch Zurückbehaltungsrechte.⁷²⁶ Die Art. 10, 11, 13, 14 und 17 stellen dabei überwiegend *akzessorisch* auf das Vertrags- oder Forderungsstatut ab (Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 Var. 1, Abs. 3 Var. 1, Art. 14 Abs. 2 und Art. 17). Teilweise enthalten sie jedoch auch *eigenständige* andere Anknüpfungen (Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 Var. 2, 3, Abs. 3 Var. 2, 3 und Art. 13).

Vor diesem Hintergrund möchte dieser Abschnitt klären, welchem Statut die Rom I-VO Einwendungen im Fall eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels zuordnet. Im Raum steht eine akzessorische Zuordnung mit dem Abschlussstatut des Vertrags, dem Entstehungsstatut der jeweiligen Leistungspflicht oder eine eigenständige Zuordnung. In den beiden ersten Fällen würde

⁷²⁵ Statt vieler nur *Leible*, in Hübstege/Mansel, Art. 12 Rom I-VO Rn. 36 f. mwN; *Spellenberg*, in MüKo BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 172 mwN.

⁷²⁶ Statt vieler nur *Thole*, in BeckOGK, Art. 17 Rom I-VO Rn. 19 aE mwN.

man die Einwendungen akzessorisch zuordnen (Gleichlauf). Im letzten Fall würde man sie hingegen eigenständig zuordnen (kein Gleichlauf). Als eigenständiger Ansatz kommt das Statut im Zeitpunkt der Entstehung oder Ausübung der Einwendungen in Betracht („Entstehungsstatut“ oder „Ausübungsstatut“). Für eine eigenständige Zuordnung spricht in systematischer Hinsicht die praktische Wirkung der *Ex-nunc*-Statutenwechsel, welche die Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 anerkanntermaßen vorsehen (*effet utile*). Für eine Zuordnung zum Abschlussstatut spricht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts, der Ausdruck in Art. 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 lit. b, c, d und e findet. Für die Zuordnung zum Entstehungsstatut der betroffenen Leistungspflicht lässt sich hingegen Art. 17 anführen. Er knüpft das Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsstatut akzessorisch an das Statut der Hauptforderung, nicht der Gegenforderung. In ähnlicher Weise erachtet Art. 14 Abs. 2 für Einwendungen des Zessionar gegenüber dem Zessionar ausdrücklich das Statut der Forderung für maßgeblich – „die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann, und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner“. Im Fall der Legalzession richtet sich die Aufrechterhaltung der Einreden ebenfalls nach dem Forderungsstatut, weil Art. 15 lediglich über die Berechtigung des Dritten zur Geltendmachung der Forderung entscheidet („Zessionsgrundstatut“).⁷²⁷ Die Rom I-VO knüpft Einwendungen mithin überwiegend *akzessorisch* an das Vertrags- oder Forderungsstatut (Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 Var. 1, Abs. 3 Var. 1, Art. 14 Abs. 2, Art. 17). Soweit die Rom I-VO einen *eigenständigen* anderen Ansatz vorsieht, muss nach ihm zunächst überhaupt ein Statutenwechsel eintreten (Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 Var. 2, 3, Abs. 3 Var. 2, 3 und Art. 13). Das wird häufig nicht der Fall sein, weil diese unwandelbar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses anknüpfen. Für den einfachen und gewöhnlichen Aufenthalt, die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit nebst deren Kenntnis im Sinne der Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1, 2 und Art. 13 habe ich das bereits dargelegt. Sie sind unwandelbar. Darüber hinaus sind die Anknüpfungsmomente des Art. 11 Abs. 3 Var. 2 und 3 ausdrücklich unwandelbar, soweit sie nicht auf das Vertragsstatut verweisen (zuvor ab S. 83, 90 und 93).

Das spricht bei einem *Ex-nunc*-Statutenwechsel ebenfalls dafür, Einwendungen akzessorisch dem Vertragsstatut in Gestalt des Abschlussstatuts oder dem Forderungsstatut in Gestalt des Entstehungsstatuts der Leistungs-

⁷²⁷ Statt vieler nur *Martiny*, in MüKo BGB, Art. 15 Rom I-VO Rn. 10 und 14 jeweils mwN.

pfllichten zuzuordnen. Zugegebenermaßen regelt keine dieser Normen mit der akzessorischen Anknüpfung unmittelbar die *zeitliche* Konzentration angesichts eines Statutenwechsels. Gleichwohl kann man meines Erachtens von dieser *sachlichen* Konzentration mittelbar auf die *zeitliche* Konzentration schließen.

Die akzessorische Anknüpfung an das Abschlussstatut des Vertrags widerspricht dem Erfordernis der praktischen Wirkung der Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 (*effet utile*). Diesem Erfordernis würde es am besten gerecht, wenn man die Einwendungen ihrem eigenen Entstehungsstatut zuordnen würde. Das unterstützt auch das Prinzip der engsten Verbindung (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1). Wie soeben dargelegt, widersprechen jedoch die Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 Var. 1, Art. 12 Abs. 1 lit. b, c, d, e, Art. 14 Abs. 2 und Art. 17 einer eigenständigen Zuordnung der Einwendungen. Dabei ist die Erwägung berechenbarer Kollisionsnormen nach Erwägungsgrund 16 S. 1 offen. Angesichts der Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 Var. 1 und Art. 12 Abs. 1 lit. b, c, d, e müssen die Parteien mit einer akzessorischen Zuordnung zum Abschlussstatut des Vertrags rechnen – angesichts des Art. 14 Abs. 2 und Art. 17 jedoch mit einer akzessorischen Zuordnung zum Entstehungsstatut der Leistungspflichten.

Meines Erachtens ergibt aus der Abwägung des Grundsatzes der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts und dem Erfordernis der praktischen Wirkung, dass die Einwendungen gegen Leistungspflichten akzessorisch dem Entstehungsstatut dieser Leistungspflichten zuzuordnen sind. Lediglich Einwendungen gegen die Vertragswirksamkeit sind akzessorisch dem Abschlussstatut des Vertrags zuzuordnen (Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 Var. 1 und Art. 12 Abs. 1 lit. e). Dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung ist damit zumindest teilweise entsprochen, weil man die Rechtsfragen durch die akzessorische Zuordnung nicht komplett aufspaltet. Dazu wird die praktische Wirkung der Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 zumindest teilweise erreicht, weil ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel Auswirkungen auf spätere Leistungspflichten und deren Einwendungen hat.

Darüber hinaus werden Widersprüche durch die akzessorische Zuordnung weitgehend vermieden, weil Widersprüche hauptsächlich bei einem Auseinanderfallen mit dem Statut der Leistungspflichten eintreten könnten. Dadurch wird diese Lösung dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts gemäß Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 und der Rechtssicherheit nach Erwägungsgrund 16 S. 1 gerecht. Beide möchten Wertungswidersprüche und Kompatibilitätsprobleme verhindern.

Insgesamt sind Einwendungen im Kontext von *Ex-nunc*-Statutenwechseln daher akzessorisch dem Entstehungsstatut der Leistungspflicht zuzu-

ordnen, auf die sie sich beziehen (Art. 12 Abs. 1 lit. b, c, d, Art. 14 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 2). Richten sie sich gegen die Wirksamkeit des Vertrags insgesamt, dann folgen sie hingegen dessen Abschlussstatut (Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 Var. 1 und Art. 12 Abs. 1 lit. e).

(5) Gestaltungsrechte: Folgen Abschlussstatut des Vertrags oder Entstehungsstatut der Leistungspflichten

Die Rom I-VO ordnet Gestaltungsrechte dem Abschlussstatut des Vertrags zu, sofern sie die Wirksamkeit des Vertrags im Sinne der Art. 10 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 lit. e betreffen (Gleichlauf mit dem Statut des Vertrags). Das gilt insbesondere für die Anfechtung und den Widerruf.⁷²⁸ Zwar sehen Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 eigenständige Ansätze vor und berufen nicht zwingend das Vertragsstatut. Die Grundsätze der Art. 10 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 sind jedoch vorrangig und zugleich Ausdruck des Grundsatzes der einheitlichen Anknüpfung (zuvor ab S. 108).

Betreffen die Gestaltungsrechte nicht die Wirksamkeit des Vertrags, sondern die Erfüllung, Nichterfüllung, das Erlöschen, die Verjährung oder Verwirkung der Vertragspflichten im Sinne des Art. 12 Abs. 1 lit. b–d, dann folgen sie dem Entstehungsstatut der jeweiligen Leistungspflicht (Gleichlauf mit dem Statut der Leistungspflicht). Es geht insbesondere um die Minderung, den Rücktritt und die Kündigung. Ihre akzessorische Zuordnung gründet auf den Auslegungserwägungen, die ich bereits im Rahmen der sekundären Leistungspflichten und der Einwendungen dargelegt habe. Letztere Erwägungen schließen die Abtretung und Aufrechnung im Sinne der Art. 14 und 17 mit ein. Zwar deutet Art. 12 Abs. 1 lit. b–d zunächst eher in Richtung des Abschlussstatuts, weil er im Sinne der einheitlichen Anknüpfung das Vertragsstatut beruft. Das würde allerdings insbesondere dem Erfordernis der praktischen Wirkung eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels im Rahmen der Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 widersprechen (*effet utile*). Darüber hinaus streitet die Abwägung zwischen dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung und dem Prinzip der engsten Verbindung dafür, die Gestaltungsrechte akzessorisch dem Entstehungsstatut der betroffenen Leistungspflicht und keinem eigenständigen Entstehungsstatut zuzuordnen (Erwägungsgründe 16 S. 2 und 21 S. 1, zuvor ab S. 338 und 340).

728 Statt vieler nur *Spellenberg*, in MüKo BGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 176 mwN; *Leible*, in Hüßtege/Mansel, Art. 12 Rom I-VO Rn. 36 mwN.

(6) Gegensätzliche ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl

Die Vertragswirksamkeit, eine Leistungspflicht, Einwendung oder ein Gestaltungsrecht ist einem früheren oder späteren Statut zuzuordnen, wenn eine entsprechende ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl vorliegt. Die Vertragsparteien können die Wirkung eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels durch eine Rechtswahl verändern. Das gilt etwa zugunsten des alten Statuts, wenn sie durch eine Vertragserweiterung einen vorangegangenen Leistungsaustausch abermals vollziehen, also duplizieren wollen. In dieser Konstellation spricht viel dafür, eine konkludente Rechtswahl zugunsten des alten Statuts anzunehmen. Vorstellbar ist beispielsweise, dass die Vertragsparteien einen Warenlieferungsvertrag nachträglich um weitere Mengen erweitern möchten, nachdem ein anderer Lieferant den Vertrag übernommen hat. In diesem Fall würde vor der Vertragserweiterung ein Statutenwechsel eintreten, weil sich durch die Vertragsübernahme die Anknüpfungsperson des gewöhnlichen Aufenthalts aus Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO geändert hat. Alternativ könnten die neuen Vertragsparteien den ursprünglich auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Warenlieferungsvertrag zu einem Sukzessivlieferungsvertrag erweitern. Denkbar ist ebenfalls, dass dieselben Vertragsparteien einen Güterbeförderungsvertrag derart erweitern, nachdem der Übernahme- oder Ablieferungsort als wandelbares Anknüpfungsmoment des Art. 5 Abs. 1 verlegt wurde.

Eine konkludente Rechtswahl zugunsten eines späteren Statuts ist insbesondere dann vorstellbar, wenn die Parteien bereits kurz nach dem Vertragsschluss eine Rechtswahl schließen. Dann steht zwar auch eine rückwirkende Rechtswahl im Raum. Sie kann aber nicht gewollt sein, wenn die Vertragswirksamkeit dadurch in Frage gestellt würde oder Nebenpflichten bereits erbracht wurden.

Insgesamt kann eine konkludente Rechtswahl insbesondere die grundsätzliche Zuordnung der Leistungspflichten zu ihrem Entstehungsstatut verdrängen. Dieses Ergebnis ähnelt der Ansicht von *Magnus*. Er ordnet die Pflichten, welche durch eine Vertragsänderung nachträglich entstehen, dem Statut im Zeitpunkt des Abschlusses des Änderungsvertrags zu. Weiter räumt er jedoch ein, dass die Pflichten auf Tatbestandsebene vielfach dem Abschlussstatut zugeordnet werden:

„Ändern die Parteien die vertraglichen Pflichten ab – z. B. einverständliche Vertragsaufhebung und Rückabwicklung –, dann ist maßgebender Zeitpunkt für die Ermittlung des Vertragsstatuts der neuen Pflichten der Zeitpunkt der Vertragsänderung. Doch wird vielfach das ursprüngliche

*Vertragsstatut – sei es kraft stillschweigender Rechtswahl, sei es über Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO als die enger verbundene Rechtsordnung – fortgelten.*⁷²⁹

c. Ergebnisse: Grundsätzlich Ex-nunc-Wirkung – Wirksamkeit bei Vertragsschluss, Rechte und Pflichten bei Entstehung

Die vorangegangenen Abschnitte haben offenbart, dass die Rechtsfolgen von Statutenwechseln unter der Rom I-VO zahlreiche ungeklärte und sogar unbesprochene Fragen aufweisen. Im autonomen deutschen und ausländischen IPR scheint eine gefestigte Dogmatik zu existieren (zuvor ab S. 304). Hingegen fehlt es im Kontext der Rom I-VO an Untersuchungen, welche einer autonomen Auslegung genügen (zuvor ab S. 317 und 318). Das gilt insbesondere für Statutenwechsel mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*). Ich bin der Ansicht, dass sie die Mehrzahl der Statutenwechsel unter der Rom I-VO ausmachen, weil eine Rückwirkung lediglich bei einer entsprechenden Rechtswahl anzunehmen ist (*ex tunc*, zuvor ab S. 318).

aa. Absolute *Ex-tunc*-Wirkung

Liegt eine rückwirkende Rechtswahl vor, entfaltet ein Statutenwechsel „absolute“ *Ex-tunc*-Wirkung. Das heißt, dass er neben den künftigen alle vergangenen Rechtsfragen erfasst. Im Gegensatz zum autonomen nationalen IPR gibt es keine rückwirkungsfesten abgeschlossenen Tatbestände oder wohlherworbenen Rechte (zuvor ab S. 314).

bb. Relative *Ex-nunc*-Wirkung

Im Gegensatz zu dieser absoluten *Ex-tunc*-Wirkung haben *Ex-nunc*-Statutenwechsel lediglich eine „relative“ Wirkung. Das heißt nicht, dass sie lediglich in die Zukunft wirken und keine Rückwirkung entfalten – das steckt bereits in der begrifflichen Unterscheidung *ex tunc* und *ex nunc*. Der Zusatz „relativ“ beschreibt vielmehr, dass ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel nicht gleichsam *alle* Rechtsfragen dem neuen Statut unterstellt. Vielmehr gilt für bestimmte Rechtsfragen das alte Statut fort. Damit spaltet man zwar das Vertragsstatut entgegen dem Grundsatz einheitlicher Anknüpfung

729 Magnus, in Staudinger 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 124.

(Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 18). Meines Erachtens ist jedoch eine Ausnahme angezeigt, weil die Rom I-VO *Ex-nunc*-Statutenwechsel tatbestandlich anerkanntermaßen vorsieht: Die Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 hätten keine oder nur eine stark eingeschränkte praktische Wirkung, wenn nach dem Statutenwechsel weiter das ursprüngliche Vertragsstatut maßgeblich wäre (*effet utile*). Dabei möchte die Rom I-VO den Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung des Vertragsstatuts jedoch nicht komplett über Bord werfen. Er hat einen derart hohen Stellenwert, dass ihn der Tatbestand eines Statutenwechsels nicht gänzlich aushebelt. Vielmehr erfordert es der Grundsatz, dass man bestimmte Rechtsfragen weiterhin nach dem ursprünglichen Vertragsstatut oder einem früheren Statut beurteilt. Daher hat auf der Rechtsfolgenseite der *Ex-nunc*-Statutenwechsel eine Abwägung und Grenzziehung zwischen dem *Grundsatz* der einheitlichen und der *Ausnahme* der gespaltenen Anknüpfung zu erfolgen (Regel-Ausnahme-Verhältnis). Das Prinzip der engsten Verbindung und die Gebote der Berechenbarkeit und der Rechtssicherheit stützen häufig diese relative Wirkung der *Ex-nunc*-Statutenwechsel (Erwägungsgründe 16 und 21 S. 1, zuvor ab S. 323). Die Parteien können alle Wirkungen der Statutenwechsel durch eine Rechtswahl abändern, insbesondere auch durch eine konkludente Rechtswahl (zuvor ab S. 344).

cc. Vertragswirksamkeit: Grundsätzlich Abschlusstatut, außer bei Vertragstypverschiebung und Heilung

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere die Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich fortwährend nach dem ursprünglichen Abschlusstatut zu beurteilen. Die „Wirksamkeit“ umfasst dabei den sachlichen Anwendungsbereich der Art. 10, 11 und 13. Ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel hat daher in der Regel keine Auswirkungen auf das anzuwendende Recht der Vertragswirksamkeit. Es sind lediglich zwei Ausnahmen zu machen. Beruht der Statutenwechsel auf einer Vertragstypverschiebung, ist die Wirksamkeit des Vertrags für die Zukunft anhand des neuen Statuts zu bewerten. Darüber hinaus ist das neue Statut maßgeblich, wenn es zu einer Heilung der Wirksamkeit des Vertrags führt (zuvor ab S. 330).

dd. Leistungspflichten: Grundsätzlich jeweiliges Entstehungsstatut, außer bei sekundären Leistungspflichten

Vertragliche Leistungspflichten sind grundsätzlich dem Statut zuzuordnen, das im Zeitpunkt ihrer Entstehung galt (Entstehungsstatut). Sind sie vor dem Statutenwechsel wirksam entstanden, dann bestehen sie nach einem Statutenwechsel fort und sind weiter ihrem Entstehungsstatut zuzuordnen. Der Zeitpunkt ihrer Erfüllung ist hingegen irrelevant (Erfüllungsstatut), weil die Rom I-VO einseitige Manipulationen des anzuwendenden Rechts nicht berücksichtigt. Eine Ausnahme ist bei sekundären Leistungspflichten zu ziehen: Sie sind akzessorisch dem Entstehungsstatut der primären Leistungspflichten zuzuordnen (zuvor ab S. 339).

ee. Einwendungen und Gestaltungsrechte: Akzessorisch zu Abschluss- oder Entstehungsstatut

Im Fall von Einwendungen ist zu unterscheiden: Richten sie sich gegen eine Leistungspflicht, dann folgen sie dem Entstehungsstatut dieser Leistungspflicht. Richten sie sich aber gegen die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrags, dann folgen sie dem Abschlusstatut des jeweiligen Vertrags (zuvor ab S. 340). Dasselbe gilt für Gestaltungsrechte (zuvor ab S. 343).

9. Vorschlag zur Normierung der Wandelbarkeit in Art. 19a Rom I-VO n. F.

Basierend auf den vorangegangenen Untersuchungen unterbreite ich folgenden Vorschlag zur Normierung der Statutenwechsel unter der Rom I-VO nach zukünftigem Recht (lat. „*de lege ferenda*“):

Artikel 19a Rom I-VO

Statutenwechsel

(1) ¹Die Änderung einer Voraussetzung einer Kollisionsnorm dieser Verordnung nach der Entstehung eines vertraglichen Schuldverhältnisses führt dazu, dass ein anderes Recht auf dieses Schuldverhältnis anzuwenden ist als das Recht, das zuvor anzuwenden war („Statutenwechsel“), wenn die Änderung einvernehmlich erfolgt, die Voraussetzung veränderlich ist und für ihre Bestimmung kein früherer Zeitpunkt maßgebend ist, insbesondere der des Vertragsschlusses. ²Im Übrigen tritt ein Statutenwechsel lediglich dann ein, wenn durch die Änderung eine andere

Vertragsart dieser Verordnung einschlägig wird oder die Vertragsparteien wechseln und damit der Zeitpunkt der Änderung maßgeblich wird.

(2) ¹Ein Statutenwechsel kann nur dazu führen, dass eine frühere Rechtswahl gültig wird, es sei denn eine spätere Rechtswahl führt zu dem Statutenwechsel. ²Einseitige Änderungen können dazu führen, dass eine Rechtswahl gültig wird.

(3) ¹Für das Zustandekommen eines vertraglichen Schuldverhältnisses ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem es erstmals gültig wurde. ²Für eine Verpflichtung eines solchen Schuldverhältnisses ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem sie entstanden ist. ³Für Verpflichtungen, welche die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung einer anderen Verpflichtung betreffen, für Einwendungen oder für Gestaltungsrechte ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem die andere oder die betroffene Verpflichtung entstanden ist. ⁴Ein Statutenwechsel ändert das Recht zuvor entstandener Schuldverhältnisse, Verpflichtungen, Einwendungen und Gestaltungsrechte nur dann, wenn sich eine entsprechende Rechtswahl ausdrücklich oder eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder mit hinreichender Sicherheit aus den Umständen des Falles ergibt.

Der Vorschlag bildet die *de lege lata* gefundenen Ergebnisse zu den Tatbeständen von Statutenwechseln (Absatz 1), deren Verhältnis zur Rechtswahl (Absatz 2) und deren Rechtsfolgen (Absatz 3) ab. Absatz 1 normiert die Tatbestände der Statutenwechsel als Generalklausel. Auf eine enumerative Aufzählung der wandelbaren Anknüpfungselemente oder Regelbeispiele wurde zugunsten einer übersichtlichen und mit der übrigen Verordnung kohärenten Normierung verzichtet. In diesem Sinne definiert Satz 1 den Statutenwechsel und schreibt anschließend seine Tatbestandsmerkmale fest: Die Änderung muss einvernehmlich erfolgen, das betroffene Anknüpfungselement muss rechtlich oder tatsächlich veränderlich und nicht auf einen früheren Anknüpfungzeitpunkt fixiert sein. Diese Arbeit hat bereits dargelegt, warum eine Kombination dieser drei Tatbestandsmerkmale zielführend ist. Zwar weisen sie teilweise Überschneidungen und fließende Übergänge auf. Im Übrigen decken sie jedoch verschiedenartige Konstellationen ab, in denen Statutenwechsel ausscheiden (zuvor ab S. 300). Ob ein Anknüpfungselement der Rom I-VO veränderlich definiert ist, ergibt seine Auslegung. Dabei gibt es Anknüpfungselemente, die tatsächlich unveränderlich sind – wie die Belegenheit einer unbeweglichen Sache (Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO, zuvor ab S. 82). Außerdem können Anknüpfungselemente rechtlich unveränderlich definiert sein. Das trifft insbesondere auf den

Vertragsschluss zu. Er ist zwar materiellrechtlich, aber nicht zuständigkeitsrechtlich veränderlich (Art. 4–8 Rom I-VO, zuvor ab S. 138). Es ist meines Erachtens nicht nötig, die Konstellation einseitig ausübbarer vertraglicher Optionsrechte explizit zu normieren. Sie erfüllen aufgrund ihrer vertraglichen Basis das Tatbestandsmerkmal der einvernehmlichen Änderung (zuvor ab S. 297). Der Wortlaut zum früheren Anknüpfungszeitpunkt ist Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO nachgebildet („Für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend.“). Die ausdrückliche Nennung des „vertraglichen Schuldverhältnisses“ grenzt den Statutenwechsel zur Konstellation mehrerer Hauptfragen ab (zuvor ab S. 76, 189 und 285).

Absatz 1 Satz 2 adressiert die Aktualisierung des Anknüpfungszeitpunkts durch eine Vertragstypverschiebung oder Vertragsübernahme. In diesen Konstellationen berücksichtigt die Rom I-VO sogar die zwischenzeitliche Veränderung von Anknüpfungselementen, die zuvor unwandelbar auf den ursprünglichen Vertragsschluss fixiert waren (zuvor ab S. 249 und 285).

Absatz 2 regelt das Verhältnis der Statutenwechsel zu einer früheren oder späteren Rechtswahl. Satz 1 sieht vor, dass ein objektiver Statutenwechsel eine frühere Rechtswahl nur heilen, nicht aber beseitigen kann. Gemäß des zweiten Halbsatzes kann das nur eine spätere Rechtswahl. Satz 2 stellt klar, dass eine einseitige Veränderung eine Rechtswahl heilen kann, insbesondere im Rahmen der Optionsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Rom I-VO, zuvor ab S. 168). Die Möglichkeit, dass sich die Normendurchgriffe verschieben, muss meines Erachtens nicht normiert werden. Sie stellt die frühere Rechtswahl nicht infrage. Es ist daher logisch, dass man sie berücksichtigt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO, zuvor ab S. 170).

Absatz 3 betrifft die Rechtsfolgen von Statutenwechseln. Satz 1 legt den maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung der Wirksamkeit von Verträgen fest, während Satz 2 für vertragliche Verpflichtungen auf deren Entstehungszeitpunkt abstellt (zuvor ab S. 330 und 339). Satz 3 normiert die akzessorische Beurteilung von Sekundärrechten, Einwendungen und Gestaltungsrechten. Dabei greift er den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I-VO auf (zuvor ab S. 339). Satz 4 regelt, dass eine *Ex-tunc*-Wirkung lediglich ausnahmsweise bei entsprechender Rechtswahl eintritt. Er orientiert sich an dem Wortlaut der Rechtswahl gemäß Art. 3 Rom I-VO (zuvor ab S. 345).

III. Die Wandelbarkeit der Kollisionsnormen der Rom II-VO

Laut D. Paulus „ist nach der Rom I-VO jdf. für die objektive Bestimmung des Vertragsstatuts stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich“, weil es im gesamten Internationalen Privatrecht „um die verbindliche anfängliche Bestimmung des – jederzeit und als «Dauerzustand» – anwendbaren Rechts“ gehe.⁷³⁰ Mit dem zweiten Teil seiner Aussage bezieht sich D. Paulus auch auf die Rom II-VO. Man könnte mithin auch unter der Rom II-VO der Ansicht sein, dass ein Statutenwechsel generell nicht möglich sei. Diese Ansicht scheint auch Wilke zu vertreten: Er kommt zu dem Schluss, dass die Rom II-VO stets einen Anknüpfungszeitpunkt fixiere. Nichtsdestotrotz gebe es Unterschiede zwischen den Kollisionsnormen und keine generelle Regel.⁷³¹

Gleichwohl finden sich für die Rom II-VO derart generelle Aussagen seltener. Lediglich L. Rass-Masson will eine gewisse globale Tendenz der Rom II-VO zugunsten von „Anknüpfungen an fixe Zeitpunkte“ erkennen. Dies soll der Vermeidung nachträglicher Manipulationen dienen.⁷³² Allerdings kann man die Aussage auch als Zusammenfassung und nicht als Herausstellung eines übergeordneten Prinzips verstehen, verweist er doch ausdrücklich „nur“ auf die Kollisionsnormen in Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO.

Andere Autoren weisen meist lediglich darauf hin, dass sich die Anknüpfungszeitpunkte der Rom II-VO aus der jeweiligen Kollisionsnorm ergeben.⁷³³ Das sagt zwar nichts über die (Un-)Wandelbarkeit der Anknüpfungen aus. Insgesamt fällt dennoch auf, dass eine rechtsaktsweite Unwandelbarkeit unter der Rom II-VO seltener und weniger radikal vertreten wird. Man könnte das zunächst als naheliegend erachten, weil die Kollisionsnormen der Rom II-VO kein Vertragsschlusserfordernis enthalten. Jenes zieht die herrschende Ansicht im Rahmen der Rom I-VO als Argument dafür heran, die Kollisionsnormen als umfassend unwandelbar zu bewerten. Sie tut das vor allem mit Verweis auf Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO (zuvor ab S. 94). Auf eine derartige Vorschrift habe die Rom II-VO nach Picht verzichtet,

730 D. Paulus, ZZPInt 2016 (21), 199, 218 (Fn. 122).

731 Wilke, 193.

732 L. Rass-Masson, in BeckOGK, Art. 23 Rom II-VO Rn. 42.

733 L. Rass-Masson, in BeckOGK, Art. 23 Rom II-VO Rn. 42; Wilke, 193; Hochloch, in Erman, Art. 23 Rom II-VO Rn. 7; Jakob/Picht, in EuZPR/EuIPR, Art. 23 Rom II-VO Rn. 1.

weil der Anknüpfungszeitpunkt in den jeweiligen Kollisionsnormen geregelt sei.⁷³⁴

1. Unwandelbarkeit aufgrund ausdrücklicher Anordnung

a. Anknüpfungsmoment und -zeitpunkt „Schadenseintritt“ – Art. 4–7, 9 und 12 Rom II-VO

aa. Systematik: Anknüpfung an Ort und Zeitpunkt des Schadenseintritts

Die Rom II-VO verwendet den Eintritt des Schadens sowohl als Anknüpfungsmoment als auch Anknüpfungszeitpunkt. Das spiegelt bereits die allgemeine Kollisionsnorm in Art. 4 wider. Insoweit unterscheidet die Rom II-VO zwischen der „allgemeinen Regel“ in Abs. 1, der „Ausnahme“ in Abs. 2 und der „Ausweichklausel“ in Abs. 3 (Erwägungsgrund 18 S. 1–3).

Art. 4 Abs. 1 beruft den Ort des Schadenseintritts als Anknüpfungsmoment („Schadensort“, „Recht des Staates [...], in dem der Schaden eintritt“). Damit definiert er den Tatort als Erfolgsort. Der Handlungsort ist unerheblich („unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis [...] eingetreten“ ist).⁷³⁵ Parallel weisen die Produkthaftung, die Haftung für ein unlauteres Wettbewerbsverhalten gegenüber einem bestimmten Wettbewerber, die Haftung für eine Umweltschädigung und die Haftung für ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen das Anknüpfungsmoment „Tatort“ auf (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Var. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a). Sie verweisen dabei entweder auf Art. 4 Abs. 1 oder normieren eigenständig dasselbe Anknüpfungsmoment.

Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 verwendet Abs. 2 den Zeitpunkt des Schadenseintritts als Anknüpfungszeitpunkt für das Anknüpfungsmoment des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der geschädigten Person und des potenziellen Schädigers („Schadenszeitpunkt“, „zum Zeitpunkt des Schadenseintritts“). Das tun die Kollisionsnormen für die Produkthaftung, für bilateralen unlauteren Wettbewerb und für Arbeitskampfmaßnahmen ebenfalls (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 Einleitungssatz, Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Var. 1). Bei der Produkthaftung kombiniert die Rom II-VO den Anknüpfungszeitpunkt „Schadenseintritt“ darüber hinaus mit dem einseitigen Anknüp-

⁷³⁴ Picht, in EuZPR/EuIPR, Art. 23 Rom II-VO Rn. 1 mwN.

⁷³⁵ Statt vieler nur Rühl, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 40 mwN.

fungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt des Geschädigten“ (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a).

bb. Unwandelbarkeit des Schadenseintritts bei isolierter Betrachtung

Strenggenommen ist lediglich der Anknüpfungszeitpunkt „Schadenseintritt“ ausdrücklich fixiert (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 Einleitungssatz, Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 Var. 1 Rom II-VO). Das Anknüpfungsmoment „Schadensort“ weist hingegen keinen ausdrücklichen Anknüpfungszeitpunkt auf (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Var. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a). Die herrschende Ansicht interpretiert das Anknüpfungsmoment jedoch derart, dass es zugleich den Anknüpfungszeitpunkt normiert.⁷³⁶ Ich stimme dieser Ansicht zu. Beide Anknüpfungselemente sind aufgrund ihrer einheitlichen Referenz auf den „Schadenseintritt“ kombiniert zu betrachten. Das spricht zum einen dafür, dass die Nichtbeachtung von indirekten Schadensfolgen auch für den Anknüpfungszeitpunkt gilt. Zum anderen ist die Fixierung des Anknüpfungszeitpunkts im Rahmen der Auslegung des Anknüpfungsmoments zu berücksichtigen.

(1) Anknüpfungszeitpunkt fixiert: Zeitpunkt des Schadenseintritts

Die herrschende Ansicht erachtet den Anknüpfungszeitpunkt „Schadenseintritt“ als fixiert und den mit ihm verbundenen einseitigen oder gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt als unwandelbar. Eine nachträgliche Manipulation durch eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts soll ausscheiden. Ein Statutenwechsel tritt dadurch nicht ein.⁷³⁷ Die herrschende Ansicht begründet das damit, dass die Rom II-VO das Anknüpfungsmoment des Schadenseintritts als direkten oder primären Schaden definiert („Primärschaden“ oder „Erstschaden“). Es lässt das schadensbegründende Ereignis und die indirekten Schadensfolgen unbeachtet (Art. 4 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a). Mit anderen Worten: Der Handlungsort und die Orte sekundärer Schäden sind irrelevant. Ein sekundärer Schaden ist beispiels-

736 M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 81; Junker, in MüKo BGB, Art. 5 Rom II-VO Rn. 31 mwN und 39 (für Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und c Rom II-VO); Wilke, 191 (für Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b und c, Art. 7 Rom II-VO).

737 Pabst, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 67; Junker, in MüKo BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 44; L. Rass-Masson, in BeckOGK, Art. 23 Rom II-VO Rn. 42.

weise der auf die Infektion in einem Staat zurückzuführende Tod eines Rennpferdes in einem anderen Staat.⁷³⁸ Diese Ausschlüsse seien vom Anknüpfungsmoment des Schadensorts auf den Anknüpfungszeitpunkt des Schadenseintritts zu übertragen.⁷³⁹

Ich stimme der herrschenden Ansicht zu. Sie legt den Begriff „Schadenseintritt“ zutreffenderweise über die Normgrenzen hinweg einheitlich aus. Der Wortlaut der Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a fixiert den Anknüpfungszeitpunkt auf einen bestimmten Moment, den Schadenseintritt. Dabei definiert er den Schadenseintritt zwar nicht. Auch die historische Auslegung ist unergiebig, weil die Gesetzgebungsmaterialien einen Zusammenhang zwischen den Formulierungen nicht besprechen.

Der systematische Vergleich der Rom II-VO offenbart jedoch, dass sie den Schadenseintritt verordnungswelt einheitlich verstanden wissen will. Sie verwendet kollisionsnormübergreifend dieselben Formulierungen „Schaden eintritt“, „Schadenseintritt“, „Eintritt des Schadens“ oder „Schaden“ (Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, c und Art. 12 Abs. 2 lit. a, Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2). Darüber hinaus verweisen einige Kollisionsnormen auf diese Formulierungen (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 Einleitungssatz, Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Var. 1). Der Umstand des Schadenseintritts ist daher von zentraler Bedeutung im Rahmen der Rom II-VO und somit einheitlich auszulegen. Folglich ist der Eintritt des Schadens übergreifend im Sinne des Eintritts des Primärschadens zu verstehen. Dieser ist von den indirekten Schadensfolgen abzugrenzen (Art. 4 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a). Hierfür spricht auch der Erwägungsgrund 17, der sich auf alle Kollisionsnormen der Rom II-VO bezieht. Sein S. 1 bewertet „indirekte Folgen“ des Schadens ebenfalls als unerheblich. Sein S. 2 besagt in der berichtigten Fassung, dass Personen- oder Sachschäden in dem Staat eintreten, in dem die „Verletzung erlitten beziehungsweise die Sache beschädigt wurde“.⁷⁴⁰ Auf diese Weise zeigt die Rom II-VO, dass der Eintritt des Schadens stets am primären Erfolgsort liegt. Den Handlungsort bezeichnet die Rom II-VO einheitlich als „schadensbegründendes Ereignis“ (Art. 4 Abs. 1 Hs. 2, Art. 7 Var. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 lit. b, Art. 14, Art. 17, Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 31). Die Differenzierung der Begriffe „Schadenseintritt“ und „schadensbegründendes Ereignis“ zeigt sich insbesondere in Art. 4 Abs. 1, Art. 12 Abs. 2 lit. a

738 Für Art. 5 Nr. 3 EuGVVO aF OGH Urt. v. 22.1.2015 – 2 Ob 222/14g. Auf Art. 4 Rom II-VO übertragend *Lehmann*, in Hüßtege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 81.

739 *M. Müller*, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 66; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 44 und Art. 5 Rom II-VO Rn. 31; *Lehmann*, in Hüßtege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 124; *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 100 iVm 59 ff.

740 ABL. Nr. L 310 vom 9.11.2012, 52.

und Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2. Vor diesem Hintergrund will die Rom II-VO den Begriff des Schadenseintritts daher als primären Erfolgsort verstanden wissen.

Schließlich spricht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung außervertraglicher Schuldverhältnisse dafür, den Anknüpfungszeitpunkt zu fixieren (Art. 15). Ein dynamischer Anknüpfungszeitpunkt ohne Fixierung auf Primärschäden würde das Statut aufspalten oder verschieben. Sekundär- und Folgeschäden hätten ihr eigenes Statut oder würden das Gesamtstatut beeinflussen. Zumindest die erste Folge möchte der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung vermeiden. Gleichwohl gilt er nicht ausnahmslos: Eine Aufspaltung des Statuts kann insbesondere aufgrund einer Teilrechtswahl oder der Sicherheits- und Verhaltensregeln am Ort und zum Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses ergeben (Art. 14 und 17). Gerade letztere Ausnahme ist umfangreich, weil ihr Anwendungsbereich alle Kollisionsnormen der Rom II-VO erfasst.⁷⁴¹

In teleologischer Hinsicht streitet die Rechtssicherheit gemäß Erwägungsgrund 14 S. 1 dafür, den Zeitpunkt des Schadenseintritts über den Primärschaden zu fixieren. Er bietet die beste Balance aus früher und einfacher Identifizierbarkeit.

Insgesamt ist der Anknüpfungszeitpunkt daher im Zeitpunkt des Primärschadens fixiert. In gestreckten Sachverhalten können sich die Primärschäden jedoch vervielfältigen, obwohl weiterhin nur eine Hauptfrage in Form eines einheitlichen außervertraglichen Schuldverhältnisses vorliegt. In diesen Fällen gelangt man zu vergleichbaren Ergebnissen wie bei einem dynamischen Anknüpfungszeitpunkt („Dynamisierung durch Vervielfältigung“, nachfolgend ab S. 370).

(2) Anknüpfungsmoment unwandelbar: Ort des Schadenseintritts

Die herrschende Ansicht erachtet das Anknüpfungsmoment des Schadensorts als unwandelbar (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Var. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a). Sie definiert dessen ungeschriebenen Anknüpfungszeitpunkt ebenfalls im Sinne des Eintritts des Primärschadens.⁷⁴² Ein Statutenwechsel aufgrund indirekter Schadensfolgen soll nicht

⁷⁴¹ Statt vieler nur *Maultzsch*, in BeckOGK, Art. 17 Rn. 6 mwN.

⁷⁴² Interessanterweise findet sich die Aussage nur bei den Kommentierungen zu Abs. 2: *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 67 (bei Abs. 2, aber gesamtes „*Deliktsstatut [...] als solches nicht wandelbar*“); *Junker*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom

eintreten. Ich stimme der herrschenden Ansicht zu. Der Wortlaut der Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und Art. 12 Abs. 2 lit. a stuft für das Anknüpfungsmoment den Handlungsort und indirekte Schadensfolgen als unerheblich ein. Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Var. 1 verweisen ohne Einschränkung auf diese Definition. Fraglich ist, ob diese Definition auf den Anknüpfungszeitpunkt übertragbar ist. Hierfür spricht zum einen, dass das Delikt mit Eintritt des Primärschadens verwirklicht ist. Eine nachträgliche grenzüberschreitende Verschiebung ein und desselben Primärschadens ist kaum vorstellbar und wäre aufgrund der Schadensidentität unbeachtlich. Falls eine derartige Verschiebung doch einmal im Raum steht, dann geht es vielmehr um eine Vervielfältigung von Primärschäden. Zum Beispiel, wenn eine Umweltschädigung über ein Gewässer oder die Atmosphäre zunächst zu einem Schaden in einem Staat und anschließend zu einem weiteren Schaden in einem anderen Staat führt (nachfolgend ab S. 382). Ein einzelner Primärschaden ist aber jedenfalls unwandelbar anzuknüpfen. Wie im vorherigen Abschnitt dargelegt, spricht des Weiteren die systematische und teleologische Auslegung der Rom II-VO für eine unwandelbare Anknüpfung des Schadensorts (zuvor ab S. 354). Indirekte Schadensfolgen sind damit kollisionsrechtlich und anknüpfungstechnisch unerheblich, das Recht am Ort des Primärschadens bestimmt daher die Ersatzfähigkeit mittelbarer Schäden (Art. 15 lit. f Rom II-VO).⁷⁴³

Das Anknüpfungsmoment des Schadensorts ist folglich unwandelbar – zumindest isoliert betrachtet. Treten jedoch bei zeitlich gestreckten Sachverhalten mehrere Primärschäden ein, vervielfältigen sich die Schadensorte eines außervertraglichen Schuldverhältnisses.

Die einzelnen Schadensorte verschieben sich dadurch zwar nicht und bleiben unwandelbar (keine „Wandelbarkeit durch Verschiebung“). Insgesamt sind jedoch auf ein außervertragliches Schuldverhältnis mehrere Statute anwendbar. Dieses Ergebnis gleicht einem wandelbaren Anknüpfungsmoment („Wandelbarkeit durch Vervielfältigung“, nachfolgend ab S. 370). Die Ursache hierfür ist, dass man die einheitliche Anknüpfung eines außer-

II-VO Rn. 44 (nur auf Abs. 2 bezogen); *Lund*, in *jurisPK-BGB*, Art. 4 Rom II-VO Rn. 21 (nur auf Abs. 2 bezogen); *Spickhoff*, in *BeckOK BGB*, Art. 4 Rom II-VO Rn. 11 (auf gesamtes Deliktsstatut bezogen); *Dörner*, in *Schulze*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 4 (nur auf Abs. 2 bezogen); *Rühl*, in *BeckOGK*, Art. 4 Rom II-VO Rn. 100. Für Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Rom II-VO statt vieler nur *M. Müller*, in *BeckOGK*, Art. 5 Rom II-VO Rn. 81 mwN. Für Art. 12 Abs. 2 lit. a Rom II-VO statt vieler nur *Junker*, in *MüKo BGB*, Art. 12 Rom II-VO Rn. 26 mwN.

743 KOM(2003) 427 endg., 26; *J. Schmidt*, in *BeckOGK*, Art. 15 Rom II-VO Rn. 43–45 mwN.

vertraglichen Schuldverhältnisses bei einer derartigen Vervielfältigung aufspaltet, obwohl nur eine Hauptfrage vorliegt. Das ist bei den vertraglichen Schuldverhältnissen der Rom I-VO anders. Zum einen knüpft die Rom I-VO nur selten an den Erfüllungsort an, den man als Äquivalent zum Schadensort des Rom II-VO ansehen kann. Beruft die Rom I-VO den Erfüllungsort doch einmal, dann stellt sie bei seiner Vervielfältigung auf den Schwerpunkt ab (derart im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO zuvor ab S. 198). Zum anderen könnte man die Handlungsorte der Rom II-VO mit den Anknüpfungen an die charakteristische Leistung unter der Rom I-VO vergleichen. Auch insoweit stellt die Rom I-VO jedoch bei mehreren charakteristischen Leistungen ebenfalls auf deren Schwerpunkt ab (derart im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 und 4 Rom I-VO zuvor ab S. 265 und 270).

b. Anknüpfungsmoment „Bereicherungserfolg“ – Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO

Die Kollisionsnorm für die ungerechtfertigte Bereicherung knüpft nach der herrschenden Ansicht an der letzten Stelle ihrer Anknüpfungsleiter an den Bereicherungserfolg an (Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO). Diesen definiert sie als den Ort, an dem das Vermögen des Bereicherten vermehrt wurde.⁷⁴⁴ Im Fall der rechtsgrundlosen Zahlung auf ein Bankkonto ist das nach der überwiegenden Ansicht der Sitz des kontoführenden Instituts, nicht der gewöhnliche Aufenthalt des Bereicherten.⁷⁴⁵ Im Fall einer Verwendung, Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung zugunsten einer Sache des Bereicherten ist es der Belegenheitsort der Sache.⁷⁴⁶ Den Anknüpfungszeitpunkt fixiert die herrschende Ansicht ebenfalls im Moment des Vermögenszuwachses und der Verwendung, Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung. Hingegen soll es unerheblich sein, ob und wann der Bereicherte das überwiesene Geld weiterleitet, ausgibt, abhebt oder die Sache verwendet.⁷⁴⁷ Wie beim Schadenseintritt sind folglich nachträgliche Veränderungen isoliert betrachtet unbeachtlich – sie verschieben den Bereicherungserfolg nicht (keine Wandelbarkeit durch Verschiebung). Eine Wandelbarkeit durch Vervielfältigung ist jedoch ebenfalls bei mehreren Vermögenszuwächsen vorstellbar (nachfolgend ab S. 394).

744 Statt vieler nur *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 10 Rom II-VO Rn. 34 f. mwN.

745 *Junker*, in MüKo BGB, Art. 10 Rom II-VO Rn. 28 mwN; *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 10 Rom II-VO Rn. 35 f. mwN.

746 *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 10 Rom II-VO Rn. 37 mwN.

747 *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 10 Rom II-VO Rn. 36 f. mwN.

- c. Anknüpfungsmoment und -zeitpunkt „Handlungsort“ und „-zeitpunkt“
 – Art. 7 Var. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, 3 und Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO

Die Kollisionsnormen der Rom II-VO knüpfen oftmals an den Handlungsort oder -zeitpunkt an (Art. 7 Var. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, 3 und Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO). Wie die Erfolgsorte des Schadenseintritts und des Eintritts des Bereicherungserfolges sind sie isoliert betrachtet unwandelbar.⁷⁴⁸ Im Gegensatz zu den Erfolgsorten geht es aber nicht nur darum, die maßgebliche eigenständige „Haupthandlung“ von unbeachtlichen indirekten Handlungsfolgen abzugrenzen. Zwar sind auch indirekte Handlungsfolgen denkbar – insbesondere dann, wenn die Handlung der Durch- oder Weiterleitung eines Dritten bedarf. Darüber hinaus ist jedoch die Abgrenzung der maßgeblichen Handlung von unbeachtlichen Vorbereitungshandlungen⁷⁴⁹ notwendig. Man definiert letztere als Handlungen, die das „geschützte Rechtsgut“ noch nicht „konkret gefährde[n]“⁷⁵⁰ oder „die nicht unmittelbar zum Verletzungserfolg führen“.⁷⁵¹ Hingegen ist die Handlung eine „willensgesteuerte und tatbestandsmäßige Ausführungshandlung mit Außenwirkung“⁷⁵² und führt unmittelbar zum Verletzungserfolg.⁷⁵³ Der Handlungsort liegt daher dort, wo der Schädiger die Handlung ganz oder teilweise ausführt.⁷⁵⁴

Abgrenzungsfragen kommen insbesondere auf, wenn der Ort der Handlungsentscheidung und der unmittelbar verletzenden Handlung auseinanderfallen. Derartige Konstellationen kommen beispielsweise bei der Konzernhaftung vor. Aktuell spielt sich die Diskussion vor allem im Rahmen der Kollisionsnorm für Umweltschädigungen ab – im Kontext von Klagen wegen der Emission von Treibhausgasen oder der Verletzung von Menschenrechten (sogenannte „Klimaklagen“ oder „Menschenrechtsklagen“, Art. 7 Var. 2). In diesem Kontext sieht eine Ansicht in der deutschen Literatur die Handlungsentscheidung als unbeachtliche Vorbereitungshand-

748 In diese Richtung *L. Rass-Masson*, in BeckOGK, Art. 23 Rom II-VO Rn. 42.

749 Statt vieler nur *M. Stürner*, in Erman, Art. 7 Rom II-VO Rn. 12 mwN.

750 *Stoll*, IPRax 1989, 89, 90; *M. Stürner*, in Erman, Art. 7 Rom II-VO Rn. 12 mwN.

751 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 4.

752 *von Plehwe*, in Hüßtege/Mansel, Art. 7 Rom II-VO Rn. 19. Ähnlich *Thorn*, in Grüneberg, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7.

753 *Wagner*, RabelsZ 2016 (80), 717, 743 f. mwN.

754 *Thorn*, in Grüneberg, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7; *M. Stürner*, in Erman, Art. 7 Rom II-VO Rn. 12 mwN; *Späth/Werner*, CCZ 2021, 241, 247 mwN.

lung an.⁷⁵⁵ Hingegen stuft eine andere Ansicht Handlungsentscheidungen potenziell als relevant ein, sofern die entscheidende juristische Person die unmittelbar verletzende Handlung nicht selbst ausführt. In dieser Konstellation verbiete sich eine schematische Lösung. Stattdessen sei „nach dem Recht des Ortes, an welchem hätte gehandelt oder unterlassen werden müssen (hypothetischer Handlungsort), zu ermitteln, ob eine Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht überhaupt bestand.“⁷⁵⁶ Ein Handlungsort am effektiven Verwaltungssitz der Muttergesellschaft sei danach lediglich dann anzunehmen, wenn die Muttergesellschaft in den Augen des Rechts des hypothetischen Handlungsorts dort eine Pflicht zur eigenen Unternehmensorganisation verletzt habe. Hingegen sei ausschließlich die Handlung der Tochtergesellschaft maßgeblich, sofern die Muttergesellschaft diese Handlung im Ausland hätte unterbinden müssen oder man der Muttergesellschaft diese Handlung zurechnen kann.⁷⁵⁷ Die vielbeachtete Entscheidung der *Rechtbank Den Haag* in der Sache *Milieudéfense et al.* geht ebenfalls in diese Richtung. Sie hat einen Handlungsort am Sitz der *Shell*-Muttergesellschaft für alle direkten und indirekten Emissionen des *Shell*-Konzerns bejaht, obwohl die Muttergesellschaft lediglich die Unternehmensstrategie bestimmte („its capacity as policy-setting entity of the Shell group“).⁷⁵⁸

Abermals ist das Anknüpfungsmoment des Handlungsorts daher isoliert betrachtet unwandelbar und der entsprechende Zeitpunkt fixiert. Ein vergangener Handlungsort kann sich in der Folge nicht verschieben (keine Wandelbarkeit durch Verschiebung). Liegen zwischen denselben Parteien jedoch mehrere Handlungen im Hinblick auf denselben Erfolg vor, dann gleicht das Ergebnis einem wandelbaren Anknüpfungsmoment (Wandelbarkeit durch Vervielfältigung, nachfolgend ab S. 370).

755 Huber, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 38; Junker, in MüKo BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 22 mwN; Wagner, *RabelsZ* 2016 (80), 717, 744 f.

756 Mansel, *ZGR* 2018, 439, 460, 462.

757 Insgesamt Mansel, *ZGR* 2018, 439, 460–463. Zustimmung Habersack/Ehrl, *AcP* 2019 (219), 155, 188 f.

758 *Rechtbank Den Haag* Urt. v. 26.5.2021 – C/09/571932 / HA ZA 19-379 (Punkte 2.5.4, 3.1, 4.3.6 und 4.4.5; offizielle englische Vollversion abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>, zuletzt abgerufen am 16.02.2026; nur teilweise in der inoffiziellen und auszugsweisen deutschen Übersetzung von Ortlieb, *EWERK* 2021, 163, 167 f. und 171, ohne Punkt 4.3.6). Zustimmung Thorn, in Grüneberg, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7 mwN.

- d. Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ – Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO

Die Rom II-VO knüpft häufig an den einseitigen oder gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt an (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 2 oder Art. 4 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO). In beiden Konstellationen ist eine einseitige Beeinflussung des anzuwendenden Rechts denkbar. Im Fall des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts nicht nur durch ein erstmaliges Zusammenfallen, sondern auch durch ein erstmaliges Auseinanderfallen und das Eingreifen der nächsten Stufe der Anknüpfungsleiter. Im Fall des einseitigen gewöhnlichen Aufenthalts birgt ohnehin jede grenzüberschreitende Verlegung das Potenzial für einen Statutenwechsel. Vor dem Zeitpunkt der ersten Anknüpfung ist eine Veränderung des gewöhnlichen Aufenthalts zu beachten. Im Anschluss daran ist dies fraglich. Der Zeitpunkt der ersten Anknüpfung unter der Rom II-VO ist in diesem Zusammenhang der Schadenseintritt, der Produkterwerb oder die Bereicherungshandlung.

Die Rechtsprechung und Literatur befassen sich nur sehr selten mit der Frage, ob der gewöhnliche Aufenthalt im Rahmen der Rom II-VO wandelbar ist. Lediglich *L. Rass-Masson* tätigt die Aussage, dass die „Anknüpfungen an fixe Zeitpunkte [...] eine nachträgliche Manipulation des anwendbaren Rechts durch einen Wechsel des Aufenthaltsorts vermeiden“ sollen.⁷⁵⁹ Diese Aussage ist zutreffend. Der Zeitpunkt des Produkterwerbs ist beispielsweise stets fixiert (nachfolgend ab S. 360). Er ist nach der zutreffenden Ansicht im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 maßgeblich, sofern UAbs. 1 lit. b mangels Voraussehbarkeit des Inverkehrbringens seitens des Haftenden nicht anwendbar ist (nachfolgend ab S. 406).⁷⁶⁰

Auch die Schadens- und Handlungszeitpunkte der Rom II-VO sind bei isolierter Betrachtung fixiert. Sie können jedoch bei gestreckten Sachverhalten dynamisch werden, wenn sich die Primärschäden und Haupthandlungen eines außervertraglichen Schuldverhältnisses vervielfältigen (zuvor ab S. 352 und 357; nachfolgend ab S. 370). Durch die Vervielfältigung der Primärschäden und Haupthandlungen vervielfältigen sich auch die

759 *L. Rass-Masson*, in BeckOGK, Art. 23 Rom II-VO Rn. 42 (Kürzung und Ergänzung in eckigen Klammern durch mich).

760 *Junker*, in MüKo BGB, Art. 5 Rom II-VO Rn. 45. Wohl auch *Wilke*, 192. AA *M. Müller*, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 100. Zustimmung wohl *Thorn*, in Grüneberg, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7.

entsprechenden Anknüpfungszeitpunkte eines außervertraglichen Schuldverhältnisses. Im Ergebnis hat damit ein und dasselbe außervertragliche Schuldverhältnis mehrere Anknüpfungszeitpunkte, obwohl sein Anknüpfungsmoment bei isolierter Betrachtung unwandelbar ist. Aufgrund dieser Vervielfältigung gleicht der fixierte Anknüpfungszeitpunkt bei gestreckten Sachverhalten einem dynamischen Anknüpfungszeitpunkt (Dynamisierung und Wandelbarkeit durch Vervielfältigung). Verändert sich nun im Lauf des gestreckten Sachverhalts der gewöhnliche Aufenthalt, dann hat das einen Statutenwechsel zur Folge. Die Rom II-VO berücksichtigt nämlich einseitige Veränderungen ihrer Anknüpfungsmomente (nachfolgend ab S. 362 und 408).

2. Unwandelbarkeit aufgrund Auslegung

a. Anknüpfungsmoment „Produkterwerb“ – Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Rom II-VO

Das Anknüpfungsmoment des Produkterwerbs ist nach der herrschenden Ansicht unwandelbar, weil es gleichsam den Anknüpfungszeitpunkt festlegt (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Rom II-VO).⁷⁶¹ Dem stimme ich zu. Es wäre nach dem Wortlaut und der Systematik der Rom II-VO widersprüchlich, den Zeitpunkt des Schadenseintritts als maßgeblich zu erachten. Der Produkterwerb ist dem Schadenseintritt notwendigerweise vorgelagert. Man definiert ihn als tatsächliche Lieferung des schädigenden Produkts basierend auf einem vorübergehenden oder dauerhaften, originären oder derivativen Erwerb.⁷⁶² Daher ergibt es keinen Sinn, das anzuwendende Recht anhand des *Orts* des Produkterwerbs und diesen dann im *Zeitpunkt* des Schadenseintritts zu bestimmen. Das wäre auch nicht berechenbar im Sinne des Erwägungsgrunds 16 S. 1 Rom I-VO. Des Weiteren ist der Produkterwerb nicht wandelbar, weil es sich um einen punktuellen Vorgang handelt. Werden mehrere Produkte erworben, gilt der jeweilige Erwerbsort. Eine nachträgliche Vertragsänderung kann keinen Einfluss haben, weil der tatsächliche Produkterwerb maßgeblich ist. Das belegt der Wortlaut („Produkt erworben“) und der systematische Vergleich mit Art. 5 Abs. 3, der im Gegensatz zu Abs. 1 UAbs. 1 lit. b ausdrücklich von einem „Vertrag“

761 Junker, in MüKo BGB, Art. 5 Rom II-VO Rn. 35; M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 70; Wilke, 191 (Fn. 1255).

762 Statt vieler nur M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 72–76 mwN.

redet. Darüber hinaus zeigt die Gesamtsystematik der Rom II-VO, dass sie Anknüpfungsmomente weit überwiegend tatsächlich und nicht vertraglich definiert. Damit entspricht sie dem tatsächlichen Charakter der außervertraglichen Schuldverhältnisse.

- b. Anknüpfungspersonen – Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 2, Art. 6 Abs. 3 lit. b, Art. 7 Var. 1, 2, Art. 9, Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 Rom II-VO

Die Anknüpfungspersonen der Rom II-VO sind die Parteien der außervertraglichen Schuldverhältnisse. Im Fall einer unerlaubten Handlung oder eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen sind das der Haftende und Geschädigte (Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, UAbs. 2, Art. 6 Abs. 3 lit. b, Art. 7 Var. 1, 2, Art. 9 Rom II-VO). Bei einer ungerechtfertigten Bereicherung sind es der Be- und Entreicherte (Art. 10 Abs. 2). Bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag sind die Anknüpfungspersonen der Geschäftsherr und -führer (Art. 11 Abs. 2). In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass es nicht um die Gläubiger- und Schuldneureigenschaft geht. Vielmehr stellt die Rom II-VO darauf ab, welche Personen an der Entstehung des außervertraglichen Schuldverhältnisses tatsächlich beteiligt waren. Diese tatsächliche Beteiligung stimmt nicht zwingend mit der rechtlichen Anspruchsinhaberschaft oder Verpflichtung überein. Die tatsächliche Beteiligung ist auch nicht übertragbar, weil sie keine rechtlich abstrahierte Eigenschaft ist. Folglich besteht kein institutionelles Äquivalent zur Vertragsübernahme.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass eine nachträgliche Verschiebung oder Vervielfältigung der Anknüpfungspersonen kollisionsrechtlich nicht möglich ist. Sachrechtlich mag das anders sein, was aber nicht die Anknüpfungspersonen betrifft. Das zeigt zum einen Art. 15 lit. a. Nach ihm entscheidet das Sachrecht über „den Umfang der Haftung einschließlich der Bestimmung der Personen, die für ihre Handlungen haftbar gemacht werden können“. Das meint insbesondere die Passivlegitimation.⁷⁶³ Außerdem entscheidet das Sachrecht gemäß Art. 15 lit. g auch über „die Haftung für die von einem anderen begangenen Handlungen“. Zum anderen weist Art. 15 lit. f die Anspruchsberechtigung dem Sachrecht zu.⁷⁶⁴ All diese Fragen haben daher keinen Einfluss auf die Anknüpfungspersonen. Vielmehr

⁷⁶³ Statt vieler nur *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 15 Rom II-VO Rn. 2 f. mwN.

⁷⁶⁴ Statt vieler nur *M. Stürner*, in Erman, Art. 15 Rom I-VO Rn. 23.

entscheidet das Sachrecht, das anhand der ursprünglichen Anknüpfungsperson bestimmt wurde. Ein Statutenwechsel scheidet aus. Tritt nachträglich ein weiterer Handelnder oder Betroffener auf, dann kann auch ein separates außervertragliches Schuldverhältnis vorliegen. Als weitere Hauptfrage ist es selbständig anzuknüpfen.

c. Anknüpfungsgegenstände – Art. 4–13 Rom II-VO

Eine Veränderung zwischen den Anknüpfungsgegenständen der Art. 4–13 Rom II-VO ist kaum möglich, weil ihre Anknüpfungszeitpunkte weitgehend fixiert und eine Veränderung tatsächlich weitgehend nicht möglich ist. Die unerlaubten Handlungen der Art. 5–9 sind untereinander und auch gegenüber den übrigen außervertraglichen Schuldverhältnissen der Art. 10–13 sehr spezifisch. Es ist insbesondere nur schwer denkbar, dass sich ein allgemeines Delikt im Sinne des Art. 4 nachträglich in ein qualifiziertes Delikt der Art. 5–9 entwickelt (kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel). Das wäre der Fall, sofern aufgrund derselben Handlung ein erster Primärschaden unter Art. 4, ein weiterer Primärschaden jedoch unter Art. 5–9 fallen würde. Man denke etwa an eine Handlung, die zunächst keine Umweltschädigung ist, sich jedoch allmählich zu einer solchen verschlimmert. Hatte diese Handlung vor der Umweltschädigung bereits einen anderen Primärschaden zur Folge, könnte ausnahmsweise ein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel eintreten. Der erste allgemeine Primärschaden wäre gemäß Art. 4 anzuknüpfen und der Umweltschaden als weiterer Primärschaden gemäß Art. 7. Mehrere sukzessive Primärschäden führen zu *Ex-nunc*-Statutenwechseln und damit zu einer zeitlichen Mosaikbetrachtung (nachfolgend ab S. 370). Selbst diese Konstellation dürfte aber unwahrscheinlich sein, weil die überwiegende Ansicht Art. 7 bereits dann als einschlägig erachtet, wenn ein Personen- oder Sachschaden über den „Umweltpfad“ erfolgt.⁷⁶⁵ Aus demselben Grund ist umgekehrt ein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel unwahrscheinlich sein: Wenn für eine Umweltschädigung eine Schädigung über den Umweltpfad ausreicht, dann dürfte auch eine nachfolgende weniger intensive Schädigung noch über den Umweltpfad erfolgen. Erfolgt die nachträgliche und weniger intensive Schädigung entgegen der ursprünglichen Schädigung nicht über den Umweltpfad, dann dürfte sie

⁷⁶⁵ Zutreffenderweise kritisch *Huber*, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 17 f. mwN zur üA und aA.

in der Regel eine neue Handlungsqualität aufweisen. Damit läge eine weitere Hauptfrage in Form eines eigenständig anzuknüpfenden außervertraglichen Schuldverhältnisses vor. Die Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–13 sind daher unwandelbar.

Das Inverkehrbringen des Art. 5 stellt eine Komponente des Anknüpfungsgegenstands und kein kombiniertes Anknüpfungsmoment dar (zuvor ab S. 64). Nach der herrschenden Ansicht reicht für das Inverkehrbringen ein kommerzielles und öffentliches Angebot zum Erwerb aus.⁷⁶⁶ Das Produkt muss für den Verkehr freigegeben, aber nicht zwingend rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sein.⁷⁶⁷ Schließlich geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass sich das Inverkehrbringen auf das konkret schädigende, ein identisches oder gleichartiges Produkt bezieht.⁷⁶⁸ Vor diesem Hintergrund steht die Frage im Raum, ob sich das Inverkehrbringen nachträglich ändern kann. Das ist denkbar, sofern ein Produkt erstmals nach dem Schadenseintritt oder dem Erwerb in den Verkehr gebracht oder aus diesem genommen wird (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, c oder lit. b jeweils in Verbindung mit UAbs. 2). Der Wortlaut spricht dagegen, dass das Inverkehrbringen wandelbar ist. Er ist im Präteritum gefasst – „das Produkt in diesem Staat in Verkehr gebracht wurde“ und „das Inverkehrbringen [...] vernünftigerweise nicht voraussehen konnte“ (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a–c und Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2). Hingegen streitet die systematische Auslegung für eine Wandelbarkeit, weil die Rom II-VO im Ausgangspunkt auch einseitige Veränderungen berücksichtigt. Das schließe ich zum einen daraus, dass die Anknüpfungsgegenstände gemeinhin an tatsächlich-einseitige und nicht an vertragliche oder tatsächlich-einvernehmliche Umstände anknüpfen. Zum anderen fehlt eine mit Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO vergleichbare Regelung, die weite Teile der einseitigen Anknüpfungselemente fixiert. Gegen diese systematische Auslegung ist jedoch wiederum der Zweck des Inverkehrbringens einzuwenden. Art. 5 Rom II-VO privilegiert den Ge-

766 EuGH EuZW 2006, 184 (1. Leitsatz) – *Declan O’Byrne*; OLG Frankfurt aM EuZW 2022, 384, 386 (Rn. 43) („Der Begriff des Inverkehrbringens ist entsprechend der englischen Fassung iSv „Vermarkten“, „auf den Markt bringen“ zu verstehen.“). Aus der Literatur statt vieler nur M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 83–84.1 mwN (der die Entscheidung des OLG Frankfurt aM als Widerspruch zur hM auslegt – wohl deshalb, weil es in der Subsumtion darauf abstellt, dass das Produkt „zur Abholung bereitgestellt“ wurde).

767 Statt vieler nur M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 85–87 mwN (auch zur aA).

768 Statt vieler nur M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 88–95 mwN (auch zur aA).

schädigten, weil er auf der ersten Stufe der Anknüpfungsleiter an dessen gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Rom II-VO).⁷⁶⁹ Im Unterschied zu Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO knüpft er erst auf der dritten Stufe der Anknüpfungsleiter an den Schadensort (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Rom II-VO). Gleichwohl will Art. 5 Rom II-VO nach Erwägungsgrund 20 S. 1 eine „ausgewogene Lösung“ sein und für „eine gerechte Verteilung der Risiken einer modernen, hochtechnisierten Gesellschaft sorgen, die Gesundheit der Verbraucher schützen, Innovationsanreize geben, einen unverfälschten Wettbewerb gewährleisten und den Handel erleichtern.“ Dabei dient das Inverkehrbringen vorrangig dem Interesse des Haftenden an einer Einschränkung der potenziell anzuwendenden Rechte.⁷⁷⁰ Damit weist das Merkmal Parallelen zur unternehmerischen Tätigkeitsausrichtung auf, die Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO für die qualifizierte Anknüpfung von Verbraucherverträgen voraussetzt und weitgehend unwandelbar definiert.

Meines Erachtens ist das Inverkehrbringen ebenfalls unwandelbar. Der Haftende kann es nicht mehr zurücknehmen, nachdem das später schädigende Produkt im Umlauf ist. Welche Auswirkungen ein etwaiger Rückruf hat, entscheidet das Sachrecht. Das Inverkehrbringen ist damit nicht negativ wandelbar, weshalb kein kollisionsnormübergreifender disqualifizierender Statutenwechsel zu Art. 4 Rom II-VO eintreten kann. Hierfür streitet das schutzwürdige Vertrauen des Geschädigten. Die Rom II-VO berücksichtigt es im Rahmen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit (Erwägungsgründe 14 S. 1 und 16 S. 1). Etwas weniger eindeutig ist die teleologische Auslegung bei der Konstellation des nachträglichen Inverkehrbringens. Die Konstellation tritt beispielsweise ein, wenn der Haftende das Produkt erst nach dem Schadenseintritt oder Erwerb für den Verkehr freigibt (lit. a, c oder lit. b). Da Art. 5 den Geschädigten privilegieren möchte, könnte man einen Statutenwechsel zu dessen Gunsten vertreten. Insgesamt möchte Art. 5 jedoch die oben dargestellte ausgewogene Lösung zwischen den Interessen des Geschädigten und Haftenden. Das Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens möchte vorrangig dem potenziell Haftenden eine Einschränkung der anzuwendenden Rechte ermöglichen. Daher ist das Inverkehrbringen ebenfalls nicht positiv wandelbar. Daher kann kein kollisionsnormübergreifender qualifizierender Statutenwechsel von Art. 4 eintreten.

⁷⁶⁹ Ebenso *Junker*, in MüKo BGB, Art. 5 Rom II-VO Rn. 22

⁷⁷⁰ Statt vieler nur OLG Frankfurt aM EuZW 2022, 384, 386 (Rn. 43); *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom II-VO Rn. 74 mwN.

d. Vertragliche Vereinbarung und tatsächliches Einvernehmen über
Anknüpfungselemente – Art. 4–13 Rom II-VO

Die Kollisionsnormen der Rom II-VO sind aufgrund vertraglicher Vereinbarungen nicht wandelbar, weil die Rom II-VO keine vertraglichen Anknüpfungselemente aufweist. Einzige Ausnahmen sind die akzessorischen Anknüpfungen an den eng verbundenen Vertrag, das eng verbundene oder das hypothetische Vertragsstatut (Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 5 Abs. 2 S. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO). Sie folgen den Statutenwechseln der Rom I-VO (nachfolgend ab S. 367). Darüber hinaus kann eine vertragliche Vereinbarung eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl sein (Art. 14 Rom II-VO). Im Übrigen ist auch ein tatsächliches Einvernehmen der Parteien irrelevant, weil die tatsächlichen Anknüpfungselemente der Rom II-VO nicht auf ein tatsächliches Einvernehmen abstellen.

e. Forderungsübertragung und Schuldübernahme – Art. 14, 15 Rom I-VO
und Art. 19 Rom II-VO

Die gewillkürte Übertragung einer Forderung aus einem außervertraglichen Schuldverhältnis (Abtretung) richtet sich nicht nach der Rom II-VO. Art. 15 lit. e Rom II-VO adressiert lediglich die Übertragbarkeit, nicht jedoch die Übertragung selbst. Jene richtet sich vielmehr nach Art. 14 Rom I-VO. Dieser enthält keine Aussage zu den Auswirkungen einer Abtretung auf das Forderungsstatut. Auch deshalb ist anerkannt, dass eine Abtretung keinen Statutenwechsel zur Folge hat (zuvor ab S. 139). Dasselbe gilt für den gesetzlichen Forderungsübergang (Legalzession).⁷⁷¹ Insoweit enthält Art. 19 Rom II-VO zwar eine eigenständige Regelung. Sie ist jedoch gleichlautend mit Art. 15 Rom I-VO und regelt ebenfalls keine Auswirkungen auf das Forderungsstatut. Parallel zur Rom I-VO haben Abtretung und Legalzession daher unter der Rom II-VO ebenfalls keinen Statutenwechsel zur Folge. Für beide Ergebnisse streitet auch die Anknüpfungsdogmatik: Weder Abtretung noch Legalzession verändern eines der Anknüpfungselemente. Die Anspruchsinhaberschaft legt insbesondere nicht die Anknüpfungsperson fest. Jene bestimmt sich vielmehr über die Eigenschaft als Partei des außervertraglichen Schuldverhältnisses – Haftender und Geschädigter, Be- und

⁷⁷¹ Limbach, in Hüßtege/Mansel, Art. 19 Rom II-VO Rn. 9; Junker, in MüKo BGB, Art. 19 Rom II-VO Rn. 18.

Entreicherter, Geschäftsherr und -führer (nachfolgend ab S. 361). Dasselbe gilt für die Schuldübernahme. Sie bildet das Spiegelbild zur Forderungsübertragung und berührt damit ebenfalls kein Anknüpfungselement.

3. Wandelbarkeit aufgrund ausdrücklicher Anordnung

a. Anknüpfungsgegenstand „Rechtswahlvereinbarung“ und Anknüpfungsmoment „gewähltes Recht“ – Art. 14 Rom II-VO in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO

Die Rom II-VO normiert ausdrücklich, dass eine erstmalige Rechtswahl nach dem Schadenseintritt, Bereicherungseintritt oder Geschäftsführungserfolg zulässig ist (Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO). Hingegen regelt sie nicht die Konstellation der nachträglichen Abänderung einer früheren Rechtswahl. Nach der allgemeinen Ansicht ist diese jedoch wegen des Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO möglich. Man begründet das mit dem Gebot der Konkordanz zwischen Rom I- und II-VO (Erwägungsgrund 7 Rom I- und II-VO). Die Rechtswahl ist somit auch im Rahmen der Rom II-VO umfassend wandelbar.⁷⁷² Eine Änderung der Rechtswahl führt zu einem kollisionsnorminternen Statutenwechsel, eine erstmalige Vereinbarung oder Aufgabe der Rechtswahl zu einem kollisionsnormübergreifenden qualifizierenden oder disqualifizierenden Statutenwechsel. Wie unter der Rom I-VO kann die Rechtswahl konkludent und auch noch im Gerichtsverfahren erfolgen. Ebenfalls parallel zur Rom I-VO umfasst die Wandelbarkeit sowohl den Anknüpfungsgegenstand „Rechtswahlvereinbarung“ als auch das Anknüpfungsmoment „gewähltes Recht“, wenngleich diese Unterscheidung eher theoretischer Natur ist: Maßgeblicher Inhalt der Rechtswahlvereinbarung ist das gewählte Recht. Der Anknüpfungszeitpunkt für beide Anknüpfungselemente ist gleichfalls der Zeitpunkt der Rechtswahl. Er ist maßgeblich für die Wirksamkeit der Rechtswahl in Gestalt des Rechtswahlwillens, der Einigung und der Form. Auf einer Linie mit den Ergebnissen zur Rom I-VO ist der Zeitpunkt der Rechtswahl grundsätzlich auch entscheidend für ihre Zulässigkeitsbeschränkungen im Sinne der Art. 6 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 3 Rom II-VO. Ein nachträglicher objektiver Statutenwechsel führt meines Erachtens nicht dazu, dass die Rechtswahl nachträglich unzulässig im Sinne dieser Vorschriften wird. Er kann jedoch eine initial unzulässige Rechtswahl nachträglich heilen (zuvor

⁷⁷² Statt vieler nur *Junker*, in MüKo BGB, Art. 14 Rom II-VO Rn. 24.

ab S. 168). Beide Konstellationen sind jedoch sehr unwahrscheinlich, weil ein objektiver kollisionsnormübergreifender Statutenwechsel hin zu oder weg von den Art. 6 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 3 Rom II-VO praktisch kaum vorstellbar ist (zuvor ab S. 362).

Auf der Rechtsfolgenseite wiederholt sich die Diskussion, ob die Rechtswahl bei nicht ermittelbarem Parteiwillen rückwirkend oder nur für die Zukunft wirkt (*ex tunc* oder *ex nunc*). Parallel zur Rom I-VO vertritt die herrschende Ansicht eine Rückwirkung.⁷⁷³ Meines Erachtens ist im Zweifel von einer Wirkung für die Zukunft auszugehen (zuvor ab S. 149).

- b. Akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut – Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 5 Abs. 2 S. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO

Mehrere Kollisionsnormen der Rom II-VO knüpfen mittelbar oder unmittelbar an das Vertragsstatut. Das Anknüpfungsmoment „offensichtlich engere Verbindung“ berücksichtigt bei unerlaubten Handlungen bestehende Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien (Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 5 Abs. 2 S. 2 und Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO). Die Kollisionsnormen für ungerechtfertigte Bereicherungen und Geschäftsführungen ohne Auftrag knüpfen auf der ersten Stufe an das Statut eines eng verbundenen Rechtsverhältnisses (Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1). Die Kollisionsnormen für ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen knüpfen parallel dazu an das Vertragsstatut des späteren tatsächlichen oder hypothetischen Vertrags (Art. 12 Abs. 1). Meines Erachtens sind diese Anknüpfungen wandelbar, soweit das Vertragsstatut wandelbar ist. Mit anderen Worten: Die Rom II-VO vollzieht die kollisionsnorminternen und kollisionsnormübergreifenden Statutenwechsel der Rom I-VO nach. Vorstellbar ist zum Beispiel, dass sich das eng verbundene Vertragsstatut aufgrund einer Vertragsänderung zwischen zwei Bereicherungen oder Geschäftsführungen verschiebt. Im Fall einer Pflichtverletzung während der Vertragsverhandlung ist denkbar, dass der später tatsächlich geschlossene Vertrag einem anderen als dem früheren hypothetischen Vertragsstatut zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung zuzuordnen ist. In all diesen Fällen tritt der akzessorische Statutenwechsel jedoch lediglich mit *Ex-nunc*-Wirkung ein (zuvor ab S. 345). Die erste Bereicherung, Geschäftsführung oder Pflichtverletzung ist daher nach dem ursprünglichen (hypothetischen) Vertragsstatut zu beurteilen.

773 Rühl, in BeckOGK, Art. 14 Rom II-VO Rn. 74 mwN.

4. Wandelbarkeit aufgrund Auslegung

- a. Anknüpfungsmoment „offensichtlich engere Verbindung“ – Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c Rom II-VO

Das Anknüpfungsmoment „offensichtlich engere Verbindung“ der Ausweichnormen berücksichtigt Umstände wie den Handlungs- und Erfolgsort, den gewöhnlichen Aufenthalt, die gemeinsame Staatsangehörigkeit und berechtigte Erwartungen der Parteien, sofern sie auf objektiven Umständen beruhen (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c Rom II-VO).⁷⁷⁴ Parallel zur Rom I-VO ist umstritten, ob es nachträgliche Veränderungen berücksichtigt und damit wandelbar ist. Anders als im Rahmen der Rom I-VO spricht sich die überwiegende Ansicht dafür aus.⁷⁷⁵ Sie argumentiert, dass die Ausweichnormen keinen fixierenden Anknüpfungszeitpunkt enthalten.⁷⁷⁶ Darüber hinaus zeigt Art. 2 Abs. 3 lit. c Rom II-VO, dass die Kollisionsnormen der Rom II-VO auch künftige Umstände berücksichtigen.⁷⁷⁷ Die Gegenansicht wendet ein, dass eine Wandelbarkeit die Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts mindere.⁷⁷⁸ Sie will daher auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts abstellen. Dafür bringt sie insbesondere vor, dass es vom Zufall abhängt, wann der Richter über die Sache entscheide.⁷⁷⁹

Meines Erachtens ist das Anknüpfungsmoment der offensichtlich engeren Verbindung wandelbar und kann daher zu kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechseln zwischen den Grund- und Ausweichnormen führen. Der Wortlaut ist mit dem Bezug auf die „Gesamtheit der Umstände“ sehr weit gehalten und nicht auf einen Zeitpunkt fixiert. Darüber hinaus sprechen die unterschiedlichen Formulierungen systematisch auch dagegen, die Zeitpunkte des Schadenseintritts oder der Bereicherungshandlung aus den entsprechenden Grundnormen auf die

774 Statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 14 Rom II-VO Rn. 112–115 mwN.

775 High Court [2014] EWHC 3164 (QB) = [2015] I.L.Pr. 12 Rn. H8, 46, 51, 56 f. – *Winrow v Hemphill*; *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 83; *Rentsch*, GPR 2015, 191, 192; *Dickinson*, Rn. 4.89 (Punkt 3.).

776 High Court [2014] EWHC 3164 (QB) = [2015] I.L.Pr. 12 Rn. H8, H9, 46, 51 – *Winrow v Hemphill*; *Dickinson*, Rn. 4.89 (Punkt 3.).

777 *Dickinson*, Rn. 4.89 (Punkt 3.).

778 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 116; *Lehmann*, in Hüßtege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 154.

779 *Lehmann*, in Hüßtege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 154.

Ausweichnormen zu übertragen (keine grundnorm-zentrische Auslegung, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 lit. b gegenüber Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c Rom II-VO).

Aus meiner Sicht ergibt sich in teleologischer Hinsicht auch kein Konflikt mit den allgemeinen Erwägungen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit (Erwägungsgründe 14 S. 1 Var. 1 und 16 S. 1 Var. 1 Rom II-VO). Nur deshalb, weil man nachträgliche Veränderungen berücksichtigt, verschieben diese noch nicht das anzuwendende Recht. Das tun sie lediglich im Fall einer offensichtlich engeren Verbindung. Mit anderen Worten: Den nachträglichen Veränderungen muss gegenüber der ursprünglichen Sachlage ein größeres Gewicht zukommen.

Ein eindrückliches Beispiel in Anlehnung an die Entscheidung des englischen *High Court*: Ein nachträglicher gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt kann einen früheren nur dann verdrängen, wenn er schwerer wiegt.⁷⁸⁰ Das bestimmt sich nicht durch einen reinen Vergleich der Aufenthaltsdauer. Vielmehr ist auch erforderlich, dass der gemeinsame Aufenthalt einen Bezug zum außervertraglichen Schuldverhältnis aufweist. Diesen Bezug kann zum Beispiel ein dortiger Erfolg herstellen, der im Rahmen der ursprünglichen Anknüpfung nicht relevant war. Das ist insbesondere bei Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 vorstellbar, weil sie auf den Handlungszeitpunkt abstellen. Der *High Court* scheint auch indirekte Schadensfolgen in Form der medizinischen Behandlung in die Prüfung einfließen zu lassen.⁷⁸¹ Das ist überzeugend – angesichts des weiten Wortlauts „Gesamtheit der Umstände“ und angesichts des fehlenden Ausschlusses von indirekten Schadensfolgen in den Ausweichnormen.

Ein weiteres Beispiel für eine beachtliche Veränderung ist die sukzessive Vervielfältigung der Primärschäden oder Haupthandlungen (nachfolgend ab S. 370). Die nachträgliche Verlegung oder erstmalige Entstehung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts allein kann keine offensichtlich engere Verbindung begründen, weil Art. 4 Abs. 2 ihn lediglich im Zeitpunkt des Schadenseintritts berücksichtigt. Dennoch sollte man die „Gesamtheit der Umstände“ in zeitlicher Hinsicht nicht beschränken. Die Ausweichnormen sollen den Gerichten einen „flexiblen Rahmen“ geben, um „Einzelfälle in einer angemessenen Weise zu behandeln“ (Erwägungsgrund 14 S. 4

780 High Court [2014] EWHC 3164 (QB) = [2015] I.L.Pr. 12 Rn. H10, 56 – *Winrow v Hemphill*; *Rentsch*, GPR 2015, 191, 193.

781 High Court [2014] EWHC 3164 (QB) = [2015] I.L.Pr. 12 Rn. H10, 57 – *Winrow v Hemphill*.

und 5). Meines Erachtens sollte dieser Rahmen weitestmöglich gefasst sein mit der Maßgabe, ihn rechtssicher und vorhersehbar auszufüllen. In diesem Kontext kann es erforderlich sein, nachträgliche Veränderungen zu berücksichtigen. Das Anknüpfungsmoment der offensichtlich engeren Verbindung umfasst diese folglich.

b. Zeitlich gestreckte Anknüpfungsmomente – Art. 4–12, 17 Rom II-VO

In der Rechtsprechung und Literatur finden sich einige Beispiele für eine Vervielfältigung der Anknüpfungsmomente der Rom II-VO. Das betrifft vor allem die Kollisionsnormen, welche an Erfolgs- und Handlungsorte anknüpfen. Diese Anknüpfungsmomente können zum einen räumlich über verschiedene Mitgliedstaaten verstreut sein. Sie können zum anderen aber auch zeitlich über mehrere Mitgliedstaaten gestreckt sein. Diese Phänomene treten vor allem bei der Vervielfältigung von Primärschäden auf (Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, c, Art. 7 Var. 1, Art. 9 Var. 1, Art. 11 Abs. 2 und 12 Abs. 2 lit. a Rom II-VO). Im Rahmen unerlaubter Handlungen bezeichnet man ihre räumliche Streuung als „Streudelikte“ und ihre zeitliche Streckung als „Dauerdelikte“. Sie können jedoch auch im Fall mehrerer Handlungen und damit bei allen außervertraglichen Schuldverhältnissen der Rom II-VO vorkommen (Art. 7 Var. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, 3, Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO). Schließlich spielen räumlich gestreute oder zeitlich gestreckte Tatbestandsmerkmale bei den Sicherheits- und Verhaltensregeln und dem zeitlichen Anwendungsbereich der Rom II-VO eine Rolle (Art. 17 und 32 Rom II-VO).

aa. Zeitlich gestreckte Erfolgsorte bei Delikten („Dauerdelikte“) – Art. 4–7 und 9 Rom II-VO

Zahlreiche Quellen in der Literatur beschäftigen sich im Zuge des Schadensorts und -zeitpunkts der allgemeinen Kollisionsnorm und der Kollisionsnorm für die Produkthaftung mit zeitlich gestreckten Sachverhalten (Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und c Rom II-VO).

- (1) Lehmann: Dauerhafte Einnahme von schädlichen Medikamenten oder Schädigung durch Asbest – Erste Gesundheitsverschlechterung und kein Statutenwechsel

Lehmann will im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO Delikte mit „zeitlich gestreckten Abläufen“⁷⁸² weiterhin dem Recht am Ort des Primärschadens unterstellen. Er behält die grundsätzliche Unwandelbarkeit des Anknüpfungsmoments mithin bei. *Lehmann* betrachtet dabei den Fall der längerfristigen und schrittweisen Einnahme eines schädlichen Medikaments in unterschiedlichen Staaten. Der Schaden erfolgt in seinem Beispiel „durch verschiedene Einzelschritte in unterschiedlichen Ländern“. Der maßgebliche Primärschaden verwirklicht sich nach ihm „nicht schon mit der erstmaligen Einnahme des Medikaments, sondern erst dann, wenn eine Gesundheitsverschlechterung eingetreten ist“.⁷⁸³ Als weiteres Beispiel für „zeitlich gestreckte Vorgänge“ nennt er im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a „Schädigungen durch Asbest“.⁷⁸⁴

Eine zeitliche Aufspaltung des Schadens – eine „zeitliche Mosaiktheorie“ – erachtet *Lehmann* als unzulässig. Sie widerspreche dem Grundsatz, dass es auf den zuerst eingetretenen Schaden ankomme.⁷⁸⁵ Darüber hinaus sei sie impraktikabel.⁷⁸⁶ Es sei ebenfalls keine Lösung, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a in diesem Fall nicht anzuwenden, denn das „würde Wortlaut und Ziel der Vorschrift widersprechen sowie die Interessen des Geschädigten übergehen“.⁷⁸⁷

- (2) Dickinson: Dauerhafte Einnahme von schädlichen Medikamenten oder dauerhafter Kontakt mit schädlichen Substanzen – Erstmaliger Kontakt und kein Statutenwechsel

Wie *Lehmann* nennt auch *Dickinson* die Beispiele der dauerhaften Einnahmen von schädlichen Medikamenten⁷⁸⁸ oder des dauerhaften Kontakts mit

782 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 95.

783 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 95.

784 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 5 Rom II-VO Rn. 60.

785 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 95 und Art. 5 Rom II-VO Rn. 60.

786 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 5 Rom II-VO Rn. 60.

787 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 5 Rom II-VO Rn. 60.

788 *Dickinson*, Rn. 5.31, 4.58 f.

schädlichen Substanzen wie Asbest.⁷⁸⁹ Er konkretisiert die Beispiele dahingehend, dass der Geschädigte das schädliche Medikament in mehreren Ländern eingenommen hat oder der schädlichen Substanz in mehreren Ländern ausgesetzt war. In beiden Konstellationen zeigt sich die ausgelöste Erkrankung nicht bereits mit der ersten Einnahme oder dem ersten Kontakt. *Dickinson* weist darauf hin, dass eine derartige Konstellation bereits vor dem australischen *High Court* verhandelt wurde.⁷⁹⁰ Von dieser Konstellation des dauerhaften Kontakts mit dem schädlichen Produkt in mehreren Staaten unterscheidet *Dickinson* die Konstellation, dass die Einnahme oder der Kontakt lediglich in einem Staat stattfindet. Bei beiden Konstellationen entwickelt oder manifestiert sich die Schädigung in einem anderen Staat.⁷⁹¹

Vor dem Hintergrund dieser Beispiele und Abgrenzungen lehnt *Dickinson* eine zeitliche Mosaikbetrachtung ab. Es seien nicht die Rechte aller Orte anzuwenden, an denen der Geschädigte der Substanz ausgesetzt war – unter entsprechender zeitlicher Aufteilung. Darüber hinaus spricht er sich gegen den Zeitpunkt aus, in dem sich die Krankheit manifestiert oder in dem sie diagnostiziert wird. Vielmehr erachtet er bei Art. 4 Abs. 1 den Zeitpunkt für maßgeblich, zu welchem der Geschädigte der schädlichen Substanz zum ersten Mal ausgesetzt war.⁷⁹² Es geht also nicht um den Ort des Primärschadens, sondern den Ort des ersten Kontakts mit der schädlichen Substanz. Als Begründung für seine Ansicht führt er die Notwendigkeit der Rechtsicherheit und Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen aufgrund der Erwägungsgründe 6, 14 und 16 an. Deshalb müsse das Anknüpfungsmoment objektiv feststellbar sein und eine enge Verbindung zu der Verletzung oder dem erlittenen Schaden aufweisen.⁷⁹³

In einer früheren Veröffentlichung sprach sich *Dickinson* hingegen dafür aus, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a bei zeitlich gestrecktem Kontakt mit schädlichen Chemikalien oder zeitlich gestreckter Einnahme schädlicher Medikamente als fehlgeschlagen einzustufen. Das anzuwendende Recht sei in der Folge gemäß Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b, c zu ermitteln. Damit ist der Ort des Produkterwerbs oder Schadenseintritts maßgeblich. Lediglich alternativ sei auf den Ort des ersten Kontakts mit dem schädlichen Produkt abzustellen. Diese Auffassung begründete er damit, dass sie die

789 *Dickinson*, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 35-025; *Dickinson*, Rn. 5.31.

790 *Dickinson*, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 35-025 (Fn. 140) mit Verweis auf High Court of Australia [2008] HCA 54 = 238 CLR 265 – *Puttick v Tenon limited*.

791 *Dickinson*, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 35-025; *Dickinson*, Rn. 4.58 f., 5.31.

792 *Dickinson*, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 35-025; *Dickinson*, Rn. 4.83 (Nr. 4).

793 *Dickinson*, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 35-025.

Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts erhöhe und einem angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien am besten gewährleiste.⁷⁹⁴ *Dickinson* führte in dieser früheren Publikation auch aus, dass die zeitliche Mosaikbetrachtung in ihrer Anwendung zu komplex sei. Sie führe dazu, dass Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Sachverhalte oftmals nur teilweise erfassen könne, sofern das zusätzliche Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens nicht in jedem Staat vorliege. Im Übrigen müssten dann die lit. b und c angewandt werden. Für den Fall, dass das Produkt in allen Staaten in den Verkehr gebracht wurde, obliege dem potenziellen Schädiger die mehrfache Entlastung über die Unvorhersehbarkeit des Inverkehrbringens gemäß Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2.⁷⁹⁵

(3) Junker und von Hein: Dauerdelikt in Form von Lärm- oder sonstigen Belästigungen – Statutenwechsel

Junker erachtet bei „Dauerdelikten“ einen Statutenwechsel für möglich. Er spezifiziert mögliche Fälle nur im Ansatz – „Lärm- oder sonstige Belästigungen“. Dabei nennt er die beiden Konstellationen, dass „im Zeitverlauf der Tatort des Dauerdelikts (Art. 4 I Rom II-VO) oder der gewöhnliche Aufenthalt von Beteiligten wechselt (Art. 4 II Rom II-VO)“. *Junker* begründet nicht, warum er einen Statutenwechsel befürwortet.⁷⁹⁶ *Von Hein* ist unter Verweis auf *Junker* ebenfalls der Ansicht, dass „die grundsätzlich unwandelbare Anknüpfung an den Erfolgsort in Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO sich bei Dauerdelikten ändern“ kann.⁷⁹⁷

(4) Spickhoff und Pabst: Computer-Hacking, Verletzungsfolgen oder dauerhafter Kontakt mit schädigendem Produkt – zeitliche Mosaikbetrachtung und Statutenwechsel

Nach *Spickhoff* kann im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO in „Fällen einer zeitlich gestreckten Verletzung wie auch im Falle von sonstigen Streudelikten [...] der Geschädigte iSe Mosaikbetrachtung den Schaden geltend machen, der am jeweiligen Erfolgsort eingetreten ist“. Es soll „nicht nur der

794 *Dickinson*, Rn. 5.33.

795 *Dickinson*, Rn. 5.32.

796 *Junker*, IPR, § 9 Rn. 25.

797 *Von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 78.

Ort der ersten Verletzung (etwa des ersten Anzeichens einer Erkrankung) maßgeblich sein“. Als Beispiel nennt er eine „Schädigung von Computer[n] bzw. von Programmen durch „Hacking“ im Internet“ und eine „psychische Schädigung mit sich verstärkenden Gesundheitsverletzungsfolgen in mehreren Ländern“. Die Ausweichnorm des Art. 4 Abs. 3 helfe lediglich dann, wenn „ein Verletzungserfolg vernachlässigenswert“ sei.⁷⁹⁸ Darüber hinaus nennt *Spickhoff* im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a als Beispiel für einen „zeitlich gestreckten Verletzungserfolg“ den „dauerhafte[n] Kontakt mit einem gesundheitsschädlichen Produkt, etwa Kinderspielzeug“.⁷⁹⁹ Er kommt hier zu dem Ergebnis, dass eine Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts zu einem Statutenwechsel führen kann, weil ein Verletzungserfolg am neuen Ort des gewöhnlichen Aufenthalts zu berücksichtigen sei. Auch insoweit erachtet er eine zeitliche Mosaikbetrachtung als maßgeblich:

„Es gilt dann das durch Art. 5 Abs. 1 lit. a jeweils bezeichnete Recht nur für den Zeitraum, in welchem der Verletzte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem betreffenden Staat faktisch nimmt.“⁸⁰⁰

Insgesamt bejaht *Spickhoff* somit einen Statutenwechsel, sobald sich die zeitlich gestreckte Verletzung mit einem weiteren Verletzungserfolg fortsetzt. Das Anknüpfungsmoment „Erfolgsort“ ist für ihn wandelbar. Die alternativen Lösungen über eine Schwerpunkt Betrachtung oder eine Zuständigkeitsbegrenzung lehnt er ab. Er beschränkt jedoch das jeweilige Statut auf den Schaden am jeweiligen Erfolgsort.⁸⁰¹ Das Neustatut entfaltet mithin keine Rückwirkung (*ex tunc*), es gilt lediglich für die Zukunft (*ex nunc*). Das Statut wird „segmentiert“. *Lehmann* bezeichnet *Spickhoffs* Ansatz wegen dieser Segmentierung als „zeitliche Mosaiktheorie“.⁸⁰²

Zur Begründung seiner Ansicht verweist *Spickhoff* im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 auf den anerkannten Anwendungsbereich der Mosaikbetrachtung bei räumlichen Streudelikten – im Unterschied zu zeitlichen Streudelikten. Wie eingangs ausgeführt, schaffe Art. 4 Abs. 3 bei zeitlich gestreckten Verletzungserfolgen nur in Ausnahmefällen Abhilfe.⁸⁰³ In Bezug auf Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a führt *Spickhoff* aus, dass der „Beginn der Verletzung“ oder der „Schwerpunkt der Gesamtverletzung“ regelmäßig keine offensichtlich engere

798 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 11.

799 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 6.

800 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 6.

801 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 11.

802 *Lehmann*, in Hüßtege/Mansel, Art. 5 Rom II-VO Rn. 60.

803 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 11.

Verbindung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 sei. Des Weiteren bestehe aufgrund der Segmentierung der anzuwendenden Rechte auch nicht die „Gefahr substantieller Manipulationen und Gesetzesumgehungen bzw. -erschleichungen des Geschädigten zur Erlangung höherer Schadensersatzansprüche (gezielte Verlegung des Aufenthaltsortes z. B. in die Vereinigten Staaten, um in den Genuss möglicher punitive damages zu gelangen)“.⁸⁰⁴

Pabst stimmt Spickhoffs Ausführungen zu.⁸⁰⁵ Er ergänzt, dass die praktischen Probleme der zeitlichen Mosaikbetrachtung „[u]nter Geltung des Beibringungsgrundsatzes, bei Berücksichtigung der Beweislastverteilung und der in vielen Verfahrensordnungen eröffneten Möglichkeit, den Schaden zu schätzen (vgl. § 287 ZPO) [...] nicht derart gravierend seien, dass eine Abkehr von der systematisch überzeugenden Lösung geboten wäre.“⁸⁰⁶ Der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen könne dadurch vorgebeugt werden, dass der gesamte Schaden vor einem Gericht geltend gemacht werde.⁸⁰⁷ Anders als Spickhoff ist Pabst jedoch der Ansicht, dass bei zeitlich gestreckten Sachverhalten „im Einzelfall“ auch Art. 5 Abs. 2 herangezogen werden könne. Das soll der Fall sein, wenn sich ein Schwerpunkt der Schädigung ausmachen lässt oder neben dem gestreckten gewöhnlichen Aufenthalt ein weiteres Anknüpfungsmoment wie der Erwerbsort oder der Sitz des Schädigers auf ein Recht hinweisen.⁸⁰⁸

- (5) M. F. Müller: Dauerhafte Einnahme von schädlichen Medikamenten oder dauerhafter Kontakt mit schädlichen Substanzen – zeitliche Mosaikbetrachtung

M. F. Müller erkennt problematische Fälle im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Rom II-VO, „wenn ein zeitlich gestrecktes schädigendes Ereignis zu [...] einem sich stetig vertiefenden Primärschaden bzw. mehreren Primärschäden führt“. Damit gehe „begriffsabhängig ein Schadenseintrittszeitraum oder eine Mehrzahl an Schadenseintrittszeitpunkten“ einher.⁸⁰⁹ Unter Verweis auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2008 zu Art. 5 Nr. 3 LugÜ I nennt er beispielhaft die „Dauereinnahme eines Medikaments“. Die

804 Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 5 Rom I-VO Rn. 6.

805 Pabst, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom II-VO Rn. 55–58.

806 Pabst, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom II-VO Rn. 57.

807 Pabst, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom II-VO Rn. 57.

808 Pabst, in EuZPR/EuIPR, Art. 5 Rom II-VO Rn. 59.

809 M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 64.

Entscheidung des BGH betraf zwar die grenzüberschreitende Einnahme eines Medikaments. Sie fokussierte sich jedoch auf die Lokalisierung des Erfolgsortes zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und dem Gesundheitsschaden. Letzterer trat in dem zugrundliegenden Sachverhalt nur in einem Staat ein.⁸¹⁰ Des Weiteren verweist er auf eine Entscheidung des US-amerikanischen *Supreme Court of Arizona* aus dem Jahr 2013 die „*Dauerbelastung durch Asbest*“.⁸¹¹

M. F. Müller unterscheidet fünf mögliche Lösungsansätze: Die zeitliche Mosaikbetrachtung, die Maßgeblichkeit des ersten Primärschadens, die Maßgeblichkeit des letzten Primärschadens, eine Schwerpunktbetrachtung oder ein Versagen der ersten Anknüpfungsstufe des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a. Seiner Ansicht nach legt weder eine Auslegung nach dem Wortlaut noch nach der internen Systematik des Art. 5 noch nach dem übergeordneten Verordnungszweck der Vorhersehbarkeit eine Lösung nahe.⁸¹²

Nach ausführlicher Diskussion schließt sich M. F. Müller der zeitlichen Mosaikbetrachtung an.⁸¹³ Er begründet diese Entscheidung mit einer systematischen Auslegung zu Art. 4 Abs. 1 und Erwägungsgrund 17 S. 2. Nach letzterem soll „bei Personen- oder Sachschäden der Staat, in dem der Schaden eintritt, der Staat sein, in dem die Verletzung erlitten bzw. die Sache beschädigt wurde“. M. F. Müller interpretiert diese Aussage in der Weise, dass der „*tatsächliche*“ Eintritt des Schadens entscheidend sei. Derart lautete der frühere Wortlaut des Erwägungsgrunds 17 S. 2, der jedoch 2012 berichtigt wurde.⁸¹⁴ Folglich sei bei zeitlich gestreckten Sachverhalten „*rechtsgutsspezifisch eine Ausdifferenzierung in einzelne Primärschadensposten*“ angezeigt.⁸¹⁵

Eine „*Zusammenfassung sämtlicher Primärschäden zu einem Gesamtschaden*“ oder eine „*Behandlung als rechtsgutsspezifische Schadenseinheit*“ sei hingegen abzulehnen.⁸¹⁶ Sie sei mit einer wortlautbezogenen Auslegung nicht vereinbar, weil die Formulierung „beim Eintritt des Schadens“ in Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a gegen die Bildung einer Einheit aus mehreren Primärschäden spreche. Des Weiteren würde der gewöhnliche Aufenthalt

810 BGH NJW 2008, 2344, 2344 f. (Leitsatz und Rn. 15–20).

811 M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 64 mit Verweis auf BGH NJW 2008, 2344 und Supreme Court of Arizona [2013] 232 Ariz. 352, 306 P.3d 9 – *Pounders v. Enserch E & C, Inc.*

812 Zu allem M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 65.

813 M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 67 aE.

814 ABl. Nr. L 310 vom 9.11.2012, 52.

815 M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 66 aE.

816 M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 66 f.

der geschädigten Partei *in einem* Zeitpunkt *für eine Vielzahl* von Primärschäden zugrunde gelegt. Das widerspreche dem Wortlaut, der *einen* gewöhnlichen Aufenthalt *einem* Primärschaden zuordne. Mit anderen Worten: Ein nur zeitweise aktueller gewöhnlicher Aufenthalt solle nicht entsprechend der Anzahl an Primärschäden vervielfältigt werden. Außerdem sei es willkürlich, bei der Zusammenfassung aller Primärschäden zu einer Schadenseinheit, einen der Primärschäden als maßgeblichen Zeitpunkt zu bestimmen. Die einzelnen Primärschäden hätten dieselbe Qualität und seien daher gleichermaßen qualifiziert, den maßgeblichen Zeitpunkt zu bestimmen.⁸¹⁷

M. F. Müller erkennt *Dickinsons* und *Lehmanns* Einwände gegen die zeitliche Mosaikbetrachtung an. Jene werfen ihr vor, dass sie zu komplex und damit nicht praktikabel sei. Das begründen sie zum einen damit, dass eine zeitliche Ausdifferenzierung von Primärschäden schwierig bis unmöglich sei. Zum anderen müsse man in der Folge noch das Inverkehrbringen im Staat des jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalts prüfen. M. F. Müller ist jedoch der Ansicht, dass man diesen Einwänden zivilprozessual Einhalt bieten kann. Darüber hinaus dürfe eine schwere Handhabbarkeit nicht dazu führen, dass der gesetzgeberische Wille missachtet würde. In diesem Zusammenhang verweist er auf den von der Europäischen Kommission vorgelegten Vorschlag zur Rom II-VO, nach welchem „*bei in mehreren Ländern feststellbaren Schadensfolgen die Rechte aller betroffenen Länder entsprechend der im deutschen Recht herangezogenen "Mosaikbetrachtung" anzuwenden sind*“.⁸¹⁸ Den Einwand eines möglichen Missbrauchs aufgrund einer Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts teilt M. F. Müller nicht. Drei Aspekte würden diesem vorbeugen: Das zusätzliche Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens, der mit einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts verbundene Aufwand und der meist materiell-rechtlich vorgesehene Mitverschuldenseinwand ab Erkennbarkeit der Schädigung.⁸¹⁹

(6) Definition, Zusammenfassung und Weiterentwicklung: Zeitliche Mosaiktheorie

Die überwiegende Ansicht bejaht bei Dauerdelikten eine zeitliche Mosaikbetrachtung oder einen Statutenwechsel. Sie definiert den Begriff des Dau-

817 Zu allem M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 67.

818 Europäische Kommission, KOM(2003) 427 endg. vom 22.7.2003, 12.

819 Zu allem M. F. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 68.

erdelikts jedoch nicht. Vielmehr umschreibt sie ihn als zeitlich gestreckte Abläufe, Vorgänge oder Verletzungen und mit Beispielen. Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Analyse handelt es sich um Delikte, die auf *einer dauerhaften gleichbleibenden Ursache* beruhen und *sukzessiv eintretende Primärschäden* zur Folge haben.

Das häufigste Beispiel für die gleichbleibende Ursache ist der dauerhafte Kontakt mit einem schädlichen Produkt wie einem Medikament oder einer Chemikalie. Die dauerhafte Einnahme eines schädlichen Medikaments kann zu Primärschäden in verschiedenen Staaten führen, wenn der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder auch nur seinen Aufenthalt während der Einnahme in einen anderen Staat verlegt. Ersteres ist der Fall, wenn die einschlägige Kollisionsnorm an den gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Schadenseintritts anknüpft (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a). Zweiteres dann, wenn der Schadensort das Anknüpfungsmoment ist (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c). Die sukzessiv eintretenden Primärschäden bestehen in verschiedenen Gesundheitsverletzungen, die jeweils eigenständig sind. Das ist zum einen denkbar, wenn nach der ersten Gesundheitsverletzung in dem ersten Staat zunächst eine Heilung eintritt und dann eine weitere Gesundheitsschädigung in dem zweiten Staat eintritt. Zum anderen ist vorstellbar, dass sich die anhaltende Gesundheitsschädigung im zweiten Staat verstärkt oder ausweitert – etwa die Lähmung weiterer Körperteile oder verschiedene nicht zusammenhängende Gesundheitsschäden. In diesen Fällen ist die Abgrenzung zu „indirekten Schadensfolgen“ schwierig und wesentlich. Gemeinhin versteht man letztere gerade bei Personenschäden sehr weit. Nach dem initialen Primärschaden sollen „*weitere schädliche Auswirkungen*“ unerheblich sein. Das betrifft auch den Fall, dass die initial verletzte Person an den Folgen der Verletzung stirbt.⁸²⁰ Der EuGH und die herrschende Ansicht stufen es sogar als indirekte Schadensfolge ein, wenn eine andere Person wegen des Todes eines nahen Verwandten eine Gesundheitsverletzung erleidet.⁸²¹

Es dürfte daher eher unwahrscheinlich sein, dass die dauerhafte Einnahme eines Medikaments nach der herrschenden Ansicht zu mehreren eigenständigen Primärschäden führt. Ich erachte das jedoch immerhin im Fall einer zwischenzeitlichen Heilung für angebracht. Die Schäden lassen

820 Rühl, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 66 mwN; Lehmann, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 94b mwN. AA wohl Junker, in MüKo BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 30 mwN; Mankowski, JZ 2016, 308, 310.

821 EuGH NJW 2016, 466 (Leitsatz) – Lazar; NJW 2016, 1005, 1006 (Rn. 52) – ERGO. Aus der Literatur statt vieler nur Spickhoff, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 9.

sich dann qualitativ, zeitlich und räumlich abgrenzen. In diese Richtung scheint auch die überwiegende Ansicht zu den Dauerdelikten zu gehen: Sie legt ihren Beispielen zeitlich und qualitativ abgrenzbare Schäden zugrunde. Hingegen besprechen die Quellen keine Konstellationen, in denen sich ein und derselbe Primärschaden im zeitlichen Verlauf verschiebt. Daran könnte man denken, wenn der Geschädigte nach Eintritt des Primärschadens seinen Aufenthalt in einen anderen Staat verlegt, während ein und derselbe Primärschaden weiter besteht. In dieser Konstellation tritt kein Statutenwechsel ein, weil nur ein Primärschaden vorliegt. Für einen Statutenwechsel müssen vielmehr mehrere eigenständige Primärschäden vorliegen. Das Erfordernis einer räumlichen Abgrenzbarkeit ergibt sich daraus, dass der Schadensort oder gewöhnliche Aufenthalt in einem anderen Staat liegen muss.

Dauerdelikte sind nicht nur im Rahmen der Produkthaftung vorstellbar, sondern bei allen Anknüpfungen an den Schadensort. Insoweit genügt es, dass der Geschädigte seinen Aufenthalt zwischen zwei Primärschäden verlegt (Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Var. 1). Sofern der einseitige oder gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkt des Schadenseintritts entscheidet, ist es notwendig, dass der Geschädigte oder der Haftende seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 Einleitungssatz, lit. a, Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Var. 1).

Darüber hinaus können Dauerdelikte in Form von Umweltschädigungen vorkommen. Das ist beispielsweise denkbar, wenn Abwasser einen Flusslauf und die anliegenden Grundstücke erst sukzessiv verunreinigt. Auch der dauerhafte Ausstoß von Treibhausgasen führt regelmäßig zu zeitlich versetzten Auswirkungen. Man denke an Wetterextreme oder einen ansteigenden Meeresspiegel, der geografisch unterschiedliche Auswirkungen hat.

Letztlich geht es um die grundlegende Frage, ob unter der Rom II-VO jede unerlaubte Handlung nur einen Primärschaden haben kann. Hiergegen spricht, dass Art. 4 Abs. 1 lediglich „indirekte Schadensfolgen“ als unerheblich einstuft. Das schließt zwar erst recht direkte Schadensfolgen ein. Hingegen sind nur „Folgen“ umfasst und damit gerade keine weiteren eigenständigen Schäden. Sie erachtet die Rom II-VO als anknüpfungsrelevant. Das belegt auch ihr Erwägungsgrund 17 S. 2. Entsprechend seiner korrigierten Fassung treten Personen- oder Sachschäden in dem Staat ein, in dem die „Verletzung erlitten beziehungsweise die Sache beschädigt wurde“.⁸²² Eigenständige Schäden führen mithin zu separaten Schadensorten. Darüber hinaus spricht die herrschende Ansicht zu Streudelikten gegen

822 ABl. Nr. L 310 vom 9.11.2012, 52.

eine Zusammenfassung mehrerer Primärschäden am zeitlichen ersten. Den Streudelikten liegt ebenfalls *eine* unerlaubte Handlung zugrunde, die anerkanntermaßen zu *mehreren* Primärschäden führt. Der Unterschied zu Dauerdelikten ist, dass die Primärschäden kein zeitlicher, sondern ein räumlicher Abstand trennt.

bb. Räumlich gestreute Erfolgsorte bei Delikten („Streudelikte“) –
Art. 4–8, 12 Rom II-VO: Weitgehend räumliche Mosaikbetrachtung

Zahlreiche Anhänger hat die Mosaikbetrachtung, wenn mehrere Primärschäden in verschiedenen Staaten eintreten („Streuschäden“, „Streudelikte“ oder „Multi-State-Delikte“). Es geht mithin um eine räumliche Streuung, nicht wie bisher um eine zeitliche. *Spickhoff* differenziert diese Fallgruppe als „sonstige Streudelikte“ gegenüber „einer zeitlich gestreckten Verletzung“.⁸²³ Bei räumlichen Streudelikten ist die Mosaikbetrachtung in zahlreichen Kollisionsnormen der Rom II-VO weit verbreitet. Man kann sie insoweit als etabliert bezeichnen, obwohl sie häufig Kritik erfährt. Zusammengefasst stellt diese Kritik die Frage, ob „eine wie auch immer geartete Zentralisierung geboten ist.“⁸²⁴

Insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zeigt stellenweise Tendenzen gegen eine Mosaikbetrachtung und zugunsten einer Schwerpunktbetrachtung. Das gilt zum einen für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet. Für diese Fallgruppe bejaht der EuGH seit der Rechtssache *eDate* eine Konzentration der Schäden am Mittelpunkt der Interessen des Geschädigten.⁸²⁵ Bei Schadensersatzklagen tritt sie neben die beschränkte Zuständigkeit am jeweiligen Erfolgsort, bei Unterlassungs- und Beseitigungsklage gilt sie ausschließlich.⁸²⁶ Für Schadensersatzklagen hat der EuGH die Mosaikbetrachtung durch seine Entscheidung in der Rechtssache *Gtflifx* kürzlich noch einmal bestätigt.⁸²⁷ Für Kartellschäden hat er sie hingegen im Rahmen des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO mittlerweile komplett

823 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 11.

824 *Bach*, in Spindler/Schuster/Kaesling, Art. 4 Rom II-VO Rn. 6.

825 EuGH EuZW 2011, 962 (1. Leitsatz) – *eDate*; *Stadler/C. Krüger*, in Musielak/Voit, Art. 7 EuGVVO Rn. 20b f. mwN.

826 EuGH NJW 2017, 3433 (Leitsätze); *Stadler/C. Krüger*, in Musielak/Voit, Art. 7 EuGVVO Rn. 20c mwN.

827 EuGH NJW 2022, 765 (Leitsatz) – *Gtflifx*. Ebenfalls GA Rantos Schlussa. v. 5.2.2026 – C-232/25 = BeckRS 2026, 993 – *Idziski*.

fallengelassen.⁸²⁸ Bei der Verletzung von Urheberrechten legt er wiederum weiterhin eine Mosaikbetrachtung an, auch im Fall weitreichender oder weltweiter Streudelikte im Internet.⁸²⁹

(1) Allgemeine Kollisionsnorm – Art. 4 Rom II-VO

Im Rahmen der allgemeinen Kollisionsnorm des Art. 4 Rom II-VO haben Streudelikte und deren Mosaik- oder Schwerpunkt Betrachtung eine vergleichsweise geringe Bedeutung. Das liegt vor allem daran, dass Persönlichkeitsrechtsverletzungen vom Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgenommen sind und Streudelikte daneben hauptsächlich im Bereich der speziellen Kollisionsnormen für Produkthaftung, Lauterkeits-/Kartellrechtsverstöße, Umweltschädigungen und Immaterialgüterrechtsverletzungen vorkommen (Art. 1 Abs. 2 lit. g und Art. 5–8 Rom II-VO).⁸³⁰ Im Ausgangspunkt erkennt die herrschende Lehre die Mosaikbetrachtung an.⁸³¹ Eine Schwerpunktbetrachtung erwägt sie nur in Ausnahmefällen über die Ausweichnorm des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO.⁸³² In diesem Kontext ist *Lehmanns* Einwand zu sehen, dass ein Wahlrecht des Geschädigten zwischen Schwerpunkt- und Mosaikbetrachtung im IPR nicht möglich sei. Das anzuwendende Recht müsse nämlich eindeutig bestimmbar sein.⁸³³ *Rühl* wendet hiergegen das Wahlrecht zugunsten des Handlungsorts gemäß Art. 7 Var. 2 Rom II-VO ein. Sie lehnt ein Wahlrecht jedoch aufgrund der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung des Art. 4 Rom II-VO ab. Eine ausschließliche Anknüpfung an den Mittelpunkt der Interessen hält sie jedoch für möglich.⁸³⁴

828 EuGH EuZW 2015, 584 Rn. 51 ff. – CDC Hydrogen Peroxide; *Stadler/C. Krüger*, in Musielak/Voit, Art. 7 EuGVVO Rn. 19g mwN.

829 EuGH NJW 2013, 3627 (Leitsatz) – *Pinckney*; GRUR 2015, 296 (Leitsatz) – *Hejduk*; *Stadler/C. Krüger*, in Musielak/Voit, Art. 7 EuGVVO Rn. 20d mwN; *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 72.1 mwN.

830 *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 48; *Thorn*, in Grüneberg, Art. 4 Rom II-VO Rn. 8; *Bach*, in Spindler/Schuster/Kaesling, Art. 4 Rom II-VO Rn. 6; *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 73.

831 *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 49 mwN; *Thorn*, in Grüneberg, Art. 4 Rom II-VO Rn. 8 mwN; *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 71 mwN.

832 *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 51 mwN; *Thorn*, in Grüneberg, Art. 4 Rom II-VO Rn. 8 mwN; *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 72 mwN.

833 *Lehmann*, in Hüfstege/Mansel, Art. 4 Rom II-VO Rn. 95.

834 *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 72.2 mwN.

(2) Lauterkeitsrechts- und Kartellrechtsverstöße – Art. 6 Rom II-VO

Für Lauterkeitsrechtsverstöße im Sinne des Art. 6 Abs. 1, 2 ist eine Mosaikbetrachtung in zweifacher Hinsicht anerkannt: Zum einen im Rahmen der Anknüpfung an den Ort der beeinträchtigten Wettbewerbsbeziehung oder kollektiven Interessen der Verbraucher gemäß Abs. 1 (Marktortprinzip). Zum anderen im Zuge des Verweises auf Art. 4 Abs. 1 gemäß Art. 6 Abs. 2.⁸³⁵ Für Kartellrechtsverstöße im Sinne des Art. 6 Abs. 3 ist die Mosaikbetrachtung bei der Anknüpfung an den Ort des beeinträchtigten Marktes gemäß lit. a anerkannt (Auswirkungsprinzip).⁸³⁶ Bei Streudelikten kann der Geschädigte das Recht des angerufenen Gerichts gemäß lit. b wählen, sofern der Beklagte dort seinen Wohnsitz hat. Diese Kollisionsnorm will die verschiedenen Marktbeeinträchtigungen konzentrieren und steht daher einer Mosaikbetrachtung entgegen.⁸³⁷

Daneben finden sich stellenweise Beispiele für Dauerdelikte: *Poelzig* und *Windorfer* legen dar, dass im internationalen Lauterkeitsrechts zeitlich gestreckte Sachverhalte im Fall einer internationalen Beförderung mit absatzfördernden Verhaltensweisen vorkommen können. Sie nennen als Beispiel den Bordverkauf auf Schiffen und in Flugzeugen. Ein Statutenwechsel steht dabei jedoch nicht im Raum. Entweder knüpft man an den Flaggen- oder Registrierungsstaat an oder aber man vertritt eine Statutenkumulation zugunsten des Ankunfts- und Abflugorts.⁸³⁸

(3) Umweltschädigungen – Art. 7 Var. 1 Rom II-VO

Bei Umweltschädigungen ist die Mosaikbetrachtung im Rahmen des Verweises des Art. 7 Var. 1 auf Art. 4 Abs. 1 anerkannt.⁸³⁹ Das spielt insbesondere im Rahmen der neuerlich aufgekommenen Klimaklagen eine Rolle.

835 Statt vieler nur *Poelzig/Windorfer/Bauermeister*, in BeckOGK, Art. 6 Rom II-VO Rn. 188 f. und 192 je mwN.

836 Statt vieler nur *Poelzig/Windorfer/Bauermeister*, in BeckOGK, Art. 6 Rom II-VO Rn. 267 f. mwN

837 Statt vieler nur *Poelzig/Windorfer/Bauermeister*, in BeckOGK, Art. 6 Rom II-VO Rn. 190 und 269 je mwN.

838 Nur *Poelzig/Windorfer/Bauermeister*, in BeckOGK, 1.09.2022, Art. 6 Rom II-VO Rn. 136 mwN.

839 *Huber*, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7 mwN, 31, 54 mwN und 66 mwN; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 4 mwN; *von Plehwe*, in Hüßtege/Mansel, Art. 7 Rom II-VO Rn. 18; *Lehmann/Eichel*, *RebelsZ* 2019 (83), 77, 97.

Sie beziehen sich auf die Emission von Treibhausgasen und die daraus entstehenden Schäden durch den Klimawandel (zuvor ab S. 357). Zum Beispiel hat die *Rechtbank Den Haag* in der vielbeachteten Entscheidung in Sachen *Milieudefensie et al.* einen Schadensort in den Niederlanden zumindest insofern bejaht, als die Emissionen der Konzernunternehmen von *Royal Dutch Shell* die Interessen der Niederländer beeinträchtigt.⁸⁴⁰

Kieninger wendet in Bezug auf Art. 7 Nr. 2 EuGVVO jedoch zutreffenderweise ein, dass es anders als bei der klassischen Mosaikbetrachtung „gerade nicht um eine Vervielfältigung des Schadensortes bei einem einzigen Geschädigten, sondern um eine Vielzahl von Geschädigten mit jeweils individuellen Schadensorten“ geht. In diesem Kontext stellt sie auch klar, dass der Ausstoß von Treibhausgasen üblicherweise auf einer über einen langen Zeitraum ausgeführten Handlung beruht, der ein grenzüberschreitender Charakter immanent sei.⁸⁴¹ Aber nicht nur bei derartigen Umweltschädigungen können Dauerdelikte vorliegen. Von *Plehwe* sieht generell einen „gestreckten Tatbestand“ bei Umweltschädigungen „als die Bewegung oder Verteilung der betroffenen Ressource im Zeitpunkt der Schädigung dazu führt, dass Erfolgsort jeder Ort ist, an dem eine auf das Schadensereignis zurückzuführende Primärschädigung dieser Ressource festgestellt werden kann.“ Als Beispiel führt er an, „dass ein Flusslauf auf der gesamten Länge und Breite seiner sich ausbreitenden Kontamination „Erfolgsort“ ist.“⁸⁴² Eine Konzentration ist jedenfalls über Art. 4 Abs. 2 und 3 Rom II-VO nicht möglich, da Art. 7 Var. 1 Rom II-VO lediglich auf Abs. 1 verweist und kein Redaktionsversehen vorliegt.⁸⁴³ Gleichwohl erlaubt die wahlweise Anknüpfung an den Handlungsort gemäß Art. 7 Var. 2 eine Konzentration von Streudelikten.

(4) Verletzungen nationaler Rechte des geistigen Eigentums – Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO

Schließlich ist eine Mosaikbetrachtung im Rahmen der Kollisionsnorm für die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums in Art. 8 Rom II-VO

840 *Rechtbank Den Haag* Ur. v. 26.5.2021 – C/09/571932 / HA ZA 19-379 (Punkt 4.3.7; offizielle englische Vollversion abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl#!details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>, zuletzt abgerufen am 16.02.2026; auch in der inoffiziellen und auszugsweisen deutschen Übersetzung von *Ortlieb*, EWeRK 2021, 163, 170 f.).

841 *Kieninger*, IPRax 2022, 1, 4.

842 *von Plehwe*, in *Hüfstege/Mansel*, Art. 7 Rom II-VO Rn. 17.

843 *Huber*, in *BeckOGK*, Art. 7 Rom II-VO Rn. 54 mwN.

stellenweise anerkannt. Nämlich für „Rechte des geistigen Eigentums“ im Sinne des Abs. 1, die nicht gemeinschaftsweit einheitlich im Sinne des Abs. 2 sind. Für erstere gilt das Schutzlandprinzip, das gerade bei Verletzungen im Internet zu Streudelikten führt – etwa beim multinationalen Verkauf rechtsverletzender Waren. Die herrschende Ansicht legt bei derartigen Streudelikten im Rahmen des Abs. 1 eine Mosaikbetrachtung an.⁸⁴⁴

(5) Ergebnis: Räumliche Mosaikbetrachtung weitgehend anerkannt

Insgesamt ist die Mosaikbetrachtung unter der Rom II-VO anerkannt, sofern die Kollisionsnormen an den Schadensort anknüpfen und mehrere Primärschäden in mehreren Mitgliedstaaten vorliegen (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Var. 2 Rom II-VO). Die herrschende Ansicht scheint eine Vervielfältigung des ersten Primärschadens jedoch lediglich dann anzunehmen, wenn kein Zusammenhang mit einem anderen Primärschaden besteht. Das entspricht der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, die jedoch nahezu ohne Begründung erging. Nach ihr sind alle „*nachteiligen Folgen eines Umstands*“ irrelevant, „*der bereits einen – tatsächlich an einem anderen Ort entstandenen – Schaden verursacht hat*“.⁸⁴⁵ Die Entscheidung des EuGH zu Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO und der Gesundheitsverletzung eines nahen Verwandten des Verstorbenen überträgt diesen Maßstab nicht ausdrücklich.⁸⁴⁶ Er spricht auch nicht gegen eine Mosaikbetrachtung bei mehreren Primärschäden, wenn kein Zusammenhang zwischen ihnen besteht. Wenn diese Eigenständigkeit bei Streudelikten durch einen räumlichen Abstand eintritt, dann sollte sie meines Erachtens bei Dauerdelikten erst recht durch einen räumlichen *und* zeitlichen Abstand eintreten können.

Des Weiteren ist die Mosaikbetrachtung auch bei anderen Erfolgsorten als dem Schadensort anerkannt: Auf das Marktortprinzip bei Lauterkeitsrechtsverstößen, das Auswirkungsprinzip bei Kartellrechtsverstößen und das Schutzlandprinzip bei Immaterialgüterrechtsverletzungen (Art. 6 Abs. 1, 3 und Art. 8 Abs. 1).

Das spricht dafür, auch bei Dauerdelikten eine Mosaikbetrachtung bei mehreren Schadensorten oder -zeitpunkten anzulegen. Streu- und Dauer-

844 Statt vieler nur *Grünberger*, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom II-VO RN. 44 mwN.

845 EuGH EuZW 1995, 765 (Leitsatz) – *Marinari*; NJW 2004, 2441, 2442 (Rn. 19) – *Kronhofer*.

846 EuGH NJW 2016, 466 (Leitsatz) – *Lazar*; NJW 2016, 1005, 1006 (Rn. 52) – *ERGO*.

delikte sind nämlich weitgehend vergleichbar: Ihnen ist gemeinsam, dass *eine* unerlaubte Handlung *mehrere* Primärschäden zur Folge hat. Bei Streudelikten sind die Primärschäden räumlich in verschiedenen Staaten verteilt, bei Dauerdelikten räumlich und zeitlich. Folgerichtig stuft *Spickhoff* beide Phänomene gleichermaßen ein: Zeitlich gestreckte Sachverhalte sind ebenso wie „*sonstige Streudelikte*“ anhand einer Mosaikbetrachtung zu bewerten.⁸⁴⁷ Dabei sind die Übergänge fließend, weil auch bei Streudelikten die Primärschäden sukzessiv eintreten können. Das trifft gerade auf die Umweltschädigungen zu. Darüber hinaus müssen Dauerdelikte zwingend zu Primärschäden in verschiedenen Staaten führen. Andernfalls wären keine zwei Rechtsordnungen betroffen und es stünde keine Mosaikbetrachtung im Raum. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass sich bei den Streudelikten teilweise Hinweise auf einen zeitlich gestreckten Sachverhalt finden.

cc. Räumlich gestreute oder zeitlich gestreckte Handlungsorte –
Art. 7 Var. 2 und Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO: Eher keine zeitliche
Mosaikbetrachtung

Räumlich gestreute oder zeitlich gestreckte Sachverhalte können auch in Bezug auf den Handlungsort eines Delikts auftreten. Derartige Sachverhalte diskutiert die Literatur vor allem im Bereich der Umweltschädigungen und der Verstöße gegen Unionsschutzrechte (Art. 7 Var. 2 und Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO).

(1) Umweltschädigungen – Art. 7 Var. 2 Rom II-VO

Im Rahmen von Umweltschädigungen ergeben sich gestreckte Sachverhalte vor allem im Zuge der Klima- und Menschenrechtsklagen. Die herrschende Ansicht verortet den Handlungsort des Art. 7 Var. 2 Rom II-VO jedenfalls am Ort des emittierenden oder verletzenden Betriebs.⁸⁴⁸ Angesichts dessen kann eine räumliche Streuung eintreten, wenn zeitgleich mehrere Betriebe

847 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 11.

848 *Thorn*, in Grüneberg, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7; *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 4 mwN; *M. Stürner*, in Erman, Art. 7 Rom I-VO Rn. 12; *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 2019 (83), 77, 96.

in verschiedenen Staaten emittieren oder verletzen.⁸⁴⁹ Diese Konstellation dürfte aber regelmäßig zu mehreren separat anzuknüpfenden Delikten führen, weil die verschiedenen Betriebe länderspezifischen juristischen Personen gehören dürften.⁸⁵⁰ Sollten sie ausnahmsweise einmal von derselben juristischen oder natürlichen Person ausgehen, dann plädiert *Junker* für eine Mosaikbetrachtung in dem Sinne, dass man jede Emission oder Verletzung nach dem Recht ihres jeweiligen Handlungsorts bewerten soll.⁸⁵¹ Hingegen erachtet *von Plehwe* den Schwerpunkt für entscheidend und begründet das mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Nintendo*.⁸⁵² Dort konzentrierte der EuGH im Rahmen der Handlungsortanknüpfung des Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO mehrere Verletzungsorte von gemeinschaftsweit einheitlichen Immaterialgüterrechten über eine Gesamtbetrachtung am Ort der ursprünglichen Verletzungshandlung.⁸⁵³ *Huber* möchte dem Geschädigten wiederum ein Wahlrecht zwischen den Handlungsorten zugunsten des gesamten Schadens einräumen.⁸⁵⁴

Eine zeitliche Streckung steht in zwei Konstellationen im Raum. Erstens dann, wenn eine Handlung aus verschiedenen Teilhandlungen besteht und der Schädiger diese in verschiedenen Staaten ausführt oder auslöst. Diese Konstellation nennen lediglich *Huber* und *Dickinson*. Wie bei der räumlichen Streuung schlägt *Huber* ein Wahlrecht des Geschädigten vor.⁸⁵⁵ Hingegen hält *Dickinson* den Schwerpunkt für entscheidend („*principal or substantial cause of the environmental damage*“).⁸⁵⁶ Ein Beispiel für diese Konstellation ist meines Erachtens nur schwer vorstellbar. Denkbar wäre, dass der potenziell Haftende den Transport von Gefahrgut durch mehrere Länder durchführt oder veranlasst und der Schaden erst im Ziel-land eintritt. Fraglich ist dann, ob ein Handlungsort auch im Start- und einem etwaigen Transitland oder nur im Zielland vorliegt. Zweitens steht eine zeitliche Streckung im Raum, wenn eine Handlungsentscheidung im

849 *Huber*, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 38; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 22.

850 *Thorn*, in Grüneberg, Art. 7 Rom II-VO Rn. 7; *Huber*, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 39; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 22; *Habersack/Ehrl*, AcP 2019 (219), 155, 188; *Mansel*, ZGR 2018, 439, 460 f. mwN.

851 *Junker*, in MüKo BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 22.

852 *von Plehwe*, in Hüßtege/Mansel, Art. 7 Rom II-VO Rn. 18 mwN.

853 EuGH GRUR 2017, I120 (3. Leitsatz) – *Nintendo*.

854 *Huber*, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 38.

855 *Huber*, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 38.

856 *Dickinson*, in Dicey, Morris & Collins, Rn. 35-070 aE und Fn. 359.

Vorfeld der Emission oder Verletzung vorliegt.⁸⁵⁷ Insoweit materialisiert sich die bereits besprochene Frage, ob Handlungsentscheidungen unbeachtliche Vorbereitungshandlungen oder beachtliche (Haupt-)Handlungen sind: Eine Ansicht sieht sie generell als irrelevant an. Hingegen können sie nach der anderen Ansicht relevant sein. Voraussetzung hierfür ist jedoch zum einen, dass das entscheidende Subjekt eine andere rechtliche Person als das verletzende Subjekt ist – wie im Fall von entscheidender Mutter- und verletzender Tochtergesellschaft. Zum anderen ist erforderlich, dass das hypothetisch anzuwendende Recht am Ort der Handlungsentscheidung eine Pflichtverletzung im Inland bejaht (zuvor ab S. 357).

(2) Verletzungen von Unionsschutzrechten – Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO

Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO knüpft bei gemeinschaftsweit einheitlichen Rechten des geistigen Eigentums an den Handlungsort.⁸⁵⁸ Dieser Handlungsort kann sich jedoch ebenfalls räumlich und zeitlich vervielfältigen. Zum Beispiel dann, wenn der Haftende das rechtsverletzende Produkt in mehreren Staaten bewirbt oder vertreibt. In derartigen Konstellationen hatte die überwiegende Ansicht ursprünglich eine Mosaikbetrachtung angenommen.⁸⁵⁹ Dem trat der EuGH in der Entscheidung *Nintendo* entgegen. Im Sinne einer Gesamtbetrachtung⁸⁶⁰ konzentrierte den Handlungsort am Ort der „ursprünglichen Verletzungshandlung, auf die das vorgeworfene Verhalten zurückgeht“.⁸⁶¹ Das ist regelmäßig das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der verletzenden Partei.⁸⁶² In der Literatur nennt man diese Variante des Handlungsorts auch „natürlicher Handlungsort“.⁸⁶³ Die der Rechtssache *Nintendo* zugrundeliegende Klage richtete sich gegen mehrere Verletzungshandlungen eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters in mehreren Mitglied-

857 Huber, in BeckOGK, Art. 7 Rom II-VO Rn. 38; Müller-Hoff/Oehm, ZEuP 2022, 142, 147 f. mwN.

858 Statt vieler nur Pabst, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom II-VO Rn. 21 mwN; Drexl, MüKo BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 138 f. und 154 je mwN. AA McGuire, in BeckOGK, Art. 8 Rom II-VO Rn. 207–207.2 mwN.

859 Statt vieler nur GA Wathelet Schlussa. v. 5.9.2013 – C-479/12 = BeckRS 2013, 81648 (Rn. 99–102) – Gautzsch Großhandel; BGH, GRUR 2012, 1253, 1257 (Rn. 49).

860 Janal/Müller, GRUR 2022, 541, 543.

861 EuGH GRUR 2017, 1120 (3. Leitsatz) – *Nintendo*. Zustimmung Janal/Müller, GRUR 2022, 541, 542.

862 Janal/Müller, GRUR 2022, 541, 541 f.

863 Drexl, MüKo BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 138 f. mwN; Grünberger, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom II-VO Rn. 65–68 mwN.

staaten. Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich bei derartigen Klagen nach Art. 82 Abs. 1–4 GGV.^{864, 865}

Hingegen wählte der Kläger in der Rechtssache *Acacia* den Gerichtsstand der Verletzungshandlung gemäß Art. 82 Abs. 5 GGV. Damit griff der Kläger aus mehreren Verletzungshandlungen in mehreren Mitgliedstaaten lediglich *eine* Verletzungshandlung in *einem* Mitgliedstaat heraus. Es handelte sich um einen zeitlich gestreckten Sachverhalt entlang einer Produktionskette eines Konzerns (Produktion, Einfuhr und Inverkehrbringen).⁸⁶⁶ In diesem Kontext lokalisierte der EuGH den Handlungsort gemäß Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO in diesem Mitgliedstaat – weil dort der Verletzungstatbestand verwirklicht wurde.⁸⁶⁷ Diesen Handlungsort bezeichnet die Literatur auch als „*tatbestandlichen Handlungsort*“ oder Ort der „*tatbestandlichen Verletzungshandlung*“.⁸⁶⁸ Die übrigen Verletzungshandlungen in den anderen Mitgliedstaaten ließ der EuGH hingegen unberücksichtigt. Der Kläger kann sie lediglich in weiteren Klagen in den anderen Mitgliedstaaten geltend machen.⁸⁶⁹ Diese Aussagen sind auf andere außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums übertragbar, weil Art. 13 uneingeschränkt auf Art. 8 verweist. Die Literatur vertritt teilweise in beiden Konstellationen weiterhin eine Mosaikbetrachtung.⁸⁷⁰

dd. Zeitlich gestreckte Sicherheits- und Verhaltensregeln –

Art. 17 Rom II-VO: Letzter Teilakt einer Handlung entscheidend

Zeitlich gestreckte Sachverhalte spielen auch im Rahmen des Art. 17 Rom II-VO eine Rolle. Er ordnet an, dass bei der Beurteilung des Verhaltens des Haftenden die Sicherheits- und Verhaltensregeln am Ort und zum

864 Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. L 3 v. 5.1.2002, 1.

865 EuGH GRUR 2017, 1120, 1120, 1123 und 1126 f. (3. Leitsatz und Rn. 61 f., 90, 103) – *Nintendo*; GRUR 2022, 569, 571 (Rn. 47–49) – *Acacia*; *Janal/Müller*, GRUR 2022, 541, 541 f. und 543.

866 EuGH GRUR 2022, 569 (Sachverhalt); *Janal/Müller*, GRUR 2022, 541, 542.

867 EuGH GRUR 2022, 569, 569 und 571 (Leitsatz und Rn. 48–50) – *Acacia*; *Janal/Müller*, GRUR 2022, 541, 542 und 543.

868 *Janal/Müller*, GRUR 2022, 541, 541 ff.; *Drexler*, MüKo BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 138 mwN; *Grünberger*, in Hüfstege/Mansel, Art. 8 Rom II-VO Rn. 65–68 mwN.

869 EuGH GRUR 2022, 569, 571 (Rn. 48–50) – *Acacia*; *Janal/Müller*, GRUR 2022, 541, 542 f.

870 *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom II-VO Rn. 21–26 mwN.

Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses angemessen zu berücksichtigen sind. Die allgemeine Ansicht definiert das haftungsbegründende Ereignis dort wegen Erwägungsgrund 34 S. 1 als den Ort, „in dem die schädigende Handlung begangen wurde“.⁸⁷¹ Das ist der Handlungsort. Folglich ist der von Art. 17 referenzierte Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses der Handlungszeitpunkt. Trotz des deliktsspezifischen Wortlauts ist die Norm nach der allgemeinen Ansicht auf alle Kollisionsnormen der Art. 4–13 anzuwenden.⁸⁷² Art. 17 ergänzt diese Kollisionsnormen um „*statusfremde*“ Vorschriften, sofern die Art. 4–13 nicht an den Handlungsort anknüpfen.⁸⁷³

Die Literatur thematisiert zeitlich gestreckte Sachverhalte im Rahmen des Art. 17 vor allem im Zusammenhang mit Produkthaftungsfällen im Sinne des Art. 5. Insoweit stellt die herrschende Ansicht nicht auf den Zeitpunkt der Herstellung, sondern des Inverkehrbringens ab.⁸⁷⁴ Damit stellt sie auf den letzten Akt des haftungsbegründenden Ereignisses ab. *Maultzsch* ist generell – nicht nur in Bezug auf die Produkthaftung – der Ansicht, dass auf „*auf den letzten Teilakt des haftungsbegründenden Ereignisses*“ abzustellen sei.⁸⁷⁵ Vor diesem Hintergrund kommt er für die Sicherheitsstandards von Produkten zu dem Schluss, dass „*nicht nur diejenigen Regeln einschlägig [sind], die im Zeitpunkt des erstmaligen Anbietens einer Ware am Markt in Kraft waren, sondern auch diejenigen, die zum Zeitpunkt des konkreten Absatzes des schädigenden Produkts gelten, da das Inverkehrbringen des Produkts [...] insoweit noch andauert.*“⁸⁷⁶ Damit präzisiert er, dass das Inverkehrbringen des konkret schädigenden Produkts maßgeblich ist, nicht das erste Inverkehrbringen des Produkttyps. Parallel dazu stellt *Spickhoff* „*auf die Schaffung einer konkreten Gefahrenlage*“ ab.⁸⁷⁷ Das ist konsequent, weil Art. 5 auf den Schaden durch das jeweilige Produkt abstellt und nicht den Schaden durch das erste Produkt des Typs. Bei verschiedenen Produkten liegen daher nicht mehrere Handlungsorte *eines* Delikts, sondern *mehrere* Delikte vor. Dasselbe gilt für die Konstellation, dass „*eine spätere Verschärfung von Sicherheitsstandards [...] neue, deliktswirksame Pflichten auslös[t]*“.

871 Statt vieler nur *Lehmann*, in EuZPR/EuIPR, Art. 17 Rom II-VO Rn. 49 mwN (in Rn. 50–53 auch zur Kritik des Deutschen Rates für IPR).

872 Statt vieler nur *Junker*, in MüKo BGB, Art. 17 Rom II-VO Rn. 7 f. mwN.

873 Statt vieler nur *Maultzsch*, in BeckOGK, Art. 17 Rom II-VO Rn. 9 mwN.

874 Statt vieler nur *Junker*, in MüKo BGB, Art. 17 Rom II-VO Rn. 31.

875 *Maultzsch*, in BeckOGK, Art. 17 Rom II-VO Rn. 58.

876 *Maultzsch*, in BeckOGK, Art. 17 Rom II-VO Rn. 46, 58.

877 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 17 Rom II-VO Rn. 7

Nach *Maultzsch* ist „*der Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses dann separat zu bestimmen*“.⁸⁷⁸ Das betrifft ebenfalls nur ein späteres Inverkehrbringen eines anderen Produkts und damit ein anderes Delikt.

Die Literatur bespricht hingegen nicht den Fall, dass die Folgen *eines* Delikts, *einer* ungerechtfertigten Bereicherung, *einer* Geschäftsführung ohne Auftrag oder *eines* Verschuldens bei Vertragsverhandlungen aufgrund *mehrerer* Handlungen eintreten. Hier geht es nicht um mehrere Teilakte einer unerlaubten Handlung – zum Beispiel Herstellung und Inverkehrbringen eines Produkts. Vielmehr geht es um mehrere eigenständige Handlungen und damit mehrere eigenständige Handlungsorte und -zeitpunkte. Derartige Konstellationen thematisiert sie jedoch im Rahmen der Art. 11 und 12.

ee. Zeitlich gestreckte Geschäftsführungshandlungen – Art. 11 Abs. 2, 3
Rom II-VO: Keine zeitliche Mosaikbetrachtung

Zeitlich gestreckte Sachverhalte sind auch im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorstellbar, sofern eine längerfristige Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt. Art. 11 Abs. 2 Rom II-VO knüpft insoweit an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt des Eintritts des schadensbegründenden Ereignisses an. Die überwiegende Ansicht stellt hier auf den Zeitpunkt der Geschäftsführungshandlung ab, nicht des Geschäftsführungserfolgs.⁸⁷⁹ Vor diesem Hintergrund könnte sich bei längerfristigen Geschäftsführungen ein Statutenwechsel ergeben, sofern mehrere Geschäftsführungshandlungen vorliegen. Derartige Konstellationen thematisiert die Literatur in Art. 11 Abs. 2 jedoch nicht. Einige Quellen nennen lediglich im Rahmen der subsidiären Anknüpfung des Abs. 3 den grenzüberschreitenden Krankentransport oder die grenzüberschreitende Erbensuche als Beispiele für einen zeitlich gestreckten Sachverhalt.⁸⁸⁰ Dabei knüpft Abs. 3 nach der überwiegenden Ansicht an die Geschäftsführungshandlung an.⁸⁸¹ Im Fall mehrerer Handlungen lehnen alle Ansichten eine Mosaikbetrach-

878 *Maultzsch*, in BeckOGK, Art. 17 Rom II-VO Rn. 58.

879 Statt vieler nur *Picht*, in EuZPR/EuIPR, Art. 11 Rom II-VO Rn. 20 mwN auch zur AA.

880 LG München I IPRax 2014, 438, 440 mwN (Rn. 38); *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 6; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 18; *Limbach*, in Hüßtege/Mansel, Art. 11 Rom II-VO Rn. 13.

881 LG München I IPRax 2014, 438, 441 mwN (Rn. 42 f.); *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 6 mwN; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 17 mwN; *Limbach*, in Hüßtege/Mansel, Art. 11 Rom II-VO Rn. 13 mwN. Zur AA insbe-

tung ab.⁸⁸² In der Folge ist dann nur umstritten, ob an den Schwerpunkt oder den Beginn der Geschäftsführung anzuknüpfen ist.⁸⁸³

ff. Zeitlich gestreckte Pflichtverletzungen bei Vertragsverhandlungen –
Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO: Zeitliche Mosaikbetrachtung

Schnikels nennt ein Beispiel für einen zeitlich gestreckten Sachverhalt im Rahmen eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen durch Unterlassen (lat. „*culpa in contrahendo*“): Hält der Haftende eine Fehlinformation oder eine nicht vorliegende Abschlussbereitschaft schuldhaft über einen längeren Verhandlungszeitraum aufrecht, dann sei der letztmögliche Aufklärungszeitpunkt entscheidend. Das sei der „*Zeitpunkt an dem die Offenbarung über eine aufklärungsgerechte Reaktion des Geschädigten den Schaden noch hätte verhindern können*.“ Bis dahin sei eine Verlegung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO). Im Fall „mehrere[r] selbstschädigende[r] Vermögensdispositionen“ trete bei zwischenzeitlicher Verlegung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts ein Statutenwechsel mit *Ex-nunc*-Wirkung ein. Der Schadensersatz sei „*teils nach Abs. 2 lit. b und teils nach lit. a anzuknüpfen*“. Im Fall einer aktiven Fehlinformation soll auf den Zeitpunkt der Auskunftserteilung abzustellen sein.⁸⁸⁴ Das führt zu einer zeitlichen Mosaikbetrachtung. *Budzikiewicz* stimmt dieser Einschätzung wohl zu.⁸⁸⁵

Zur Einordnung: Art. 12 Abs. 2 ist anzuwenden, wenn kein tatsächliches oder hypothetisches Vertragsstatut gemäß Abs. 1 ermittelbar ist. Das ist

sondere *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 11 Rom II-VO Rn. 39 mwN; *Picht*, in EuZPR/EuIPR, Art. 11 Rom II-VO Rn. 24–27 mwN.

882 Bei Anknüpfung an die Geschäftsführungshandlung *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 6 mwN; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 18 mwN; *Limbach*, in Hufstege/Mansel, Art. 11 Rom II-VO Rn. 13 mwN. Bei Anknüpfung an den Geschäftsführungserfolg *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 11 Rom II-VO Rn. 40 mwN; *Picht*, in EuZPR/EuIPR, Art. 11 Rom II-VO Rn. 28 mwN. Eine Mosaikbetrachtung bei Anknüpfung an die Geschäftsführungshandlung bejahend *Nehne*, IPRax 2012, 136, 140 mwN.

883 LG München I IPRax 2014, 438, 440 mwN (Rn. 38); *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 6 mwN; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 11 Rom II-VO Rn. 18 mwN; *Limbach*, in Hufstege/Mansel, Art. 11 Rom II-VO Rn. 13 mwN; *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 11 Rom II-VO Rn. 40 f. mwN; *Picht*, in EuZPR/EuIPR, Art. 11 Rom II-VO Rn. 28–30 mwN.

884 *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 12 Rom II-VO Rn. 86.

885 *Budzikiewicz*, in Hufstege/Mansel, Art. 12 Rom II-VO Rn. 74 (Fn. 177–179).

nach der herrschenden Ansicht insbesondere bei Ansprüchen Dritter der Fall.⁸⁸⁶ Im Rahmen des Abs. 2 erachtet die herrschende Ansicht das Anknüpfungsmoment „gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt“ (lit. b) als vorrangig vor dem Schadensort (lit. a), wohingegen die offensichtlich engere Verbindung (lit. c) beide verdrängen kann.⁸⁸⁷ Der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt gemäß Art. 12 Abs. 2 lit. b ist dabei im „Zeitpunkt des Eintritts des schadensbegründenden Ereignisses“ zu bestimmen. Damit stellt er auf die schadensursächliche Pflichtverletzung und nicht den Schaden ab.⁸⁸⁸ Mit anderen Worten: Es geht um den Zeitpunkt der Handlung, nicht des Erfolgs. Damit ergibt sich eine Parallele zu Art. 17. Die Ansicht von *Schnikels* und *Budzikiewicz* weist deutliche Parallelen zur Anknüpfung an den Schadensort oder -zeitpunkt auf. Bei beiden ist der Primärschaden entscheidend. Spätere Schadensfolgen sind unerheblich, weitere Primärschäden aber beachtlich. Beim Zeitpunkt des schadensbegründenden Ereignisses des Art. 12 Abs. 2 lit. b soll das letztmögliche Unterlassen der Schadensabwendung erheblich sein. Ein vorheriges Unterlassen sollen im Rahmen einer Mosaikbetrachtung nur maßgeblich sein, wenn es zu einer eigenständigen Vermögensdisposition und damit einem eigenständigen Schaden führt. Die Konstellation mehrerer Unterlassungen und einer schädigenden Vermögensdisposition thematisieren *Schnikels* und *Budzikiewicz* ebenso wenig wie die Konstellation mehrerer aktiver Fehlinformationen.

gg. Dauerdelikte im Rahmen des Intertemporalen Kollisionsrechts –
Art. 31 Rom II-VO: Intertemporale Mosaikbetrachtung

Die Thematik der Dauerdelikte hat es bereits bis vor den österreichischen OGH geschafft: Er entschied im Jahr 2012, dass ein „Dauerdelikt“ zu einem „Statutenwechsel“ führen könne. Er bezog sich dabei jedoch lediglich auf die intertemporale Kollisionsnorm des Art. 31 Rom II-VO.⁸⁸⁹ Sie definiert den zeitlichen Anwendungsbereich der Rom II-VO für schadensbegründende Ereignisse, die nach dem Inkrafttreten der Rom II-VO eintreten. Damit bezieht sich die Norm auf die entsprechende Handlung des Delikts, der

886 Statt vieler nur *Junker*, in MüKo BGB, Art. 12 Rom II-VO Rn. 29–32 mwN.

887 *Spickhoff*, in BeckOK BGB, Art. 12 Rom II-VO Rn. 9; *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 12 Rom II-VO Rn. 82. AA *Picht*, in EuZPR/EuIPR, Art. 12 Rom II-VO Rn. 30–33 mwN auch zur hA.

888 Statt vieler nur *Budzikiewicz*, in Hüßtege/Mansel, Art. 12 Rom II-VO Rn. 74 mwN; *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 12 Rom II-VO Rn. 85 mwN.

889 OGH GRURInt 2012, 468, 471.

ungerechtfertigten Bereicherung, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Die Entscheidung des OGH betraf „die Folgen eines fortgesetzten Verhaltens, nämlich der Nutzung von angeblich rechtswidrig erlangten Unterlagen“. Die Klägerin forderte die Beklagte deshalb insbesondere zur Rechnungslegung auf. Der OGH nahm für Handlungen nach dem Inkrafttreten der Rom II-VO einen Statutenwechsel mit *Ex-nunc*-Wirkung und daher eine intertemporale Mosaikbetrachtung an.

In seinen Worten:

*„Streitgegenstand sind die Folgen eines fortgesetzten Verhaltens, nämlich der Nutzung von angeblich rechtswidrig erlangten Unterlagen. Bei einem solchen Dauerdelikt führt Art. 31 Rom II-VO nach herrschender Auffassung zu einem Statutenwechsel [...]. Daher ist die Rechnungslegung für die Zeit bis zum für Art. 31 Rom II-VO maßgebenden Zeitpunkt nach dem früher geltenden Kollisionsrecht zu beurteilen; spätere Nutzungshandlungen und damit auch darauf bezogene Rechnungslegungsansprüche fallen demgegenüber schon unter das neue Recht.“*⁸⁹⁰

Die überwiegende Ansicht in der Literatur stimmt der Ansicht des OGH zu.⁸⁹¹ Die Gegenansicht stellt auf die erste Handlung oder das erste Unterlassen ab.⁸⁹²

hh. Weitgehend zeitliche Mosaikbetrachtung und Ex-nunc-Statutenwechsel

Die vorangegangenen Abschnitte belegen, dass zeitlich gestreckte Sachverhalte bei zahlreichen Kollisions- und Hilfsnormen der Rom II-VO eine Rolle spielen. Zumeist steht dann eine Vervielfältigung der Erfolgsorte oder -zeitpunkte im Raum, teilweise jedoch auch der Handlungsorte oder -zeitpunkte. Im Fall mehrerer Erfolgsorte überschneidet und überlagert sich die Thematik der Dauerdelikte mit der Thematik der Streudelikte: Die zeitliche Streckung des Erfolgsorts führt nur zu einem Statutenwechsel, wenn tatsächlich mehrere sukzessive Erfolgsorte und damit gleichsam ein Streudelikt vorliegt.

Die praktische Relevanz dieser Fragestellungen zeigt sich daran, dass sie bereits Gegenstand von Gerichtsentscheidungen des EuGH, BGH, OGH,

890 OGH GRURInt 2012, 468, 471 (Kürzung in eckigen Klammern durch mich).

891 Statt vieler nur *Junker*, in MüKo BGB, Art. 31, 32 Rom II-VO Rn. 1 mwN.

892 Statt vieler nur *Schulze/Fervers*, in BeckOGK, Art. 31 Rom II-VO Rn. 16 mwN.

australischen *High Court* und US-amerikanischen *Supreme Court of Arizona* waren. Ungeachtet dessen fehlt eine eindeutige Entscheidung zum Erfolgsort und -zeitpunkt, insbesondere dem Schadensort und -zeitpunkt im Sinne der Art. 4–14 Rom II-VO. Der EuGH hat sich lediglich beim Handlungsort einer Verletzung von gemeinschaftsweiten Immaterialgüterrechten ausdrücklich gegen eine Mosaikbetrachtung entschieden – wohlge-merkt entgegen der vorherigen herrschenden Ansicht (Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO, zuvor ab S. 385). Der BGH hat zur internationalen Zuständigkeit des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO entschieden und der OGH zur intertemporalen Kollisionsnorm des Art. 31 Rom II-VO (zuvor ab S. 375 und 392).

(1) Vervielfältigung des Primärschadens: Zeitliche Mosaikbetrachtung

Bei einem Streudelikt legt die herrschende Ansicht eine Mosaikbetrachtung an. Dabei hat sie vorrangig die *zeitgleiche Vervielfältigung* des Schadensorts über mehrere Staaten im Blick und löst das über eine räumliche Mosaikbetrachtung (zuvor ab S. 380). Eine grenzüberschreitende *sukzessive Verschiebung* ein und desselben Primärschadens ist nach der allgemeinen Ansicht nicht möglich. Daher versteht die herrschende Ansicht unter einem Dauerdelikt die *sukzessive Vervielfältigung* des Schadensorts über mehrere Staaten. Hier legt lediglich die überwiegende Ansicht eine zeitliche Mosaikbetrachtung an (zuvor ab S. 377). Die Übergänge zwischen den Definitionen der Streu- und Dauerdelikte sind jedoch fließend. *Spickhoff* erachtet daher zutreffenderweise alle Konstellationen mehrerer Primärschäden als Streudelikte und befürwortet eine Mosaikbetrachtung – unabhängig davon, ob sie sich zeitgleich oder sukzessiv vervielfältigen (zuvor ab S. 373).

Dem stimme ich zu. Liegen mehrere Primärschäden und damit mehrere Schadensorte vor, dann ist eine Mosaikbetrachtung vorzunehmen (Wandelbarkeit durch Vervielfältigung). Das gilt im Rahmen des Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Var. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a Rom II-VO. Im Fall einer sukzessiven Vervielfältigung wechselt das anzuwendende Recht mit *Ex-nunc*-Wirkung. Diese Betrachtung segmentiert das anzuwendende Recht zeitlich, was einer zeitlichen Mosaikbetrachtung entspricht. Hierfür spricht meines Erachtens die Auslegung speziell des Art. 2 Abs. 1 und des Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO. Art. 2 Abs. 1 normiert, dass der Begriff des Schadens im Sinne der Rom II-VO „sämtliche Folgen einer unerlaubten Handlung“ umfasst. Diese extensive Definition spricht dafür, dass auch mehrere Primärschäden erfasst sind. In Zusammenschau mit Art. 4 Abs. 1 zeigt sich, dass die Rom II-VO einen gestreckten Sachverhalt

nicht am ersten oder letzten Primärschaden konzentrieren möchte. Nach Art. 4 Abs. 1 zieht sie lediglich „indirekte Schadensfolgen“ zum jeweiligen Primärschaden, nicht andere Primärschäden. Letztere erachtet die Rom II-VO als eigenständig. Mit anderen Worten: Weisen mehrere sukzessive Schäden die Qualität eines Primärschadens auf, dann sind sie im Sinne einer zeitlichen Mosaikbetrachtung gleich zu behandeln.

Diese Einschätzung stützt in teleologischer Hinsicht Erwägungsgrund 16 S. 1. Er fordert, dass die Kollisionsnormen der Rom II-VO die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen verbessern und einen angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Haftenden und Geschädigten gewährleisten. Erwägungsgrund 16 S. 2 besagt, dass die Anknüpfung an den Schadensort einen angemessenen Interessenausgleich herstellt – oder fingiert das zumindest. Die herrschende Ansicht stimmt dem zu: Die Anknüpfung an den Erfolgsort motiviert den Schädiger dazu, sein Verhalten an dessen Anforderungen auszurichten. Das sind die Handlungsanforderungen und Sorgfaltsmaßstäbe des Staates, an dem sich seine unerlaubte Handlung auswirken kann. Damit vermeidet die Erfolgsortanknüpfung Schäden. Darüber hinaus kann der Schädiger das Schadensrisiko besser tragen und versichern, weil es für ihn weniger überraschend kommt.⁸⁹³ Dieser Interessenausgleich ist meines Erachtens auf die Konstellation mehrerer Primärschäden zu übertragen: Die unerlaubte Handlung des Schädigers kann sich hier in mehreren Staaten auswirken. Die Rom II-VO möchte den Schädiger dann motivieren, sich mit den Handlungsanforderungen und Sorgfaltsmaßstäben aller dieser Staaten auseinanderzusetzen. Eine konzentrierte Anknüpfung an einen Primärschaden würde diesen Zweck unterlaufen. Es würde ein Anforderungsregime für alle Auswirkungen gelten, obwohl alle Schäden gleichwertig sind. Das würde auch die Interessen des Geschädigten schlechter schützen, denn dessen übrige verletzte Rechte und Rechtsgüter würden von ihrem Anforderungsregime getrennt. Die Mosaikbetrachtung im IPR belastet den Geschädigten nicht wie im Internationalen Zuständigkeitsrecht. Ein zuständiges Gericht hat keine beschränkte Kognitionsbefugnis, sondern muss mehrere Sachrechte anwenden. Das ist zwar ein nicht zu unterschätzendes Hindernis, das den Rechtsstreit langwieriger und kostenintensiver macht. Dem Geschädigten ist die Konzentration der Klage vor einem Gericht aber nicht verwehrt, sondern lediglich erschwert. Das ist der Preis für einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien.

893 Statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 50 mwN und 54 mwN.

Eine Konzentration der Primärschäden hätte nicht nur einen unangemessenen Interessenausgleich zur Folge, sondern wäre für den Haftenden und Geschädigten auch weniger vorhersehbar im Sinne des Erwägungsgrund 16 Rom II-VO. Zwar erachte ich das Ziel berechenbarer Kollisionsnormen nach Erwägungsgrund 16 S. 1 Rom I-VO ohne empirische Untersuchung für grundsätzlich unbestimmbar (zuvor ab S. 115). Die Erwägungsgründe 15 und 16 S. 2 Rom II-VO präzisieren jedoch die Vorhersehbarkeit. Nach Erwägungsgrund 15 S. 1 Hs. 1 Rom II-VO knüpft das autonome IPR der Mitgliedstaaten bei außervertraglichen Schuldverhältnissen nahezu immer an den Tatort an (lat. „*lex loci delicti commissi*“). Die Tatortanknüpfung führt dennoch zu „Unsicherheiten in Bezug auf das anzuwendende Recht“ (Erwägungsgrund 15 S. 2 Rom II-VO). Die Ursache hierfür ist, dass „dieser Grundsatz in der Praxis unterschiedlich angewandt [wird], wenn sich Sachverhaltselemente des Falles über mehrere Staaten erstrecken“ (Erwägungsgrund 15 S. 1 Hs. 2 Rom II-VO). Nach Erwägungsgrund 16 S. 2 präferiert die Rom II-VO daher eine Anknüpfung an den Erfolgsort (lat. „*lex loci damni*“). Das bildet insbesondere Art. 4 Abs. 1 ab, der an den Schadensort als Erfolgsort der unerlaubten Handlungen anknüpft. Aufgrund dieser Präzisierungen erachte ich die Erwägung der Vorhersehbarkeit als besser bestimmbar. Im Ausgangspunkt erachtet die herrschende Ansicht die Schadensortanknüpfung als vorhersehbar für beide Seiten. Der Schädiger kann häufig vorhersehen, in welchen Staaten seine Handlungen zu Schäden führen können. Daneben trägt er das Risiko unvorhersehbarer Primärschäden, weil er Handlungshoheit hat und etwaige Risiken versichern kann. Der Geschädigte rechnet im Staat seines Aufenthalts oder der Belegenheit seiner Rechte und Rechtsgüter mit Schäden.⁸⁹⁴

Überträgt man diese Wertungen auf die Konstellation mehrerer Primärschäden, streitet das ebenfalls gegen eine Konzentration der Primärschäden. Es würde dann ein Anforderungsregime für alle Auswirkungen einer schädigenden Handlung gelten, obwohl der Haftende sein Handeln an mehreren Anforderungsregimen ausgerichtet hat. Schließlich wäre auch die Auswahl des maßgeblichen Primärschadens für beide Parteien nicht vorhersehbar. Der erste Primärschaden ist ungeeignet, weil er häufig zufällig ist und keine Verbindung zu den anderen Primärschäden aufweist. Letzteres gilt ebenfalls für einen etwaigen Schwerpunkt. Eine Konzentration nach der Priorität oder dem Schwerpunkt würde auch die Eigenständigkeit der übrigen Primärschäden missachten. Die herrschende Ansicht erachtet eine

894 Statt vieler nur *Rühl*, in BeckOGK, Art. 4 Rom II-VO Rn. 50 f. mwN und 54 mwN.

Konzentration am Schwerpunkt lediglich über das Anknüpfungsmoment der offensichtlich engeren Verbindung für möglich (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2). Ein Schwerpunkt in Gestalt mehrerer oder der umfangreichsten Primärschäden soll für sich genommen jedoch nicht ausreichen. Das würde nicht dem Ausnahmecharakter der Ausweichnormen entsprechen. Daher fordert die herrschende Ansicht neben einem Schadensschwerpunkt zutreffenderweise weitere Umstände für eine offensichtlich engere Verbindung.⁸⁹⁵ Diese Einschätzung stützt Erwägungsgrund 17 S. 2. Nach dessen korrigierter Fassung treten Personen- oder Sachschäden in dem Staat ein, in dem die „Verletzung erlitten beziehungsweise die Sache beschädigt wurde“.⁸⁹⁶ Er steht mithin der Bewertung eines Primärschadens nach der Rechtsordnung eines anderen Staates als des Eintrittsorts entgegen.

Schließlich lässt sich für die zeitliche Mosaikbetrachtung noch das Prinzip der engsten Verbindung vorbringen (Erwägungsgrund 14 S. 3 und Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c). Es liegt nicht nur den Ausweichnormen zugrunde, sondern auch den Grundnormen der Rom II-VO.⁸⁹⁷ Ein neuer Primärschaden weist zumindest in der Regel – und vor allem nach der Wertung der Rom II-VO – eine engere Verbindung zwischen Sachverhalt und anzuwendendem Recht auf als der vorherige Primärschaden.

Insgesamt sprechen die teleologischen Erwägungen eines angemessenen Interessenausgleichs, der engsten Verbindung und vorhersehbarer Kollisionsnormen dafür, bei mehreren sukzessiven Primärschäden eine zeitliche Mosaikbetrachtung anzulegen. Die Kollisionsnormen sind daher bei Dauerdelikten wandelbar: Mit jedem weiteren sukzessiven Primärschaden tritt ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel mit *Ex-nunc*-Wirkung ein. Zur Klarstellung: Keine zeitliche Mosaikbetrachtung ist anzulegen, wenn die verschiedenen Primärschäden auf verschiedenen unerlaubten Handlungen beruhen. In diesem Fall liegen mehrere Hauptfragen vor, die selbständig anzuknüpfen sind (ausführlich nachfolgend ab S. 406).

895 Zu allem *Pabst*, in EuZPR/EuIPR, Art. 4 Rom II-VO Rn. 51 mwN; *Junker*, in MüKo BGB, Art. 4 Rom II-VO Rn. 32 mwN.

896 ABl. Nr. L 310 vom 9.11.2012, 52.

897 Statt vieler nur *von Hein*, in MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 31 mwN.

(2) Abgrenzung zwischen Primärschäden und akzessorischen indirekten Schadensfolgen: Kein schadensbezogener Zusammenhang

Das eigentliche Problem der zeitlichen Mosaikbetrachtung ist aus meiner Sicht die Abgrenzung zwischen eigenständigen Primärschäden und akzessorischen indirekten Schadensfolgen. Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass Fälle mehrerer sukzessiver Primärschäden nicht nur theoretisch möglich sind. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium ist, dass kein schadensbezogener Zusammenhang zu einem anderen Primärschaden vorliegt: Neben der gemeinsamen unerlaubten Handlung weisen die Primärschäden keinen Zusammenhang auf der Erfolgsseite in dem Sinne auf, dass ein Primärschaden eine Folge des anderen ist. Mit anderen Worten: Die Schäden lassen sich räumlich, zeitlich und qualitativ voneinander abgrenzen (zuvor ab S. 377).

Ein abschließendes Beispiel aus der Praxis: Ein Schädiger infiltriert das Netzwerk eines Unternehmens über das Internet mit Schadsoftware oder automatisiertem Hacking. Greift er lediglich ein Endgerät an und die Software verbreitet sich daraufhin automatisch im Unternehmensnetzwerk weiter, dann liegt nur ein Primärschaden am Ort des Endgeräts vor. Greift der Schädiger hingegen verschiedene Endgeräte desselben Unternehmens in verschiedenen Ländern zeitgleich oder sukzessive an, dann liegen mehrere Primärschäden vor.

(3) Vervielfältigung der Primärbereicherung: Zeitliche Mosaikbetrachtung

Das Anknüpfungsmoment des Bereicherungserfolgs ist entsprechend zum Schadensort auszulegen (Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO). Es ist isoliert betrachtet unwandelbar, weil nur der erste Vermögenszuwachs maßgeblich ist (zuvor ab S. 356). Im Fall mehrerer sukzessiver Vermögenszuwächse tritt jedoch ein kollisionsnorminterner Statutenwechsel ein, sofern die Vermögenszuwächse eigenständigen Charakter aufweisen („Primärbereicherungen“, Wandelbarkeit durch Vervielfältigung). Für eine parallele Auslegung mit dem Schadensort spricht, dass es sich in beiden Fällen um einen Erfolgsort handelt und die teleologischen Erwägungen gleich verlaufen. Denkbare Beispiele sind mehrfache – vor allem automatisierte – rechtsgrundlose Überweisungen auf Konten oder mehrfache Verwendungen

auf eine bewegliche Sache in verschiedenen Staaten.⁸⁹⁸ Abermals ist die Abgrenzung zwischen eigenständigen Bereicherungserfolgen und akzessorische indirekte Bereicherungserfolgen entscheidend. Sie dürfte aber regelmäßig eindeutiger sein als beim Schaden, weil Bereicherungserfolgen in der Regel nicht zu Vermögenszuwächsen führen. Darüber hinaus dürften mehrere eigenständige Bereicherungserfolge zumeist für mehrere außervertragliche Schuldverhältnisse sprechen, die ohnehin selbständig anzuknüpfen wären (nachfolgend ab S. 398). Ein verbindendes Dauerdelikt oder ein verbindender Vertrag ist lediglich unter Art. 10 Abs. 1 beachtlich. Fernab dieser Konstellationen enthält der Anknüpfungsgegenstand der ungerechtfertigten Bereicherung keine dauerhafte Komponente. Das unterscheidet ihn von der Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Verschulden bei Vertragsverhandlungen (nachfolgend ab S. 400). Sofern besondere Umstände vorliegen, kann über die Ausweichklausel des Art. 10 Abs. 4 ein Schwerpunkt mehrerer Bereicherungserfolge maßgeblich sein.⁸⁹⁹

(4) Vervielfältigung der Haupthandlung: Teilweise zeitliche Mosaikbetrachtung

Knüpft die Rom II-VO an den Handlungsort oder -zeitpunkt an, dann können sich die insoweit maßgeblichen Haupthandlungen bei zeitlich gestreckten Sachverhalten ebenfalls sukzessiv vervielfältigen (Wandelbarkeit durch Vervielfältigung, Art. 7 Var. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, 3, Art. 12 Abs. 2 lit. b, Art. 13, Art. 17). In diesem Kontext sieht man die Mosaikbetrachtung häufiger kritisch als bei der Anknüpfung an den Erfolgsort oder -zeitpunkt. Während sie bei Art. 12 Abs. 2 lit. b weitgehend und stellenweise Art. 8 Abs. 2, Art. 13 akzeptiert ist, lehnt man sie bei Art. 7 Var. 2, Art. 11 Abs. 2, 3 und Art. 17 weitgehend ab (zuvor ab S. 385, 388, 390 und 391). Angesichts dieser unterschiedlichen Einschätzungen kann ich keine eindeutige Tendenz erkennen. Das gilt insbesondere für die gegensätzlichen herrschenden Ansichten bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag und einem Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art. 11 Abs. 2, 3 und Art. 12 Abs. 2 lit. b). Insgesamt gibt es eine größere Bandbreite an Ansätzen und Begründungen als bei den Anknüpfungen an den Erfolgsort. Meines Erachtens liegt das an den unterschiedlichen systematischen und teleologischen Zwecken der Anknüpfungen an den Handlungsort.

⁸⁹⁸ Schnikels, in BeckOGK, Art. 10 Rom II-VO Rn. 36 f. mwN.

⁸⁹⁹ Schnikels, in BeckOGK, Art. 10 Rom II-VO Rn. 36 f. mwN.

- (a) Umweltschädigungen und Verletzungen gemeinschaftsweit einheitlicher Rechte des geistigen Eigentums: Keine zeitliche Mosaikbetrachtung

Im Fall von Umweltschädigungen soll die optionale Handlungsortanknüpfung den Geschädigten begünstigen (Art. 7 Var. 2 in Verbindung mit Erwägungsgrund 25). Der Geschädigte soll verhindern können, dass der Haftende einen Erfolgsort mit niedrigem Schutzstandard herbeiführen kann.⁹⁰⁰ Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Handlungsort mosaikartig vervielfältigt würde. Es sollte daher eine Konzentration über eine Schwerpunktbetrachtung oder ein Wahlrecht des Geschädigten erfolgen. Letztlich ist die Schwerpunktbetrachtung vorzugswürdig, um den Geschädigten nicht weiter zu privilegieren – ihm steht bereits die Wahl zwischen dem Erfolgs- und Handlungsort zu (Art. 7 Var. 1 und 2).

Im Gegensatz dazu stellt die Handlungsortanknüpfung des Art. 8 Abs. 2 systematisch keine Alternative zur Erfolgsortanknüpfung dar. Vielmehr ist sie systematisch und teleologisch eigenständig für den Anknüpfungsgegenstand der gemeinschaftsweit einheitlichen Rechte des geistigen Eigentums normiert. Zwar kann man das Schutzlandprinzip des Abs. 1 als speziellen Erfolgsort und Abs. 2 als Unteranknüpfung für Rechte des geistigen Eigentums auffassen. Dennoch ist Abs. 2 eigenständig, weil er einen europarechtlich teilharmonisierten Anknüpfungsgegenstand betrifft. Er ergänzt diese Harmonisierung („Fragen, die nicht unter den einschlägigen Rechtsakt der Gemeinschaft fallen“, sogenanntes „Innen-IPR“).⁹⁰¹ Das Risiko eines widersprüchlichen Gesamtsystems wäre ungleich größer, wenn mehrere Rechtsordnungen diese Harmonisierung ergänzen würden. Daher sprechen die Systematik und der Zweck gegen eine Mosaikbetrachtung bei einer Vervielfältigung der Handlungsorte. Das gilt auch für außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums gemäß Art. 13, weil dieser uneingeschränkt auf Art. 8 verweist.

- (b) Andere außervertragliche Schuldverhältnisse und Sicherheits- und Verhaltensregeln: Zeitliche Mosaikbetrachtung

Im Rahmen der Sicherheits- und Verhaltensregeln des Art. 17 thematisieren weder die Rechtsprechung noch die Literatur Konstellationen *mehrerer*

900 Statt vieler nur *Junker*, in MüKo BGB, Art. 7 Rom II-VO Rn. 5 mwN.

901 *McGuire*, in BeckOGK, Art. 8 Rom II-VO Rn. 192 f. mwN; *Grünberger*, in Hüßtege/Mansel, Art. 8 Rom II-VO RN. 8 mwN.

Handlungen, welche die Folgen *eines* Delikts, *einer* ungerechtfertigten Bereicherung, *einer* Geschäftsführung ohne Auftrag oder *eines* Verschuldens bei Vertragsverhandlungen bedingen. Vielmehr betrachtet die Literatur nur die Konstellation, dass *eine* Handlung aus mehreren Teilakten besteht. Das ist beispielsweise bei der Produkthaftung der Fall, weil der Haftende regelmäßig das schädigende Produkt produziert und in den Verkehr bringt. Konstellationen *mehrerer* Handlungen behandelt die Literatur jedoch im Zuge der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (Art. 11 Abs. 2, 3 und 12 Abs. 2 lit. b). Im Zuge dessen kommt sie jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen: Bei mehreren sukzessiven Geschäftsführungshandlungen stellt sie auf den Schwerpunkt oder auf die erste Handlung ab. Hingegen vertritt sie im Zuge langfristiger Vertragsverhandlungen bei mehreren pflichtwidrig unterlassenen Offenbarungen einer Information eine zeitliche Mosaikbetrachtung. Diese bezieht sie jedoch lediglich auf die Konstellation mehrerer Unterlassungen, die zu mehreren Schäden führen. Hingegen thematisiert sie nicht die Konstellation mehrerer Unterlassungen, die zu einem Schaden führen. Darüber hinaus adressiert sie nicht die Konstellation mehrerer sukzessiver Fehlinformationen durch aktive Handlungen. Schließlich bespricht die Literatur keine zeitlich gestreckten Sachverhalte einer ungerechtfertigten Bereicherung, obwohl die Rom II-VO insofern ebenfalls an den Handlungszeitpunkt anknüpft (Art. 10 Abs. 2).

Meines Erachtens führen mehrere sukzessive Haupthandlungen in verschiedenen Staaten bei den Art. 11 Abs. 3 und Art. 17 zu kollisionsnorminternen Statutenwechseln mit *Ex-nunc*-Wirkung, weil diese den Handlungs-ort als Anknüpfungsmoment berufen (Wandelbarkeit durch Vervielfältigung). Hingegen stellen die Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 lit. b auf den Handlungszeitpunkt als Anknüpfungszeitpunkt für das Anknüpfungsmoment des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts ab. Verlagert sich dieser Aufenthalt grenzüberschreitend zwischen zwei Haupthandlungen, dann hat das ebenfalls einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel und eine zeitliche Mosaikbetrachtung zur Folge. Ich bin der Ansicht, dass man eine Vervielfältigung der Haupthandlungen wie eine Vervielfältigung der Primärschäden berücksichtigen muss: Sind sie Bestandteil desselben außervertraglichen Schuldverhältnisses, dann segmentieren sie das anzuwendende Recht.

(aa) Wortlaut und Teil der Systematik: Keine zeitliche Mosaikbetrachtung

Gegen eine solche Segmentierung streiten zwar die Wortlaute der Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, 3, Art. 12 Abs. 2 lit. b und Art. 17 Rom II-VO, die

allesamt an *ein* ungerechtfertigt bereicherndes Ereignis, *ein* schadensbegründendes Ereignis, *eine* Geschäftsführung oder *ein* haftungsbegründendes Ereignis anknüpfen. Darüber hinaus knüpfen die Art. 10–12 an *ein* außervertragliches Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags. Des Weiteren gibt es im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 lit. a keine Norm, die indirekte Handlungsfolgen und Vorbereitungshandlungen als unbeachtlich und damit Haupthandlungen als beachtlich einstuft. Außerdem spricht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung außervertraglicher Schuldverhältnisse gegen eine Aufspaltung des anzuwendenden Rechts. Er findet insbesondere in Art. 15 seinen Ausdruck. Art. 15 regelt jedoch nicht die Konstellation mehrerer eigenständiger Handlungen.

(bb) Systematik im Übrigen: Zeitliche Mosaikbetrachtung

In systematischer Hinsicht knüpfen die Abs. 1 der Art. 10–12 akzessorisch an das hypothetische Vertragsstatut der Rom I-VO. Jenes ist weitgehend wandelbar bei nachträglichen Veränderungen der Anknüpfungselemente (zuvor ab S. 300). Die Rom II-VO berücksichtigt darüber hinaus grundsätzlich sogar einseitige Veränderungen der Anknüpfungselemente (zuvor ab S. 362 und nachfolgend ab S. 408). Beides spricht dafür, bei mehreren sukzessiven Haupthandlungen eine zeitliche Mosaikbetrachtung anzulegen. Des Weiteren enthalten die Art. 10–12 jeweils eine Ausweichnorm zugunsten des wandelbaren Anknüpfungsmoments der offensichtlich engeren Verbindung (Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 2 lit. d, zuvor ab S. 368). Darüber hinaus knüpfen die übrigen Kollisionsnormen an Erfolgsorte – Eintritt der ungerechtfertigten Bereicherung und Eintritt des Schadens (Art. 10 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2 lit. a). Diese sind wandelbar, sofern mehrere Primärerfolge eintreten (zuvor ab S. 394). Schließlich ist die Konstellation mehrerer Haupthandlungen meines Erachtens schlicht eine Umkehr der Konstellation mehrerer Primärerfolge. Sofern auf einer der beiden Seiten – Handlung oder Erfolg – ein verbindendes Element vorliegt, dann sind alle eigenständigen Handlungen oder Erfolge maßgeblich.

Mit anderen Worten: Führt eine eigenständige Handlung zu mehreren eigenständigen Erfolgen, dann verbindet sie die Handlung zu einem außervertraglichen Schuldverhältnis. Führen mehrere eigenständige Handlungen zu nur einem eigenständigen Erfolg, dann verbindet der Erfolg die Hand-

lungen zu einem außervertraglichen Schuldverhältnis. Trifft hingegen eine Vervielfältigung auf beiden Seiten ein, dann können mehrere außervertragliche Schuldverhältnisse und damit mehrere Hauptfragen vorliegen. Es liegt dann zwar kein Statutenwechsel vor. Das anzuwendende Recht ist jedoch ebenfalls segmentiert, weil jedes außervertragliches Schuldverhältnis selbständig anzuknüpfen ist. Es ist gleichwohl auch vorstellbar, dass trotz einer Vervielfältigung der Handlungen und Erfolge weiterhin *ein* außervertragliches Schuldverhältnis und eine Hauptfrage vorliegen. Das gilt insbesondere für die Geschäftsführung ohne Auftrag und das Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Ihre Anknüpfungsgegenstände enthalten originär dauerhafte Komponenten. Ein Verschulden bei einer Vertragsverhandlung kann daher bei mehreren sukzessiven Handlungen/Unterlassungen „*mehrere selbstschädigende Vermögensdispositionen*“ umfassen, wie *Schnikels* zu treffend ausführt.⁹⁰² Das ist bei Delikten anders: Der Anknüpfungsgegenstand verlangt lediglich eine unerlaubte *Handlung* und einen *Erfolg* in Form des Schadens.

(cc) Konkrete Normzwecke: Zeitliche Mosaikbetrachtung

Die konkreten Normzwecke stützen eine zeitliche Mosaikbetrachtung bei mehreren Haupthandlungen. Die Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 lit. b knüpfen an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Handlungszeitpunkt. Hingegen stellt Art. 4 Abs. 2 auf den Erfolgszeitpunkt ab. Im Vergleich möchten die Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 lit. b daher hervorheben, dass das Recht im Umfeld des Handelnden zum Zeitpunkt der Handlung maßgeblich ist („Umweltrecht“).⁹⁰³ Eine derartige Betonung der Handlung spricht meines Erachtens dafür, *jede* qualitativ eigenständige (Haupt-)Handlung entsprechend zu respektieren. Art. 11 Abs. 3 beruft den Ort der Geschäftsführung als Anknüpfungsmoment. Damit knüpft er an den Handlungsort. Das gewichtet die Interessen des Geschäftsführers tendenziell höher als die des Geschäftsherrn.⁹⁰⁴ Dies streitet ebenfalls dafür, jede eigenständige (Haupt-)Handlung auch eigenständig zu betrachten. Art. 17 normiert, dass die Sicherheits- und Verhaltensregeln am Ort und zum Zeitpunkt der Handlung angemessen zu berücksichtigen sind. Das bezweckt zweierlei: Einerseits einen angemessenen Interessen-

902 *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 12 Rom II-VO Rn. 86.

903 *Picht*, in EuZPR/EuIPR, Art. 12 Rom II-VO Rn. 35.

904 *Schnikels*, in BeckOGK, Art. 11 Rom II-VO Rn. 3.

ausgleich unter den Parteien. Andererseits die Beachtung des öffentlichen Interesses des Handlungsorts an der Einhaltung seiner Sicherheits- und Verhaltensregeln.⁹⁰⁵ Beide Zwecke sprechen eher für eine zeitliche Mosaikbetrachtung, wenn eine sukzessive Abfolge mehrerer Haupthandlungen gegeben ist. Die handelnde Partei hat stets ein Interesse daran, dass der jeweilige Handlungsort und -zeitpunkt maßgeblich ist. Des Weiteren hat jeder Staat, in dem eine eigenständige Handlung geschieht, ein öffentliches Interesse an der Beachtung seiner Sicherheits- und Verhaltensregeln.

(dd) Allgemeine Zwecke der Rom II-VO: Zeitliche Mosaikbetrachtung

Schließlich sprechen auch die allgemeinen teleologischen Erwägungen der Rom II-VO für einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel je weiterer Haupthandlung. Zwar ist die Erwägung der Vorhersehbarkeit im Hinblick auf die Konstellation mehrerer Handlungsorte unbestimmt, weil Erwägungsgrund 16 S. 2 und Art. 4 Abs. 1 sie lediglich für mehrere Erfolgsorte präzisieren. Die Erwägung eines angemessenen Interessenausgleichs streitet jedoch dafür, jede eigenständige Handlung zu berücksichtigen. Knüpft die Rom II-VO an den Handlungsort oder -zeitpunkt, dann möchte sie das Interesse des Handelnden höher bewerten. Das zeigt sich vor allem daran, dass sie weitaus häufiger an den Erfolgsort und -zeitpunkt anknüpft. Normiert sie ausnahmsweise den Handlungsort oder -zeitpunkt als maßgeblich, dann spricht das für eine zeitliche Mosaikbetrachtung: Dem Handelnden ist grundsätzlich daran gelegen, dass man jede seiner eigenständigen Handlungen nach seinem jeweiligen Umweltrecht bewertet. Diese Auslegung ist aber auch im Interesse der anderen Partei. Sie verhindert zu einem gewissen Maße, dass der Handelnde das anzuwendende Recht für mehrere eigenständige Handlungen durch seine erste Handlung festlegen kann. Darüber hinaus streitet auch das Prinzip der engsten Verbindung für dieses Ergebnis, weil die Rom II-VO dieses Prinzip am Ort der *jeweiligen* Haupthandlung verwirklicht sieht.

905 Maultzsch, in BeckOGK, Art. 17 Rom II-VO Rn. 5.

(ee) Ergebnis: Zeitliche Mosaikbetrachtung bei mehreren Haupthandlungen

Insgesamt stützt die Auslegung der Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, 3, Art. 12 Abs. 2 lit. b und Art. 17 daher meines Erachtens eine zeitliche Mosaikbetrachtung eigenständiger (Haupt-)Handlungsorte und -zeitpunkte. Wie bei den Anknüpfungen an den (Primär-)Erfolgsort oder -zeitpunkt ist in der Folge entscheidend, wie eigenständige Haupthandlungen von nicht eigenständigen Handlungen abzugrenzen sind. Abstrakt ausgedrückt: Eigenständige Haupthandlungen beruhen objektiv auf einem neuen Handlungsentschluss, insbesondere aufgrund geänderter Umstände oder eines zwischenzeitlichen Erkenntnisgewinns. Sie müssen nicht zwingend eine neue Qualität aufweisen, sondern können vorherige Handlungen wiederholen oder fortsetzen. Konkrete Beispiele finden sich insbesondere im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Verschuldens bei einer Vertragsverhandlung: Im Fall der internationalen Nothilfe ist eine grenzüberschreitende Beförderung lediglich dann eine sukzessive eigenständige Handlung, wenn in dem weiteren Mitgliedstaat ein neuer Handlungsentschluss erfolgt. Das ist objektiv zu bestimmen. Ein Beispiel wäre eine ursprünglich nicht absehbare Weiterbeförderung an ein anderes Krankenhaus – aufgrund eines Staus, einer Änderung des Zustands des Unfallopfers oder einer Überlastung der Notaufnahme. Eine internationale Erbensuche dürfte regelmäßig für jedes Land einen neuen Entschluss erfordern. Mehrfache aktive Fehlinformationen dürften ebenfalls als mehrere Haupthandlungen zu qualifizieren sein – jedenfalls dann, wenn sie die vorherige Fehlinformation reaktiv abändern. In der Variante einer unterlassenen Richtigstellung einer Fehlinformation oder eines Fehlverständnisses sollte meines Erachtens nicht pauschal das letztmögliche Unterlassen der Schadensabwendung entscheidend sein. Vielmehr ist insoweit ebenfalls eine zeitliche Mosaikbetrachtung anzustellen. Damit ist grundsätzlich das erste Unterlassen allein maßgeblich, sofern kein weiteres eigenständiges Unterlassen folgt. Ein solches ist beispielsweise vorstellbar, wenn der Unterlassende auf weitere Nachfragen schweigt. Mehrere sukzessive Arbeitskampfmaßnahmen im Sinne des Art. 9 Var. 2 sind entsprechend zu bewerten, weil es sich ebenfalls um eine Anknüpfung an den Handlungsort handelt.⁹⁰⁶

906 Statt vieler nur *Knöfel*, in BeckOGK, Art. 9 Rom II-VO Rn. 7 mwN.

(5) Vervielfältigung von Primärschäden, -bereicherung und
Haupthandlung nebst Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts:
Zeitliche Mosaikbetrachtung

Die Anknüpfungsmomente des gemeinsamen und einseitigen gewöhnlichen Aufenthalts sind im Rahmen der Rom II-VO wandelbar, soweit gestreckte Sachverhalte sie vervielfältigen und damit ihre Anknüpfungzeitpunkte dynamisieren. In der Folge können kollisionsnorminterne Statutenwechsel eintreten (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, Art. 6, Art. 9 Var. 1, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO). Die zwischenzeitliche Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts hat dann einen *Ex-nunc*-Statutenwechsel und damit eine zeitliche Mosaikbetrachtung zur Folge. Zum einen führt eine Vervielfältigung der Primärschäden und Haupthandlungen dazu, dass mehrere entsprechende Anknüpfungzeitpunkte entstehen. Damit gleicht die Lage einem dynamischen Anknüpfungzeitpunkt. Zum anderen ist der gewöhnliche Aufenthalt unter der Rom II-VO wandelbar, obwohl es sich bei ihm um ein einseitiges Anknüpfungsmoment handelt.

(a) Dynamisierung der Anknüpfungzeitpunkte durch Vervielfältigung

Die Rom II-VO verbindet das Anknüpfungsmoment gemeinsamer oder einseitiger „gewöhnlicher Aufenthalt“ weit überwiegend mit dem Anknüpfungzeitpunkt „Schadenseintritt“ oder „Handlungszeitpunkt“ (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, Art. 6, Art. 9 Var. 1 oder Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom II-VO). Sie sind isoliert betrachtet fixiert (zuvor ab S. 352 und 357). Ein zeitlich gestreckter Sachverhalt kann diese Anknüpfungzeitpunkte dynamisieren, indem er die Primärschäden und Haupthandlungen vervielfältigt (Dynamisierung durch Vervielfältigung). Dass eine derartige Vervielfältigung möglich ist, hat diese Arbeit bereits dargelegt (zuvor ab S. 394 und 399). In diesem Fall sprechen die Wortlaute der Kollisionsnormen dafür, dass jeder Primärschaden und jede Haupthandlung zu einem neuen Anknüpfungzeitpunkt führt und nicht nur der gewöhnliche Aufenthalt am ersten Primärschaden oder der ersten Haupthandlung maßgeblich ist.

In systematischer Hinsicht existiert keine entsprechende Norm zu Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO, die den gewöhnlichen Aufenthalt global fixiert. Zwar befasst sich Art. 23 Rom II-VO wie Art. 19 Rom I-VO mit der Definition und Lokalisierung des gewöhnlichen Aufenthalts. Gleichwohl legt sie den

maßgeblichen Zeitpunkt für seine Bestimmung nicht fest. Das bleibt der konkreten Kollisionsnorm überlassen. Die Zeitpunkte des Schadenseintritts und der Bereicherungshandlung werden bei mehreren sukzessiven Primärschäden oder Haupthandlungen dynamisch (zuvor ab S. 394 und 399).

Schließlich spricht auch die teleologische Auslegung der eingangs genannten Kollisionsnormen dafür, dass die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wandelbar sein kann. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt möchte sicherstellen, dass das Recht des tatsächlichen auf Dauer angelegten Lebensmittelpunkts anzuwenden ist. Dabei ist im Zweifel der aktuelle Lebensmittelpunkt entscheidend,⁹⁰⁷ weil die Rom II-VO gerade nicht den abstrakten Wohnsitz wählt. Daneben streiten auch die allgemeinen teleologischen Erwägungen für einen wandelbaren gewöhnlichen Aufenthalt. Sie erfordern ausdrücklich eine verbesserte Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen und einen angemessenen Interessenausgleich durch die einheitlichen Bestimmungen der Rom II-VO (Erwägungsgrund 16 S.1). Darüber hinaus möchte die Rom II-VO das Prinzip der engsten Verbindung verwirklichen (Erwägungsgrund 14 S.3 und Art.4 Abs.3, Art.5 Abs.2, Art.6 Abs.2, Art.10 Abs.4, Art.11 Abs.4, Art.12 Abs.2 lit.c). Angesichts der Wortlaute und der Systematik der Kollisionsnormen entspricht es diesen Erwägungen mehr, jeden Anknüpfungszeitpunkt zu berücksichtigen und nicht nur den ersten.

Eine Vervielfältigung der Primärschäden und Haupthandlungen dynamisiert daher die entsprechenden Anknüpfungszeitpunkte der Art.4 Abs.2, Art.5 Abs.1 UAbs.1 lit.a, Art.10 Abs.2, Art.11 Abs.2, Art.12 Abs.2 lit.b Rom II-VO. Eine Anknüpfung weist keinen ausdrücklichen Anknüpfungszeitpunkt auf: Der gewöhnliche Aufenthalt des Haftenden steht auf der letzten Stufe der Anknüpfungsleiter bei der Produkthaftung (Art.5 Abs.1 UAbs.2). Nach einer Ansicht ist hierfür der Zeitpunkt des Schadenseintritts oder des Produkterwerbs maßgeblich⁹⁰⁸ – je nachdem, ob im Fall eines vernünftigerweise vorhersehbaren Inverkehrbringens lit.a/c oder lit.b einschlägig gewesen wäre.⁹⁰⁹ Die Gegenansicht erachtet durchweg den Zeitpunkt des Schadenseintritts als entscheidend.⁹¹⁰ Beide Anknüpfungszeitpunkte sind isoliert betrachtet fixiert (zuvor ab S. 352 und 360). Vervielfältigen sich jedoch die Schäden oder das Inverkehrbringen im Zuge eines gestreckten Sachverhalts, dann gleicht die Konstellation einem dyna-

907 Statt vieler nur von Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn. 23 mwN.

908 Junker, in MüKo BGB, Art. 5 Rom II-VO Rn. 45 mwN.

909 Wilke, 191–193.

910 M. Müller, in BeckOGK, Art. 5 Rom II-VO Rn. 100.

mischen Anknüpfungszeitpunkt. Verändert sich das Anknüpfungsmoment zwischen zwei Anknüpfungszeitpunkten, tritt ein *Ex-nunc*-Statutenwechsel ein. Beim Zeitpunkt des Produkterwerbs ist das möglich, weil man ihn als tatsächliche Lieferung des schädigenden Produkts definiert (zuvor ab S. 360).

(b) Gewöhnlicher Aufenthalt wandelbar

Darüber hinaus ist das Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Aufenthalts unter der Rom II-VO wandelbar. Die Rom II-VO berücksichtigt nämlich einseitige Veränderungen ihrer Anknüpfungsmomente. Hierfür spricht zum einen, dass die Rom II-VO weit überwiegend an tatsächlich-einseitige Anknüpfungselemente anknüpft – nicht hingegen an einvernehmliche. Diese Beobachtung streitet dafür, dass die Rom II-VO die tatsächlichen Umstände auf der kollisionsrechtlichen Ebene abbilden möchte. Daher möchte sie nachträgliche tatsächliche Veränderungen grundsätzlich nachvollziehen – unabhängig davon, ob sie einseitig oder beidseitig ausgelöst wurden. Zum anderen enthält die Rom II-VO keine mit Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO vergleichbare Regelung, die den gewöhnlichen Aufenthalt oder ein anderes wichtiges Anknüpfungselement als unwandelbar normiert. Zwar legt die Rom II-VO häufig Anknüpfungszeitpunkte fest. Diese gleichen bei gestreckten Sachverhalten jedoch dynamischen Anknüpfungszeitpunkten. Daher hat es einen Statutenwechsel zur Folge, wenn sich der gewöhnliche Aufenthalt im Lauf eines gestreckten Sachverhalts zwischen zwei Primärschäden verschiebt.

(6) Abgrenzung des Statutenwechsels von der Vervielfältigung der Hauptfrage

In diesem Kontext mag man sich die Frage stellen, warum die vervielfältigten Primärschäden oder Haupthandlungen nicht selbständig anzuknüpfen sind. Man könnte meinen, dass die Vervielfältigung der Primärerfolge oder Haupthandlungen zu weiteren selbständig anzuknüpfenden Hauptfragen führe. Sie sind derselben Hauptfrage zuzuordnen, sofern der ursprüngliche Anknüpfungsgegenstand eine verbindende Komponente aufweist. Im Rahmen der Rom I-VO ist das der ursprüngliche Vertrag. Das gilt sogar dann, wenn er wesentliche Änderungen erfahren hat. Eine weitere Hauptfrage liegt lediglich dann vor, wenn der Vertrag komplett neu abgeschlossen wurde (Novation, zuvor ab S. 189).

Im Rahmen der Rom II-VO enthalten die Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–13 verschiedene verbindende Komponenten. Das wurde bereits für *eine* Handlung bei *mehreren* Erfolgen und *einen* Erfolg bei *mehreren* Handlungen dargelegt (zuvor ab S. 394 und 400). Sie können bei allen außervertraglichen Schuldverhältnissen der Rom II-VO auftreten. Alle Kollisionsnormen erfordern eine Handlung in Gestalt einer schadensbegründenden Handlung, Bereicherungs- oder Geschäftsführungshandlung. Sie erfordern ebenfalls einen Erfolg in Form eines Schadens, einer Bereicherung oder eines Geschäftsführungserfolgs. Darüber hinaus hat diese Arbeit bereits gezeigt, dass eine Geschäftsführung oder eine Vertragsverhandlung verbindende Komponenten des Anknüpfungsgegenstands sind (Art. 11 und Art. 12, zuvor ab S. 394 und 400). Schließlich kann eine enge Verbindung zu *einem* Vertrag oder *einem* Dauerdelikt verbindende Wirkung haben (Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1). Bleibt einer dieser verbindenden Umstände nach der Veränderung des Sachverhalts bestehen, liegen keine zwei selbständig anzuknüpfenden Hauptfragen vor. Vielmehr geht es dann um einen Statutenwechsel im Rahmen einer Hauptfrage.

5. Rechtsfolgen der Statutenwechsel

Objektive Statutenwechsel wirken im Rahmen der Rom II-VO lediglich für die Zukunft, nicht die Vergangenheit (*ex nunc* statt *ex tunc*, zuvor ab S. 366 und 373). Für subjektive Statutenwechsel gilt das meines Erachtens ebenfalls, sofern die Rechtswahl keinen eindeutigen Parteiwillen zugunsten einer Rückwirkung erkennen lässt. Die herrschende Ansicht nimmt hingegen im Zweifel eine Rückwirkung an (zuvor ab S. 366). Beide Ergebnisse entsprechen der Rom I-VO (zuvor ab S. 149 und 345). Der *Ex-nunc*-Effekt segmentiert das anzuwendende Recht des Sachverhalts. Das kann man als zeitliche Mosaikbetrachtung umschreiben (zuvor ab S. 373).

Auch in Bezug auf die konkreten Rechtsfolgen eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels ergeben sich zahlreiche Parallelen zur Rom I-VO: Die Leistungspflichten sind grundsätzlich dem Statut im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entstehung zuzuordnen (Entstehungsstatut, zuvor ab S. 331). Beispielsweise knüpft die Schadensersatzpflicht einer unerlaubten Handlung an das Statut im Zeitpunkt des Eintritts des jeweiligen Primärschadens an. Liegen mehrere Primärschäden und damit mehrere Leistungspflichten in Form von Schadensersatz- oder Unterlassungspflichten vor, dann knüpfen diese jeweils nach ihrem Entstehungsstatut an.

Die Leistungspflichten folgen hingegen dem Entstehungsstatut einer anderen Leistungspflicht, sofern eine entsprechende ausdrücklich oder konkludente Rechtswahl der Parteien vorliegt (Gleichlauf, zuvor ab S. 344). Des Weiteren folgen sekundäre Leistungspflichten dem Entstehungsstatut der primären (zuvor ab S. 338). Im Rahmen der vertraglichen Schuldverhältnisse der Rom I-VO standen hier vor allem die Leistungsstörungenrechte im Fokus (Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I-VO). Sie treten bei den außervertraglichen Schuldverhältnissen der Rom II-VO in den Hintergrund. Gleichwohl ist es nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner seine primären Leistungspflichten unter den außervertraglichen Schuldverhältnissen nicht, schlecht oder zu spät erfüllt. Die primären Leistungspflichten können dabei insbesondere in einem Schadensersatz, Aufwendungsersatz, Unterlassen oder einer Bereicherungsherausgabe bestehen. Die sekundären Rechte und Pflichten bei Nichtleistung, Schlechtleistung und Verzug folgen dem Entstehungsstatut der primären Rechte und Pflichten. Dasselbe gilt auch für Gestaltungsrechte wie die Aufrechnung und Einwendungen wie die Verjährung oder Verwirkung.

Die Deliktsfähigkeit folgt dem Entstehungsstatut der Leistungspflicht (Art. 15 lit. a und Erwägungsgrund 12). Im Fall mehrerer Primärschäden richtet sie sich daher nach dem Recht des jeweiligen Primärschadensorts. Die Deliktsfähigkeit unter diesem Statut heilt nicht die fehlende Deliktsfähigkeit unter einem früheren Statut. Erachtet das initial maßgebliche Statut den vermeintlichen Schädiger als deliktsunfähig, dann kann ein späteres Statut das nicht korrigieren. Anders als die Rom I-VO bezweckt die Rom II-VO keine größtmögliche Wirksamkeit der außervertraglichen Schuldverhältnisse, weil die Parteiinteressen insoweit regelmäßig auseinanderlaufen. Mit anderen Worten: Ein Vertragsschluss impliziert ein Interesse am Bestand des Vertrags (zuvor ab S. 329), die Verhaltensweisen der außervertraglichen Schuldverhältnisse hingegen nicht. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Wirkungen eines *Ex-nunc*-Statutenwechsels unter der Rom I-VO und der Rom II-VO.

Insgesamt ist die *Ex-nunc*-Wirkung daher auch im Rahmen der Rom II-VO *relativ* – sie unterstellt nicht gleichsam *alle* Rechtsfragen dem neuen Statut. Vielmehr können auf die verschiedenen Rechte und Pflichten *eines* außervertraglichen Schuldverhältnisses verschiedene Sachrechte anzuwenden sein (zuvor ab S. 345).

6. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Rom II-VO und Vergleich mit der Rom I-VO

a. Anknüpfungsmomente weitgehend unwandelbar

Die Anknüpfungsmomente der Rom II-VO sind weitgehend unwandelbar. Nachträgliche Veränderungen führen deshalb nur selten zu Statutenwechseln. Das liegt hauptsächlich daran, dass die Anknüpfungsmomente unveränderlich definiert oder deren Anknüpfungszeitpunkte ausdrücklich fixiert sind (zuvor ab S. 351 und 360). Es hat daher kaum Auswirkungen, dass die Rom II-VO einseitige Veränderungen berücksichtigt. Zwar ist insbesondere das Anknüpfungsmoment „gewöhnlicher Aufenthalt“ durch eine einseitige Wohnsitzverlegung wandelbar (zuvor ab S. 362 und 408). Die Kollisionsnormen verbinden es jedoch mit einem fixen Anknüpfungszeitpunkt. Die (einseitige) Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente der Rom II-VO tritt lediglich ausnahmsweise zutage, wenn bei einem zeitlich gestreckten Sachverhalt mehrere Primärschäden oder Haupthandlungen im Rahmen eines außervertraglichen Schuldverhältnisses auftreten. Das vervielfältigt die Anknüpfungsmomente und dynamisiert die Anknüpfungszeitpunkte. In der Folge werden Veränderungen zwischen den Primärschäden oder Haupthandlungen beachtlich und führen zu Statutenwechseln. Insgesamt gleicht das Ergebnis dem Bild wandelbarer Anknüpfungsmomente und dynamischer Anknüpfungszeitpunkte, obwohl sie isoliert betrachtet unwandelbar und fixiert sind. In der Folge sind kollisionsnorminterne Statutenwechsel möglich (Art. 4–12, 17 Rom II-VO, zuvor ab S. 394, 398, 400 und 406).

Darüber hinaus ist das gewählte Recht wandelbar. Insoweit sind kollisionsnorminterne und kollisionsnormübergreifende qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel denkbar (Art. 14 Rom II-VO in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO, zuvor ab S. 366).

Des Weiteren ist das Anknüpfungsmoment „offensichtlich engere Verbindung“ wandelbar. Es kann zu kollisionsnormübergreifenden gleichrangigen Statutenwechseln führen (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c Rom II-VO, zuvor ab S. 368).

Schließlich teilen die akzessorischen Anknüpfungen der Rom II-VO die Wandelbarkeit der Anknüpfungsmomente der Rom I-VO und vollziehen deren kollisionsnorminterne und kollisionsnormübergreifende gleichrangige, qualifizierende und disqualifizierende Statutenwechsel nach (Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 5 Abs. 2 S. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO, zuvor ab S. 367).

b. Anknüpfungspersonen unwandelbar

Die Anknüpfungspersonen der Rom II-VO sind unwandelbar, weil sie tatsächlich und nicht veränderlich definiert sind. Erforderlich ist die tatsächliche Beteiligung an der Entstehung des außervertraglichen Schuldverhältnisses. Die Rom II-VO stellt bei den Anknüpfungspersonen nicht auf einen rechtlich abstrahierbaren Status wie die Vertragsinhaberschaft, Gläubiger- oder Schuldnerstellung ab (zuvor ab S. 361).

c. Anknüpfungsgegenstände unwandelbar

Bei den Anknüpfungsgegenständen der Rom II-VO ergibt sich ein ähnliches Bild: Sie sind unwandelbar, weil sie fast ausschließlich an unveränderliche tatsächliche Umstände anknüpfen. Wie bei den Anknüpfungspersonen sind diese tatsächlichen Umstände rechtlich nicht abstrahierbar und daher nur veränderlich, sofern das tatsächlich möglich ist. Regelmäßig ist das nicht der Fall, weil insbesondere die unerlaubten Handlungen der Art. 5–9 Rom II-VO untereinander und auch gegenüber den übrigen außervertraglichen Schuldverhältnissen der Art. 10–13 sehr spezifisch sind. Sollte das ausnahmsweise einmal anders sein, dann dürfte eine Veränderung häufig als separates außervertragliches Schuldverhältnis zu qualifizieren sein. Jenes ist dann selbständig anzuknüpfen (zuvor ab S. 362).

d. Vergleich mit Rom I-VO: Anknüpfungselemente der Rom II-VO deutlich häufiger unwandelbar

Die Anknüpfungspersonen und -gegenstände der Rom I-VO sind deutlich umfangreicher veränderlich als die der Rom II-VO, weil sie rechtlich abstrahierbar sind. Sie sind vor allem vertraglichen Änderungen zugänglich (zuvor ab S. 253 und 286). Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der Rom I- und II-VO ist, dass den Anknüpfungsgegenständen der Rom II-VO meist eine abstrakte und verbindende Komponente fehlt. Sie sind weitgehend über die Handlung und den Erfolg und damit durch tatsächliche und punktuelle Komponenten definiert. Eine abstrakt-rechtliche, dauerhafte und verbindende Komponente wie der Vertrag existiert regelmäßig nicht. In der Folge stellt sich bei mehreren sukzessiven Handlungen und Erfolgen häufiger die Frage, ob mehrere eigenständig außervertragliche Schuldverhältnisse und damit mehrere selbständig anzuknüpfende Haupt-

fragen vorliegen. Lediglich eine gleichbleibende Handlung oder ein gleichbleibender Erfolg kann eine Vielzahl an Handlungen oder Erfolgen verbinden. Die Perspektive der Rom II-VO ist daher deutlich feingliedriger als die der Rom I-VO.

Die Anknüpfungsmomente der Rom II-VO unterstützen diesen Ansatz. Sie stellen auf eine feingliedrig abgegrenzte Handlung oder einen entsprechenden Erfolg ab und können sich nachträglich nicht verändern. Man kann ihre Veränderung daher nur bei einer Vervielfältigung im Rahmen desselben außervertraglichen Schuldverhältnisses berücksichtigen. Führt beispielsweise eine Handlung zu mehreren Primärschäden, dann segmentieren diese das anzuwendende Recht. Es ist eher fernliegend, einen früheren Schaden nach dem Recht eines späteren Schadens zu beurteilen. Bei einem Vertrag stellt sich aufgrund dessen abstrakten Charakters und verbindender Wirkung stets die Frage, ob zuvor entstandene Rechte und Pflichten nach einem späteren Statut des Vertrags zu beurteilen sind. Fernab der zeitlich gestreckten Sachverhalte weisen die Anknüpfungsgegenstände der Art. 4–13 Rom II-VO ebenfalls teilweise verbindende Komponenten auf: Eine Geschäftsführung, eine Vertragsverhandlung oder eine Verbindung mit einem Vertrag (Art. 11, Art. 12 oder Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO, zuvor ab S. 394 und 400).

e. Wandelbarkeit der Anknüpfungselemente insgesamt: Veränderliche Definition und Anknüpfungszeitpunkt nicht fixiert

Insgesamt betrachtet ist ein Anknüpfungselement der Rom II-VO wandelbar, wenn es rechtlich oder tatsächlich veränderlich definiert und nicht auf einen Anknüpfungszeitpunkt vor der Veränderung fixiert ist (zuvor ab S. 411). Zwar weisen diese beiden Tatbestandsmerkmale teilweise Überschneidungen und fließende Übergänge auf. Dennoch decken sie unterschiedliche Konstellationen ab (zuvor ab S. 300 und 347). Die Rom II-VO berücksichtigt einseitige Veränderungen, weshalb man sie nicht ausklammern muss. Die Anknüpfungselemente der Rom II-VO sind jedoch meist zeitlich fixiert (zuvor ab S. 362 und 408). Das gilt insbesondere für den gewöhnlichen Aufenthalt (zuvor ab S. 359). Ein und dieselbe Kollisionsnorm kann wandelbar und unwandelbar zugleich sein. Es ist stets das individuelle Anknüpfungselement separat zu betrachten und die (Un-)Wandelbarkeit danach zu differenzieren (zuvor ab S. 78 und 411).

f. Rechtsfolgen der Wandelbarkeit: Grundsätzlich *Ex-nunc*-Wirkung

Die Rechtsfolgen der Statutenwechsel sind unter den Rom I- und II-VO weitgehend gleich. Zum einen entfalten sie *Ex-nunc*-Wirkung, sofern keine anderweitige eindeutige Rechtswahl vorliegt (zuvor ab S. 345 und 409). Zum anderen gleichen sich die konkreten Rechtsfolgen: Grundsätzlich ordnen beide Verordnungen eine Leistungspflicht dem Statut im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entstehung zu (kein Gleichlauf). Sekundäre Leistungspflichten, Einwendungen und Gestaltungsrechte folgen hingegen dem Entstehungsstatut der Leistungspflicht gegen die sie sich richten (Gleichlauf, zuvor ab S. 339, 340, 343 und 409). Das gilt auch dann, wenn die Parteien eine entsprechende Rechtswahl treffen (zuvor ab S. 344 und 409). Damit entsprechen sich die Rechtsfolgen der Statutenwechsel unter der Rom I- und II-VO weitgehend. Die Zuordnung der Rechtsfragen ist jedoch unter der Rom II-VO weniger komplex, weil ihre Anknüpfungsgegenstände und -momente feingliederiger bei der Annahme Hauptfragen sind (zuvor ab S. 412).

7. Vorschlag zur Normierung der Wandelbarkeit in Art. 23a Rom II-VO
n. F. und in einer etwaigen Rom 0-VO

Basierend auf den vorangegangenen Untersuchungen unterbreite ich den folgenden Vorschlag zur Normierung der Statutenwechsel unter der Rom II-VO *de lege ferenda*:

Artikel 23a Rom II-VO

Statutenwechsel

(1) ¹Die Änderung einer Voraussetzung einer Kollisionsnorm dieser Verordnung nach der Entstehung eines außervertraglichen Schuldverhältnisses führt dazu, dass ein anderes Recht auf dieses Schuldverhältnis anzuwenden ist als das Recht, das zuvor anzuwenden war („Statutenwechsel“), wenn die Voraussetzung veränderlich ist und wenn für ihre Bestimmung kein früherer Zeitpunkt maßgebend ist, insbesondere der Eintritt des Schadens. ²Ein Statutenwechsel kann insbesondere dann eintreten, wenn ein außervertragliches Schuldverhältnis mehrere Handlungen oder Erfolge aufweist.

(2) Ein Statutenwechsel kann nur dazu führen, dass eine frühere Rechtswahl gültig wird, es sei denn eine spätere Rechtswahl führt zu dem Statutenwechsel.

(3) ¹Für das Zustandekommen eines außervertraglichen Schuldverhältnisses ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem es entstanden ist. ²Für eine Verpflichtung eines solchen Schuldverhältnisses ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem sie entstanden ist. ³Für Verpflichtungen, welche die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung einer anderen Verpflichtung betreffen, für Einwendungen oder für Gestaltungsrechte ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem die andere oder die betroffene Verpflichtung entstanden ist. ⁴Ein Statutenwechsel ändert das Recht zuvor entstandener Schuldverhältnisse, Verpflichtungen, Einwendungen und Gestaltungsrechte nur dann, wenn sich eine entsprechende Rechtswahl ausdrücklich oder mit hinreichender Sicherheit aus den Umständen des Falles ergibt.

Der Vorschlag gleicht in Inhalt und Aufbau weitgehend dem zur Rom I-VO (zuvor ab S. 347). Er ist jedoch auf außervertragliche Schuldverhältnisse gemünzt und entspricht möglichst umfangreich den Auslegungsergebnissen *de lege lata*. Daher beschränkt Absatz 1 Satz 1 die möglichen Statutenwechsel nicht auf einvernehmliche Veränderungen und Absatz 1 Satz 2 adressiert die Vertragstypverschiebung und Vertragsübernahme nicht (zuvor ab S. 411). Die beiden Tatbestandsmerkmale des Absatzes 1 decken die gefundenen Ergebnisse ab: Beispielsweise ist das Anknüpfungsmoment „Schadenseintritt“ zeitlich fixiert und die Anknüpfungsgegenstände der außervertraglichen Schuldverhältnisse unveränderlich (Art. 4–7, 9 und 12 und Art. 4–13 Rom II-VO, zuvor ab S. 351 und 362). Abermals können die beiden Tatbestandsmerkmale der Veränderlichkeit und der zeitlichen Fixierung Überschneidungen aufweisen, wenn die unveränderliche Definition des Anknüpfungselements aus seiner zeitlichen Fixierung herrührt. Das trifft beispielsweise auf das Anknüpfungsmoment des Produkterwerbs bei der Produkthaftung zu: Es ist nach der herrschenden Ansicht unwandelbar, weil es gleichsam den Anknüpfungszeitpunkt festlegt (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Rom II-VO, zuvor ab S. 360). Absatz 1 Satz 2 regelt klarstellend die Konstellationen gestreckter Sachverhalte im Sinne der zeitlichen Mosaikbetrachtung, weil das Thema vielfach praktische Relevanz hat (zuvor ab S. 370). Darüber hinaus verdeutlicht Satz 2 die Abgrenzung zwischen Statutenwechseln und verschiedenen Hauptfragen (zuvor ab S. 402 und 408).

Absatz 2 stellt abermals das Verhältnis zwischen einem Statutenwechsel und einer Rechtswahl dar (zuvor ab S. 366). Im Gegensatz zur Rom I-VO war jedoch in Satz 2 kein Zusatz nötig, dass die Rom II-VO einseitige Veränderungen zugunsten der Heilung einer Rechtswahl berücksichtigt. Die

Rom II-VO beachtet nämlich auch einseitige Veränderungen, was Absatz 1 Satz 1 normiert.

Absatz 3 regelt die Rechtsfolgen und entspricht weitestgehend dem Vorschlag zur Rom I-VO (zuvor ab S. 347). Einzig Absatz 3 Satz 4 verwendet den Wortlaut der Rechtswahl (Art. 14 Rom II-VO).

Für eine etwaige Rom 0-VO könnte man die beiden Vorschläge zur Rom I- und II-VO kombinieren. Man müsste dann zwar Abstriche bei der Hervorhebung der Unterschiede eingehen. Das liegt jedoch in der Natur einer kombinierten Regelung für vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse:

Artikel # Rom 0-VO

Statutenwechsel

(1) ¹Die Änderung einer Voraussetzung einer Kollisionsnorm der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 oder (EG) Nr. 864/2007 nach der Entstehung eines Schuldverhältnisses führt dazu, dass ein anderes Recht anzuwenden ist als das Recht, das zuvor anzuwenden war („Statutenwechsel“), wenn keine unbeachtliche einseitige Änderung vorliegt, die Voraussetzung veränderlich ist und für ihre Bestimmung kein früherer Zeitpunkt maßgebend ist, insbesondere der Vertragsschluss oder der Eintritt des schädigenden Ereignisses. ²Im Übrigen tritt ein Statutenwechsel lediglich dann ein, wenn durch die Änderung eine andere Vertragsart einschlägig wird oder die Vertragsparteien wechseln und damit der Zeitpunkt der Änderung maßgeblich wird. ³Statutenwechsel können insbesondere dann eintreten, wenn ein außervertragliches Schuldverhältnis mehrere Handlungen oder Erfolge aufweist.

(2) Ein Statutenwechsel kann nur dazu führen, dass eine frühere Rechtswahl gültig wird, es sei denn eine spätere Rechtswahl führt zu dem Statutenwechsel.

(3) ¹Für das Zustandekommen eines Schuldverhältnisses ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem es erstmals gültig wurde. ²Für eine Verpflichtung eines Schuldverhältnisses ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem sie entstanden ist. ³Für Verpflichtungen, welche die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung einer anderen Verpflichtung betreffen, für Einwendungen oder für Gestaltungsrechte ist das Recht maßgeblich, das in dem Zeitpunkt galt, in dem die andere Verpflichtung entstanden ist. ⁴Ein Statutenwechsel ändert das Recht zuvor entstandener Schuldverhältnisse, Verpflichtungen, Einwendungen und Gestaltungsrechte nur dann, wenn sich das ausdrücklich aus der Rechtswahl oder eindeutig aus den Bestimmungen

des Vertrags oder mit hinreichender Sicherheit aus den Umständen des Falles ergibt.

