

DIE ENTSTEHUNG EINES EUROPÄISCHEN PRIVATRECHTS

Prof. Dr. Jürgen BASEDOW*

Das Privatrecht gilt unter Juristen im allgemeinen als eine Bastion des Nationalstaates. Das kommt unter anderem in Begriff und Gegenstand des internationalen Privatrechts zum Ausdruck, dem *Gülören Tekinalp* ihr wissenschaftliches Wirken verschrieben hat. Ihr sind die folgenden Ausführungen in kollegialer Verbundenheit gewidmet. Sie betreffen mit der fortschreitenden Harmonisierung und Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa einen Vorgang, der über den Nationalstaat hinausweist und eine neue Phase in der zweitausendjährigen Entwicklung dieses Rechtsgebietes eröffnet.

Am Anfang muss dabei wegen der andersartigen Systematisierung des Common Law ein Blick auf Begriff und Eigenart des Privatrechts geworfen werden (siehe 1.), ehe wir den angeblich nationalen Charakter des Privatrechts genauer untersuchen (siehe 2.). Danach werde ich zu der Vereinheitlichung des Privatrechts durch internationale Abkommen Stellung nehmen, die manchmal auch als Vorläufer der gegenwärtigen Europäisierung angesehen werden (siehe 3.). Wer den Einfluss der Europäischen Union auf das Privatrecht verstehen will, muss aber auch zwangsläufig die gesetzliche Basis der Europäischen Verträge untersuchen (siehe 4.), welche nicht nur den gegenwärtigen Stand des zurzeit Erreichten erklären (siehe 5.), sondern auch die besonderen Probleme, die mit dem Instrument der Richtlinie und deren Umsetzung ins nationale Rechtssystem eines Mitgliedstaates verbunden sind (siehe 6.). Die europäische Bewegung ist nicht begrenzt auf den Bereich der Gesetzgebung; weitere wichtige Bereiche sind die

* Der Verfasser dankt Herrn Tobias P. Maass für hilfreiche Mitwirkung.

Beiträge des Europäischen Gerichtshofs (siehe 7.) und auch der Rechtslehre, die dazu übergegangen ist, allgemeine Grundsätze des Privatrechts in diversen Feldern herauszuarbeiten (siehe 8.). Die Zusammenführung dieser Entwicklungsstränge ist Gegenstand der aktuellen Bemühungen (siehe 9.).

1. Das Privatrecht

Den Juristen des Common Law-Systems ist das Konzept des Privatrechts weit weniger vertraut als den Vertretern der kontinentalen Rechtsordnungen, in denen die Grenze zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht einem Äquator ähnelt, der die juristische Welt in zwei Hemisphären aufteilt. Während das Common Law ebenfalls Rechtskonzepte wie das Vertragsrecht, das Recht der unerlaubten Handlung, das Recht der unbeweglichen Sachen oder das Familienrecht kennt und benutzt, ist die Idee eines umfassenden Privatrechts entweder nicht bekannt oder wird als nutzlos empfunden. Vor dreißig Jahren hat schon *Tony Weir* hervorgehoben: "nothing turns on it"¹, und auch heute lesen wir in dem Handbuch von *Dicey & Morris*, dass ein ganz ähnlicher Begriff, nämlich „civil and commercial matters“, kein Fachterminus des englischen Rechtssystems ist.² Andererseits verweist das Buch auch auf moderne Entwicklungen, die die Diskussion und Adaption dieser generellen Konzepte in das Common Law-System auslösen mag.

Auf der eine Seite gibt es eine Reihe von völkerrechtlichen Verträgen, wie das Haager Zustellungs-Übereinkommen³ von 1965 oder das Haager Beweisaufnahme-Übereinkommen⁴ von 1970, die nur auf das

¹ *WEIR Tony, The Common Law System*, in: *Int. Encycl. Comp. L.* vol. 2 ch. 2 (1971), 115.

² *DICEY & MORRIS, On the Conflict of Laws* vol. 1, 11. Aufl. London 1987, 267.

³ Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen v. 15.11.1965, in: *Hague Conference on Private International Law, Collection of Conventions (1951-1980)*, 76.

⁴ Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen v. 18.3.1970, *Collection of Conventions (Fn. 3)*, 152.

Handels- und Privatrecht Anwendung finden und daher eine Grenzziehung zu anderen Rechtsgebieten nötig machen. Auf der anderen Seite haben einige Rechtssysteme des Common Law eine separate Gerichtsbarkeit für die Überprüfung von Verwaltungshandeln eingerichtet, so dass es dort ebenfalls nötig wird, diesen Bereich von anderen Rechtsgebieten mit traditioneller Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Eine gewisse Annäherung wird dabei sichtbar. Möglicherweise wird dabei die frühe Definition des römischen Rechtsgelehrten Ulpian wegweisend für eine harmonisierte Interpretation sein, sowohl im Civil Law als auch im Common Law-System; nach seinen Worten gehören zum öffentlichen Recht die Normen, die sich mit dem Nutzen des Staates befassen, während dem Privatrecht die Normen zuzuordnen sind, die dem Nutzen von Privatpersonen dienen.⁵

2. Der nationale Charakter des Privatrechtes

Seit der Französischen Revolution gilt das Privatrecht als tief national verwurzelt, als eine Art Kernbestandteil des nationalen Kulturerbes. In früheren Jahrhunderten war dies anders, damals besaßen Juristen überall in Europa ein allgemeines Verständnis vom *ius commune*. Das *ius commune*, das sich vom römischen Recht ableiten ließ, wurde entweder als subsidiäre Rechtsquelle zur Vervollständigung von nationalen Normen und Gebräuchen oder zumindest als allgemeiner Referenzrahmen für die Bestimmung und Auslegung von Rechtsbegriffen verstanden.⁶ Ab dem 18. Jahrhundert begann dieses Modell des *ius commune* einem aufs nationale Recht beschränkten Rechtssystem zu weichen.

⁵ D. 1. 1. 1. 2: „...publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim...“, siehe KASER Max *„Ius publicum“ und „ius privatum“*: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung 103 (1986) 1 ff.

⁶ Für die diversen Konzepte des *ius commune* siehe NÈVE Paul, *(Europäisches) Ius Commune und (nationales) gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen?*, in: KÖBLER Gerhard/NEHLSSEN Hermann (Hrsg.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur – Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München 1997, 871-884.

Eine ähnliche Entwicklung, wenn auch nicht so deutlich wahrnehmbar, hat sich im Common Law vollzogen. Während die Trennung zwischen dem englischen und dem amerikanischen Common Law schon mehr als hundert Jahre zurückliegt, ist auch die Erklärung vieler Staaten des Commonwealth, die oberste Gerichtsbarkeit des Privy Council zu beenden, ein klarer Beweis für eine Nationalisierung des Rechts, die auch das Privatrecht umfasst. Am sichtbarsten ist aber die Verknüpfung des Rechts mit dem Nationalstaat bei der Kodifizierung des Privat- und Handelsrechts zu beobachten, die in allen Ländern des Civil Law, von Russland über Europa bis nach Argentinien und von Japan über die muslimischen Länder bis nach Brasilien und Quebec stattgefunden hat.

Wie schon oben angesprochen, zeigt uns aber die Geschichte, dass das Privatrecht nicht zwingend auf die nationale Ebene beschränkt sein muss. Zudem ist es kein Geheimnis, dass ein national beschränktes Privatrecht große und stetig wachsende Kosten verursacht, gerade in Bezug auf den florierenden internationalen Handel. Gleichwohl begegnet das Streben nach einer internationalen Harmonisierung des Privatrechts oft grundsätzlichen Einwänden, die sich auf die angebliche erkenntnistheoretische Einheit der Privatrechtssysteme beziehen. Die Verknüpfungen zwischen dem Gerichtssystem, der Rechtsausbildung, der Struktur der rechtlichen Berufe, den Gesetzeshierarchien, der Rolle der akademischen Gesetzesauslegung, der Methode der Gesetzgebung und der Art und der Weise über das Recht zu denken, seien so eng, dass das daraus resultierende Ganze resistent gegen eine internationale Harmonisierung sei. Eine Harmonisierung sei daher zum Scheitern verurteilt, da es nur eine Harmonisierung des formalen Textes, aber nicht des lebenden Rechtssystems geben könne. Nach dieser Ansicht entstehe nur eine formale Einheit, während materielle Unterschiede des Rechtssystems überlebten.⁷ Wir haben uns daher zu fragen, ob und welche Eigenschaften eines

⁷ Siehe z.B. LEGRAND Pierre, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer 1999, 77, 104; *ders.*, Counterpoint: Law is also Culture, in: FERRARI Franco, (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law*, Baden - Baden 1998, 245, 250 ff.; SAMUEL Geoffrey, *English Private Law in the Context of the Codes*, in: VAN HOECKE Mark/OST François (Hrsg.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford 2000, 47 ff.

Rechtssystems diese Gebundenheit an die Nation unvermeidbar machen. Mit anderen Worten: Gibt es eine inhärente nationale Dimension im Privatrecht? Man könnte dabei an diverse Aspekte im Rechtssystem denken:

- Die Interessen der Parteien. Einerseits gibt es einige Arten von Rechtsstreitigkeiten, die typischerweise öffentliche oder nationale Interessen berühren, so z.B. Gerichtsverfahren zur Überprüfung von Verwaltungshandeln, wo der Staat immer als Partei betroffen ist. Seit fast alle Staaten die Strafverfolgung ausschließlich in die Hände des Staates gelegt haben, spielen auch hier nationale Interessen eine Rolle. Andererseits kann man dies bei Zivilrechtsstreitigkeiten nicht ohne weiteres allgemein bejahen, da der Staat dort als Partei nur ausnahmsweise beteiligt ist.

- Die in Rechtsnormen ausgedrückten Wertentscheidungen. Das ganze 19. Jahrhundert hindurch und teilweise auch im 20. Jahrhundert war es einhellige Ansicht, dass das nationale Recht geprägt ist von nationalen Wertentscheidungen, die nicht einfach nur aus dem jeweiligen Gesetzgebungsverfahren der verschiedenen Institutionen entsprungen sind, sondern fest verwurzelte nationale Grundsätze zum Ausdruck bringen. Die Materialien zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch belegen diese Denkrichtung. Während die deutsche Bevölkerung vor 1900 mit mehreren unterschiedlichen Rechtsordnungen lebte, darunter in manchen Teilen auch dem französischen Code civil und dem österreichischen ABGB, zeigen die Gesetzgebungsmaterialien des BGB, dass seine Urheber nach Lösungen suchten, die eindeutig deutschen Charakter haben sollten. Ähnliche Gedanken finden sich in der ersten Auflage der einflussreichen Einführung in die Rechtsvergleichung von *Zweigert* und *Kötz*. In dieser Ausgabe versuchten die Autoren, die sogenannten unterschiedlichen Rechtsfamilien oder Rechtstraditionen nicht nur durch ihre Institutionen, Rechtsquellen und andere generelle Eigenschaften des jeweiligen Rechtssystems zu charakterisieren, sondern auch durch spezielle Rechtsregeln und Institute, von denen angenommen wurde, dass sie speziell und stilprägend für die jeweilige Rechtstradition seien. So benannten die Autoren den *Trust* als typisch für das Common Law⁸, das Abstraktionsprinzip, das

⁸ ZWEIGERT Konrad /KÖTZ Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung* Bd. 1, 1. Aufl., Tübingen 1971, 328 ff.

die Wirksamkeit des Kaufvertrags von der des Übereignungsvertrags trennt, als typisch deutsch⁹, und die diskriminierende Behandlung von unehelichen Kindern als typisch für das romanische Rechtssystem.¹⁰ Aus guten Gründen wurde diese Unterscheidung in späteren Auflagen aufgegeben. Es mag sein, dass das Konzept des *Trust* in einem Civil Law-System einige Probleme bereitet, andererseits haben die Gesetzgebung des Fürstentums Liechtenstein¹¹ und die noch nicht so lange zurückliegende Ratifizierung des Haager Trustübereinkommens in Italien¹² gezeigt, dass der *Trust* durchaus in einem Civil Law-System umgesetzt werden kann. Die diskriminierende Behandlung von unehelichen Kindern in den romanischen Rechtssystemen war unzweifelhaft auf den starken Einfluss der römisch-katholischen Kirche zurückzuführen. Als dieser Einfluss in den 70er Jahren zurückging, führte die Modernisierung der südeuropäischen Gesellschaften auch zu einer Abschaffung dieser Benachteiligung im Recht. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass kein signifikanter Einfluss mehr vom nationalem Geist zu spüren ist, oder wie es der dänische Professor *Ole Lando* im Zusammenhang mit dem Handelsrecht feststellt: "commercial law is not folklore".¹³

- Die Rechtssprache. Es gibt kein Recht ohne Sprache, und der Inhalt einer gesetzlichen Norm, z.B. der Inhalt eines Gebotes oder Verbotes hängt sehr stark von der jeweiligen Wortwahl ab. Es ist daher unzweifelhaft richtig, dass ein Gesetz, das in verschiedenen Sprachen verfasst wird, weniger präzise wird, da die verschiedenen linguistischen Formen anfällig sind für unterschiedliche Interpretationen. Aber Präzision oder Eindeutigkeit ist nicht das einzige und letzte Ziel der Ge-

⁹ ZWEIGERT / KÖTZ (Fn. 8), 213 ff.

¹⁰ ZWEIGERT / KÖTZ (Fn. 8), 148 ff.

¹¹ Siehe Artt. 897 ff. and 932a ff. Gesetz zum Personen- und Gesellschaftsrecht v. 20.1.1926, Landesgesetzblatt (LGBl.) 1926 Nr. 4 und LGBl. 1928 Nr. 6.

¹² Siehe das Haager Trust Übereinkommen v. 1.7.1985, in Italien am 9.10.1989 durch Gesetz in Kraft, n. 364, Gazzetta Ufficiale, Supplemento Ordinario Nr. 261 v. 8.11.1989, S. 135 mit der authentischen französischen und englischen Version.

¹³ LANDO Ole, *Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code*, in: CAPPELLETTI Mauro (Hrsg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leiden 1978, 267, 285.

setzung und Rechtsprechung, und eine vielsprachige Umgebung ist nicht schon für sich genommen ein Hindernis für eine effiziente Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Rechts. Dies zeigt nicht nur die große Anzahl von internationalen Abkommen, die in verschiedenen Sprachen authentisch sind. Eine ansehnliche Anzahl von hoch entwickelten nationalen Rechtssystemen wie in Belgien, Kanada, Finnland oder in der Schweiz zeigt die Möglichkeit einer solchen mehrsprachigen Gesetzgebung.

- Es bleibt der institutionelle Rahmen der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsausbildung, wie z.B. das Netzwerk der Gesetzgebungsorgane, die staatlichen Institutionen und die sie umschwärmenden Interessengruppen, die Gerichte, die Anwaltschaften und Verbände, die juristischen Fakultäten und die wissenschaftlichen Organisationen. Im Laufe der Zeit haben diese Institutionen verschiedene Verfahren und Wege der Interaktion geschaffen, die spezifische Charaktermerkmale des jeweiligen Rechtssystems geworden sind, verstanden als Rahmen der Kommunikation zwischen Juristen. In diesem Sinn mögen Rechtssysteme als epistemologische Einheiten betrachtet werden, die die interne Kommunikation begünstigen und manchmal die Kommunikation zwischen verschiedenen solchen Einheiten erschweren und somit einer Harmonisierung im Wege stehen. So richtig das ist, so sehr folgt doch aus demselben Argumentationsstrang, dass diese Schwierigkeiten zum großen Teil durch die Entwicklung von gemeinschaftlichen institutionellen Strukturen für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsausbildung überwunden werden können. Im Gegensatz zu vielen anderen Integrationsvorhaben ist die Europäische Gemeinschaft mit solchen Institutionen ausgestattet.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es sehr wenig Ansätze in einem Rechtssystem gibt, die man als spezifisch national bezeichnen kann und die immun gegen äußere Einflüsse wären. Den größten Einfluss haben dabei die jeweiligen Institutionen und Verfahren eines Rechtssystems, die die Art und Weise prägen, wie Juristen kommunizieren und denken. Daher sollte eine Harmonisierung des Rechts wenn möglich durch die Erschaffung von öffentlichen und privaten Einrichtungen unterstützt werden, die über die Anwendung des harmonisierten Rechts wachen und versuchen, den Geist der Harmonisierung zu verstetigen.

3. Internationale Abkommen

Die Nationalisierung des Privatrechts während des 19. Jahrhunderts verstärkte die Konsistenz und Einheitlichkeit des Rechts innerhalb der Nationalstaaten. Aber der Preis dafür war hoch: Die Verbindungen mit anderen Rechtssystemen wurden mehr oder weniger gekappt, und der internationale Handel, der in der Folge der industriellen Revolution florierete, wurde mit den daraus entstandenen Problemen allein gelassen. Überall auf der Welt reagierten die Rechtssysteme in dreierlei Art:

- *Die Rechtswissenschaft* entdeckte die Rechtsvergleichung als neuen Zweig der Forschung mit dem Zweck, neue Verbindungen zwischen den unterschiedlichen Systemen zu schaffen.

- *Die Rechtspraxis* versuchte die Vorhersehbarkeit von Prozessausgängen in grenzüberschreitenden Fällen zu erhöhen. Um dieses Ziel zu erreichen, konzentrierte sie sich auf eine neue Rechtsdisziplin, die versprach, wenn schon nicht die materiellen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtssystemen, so doch wenigstens den störenden Einfluss zu überwinden, den diese Unterschiede auf die Stabilität des gesetzlichen Rahmens von grenzüberschreitenden Transaktionen haben; die Grundidee dieser neuen Disziplin war es, dass jeder Fall durch geeignete Verweisungsnormen ein und demselben nationalen Rechtssystem überantwortet wird, und zwar unabhängig von dem Land, in dem der Fall vor Gericht kommt. Somit ist das internationale Privatrecht eine Frucht von demselben Baum, dem auch die Nationalisierung des Privatrechts entwachsen ist.

- Angetrieben von wirtschaftlichen Interessengruppen, versuchten *die Regierungen*, die Rahmenbedingungen des internationalen Handels durch das Aushandeln von Abkommen über die Vereinheitlichung in gewissen Bereichen des Privatrechts, vor allem im Handelsrecht zu verbessern. Auch hier wird wieder der Einfluss der Nationalisierung des Privatrechts deutlich: Während die Interessen in Zivilverfahren solche von privaten Individuen und Unternehmen sind, müssen sie im Rahmen von diplomatischen Konferenzen, an denen nur Staaten teilnehmen, als nationale Interessen behandelt werden.

Die Vereinheitlichung und Harmonisierung des Privatrechts durch internationale Abkommen kann als Vorläufer zum gegenwärtigen Euro-

päisierungsprozess angesehen werden. Sie lässt sich bis 1880 zurückverfolgen, als die ersten Übereinkommen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes¹⁴ und des Eisenbahntransportrechts¹⁵ ausgehandelt wurden. Seitdem hat sich das Einheitsrecht in andere Bereiche ausgedehnt, so z.B. in den des Wechsel- und Scheckrechts, der Stellvertretung und des Warenkaufs, des Leasing und Factoring, des See- und Lufttransports, der Autohaftpflichtversicherung und der Gaststättenhaftung, des Straßentransportrechts und Urheberrechts usw.¹⁶ Während sich die Vertragsstaaten in vielen von diesen Übereinkommen auf einheitliche Rechtsregeln geeinigt haben, gibt es andere Konventionen wie die Haager Regeln zum Konnossementsrecht, die es den Vertragsstaaten erlauben, die Regeln des Übereinkommens in eine der jeweiligen Gesetzgebung entsprechende geeignete Form umzusetzen, um so eine Harmonisierung zu erreichen.¹⁷

Im Zuge des 20. Jahrhunderts wurden viele internationale Institutionen gegründet, die sich mit einer Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Privatrechts befassen. Die meisten von ihnen beschränken sich dabei auf einzelne Bereiche des Privatrechts, so z.B. die World Intellectual Property Organisation (WIPO) und die International Labour Organisation (ILO), beide mit Sitz in Genf, die International Civil Aviation Organisation in Montreal, die International Maritime Organisation in London, die International Telecommunication Union in Genf usw. Es gibt aber auch andere wie das International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in Rom oder die United Nations Commission on International Trade Law in Wien, deren Verantwortungsbereich das gesamte Handels- und Privatrecht

14 Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle v. 20.3.1883, Reichsgesetzblatt 1903, 147; siehe POINSARD Léon, *Etudes de droit international conventionnel* (1894), 558 ff.

15 Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr v. 14.10.1890, Reichsgesetzblatt 1892, 793; siehe POINSARD, (Fn. 14), 151 ff.

16 Für eine – teilweise veraltete – Sammlung solcher Übereinkommen siehe ZWEIGERT Konrad/KROPHOLLER Jan (Hrsg.) *Sources of International Uniform Law* vol. I-IV (1971 – 1979).

17 Siehe das Zeichnungsprotokoll zum Internationalen Übereinkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über Konnossemente v. 25.8.1924, Reichsgesetzblatt 1939 II, 1049.

umfasst, so dass es auch zu Überlappungen mit den Arbeitsbereichen anderer Organisationen kommt. Diese Institutionalisierung hat dem Vereinheitlichungsprozess eine beträchtliche Eigendynamik gegeben.

Auf der anderen Seite liegen die Grenzen einer Vereinheitlichung des Privatrechts durch internationale Übereinkommen deutlich zutage. Das Instrument des internationalen Übereinkommens bedarf, um Wirkung zu entfalten, der Ratifizierung durch den jeweiligen nationalen Vertragsstaat; es wurde im 19. Jahrhundert als Mittel der Rechtsvereinheitlichung eingesetzt, als die Welt klein und, in Bezug auf die damals so genannten zivilisierten Staaten, überschaubar erschien. Als nach dem zweiten Weltkrieg die Anzahl unabhängiger Länder weit über 100 hinauswuchs, verlor dieses Instrument mehr und mehr an Effektivität. Heutzutage nehmen an diplomatischen Konferenzen der weltweiten Rechtsvereinheitlichung Hunderte von Personen teil. Unter solchen Voraussetzungen finden die Verhandlungen weniger intensiv statt, dies auch mit der Folge, dass sich später die Staaten weniger an ihre Verpflichtung zur Umsetzung gebunden fühlen, selbst wenn sie dem Vertragswerk mit ihrer Unterschrift zugestimmt haben. Demgemäß wurden nur wenige Übereinkommen von einer großen Anzahl von Staaten umgesetzt, und dies auch nur nach langwierigen Ratifikationsprozeduren. Sehr oft schaffen internationale Übereinkommen statt echter Rechtseinheit nicht mehr als einen Flickenteppich. Zudem brachte die große Anzahl an Ausnahmen und Einschränkungen, die in den meisten dieser Übereinkommen vorgesehen sind, und das Fehlen einer einheitlichen Auslegung ernsthafte Zweifel, ob das Ziel einer Vereinheitlichung auf diesem Wege erreicht werden könne.¹⁸

Im Rahmen der Europäischen Union werden durch die Benutzung von gemeinschaftsrechtlichen Instrumenten, Verfahren und Institutionen viele der oben erwähnten Nachteile vermieden.

¹⁸ Vgl. KÖTZ Hein, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, in: *RabelsZ* 50 (1986) 1 ff.

4. Die Ermächtigungsgrundlagen für die privatrechtliche Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft

Man kann den Beitrag der Europäischen Gemeinschaft zum Privatrecht nicht verstehen, ohne etwas über ihre Ziele und Strukturen zu wissen. Das ursprüngliche Ziel der Europäischen Gemeinschaft war nicht die Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Rechts, sondern die Integration der Märkte. Dieses umfassende Ziel sollte durch die Umsetzung der sogenannten Grundfreiheiten erreicht werden, d.h. der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Einzelne Vorschriften des Vertrages von Rom, die mit diesen speziellen Freiheiten verbunden sind, ermächtigen die Gemeinschaft, Rechtsakte zur Umsetzung dieser Freiheiten zu erlassen, die vor allem dafür sorgen sollen, Schranken im nationalen Recht zu beseitigen. Die Grundfreiheiten werden ergänzt durch ein Einheitsrecht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 81 und 82 EG), das private Marktakte daran hindern soll, durch private Absprachen Marktbarrieren weiter zu erhalten. Auch hier gibt es eine spezifische Gesetzgebungskompetenz, welche die Gemeinschaft ermächtigt, Rechtsakte zur Umsetzung dieses Zieles zu erlassen. Spätere Ergänzungen zum Vertrag von Rom, die in der Einheitlichen Europäischen Akte, dem Vertrag von Maastricht und dem Vertrag von Amsterdam vereinbart wurden, haben für andere Politikbereiche weitere Ermächtigungsgrundlagen geschaffen. Das daraus entstandene Bild der Gemeinschaftskompetenzen ähnelt - zumindest auf den ersten Blick - einem Flickenteppich. Im Gegensatz zu vielen Verfassungen föderaler Staaten enthält der EG-Vertrag keine umfassende Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf einzelne Bereiche des Rechts, weder im Vertragsrecht noch im Gesellschaftsrecht, weder im Handelsrecht noch im Privatrecht. Stattdessen lassen sich viele einzelne Vorschriften finden, die Gesetzgebungskompetenz auf die Gemeinschaft übertragen und deren Umfang sprachlich eher von politischen oder ökonomischen Begriffen als von rechtlichen Termini bestimmt wird. Es ist dabei die Aufgabe der Europäischen Kommission, die geeignete rechtliche Basis für ihre jeweiligen Gesetzesvorschläge zu finden.

Die verschiedenen Ermächtigungsgrundlagen des Vertrages haben zwei Dinge gemeinsam: Sie bestimmen das Gesetzgebungsverfahren,

und sie definieren die Art der Umsetzung. In Bezug auf das Gesetzgebungsverfahren übertragen sie das Initiativrecht in der Regel der Kommission, sie regeln ferner die erforderliche Mehrheit im Rat, und, je nach Art des Falles, mal ein Beratungs-, mal ein Mitwirkungs- und mal ein Mitbestimmungsrecht des Europäischen Parlaments. Die Ermächtigungsgrundlagen unterscheiden sich auch, was die Form des jeweils zulässigen Rechtsakts betrifft. Einige Vorschriften lassen nur den Erlass einer Richtlinie zu, die keine direkte Wirkung entfaltet, Art. 249 Abs. 3 EG, während andere Vorschriften die Gemeinschaft autorisieren, „Maßnahmen“ zu ergreifen; ein Terminus, der zumindest die fünf in Art. 249 EG aufgelisteten Gemeinschaftsrechtsinstrumente umfasst und somit auch Verordnungen, die einen direkten Effekt in den Vertragsstaaten entfalten. Es sei nur am Rande erwähnt, dass eine umfassende Gesetzgebung und im besonderen eine Kodifizierung unabhängig vom jeweiligen Bereich des Rechts nur in Form einer Verordnung denkbar ist.

Die Kompetenz der Gemeinschaft, im Bereich des Privatrechts rechtssetzend tätig zu werden, ergibt sich im Wesentlichen aus folgenden Vorschriften: Während früher Art. 94 EG die Schlüsselvorschrift für die Angleichung des Rechts war, das die Errichtung des Gemeinsamen Marktes beeinflusste, hat die dort genannte Voraussetzung einer einstimmigen Entscheidung im Rat sich immer mehr als Hindernis erwiesen, als die Anzahl der Mitgliedsstaaten zunahm. Die Einheitliche Europäische Akte führte daher Art. 95 EG ein, um das Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes zu erreichen. Im Gegensatz zu Art. 94 EG fordert diese Vorschrift für alle in Frage kommenden Maßnahmen nur eine qualifizierte Mehrheit im Rat. Andererseits ist die Reichweite der Vorschrift durch Ausnahmen im Bereich der Freizügigkeit und des Arbeitsrechts beschränkt, Art. 95 Abs. 2 EG. In Bezug auf das Gesellschaftsrecht hat Art. 44 Abs. 2 lit. g EG als Ermächtigungsgrundlage für eine stattliche Anzahl von Richtlinien gedient.¹⁹ Der Anwendungsbereich ist breit genug, um die meisten Fragen des Gesellschaftsrechts zu umfassen, ist aber von Art. 95 EG in Hinsicht auf Regelungen, die

¹⁹ Für eine Wiedergabe dieser Richtlinien siehe BASEDOW Jürgen, (Hrsg.), *European Private Law – Sources* vol. 1 (1999) 3 – 391; für die Reichweite dieser Gesetzgebungskompetenz vgl. VOSSESTEIN G.-J., *De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot regeling van het vennootschapsrecht*: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie 2002, S. 247 ff.

mit dem Kapitalmarkt zusammenhängen, abzugrenzen. Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde der Titel IV neu in den EG-Vertrag eingefügt. Er umfasst Art. 65 EG, der ausdrücklich die Gemeinschaft ermächtigt, harmonisierend im Bereich des internationalen Zivilprozessrechts, des internationalen Privatrechts und im Bereich des Zivilverfahrens tätig zu werden.²⁰ Obwohl nach der Überschrift des Titels IV die dort vorgesehene Gesetzgebung im Zusammenhang mit der Freizügigkeit stehen soll, gehen die Maßnahmen, die die Gemeinschaft bis jetzt ergriffen hat, weit über diesen Rahmen hinaus.²¹ Die entscheidende Frage, die Art. 65 EG anspricht, geht dahin, ob es der Gemeinschaft erlaubt ist, das Kollisionsrecht im Verhältnis zu Nicht-Mitgliedsstaaten zu regeln, oder ob dieser Bereich der Kompetenz der einzelnen Mitgliedsstaaten überlassen ist. Eine andere relativ junge Ermächtigungsgrundlage ist Art. 153 EG, der nach verbreiteter Auffassung im Bereich des Verbraucherschutzes von großer Bedeutung ist. Ein näherer Blick auf Art. 153 Abs. 3 EG zeigt aber, dass diese Vorschrift im Wesentlichen auf Art. 95 EG verweist und wenig zusätzliche Kompetenzen auf die Gemeinschaft überträgt. Schließlich hat Art. 308 EG eine hervorzuhebende Bedeutung im Privatrecht erlangt. Diese Norm ist zwar zu anderen Ermächtigungsgrundlagen subsidiär und daher im Lichte von Art. 94 und 95 EG keine Stütze für eine Harmonisierung des nationalen Rechts. Sie stellt aber eine nützliche Basis für die Gemeinschaftsgesetzgebung bei der Schaffung neuer Rechtsinstitute wie der Gemeinschaftsmarke²² oder der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung²³ dar, die jenseits bestehender Institute des nationalen Rechts entstanden sind.

²⁰ Siehe z.B. VON HOFFMANN Bernd, *The Relevance of European Community Law*, in: ders. (Hrsg.), *European Private International Law*, Nijmegen 1998, 19 ff.; BASEDOW Jürgen, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in: *Com. Mkt. L. Rev.* 37 (2000) 687 ff.; REMIEN Oliver, *European Private International Law, The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, in: *Com. Mkt. L. Rev.* 38 (2001) 53 ff.

²¹ Für die ersten fünf Verordnungen siehe BASEDOW Jürgen, (Hrsg.), *European Private Law – Sources* vol. 3 (2002) 703 – 955.

²² Verordnung 40/94/EG des Rates v. 20. 12. 1993, ABl. EG 1994 L 11/1 = BASEDOW, (Fn. 21), 426.

²³ Verordnung 2137/85/EWG des Rates v. 25. 7. 1985, ABl. EG 1985 L 199/1 = BASEDOW, (Fn. 19), 316.

5. Der privatrechtliche *acquis*

Aus den verstreuten Gesetzgebungsgrundlagen und ihrer Verbindung zu speziellen Gemeinschaftszielen folgt, dass Gemeinschaftsakte im allgemeinen nicht die Grenze zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht beachten. In dieser Hinsicht mag man viele Maßnahmen als gemischte Rechtsakte ansehen. Die Richtlinien, die den Binnenmarkt im Versicherungswesen verwirklichen sollen, sind im Wesentlichen dem öffentlichem Recht zuzuordnen, soweit es sich um die staatliche Genehmigung von Prämien und Konditionen, die Regulierung von Investmentpraktiken des Versicherungsunternehmens, die Kompetenz der beaufsichtigenden Behörden usw. handelt. Gleichzeitig regeln sie aber auch einige Aspekte des Versicherungsvertrages, wie beispielsweise das Recht des Versicherten, seine Zustimmung zu widerrufen, oder die Informationspflichten zwischen den Parteien.²⁴ In den letzten Jahren hat sich jedoch die Anzahl der rein privatrechtlichen Maßnahmen erhöht. Eine Sammlung solcher Gemeinschaftsakte in drei Bänden enthält über 70 Verordnungen und Richtlinien.²⁵ Sie regeln dabei sehr unterschiedliche Bereiche wie das Gesellschaftsrecht, das Arbeitsrecht, das (Verbraucher-)Vertragsrecht und das Haftungsrecht, kommerzielle Kommunikation, das Urheberrecht und das Patentrecht, den Datenschutz, das internationale Privatrecht und das internationale Zivilverfahrensrecht. Die jüngsten Errungenschaften sind Verordnungen über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft²⁶ und über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster²⁷. Während einige dieser Instrumente, wie die letztgenannten Verordnungen, relativ detailliert und umfassend sind, regeln andere nur Teilbereiche von geringerem Umfang im Bereich des Vertrags- und Arbeitsrechts. Während diese eher wie kleine Farbkleckse wirken, schafft doch die

²⁴ Siehe insbesondere die zweite und dritte Richtlinie im Bereich der Nichtlebensversicherung: Richtlinie 88/357/EWG des Rates v. 22.6.1988, ABl. EG 1988 L 172/1; Richtlinie 92/49/EWG des Rates v. 18.6.1992, ABl. EG 1992 L 228/1, sowie die zweite und dritte Direktversicherungs (Lebensversicherungs) Richtlinie: Richtlinie 619/90/EWG des Rates v. 8.11.1990, ABl. EG 1990 L 330/50; Richtlinie 96/92/EWG des Rates v. 10.11.1992, ABl. EG 1992 L 360/1.

²⁵ Siehe BASEDOW Jürgen, (Hrsg.) *European Private Law – Sources* vol 1-3 (1998-2002).

²⁶ Verordnung 2157/2001/EG v. 8.10.2001, ABl. EG 2001 L 294/1.

²⁷ Verordnung 6/2002/EG v. 12.12.2001, ABl. EG 2002 L 3/1.

wachsende Anzahl solcher Akte mehr und mehr den Eindruck eines generellen Bildes eines europäischen Gesellschaftsrechts²⁸, eines europäischen Arbeitsrechts²⁹ und eines europäischen Verbraucherrechts³⁰. Solche Buchtitel sollten jedoch nicht die Tatsache verdecken, dass die europäische Gesetzgebung in keinem dieser Bereiche systematisch ist und dass jedes Instrument im Zusammenhang mit den verschiedenen nationalen Gesetzen zu sehen ist, die zu einem großen Teil seine Bedeutung bestimmen.

6. Die Umsetzung von Richtlinien

Im Bereich des Privatrechts handelt die Gemeinschaft meist durch das Instrument der Richtlinie und nur selten durch Verordnungen. Nach dem Wortlaut von Art. 249 Abs. 3 EG ist die Richtlinie für Mitgliedsstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, „überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“. Der Europäische Gerichtshof hat aufgezeigt, dass Richtlinien im Gegensatz zu Verordnungen keine direkte Wirkung in horizontalen Beziehungen schaffen, die jedoch charakteristisch für das Privatrecht sind.³¹ Mit anderen Worten zählt nicht alleine nur die Richtlinie, sondern auch ihre Umsetzung in das Rechtssystem des jeweiligen Mitgliedstaates. Das Gesetzgebungsverfahren ist in zwei Phasen aufgeteilt: die erste Phase auf Gemeinschaftsebene und die zweite auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaates. Nur die erste Phase schafft einen einheitlichen Text, während die zweite für alle möglichen Arten von Verzerrungen offen ist, auch wenn diese wiederum durch die Pflicht nationaler Gerichte zu richtlinienkonformer Auslegung vermindert werden³². Die Unterschiede in Form und Inhalt, die nach einer Harmonisierung verbleiben, sind aber immer noch erheblich.

²⁸ EDWARDS Vanessa, *European Company Law*, Oxford 1999.

²⁹ KRIMPHOVE Dieter, *Europäisches Arbeitsrecht*, München 1996.

³⁰ REICH Norbert, *Europäisches Verbraucherrecht* 4. Aufl., Baden - Baden 2003; WEATHERILL Stephen, *EC Consumer Law and Policy*, London 1997.

³¹ EuGH, v. 14.7.1994, Slg. 1994, I-3325, Rs. C-91/92 (*Paola Faccini Dori vs. Recreb Srl*), Tz. 22-25.

³² EuGH, v. 10.4.1984, Slg. 1984, 1891, Rs. 14/83 (*von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*), Tz. 26.

Aufgezeigt werden kann das am Beispiel der Umsetzung der Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.³³ Die Richtlinie wurde in verschiedenen Formen umgesetzt: in den nationalen Zivilgesetzbüchern in Deutschland, Italien und den Niederlanden, in einem gesonderten Verbrauchergesetz in Österreich, Frankreich, Griechenland und teilweise auch in Finnland und Spanien, in einem allgemeinen Vertragsgesetz in Dänemark, Finnland und Schweden, in Sondergesetzen über Handelspraktiken in Belgien, über Verbraucherverträge in Schweden und über allgemeine Geschäftsbedingungen in Portugal und Spanien sowie letztlich durch ein Rechtsinstrument, das fast wörtlich die Richtlinie übernahm, in Großbritannien und Irland.³⁴ Während einige dieser Transformationsgesetze ebenso wie die Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich auf Verbraucherverträge beschränkt sind (z.B. Frankreich, Italien), sind andere auch auf Handelsverträge anwendbar (z.B. Deutschland, Niederlande). Der Anhang der Richtlinie enthält eine „als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können“ (Art. 3 Abs. 3). Dieser Anhang ist in Mitgliedsstaaten wie Deutschland oder Österreich in eine verbindliche schwarze Liste verbotener Klauseln umgewandelt worden, während er in den skandinavischen Ländern überhaupt nicht in nationales Gesetzesrecht umgesetzt wurde. Es wäre leicht, mit weiteren Beispielen unterschiedlicher nationaler Umsetzung fortzufahren. Daraus ergibt sich, dass es trotz Harmonisierung immer noch schwierig bis unmöglich für einen ausländischen Anwalt erscheint, die jeweilige Rechtslage in einem anderen Mitgliedstaat mit Sicherheit zu bestimmen. Alles was gesagt werden kann, ist, dass bestimmte Mindeststandards überall in der Gemeinschaft gelten. Aber es ist bei alledem nicht leicht, das einschlägige Recht im jeweiligen Mitgliedstaat zu finden und seine wahre Bedeutung zu erfassen, da dies meist von den verschiedenen Rechtskonzepten und Prinzipien und der systematischen Struktur des jeweiligen Rechtssystems abhängig ist.

³³ Richtlinie 93/13/EWG v. 5.4.1993, ABl. EG 1993 L 95/29 = BASEDOW, (Fn. 25), vol. 2 (2000), 140.

³⁴ Siehe für eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vol. 1 (4. Aufl. 2001) Einl. AGBG Rnd. 22-38.

Eine andere Folge der Umsetzung von Privatrechtsrichtlinien sind Spannungen mit der Struktur der bestehenden nationalen Gesetzgebung. Dies kann anhand der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44 illustriert werden.³⁵ Diese Richtlinie, die nur auf Verbrauchergeschäfte Anwendung findet, gibt dem Käufer neben dem Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache das Recht auf Beseitigung des Mangels als primären Anspruch. Das frühere deutsche Kaufrecht, das insoweit nicht zwischen einem Handelskauf und einem Verbraucherkauf unterschied, gab dem Käufer nur das Recht, den Vertrag aufzulösen oder eine Minderung des Preises zu verlangen, aber kein Recht auf Mängelbeseitigung. Eine fehlerfreie Umsetzung der Richtlinie wäre in einem gesonderten Gesetz zum Verbraucherkauf möglich gewesen, was jedoch die Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs weiter vermindert hätte. Eine alternative Umsetzung im Bürgerlichen Gesetzbuch hätte nicht vorgenommen werden können, ohne das Gesetzbuch umzustrukturieren. Viele hielten die Einführung eines neuen Kapitels über den Verbraucherkauf für unvereinbar mit dem Geist des BGB. Vor die Wahl zwischen zwei gleich schmerzhaften Alternativen gestellt, entschied sich der deutsche Gesetzgeber für letztere Lösung und ging sogar noch weit darüber hinaus. Die Richtlinie 1999/44 hat damit zu einer Generalüberholung des deutschen Rechts der Leistungsstörungen geführt.³⁶

Diese Betrachtung zeigt den Bedarf für einen allgemeinen Ansatz auf. Die stückweise Gesetzgebung der Gemeinschaft trägt den Unterschieden zwischen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten insbesondere in Struktur, Prinzipien und Begriffen nicht Rechnung. Eine Harmonisierung des generellen Rechtsrahmens könnte von den Gerichten (siehe unten 7.) und von der Rechtslehre (siehe unten 8.) durchgeführt werden.

³⁵ Richtlinie 1999/44/EWG des Rates v. 25.5.1999, ABl. EG 1999 L 171/12 = BASEDOW, (Fn. 33), 452.

³⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, Bundesgesetzblatt I, 3138.

7. Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs

Auch wenn eine Harmonisierung mittels Richtlinien beachtliche Nachteile mit sich bringt, hat sie doch einen offensichtlichen Vorteil: Sie verstärkt den sogenannten *acquis communautaire*, der der Jurisdiktion des Gerichtshofs unterliegt. Mehr und mehr nationale Richter machen effektiven Gebrauch von dem Vorlageverfahren nach Art. 234 EG und legen dem Gerichtshof in Luxemburg Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung von Richtlinien und Verordnungen vor. Dies gibt dem Gerichtshof in zunehmendem Maße die Möglichkeit, Grundsätze zu entwickeln, die die Lücken der einzelnen Rechtsakte schließen und diese einer einheitlichen Interpretation unterwerfen. Der Gerichtshof hat wichtige Beiträge zur Entwicklung des Gemeinschaftsrechts geleistet, indem er auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwies und neue entwickelt hat.³⁷ Während der Vertrag die Anwendung von „allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten gemeinsam sind“ nur im Bereich der außervertraglichen Haftung der EG für Schäden, die durch die Gemeinschaftsorgane oder -bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursacht wurden, vorsieht, Art. 288 Abs. 2 EG, hat der Gerichtshof wiederholt deutlich gemacht, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch in anderen Bereichen ein Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sind. Somit hat das Gericht eine Doktrin von allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen und Prinzipien wie Verhältnismäßigkeit oder Rechtssicherheit geschaffen, die der späteren Konkretisierung im jeweiligen Fall bedürfen.

Bis jetzt erschien das Gericht aber eher unwillig, seine kreativen Kräfte zu nutzen, wenn es um die Auslegung von Richtlinien ging. Die Entscheidungen zum sekundären Gemeinschaftsrecht sind kurz und sehr oft rätselhaft; sie gehen selten in ihrer Argumentation über den Text und die Begründungserwägungen des einzelnen Rechtsaktes hinaus. Das Gericht hält sich eng an die vom nationalen Richter vorgelegte Frage und scheint nicht geneigt zu sein, darüber hinaus gestaltend durch *obiter dicta* tätig zu werden. Argumente, die eine spezielle Verordnung oder Richtlinie im Lichte des Gemeinschaftsrechts als Ganzes betrachten oder internationale Entwicklungen, wie sie durch rechtsvergleichende Studien wahrgenommen werden, wird der Ge-

³⁷ Siehe TRIDIMAS Takis, *The General Principles of EC Law*, Oxford 1999.

richtshof im allgemeinen ignorieren. Ein anschauliches Beispiel ist die Entscheidung des Gerichtshofs im Fall *Simone Leitner ./. TUI Deutschland*³⁸. Das Gericht hatte dort zu entscheiden, ob der Schadensersatzanspruch gegen ein Pauschalreiseunternehmen nach der Richtlinie 90/314³⁹ auch den immateriellen Schaden der österreichischen Klägerin umfasste; ihr war während eines von dem beklagten Reiseunternehmen veranstalteten Urlaubes salmonellenverseuchtes Essen in einem türkischen Hotel serviert worden. In dem gut begründeten Schlussantrag des Generalanwalts Tizzano wird diese Frage bejaht, dies unter Berufung auf den Wortlaut der Richtlinie 90/314, aber auch mit Argumenten aus anderen Richtlinien und mit dem Hinweis auf rechtliche Entwicklungen, wie sie in internationalen Konventionen und nationaler Gesetzgebung zum Ausdruck kommen.⁴⁰ Während der Gerichtshof sich im Ergebnis der Ansicht des Generalanwaltes anschließt, setzt er sich in seiner Entscheidung nur mit den Argumenten, die sich direkt mit dem Wortlaut der Richtlinie befassen, auseinander.

Staubtrockene Urteile wie im Falle *Simone Leitner* sind nicht dazu angetan, den Enthusiasmus des Lesers für das Europäische Privatrecht zu entfachen. Noch schlimmer, das Gericht vergibt eine Chance, die Entwicklung eines europäischen Privatrechts durch Entwicklung von allgemeinen Grundsätzen zu leiten. Solange sich das Gericht so zurückhält, verbleibt die Last der Entwicklung dringend benötigter allgemeiner Grundsätze ausschließlich bei der Rechtslehre. Es ist zu hoffen, dass die akademischen Mühen, die ich im Folgenden betrachten möchte, den Gerichtshof dazu ermutigen, früher oder später hinter die engen Vorlagefragen der nationalen Richter zu schauen.

38 EuGH, v. 12.3.2002, Slg. 2002, 2631, Rs. C-168/00 (*Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co KG*) = EuZW 2002, 339.

39 Richtlinie 90/314/EWG des Rates v. 13.5.1990, ABl. EG 1990 L 158/59 = BASEDOW, (Fn. 33), 94.

40 Schlussanträge des Generalanwalts Antonio Tizzano, Slg. 2002, 2831, Nr. C-168/00 (*Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*) v. 20.09.2001.

8. Allgemeine Grundsätze

Schon 1980 begannen Arbeiten an einer Art horizontalem Instrument im Bereich der Schuldverhältnisse. Mit der finanziellen Unterstützung der Europäischen Kommission machte sich eine Gruppe von Rechtsgelehrten unter dem Vorsitz des dänischen Professors *Ole Lando* daran, eine Liste von allgemeinen Vertragsgrundsätzen herauszuarbeiten.⁴¹ Sie wendeten dabei die Methode der amerikanischen *Restatements of the law* an, die vom American Law Institute seit Beginn des letzten Jahrhunderts ausgearbeitet worden sind.⁴² Das erste Ziel war dabei, die gemeinsamen Regeln und Prinzipien des Rechts darzustellen. Insoweit sich die positiven Regeln der verschiedenen Rechtssysteme unterscheiden, impliziert die zusammenfassende Bestandsaufnahme zwangsläufig eine Entscheidung für eine Lösung und gegen andere. In solchen Fällen soll die Darstellung aber nicht notwendigerweise der Mehrheit der Rechtssysteme folgen, sondern es wird versucht, das Recht zu verbessern, indem man die am besten geeignete Lösung empfiehlt.⁴³ Die Regeln und Grundsätze, die aus dieser Arbeit hervorgehen, wurden in kurzer und prägnanter Weise wie bei kontinentaleuropäischen Gesetzen formuliert und angeordnet. Teil I und Teil II dieser Regeln, die das allgemeine Vertragsrecht behandeln, wurden schon vor einigen Jahren veröffentlicht⁴⁴, und Teil III, der Bereiche des allgemeinen Schuldrechts behandelt, ist 2003 gefolgt.⁴⁵ Wie das amerikanische Vorbild werden die Regeln unterlegt mit Kommentaren, die den Inhalt, das Ziel und die mögliche Anwendung erläutern. Zusätzlich enthalten die europäischen Grundsätze

⁴¹ Siehe LANDO Ole/BEALE Hugh (Hrsg.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, Den Haag 1999, XI.

⁴² Siehe CLARK David, *The Sources of Law*, in: ANSAY Tuğrul/CLARK David (Hrsg.), *Introduction to the Law of the United States*, 2. Aufl., Den Haag 2002, 35, 49; für eine umfangreichere Betrachtung siehe SCHWARTZ Alan/SCOTT Robert, *The Political Economy of Private Legislation*, in: U. Pa. L. Rev. 143 (1995) 595 ff.

⁴³ GOODE Roy, *International Restatements of Contract and English Contract Law*, in: Uniform L. Rev. 1997, 231, 234.

⁴⁴ Siehe oben Fn. 41.

⁴⁵ Siehe LANDO Ole / CLIVE Eric / PRÜM André / ZIMMERMANN Reinhard (Hrsg.) *Principles of European Contract Law - Part III*, Den Haag 2003.

des Vertragsrechts noch rechtsvergleichende Anmerkungen mit Hinweisen auf die entsprechenden Regeln in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten.

Während die Kommission zum Europäischen Vertragsrecht sicherlich die größten Fortschritte in ihrer Arbeit gemacht hat, ist sie doch nicht die einzige Gruppe von Rechtswissenschaftlern, die sich der Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze verschrieben hat. Es gibt andere Gruppen, die sich mit dem Recht der unerlaubten Handlung⁴⁶, dem Versicherungsvertragsrecht⁴⁷, dem Recht des *Trust*⁴⁸ und dem Internationalen Privatrecht⁴⁹ auseinandersetzen. Beim jüngsten Ableger der Bewegung handelt es sich um eine Gruppe zum Europäischen Familienrecht.⁵⁰ Sie alle scheinen demselben Ansatz zu folgen: Im Gegensatz zu früheren Forschungen haben sie sich nicht auf eine rechtsvergleichende Analyse der existierenden Rechtsregeln in den verschiedenen Mitgliedsstaaten beschränkt, sondern fördern aktiv Harmonisierung und Vereinheitlichung durch Vorschläge für allgemeine Regeln. Diese Veränderung des Ziels mag manchen als eine Art von akademischem Aktivismus erscheinen. Jedoch könnte man darin auch einen Ersatz für das wissenschaftliche Aufbereiten von Gesetzen und für das Formulieren von langfristigen Perspektiven sehen, die auf der Ebene der europäischen Gemeinschaftsorgane im Wesentlichen fehlen.

Das Ergebnis dieser Mühen ist gegenwärtig noch nicht abzusehen.

-
- ⁴⁶ Vgl. SPIER J./HAAZEN Olav A., *The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law*, in: ZEuP 1999, 469 ff.
- ⁴⁷ Siehe CLARKE Malcolm, First Working Session of Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law" v. 10.9.1999 in Innsbruck, Austria, in: Journal of the British Insurance Law Association 2000 Nr. 102, 31.
- ⁴⁸ HAYTON David J. /KORTMANN S.C.J.J. /VERHAGEN H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Den Haag 1999; siehe auch "Principles of European Trust Law": ZEuP 1999, 748 mit einer Einleitung von HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN.
- ⁴⁹ Siehe die Homepage der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht: <<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>>
- ⁵⁰ Siehe "Gründung der Kommission für Europäisches Familienrecht": ZEuP 2002, 194; siehe die Homepage: <<http://www.law.uu.nl/priv/cefl>>.

Wird der Europäische Gerichtshof bei der Auslegung von Verordnungen und Richtlinien Gebrauch machen von den allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts? Werden sie bei der Europäischen Kommission bei dem Entwurf von Gesetzgebungsvorschlägen Beachtung finden? Es ist zu früh für eine einfache Antwort, aber einige neuere Ereignisse geben Anlass zu einem gewissen Optimismus.

9. Ausblick: ein europäisches Zivilgesetzbuch?

Während das Europäische Parlament des Öfteren die Idee einer umfassenden Gemeinschaftsgesetzgebung im Bereich des Vertragsrechts oder sogar im gesamten Privatrecht unterstützt hat⁵¹, liegt die Kompetenz, eine solche Gesetzgebungsinitiative einzuleiten, ausschließlich bei der Kommission. Die Europäische Kommission ist in der Vergangenheit aber lange Zeit skeptisch gegenüber jeglicher Art von horizontal wirkender Gesetzgebung im Privatrecht gewesen und hat sogar die Kompetenz der Gemeinschaft für einen solchen Rechtsakt bezweifelt⁵². Um so größer war daher die Überraschung, als die Kommission 2001 eine Mitteilung über das europäische Vertragsrecht veröffentlichte, die zum ersten Mal offen fragte, ob und wie die Gemeinschaft in der Zukunft mit dem Vertragsrecht in Europa umgehen sollte.⁵³

Die Mitteilung gibt einen zusammenfassenden Bericht über die bereits existierende Gesetzgebung sowie die Konventionen des Einheitsrechts und skizziert vier Möglichkeiten für zukünftige EG-Initiativen im Vertragsrecht. Während die erste Option keine gesonderten EG-Maßnahmen vorsieht, ist damit wohl eher ein „business as usual“ gemeint, also eine Fortführung der zersplitterten Gesetzgebung als Antwort auf die jeweiligen Bedürfnisse. Mit der zweiten Option

⁵¹ Siehe Entschließung v. 26.5.1989, ABl. EG 1989 C 158/400, und die Entschließung v. 6.5.1994, ABl. EG 1994 C 205/518.

⁵² Siehe z.B. das ehemalige Mitglied der Kommission BANGEMANN Martin, *Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union*, in: ZEuP 1994, 377, 378; ebenso der frühere Direktor für Rechtsangleichung SCHWARTZ Ivo, *Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der europäischen Gemeinschaft*, in: ZEuP 1994, 559, 570.

⁵³ KOM (2001) 398 fin., ABl. EG 2001 C 255/1.

schlägt die Kommission eine Förderung der Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze des Vertragsrechts vor, die zu einer Annäherung der nationalen Rechtsordnungen führen soll. Der dritte Weg zielt auf eine Verbesserung der Qualität der bereits bestehenden Rechtsvorschriften, was im Wesentlichen auf eine Konsolidierung von bestehenden Gesetzen hinausläuft, wie z.B. in einem EG-Verbrauchergesetzbuch. Als vierte Möglichkeit erwägt die Kommission den Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften auf EG-Ebene, die sowohl Bestimmungen zum allgemeinen Vertragsrecht als auch zu speziellen Vertragsarten enthalten können.

Die Mitteilung der Kommission hat eine Lawine von Diskussionen und mehr als 160 Reaktionen von Regierungen, Wirtschaft, Verbraucherverbänden, Rechtsanwälten und Rechtsgelehrten losgetreten.⁵⁴ Während die meisten von ihnen den Vorschlag eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts als futuristisch ansehen, haben doch viele Stimmen eine durchaus positive Einstellung zu einer konsistenten aktiven Vorgehensweise der Gemeinschaft in diesem Bereich. Die Wünsche des Europäischen Parlaments gehen weit darüber hinaus. In einer weiteren Resolution zur Annäherung des Zivil- und Wirtschaftsrechts der Mitgliedsstaaten hat es einen Aktionsplan vorgeschlagen, der ab 2010 die Ausarbeitung und Verabschiedung eines Regelwerks zum Vertragsrecht der Europäischen Union vorsieht.⁵⁵

Es ist unsicher und wohl nicht sehr wahrscheinlich, dass sich die Europäische Kommission dieser Sichtweise anschließt. Aber es gibt Meinungsäußerungen der Kommission, die auf eine Zustimmung zu einer Politik hindeuten, mit der Unterschiede in den nationalen Vertragsrechten beseitigt werden, die sich als Hindernisse für einen funktionierenden Binnenmarkt erwiesen haben. In einem neueren Bericht über den Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen hat die Kommission festgestellt, dass die durch die Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht in Gang gesetzten Konsultationen es ermög-

⁵⁴ Siehe <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html>.

⁵⁵ Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedsstaaten (KOM(2001)398), EP Document A 5-0384/2001 v. 15.11.2001.

licht haben, „zahlreiche Probleme für das Funktionieren des Binnenmarktes festzustellen, die aus den Rechtssystemen der Mitgliedsstaaten herrühren. Diese Schwierigkeiten betreffen auch die Dienstleistungen und insbesondere die Finanzdienstleistungen (besonders den Versicherungssektor).“⁵⁶

Ein „Aktionsplan“ der Kommission für eine „kohärentes europäisches Vertragsrecht“ geht noch weiter.⁵⁷ Er weist konkret auf Fälle unterschiedlicher Auslegung bestehender Rechtsakte hin und gibt zahlreiche Beispiele dafür, dass nationale vertragsrechtliche Vorschriften, z.B. im Versicherungsrecht den Binnenmarkt behindern. Insoweit müsse die sektorspezifische Gesetzgebung fortgeführt und vervollständigt werden. Darüber hinaus fordert die Kommission aber eine stärkere Kohärenz des gemeinschaftsrechtlichen *acquis* im Vertragsrecht. Sie soll durch die Ausarbeitung eines allgemeinen Bezugsrahmens erreicht werden, der nicht nur allgemeine Begriffe wie „Vertrag“ oder „Schaden“ definiert, sondern auch grundlegende Prinzipien des europäischen Vertragsrechts niederlegt. Die Kommission will ferner prüfen, ob es ein Bedürfnis für allgemeine, nicht sektorspezifische Vorschriften zum Vertragsrecht gibt, die gegebenenfalls als optionaler Rechtsakt auf der Grundlage jenes allgemeinen Bezugsrahmens eingeführt werden könnten.

Damit ist der rechtsvergleichenden Wissenschaft in Europa für die kommenden Jahre ein Programm gegeben. Zugleich ist den europäischen Rechtssystemen ein ehrgeiziges Ziel gesetzt, das sich nur in einem immer intensiveren paneuropäischen Gedankenaustausch wird erreichen lassen, an dem die Praxis von Recht und Wirtschaft beteiligt werden muss.

⁵⁶ Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen - Bericht im Rahmen der ersten Stufe der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, KOM (2002) 441 v. 30.7.2002, 39.

⁵⁷ KOM (2003) 68 endg. v. 12.2.2003.