

Eva-Maria Kieninger

Rechtstechniken zur Etablierung eines Europäischen Privatrechts

- I Vorbemerkung: „Europäisches Privatrecht“ als Ziel
- II Die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Privatrechte durch Richtlinien – ein Auslaufmodell?
 - 1 Verbrauchervertragsrecht: Mindestharmonisierung ohne Anerkennung
 - 2 Harmonisierungsrichtlinien auf anderen Gebieten des Privatrechts: Gesellschaftsrecht als Beispiel
- III Kollisionsrechtsvereinheitlichung statt Sachrechtsharmonisierung?
- IV Optionale Instrumente als Allheilmittel?
- V Soft-Law-Instrumente – Empfehlungen, Model Laws, Principles, „Gemeineuropäisches Privatrecht“
- VI Fazit: Mit welchen Mitteln und auf welchen Gebieten lässt sich was für ein „Europäisches Privatrecht“ erreichen?

I Vorbemerkung: „Europäisches Privatrecht“ als Ziel

Der von der Akademiekommission vorgegebene Titel des Beitrags könnte bei unbefangener Lektüre zu dem Schluss verleiten, das Europäische Privatrecht sei als Ziel gesetzgeberischer Aktivitäten einigermaßen klar definiert, und es ginge nur noch darum, auf welchem rechtstechnischen Wege man dieses Ziel am besten, schnellsten oder effizientesten erreichen könne. Tatsächlich aber liegt die Hauptschwierigkeit darin, einen Konsens über das herzustellen, was mit dem Ziel „Europäisches Privatrecht“ gemeint ist oder sein sollte. Wem es vorrangig darum geht, die gewachsenen nationalen Privatrechtsordnungen, insbesondere die Eigenarten des *Common Law* als Ausdruck der kulturellen Vielfalt Europas zu erhalten,¹ wird unter Europäischem Privatrecht etwas fundamental anderes verstehen als derjenige, der die Unterschiede zwischen den Vertrags-, Delikts- oder Sachenrechten der Mitgliedstaaten als Hemmnisse für die Verwirklichung des Binnenmarktes begreift.² Dieses Spannungsverhältnis hat seine Ursache im EU-Primärrecht selbst, denn einerseits verpflichtet sich die Union dazu, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, Art. 4 Abs. 2 EUV, und den Reichtum der kulturellen Vielfalt zu wahren, Art. 3 Abs. 3 EUV. Andererseits will sie ihren Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen bieten, Art. 3 Abs. 2 EUV, und einen Binnenmarkt errich-

¹ Vgl. PIERRE LEGRAND, *Antivonbar*, *Journal of Comparative Law* 1 (2006), S. 13.

² Vgl. JÜRGEN BASEDOW, *Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration*, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag*, 1996, S. 347; CHRISTIAN VON BAR/ULRICH DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, 2004, *passim*.

ten, Art. 3 Abs. 3 EUV. Ein Beispiel, an dem dieses Spannungsverhältnis besonders deutlich wird, ist das Namensrecht, das in der Tat als Ausdruck kultureller Vielfalt begriffen werden kann, jedenfalls eher als manches Detail des Schuld- oder Sachenrechts. Einem berühmten Rechtsstreit, der zweimal den EuGH beschäftigte,³ lag folgender Sachverhalt zugrunde: LEONHARD-MATTHIAS war das Kind von STEFAN GRUNKIN und DOROTHEA PAUL, beide deutsche Staatsangehörige, und lebte bei der Mutter in Dänemark. Dänisches Internationales Privatrecht (IPR) knüpft für das Namensrecht an den Wohnsitz des Namensträgers an, berief *in casu* also dänisches Recht zur Anwendung. Danach trug das Kind als Nachnamen den aus den Nachnamen der Eltern gebildeten Doppelnamen „GRUNKIN-PAUL“; dieser Name wurde auch in das dänische Geburtenregister eingetragen. Allerdings besuchte LEONHARD-MATTHIAS auch regelmäßig seinen in Deutschland wohnhaften und von der Mutter getrennt lebenden Vater und besaß aufgrund des *ius-sanguinis*-Prinzips (§ 4 Abs. 1 S. 1 StAG) die deutsche Staatsangehörigkeit, die wiederum nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB aus unserer Sicht allein entscheidend ist, selbst bei Doppelstaatern. Nach deutschem Recht, das durch Art. 10 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung berufen wird, hätte das Kind den Ehenamen der Eltern erhalten können; bei fehlendem Ehenamen den Namen der Mutter oder des Vaters, nicht aber – wie nach dänischem Recht – den Namen beider Eltern als Doppelnamen (vgl. §§ 1616 ff. BGB). Dennoch: Der EuGH verpflichtete die deutschen Behörden, etwa bei der Erteilung eines Kinderpasses, entgegen den deutschen Vorschriften den in Dänemark registrierten Namen anzuerkennen. Es sei eine ungerechtfertigte Einschränkung der Freizügigkeit eines Unionsbürgers, wenn er in seinem Aufenthaltsstaat, hier Dänemark, einen anderen Namen führen müsste als in dem Staat, dem er angehöre (Deutschland), da der Bürger im Umgang mit Behörden sonst stets erklären müsse, warum in seinem deutschen Ausweisdokument ein anderer Nachname verzeichnet sei als der, unter dem er im dänischen Geburtenregister eingetragen sei und den er tatsächlich führe. An diesem Fall wird das Spannungsverhältnis zwischen unterschiedlichen zivilrechtlichen Normen als Ausdruck unterschiedlicher Rechtskulturen (hier: Namensrecht) und der Personenfreizügigkeit bzw. der Unionsbürgerschaft als Teil des Binnenmarktes bzw. des Raums der Freiheit und des Rechts deutlich.

Bei dem Versuch, die Frage zu beantworten, welches Europäische Privatrecht mit welchen Rechtstechniken zu erreichen ist, muss neben den gerade skizzierten Unsicherheiten darüber, worin überhaupt das Ziel bestehen sollte, weiterhin beachtet werden, dass eine starke Interdependenz zwischen den eingesetzten Mitteln und den zu erreichenden Zielen besteht. Das lässt sich beispielhaft an der von MÜLLER-GRAFF geprägten Unterscheidung zwischen „Gemeinschaftsprivatrecht“ und „gemeineu-

³ EuGH vom 27.04.2006, Rs. C-96/04 (Standesamt Niebüll), Slg. 2006, I-3561; EuGH vom 14.10.2008, Rs. C-353/06 (Grunkin Paul II), Slg. 2008, I-7639.

ropäischem Privatrecht“⁴ erläutern: Versteht man unter Europäischem Privatrecht das Gemeinschaftsprivatrecht als supranationales, in den bzw. für die Mitgliedstaaten bindendes und der Rechtsprechung des EuGH unterworfenes Privatrecht,⁵ dann kommen als „Rechtstechniken“ zu seiner Herbeiführung nur Richtlinien und Verordnungen, unter bestimmten Voraussetzungen (Übertragung der Auslegungskompetenz durch gesondertes Protokoll auf den EuGH; Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten) eventuell noch Staatsverträge in Frage.

Greift man dagegen weiter aus und fasst unter Europäisches Privatrecht auch „gemeineuropäisches Privatrecht“,⁶ verstanden als Privatrechtsregeln, die sich mittels der Rechtsvergleichung als gemeinsamer Kern europäischer Privatrechtstradition herausdestillieren lassen, so kommen als Rechtstechniken zur Identifizierung dieses Bestandes auch und vor allem wissenschaftliche Projekte und hierauf fußendes *soft law* wie beispielsweise die Principles of European Contract Law in Betracht.

Da das Europäische Privatrecht mithin ein *moving target* ist, sollen im Folgenden – dem zgedachten Thema treu – zwar die verschiedenen „Rechtstechniken“ die Oberpunkte der Gliederung bilden, bei der Beleuchtung der verschiedenen Methoden soll jedoch die Frage, was jeweils mit dieser oder jener Maßnahme erreicht werden kann, das Zentrum der Betrachtung bilden. Der Illustration dienen neben dem bereits erwähnten GRUNKIN-PAUL-Fall drei weitere, fiktive Beispiele aus unterschiedlichen Bereichen des Zivilrechts, anhand derer gezeigt werden soll, welchen Beitrag die verschiedenen Rechtstechniken zur Lösung alltäglicher Problemfälle leisten können:

Fall 1: Ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland möchte seine Produkte im Wege des Direktmarketing an Verbraucher in der ganzen EU vertreiben und dabei eine einheitliche Widerrufsbelehrung und einheitliche AGB verwenden.

Fall 2: Eine Gesellschaft niederländischen Rechts verlegt ihren Verwaltungssitz aus den Niederlanden nach Deutschland.

Fall 3: Ein deutsch-französisches Ehepaar nimmt seinen ersten gemeinsamen Wohnsitz in Rom und zieht anschließend nach London um. Es will wissen, welche güterrechtlichen Konsequenzen eine Trennung oder Scheidung hätte.

Gemeinsam ist diesen Beispielen, dass die handelnden Personen genau das zu tun beabsichtigen, was ihnen nach dem EU-Primärrecht garantiert ist: Sie wollen über Binnengrenzen hinweg Waren austauschen oder von der Freizügigkeit Gebrauch machen. Idealerweise sollte das in Europa geltende Privatrecht so beschaffen sein,

⁴ Vgl. PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: ders./Manfred Zuleeg (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Bodo Börner, 1987, S. 17.

⁵ Vgl. PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Das Gemeinschaftsprivatrecht der Europäischen Union, GPR 2011, S. 274, 276.

⁶ Vgl. HEIN KÖTZ, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Herbert Bernstein/Ulrich Drobniig/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 481.

dass den betroffenen Personen bei diesen Aktivitäten keine (unnötigen) Steine in den Weg gelegt werden, ohne dass deshalb die Eigenständigkeit der nationalen Privatrechtsordnungen über Gebühr angetastet wird. Eine provisorische, funktionale Definition von Europäischem Privatrecht, die den weiteren Überlegungen zugrunde gelegt werden soll, lautet damit: Das in der EU geltende Privatrecht, gleich ob Unionsprivatrecht oder mitgliedstaatliches Privatrecht, ob materielles Recht, Rechtsanwendungsrecht (IPR) oder Prozessrecht (IZVR), sollte so beschaffen sein, dass die Entfaltung von grenzüberschreitenden persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Unionsbürgern und den in der Union ansässigen Unternehmen vom Recht möglichst unterstützt und nicht behindert wird.

II Die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Privatrechte durch Richtlinien – ein Auslaufmodell?

1 Verbrauchervertragsrecht: Mindestharmonisierung ohne Anerkennung

Die in der Praxis des Unionsgesetzgebers bislang weithin dominierende Rechtstechnik ist die mindestharmonisierende Richtlinie, gestützt auf die Binnenmarktcompetenz des Art. 114 AEUV (ex Art. 95 EGV). Auf das Vertragsrecht, vor allem das Verbrauchervertragsrecht, das bisher die Domäne dieser Rechtstechnik ist, passt sie allerdings von ihrem Grundansatz nicht:

Ihren Ursprung hat die Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV in der durch Cassis de Dijon ausgelösten „neuen Strategie“ des Binnenmarkt-Weißbuchs von 1985:⁷ Statt sicherheitstechnische, lebensmittel- oder kennzeichnungsrechtliche Anforderungen an Waren und Dienstleistungen flächendeckend zu vereinheitlichen, um deren grenzüberschreitende Vermarktung zu ermöglichen, entschloss man sich, dort, wo zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (vor allem Gesundheits- und Verbraucherschutz) eine gegenseitige Anerkennung verhinderten, Mindestanforderungen zu harmonisieren und hinsichtlich der darüber hinaus gehenden Anforderungen

7 „Vollendung des Binnenmarkts“, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat (Mailand, den 28./29.06.1985), EG-Dokument KOM (85) 310 endg. vom 14.06.1985, Rn. 57 ff. und 61 ff.; näher dazu JÜRGEN BASEDOW, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, RabelsZ 1995, S. 1, 3 f.; DERS., Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, in: Anton K. Schnyder/Helmut Heiss/Bernhard Rudisch (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht, 1998, S. 11, 17 f.; RUDOLF STREINZ, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 1997, S. 9, 10 ff.; JOCHEN TAUPITZ, Europäische Privatrechtsangleichung heute und morgen, 1993, S. 57 ff.

die Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anerkennung nach dem Herkunftslandprinzip zu verpflichten. Die Angleichung der Mindestanforderungen etwa in puncto Produktsicherheit sollte selbstverständlich nicht nur die für den Export in andere Mitgliedstaaten bestimmten Produkte betreffen, sondern für alle in der EU hergestellten und vertriebenen Produkte gelten, gleichgültig ob sie schließlich im eigenen Land oder in einem anderen Mitgliedstaat vermarktet wurden. Wenn einzelne Mitgliedstaaten der Auffassung waren, dass ihnen die Mindeststandards nicht genügten, konnten sie von den im Inland ansässigen Herstellern höhere Standards verlangen; allerdings blieben sie verpflichtet, ausländische Produkte ins Land zu lassen, auch wenn diese nur den Mindeststandards genügten.

Dieses Konzept übertrug man auch auf das Schuldrecht, insbesondere auf das Verbrauchervertragsrecht. Seit 1985 hat die EU zahlreiche Richtlinien erlassen, die einzelne vertragsrechtliche Themen von „A“ wie AGB-Kontrolle⁸ bis „Z“ wie Zahlungsverzug⁹ mindestharmonisiert haben.¹⁰ Den vorläufigen Schlusspunkt bilden die „halbharmonisierende“¹¹ Verbraucherrechterichtlinie vom 25. Oktober 2011¹² und die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge vom 4. Februar 2014.¹³ Zwei Punkte machen die Übertragung des Konzepts Mindestharmonisierung plus Anerkennung auf das Verbrauchervertragsrecht fragwürdig:

Ebenso wie die zuvor erwähnten Harmonisierungsrichtlinien auf technischem oder kennzeichnungsrechtlichem Gebiet wurden auch die Vertragsrechtsrichtlinien so angelegt, dass nicht nur grenzüberschreitende Transaktionen, sondern schlechthin alle, auch rein nationale Verträge erfasst wurden. Gerade bei den Verbraucherverträgen überwiegt jedoch der Anteil der innerstaatlichen Vertragsschlüsse (der dadurch definiert werden kann, dass beide Parteien ihren Sitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt im selben Mitgliedstaat haben) die grenzüberschreitenden Transaktionen bei Weitem. Der entscheidende Unterschied zu den Produktregulierungen, die ursprünglich Gegenstand der „neuen Strategie“ waren, liegt darin, dass bei ihnen

8 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 1993/95, S. 29 (abgeändert durch die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. L 2011/304, S. 64).

9 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 2011/48, S. 1.

10 Vgl. u.a. die Gesamtdarstellungen in BETTINA HEIDERHOFF, *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl. 2012, S. 255-269; KARL RIESENHUBER, *EU-Vertragsrecht*, 2013, S. 8 ff., 48 f.; FRANZ JÜRGEN SÄCKER, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Einl. Rn. 231 ff.

11 NORBERT REICH, *Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“*, *Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten*, ZEuP 2010, S. 7.

12 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 2011/304, S. 64.

13 Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.02.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge, ABl. L 2014/60, S. 34.

der Konsument mit ausländischem Recht, z.B. Vorschriften über die Zusammensetzung von Bier oder die Produktsicherheit von Kinderspielzeug, schon dadurch in Berührung kommt, dass er ein im Ausland hergestelltes Produkt kauft, auch wenn der Erwerb im Inland stattfindet. Dagegen ist derselbe Konsument mit ausländischem *Vertragsrecht* bei einem im Inland mit einem inländischen Verkäufer abgeschlossenen Vertrag von vornherein nicht konfrontiert. Während es also unmittelbar einleuchtet, dass ein Gemeinsamer Markt für Bier oder Kinderspielzeug gemeinsame Mindeststandards im Bereich des Lebensmittelrechts und der Produktsicherheit braucht, erscheint es weniger selbstverständlich, dass die Gewährleistungsrechte eines französischen Verbrauchers, der in einem französischen Supermarkt ein Produkt erwirbt, denselben (Mindest-)Vorschriften unterliegen sollen wie diejenigen eines deutschen oder polnischen Verbrauchers, der an seinem deutschen oder polnischen Wohnort einkauft. Selbstverständlich sollen Verbraucher ermuntert werden, auch grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen zu beziehen – aber müssen quasi als Kollateralschaden in 28 Mitgliedstaaten dieselben vertragsrechtlichen Standards gelten, egal ob der Vertrag nationalen oder grenzüberschreitenden Charakter hat?¹⁴ Es nimmt nicht wunder, dass die Kompetenz der EU zur Privatrechtsangleichung zunehmend in Zweifel gezogen wird.¹⁵ Andererseits ist zuzugestehen, dass viele der Verbraucherschutzinstrumente, die durch die Richtlinien Eingang in das nationale Recht gefunden haben, inhaltlich durchaus Zustimmung verdienen. Aber solche Maßnahmen müssten, wenn sie nicht oder nur ganz am Rande dem Binnenmarktziel dienen, richtigerweise auf eine originäre Verbraucherschutzkompetenz gestützt werden, die die Union bislang nicht hat,¹⁶ nicht aber auf die Binnenmarktcompetenz.

14 Aus Verbraucherschutzperspektive wird mit derselben Begründung die Vollharmonisierung des Verbrauchervertragsrechts nach dem ursprünglichen Vorschlag der EU-Kommission für eine Verbraucherrechterichtlinie kritisiert, vgl. REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 9; die Mindestharmonisierung ermöglichte dagegen einen „positiven Wettbewerb der Rechtsordnungen“. Der Wettbewerb könnte sich indes sehr viel umfassender entfalten, wenn es keinerlei Harmonisierung des Verbrauchervertragsrechts gäbe, vgl. etwa ROGER VAN DEN BERGH, *Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law*, MJ 5 (1998), S. 129.

15 Vgl. etwa MARKUS LUDWIGS, *Verwirklichung des Binnenmarkts durch ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“?*, EuZW 2012, S. 608, 609 ff.; VERENA LERM, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie im Widerspruch zur Kompetenzordnung des europäischen Primärrechts*, GPR 2012, S. 166, 168 ff.; ebenso bereits STEPHEN WEATHERILL, *The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, ERCL 2006, S. 136; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Ein Schuldvertragsrecht für Europa?*, RabelsZ 1996, S. 72, 79 ff.

16 Art. 114 Abs. 3 AEUV verpflichtet zwar die Kommission, bei ihren Vorschlägen nach Abs. 1 „in den Bereichen [...] Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau“ auszugehen, Ziel des Vorschlags muss aber stets die Förderung des Binnenmarkts sein. Auch Art. 169 AEUV ist keine originäre Verbraucherschutzkompetenz, denn nach Abs. 2 lit. a bleibt vorausgesetzt, dass die Union zur Förderung des Binnenmarkts nach Art. 114 AEUV tätig wird. Nur in diesem Rahmen ist sie verpflichtet, auch einen Beitrag zu einem hohen Verbraucherschutzniveau zu leisten. Vgl. im Einzelnen SEBASTIAN KREBBER, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar*, 4. Aufl. 2011, Art. 169 AEUV Rn. 12 ff. Eine Rechtssetzungskompetenz unabhängig vom Binnenmarktziel hat die Union lediglich

Hinzu kommt, zweitens, dass es bei der Verbrauchervertragsrechtsharmonisierung an der gegenseitigen Anerkennung fehlt: Gegenseitige Anerkennung hieße, dass man als Verbraucher das ausländische Vertragsrecht anderer Mitgliedstaaten zu akzeptieren hätte, weil überall dieselben Mindeststandards gelten. Tatsächlich ist das aber aufgrund des europäischen IPR gerade nicht der Fall: Nach Art. 6 der Rom I Verordnung (Rom I-VO)¹⁷ ist auf grenzüberschreitende Verbraucherverträge das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers anzuwenden, sofern der Unternehmer seine Tätigkeit (auch) auf den Mitgliedstaat „ausgerichtet“ hat, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dieser kollisionsrechtliche Verbraucherschutz und damit die Versagung des Anerkennungsprinzips ist durch die Rom I-VO und durch die Rechtsprechung des EuGH zur Parallelvorschrift des Art. 15 EuGVVO im Vergleich zum ursprünglichen Art. 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens¹⁸ beträchtlich ausgeweitet worden. Nach der früheren Rechtslage wurde nur der „passive“ Verbraucher geschützt, also derjenige, der den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts nicht verlässt und „von zu Hause aus“, veranlasst durch eine Tätigkeit des Unternehmers im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers, einen grenzüberschreitenden Vertrag schließt. Inzwischen gilt die IPR-Vorschrift nicht nur grundsätzlich für alle Verbraucherverträge, gleich welchen Inhalts,¹⁹ sie gilt nach der EuGH-Rechtsprechung²⁰ insbesondere auch für sogenannte „aktive“ Verbraucher, die *selbst* den

gem. Art. 169 Abs. 2 lit. b i.V.m. Abs. 3 und Abs. 4 AEUV. Danach leistet die Union einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus durch „Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten“. Die Einführung völlig neuer Verbraucherschutzregeln ist davon nicht gedeckt. Im Übrigen können auf dieser Grundlage nur Mindeststandards gesetzt werden (Art. 169 Abs. 4 S. 1 AEUV). Vgl. zum Ganzen auch RIESENHUBER (Anm. 10), Rn. 27 ff.

17 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 2008/177, S. 6.

18 Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980, ABl. L 1980/266, S. 1, konsolidierte Fassung ABl. C 1998/27, S. 34.

19 Ausgenommen sind nach Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO lediglich Dienstleistungen, die ausschließlich in einem anderen Staat als dem des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers erbracht werden, Beförderungsverträge, Verträge über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen sowie bestimmte Finanzdienstleistungen.

20 Vgl. zuletzt EuGH vom 17.10.2013, Rs. C-218/12 (Lokan Emrek v. Vlado Sabranovic), NJW 2013, S. 3504; dazu GIESELA RÜHL, Kausalität zwischen ausgerichteter Tätigkeit und Vertragsschluss, IPRax 2014, S. 41; FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA, El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo, La Ley 2014/11, S. 5 ff.; siehe zum Ganzen auch EVA-MARIA KIENINGER, Grenzenloser Verbraucherschutz?, in: Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, 2014, S. 449. Die Rechtsprechung des EuGH bezieht sich zwar auf Art. 15 ff. EuGVVO (Verordnung [EG] Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000, ABl. EG 2001 Nr. L 12, S. 1, jetzt inhaltsgleich Art. 17 ff. VO Nr. 1215/2012), ist aber aufgrund des vom Europäischen Gesetzgeber geforderten Auslegungszusammenhangs zwischen der Rom I-VO und der EuGVVO (vgl. Rom I-VO, Erwägungsgrund 7) auch auf das gleichlautende Kriterium in Art. 6 Rom I-VO übertragbar. Der einzige wichtige Unterschied besteht darin, dass Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO Dienstleistungsverträge, bei denen die Leistungen ausschließ-

Unternehmer im Ausland aufsuchen und dort einen Vertrag schließen, wenn nur der Unternehmer auf irgendeine Weise, und sei es auch nur durch die Angabe einer Telefonnummer mit internationaler Vorwahl auf einer Internetwerbeseite, zu erkennen gegeben hat, dass er grundsätzlich auch mit ausländischen Verbrauchern Verträge abschließen würde. Dabei muss zwischen der Werbung und dem konkreten Vertragsschluss nicht einmal ein Kausalzusammenhang existieren. Damit hat der EuGH das einschränkende Kriterium des „Ausrichtens“ quasi weginterpretiert; auf alle grenzüberschreitenden Verbraucherverträge, die nicht von Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO ausgenommen sind, ist letztlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers anzuwenden, auch im Fall einer anderslautenden Rechtswahl (vgl. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO).²¹ Das bedeutet für den Unternehmer, dass er sich bei einem Vertragsschluss mit einem im Ausland ansässigen Verbraucher stets auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers einstellen muss, selbst wenn der Vertrag am Sitz des Unternehmers geschlossen wird. Gemeinsam mit dem Prinzip der Mindestharmonisierung führt dies dazu, dass der Unternehmer sich gerade *nicht* darauf verlassen kann, dass die an seinem eigenen Sitz geltenden Vorschriften anwendbar sind, auch wenn diese den Mindeststandards der Richtlinie genügen; vielmehr muss er sich über die Umsetzungsbestimmungen im Mitgliedstaat des Verbrauchers informieren.²²

Im eingangs geschilderten Beispiel 1 hat die fehlende Anerkennung für das Unternehmen zur Folge, dass trotz der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln aus dem Jahr 1993 keine unionsweite Verwendung einheitlicher AGB und einheitlicher Widerrufsbelehrungen möglich ist. Der Unternehmer wird nicht umhin kommen, die 28 Umsetzungsgesetze, vor allem aber die Rechtsprechung, die im AGB-Recht wegen der Generalklauseln (vgl. Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG bzw. § 307 BGB) von herausragender Bedeutung ist, zu Rate zu ziehen, will er nicht Gefahr laufen, unwirksame AGB zu verwenden.

Zwei Lösungswege kommen grundsätzlich in Frage: Erstens der Übergang von der Mindest- zur Vollharmonisierung.²³ Bei technisch einfachen und rechtspolitisch wenig umstrittenen Fragen, wie etwa der Gestaltung der Widerrufsbelehrung oder der Länge der Widerrufsfrist, kann das gelingen und ist es auch tatsächlich gelungen, vgl. die Verbraucherrechterichtlinie, die grundsätzlich eine Vollharmonisierung herbeiführt, vgl. Art. 4. Seit Juli 2014 beträgt die Widerrufsfrist im Fernabsatz und bei Haus-

lich außerhalb des Staates erbracht werden, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ausnimmt. Eine solche Ausnahme fehlt in Art. 15 ff. EuGVVO.

21 Die von REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 18 f. geäußerte Kritik an Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO und dem dort (ebenso wie bereits in Art. 5 EVÜ) verankerten Günstigkeitsprinzip geht fehl. Eine wesentliche „Entschärfung“ des Verbraucherlandprinzips ist nicht zu erkennen, wenn sich auch bei einer Rechtswahl die dem Verbraucher günstigeren, intern zwingenden Vorschriften seines Aufenthaltsstaats gegenüber dem gewählten Recht durchsetzen.

22 Aus diesem Grund ebenfalls an der Kompetenz der EU zur Mindestharmonisierung zweifelnd RIESENHUBER (Anm. 10), S. 54. Vgl. zum Ganzen auch REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 9 m.w.N.

23 Vgl. RIESENHUBER (Anm. 10), S. 54.

türgeschäften unionsweit einheitlich 14 Tage. Hier kann es dem Unternehmer also künftig gleichgültig sein, welches mitgliedstaatliche Recht aufgrund von Art. 6 Rom I-VO anwendbar ist, denn alle Vorschriften müssen hinsichtlich der Fristlänge denselben Inhalt haben. Anders sieht es dagegen in Bereichen aus, die entweder rechtspolitisch umstrittener sind, wie etwa die Frage, ob dem Konsumenten bei mangelhafter Ware ein Wahlrecht zwischen Nacherfüllung und sofortigem Rücktritt zustehen oder der Verkäufer zunächst ein Recht zur zweiten Andienung haben soll,²⁴ oder in Bereichen, die aufgrund der betroffenen Rechtsmaterie einer abschließenden, vollharmonisierenden Regelung ohne gleichzeitige Vereinheitlichung weiter Teile des Vertragsrechts nicht zugänglich sind. Ein Beispiel sind die vielgestaltigen vorvertraglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Informationspflichten, die nicht nur auf den durch die Verbraucherrichtlinien eingeführten Pflichtenkatalogen²⁵ beruhen, sondern in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auch aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen wie Treu und Glauben, und (vor-)vertraglichen Schutzpflichten entwickelt worden sind.²⁶ Deren Geltung kann selbstredend nicht durch einen vollharmonisierenden Federstrich des EU-Gesetzgebers beseitigt werden.²⁷ Ein anderes Beispiel ist die Inhaltskontrolle missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Maßstab der AGB-Kontrolle ist neben der allgemeinen Formel, dass der Verwender den Vertragspartner nicht entgegen Treu und Glauben ungerechtfertigt benachteiligen darf, das dispositive Gesetzesrecht. Gleichgültig, ob dies explizit ausgesprochen wird (wie in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder nicht (Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG), ist das, was ohne die formularmäßige Vereinbarung von Gesetzes wegen gelten würde, der Hintergrund, vor dem allein eine Beurteilung der Klausel möglich ist.²⁸ Es liegt damit auf der Hand, dass sich erstens der Gerichtshof schwer tut, den mitgliedstaatlichen Gerichten aussagekräftige Konkretisierungen der Generalklausel mit auf den Weg zu

²⁴ Vgl. dazu REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 31 f.; PETER ROTT/EVELYNE TERRY, The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, ZEuP 2009, S. 456, 478 ff.

²⁵ Seit dem 13.06.2014 umgesetzt durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 (BGBl. I, S. 3642), das Art. 246 EGBGB umfassend novelliert.

²⁶ Siehe zu den Unterschieden zwischen den Verpflichtungen zur standardisierten Information und den stärker individuell und vertragsspezifisch ausgerichteten Aufklärungs- und Beratungspflichten FLORIAN FAUST/HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen, in: Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Revision des Verbraucher-*acquis*, 2011, S. 193. Zur Herleitung von Aufklärungspflichten aus allgemeinen Rechtsprinzipien vgl. GEBHARD M. REHM, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003, *passim*; eine umfassende rechtshistorische, rechtsökonomische und rechtsvergleichende Bestandsaufnahme und Analyse allgemeiner Informations- und Aufklärungspflichten und ihrer Zielsetzungen liefert HOLGER FLEISCHER, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001.

²⁷ Ebenso REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 29.

²⁸ Vgl. auch EuGH vom 14.03.2013, C-415/11 (Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa), EuZW 2013, S. 464, 468 Rn. 68.

geben, wo nicht der Richtlinienanhang den Weg weist,²⁹ und dass zweitens die Einbeziehung der AGB-Richtlinie in die (jedenfalls teilweise) vollharmonisierende Verbraucherrechtlinie gescheitert ist. Ohne eine weitreichende Harmonisierung des dispositiven Vertragsrechts ist eine Vollharmonisierung der AGB-Kontrolle eine Utopie.³⁰ Festzuhalten ist damit, dass die Vollharmonisierung als Lösung flächendeckend für das Verbrauchervertragsrecht als Ganzes nicht in Betracht kommt.

Der zweite Lösungsweg, der die unionsweite Vermarktung von Waren und Dienstleistungen unter Zugrundelegung identischer Vertragsmuster ermöglichen würde, wäre eine Reform des Verbraucher-IPR, oder mit anderen Worten: die Durchsetzung des Anerkennungsprinzips. Wie im *Business-to-Business* (B2B)-Bereich auch, könnte dann der Unternehmer das anwendbare Recht frei wählen, unter Beachtung nur noch der international zwingenden Vorschriften sowie des zwingenden, harmonisierten Verbraucherrechts (Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO). Eine solche grundlegende Abschaffung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes wäre (anders als eine Rücknahme der überzogenen EuGH-Rechtsprechung durch den EU-Gesetzgeber³¹) allerdings nicht nur rechtspolitisch unrealistisch, sondern auch inhaltlich falsch.³² Es geht hier nicht nur um kleinere oder größere Abweichungen im Schutzniveau des materiellen Rechts, sondern vor allem um einen Beitrag zu einem besseren Zugang des Verbrauchers zum Recht („*access to justice*“). Es ist für einen Verbraucher, wenn er sich überhaupt daran macht, seine Rechte in die Hand zu nehmen, wesentlich einfacher, zeit- und kostengünstiger, den Inhalt des eigenen Rechts in Erfahrung zu bringen, als dieselben Fragen auf der Basis einer ausländischen Rechtsordnung klären zu lassen. Eine entscheidende Rolle spielt darüber hinaus die internationale Zuständigkeit. Auf Grund von Art. 15 ff. EuGVVO und der bereits oben referierten, äußerst verbraucherfreundlichen Rechtsprechung des EuGH³³ können Verbraucher bei grenzüberschreitenden Verträgen fast immer an ihrem Wohnsitz klagen und vom Unternehmer nur an ihrem Wohnsitz verklagt werden. Gerade bei den üblicherweise geringen Streitwerten wäre es aber äußerst ineffizient, wenn die Gerichte ausländisches Recht anwenden müss-

²⁹ Vgl. einerseits die Entscheidung Freiburger Kommunalbauten (EuGH vom 01.04.2004, Rs. C-237/02, Slg. 2004, I-3403), in der das Gericht dem vorlegenden BGH keine Hinweise für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel in einem Bürgschaftsvertrag mit auf den Weg geben konnte, und andererseits das Urteil *Océano Grupo* (EuGH vom 27.06.2000, verbundene Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4941), in dem der Gerichtshof die Missbräuchlichkeit der streitgegenständlichen Klausel ohne Umschweife aus Nr. 1 lit. q des Anhangs zur AGB-Richtlinie ableitete.

³⁰ Vgl. EVA-MARIA KIENINGER, Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Utopie?, *RabelsZ* 2009, S. 792.

³¹ Vgl. oben Anm. 20.

³² STEFAN LEIBLE, Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, in: ders. (Hrsg.), *Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht*, 2004, S. 133 ff.; a.A. GRALF-PETER CALLIESS, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, 2006, S. 139.

³³ Vgl. oben Anm. 20.

ten.³⁴ Auch deshalb wird an dem Grundsatz, dass Verbraucherverträge dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers unterstehen, in Zukunft nicht gerüttelt werden.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die existierende, immer noch überwiegend auf dem Prinzip der Mindestharmonisierung fußende europäische Gesetzgebung nur aus der Perspektive des materiellen Verbraucherschutzes ein Erfolg ist: Das Schutzniveau wurde im Vergleich zum autonomen Recht vielfach angehoben, ohne jedoch den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu nehmen, noch schärfere Schutzbestimmungen einzuführen oder beizubehalten. Gleichzeitig garantiert das Kollisionsrecht, dass auch bei grenzüberschreitenden Vertragsschlüssen das gegebenenfalls strengere Heimatrecht des Verbrauchers die Messlatte bildet, die nicht unterschritten werden darf. Kritikwürdig ist aber aus unternehmerischer Perspektive, dass die Erwartungen an einen Binnenmarkt als einheitlichen Wirtschaftsraum nicht erfüllt worden sind: Trotz weitreichender und detaillierter Harmonisierung kann sich der Unternehmer im *Business-to-Consumer* (B2C)-Verkehr bei seiner Vertrags- und Preisgestaltung, die beispielsweise kostenträchtige Gewährleistungsrechte berücksichtigen muss, nicht auf die Rechtslage in seinem Sitzland verlassen, sondern muss mit der Anwendung unterschiedlicher Umsetzungsvarianten und Schutzniveaus in den Zielstaaten rechnen. In der Begründung zum Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts führt die EU-Kommission Belege dafür an, dass dieser Rechtszustand gerade Kleine und Mittlere Unternehmen (KMU) daran hindere, sich grenzüberschreitend zu betätigen.³⁵ Die Mindestharmonisierung im Verbrauchervertragsrecht geht damit einerseits über das Binnenmarktziel hinaus, indem sie auch rein nationale Vertragsschlüsse erfasst, sie erreicht es andererseits aber aus unternehmerischer Perspektive wegen der mangelnden Anerkennung nicht. Die stereotype Begründung, die Harmonisierung fördere den „passiven“ Waren- und Dienstleistungsverkehr, indem Verbraucher ermuntert würden, grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen zu beziehen,³⁶ übersieht, dass ein ausländisches, gegebenenfalls unharmonisiert-

34 Nach Erwägungsgrund 7 Rom I-VO sollen die Vorschriften der Art. 6 Rom I VO und Art. 15 ff. EuGVVO parallel ausgelegt werden, so dass die Gerichte möglichst ihr eigenes Recht anwenden. Dem entspricht im Ergebnis auch Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO, der bei Wahl eines drittstaatlichen Rechts die Umsetzungsvorschriften der *lex fori* zur Anwendung beruft. Dass der Amtsermittlungsgrundsatz hinsichtlich des ausländischen Rechts keine Lösung ist, da die damit verbundenen Sachverständigenkosten letztlich von den Parteien zu tragen sind, übersieht CALLIERS (Anm. 32). Im Übrigen gilt weder der Amtsermittlungsgrundsatz in Bezug auf ausländisches Recht noch die zwingende Anwendung des IPR in allen Mitgliedstaaten der EU, vgl. nur CLEMENS TRAUTMANN, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren, 2011, *passim*.

35 Vorschlag der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.; dies konzidiert auch REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 10.

36 Vgl. Schlussanträge GA TRSTENJAK vom 15.11.2007, Rs. C-404/06 (Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände), Rn. 53; zustimmend REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 9 (Fn. 9).

tes Recht gar nicht (mehr) zur Anwendung kommen kann, seitdem Art. 6 Rom I-VO praktisch alle grenzüberschreitenden Verbraucherverträge erfasst (mit Ausnahme der ausschließlich außerhalb des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers zu erfüllenden Dienstleistungsverträge) und dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers unterwirft. Mehr Ermunterung für den passiven Waren- und Dienstleistungsverkehr, als dass stets das Recht des Verbrauchers Anwendung findet, ist kaum mehr vorstellbar. Dass der EuGH mit seiner jüngsten, ausufernden Rechtsprechung zu Art. 15 ff. EuGVVO das kompetenzrechtliche Fundament der Rechtsangleichung im Verbrauchervertragsrecht gleichsam unterminiert, scheinen die europäischen Institutionen bislang nicht wahrzunehmen.

Da gleichwohl eine grundsätzliche Abkehr von der Geltung des Sitzlandrechts des Verbrauchers bzw. der internationalen Zuständigkeit der Gerichte im Mitgliedstaat des Verbraucherwohnsitzes nicht in Betracht kommt, könnte nur die Vollharmonisierung Abhilfe leisten. Sie stößt aber, wie die Geschichte der Verbraucherrechtlinie zeigt, auf erheblichen politischen Widerstand. Der einzige derzeit gangbare Weg scheint damit die „targeted harmonisation“³⁷ oder „Halbharmonisierung“³⁸ zu sein, wie sie von den beiden jüngsten Richtlinien³⁹ beschritten wird.

2 Harmonisierungsrichtlinien auf anderen Gebieten des Privatrechts: Gesellschaftsrecht als Beispiel

Der EU-Gesetzgeber ist in den vergangenen 30 Jahren selbstredend auch auf anderen Gebieten des Privatrechts harmonisierend tätig geworden, vor allem im Produkthaftungsrecht, im Gesellschaftsrecht, im Recht des unlauteren Wettbewerbs und im Immaterialgüterrecht. Ohne dass dieser Beitrag auf alle diese Gebiete im Einzelnen eingehen könnte, ist zu betonen, dass die vorher geäußerte Kritik sich nicht pauschal gegen jede Privatrechtsangleichung richtet. Ein erfolgreiches Beispiel ist das Gesellschaftsrecht, in dem die EU, gestützt auf die spezielle gesellschaftsrechtliche Kompetenznorm des Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV (= ex Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV), mittlerweile insgesamt elf Angleichungsrichtlinien erlassen hat.⁴⁰ Anders als im Verbraucherrecht hat die Harmonisierung hier tatsächlich, wenn auch mit einiger Verzögerung und nach Überwindung erheblicher Widerstände, zur grenzüberschreitenden Anerkennung ausländischer Gesellschaften, zur grundsätzlichen Anwendung des Grün-

³⁷ Vgl. VIVIANE REDING, An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers' protection and helping businesses, European Consumer Day, Madrid, 15.03.2010, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-91_en.htm (letzter Zugriff: 12.02.2014).

³⁸ REICH (Anm. 11), ZEuP 2010, S. 7.

³⁹ Siehe Anm. 12 und 13.

⁴⁰ Vgl. die Übersichten in MARCUS LUTTER/WALTER BAYER/JESSICA SCHMIDT, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012; MATHIAS HABERSACK/DIRK A. VERSE, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011; STEFAN GRUNDMANN, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011.

dungsrechts und damit zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit geführt.⁴¹ In der berühmten Centros-Entscheidung⁴² hatte der EuGH die Frage zu entscheiden, ob eine englische Briefkastengesellschaft, die nicht in England, sondern in Dänemark tätig werden sollte, ohne allerdings den strengeren Mindestkapitalanforderungen des dänischen Rechts zu entsprechen, gleichwohl als wirksam anzuerkennen sei. Der Einwand lautete, die Gläubiger, die sich mehrheitlich in Dänemark, am Realsitz, befinden würden, könnten gefährdet sein, wenn tatsächlich auf Mindestkapital und Haftungsverfassung das laxere englische Recht angewendet würde. Dem hielt der EuGH die harmonisierten Publizitätsvorschriften entgegen: Die Gläubiger könnten sich aufgrund der überall vergleichbar ausgestalteten Publizitätsanforderungen darüber informieren, dass die Gesellschaft, mit der sie kontrahieren wollten, nach englischem und eben nicht nach dänischem Recht gegründet sei. Daher geschehe ihnen kein Unrecht, wenn sich die Kapitalausstattung und Haftungsverfassung auch nach englischem Recht richten würden. Andere gesellschaftsrechtsangleichende Richtlinien und Richtlinienprojekte betreffen unmittelbar die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit, so die 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Fusion⁴³ sowie die einstweilen auf Eis gelegte, aber demnächst hoffentlich wiederbelebte 14. Richtlinie über die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung.⁴⁴ Materielle Rechtsangleichung als Mittel zur Errichtung des Binnenmarkts, der wiederum definiert ist durch die Verwirklichung der Grundfreiheiten, ist damit im Gesellschaftsrecht besser gelungen als im Verbrauchervertragsrecht, was freilich nicht heißen soll, dass nicht auch das Gesellschafts-IPR der Weiterentwicklung und insbesondere der Kodifikation auf europäischer Ebene bedürfe.⁴⁵ Der eingangs als Fall 2 geschilderte Beschluss, den Verwaltungssitz einer niederländischen Kapitalgesellschaft nach Deutschland zu verle-

41 Siehe die ausführliche Darstellung des aktuellen Rechtsstands bei DIRK A. VERSE, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, S. 458.

42 EuGH vom 09.03.1999, Rs. C-212/97 (Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), Slg. 1999, I-1459.

43 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (ABl. L 2005/310, S. 1).

44 Vorentwurf für eine 14. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vom 22.04.1997, abgedruckt in ZIP 1997, S. 1721 ff., vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 02.02.2012 mit Empfehlungen an die Kommission zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlegung von Unternehmenssitzen, ABl. C 239 E, S. 18.

45 Vgl. jüngst HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *État de droit, construction européenne et droit des sociétés*, Revue critique de droit international privé 2013, S. 101; EVA-MARIA KIENINGER, *The Law Applicable to Corporations in the EC*, *RabelsZ* 2009, S. 607. Umfassende Vorschläge und Gutachten des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht in: HANS JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, 2007, *passim*.

gen, ist heute – anders als vor zehn bis fünfzehn Jahren⁴⁶ – weder nichtig, noch führt er zur Liquidation der Gesellschaft, noch müssen sich die Gesellschafter anschließend nach deutschem Recht als Gesellschafter einer OHG behandeln lassen mit der Konsequenz der unbeschränkten persönlichen Haftung.⁴⁷ Vielmehr existiert die B.V. fort und untersteht auch weiterhin mit allen gesellschaftsrechtlichen Aspekten dem niederländischen Recht. Insoweit ist heute die Niederlassungsfreiheit verwirklicht, primär mithilfe des durch das Gemeinschaftsrecht geprägten IPR, jedoch ermöglicht und unterstützt durch die gesellschaftsrechtliche Harmonisierung.

III Kollisionsrechtsvereinheitlichung statt Sachrechtsharmonisierung?

Als die EWG gegründet wurde, waren das IPR und das Recht der Internationalen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung (IZVR) von einigen punktuellen Abkommen abgesehen unvereinheitlicht. Das hatte zur Folge, dass die Parteien einer grenzüberschreitenden Transaktion weder sicher vorhersehen konnten, welche Gerichte im Streitfall zur Entscheidung berufen sein würden, noch – da dies von der internationalen Zuständigkeit abhängt – welches Kollisionsrecht das Gericht anwenden würde, noch – da dies wiederum vom (damals noch nationalen) Kollisionsrecht abhängt – welches materielle Recht das Gericht letztlich auf den Streitfall anwenden würde. Zudem war unsicher, ob ein schließlich erstrittenes Urteil außerhalb des Gerichtstaats anerkannt und vollstreckt werden würde.

Die Problematik des unvereinheitlichten IZVR und IPR lässt sich am eingangs genannten Beispiel 3 zeigen, denn im Bereich der ehelichen Güterstände gibt es bislang nur Vorschläge der EU-Kommission,⁴⁸ deren weiteres Schicksal noch ungewiss ist. Es ist für die Eheleute daher *ex ante* nicht vorhersehbar, vor welchem Gericht ihre güterrechtlichen Auseinandersetzungen in einem Konfliktfall auszutragen sein werden. Ebenso unvorhersehbar ist das anwendbare materielle Recht, da die Gerichte jeweils ihr eigenes – unterschiedliches – Güterrechts-IPR anwenden. Schließlich ist das materielle Güterrecht sehr verschiedenartig – es gibt Rechtsordnungen, deren

⁴⁶ Vgl. zum alten Rechtszustand z.B. BGH, Vorlagebeschluss in der Rechtssache Überseering vom 30.03.2000, NZG 2000, S. 926; zum umgekehrten Fall einer Sitzverlegung aus Deutschland in die Niederlande: OLG Hamm, Beschluss vom 01.02.2001, ZIP 2001, S. 791; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.03.2001, NZG 2001, S. 610-612 (m. Anm. EVA-MARIA KIENINGER).

⁴⁷ Vgl. EuGH vom 05.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering BV v. Nordic Construction Company Bau-management GmbH), Slg. 2002, I-9919; EuGH vom 30.09.2003, Rs. C-167/01 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.), Slg. 2003, I-10155.

⁴⁸ Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.03.2011 für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts, KOM (2011) 126 endg.

gesetzlicher Güterstand die Gütertrennung ist, andere sehen grundsätzlich Gütergemeinschaft vor, wieder andere gleichen den Zugewinn aus oder schaffen eine Errungenschaftsgemeinschaft.⁴⁹

In den meisten zivilrechtlichen Bereichen ist die IZVR- und IPR-Vereinheitlichung aber schon sehr weit gediehen.⁵⁰ Die internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen ist seit 1968, zunächst durch das Brüsseler Übereinkommen (EuGVÜ)⁵¹, seit 2001 durch die EuGVVO⁵², vereinheitlicht. Verordnungen zu familien- und erbrechtlichen Streitigkeiten (Scheidung und elterliches Sorgerecht⁵³, Unterhalt⁵⁴, Erbrecht⁵⁵) sind in den vergangenen Jahren hinzugekommen. Da das europäische Zuständigkeitsrecht den Klägern bzw. Antragstellern in vielen Fällen die Wahl zwischen mehreren Gerichtsständen lässt, war auch das Kollisionsrecht zu vereinheitlichen. Das anwendbare materielle Recht sollte nicht *ex post* davon abhängen, ob der Kläger den Prozess später in Mitgliedstaat A oder B anhängig macht, sondern bereits *ex ante* feststehen. Dementsprechend wurde 1980 als Erstes das IPR der Schuldverträge mittels des EVÜ⁵⁶ vereinheitlicht, das, nachdem die EU durch den Amsterdamer Vertrag eine eigenständige Gesetzgebungskompetenz im Bereich des IPR und IZVR erhalten hatte (vgl. ex Art. 65 EGV, jetzt Art. 81 AEUV), im Jahr 2008 als Rom I-VO⁵⁷ neu verabschiedet wurde. Das IPR der außervertraglichen Schuldverhält-

49 Ausführlich KATJA DENGEL, Die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften, 2014.

50 Vgl. dazu den Überblick von EVA-MARIA KIENINGER, Kodifikationsidee und Europäisches Privatrecht, RW 2012, S. 406.

51 Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1968 (konsolidierte Fassung), ABl. C 1998/27, S. 1.

52 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 2001/12, S. 1; Neufassung: Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Geltungsbeginn gemäß Art. 81 der VO am 10.01.2015), ABl. L 2012/351, S. 1.

53 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. L 2003/338, S. 1.

54 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. L 2009/7, S. 1.

55 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 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. 2012/201, S. 107.

56 Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Anm. 18).

57 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Anm. 17).

nisse folgte 2007 in Gestalt der Rom II-VO⁵⁸ und das Scheidungskollisionsrecht (Rom III-VO)⁵⁹ im Jahr 2010. Die zuvor schon erwähnten Verordnungen zum Unterhalt und zum Erbrecht enthalten neben Regelungen zur internationalen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung auch Vorschriften über das anwendbare Recht. Auf das internationale Personenrecht wirkt das EU-Primärrecht ein, seit der EuGH die Mitgliedstaaten verpflichtet, auch entgegen ihren autonomen Vorschriften ausländische Namenseinträge⁶⁰ oder ausländische Gesellschaftsgründungen⁶¹ anzuerkennen.

Festzuhalten ist zunächst einmal, dass hier – im Gegensatz zum zuvor behandelten materiellen Zivilrecht – durchweg Einheitsrecht in Form von Verordnungen geschaffen wurde. Alle mitgliedstaatlichen Gerichte judizieren auf Grund ein- und desselben Rechtstextes. Von der Möglichkeit der Vorlage wird reger Gebrauch gemacht, so dass es insbesondere zur EuGVVO ein engmaschiges Netz von EuGH-Judikaten gibt.⁶² Nicht in allen Detailfragen, aber doch in ihrer grundsätzlichen Berechtigung ist die IPR- und IZVR-Vereinheitlichung unangefochten. Die EU hat in Art. 81 AEUV eine klare Kompetenz, die überdies durch den Lissabonner Vertrag von der Fessel des Binnenmarkerfordernisses befreit worden ist; Letzteres ist nur noch ein Regelbeispiel.

Ganz lückenlos ist die IPR-Vereinheitlichung freilich noch nicht. Insbesondere im Familienrecht erschwert die Sondervorschrift des Art. 81 Abs. 3 AEUV den Vereinheitlichungsprozess, da der Rat bei familienrechtlichen Maßnahmen einstimmig entscheiden muss. Das hat beispielsweise im Scheidungskollisionsrecht dazu geführt, dass die Rom III-VO nur im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit (Art. 326 ff. AEUV) erlassen werden konnte. Für das Güterrecht liegen, wie schon eingangs gezeigt, bisher nur Vorschläge der EU-Kommission vor.⁶³ Im Gesellschaftsrecht wäre eine EU-Verordnung trotz der Rechtsprechung des EuGH dringend zu wünschen.⁶⁴ Erstens tut sich der EuGH schwer, mit Hilfe der dünnen Worte des AEUV sämtliche Detailfragen grenzüberschreitender Umstrukturierungen schlüssig in den Griff zu bekommen, zweitens ist die Luxemburger Rechtsprechung nicht in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise anerkannt und umgesetzt worden. Generell leidet die Kollisionsrechtsvereinheitlichung aufgrund von Art. 81 AEUV an einem schwerwiegenden

⁵⁸ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABL. L 2007/199, S. 40.

⁵⁹ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom III), ABL. L 2010/343, S. 10.

⁶⁰ Vgl. Anm. 3.

⁶¹ Vgl. Anm. 47.

⁶² Im IPR hinkt die Entwicklung noch hinterher, da das Auslegungsprotokoll zum EVÜ, das dem EuGH die Auslegungskompetenz einräumen sollte, erst im Jahr 2004 in Kraft getreten ist. Das Auslegungsprotokoll zum EuGVÜ trat dagegen gleichzeitig mit dem Übereinkommen in Kraft.

⁶³ Vgl. Anm. 48.

⁶⁴ Vgl. Anm. 45.

und in absehbarer Zeit wohl nicht reparablen Geburtsfehler: Großbritannien, Irland und mittlerweile auch Dänemark beteiligen sich nicht per se, sondern haben sich stattdessen ein Recht zum *opt-in* einräumen lassen. Das hierdurch kreierte Erpressungspotential wird insbesondere von Großbritannien weidlich ausgenutzt.⁶⁵

Abgesehen jedoch von den noch vorhandenen Lücken und Detailproblemen lautet die im Zusammenhang mit unserem Thema wichtigste Frage: Genügt nicht die Vereinheitlichung des IPR und IZVR, um der privatrechtlichen, grenzüberschreitenden Betätigung im Binnenmarkt ein tragfähiges rechtliches Gerüst zu geben? Reicht es nicht, wenn die Parteien eines grenzüberschreitenden Rechtsverhältnisses feststellen können, *welches* Recht anwendbar ist, selbst wenn sich die materiellen Rechtsordnungen weiterhin unterscheiden?⁶⁶ Überraschenderweise kommt der stärkste Gegenwind aus den Reihen der Ökonomen, und zwar gerade derjenigen, die im Übrigen die Fahne des Wettbewerbs der Rechtsordnungen hochhalten und sich gerade nicht für einen Brüsseler „Einheitsbrei“⁶⁷ erwärmen können. Sie fürchten sich geradezu vor dem IPR und halten ihm, wie der Saarbrücker Ökonom SCHMIDTCHEN⁶⁸ fehlende „institutionenökonomische Fitness“ vor. Nach Auffassung des früheren Direktors des Jenaer MPI für Ökonomik, MANFRED STREIT,⁶⁹ sind die mit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl verbundenen Unsicherheiten und Informationskosten für die Unternehmen so hoch, dass ohne internationales Einheitsrecht – hier verweist er besonders auf das Internationale Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods, CISG) und die *lex mercatoria* – der tatsächlich feststellbare Umfang an grenzüberschreitenden Transaktionen nicht erklärbar wäre. Nun mag man das belächeln und konstatieren, dass einige Wochen Selbststudium eines IPR-Lehrbuchs (im Fall SCHMIDTCHENS) vielleicht keine ausreichende Qualifikation sind, um in RabelsZ der versammelten Zunft die Verfehltheit der eigenen Disziplin vor Augen zu halten.⁷⁰ Aber in diesem

⁶⁵ Vgl. ROLF WAGNER, in: Eva-Maria Kieninger/Oliver Remien (Hrsg.), Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, 2012, S. 51, 65.

⁶⁶ Vgl. PETER ULMER, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht, JZ 1992, S. 1, 6 f.; TAUPITZ (Anm. 7), S. 61 f.; PETER MANKOWSKI, Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 118, 131 ff.

⁶⁷ DIETER SCHMIDTCHEN, Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa – eine Lösung auf der Suche nach einem Problem?, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, S. 1 ff., 23.

⁶⁸ DIETER SCHMIDTCHEN, Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte, RabelsZ 1995, S. 56-112; DERS., Lex mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 1, 9 ff.

⁶⁹ MANFRED E. STREIT/ANTJE MANGELS, Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, ORDO 47 (1996), S. 73, 79 ff. In dieselbe Richtung SCHMIDTCHEN (Anm. 68), RabelsZ 1995, S. 73 ff.

⁷⁰ Vgl. auch den Kommentar von PETER BEHRENS zu SCHMIDTCHEN, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen,

Selbstversuch steckt doch ein gewisses Körnchen Wahrheit: Wenn man – was von den wenigsten Juristen erwartet werden kann (IPR ist fast überall nur ein Wahlfach!), von Kaufleuten noch weniger – selbst nach mehrwöchiger Lehrbuchlektüre keinen zutreffenden Eindruck von den gängigen IPR-Regeln gewinnen kann, dann ist in der Tat hinter die Tauglichkeit einheitlichen Kollisionsrechts als Fundament des grenzüberschreitenden Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehrs ein deutliches Fragezeichen zu setzen.⁷¹ Auch OLE LANDO, der Grandseigneur des Europäischen Privatrechts, der sich in seinen frühen Jahren ausführlich mit dem IPR der Schuldverträge befasst⁷² und für Dänemark das EVÜ verhandelt hat, hat sich später weithin abgewendet und vertritt seit Jahrzehnten mit großem Nachdruck, dass einheitliches IPR kein Ersatz für materielle Rechtsangleichung und -vereinheitlichung sei, da allein die Tatsache, dass das Kollisionsrecht eine Rechtsordnung ist, die über den unterschiedlichen materiellen Privatrechtsordnungen steht, ein zu schwieriges und für die Praxis untaugliches Konstrukt sei:⁷³ „The choice of law rules of the Rome Convention are a poor tool of legal integration. They have not established the legal certainty necessary for an integrated market.“⁷⁴ Kaufleute und praktisch tätige Juristen kontrahieren in aller Regel vor dem Hintergrund ihrer eigenen Rechtsordnung und machen sich häufig wenig bis gar keine Gedanken über das anwendbare Recht. Wenn überhaupt, vertrauen sie auf eine Rechtswahlklausel zugunsten des eigenen Rechts oder einer vermeintlich besseren oder neutralen Rechtsordnung; darüber, ob tatsächlich eine Rechtswahl möglich ist und welchen Inhalt das gewählte Recht hat, wenn es nicht

2002, S. 32 f.: „Zunächst zu der These, die Lex mercatoria (im engeren Sinne eines privatautonom geschaffenen Rechts) korrigiere das in der Territorialität der Privatrechtsordnungen enthaltene ‚Versagen‘ des kodifizierten Rechts. Die Prämisse dieser These ist einem öffentlichrechtlichen Denken verhaftet, das im Internationalen Privatrecht spätestens seit Savigny überwunden ist“.

71 Vgl. auch SCHMIDTCHEN, *Lex mercatoria* (Anm. 68), S. 9, der zu Recht betont, dass „die Beurteilung der internationalen Transaktionssicherheit letztlich von Laien vorgenommen wird“. „Unternehmer könn[t]en weder in die Fußstapfen von Rechtsgelehrten noch in jene von Richtern treten (auch dann nicht wenn sie sich rechtlichen Rat holen [würden])“.

72 Vgl. OLE LANDO, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations – Introduction and Contractual Obligations*, *RabelsZ* 1974, S. 6.

73 Vgl. OLE LANDO, *Unfair contract clauses and a European Uniform Commercial Code*, in: Mauro Cappelletti (Hrsg.), *New Perspectives for a common law of Europe*, 1978, S. 267; DERS., *Why codify the European law of contract?*, *ERPL* 1997, S. 525, 527; DERS., *European Contract Law after the year 2000*, *CMLR* 1998, S. 821, 822 ff.; DERS., *Making a European Private Law*, in: Karl F. Kreuzer/Dieter H. Scheuing/Ulrich Sieber (Hrsg.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, S. 41, 42 ff. Deutliche Kritik auch bei CALLIESS (Anm. 32), S. 137: Zwar „ist das international privat- und zivilverfahrensrechtliche System der Kollisionsnormen als intellektuelles Glasperlenspiel zutiefst beeindruckend, aufgrund seiner inhärenten Überkomplexität aber kaum geeignet, einen praktikablen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verbraucherverträge zu konstituieren.“

74 OLE LANDO, *The eternal crisis*, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Drobnig zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 361, 377.

das eigene ist, machen sie sich erstaunlich wenig Gedanken.⁷⁵ Dies soll mit einem Fall aus der neueren BGH-Rechtsprechung illustriert werden:⁷⁶ Ein englisches Unternehmen erwarb angereichertes Uran, das auf deutschem Territorium bei einer Tochtergesellschaft der Siemens AG eingelagert war. Anschließend schlossen verschiedene Beteiligte aus Brasilien, den USA und der Schweiz Verträge über das angereicherte Uran ab – Sachdarlehensverträge, Übereignungen, Verpfändungen etc. Nachdem zwei der Parteien in Konkurs gefallen waren, erhob schließlich die Schweizer Großbank UBS aufgrund eines von ihr behaupteten Pfandrechts Herausgabeklage, um das Uran wegen Darlehensforderungen in Höhe von ca. 16 Mio. Euro zu verwerten. Erst jetzt fiel den an den verschiedenen Transaktionen Beteiligten auf, dass das Uran ja – was allen zweifelsfrei bekannt war – in Deutschland lagerte und infolgedessen sämtliche sachenrechtlichen Vorgänge deutschem Recht (vgl. Art. 43 EGBGB) und eben keineswegs brasilianischem, schweizerischem Recht oder dem Recht von Colorado, USA, unterlagen, ungeachtet entsprechender Rechtswahlklauseln in den Verträgen. Seither streiten sich die Parteien in einem Verfahren, das bereits den EuGH sowie zwei Mal den BGH beschäftigte, über ihre Rechte an dem Uran, weil die Verträge vor dem Hintergrund brasilianischen, schweizerischen und US-amerikanischen Rechts strukturiert waren und nicht nach dem in der Sache anwendbaren deutschen Recht. Selbstverständlich ist nach den Regeln der wissenschaftlichen Erkenntnis ein einzelner Fall nur eine Anekdote und kein empirischer Nachweis dafür, dass die Teilnehmer am Rechtsverkehr regelmäßig überfordert sind, wenn sie anstatt eines Einheitsrechts das mittels IPR anwendbare einzelstaatliche Sachrecht zu ermitteln haben, um ihre Transaktionen entsprechend zu strukturieren. Aber zum einen ließen sich viele weitere Beispielfälle anführen, zum anderen zeigt der Fall plastisch, dass Praktiker selbst bei Verträgen in Millionenhöhe (!) überfordert sind, weltweit anerkannte IPR-Regeln wie die Geltung der *lex rei sitae* im Sachenrecht⁷⁷ zur Kenntnis zu nehmen.

Ein Weiteres kommt hinzu: Nicht immer ist die schlichte Vereinheitlichung des Kollisionsrechts ein gangbarer Weg zur Ausräumung von Binnenmarkthindernissen. Ein Beispiel hierfür ist das Mobiliarsicherungsrecht: Angenommen, ein Unternehmen in Traunstein räumt der örtlichen Sparkasse Sicherungseigentum an einem Baukran ein und veräußert das Gerät später an einen österreichischen Bauunternehmer mit Sitz in Wels, der Kenntnis von der Sicherungsübereignung hat. Wenig später wird der Kran durch einen Gläubiger des Erwerbers gepfändet. Die Sparkasse verliert bei dieser Transaktion ihr Sicherungseigentum, weil es nicht den österreichischen Pfand-

⁷⁵ Siehe jüngst STEFAN VOGENAUER, Regulatory Competition through Choice of Law and Choice of Forum: Theory and Evidence, ERPL 2013, S. 13, der zahlreiche empirische Studien zur Praxis der Rechtswahl auswertet. Teilweise a.A. GISELA RÜHL, Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications, ERCL 2013, S. 61, 64 ff.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 20.07.2012, JZ 2013, S. 305 (m. Anm. THOMAS RAUSCHER).

⁷⁷ Vgl. EVA-MARIA KIENINGER, Property Law (International), in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann/Andreas Stier (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, 2012, S. 1374 ff. m.w.N.

rechtsvorschriften entspricht, denn die Sparkasse hat keinen Besitz an dem Kran. Ein besitzloses Sicherungseigentum kennt das österreichische Recht nicht.⁷⁸ Eine Kollisionsrechtsvereinheitlichung allein würde keine Fortschritte erzielen. Hier würde nur eine Mindestharmonisierung, ergänzt um eine kollisionsrechtliche Anerkennung der wirksam begründeten Rechte durch das Neustatut, helfen.⁷⁹

IV Optionale Instrumente als Allheilmittel?

Derzeit *en vogue* ist schließlich eine dritte Rechtstechnik, die Schaffung genuin europäischer, supranationaler Rechtsformen, früher einmal „16. Modell“ genannt,⁸⁰ zurzeit aufgrund der verschiedenen Erweiterungsrounden als 29.⁸¹ oder (wenn man Schottland als eigene Zivilrechtsordnung begreift⁸²) als 30. Modell zu bezeichnen. Mit derartigen Rechtsinstituten, die neben die nationalen (angeglichenen oder unangeglichenen) treten, gewinnen die Bürger und Unternehmen ein zusätzlich wählbares, „optionales“ Instrument, das idealerweise gerade auf die internationale Betätigung zugeschnitten ist. Solche supranationalen Rechtsformen gibt es bisher vor allem im Gesellschaftsrecht (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung,⁸³ *Societas Europaea*⁸⁴ und Europäische Genossenschaft,⁸⁵ sowie die noch im Vorbereitungsstadium befindlichen Rechtsformen Europäische Stiftung⁸⁶ und *Societas Privata Euro-*

78 Vgl. MARTIN SCHAUER, Das Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen, in: ders. (Hrsg.), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht, 2007, S. 1, 4 mit zahlreichen Nachweisen.

79 Vgl. HUGH BEALE, The Future of Secured Credit in Europe: Concluding Remarks, in: Horst Eidenmüller/Eva-Maria Kieninger (Hrsg.), The Future of Secured Credit in Europe, 2008, S. 375 ff.

80 EVA-MARIA KIENINGER, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 2002, S. 369 m.w.N.

81 Zu den privatrechtlichen Implikationen des Beitritt von Kroatien als 28. Mitgliedstaat TATJANA JOSIPOVIC, Das kroatische Privatrecht als die neue 28. Privatrechtsordnung der Europäischen Union, ZEuP 2014, S. 231.

82 Zu dieser Frage SEBASTIAN A. E. MARTENS, 27 Rechtsordnungen oder mehr?, RW 2012, S. 432.

83 Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25.07.1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. L 1985/199, S. 1.

84 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 2001/294, S. 1; Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 2001/294, S. 22.

85 Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22.07.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. L 2003/207, S. 1; Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22.07.2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 2003/207, S. 25.

86 Vorschlag der Europäischen Kommission vom 25.06.2008 für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008) 396 endg.

paea⁸⁷) und im gewerblichen Rechtsschutz (siehe z.B. die Gemeinschaftsmarke⁸⁸ und das Gemeinschaftsgeschmacksmuster⁸⁹). Für das Ehegüterrecht, siehe Beispiel 2, existiert seit kurzem das Übereinkommen über einen deutsch-französischen Wahlgüterstand, einen möglichen Nukleus eines europäischen optionalen Instruments.⁹⁰ Für das Kaufrecht liegt seit Herbst 2011 ein Vorschlag der EU-Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Common European Sales Law, CESL) vor, der noch verhandelt wird, für das Versicherungsvertragsrecht gibt es einen wissenschaftlichen Entwurf.⁹¹

Solche supranationalen Instrumente könnten geradezu der Königsweg sein, um gleichermaßen den Binnenmarkt bzw. den einheitlichen europäischen Rechtsraum zu verwirklichen und die nationalen Privatrechtsordnungen zu wahren.⁹² Wer sich binnengrenzüberschreitend betätigen will und sich dabei nicht auf die unsicheren Pfade des qua Kollisionsrechts berufenen nationalen Privatrechts begeben will, der kann ein supranational geschaffenes, materielles Einheitsrecht wählen, so wie es das für den Welthandel in Gestalt des CISG schon lange gibt, ohne dass deshalb gleich die nationalen Privatrechtsordnungen insgesamt abgelöst werden müssten.

Der Erfolg optionaler Instrumente, d.h. ihre Eignung zur Erleichterung und Förderung des grenzüberschreitenden Rechts- und Wirtschaftsverkehrs, hängt davon ab, ob sie in der Praxis auch tatsächlich gewählt werden. In diesem Punkt ist zwischen den verschiedenen vorher erwähnten optionalen Instrumenten zu differenzieren. Wenn *global player* wie die Allianz oder die Porsche AG sich in eine *Societas Europaea* umwandeln, dann ist das von vornherein eine ganz andere Art von „Rechtsgeschäft“ als der Abschluss eines Kaufvertrags über eine Kiste spanischen Rotweins mittels E-Mail. Entsprechend unterschiedlich ist der noch als angemessen zu betrachtende Aufwand in Gestalt von Transaktionskosten.

Soll somit ein Instrument wie das CESL, das gerade den vom CISG ausgenommenen B2C-Bereich im Auge hat, Erfolg haben, muss der potentielle Anwendungsbereich möglichst breit gefasst sein und sollten die Anwendungsvoraussetzungen mög-

87 Vorschlag der Europäischen Kommission vom 08.02.2012 für eine Verordnung des Rates über das Statut einer Europäischen Stiftung, KOM (2012) 1 endg.

88 Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 1994/11, S. 1.

89 Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002/3, S. 1.

90 DIETER MARTINY, Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand – Ein Beispiel optionaler bilateraler Familienrechtsvereinheitlichung, ZEuP 2011, S. 577, 598.

91 Vgl. JÜRGEN BASEDOW, Versicherungsvertragsrecht als Markthindernis?, EuZW 2014, S. 1; DERS., An Optional European Contract Law and Insurance, in: Caroline Van Schoubroeck/Wouter Devroe/Koen Geens/Jules Stuyck (Hrsg.), Over Grenzen – Liber amicorum Herman Cousy, 2011, S. 19.

92 Vgl. HORST EIDENMÜLLER, Obligatorisches versus optionales europäisches Vertragsgesetzbuch, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 237, 240 ff.; DERS., What can be wrong with an option? An optional Common European Sales Law as a regulatory tool, CMLR 2013, S. 69, 70 ff.

lichst einfach zu erfüllen sein, von weiteren qualitativen Anforderungen an Form und Inhalt des Rechtstextes einmal abgesehen.⁹³ Die Erfahrungen mit dem CISG lehren, dass es einer gewissen Mindestzahl von Gerichtsentscheidungen bedarf, bevor ein Rechtstext in der Praxis als taugliche Basis für Transaktionen wahrgenommen wird. Trotz einigen tausend Judikaten weltweit⁹⁴ ringt das CISG jedenfalls in Deutschland immer noch um praktische Anerkennung.⁹⁵ Das CESL muss nicht nur bei Null anfangen, sondern hat zusätzlich eine ungleich schwierigere Ausgangsposition, weil es anders als das CISG positiv gewählt werden muss, um anwendbar zu sein, während das CISG bei Erfüllung bestimmter objektiver Kriterien (Niederlassung der Parteien in verschiedenen Vertragsstaaten, vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG, Vertragsstatut ist das Recht eines Vertragsstaates, falls kein Vorbehalt erklärt, vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG) automatisch anwendbar ist, wenn es nicht explizit nach Art. 6 CISG abgewählt wird. Das CESL muss also geradezu um Anwendung kämpfen. Daher wäre es ideal, wenn *alle* Vertragsparteien, die dies wünschen, vom Gemeinsamen Kaufrecht Gebrauch machen könnten, gleichgültig ob Großunternehmen oder KMU, ob grenzüberschreitender Vertrag oder nicht. Aufgrund der zahlreichen Sondervorschriften für Verbraucher und des von der Kommission stets betonten besonders hohen Verbraucherschutzniveaus, das einen Rückgriff auf den kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz überflüssig machen soll, gibt es auch keinen Grund, Verbraucher vor der Vereinbarung des CESL besonders in Schutz zu nehmen.⁹⁶ Schließlich muss es sich für Unternehmen trotz des hohen Verbraucherschutzniveaus und trotz erheblicher Umstellungskosten auf ein neues Rechtssystem am Ende des Tages finanziell lohnen, das neue Recht zu wählen, was aber nur dann der Fall sein wird, wenn im Massen-

⁹³ Vgl. zum Folgenden: GERHARD WAGNER, Transaktionskostensenkung durch Europäisches Kaufrecht? – Der Blue Button klemmt, ZEuP 2012, S. 455, 457 ff.; HORST EIDENMÜLLER/NILS JANSEN/EVA-MARIA KIENINGER/GERHARD WAGNER/REINHARD ZIMMERMANN, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, S. 269; THOMAS ACKERMANN, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Alternative für B2B-Geschäfte?, in: Oliver Remien/Sebastian Herrler/Peter Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 49, 54 ff. Der Kommissionsvorschlag hat eine derart breite rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit erfahren, dass die Nachweise im Folgenden auf ein Minimum reduziert bleiben müssen.

⁹⁴ Vgl. etwa die Sammlung der Pace Law School, die mehr als 2500 Einträge aufweist, abrufbar unter <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html> (letzter Zugriff: 13.02.2014).

⁹⁵ Vgl. MICHAEL STÜRNER, Die Qual der (Ab-)Wahl: Der Ausschluss des UN-Kaufrechts aus Sicht des deutschen Importeurs, BB 2006, S. 2029.

⁹⁶ EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN (Anm. 93), JZ 2012, S. 276; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, RabelsZ 2011, S. 371, 403 f. (Rn. 80); MICHAEL STÜRNER, Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung, GPR 2011, S. 236, 240; CHRISTOPH BUSCH, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2011, S. 655, 659.; a.A. ASTRID STADLER, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Common European Sales Law, AcP 212 (2012), S. 473, 497.

geschäft *allen* Verträgen flächendeckend und einheitlich das CESL zugrunde gelegt werden kann.⁹⁷

Genau das scheitert aber an dem übertrieben engen Anwendungsbereich und an den überspannten Voraussetzungen für eine wirksame Einwahl. Aus der Fülle der Kritikpunkte⁹⁸ seien nur herausgegriffen:

Erstens: Der sachliche Anwendungsbereich ist viel zu schmal geraten; erfasst werden nur Kaufverträge und Dienstleistungen, die als Annex zum Kaufvertrag mit angeboten werden, wie Installation und Wartung. Schon dann, wenn der Verkäufer sich zur Entgegennahme von Ratenzahlungen oder zu einem sonstigen Zahlungsaufschub bereit erklärt, fällt der gesamte Kaufvertrag aus dem Anwendungsbereich des CESL heraus (vgl. Art. 6 Abs. 2 GEKR-VO), ohne dass es hierfür einen überzeugenden sachlichen Grund gibt.⁹⁹

Zweitens: Verbraucher müssen ihre Zustimmung zur Wahl des CESL ausdrücklich und gesondert vom übrigen Vertragstext erklären (Art. 8 GEKR-VO). Sie müssen außerdem vorab durch ein gesondertes Informationsblatt auf die Risiken und Gefahren ihrer Wahl aufmerksam gemacht werden (Art. 9 GEKR-VO). Eine flächendeckende Einbeziehung des CESL durch AGB wird dadurch unmöglich gemacht.

Drittens: Vorbehaltlich einer anderslautenden Entscheidung durch den Mitgliedsstaat, dessen Recht auf dem Umweg über die Rom I-VO auf den Vertrag anwendbar ist,¹⁰⁰ soll das CESL nur für grenzüberschreitende Verbraucherverträge und Verträge mit KMU gelten, nicht dagegen für rein nationale Verträge und für solche unternehmerischen Verträge, an denen kein KMU beteiligt ist.

Dass mithin der gegenwärtige Stand des CESL-Vorschlags (wobei auf das materielle Recht hier gar nicht eingegangen werden konnte)¹⁰¹ nicht zu überzeugen vermag, spricht selbstverständlich nicht gegen die *Idee* eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts; allerdings ist zweifelhaft, ob die vielfältigen Mängel des Entwurfs sowohl der Anwendungsverordnung als auch des materiellrechtlichen Anhangs im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch ausgemerzt werden können, so dass die Gefahr besteht, dass die mangelhafte praktische Umsetzung auch die Idee selbst beschädigt.

97 STEFAN GRUNDMANN, Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrechts, AcP 212 (2012), S. 502, 518; WAGNER (Anm. 93), ZEuP 2012, S. 458 ff.

98 Ausführlich STADLER (Anm. 96), AcP 212 (2012), S. 484 ff.

99 Vgl. näher EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN (Anm. 93), JZ 2012, S. 275; a.A. DIRK STAUDENMAYER, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, S. 3491, 3494.

100 Das ist die berühmte „Vorschaltlösung“ des Kommissionsvorschlags, die die Anwendbarkeit des CESL zusätzlich verkompliziert, aber aus kompetenzrechtlichen Gründen von der Kommission gewählt wurde, dazu kritisch EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN (Anm. 93), JZ 2012, S. 273 ff.; STADLER (Anm. 96), AcP 212 (2012), S. 475 ff.

101 Dazu insbesondere STEPHAN LORENZ, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im *Common European Sales Law*, AcP 212 (2012), S. 702-847.

Andere Grenzen optionaler Instrumente sind noch schwieriger zu überwinden: Das Privatrecht, einschließlich des Vertragsrechts, erschöpft sich nicht in Zweierbeziehungen. Schon bei alltäglichen Vorgängen wie der Einschaltung eines Stellvertreters oder der Abtretung einer vertraglichen Forderung kommen Dritte ins Spiel, die möglicherweise durch die Wahl eines optionalen Rechts, an der sie nicht beteiligt worden sind, benachteiligt werden.

Das lässt sich besonders gut am Beispiel der Abtretung zeigen: Angenommen, das CESL würde eines Tages um Regeln über die Forderungsabtretung ergänzt und Zedent und Zessionar würden für die Abtretung das optionale Instrument wählen. Nehmen wir weiter an, der Vertrag, dem die abgetretene Forderung entstammt, unterliege dem Recht am Wohnsitz des Drittschuldners. Nach Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO sind die Vorschriften zum Schutz des Schuldners dem Recht zu entnehmen, unter dem er bei Vertragsschluss kontrahiert hat. Diese können nicht durch die Vorschriften einer anderen Rechtsordnung ersetzt werden, an deren Wahl der Drittschuldner nicht beteiligt war. Mit aller Klarheit formuliert VON BAR: Art. 33 Abs. 2 EGBGB (= Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO) „beruht auf der einsichtigen Erwägung, daß Zedent und Zessionar die Rechtsstellung des Schuldners [...] nicht zu ihrer Disposition haben“,¹⁰² und STADLER¹⁰³ stellt fest: Art. 33 EGBGB bzw. Art. 12 EVÜ (heute: Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO) „liegt der allgemein als gültig anerkannte Gedanke zugrunde, daß der Schuldner der abgetretenen Forderung durch die Zession in seiner Rechtsposition keine Verschlechterung erfahren darf.“¹⁰⁴ Andererseits wäre ein optionales Abtretungsrecht, das nur im Verhältnis zwischen den Parteien, nicht aber gegenüber dem Drittschuldner gilt, nutzlos, geht es doch gerade darum, dass der Zessionar eine Forderung gegen den Schuldner erwerben will.

Optionale Instrumente sind damit kein Allheilmittel, können aber bei richtiger Ausgestaltung für bestimmte Rechtsgebiete eine Teillösung bieten. Die Geltung von *opt-in*-Instrumenten muss entweder strikt auf das Verhältnis der Parteien, die die Wahl getroffen haben, beschränkt bleiben, oder der Rechtsverkehr muss durch Registereintragung von der Geltung einer vom sonst anwendbaren, staatlichen Recht abweichenden optionalen Rechtsordnung informiert werden, wie dies etwa im Gesellschaftsrecht, im gewerblichen Rechtsschutz oder auch beim Wahlgüterstand¹⁰⁵ geschieht

102 CHRISTIAN VON BAR, Internationales Privatrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, 1991, Rn. 565; DERS., Abtretung und Legalzession im neuen deutschen Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 1989, S. 462, 468.

103 ASTRID STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 698 f.

104 Der in der Diskussion zu diesem Vortrag von EICHENHOFER geäußerte Einwand, bei der Legalzession sehe die Rom II-Verordnung eine andere Lösung vor, geht fehl, denn auch Art. 19 Rom II-VO gestattet die Geltendmachung der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner durch den Dritten (d.h. in aller Regel eine Versicherung) nur „nach dem für deren Beziehung [gemeint ist die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, Anm. d. Verf.] maßgebenden Recht“, ordnet also für das Verhältnis zum Drittschuldner ebenso die Geltung des Forderungsstatuts an wie Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO.

105 Vgl. MARTINY (Anm. 90), *ZEuP* 2011, S. 590.

und wie es beispielsweise im Immobiliarsachenrecht (Stichwort „Eurohypothek“)¹⁰⁶ möglich wäre.

V Soft-Law-Instrumente – Empfehlungen, Model Laws, Principles, „Gemeineuropäisches Privatrecht“

Jenseits des (gegebenenfalls nach Einwahl) bindenden Gemeinschaftsprivatrechts gibt es eine Fülle von Instrumenten, Regelwerken und wissenschaftlichen Projekten, die die Etablierung eines Europäischen Privatrechts im weitesten Sinn zum Ziel haben. Nimmt man die bindende Rechtsregel als Zielpunkt der Entwicklung und die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme als notwendigen Ausgangspunkt, so bilden alle wissenschaftlichen Projekte, die zunächst nur der Verbreiterung des Wissens um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der mitgliedstaatlichen Privatrechte dienen (wie etwa das Trentiner „Common Core of European Private Law“-Projekt),¹⁰⁷ den Ausgangspunkt, die Empfehlungen der Kommission an die Mitgliedstaaten den Endpunkt, da sie häufig eine unmittelbare Vorstufe bindender Instrumente sind.

Dazwischen angesiedelt sind Regelwerke wie etwa die Principles of European Contract¹⁰⁸ (Tort¹⁰⁹, Family¹¹⁰, etc.) Law oder der Draft Common Frame of Reference

106 MATHIAS HABERSACK, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, S. 857; OTMAR STÖCKER, Die Eurohypothek, 1992; HANS WEHRENS, Real Security Regarding Immovable Objects, in: Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Edwoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 3. Aufl. 2004, S. 769 ff.; HANS WOLFSTEINER/THOMAS WACHTER, Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, S. 49 ff.; STEFFEN KIRCHER, Grundpfandrechte in Europa, 2004; JOHANNES KÖNDGEN/OTMAR STÖCKER, Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?, ZBB 2005, S. 112 ff.; SERGIO NASARRE-AZNAR, The Eurohypothec: a common mortgage for Europe, The Conveyancer and the Property Lawyer 2005, S. 32 ff.; OTMAR STÖCKER, Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen, WM 2006, S. 1941 ff.; GARY WATT, The Eurohypothec and the English Mortgage, MJ 13 (2006), S. 173 ff.

107 Überblicke bei REINHARD ZIMMERMANN, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179), 2006, S. 30 ff.; WOLFGANG WURMNEST, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, S. 714-744.

108 OLE LANDO/HUGH BEALE (Hrsg.), Principles of European Contract Law Parts I and II Combined and revised, 2000; OLE LANDO/ERIC CLIVE/ANDRÉ PRÜM/REINHARD ZIMMERMANN (Hrsg.), Principles of European Contract Law Part III, 2003.

109 THE EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principles of European Tort Law – Text and Commentary, 2005.

110 KATHARINA BOELE-WOELKI/FRÉDÉRIQUE FERRAND/CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS/MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG/NIGEL LOWE/DIETER MARTINY/WALTER PINTENS (Hrsg.), Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, 2004.

(DCFR)¹¹¹, die zwar von keinem staatlichen Gesetzgeber autorisiert sind, aber doch in verschiedener Weise praktische Wirkung entfalten können, sei es als Hilfe bei der Auslegung von Verordnungen und Richtlinien, bei der Schaffung neuer Verordnungen und Richtlinien, bei der Reform des mitgliedstaatlichen autonomen Rechts oder schließlich kraft einer Wahl der Parteien, soweit dies kollisionsrechtlich, insbesondere in der Schiedsgerichtsbarkeit, möglich ist.

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick über den „großen Teich“: In den USA liegt die Gesetzgebungskompetenz bekanntlich in den meisten Bereichen des Privatrechts bei den Einzelstaaten. Gleichwohl gibt es ein bemerkenswertes Maß an Rechtseinheit, jedenfalls in den für die Etablierung eines einheitlichen Wirtschaftstraums relevanten Rechtsgebieten wie dem Vertrags-, Delikts-, Sachen- oder Gesellschaftsrecht. Ein Grund hierfür (neben anderen) sind *soft-law*-Instrumente, also Modellgesetze wie der Uniform Commercial Code und der Model Business Corporation Act, und die Restatements of the Law, die in Regelform den gemeinsamen Bestand des *Common Law* der Bundesstaaten wiedergeben, versehen mit Kommentaren zu Rechtsprechung und einzelstaatlicher Gesetzgebung. Die verschiedenen *Principles*-Projekte in Europa sind diesen *Restatements* nachempfunden. Die Erfahrungen in den USA lehren also, dass man Bestrebungen unterhalb der Ebene des bindenden europäischen „Gesetzes“ keineswegs gering schätzen sollte.¹¹² Allerdings sind möglicherweise die Rahmenbedingungen für die Entwicklungen eines weitgehend einheitlichen Rechts durch nicht-bindende Rechtsinstrumente in den USA günstiger als in Europa, erinnert sei nur an die Unterschiede in den Punkten Sprache, national und gerade nicht einzelstaatlich orientierte Juristenausbildung und Rechtswissenschaft, *Common Law* als (abgesehen von Louisiana) einheitliche Basis des Privatrechts etc.

Bisher jedenfalls ist den wissenschaftlichen Regelwerken in Europa kein besonderer Erfolg in der Praxis beschieden gewesen. Der DCFR hat trotz des enormen Aufwands, mit dem er voran getrieben worden ist, bisher kaum Spuren in der europäischen Gesetzgebung hinterlassen. Die Verbraucherrechterichtlinie, um derentwillen auf die Wissenschaftler ein so enormer Zeitdruck ausgeübt wurde, ist vom DCFR praktisch unbeeinflusst geblieben; sie erschöpft sich vielmehr weitgehend in einem *copy and paste* der Haustür- und Fernabsatzrichtlinien. Ab und zu werden einzelne

111 STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (Hrsg.), Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009. Vgl. aus der umfangreichen Literatur nur HORST EIDENMÜLLER/FLORIAN FAUST/CHRISTOPH GRIGOLEIT/NILS JANSEN/GERHARD WAGNER/REINHARD ZIMMERMANN, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, S. 529; MARTIN SCHMIDT-KESSEL (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen, 2009; THOMAS PFEIFFER, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU, AcP 208 (2008), S. 227, 232; WOLFGANG ERNST, Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008), S. 248.

112 Vgl. PFEIFFER (Anm. 111), AcP 208 (2008), S. 232.

Bestimmungen des DCFR von mitgliedstaatlichen Gerichten¹¹³ und den Generalanwälten beim EuGH¹¹⁴ zur Rechtsfortbildung oder zur Auslegung von Unionsrecht herangezogen; im Übrigen ist das wissenschaftliche und praktische Interesse am DCFR stark abgeebbt.¹¹⁵ Möglicherweise fehlt den verschiedenen europäischen *Principles*-Projekten bislang noch die Dignität, die bei den US-amerikanischen Schwestern aus ihrer jahrzehntelangen Existenz und ihrer institutionellen Verankerung im American Law Institute und in der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws fließt. Seit einigen Jahren gibt es nun das European Law Institute als Dachorganisation.¹¹⁶ Es bleibt abzuwarten, ob das ELI in einigen Jahrzehnten ähnliche Erfolge verbuchen können wird.

VI Fazit: Mit welchen Mitteln und auf welchen Gebieten lässt sich was für ein „Europäisches Privatrecht“ erreichen?

Die Antwort muss differenzierend ausfallen:

1. In den Bereichen, in denen eine gegenseitige Anerkennung mitgliedstaatlicher Rechtsfiguren auf der Grundlage einer (Mindest-)Angleichung möglich ist, also im Gesellschaftsrecht oder auch im bisher von der Rechtsangleichung noch gar nicht berührten Mobiliarsicherungsrecht, ist der Erlass weiterer Harmonisierungsrichtlinien (im Gesellschaftsrecht z.B. in Bezug auf Kapitalschutz- und Haftungsfragen bei der GmbH und verwandten ausländischen Rechtsformen) durchaus sinnvoll, ergänzt um einheitliche Kollisionsregeln, die zur Anerkennung der Rechtslage im Herkunftsstaat verpflichten. Eine über den erreichten *acquis communautaire* hinausgehende,

¹¹³ Vgl. beispielsweise Sentencia Tribunal Supremo (STS) No. 149/2010, La Ley No. 7367 vom 23.03.2010 = ZEuP 2011, S. 422 (m. Anm. CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE).

¹¹⁴ Vgl. GA TRSTENJAK, Schlussanträge vom 07.05.2009 in der Rs. C-227/08 (Eva Martín Martín v. EDP Editores, S.L.), Rn. 51; siehe aber auch GA TRSTENJAK, Schlussanträge vom 18.02.2009 in der Rs. C-489/07 (Pia Messner v. Firma Stefan Krüger), Rn. 85: „Zu diesen Arbeiten und Regelungsvorschlägen [Vorschriften des DCFR, Anm. d. Verf.] ist anzumerken, dass sie zum Wertersatz für Nutzung auf einem anderen Konzept als dem des Kostentragungsausschlusses der Richtlinie 97/7 basieren. Abgesehen davon, dass sie aus meiner Sicht in der Praxis zu komplexen Abgrenzungsproblemen zwischen Prüfung/Probe und Gebrauch führen, die der Rechtssicherheit abträglich sind und letztlich dazu führen können, dass der Kauf im Fernabsatz für den Verbraucher weniger attraktiv ist, sind sie jedoch als reine Vorschläge für die Auslegung der in Kraft befindlichen Richtlinie nicht ergiebig.“

¹¹⁵ Vgl. die Liste der Publikationen zum DCFR, abrufbar unter <http://www.dcfri.uni-osnabrueck.de> (letzter Zugriff: 18.02.2014), die nach einer Flut von Aufsätzen und Buchbeiträgen in den Jahren 2009 bis 2011 einen deutlichen Rückgang des wissenschaftlichen Interesses in 2012 und 2013 erkennen lässt.

¹¹⁶ Siehe <http://www.europeanlawinstitute.eu> (letzter Zugriff: 18.02.2014). Vgl. zu den Aufgaben des Instituts REINHARD ZIMMERMANN, Challenges for the European Law Institute, *Edinburgh Law Review* 2012, S. 5.

weitere Angleichung des Verbrauchervertragsrechts durch Richtlinien ist demgegenüber kompetenzrechtlich und inhaltlich fragwürdig. Dass die existierenden Richtlinien auch über die bescheidenen Ansätze der Verbraucherrechterichtlinie hinaus der Überarbeitung und gegebenenfalls Zusammenführung bedürfen,¹¹⁷ steht auf einem anderen Blatt und war hier nicht zu thematisieren.

2. Die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Prozessrechts ist ein zentraler Beitrag zur privatrechtlichen Fundierung des Binnenmarkts. Sie weist allerdings noch einige offene Flanken auf, darunter vor allem die fehlende Kodifikation des Gesellschaftskollisionsrechts, einschließlich der Bestimmungen zur Sitzverlegung. Auf manchen Gebieten ist die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts allein nicht geeignet, Binnenmarkthemmnisse abzubauen, etwa im Mobiliarsicherungsrecht. Hier ist als Grundlage der Anerkennungspflicht nach einem Statutenwechsel auch eine Teilharmonisierung des materiellen Rechts notwendig. Im Übrigen gilt: Die Kollisionsrechtsvereinheitlichung ist allein nicht in der Lage, einen einheitlichen europäischen Rechtsraum zu schaffen, in dem sich grenzüberschreitende Transaktionen bzw. Rechtsverhältnisse nicht mehr von rein nationalen unterscheiden. Wer mithin das Kollisionsrecht als untaugliches Vehikel zur Schaffung internationaler Transaktionssicherheit kritisiert (STREIT, SCHMIDTCHEN), muss die Konsequenzen ziehen und kann nicht gleichzeitig dem Wettbewerb der Rechtsordnungen huldigen bzw. gegen europäische Rechtsvereinheitlichung polemisieren. Insgesamt ist abzuwägen: Mehr materielle Rechtseinheit würde die grenzüberschreitende, wirtschaftliche Betätigung vereinfachen, andererseits aber den Mitgliedstaaten Kompetenzen im Privatrecht nehmen. Die Grenzziehung im Einzelnen ist eine politische Entscheidung. Derzeit sieht es eher nicht nach einer Ausweitung der EU-Kompetenzen im Privatrecht aus. Daher sehe ich die Zukunft des Europäischen Privatrechts gegenwärtig stärker in einer Abrundung der Kollisionsrechtsvereinheitlichung, einschließlich des IZVR, als in der Schaffung europäischen materiellen Einheitsrechts unter Verdrängung nationalen Zivilrechts.

3. Optionale Instrumente können bei hoher inhaltlicher Qualität und richtigem Einsatz eine optimale Lösung darstellen, die einerseits Einheitsrecht für die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung schafft, andererseits aber Kompetenzeinschnitte für die Mitgliedstaaten vermeidet. Das Konzept stößt aber an seine Grenzen, wenn die optierten Regeln auch für Dritte gelten sollen und die Wahl nicht einer Registerpublizität unterliegt. Insgesamt besteht in diesem Bereich noch ein hoher Forschungsbedarf, auch was die Einwahlmodalitäten und das Verhältnis zum autonomen Recht der Mitgliedstaaten angeht.

4. *Soft-law*-Instrumente sind zur Vorbereitung von *hard law* unabdingbar. Ihr Einsatz *anstelle* bindender Rechtsinstrumente ist bislang in Europa keine Erfolgsgeschichte. Das mag sich in Zukunft ändern, auch infolge der durch das European Law Institute ermöglichten Verstärkung der rechtsvergleichenden Grundlagenforschung.

¹¹⁷ Dazu HORST EIDENMÜLLER/FLORIAN FAUST/HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT/NILS JANSEN/GERHARD WAGNER/REINHARD ZIMMERMANN (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, *passim*.

Diskussion zum Vortrag von Eva-Maria Kieninger

Leitung: REINHARD ZIMMERMANN

ZIMMERMANN:

Vielen Dank für Deinen umfassenden und wunderbar anschaulichen Überblick über die verschiedenen Techniken zur Etablierung eines europäischen Privatrechts. Du hast uns gewissermaßen von LEONHARD MATTHIAS GRUNKIN-PAUL bis zu OLE LANDO mit seinen „Principles of European Contract Law“ geführt – wir sind also von Dänemark bis Dänemark gelangt. Einen zusätzlichen Schlenker hätte man am Schluss vielleicht noch machen und fragen können: Welchen Beitrag kann eigentlich die Rechtswissenschaft leisten? Es gibt ja einige, die sagen: „Ein europäisches Privatrecht ohne eine europäische Privatrechtswissenschaft ist in Wasser geschrieben.“ Wer möchte Stellung nehmen und wer möchte Fragen stellen? Herr Starck.

STARCK:

Ich habe nur eine ganz kurze Frage: Gibt es nicht auch die Möglichkeit, Recht zu vereinbaren? Das geht natürlich nur dann, wenn Vertragsverhältnisse da sind, dann könnte man aber doch eine ausgewählte Rechtsordnung vereinbaren, oder?

KIENINGER:

Es gibt die Rechtswahlfreiheit im IPR, die auch immer mehr um sich greift. In den unternehmerischen Verträgen können die Partner eines Vertrages selbstverständlich das anwendbare Recht frei wählen. Sie sind auch nicht auf eine verbundene oder auf eine mitgliedstaatliche Rechtsordnung beschränkt, sondern können ganz frei wählen – und davon wird auch Gebrauch gemacht. Die Rechtswahlfreiheit erfährt im IPR gegenwärtig eine Ausdehnung. Sie gibt es jetzt auch vermehrt in Bereichen, in denen es sie früher nicht gab, also vor allem im Familien- und Erbrecht sowie im Deliktsrecht als nachträgliche Rechtswahl; nur im Sachenrecht sind wir noch nicht so weit. Im Gesellschaftsrecht gilt auch Rechtswahlfreiheit, denn in Deutschland tätige Unternehmen können die Rechtsform eines anderen EU-Mitgliedstaates wählen, beispielsweise eine Limited gründen, auch wenn sie überhaupt nicht vorhaben, in England tätig zu werden. Diese Möglichkeiten habe ich als selbstverständlich vorausgesetzt und mich mehr um die Grenzen gekümmert.

ZIMMERMANN:

Herr Stürner.

STÜRNER:

Vielen Dank. Ich möchte nur einen einzigen Punkt herausgreifen: Ich würde im Ergebnis zustimmen, dass die Kollisionsrechtsvereinheitlichung wahrscheinlich der eleganteste und beste Weg ist, das Ganze auf ein besseres Niveau zu bringen. Was die

optionalen Instrumente angeht, die rechtspolitisch große Konjunktur haben – auch im Verfahrensrecht gibt es ja eine Reihe von einschlägigen Verordnungen: Man macht sich vielleicht nicht genügend Gedanken über die Konsequenzen. Das gemeinsame Kaufrecht ist ein optionales Instrument und die Kommission hält es für die allerbeste Lösung, die es gibt, weil man den Mitgliedstaaten nichts aufdrängt. Aus der Sicht der Kommission ist das optionale Instrument überhaupt kein Problem, auch kompetenziell, weil die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unangetastet bleiben. Was man vielleicht nicht genügend bedacht hat: Hier wird ein Paradigmenwechsel herbeigeführt; es handelt sich nicht mehr um eine schlichte Harmonisierung durch ein optionales Instrument, wie wir es auch schon an anderen Stellen haben, sondern wir sind im Bereich des Kernvertragsrechts und haben die gesamte Bandbreite eines Vertragsrechts in diesem optionalen Instrument. Das bringt materiellrechtlich viele Konsequenzen: Zum Beispiel muss bei der Klauselkontrolle das gemeinsame Kaufrecht auch dann, wenn es nicht gewählt wird, berücksichtigt werden, wenn der EuGH eine Auslegungsfrage zum Begriff der Missbräuchlichkeit im Rahmen der Klauselrichtlinie zu entscheiden hat, weil das gemeinsame Kaufrecht einen Maßstab beinhaltet, der das dispositives Recht – das, was also aus europäischer Sicht als fair und angemessen betrachtet wird – festlegt. Zweiter Punkt: Wenn das gemeinsame Kaufrecht ein Erfolg werden sollte – da kann man Zweifel haben, aber wenn es ein Erfolg wird –, dann wird das auf den EuGH zurückfallen. Er muss dann nämlich enorm viele Fälle entscheiden, was er gar nicht kann, weil er erstens kein Privatrechtsgericht ist und weil er zweitens die Masse der Fälle, die er bräuchte, um das neue Kaufrecht zu entwickeln, überhaupt nicht bewältigen kann. Dritter Punkt: Die Kommission hat das Ganze flankiert durch den massiven Einsatz von *alternative dispute resolution*. Die Kommission erhofft sich, dass sie durch alternative Streitschlichtung eine Vielzahl von Fällen von der staatlichen Gerichtsbarkeit zu privaten oder staatlich eingerichteten Schlichtungsstellen verlagert. Diese Schlichtungsstellen können aber auf keinen Fall das gemeinsame Kaufrecht weiterentwickeln, dazu sind sie nicht berufen und auch gar nicht geeignet, denn die Schlichter müssen ja nicht einmal Juristen sein. Diese Schlichter sollen – das ist in der Richtlinie wohl auch so angelegt – Rechtsfälle, die schwierige oder ungeklärte Rechtsfragen enthalten, von vorneherein ablehnen. Damit steuern wir aber in eine Sackgasse, denn konsequenterweise müssten die Schlichtungsstellen dann fast jeden Fall zum gemeinsamen Kaufrecht ablehnen. Das sind nur drei Beispiele dafür, dass das optionale Instrument wunderbar klingt, aber es in der Praxis wahrscheinlich viel komplizierter wird, als man sich das vorgestellt hat.

KIENINGER:

Dem kann ich im Wesentlichen nur zustimmen, vielleicht zu allem ein paar ganz kurze Bemerkungen. „Kompetenziell kein Problem“ – das sehe ich ein bisschen anders.

STÜRNER:

Sagt Brüssel.

KIENINGER:

Ja, sagt Brüssel, das ist richtig. Aber es ist vielleicht erwähnenswert, dass das Common European Sales Law (CESL) auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV gestützt wird, die ja von der „Angleichung“ der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten spricht. Und unter „Angleichung“ fällt meines Erachtens eben nicht die Schaffung supranationaler Instrumente. Es kommt nicht von ungefähr, dass andere supranationale Rechtstexte bzw. Institutionen – etwa die SE-Verordnung und auch die Genossenschaft – gerade nicht auf Art. 114 AEUV gestützt worden sind, sondern auf die Kompetenzabrundungsklausel. Natürlich weiß die Kommission genau, warum sie Art. 114 AEUV und nicht die Kompetenzabrundungsklausel genommen hat: wegen des Einstimmigkeitsprinzips. Zusätzlich muss der deutsche Vertreter noch abwarten, bis der Bundestag zustimmt – ähnlich vielleicht in anderen Mitgliedstaaten. Aber Art. 114 AEUV ist meines Erachtens nicht die richtige Kompetenzgrundlage und möglicherweise wird der EuGH das der Kommission auch einmal irgendwann deutlich sagen.

Stichwort Klauselkontrolle: Wenn ich Dich richtig verstanden habe, würdest Du sagen, dass die Generalklausel der AGB-Richtlinie – Artikel 3 der AGB-Richtlinie – mehr oder weniger § 307 BGB entspricht, also in etwa: „Was wider Treu und Glauben ist, kann nicht wirksam in AGB vereinbart werden.“ Das muss der Richter aber erst von Fall zu Fall herausfinden und da gibt es eine ausziselierte Rechtsprechung in Deutschland, die sich im Wesentlichen am Maßstab des dispositiven Rechts orientiert. Wenn ich Dich richtig verstanden habe, würdest Du sagen, dass der EuGH in Zukunft als Maßstab anstatt des unvereinheitlichten mitgliedstaatlichen Rechts, was an sich anwendbar wäre, auf das CESL zurückgreifen könnte. Und zwar nicht nur hinsichtlich der Klausellisten – der grauen und schwarzen Liste im CESL –, sondern auch und vor allem darüber hinaus als Ausdruck einer fairen, gerechten, europäischen Vertragsrechtsordnung.

STÜRNER:

Ja.

KIENINGER:

Das kann man vertreten, ich habe Ähnliches auch schon vertreten. Aber das ist überhaupt nicht Allgemeingut. Die Frage ist, ob man eine weiter reichende Vertragsrechtsvereinheitlichung über die Generalklausel der AGB-Richtlinie erreichen kann, als in diesem schmalen Anwendungsbereich des CESL politisch gewollt ist. Das wäre natürlich schon Rechtsangleichung durch die Hintertür.

ZIMMERMANN:

Und es kommt dann noch hinzu, dass nicht die gesamte Bandbreite des Vertragsrechts dort abgebildet wird, da gibt es erhebliche Lücken.

KIENINGER:

Das kommt auch noch dazu; und wie viel es dann wirklich nutzen würde, das ist eine heikle Frage.

Zu den vielen Fällen beim EuGH: Das sehe ich genauso. Man müsste, wenn das CESL wirklich Erfolg hat und Hunderte von Fällen zum EuGH kommen, organisatorische Reformen durchführen. Und zu den Schlichtungsstellen: Da möchte ich Dir völlig zustimmen.

ZIMMERMANN:

Christiane Wendehorst.

WENDEHORST:

Also zunächst ganz herzlichen Dank für diesen wunderbaren Vortrag, dem ich nur voll zustimmen kann. Meine Frage: Wo liegen jetzt genau die Probleme oder besser gesagt: Welche Probleme optionaler Instrumente können wir in den Griff bekommen und welche können wir strukturell nicht in den Griff bekommen? Ich persönlich sehe auch eine der ganz großen Schwierigkeiten in der Überlastung des EuGH. Demgegenüber hätte ich jetzt gesagt, dass das Problem der Drittwirkung – vergleiche Deine These 6 – meistens doch irgendwie in den Griff zu bekommen ist. Nehmen wir Dein Beispiel zum Abtretungsrecht: Der Zessionar muss es sich doch auch gefallen lassen, wenn Zedent und Schuldner das Recht von Venezuela oder von Namibia gewählt haben, warum soll es dann so ein großes Problem sein, wenn die zwei das CESL gewählt haben? Oder hast Du Deine Ausführungen bezogen auf das für das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar geltende Recht? Vielleicht könntest Du das noch einmal spezifizieren? Und dann noch die weitere Frage: Wie viel ist einfach durch eine bessere Rechtsetzungstechnik, durch *sophisticated solutions* lösbar, sodass die optionalen Instrumente am Ende vielleicht doch ein wenig optimistischer zu sehen wären als es in Deiner Schlusszusammenfassung herauskam?

KIENINGER:

Beim Abtretungsrecht sehe ich das Problem darin: Das CESL schließt zwar das Abtretungsrecht momentan nicht ein, aber nehmen wir an, das CESL würde in 20 Jahren ein neues Kapitel über das Abtretungsrecht bekommen und Zedent und Zessionar würden das CESL wählen. Dann müssten sie das durch ein *Opt-In* ihrem Abtretungsvertrag zugrunde legen. Mein Problem ist der Drittschuldner. Denn die beiden treten eine Forderung gegenüber dem Drittschuldner ab und der ist an der Abtretung nicht beteiligt. Er wird vielleicht hinterher durch eine Abtretungsanzeige informiert, aber er ist an der Abtretung selbst nicht beteiligt. Wenn jetzt diese Forderung nicht dem CESL unterliegt, sondern einer nationalen Rechtsordnung, dann ist jedenfalls nach gängigen Vorstellungen im IPR die Beziehung des Zessionars, des Erwerbers der Forderung, zum Drittschuldner vom Recht der abgetretenen Forderung, vom Forderungsstatut, beherrscht. Wenn also in Deinem Beispiel die Forderung namibischem Recht unterliegt, dann müssen die Schuldnerschutzvorschriften – an wen kann der Drittschuldner mit befreiender Wirkung leisten, kann er noch aufrechnen, kann er anfechten? – weiterhin dem namibischen Recht unterliegen und nicht dem CESL. Das ist meines Erachtens eine Hürde, die man durch ein *Opt-In*-Instrument nicht

überspringen kann, durch ein *Opt-Out*-Instrument aber möglicherweise schon. Nach dem UN-Forderungsabtretungsübereinkommen, das nicht einem solchen *Opt-In*-Mechanismus folgt, kann dem Schuldner, der in einem Vertragsstaat sitzt, angeschlossen werden, dass für ihn auch die Schuldnerschutzvorschriften des Abtretungsrechts dieses Vertragsstaats, Abteilung internationale Abtretungen, anwendbar sind. Aber in einem rein optionalen Instrument habe ich Probleme damit, dem Drittschuldner einfach zu sagen: „Die Parteien haben in einem Vertrag, an dem du nicht beteiligt gewesen bist, ein anderes Recht gewählt, die Vorschriften zu deinem Schutz unterliegen jetzt diesem Statut.“ Das widerspricht jedenfalls allen gängigen Vorstellungen über kollisionsrechtliche Gerechtigkeit.

Ich muss jetzt noch kurz auf das Mobiliarsicherungsrecht zu sprechen kommen – ein Gebiet, für das es auch akademische Vorschläge für weitere optionale Instrumente gibt. Da sagt man, es sei ja unerträglich, wenn schon im Verhältnis von Deutschland zu Österreich die Österreicher die deutsche Sicherungsübereignung nicht anerkennen, weil sie gegen die österreichischen Pfandrechtsvorschriften verstößt. Wenn also ein sicherungsübereigneter Gegenstand nach Österreich gelangt und dort gepfändet wird, dann ist das Sicherungseigentum untergegangen – eigentlich unerträglich in einem gemeinsamen Markt. Eine Lösungsmöglichkeit bestünde in der Schaffung eines supranationalen europäischen Sicherungsrechts, das allerdings wegen des in vielen Mitgliedstaaten sehr viel stärker verankerten Publizitätsgrundsatzes registrierungspflichtig sein müsste. Als Vorbild wird häufig die UNIDROIT Kapstadt-Konvention 2001 über internationale Sicherungsrechte an beweglichen Ausstattungsgegenständen genannt. Die dort vorgesehenen Bestimmungen zur Registrierung und zum Verhältnis des internationalen Sicherungsrechts zu gegebenenfalls unregistrierten nationalen Rechten passen aber nicht für Mobilien jeder Art. Hier sehe ich auch eine Grenze des optionalen Instruments.

ZIMMERMANN:

Ein Weg zum europäischen Privatrecht führt ja vielleicht auch über Wien, über das vor zwei Jahren gegründete European Law Institute, dessen Vizepräsidentin hier spricht. Jetzt Herr Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Wenn wir schon bei der Zession sind, wollte ich zunächst eine Vorfrage stellen und dann noch eine Gegenthese zu Ihrer These 2 formulieren. Vorfrage: Beim gesetzlichen Forderungsübergang, bei der *cessio legis*, haben wir in der Rom II-Verordnung Regeln, wonach das Zessionsgrundstatut auch das Schicksal der abgetretenen Forderung regelt. Das Versicherungsvertragsrecht sagt: Die Deliktsforderung, die dem Geschädigten zukommt, geht auf die Versicherung über, wenn das Opfer durch die Versicherung entschädigt wird – das ist die Grundregel. Schuldnerschutz wird in Zessionen regelmäßig gewährleistet, sodass das Bedenken, das Sie vortragen, der Schuldner werde nur dann geschützt, wenn sich der Schutz nach dem Recht bemisst, das auf die Forderung, die übergeht, anzuwenden ist, unter diesem Aspekt nicht ein-

leuchtet. Das heißt, bei den Fällen des gesetzlichen Forderungsübergangs meinen wir, dass auch bei Beurteilung der Zession insgesamt nach dem Zessionsgrundstatut der Schuldnerschutz hinreichend gewährleistet wäre. Was bedeutet das für das vertragliche Zessionsrecht? Das wäre die erste Frage.

Die zweite Frage betrifft Ihre These 2, die ich persönlich nicht teile. Ich bin nicht der Meinung, dass der Versuch, harmonisiertes Verbraucherschutzrecht zu schaffen, an Art. 6 Rom I-Verordnung scheitert, weil ich glaube, dass man diese kleinen Lehrbuchbeispiele – Widerrufsfrist von 7 Tagen statt 14 Tagen – in den Griff bekommt. Was mich zu dieser These veranlasst, ist das Parallelproblem im Arbeitsrecht: Nach Art. 8 Rom I-Verordnung wird der Arbeitnehmerschutz kollisionsrechtlich dadurch gesichert, dass dem Arbeitnehmer das Recht des Beschäftigungsortes nicht entzogen werden kann. Dieser Prozess ist begleitet durch eine sehr starke Angleichung des europäischen Arbeitsschutzrechts. Dann ist die kollisionsrechtliche Frage hinfällig, wenn das anzuwendende Recht weitgehend gleich ist oder wenn die Unterschiede, die es gibt, zwar vorhanden, aber erträglich sind. Denn die kollisionsrechtliche Regel des Art. 6 Rom I-Verordnung rückt ja doch den Aspekt in den Mittelpunkt, zu sichern, dass das dem zu Schützenden – sei es der Verbraucher, sei es der Arbeitnehmer – vertraute Recht zur Anwendung kommen soll, damit er nicht in das Ungemach der Anwendung fremden Rechts hineinkommt; das ist ihm nicht zuzumuten. Das ist das Argument. Wenn aber die Differenzen in den Schutzrechten europäisch angeglichen wurden – das trägt die Diskussionen um das Verbrauchsgüterrecht, die Schuldrechtsmodernisierung und die Vereinheitlichung des europäischen Verbraucherkreditrechts –, dann ist das erträglich. Das heißt, die Differenzen sieht man, aber sie sind nicht so dramatisch, dass man sagen könnte, diese Tendenz sollte zurückgedrängt werden. Denn aus der Sicht des Unternehmens ist natürlich die europäische Privatrechtsfreiheit zumindest verkehrserleichternd: Wenn ein Unternehmen, das in 28 EU-Staaten exportiert, sich auf ein mehr oder minder gleiches Verbraucherschutzniveau einstellen kann, dann ist das auch eine Ressource – die Ökonomen haben da nicht ganz Unrecht –, auf die man bauen sollte und die der Binnenmarkt für meine Begriffe geradezu braucht.

KIENINGER:

Ich bin ja auch nicht dafür eingetreten, den bestehenden *acquis communautaire* zurückzuschrauben und abzuschaffen. Ich habe mich nur skeptisch zu dem Vorhaben geäußert, den bisherigen Weg endlos fortzuschreiben und immer weitere Bereiche mit diesen sehr detaillierten Harmonisierungsrichtlinien zu überziehen. Ich denke, dass es mittlerweile wirklich auch ein Kompetenzproblem gibt. Die Frage ist, ob die arbeitsrechtliche Situation hier eins zu eins auf das Verbraucherschutzrecht zu übertragen ist. Bei den Widerrufsfristen habe ich ja selbst gesagt, dass das Problem durch die Verbraucherrechterichtlinie gelöst ist. Im Übrigen, wenn es so wäre, wie Sie sagen, nämlich dass die Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften praktisch nicht vorhanden sind, dann frage ich mich, warum der

politische Widerstand aus den Mitgliedstaaten so enorm hoch war, dass die vollharmonisierende Verbraucherrechtlinie im Rat gescheitert ist. Das war doch genau der Punkt. Man wollte sich nicht die Felder rauben lassen, auf denen die Mitgliedstaaten bislang über die Mindestharmonisierung hinausgehen. Und für so marginal halte ich das übrigens nicht; nehmen Sie ein banales Beispiel im Kaufrecht: Seit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und der Schuldrechtsreform hat der Verkäufer in Deutschland das Recht der zweiten Andienung, er darf also erst einmal nacherfüllen oder reparieren; die sofortige Wandlung gibt es nicht mehr. In England ist das anders, in England kann der Käufer nach wie vor sofort wandeln und sein Geld zurückverlangen. Das ist zum Beispiel für einen Unternehmer, der seine Produkte online vertreibt, relevant. Das Widerrufsrecht fängt zwar vieles auf, weil sich Mängel meistens innerhalb der Zweiwochenfrist zeigen, aber es gibt manche Mängel, die zeigen sich auch erst nach zwei Wochen. Ich kann daher Ihrem Transfer vom Arbeitsrecht auf das Verbraucherschutzrecht schon aus empirischer Sicht nicht ganz zustimmen und ich halte Art. 6 Abs. 1 Rom I-Verordnung tatsächlich nicht für eine Marginalie. Die Rechtswahlfreiheit für die Unternehmen, Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung, existiert praktisch nicht, so dass sich die Unternehmen auf die verschiedenen Umsetzungsgesetze in den Mitgliedstaaten einstellen müssen. Viele tun es sicher nicht und vertrauen darauf, dass nichts passieren wird, und das ist auch in den meisten Fällen richtig. Aber wenn sie rechtlich beraten werden, müssten sie im Prinzip darauf hingewiesen werden, dass unterschiedliche Verbraucherrechte gelten. Ich hätte nichts gegen die volle Harmonisierung, aber die ist im Moment politisch nicht zu machen.

Über Ihre Bemerkung zur Übertragung der gesetzlichen Zession auf die vertragliche Zession müsste ich noch einmal nachdenken. Im Bereich der vertraglichen Abtretung ist es unangefochten, dass im Verhältnis zum Schuldner das Forderungsstatut, Art. 14 Abs. 2 Rom I-Verordnung, gilt. Den Unterschieden zur *cessio legis* müsste ich noch einmal nachgehen.¹

ZIMMERMANN:

Die letzten drei Diskussionsbeiträge fassen wir jetzt zusammen. Herr Paulus.

PAULUS:

An diese Diskussion will ich anschließen und noch einmal danach fragen, welche Strategie dahinter steht. Sind CESL und so weiter nicht doch Teil eines Strategiewechsels? Bisher haben wir Teilharmonisierungen, die allmählich in Vollharmonisierungen wachsen. Ich beobachte das im Urheberrecht, seitdem ich im BVerfG bin, und wir haben damit auch schon unsere Probleme gehabt, wenn man etwa an die Werkdefinition denkt, die große Aufregung hervorgerufen hat, als der EuGH anfang, das zu tun, was man gerade in der Mindestharmonisierung bewusst gelassen hatte. Also bisher sah man folgende Strategie: Man fing mit den Richtlinien an und die Mindest-

¹ Siehe EVA-MARIA KIENINGER, Rechtstechniken zur Etablierung eines Europäischen Privatrechts, in diesem Band, S. 244, Anm. 104.

und Teilharmonisierung wuchs allmählich in eine Vollharmonisierung hinein. CESL scheint jetzt der umgekehrte Weg zu sein: Man setzt eine Vollharmonisierung auf und wartet nur mit der Einführung sozusagen ein bisschen, indem man sie erst einmal optional macht. Vielleicht machen wir den Fehler, dass wir immer aus der sehr ausdifferenzierten deutschen Rechtsperspektive schauen. Wenn wir in andere, vielleicht auch in kleinere Mitgliedstaaten, die nicht unbedingt eine so ausformulierte Rechtsordnung haben, schauen, dann sind diese ganz froh, wenn aus Europa eine Rechtsmasse kommt, die Lösungen vorschlägt, die unter Umständen günstig sind. Und wenn sich das dann in diesen Mitgliedstaaten etwas entwickelt hat, kommt irgendwann doch die Keule des Art. 114 AEUV. Und man könnte auch sagen, CESL fällt unter Art. 114 AEUV, weil es die mildere Maßnahme gegenüber einer sofortigen Vollharmonisierung darstellt. Natürlich kann in einem einheitlichen Binnenmarkt immer ein Grund für Rechtsvereinheitlichung gefunden werden: Da sind unter Umständen mit den Unternehmen auch Lobbys vorhanden, die sagen: „Wir wollen das in ganz Europa, damit wir gleiche Rechte haben, weil uns dann das Leben sehr vereinfacht wird.“ Die Frage wäre: Was kann man einer solchen Strategie entgegensetzen – oder sollte man das überhaupt?

ZIMMERMANN:

Herr Oestmann.

OESTMANN:

Mir ist aufgefallen im Vergleich zu Frau Schumann, dass Ihr Vortrag einerseits sehr unterhaltsam war, aber sehr, sehr technisch – und bei Frau Schumann gab es diesen Fortschrittsoptimismus: Da gibt es Leute, die wollen irgendwie Vereinheitlichung, und es fehlt hinterher an der technischen Umsetzung, wenn diese Rechtsprechung ausstrahlt. Bei Ihnen war es von der Anlage des Vortrags eher umgekehrt. Sie haben uns diese ganzen Mechanismen vorgestellt und zum Schluss gesagt: „Na ja gut, ob ich das wirklich will, weiß ich eigentlich selbst nicht.“ Da würde ich das Stichwort von Herrn Zimmermann aufgreifen: die Wissenschaft. Ist das nicht auch eine Methode zur Privatrechtsvereinheitlichung, dass man historische Rückversicherung betreibt und sich auf die Grundlagen der europäischen Rechtstraditionen bezieht und vielleicht ein bisschen langsamer ein Fundament schafft, um zu wissen, wo sich Vereinheitlichung lohnt oder nicht? Es gab das Schlagwort vom Neopandektismus. Das war am Anfang sehr negativ besetzt, etwa bei PIO CARONI. Aber ist das nicht im Grunde genommen eine Methode, die vielleicht gar nicht so schlecht ist? Auf der Grundlage einer Rückvergewisserung, wo sich das materiell anbietet und wo nicht, hätte man vielleicht eine viel bessere Prognose, zu sagen, welche technischen Möglichkeiten sich bewahrheiten. Bei Ihnen war mir das alles sehr stark auf Gesetzgebung und auf Technik konzentriert.

ZIMMERMANN:

Und schließlich Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Frau Kieninger, nicht nur Bürger und Unternehmen wählen Rechte oder stehen vor der Option, Recht zu wählen, sondern auch die Staaten tun es. In der Eurokrise sehen wir – einige haben es noch in Erinnerung –, dass die Eurostaaten eine Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts gegründet haben, die englisches Recht anwenden soll: diese Rettungsfaszilität, die noch da ist neben dem ESM und die auch die Hauptlast der Insolvenzsicherung für einige Staaten betreibt. Ihr Vortrag und dieses Beispiel bringen mich darauf, unter Einbeziehung des Eindrucks auch von Herrn Oestmanns rechtshistorischem Zugang, ob wir nicht im Grunde jetzt mit diesem Strategiewechsel vor einer Pluralisierung des Rechts stehen. Es entsteht Pluralisierung, indem ein Wettbewerb inszeniert wird, der natürlich etwas ungleich ist, weil die Kommission beziehungsweise die europäischen Unionsorgane andere Instrumente haben als die Mitgliedstaaten; indem man schaut, wie die Interessen der Beteiligten – das sind nicht nur die Bürger, Unternehmen, sondern auch die Staaten – in diesen Wettbewerb eintreten. Haben wir nicht einen großen Rückschritt – so will ich das nicht nennen, weil das auch etwas Theologisches hat –, aber doch eine Rückkehr zu einer Entterritorialisierung, während wir vorher etwa mit dem EGBGB doch eine mit dem Nationalstaat verbundene Territorialisierung der Rechtsanwendung hatten?

ZIMMERMANN:

Eva-Maria, Dein Schlusswort.

KIENINGER:

Zunächst darf ich auf die schriftliche Fassung meines Referats verweisen. Da gehe ich natürlich auf die rechtsvergleichende Fundierung stärker ein; ich habe hier sehr viel übersprungen, um in einer Dreiviertelstunde fertig zu werden.

Zu den Fragen: Leitet das CESL einen Strategiewechsel ein? Die Prognosen sind schwierig, besonders wenn es um die Zukunft geht – da wissen wir tatsächlich nicht, wohin die Reise geht. Im Moment ist es politisch so, dass der Anwendungsbereich des CESL, der im Kommissionsvorschlag ohnehin schon sehr eng definiert war, noch weiter zurückgefahren wird; es sollen jetzt nur noch Fernabsatzverträge erfasst werden. Ich habe daher eher die Befürchtung, dass das CESL in der Praxis keine Verwendung finden wird – und dann ist diese wirklich gute Idee eines optionalen Instruments erst einmal tot. Das wäre eher meine Befürchtung, als dass die EU-Kommission irgendwann – so wie sie es bei Empfehlungen häufig tut – sagt: „Die Mitgliedstaaten haben das nicht richtig umgesetzt und beherzigen das gar nicht und daher machen wir eine bindende Verordnung.“ Aber wie gesagt, ich traue mir nicht zu, diese Entwicklung vorherzusehen.

Zu Herrn Oestmann: Sie haben mich natürlich komplett durchschaut. Wenn ich dieses Thema vor zehn Jahren behandelt hätte, hätte dieser Vortrag ganz anders ausgesehen. Unter dem Eindruck dessen, was in Brüssel tatsächlich geschieht, wie dort Gesetzgebung läuft, mit welchen unsachlichen Argumenten dort Lösungen entwickelt werden, werde ich immer skeptischer gegenüber der europäischen Privatrechtsan-

gleichung. Richtig ist natürlich, dass wir ein rechtsvergleichendes Fundament brauchen und dass das in den letzten Jahren sehr viel breiter geworden ist – auch durch den Draft Common Frame of Reference (DCFR) und durch die Forschungen in vielen einzelnen Wissenschaftlergruppen. Diese Arbeit kann man noch lange fortsetzen und intensivieren und dann kommen sicher auch bessere Regelungsvorschläge heraus, als wir sie momentan haben. Die Frage ist aber: Wann sagt man: „Jetzt ist es gut und jetzt machen wir ein Gesetz“? Beim DCFR ist sicher der große Zeitdruck ein Problem gewesen – einen Entwurf für ein europäisches Vermögensrecht innerhalb von drei Jahren vorzulegen, das war Wahnsinn, und die Fehler sind ja auch zahlreich.

Zur Frage des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, der Rückkehr zu einer Entterritorialisierung und dem Stichwort *law beyond the state*: Wettbewerb der Rechtsordnungen ist auch ein Thema, das ich nicht behandelt habe, was man aber natürlich behandeln muss: Braucht man überhaupt einen staatlichen Eingriff, muss man harmonisieren oder optionale Instrumente kreieren oder gleicht sich das nicht alles von selbst an, dadurch dass die Staaten oder die Akteure das ihnen passende Recht für die Einzeltransaktion wählen? Da muss man sagen, dass der Wettbewerb voraussetzungsvoller ist, als man häufig denkt, vor allem auch auf Staatenseite: Es muss bei diesem Wettbewerb für den Staat auch ein *incentive* geben, sein Recht zu verändern und dann allmählich anzugleichen. In Einzelpunkten haben wir das bei den Mindestkapitalausstattungen für die GmbH beobachtet, in anderen Punkten sind solche Annäherungstendenzen nicht erkennbar. Aber das wäre ein eigener mindestens 45-minütiger Vortrag gewesen.

ZIMMERMANN:

Gut, bevor ich jetzt zurückgebe an unsere Gastgeberin, darf ich Dir noch einmal im Namen aller hier sehr herzlich danken.