

EUROPÄISCHES PARLAMENT



GENERALDIREKTION WISSENSCHAFT

ARBEITSDOKUMENT

**Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU
im Hinblick auf Diskriminierungen
und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch**

REIHE RECHTSFRAGEN

JURI 103 DE

Diese Veröffentlichung erscheint in folgenden Sprachen:

DE (Originalsprache), EN

Die dargelegten Ansichten sind die der Verfasser und entsprechen nicht unbedingt der Position des Europäischen Parlaments.

Nachdruck und Übersetzung - außer zu kommerziellen Zwecken - mit Quellenangabe gestattet, sofern der Herausgeber vorab unterrichtet und ihm ein Exemplar übermittelt wird.

Herausgeber: **Europäisches Parlament**
L-2929 Luxemburg

Verfasser: Christian von Bar (Gesamtleitung), Maurits Barendrecht, Jürgen Basedow, Ulrich Drobnig, Walter van Gerven, Ewoud Hondius, Konstantinos Kerameus, Stelios Koussoulis, Ole Lando, Marco Loos und Winfried Tilmann in Absprache mit der Study Group on a European Civil Code

Die vorliegende Studie wurde auf Ersuchen des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt des Europäischen Parlaments in Auftrag gegeben.

Redaktion: **Klaus H. OFFERMANN**
Generaldirektion Wissenschaft
Abteilung für Soziale, Rechtliche und Kulturelle Angelegenheiten
Tel.: (00352) 4300-23709
Fax.: (00353) 4300-27723
E-mail: koffermann@europarl.eu.int

Manuskript abgeschlossen im Juni 1999.

EUROPÄISCHES PARLAMENT



GENERALDIREKTION WISSENSCHAFT

ARBEITSDOKUMENT

**Untersuchung der Privatrechtsordnungen der
EU
im Hinblick auf Diskriminierungen
und die Schaffung eines Europäischen
Zivilgesetzbuch**

**Vergleichende Untersuchung der Privatrechtsordnungen
der Mitgliedstaaten der EU im Hinblick auf Diskriminierungen
aus Gründen der Staatsangehörigkeit
sowie zur
Möglichkeit und Notwendigkeit der Schaffung
eines Europäischen Zivilgesetzbuches**

REIHE RECHTSFRAGEN

JURI - 103 DE

10-1999

Vorwort

Dieses Gutachten erkundet im Auftrag der Generaldirektion Wissenschaft des Europäischen Parlaments auf der Basis einer rechtsvergleichenden Bestandsaufnahme die Möglichkeit, die Notwendigkeit und die Kompetenz der Europäischen Union zur Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches. Gleichzeitig fragt es nach den in den Privat- und Privatverfahrensrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU evtl. noch bestehenden Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

Die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme gibt einen Überblick über die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten der in der EU derzeit vertretenen nationalen Vermögens- und Prozeßrechte. Dabei konnte es sich oft freilich nur um eine noch recht grobe Übersicht handeln. Details vermochten wir schon aus Zeitgründen und wegen der einer solchen Studie gesetzten Umfangsgrenzen nicht zu verfolgen. Wir mußten uns außerdem auf das Vermögensrecht beschränken. Arbeiten an einem Europäischen Zivilgesetzbuch werden, wenn sie im politischen Raum eine Chance haben wollen, in den wirtschaftsnahen Bereichen des Privatrechts beginnen müssen; die Angleichung insbesondere des Familien- und des Erbrechts ist derzeit noch eine *cura posterior*. Demgemäß verwenden wir das Wort "Vermögensrecht" als eine Komplementärkategorie zu diesen hier ausgeklammerten Materien. Es steht als Oberbegriff für das Schuld- und das Sachenrecht im Sinne der Systematik insbesondere des deutschen Privatrechts. Damit ist zugleich klargestellt, daß wir den Ausdruck "Zivilgesetzbuch" ("*Civil Code*") in diesem Gutachten nicht so verwenden, wie das in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen der Fall ist. Es geht eben noch nicht um eine alles umgreifende Privatrechtskodifikation, sondern es geht um die Schaffung eines gegenständlich beschränkten europäischen Gesetzeswerkes, das vor allem bestrebt sein muß, die den nationalen Vermögensrechten gemeinsamen Traditionen und Überzeugungen aufzuspüren, wo nötig behutsam fortzuentwickeln und jedenfalls erstmalig regelförmig zu fixieren.

Wie und warum eine solche - immer noch gewaltige - Aufgabe in Angriff genommen werden könnte, erörtern wir im dritten Kapitel. Das Gutachten schließt mit einer Analyse der legislatorischen Kompetenzen der EU. Ihr Parlament hat die europäische Privatrechtswissenschaft schon vor Jahren aufgefordert, sich des Generalthemas dieser Studie anzunehmen.¹

¹ Die erste Resolution dieses Inhalts datiert bereits vom 26.5.1989 (Text u.a. in RabelsZ 56 [1992] S. 320 und in ZEuP 1993 S. 613); sie wurde wiederholt und bekräftigt am 6.5.1994 (EuZW 1994 S. 612; ZEuP 1995 S. 669; ABl. C 158/400-401).

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I - Überblick über die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Vermögensrechte und der Zivilverfahrensrechtsordnungen der Rechte der Europäischen Union

Professor Dr.Dr.h.c.mult. Ole Lando, Kopenhagen

Allgemeines Vertragsrecht	3
I. Einleitung	3
II. Die Bindungswirkung von Parteiversprechen	4
III. Der Erfüllungsanspruch	6
IV. Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung	9
V. Haftungsbefreiung bei wesentlicher Veränderung der Umstände	10
VI. Das Prinzip von Treu und Glauben	12
VII. Unfaire Vertragsbestimmungen	14

Professor Dr. Maurits Barendrecht und Dr. Marco Loos, Tilburg

Recht der Dienstleistungsverträge	17
I. Einführung	17
II. Informationspflichten	18
III. Kriterien zur Beurteilung der Qualität der Dienstleistung	19
IV. Haftung für Handlungen von Dritten	20
V. Ansprüche 'Dritter'	22
VI. Beendigung und Anpassung von Dauerschuldverhältnissen	24

Professor Dr. Jürgen Basedow, Hamburg

Versicherungsvertragsrecht	29
I. Einleitung	29
II. Abschlußfreiheit	30
III. Maximale Vertragsdauer	31
IV. Verhaltensobliegenheiten des Versicherungsnehmers zwischen Vertragsschluß und Versicherungsfall	34

Professor Dr. Christian v. Bar, Osnabrück

Außervertragliche Schuldverhältnisse, insbesondere Haftungsrecht	43
I. Die Grundtatbestände der außervertraglichen Haftung	43
II. Standort des Haftungsrechts im Gesamtgefüge des Schadensausgleichsrechts	47
III. Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherungsrecht	50
IV. Strikte Haftung	54
V. Rechtsfolgen	56

<i>Professor Dr.Dr.h.c.mult. Ulrich Drobnig, Hamburg</i> Recht der Kreditsicherheiten	59
I. Vorbemerkung	59
II. Die persönlichen Kreditsicherheiten	59
A. Sachliche Abgrenzung	59
B. Verbraucherschutz für den Sicherungsgeber	62
C. Form und Beweis des Vertrages	63
D. Materielle Wirksamkeit	64
E. Verhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber	65
F. Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Hauptschuldner	69
III. Kreditsicherheiten an Mobilien	70
A. Sicherheiten für Geldkredite	71
(1) Sicherungsgut im Besitze des Gläubigers	72
(2) Sicherungsgut im Besitz des Schuldners	72
(3) Forderungen als Sicherheit	76
B. Sicherheiten für Warenkredite	78
 <i>Professor Dr.Dr.h.c. Konstantinos Kerameus, Athen</i> Die Angleichung des Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union vor dem Hintergrund der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches	 85
I. Verfahrensrechtliche Unterschiede in der Europäischen Union	85
II. Zivilverfahrensrechtsangleichung im allgemeinen	86
III. Zivilverfahrensrechtsangleichung in der Europäischen Union	90
 Kapitel II - Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit	
 <i>Professor Dr. Maurits Barendrecht und Dr. Marco Loos, Tilburg</i> Recht der Dienstleistungsverträge	 97
 <i>Professor Dr. Jürgen Basedow, Hamburg</i> Versicherungsvertragsrecht	 99
 <i>Professor Dr. Christian v. Bar, Osnabrück</i> Gesetzliche Schuldverhältnisse	 105
 <i>Professor Dr.Dr.h.c.mult. Ulrich Drobnig, Hamburg</i> Das Recht der Kreditsicherheiten	 111
 <i>Professor Dr.Dr.h.c. Konstantinos Kerameus, Athen</i> Zivilverfahrensrecht	 115

Kapitel III - Möglichkeit und Notwendigkeit der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Zivilgesetzbuches

Erster Abschnitt: Grundsatzfragen

<i>Professor Dr.Dr.h.c.mult. Ole Lando, Kopenhagen</i>	
Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts	125
I. Einleitung	125
II. Argumente gegen und für ein einheitliches Obligationenrecht in Europa	125
III. Die Commission on European Contract Law	127
 <i>Professor Dr. Christian v. Bar, Osnabrück</i>	
Die Study Group on a European Civil Code mit einem Anhang von <i>Professor Dr. Ewoud Hondius, Utrecht</i>	135
Schriftumsnachweise aus der wissenschaftlichen Diskussion um die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches	140
 <i>Professor Dr. Christian v. Bar, Osnabrück</i>	
Europäisches Zivilgesetzbuch, Staatsverträge, Richtlinien	147

Zweiter Abschnitt: Einzelne Aspekte

<i>Professor Dr. Maurits Barendrecht und Dr. Marco Loos, Tilburg</i>	
Recht der Dienstleistungsverträge	155
I. Notwendigkeit einer europäischen Regelung	155
II. Möglichkeit einer europäischen Regelung	156
 <i>Professor Dr. Jürgen Basedow, Hamburg</i>	
Versicherungsvertragsrecht	159
I. Herstellung des Binnenmarkts	159
II. Die erste Option: Freie Rechtswahl	161
III. Die zweite Option: Angleichung des materiellen Vertragsrechts	161
IV. Resümee	163

<i>Professor Dr. Christian v. Bar, Osnabrück</i>	
Gesetzliche Schuldverhältnisse	165
I. Notwendigkeit einer Vereinheitlichung	165
II. Möglichkeit einer Vereinheitlichung	169
<i>Professor Dr.Dr.h.c.mult. Ulrich Drobnig, Hamburg</i>	
Das Recht der Kreditsicherheiten	173
I. Persönliche Kreditsicherheiten	173
II. Kreditsicherheiten an Mobilien	175

Kapitel IV - Die Kompetenz der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vermögensrechts

<i>Professor Dr. Winfried Tilmann, Düsseldorf, und Professor Dr. Walter van Gerven, Leuven/Maastricht</i>	
Die Kompetenzen der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts und die möglichen Rechtsgrundlagen	183
I. Vorbemerkungen	183
II. Materien des Schuld- und Sachenrechts, die vorrangig einer Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung bedürfen	185
III. Die in Betracht kommenden Ermächtigungen des EG-Vertrages	191
IV. Schlußbemerkung	203

Kapitel I

Überblick über die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Vermögensrechte und der Zivilverfahrensrechtsordnungen der Rechte der Europäischen Union

Allgemeines Vertragsrecht

Ole Lando, Kopenhagen *

I. Einleitung

1. *Auf dem Wege zu einem vereinheitlichten europäischen Vertragsrecht*

Obwohl sich ihre Vertragsrechte nach wie vor beträchtlich unterscheiden, haben es die Staaten der Europäischen Union bislang nicht vermocht, ein einheitliches allgemeines Vertragsrecht zu schaffen. Bestrebungen in diese Richtung gibt es freilich schon seit geraumer Zeit. Sie haben ihren Niederschlag in den "Principles of European Contract Law" (im folgenden: PECL), den im Schoße der Commission on European Contract Law ausgearbeiteten Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts gefunden.¹ In ihrer derzeitigen Fassung betreffen diese Regeln den Abschluß von Verträgen, Vollmacht, materielle Gültigkeit, Auslegung, Inhalt, Vertragsverletzung und die Rechte der von einer Vertragsverletzung betroffenen Partei. Gegenstand der noch laufenden Arbeiten sind Regeln über Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, über die Forderungsabtretung, die Schuldübernahme, die Aufrechnung, das Recht der Zinseszinsen und die Verjährung.

2. Die Regeln über das Zustandekommen von Verträgen, über die Vertragsverletzung und über die Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung stimmen weitgehend mit denen des UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf (CISG) überein. In den anderen Materien hat sich die Kommission nach einer rechtsvergleichenden Bestandsaufnahme von den ihr vorzugswürdig erscheinenden Regeln der autonomen europäischen Rechtsordnungen leiten lassen. Ein Beispiel ist das Recht der Vollmacht, das zu einem nicht geringen Teil vom deutschen Recht inspiriert worden ist. Hier und da finden sich freilich auch Neuschöpfungen, die im Wege eines Kompromisses gewonnen wurden. Die nachfolgenden Zeilen setzen die wichtigsten Grundentscheidungen der Regeln des Europäischen Vertragsrechts zu den führenden autonomen Rechten der Mitgliedstaaten in Bezug.

* Aus dem englischen Original ins Deutsche übertragen von *Christian v. Bar, Osnabrück*

¹ Lando/Beale (Hrsg.), *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies* (1995). Eine deutsche Übersetzung findet sich bei Drobniß/Zimmermann, *Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I*, der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, ZEuP 1995 S. 864-875. In französischer Sprache wurde der erste Teil der "Principles" herausgegeben von de Lamberterie/Tallon, *Les principes du droit européen du contrat* (1997). Mit der Veröffentlichung der Arbeitsergebnisse der zweiten Kommission ist noch im Jahre 1999 zu rechnen. Die Zitierweise der Artikel oben im Text folgt dieser zur Veröffentlichung anstehenden Ausgabe. Die dritte Kommission wird ihre Arbeiten voraussichtlich im Jahre 2000 abschließen.

II. Die Bindungswirkung von Parteiversprechen

3. *Pacta sunt servanda*

Eine Vertragspartei muß sich darauf verlassen können, daß die andere Seite hält, was sie verspricht. Es ist deshalb ein Grundprinzip aller europäischen Vertragsrechte, daß Verträge eingehalten werden müssen. Alle europäischen Vertragsrechte bekennen sich mit Entschiedenheit zu diesem Ausgangspunkt. Die Verpflichtung zur Einhaltung eines gegebenen Vertragsversprechens ist deshalb in mehreren Vorschriften der PECL enthalten, etwa in Art. 1:102 PECL, der den Grundsatz der Vertragsfreiheit fixiert, oder in Art. 6:111 PECL, der sich mit dem Problem veränderter Umstände befaßt und ausspricht, daß eine Partei ihre Verpflichtungen grundsätzlich auch dann einzulösen hat, wenn die Erfüllung sie größeren Belastungen aussetzt als ursprünglich angenommen.

4. Rechtsbindungswille

Alle europäischen Rechte dürften darin übereinstimmen, daß eine Willensübereinstimmung erst dann die Gestalt eines bindenden Vertrages annimmt, wenn die Parteien die Absicht hatten, sich *rechtlich* zu binden. Hat man die Einladung zu einem Abendessen angenommen, erscheint man aber nicht, so ist das keine Vertragsverletzung: man hatte sich moralisch, aber nicht rechtlich gebunden. Außerdem müssen sich die Parteien auf zureichend definitive und konkrete Bedingungen geeinigt haben ("sufficiently definite terms"). Auch dies gehört zu den Gemeinsamkeiten aller europäischen Vertragsrechte. Es hat seinen Niederschlag in Art. 2:101 PECL gefunden.

5. *Vertrauensprinzip*

Es kommt nicht darauf an, was eine Partei insgeheim beabsichtigt. Nicht durch das, was man denkt, wird man gebunden, sondern durch das, was man sagt. Aus diesem Grunde sieht Art. 2:102 PECL in Übereinstimmung insbesondere mit dem Common Law, dem deutschen, dem niederländischen und den skandinavischen Rechten ausdrücklich vor, daß die Frage, ob eine Partei mit Rechtsbindungswillen agierte, auf der Basis ihrer Erklärungen und ihres Verhaltens zu entscheiden ist, und zwar so, wie sie (es) von der anderen Seite vernünftigerweise verstanden werden mußte. Es kommt darauf an, worauf sich der Empfänger einer Willenserklärung verlassen darf (Vertrauensprinzip).

6. Das Vertrauensprinzip findet sich z.B. auch in den Regeln zum Recht der Vollmacht. Ebenso wie das deutsche Recht und die skandinavischen Rechtsordnungen sieht Art. 3:201 PECL vor, daß die Bevollmächtigung eines Stellvertreters durch den Vertretenen, in seinem Namen zu handeln, ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen abgeleitet werden kann. Eine Person wird behandelt, als habe sie einem (Anscheins-) Vertreter Vollmacht erteilt, wenn ihre Erklärung oder ihr Verhalten die andere Partei vernünftigerweise und nach den Geboten von Treu und Glauben annehmen lassen mußte, es liege eine Bevollmächtigung vor.

7. **Form und Causa**

Einige romanische Rechtssysteme verlangen für die Wirksamkeit eines Vertrages ab einer bestimmten Vertragssumme jedenfalls mittelbar (durch den Ausschluß des Zeugenbeweises) Schriftform; außerdem muß der Vertrag einen Rechtsgrund, eine cause, haben. Das deutsche Recht und die skandinavischen Rechte kennen diese Voraussetzungen nicht. Die Kommission für Europäisches Vertragsrecht hat sich auf den liberaleren Standpunkt der letztgenannten Rechtsordnungen gestellt.

8. **Gegenleistung (consideration)**

Dasselbe trifft für das Erfordernis der Gegenleistung (consideration) zu. In England und in Irland gilt generell, daß ein Vertragsversprechen, das nicht durch eine "consideration" verstärkt wird, nicht aus sich selbst heraus bindet. Ein Versprechen, mag es von dem Erklärenden noch so ernsthaft gemeint und von dem Erklärungsempfänger als ebenso ernsthaft verstanden worden sein, wird erst bindend, wenn der Erklärungsempfänger etwas ihn Belastendes gibt oder tut ("unilateral" contract), oder wenn er im Austausch für das Versprechen seinerseits etwas ihn Belastendes zu geben oder zu machen verspricht ("bilateral" contract). Ein unentgeltliches Leistungsversprechen ("gratuitous promise") ist folglich nicht einklagbar.

9. Die Kommission für Europäisches Vertragsrecht stellte sich auf den Standpunkt, daß das Wirtschaftsleben zahlreiche Verpflichtungserklärungen kennt, die auch ohne Gegenleistung durchsetzbar sein sollten. Sie dachte etwa an Verpflichtungen, bereits erbrachte Dienst- oder Werkleistungen zu bezahlen, ferner an Schenkungs- und Spendenversprechen. Ein reicher Fabrikant z.B., der öffentlich ankündigt, eine Million Euro in einen Fonds zugunsten der Kinder und Witwen von Soldaten einzuzahlen, die während ihres Friedensdienstes im ehemaligen Jugoslawien zu Tode kamen, sollte an seinem Versprechen festgehalten werden können. Die Kommission folgte deshalb grundsätzlich der kontinentaleuropäischen Rechtslage, die auf das Erfordernis der consideration verzichtet. Art. 2:101 PECL sagt ausdrücklich, daß der Vertrag geschlossen ist, "if the parties intended to be legally bound, and have reached a sufficient agreement, without any further requirement." Die Worte "without any further requirement" machen deutlich, daß Form, Causa und Consideration keine Gültigkeitsvoraussetzungen für einen Vertragsschluß sind.

10. **Bindungswirkung des Angebots?**

Unter deutschem Recht wird ein Angebot bindend, sobald es dem Erklärungsempfänger zugeht, in den nordischen Rechten, sobald es zu seiner Kenntnis gelangt. Sofern das Angebot nicht selbst den Zusatz enthält, daß es zurückgenommen werden kann, kann es nicht widerrufen werden. Die meisten übrigen Rechte Europas entscheiden anders: Das Angebot ist bis zur Annahme nicht bindend. Das ist auch der Inhalt von Art. 16 CISG, und die Kommission über Europäisches Vertragsrecht entschied, sich dieser Position im Ausgangspunkt anzuschließen (Art. 2:202 PECL). Aber es gibt Ausnahmen. Angebote, die sich selbst als bindend bezeichnen, oder Angebote, die eine feste Zeitspanne angeben, innerhalb derer sie angenommen werden müssen, schaffen einen Vertrauenstatbestand in

ihre Bindungswirkung. Dieses Vertrauen ist schützenswert. Es gibt hierfür noch einige weitere Beispiele, die sich alle durch das Prinzip des Vertrauensschutzes erklären. Ein Beispiel ist der Fall eines Subunternehmers, der dem Generalunternehmer ein Angebot unterbreitet, das dieser wiederum in seine Bewerbung um die Ausschreibung einfließen läßt.

11. *Abweichungen vom UN-Kaufrecht*

Der Art. 2:202 PECL folgt dem UN-Kaufrecht allerdings nicht sklavisch. In einem wichtigen Punkt ist die Vorschrift von Art. 16 CISG abgewichen. Art. 16 (2) (a) CISG sagt, ein Angebot könne nicht widerrufen werden, "wenn es durch die Bestimmung einer festen Frist zur Annahme oder auf andere Weise zum Ausdruck bringt, daß es unwiderruflich ist" ("whether by stating a fixed time for its acceptance or otherwise"). Was genau damit gemeint sein soll, wird indes nicht restlos klar. Vor allem bleibt insbesondere in der englischen Fassung offen, ob schon allein das Setzen einer Annahmefrist das entsprechende Angebot automatisch unwiderruflich macht. Diese Position entsprach zwar der Auffassung der Delegierten aus der Welt des Civil Law, die Art. 16 aaO in Wien verhandelten, nicht aber der der Delegierten des Common Law. Diese wollten einen entsprechenden Automatismus nicht akzeptieren. Das Ergebnis der Diskussion dürfte - klar sind die Dinge aber eben gerade nicht - gewesen sein, daß die Widerruflichkeit des Angebotes davon abhängt, wie der Angebotsempfänger die Intentionen des Anbietenden vernünftigerweise verstehen mußte. Die Regel des Art. 16 (2) (a) CISG kann also zu Rechtsunsicherheit führen, und sie wurde folglich von der Kommission über Europäisches Vertragsrecht nicht übernommen. Art. 2:102 (3) PECL sieht ganz einfach vor, daß der Widerruf eines Angebots unwirksam ist, wenn das Angebot eine Annahmefrist fixierte.

III. Der Erfüllungsanspruch

12. *Die Fragestellung*

Die allermeisten Verträge enthalten ein Erfüllungsversprechen. Eine Seite verpflichtet sich zur Leistung von Sachen, Rechten oder Diensten, und die andere Seite verpflichtet sich im Austausch hiergegen zur Zahlung einer Geldsumme. Wenn nun eine Partei nicht erfüllt, dann entsteht das Problem, ob sie von der anderen Partei auf Erfüllung (oder nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) in Anspruch genommen werden kann.

12. *Die Grundregel für Geldleistungspflichten*

Für die kontinentaleuropäischen Rechte ist die Gewährung eines Erfüllungsanspruches der natürliche Ausgangspunkt, bei auf Geld gerichteten Ansprüchen ohnehin. Auch das Common Law kennt grundsätzlich eine auf die Zahlung einer vereinbarten Geldsumme gerichtete Klagemöglichkeit. Sie ist allerdings einigen Einschränkungen unterworfen und hat auch nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn der Preis durch eine Leistung verdient ("earned") wurde (sec. 49 [1] English and Irish Sale of Goods Acts). Immerhin: In beiden großen europäischen Systemen kann jede Partei ihre Leistung anbieten und danach grundsätzlich den Preis einklagen. So verhält es sich folglich auch unter Art. 9:101 (1) PECL.

13. **Ausnahmen**

Aber sollte diese Regel ausnahmslos gelten, z.B. auch dann, wenn der Käufer von Gütern oder der Gläubiger einer Dienstleistung sie nicht mehr haben will und deshalb ihre Annahme und ihre Bezahlung verweigert? Erfahrungen aus englischer und schottischer Rechtsprechung deuten daraufhin, daß die Grundregel einiger Ausnahmen bedarf. Außerhalb des Kaufrechts dürfte im englischen und im schottischen Recht heute die Regel gelten, daß wenn eine Partei die ihr angebotene Leistung zurückweist und wenn zu diesem Zeitpunkt die andere Seite kein legitimes Interesse daran hat, auf Erfüllung zu bestehen, diese Partei nur Schadensersatz verlangen kann, ein Anspruch, der seinerseits mit der Schadensminderungsobliegenheit belastet ist. Die Voraussetzungen dafür, daß ein legitimes Erfüllungsinteresse fehlt, muß aber natürlich die Partei beweisen, die sich in Gläubigerverzug befindet.

14. Die meisten kontinentalen Rechte kennen eine solche Einschränkung nicht. Der Vorgänger des UN-Warenkaufrechts, das Haager Einheitliche Kaufrecht von 1964 (Uniform Law on Contracts for the International Sale of Goods, ULIS) sah bzw. sieht in Art. 61 (2) vor, daß der Verkäufer dann nicht von dem Käufer Zahlung des Kaufpreises verlangen kann, wenn sich dies aus dem Handelsbrauch ergibt und wenn es für den Verkäufer ohne weiteres möglich ist, die Ware anderweitig zu vermarkten. In diesem Fall soll(te) der Vertrag als beendet gelten und der Verkäufer auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt werden. Das UN-Kaufrecht kennt eine solche Einschränkung nicht. Die PECL haben sie (wieder) eingeführt. Das Motiv hierfür war, daß ein Schuldner nicht für eine Leistung soll zahlen müssen, die er nicht mehr haben will, sofern der Gläubiger leicht an einen Dritten leisten kann oder sofern es andere Gründe gibt, die ein Beharren auf dem Erfüllungsanspruch unvernünftig erscheinen lassen. Art. 9:102 (2) sieht deshalb vor: "Specific performance cannot, however, be obtained where (a) performance would be unlawful or impossible; or (b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or (c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends on a personal relationship; or (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source".

15. **Nicht auf Geld gerichtete Erfüllungsansprüche**

Besteht die versprochene Leistung nicht in Geld, dann gewährt das Common Law einen echten Erfüllungsanspruch nicht. Es gibt kein Recht auf Erfüllung, vielmehr begnügt es sich mit einer aus dem Billigkeitsrecht ("equity") entwickelten richterlichen Ermessensentscheidung (einem "discretionary remedy"). Der Ermessensgebrauch der Gerichte ist freilich nicht völlig frei, sondern seinerseits Regeln unterworfen. Zu ihnen gehört, daß der Beklagte nur dann auf Erfüllung ("specific performance") verurteilt wird, wenn Schadensersatz zur Befriedigung des Klägers nicht genügt. Ein gutes Beispiel liefert der Verkauf eines Grundstücks. Die Länder des Civil Law nehmen dagegen ihren Ausgangspunkt bei der Gewährung eines klagbaren Erfüllungsanspruches. In Deutschland gilt das geradezu als axiomatisch.

16. Auch die kontinentaleuropäischen Rechte kennen jedoch Ausnahmen von ihrer Grundregel Erfüllung kann nicht beansprucht werden, wo sie unmöglich oder ungesetzlich geworden ist. In mehreren Rechtsordnungen diesseits wie jenseits des Kanals wird ein Erfüllungsanspruch ferner dann nicht gewährt, wenn er unvernünftig wäre, so z.B. wo die Kosten für die Bergung eines nach Abschluß des Kaufvertrages gesunkenen Schiffes seinen Wert überschritten. Nicht erzwingbar sind ferner versprochene persönliche Dienstleistungen. Entsprechendes gilt nach dem Recht mehrerer Länder für die Erfüllung von Verpflichtungen aus einer persönlichen Beziehung, wie z.B. die Verpflichtung, eine Personengesellschaft zu errichten oder fortzuführen. Die aktive Beteiligung hieran ist nicht erzwingbar. Die Unterschiede zwischen dem Civil und dem Common Law sind unter dem Strich also deutlich geringer, als es beim ersten Zusehen den Anschein haben mag. Außerdem wird eine Partei auch in den kontinentaleuropäischen Rechten schon von sich aus nur dann auf Erfüllung bestehen, wenn sie daran ein Interesse hat, das sich allein durch einen Schadensersatz nicht befriedigen läßt.

17. *Die Lösung der CISG*

Trotz dieser unverkennbaren Gemeinsamkeiten konnte im Rahmen der Arbeiten an dem UN-Kaufrechtsübereinkommen kein Einvernehmen erzielt werden. Art. 46 Abs. 1 CISG sagt zwar: "Der Käufer kann vom Verkäufer Erfüllung seiner Pflichten verlangen, es sei denn, daß der Käufer einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, der mit diesem Verlangen unvereinbar ist". Zuvor war in Art. 28 CISG indes schon festgelegt worden: "Ist eine Partei nach diesem Übereinkommen berechtigt, von der anderen Partei die Erfüllung einer Verpflichtung zu verlangen, so braucht ein Gericht eine Entscheidung auf Erfüllung in Natur nur zu fällen, wenn es dies auch nach seinem eigenen Recht bei gleichartigen Kaufverträgen täte, die nicht unter dieses Übereinkommen fallen". Man hat sich m.a.W. darauf geeinigt, nicht einig zu sein. Art. 46 CISG enthält die kontinentaleuropäische, Art. 28 CISG die Position des Common Law.

18. *Die Lösung der PECL*

Der zweispurige Ansatz des UN-Kaufrechts war unnötig. Die zivilistischen Systeme hätten einräumen können, daß der Anspruch auf Erfüllung in Natur auf die Situationen beschränkt werden kann, in denen er im praktischen Rechtsleben wirklich benötigt wird. Das Common Law hätte insoweit nachgeben können, als es in diesen Situationen einen echten Anspruch (im Gegensatz zu einem discretionary remedy, s. oben) als die angemessene Lösung hätte akzeptieren können. Auf diesen Kompromiß läuft deshalb Art. 9:102 (1) und (2) PECL hinaus.² Die Kommentierung dieser Vorschriften erläutert, die Ausnahme unter lit. (c) folge daraus, daß der Erfüllungszwang bei persönlich zu erbringenden Dienstleistungen eine schwerwiegende Freiheitsbeeinträchtigung wäre. Außerdem würde eine Erfüllung unter Zwang in solchen Situationen kaum zu befriedigenden Resultaten führen. Schließlich wäre es für ein Gericht schwierig zu überprüfen, ob wirklich erfüllt würde. Die Ausnahme unter litera (d) erklärt sich aus ganz ähnlichen Gründen. Die verfahrensrechtlichen Regeln über den Erfüllungszwang bleiben im übrigen den nationalen Rechten überlassen. Hier unterscheiden sich Civil und Common Law. Der in Art. 9:102 PECL benutzte Ausdruck "specific performance" mag

² Text oben in Nr. 14.

wegen seiner Herkunft aus dem Common Law nicht ganz glücklich sein; einen besseren (und allgemein verständlichen) Ausdruck gab es indes nicht.

IV. Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung

19. *Nichterfüllung*

Das Recht der Haftung für Vertragsverletzungen unter den PECL lehnt sich weitgehend an das Common Law und an die skandinavischen Rechte an, unterscheidet sich im systematischen Zugriff aber in einigen Punkten vom deutschen Recht. Die PECL wählen für die Vertragsverletzung das Wort "Nichterfüllung" (non-performance). Eine solche Nichterfüllung liegt nach dem System der PECL vor, wenn eine Partei irgendeine von ihr übernommene Verpflichtung nicht bzw. nicht richtig erfüllt. Die Nichterfüllung kann also ebensogut in einer Schlechterfüllung wie in einer Nichterfüllung zu dem Zeitpunkt bestehen, in welchem hätte erfüllt werden müssen, ganz gleich, ob die Erfüllung zu spät oder gar nicht erfolgt. Nichterfüllung liegt auch vor, wenn akzessorische Pflichten verletzt werden, z.B. die Verpflichtung zur Verschwiegenheit über Geschäftsgeheimnisse der anderen Vertragspartei. Auch der Gläubigerverzug konstituiert einen Fall der Nichterfüllung.

20. *Rechtsbehelfe*

Die Rechtsbehelfe (remedies) hängen im wesentlichen davon ab, ob die Nichterfüllung zu vertreten ist oder nicht, außerdem davon, ob sie von dem Gläubiger verursacht wurde (Art. 8:101 PECL³). Bei einer zu vertretene Nichterfüllung steht dem Gläubiger der Erfüllungsanspruch zu.⁴ Außerdem kann er Schadensersatz verlangen, seine eigene Leistung zurückhalten, seine eigene Leistung reduzieren oder den Vertrag für beendet erklären. Ist die Nichterfüllung nicht zu vertreten, dann scheidet Erfüllung und Schadensersatz aus. Die anderen Rechtsbehelfe bleiben jedoch unberührt. Eine Nichterfüllung ist nicht zu vertreten, wenn die jeweilige Partei beweist, daß es sich um ein Erfüllungshindernis jenseits ihrer Kontroll- und Einflußmöglichkeiten handelt, mit dessen Eintritt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gerechnet werden konnte (Art. 8:108 PECL). Geht die Nichterfüllung dagegen kausal auf ein Tun oder Unterlassen des Gläubigers zurück, so stehen ihm keine Rechtsbehelfe zur Verfügung, und dies auch dann nicht, wenn der Gläubiger das von ihm verursachte Erfüllungshindernis nicht abwenden konnte. Der Gläubigerverzug kann freilich seinerseits eine Nichterfüllung darstellen, die der anderen Seite das Recht gibt, die Aufhebung des Vertrages zu erklären.

21. *Vertragsaufhebung bei wesentlicher Vertragsverletzung*

Wie das UN-Kaufrecht und zahlreiche Rechte der Mitgliedstaaten, so verlangen auch die PECL eine wesentliche Nichterfüllung (oder Vertragsverletzung) als Voraussetzung für eine Vertragsaufhebung durch die verletzte Partei (Art. 8:103 und Art. 9:301 PECL). Art. 8:103 definiert, was unter einer wesentlichen Vertragsverletzung zu verstehen ist.⁵ Art.

³ Der Text lautet: "(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Art. 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9. (2) Where a party's non-performance is excused under Art. 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages. (3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance."

⁴ Vorher Nr. 11-18.

⁵ Der Text lautet: "A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or (b) the non-performance substantially deprives the

9:301 (1) PECL stellt klar, daß eine Partei die Aufhebung des Vertrages erklären kann, wenn die Vertragsverletzung der anderen Seite wesentlich ist. Art. 8:103 (a) honoriert eine Vertragsabsprache, wonach strikte Vertragserfüllung von so entscheidender Bedeutung ist, daß der Gläubiger von seinen eigenen Verpflichtungen frei werden muß, sobald sein Schuldner von dem Vereinbarten abweicht. Wenn z.B. in einem Leasinggeschäft unter Kaufleuten vereinbart wurde, daß das Leasingobjekt zu einem bestimmten Datum zur Verfügung gestellt werden *muß*, an dem der Leasingnehmer das Objekt abholen wird, dann stellt eine Nichteinhaltung dieser Terminabsprache eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Zu berücksichtigen ist freilich stets das Prinzip von Treu und Glauben aus Art. 1:201 PECL. Handelt es sich um eine so geringfügige Abweichung, daß die verletzte Vertragspartei mit ihr vernünftigerweise keine Vertragsaufhebung begründen kann, dann hat sie dazu auch nicht das Recht.

22. Art. 8:103 (b) PECL hebt die Bedeutung der Folgen einer Vertragsverletzung für die von ihr betroffene Partei hervor. Entscheidend ist das Gewicht des Nachteils, den sie hinzunehmen hat. Als Vorbild diene insoweit Art. 25 CISG, wonach eine von einer Partei begangene Vertragsverletzung dann wesentlich ist, "wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, daß ihr im wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen...". Art. 8:103 (c) beschränkt sich auf vorsätzliche Vertragsverletzungen, die der anderen Seite Grund zu der Annahme geben, sie könne sich auch in Zukunft nicht auf die Vertragstreue der anderen Seite verlassen.

23. ***Andere Gründe für eine Vertragsaufhebung***

Die wesentliche Vertragsverletzung durch eine Partei ist nicht der einzige Grund für eine Vertragsaufhebung. Art. 9:301 (2) sieht vor, daß der Gläubiger dem Schuldner im Verzugsfall eine angemessene Nachfrist setzen kann, nach deren fruchtlosen Verstreichen das Recht zur Vertragsaufhebung entsteht, vgl. auch Art. 8:106 (3) PECL. Das Vorbild für dieses Nachfrist-Verfahren lieferte das UN-Kaufrecht (Artt. 49 [1] [b] und 64 [1] [b], ferner Artt. 47 und 63 CISG), dem insoweit wiederum das deutsche Recht zum Vorbild gereicht hatte.

V. Haftungsbefreiung bei wesentlicher Veränderung der Umstände

24. ***Höhere Gewalt***

In den meisten europäischen Vertragsrechten bleibt eine Partei auch dann zur Erfüllung verpflichtet, wenn diese Erfüllung für sie belastender ist als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses angenommen. Eine Ausnahme von dieser aus dem Prinzip *pacta sunt servanda* gewonnenen Grundregel wird im Falle der höheren Gewalt gemacht, also im Falle nachträglicher Umstände, welche die Erfüllung unmöglich oder quasiumöglich machen. Im Falle von höherer Gewalt hat der Schuldner die Nichterfüllung nicht zu

aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance."

vertreten. Obwohl die nationalen Rechte insoweit nicht in jedem Detail übereinstimmen, zeichnen sich folgende Hauptlinien ab. Ein Schuldner wird nur dann von seiner Verpflichtung frei, wenn die Erfüllung rechtlich oder tatsächlich unmöglich geworden ist. Die meisten Systeme akzeptieren auch den Einwand der Quasiumöglichkeit, z.B. dort, wo die Leistung rein tatsächlich noch möglich, wirtschaftlich jedoch unzumutbar geworden ist. Außerdem wird verlangt, daß der Schuldner das auf seiner Seite eintretende Leistungshindernis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehen konnte und daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, weil sie außerhalb seiner Kontroll- und Einflußsphäre eintrat. Höhere Gewalt beendet in den meisten Systemen den Vertrag. Es bleibt weder Raum für seine Anpassung noch Raum für eine Neuverhandlungspflicht. Die *vis major*-Regel ist allerdings nicht zwingenden Rechts; sie ist verhandelbar und wird in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch tatsächlich oft abbedungen. Die Art. 79 CISG und 8:108 PECL geben die hier skizzierte Rechtslage wieder.

25. Härte

Bei Dauerschuldverhältnissen (z.B. bei Kooperationsverträgen, langfristigen Bauverträgen oder langfristig angelegten Verträgen über die wiederkehrende Erbringung von Sach- und Dienstleistungen) kann der Eintritt unvorhergesehener Umstände die Erfüllung in außergewöhnlicher Weise erschweren. Das gilt besonders für wirtschaftliche Notzeiten und bei inneren Unruhen. In solchen Verträgen bedarf es einer über die *vis major*-Regel hinausgehenden Härteklausel. In vielen Verträgen ist sie auch tatsächlich enthalten. Es kommt jedoch immer wieder vor, daß die Parteien vergessen, sie aufzunehmen, oder daß sie sie für unnötig halten. Manche meinen, daß die von einer Härte betroffene Partei dann eben auch die Konsequenzen tragen müsse. Das erscheint jedoch oft als eine zu schwere Strafe für Vergeßlichkeit oder mangelnde Vertragsvorsorge. Viele nationale Rechtsordnungen tragen dem schon heute Rechnung, sei es durch ausdrückliche Regelungen, sei es (wie in Deutschland) unter Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben und die daraus entwickelten Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Regeln dieser Art sind allerdings dem Common Law unbekannt, und entsprechendes gilt im Hinblick auf Verträge zwischen Privatleuten für das französische Recht. Auch das UN-Kaufrecht kann keine selbständige Härteregelung (vgl. Art. 79 CISG).

26. Art. 6:111 PECL

Die Kommission über Europäisches Vertragsrecht hat eine Härteregelung für erforderlich gehalten und sie in Art. 6:111 PECL eingestellt.⁶ Wie bei der *vis major*-Regel, so handelt

⁶ Der Text lautet: "(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing."

es sich auch bei der Härteregelung um dispositives Recht. Die beiden Regeln unterscheiden sich im übrigen aber durch eine Reihe von Punkten. Der Härtefall tritt bereits ein, wenn die Erfüllung außergewöhnlich belastend ("excessively onerous") wirken würde. Das ist z.B. in einem Fall anzunehmen, in dem sich eine Gesellschaft im Jahre 1929 "für alle Zeit" verpflichtet hatte, einem Krankenhaus Wasser zu einem fest bestimmten Preis zu liefern, der im Jahre 1978 infolge von Inflation vollkommen lächerlich geworden war. Ein anderes Beispiel liefert der Fall einer Gesellschaft, die sich im Jahre 1908 auf dreißig Jahre zur Lieferung von Gas verpflichtet hatte und an dieser Verpflichtung auch dann noch festgehalten werden sollte, als während des ersten Weltkrieges die Verknappung von Kohle deren Preis auf das Vierfache hatte hochschnellen lassen. Die PECL sehen allerdings nicht für alle Fälle eine automatische Vertragsbeendigung vor. Der Vertrag kann vielmehr (und vorzugsweise) durch die Parteien oder (hilfsweise) durch das Gericht an die veränderten Umstände angepaßt werden. Die Einzelheiten dazu finden sich in den Absätzen 2 und 3 des Art. 6:111 PECL.

VI. Das Prinzip von Treu und Glauben

27. *Deutsches Recht*

Bemerkenswert verschieden ist noch immer die Grundhaltung der europäischen Vertragsrechte gegenüber dem Grundsatz von Treu und Glauben in seiner Bedeutung als Rechtsprinzip. Man sieht das besonders deutlich an einer Gegenüberstellung des deutschen und des englischen Rechts. Der § 242 des deutschen BGB sagt bekanntlich, daß der Schuldner verpflichtet ist, seine Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte es verlangen. Das ist sozusagen die "Königsnorm" des deutschen Vertragsrechts. Sie wurde zu einer moralischen Überhöhung des gesamten deutschen Rechts benutzt, zu einer Art "Supernorm", die auch auf die Handhabung anderer gesetzlicher Vorschriften abfärbte und den rigorosen Individualismus, wie er ursprünglich dem BGB zugrunde lag, abschwächte. Es wurde eine Vorschrift zur Anpassung des Rechts an veränderte soziale und moralische Standards.

28. Das Prinzip von Treu und Glauben wird in vielen Rechtsbereichen wirksam. Es beherrscht die Vertragsauslegung und gebär die Figur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Es spielte eine wesentliche Rolle im Recht gegen unfaire Allgemeine Geschäftsbedingungen, und es brachte vertragliche Loyalitätspflichten hervor (Pflichten zur Zusammenarbeit, Schutzpflichten, Informationspflichten, Rechnungslegungspflichten). Weitere Beispiele sind die Verwirkung und der Rechtsmißbrauch, welcher wiederum ganz unterschiedliche Formen annehmen kann. Beispiele liefern die Parömie *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*, die Regel, daß man sich nicht zu seinem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzen darf, und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel in Relation zu der Schwere des Vertragsbruchs der anderen Seite. Das Prinzip von Treu und Glauben findet sich im übrigen zwar auch in den anderen europäischen Kodifikationen, hat dort aber (mit

Ausnahme der Niederlande) nie den überragenden Rang erzielt, der ihm in Deutschland beigemessen wurde.

29. *Das Common Law*

Ganz anders das Common Law. Es kennt keine allgemeine Verpflichtung, in Übereinstimmung mit Treu und Glauben zu handeln (to act in accordance with good faith and fair dealing). Englische Gerichte haben Schuldner an ihrer Verpflichtung auch dann festgehalten, wenn der Gläubiger kein anerkanntes Motiv hatte, auf ihr zu bestehen. Das englische Recht akzeptiert "Unvernünftigkeit" und "Unfairness" nicht als Gründe, auf die sich die Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung stützen ließe. Man erklärt diesen eher rigorosen Standpunkt mit dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Es sei im Geschäftsleben wichtig zu wissen, woran man sei. Vage Konzepte, die gerichtliche Entscheidungen unvorhersehbar machen können, seien zu vermeiden. Man darf freilich nicht übersehen, daß das Common Law für die Materien, die in anderen Rechten mit Hilfe der Generalklausel bewältigt werden, oft (und in zunehmendem Maße) Sonderregeln vorhält.

30. *Die PECL*

Auch die PECL arbeiten mit einer Generalklausel. Art. 1:201 PECL sagt ausdrücklich, daß jede Partei "must act in accordance with good faith and fair dealing". Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts geben zudem eine Reihe von praktischen Anwendungsgebieten für das Rechtsprinzip von Treu und Glauben, ohne es zu erschöpfen. Es will einen gemeinschaftsweiten Standard für Anstand, Fairneß und Vernunft im Geschäftsleben setzen. Es geht letztlich allen Sonderbestimmungen der PECL vor. Man erinnere sich z.B. an Art. 8:103 (a) PECL⁷: Die strikte Vertragserfüllung mag für die konkrete Vereinbarung zwar wesentlich sein, berechtigt aber gleichwohl nicht zu einer Vertragsaufhebung, wenn es nur um eine triviale Abweichung geht. "Good faith" beschreibt eine anständige und faire Geisteshaltung. Ihr widerspricht die Ausübung eines Rechtsbehelfes, wenn sie einer Schikane gleichkommt. Es handelt sich um einen objektiven Test, der sicherstellt, daß jede Seite die Interessen der anderen angemessen in Rechnung stellt. Der gute Glaube wird freilich vermutet. Treuwidriges Verhalten steht zur Beweislast der Partei, die es behauptet. Das Prinzip von Treu und Glauben will einen Ausgleich schaffen zwischen dem strengen Recht und der Billigkeit. Eine allgemeine Regel darüber, welche dieser beiden Gesichtspunkte der Vorrang gebührt, gibt es nicht. Alles kommt auf die Umstände des Einzelfalles an, so z.B. wenn der Schuldner einerseits weiß, daß die Angestellten des Gläubigers leicht erkennen können, ob er (der Schuldner) sich strikt an den Vertragswortlaut hält, er aber auch weiß, daß sie sich kein Urteil über das Gewicht einer auch nur minimalen Abweichung erlauben können. Dann ist eine strikte Vertragserfüllung wesentlich, oder anders formuliert: in einem solchen Fall geht das Recht der Billigkeit vor.

⁷ Vorher Fn. 5

VII. Unfaire Vertragsbestimmungen

31. *Allgemeines*

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind das Ergebnis moderner Massenverträge. Allgemeine Geschäftsbedingungen machen individuelle Vertragsverhandlungen überflüssig und reduzieren auf diese Weise die Transaktionskosten. Oft leisten sie mehr als von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte (implizite) Vertragsbedingungen. Auf der anderen Seite neigen Allgemeine Geschäftsbedingungen dazu, eine Seite ungebührlich zu bevorzugen. Der Verwender (d.h. ein Verkäufer oder Dienstleistungserbringer) versucht, das Vertragsrisiko soweit wie eben möglich auf seine Vertragspartner abzuwälzen. Man denke etwa an Regeln, wonach der Verwender nicht für Erklärungen seiner Leute einstehen wird, es sei denn, sie wären schriftlich fixiert und von ihm unterschrieben, an Regeln, wonach der Verwender zwischen Vertragsabschluß und Lieferung den Preis anheben darf, an Regeln, die es ihm erlauben, den Lieferungszeitpunkt beliebig hinauszuschieben, oder an drastische Vertragsstrafen zum Nachteil des Abnehmers im Falle von dessen Nichterfüllung.

32. *Verbraucherschutz*

Der Prototyp der schwächeren Partei ist der Verbraucher. Viele moderne Rechte gewähren der schwächeren Partei heute einen besonderen Schutz im Hinblick auf für sie nachteilige Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dem deutschen Recht kam insoweit eine führende Entwicklungsfunktion zu. In den fünfziger Jahren begannen die deutschen Gerichte unter Rückgriff auf § 242 BGB unfaire Standardklauseln für unwirksam zu halten, und zwar sowohl in Verbraucherverträgen als auch im Rahmen von Geschäftsbeziehungen. Das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGBG) aus dem Jahre 1976 hat dann das ältere Fallrecht konsolidiert. Der § 9 AGBG brachte eine Generalklausel, wonach Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, wenn sie das Prinzip von Treu und Glauben verletzen. Es folgen (in den §§ 10 und 11 AGBG) Listen mit Klauseln, die generell und ohne Wertungsmöglichkeit nichtig sind (§ 11: "schwarze Liste"), und solchen, bei denen dem Gericht eine Wertungsmöglichkeit verbleibt (§ 10: "graue Liste"). Die beiden Listen sind nur in Verbraucherverträgen anwendbar; § 9 AGBG gilt dagegen auch für Geschäftsbeziehungen. Die Kataloge der §§ 10 und 11 aaO färben im Einzelfall allerdings auch auf die Interpretation von § 9 AGBG ab. Dieses deutsche System hat vielen anderen europäischen Rechten als Inspirationsquelle gedient.

33. *Europäisches Gemeinschaftsrecht*

Entsprechendes gilt für die EU-Richtlinie über unfaire Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen aus dem Jahre 1993.⁸ Die Richtlinie schützt allerdings nur Verbraucher. Was ein "Verbraucher" ist, ergibt sich aus ihrem Art. 2, nämlich eine natürliche Person, die einen Vertrag im gegenständlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zu Zwecken schließt, die nicht mit dem Handel, dem Geschäft oder dem Beruf

⁸ Richtlinie 93/13/EWG v. 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 095 v. 21.4.1993, S. 29

der Person zusammen hängen. Es geht um Personen, die Waren oder Dienstleistungen für ihre eigenen Bedürfnisse oder die ihres Haushaltes beziehen. Nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen Verträge zwischen Privatleuten, zwischen Geschäftsleuten, gemeinnützigen Einrichtungen und anderen nicht auf Gewinn ausgerichteten Organisationen. Nicht einmal Verträge zwischen großen und mächtigen Firmen einerseits und kleinen oder mittleren Händlern, Künstlern, Landwirten und Fischern sind erfaßt, obwohl sich deren Verhandlungserfahrung und -geschick kaum von dem eines Verbrauchers unterscheidet. Die in dieser Beziehung weithin voneinander abweichenden nationalen Rechte blieben insoweit also unangehlichen.

34. *Die PECL*

Die PECL haben ihre Regeln über mißbräuchliche Vertragsklauseln in das Kapitel über die Vertragswirksamkeit ("validity of contracts and contract clauses") eingestellt. Man findet sie in Art. 4:110 PECL.⁹ Diese regeln werden durch einen Kommentar ergänzt, der (nicht abschließende) Regelbeispiele für mißbräuchliche Klauseln auflistet; vgl. auch den Anhang zu der vorerwähnten EU-Richtlinie. Die PECL sind aber anders als diese Richtlinie gerade nicht auf Verbraucherverträge beschränkt. Art. 4:110 PECL findet zugunsten aller schwächeren Vertragsparteien Anwendung, z.B. auch auf Kleingewerbetreibende, Landwirte, Fischer, Künstler etc. Darüberhinaus gibt es nicht einmal eine Beschränkung auf die typischerweise schwächere Partei, so daß selbst Großunternehmen in den Schutzbereich der Vorschrift fallen. Die Erfahrung lehrt, daß auch solche Vertragspartner immer wieder in unfaire Vertragsbedingungen "stolpern". Die Regelung in Art. 4:110 ist natürlich zwingenden Rechts. Die von einer mißbräuchlichen Vertragsklausel betroffene Partei muß freilich aktiv werden, d.h. sie muß die Klausel angreifen. Wie die Richtlinie, so berührt auch Art. 4:110 PECL die Hauptleistung als solche nicht. Denkbar ist freilich, daß insoweit andere Vorschriften des vierten Kapitels der PECL zum Tragen kommen, also insbesondere die über Irrtum, Täuschung, Drohung, Wucher und Verwandtes. Diese Regeln wiederum geben im wesentlichen nur wieder, was heute schon gemeineuropäischen Rechts ist. Die bisherige Gerichtspraxis bestätigt zudem, daß die vorgenannten Tatbestände vor allem dann zum Tragen kommen, wenn zwischen den Verhandlungsparteien ein großes Ungleichgewicht in der Verhandlungsmacht bestand, die ihrerseits ein grobes Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung verursachte.

⁹ Der Text lautet: "(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded. (2) This article does not apply to: (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party."

Recht der Dienstleistungsverträge

Maurits Barendrecht und Marco Loos, Tilburg

1. Einführung

1. *Die Ausgangslage*

Dienstleistungen sind seit langem der Motor der modernen Volkswirtschaften. In modernen Gesellschaften wie der europäischen entstehen immer wieder neue Bereiche der Dienstleistungen und deshalb auch neue Vertragsformen. Das gegenwärtige Zivilrecht aber erscheint kaum fähig, passende Normen für diese neuen Verträge zu entwickeln. Juristen aller Mitgliedstaaten bedenken für jede neue Art des Dienstes neue Regeln, anscheinend ohne sich des Zusammenhangs der verschiedenen Dienstleistungen bewußt zu sein und ohne Beachtung irgendeines Systems. Dieser Lauf der Dinge scheint uns jedenfalls teilweise mit der fehlenden Erkenntnis zu tun zu haben, wie Dienstleistungsverhältnisse in das übrige Privatrecht inkorporiert werden sollen. Bisher fehlt sogar auf der nationalen Ebene eine Gesamtschau der allgemeinen Aspekte von Dienstleistungsverhältnissen. Manche europäischen Zivilgesetzbücher kennen einige Bestimmungen, die geeignet sind, eine Grundlage für eine allgemeine (nationale) Regelung der Dienstleistungen zu bilden (z.B. § 675 des deutschen *Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Artikel 1779 des französischen *Code civil* und Artikel 7:400 ff. des niederländischen *Burgerlijk Wetboek*). Diese gesetzlichen Regelungen sind jedoch nur rudimentär und darüber hinaus nur anwendbar, wenn die Dienstleistung nicht anderswo geregelt worden ist. In einigen Mitgliedstaaten sind von dem Gesetzgeber oder der Rechtsprechung besondere Vorschriften für bestimmte Formen von Dienstleistungen entwickelt worden, z.B. im Bau- und Versicherungsvertragsrecht. Diese sonderprivatrechtlichen Bereiche haben aber kaum Einfluß auf die Entwicklung eines zusammenhängenden, überwölbenden Systems der Dienstleistungsverträge gehabt.

Es fehlt aber nicht nur eine Gesamtschau aufseiten des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung; auch die Doktrin hat bisher eine systematische Darstellung und Analyse des heutigen Dienstleistungsvertragsrechts unterlassen. Auch Wissenschaftler beschränken sich grundsätzlich auf individuelle, gelegentlich vom Gesetzgeber anerkannte Vertragstypen.

2. *Allgemeine Fragen des Dienstleistungsrechts*

Kurzgefaßt muß man (leider) feststellen, daß die Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU auf dem Gebiet des Dienstleistungsvertragsrechts jedenfalls eine wichtige Gemeinsamkeit kennen: Nirgendwo gibt es einen allgemeinen juristischen Rahmen, nach dem Dienstleistungen beurteilt werden können. Eine Konsequenz dieses

Umstandes ist, daß sich autonome Sonderprivatrechte entwickelten. Nationale Rechtseinheit ist daher im Moment nicht gegeben, eine europäische scheint Utopie. Das bedeutet aber natürlich nicht, daß Aussagen über wesentliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten der nationalen Privatrechte auf dem Gebiete des Dienstleistungsrechts unmöglich wären. Auf viele Teilgebiete des Dienstleistungsrechts ist ohnehin einfach das allgemeine Vertragsrecht anzuwenden, das meistens auch zu befriedigenden Lösungen führt. Unserer Meinung nach zeigt das Dienstleistungsrecht jedoch auf einzelnen Gebieten Besonderheiten, die eine Sonderregelung unentbehrlich machen. Im Nachfolgenden werden wir exemplarisch auf fünf dieser Besonderheiten eingehen: auf Informationspflichten (II), Kriterien zur Beurteilung der Qualität der Dienstleistung (III), die Haftung für Handlungen Dritter (IV), Ansprüche Dritter (V) und auf die Beendigung und Anpassung von Dauerschuldverhältnissen (VI).

II. Informationspflichten

3. Die Informationspflicht des Auftragnehmers

Ein wichtiges Problem im Verhältnis zwischen dem Anbieter einer Dienstleistung (im Folgenden: Auftragnehmer) und dem Empfänger der Dienstleistung (im Folgenden: Auftraggeber) ist die Informationspflicht des Auftragnehmers. Wirksame Informationen sind für den Auftraggeber notwendig, damit er die Auswahl von Auftragnehmer und auch der Dienstleistung selbst richtig treffen kann. An solch zureichenden Informationen fehlt es nicht selten. In der Rechtspraxis hat sich die Informationspflicht des Auftragnehmers daher als einer der wichtigsten Regelungsbereiche des Dienstleistungsrechts erwiesen. Ungefähr ein Viertel bis zu einem Drittel der veröffentlichten Rechtsprechung hinsichtlich Dienstleistungen betrifft (mittelbar oder unmittelbar) eine Informationspflicht.¹ Ein Arzt muß z.B. seinen Patienten über die Risiken einer Behandlung oder der Unterlassung einer Behandlung aufklären. Die Regelung der Informationsbeschaffung ist teilweise auf öffentlich-rechtlichem Wege zu erreichen, wie die Beispiele der gemeinschaftsrechtlichen Regelung der Etikettierung von Lebensmitteln und der Präsentation bestimmter Versicherungsprodukte zeigen. Das Privatrecht bietet gute Chancen, ist aber in einigen Staaten viel weiter entwickelt worden als in anderen. Im deutschen Recht sind Informationspflichten auf Grund der Theorie des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) besonders gut entwickelt worden. Diese Grundlage trägt aber kaum dazu bei, die richtigen Abgrenzungskriterien zu finden. Für einige Situationen existieren explizite gesetzliche Grundlagen, wie z.B. für die Belehrungspflicht eines Notars.² Es handelt sich dabei aber vor allem um Generalklauseln, deren Ausfüllung der Rechtsprechung überantwortet ist: Ein überwölbendes System ist der Rechtsprechung kaum zu entnehmen. Auch in Frankreich ist eine Pflicht zur Ermittlung von Informationen generell anerkannt worden.³ In England gilt dagegen noch immer als allgemeiner Grundsatz, daß ein Vertragspartner nicht verpflichtet ist, den anderen zu informieren.⁴ Hinzu kommt, daß im englischen Vertragsrecht allgemeine Grundsätze wie 'la bonne foi', 'Treu und Glauben' oder 'culpa

¹ Vgl. Haug (1997), Nr. 401.

² Vgl. vor allem §§ 17-21 Beurkundungsgesetz und § 14 Bundesnotarordnung.

³ Vgl. Ghestin (1993), Nr. 623.

⁴ Vgl. Treitel (1995), 361.

in *contrahendo*' fehlen. Auch eine gesetzliche Grundlage für eine Informationspflicht fehlt ganz und gar: Section 13 des *Supply of Goods and Services Act 1982* bestimmt nur, daß der berufliche Auftragnehmer verpflichtet ist, die Dienstleistung mit 'angemessener Sorgfalt und Befähigung' auszuführen. Wo der Richter ausnahmsweise eine Informationspflicht annimmt, geschieht das aufgrund spezifischer Konstruktionen, durch welche die Rechtsprechung sogar noch kasuistischer wird als in den anderen Mitgliedstaaten.

III. Kriterien zur Beurteilung der Qualität der Dienstleistung

4. *Haftung für Vertragsverletzungen*

Bei einem Dienstleistungsvertrag sind die Vertragspartner oft auf einander angewiesen. Solange ein Dienstleistungsvertrag von beiden Parteien problemlos ausgeführt wird, bleibt das Recht im Hintergrund. Juristische Fragen kommen nur dann in den Blick, wenn sich eine Nichterfüllung einstellt und die Parteien daher nicht länger zusammenarbeiten wollen. Das Haftungsrecht ist folglich in der Praxis einer der wichtigsten Bereiche des Dienstleistungsrechts.

5. *Die Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsgebots*

Die Hauptpflicht des Auftraggebers ist meistens die Zahlung für die Dienstleistung. In juristischer Hinsicht ist diese Verpflichtung kaum problematisch. Die Hauptpflicht des Auftragnehmers ist die Erfüllung der Dienstleistung. Die Frage, ob diese Pflicht schlecht erfüllt wurde, ist oft schwierig zu beantworten. Allgemein gilt, daß der Auftragnehmer so handeln muß, wie ein sorgfältig arbeitender Fachkollege handeln würde. Für Ärzte impliziert diese Regel z.B., daß sie im Einklang mit dem Stand der Wissenschaft ihres Berufsfeldes handeln müssen, selbst wenn der Patient gar nicht in erster Linie an eine medizinische Behandlung denkt.⁵ Die Grundregel, wonach der professionelle Standard einzuhalten ist, gilt in den meisten Staaten, wobei es ziemlich unwichtig zu sein scheint, ob die Haftung eine vertragliche, eine deliktische oder eine anderweitig gesetzliche ist.⁶ Diese Generalklausel ist aber nur ein erster Anhaltspunkt. Fraglich ist, anhand welcher Normen zu prüfen ist, *wie* ein redlicher Fachkollege handeln würde. Solche engeren Qualitätsnormen fehlen in der Regel. Und wenn man sich nach dem 'wissenschaftlichen Stand des Berufes' richtet, wie soll man dann ermitteln, was der derzeitige Stand ist und wie er im Moment des Schadensfalles war? Manchmal, vor allem im medizinischen Vertragsrecht, wird die Hilfe von Sachverständigen eingeholt und deren Gutachten auf diese Weise beinahe zum 'Beweis' des Standes der Wissenschaft aufgewertet. Fraglich ist auch, ob man erst später als richtig anerkannte Standpunkte in Betracht ziehen sollte,

⁵ Vgl. für ein klares Beispiel CA Paris 30.9.1993, *D.* 1995.Somm.98, in welchem Fall der Patient sich nur mit ästhetischen Erwägungen befaßte.

⁶ Vgl. für Deutschland Kötz (1996), Rdnr. 97; für England *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118, 121, *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors* [1985] 1 All ER 643, 658 und Section 13 Supply of Goods and Services Act 1982; für Frankreich Cass. civ. I 25.2.1997, *Bull. civ. I*, no. 72, *Resp. civ.* 1997.Comm.; für die Niederlande HR 9.11.1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), HR 20.9.1996, *NJ* 1996, 747 (Beurskens/B. Notarissen) und Art. 7:401 BW.

obwohl sie im Zeitpunkt der Dienstleistung nur von einer Minderheit in der Literatur vertreten worden waren. Im englischen Arzthaftungsrecht wird das verneint. Ein Arzt, der im Einklang mit einer respektablen Strömung in der Literatur handelt, verhält sich nicht unsorgfältig.⁷ Im deutschen Recht dagegen reichen ernst zu nehmende Stimmen in der medizinischen Wissenschaft aus, um jedenfalls eine Pflicht zur Ermittlung potentieller Probleme zu bejahen.⁸ Obwohl die Rechtssysteme ungefähr dieselbe Generalklausel kennen, weicht ihre Auffüllung doch voneinander ab. Konkretere Qualitätsnormen fehlen für die meisten Dienstleistungen ohnehin. Die Rechtsprechung zeigt zwar Anschauungsmaterial für die Umsetzung der generellen Sorgfaltspflicht auf manchen Einzelfall. Diese 'Verkehrspflichten' für Dienstleistungsverhältnisse sind jedoch in den Mitgliedstaaten unterschiedlich detailliert ausgearbeitet worden, betreffen verschiedene Bereiche und zeigen Lücken, die teils zufällig sind, teils auf verschiedene Berufskulturen in den Mitgliedstaaten zurückzuführen sind.

IV. Haftung für Handlungen Dritter

6. *Einbeziehung Dritter in die Dienstleistung*

Problematisch ist auch, daß in Dienstleistungsverhältnisse oft mehrere Personen einbezogen sind. In jedem Teilbereich des Dienstleistungsrechts wirkt sich die Position von 'Dritten' auf ihre je eigene Weise auf die vertraglichen und deliktischen Beziehungen zwischen den Beteiligten aus. In vielen Verhältnissen sind drei (oder mehr) Personen gezwungen zusammenzuarbeiten, um miteinander ein bestimmtes Endergebnis zu erreichen. Weithin unproblematisch ist die Situation, in der ein Auftragnehmer zur Erfüllung des Vertrages die Einschaltung von Arbeitnehmern veranlaßt. Unstreitig ist, daß der Auftragnehmer in solchen Fällen für von seinen Arbeitsnehmern verursachte Fehler haftet. Ein wenig schwieriger wird es, wenn ein Auftragnehmer einen selbständigen Subunternehmer einschaltet. Aber auch dann wird anzunehmen sein, daß der Auftragnehmer für Fehler des Subunternehmers haftet. Problematisch wird es aber, wenn die Einschaltung des selbständigen Dritten auf die Initiative des Auftraggebers hin erfolgt, und am schwierigsten zu entscheiden ist die Frage der Haftung des Auftragnehmers, wenn die Initiative zur Einschaltung des Dritten zwar vom Auftraggeber stammt, der Dritte aber auf Vorschlag oder Empfehlung des Auftragnehmers angestellt worden ist.

7. *Erstes Beispiel: Bauverträge*

In manchen Dienstleistungsverhältnissen sind die Beziehungen zwischen allen Beteiligten auf das engste miteinander verknüpft. Bei einem traditionellen Bauvorhaben z.B. vergibt ein Auftraggeber den Entwurf eines Bauprojektes an einen Architekten und anschließend die Ausführung des Entwurfs an einen Bauunternehmer. Ein erster Unterschied zwischen den Rechtssystemen der Staaten der Europäischen Union besteht darin, daß Auftraggeber z.B. in Frankreich und Belgien gesetzlich verpflichtet worden sind, einen Architekten einzuschalten, wenn sie ein Gebäude bauen wollen, während niederländische und deutsche Auftraggeber unter ihrem Recht dazu nicht verpflichtet

⁷ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118, 121.

⁸ BGH 21.11.1995, NJW 1996, 776.

sind. Sie können ein Gebäude folglich zu geringeren Kosten errichten lassen. Oft schließen Auftraggeber aber auch in den Niederlande und in Deutschland einen Vertrag mit einem Architekten, insbesondere dann, wenn das zu errichtende Bauwerk eine bestimmte Größe übersteigt.⁹ In der Praxis sind im Normalfall des traditionellen Bauvorhabens also drei selbständig tätige Vertragsparteien beteiligt. Es wäre daher folgerichtig, wenn jedes Rechtssystem auf diese Verknüpfung der Beziehungen eingestellt wäre. Das Verhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer ist aber weder gesetzlich noch in allgemein gebräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt worden. Das verursacht Probleme, wenn z.B. der Architekt einen Fehler macht, durch den der Entwurf des Gebäude mangelhaft ist, und der Bauunternehmer diesen Fehler nicht bemerkt, obwohl er ihn hätte bemerken müssen. Haftet in solch einem Fall (eventuell neben dem Architekten) der Bauunternehmer auf das Ganze? In Frankreich, Belgien und vielleicht auch in den Niederlandem scheint das der Fall zu sein. In Deutschland und England dagegen befürwortet die herrschende Meinung ein Mitverschulden des Auftraggebers des Werkes, weil er den Fehler des Architekten in seinem Verhältnis zum Bauunternehmer zu vertreten habe.¹⁰

8. *Zweites Beispiel: Operationen*

An einer Operation sind immer mehrere Personen beteiligt. Neben dem Chirurgen sind gewöhnlich mindestens eine Krankenschwester und ein Anästhesist im Operationssaal tätig. Die Frage taucht auf, mit wem der Patient den Behandlungsvertrag schließt. Meistens wird das Krankenhaus Vertragspartner sein. Dieses haftet dann für Fehler seines Personals.¹¹ Das deutsche Recht kennt aber auch sogenannte 'gespaltene Krankenhausverträge', unter denen der Patient mit einem Krankenhaus einen Vertrag zur Aufnahme in der Klinik schließt und mit dem behandelnden Arzt einen Vertrag zur Behandlung. In solche Fällen haftet nach deutschem Recht für Behandlungsfehler des Arztes nicht das Krankenhaus, sondern allein der Arzt persönlich.¹² In den Niederlanden hat man eine andere Regelung getroffen. Falls ein Patient in einem Krankenhaus Schaden erleidet, kann er in jedem Fall Schadenersatz vom Krankenhaus beanspruchen, entweder als Vertragspartner oder so – und das ist eine Innovation – *als ob* das Krankenhaus Vertragspartner wäre.¹³ Für die haftungsrechtliche Situation des Krankenhauses ist es daher gleichgültig, ob das Krankenhaus Vertragspartner ist oder nicht.¹⁴ Hinzu kommt, daß weder der Arzt noch das Krankenhaus sich von (vertraglicher und deliktischer) Haftung freizeichnen oder sie beschränken können.¹⁵ Während im deutschen Vertragsrecht entweder das Krankenhaus oder der Arzt haftpflichtig ist, abhängig davon,

⁹ Vgl. Jansen (1998), 141 f.

¹⁰ Vgl. Jansen (1998), 519 f.

¹¹ Vgl. BGH 18.6.1985, *BGHZ* 95, 6.

¹² Vgl. BGH 14.2.1995, *BGHZ* 129, 6. Er haftet in solchen Fällen auch für Fehler des sonstigen Personals, vgl. OLG Oldenburg 11.11.1997, *VersR* 1998, 1421.

¹³ Vgl. Art. 7:462 BW.

¹⁴ Für die Möglichkeit zum Regreß gegen den Arzt sind die vertraglichen Beziehungen natürlich doch relevant. Falls der Arzt einen Arbeitsvertrag mit dem Krankenhaus geschlossen hat, ist ein Regreß in der Regel nicht möglich (vgl. Art. 6:170 Abs. 2 BW), anderenfalls ist er grundsätzlich erlaubt (vgl. Art. 6:10 und 6:102 BW).

¹⁵ Art. 7:463 BW.

ob es sich um einen gespaltenen Vertrag handelt oder nicht, haftet im niederländischen Recht das Krankenhaus stets selbst und manchmal neben dem Arzt.¹⁶

V. Ansprüche Dritter

9. *Grundsätzliches*

Eine ganz andere Frage ist, ob ein nicht am Vertrag beteiligter Dritter Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Dienstleistungsvertrags durch den Auftragnehmer hat. In den meisten Rechtssystemen ist solch ein Anspruch nicht ausgeschlossen. In manchen Fällen hat der Gesetzgeber eine besondere Regelung getroffen. Einen deutschen Notar zum Beispiel treffen viele Amtspflichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist jeder in den Schutzbereich einer Amtspflicht einbezogen, dessen Schutz eine solche Pflicht wenigstens mitbezweckt.¹⁷ Vergleichbare Anspruchsgrundlagen fehlen aber meistens; für Berufe, die kein öffentliches Amt wahrnehmen, gilt das ohnehin.

10. *Vertragliche Dritthaftung*

Eine *vertragliche* Grundlage für einen Anspruch Dritter kann ein Vertrag zugunsten Dritter sein. Hier handelt es sich dem Grunde nach deshalb noch um eine vertragliche Haftung, weil der Dritte durch Annahme des Angebots dem Vertrag beitrifft und daher Vertragspartner wird. Ein solcher Vertrag wird z.B. von der französischen Cour de cassation im Personenbeförderungsrecht angenommen.¹⁸ Die Figur des Vertrags zugunsten Dritter ist in vielen Mitgliedstaaten der EU anerkannt, (noch) nicht aber im englischen Recht.¹⁹ Im französischen, niederländischen und wahrscheinlich auch im belgischen Recht ist es sogar möglich, dem Dritten auch eine Pflicht aufzuerlegen.²⁰

11. *Insbesondere: Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter*

Schwieriger ist die Frage nach der Rechtsnatur eines Anspruchs zu beantworten, wenn eine vertragliche Beziehung zum Dritten und auch eine gesetzliche Bestimmung fehlen. In Deutschland und Portugal ist zur Lösung dieses Problems die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung(en) für Dritte entwickelt worden. Sie gründet in der Theorie, daß unter Umständen nicht nur eine Schutzpflicht gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber solchen Dritten entsteht, die "im Lager" des Vertragspartners stehen. Die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte wird im ganzen Bereich des Privatrechts

¹⁶ Hinzu kommt noch, daß, auch wenn der Vertrag mit dem Krankenhaus geschlossen worden ist, der Arzt persönlich haftet, wenn ihm eine unerlaubte Handlung vorgeworfen werden kann. Auch dieser deliktischen Haftung kann der Arzt aufgrund von Art. 7:463 nicht entgehen.

¹⁷ BGH 26.6.1997, *MDR* 1997, 985; BGH 30.4.1998, *MDR* 1998, 1185.

¹⁸ Vgl. Cass. civ. 6.12.1932 und 24.5.1933, *D.* 1933.1.137, Anm. Josserand, *D.* 1934.1.81, Anm. Esmein (Mme Noblet): Ein Reisender war durch ein Bahnunfall verstorben. Nach der Entscheidung der Cour de cassation hat seine Witwe Anspruch auf Schadenersatz. Daß der Reisende eine gesetzliche Unterhaltspflicht zugunsten seiner Ehefrau hat, ist wahrscheinlich für die Cour entscheidend gewesen. Denn in einem anderen Fall vom 24.5.1933 hat die Cour entschieden, daß die Schwester eines (anderen) Reisenden kein Recht auf Schadenersatz hat (Cass. civ. 24.5.1933, *D.* 1933.1.137, Anm. Josserand, *D.* 1934.1.81, Anm. Esmein).

¹⁹ Vgl. Du Perron (1998), 321f.

²⁰ Vgl. Du Perron (1998), 322.

verwendet,²¹ ist aber für den Bereich des Dienstleistungsrechts von besonderer Bedeutung. Die Rechtsfigur ist z.B. vom deutschen Bundesgerichtshof in so unterschiedlichen Bereiche angewandt worden wie dem Anwaltsrecht,²² dem Reiserecht²³ und dem Arztrecht.²⁴ Vertragliche Freizeichnungen oder Beschränkungen der Haftung können dem Dritten aber entgegengehalten werden.²⁵ Im französischen Kaufrecht erfüllt die Rechtsfigur der 'groupe de contrats' teilweise dieselbe Funktion, weil der Verletzte eine 'action directe' erheben kann. Nach der Rechtsprechung der Cour de cassation ist diese Rechtsfigur allerdings nur praktikierbar, wenn die 'Glieder der Kette' dieselbe Leistung erbringen sollen. Regelmäßig ist diese Theorie also nicht auf das Dienstleistungsrecht anwendbar.²⁶ In den meisten anderen Rechtssysteme werden Fälle wie diese dagegen überhaupt nicht vom Vertrags-, sondern vom Deliktsrecht gelöst.²⁷ Der Wechsel der Rechtsgrundlage bedeutet allerdings zumeist nicht, daß es auch wesentliche inhaltliche Unterschiede gäbe.²⁸ Im englischen Recht beispielsweise lautet die entscheidende Frage, ob der Auftragnehmer eine (deliktische) Schutzpflicht gegenüber dem Dritten verletzt hat.²⁹ Bei der Feststellung, ob solch eine Pflicht besteht, ist wesentlich, ob es eine 'spezielle Beziehung' zwischen der Auftragnehmer und dem Dritten gibt. Ein Gutachter z.B. muß, wenn diese Voraussetzung erfüllt sein soll, Zweck seines Gutachtens kennen und wissen, daß Dritte sich auf das Gutachten verlassen und das Gutachten – ohne weitere Nachforschungen – zur Erfüllung dieses Zweckes verwenden werden.³⁰ Wird auf dieser Grundlage eine Pflicht bejaht, sind die haftungsrechtlichen Regeln inhaltlich nicht anders als dort, wo man mit dem Vertragsrecht arbeitet.³¹

12. *Beweisprobleme*

Inhaltlich gelten für Ansprüche Dritter also meistens keine anderen Erfordernisse. Dessen ungeachtet ist die Position eines Dritten manchmal schwieriger als die eines Vertragspartners. Auf dem Kläger ruht normalerweise die Last, den Beweis einer Pflichtverletzung zu führen. Für einen Dritten ist die Erbringung dieses Beweises gelegentlich problematischer als für den Vertragspartner. Auf welche Weise soll der Dritte z.B. beweisen, daß der Erblasser sein Vermögen gerade ihm vererben wollte? Normalerweise schaltet man Zeugen zum Beweise ein; in erbrechtlichen Fällen ist das

²¹ Vgl. Larenz (1987), 224 ff. Vgl. für das portugiesische Recht Da Rocha e Menezes Cordeiro (1997), 619 ff., hier zitiert nach Hesselink (1999), 277.

²² BGH 6.7.1965, NJW 1965, 1955 (Testamentsfall); BGH 24.1.1995, NJW 1995, 1618.

²³ BGH 12.5.1980, BGHZ 77, 117.

²⁴ BGH 18.3.1980, BGHZ 76, 259.

²⁵ Vgl. Du Perron (1998), 324.

²⁶ Vgl. Cass. Ass. plén. 12.7.1991, D. 1991.Jur.549, Anm. Ghestin, JCP 1991.II.21743, Anm. Viney (ein baurechtliches Fall).

²⁷ Vgl. Giesen (1999), 42f; Hesselink (1999), 277.

²⁸ Vgl. auch von Bar (1980), 225.

²⁹ Vgl. Giesen (1999), 42 f.

³⁰ Vgl. Lord Oliver in *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 1 All ER 568, 589.

³¹ Vgl. Giesen (1999), 42.

jedoch oft nicht mehr möglich.³² Dieses Problem gibt es in allen Mitgliedstaaten der Union, erscheint uns aber der Position des Dritten *als* Drittem inhärent.

VI. Beendung und Anpassung von Dauerschuldverhältnissen

13. *Allgemeines*

In Dienstleistungsverträgen sind die Parteien oft auf die Mitarbeit des anderen Vertragsteils angewiesen. Manchmal sind die Parteien so sehr auf einander eingestellt, daß sie geradezu von einander abhängig geworden sind. Das gilt für langfristige Verträge, vor allem aber für Dauerschuldverhältnisse, die oft jahrelange vertragliche Beziehungen mit sich bringen.³³ Im Allgemeinen Teil des Vertragsrecht gibt es indes kaum auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnittene Regeln. Sie wurden daher in der Praxis entwickelt.

14. *Unbefristete Verträge*

Trotz – oder vielleicht gerade dank – des Fehlens einer gesetzlichen Regelung und obwohl manchmal die Rechtssysteme von verschiedenen Ausgangspositionen ausgehen, sind in den meisten Rechtssysteme gleichartige Regeln in bezug auf die Kündigung von Verträgen auf unbefristete Zeit entwickelt worden. In Frankreich ist es z.B. *d'ordre public* daß Verträge nicht für ewig geschlossen sein dürfen. Das bringt es mit sich, daß im französischen Recht beide Parteien zwingend das Recht haben, Dauerschuldverhältnisse einseitig zu kündigen.³⁴ Nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation braucht eine Vertragspartei nicht einmal ein 'legitimes Interesse' an der Kündigung zu haben; nur gegen das Prinzip von Treu und Glauben (*bonne foi*) darf sie nicht verstoßen.³⁵ Sie muß allerdings eine 'Warnfrist' beachten, so daß der andere Vertragsteil sich auf die neue Situation einstellen und rechtzeitig auf die Suche nach einem neuen Vertragspartner gehen kann.³⁶ Die Nichteinhaltung der Frist, deren Länge von Treu und Glauben, Gewohnheitsrecht oder Gesetz bestimmt wird, verpflichtet die kündigende Partei zum Schadenersatz.³⁷ Manchmal ist zum Schutz der 'sozial Schwachen' das Recht zur Kündigung immer mit einem Anspruch auf Schadenersatz verknüpft worden. In einigen gesetzlich geregelten Vertragstypen ist in Abweichung von dem oben erläuterten Grundsatz aufgrund dieser Schutzbedürfnis ein legitimes Interesse an der Kündigung notwendig.³⁸ Eine vertragliche Ausschließung des Kündigungsrechts ist jedoch nicht möglich. Möglich sind nur vertragliche Einschränkungen, z.B.

³² Giesen (1999), 42, mwN.

³³ Zu denken ist an Verträge mit Versicherungsunternehmen, Banken und Telefonanbietern, aber auch an Verträge mit Schulen oder sogar mit Anwälten und Ärzten.

³⁴ Vgl. z.B. Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 239 ff. m.w.N. Vgl. auch Cass. com. 15.12.1969, *Bull. civ. IV* Nr. 384, *JCP* 1970.II.16391, Anm. J.H.; Cass. com. 19.7.1971, *Bull. civ. IV* Nr. 213; Cass. civ. 15.2.1985, *Bull. civ. I* Nr. 54, p. 52, *RTDCiv.* 1986, 105, Anm. Mestre.

³⁵ Cass. com. 15.12.1969, *Bull. civ. IV* Nr. 384, *JCP* 1970.II.16391, Anm. J.H.; Cass. com. 19.7.1971, *Bull. civ. IV* Nr. 213.

³⁶ Cass. com. 8.4.1986, *Bull. civ. IV* Nr. 58.

³⁷ Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 246.

³⁸ Zum Beispiel beim Agenturvertrag; vgl. Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 241.

Absprachen darüber, wie gekündigt werden muß und welche Fristen eingehalten werden müssen.

15. Obwohl das Verbot der ‘ewigen Pflichten’ nicht überall genauso strikt wie in Frankreich oder sogar überhaupt nicht gilt, finden sich in den anderen Rechtssystemen im Grunde ganz gleiche Regeln: Die Kündigung ist im Prinzip möglich, vertragliche Einschränkungen dieser Befugnis sind erlaubt, die Ausschließung der Befugnis aber nicht. Gesetzliche und richterliche Beschränkungen des Kündigungsrechts betreffen meistens den Schutz der schwächeren Vertragspartei durch Anordnung einer Kündigungsfrist.³⁹ Wenn die kündigende Partei einen wichtigen Grund für die Kündigung hat, kann sie den Vertrag gewöhnlich sofort kündigen, ohne sich um die Einhaltung einer Kündigungsfrist kümmern zu müssen.⁴⁰ Das Kündigungsrecht erscheint also in den verschiedenen Rechtssystemen in ähnlicher Weise organisiert zu sein. Ob das in der Praxis auch wirklich zu Rechtseinheit führt, muß jedoch bezweifelt werden. Die Rechtsvergleichung hat hier noch manche Aufgabe zu bewältigen.⁴¹ Es erscheint aber nicht unmöglich, in diesem Punkt zu einer Rechtsangleichung zu kommen.

16. *Vertragsanpassung*

An Übereinstimmung zwischen den Lösungen in den Mitgliedstaaten fehlt es allerdings, wenn es um die Frage geht, ob und wie Verträge an geänderte Umstände angepaßt oder beendet werden können. Natürlich ist überall der Ausgangspunkt, daß die Parteien frei sind, in ihren Vertrag Bestimmungen über mögliche Änderungen der Umstände aufzunehmen bzw. ihren Vertrag aufgrund der geänderten Umstände einvernehmlich anzupassen oder zu beenden. Fraglich ist aber, ob es dem Richter erlaubt ist, den Vertrag ohne vertragliche Bestimmung (also auf Verlangen nur einer Partei) zu ändern oder aufzuheben. Die europäischen Rechtssysteme zeigen hier eine große Verschiedenheit. In Großbritannien und Irland wird der Vertrag aufgrund der Theorie der *frustration* aufgehoben, wenn die Umstände sich so geändert haben, daß die Erfüllung des Vertrags radikal anders geworden ist als die Parteien es sich vorgenommen hatten.⁴² Die Abwicklung des (manchmal vollständig) erfüllten Vertrags kann bewirken, daß ein Vertragsteil einen ‘Rückzahlungsanspruch’ hat gegen die Zahlung einer angemessenen Vergütung, was oft eine rückwirkende Anpassung des Vertrags impliziert.⁴³ Die Änderung eines weiterlaufendes Dauerschuldverhältnisses ist aber nicht möglich. In der Praxis wird der Vertrag daher gekündigt und der Abschluß eines neuen Vertrag zu neuen Bedingungen angeboten.⁴⁴ Dieselbe Änderung der Umstände führt in Deutschland im Prinzip nicht zur Aufhebung, sondern zur Anpassung des Vertrags aufgrund der Theorie

³⁹ Vgl. zum Beispiel für Deutschland Horn (1981), 564, 571 f. und Larenz (1987), 30; für England Atiyah (1995), 395 ff.; für Österreich Koziol und Welser (1995), 196 f. und OGH 25.3.1980, *EvBl.* 1980/175; für die Niederlande Asser-Hartkamp II (1997), Nr. 310 f.

⁴⁰ Vgl. zum Beispiel für Deutschland Larenz (1987), 32 und für Österreich Koziol und Welser (1995), 197.

⁴¹ Es erscheint uns, daß vor allem die englische Situation abweichen könnte, weil Atiyah (1995), 397, meint, das es (auch) in diesem Punkt keine Pflicht gäbe, nach Treu und Glauben zu handeln und es den Parteien im Grunde freistehe, das Kündigungsrecht nach Belieben auszuüben.

⁴² Vgl. Tallon (1998), 329 f.

⁴³ Vgl. Atiyah (1995), 243 f.

⁴⁴ Vgl. Atiyah (1995), 395 f.

des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage*. Unter dieser Theorie soll der Unzumutbarkeit der Erfüllung des ursprünglichen Vertrags durch eine Verteilung der nachteiligen Folgen auf beide Parteien Rechnung getragen werden.⁴⁵ Im Großen und Ganzen ist man der deutschen Lösung in Griechenland, Österreich, Italien und den Niederlanden gefolgt.⁴⁶ In Frankreich, Belgien und Luxemburg ist die Theorie der *imprévision* vom dortigen Zivilrecht jedoch nicht anerkannt worden. Ausfluß des Grundsatzes der Bindung der Parteien an den Vertrag sei, daß - wenn möglich - der Vertrag erfüllt werden müsse, auch wenn diese Erfüllung für eine Vertragspartei schwieriger und nachteiliger geworden ist.⁴⁷ Aufhebung oder Kündigung des Vertrags (eventuell unter Anbietung des Abschlusses eines neuen Vertrags) in den Staaten des *Common Law*, Anpassung des Vertrags in den vom deutschen Recht inspirierten Staaten und einfache Durchführung des ursprünglichen Vertrags in den sich auf der französischen *Code civil* stützenden Mitgliedstaaten - unterschiedlicher könnten die Lösungen dieser Probleme wahrscheinlich nicht sein. Gerade für Dienstleistungsverhältnisse, die - wie oben erörtert - oft jahrelange vertragliche Beziehungen mit sich bringen, ist diese Rechtsverschiedenheit unerwünscht. Wir kommen darauf zurück.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Larenz (1987), 321 ff.

⁴⁶ Vgl. Tallon (1998), 329 f.

⁴⁷ Vgl. Tallon (1998), 329 f. Richterliches Eingreifen in den Vertrag ist in Frankreich nur dann möglich, wenn durch höhere Gewalt (*fait du prince*) die Ursache und der Gegenstand der Pflicht einer Partei teilweise entfallen, die Erfüllung des Vertrags teilweise aber möglich bleibt. Die Vertragspartner werden dann von ihren Pflichten aus dem Vertrag teilweise befreit, im übrigen bleiben sie an den Vertrag gebunden. Eine richtige Revision des Vertrags wird aber auch dann nicht unternommen, vgl. Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 282.

⁴⁸ Unten in Kapitel III dieser Untersuchung.

Literatur

Asser, C., Hartkamp, A.S., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, 10. Aufl. Deventer 1997;

Atiyah, P.S., An Introduction to the Law of Contract, 5. Aufl. Oxford 1995;

Bar, Chr. von, Verkehrspflichten; Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1980;

Ghestin, J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3. Aufl. Paris 1993;

Ghestin, J., Jamin, Chr., Billiau, M., Traité de droit civil, Les effets du contrat, 2. Aufl. Paris 1994;

Giesen, I., Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, Deventer 1999;

Haug, K.H., Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997;

Hesselink, M.W., De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht, Deventer 1999;

Horn, N., Vertragsdauer, Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 551-645;

Jansen, C.E.C., Towards a European building contract law, Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law, Deventer 1998;

Kötz, H., Deliktsrecht, 7. Aufl. Neuwied 1996;

Koziol, H., Welser, R., Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Schuldrecht, 10. Aufl. Wien 1995;

Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage München 1987;

Du Perron, E., Contract and Third Parties, in: Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., du Perron, E. (eds.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl., Nijmegen und The Hague/London/Boston 1998, S. 311-326

Da Rocha e Menezes Cordeiro, A.M., Da boa fé no direito civil, Coimbra 1997;

Tallon, D., Hardship, in: Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., du Perron, E. (eds.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl. Nijmegen und The Hague/London/Boston 1998, S. 327-332

Treitel, G.H., The Law of Contract, 9. Aufl. London 1995;

Versicherungsvertragsrecht

Jürgen Basedow, Hamburg

I. Einleitung

1. Finanzdienstleistungen

Der Begriff der Finanzdienstleistungen ist aus der Ökonomie in das europäische Recht übernommen worden. Dieser Begriff ist im Gemeinschaftsrecht nicht umfassend definiert, sondern wird vielmehr im Wege der Aufzählung näher bestimmt. So sind im Anhang II zu der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG folgende Dienstleistungen als Finanzdienstleistungen aufgelistet: Wertpapier-dienstleistungen; Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäfte; Bank-dienstleistungen; Tätigkeiten im Zusammenhang mit Versorgungsfonds; Dienstleistungen im Zusammenhang mit Termin- oder Optionsgeschäften; im einzelnen wird dann zur Begriffsbestimmung noch wieder auf andere Rechtsakte der Gemeinschaft verwiesen.¹ Auch in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gibt es kein feststehendes und umfassendes Verständnis der Finanzdienstleistungen. Insbesondere spiegelt sich in diesem Begriff nicht etwa ein einheitlicher Vertragstyp wieder. Die Suche nach Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten in diesem Bereich ist daher nur sinnvoll, wenn sie sich auf einzelne rechtlich ausgeprägte Vertragstypen konzentriert. Dazu bietet sich besonders der Versicherungsvertrag an, der in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten durchweg als eigener Vertragstyp Anerkennung findet.

2. Versicherungsvertragsrecht

Bei näherer Betrachtung stellt sich die Lage der Rechtsquellen in den Mitgliedstaaten aber doch sehr unterschiedlich dar. Zwar stimmen die nationalen Rechtsordnungen insoweit überein, als sie grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts auch auf Versicherungsverträge anwenden. Doch werden diese Regeln vielfältig überlagert durch besondere Versicherungsvertragsgesetze, die zahlreiche zwingende oder halbzwingende Normen enthalten. Solches Sonderrecht fehlt – von eng zugeschnittenen Ausnahmen abgesehen – lediglich in Großbritannien und Irland, wo die Gerichte die besonderen Probleme des Versicherungsvertrages mit den Mitteln des allgemeinen Vertragsrechts zu lösen bemüht sind. Die folgenden Ausführungen können das Versicherungsvertragsrecht der EU-Mitgliedstaaten nicht in voller Breite vergleichend darstellen. Sie greifen einige Teilprobleme des allgemeinen Versicherungsvertragsrechts heraus, die einerseits für die tatsächliche Entwicklung eines europäischen

¹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 L 144/19, Anhang II.

Versicherungsbinnenmarkts von besonderer Bedeutung sind und bei denen sich andererseits erhebliche Unterschiede zwischen nationalen Lösungen feststellen lassen.

II. Abschlußfreiheit

3. *Pflichtversicherungen*

Im Grundsatz entscheiden die Parteien frei darüber, ob sie einen Versicherungsvertrag abschließen und mit wem dies geschieht. Das Prinzip der Vertragsabschlußfreiheit wird freilich zum Teil durchbrochen. So bestehen in den Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Anzahl Versicherungspflichten. Bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung ist die Versicherungspflicht sogar gemeinschaftsrechtlich verankert². Die Versicherungspflicht impliziert nicht notwendig einen Kontrahierungszwang für die Versicherungsunternehmen. Auf einem wettbewerblich organisierten Versicherungsmarkt besteht vielmehr durchaus Anlaß zu der Annahme, daß alle Versicherungspflichtigen für ihre jeweiligen Risiken ein vertragsberechtigtes Versicherungsunternehmen finden, wenn auch nicht alle zu den gleichen Bedingungen. Gleichwohl besteht in manchen Mitgliedstaaten ein Kontrahierungszwang. Dies ist für die Kfz-Haftpflichtversicherung ausdrücklich in § 5 Abs. 2 des deutschen Pflichtversicherungsgesetzes vorgesehen.³ Das französische Recht sieht zwar eine solche Abschlußpflicht nicht vor, schränkt aber das Recht des Versicherers zur Auflösung des Vertrages im Schadensfall im Hinblick auf die Versicherungspflicht drastisch ein⁴.

4. *Verbraucherversicherungen (Schweden)*

Außerhalb des Bereichs der Pflichtversicherungen sind Eingriffe des Gesetzgebers in die Vertragsabschlußfreiheit selten. Zu erwähnen ist aber der gesetzliche Kontrahierungszwang, der den Versicherungsunternehmen im Bereich der Verbraucherversicherungen in Schweden auferlegt wird⁵. Diese Vorschrift gilt wie das gesamte Verbraucherversicherungsgesetz für sechs enumerativ in § 1 aufgezählte Versicherungszweige, nämlich für die Haushaltsversicherung, die Grundeigentümersversicherung, die Ferienhausversicherung, die Reiseversicherung, die Kraftfahrtversicherung und die Bootsversicherung. Die Konturen dieser Abschlußpflicht

² Art. 3 der Richtlinie des Rates vom 24.4.1972 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bzgl. der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht (72/166/EWG), ABl. EG 1972 L 103/1; näher dazu Bernhard Rudisch, Europäisches Kfz-Haftpflichtversicherungsrecht: Grundlagen, Bestand und aktuelle Entwicklungen: Zeitschrift für Verkehrsrecht 43 (1998) 219.

³ In der Fassung vom 5.4.1965, BGBl. I S. 213, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.7.1994, BGBl. I S. 1630; die gegenwärtig geltende Fassung findet sich z. B. bei Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz (26. Aufl. 1998) S. 1445, 1471.

⁴ Vgl. Art. A 211-1-2 Code des Assurances; vgl. dazu Yvonne Lambert-Faivre, Droit des assurances (10. Aufl. 1998) RdNr. 519.

⁵ § 9 Konsumentförsäkringslag (1980:38); Die Vorschrift lautet in englischer Übersetzung: "An insurance company may not refuse to enter into a contract of insurance with a consumer where the insurance is of a type which the company normally offers to the general public. The first paragraph shall not apply if the insurance company, taking account of the risk of the occurrence of the insured event, the probable extent of the damage or other circumstances, has special reasons not to provide the insurance." Siehe hierzu Bertil Bengtsson, Försäkringsrätt (4. Aufl. 3. Druck 1997) S. 35.

sind so unscharf, daß sich ein ausländisches Versicherungsunternehmen erheblichen Risiken aussetzt, wenn es ohne langjährige Kenntnis der Handhabung dieser Vorschrift Versicherungsdeckung in Schweden anbietet.

III. Maximale Vertragsdauer

5. *Gesetzliche Mindest- und Höchstlaufzeiten*

Von der Versicherungsperiode als der Grundlage der aktuarischen Prämienberechnung ist zu unterscheiden die Frage der Dauer des Vertragsverhältnisses. Sie ist in den Mitgliedstaaten traditionell durch die Parteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit vereinbart worden. Da die Versicherungsunternehmen hinsichtlich der Versicherungsbedingungen über eine Formulierungsprärogative verfügen, ergibt sich an dieser Stelle die Gefahr einer allzu einseitigen Durchsetzung ihrer Interessen zu Lasten der Versicherungsnehmer.

6. Die Rechtsvergleichung weist auf zwei Problembereiche hin: In den USA zeigt sich eine Tendenz zu immer kürzeren Vertragslaufzeiten, die bei der Hauseigentümersversicherung z. T. nur noch ein Jahr und bei der Kraftfahrtversicherung vereinzelt sogar nur drei Monate betragen. Die Versicherungsunternehmen wollen sich auf diese Weise ein Höchstmaß an Flexibilität bei der Prämiengestaltung sichern, um ihrerseits in der eigenen Anlagepolitik auf Zins- und Renditeschwankungen an den Finanzmärkten reagieren zu können.⁶ Einzelne Bundesstaaten der USA haben daher Gesetze über Mindestlaufzeiten von Versicherungspoliceen erlassen.⁷
7. In Europa gibt es nirgends Anzeichen dafür, daß Versicherungsunternehmen Vertragslaufzeiten von weniger als einem Jahr durchsetzen oder auch nur anstreben. Im Gegenteil: In manchen Mitgliedstaaten waren sie zur Finanzierung ihrer Vertriebssysteme traditionell eher an einer möglichst weiten Ausdehnung der zeitlichen Bindung der Policeen interessiert. Wo der Versicherungsvertrieb wie in Großbritannien oder in Spanien im wesentlichen in den Händen unabhängiger Mittelsmänner (Makler) liegt, haben sich in der Praxis Jahresverträge durchgesetzt⁸; die jährliche Vertragserneuerung beläßt den Maklern einen wesentlichen Einfluß. Wo die Versicherungsunternehmen ihre Policeen dagegen hauptsächlich über weisungsgebundene Versicherungsagenten vertreiben, haben sie ihren Wunsch nach langfristiger Kundenbindung in der Vertragswirklichkeit zum Tragen gebracht. Die ausbedungenen Vertragslaufzeiten waren z. T. so lang, daß sie die Versicherungsnehmer in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit knebelten und den Ruf nach staatlicher Intervention laut werden ließen. Solange Versicherungsbedingungen von staatlichen Aufsichtsbehörden genehmigt werden mußten, stand eine solche aufsichtsrechtliche

⁶ Katrin Kühnle, Die Bindung an den Versicherungsvertrag (1998) S. 29.

⁷ Kühnle (Fn. 6) S. 31.

⁸ Siehe für Großbritannien Ray Hodgkin, Insurance Law (1998) S. 125; Malcolm Clarke, The law of insurance contracts (3. Aufl. 1997) S. 292; für Spanien siehe Olaf Polster, Das spanische Privatversicherungsrecht (1998) S. 136 mit Hinweis auf spanische Quellen.

Kontrolle der Laufzeitklauseln im Vordergrund, seit der Abschaffung der Vorabgenehmigung durch die Richtlinien der dritten Generation⁹ tritt in den Mitgliedstaaten mehr und mehr zwingendes Privatrecht an die Stelle.

8. *Höchstlaufzeiten und unabdingbare Kündigungsrechte*

Die nationalen Gesetze unterscheiden sich dabei nicht nur in der effektiven Länge der zulässigen Höchstbindungsdauer, sondern auch in der rechtstechnischen Ausgestaltung und dem Anwendungsbereich der Regelungen. So legt der Gesetzgeber in manchen Mitgliedstaaten die Höchstlaufzeiten als solche fest mit der Folge, daß Vereinbarungen über längere Vertragslaufzeiten rechtswidrig und unwirksam sind; ob dies zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt, wird in den versicherungsvertragsrechtlichen Gesetzen nicht geregelt und ist nach allgemeinem Vertragsrecht zu beurteilen. Regelungen dieser Art finden sich etwa in Belgien, in Spanien und in Schweden¹⁰. In anderen Mitgliedstaaten wird dagegen grundsätzlich die vertragliche Vereinbarung über die Höchstlaufzeit respektiert, nach Ablauf einer näher bestimmten Vertragsdauer aber ein unabdingbares Kündigungsrecht geschaffen; so sind etwa Frankreich, Italien, Deutschland und Österreich vorgegangen¹¹. Beide Regelungen sind insofern funktional äquivalent, als jedenfalls unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen nach Ablauf einer bestimmten Frist die Möglichkeit zur Lösung vom Vertrag geschaffen wird.

9. *Fristen*

Diese Fristen fallen aber in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich aus. Während Italien und Spanien 10-Jahresverträge zulassen¹², offenbaren die Gesetze des letzten Jahrzehnts eine breite rechtsvergleichende Tendenz hin zu kürzeren Höchstlaufzeiten und sogar zu Einjahresverträgen. Die Einjahresgrenze ist inzwischen jedenfalls für Versicherungen des privaten Bereichs festgeschrieben in Schweden, Frankreich, Belgien und wohl auch in Griechenland¹³. Österreich erlaubt dem Versicherungsnehmer, soweit es sich um einen

⁹ Art. 29 der RL des Rates vom 18. 6.1992 (92/49/EWG) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadenversicherung), ABl. EG 1992 L 228/1; Art. 29 der RL des Rates vom 10.11.1992 (92/96/EWG) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. EG 1992 L 360/1.

¹⁰ Siehe für Belgien Art. 30 § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über den Landversicherungsvertrag vom 25.6.1992, *Moniteur belge* vom 20.8.1992; für Spanien siehe Art. 22 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes Nr. 50/1980 vom 8.10.1980, *Boletín Oficial del Estado* Nr. 250 vom 17.10.1980; für Schweden siehe § 10 des Verbraucherversicherungsgesetzes (oben Fn. 5).

¹¹ Vgl. für Frankreich Art. L. 113-12 Abs. 2 Satz 1 Code des Assurances, für Italien Art. 1899 Abs. 1 Satz 2 Codice civile, für Deutschland § 8 Abs. 3 Satz 1 Versicherungsvertragsgesetz und für Österreich § 8 Abs. 3 Satz 1 Versicherungsvertragsgesetz.

¹² Siehe die Nachweise in Fn. 10 und 11; zur italienischen Regelung siehe auch *Antigono Donati/Giovanna Volpe Putzolu*, *Manuale di diritto delle assicurazioni* (5. Aufl. 1999) S. 139; zur spanischen Praxis siehe schon oben bei Fn. 8.

¹³ Siehe für Schweden § 10 des Verbraucherversicherungsgesetzes (oben Fn. 5), für Frankreich Art. L. 113-12, für Belgien Art. 30 § 1 Abs. 1 Satz 1 des Versicherungsvertragsgesetzes (oben Fn. 10) und für Griechenland Art. 8 Absätze 1 und 6 des Gesetzes Nr. 2496 vom 16.5.1997, das mir in einer privaten englischen Übersetzung vorliegt, die von *Manessiotou/Murray* von der Anwaltssozietät *Rokas & Partner*, Athen, angefertigt wurde.

Verbraucher handelt, eine Kündigung nach drei Jahren¹⁴, Deutschland allen Versicherungsnehmern und auch dem Versicherer eine Kündigung nach fünf Jahren¹⁵.

10. *Begünstigte Personenkreise*

In der näheren Ausgestaltung weisen diese Regelungen erhebliche Unterschiede auf. Dies gilt besonders für den Anwendungsbereich. Zwar lassen die verschiedenen Gesetze erkennen, daß der Schutz der zwingenden Begrenzung der Vertragslaufzeiten vor allem privaten Versicherungsnehmern zugute kommen soll, doch wird diese Absicht in jedem Mitgliedstaat wieder etwas anders verwirklicht. Zur Kündigung befugt sind in Österreich nur Konsumenten, weder sonstige Versicherungsnehmer noch der Versicherer. Auch das schwedische Gesetz begünstigt im Ergebnis nur den Verbraucher, auf sonstige Versicherungsnehmer ist es nicht anzuwenden, und der Versicherer unterliegt wie erwähnt einem Kontrahierungszwang. Die Höchstlaufzeit des belgischen Rechts gilt grundsätzlich für alle Versicherungsverträge, doch sind durch Rechtsverordnung die wesentlichen kommerziellen Versicherungen ausgenommen, so daß sich der Schutzbereich letztlich auf die Versicherungen für private Zwecke reduziert, dies freilich im Wege einer negativ Selektion¹⁶. Auch nach französischem Recht steht die Kündigung im Prinzip beiden Vertragsparteien und auch Versicherungsnehmern aller Art zu Gebote; doch ist das Recht dazu abdingbar, soweit sich die Deckung auf andere als private Risiken bezieht. Alle Versicherungsnehmer und nicht nur die Verbraucher kommen unabdingbar in den Genuß des Kündigungsrechts nach fünf Jahren, das im deutschen Gesetz vorgesehen ist¹⁷. Auch das griechische Gesetz von 1997 scheint mit seiner einjährigen Höchstlaufzeit sämtliche Versicherungsnehmer und nicht nur die Konsumenten zu begünstigen¹⁸.

11. *Resümee*

Dieser kurze Überblick muß hier genügen. Er zeigt zur Genüge, daß sich unter dem Gesichtspunkt der Höchstlaufzeiten nur Einjahrespolicen zur europaweiten Verwendung eignen. Wenn dagegen der Versicherer eines Landes, in dem Policen mit längerer Laufzeit – und sei es auch unter dem Vorbehalt eines Kündigungsrechts – im Grunde rechtlich anerkannt sind, auf den Gedanken kommt, diese Policen in Ländern wie Belgien, Schweden oder Griechenland anzubieten, setzt er sich zwei Risiken aus: zum einen kann die Police je nach Versicherungssparte hinsichtlich der Laufzeitregelung oder sogar insgesamt nichtig sein, zum anderen kann sich eine Situation ergeben, in der zwar der Versicherungsnehmer sich jederzeit vom Vertrag lösen kann, das

¹⁴ Siehe oben Fn. 11.

¹⁵ Siehe oben Fn. 11.

¹⁶ Die Liste der ausgenommenen Versicherungssparten ist abgedruckt bei *Marcel Fontaine*, *Droit des assurances* (2. Aufl. 1996) S. 187 RdNr. 329 mit Fn. 232.

¹⁷ Gemäß § 15 a des deutschen Versicherungsvertragsgesetzes kann dagegen zum Vorteil des Versicherungsnehmers von § 8 Abs. 3 abgewichen werden, so daß der Versicherer an vertraglich vereinbarte Vertragslaufzeiten von mehr als fünf Jahren seinerseits gebunden ist.

¹⁸ Gemäß Art. 33 des Gesetzes (oben Fn. 13) sind auch in Griechenland vertragliche Abweichungen zu Gunsten des Versicherungsnehmers wirksam, so daß ein Versicherer sich auf die Höchstlaufzeit von einem Jahr nicht berufen kann, wenn er im Vertrag eine längere Laufzeit vereinbart hat.

Versicherungsunternehmen dagegen an die stipulierte längere Vertragsdauer gebunden ist. Darin liegt eine Störung des Binnenmarkts, die um so mehr zu bedauern ist, als die hier referierten nationalen Regelungen zum größten Teil erst in den letzten zwanzig Jahren erlassen wurden, zu einem Zeitpunkt also, als die Integration der Versicherungsmärkte im Bereich der eigentlichen Marktregulierungen schon begonnen hatte.

IV. Verhaltensobliegenheiten des Versicherungsnehmers zwischen Vertragsschluß und Versicherungsfall

12. *Drei Phasen des Vertragsablaufs*

Versicherungsverträge sehen im allgemeinen Verhaltensanforderungen an den Versicherungsnehmer vor, die sich auf drei Phasen des Vertragsablaufs beziehen: (1) Informationsobliegenheiten bei Vertragsschluß; (2) Verhaltensobliegenheiten in der Zeit bis zum Versicherungsfall und (3) nach dem Versicherungsfall. Hier soll von der zweiten Gruppe von Obliegenheiten die Rede sein, die der Aufrechterhaltung des vertraglichen Gleichgewichts zwischen Prämie und Risikoübernahme dient.

13. *Opportunistisches Verhalten*

Die Regelung dieses Fragenkreises bildet in allen Mitgliedstaaten einen Kernbestand des Versicherungsvertragsrechts; sie betrifft z. T. die Obliegenheitsverletzung als solche, z. T. den allgemeineren Aspekt der Gefahrerhöhung. Dabei bedienen sich die nationalen Rechtsordnungen im wesentlichen der gleichen Elemente: Anzeigepflichten, die Möglichkeit der Vertragsanpassung, Kündigungsrechte und die Leistungsfreiheit des Versicherungsunternehmens wirken zusammen, dies jedoch von Land zu Land in durchaus unterschiedlicher Kombination. Die Rechtslage ist also alles andere als übersichtlich¹⁹. Die Bedeutung des Problemkreises für das Versicherungsvertragsrecht und die Praxis der Versicherungsmärkte darf nicht unterschätzt werden. Sie folgt aus der Gefahr opportunistischen Verhaltens, die dem Versicherungsvertrag als risikobezogenem Dauerschuldverhältnis immanent ist²⁰. Opportunismusgefahren ergeben sich, wenn in einem unvollständigen Vertrag hinsichtlich künftiger Eventualitäten eine Seite stärker gebunden ist als die andere. Es besteht dann ein hoher Anreiz dazu, durch restriktive Interpretation der eigenen Pflichten nachträglich das vertragliche Gleichgewicht zuungunsten der anderen Partei zu verändern.

14. Bei Versicherungsverträgen wirken Opportunismusgefahren hinsichtlich nachträglicher Risikoveränderungen in beide Richtungen: Im Vertrauen auf bestehenden Versicherungsschutz zu der vereinbarten Prämie neigen Versicherungsnehmer dazu, dem gedeckten Risiko im Alltag keine weiteren Gedanken zu widmen und seine oft unvermeidliche Erhöhung nicht einmal dann wahrzunehmen, wenn sie auf eigenes

¹⁹ Siehe schon die hochgradig differenzierte Behandlung des Themas bei Reimer Schmidt, Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung (warranty, misrepresentation, concealment; réticences, déchéances; Obliegenheiten), in: Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht der Internationalen Vereinigung für Versicherungsrecht IV (1967) S. 13 ff., vor allem S. 29 ff.

²⁰ Siehe dazu etwa Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb (1991) Tz. 48.

Verhalten zurückzuführen ist. Auf der anderen Seite streben Versicherungsunternehmen nach einer Verringerung des übernommenen Risikos. Dazu untersagen sie dem Versicherungsnehmer durch vorformulierte Vertragsklauseln jegliches gefahrerhöhende Verhalten und knüpfen an jede Verletzung jener Verbote die harte Sanktion des Verlusts der Risikodeckung. So können sie bei gleichbleibender Prämie das Preis-/Leistungsverhältnis im wirtschaftlichen Ergebnis zu ihren Gunsten verändern.

15. Die rechtliche Regelung dieser Problemlage stellt eine gesonderte Ausprägung der *clausula rebus sic stantibus* dar,²¹ die im allgemeinen Zivilrecht der Mitgliedstaaten ihren Niederschlag findet. Daß die Mitgliedstaaten sich veranlaßt sahen, neben dem allgemeinen Zivilrecht eine Sonderregelung für das Versicherungsvertragsrecht zu schaffen, weist auf die besondere Bedeutung hin, die diesem Fragenkreis für das Funktionieren der Versicherungsmärkte zukommt. Die Uneinheitlichkeit der nationalen Regelungen, auf die der Rechtsvergleich hinweist, wirft vor diesem Hintergrund die Frage auf, ob sich ein europäischer Versicherungsmarkt ohne eine Harmonisierung in diesem Bereich überhaupt entwickeln kann.

16. ***Risikobegrenzungen und Obliegenheiten***

Die für das Risiko relevanten Verhaltensanforderungen an den Versicherungsnehmer werden rechtstechnisch unterschiedlich ausgestaltet. Zum Teil werden sie als Ausnahmen vom übernommenen Risiko oder Risikobegrenzungen behandelt, etwa dergestalt, daß Unfälle, die der Versicherungsnehmer bei Ausübung einer gefährlichen Sportart (Fallschirmspringen, Bergsteigen etc.) erlitten hat, von der Deckungszusage nicht erfaßt werden. Dieselbe Rechtswirkung versuchen andere Versicherer dadurch zu erreichen, daß sie den Versicherungsnehmer vertraglich dazu verpflichten, sich in derart gefährlichen Sportarten nicht zu betätigen. In der deutschen Rechtssprache ist in diesem Zusammenhang nicht von Pflichten, sondern von Obliegenheiten die Rede, weil die Einhaltung dieser Verhaltensregeln nicht zum Gegenstand einer selbständigen Erfüllungsklage gemacht werden kann und sich an eine Verletzung auch keine Schadenersatzsanktionen knüpfen; vielmehr führt der Verstoß gegen die Verhaltensregeln lediglich zur Einbuße von Vorteilen auf Seiten des Versicherungsnehmers, insbesondere zum Verlust des Versicherungsschutzes.

17. Ob die übernommene Gefahr durch eine Risikobegrenzung oder durch eine Obliegenheit näher ausgestaltet ist, sollte von den Rechtsfolgen her eigentlich gleichgültig sein, ist es aber keineswegs überall. Insbesondere das englische common law macht einen großen Unterschied zwischen den *exceptions* und den *warranties*. Für Schäden, die in den Bereich einer Risikoausnahme fallen, muß der Versicherer nur insoweit nicht aufkommen, als sich in ihnen die erhöhte, von der Deckung ausgenommene Gefahr verwirklicht hat; die Verletzung einer *warranty* führt dagegen ohne Rücksicht auf die Kausalität zur Beendigung des Versicherungsvertrags von Rechts wegen.²² Diese Rechtsfolge weist auf einen weiteren wichtigen Unterschied hin: nach dem Ende der

²¹ Reimer Schmidt (Fn. 19) S. 8.

²² Clarke (Fn. 8) S. 530 f. mit vielen Nachweisen aus der Rechtsprechung und S. 546.

erhöhten Gefahrenlage besteht der Versicherungsschutz im Falle einer *exception* weiter, während der Vertrag nach Verletzung einer *warranty* nur weiter besteht, wenn sich aus den Umständen eindeutig ergibt, daß das Versicherungsunternehmen sich nicht auf die Vertragsbeendigung berufen will²³. Im Hinblick auf die harten Sanktionen, die das common law für die Verletzung von *warranties* vorsieht, sind englische Gerichte eher zurückhaltend, wenn es um die Qualifikation einer vertraglichen Verpflichtung als *warranty* geht.²⁴ In anderen Mitgliedstaaten scheint die Unterscheidung von Risikobegrenzung und Verhaltensobliegenheit zwar für die Rechtsfolgen weniger bedeutsam zu sein, doch ist auch hier die Abgrenzung aus der Natur der Sache heraus nicht klar.

18. *Anzeigeobliegenheiten*

Für den Fall, daß die Verletzung einer Obliegenheit zur Erhöhung der Gefahr führt, verpflichten die kontinentalen Rechtsordnungen den Versicherungsnehmer durchweg, die Gefahrerhöhung dem Versicherer anzuzeigen.²⁵ Nicht in allen Ländern besteht eine solche Anzeigepflicht von Rechts wegen, doch wird sie dem Versicherungsnehmer jedenfalls regelmäßig durch den Versicherungsvertrag auferlegt.²⁶ Unabhängig davon erhält der Versicherer im allgemeinen erst Kenntnis von der Gefahrerhöhung, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist und der Versicherungsnehmer Leistungsansprüche aus dem Vertrag geltend macht. In dieser Situation stellt sich zum einen die Frage nach dem Schicksal des Vertrages und zum anderen die nach der Leistungspflicht des Versicherers; im folgenden wird nur die zweite Frage behandelt.

19. *Leistungsfreiheit des Versicherers*

Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stimmen darin überein, daß die Verletzung einer Verhaltenspflicht des Versicherungsnehmers den Umfang der Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens beeinflusst, doch gehen die Lösungen weit auseinander.

20. *Das Common Law*

Das eine Extrem bildet das common law, in dem der Verstoß gegen eine *warranty* wie erwähnt zur sofortigen und selbsttätigen Beendigung des Vertrages führt, so daß der Versicherer ohne Rücksicht darauf leistungsfrei ist, ob der Versicherungsnehmer schuldhaft gehandelt hat und ob die Verletzung der *warranty* ursächlich für den eingetretenen Schaden war; diese Wirkungen treten auch ohne Kündigung durch das Versicherungsunternehmen ein.²⁷ Die drakonische Sanktion hat zwar die Kritik der englischen Law Commission hervorgerufen, die *de lege ferenda* vorschlägt, daß der Versicherer nur leistungsfrei sein solle, wenn die Verletzung der *warranty* für den

²³ Fall des *Estoppel*, siehe näher Clarke (Fn. 8) S. 552 mit zahlreichen Beispielsfällen aus der Rechtsprechung.

²⁴ Siehe Clarke (Fn. 8) S. 526 f.

²⁵ Siehe etwa in Frankreich Art. L. 113-2 Abs. 1 Nr. 3 Code des Assurances, in Belgien Art. 26 § 1 des Gesetzes über den Landversicherungsvertrag (Fn. 10); für Spanien Art. 11 des Gesetzes Nr. 50/1980 (Fn. 10); für Italien Art. 1898 Abs. 1 Codice Civile; für Deutschland § 23 Abs. 2 VVG; für Österreich § 23 Abs. 2 VersVG.

²⁶ Siehe etwa für das common law Clarke (Fn. 8) S. 526 und 536.

²⁷ *The Good Luck*, [1992] 1 AC 233, 262; siehe dazu Clarke (Fn. 8) S. 545 f.

Schadenseintritt erheblich gewesen sei.²⁸ Bislang ist die Rechtslage in England aber – anders als in manchen anderen Common Law-Rechtsordnungen – unverändert geblieben.

21. *Schweden*

Das andere Extrem findet sich im europäischen Vergleich im schwedischen Verbraucherversicherungsgesetz, das die Leistungspflicht des Versicherers im Falle der Verletzung von Obliegenheiten, ja sogar bei vorsätzlichen Verstößen, grundsätzlich bestehen läßt, aber die Möglichkeit einer Minderung vorsieht. Bei der Minderung ist zum einen der Grad des Verschuldens des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen, zum anderen die Bedeutung, die der Obliegenheitsverletzung für den Eintritt und den Umfang des Schadens zukommt.²⁹ Auch im deutschen und österreichischen Recht tritt die Leistungsfreiheit nicht von Gesetzes wegen ein, sondern muß vertraglich vorgesehen sein³⁰, was aber sehr oft der Fall ist.

22. *Die übrigen Rechte*

Die zwischen den Extremen angesiedelten Rechtsordnungen weisen untereinander ebenfalls erhebliche Unterschiede auf, die zum einen die Kausalität von Verhaltensverstoß und Schadenseintritt, zum anderen das Verschuldenserfordernis und zum dritten den Umfang der Leistungsfreiheit betreffen. Mehrere europäische Rechtsordnungen regeln den Verstoß des Versicherungsnehmers gegen vertragliche Verhaltenspflichten nicht als eigenständigen Punkt, sondern als Teil des Problems der Gefahrerhöhung. Für den Fall des Schadenseintritts stellen sie die Frage, welche Anpassung der Prämie vereinbart worden wäre, wenn der Versicherer rechtzeitig von der Gefahrerhöhung gewußt hätte und es zu einer Vertragsänderung gekommen wäre. Die vom Versicherer geschuldete Leistung soll sich dann zu dem Schaden so verhalten wie die tatsächlich gezahlte zu der hypothetischen Prämie.³¹ Die Obliegenheitsverletzung wird hier also so behandelt wie eine Unterversicherung in jenem hypothetischen Versicherungsvertrag. Aus dieser Sicht stellt die Gefahrerhöhung einen objektiven Befund dar, so daß das Verschulden des Versicherungsnehmers keine Rolle spielt.

²⁸ Vgl. The Law Commission, Insurance Law: Non-Disclosure and Breach of Warranty, (Law Com. No. 104) Cmnd 8064 (1980); siehe auch den Abdruck mit Erläuterung bei Hodgkin (Fn. 8) S. 320 – 322.

²⁹ .Siehe näher § 31 Abs. 1 des Gesetzes (Fn. 5); die Vorschrift lautet in englischer Übersetzung: "If an insured has intentionally or negligently failed to fulfil his obligations to the insurance company pursuant to the terms of the insurance, the amount of the cover may be reduced with regard to him. The reduction shall be made on the basis of that which is reasonable taking into account the effect which the failure had upon the occurrence of the insured event and the extent of damage, as well as to the insured's intent or negligence, and other circumstances." Siehe dazu auch Bengtsson (Fn 5) S. 66 f.

³⁰ Vgl. für Deutschland Wolfgang Römer in Wolfgang Römer/Theo Langheid, Versicherungsvertragsgesetz (1997) § 6 RdNr. 13,100; für Österreich siehe Helmut Heiss in Helmut Heiss/Bernhard Lorenz, Versicherungsvertragsgesetz (2. Aufl. 1996) § 6 RdNr. 42.

³¹ Siehe etwa für Frankreich Art. L 113-9 Abs. 3 Code des Assurances; für Italien Art. 1898 Abs. 5 Codice Civile; für Spanien Art. 12 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes Nr. 50/1980 (Fn. 10); für Belgien Art. 26 § 3 Abs. 1 Lit. b) des Gesetzes über den Landversicherungsvertrag (Fn. 10); für Griechenland Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 2496 (Fn. 13).

23. Da diese Rechtsordnungen an das Ungleichgewicht zwischen dem erhöhten Risiko und der vereinbarten Prämie anknüpfen, wird auch die Frage nach der Kausalität des gefahrerhöhenden Verhaltens, also der Verletzung der Obliegenheit, für den Schadenseintritt oder –umfang vom Gesetz nicht gestellt.³² Gleichwohl treten Literatur und Rechtsprechung auch in diesen Ländern zum Teil dafür ein, die verhältnismäßige Minderung der Versicherungsleistung auf Fälle zu beschränken, in denen die Gefahrerhöhung den Eintritt des Versicherungsfalles begünstigt hat³³. In Deutschland ist demgegenüber sowohl für den Fall der Obliegenheitsverletzung als auch für den der Gefahrerhöhung gesetzlich festgelegt, daß der Versicherer nur leistungsfrei wird, wenn das gefahrerhöhende Verhalten des Versicherungsnehmers Einfluß auf Eintritt oder Umfang des Schadens gehabt hat und wenn den Versicherungsnehmer ein Verschulden trifft.³⁴ Wenn das Versicherungsunternehmen danach von seiner Leistungspflicht befreit ist, ist es dies im allgemeinen zur Gänze; nur wenn diese Sanktion als grob unbillig erscheint, gewährt die Rechtsprechung eine Teilbefreiung.³⁵ Österreich hat in der Novelle zum Versicherungsvertragsgesetz von 1994 beide Ansätze kombiniert: einerseits wird ebenso wie in Deutschland Verschulden des Versicherungsnehmers und eine Beeinflussung von Schadenseintritt bzw. –umfang durch die Obliegenheitsverletzung gefordert; wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, wird die Leistungspflicht des Versicherers aber auch nur proportional zu dem Verhältnis von hypothetischer und tatsächlich gezahlter Prämie vermindert.³⁶

24. *Resümee*

Fassen wir zusammen: Die allermeisten Versicherungsverträge stellen Verhaltensanforderungen an den Versicherungsnehmer auf, die dazu bestimmt sind, Gefahrerhöhung zu vermeiden und so das Gleichgewicht von Prämie und Risiko aufrecht zu erhalten. Wie schon erwähnt, werden diese vorformulierten Gebote von den Versicherungsnehmern nur selten zur Kenntnis genommen und sehr häufig übertreten. Auf der Leistungsseite des Versicherungsunternehmens kommt daher der Frage, ob und in welchem Umfang in solchen Fällen Leistungsfreiheit eintritt, eine wirtschaftlich große Bedeutung zu. Nach der skizzierten Rechtslage der Mitgliedstaaten müssen sich Versicherungsunternehmen, die ihre Policen grenzüberschreitend europaweit anbieten wollen, auf alles gefaßt machen. Denn nach dem europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht kommt zumindest bei den Jedermann-Versicherungen das Recht des Versicherungsnehmers zur Anwendung³⁷. Danach kann es sein, daß die

³² So ausdrücklich für Frankreich Lambert-Faivre (Fn. 4) RdNr. 337; für Italien Donati/Volpe Putzolu (Fn 12) S. 123; siehe aber die folgende Fn.

³³ Dies wird für Italien als herrschende Ansicht gekennzeichnet von Antonietta Bianchi Pitter in Giorgio Cian/Alberto Trabucchi, Commentario breve al Codice civile (5. Aufl. 1997) Art. 1898 RdNr. 5; vgl. aber auch Fn. 32.

³⁴ §§ 6 Abs. 1 und 2, 25 Abs. 2 und 3 VVG.

³⁵ Römer in Römer/Langheid (Fn. 30) § 6 RdNr. 108.

³⁶ Vgl. einerseits § 6 Abs. 1 und 2, andererseits § 6 Abs. 1 a VersVG und dazu Heiss in Heiss/Lorenz (Fn. 30) § 6 RdNr. 2.

³⁷ Vgl. Art. 7 der Zweiten Richtlinie des Rates vom 22.6.1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG (88/357/EWG), ABl. EG 1988 L 172/1; siehe dazu näher Jürgen Basedow/Wolfgang Drasch, Das

Verletzung ein und derselben Verhaltensobliegenheit in England zur totalen Leistungsfreiheit des Versicherungsunternehmens führt, während es in einem vergleichbaren Fall in Österreich in vollem Umfang zur Leistung verpflichtet bleibt, weil der Verstoß keinerlei Einfluß auf den Schadenseintritt hatte; auch Zwischenlösungen wie die proportionale Minderung der Versicherungsleistung in Frankreich oder – in Schweden – die gänzlich unvorhersehbare richterliche Leistungsminderung sind denkbar. Dies ist keine hinreichende Grundlage für einen kalkulierten oder auch nur kalkulierbaren Schadensverlauf und damit für einen europaweiten Vertrieb ein und derselben Police.

25. Der rechtsvergleichende Überblick hat anhand dreier exemplarischer Fragen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Bereich des Versicherungsvertragsrechts ergeben, die für ihre wirtschaftliche Betätigung im europäischen Binnenmarkt überaus bedeutsam sind und eine grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit im Sinne des Dienstleistungsverkehrs außerordentlich stark behindern.

neue Internationale Versicherungsvertragsrecht: NJW 1991, 785 ff.; siehe auch Art. 4 der Zweiten Richtlinie des Rates vom 8.11.1990 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG (90/619/EWG), ABl. EG 1990 L 330/50.

Literatur

- Basedow, Jürgen, Das österreichische Bundesgesetz über internationales Versicherungsvertragsrecht – eine rechtspolitische Würdigung, in: *Reichert-Facilides, Fritz* (Hrsg.), Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im europäischen Wirtschaftsraum, Tübingen 1994, S. 89 – 100;
- Basedow, Jürgen/Drasch, Wolfgang, Das neue Internationale Versicherungsvertragsgesetz: Neue Juristische Wochenschrift 1991, 785-795;
- Bengtsson, Bertil, Försäkringsrätt, 4. Aufl., 3. Druck Stockholm 1997;
- Cian, Giorgio/Trabucchi, Alberto, Commentario breve al Codice civile, 5. Aufl. Padova 1997;
- Clarke, Malcolm, The Law of Insurance Contracts, 3. Aufl. London 1997;
- Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991;
- Donati, Antigono/Volpe Putzolu, Giovanna, Manuale di diritto delle assicurazioni, 5. A. Milano 1999;
- Ewald, François/Lorenzi, Jean-Hervé (Hrsg.), Encyclopédie de l'Assurance, Paris 1998;
- Fontaine, Marcel, Droit des assurances, 2. Aufl. Bruxelles 1996;
- Heiss, Helmut/Lorenz, Bernhard, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. Wien 1996;
- Hodgin, Ray, Insurance Law, London 1998;
- Kühnle, Katrin, Die Bindung an den Versicherungsvertrag, Baden-Baden 1998;
- Lambert-Faivre, Yvonne, Droit des assurances, 10. Aufl. Paris 1998;
- The Law Commission, Insurance Law: Non-Disclosure and Breach of Warranty, (Law Com. no. 104) Cmnd. 8064, London 1980;
- Polster, Olaf, Das spanische Privatversicherungsrecht, Karlsruhe 1998;
- Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 26. Aufl. München 1998;
- Reichert-Facilides, Fritz, Europäisches Versicherungsvertragsrecht, in: Festschrift für Drobnig, Tübingen 1998, S. 119-134;
- Römer, Wolfgang/Langheid, Theo, Versicherungsvertragsgesetz, München 1997;
- Rudisch, Bernhard, Europäisches Kfz-Haftpflichtversicherungsrecht: Grundlagen, Bestand und aktuelle Entwicklungen: Zeitschrift für Verkehrsrecht 43 (1998) 219-236;

Schmidt, Reimer, Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung (warranty, misrepresentation, concealment, réticences, déchéances, Obliegenheiten. In: Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht der Internationalen Vereinigung für Versicherungsrecht IV, Karlsruhe 1967;

Steindorff, Ernst, Rechtsangleichung in der EG und Versicherungsvertrag: ZHR 144 (1980) 447.

Außervertragliche Schuldverhältnisse, insbesondere Haftungsrecht

Christian v. Bar, Osnabrück

I. Die Grundtatbestände der außervertraglichen Haftung

1. *Das Law of Torts*

Schon bei einem oberflächlichen Blick auf die außervertraglichen Haftungsrechte der Europäischen Union¹ lassen sich schnell drei Gruppen von Ländern unterscheiden. Da ist zum einen das gemeine Recht Englands und Irlands, das in einigen wesentlichen Fragen, z.B. im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung, auch auf das schottische Recht ausstrahlt.² Das Common Law basiert traditionell auf einer Vielzahl von einzelnen "Torts" (unerlaubten Handlungen). Das System erinnert zumindest äußerlich an die Art und Weise, wie in Kontinentaleuropa die Strafrechte aufgebaut zu sein pflegen. Die Bedeutung dieser Torts für die praktische Rechtspflege ist freilich höchst unterschiedlich. Obwohl es um die siebzig anerkannte Torts geben dürfte³, spielen nur wenige von ihnen im täglichen Rechtsleben eine signifikante Rolle (insbesondere alle Formen von trespass, ferner negligence und private nuisance). Im übrigen finden sich viele haftungsrechtlicher Spezialgesetze. Ihre hohe Zahl hängt wesentlich mit ihrem relativ schmalen Regelungsgegenstand zusammen. Immerhin wird man sagen dürfen, daß England derzeit wahrscheinlich die europäische Jurisdiktion mit den meisten haftungsrechtlichen Sondergesetzen ist.⁴

2. *Systeme mit einer Basisnorm*

Alle anderen europäischen Haftungsrechte nehmen ihren Ausgangspunkt in einer (wenn auch teilweise mehrgliedrigen) Grund- oder Basisnorm. So verhalten sich die Dinge nicht nur in den kontinentaleuropäischen Kodifikationen, sondern auch in den drei der EU angehörigen skandinavischen Rechtsordnungen. Die letzteren gründen in der sogen. Culpa-Regel, welche wiederum entweder Teil des gemeinen Rechts ist (wie in

¹ Eingehend zum Folgenden v.Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Bd. 1: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen (1996); Bd. II: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe (1999). Wo in diesem Gutachten auf Detailnachweise verzichtet wurde, lassen sie sich unschwer diesen beiden Bänden entnehmen.

² Nicht nur für die Entwicklung der allgemeinen Fahrlässigkeitshaftung, sondern auch für die innerbritische Rechtseinheit auf dem Gebiet des außervertraglichen Haftungsrechts ist von herausragender Bedeutung *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, weil in dieser grundlegenden Entscheidung davon ausgegangen wurde, es seien das schottische und das englische Recht in den hier behandelten Fragen inhaltlich identisch. *Donoghue* war "an sich" ein schottischer Fall.

³ Rudden, *Tortious*, *Tul.Civ.Law Forum* 6/7 (1991-92) S. 105-129 zählte 72 Torts.

⁴ Zusammengestellt bei v. Bar (-Shaw), *Deliktsrecht in Europa, England und Wales* (1993).

Dänemark) oder in die einschlägigen Schadensersatzgesetze eingestellt wurde (wie in Finnland und in Schweden).⁵

3. *Generalklauseln*

Die genannten Grund- oder Basisnormen unterscheiden sich freilich ihrerseits wieder in einer ganzen Reihe von Einzelheiten. Üblicherweise werden jene Rechte zu einer Gruppe zusammengefaßt, die sich legislatorisch mit dem Prinzip begnügen, daß jedermann, der durch sein vom Standard des Erforderlichen abweichendes Verhalten einem anderen Schaden zugefügt hat, zum Ausgleich dieses Schadens verpflichtet ist. Man pflegt dies in der deutschen Rechtssprache als eine "Generalklausel" zu bezeichnen, und man denkt dabei natürlich an die Artt. 1382 und 1383 des belgischen, des französischen und des luxemburgischen Code civil. Ebenfalls in diese Gruppe gehört der Art. 1902 des spanischen Cc, der sich von seinem französischen Vorbild nur dadurch unterscheidet, daß er schon seinem Wortlaut nach auch die Deliktshaftung juristischer Personen abdeckt.

4. *Griechenland und Italien*

Darüber, ob man auch Griechenland und Italien in die Länder eingruppiert darf, die mit einer Generalklausel arbeiten, kann man möglicherweise streiten. Der Art. 914 des griechischen ZGB enthält eine Blankettnorm. Haftungsbezüglich ist ein schadensursächliches Verhalten, wenn es gesetzwidrig ist. Das erinnert einen deutschen Juristen zunächst nur an § 823 Abs. 2 BGB. Der Areopag hält freilich lange schon dafür, daß zu den "Gesetzen" i.S.v. Art. 914 ZGB u.a. auch die Bestimmung des ZGB über Treu und Glauben gehört, so daß man sagen kann, das griechische Recht habe sich einer Generalklausel jedenfalls angenähert. In Italien liegen die Dinge ähnlich. Der Art. 2043 des Codice civile weicht von den Formulierungen der übrigen romanischen Kodifikationen nur insoweit ab, als er ausdrücklich einen "ungerechten Schaden", einen danno ingiusto, verlangt. Anfangs haben die italienischen Gerichte diesen Ausdruck in einer Weise interpretiert, die in ihren wesentlichen Zügen dem § 823 Abs. 1 des deutschen BGB ähnelte. Später hat man hiervon jedoch Abstand genommen und insbesondere auch relative Rechte sowie ein "Recht an der Integrität des eigenen Vermögens" akzeptiert. Abgesehen vielleicht von dem spezifisch italienischen Konzept eines "biologischen Schadens", eines danno biologico, liegt das italienische Recht deshalb seither weit mehr in dem generellen Trend der europäischen Rechtsentwicklung als das deutsche.

5. *Portugal, Österreich, Deutschland*

Eine eigene Gruppe von haftungsrechtlichen Basisnormen findet man in Portugal, Österreich und Deutschland. Diese drei Länder haben ihre entsprechenden Vorschriften deutlich enger ausgestaltet bzw. interpretiert als die übrigen kontinentaleuropäischen und skandinavischen Rechte. Besonders restriktiv ist Art. 483 des portugiesischen Cc. Als grundlegende Haftungstatbestände kennt das portugiesische Gesetzbuch lediglich die Verletzung von (absoluten) Rechten und Rechtsgütern sowie die Haftung für die Verletzung eines Schutzgesetzes. Die Haftung aus "sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung", wie man sie (wenn auch z.T. mit einem moderneren Wortlaut) in

⁵ Deutsche Übersetzungen bei v. Bar (-Witte), Deliktsrecht in Europa, Schweden (1993) bzw. bei Fasterling, VersRAI 1995 S. 14-16.

Österreich, Deutschland, den Niederlanden, Griechenland und Finnland kennt, fehlt im port. Cc. Der § 1295 des österreichischen ABGB andererseits enthält seinem Wortlaut nach zwar tatsächlich eine echte Generalklausel, wird aber von den Gerichten nicht als solche gelesen. Seine Interpretation folgt weithin dem deutschen Modell (§ 823 Abs. 1 BGB). Das deutsche BGB wiederum hat seine deliktsrechtliche Basisnorm dreigeteilt. Haftungsbegründend ist (a) die Verletzung eines absoluten Rechts oder Rechtsguts, (b) die Verletzung eines Schutzgesetzes und (c) eine unter Verletzung der guten Sitten begangene vorsätzliche Schadenszufügung.

6. *Reine Vermögensschäden*

Unterschiedliche legislatorische Konzepte wirken sich freilich keineswegs automatisch auf die mit ihnen in der Praxis erzielten Resultate aus. Wenn es überhaupt möglich sein sollte, einen Punkt von grundsätzlicher Bedeutung herauszuarbeiten, in welchem der theoretische Ansatz soziale Wirklichkeit je anders gestaltet, dann ist es die Haftung für die sogen. reinen Vermögensschäden. Als das deutsche BGB vor hundert Jahren die europäische Bühne betrat, war es auch mit dem Ziel angetreten, das Zivilgesetzbuch Frankreichs zu übertreffen. Das BGB schloß reine Vermögensinteressen bewußt aus dem Kreis der von seinem § 823 Abs. 1 geschützten Güter aus. Nähert man sich dem außervertraglichen Haftungsrecht aus der Perspektive dieser Schadensform, so kann man sagen, daß der eigentliche Graben, der die europäischen Haftungsrechte bis heute trennt, nicht etwa zwischen dem Common Law und den kontinentaleuropäischen Rechten verläuft, sondern zwischen den "germanischen" und den "romanischen" Systemen. Auch, ja vielleicht sogar gerade nach *Hedley Byrne v. Heller*⁶ sind die Ähnlichkeiten zwischen dem deutschen und dem gemeinen englischen weit größer als die zwischen dem deutschen und (u.a.) dem französischen Recht. Auf diesem Hintergrund muß man sagen, daß den Rechten, die versucht haben, den Graben zwischen Deutschland und Frankreich zu überbrücken, heute in der Perspektive der Rechtsvergleichung eine geradezu strategische Bedeutung zugewachsen ist. Ich erwähne in diesem Zusammenhang die skandinavischen Rechtsordnungen sowie - und nach meinem Eindruck noch wichtiger - das niederländische Recht.

7. *Art. 6:162 des niederländischen BW*

Das neue Burgerlijk Wetboek der Niederlande wurde auf der Grundlage einer brillanten rechtsvergleichenden Analyse verfaßt. An ihrem Ende stand eine durch lange Entwicklungen innerhalb der niederländischen Rechtsprechung und Jurisprudenz zusätzlich vorbereitete Regelung, die unter einer Vielzahl von Aspekten außerordentlich attraktiv ist. Sie lautet in deutscher Übersetzung: "(1) Derjenige, der gegen einen anderen eine unerlaubte Handlung begeht, die ihm zugerechnet werden kann, ist verpflichtet, den Schaden, den der andere dadurch erleidet, zu ersetzen. (2) Als unerlaubte Handlung werden ein Eingriff in ein Recht und ein Tun oder Unterlassen, das gesetzlichen Pflichten oder Verhaltensregeln des gesellschaftlichen Verkehrs auf Grund

⁶ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller and Partners* [1964] A.C. 465. Die Entscheidung ist deshalb von so großer Bedeutung, weil sie die Haftung aus *negligence* auf dem Gebiet der Auskunftshaftung auf reine Vermögensschäden ausweitete.

ungeschriebenen Rechts widerspricht, angesehen, jeweils vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes. (3) Eine unerlaubte Handlung kann dem Täter zugerechnet werden, wenn er sie schuldhaft verursacht hat oder wenn die Ursache nach dem Gesetz oder der Verkehrsauffassung seiner Risikosphäre zuzuordnen ist."⁷ Das neue niederländische BW hat also zwar im Unterschied zu seinem Vorgänger und in Anlehnung an das deutsche Modell die Rechts- und die Gesetzesverletzung tatbestandlich hervorgehoben, es dabei aber nicht bewenden lassen. Es kennt vielmehr auch, wie man in Deutschland vielleicht sagen würde, "Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens". Außerdem bringt das neue BW beide Zurechnungsgründe des modernen Haftungsrechts schon in seiner Grundnorm zum Klingen: die Haftung für Verschulden und die strikte Haftung aus Gesetz bzw. aus der "Verkehrsauffassung".

8. *Begriff des reinen Vermögensschaden*

Ob sich das Konzept des Art. 6:162 BW am Ende wirklich wird "europäisieren" lassen, stehe dahin. Wichtig ist jedenfalls zu sehen, daß man eine europaweite Diskussion über die Haftung für reine Vermögensschäden nicht führen kann, ohne sofort hinzuzufügen, daß die europäischen Rechtsordnungen selbst noch von einem einheitlichen Verständnis eben dieses Begriffes weit entfernt sind. Italienische Gerichte haben, wie schon erwähnt, die Figur eines Rechts an der Integrität des eigenen Vermögens entwickelt. Englische, irische, schottische, schwedische und finnische Juristen würden einen "reinen Vermögensschaden" als einen Schaden definieren, der nicht in der Folge einer Beschädigung der physischen Integrität einer Person oder einer Sache auftritt.⁸ Für einen deutschen, einen österreichischen oder einen portugiesischen Juristen ist ein Vermögensschaden dagegen dann ein "reiner", wenn er nicht durch die Verletzung eines absoluten Rechts bzw. Rechtsgutes vermittelt wurde. Viele Schäden, die in den fünf erstgenannten Jurisdiktionen reine Vermögensschäden sind, werden in den drei zuletzt genannten Ländern zu Folgeschäden einer Rechtsverletzung. Ein belgischer, ein französischer oder ein luxemburgischer Jurist wiederum kann schon mit der Kategorie als solcher herzlich wenig anfangen. Für ihn zählt allein das Prinzip der Totalreparation; ein "dommage purement économique" ist etwas, von dem er im Zweifel noch nie etwas gehört hat.

9. *Der Schutz unkörperlicher Persönlichkeitsgüter*

Wieder anders verlaufen die Trennlinien allerdings auf dem Gebiet des Schutzes der sogen. unkörperlichen Persönlichkeitsgüter. Natürlich gehören Ehre und guter Ruf überall zu den klassischen Schutzgütern des Deliktsrechts. Im Bereich dessen, was man in Deutschland auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichtshofes als auch des Bundesverfassungsgerichts mit dem Konzept des sogen. "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" erfaßt, das ergänzend neben eine ganze Reihe von sogen. "besonderen Persönlichkeitsrechten" (z.B. Recht am Namen und am eigenen

⁷ Deutsche Übersetzung nach Nieper/Westerdijk, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch. Buch 6 Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Bücher 7 und 7A Besondere Verträge (1995).

⁸ Die einzige gesetzliche Definition eines "reinen Vermögensschadens" findet man in Schweden (Kapitel 1 § 2 des dortigen Schadensersatzgesetzes: "Unter einem reinen Vermögensschaden wird in diesem Gesetz ein solcher wirtschaftlicher Schaden verstanden, der in keinem Zusammenhang damit steht, daß jemand Personen- oder Sachschaden erleidet").

Bilde) tritt, nimmt jedenfalls das Common Law Englands⁹ nach wie vor eine gewisse Sonderstellung ein. So ist z.B. der Schutz der Privatsphäre außerhalb der Britischen Inseln heute überall gewährleistet, oft seinerseits unter Rückgriff auf eine Generalklausel.¹⁰ England dagegen hat noch kein "right to privacy" bzw. noch keinen "tort of infringement of privacy" ausgebildet. Auch hier laufen die Entwicklungen allerdings zunehmend zusammen. Mit dem Protection from Harrassment Act ist ein erster wichtiger Schritt schon im Jahre 1997 getan worden. Vor allem aber hat das englische Parlament alsbald danach den Human Rights Act 1998 verabschiedet und mit ihm die europäische Menschenrechtskonvention in innerenglisches Recht überführt. Es besteht deshalb Anlaß zu der Hoffnung, daß englische und schottische Gerichte einen ihnen länger schon von der irischen Justiz vorgelebten Weg nachzeichnen könnten, der darauf hinausläuft, allen Grund- und Menschenrechten mit den Mitteln des Deliktsrechts auch auf der "horizontalen" Ebene zwischen Privatrechtssubjekten den nötigen Schutz angedeihen zu lassen.

II. Der Standort des Haftungsrechts im Gesamtgefüge des Schadensausgleichsrechts

10. *Allgemeines*

Schon aus diesen denkbar knappen Bemerkungen ergibt sich, daß eine aussagekräftige Zusammenschau der Rechte der gegenwärtigen Europäischen Union nicht bei dem "kleinsten gemeinsamen Nenner", d.h. bei den Regeln stehen bleiben darf, die von jeder nationalen Rechtsordnung als dem Deliktsrecht zugehörig begriffen werden. Auf dieses wirken vielmehr überall eine Vielzahl außerdeliktsrechtlicher Regeln ein, und man stößt insoweit auf nahezu von Land zu Land unterschiedlich verlaufende Demarkationslinien. Das ist nicht nur hinsichtlich des Einflusses des Verfassungsrechts auf das außervertragliche Haftungsrecht so.¹¹

11. *Sachenrecht*

Ähnliches gilt z.B. an den Grenzen zwischen dem Haftungs- und dem Eigentums- oder Sachenrecht. Man denke nur an die für das Umweltrecht auch heute noch bedeutsamen Regeln über die Haftung aus der Störung nachbarlicher Beziehungen (troubles de voisinage, nuisance, Haftung unter bzw. in analoger Anwendung von § 906 BGB, usw.), an die Haftung von Besitzern, die gutgläubig meinen, mit der eigenen Sache zu verfahren, an die allgemeine Störerhaftung und ähnliches. Die einschlägigen Regeln finden sich in z.T. ganz unterschiedlichen Rechtsmaterien. Insbesondere der Schadensausgleich unter Nachbarn weist allerdings nahezu durchweg die Tendenz auf, sich zu einem strikten Regime zu entwickeln.

⁹ Die irische Law Commission hat sich des Themas vor einem allerdings anderen verfassungsrechtlichen Hintergrund im Jahre 1996 angenommen (Consultation Paper on Privacy: Surveillance and the Interception of Communications). Der Bericht betrifft allerdings nur einen Ausschnitt aus der Gesamtproblematik.

¹⁰ Ein Beispiel ist Art. 9 des französischen Cc ("Chacun a droit au respect de sa vie privée").

¹¹ Hierzu eingehend v.Bar, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte, *RabelsZ* 59 (1995) S. 203-228.

12. *Strafrecht*

Von erheblicher Bedeutung ist ferner das Strafrecht. Für die skandinavischen Rechte, die über Jahrhundert das (öffentliche) Straf- und das (private) Haftungsrecht als zwei Teilmaterien eines einheitlichen Kompensationsrechtes aufgefaßt hatten, läßt sich z.B. bis heute beobachten, daß sie in einer Vielzahl von Fragen je nachdem anders entscheiden, ob die schadensursächliche Handlung eine Straftat darstellt oder nicht. Das reicht hinein bis in die Haftung für reine Vermögensschäden. In Spanien geht man sogar noch einen Schritt weiter. Sein Haftungsrecht ist schon im Ausgangspunkt zweigeteilt. Die Haftung für Schäden aus einer Straftat unterliegt den Regeln des Strafgesetzbuches. Das spanische Zivilgesetzbuch betrifft demgegenüber ausschließlich die Haftung aus solchen unerlaubten Handlungen, die nicht mit Strafe bedroht sind. Spanien ist zwar das einzige europäische Land, das so unterscheidet. Gleichwohl kann dem Strafrecht auch in vielen anderen Jurisdiktionen ein im Einzelfall entscheidender Ausschlag zufallen. Man denke etwa an Art. 2059 des italienischen Cc, der im wesentlichen besagt, daß die Gewährung von Schmerzensgeld an die Begehung einer Straftat genüpft ist (Art. 185 CP), oder an die in Europa zahlreich vertretenen Regeln, wonach die privatrechtliche Haftung nicht früher verjähren kann als die korrespondierende strafrechtliche. Deutschland kennt einen solchen Rechtssatz allerdings nicht.

13. *Versicherungsrecht*

Ein wesentlicher Faktor für die Wirkungsweise von Haftungsrecht ist ferner überall der Einfluß des Versicherungswesens. Das gilt zunächst in einem recht allgemeinen Sinn: Ohne das oft präzise belegen zu können, sind sich doch die Experten des Haftungsrechts weithin darin einig, daß es zwischen der Verbreitung der Haftpflichtversicherung und den Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einen engen Zusammenhang gibt. Auch der Ausbau der strikten Haftung war letztlich überall nur möglich, weil man mit dem Vorhandensein einer Haftpflichtversicherung rechnete oder diese gar gesetzlich vorschrieb. Die besonders scharfe Haftung unter dem französischen Straßenverkehrshaftpflichtrecht ist dafür nur ein Beispiel unter vielen. Große Unterschiede bestehen zudem nach wie vor in den Sozialversicherungssystemen, die ihrerseits nicht selten (aber eben keineswegs überall) zur Verdrängung haftungsrechtlicher Anspruchsbeziehungen geführt haben. Das Recht der Haftung für Arbeitsunfälle ist dafür ein Beispiel. In England etwa gehört es weithin nach wie vor in das Privatrecht, in dem freilich insoweit oft gesetzliche Sonderregeln eingreifen. In Deutschland und in Frankreich dagegen ist die gewöhnliche Fahrlässigkeitshaftung in diesem Bereich nicht mehr existent. In wieder anderen Fällen hat man zwar die privatrechtliche Haftung "an sich" unberührt gelassen, sie aber durch die Einrichtung paralleler Ansprüche gegen Versicherer für das praktische Rechtsleben ausgehöhlt und zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Beispiele finden sich in den Arzt- bzw. Krankenhaushaftungsrechten Skandinaviens. Eine ganz eigene Variante hat zudem jüngst der belgische Gesetzgeber gewählt, als er das Haftungsrecht des Straßenverkehrsunfalles reformierte. Dieses basiert zwar einerseits (sieht man von einigen weniger wichtigen Sondersituationen ab) immer noch auf der Haftung für faute ("Verschulden"¹²). Der

¹² Der Ausdruck "faute" ist mit "Verschulden" nicht korrekt übersetzt. Eine faute ist eine Abweichung von dem objektiv bestimmten Sorgfaltsstandard; darauf, warum man diesen Standard nicht einhalten konnte, kommt es

Haftpflichtversicherer des schadensursächlichen Fahrzeuges muß andererseits aber für den Schaden selbst dann aufkommen, wenn seinen Versicherungsnehmer keine faute trifft. Man hat es sozusagen mit einer Kombination aus einer Haftpflichtversicherung und einer Unfallversicherung zugunsten Dritter zu tun.

14. Der Einfluß des Versicherungswesens auf das Haftungsrecht ist oft freilich schon unmittelbar aus den Normen des Deliktsrechts selbst abzulesen. Führend ist insoweit Skandinavien. Seine Haftungsrechte kennen eine nicht geringe Zahl billigkeitsrechtlicher Vorschriften, z.B. sogen. Reduktionsklauseln, die es erlauben, die Haftung der Höhe nach zu senken, um existenzvernichtende Schadensersatzpflichten zu vermeiden. In Vorschriften diesen Typs ist das Vorhandensein von Versicherung - und zwar sowohl auf seiten des Opfers als auch auf seiten des Täters - immer wieder ausdrücklich zu einem für die Billigkeitsabwägung wesentlichen Faktor erklärt worden. Noch einen Schritt weiter ging das dänische Recht. Im wesentlichen zur Vermeidung von Transaktionskosten, aber auch im Interesse des Haftpflichtigen, kennt es die allgemeine Regel, daß eine Privatperson für von ihr mit gewöhnlicher Fahrlässigkeit verursachte Sachschäden grundsätzlich nur dann haftet, wenn das Opfer sich gegen solche Schäden nicht selbst versichert hat.¹³ Der Geschädigte hat also keine Wahl: Er muß sich an seine Versicherung halten, und da diese im Wege der Legalzession nur die Rechte ihres Versicherungsnehmers erhält, dieser aber in einem solchen Fall gerade keinen Anspruch hat, steht auch der Versicherung kein Zessionsregreß gegen den Deliktstäter zu.

15. **Vertragsrecht**

Am wichtigsten (und spannungsreichsten) dürften freilich die Beziehungen zwischen dem Vertragsrecht und dem Deliktsrecht sein. Die Demarkationslinie zwischen diesen beiden Kernmaterien des Obligationenrechts ist nahezu überall nur mit außerordentlichen Schwierigkeiten auszumachen. Überspitzt könnte man sagen, daß die europäischen Privatrechte hier allesamt eine gewisse Verunsicherung zeigen, weil bislang noch niemand ein völlig überzeugendes Konzept für die Unterscheidung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Schadensersatzhaftung entwickelt hat, ja sich vielleicht ein solches Konzept auch gar nicht entwickeln läßt.

16. Die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht ist freilich allen europäischen Obligationenrechten geläufig, und demgemäß verfügen sie alle über ihre je eigenen "nationalen" Konzepte zur Bewältigung der damit verbundenen Schwierigkeiten. Deutschland und England z.B. arbeiten im Grundsatz mit dem Prinzip der Anspruchskonkurrenz. Nur die Rechte der Britischen Inseln kennen in ihrem

grundsätzlich nicht an. Außerdem gilt stes der Sorgfaltsmaßstab des bon père de famille, des guten Familienvaters; einen gruppenspezifisch (z.B. wegen jugendlichen Alters) abgesenkten Sorgfaltsstandard gibt es nicht.

¹³ S. insbesondere § 19 Abs. 1 und 2 des dänischen Schadensersatzgesetzes von 1984 ("[1] In dem Umfang, in dem ein Schaden durch eine Sachversicherung oder eine Betriebsausfallversicherung gedeckt ist, besteht keine Schadensersatzpflicht. [2] Die Vorschrift des Abs. 1 gilt nicht, wenn [a] der zum Schadensersatz Verpflichtete den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat, oder [b] wenn der Schaden in der Ausübung öffentlicher oder erwerbsmäßiger Tätigkeit oder damit gleichstehender Tätigkeit verursacht worden ist") (Übersetzung nach v.Bar (-Nørgaard/Vagner), Deliktsrecht in Europa, Dänemark (1993).

Vertragsrecht andererseits das Erfordernis der Gegenleistung (consideration), das z.B. die Entwicklung einer im Vertragsrecht wurzelnden "culpa in contrahendo", das Konzept eines unentgeltlichen Auskunftsvertrages und - im Zusammenwirken mit dem komplementären Prinzip der privity of contract - die Entwicklung der Figur eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter verhinderte. Frankreich andererseits, das solche "Verträge" (im Rahmen einer stipulation pour autrui) durchaus kennt, wählt schon den konkurrenzrechtlichen Ausgangspunkt anders: Die Haftung ist immer entweder vertraglich oder außervertraglich, aber niemals beides. Es gilt ein (unscharf) sogen. Kumulierungsverbot (non-cumul des responsabilités). Diese non-cumul Regel führte indes alsbald zu einer Reihe von Schwierigkeiten, u.a. der, daß sie zwischen Vertragspartnern zu dem ungewollten Nebeneffekt zu führen drohte, die (später entwickelte) strikte Halterhaftung (gardien-Haftung) zu verdrängen. Also mußte man einerseits den Anwendungsbereich vertraglicher Sicherungspflichten möglichst wieder zurückschrauben und andererseits, wenn das nicht möglich war, die vertraglichen Sicherungspflichten ihrer Intensität nach so ausbauen, daß sie dem Deliktsrecht nicht mehr nachstanden. Man begann also, zwischen Verhaltens- und Erfolgseinstandspflichten zu unterscheiden (obligations de sécurité de moyens bzw. obligations de sécurité de résultat). Die letzteren brachten letztlich nichts anderes als eine vertragliche Gardienhaftung. Viel Energie wird heute auf das Problem verwandt, wann und wie zwischen diesen beiden Pflichtentypen zu unterscheiden sei. Heute scheint es sich fast schon so zu verhalten, daß man sagt, die Verpflichtung sei entweder eine Resultatsverpflichtung oder sei sie gar nicht erst von vertraglicher Natur. Eine weitere wichtige Besonderheit des französischen Rechts besteht im übrigen darin, daß man dort generell von der Regel ausgeht, daß die außervertragliche Haftung "d'ordre public" sei, also vertraglich nicht abbedungen werden kann. In den (wenigen) Materien des außervertraglichen Haftungsrechts, in denen die EU bislang legefertigt hat, hat sie sich freilich auf einen jedenfalls im Ergebnis gleichen Standpunkt gestellt.

III. Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherungsrecht

17. *Quasideliktsrechtliche Funktionen*

Das Bereicherungsrecht und das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag nehmen im wesentlichen eine Zwischenstellung zwischen dem Vertrags- und dem Deliktsrecht ein. Man hat denn auch oft quasivertragliche und quasideliktsrechtliche Funktionen dieser beiden gesetzlichen Schuldverhältnisse unterschieden, ja (im Common Law) sogar noch in neuerer Zeit ganz konsequent ihre selbständige Existenzberechtigung geleugnet. Bis heute kommt es vor einem europäischen Horizont zu z.T. erheblichen Grenzverschiebungen. Soweit es dabei um die Bezüge zum Deliktsrecht geht (das Recht des Verwendungsersatzes mit seinen Bezügen zum Eigentums- oder Sachenrecht kann ich hier nicht weiter verfolgen), springen als Beispiele schnell die unberechtigte Verfügung über fremdes Gut und die Gewinnabschöpfung ins Auge. Das Konfliktpotential z.B., das in Deutschland der § 816 BGB im Bereicherungsrecht löst, bildet mit dem tort of conversion in England ein Stück Deliktsrecht. Dort wird auch das Problem der sogen. restitutionary damages vorwiegend im Deliktsrecht erörtert, wohingegen die Gewinnabschöpfung in Deutschland, wenn man sie nicht verschämt im Rahmen des Schmerzensgeldes versteckt, im wesentlichen ein Problem des Rechts der

angemaßten Eigengeschäftsführung ist (§ 687 Abs. 2 BGB).¹⁴ In den Niederlanden ist eine solche Regelung dagegen unnötig geworden. Denn dort ermöglicht schon das Schadensersatzrecht eine Gewinnabschöpfung (Art. 6:104 BW). Auch die unberechtigte Fremdgeschäftsführung wird vom BGB im Rahmen des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag mitbehandelt (§ 678 BGB), während das österreichische ABGB denjenigen, der sich in das Geschäft eines anderen mengt (§ 1035 ABGB), für dieses Übernahmeverschulden aus Deliktsrecht (§ 1311 ABGB) haften läßt. In wieder anderen Ländern fehlen gesetzliche Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag vollständig. Die Rechte der Britischen Inseln gehören dazu, aber z.B. auch Dänemark (Ausnahmen im Bergungsrecht und im Fundrecht¹⁵). Bei der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag geht es, soweit die Bezüge zum Deliktsrecht betroffen sind, im wesentlichen um die Frage, ob jemand, der sich im Interesse eines anderen selbst gefährdet und Schaden nimmt, hierfür von dem Anderen selbst dann Ersatz verlangen kann, wenn dieser die Selbstgefährdung seines Retters nicht zu vertreten hat. Die Lösung dieser Frage ist nach wie vor umstritten, innerhalb der einzelnen nationalen Rechte oft nicht minder als im europäischen Vergleich. Weniger scharf ausgeprägt sind die Unterschiede dagegen in der Frage, ob man einem berechtigten Fremdgeschäftsführer dadurch entgegenkommen soll, daß man seine Haftung für ein Durchführungsverschulden (evtl. sogar für ein Übernahmeverschulden) abmildert. Auf den Britischen Inseln (wo nur Schottland, nicht aber auch England und Irland die Geschäftsführung ohne Auftrag kennt bzw. kennen), zeigt man zwar wenig Neigung, zwischen verschiedenen Fahrlässigkeitsgraden zu unterscheiden, doch berücksichtigt man den fremdnützigen Charakter einer Hilfeleistung bei der Prüfung einer Pflichtverletzung letztlich doch.¹⁶

18. *Aufwendungsersatz bei berechtigter Fremdgeschäftsführung*

Die Kernfrage des Rechts der berechtigten Fremdgeschäftsführung dürfte lauten, ob jemand, der aus altruistischen Motiven und objektiv im wohlverstandenen Interesse eines anderen eigenes Vermögen aufwendet, von diesem dafür Ersatz verlangen kann, oder anders formuliert: ob der Berechtigungsgrund als ein Vertragsäquivalent angesehen werden darf. Die Antwort fällt uneinheitlich aus. Im Common Law wird die Frage grundsätzlich verneint. In den kontinentaleuropäischen Kodifikationen und im Kern auch in den skandinavischen Rechten wird sie dagegen bejaht.

19. *Rückgängigmachung rechtsgrundloser Leistungen*

Das Kerngebiet des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung, die Rückgängigmachung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen, hat natürlich nur höchst ausnahmsweise und dann auch eher zufällige Berührungspunkte mit dem Deliktsrecht.¹⁷ Es geht vielmehr um die Rückabwicklung von Vermögenszuwendungen, die an einen Scheingläubiger erbracht wurden, was wiederum meistens (wenn auch nicht immer) deshalb der Fall war, weil sich der Leistende zu dieser Zuwendung vertraglich verpflichtet wähnte. Die europäischen

¹⁴ Näher etwa Canaris, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, FS Deutsch (1999) S. 85-110.

¹⁵ Näher Dübeck, Einführung in das dänische Recht (1996) S. 227.

¹⁶ v. Bar aaO (Fn. 1), Rdnr. 511.

¹⁷ Näher v. Bar aaO Rdnr. 517-518.

Rechte reagieren auf dieses Grundproblem nach wie vor mit einer flirrenden Vielfalt von Konzepten und technischen Grundbegriffen. Ihre umfassende rechtsvergleichende Aufarbeitung steht derzeit noch aus; sie wird erst etwa Mitte 2000 vorliegen.¹⁸

20. *Common Law*

Mit der Einschränkung, daß die Veröffentlichung des Forschungsprojektes *Schlechtriem* in mancher Beziehung zur Korrektur der gegenwärtigen Wahrnehmungen mag nötigen können, läßt sich aber wohl doch sagen, daß das Bereicherungsrecht (neben der weniger wichtigen Geschäftsführung ohne Auftrag) zu den Teilen des Schuldrechts zählt, in denen Common Law und Civil Law lange Zeit grundsätzlich anders ansetzten.¹⁹ Das Common Law, das sich inzwischen freilich mit großen Schritten auf das kontinentaleuropäische Rechtsdenken zubewegt²⁰, verfügt, genau genommen, bis heute nicht über ein allgemeines bereicherungsrechtliches Grundprinzip (wie man es besonders deutlich z.B. in Art. 904 Abs. 1 S. 1 des griechischen ZGB²¹ findet); nicht einmal die *condictio indebiti*²² ist in ihrer ganzen Breite akzeptiert.²³ Man verläßt sich auch hier auf Einzelfallanalysen. Gewachsen ist das englische "Bereicherungsrecht" letztlich aus dem Delikts- und dem Vertragsrecht, im letzteren Fall aus der Unterstellung eines vertraglichen Bindungswillens (*assumpsit* = *implied contract*) zur Rückgabe des Empfangenen. Die moderne englische Schuldrechtstheorie bemüht sich indes längst und mit offenbar zunehmender Akzeptanz, ein systematisch wirklich selbständiges Bereicherungsrecht aufzubauen.²⁴

21. *Skandinavien*

Einem allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundprinzip mit Rechtssatzcharakter steht man auch in den skandinavischen Rechtsordnungen traditionell eher skeptisch gegenüber.²⁵ Im Gesetz läßt es sich nirgendwo antreffen; bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche blieben, soweit sie Gegenstand gesetzlicher Regelungen wurden, auf Spezialfälle begrenzt. Etwas vereinfachend wird man sagen dürfen, daß skandinavische Juristen der Meinung sind, daß die für einen Bereicherungsausgleich in Betracht kommenden Konstellationen zu vielgestaltig sind, um sie einem einzigen allgemeinen Rechtssatz unterwerfen zu können. Das Bereicherungsrecht wird - insoweit

¹⁸ Dann ist mit dem Abschluß und der Veröffentlichung des Forschungsprojektes des Freiburger Professors Schlechtriem zum europäischen Bereicherungsrecht zu rechnen.

¹⁹ Außerordentlich instruktiv insoweit Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), §§ 38 und 39.

²⁰ Zuletzt etwa wieder durch die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenirrtum, d.h. durch die Aufgabe der Regel, nach der ein *restitutionary remedy* für *money paid under a mistake of law* nicht gegeben war: *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council and other appeals* [1998] 4 AllER 513 (House of Lords).

²¹ Der Text lautet: "Wer sich ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen eines anderen oder zu dessen Schaden bereichert hat, ist zur Herausgabe des Vorteils verpflichtet".

²² Noch mit der Verwendung eines solchen Ausdrucks ist freilich Vorsicht geboten, weil er teils als Synonym für die Leistungskondiktion (wie in dem nachfolgenden Zitat), teils nur als Ausdruck für eine bestimmte Fallgruppe der Leistungskondiktion Verwendung findet. Im letzteren Fall pflegt man die *condictio indebiti* von der *condictio sine cause* (der Rückforderung der auf einen nichtigen Vertrag erbrachten Leistung) zu scheiden.

²³ *Woolwich Building Society v. Inland Revenue Commissioners* [1992] 3 W.L.R. 366, 391 (per Lord Goff of Chieveley): "That law might have developed so as to recognise a *condictio indebiti* - an action for the recovery of money on the ground that it was not due. But it did not do so ...".

²⁴ Auch dazu Zweigert/Kötz aaO (Fn. 19), § 38 IV.

²⁵ Siehe jüngst wieder für Finnland Roos, För mycket obehörig vinst?, JFT 1992 S. 75-97.

sind Parallelen zum klassischen römischen Recht freilich nicht von der Hand zu weisen - als ein Stück Billigkeitsrecht begriffen, in dem man sich tastend von Fall zu Fall vorarbeiten muß.

22. *Die Kodifikationen*

Letzteres ist freilich auch unter dem kodifizierten Bereicherungsrecht der Länder Kontinentaleuropas vielfach nicht anders. Man denke etwa an den vom deutschen BGH inzwischen vielfach wiederholten Satz, wonach sich bei dem (besonders schwierigen) Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen "jede schematische Betrachtungsweise verbietet".²⁶ Ganz generell muß man im übrigen vorausschicken, daß die praktische Bedeutung des Bereicherungsrechts dort, wo es um die Herausgabe von Sachen²⁷ geht, die aufgrund eines unwirksamen Vertrages in den Besitz eines anderen gelangten, je nachdem variiert, ob eine Rechtsordnung abstrakte Geschäfte kennt oder nicht. Wo das nicht der Fall ist, leistet oft schon die Vindikation das Erforderliche. Das ist z.B. eine der Erklärungsmöglichkeiten dafür, warum das spanische Zivilgesetzbuch keinen selbständigen Abschnitt über das Bereicherungsrecht enthält. Seine Regeln hat, sieht man von einzelnen über den spanischen Cc verstreuten Vorschriften ab, erst die spanische Rechtsprechung entwickelt. Auch der französische Code civil kennt keine allgemeine bereicherungsrechtliche Grundregel. Er begnügte sich außerhalb der Artt. 1376-1381 ("répétition de l'indu"; vgl. auch den im Erfüllungsrecht stehenden Art. 1235 Cc) mit einigen weiteren Spezialvorschriften, etwa über die accension ("Eigentumserstreckung") und die impenses ("Verwendungsersatz"). Die französische Rechtsprechung hat sich von diesem engen Ansatz jedoch schon vor über hundert Jahren gelöst und (z.T. unter Rückgriff auf die sogen. actio de in rem verso) einen allgemeinen billigkeitsrechtlichen und deshalb und subsidiären Bereicherungsanspruch eingeführt.²⁸ Er setzt einen Vermögensnachteil beim Kläger, eine dadurch bewirkte Vermögenmehrung beim Beklagten und den Umstand voraus, daß sich diese Transaktion ohne legitimen Grund, sans cause légitime, zugetragen hat.²⁹

23. Schon diese wenigen Striche zeigen, daß offenbar auch die kodifizierten Bereicherungsrechte Kontinentaleuropas alles andere als einen monolithischen Block darstellen. Griechenland nimmt, wie gesagt, schon unmittelbar in seinem Zivilgesetzbuch zu einer rechtssatzförmigen echten Generalklausel Zuflucht (Art. 904 ZGB), die letztlich alle römischen conditiones abdeckt. In Deutschland, dessen § 812 BGB allerdings einen anderen Wortlaut hat, unterscheidet man dagegen seit den fünfziger Jahren auf einer ersten Ebene mindestens zwischen der Leistungs- und der Nichtleistungskondiktion, auf nachgeordneten Gliederungsstufen aber auch noch zwischen weiteren Fallgruppen dieser beiden Grundformen. Die österreichische Rechtswissenschaft ordnet ihren Stoff ähnlich.³⁰ Portugal arbeitet in Art. 473 seines Cc gleichfalls mit einer Generalklausel,

²⁶ Z.B. BGH 8.6.1988, NJW 1989 S. 161 oder BGH 20.6.1990, WM 1990 S. 1531.

²⁷ Was eine "Sache" ist, darüber besteht allerdings wiederum ein buntes Kaleidoskop von Anschauungen, vgl. dazu demnächst v.Bar (Hrsg.), Sachenrecht in Europa (Osnabrück, erscheint ab Herbst 1999).

²⁸ Einzelheiten z.B. bei Flour/Aubert, Obligations II (6. Aufl. 1994) Nr. 33 ff.

²⁹ Näher in deutscher Sprache Zweigert/Kötz aaO (Fn. 19) § 38 III.

³⁰ Z.B. Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts I (10. Aufl. 1995), S. 414-415.

unterwirft sie in Art. 474 Cc aber, was an Art. 2042 des italienischen Cc erinnert, dem Subsidiaritätsprinzip. Diese zuletzt genannte Vorschrift bestimmt: "Der Klagegrund wegen Bereicherung kann nicht erhoben werden, wenn der Geschädigte einen anderen Klagegrund geltend machen kann, um eine Entschädigung für den erlittenen Nachteil zu erlangen".³¹ Der Art. 2042 ital. Cc bezieht sich allerdings nur auf den mit "Dell'arricchimento senza causa" ("Bereicherung ohne Rechtsgrund") überschriebenen Titel. Daneben gibt es einen eigenen Titel über die "Zahlung einer Nichtschuld" (Artt. 2033-2040 Cc), der, obwohl gerade nicht mit "Bereicherungsrecht" überschrieben, aus deutscher Sicht geradezu das Herzstück des Bereicherungsrechts enthält (Art. 2033 S. 1 aaO: "Wer eine nichtgeschuldete Zahlung vorgenommen hat, hat das Recht, das zurückzufordern, was er bezahlt hat"). Der Art. 2041 Cc hat es, so gesehen, mit der Nichtleistungs-, der Art. 2033 mit der Leistungskondition zu tun. Ganz ähnlich gliedert auch das neue niederländische BW ("ungeschuldete Leistung" [Art. 6:203] und "ungerechtfertigte Bereicherung" [Art. 6:212]). Die Bereicherungsforderung aus Art. 6:212 BW wird als echter Schadensersatzanspruch begriffen, dem freilich, obwohl er nicht subsidiär ist, wegen der Weite schon des allgemeinen Schadensersatzanspruches keine besonders große praktische Bedeutung beigemessen wird.³²

IV. Strikte Haftung

24. *Allgemeines*

Als ein weithin selbständiger Teil des außervertraglichen Haftungsrechts, auf das ich nun zurückkomme, darf der Bereich gelten, den man in Deutschland "Gefährdungshaftung" oder "Haftung ohne Verschulden" zu nennen pflegt. Obwohl die Grenzziehung zwischen der Fahrlässigkeitshaftung und der im übrigen Europa unter einer Vielzahl von Ausdrücken geführten strikten Haftung vielfach unsicher und nahezu überall unscharf ist, ist sie als solche doch allen europäischen Haftungsrechten geläufig. Auch das europäische Gemeinschaftsrecht arbeitet mit ihr. Die inzwischen in allen Mitgliedstaaten der EU umgesetzte Produkthaftungsrichtlinie z.B. sagt in ihrem zweiten Erwägungsgrund ausdrücklich, es könne "nur bei einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers ... das unserem Zeitalter fortschreitender Technisierung eigene Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise gelöst werden".

25. *Das Common Law*

Die Menge des Rechts der strikten Haftung ist freilich nach wie vor autonomer nationaler Herkunft, also nicht angeglichen. Bedeutsame Unterschiede sind die Folge. Abgesehen von den strikten Torts des traditionellen Common Law (Arbeitgeberhaftung, conversion, nuisance und - je nach Perspektive - bestimmte Formen von trespass) und abgesehen ferner vom Recht der Produkt- und der Umwelthaftung kennen insbesondere die Rechte der Britischen Inseln nur denkbar wenige und in ihrer Summe fast zu vernachlässigende gesetzliche Tatbestände strikter Haftung. Nicht einmal die Haftung des Kfz-Halters operiert "verschuldens"unabhängig. Sie gründet nach wie vor in Negligence. Man muß

³¹ Übersetzung nach der amtlichen zweisprachigen Ausgabe "Italienisches Zivilgesetzbuch" (Bozen 1987).

³² Vranken, Einführung in das neue niederländische Schuldrecht, Teil II, AcP 191 (1991) S. 411-432 (428-429).

freilich sofort hinzufügen, daß die englischen Gerichte den Sorgfaltsmaßstab hier in einem solchen Maße in die Höhe geschraubt haben, daß die Frage berechtigt ist, ob dieses Stück Haftungsrecht den Namen Fahrlässigkeitshaftung wirklich noch verdient. Das Common Law kennt natürlich lange schon die sogen Regel aus (oder in) *Rylands v. Fletcher*.³³ Aber die englischen Gerichte haben, wie es scheint, alles in ihren Kräften stehende unternommen, um die Wirkungsweise dieses Haftungsprinzips Stück für Stück wieder einzuschränken. Der letzte Schritt auf diesem Wege bestand darin, die Haftung, obschon von Natur strikt, davon abhängig zu machen, daß der Beklagte vorhersehen konnte, auf welche Weise sich der Schaden durch die Stoffe, die von seinem Grundstück entweichen, zutragen würde.³⁴

26. *Frankreich*

Sobald man von England nach Frankreich fährt, betritt man eine andere Welt. Man verläßt ein denkbar enges Gefährdungshaftungsrecht und betritt ein Land, das auch das Recht der strikten Haftung aus einer Generalklausel entfaltet. Etwa seit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert hatten die französischen Gerichte damit begonnen, eine Vorschrift (Art. 1384 Abs. 1 Cc), der man bis dahin nur die Funktion einer narrativen Norm zugebilligt hatte, zu einer selbständigen Anspruchsgrundlage auszubauen und aus ihr eine allgemeine strikte Haftung des Bewahrers ("Halters") einer Sache abzuleiten. Heute ist diese Gardienhaftung auch praktisch deutlich wichtiger als die Haftung aus "faute". Der Art. 1384 Abs. 1 hat den Artt. 1382, 1383 Cc den Rang abgelaufen. Richtig ist allerdings, daß es alles andere als einfach ist, genau zwischen diesen beiden Grundformen der Haftung zu unterscheiden. Denn die Haftung aus "faute" setzt kein Verschulden i.S.v. persönlicher Vorwerfbarkeit voraus, und die Gardienhaftung verlangt ein "anormales Verhalten", ein *comportement anormal* der Sache, was oft wiederum nur eine andere Art zu sagen ist, den Gardien treffe eine *faute*. Die französische Gardienhaftung besteht heute, genau genommen, sogar aus zwei Generalklauseln. Denn neben die Haftung für Schädigungen durch Sachen ist seit dem *arrêt Blicq*³⁵ auch noch eine allgemeine strikte Haftung für Personen getreten, die man unter seiner Obhut hat. Sie betrifft, da die Haftung von Eltern, Arbeitgebern und Ausbildern besonders geregelt ist, im wesentlichen die Haftung für Anstaltsinsassen.

27. *Belgien*

Die Gardienhaftung ist geradezu eine Paradebeispiel für das Phänomen, daß ein und derselbe Gesetzestext noch lange keine Garantie dafür ist, daß sich in den Ländern, in denen dieser Gesetzestext geltendes Recht ist, auch dieselben Regeln herausbilden. Die Niederlande z.B. haben unter ihrem alten BW niemals eine Gardienhaftung akzeptiert, obwohl der Art. 1403 BW (a.F.) nichts anderes als eine wörtliche Übersetzung von Art. 1384 Abs. 1 frz. Cc war. Aus heutiger Sicht noch wichtiger ist, daß Belgien den Gedanken der Gardienhaftung zwar übernahm, ihn jedoch so sehr einschränkte, daß man nicht wirklich von ein und derselben Regel sprechen kann. Die belgische Rechtsprechung

³³ Dazu eingehend v.Bar aaO (Fn. 1) I, Rdnr. 262-267.

³⁴ *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather Plc.* [1994] 2 A.C. 264 (HL).

³⁵ Cass. ass. plén. 29.3.1991, D. 1991 Jur. 324 (note Larroumet).

verlangt insbesondere, daß die Sache einen Fehler hat. Belgische Gerichte haben ferner nie das Konzept einer "garde de la structure" akzeptiert, das in der französischen Produkthaftung (mindestens zeitweilig) eine nicht geringe Rolle spielte. Schließlich hat sich der belgische Kassationshof auch geweigert, eine allgemeine Gardienhaftung für Personen einzuführen.

28. *Die Sonderstellung des deutschen Gefährdungshaftungsrechts*

In einem dramatischen Kontrast zu allen übrigen europäischen Rechtsordnungen steht das deutsche Haftungsrecht. Es kennt nicht einmal eine allgemeine strikte Haftung für gefährliche Sachen oder wenigstens für gefährliche Aktivitäten, von einer strikten Haftung für Personen (§ 831 BGB!) ganz zu schweigen. Das deutsche Gefährdungshaftungsrecht arbeitet mit auf spezielle Risiken zugeschnittenen Sondergesetzen. Ein diese bunte Mischung einigendes Prinzip gibt es nicht; es bleibt gewissermaßen eine Frage des Zufalls, ob für einen bestimmten Schadensfall ein Sondergesetz zur Verfügung steht oder nicht. In Österreich, das aus historischen Gründen manches Gefährdungshaftungsgesetz mit dem deutschen Recht teilt, haben sich die Gerichte in einigen Fällen wenigstens dahin verstanden, das vorhandene gesetzliche Instrumentarium im Wege der Analogie auf vergleichbare Sachverhaltskonstellationen auszuweiten. Auch die skandinavischen Gerichte haben sich einen nicht geringen Teil ihres heutigen Gefährdungshaftungsrechts selbst geschaffen. Das niederländische Recht kennt neben Art. 6:162 Abs. 3 BW (eine Vorschrift, von der bislang allerdings kein Gebrauch gemacht worden ist) immerhin eine generelle Haftung für das Fehlfunktionieren von Sachen aller Art (Art. 6:173 BW). Italien und Portugal verfügen sowohl über eine generalklauselartig weite Haftung für gefährliche Tätigkeiten als auch für Sachen, deren custode man ist (Artt. 2050, 2052 ital. Cc; Artt. 493 Abs. 1 und 2 port. Cc), und spanische Gerichte haben sich selbst ein ausgebautes System quasiobjektiver Haftungsformen geschaffen, die nur noch rein äußerlich an die Fahrlässigkeitshaftung unter Art. 1902 span. Cc angebunden blieben.

V. Rechtsfolgen

29. *Allgemeines*

Auch im Rechtsfolgenrecht sind schnell einige signifikante Unterschiede ausgemacht. Die europäischen Haftungsrechte kennen bislang nicht einmal eine halbwegs einheitliche Vorstellung über das, was ein Schaden sei bzw. wie er sich definieren lasse (was übrigens das EU-Richtlinienrecht vor kaum überwindliche Schwierigkeiten zu stellen droht³⁶). Ähnliche Schwierigkeiten treten im eigentlichen Schadensersatzrecht auf, weil die es beherrschenden Grundkategorien nach wie vor nicht durchweg kompatibel sind.

30. *Einige wichtige Unterschiede im Überblick*

Wichtiger als Fragen diesen Typs sind freilich die wirklich ergebnisrelevanten Unterschiede. Zu ihnen gehört zunächst die ganz außergewöhnliche Zurückhaltung des deutschen Rechts bei der Gewährung von sogen. Schmerzensgeld in der strikten Haftung und in der Vertragshaftung. Die einschlägigen Regeln des deutschen Rechts lassen sich

³⁶ Näher v. Bar aaO (Fn. 1), Rdnr. 396-398.

auf einem europäischen Horizont nur als sachwidrig qualifizieren. Zu den Besonderheiten der skandinavischen Rechte, unter denen insoweit wiederum das dänische führend ist, gehört es, den Schadensersatz bei Körperschäden von Gesetzes wegen festen Berechnungsmethoden unterworfen zu haben. Dem Common Law wiederum wird gemeinhin als Besonderheit zugeschrieben, daß es verschiedene Formen des Strafschadensersatzes kennt, freilich mag man Zweifeln, ob das heute wirklich noch eine Besonderheit des Common Law ist. Es geht mit diesem Strafschadensersatz nur unverkrampfter als die übrigen Rechtsordnungen um, die ihn gern "verstecken", z.B. in der Bemessung des Ausgleichs für immaterielle Schäden. Bei der Kompensation immaterieller Schäden aus der Verletzung unkörperlicher Persönlichkeitsgüter hat sich Österreich heute insoweit in eine Sonderstellung manövriert, als es das letzte Land ist, das diese Schäden grundsätzlich nicht ausgleicht. Eine - nach meiner Einschätzung allerdings zukunftsweisende - Besonderheit des italienischen Rechts besteht demgegenüber in der Figur des biologischen Schadens, des *danno biologico*. Sie wurde aus dem Tatbestandsmerkmal des "ungerechten Schadens" (Art. 2043 Cc) entwickelt und bedeutet im wesentlichen, daß schon die Verletzung einer Person "an sich und per se" einen ersatzpflichtigen Schaden konstituiert. Neben dem Vermögens- und dem Nichtvermögensschaden gibt es also eine dritte und selbständige Schadenskategorie, eben den *danno biologico*. Für ihn wird keineswegs ein nur nomineller Ausgleich geschuldet (wie das meistens bei den englischen Torts der Fall ist, die "actionable per se" sind), sondern substantielle Beträge, nämlich etwa das Doppelte des Betrages, der als "Schmerzensgeld" für angemessen erachtet wird. Andere Länder beginnen diesem Konzept inzwischen zu folgen. Es reagiert auf den besonderen Stellenwert, den die Integrität der Person in der Rechtsordnung genießt, und es ist denkbar, daß es einen Weg in das Haftungsrecht aller Persönlichkeitsrechte finden wird.

Recht der Kreditsicherheiten

Ulrich Drobnig, Hamburg

I. Vorbemerkung

1. *Allgemeine Abgrenzung*

Die vergleichende Untersuchung der Kreditsicherheiten beschränkt sich auf persönliche Sicherheiten und auf dingliche Sicherheiten an Mobilien. Ausgeschlossen ist dagegen die Behandlung der Grundpfandrechte, weil bei diesen eine Harmonisierung der überaus stark divergierenden rechtlichen oder nationalen Regelungen infolge der Einbettung in das national stark geprägte allgemeine Grundstücksrecht und auch wegen der engen Verbindung zwischen Grundstücksrecht und dem System der Landregister auf besondere Schwierigkeiten stößt. Auch das praktische Bedürfnis für eine Angleichung der Grundpfandrechte erscheint bisher als weniger dringlich. Dagegen dürfte die Sicherung von Krediten durch grenzüberschreitende persönliche und Mobiliarsicherheiten in der Praxis viel häufiger vorkommen, wenn auch statistische Angaben dazu fehlen. Bemühungen um eine Harmonisierung der hier behandelten Kreditsicherheiten erscheinen auch im ganzen aussichtsreicher.

2. *Gliederung*

Infolge der tiefgreifenden Unterschiede, die zwischen den nationalen Regelungen der persönlichen Sicherheiten einerseits und der Mobiliarsicherheiten andererseits bestehen, ist es geboten, diese getrennt zu untersuchen. Dabei müssen marginale Überschneidungen in Kauf genommen werden. So enthält die Einräumung einer dinglichen Sicherheit durch einen vom Schuldner verschiedenen Dritten jedenfalls im Verhältnis zwischen diesen beiden Parteien Elemente einer Bürgschaft. Das Schwergewicht solcher Sicherheiten Dritter liegt jedoch bei den dinglichen Sicherheiten.

II. Die persönlichen Kreditsicherheiten

A. Sachliche Abgrenzung

3. Die Abgrenzung der persönlichen Sicherheiten von verwandten Rechtsfiguren mit ähnlichen Funktionen ist nicht immer eindeutig und bedarf daher hier kurzer Begründung. Das Hauptkriterium eines Sicherungsrechtes ist es, daß es dem Gläubiger einer Geldforderung gegen einen (Haupt)schuldner einen Anspruch gegen eine weitere Person

verschaffen soll, die bereit ist, für die Erfüllung der Forderung einzustehen. Anhand dieses Gesichtspunktes werden hier die folgenden Abgrenzungen getroffen.

4. *Die Bürgschaft und ihre Varianten*

Die Bürgschaft stellt die Grundform der Personalsicherheiten dar. Die Bürgschaft ist in allen Mitgliedstaaten der EU bekannt und historisch tief verwurzelt. Sie ist auch heute noch in der Praxis die wichtigste Form der persönlichen Kreditsicherung.

Demgemäß enthalten auch alle Zivilgesetzbücher der kontinentaleuropäischen Staaten mehr oder minder ausführliche Regelungen des Bürgschaftsrechtes. Im Bereich des anglo-irischen common law und in Schottland fehlen hingegen umfassende gesetzliche Vorschriften; nur einzelne Aspekte sind dort in verstreuten, teilweise sehr alten Bestimmungen gesetzlich erfaßt. Ähnlich ist auch die Quellenlage in Dänemark, Finnland und Schweden.

Eine Variante der Bürgschaft ist der **Kreditauftrag**: Gewährt ein Kreditgeber im eigenen Namen, jedoch auf Ersuchen eines Auftraggebers, einem Dritten einen Kredit, so haftet nach dem Recht einiger Länder der Auftraggeber dem Gläubiger als Bürge oder wie ein Bürge für die Kreditschuld des Dritten.¹ Der Kreditauftrag ist nur in den neueren Zivilgesetzbüchern geregelt und nicht in allen Mitgliedsländern bekannt. Er soll als Sonderform mit wohl eher geringer praktischer Bedeutung hier nur am Rande behandelt werden.

5. *Kaufmännisches Delkredere*

Gewisse Vermittler von Handelsgeschäften, insbesondere Kommissionäre und Handelsvertreter können sich verpflichten, für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte ihrem Geschäftsherrn gegenüber einzustehen. Rechtlich kann es sich hierbei um eine Bürgschaft oder eine Garantie handeln. Eine eigene Behandlung dieser Sonderform einer persönlichen Sicherheit ist im Rahmen dieses Überblicks nicht möglich.

6. *Die Garantie*

Der Begriff der Garantie leidet in allen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten an seiner Weite und Unschärfe. Im Vertragsrecht wird darunter insbesondere die Zusage einer primären Vertragsleistung oder einer sekundären Leistung bei mangelhafter Erfüllung durch eine Vertragspartei verstanden. In solchen Zusagen liegt keine persönliche Sicherheit im hier gemeinten Sinn.

Gemeint ist in unserem Zusammenhang vielmehr die Garantie als alternative persönliche Sicherheit zur Bürgschaft. Die Garantie in diesem Sinn hat sich in den vergangenen einhundert Jahren in vielen Ländern insbesondere im Handelsverkehr entwickelt.

Der Hauptunterschied zur Bürgschaft liegt darin, daß der Garant - anders als der Bürge - nicht akzessorisch im rechtlichen und tatsächlichen Umfang der gesicherten Hauptschuld haftet, sondern unabhängig von dieser: Die Garantie ist im Verhältnis zu der gesicherten Forderung abstrakt. Bisher ist die Garantie in den kontinentaleuropäischen Zivilgesetzbüchern kaum geregelt worden. Angesichts der tatsächlichen Bedeutung, die dieses Sicherungsmittel im nationalen und insbesondere auch im internationalen

¹ § 778 deut. BGB; Art. 870 griech. ZGB; Art. 1958 ital. cc; Art. 7:863 nied. BW; Art. 629 Abs.1 port. cc.

Handelsverkehr erlangt hat, muß die Garantie jedoch in die Untersuchung der Personalsicherheiten einbezogen werden.

Für das Verhältnis zwischen Bürgschaft und Garantie haben sich in Europa zwei Auffassungen entwickelt, die wegen ihrer systematischen Bedeutung hier kurzer Erörterung bedürfen. In den meisten Ländern wird die Garantie als eigenständiges, neben der Bürgschaft stehendes Rechtsinstitut betrachtet. Die gesetzlichen Regeln über die Bürgschaft werden daher grundsätzlich nicht auf die Garantie übertragen. Diese Auffassung wird namentlich in Deutschland, Frankreich und Belgien vertreten.² In Italien und jetzt auch in den Niederlanden wird hingegen die Garantie als eine Variante der Bürgschaft verstanden. Dabei knüpft man in Italien an Art. 1939 cc an; nach dieser Vorschrift ist eine Bürgschaft auch dann gültig, wenn die gesicherte Forderung wegen Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners unwirksam ist. Rechtsprechung und Literatur gestatten den Parteien, in anderen Fällen durch vertragliche Abreden vom Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft abzuweichen; dies geschieht namentlich bei Bankgarantien sowie bei Garantien auf erstes Anfordern.³ In den Niederlanden enthält das 1992 in Kraft getretene neue Bürgerliche Gesetzbuch eine (schwerverständliche) Vorschrift, die im Ergebnis besagt, daß auf eine Garantie von Verbrauchern die Regeln über die Bürgschaft entsprechend anzuwenden sind (Art. 7:863 BW).

Diese unterschiedlichen Qualifikationen der Garantie, einmal als eigenständiges Institut, das andere Mal als Variation der Bürgschaft, lassen es nicht geraten erscheinen, die Garantie von vornherein entweder als autonomes Institut oder als Variation der Bürgschaft zu betrachten. Vielmehr muß man Bürgschaft und Garantie als zwei eng miteinander verknüpfte Erscheinungsformen der persönlichen Sicherheiten verstehen. In diesem Sinne soll ihre Darstellung integriert erfolgen, weil sich so Übereinstimmungen und Unterschiede am besten verdeutlichen lassen.

7. *Wechselbürgschaft*

Entgegen ihrem Namen sind die Wechsel- und die Scheckbürgschaft, also das Aval auf einem dieser Zahlungswertpapiere, keine Bürgschaften im zivilrechtlichen Sinn. Denn materiell-rechtlich sind Wechsel- und Scheckbürgschaft nicht von der Gültigkeit der "verbürgten" Wechselverpflichtung des Hauptschuldners abhängig,⁴ und der Wechselbürge kann sich auch nicht auf die persönlichen Einreden jenes Hauptschuldners berufen, für den er die Wechselbürgschaft übernommen hat. Es handelt sich daher in der Sache um eine wechselfähige Garantie (s.o. Nr. 6). Wird freilich eine Bürgschaft für einen Wechselverpflichteten in anderer Form als durch Aval auf dem Wertpapier übernommen, so handelt es sich um eine normale Bürgschaft.

² Deutschland: Bülow, Recht der Kreditsicherheiten (4. Aufl. 1997) 385-394; Frankreich: Vasseur, Garantie Indépendante no. 22-29 (1984); Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial IV; Belgien: Heenen, Les sûretés personnelles dan le droit bancaire belge: Recueil de la Société Jean Bodin XXX (1969) 161 f.

³ Italien: Piazza, Garanzia. I) Diritto Civile no. 1.5.1 und 2.2.1-2.2.2; Enciclopedia Giuridica XIV (1989); Niederlande: Chao-Duivis, Borgtocht, Inleiding no. 9-10: Bijzondere Overeenkomsten I (Loseblatt 1992 ff.) Boek 7 Titel 14.

⁴ Art. 32 Abs. 2 Genfer Einheitliches Wechselgesetz von 1930; Art. 27 Abs. 2 Genfer Einheitliches Scheckgesetz von 1931.

8. **Schuldnermehrheit einschließlich Schuldbeitritt**

Wenn ein Dritter dem Gläubiger gegenüber nicht mit den möglichen Beschränkungen eines Bürgen für die Schuld des Hauptschuldners haftet, sondern uneingeschränkt für sie einstehen will, so muß er die gesamtschuldnerische Haftung übernehmen, entweder von vornherein oder nachträglich durch Schuldbeitritt. Mehrere Schuldner haften als Gesamtschuldner auf den vollen Betrag der Verbindlichkeit, und der Gläubiger kann jeden Gesamtschuldner nach seiner Wahl für den Gesamtbetrag seiner Forderung in Anspruch nehmen. Der in Anspruch genommene Schuldner kann sich nicht auf persönliche Einreden eines anderen Gesamtschuldners berufen. In allen diesen Punkten unterscheidet sich die Schuldnermehrheit von einer Bürgschaft.

Auf einem anderen Blatt steht, daß die Schuldner untereinander vereinbaren können, daß einer von ihnen im Innenverhältnis die gesamte Schuld allein tragen soll. In diesem Fall kann der durch diese Abrede begünstigte Mitschuldner, wenn er vom Gläubiger ganz oder teilweise in Anspruch genommen worden war, von dem (tatsächlichen) Hauptschuldner Ausgleich verlangen.

9. **Porte-fort**

Die frankophonen Mitgliedstaaten regeln gesetzlich einen der Garantie ähnlichen Sonderfall. Der "Garant" verspricht dem Gläubiger, dafür einzustehen, daß ein Dritter eine bestimmte Handlung vornehmen werde. Oft geht es um die Genehmigung eines Vertrages, den der "Garant" für den Dritten, aber ohne dessen Vertretungsmacht abgeschlossen hat. Verweigert der Dritte die Genehmigung des Vertrages, so hat der Garant Schadenersatz zu leisten.⁵ Das Porte-fort begründet also keine Haftung für eine vertragliche Verpflichtung eines Dritten; der "Garant" haftet daher auch nicht für die Nichterfüllung einer fremden Vertragspflicht. Das Porte-fort ist auch nicht akzessorisch. Es ist demnach überhaupt kein Sicherungsrecht im zivilrechtlichen Sinn.

B. Verbraucherschutz für den Sicherungsgeber

10. Im Zuge der allgemeinen Entwicklung eines Rechtsschutzes für Verbraucher hat sich in der jüngeren Vergangenheit auch die Notwendigkeit ergeben, Sicherungsgeber zu schützen, die Verbraucher sind. Soweit der Rechtsschutz des Verbrauchers bereits auf europäischer Ebene harmonisiert ist, namentlich durch die Richtlinie von 1985 über Geschäfte, die außerhalb der Geschäftsräume abgeschlossen werden, besteht zunächst kein weiterer Angleichungsbedarf. Ob und inwieweit die Richtlinie über den Verbraucherkredit von 1986 auch persönliche Sicherheiten erfaßt, ist noch nicht geklärt. Für den Kern der von Verbrauchern gewährten Personalsicherungen gibt es jedenfalls auf europäischer Ebene bisher noch keine Rechtsangleichung.

Besondere gesetzliche Vorschriften, welche einen Sicherungsgeber als Verbraucher schützen, finden sich in den Niederlanden in dem neuen Zivilgesetzbuch von 1992,⁶ in einigen anderen Ländern dagegen in den jeweiligen Verbraucherschutzgesetzen,⁷ darüber

⁵ Art. 1120 franz., belg. und lux. cc.

⁶ Art. 7:857 – 7:864 BW.

⁷ Frankreich: Code de la Consommation von 1993 Art. L. 313-7 – 313 - 10; s. aber auch FN 8.

hinaus aber auch in verschiedenen Sondergesetzen.⁸ Außerdem haben in vielen Ländern die Gerichte mehr oder minder feste Regeln zum Schutz von Bürgen, insbesondere bei Bürgschaften von Einzelpersonen entwickelt;⁹ für Deutschland und England ist insbesondere die Rechtsprechung zu Bürgschaften von nahen Angehörigen des Schuldners zu erwähnen.¹⁰ In dem folgenden Überblick kann diese Rechtsprechung freilich nur am Rande berücksichtigt werden.

C. Form und Beweis des Vertrages

11. *Bürgschaften*

Formvorschriften und Bestimmungen, die den Zeugenbeweis von mündlichen Verträgen einschränken und daher indirekt einen Formzwang ausüben, variieren von Land zu Land recht erheblich. Formfreiheit besteht nur in Skandinavien und grundsätzlich auch in den Niederlanden. In Portugal braucht nur die Form des für die gesicherte Forderung maßgebenden Vertrages beobachtet zu werden. Im übrigen sind jedoch nicht einmal die Bürgschaftsversprechen von Kaufleuten überall formfrei, so selbst nicht im Vereinigten Königreich, Irland und Spanien.

Abgesehen von diesen Ausnahmen wird wegen der Gefährlichkeit der Bürgschaft und ihrer möglichen Unentgeltlichkeit im Grundsatz ein schriftliches Bürgschaftsversprechen verlangt. In England und Irland ist, um die oft fehlende consideration (s. u. Nr. 14) zu ersetzen, sogar eine gesiegelte Urkunde (deed) erforderlich. Eine Verletzung dieser Formvorschrift hat im Prinzip die Nichtigkeit oder Nichterzwingbarkeit der Bürgschaft zur Folge; jedoch kann der Bürge diese Rechtsfolgen durch freiwillige Erfüllung heilen. Zu Bürgschaften von Verbrauchern s. a. unten Nr. 13.

12. *Garantien*

Soweit die Garantie als besonderes Rechtsinstitut anerkannt ist, gelten für sie grundsätzlich nicht die für die Bürgschaft aufgestellten Bestimmungen über Form und Beweis des Vertrages. Diese Befreiung vom Formzwang ist geradezu einer der Gründe für die Entwicklung dieser Sonderform der persönlichen Sicherheit. Beobachter verbinden diese Feststellung der geltenden Rechtslage meist mit einem Hinweis auf die Absurdität des Ergebnisses, ist doch die Garantie infolge ihrer Ablösung vom Inhalt der gesicherten Forderung für den Garanten noch gefährlicher als eine Bürgschaft.

13. *Personalsicherheiten von Verbrauchern*

In der jüngsten Vergangenheit haben einige Länder besondere Schutzregeln für den Vertragsabschluß von Verbrauchern eingeführt, die eine persönliche Sicherheit übernehmen (dazu allgemein oben Nr. 10). Die Niederlande verlangen für diese Geschäfte die Schriftform. Noch hilfreicher sind für den Verbraucher Bestimmungen, die dem Gläubiger auferlegen, den Sicherungsgeber detailliert über Ausmaß und mögliche

⁸ Für Frankreich die Nachweise bei Croq, Suretés. Publicité foncière: Rev.trim.dr.civ. 1998, 950-958.

⁹ Deutschland: Siehe etwa Drexl, Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher: JZ 1998, 1046 – 1058; Frankreich: Croq (vorige FN).

¹⁰ Deutschland: Siehe etwa Schapp, Privatautonomie und Verfassungsrecht: ZBB 1999, 30-42; England: Fehlberg, Surety Experience and English Law (1998).

Folgen seiner Verpflichtung zu belehren (so Österreich und ähnlich auch Frankreich, hier jedoch nur für Bürgschaften) oder ihn gar auf ein besonderes, in den Vermögensverhältnissen des Schuldners liegendes Risiko der Nichterfüllung hinzuweisen (Österreich); in diesem Fall wird, wenn ein Unternehmer-Gläubiger die Information unterläßt, der Verbraucher-Bürge sogar grundsätzlich befreit.

D. Materielle Wirksamkeit

14. Das Versprechen einer Personalsicherheit oder ein entsprechender Vertrag müssen selbstverständlich den allgemeinen Voraussetzungen an die Wirksamkeit von Verträgen genügen, insbesondere zur Geschäftsfähigkeit des Sicherungsgebers und der Einhaltung von Gesetz und guten Sitten. Erklärungen in der Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung müssen sich auch im Rahmen der allgemein für diese Instrumente aufgestellten Regeln halten.

Wegen ihrer praktischen Bedeutung seien drei Voraussetzungen der Wirksamkeit ausdrücklich erwähnt. Nach anglo-irischem common law sind Versprechen wie die Übernahme einer persönlichen Sicherung nur wirksam, wenn ihnen eine consideration der Gegenpartei gegenübersteht, außer wenn das Versprechen in der Form eines deed erteilt wurde (s. o. Nr. 11). Unter gewissen Umständen kann aber auch eine Zusage des Gläubigers, dem Hauptschuldner Kredit zu gewähren oder einen bestehenden Kredit aufrechtzuerhalten, eine consideration für das Versprechen des Sicherungsgebers darstellen.

Wenn bei Eingehung der Bürgschaft der Umfang der gesicherten Forderung gegen den Hauptschuldner noch nicht feststeht, muß in Italien und in den Niederlanden für die Bürgschaft eines Verbrauchers ein Höchstbetrag festgelegt werden.¹¹ Die deutschen Gerichte beschneiden seit 1995 die Wirksamkeit von formularmäßig übernommenen Globalbürgschaften, insbesondere soweit diese "alle künftigen Verbindlichkeiten" des Hauptschuldners erfassen, und zwar selbst bei kaufmännischen Bürgschaften. Solche Bürgschaften sind im wesentlichen nur noch wirksam für die bei Übernahme der Bürgschaft bestehenden Verbindlichkeiten des Hauptschuldners.¹² Ein ähnlicher Effekt wird in Italien durch eine – neuerdings zwingende – Vorschrift erzielt, die den Bürgen für eine künftige Schuld befreit, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner Kredit gewährt, obwohl er weiß, daß sich dessen Vermögenslage gravierend verschlechtert hat.¹³

Sehr viel weiter geht die materielle Kontrolle der Bürgschaften auf ihre Angemessenheit, wie sie insbesondere Frankreich für Verbraucher-Bürgschaften jüngst eingeführt hat. Bürgschaftsschulden dürfen den Verbraucher nicht desjenigen Mindestvermögens berauben, das er zur Deckung der laufenden Haushaltskosten und als Mindesteinkommen benötigt; auch kann ein Kreditinstitut als Gläubiger eine Bürgschaft nicht geltend machen, wenn diese bei ihrer Eingehung offensichtlich außer Verhältnis stand zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Bürgen und auch bei Fälligkeit sein Vermögen nicht

¹¹ Italien: Art. 1938 cc (neue Fassung von 1992); Niederlande: Art. 7:858 Abs. 1 BW.

¹² Im einzelnen s. Fischer, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft und ...: WM 1998, 1705 ff. (1708-1710).

¹³ Art. 1956 cc (neue Fassung von 1992).

ausreicht.¹⁴ In Österreich kann das Gericht eine Bürgschaftsschuld herabsetzen, wenn die persönliche Sicherheit in einem “unbilligen Mißverhältnis” zur Leistungsfähigkeit des Sicherungsgebers steht und diese Umstände dem Gläubiger bei Übernahme der Sicherung bekannt waren.¹⁵ In Deutschland, England und Österreich betrachten die Gerichte Bürgschaften besonders kritisch, die ein vermögensloser naher Verwandter des Hauptschuldners übernimmt, insbesondere ein Ehegatte zugunsten des anderen oder Eltern und Kinder füreinander. Solche Sicherheiten werden häufig aus emotionalen Gründen übernommen, ohne das Risiko und die weittragenden Folgen einer Inanspruchnahme zu bedenken. In Deutschland hat sich dazu inzwischen eine ständige und heute einigermaßen festumrissene Rechtsprechung ausgebildet (s. o. FN 10).

E. Verhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber

15. *Umfang der Haftung*

Für die **Bürgschaft** gilt wie für alle “geborenen” Sicherheiten das Prinzip der Akzessorietät: Die Haftung des Bürgen geht grundsätzlich nicht weiter als diejenige der verbürgten Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Dies bedeutet: Der rechtliche Bestand der Bürgschaftsschuld ist abhängig vom rechtlichen Bestand der Hauptschuld; der Umfang der Bürgschaftsschuld kann geringer und weniger belastend sein als die gesicherte Hauptschuld; er kann diese aber nicht übersteigen. Dieser Grundsatz der Akzessorietät ist in allen Mitgliedstaaten anerkannt.

Die Tragweite und Ausgestaltung des Grundsatzes der Akzessorietät im einzelnen variiert freilich. So ist entgegen dem Prinzip in fast allen Mitgliedstaaten gesetzlich festgelegt, daß die Bürgschaft für die Verbindlichkeit eines minderjährigen Schuldners wirksam ist, obwohl die Hauptschuld unwirksam ist; in einigen Ländern setzt dies freilich voraus, daß der Bürge die Minderjährigkeit kennt. Überall kann sich der Bürge auf Einreden und Einwendungen berufen, die der Hauptschuldner geltend gemacht hat oder geltend machen kann, insbesondere auf die Verjährung der Hauptforderung. Hingegen trifft man wieder auf einen leichten Unterschied bei der Behandlung von Gestaltungsrechten des Hauptschuldners (wie etwa die Anfechtung des Vertrages oder der Rücktritt von ihm oder auch die Aufrechnung mit einer Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger). In den romanischen Ländern kann der Bürge kraft der Akzessorietät diese Gestaltungsrechte ausüben,¹⁶ während in anderen Ländern dies als Einmischung in die Rechte des Schuldners abgelehnt und daher dem Bürgen lediglich ein Recht zur Verweigerung der Leistung zugebilligt wird.¹⁷

Der Grundsatz der Akzessorietät ist ein Charakteristikum der Bürgschaft; er gilt hingegen nicht für die **Garantie**. Der Garant haftet ausschließlich nach dem Inhalt und den Bedingungen des Garantievertrages, oft “auf erstes Anfordern” des Gläubigers. Obwohl

¹⁴ Art. 2024 S. 2 cc (1998 eingefügt); Art. L. 313-10 Code de la consommation.

¹⁵ § 25d Konsumentenschutzgesetz.

¹⁶ Allgemeine Regel: Art. 1945 ital. cc. Für die Aufrechnung: Art. 1994 Abs. 1 franz., belg. und lux. cc; Art. 1247 Abs. 1 ital. cc.

¹⁷ Anfechtung und Aufrechnung: § 770 Abs. 1 deut. BGB; Art. 642 port. cc. Niederlande: Art. 7:852 Abs. 2 (Anfechtung), Art. 6:139 Abs. 1 BW (Aufrechnung).

also rechtlich unabhängig, dient eine Garantie doch immer der Sicherung eines bestimmten Anspruches. Unter engen Voraussetzungen kann der Schuldner der garantierten Forderung dem Gläubiger oder/und dem Garanten die Inanspruchnahme bzw. Erfüllung der Garantie verbieten lassen.

Haben mehrere Personen eine Bürgschaft oder eine Garantie übernommen, so haften sie dem Gläubiger grundsätzlich als Gesamtschuldner (s.o. Nr. 8). Nach einigen romanischen Rechtsordnungen kann jedoch jeder Mitbürge verlangen, vom Gläubiger nur hinsichtlich seines Anteils in Anspruch genommen zu werden.

16. *Rangfolge der Haftung des Sicherungsgebers*

Im Interesse des Gläubigers können die Parteien vereinbaren, daß der Sicherungsgeber gleichrangig mit dem Hauptschuldner für die Forderung des Gläubigers haften soll. Bei einer solchen selbstschuldnerischen Personalsicherung besteht eine Gesamtschuld, so daß der Gläubiger die Wahl hat, welchen der mehreren Schuldner er ganz oder teilweise in Anspruch nehmen will (s. o. Nr. 8). Hingegen liegt es im Interesse des Sicherungsgebers, erst dann herangezogen zu werden, wenn der Gläubiger keine Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen konnte oder jedenfalls dessen Inanspruchnahme aussichtslos ist; dann haftet der Sicherungsgeber nur subsidiär, und zwar als Bürge. Dabei steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, von welchen Voraussetzungen sie die subsidiäre Haftung des Bürgen abhängig machen wollen.

Die gesetzlichen Regeln der kontinentaleuropäischen und der skandinavischen Länder, die meist bürgenfreundlich sind, legen für den **Bürge** überwiegend eine lediglich subsidiäre Haftung fest. Entsprechend der grundsätzlichen Abdingbarkeit dieser Haftung wird die Subsidiarität der Haftung nur beachtet, wenn der Bürge sich auf sie beruft. In den meisten Ländern hat diese Einrede die Wirkung, daß der Gläubiger zunächst eine Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners versuchen muß. In einigen romanischen Ländern hat der Bürge dem Gläubiger die in Betracht kommenden Vermögenswerte des Hauptschuldners zu bezeichnen und sogar die Kosten eines Prozesses und der Vollstreckung gegen den Hauptschuldner zu übernehmen. Die Einrede des Bürgen entfällt freilich, wenn eine Vollstreckung in Vermögenswerte des Hauptschuldners keine Aussicht verspricht. Die subsidiäre Haftung des Bürgen ist abdingbar; kaufmännische Gläubiger, insbesondere die Banken, machen davon in aller Regel Gebrauch. In Österreich braucht hingegen der Hauptschuldner lediglich erfolglos gemahnt zu werden. In den meisten Ländern haftet ein Kaufmann als Bürge nicht nur subsidiär; in Portugal kann sich nicht einmal ein Nichtkaufmann auf die Subsidiarität berufen, wenn er die Bürgschaft für ein Handelsgeschäft übernommen hat.

Eine grundsätzlich gesamtschuldnerische Haftung von Bürge und Hauptschuldner sehen das anglo-irische common law sowie das italienische und niederländische Recht vor; die Parteien können jedoch vertraglich eine lediglich subsidiäre Haftung des Bürgen vereinbaren.¹⁸ Als primärer Schuldner haftet auch derjenige, der ein Garantieverprechen abgegeben hat.

Gesetzliche Veränderungen des Inhalts des gesicherten Anspruches können sich namentlich aus einer Verletzung des zu Grunde liegenden Vertrages durch den Hauptschuldner ergeben, z.B. bei verspäteter Erfüllung, Unmöglichkeit oder sonstiger Verletzung der gesicherten Rechte des Gläubigers. Finanzielle Sanktionen, wie

¹⁸ Ausdrücklich Art. 1944 Abs. 2-3 ital. cc mit den im Text skizzierten Rechtsfolgen.

insbesondere Ansprüche auf Schadenersatz, Zinsen oder Vertragsstrafen sind grundsätzlich durch eine Bürgschaft mitgedeckt. Wo – wie meist – gesetzliche Regeln fehlen, kommt es auf die Auslegung der Bürgschaft an. Die vorstehenden Grundsätze gelten ebenso für die Erstreckung der Bürgschaft auf vertragliche oder gesetzliche Nebenrechte, wie insbesondere vertragliche Zinsansprüche gegen den Hauptschuldner.

17. *Pflichten und Obliegenheiten des Gläubigers*

Während das traditionelle Bürgschaftsrecht im Prinzip nur Rechte des Gläubigers kennt, sind in jüngster Zeit dem Gläubiger nicht nur bei Vertragsabschluß (s.o. Nr. 13), sondern auch während der Vertragszeit auch Informationspflichten auferlegt worden, insbesondere zugunsten von Verbraucher-Bürgen. In den Niederlanden muß jeder Gläubiger einen Bürgen über einen Zahlungsverzug des Hauptschuldners unterrichten.¹⁹ In Frankreich und Österreich trifft diese Pflicht nur ein Kreditinstitut gegenüber einem Verbraucher-Bürgen bzw. –Sicherungsgeber.²⁰ In Frankreich hat bei unbegrenzten Bürgschaften jeder Gläubiger den Bürgen mindestens einmal jährlich über den Stand der Hauptschuld zu informieren. In beiden Ländern wird eine Unterlassung der Information auch fühlbar dadurch geahndet, daß der Bürge/Sicherungsgeber bis zu einer Mitteilung nicht für inzwischen entstandene Vertragsstrafen und Verzugszinsen des Hauptschuldners haftet.²¹

Neben solchen noch exzeptionellen Pflichten hat der Gläubiger traditionell gewisse Obliegenheiten; verletzt er diese, so büßt er seine Rechte aus der Bürgschaft ganz oder teilweise ein. Die wichtigste Obliegenheit des Gläubigers ist es, etwaige Sicherungsrechte zu bewahren, die ihm gegen den Hauptschuldner oder gegen Dritte zustehen. Damit soll dem Bürgen, nachdem er den Gläubiger befriedigt hat, der Rückgriff gegen den Hauptschuldner erleichtert werden. Die meisten Mitgliedstaaten befreien daher den Bürgen, falls sein Gläubiger ein solches Sicherungsrecht aufgegeben oder seine Ausübung vereitelt hat. Allerdings wird der Kreis dieser Sicherungsrechte nicht überall gleich gezogen. Auch an das Verhalten des Gläubigers werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. Schließlich wird auch der Umfang der Befreiung des Gläubigers nicht ganz einheitlich beurteilt.

Ob die vorstehenden Regeln auch zugunsten eines Garanten gelten, ist kaum erörtert und daher weitgehend offen.

Allgemeiner ist teilweise bestimmt, daß der Bürge befreit wird, wenn durch Verschulden des Gläubigers dem Schuldner die Zahlung der Hauptschuld unmöglich wird.²² Das wohl wichtigste Beispiel für diese abstrakte Regel wird in Österreich so umschrieben, daß dem Gläubiger "Saumseligkeit in Eintreibung der Schuld" vorzuwerfen sei.²³ Um Schaden dieser Art abzuwenden, wird in drei südeuropäischen Ländern der Gläubiger angehalten, binnen ein, zwei bzw. sechs Monaten nach Fälligkeit der gesicherten Forderung

¹⁹ Art. 7:855 Abs. 2 nied. BW.

²⁰ Art. L. 313-9 franz. Code la consommation; § 25b Abs. 1 öst. Konsumentenschutzgesetz.

²¹ Art. 2016 S. 2 franz cc. (1998 eingefügt); § 25b Abs. 2 öst. Konsumentenschutzgesetz.

²² Art. 862 griech. ZGB.

²³ § 1364 S. 2 ABGB.

gerichtlich gegen den Hauptschuldner vorzugehen und dieses Verfahren energisch zu betreiben; andernfalls erlischt die Bürgschaft.²⁴

18. *Beendigung der Haftung des Sicherungsgebers*

Im gegenwärtigen Kontext interessieren nur die für Personalsicherungen typischen Beendigungsgründe. Einige von ihnen sind bereits ausdrücklich erwähnt worden. Keiner besonderen Erörterung bedarf das Erlöschen der gesicherten Forderung, die kraft des Grundsatzes der Akzessorietät auch den Bürgen befreit. Enger ist eine niederländische Vorschrift für Verbraucher-Bürgschaften zur Sicherung künftiger Verbindlichkeiten: Der Bürge haftet nicht für den Schadenersatz, den der Hauptschuldner dem Gläubiger schuldet, soweit der Gläubiger den Schaden durch eine ihm zumutbare Vorsorge hätte vermeiden können.²⁵ Relevant sind auch die zuvor unter Nr. 17 a.E. erwähnten Vorschriften: Reagiert der Gläubiger nicht auf die Aufforderung des Bürgen, die fällig gewordene (oder gestellte) Hauptforderung mit Nachdruck gegen den Hauptschuldner geltend zu machen, wird der Bürge befreit.

Die Wirkung einer *befristeten Bürgschaft* wird unterschiedlich beurteilt. In einigen Ländern erlischt die Bürgschaft kraft Gesetzes mit Ablauf der Frist. Fehlen gesetzliche Regeln, kommt es auf die Auslegung der Bürgschaft an; in einigen Ländern tendieren die Gerichte ebenfalls zum Erlöschen, in anderen dagegen zum "Einfrieren" der Bürgschaftsschuld auf die Sicherung derjenigen Hauptschulden, die bis Fristablauf entstanden sind. Deutschland, Griechenland und Italien bestimmen, daß der Bürge befreit wird, wenn der Gläubiger nicht unverzüglich bzw. binnen einen Monats bzw. zwei Monaten nach Fristablauf Klage gegen den Hauptschuldner erhebt und dieses Verfahren energisch betreibt.²⁶ In Deutschland muß der Gläubiger dem Bürgen unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens anzeigen, daß er ihn in Anspruch nimmt; haftet der Bürge als Selbstschuldner, so muß diese Anzeige sofort nach Ablauf der Bürgschaft erfolgen. Bei rechtzeitiger Anzeige beschränkt sich die Bürgschaft im 1. Fall auf den Umfang der gesicherten Forderung bei Beendigung des Verfahrens, im 2. Fall auf den Stand bei Ablauf der Frist.²⁷ In den Niederlanden kann ein Verbraucher-Bürge eine befristete Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten nach fünf Jahren kündigen.²⁸

Gesetzliche Regeln zur Beendigung einer *unbefristeten persönlichen Sicherung* sind selten. In den Niederlanden kann ein Verbraucher eine Bürgschaft für unbestimmte Zeit zur Sicherung künftiger Schulden jederzeit kündigen; ihr Umfang beschränkt sich dann auf den Stand der gesicherten Forderung bei Kündigung (s. FN 26). In Deutschland hat die Rechtsprechung dasselbe Ergebnis erzielt nach dem allgemeinen Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse durch Kündigung beendet werden, wenn die Kündigung mit angemessener Frist ausgesprochen wird. In anderen Ländern scheint die Rechtslage noch

²⁴ Art. 867 griech. ZGB (bei unbefristeter Bürgschaft). Art. 1957 Abs. 1 ital cc; Art. 652 Abs. 1 port. cc. In Griechenland und Portugal kann der Bürge ein Jahr nach Übernahme der Bürgschaft den Gläubiger sogar anhalten, durch Mahnung des Hauptschuldners die Fälligkeit der gesicherten Forderung herbeizuführen: Art. 868 griech. ZGB; Art. 652 Abs. 2 port. cc.

²⁵ Art. 7:861 Abs. 3 BW.

²⁶ § 777 Abs. 1 dent. BGB; Art. 866 griech. ZGB; Art. 1957 Abs. 2-4 ital. cc.

²⁷ § 777 Abs. 2 BGB.

²⁸ Art. 7:861 Abs. 1-2 BW; die Bürgschaft beschränkt sich dann auf den Stand der Verbindlichkeiten zu diesem Zeitpunkt.

nicht geklärt zu sein, jedoch wird dem Bürgen in der Bankpraxis oft ein Kündigungsrecht eingeräumt.

In Portugal kann jede Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten nach fünf Jahren gekündigt werden.²⁹

Vereinzelt wird einem **Bürgen für künftige Schulden** die Befreiung zugestanden, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner nach Übernahme dieser Bürgschaft Kredit eingeräumt hat, obwohl er weiß, daß die Vermögensverhältnisse des Schuldners sich so verschlechtert haben, daß die Befriedigung des Kredits deutlich schwieriger geworden ist.³⁰

Die **Verjährung** als Endigungsgrund kann sich für Bürgschaften akzessorisch aus der Verjährung der gesicherten Forderung ergeben. Außerdem aber unterliegt die Bürgschaft auch einer eigenen Verjährungsfrist. Für diese sind die allgemeinen Verjährungsregeln maßgebend; die Frist beträgt nach den Zivilgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts überwiegend 30 Jahre, nach denjenigen des 20. Jahrhunderts meist 20 Jahre, in Spanien 15, in Italien und allgemein auch in Schweden 10 sowie in England 6 Jahre. In Schweden gilt eine besondere Verjährungsfrist von drei Jahren für Bürgschaften zur Sicherung der Ansprüche von Unternehmern, die aus Warenverkäufen oder Dienstleistungen an Verbraucher entstanden sind.³¹

F. Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Hauptschuldner

19. Rechte des Bürgen vor seiner Inanspruchnahme

Die kontinental-europäischen Zivilgesetzbücher räumen dem Bürgen unter mehreren, ziemlich übereinstimmend geregelten Umständen das Recht ein, vom Schuldner Befreiung von der Bürgschaft oder eine Sicherheit zu verlangen. Alle diese Vorschriften beruhen auf dem Gedanken, daß der Bürge gegen das Risiko gesichert werden soll, daß er nach einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger keine realistische Chance mehr hat, Rückgriff auf das Vermögen des Hauptschuldners zu nehmen. Die Umstände, welche dieses Risiko auslösen, sind:

- a) die Fälligkeit der gesicherten Forderung bzw. der Zahlungsverzug des Hauptschuldners;
- b) eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners bzw. seine Insolvenz;
- c) die unmittelbar drohende Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger, die Anhängigkeit einer Zahlungsklage oder zumindest das Vorliegen eines vollstreckbaren Urteils gegen den Bürgen;
- d) in den romanischen Ländern nach Ablauf von zehn Jahren (so die Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts) bzw. fünf Jahren (so die Zivilgesetzbücher des 20. Jahrhunderts) seit Übernahme der Bürgschaft.

²⁹ Art. 654 port. cc.

³⁰ Art. 1956 ital. cc; der Bürge kann auf dieses Recht nicht im voraus verzichten. Ähnliche Regeln, wenn auch mit leicht differierendem Inhalt: Art. 654 port. cc; Art. 7:861 Abs. 4 nied. BW (für Verbraucher-Bürgschaften); deutsche Rechtsprechung.

³¹ § 2 Abs. 2 Preskriptionslag 1981 Nr. 130.

Entsprechende Ansprüche auf Befreiung gegen den Hauptschuldner scheint das anglo-irische Recht dem Bürgen nur in Ansätzen zuzubilligen.

20. *Rechte des Bürgen nach seiner Inanspruchnahme*

Da ein Bürge dem Gläubiger nur zur Sicherung von Verbindlichkeiten des Hauptschuldners haftet, stehen ihm nach Inanspruchnahme Ansprüche gegen den Hauptschuldner zu. Die Rechtsordnungen aller Mitgliedsländer stellen hierfür zwei verschiedene Rechtsbehelfe bereit.

In erster Linie erwirbt der Bürge *von Rechtswegen*, also automatisch, alle Ansprüche, die dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner zustanden. Dazu gehören neben der gesicherten Forderung selbst die daran bestehenden Vorzugsrechte sowie akzessorische Sicherungsrechte für die Forderung. Bei nichtakzessorischen Sicherheiten ist der Gläubiger zur rechtsgeschäftlichen Übertragung auf den Bürgen verpflichtet. Bei Teilleistung durch den Bürgen geht auch nur ein entsprechender Teil der gesicherten Forderung auf den Bürgen über.

Neben den automatisch auf den Bürgen übergegangenen Ansprüchen und Sicherungsrechten des Gläubigers stehen dem Bürgen in aller Regel auch *Ersatzansprüche aus eigenem Recht* gegen den Hauptschuldner zu. Dabei kann es sich um vertragliche Ansprüche handeln, wenn – wie meist – der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners die Bürgschaft übernommen hatte. Fehlt ein Vertrag, kommen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht. Wegen seiner abweichenden Grundlage wird dieser Ersatzanspruch nicht durch die gesetzlichen Vorzugsrechte und rechtsgeschäftlichen Sicherheiten verstärkt, welche für die übergegangene Hauptforderung bestehen. Andererseits umfaßt der Ersatzanspruch auch gewisse Kosten und einen etwaigen Schaden, die dem Bürgen entstanden sind.

Um *Doppelzahlungen an den Gläubiger* zu vermeiden, verpflichten einige neuere Gesetze entweder den Bürgen oder zusätzlich auch den Hauptschuldner, der jeweils anderen Partei die Zahlung an den Gläubiger anzuzeigen. Unterläßt der Bürge diese Anzeige, so verliert er sein Rückgriffsrecht gegen den Schuldner; er kann dann lediglich den Gläubiger auf Rückzahlung in Anspruch nehmen.³² Unterläßt der Schuldner schuldhaft die Anzeige, so haftet er dem Bürgen für einen etwaigen Schaden.³³

III. Kreditsicherheiten an Mobilien

21. *Einleitung und Gliederung*

Anders als die persönlichen Kreditsicherheiten, die im wesentlichen durch die Rechtsinstitute der Bürgschaft und der Garantie repräsentiert werden, treten uns die Mobiliarsicherheiten in den Mitgliedsländern in sehr vielfältiger Gestalt gegenüber. Das beruht teilweise auf unterschiedlichen Funktionen, etwa bei der Sicherung von Geldkrediten einerseits und Warenkrediten andererseits, teilweise auch auf Unterschieden des Sicherungsgutes, wie etwa bei Sachen einerseits und Forderungen andererseits. Zu diesen und anderen sachbedingten Unterschieden kommen aber auch rechtskulturell und wirtschaftlich bedingte Divergenzen und der Mangel einer noch heute

³² Art. 1952 ital. cc; Art. 645 port. cc.

³³ Art. 646 port. cc.

tragfähigen gemeinsamen europäischen Tradition – mit Ausnahme des Besitzpfandes, das jedoch den heutigen wirtschaftlichen Bedürfnissen kaum noch gerecht wird. Die große Vielfalt der in den Mitgliedstaaten benutzten Mobiliarsicherheiten wird bereits sichtbar an den sehr unterschiedlichen Bezeichnungen, die sich neben der Grundfigur des Pfandes ausgebildet haben: besitzloses Pfand, Mobiliarhypothek, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, chattel mortgage, security bill of sale, usw. Für die Systematisierung eines vergleichenden Überblicks eignet sich jedoch keiner dieser nationalrechtlich geprägten Begriffe. Es ist vielmehr erforderlich, neutrale, funktionell abgestufte Termini zu benutzen, um falsche Assoziationen und Verwechslungen zu vermeiden.

Die *summa divisio* des folgenden Überblicks besteht zwischen den dinglichen Kreditsicherheiten für Geldkredite und denjenigen für Warenkredite. Die erste Gruppe ist die breiteste und komplizierteste; bei ihr werden drei Untergruppen unterschieden: Zunächst danach, ob sich das Sicherungsgut im Besitz des Gläubigers oder des Schuldners befindet; dazu kommen als 3. Untergruppe die besitzunfähigen Sicherungsrechte an Forderungen.

A. Sicherheiten für Geldkredite

22. *Form der Sicherungsabrede*

Der Bestellung aller Arten von Sicherheiten für einen Geldkredit (insbesondere ein Darlehen) liegt ein Sicherungsvertrag zugrunde, der freilich mit dem Vertrag über die Gewährung des Kredits (z.B. ein Darlehensvertrag) verbunden sein kann. Ausgangspunkt ist grundsätzlich, daß der Sicherungsvertrag keinem Formzwang unterliegt. Dieser Grundsatz gilt im deutschen, im skandinavischen und grundsätzlich auch im anglo-irischen Rechtskreis, für Handelsgeschäfte gilt er sogar in den romanischen Ländern.³⁴ Von diesem Grundsatz gibt es jedoch in den romanischen Ländern sowie Griechenland, den Niederlanden und Schweden wichtige Ausnahmen. Zivilrechtliche Sicherungsabreden bedürfen in vielen dieser Länder einer qualifizierten Schriftform, nämlich eines Dokumentes, das neben der Bezeichnung von Sicherungsgut und gesicherter Forderung außerdem ein "sicheres Datum" aufweisen muß.³⁵ Das sichere Datum wird durch Registrierung der Urkunde bei der Steuerbehörde erreicht, die jedoch nicht eine Eintragung des Sicherungsrechtes mit Publizitätswirkung bedeutet. Durch die Gewährleistung des sicheren Datums soll fraudulösen Rückdatierungen des Sicherungsvertrages vorgebeugt werden. In Italien und den Niederlanden, wo die Trennung zwischen zivil- und handelsrechtlichen Verträgen aufgegeben worden ist, wird diese Form grundsätzlich auch für handelsrechtliche Sicherungsverträge verlangt (so Italien), in den Niederlanden dagegen nur für besitzlose Pfandrechte.³⁶ Für besitzlose Sicherheiten ist nach den französischen Sondergesetzen meist die Schriftform auch für handelsrechtliche Sicherungsverträge erforderlich, zumal diese Verträge im allgemeinen

³⁴ Cf. Wahl und Blomeyer Nr. 37, 42 und 45.

³⁵ Artt. 2074, 1328 franz., belg. und lux. cc; Artt. 1211, 1247 griech. ZGB.

³⁶ Artt. 2787 Abs. 3, 2704 ital. cc; Art. 3:237 Abs. 1 nied. BW.

eintragungspflichtig sind. Einige Länder bestehen auf der Schriftform bei Sicherungsabreden, die der Sicherung von Geldkrediten dienen.³⁷ In Spanien muß der Sicherungsvertrag sogar in öffentlicher Urkunde mit sicherem Datum errichtet sein.³⁸ Noch formstrenger zum Schutze "kleiner Kreditnehmer" (nämlich von Individuen, Einzelkaufleuten und Personengesellschaften (!)) ist England für eine security bill of sale: der Schuldner muß ein vorgeschriebenes Vertragsmuster in Gegenwart eines Zeugen unterzeichnen.³⁹ Noch umständlicher und altertümlicher sind die in Schweden auf Grund einer Verordnung von 1845 verlangten Formalien für einen sog. Sicherungskauf: der Abschluß des von Zeugen beglaubigten Vertrages muß in einer Zeitung am Wohnort des Schuldners angezeigt und kann erst dann eingetragen werden.⁴⁰

(1) Sicherungsgut im Besitze des Gläubigers

23. Mit dieser Untergruppe ist das traditionsreiche Faustpfand gemeint. Seine wesentliche Voraussetzung ist, daß das Pfandrecht nur entstehen kann, wenn die verpfändeten Sachen vom Schuldner dem Gläubiger (oder einer anderen Person, die das Pfandgut für den Gläubiger hält, z.B. einem Lagerhalter) übergeben werden. Der Besitz des Gläubigers ist eine Dauervoraussetzung: von ihr hängt auch der Fortbestand des Pfandrechtes ab. Daher die Bezeichnung "Besitzpfand".

Die Regelung des Besitzpfandes ist durch die Regeln des römischen Rechts über den pignus vorgeprägt und ist in praktisch kaum veränderter Form nicht nur in die Zivilgesetzbücher der kontinental-europäischen Staaten übergegangen, sondern auch vom anglo-irischen common law sowie den skandinavischen Länder übernommen worden. Es herrscht ein so hohes Maß an Übereinstimmung, daß die Darstellung von Einzelheiten sich erübrigt.

Leider ist aber der praktische Nutzen dieser rechtlichen Harmonie bescheiden. Denn gerade das rechtlich erforderliche Charakteristikum des Besitzpfandes ist heute sein entscheidender Makel. Da der Schuldner den Besitz am Pfandgut aufgeben muß, kann er dieses nicht für seine wirtschaftlichen Zwecke einsetzen: Verkauf sowie Be- und Verarbeitung in seinem eignen Betrieb sind ihm unmöglich. Dies ist der Grund dafür, daß das Besitzpfand praktisch nur noch bei solchen Sachen benutzt werden kann, die der Schuldner entbehren kann (wie Wertsachen) oder die in Wertpapieren verkörpert sind (wie fungible Anteile an Kapitalgesellschaften, Waren oder Geldforderungen).

Die vorstehenden Nachteile des Besitzpfandes gelten auch für die österreichische Variation der Sicherungsübereignung. Rechtsprechung und Rechtslehre haben zur Wahrung des sog. Faustpfandprinzips entschieden, eine Sicherungsübereignung nur unter denselben Voraussetzungen zuzulassen wie für die Begründung eines Besitzpfandes, also unter Übergabe des Sicherungsgutes an den Gläubiger.

(2) Sicherungsgut im Besitz des Schuldners

24. *Vorbemerkung*

³⁷ § 47 1 dän. Tingslysningslov.

³⁸ Art. 1865 cc, Art. 3 Abs. 1 Ley de hipoteca mobiliario.

³⁹ Cf. Goode, Landesbericht England 73-74.

⁴⁰ Fischler/Vogel 134-136.

In krassem Gegensatz sowohl zur Konvergenz der Regeln über das Besitzpfand wie auch zu seiner relativen Bedeutungslosigkeit stehen die Regelungsvielfalt einerseits wie auch die überragende wirtschaftliche Bedeutung der besitzlosen dinglichen Sicherheiten andererseits. Der Grund für beide Phänomene ist ein historischer: Da sich das übermächtige Bedürfnis für Kreditsicherheiten, bei denen das Sicherungsgut im Gebrauch und zur rechtlichen wie tatsächlichen Verfügung des Schuldners bleiben konnte, erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts tatsächlich herausbildete und rechtlich durchsetzte, konnte seine rechtliche Regelung nicht mehr auf einen gemeinsamen Fundus römisch-rechtlicher Regeln zurückgreifen. Jedes Land mußte sich daher seinen eigenen Weg zur Ermöglichung besitzloser Sicherungsrechte suchen und tut dies bis heute. Angesichts der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedürfnisse einerseits und rechtlichen Ansatzpunkte andererseits kann es nicht verwundern, daß sich heute für die Länder der Europäischen Union ein verwirrendes Bild verschiedener Ansätze und praktischer Lösungen darbietet. Auch der folgende Überblick muß sich daher auf eine grobe Skizze der wesentlichen Problembereiche und der dazu vorhandenen Lösungsansätze beschränken.

25. *Persönliche und sachliche Zutrittsschranken*

In vielen Ländern kann nicht jedermann besitzlose Sicherheiten für Geldkredite bestellen; in manchen Ländern wird aber auch das erlaubte Sicherungsgut bzw. der Kreis der sicherbaren Forderungen begrenzt. Solche Schranken sind vor allem in jenen kontinental—europäischen Ländern anzutreffen, die neben dem althergebrachten Besitzpfand kein allgemeines Rechtsinstitut für besitzlose Kreditsicherheiten entwickelt, sondern nur einzelne Sondergesetze zur Regelung bestimmter Fallgruppen erlassen haben. Dies gilt für alle romanischen Länder, Griechenland, Österreich und die skandinavischen Staaten; in Frankreich gibt es ein Dutzend solcher Sondergesetze. Einzelheiten können hier natürlich nicht erörtert werden. Das Ergebnis für diese Rechtssysteme ist jedenfalls, daß großen Teilen der Bevölkerung, insbesondere Privatleuten, die Möglichkeit verschlossen ist, aufgenommene Darlehen durch besitzlose Sicherheiten abzusichern (und dadurch in den Genuß niedrigerer Zinsen zu gelangen). England und Irland differenzieren zwischen den Rechtsformen, in denen Unternehmen geführt werden: Einzelkaufleute und Personengesellschaften können Kredite nicht wie Kapitalgesellschaften durch eine floating charge sichern; sie werden stattdessen auf das umständliche und leicht anrühige Institut der security bill of sale verwiesen. Über allgemein zugängliche Systeme besitzloser Sicherheiten verfügen nur Deutschland und die Niederlande, in begrenztem Maße auch Griechenland und Spanien.

26. *Begründung*

Zur Form des Sicherungsvertrages s.o. Nr. 22.

Entsprechend allgemeinen Grundsätzen über die Übertragung dinglicher Rechte lassen sich in den Mitgliedstaaten zwei Ansätze für die Begründung besitzloser Sicherheiten unterscheiden: In dem gespaltenen System des romanischen und des anglo-irischen Rechtskreises gehen dingliche Rechte bei Vertragsabschluß automatisch auf den Erwerber über, jedoch nur im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien; die Wirkung gegenüber Dritten hängt zumeist von einem zusätzlichen Akt ab, der vornehmlich

Publizitätsfunktion hat, wie eine Übergabe der Sache oder ihre Eintragung. Da bei besitzlosen Kreditsicherheiten eine reale Übergabe gerade vermieden werden soll, ist in der Regel die Eintragung in einem Register vorgesehen. Ausnahmsweise wird aber auch auf eine Eintragung verzichtet; in den Niederlanden muß immerhin eine qualifizierte Schriftform für den Sicherungsvertrag beobachtet werden (s.o. FN 36).

Allgemein ohne Eintragung kommen nur Deutschland und im allgemeinen auch Griechenland aus. Da beide Länder das Instrument der Sicherungsübereignung benutzen, ist eine fiktive Übergabe an den Erwerber erforderlich. Eine reale Übergabe wird durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts erübrigt: Die Parteien vereinbaren, daß der Schuldner zwar das Eigentum an den Gläubiger überträgt, die (in beiden Ländern erforderliche) Besitzübergabe aber durch die Abrede ersetzt wird, der Schuldner solle fortan das Sicherungsgut für den Gläubiger halten

27. *Einzelsicherung und Globalsicherheit*

Alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verlangen grundsätzlich, daß das Sicherungsgut im Sicherungsvertrag "bestimmt" bezeichnet werden muß. In vielen romanischen Rechtsordnungen wird dieser Grundsatz auch heute noch streng verstanden: Das Sicherungsgut muß genau spezifiziert sein; eine Erstreckung auf andere Vermögenswerte, etwa solche, die der Schuldner erst nach Vertragsabschluß erwirbt, ist daher im Prinzip ausgeschlossen – außer es handelt sich um Vermögenswerte, die bei Verwertung oder Verlust des Sicherungsgutes an dessen Stelle treten.⁴¹ In England wird dagegen lediglich verlangt, daß der Sicherungsvertrag das Sicherungsgut so eindeutig beschreiben muß, daß es ohne Mitwirkung der Vertragsparteien identifiziert werden kann; der Sicherungsvertrag kann daher etwa alle gegenwärtigen und künftigen Kraftfahrzeuge eines Fahrzeughändlers erfassen.⁴²

Druck in Richtung auf eine Auflockerung des Bestimmtheits-Grundsatzes kommt von den heute gesteigerten Finanzierungsbedürfnissen der Wirtschaft. Früher dienten vor allem Anlagegüter (wie Maschinen) als Sicherheit für Anschaffungs- und Betriebsmittelkredite. Da die Anlagegüter in der Regel durch Sicherungsrechte der Lieferanten belegt sind bzw. manche Geschäftszweige heute kaum noch Anlagegüter benötigen, stehen als Sicherungsgüter zur Finanzierung des laufenden Geschäftsbetriebes oft nur Werte des Umlaufvermögens zur Verfügung. Diese Güter aber sind zum Umschlag bestimmt, sollen nämlich direkt verkauft oder zunächst verarbeitet und dann verkauft werden; an ihre Stelle treten jeweils entsprechende, neu angeschaffte Waren, Rohstoffe oder Halbfertigerzeugnisse. Will man solche Werte des Umlaufvermögens als Sicherungsgut einsetzen, so müssen individuell spezifizierte Sicherungsgüter durch eine Globalsicherheit ersetzt werden, d.h. durch einen Inbegriff von Sicherungsgütern mit wechselndem Bestand. Der Inbegriff als solcher muß freilich bestimmt sein.

Die Mitgliedstaaten haben diesem neuartigen Bedürfnis bisher erst teilweise Rechnung getragen. Sie haben dabei zwei Wege eingeschlagen, die auch nebeneinander beschritten werden können. Der 1. Weg läuft auf eine gewisse Auflockerung der traditionellen Anforderungen an die Bestimmtheit des Sicherungsgutes hinaus, indem eine globale

⁴¹ S. näher für Frankreich Simler, Landesbericht 111-112.

⁴² Goode, Landesbericht 56 f.

Umschreibung zugelassen wird (z.B. alle Waren des Schuldners im Lagerraum B). Diese Methode lassen Deutschland und die Niederlande zu, nicht dagegen Frankreich.⁴³

Der 2. Weg besteht in der Schaffung eines neuen Sicherungsrechtes, nämlich der Unternehmenshypothek, soweit sie auch das Umlaufvermögen ganz oder teilweise erfassen kann. Letzteres wird bei der "kleinen" Unternehmenshypothek der romanischen Länder nur teilweise erreicht, nämlich überhaupt nicht in Frankreich und nur bis zu 50% des Wertes der Warenvorräte in Belgien, hingegen unbegrenzt in Spanien. "Große", d.h. gegenständlich unbeschränkte Unternehmenshypotheken gibt es in Schweden und Finnland sowie kraft Richterrechtes im Vereinigten Königreich und in Irland in Form der sog. floating charge. Kleine und große Unternehmenshypotheken eignen sich aber jedenfalls auch dafür, das Anlagevermögen in seinem jeweiligen Bestand als Sicherungsgut zu erfassen.

28. *Inhalt und Rang der Sicherheit*

Wenn man die sehr vielfältigen nationalen Bezeichnungen für die zu Sicherungszwecken verwendeten Rechtsinstitute auf ihre sachliche Substanz reduziert, so läßt sich diese zunächst auf zwei grundlegende Institute des Sachenrechts reduzieren, nämlich auf Pfand und Eigentum. Zum Pfand in einem allgemeinen Sinn zählen insbesondere auch diejenigen Rechtsinstitute, die in Anlehnung an die Grundpfandrechte, bei denen das belastete Grundstück im Eigentum und normalerweise auch im Besitz des Eigentümers steht, mit dem Begriff der Hypothek verbunden werden, wie Mobiliar-, Schiffs-, Flugzeug-, Kraftfahrzeug- und Unternehmenshypothek. Die begriffliche Einheit von Pfand und Hypothek wird in einigen Ländern selbst gesetzlich anerkannt.⁴⁴

Ein alternatives Sicherungsinstrument zum Pfand stellt das Eigentum dar, namentlich in den beiden Grundformen des Eigentumsvorbehalts (s. näher unten Nr. 33-39) und der Sicherungsübereignung sowie den entsprechenden Rechtsfiguren anderer Länder, wie "chattel mortgage" und "security bill of sale". In einem übertragenen Sinn gehört auch die Sicherungsabtretung hierher. Alle diese Formen der Übertragung eines Vollrechts auf den Gläubiger zum Zwecke seiner Sicherung sind entstanden und befördert worden durch Mängel der rechtlichen oder gesetzlichen Ausgestaltung des Pfandrechts als des "geborenen" Sicherungsrechtes. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zeigen aber auch, daß die Grenze zwischen Pfand und Eigentum durchlässig ist. Es läßt sich eine allgemeine Tendenz beobachten, das Eigentum, soweit es für Sicherungszwecke benutzt wird, durch funktionelle Reduktion dem Pfandrecht anzunähern. Dieser Prozeß ist in den Ländern, welche sich des Eigentums für Sicherungszwecke bedienen, unterschiedlich weit gediehen; die Gleichsetzung ist in der Regel auch unterschiedlich stark, je nachdem ob das Eigentum als Sicherungsmittel für den Waren- oder den Geldkredit eingesetzt wird. Ein Beispiel für die nahezu vollständige Gleichsetzung bietet das österreichische Recht (s.o. Nr. 25 a.E.), und die vollständige

⁴³ Drobnič, Generalbericht 22.

⁴⁴ Ausdrücklich § 448 öst. ABGB; auch das span. Gesetz über die Mobiliarhypothek und das besitzlose Pfandrecht geht in seinen allgemeinen Bestimmungen von der Gemeinsamkeit beider Begriffe aus und trifft eine Unterscheidung lediglich auf Grund des äußerlichen Merkmals der mehr oder minder leichten Identifizierbarkeit des Sicherungsgutes, s. Reichmann 85. Umstritten ist dagegen die begriffliche Gleichsetzung in Frankreich, s. Drobnič, Generalbericht 15-16.

Umwandlung der Sicherungsübereignung in ein besitzloses Pfandrecht haben erst 1992 die Niederlande vollzogen.

Nicht zufällig wird das zu Sicherungszwecken übertragene Eigentum aber punktuell oft in der Insolvenz des Schuldners ausgehöhlt. Das Befriedigungsinteresse der Drittagläubiger des Schuldners drängt darauf, den Wert des Sicherungsgutes voll auszuschöpfen und es nicht allein dem Sicherungseigentümer zu überlassen. Daher hat z.B. in Deutschland der Sicherungseigentümer in der Insolvenz des Schuldners nur noch ein Absonderungsrecht und nicht, wie ein normaler Eigentümer, ein Aussonderungsrecht. Der Sicherungseigentümer kann zwar die gesicherte Forderung vorrangig aus dem Sicherungsgut befriedigen, muß jedoch einen etwa erzielten Mehrerlös an den Insolvenzverwalter zu Gunsten der anderen Gläubiger abführen.⁴⁵

Pfandrecht und erst recht eine Sicherungsübereignung nehmen, wenn das Sicherungsgut bei Bestellung dieser Sicherungsrechte unbelastet war, den 1. Rang ein. Das gilt insbesondere in der Konkurrenz zu anderen rechtsgeschäftlichen Gläubigern des Schuldners, also in einer Zwangsvollstreckung durch einen solchen Gläubiger und in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners. Dagegen variiert der Rang, den eine Sicherheit gegenüber gesetzlichen Vorrechten einnimmt (wie etwa Steuerforderungen, Forderungen der Arbeitnehmer und der Sozialversicherungsträger), von Land zu Land.

29. *Verwertung der Sicherheit*

Die praktische Realisierung der Kreditsicherheit im Notfall, also bei Nichtzahlung durch den Schuldner, ist für den Kreditgläubiger von überragender Bedeutung. Jedoch besteht hier in Europa wieder ein hohes Maß an Divergenzen. Diese reflektieren unmittelbar die unterschiedlichen Einstellungen der Mitgliedstaaten, wie die Schutzbedürfnisse von Gläubiger und Schuldner gegeneinander abzuwägen sind. Zwar können die Einzelheiten, zumal sie oft in das Verfahrensrecht hineinreichen, hier nicht ausgebreitet werden, jedoch lassen sich die Tendenzen wenigstens andeuten.

Der Schuldnerschutz ist besonders ausgeprägt in den romanischen Ländern. So muß in Frankreich die Verwertung des Sicherungsgutes bei den besitzlosen Pfandrechten und den Mobiliarhypotheken (wie der Unternehmens-Hypothek) grundsätzlich durch gerichtliche Versteigerung erfolgen. Alternativ kann sich der Gläubiger eines besitzlosen Pfandrechts das Sicherungsgut vom Gericht zu einem Wert übertragen lassen, der von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen zu schätzen ist. Ist der Gläubiger Eigentümer des Sicherungsgutes, so kann er dieses ohne Verwertungszwang herausverlangen. Auch in Spanien ist eine gerichtliche Versteigerung erforderlich, die in einem summarischen Verfahren bewilligt werden kann.

Deutschland nimmt eine mittlere Position ein, da die Parteien bei einer Sicherungsübereignung grundsätzlich im Sicherungsvertrag Regeln über die Verwertung des Sicherungsgutes vereinbaren können, und zwar in den Grenzen der guten Sitten sowie – bei der üblichen Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – des einschlägigen Gesetzes. Unsicher ist die Rechtslage, wenn eine Parteivereinbarung fehlt. Nach einer umstrittenen, aber vordringenden Auffassung liegt es im vermutlichen Interesse der Parteien, anstelle des für das Pfandrecht vorgeschriebenen schwerfälligen und aufwendigen Verfahrens einer öffentlichen Versteigerung einen Verkauf des

⁴⁵ Insolvenzordnung v. 1994 § 51 Nr. 1. Dasselbe gilt in Österreich, s. § 10 Abs. 3 Konkursordnung.

Sicherungsgutes oder einen Ankauf durch den Sicherungsgläubiger zuzulassen. Ein etwaiger Überschuß über die gesicherte Forderung ist an den Schuldner abzuführen. Noch stärker werden die Gläubigerinteressen im anglo-irischen Recht geschützt. Der Gläubiger kann, teils Kraft Gesetzes, teils kraft Abrede, das Sicherungsgut auf friedlichem Wege an sich nehmen. Er kann ebenfalls, wiederum teils kraft Gesetzes und teils kraft Vertrages, das Sicherungsgut freihändig verkaufen. Bei der floating charge hat der Gläubiger alternativ die Befugnis, einen Verwalter für das schuldnerische Unternehmen einzusetzen, dem die gesetzlichen und satzungsmäßigen Organe unterstehen, bis der Gläubiger befriedigt ist.

(3) Forderungen als Sicherheit

30. *Begründung des Sicherungsrechtes*

Zur Form des Sicherungsvertrages s.o. Nr. 22.

Was zusätzliche Anforderungen betrifft, insbesondere diejenigen an die Wirksamkeit gegenüber Dritten und dem Drittschuldner (dem Schuldner der abgetretenen Forderung), so muß man unterscheiden. Einigkeit besteht darin, daß dem Drittschuldner der als Kreditsicherheit verwendeten Forderung das Sicherungsrecht erst entgegengehalten werden kann, nachdem es ihm angezeigt worden ist.

Zweifelhafter ist hingegen, ob und welche Voraussetzungen für die Wirkung des Sicherungsrechtes gegenüber anderen Dritten (insbesondere den Gläubigern des Verpfänders bzw. Zedenten) erfüllt sein müssen, namentlich ob auch hierfür die Anzeige an den Drittschuldner erforderlich ist. Dazu ist es nötig, zwischen zwei Grundtypen der Nutzung von Forderungen als Sicherheit zu unterscheiden. Nach den kontinental-europäischen Zivilgesetzbüchern und den skandinavischen Gesetzen kann eine Forderung dem Sicherungsgläubiger verpfändet werden; dazu wird das Regime des Besitzpfandes auf Forderungen erstreckt, obwohl diese als solche gar nicht besitzfähig sind. Das anglo-irische Recht lehnt dies hingegen ab.

Fast alle Rechtsordnungen kennen dagegen die Abtretung von Forderungen zum Zwecke der Sicherheit, wenn auch in einigen romanischen Rechtsordnungen noch leichte Zweifel bestehen. Angesichts der Ähnlichkeit von Verpfändung und Sicherungsabtretung einer Forderung sollen beide hier gemeinsam behandelt werden.

In den meisten Ländern hängt die Drittwirkung sowohl eines Pfandrechts an einer Forderung wie auch einer Sicherungsabtretung davon ab, daß die Verpfändung bzw. Abtretung dem Schuldner der betroffenen Forderung abgetreten wird. In einigen Ländern sind für diese Mitteilung besonders qualifizierte Formen vorgesehen, wie z.B. eine formale Zustellung; die Anzeige kann hier jedoch ersetzt werden durch die Anerkennung der Abtretung seitens des Drittschuldners, die freilich in öffentlicher Urkunde erfolgen muß.⁴⁶ In England und Irland ist außer der Anzeige auch eine Eintragung im Gesellschaftsregister des zedierenden Unternehmens erforderlich. Offen ist die Rechtslage in Portugal.⁴⁷ In Österreich läßt sich eine Anzeige an den Drittschuldner bei Forderungen,

⁴⁶ Artt. 2075, 1690 Abs. 1 franz. cc.

⁴⁷ § 398 deut. BGB; Art. 1690 Abs. 1 belg. cc (in der Fassung von 1994).

über die Bücher geführt werden, dadurch vermeiden, daß ein Vermerk über die Verpfändung oder Sicherungsabtretung in den Büchern angebracht wird.⁴⁸

In einigen wenigen Ländern bedarf es keiner Anzeige an den Drittschuldner. Das gilt in Belgien, Deutschland und Österreich für die Abtretung, in den Niederlanden für die (an die Stelle der "stillen" Sicherungsabtretung getretene) stille Verpfändung einer Forderung.

31. *Künftige Forderungen*

Für den praktischen Nutzen der Verpfändung und Sicherungsabtretung ist von erheblicher Bedeutung, ob durch diese Verfügungen auch künftige Forderungen erfaßt werden können, also solche, deren Grundlage zum Zeitpunkt der Verfügung noch nicht bestand.⁴⁹

Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, sind sog. Globalabtretungen möglich; auf das wirtschaftliche Bedürfnis globaler Sicherheiten ist bereits hingewiesen worden (s.o. Nr. 27).

In den meisten Mitgliedstaaten läßt heute die Rechtsprechung eine Abtretung künftiger Forderungen zu. In einigen Ländern, wie etwa in Frankreich, ist die Lösung dagegen noch offen, wird aber gelegentlich für Sonderfälle durch eigene Gesetze ermöglicht.

32. *Verwertung*

Die Regeln über die Verwertung verpfändeter oder zur Sicherheit abgetretener Forderungen stimmen in den wesentlichen Zügen überein. Sie bedürfen daher keiner Darstellung.

B. Sicherheiten für Warenkredite

32. *Vorbemerkung*

Als besondere, funktionale Form der Kreditsicherung hat sich in allen Mitgliedstaaten der Eigentumsvorbehalt entwickelt, mit dessen Hilfe sich ein Verkäufer eine Sicherung für den von ihm kreditierten Kaufpreis und eventuell für weitere Forderungen gegen den Käufer verschaffen kann. In vielen Ländern spielt der Lieferantenkredit und die ihm angemessene Sicherung durch Zurückbehaltung des Eigentums an der Kaufsache eine große Rolle. Praktisch wie rechtlich nimmt der Eigentumsvorbehalt einen eigenständigen Platz neben den Sicherheiten für Geldkredite (oben A) ein.

Die Grenze zwischen den beiden hauptsächlichen Formen für die Sicherung von Lieferantenkrediten ist jedoch keine absolute. Einige Länder, wie insbesondere Frankreich, verfügen über Sondergesetze, welche eine Sicherung des Lieferantenkredits durch ein besitzloses Pfandrecht bei der Anschaffung bestimmter Warentypen ermöglichen, etwa für Kraftfahrzeuge und Maschinen. Diese Gesetze stammen überwiegend aus einer Zeit, als der Eigentumsvorbehalt in den betreffenden Ländern dem Verkäufer noch keinen vollen Schutz verschaffte, insbesondere nicht im Konkurs des Käufers.

⁴⁸ Aufgrund eines Gutachtens des OGH v. 15.11.1929, SZ 11 Nr. 15 – ein bemerkenswerter Akt richterlicher Rechtsschöpfung! Der Vermerk muß bei jeder berührten Forderung angebracht werden und das Datum sowie den Namen des Zessionars erwähnen; diese Angaben können auch durch Symbole abgekürzt werden.

⁴⁹ Besteht eine vertragliche Grundlage für eine Forderung, so ist es unerheblich, ob die Forderung bereits entstanden oder gar fällig ist.

In einigen Ländern, insbesondere in England, wird der rechtliche Unterschied zwischen den Pfandrechten – auch den besitzlosen – einerseits und dem Eigentumsvorbehalt andererseits nachdrücklich unterstrichen: Dieser sei lediglich eine quasi-security. Der Zweck dieser entschiedenen Abgrenzung ist es, den Eigentumsvorbehalt von den allgemeinen Voraussetzungen für die Drittwirkung von besitzlosen Kreditsicherheiten deutlich abzuheben und ihn insbesondere einer Eintragungspflicht zu entziehen.⁵⁰ Der Unterschied zu den “geborenen” Kreditsicherheiten wird freilich auch anderswo gesehen, jedoch weniger deutlich betont. Diese Einstellung liegt insbesondere in all denjenigen Ländern nahe, die auch für Geldkredite eine auf dem Eigentum beruhende Sicherheit benutzen, wie die Sicherungsübereignung.

Der folgende Überblick erörtert zunächst den sog. einfachen Eigentumsvorbehalt als die Grundform. Hier dient der Eigentumsvorbehalt lediglich zur Sicherung des Kaufpreises für diejenige Sache, an der sich der Verkäufer das Eigentum vorbehält. Die Verlängerungen und Erweiterungen kommen erst anschließend zur Sprache (s.u. Nr. 38-39).

34. *Begründung des einfachen Eigentumsvorbehalts*

In den skandinavischen Ländern sowie in Griechenland und Italien ist ein Eigentumsvorbehalt an Sachen, die zum Weiterverkauf bzw. zur Verarbeitung bestimmt sind, unwirksam.

Die Anforderungen an die Form der Eigentumsvorbehaltsklausel, die sich in der Regel in dem Kaufvertrag bzw. in ergänzenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet, variieren. Nur in Deutschland, England und Irland gilt auch hier der allgemeine Grundsatz der Formfreiheit. In den skandinavischen Ländern ist die Schriftform allgemein, in Frankreich ist sie jedenfalls für die (unentbehrliche!) Wirkung im Konkurs des Käufers vorgeschrieben. In Italien und Spanien wird ebenfalls die Schriftform verlangt, und zwar in derselben qualifizierten Form mit “sicherem Datum” wie für besitzlose Sicherheiten für Geldkredite (s.o. Nr. 22). In den Niederlanden ist die Schriftform erforderlich für Mietkäufe; andernfalls handelt es sich um einen Abzahlungskauf, bei dem der Käufer durch die Übergabe der Kaufsache Eigentum erlangt, der Eigentumsvorbehalt also wirkungslos ist.

Ein zusätzlicher Publizitätsakt, insbesondere eine Eintragung, ist im allgemeinen weder nötig noch möglich. Ausnahmsweise schreibt Italien eine Eintragung vor für Eigentumsvorbehalte an Maschinen; in Frankreich ist eine Eintragung seit neuestem möglich und bringt dem Gläubiger einen gewissen verfahrensrechtlichen Vorteil im Konkursverfahren des Käufers.

35. *Einzelsicherung und Globalsicherheit*

Mit Globalsicherheit ist im gegenwärtigen Kontext nicht die Möglichkeit gemeint, einen Eigentumsvorbehalt zu verlängern oder zu erweitern; denn bei der Verlängerung handelt es sich lediglich um die Erstreckung der Sicherung für dieselbe Forderung auf substituiertes Sicherungsgut und bei der Erweiterung um die Erstreckung der Haftung des Sicherungsgutes für zusätzliche Forderungen (s. näher unten Nr. 38-39).

⁵⁰ S. etwa Goode, Landesbericht England 70 f.

Unter einem globalen Eigentumsvorbehalt ist vielmehr ein solcher zu verstehen, bei dem die Vorbehaltssachen austauschbar sind, indem erlaubte Entnahmen (z.B. zum Zwecke des Verkaufes oder der Verarbeitung) aus dem Sicherungsverband ausscheiden und durch Zugänge gleichartiger Güter ersetzt werden. Die Zulassung von globalen Eigentumsvorbehalten dieser Art richtet sich nach denselben Kriterien wie bei besitzlosen Sicherungen für Geldkredite (s. o. Nr. 27). Einen zusätzlichen Schritt hat aber kürzlich der französische Gesetzgeber getan. Im Insolvenzverfahren des Käufers ist ein Eigentumsvorbehalt an vertretbaren Sachen auch dann wirksam, wenn sich in der Masse Sachen derselben Gattung und Qualität befinden wie die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen.⁵¹ Der Verkäufer braucht in diesem Fall also nicht mehr zu beweisen, daß die von ihm herausverlangten Sachen identisch sind mit den von ihm gelieferten.

36. *Drittwirkung und Rang*

Die Sonderstellung des Eigentumsvorbehalts gegenüber anderen besitzlosen Kreditsicherheiten zeigt sich insbesondere darin, daß seine Drittwirkung grundsätzlich nicht von einer Eintragung abhängt, außer wo ausnahmsweise eine solche vorgeschrieben ist (s.o. Nr. 34). Die wichtigste Drittwirkung und zugleich der besondere Charakter des Eigentumsvorbehalts entfalten sich in der Insolvenz des Käufers. Der Verkäufer kann kraft des Eigentumsvorbehalts die ihm gehörende Sache aus der Masse aussondern und ohne Verwertungszwang zurücknehmen. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu den anderen besitzlosen Kreditsicherheiten, selbstverständlich zu den geborenen, aber in den meisten Ländern auch zu den gekorenen, wie insbesondere einer Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung (s.o. Nr. 28). Nur in Griechenland und wohl auch in Luxemburg ist der Eigentumsvorbehalt im Konkurs des Käufers wirkungslos, außer wenn der Verkäufer vor Eröffnung des Verfahrens auf Grund des Zahlungsverzuges des Käufers vom Kaufvertrage zurückgetreten war.

Das Eigentum als das höchste und umfassendste dingliche Recht an einer Sache kann nach dem römisch-rechtlichen Prinzip der Einheitlichkeit keinen anderen als den 1. Rang einnehmen. Hierin liegt allerdings auch eine gewisse Schwäche, die sich gerade beim Eigentumsvorbehalt als einer Sicherheit zeigt, welche die Finanzierung der Anschaffung einer Kaufsache sichern soll. Bei ratenweiser Zahlung des Kaufpreises führt jede Ratenzahlung dazu, das "Anrecht" des Käufers auf den Erwerb des Eigentums an der Sache jedenfalls wirtschaftlich zu steigern. Die absolute Natur des Eigentums schließt es jedoch im Prinzip aus, dieses Anrecht in ein dingliches Recht umzusetzen. Bisher ist offenbar nur in Deutschland ein Ausweg aus diesem Dilemma gefunden worden. Unter Durchbrechung des Prinzips des *numerus clausus* ist dem Käufer ein neues dingliches Recht zugesprochen worden, nämlich – auf der Grundlage der aufschiebend bedingten Übereignung – ein Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb. Der Käufer kann dieses Recht dinglich belasten oder sonstwie darüber verfügen; aber auch die Gläubiger des Käufers können dieses Recht pfänden und darein vollstrecken.⁵² Wenn man will, kann man hierin eine gewisse Annäherung an die in den USA verwirklichte und von manchen Stimmen in Europa befürwortete Einschmelzung des Eigentumsvorbehalts in das System der Pfandrechte erblicken: Der Käufer wird bei Vertragsabschluß (und Übergabe)

⁵¹ Art. 121 Abs. 2 S. 2 des Konkursgesetzes von 1985 (eingefügt 1994).

⁵² S. kurz Drobnig, Generalbericht 29 f.

Eigentümer, und die Sicherheit des Verkäufers wird auf ein besitzloses Pfandrecht umgestellt.

37. *Verwertung*

Eine Verwertung wie bei den Pfandrechten scheidet beim Eigentumsvorbehalt aus, wenn und soweit er als Vollrecht anerkannt wird; dies ist aber in den Mitgliedstaaten durchweg der Fall. Der Verkäufer kann bei Zahlungsverzug des Käufers die Kaufsache herausverlangen und mit ihr nach Belieben verfahren, ohne gegenüber dem Käufer abrechnen zu müssen. Dasselbe gilt grundsätzlich auch im Konkurs des Käufers (s.a. oben Nr. 36).

38. *Verlängerter Eigentumsvorbehalt*

Wenn Güter des Umlaufvermögens unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden, benötigt der Käufer den vom Verkäufer gewährten Aufschub der Zahlung des Kaufpreises häufig bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Käufer die erworbenen Sachen seinerseits verkauft haben wird. Hat ein Produktionsbetrieb Rohstoffe oder Halbfertigerzeugnisse unter Eigentumsvorbehalt gekauft, so kann er diese Sachen gewinnbringend erst dann weiterverkaufen, wenn er sie zu anderen Erzeugnissen verarbeitet hat (z.B. Wolle zu Bekleidung, Stahl zu Werkzeugen). Kennt der Verkäufer diese Umstände und ist er zu dieser erstreckten Finanzierung bereit, wird er seinem Käufer die Erlaubnis zu diesen rechtlichen und/oder tatsächlichen Verfügungen über die von ihm gelieferte Kaufsache geben, muß dann aber auch seine Sicherheit entsprechend verlängern. Als Objekte bieten sich im 1. Fall der Anspruch des Käufers gegen seinen Abkäufer auf Zahlung des Kaufpreises an; bei Verarbeitung zunächst die Erstreckung auf die aus der Verarbeitung hervorgehende neue Sache und im Anschluß hieran die Erstreckung auf den Kaufpreisanspruch gegen den Abkäufer. Diesen beiden ökonomischen Bedürfnissen entsprechen zwei Typen der Verlängerung des Eigentumsvorbehalts. Der Erstreckung in die künftige Kaufpreisforderung des Käufers der Vorbehaltssache gegen seinen Abkäufer dient die Vorausabtretung dieses Anspruches; der Erstreckung in eine durch Verarbeitung entstehende neue Sache die Verarbeitungsklausel. Eine Verarbeitungsklausel wird auch oft mit einer Vorausabtretungsklausel verbunden.

Nur in Deutschland, einem Vorreiter auf dem Gebiet der Verlängerungsklauseln, sind beide Klauseln, wenn umsichtig abgefaßt, grundsätzlich wirksam. Einzelheiten und Verfeinerungen müssen hier offenbleiben. In England und Irland ist die Vorausabtretung künftiger Kaufpreisforderungen zwar möglich; sie ist jedoch nur wirksam, wenn sie im Gesellschaftsregister der Käuferin eingetragen wird, da es sich um eine Sicherungsabtretung handelt (s.o. Nr. 30). Dasselbe gilt für eine Verarbeitungsklausel. In allen anderen Mitgliedsländern sind vertragliche Verlängerungen des Eigentumsvorbehalts entweder unbekannt oder jedenfalls unwirksam. In Frankreich steht jedoch dem Verkäufer im Konkurs des Käufers kraft Gesetzes der Anspruch auf den noch unbezahlten Kaufpreis des Käufers gegenüber seinem Abkäufer zu; vorausgesetzt ist allerdings, daß die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen bei der Weiterveräußerung nicht verarbeitet worden waren.⁵³ In denjenigen Ländern, in denen

⁵³ S. dazu die gründliche Übersicht bei Kieninger 68-107.

bereits ein einfacher Eigentumsvorbehalt an Sachen unwirksam ist, die zur Veräußerung oder Verarbeitung durch den Käufer bestimmt sind (s.o. Nr. 34), können entsprechende Verlängerungsklauseln erst recht nicht wirksam werden.

39. *Erweiterter Eigentumsvorbehalt*

Beim erweiterten Eigentumsvorbehalt geht es nicht – wie beim verlängerten – um die Erstreckung der Sicherheit an der ursprünglichen Kaufsache auf Ersatzwerte, sondern um die Erweiterung des Kreises der gesicherten Forderungen über die Kaufpreisforderung für die konkrete Kaufsache hinaus. Eine kleine Erweiterung liegt in der Einbeziehung anderer Forderungen des Verkäufers gegen den Käufer, insbesondere im Rahmen einer ständigen Geschäftsverbindung. Bei einer großen Erweiterung sollen außer allen Forderungen des Verkäufers auch die Forderungen anderer, dem Verkäufer nahestehender Gläubiger durch die Kaufsache gesichert werden, z.B. bei der sog. Konzernklausel die Forderungen aller Konzernunternehmen.

Deutschland läßt den erweiterten Eigentumsvorbehalt grundsätzlich zu, hat allerdings die eben erwähnte Konzernklausel kürzlich verboten. Auch wird der Eigentumsvorbehalt, soweit er über die ursprünglich gesicherte Kaufsache hinaus auf andere Forderungen erstreckt wird, nur noch als Sicherungsübereignung angesehen. Er hat deshalb insofern in der Insolvenz des Käufers nur noch die schwächeren Wirkungen einer Sicherungsübereignung, berechtigt den Verkäufer also lediglich zur Absonderung (s.o. Nr. 28). Der erweiterte Eigentumsvorbehalt ist auch in Großbritannien und wohl auch in Irland wirksam.

In Dänemark und den Niederlanden ist hingegen der erweiterte Eigentumsvorbehalt verboten, in Schweden jedenfalls für Verbraucherkäufe. In den Niederlanden ist ausdrücklich bestimmt, daß die Unwirksamkeit der Erweiterungsklausel den Eigentumsvorbehalt als solchen, also als einfachen Eigentumsvorbehalt bestehen läßt.⁵⁴ Ob diese Folge auch in den anderen beiden Ländern akzeptiert würde, ist offen. In allen anderen Mitgliedstaaten ist der erweiterte Eigentumsvorbehalt praktisch unbekannt, seine Wirksamkeit daher ganz ungewiß und wohl eher zweifelhaft.⁵⁵

⁵⁴ Art. 3:92 Ab. 2 BW.

⁵⁵ S. hierzu insgesamt Kieninger 113-119.

Literatur

- Chao-Duivis, M. A. B. Borgtocht (in: Bijzondere Overeenkomsten, Hrsg.: de Klerk-Leenen, A. P. A.; Wessels, B.) (Deventer 1997)
- Fischler, J.; Vogel, H.-H. Schwedisches Handels- und Wirtschaftsrecht (3. Aufl., Heidelberg 1978)
- Guest, A. G. Chitty on Contracts, Vol. II, Specific Contracts, Kap. 42 (27. Aufl., London 1994)
- Hadding, W.; Schneider, U.
dies. Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (Berlin 1999)
Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen), Berlin
Teil II: Reinecker, Heinrich; Petereit, Wolfgang, Frankreich (1978)
Teil III: Stranart-Thilly, Anne-Marie; Hainz, Hans-Joachim, Belgien (1979)
Teil VI: Habel, Wolfgang, Österreich (1986)
Teil VII/1: Reichmann, Armin, Spanien (1988)
Teil VIII: Hamouzopoulos, Nikolaos, Griechenland (1999)
- Hartley, T. C. Das Bürgschafts- und Garantierecht im Vereinigten Königreich und in Irland (Studien. Reihe Wettbewerb - Rechtsangleichung Nr. 28) (Hrsg. Kommission der Europäischen Gemeinschaften) (Brüssel 1974)
- Kieninger, E.-V. Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt (Baden-Baden 1996)
- Kötz, H. Rights of third parties. Third party beneficiaries and assignment (in: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Contracts in general, Chapter 13) (Hrsg. Drobnig, U.; Zweigert, K., Tübingen 1992)
- Kosesnik-Wehrle, H.;
Lehofer H. P.; Mayer, G.
Kreuzer, K. F. Konsumentenschutzgesetz (KSchG) (Wien 1997)
Mobiliarsicherheiten - Vielfalt oder Einheit? (Baden-Baden 1999) mit folgenden Einzelbeiträgen: Drobnig, U., Generalbericht, S. 9-41; Goode, R., Landesbericht England, S. 43-74; Simler, P., Landesbericht Frankreich, S. 105-123
- Lepach, M. P. Die persönlichen Kreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung der Bürgschaft im deutschen und spanischen Recht (Diss. Mainz 1987)
- Max-Planck-Institut für
ausländisches und
internationales Privatrecht Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (Studien. Reihe Wettbewerb - Rechtsangleichung Nr. 14) (Hrsg. Kommission der Europäischen Gemeinschaften) (Brüssel 1971)

Société Jean Bodin (Hrsg.) Les sûretés personnelles (Brüssel 1969)

Strömholm, Stig An Introduction to Swedish law (Stockholm 1988)

Die Angleichung des Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union vor dem Hintergrund der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches

Konstantinos Kerameus, Athen

I. Verfahrensrechtliche Unterschiede in der Europäischen Union

1. *Vereinheitlichtes und autonomes Verfahrensrecht*

Die heutige Prozeßrechtsangleichungslage in der Europäischen Union sieht eher zwiespältig aus. Zwar haben das Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie dessen weitere Ausstrahlungen auf allgemeinere Prozeßrechtsfragen (siehe unten, Nr. 18) einige wichtige Teile des internationalen Zivilprozeßrechts vereinheitlicht. Doch blieb der Kern der Zivilverfahrensrechte in den einzelnen Mitgliedsstaaten davon größtenteils unberührt. Dieser Kern weist europaweit zahllose Unterschiede auf. Einerseits sind die Divergenzen zwischen den kontinentalen Verfahrensordnungen und dem englischen Prozeßrecht erheblich, obwohl man hinzufügen muß, daß sie durch die Umsetzung des Woolf Reports in England und Wales (April 1999) einigermaßen vermindert worden sind und daß sie, jedenfalls wenn man sie mit den Divergenzen zwischen den kontinentalen Verfahrensordnungen und dem amerikanischen Prozeßrecht vergleicht, eindeutig kleiner sind als diese. Andererseits bestehen erhebliche Unterschiede, auch wenn man vom englischen Prozeßrecht absieht, ebenfalls unter den kontinentalen Verfahrensordnungen selbst. Angesichts dieser bedeutenden Abweichungen, die historisch, ideologisch, verfassungs- und strukturmässig bedingt sind, bleibt vorerst nichts anderes übrig, als sich auf die im folgenden (unten, Nr. 5,6) darzustellende Unterscheidung zwischen technischen (und deshalb angleichungsfreundlichen) und nichttechnischen (und deshalb angleichungsfeindlichen) Verfahrensregeln zu besinnen. Dieser Befund sollte indes nicht als enttäuschend bezeichnet werden. Bei richtigem Verständnis des Maßstabs der Technizität wird man eine Fülle von Verfahrensregeln des täglichen Gebrauchs entdecken, die als technisch zu bewerten und deswegen angleichungsreif sind.

2. ***Technische Verfahrensregeln; Angleichungsdynamik***

Zwei weitere Gesichtspunkte verdienen Berücksichtigung. Einmal wird der Begriff der Technizität nicht national, sondern europaweit aufzufassen sein. Es wird daher auf die Funktion der entsprechenden Regeln innerhalb des einheitlichen Binnenmarkts und nicht so sehr auf ihren national gefärbten Stellenwert im jeweiligen Mitgliedsstaat ankommen. Sodann darf man das Moment der einmal ins Rollen gebrachten Angleichungsbewegung nicht vernachlässigen bzw. unterbewerten. Geht die Rechtsangleichung nämlich zunächst die technischen Verfahrensrechtsfragen vernünftig und erfolgreich an, so wird sie wahrscheinlich ihre eigene Dynamik entfalten und in diesem Rhythmus ebenfalls Teilbereiche anzugleichen versuchen, die früher als unantastbar und immun galten. Auf dieser Grundlage können wir uns zuerst der Zivilverfahrensrechtsangleichung im allgemeinen (unter B) und dann in der Europäischen Union zuwenden (unter C).

II. Zivilverfahrensrechtsangleichung im allgemeinen

3. ***Rechtsangleichung im materiellen Recht und im Verfahrensrecht***

Sowohl theoretisch als auch praktisch liegt der Hauptunterschied der Rechtsangleichung auf diesen beiden großen Rechtsgebieten in der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit fremden Rechts durch einheimische Gerichte. Während die einheimischen Gerichte auf dem Gebiet des materiellen Rechts nach Maßgabe des eigenen Kollisionsrechts berufen sind, ausländisches materielles Recht anzuwenden, scheidet diese Möglichkeit bzw. Pflicht auf dem Gebiet des Verfahrensrechts wegen des dort herrschenden Prinzips der *lex fori* grundsätzlich aus. Daher fällt ein Hauptanstoß der Rechtsangleichung im materiellen Recht, nämlich die gleichmäßige Behandlung unter praktischer Ausschaltung des Kollisionsrechts und Erleichterung der Rechtsanwendung, im Verfahrensrecht weg. Solange die nationalen Gerichte ausschließlich ihr eigenes Verfahrensrecht anwenden und sich um fremde Verfahrensrechtsnormen nicht kümmern, dürfte die Koexistenz von voneinander abweichenden Verfahrensrechtsordnungen nicht weiter stören.

4. ***Internationales Zivilverfahrensrecht***

Zwei Vorbehalte sind allerdings zu machen. Einmal geht es um die Normen des internationalen Zivilprozeßrechts, wie z.B. über die internationale Zuständigkeit, die internationale Rechtshängigkeit, die Beweiskraft bzw. Beweisbarkeit von im Ausland abgeschlossenen Verträgen oder errichteten Urkunden, die Anerkennung bzw. Vollstreckbarerklärung von ausländischen Entscheidungen bzw. Schiedssprüchen u. dgl. mehr. Diese Normen, auch wenn sie vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden, sollten inhaltlich die Bedürfnisse des internationalen Rechtsverkehrs berücksichtigen. Hier erfordert der Gegenstand der normativen Regelung eine gegenseitige Abstimmung des Norminhalts.

5. ***Verfahrensrecht im politischen Integrationsprozeß***

Sodann wird eine über die jeweiligen Grenzen hinausgehende Verfahrensrechtsangleichung auch unabhängig vom internationalen Zivilprozeßrecht dann notwendig, wenn die in Frage kommenden Rechtsgebiete eng miteinander

zusammenarbeiten oder eine wirtschaftliche, soziale bzw. politische Integration anstreben. Innerhalb eines solchen aktuellen oder potentiellen Rahmens hätten voneinander abweichende Verfahrensregeln über z.B. die Zulässigkeit des Erlasses eines Zahlungsbefehls (Mahnbescheids) je nach dem Wohnsitz des Schuldners oder die zur Verfügung stehenden Vollstreckungsmittel je nach dem Vollstreckungsort keinen sinnvollen Platz. Verfahrensrechtsangleichung wäre hier wünschenswert, wenn nicht gerade notwendig, um dem normalen Handelsstrom nicht im Wege zu stehen und auch sonstige Hindernisse gegenüber dem voranschreitenden Integrationsprozeß zu beseitigen.

6. ***Erstrebenswerte Verfahrensrechtsangleichung***

Innerhalb der Anwendungsbereiche der beiden soeben erwähnten Vorbehalte, nämlich einerseits des internationalen Zivilprozeßrechts, andererseits eines voranschreitenden Integrationsprozesses, ist die Verfahrensrechtsangleichung auch erstrebenswert. Zugegebenermaßen sind die beiden Bereiche heterogen und heteroklit. Denn auf der einen Seite steht ein Rechtsbereich, der zwischen dem Zivilprozeßrecht und dem internationalen Privatrecht im weiten Sinne angesiedelt ist. Auf der anderen Seite wird aber kein Teilbereich des Zivilprozeßrechts, sondern die Gesamtheit dieser Rechtsmaterie unter einer fachfremden Voraussetzung angesprochen, nämlich daß die im Gespräch stehenden Territorien entweder in enger Berührung stehen oder eine weitere Integration anstreben. Somit erweist sich die Verfahrensrechtsangleichung wünschbar und nützlich jedenfalls (und unabhängig von fachfremden Parametern) im internationalen Zivilprozeßrecht und sodann zusätzlich im ganzen Bereich des Zivilprozeßrechts, vorausgesetzt daß eine sinnvolle Integration bezweckt wird.

7. ***Ungleichbehandlungen und Freizügigkeit***

Hinsichtlich der zweiten Alternative verdienen zwei Gesichtspunkte Beachtung. Einerseits dürfen keine verfahrensrechtsbezogene Hindernisse die gleichmäßige Behandlung von Personen und Gegebenheiten bzw. den freien Wettbewerb beseitigen oder beeinträchtigen. Andererseits muß aber dieser freie Wettbewerb, speziell in bezug auf die mit der Justizgewährung zusammenhängenden Berufe, vornehmlich in bezug auf den Rechtsanwaltsberuf, auch positiv gestützt und untermauert werden. Das bedeutet in unserem Überlegungskreis, daß die Freizügigkeit der Rechtsanwälte sich erst bei einem grundsätzlich einheitlich gestalteten Verfahrensrecht innerhalb des in einem Integrationsprozeß befindlichen Gebiets voll entfalten kann.

8. ***Möglichkeit einer Verfahrensrechtsangleichung***

Wenn wir von der Wünschbarkeit zu der Möglichkeit einer Verfahrensrechtsangleichung übergehen, müssen wir uns die verschiedenen Funktionen, die den Stellenwert des Verfahrens gegenüber der Sache kennzeichnen, vergegenwärtigen. In der Tat lassen sich drei solche Funktionen feststellen und unterscheiden.

9. ***Funktionen der Verfahrensrechtsnormen***

Erstens können die Verfahrensrechtsnormen die technischen Mittel zur gerichtlichen Anwendung des materiellen Rechts liefern. Hierher gehören z.B. die Regeln über die Fristenberechnung oder über die Zustellung im Zivilprozeß, größtenteils auch die Regeln

über die Verfahrenseinleitung durch Klageeinreichung und –zustellung. Diese Regeln dienen keinem anderen Zweck, als dem Verfahren das notwendige Instrumentarium in die Hand zu geben. Wenn sie mit irgendwelchem Wert in Verbindung gebracht werden können, so wird dieser Wert wohl nicht anders lauten, als schnell zu einem gerechten Urteil zu kommen. Aber Schnelligkeit und Richtigkeit sind Werte, die mit allen rechtsstaatlichen Verfahren immanent verflochten sind. Daher können die Verfahrensregeln in den erwähnten Teilbereichen des Zivilprozesses im Prinzip unabhängig davon Anwendung finden, wie auch immer das sonstige Verfahrensrecht oder gar das vom Gericht anzuwendende materielle Recht gestaltet sein mag.

10. Eine zweite Funktion des Verfahrens gegenüber der Kognition in der Sache ergibt sich, sobald man sich Fällen zuwendet, in denen Verfahrensrechtsnormen besonders ausgestaltet werden, um spezifische Richtungen des entsprechenden materiellen Rechts zu unterstützen. Ein Beispiel wäre die Unzulässigkeit des Parteieids, und zwar als Beweismittel mit voller Beweiskraft, in Familienrechtsstreitigkeiten, bei denen die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können. Hier wäre keine Verfahrensrechtsangleichung sinnvoll, solange keine entsprechende Annäherung im materiellen Recht, insbesondere über die freie Parteiverfügung des entsprechenden Streitgegenstands, stattgefunden hat. Ähnliches gilt auch in einem weiteren Raum. So sind z.B. die Regeln über die besonderen Verfahrensarten, etwa bezüglich Arbeitsstreitigkeiten oder Streitigkeiten aus Wertpapieren, oft auf materielle Auffassungen über die aus den erwähnten Sachbereichen erwachsenden Ansprüche abgestimmt. Solange keine - mindestens grundsätzliche - Übereinstimmung über diese materielle Auffassungen erreicht worden ist, wäre eine verfahrensrechtliche Angleichung entweder unmöglich oder inhaltsleer. Die auf solchen Strecken spezifisch dienende Funktion des Verfahrensrechts gegenüber den entsprechenden Teilen des materiellen Rechts bringt es mit sich, daß eine sinnvolle Rechtsangleichung entweder beide Rechtsgebiete (Verfahrensrecht und materielles Recht) umfassen oder aber ganz unterbleiben muß.
11. Schließlich kann die Funktion des Verfahrensrechts auch darin bestehen, daß weittragende rechtspolitische Entscheidungen auf dem ganzen Feld der gerichtlichen Austragung von Streitigkeiten gefällt werden. Z.B. steht der moderne angloamerikanische Ausforschungsbeweis (*discovery procedure*) in engem Zusammenhang mit Grundansichten über die Informationspflicht der Parteien gegenüber dem Gericht sowie über eine ausgeglichene Abwägung von Kosten und Nutzen. Gleichfalls stellt das Institut der Verbandsklage (*class suit*) grundsätzliche Fragen über die Angemessenheit der Vertretung von zahllosen und diffusen Parteien, über ihre effektive Ladung, über die Zuständigkeit gegenüber im Ausland wohnenden Parteien, vor allem über die Justiziabilität von umfangreichen gesellschaftlichen Problemen. Auch die Erweiterung der Rechtskraft sowohl gegenüber Dritten als auch auf die Vorfragen unter den Parteien ist mit rechtspolitischen Vorstellungen über den gebührenden Umfang der gerichtlichen Kognition sowie über die äusseren Grenzen der Richterspruchseffektivität verbunden. In diesem Bereich hängt die Verfahrensrechtsangleichung selbstverständlich von keiner Annäherung des materiellen Rechts ab. Sie setzt aber voraus, daß ein Grundkonsens über die Aufgaben der Justiz, vor allem im Hinblick auf andere Staatsfunktionen bzw. gesellschaftliche Mächte, erreicht werden kann.

12. *Zivilverfahrensrecht und Technizität*

Die Gegenüberstellung der drei Funktionen des Verfahrens im Hinblick auf das materielle Recht (oben, Nr. 9-11) hat ergeben, daß die Verfahrensrechtsangleichung hauptsächlich in der ersten Gruppe zugleich erstrebenswert und möglich ist. Daher scheint die Technizität der entsprechenden Verfahrensnormen eine Voraussetzung der Verfahrensrechtsangleichung zu sein. Gleichwohl ist der Begriff der Technizität polyvalent. Nach einer Meinung ist das ganze Verfahrensrecht gegenüber dem materiellen Recht als technisch zu bezeichnen. Wie aber gezeigt werden konnte, brauchen wir für die Zwecke der Prozeßrechtsangleichung einen engeren Begriff der Technizität, der nämlich nur die wertfreien Verfahrensrechtsnormen umfasst und deswegen gegen keine wertbezogenen Abwägungen der beteiligten Rechtsterritorien zu verstossen braucht. In diesem Sinn sind sowohl das EuGVÜ als auch das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 als technisch zu bezeichnen. Das erste enthält keine rechtspolitischen Entscheidungen, die über die gebotene Abgrenzung der internationalen Zuständigkeit hinausgehen. Und das zweite hat davon abgesehen, Regeln über die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aufzunehmen. Eine Selbstbeschränkung der anzuleichenden Rechtsmaterie hat sich als der vernünftige Preis erwiesen, der gezahlt werden mußte, um zwei offenbar gelungene internationale Verfahrensrechtsangleichungen erst möglich zu machen.

13. *Grenzen der Verfahrensrechtsangleichung*

Neben der Technizität gibt es auch weitere Parameter, die die Verfahrensrechtsangleichung (in diesem Fall negativ) bedingen. Die wichtigsten sind wohl die Eckdaten des weithin nicht angleichungsfähigen Gerichtsverfassungsrechts und die Verschiedenartigkeit der Funktion, die in den anzuleichenden Systemen vom gleichen Prozessinstitut erwartet wird. Zum ersten genügt der Hinweis auf die verfassungs- und organisationsbedingte Gestaltung des Gerichtsverfassungsrechts. Beide Abhängigkeiten führen direkt zum Staatsapparat des jeweiligen Rechtsterritoriums und machen wegen der Angleichungsfeindlichkeit von solchen externen und kraftvollen Größen die Verfahrensrechtsangleichung äußerst schwierig, wenn nicht schlicht unmöglich. Dabei muß betont werden, daß diese gerichtsverfassungsbezogene Unmöglichkeit der Angleichung sich oft auf weitere Verfahrensfragen als Folgeerscheinung ausdehnt. So wird auch das Rechtsmittelrecht, das die vorgegebene gerichtliche Struktur und Hierarchie als Rückgrat benutzt, oft notwendigerweise in die Angleichungsfeindlichkeit häufig mit einbezogen, da die Rechtsmittel fast immer auf den jeweiligen organisatorischen Instanzenzug abgestimmt sind.

14. Was die verschiedenen Funktionen des gleichen Prozeßinstituts betrifft, braucht man sich beispielsweise nur den Stellenwert des Versäumnisverfahrens zu vergegenwärtigen. Während das Versäumnisverfahren in England dazu dient, die wirklich streitigen Sachen von den unstreitigen zu unterscheiden und das Folgeverfahren entsprechend zu gestalten, wird es in Frankreich nur als Ausdruck prozessualer Abstinenz angesehen und in manchen anderen kontinentalen Rechtssystemen sogar als Mittel der

Prozeßverschleppungstaktik vom Beklagten praktisch mißbraucht. An einem solchen Beispiel sieht man, daß es nicht immer ausreicht, die technischen Feinheiten eines gemeinsamen Prozeßinstituts gegeneinander abzustimmen oder anzugleichen. Vielmehr kann es notwendig werden, über die Funktion und die praktische Benutzung des Instituts übereinzukommen. Solange das nicht geschieht, muß ein Versuch der Verfahrensrechtsangleichung scheitern.

III. Zivilverfahrensrechtsangleichung in der Europäischen Union

15. *Zivilverfahrensrecht und Binnenmarkt*

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß in jedem größeren geographischen Bereich, dessen Teile sich in einem voranschreitenden Integrationsprozeß befinden, die Grundlage besteht, die eine vernünftige Verfahrensrechtsangleichung zugleich wünschbar und möglich macht (oben, Nr. 6). Dies ist bei einem organisierten Binnenmarkt erst recht der Fall. Denn hier kommt die zusätzliche Komponente zum Zug, die einen durchweg ungestörten Wettbewerb, also mitunter eine gleichmäßige gesetzliche Grundlage und Handhabung zur Durchsetzung von Ansprüchen, erfordert. Der Einwand, seit langem bestünden Bundesstaaten ohne vereinheitlichtes Zivilverfahrensrecht, mit der Bemerkung verbunden, die Europäische Union habe nicht einmal den Status eines wirklichen Bundesstaaten erreicht, überzeugt nicht. Zunächst wird innerhalb einer bundesstaatlichen Ordnung dem Zivilverfahrensrecht nicht immer die gleiche Behandlung zuteil. Während z.B. die Gerichte bis auf die obersten Gerichte in der Bundesrepublik Deutschland Organe nicht etwa des Bundes, sondern der einzelnen Länder sind, wenden sie praktisch nur noch Bundesverfahrensrecht an. Landesverfahrensrecht spielt heute eine überaus geringe Rolle. Andere, und zwar traditionelle, Bundesstaaten weisen nicht nur eine gerichtsmäßige Zersplitterung, sondern auch eine verfahrensrechtsmäßige Aufspaltung zwischen dem Bund und seinen einzelnen Mitgliedsstaaten auf. Sowohl in den Vereinigten Staaten von Amerika als auch in der Schweiz wenden die einzelnen Staats- bzw. Kantonsgerichte das Zivilverfahrensrecht des jeweiligen Mitgliedsstaates an. Bekanntlich gelten nicht weniger als 26 kantonale Zivilprozessordnungen in der Schweiz. Hierauf baut sich das Argument auf, die Zivilverfahrensrechtszersplitterung sei mit einem (auch bereits funktionierenden) gemeinsamen Markt vereinbar, da es einen solchen gemeinsamen Markt in beiden Beispielen offenbar gibt.

16. Das Argument ist aber nicht stichhaltig. Denn beide Beispiele weisen zwei wichtige Elemente auf, die der Europäischen Union noch fehlen, nämlich eine Bundesverfassung und ein höchstes Bundesgericht, das auch die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Staatsgesetze zur Aufgabe hat. Auf der Basis von teilweise lapidaren Bundesverfassungsbestimmungen (vgl. etwa: *due process of law*) konnte die Rechtsprechung des höchsten Bundesgerichts in beiden Bundesstaaten zur Schaffung eines im Bundesgesetzblatt nie erschienenen, in der Praxis jedoch bundesweit angewandten Zivilverfahrensrechts vordringen. Solche Einrichtungen bestehen aber in der Europäischen Union auch unter dem Amsterdamer Vertrag nicht. Der Vertrag selbst hat sich nicht die Funktion einer europäischen Verfassung verliehen. Und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist keine allgemeine, und vor allem auch keine von den Prozeßparteien zu initiiierende Aufgabe übertragen worden, mit dem Inhalt,

die Vereinbarkeit der Zivilverfahrensrechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten mit einer breiten Palette von Grundsätzen, die aus dem Gründungsvertrag zu schöpfen wären, zu

überprüfen. Solange die potentiell vereinheitlichenden Instanzen einer europaweiten Verfassung und eines obersten Gerichtshofs mit allgemeiner Zuständigkeit fehlen, muß die Zivilverfahrensrechtsangleichung dem sekundären Gemeinschaftsrecht überlassen bleiben.

17. *Freizügigkeit der Rechtsanwälte*

An diesem Punkt soll die Freizügigkeit der Rechtsanwälte, die bereits früher angesprochen worden ist (oben, Nr. 7), wieder ins Auge gefaßt werden. Es muß nämlich mit dem Argument ein Ende haben, daß, wenn es auf die Freizügigkeit der Rechtsanwälte ankommt, die Gesamtheit der Rechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten vereinheitlicht werden müsse. Das Argument geht zu weit. Es übersieht nämlich die Funktionsunterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht. Während das materielle Recht sich grundsätzlich an sämtliche Bürger als Normadressaten wendet, interessiert das Verfahrensrecht ganz vorwiegend die mit der Justizgewährung beruflich beschäftigten Personen. Das sind an erster Stelle die Richter und die Rechtsanwälte. Die Richter scheiden aber hier aus, da sie Organe ihres eigenen Staates sind und keiner Freizügigkeit unterliegen. Das gleiche gilt *mutatis mutandis* bezüglich der Notare und der Gerichtsvollzieher. Alle diese Personen betrachten die jeweilige Zivilverfahrensordnung als ihr Berufsrecht im weiten Sinn. Wenn es aber zur Freizügigkeit als Grund für eine Verfahrensrechtsangleichung kommt, so wird nur die Rechtsanwaltschaft erheblich. Die zunehmende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte, zur Niederlassungsfreiheit sowie zur gegenseitigen Anerkennung von juristischen Diplomen, akademischen Titeln und Berufsbezeichnungen liefert einen zusätzlichen Beleg für die anwaltsabhängige Erheblichkeit der justizbezogenen Freizügigkeit innerhalb des Gemeinschaftsraums. Richtig verstanden erfordert diese Freizügigkeit eine gleichmäßige berufliche Grundlage im ganzen Gemeinschaftsgebiet.

18. *Lehren aus dem EuGVÜ und seiner Anwendung*

Blickt man auf das Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und seine mehr als fünfundzwanzigjährige Anwendung zurück, so sind zwei Bemerkungen, die eine besondere Beziehung zu unserem jetzigen Vorhaben aufweisen, festzuhalten. Zunächst geht es um das sachliche Anwendungsgebiet und seine allmähliche Ausstrahlung auf weitere Fragenkreise innerhalb des Zivilverfahrensrechts. In der Tat ging der Auftrag von Art. 220 EWG-Vertrag dahin, zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen innerhalb des EWG-Raums zu erleichtern. Gemessen an diesem Auftrag schritt das Brüsseler Übereinkommen zwei gewaltige Schritte voran. Einmal setzte es an die Stelle von Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten alle Personen, die unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit im gleichen Raum wohnhaft sind. Sodann regelte es auch die sogenannte direkte internationale Zuständigkeit, so daß es bereits bei der erstinstanzlichen Kognition im Ursprungsstaat zur Anwendung kommt. Noch wichtiger ist aber die Sinnerweiterung des Brüsseler Übereinkommens, die durch seine Auslegung, vornehmlich durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, herbeigeführt worden ist. In dem Versuch, die spezifischen Vorschriften des Brüsseler Übereinkommens funktional und zweckgemäss auszulegen, ist der Gerichtshof dazu

übergegangen, viel weitergehende Begriffe, wie z.B. den privatrechtlichen Anspruch, die Unterscheidung von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen, die Rechshängigkeit, den Streitgegenstand oder die Unvereinbarkeit von Entscheidungen, auszulegen und gegeneinander abzustimmen. So ergab sich, daß sich ein multilaterales Vollstreckungsübereinkommen als eine Fundgrube für eine allgemeine Zivilverfahrensrechtsangleichung erwiesen hat. Nicht zu Unrecht nennt sich mancher Kommentar zum EuGVÜ *Europäisches Zivilprozeßrecht*. Somit hat eine gelungene Angleichung ihren Anfang mit einem ziemlich begrenzten Sachgebiet genommen, um bald auf dem Weg der Auslegung eine erheblich umfangreichere Prozeßrechtsannäherung anzustreben und zu erreichen.

19. Die zweite Bemerkung betrifft gerade die Anheimstellung der einheitlichen und quasi-verbindlichen Auslegung des EuGVÜ bei einem einzigen, zentralen und permanenten gerichtlichen Organ, wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Nur durch diese Zentralisierung und Verbindlichkeit der Auslegung ist es möglich gewesen, nicht nur das Übereinkommen im praktischen Leben zu erhalten, sondern ihm auch neuen Geist zu gewähren und weitere Zusammenhänge zu eröffnen. Der Vergleich mit den Haager Übereinkommen, welche teilweise ähnliche Fragen behandeln, ist bezeichnend. Gerade das Fehlen einer zentralen und verbindlichen Auslegung bei diesen Übereinkommen scheint ein Grund für ihre ausgebliebene weitere Ausstrahlung gewesen zu sein.

20. ***Sachbereiche, die vom EuGVÜ noch nicht gedeckt sind***

Im Hinblick auf den Erfolg des EuGVÜ in seiner heutigen Gestalt wird man zunächst an die Ausdehnung seines sachlichen Anwendungsgebiets, vor allem durch die Streichung der Ausnahmen, die in Art. 1 Abs. 2 (insbesondere Zi.1) aufgezählt sind, denken müssen. Ein erster kleiner Schritt in dieser Richtung ist gerade durch die Erweiterung des EuGVÜ auf einige familienrechtliche Vermögensstreitigkeiten (das sogenannte Brüssel II-Übereinkommen) getan worden. Es bleiben aber noch die weiteren Ausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Zi.1 (der Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, das Gebiet des Erbrechts einschließlich des Testamentsrechts) bestehen. Ein allmählicher Abbau dieser Ausnahmen würde sich auf die mit dem EuGVÜ gewonnenen Erfahrungen stützen und eine inzwischen allseits anerkannte Tradition fortsetzen können.

21. ***Lehren aus der Arbeit der Storme-Kommission***

Nach den erwähnten Grundsätzen hat auch die sogenannte Storme-Kommission einen ersten tastenden Beitrag zur europaweiten (einschließlich des Vereinigten Königreichs) Zivilverfahrensrechtsangleichung geleistet. Das Merkmal der Technizität sowie die teilweise bestehende normative Konvergenz in den einzelnen Mitgliedsstaaten wurden ausdrücklich zu Grunde gelegt. Die Zusammenarbeit mit hervorragenden Vertretern der Common Law Länder, die zugleich aber ausgewiesene Kenner des kontinentalen Prozeßrechts waren, hat sich als sinnvoll und fruchtbar erwiesen. Blickt man auf den veröffentlichten Bericht der Kommission zurück, so fallen zwei Arbeitsmethoden auf, von denen man vielleicht hätte noch mehr profitieren können. Zunächst war man

anscheinend zu optimistisch und versuchte frühzeitig, eine umfassende Zivilverfahrensrechtsangleichung voranzutreiben. Eine Selbstbeschränkung auf die wirklich angleichungsreifen Teilgebiete hätte dem Vorhaben wahrscheinlich geholfen. Sodann wäre eine nähere Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten durch die Rechtsprechung gewonnenen Ergebnisse von Vorteil gewesen. Dann hätte man nämlich feststellen können, daß manche Divergenz gemäß dem jeweiligen Gesetzeswortlaut durch eine sinnvolle Anpassung in der gerichtlichen Praxis wieder ausgeglichen worden ist. Es leuchtet aber ein, daß zu einem solch detaillierten Vorhaben eine gebührende Infrastruktur der Kommission sowie viel mehr Zeit zur Verfügung hätte stehen müssen.

22. ***Umfang des anzuleichenden Zivilverfahrensrechts***

Zum Schluß müssen noch zwei Bemerkungen betreffend die Tragweite des anzuleichenden Zivilverfahrensrechts sowie dessen tatsächliches Anwendungsgebiet gemacht werden. Hinsichtlich der Tragweite fragt man sich, wie es mit Themen steht, die nach dem traditionellen europäischen Verständnis an der Scheidungslinie zwischen dem Verfahrensrecht und dem materiellen Recht lokalisiert sind, z.B. das Beweisrecht oder die Rechtskraft. Wird hauptsächlich eine Zivilrechtskodifikation, und nur innerhalb dieser auch eine Teilverfahrensrechtsangleichung, angestrebt, so taucht das Problem nicht auf, denn solche Randbereiche würden dann ohnehin in das Gebiet einer gesamten Privatrechtsangleichung fallen. Soll aber eine Zivilverfahrensrechtsangleichung für sich bezweckt sein, so wird man besser beraten sein, solche Randbereiche auszuklammern, damit zusätzliche und größtenteils künstliche Definitionsschwierigkeiten ein bereits schwieriges Vorhaben nicht noch weiter belasten würden.

23. Was das Anwendungsgebiet betrifft, muß man sich mit der Frage auseinandersetzen, ob das angegliche Verfahrensrecht nur auf transnationale oder auch auf rein nationale Fälle im jeweiligen Mitgliedsstaat Anwendung finden sollte. Die Diskussion darüber wird in letzter Zeit in verschiedenen Fora immer wieder einmal geführt. Zwei Argumente zugunsten einer allgemeinen Anwendbarkeit sind vielleicht bis jetzt zu kurz gekommen. Einmal wird es innerhalb der im fortgeschrittenen Integrationsstadium befindlichen Europäischen Union keine wirklich transnationalen Fälle mehr geben. Sodann wird man glücklich sein, einer zusätzlichen Definitionsschwierigkeit, nämlich zwischen den nationalen und den transnationalen Streitigkeiten, durch die allgemeine Anwendbarkeit des (auch nur teilweise) angeglichenen Zivilverfahrensrechts aus dem Wege zu gehen.

Literatur

Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford, 1989);

International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. XVI (M. Cappelletti, chief editor, und verschiedene Autoren) (Tübingen und Dordrecht/Boston/ Lancaster) seit 1973;

Jacob, J.I.H, *The Fabric of English Civil Justice* (London 1987);

Jayme, Erik (Hrsg.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa* (Heidelberg, 1992);

Kerameus, Konstantinos, *Procedural Unification: The Need and the Limitations*, in SCOTT, I.R. (Hrsg.), *International Perspectives on Civil Justice. Essays in honour of Sir Jack I.H. Jacob Q.C.* (London 1990) 47-66 = KERAMEUS, Konstantinos, *Studia iuridica III* (Athens/Dordrecht, 1995) 21-46;

Kerameus, Konstantinos, *A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure*, *Louisiana Law Review* 47 (1987) 493-509 = *Studia iuridica III* 3-20;

Schmidhauser, J.P. (Hrsg.), *Comparative Judicial Systems. Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis* (London, 1987);

Storme, Marcel (Hrsg.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne* (Dordrecht/Boston/London, 1994);

Storme, Marcel, *Perorazione per un diritto giudiziario europeo*, *Rivista di diritto processuale* XLI (1986) 293-307;

Stürner, Rolf/Stadler, Astrid, *Eigenarten der Prozessrechtsvergleichung*, in Gilles, Peter (Hrsg.), *Transnationales Prozessrecht* (Baden-Baden, 1995) 263-292;

Tarzia, Giuseppe, *L'harmonisation des règles de procédure civile dans les pays de la Communauté européenne*, in: *Essays in honour of Professor G. Mitsopoulos* (Athens, 1993) II 1255-1264;

Zweigert, Konrad/Kötz Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. (Tübingen, 1996);

Lord Woolf, *Access to Justice* (London: HMSO, 1996).

Kapitel II

Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Recht der Dienstleistungsverträge

Maurits Barendrecht und Marco Loos, Tilburg

1. *Einführung*

Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit hat es zwar im Kaufrecht praktisch niemals gegeben (weswegen hier vom Kaufrecht auch nicht die Rede sein muß); sie sind aber lange eines der wichtigsten Probleme des internationalen Dienstleistungsrechts gewesen. Das hat dazu geführt, daß sich die Europäische Union schon recht früh mit der Frage beschäftigt hat, wie die Tätigkeit von Auftragnehmern im Ausland erleichtert werden könne. Das trifft vor allem auf den Gebieten der Finanzdienstleistungen und der Versicherungen zu.¹ Auch die Rechtspositionen von Handelsvertretern² und von bestimmten Zwischenpersonen auf dem Gebiete der Beförderung und der Reisedienstleistungen (Reisebüros)³ sind schon früh bedacht worden. Allgemeine Richtlinien über den Marktzutritt durch die erleichterte Anerkennung von Diplomen und Zertifikaten datieren aus den Jahren 1988 und 1992.⁴ Für bestimmte Auftragnehmer gibt es zusätzliche eigene Regelungen.⁵ In vielen Bereichen des Dienstleistungsrecht sind formelle Diskriminierungen daher schon beseitigt worden.

2. *Fehlschlagen des Binnenmarkts*

Trotzdem blüht der Binnenmarkt für Dienstleistungen noch nicht. Faktische Diskriminierungen treten noch immer und überall auf, auch oder gerade durch individuelle Auftraggeber. Nach unserer Einschätzung sind diese Diskriminierungen auf einen ganzen Komplex von Problemen zurück zu führen. Es geht um Sprache und Kultur,

¹ Vgl. z.B. Richtlinie 64/225/EWG v. 25. Februar 1964, ABIEG 1964, 56/878 ff.; Richtlinie 73/183/EWG v. 28. Juni 1973, ABIEG 1973, L 194/1 ff.; Richtlinie 73/240/EWG v. 24. Juli 1973, ABIEG 1973, L 228/20 ff.; Richtlinie 76/580/EWG v. 29. Juni 1976, ABIEG 1976, L 189/13 ff.

² Richtlinie 86/653/EWG vom 18. Dezember 1986, ABIEG 1986, L 382/17 ff.

³ Richtlinie 82/470/EWG vom 29. Juni 1982, ABIEG 1982, L 213/1 ff.

⁴ Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988, ABIEG 1989, L 19/16 ff. und Richtlinie 92/51/EWG vom 18. Juni 1992, ABIEG 1992, L 209/25 ff. Vgl. für Beispiele der Anerkennungen die Beilagen zu Richtlinie 92/51/EWG, wie geändert durch Richtlinien von der Kommission vom 26. Juli 1994 (Richtlinie 94/38/EG, ABIEG 1994, L 217/8 ff.), dem 20. Juli 1995 (Richtlinie 95/43/EG, ABIEG 1995, L 184/21 ff.) und dem 20. Juni 1997 (Richtlinie 97/38/EG, ABIEG 1997, L 184/31 ff.)

⁵ Vgl. Richtlinie 89/595/EWG vom 10. Oktober 1989, ABIEG 1989, L 341/30 ff. in betreff Krankenpfleger, Richtlinie 93/16/EWG vom 5. April 1993, ABIEG 1993, L 165/1 ff in bezug auf Ärzte, Richtlinie 98/5/EG vom 16. Februar 1998, ABIEG 1998, L 77/36 ff. in betreff Anwälte und Richtlinien 96/26/EG vom 29. April 1996, ABIEG 1996, L 124/1 ff. und 98/76/EG vom 1. Oktober 1998, ABIEG 1998, L 277/17 ff. in bezug auf Beförderer.

um Berufsvoraussetzungen und um nationales materielles und formelles Recht. Wir denken, daß sich die bisherige Konzentration des europäischen Gesetzgebers auf die Beseitigung von formellen Unterschieden in den Berufsausübungsvoraussetzungen dahin ausgewirkt hat, daß die Rolle der anderen Faktoren vernachlässigt wurde. Natürlich lassen sich die sprachlichen und kulturellen Hindernisse nicht auf legislatorischem Wege beseitigen, mögen dazu auch einige Initiativen (z.B. durch die Information potentieller Auftragnehmer über kulturelle Eigenheiten in den einzelnen Ländern) entwickelt werden können.

3. *Verbleibende und lösbare rechtliche Probleme*

Erforderlich ist es freilich in jedem Fall, geeignete Maßnahmen zur Beseitigung von Behinderungen juristischer Art zu ergreifen. Das wesentliche materiellrechtliche Problem ist im 1. Kapitel dieser Studie schon erörtert worden, nämlich das Fehlen eines zureichenden rechtlichen Rahmens für Dienstleistungsverträge. Wir schlagen zu seiner Lösung die Schaffung einer europäischen Regelung vor (unten, Kapitel III). Natürlich sind wir uns des Umstandes bewußt, daß die Realisierung einer solchen Regelung nicht von heute auf morgen gelingen kann.

Diskriminierungen durch potentielle Auftraggeber werden aber auch durch das formelle Recht der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union stimuliert. Auf Dienstleistungsverträge ist gemäß Art. 4 Absatz 2 des EG-Schuldvertragsübereinkommen im Prinzip – d.h. wenn es sich nicht um Verbraucher handelt und wenn die Parteien keine Rechtswahlklausel in ihren Vertrag aufgenommen haben – das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Auftragnehmer seine Hauptniederlassung hat. Für einen Auftraggeber ist es jedoch kaum möglich, von dem Inhalt des auf den Vertrag anzuwenden Rechts Kenntnis zu erlangen. Ein vorsichtiger Auftraggeber kann daraus leicht den Schluß ziehen daß er sich nicht mit ausländischen Auftragnehmer einlassen sollte. Solches Denken führt immer wieder zu einer materiellen Diskriminierung ausländischer Auftragnehmer. Diese Diskriminierung kann sogar noch durch eine *'race to the bottom'* verstärkt werden, ein Phänomen, das aus der Sozialgesetzgebung bekannt ist. Die internationalprivatrechtliche Anknüpfung bringt ja Auftragnehmer in die Versuchung, sich in Mitgliedstaaten mit dem niedrigsten Schutzniveau für Auftraggeber niederzulassen. Soweit Auftraggeber hierüber unterrichtet sind, haben sie einen weiteren Grund für die Diskriminierung ausländischer Auftragnehmer. Jene müssen fürchten, durch diese generell benachteiligt zu werden.

Versicherungsvertragsrecht

Jürgen Basedow, Hamburg

1. *Direkte Diskriminierungen*

Das Versicherungsvertragsrecht weist – wie auch sonst fast das gesamte Vertragsrecht – den Beteiligten Rechte und Pflichten insoweit zu, wie sie bestimmte Rollen ausfüllen, d. h. als Antragsteller oder Annehmender, als Gläubiger oder Schuldner, als Versicherer oder Versicherungsnehmer. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit spielt dabei keine Rolle. Direkte Diskriminierungen im Sinne von Art. 12 EGV¹ sind daher nicht anzutreffen. Insbesondere läßt sich nicht feststellen, daß ausländische Versicherungsunternehmen vertragliche Rechte aus Versicherungsverträgen nur unter engeren Voraussetzungen oder mit geringerer Tragweite erwerben können als inländische Versicherungsunternehmen oder daß sie strengeren Pflichten unterliegen als die inländische Konkurrenz.

2. *Indirekte Diskriminierungen*

Eine mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbare Diskriminierung kann freilich auch indirekter Natur sein. Sie kann darin bestehen, daß die vertragliche Rechtsstellung inländischer und ausländischer Versicherungsunternehmen sich zwar nach denselben Regeln bemißt, daß dabei aber ausländischen Unternehmen ein höherer Aufwand abverlangt wird als inländischen.

3. *Internationales Privatrecht*

Indirekt diskriminierend wirken sich insofern Normen des Internationalen Privatrechts aus, die Versicherungsverträge stets dem Recht des Versicherungsnehmers unterwerfen. Solche Kollisionsnormen haben zur Folge, daß die Versicherungsunternehmen aus dem Land des Versicherungsnehmers zusätzlich zu dem natürlichen “Heimvorteil” der Marktkenntnis auch noch den Vorteil der Rechtskenntnis genießen können; insbesondere können sie die seit eh und je verwendeten Policen unverändert weiter benutzen. Ihre Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten müssen sich dagegen, wenn sie Verträge mit Versicherungsnehmern aus diesem Land abschließen, auf ein völlig anderes Vertragsrecht einstellen (siehe oben Kapitel I). Soweit sie auf dem betreffenden Markt nicht von einer Niederlassung im Lande aus tätig werden, sondern im Dienstleistungsverkehr von ihrer

¹ Nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam werden die Vorschriften des EG-Vertrages hier und im folgenden nach der neuen Zählweise bezeichnet.

ausländischen Zentrale her, müssen sie im Hinblick auf die beträchtlichen Unterschiede des Vertragsrechts gleichwohl neue Policen entwickeln, die sich am Versicherungsvertragsrecht des Aufnahmelandes orientieren. Dies verursacht hohe Rechtsberatungskosten, die sich wirtschaftlich jedenfalls für solche Unternehmen nicht rechtfertigen, die gerade die Kosten für den Aufbau eigener Niederlassungen im Aufnahmestaat scheuen, aber an Geschäftsabschlüssen im Dienstleistungsverkehr in gewissem Umfang durchaus interessiert wären.

4. Soweit das Internationale Privatrecht auch solche Verträge dem Recht des Versicherungsnehmers, also des Aufnahmelandes unterwirft, diskriminiert es die betreffenden ausländischen Anbieter gegenüber den inländischen. Dies ist außerhalb des Bereichs der Großrisiken in der EG durchgehend der Fall und beruht nicht auf nationalem Recht, sondern auf den Kollisionsnormen der Versicherungsrichtlinien der zweiten Generation². Lediglich im Bereich der Großrisiken ist die freie Rechtswahl vorgesehen, so daß Versicherungsunternehmen durch entsprechende Rechtswahlklauseln Risiken in verschiedenen Mitgliedstaaten ein und demselben nationalen Recht, insbesondere ihrem eigenen nationalen Recht unterwerfen und damit hinreichend umfangreiche europaweite Gefahrgemeinschaften bilden können.

5. *Statistische Daten*

Was hier theoretisch abgeleitet wurde, wird durch statistische Daten und neuere politische Verlautbarungen bestätigt. Nach Angaben von EUROSTAT, des statistischen Amtes der Europäischen Union, ziehen es die meisten europäischen Versicherungsunternehmen offenbar vor, im europäischen Ausland entweder gar nicht oder durch Tochtergesellschaften bzw. Zweigniederlassungen tätig zu werden, statt direkt im grenzüberschreitenden Verkehr Aufträge zu akquirieren. So sollen die deutschen Nicht-Lebensversicherungsunternehmen auf diesem Wege lediglich 0,13 % ihres Geschäftsvolumens erzielen. Bedeutend sind die Geschäftsanteile des Dienstleistungsverkehrs danach lediglich in den kleineren Mitgliedstaaten Luxemburg, Belgien und Irland³.

6. *Die Einschätzungen der Kommission und des Wirtschafts- und Sozialausschusses*

Der statistische Befund deckt sich mit der Einschätzung durch die Europäische Kommission sowie den Wirtschafts- und Sozialausschuß. Die Kommission hat Ende 1997 in dem Entwurf einer Mitteilung zu Auslegungsfragen aufgrund ihrer Gespräche mit zahlreichen Wirtschaftsteilnehmern festgestellt, daß Zweifel an "der Auslegung grundlegender Begriffe wie des freien Dienstleistungsverkehrs und des allgemeinen Interesses nach wie vor ... geeignet sind, Versicherungsunternehmen davon abzuhalten, von den Grundfreiheiten des EG-Vertrags Gebrauch zu machen, deren Inanspruchnahme die dritte Richtliniengeneration gerade erleichtern soll."⁴ In einer sehr sorgfältigen Stellungnahme von Anfang 1998 spricht auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß von

² Siehe Basedow, oben Kapitel I bei Fn. 37.

³ Vgl. "Grenzüberschreitendes Versicherungsgeschäft noch bescheiden": Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 187 vom 14.08.1998 S. 26.

⁴ Entwurf einer Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen, ABl. EG 1997 C 365/7.

“einer ganzen Reihe von Hemmnissen und Problemen ..., die der konkreten Verwirklichung des Binnenmarkts in diesem Bereich entgegenstehen.”⁵ Konkreter heißt es, daß es nicht gelungen sei, “den Verbrauchern das Recht auf gleichberechtigten Zugang zu den Versicherungen in jedem beliebigen Mitgliedstaat außerhalb ihres Wohnsitz- oder Herkunftsstaates zu garantieren.”⁶ In dieser Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses steckt nichts anderes als die Feststellung, daß die passive Dienstleistungsfreiheit der Verbraucher noch nicht verwirklicht sei; die Diskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Versicherungsunternehmen schlägt sich insofern auch auf der Konsumentenseite nieder.

7. *Pflichtversicherungen*

Die indirekte Diskriminierung durch die Kollisionsnormen der Versicherungsrichtlinien der zweiten Generation ist besonders gravierend, weil sie ihre Wurzel im Gemeinschaftsrecht selbst hat. Daneben treten einzelne Diskriminierungen durch die nationale Gesetzgebung fast in den Hintergrund, sollen aber doch erwähnt werden. Ein erster Bereich hängt wiederum mit dem Kollisionsrecht der Versicherungsrichtlinien der zweiten Generation zusammen.⁷ Gemäß Art. 8 Abs. 2 der Zweiten Richtlinie “Schaden” müssen Versicherungsverträge, die in Erfüllung einer Versicherungspflicht abgeschlossen werden, stets den Vorschriften des Landes entsprechen, das die Versicherungspflicht vorschreibt; dies gilt für sämtliche Pflichtversicherungen, gleich ob sie typische Verbraucherrisiken betreffen oder aber Groß- und Transportrisiken. Die Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten also die Möglichkeit, auch im Bereich der Großrisiken die Anwendung des eigenen Vertragsrechts durch Anordnung einer Versicherungspflicht zwingend vorzuschreiben; soweit dies geschieht, stellt sich der Zwang zur Orientierung am nationalen Versicherungsvertragsrecht des Aufnahmestaates auch hier als Marktzutrittsbarriere für ausländische Versicherungsunternehmen dar und bewirkt ihre Diskriminierung gegenüber den inländischen Anbietern.

8. Die Mitgliedstaaten haben Versicherungspflichten in sehr unterschiedlicher Dichte und Anzahl angeordnet. Die Kommentierung zum deutschen Versicherungsvertragsgesetz nennt 18 Fälle einer bundesrechtlichen Versicherungspflicht.⁸ Demgegenüber hat das französische Wirtschafts- und Finanzministerium eine Liste mit nicht weniger als 87 Pflichtversicherungen bekanntgemacht.⁹ Eine nähere Analyse dieser zahlreichen Versicherungspflichten ist hier nicht möglich, doch liegt es auf der Hand, daß die Realisierung des Europäischen Binnenmarkts im Bereich der Groß- und Transportrisiken

⁵ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema “Die Verbraucher auf dem Versicherungsmarkt”, ABl. EG 1998 C 95/72, 77 sub 2.1.9.

⁶ Ebd. S. 73 sub 1.7.

⁷ Wie Fn. 2.

⁸ Vgl. Jürgen Prölss in Prölss/Martin (Kapitel I, Fn. 3) Vorbem. IV RdNr. 1-18.

⁹ Siehe den Abdruck in Dalloz, Code des Assurances (4. Aufl. 1998) S. 757ff; siehe auch Yvonne Lambert-Faivre, Les assurances obligatoires, in François Ewald/Jean-Hervé Lorenzi (Hrsg.), Encyclopédie de l'Assurance (1998) S. 541, 542 ff.

konterkariert wird, wenn das nationale Recht für eine größere Anzahl solcher Risiken obligatorisch die Versicherung vorschreibt und damit die Rechtswahlfreiheit ausschließt.

9. Gesetzliche Sprachregeln

Diskriminierende Wirkungen können auch von gesetzlichen Sprachregelungen ausgehen, die für den Abschluß von Versicherungsverträgen die Verwendung der Landessprache oder einer bestimmten Landessprache vorsehen. So hat der Gerichtshof für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit entschieden, daß die "Verpflichtung zur ausschließlichen Verwendung der Sprache des Sprachgebietes ... eine gegen Art. 30 EWG-Vertrag verstoßende Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen" kann.¹⁰ Soweit Dienstleistungen wie die Versicherung selbst mittels der Sprache erbracht werden und von der Verwendung einer Sprache nicht abgekoppelt werden können, wird man in zwingenden nationalen Sprachregelungen auch eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit und damit einer speziellen Ausformung des Diskriminierungsverbots sehen müssen.

10. Solche Sprachregelungen finden sich auch im Versicherungsrecht. Soweit sie für den Verkehr mit der Aufsichtsbehörde des betreffenden Landes die Landessprache vorschreiben¹¹, wird man sie durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses rechtfertigen können, zumal nach den Versicherungsrichtlinien der dritten Generation im Grundsatz keine systematische Vorlage der Versicherungsbedingungen an die Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten zugelassen ist.¹² Eine solche Rechtfertigung fällt dagegen schwer, wenn das Vertragsrecht selbst den Gebrauch der Landessprache als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Versicherungsvertrages vorschreibt, wie dies in Frankreich in Art. L 112-3 Code des Assurances geschieht. Gemäß Art. L 111-2 des Gesetzes handelt es sich dabei um eine zwingende Bestimmung¹³. Da hinsichtlich der in Frankreich belegenen Risiken gemäß Art. L 181-1 grundsätzlich französisches Recht zur Anwendung berufen ist, bedeutet dies, daß solche Risiken wirksam nur in französischer Sprache versichert werden können, auch wenn die Deckung von einem ausländischen Unternehmen gewährt wird.

11. Daß die obligatorische Übersetzung der eigenen Policen in die französische Sprache für ausländische Versicherungsunternehmen gerade im Dienstleistungsverkehr eine gravierende Erschwernis und Verteuerung darstellt, bedarf keiner näheren Darlegung. Während diese Sprachregelung für den Bereich der Jedermann-Versicherungen noch durch Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden mag, läßt sich dies für Groß- und Transportrisiken nicht vertreten. Hier haben die Parteien zwar grundsätzlich gemäß Art. L 181-1 Abs. 5 die Möglichkeit der freien Rechtswahl, doch bleiben die zwingenden Vorschriften des französischen Versicherungsvertragsrechts unberührt, wenn sich zum Zeitpunkt der Rechtswahl alle Elemente des Vertrages auf dem Territorium der französischen Republik befinden.

¹⁰ EuGH 18.6.1991 Rs. C-369/89 (*Piageme*), Slg. 1991 I, 2971 Erwägung 16.

¹¹ So in Italien Art. 82 des Decreto Legislativo vom 17.3.1995 Nr. 175, *Gazzetta Ufficiale* vom 18.5.1995 Nr. 114.

¹² Siehe den jeweiligen Art. 29 der beiden Richtlinien, oben Fn. 9.

¹³ Den Hinweis auf diese Vorschriften verdanke ich Herrn Professor Dr. *Fritz Reichert-Facilides*, Innsbruck/Hamburg.

12. Soweit also die französischen Niederlassungen ausländischer Versicherungsunternehmen Policen über in Frankreich belegene Risiken an französische Versicherungsnehmer ausstellen, müssen sie sich dabei der französischen Sprache bedienen. Im Bereich der Seeversicherung hat dies den französischen Kassationshof schon zu der Klarstellung veranlaßt, daß sich die gesetzliche Sprachregelung nicht auf die See- und Binnenschiffahrtsversicherung bezieht.¹⁴ Für die Industrieversicherungen fehlt eine solche Ausnahme. Dies bedeutet, daß selbst bei Wahl eines anderen als des französischen Rechts der Vertrag in französischer Sprache abzufassen ist. Im Hinblick auf die enge Verknüpfung von Recht und Sprache fällt es schwer, dies zu rechtfertigen. In der Praxis können Schwierigkeiten freilich dadurch umgangen werden, daß die Verträge zwar von der französischen Niederlassung des ausländischen Unternehmens vorbereitet und ausgehandelt, aber von der ausländischen Zentrale abgeschlossen werden, so daß der Vorbehalt zwingender Normen in Art. L 181 – 1 Abs. 5 nicht eingreift.

¹⁴ Cass. com. 11.3.1997 Bull. civ. 1997 IV, no. 66.

Gesetzliche Schuldverhältnisse

Christian v. Bar, Osnabrück

1. *Allgemeines Haftungsrecht*

Wie in den anderen Materien des Privatrechts, so kommen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zum Nachteil von EU-Mitbürgern auch im allgemeinen Haftungsrecht praktisch nicht mehr vor. Die Kodifikationen haben in ihren haftungsrechtlichen Bestimmungen ohnehin nie zwischen In- und Ausländern unterschieden. Der Art. 27 des spanischen Cc sagt z.B. ausdrücklich: "Ausländer genießen in Spanien vorbehaltlich dessen, was in den Sondergesetzen und Abkommen bestimmt ist, dieselben bürgerlichen Rechte wie Spanier". Auf den ersten Blick außerordentlich bedenklich wirkt zwar das Gegenseitigkeitserfordernis in Art. 16 der einleitenden Bestimmungen (disp. prel.; disposizioni sulla legge in generale) des italienischen Zivilgesetzbuches.¹ Soweit es um das allgemeine Haftungsrecht geht, ist diese Vorschrift jedoch von den italienischen Gerichten "entschärft" worden. Insbesondere werden moralische Schäden ("Schmerzensgeld") von den italienischen Gerichten unabhängig von diesem Gegenseitigkeitserfordernis ausgeglichen, sofern nur das ausländische System Italiener nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Nicht erforderlich ist, daß es im konkreten Fall ebenfalls ein Schmerzensgeld gewähren würde.² Der Ausgleich des sogen. biologischen Schadens³ vollzieht sich gänzlich unabhängig vom Gegenseitigkeitserfordernis.⁴

2. Wo das Handels-, das Gesellschafts-, das Gewerbe-⁵, das Zivilverfahrens⁶- und das Recht des Grundstückserwerbs⁷ für Ausländer noch (direkte oder indirekte) Diskriminierungen

¹ Der Text lautet: "Der Ausländer genießt unter der Bedingung der Gegenseitigkeit und vorbehaltlich der in Sondergesetzen enthaltenen Bestimmungen die dem Inländer zuerkannten bürgerlichen Rechte".

² App. Trieste 19.2.1983, Riv.circ. e trasp. 1983 S. 804.

³ S. dazu v. Bar, oben Kapitel I, Rdnr. 30.

⁴ Trib. Roma 29.1.1993, Riv. circ. e trasp. 1993 S. 558; Toriello, Orientamenti giurisprudenziali in tema di condizione di reciprocità, NGCC 1995 II 159-182 (165).

⁵ S. hierzu jetzt wieder EuGH 7.5.1998 (Rechtssache C-350/96; *Clean Car Autoservice v. Landeshauptmann von Wien*), Sammlung der Rechtsprechung 1998 I S. 2521. Nach diesem Urteil wird man annehmen müssen, daß auch Vorschriften, die besagen, daß der verantwortliche Herausgeber einer Zeitung Inländer sein müsse (wie z.B. Art. 4 des italienischen Gesetzes v. 2.2.1948, n.47), gemeinschaftswidrig sind.

⁶ S. dazu den Beitrag Kerameus zu dieser Untersuchung.

kennen sollten, haben diese Regelungen keinen spezifischen Bezug zum Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse. In Fällen, in denen gesetzliche Verhaltensstandards mittelbar das Haftungsrecht beeinflussen, sind die Gerichte der Mitgliedstaaten in aller Regel aufmerksam darauf bedacht, jede Form von Diskriminierungen zu vermeiden.⁸

3. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*

Recht verbreitet waren lange Zeit Ausländerdiskriminierungen im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, im gewerblichen Rechtsschutz und im Urheberrecht. Auch sie sind unter dem Eindruck der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH⁹ inzwischen jedoch weitgehend verschwunden. Der deutsche Gesetzgeber z.B. hat auf sie mit den nicht mehr diskriminierenden §§ 120, 125 UrhG i.d.F. des Gesetzes vom 23.6.1995¹⁰ reagiert. Der Art. 88 EGBGB (a.F.) und der § 28 UWG (a.F.) wurden aufgehoben. In Italien freilich steht die Aufhebung des Gesetzes v. 22.4.1941, n. 633 (mit dem urheberrechtlichen Gegenseitigkeitserfordernis) noch aus. Die Gegenseitigkeit dürfte in all diesen Materien innerhalb der EU freilich ohnehin verbürgt sein.

4. *Entschädigungsfonds und Verwandtes*

Unter Diskriminierungsaspekten problematisch war lange Zeit auch das Recht der Entschädigungsfonds. Hier wird es ursprünglich der Gedanke der nationalen Solidarität gewesen sein, der manchen Gesetzgeber dazu veranlaßte, den entsprechenden Schutz nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit zur Verfügung zu stellen. Alle europäischen Rechtsordnungen scheinen sich inzwischen indes des Umstandes bewußt geworden zu sein, daß Regelungen dieser Art gemeinschaftsrechtswidrig sind.¹¹ Die neuere Gesetzgebung (z.B. das französische Gesetz über die Entschädigung von Opfern, denen AIDS-infiziertes Blut infundiert wurde¹²) unterscheidet nicht mehr nach der Nationalität. Umweltentschädigungsfonds pflegen darauf abzustellen, daß sich der Schaden im Inland ereignete, nicht darauf, wer ihn verursachte oder erlitt.¹³ Mit Blick auf den dortigen Entschädigungsfonds für die Opfer von Straßenverkehrsunfällen hat der italienische Kassationshof schon 1993 entschieden, daß es nicht erforderlich sei, daß das entsprechende ausländische Recht ebenfalls einen Entschädigungsfonds kenne.¹⁴ Die entsprechenden Regeln des französischen Rechts stellen Franzosen und EU-Bürger ausdrücklich gleich.¹⁵ Frankreich hat sein Recht der Entschädigung der Opfer einer Straftat in derselben Weise reformiert¹⁶, und Entsprechendes gilt für Belgien.¹⁷

⁷ Hier gibt es offenbar noch eine ganze Reihe von Beschränkungen für Ausländer, auch im Mietrecht (vgl. z.B. Art. 7 des spanischen Ley de Arrendamientos Urbanos: Mieter und Untermieter genießen die Vorteile des spanischen Mietrechts nur unter der Voraussetzung der Reziprozität).

⁸ Für ein neueres Beispiel s. Cour d'appel Luxembourg, Pas.lux. 1997 S. 213 (betr. einen nicht in einen luxemburgischen umgetauschten portugiesischen Führerschein; dies sei nicht der Situation des Fahrens ohne Fahrerlaubnis gleichzustellen).

⁹ Z.B. EuGH 20.10.1993, EuZW 1993 S. 710 (*Phil Collins*) zu § 125 Abs. 2 des deutschen UrhG a.F.

¹⁰ BGBl. I S. 842.

¹¹ EuGH 2.2.1989, NJW 1989 S. 2183 (*Ian Williams Cowan v. Le Trésor Public*).

¹² Näher Pontier, L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA, ALD 1992 comm. 37.

¹³ S. z.B. v.Bar/van Veldhuizen, Der niederländische Luftverunreinigungs fonds, UTR 12 (1990) S. 367-380.

¹⁴ Cass. 10.2.1993, n. 1681, Foro it. 1993, I, 3067 (Anm. Calò).

¹⁵ Viney, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (1992), Nr. 133.

¹⁶ Art. 706-3 C.proc.pén. i.d.F. des Gesetzes vom 6.7.1990.

5. *Problemfälle*

Hier und da gibt es freilich noch einige Problemfälle. Ein Beispiel aus dem deutschen Recht ist die Verordnungsermächtigung in § 14 Nr. 2 PflVG, auf der § 11 der VO über den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen i.d.F. der VO vom 17.12.1994¹⁸ beruht. Diese Vorschrift lautet: "Die Verkehrsofferhilfe erbringt Leistungen an ausländische Staatsangehörige ohne festen Wohnsitz im Inland nur beim Vorliegen der Gegenseitigkeit. Dies gilt nicht, soweit völkerrechtliche Verträge der Bundesrepublik Deutschland dem entgegenstehen". Dieses Gegenseitigkeitserfordernis dürfte gemeinschafts-rechtswidrig sein.

6. Nicht ganz unproblematisch erscheint auch eine Regelung im schwedischen Recht der Verbrechensofferentschädigung (§ 1 Abs. 2 S. 3 Brottskadelag¹⁹). Danach wird das Gesetz nicht angewendet, wenn das Verbrechen und das Opfer so wenig Verbindungen mit Schweden haben, daß eine Entschädigung aus schwedischen Steuermitteln nicht angemessen erscheint. Man hat offenbar an Fälle gedacht, in denen das ausländische Opfer einer im Ausland begangenen Straftat zu ihrem Zeitpunkt seinen Wohnsitz in Schweden hatte, nach der Tat aber in sein Heimatland zurückgekehrt war. Für einen Schweden, der ins Ausland zieht, gilt diese Regelung aber nicht.²⁰

7. *Verkehrsschadensersatz in Schweden*

Das unter der Nr. 6 erwähnte Problem betrifft freilich nur eine Marginalie. Wichtiger ist deshalb zu sehen, daß Schweden schon vor seinem Beitritt zur EU alles daran gesetzt hat, Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit abzuschaffen. Ein gutes Beispiel sind die Änderungen im Verkehrsschadensgesetz.²¹ Bis 1992 wurde Verkehrsschadensersatz nur in Inlandsfällen bzw. dann geleistet, wenn ein in Schweden registriertes Fahrzeug im Ausland einen Schweden bzw. eine Person mit Wohnsitz in Schweden geschädigt hatte (§ 8 Abs. 1 Trafikskadelag a.F.). Der schwedische Gesetzgeber hat dann kurzzeitig die Ersatzmöglichkeiten unter dem Trafikskadelag auf die EWR-Staaten erweitert und zugunsten des Geschädigten ein Wahlrecht zwischen dem schwedischen und dem ausländischen Schadensersatzrecht eingeführt (§ 8a aaO a.F.). Das erwies sich jedoch wegen der häufigen Anwendung von Auslandsrecht auch bei Inlandsfällen als unpraktisch. Mit Gesetz vom 9.12.1993²² wurde deshalb der § 35 Abs. 1 Trafikskadelag mit folgendem Wortlaut verkündet: "Die Verkehrsversicherung, die nach diesem Gesetz erteilt wird, soll für Schäden, die infolge des Straßenverkehrs mit einem motorbetriebenen Fahrzeug in einem anderen Land der europäischen ökonomischen Zusammenarbeit (EWR) als Schweden entstehen, über den Verkehrsschadensersatz nach diesem Gesetz hinaus auch den Ersatz decken, der nach der Gesetzgebung des Landes, in

¹⁷ Cromheecke, Hulpbehoevend slachtoffer word je niet zomaar. Commissie voor hulp aan slachtoffers van opzettelijke geweldadaden, R.W. 1993 S. 969-984 (977).

¹⁸ BGBl. 1994 I 3845.

¹⁹ Gesetz v. 18.5.1978, SFS 1978:413.

²⁰ SchwKarnov (Nordborg), Brottskadelag, S. 1114, Nr. 4.

²¹ Deutsche Übersetzung bei v. Bar (Witte), Deliktsrecht in Europa, Schweden.

²² SFS 1993:1384

dem der Schaden entstanden ist, von einer obligatorischen Haftpflichtversicherung umfaßt wird. Dies gilt auch für Schäden, die während einer direkten Fahrt zwischen zwei EWR-Ländern entstehen, wenn der Schaden einem Mitbürger eines solchen Landes zugefügt wird.

8. *Internationales Strafverfahrensrecht*

Es mag zunächst verblüffen, in einem privatrechtlichen Kontext Bemerkungen zum internationalen Strafverfahrensrecht zu finden. Das Thema kann im Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik jedoch dort auftauchen, wo im Rahmen eines Strafverfahrens auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden (sog. Adhäsionsverfahren). Das Problem wurde deutlich in einem Vorlageersuchen des deutschen Bundesgerichtshofes.²³ Er mußte über die Anerkennung eines französischen Urteils befinden, das einen deutschen Arzt, der in Lindau ein französisches Mädchen behandelt und dabei (nach französischer, nicht aber nach deutscher Auffassung) fahrlässig den Tod dieses Mädchens verursacht hatte. Das französische Gericht hatte seine internationale Zuständigkeit allein auf die französische Staatsangehörigkeit des verstorbenen Mädchens gestützt. Es geht in diesem Verfahren um die Frage, ob diese Zuständigkeitsbegründung unter den Regeln des EuGVÜ als ordre public-widrig eingestuft und dem französischen Urteil deshalb in Deutschland die Anerkennung versagt werden darf. Die Antwort des EuGH steht derzeit noch aus.

9. *Internationales Privatrecht*

Das krassste Beispiel für eine internationalprivatrechtliche Inländerbevorzugung war bislang der Art. 38 des deutschen EGBGB. Danach konnten aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet war. Durch die zum 1.6.1999 in Kraft getretene (zweite) deutsche IPR-Reform ist die Vorschrift jedoch soeben ersatzlos aufgehoben worden. Dasselbe gilt für die sogen. Rechtsanwendungsverordnung aus dem Jahre 1942.²⁴

10. Eine an Art. 38 EGBGB a.F. erinnernde, tatsächlich jedoch allseitig formulierte und deshalb diskriminierungsfreie Vorschrift findet man in § 23 Abs. 2 des österreichischen Atomhaftungsgesetzes 1999. Danach ist ein Schaden, der im Ausland eingetreten, aber nach österreichischem Recht zu beurteilen ist, nur dann und nur insoweit zu ersetzen, als dies auch das Personalstatut des Geschädigten vorsieht. Das Gesetz verlangt allerdings an zwei Stellen, daß die erforderliche Versicherung (Haftpflichtversicherung; Deckungsvorsorge) österreichischem Recht unterliegt (§§ 8 I und 10 II aaO).

11. *Staatshaftung*

Auf dem Gebiet der Amtshaftung gegenüber Ausländern bestand nach dem RBHaftG²⁵ in seiner bis zum 30. Juni 1992 anzuwendenden Fassung ein Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland nur insoweit, als nach einer im Bundesgesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder

²³ BGH 4.12.1997, EuZW 1999 S. 26.

²⁴ Nähere Angaben in dem Gesetzgebungsreport in ZRP 1999 S. 224.

²⁵ Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22.5.1910, RGBl. S. 798).

durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt war. Diese Regelung ist inzwischen wesentlich verändert worden.²⁶ Wichtig ist vor allem, daß das Gegenseitigkeitserfordernis für Ansprüche von Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten mit Wirkung ab dem 1. Juli 1992 aufgehoben worden ist (§ 7 II RBHaftG n.F.). Ausländerdiskriminierungen stehen insoweit also nicht länger zu befürchten.

²⁶ Nämlich durch Art. 6 des Gesetzes über dienstrechtliche Regelungen für besondere Verwendungen im Ausland vom 28.7.1993 (AuslVG), BGBl. I S. 1394, 1398.

Das Recht der Kreditsicherheiten

Ulrich Drobnig, Hamburg

1. *Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit*

Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit haben sich für das allgemeine Recht der Kreditsicherheiten in keinem der Mitgliedstaaten feststellen lassen. Die einschlägigen Vorschriften sprechen vielmehr immer neutral von Gläubigern und Schuldnern, von Bürgen, Sicherungsnehmern und Sicherungsgebern.

2. *Mittelbare Diskriminierung aufgrund eines ausländischen Wohnsitzes*

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH kann eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit vorliegen, wenn Vorschriften an den Wohnsitz einer Person im Ausland eine negative Rechtswirkung knüpfen. Denn solche Regeln treffen überwiegend praktisch weit überwiegend Ausländer. An einer Diskriminierung fehlt es hingegen, wenn das Erfordernis eines inländischen Wohnsitzes auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Gründen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck der nationalen Regelung steht.¹

Alternativ kann eine Vorschrift, welche die Erbringung von Dienstleistungen durch Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind als in demjenigen, in dem der Empfänger der Dienstleistung seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat, gegen das Verbot von Art. 49 Abs. 1 EG-V(n.F.) verstoßen, wie der EuGH in einem das Bürgschaftsrecht betreffenden Fall kürzlich entschieden hat.²

Unter diesen Gesichtspunkten sind einige Vorschriften zu überprüfen, die sich namentlich in älteren Bestimmungen zum Bürgschaftsrecht finden und die an das Fehlen eines Wohnsitzes im Inland eine negative Rechtsfolge zu Lasten einer Vertragspartei knüpfen. Hingegen enthalten Regeln, die bei Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland oder bereits an die Aufgabe eines inländischen Wohnsitzes Rechtsfolgen knüpfen, keine mittelbare Diskriminierung im hier gemeinten Sinn. Denn in diesen Fällen dürfte die Vermutung, daß es sich in der Regel um Ausländer handelt, nicht zutreffen. Vielmehr wird es sich in solchen Fällen um Inländer handeln. Solche Regeln können jedoch unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedenklich sein (s.u. Nr. 3).

¹ Vgl. zuletzt EuGH 7.5.1998, Rs. C 350-96 (Clean Car Service GmbH gegen Landeshauptmann von Wien), Slg. 1998 I-2521 (2546-2547).

² EuGH 1.12.1998, Rs C. 410/96 (Ambry gegen Frankreich), WM 1998, 2517.

Nicht überall gilt eine Regel wie diejenige in § 1349 öst. ABGB, nach der “jedermann” eine fremde Verbindlichkeit auf sich nehmen kann. Vielmehr gibt es in einigen Ländern einschränkende Regeln zur “Tauglichkeit” einer Person als Bürge, wenn der Hauptschuldner kraft Vertrages, Gesetzes oder richterlicher Entscheidung Sicherheit durch eine Bürgschaft stellen muß oder kann. Die stärkste Einschränkung ist in § 239 Abs. 1 deut. BGB enthalten; danach ist eine Person als Bürge nur tauglich, wenn sie ihren allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Da sich nach den §§ 13-17 deut. ZPO der allgemeine Gerichtsstand einer Person grundsätzlich an ihrem Wohnsitz bzw. Sitz befindet, verlangt § 239 Ab. 1 BGB damit indirekt, daß Wohnsitz bzw. Sitz eines vom Hauptschuldner zu stellenden (und vom Gläubiger nicht ausdrücklich akzeptierten) Bürgen sich im Inland befindet. Darin liegt eine mittelbare Diskriminierung von Personen mit Wohnsitz bzw. Sitz im Ausland und zugleich eine Beschränkung der Freiheit der Dienstleistungen. Wenn die Vorschrift auf die Existenz eines allgemeinen Gerichtsstandes in Deutschland abstellt, so läßt dies ihre Zweckrichtung erkennen: Es soll sichergestellt sein, daß ein in Deutschland wohnhafter oder ansässiger Gläubiger im Bürgschaftsfall in diesem Lande auch gerichtlich gegen den Bürgen vorgehen kann. Dieser Zweck kann heute mit Hilfe der Bestimmungen des Übereinkommens von Brüssel (1968) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen aber im ganzen Raum der EU verwirklicht werden. Auch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Bürge muß daher heute als “tauglich” im Sinne des § 239 BGB angesehen werden.³ Es empfiehlt sich aber, den heute irreführenden Wortlaut der Vorschrift an die gegenwärtige, europarechtlich vorgegebene Rechtslage anzupassen. Einen ähnlichen Effekt wie die erwähnte deutsche Vorschrift entfaltet eine Bestimmung des Bürgschaftsrechts der frankophonen Länder: Der Hauptschuldner, der zur Stellung einer Bürgschaft verpflichtet ist, muß eine Person mit Wohnsitz im Bezirk des Appellationsgerichts des Erfüllungortes als Bürgen benennen.⁴ Da auch diese Voraussetzung normalerweise nur von einem Inländer erfüllt wird, stellt auch diese Regel eine verdeckte Diskriminierung sowie eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs dar, die ebenfalls der heutigen europarechtlichen Rechtslage angepaßt werden sollte. Italien kennt zwar eine ähnliche Bestimmung; sie wird aber dadurch mit dem Gemeinschaftsrecht verträglich, daß es genügt, wenn der Bürge einen Gerichtsstand im Bezirk des Erfüllungortes wählt.⁵ In Spanien wird dieses letztere Ergebnis sogar gesetzlich angeordnet.⁶ Derselbe Grundgedanke, wenn auch in der entgegengesetzten Konstellation, liegt Art. 1831 Nr. 4 des span. cc zugrunde. Danach hat ein subsidiär haftender Bürge die ihm sonst zustehende Einrede der Vorausklage dann nicht, wenn der Hauptschuldner keinen Gerichtsstand in Spanien hat. Der Gläubiger soll also nicht zunächst Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners an dessen ausländischem Wohnsitz bzw. Sitz suchen müssen, sondern sich unmittelbar an den in Spanien ansässigen Bürgen halten können. Die negative Folge dieser Bestimmung geht allerdings zu Lasten eines inländischen Bürgen: Dieser haftet entgegen dem Regelfall selbstschuldnerisch wegen der

³ In diesem Sinne OLG Düsseldorf 18.9.1995, RIW 1996, 512, IPRspr. 1995 Nr. 135 (Franz. Großbank). S.a. OLG Hamburg 4.5.1995, NJW 1995, 2859, IPRspr. 1995 Nr. 133 (Schwed. Großbank unter Berufung auf das Parallel-Übereinkommen von Lugano).

⁴ Art. 2018 frz./belg./lux. cc.

⁵ Art. 1943 Abs. 1 ital. cc.

⁶ Art. 1828 span. cc.

(aufgrund des Gerichtsstandes im Ausland zu vermutenden) Ausländer-Eigenschaft des Hauptschuldners. Schlechterstellungen von Inländern fallen zwar nicht unter das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG-V (n.F.). Dennoch sollte geprüft werden, ob diese Abweichung von den allgemeinen Bürgschaftsregeln in einem Binnenmarkt, der auch einen Raum des freien Urteilsverkehrs darstellt, noch am Platze ist.

3. *Verlegung des Wohnsitzes des Hauptschuldners in das Ausland*

Einige Mitgliedstaaten eröffnen besondere Rechtsbehelfe teils zu Lasten und teils zu Gunsten des Bürgen, wenn der Hauptschuldner nach Abschluß der Bürgschaft seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt oder dies droht. Hierbei kann es sich zwar nicht um eine verdeckte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit handeln. Denn es werden überwiegend Inländer sein, die ihren Wohnsitz aus dem Inland in das Ausland verlegen. Wohl aber können solche Sonderbestimmungen eine nach Art. 49 Abs. 1 EG-V (n.F.) verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten darstellen (s.o. FN 2).

Nach deutschem und griechischem Recht verliert ein subsidiär haftender Bürge die ihm sonst zustehenden Einrede der Vorausklage gegen den Gläubiger, wenn dem Gläubiger die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages dadurch wesentlich erschwert wird, daß dieser seinen Wohnsitz verlegt.⁷ Bei Auslegung dieser Bestimmung wird eine solche Erschwerung der Rechtsverfolgung insbesondere dann angenommen, wenn der Hauptschuldner seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt. Nachdem aber in der EU der freie Verkehr gerichtlicher Urteile ermöglicht ist, kann man von einer Erschwerung der Rechtsverfolgung dann nicht mehr sprechen, wenn der Hauptschuldner seinen Wohnsitz oder Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt.

Unter den soeben geschilderten Umständen kann andererseits in Deutschland und Griechenland jeder Bürge von dem Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft oder die Stellung einer Sicherheit verlangen.⁸

Die in diesen Vorschriften angelegten Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs in der EG sollten dadurch eliminiert werden, daß die Verlegung des Wohnsitzes bzw. Sitzes des Hauptschuldners in einen anderen Mitgliedstaat der Union nicht mehr die oben geschilderten negativen Rechtsfolgen auslösen kann.

4. *Vermögen des Hauptschuldners im Ausland*

Spanien und Portugal schließen die Einrede der Vorausklage eines Bürgen, der lediglich subsidiär haftet, dann aus, wenn dieser den Gläubiger nicht auf Vermögen des Hauptschuldners verweisen kann, das in Spanien bzw. im portugiesischen Staatsgebiet

⁷ § 773 Abs. 1 Nr. 2 deut. BGB; Art. 857 Nr. 2 griech. ZGB.

⁸ § 775 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 deut. BGB; Art. 861 Nr. 2 griech. ZGB. Ähnlich auch § 1365 öst. ABGB.

in Europa oder den angrenzenden Inseln belegen ist.⁹ In diesem Fall kann der Bürge in Portugal aber auch vom Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen.¹⁰ Auch in diesen Sondervorschriften des spanischen und portugiesischen Rechts liegen Beschränkungen der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt. Auch diese Beschränkungen sollten eliminiert werden für diejenigen Fälle, in denen sich Vermögen des Hauptschuldners nur in einem anderen Mitgliedstaat befindet.

⁹ Art. 1832 span. cc; Art. 640 lit. b) port. cc.

¹⁰ Art. 648 lit. c) port. cc; ferner gilt in diesem Fall ein Mitbürge als insolvent, Art. 649 Abs. 3 cc.

Zivilverfahrensrecht

Konstantinos Kerameus und S.N. Koussoulis, Athen

I. Einführung

1. Menschenrechtliche Mindeststandards

Die Gleichstellung von Inländern und Ausländern bei der Gewährung und dem Zustandekommen von Rechtsschutz ist ein seit jeher anerkanntes, aber wohl im Detail schwer zu verwirklichendes Konzept. Es entsprach völkerrechtlichem Fremdenrecht, daß der Aufenthaltsstaat dem Fremden geeigneten Rechtsschutz zu gewähren und ihm den allgemeinen Weg zu Gerichten zu öffnen hatte. Das schweizerische Bundesgericht meinte sogar, der moderne Rechtsstaat habe dem Ausländer auf dem Gebiet der Rechtspflege dem Inländer gleichzusetzen und ihm auch ohne staatsvertragliche Verpflichtung Rechtsschutz im Inland wie einem Inländer zu gewährleisten (BGE 41 I 148). Demzufolge wird nun heute anerkannt, daß sich der Anspruch auf gleichwertige Justizgewährung aus den allgemeinen Menschenrechten, "auch aus dem menschenrechtlichen Mindeststandard des allgemeinen Völkerrechts, wie er sich in der Staatenpraxis seit 1945 zunehmend, insbesondere in den Menschenrechtsdeklarationen und -konventionen universaler wie regionaler Art" ergibt (so nach BVerfG, 20.4.1982, NJW 1982 S. 2425, 2430, II 3 a). Nach einem menschenrechtlichen Mindeststandard haben daher unparteiische Richter den Prozeßantrag des Ausländers als Kläger oder Beklagter zu prüfen und darüber aufgrund eines sachgerechten Verfahrens zu entscheiden (s. *P. Gottwald*, Die Stellung des Ausländers im Prozeß, in: Grundfragen des Zivilprozeßrechts, Athen-Bielefeld 1991, S. 9-10, 12 m.w.N.).

2. Verfahrensarten

Was allerdings das anzuwendende Verfahren anbelangt, meint das BVerfG (NJW 1982 S. 2430, II 3 a), daß, "[s]ofern der Rechtsschutz des Fremden dem der Inländer gleichwertig ist, schließt dies nicht aus, daß von besonderen Gerichten oder in besonderen Verfahrensarten über Rechtsschutzbegehren, an denen Fremden beteiligt sind, entschieden wird". Ob diese, vor 17 Jahren zum Ausdruck gekommene, Einschränkung bzw. Zurückhaltung bezüglich der Verfahrenskonstruktion mit dem heutigen Prinzip der völligen Gleichstellung von Inländern und Ausländern bei der Rechtsschutzgewährung zurechtkommt, bleibt jedoch wohl fraglich. Eine gewisse, wenn auch nur verdeckte bzw. mittelbare, Diskriminierung des Ausländers bei der Verfolgung seiner Rechte im Aufenthaltsstaat könnte nämlich auch dadurch vorkommen, daß er, gerade wegen seiner

Staatsangehörigkeit, an einer Verfahrensart teilzunehmen hat, die für die Inländer nicht gegeben ist. Eine solche verfahrensrechtliche Verschiedenartigkeit würde jedoch gegen das Postulat der gleichwertigen Rechtsschutzgewährung gegenüber allen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, stoßen. Denn dieses Postulat dürfte heutzutage nicht nur das “Ob” des Rechtsschutzes, sondern auch dessen “Wie” miterfassen.

II. Echte Diskriminierungen

3. *Internationale Zuständigkeit*

Diskriminierungen, die in der Staatsangehörigkeit der fremden Partei ihren Ursprung haben (*echte Diskriminierungen*), könnten sowohl selbst den Zugang zu Gerichten wie auch die Struktur des Verfahrens bzw. die Gewährleistung von rechtlichem Gehör bei dem Verfahren betreffen. Auf die Zugangsmöglichkeiten zu den Gerichten beziehen sich etwaige Regelungen, die die internationale Zuständigkeit eines Staates betreffen: Ist sie nicht mit den gleichen Bedingungen für Inländer und Ausländer gegeben, handelt es sich dann um eine Diskriminierung zu Lasten des Fremden. Zwar ist die Staatsangehörigkeit als Kriterium für die internationale Zuständigkeit im Anwendungsbereich des Brüsseler Übereinkommens ausdrücklich abgeschafft worden, dennoch gilt sie immer noch im Rahmen des autonomen Rechts von einigen EU-Ländern und bestimmt somit die Gerichtsbarkeit ihrer Gerichte gegenüber Ausländern. Solche exorbitanten Zuständigkeiten wurden im Art. 3 des Brüsseler Übereinkommens aufgelistet: Art. 15 des belgischen Code civil, Art. 14 und 15 des französischen Code civil, Art. 14 und 15 des luxemburgischen Code civil, Art. 246 Abs. 2 und 3 des dänischen Zivilprozeßgesetzbuches sind Vorschriften, die die internationale Zuständigkeit speziell für Ausländer begründen. Diskriminierender Natur sind ebenfalls Bestimmungen, die eine bedingte internationale Zuständigkeit gewährleisten. Das ist z.B. der Fall im Art. 65 Abs. 1 lit. c der portugiesischen ZPO, der einen allgemeinen Gegenseitigkeitsvorbehalt enthält: Für den Fall, daß ein Ausländer der Beklagte und der Kläger Portugiese ist, sind danach die portugiesischen Gerichte nur unter der Voraussetzung zuständig, daß im umgekehrten Fall der Portugiese vor den Gerichten des Staates, dessen Angehörigkeit der Fremde hat, verklagt werden könnte. Die bloße Zusammenstellung solcher exorbitanten Zuständigkeitsvorschriften in Art. 3 des Brüsseler Übereinkommens besagt freilich nicht, daß sie dadurch außer Kraft gesetzt sind. Die Verantwortung für die endgültige Abschaffung solcher gesetzlicher Diskriminierungen bleibt jedem einzelnen Staat überlassen.

4. *Italienische Reformen*

Eine solche Initiative hat z.B. Italien jüngst unternommen. Aufgrund des Art. 4 Abs. 1 und 2 des cod.proc.civ. konnte der Ausländer vor den italienischen Gerichten verklagt werden: “se quivi e residente o domiciliato anche elettivamente, o vi ha un rappresentate che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell’art. 77, oppure se ha accettato la giurisdizione italiana, salvoche la domanda sia relativa a beni immobili situati all’estero; se la domanda riguarda beni esistenti nella Repubblica o successioni ereditarie di cittadino italiano o aperte nella Repubblica, oppure obbligazioni quivi sorte o da eseguirsi”. Die Vorschrift beruhte auf der ursprünglichen Auffassung, die italienische Staatsangehörigkeit sei das wesentliche Kriterium für die internationale Zuständigkeit der

italienischen Gerichte (s. z.B. *N.Picardi/G. Martino*, Codice di Procedura Civile [1994] Art. 4, Nr. 3, S. 47). Demgemäß wurde Art. 4 Abs. 1 und 2 cod.proc.civ. als exorbitante Zuständigkeitsbasis im Art. 3 des Brüsseler Übereinkommen miterwogen. Daraufhin hat der italienische Gesetzgeber mit dem Gesetz Nr. 218/31.5.1995 “Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato” die ursprüngliche Auffassung geändert und auf das Merkmal der Staatsangehörigkeit verzichtet. Art. 3 I des G. 218 lautet: “La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto e domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell’articolo 77 del codice di procedura civile e negli altri casi in cui e prevista dalla legge”. Merkwürdig ist dabei, daß Gegenstand der neuen Regelung nicht mehr die “Zuständigkeit in Bezug auf den Ausländer” (“Giurisdizione rispetto allo straniero” nach dem gesetzlichen Titel des früheren Art. 4 cod.proc.civ.), sondern der “Bereich der Zuständigkeit” (“Ambito della giurisdizione”, so nach Art. 3 des G. 218/1995) ist. Mit der Abschaffung des “Ausländers” als Objekt der gesetzlichen Regelung hat man gewiß die Ausschaltung einer Art unmittelbarer Diskriminierung erreichen können.

5. *Statussachen*

Traditionell bleibt die Staatsangehörigkeit das entscheidende Kriterium für die internationale Zuständigkeit in Statussachen, bei denen der Ausländer allgemeiner Ansicht nach an seinen Heimatstaat verwiesen werden darf. Soweit sich allerdings ein Ausländer gewöhnlich im Inland aufhält, könnte es für ihn rechtlich oder doch faktisch unmöglich sein, den Rechtsstreit über seinen persönlichen Status vor den Gerichten seines Heimatstaates zu führen. Deswegen ist die internationale Gerichtsbarkeit in Statussachen normalerweise auch von dem gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten oder der Kinder abhängig (vgl. z.B. § 606a I 1 Nr. 2 dtZPO für die Ehesachen; § 76 Abs. 3 öJN für die Ehesachen; Art. 622 I grZPGB für die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kinder; Art. 22 Abs. 3 und 4 des spanischen Gerichtsverfassungsgesetzes für die Ehesachen und das Eltern-Kind-Verhältnis). Dadurch wird es dem Ausländer ermöglicht, die Gerichte sowohl seines Aufenthalts- als auch seines Heimatstaates anzurufen, um Streitigkeiten über seinen persönlichen Status lösen zu können.

6. Es versteht sich von selbst, daß es eine schwerwiegende Belastung für den Ausländer wäre, wenn er in seinem Aufenthaltsstaat keinen Rechtsschutz in bezug auf seine persönliche Angelegenheiten erlangen könnte. Das wäre der Fall, hänge die internationale Zuständigkeit des Aufenthaltsstaates für Statussachen nur von der Staatsangehörigkeit der Parteien ab. So sieht Art. 611 I gr.ZPGB vor, daß die griechischen Gerichte keine internationale Zuständigkeit für Ehesachen (Art. 592 I gr.ZPGB) haben, wenn beide Ehegatten bei der Klageerhebung Ausländer sind und nach dem Recht ihrer Heimatstaaten den griechischen Gerichten keine Zuständigkeit zuerkannt wird.

7. *Ausschließliche Zuständigkeit in Statussachen*

Würde, andererseits, dem Ausländer im Aufenthaltsstaat Rechtsschutz in Statusstreitigkeiten doch gewährt, dann wäre es zusätzlich von Bedeutung, ob die internationale Zuständigkeit im Heimatstaat betreffend die persönlichen Angelegenheiten ausschließlich ist oder nicht. Denn wenn der Heimatstaat diesbezüglich von einer

ausschließlichen Zuständigkeit ausgeht, könnte die im Aufenthaltsstaat ergangene Entscheidung im ersteren nicht anerkannt werden, was zu einer Rechtsschutzverweigerung für den Ausländer führen könnte. Demzufolge würde sich eine Bestimmung diskriminierend für den Ausländer auswirken, die gerade in Statussachen für eine ausschließliche internationale Zuständigkeit der Gerichte dessen Heimatstaates spräche.

8. *Zuständigkeit und Heimatanerkennung*

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Justizgewährung in denselben Sachen dann verweigert werden kann, wenn der Heimatstaat die inländische Entscheidung nicht anerkennt. So ist z.B. die deutsche internationale Zuständigkeit in Ehesachen gegeben, wenn ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, es sei denn, die zu fällende Entscheidung würde offensichtlich nach dem Recht keines der Staaten anerkannt, denen einer der Ehegatten angehört (§ 606 I 1 Nr. 4 dtZPO). Das Gericht soll hierbei keine intensiven Nachforschungen vornehmen, sondern seine internationale Zuständigkeit dann verneinen, wenn offensichtlich keiner der Heimatstaaten der Ehegatten die Entscheidung anerkennen wird (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, 15. Aufl. [1993] § 165 III 1 d, S. 1006). Hieraus kann sich jedoch eine unzulässige Rechtsschutzverweigerung im Extremfall ergeben, wenn sich der Ausländer ständig im Inland aufhält.

9. *Unterhaltssachen*

Obwohl die Statussachen vom sachlichen Anwendungsbereich des Brüsseler Übereinkommens (Art. 1) ausgeschlossen sind, ist die sie betreffende, auf der Staatsangehörigkeit der Parteien beruhende internationale Zuständigkeit gleichwohl von Bedeutung. Bekanntlich sieht Art. 5 Nr. 2 des EU-Übereinkommens die besondere Zuständigkeit für Unterhaltsansprüche vor: Eine Person kann verklagt werden, "wenn es sich um eine Unterhaltssache handelt, vor dem Gericht des Ortes, an dem der Unterhaltsberechtigte seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder im Falle einer Unterhaltssache, über die im Zusammenhang mit einem Verfahren in bezug auf den Personenstand zu entscheiden ist, vor dem nach seinem Recht für dieses Verfahren zuständigen Gericht, es sei denn, diese Zuständigkeit beruht lediglich auf der Staatsangehörigkeit einer der Parteien". Danach ist der Verbund der Scheidungssache mit einer Unterhaltssache (z.B. § 623 dtZPO; Art. 681B II i.V.m. 592 I a grZPGB) im Rahmen des Brüsseler Übereinkommens unzulässig, würde die internationale Gerichtsbarkeit über den Statusprozeß allein auf der Staatsangehörigkeit einer der Parteien beruhen (wie das z.B. der Fall ist mit Art. 611 gr. ZPGB). Dadurch entsteht aber eine unerträgliche verfahrensrechtliche Diskriminierung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten, der das erleichterte Verbundverfahren nicht verwenden darf. Es handelt sich wiederum um eine weitere diskriminierende Prozeßfolge der Begründung der internationalen Zuständigkeit für Statussachen allein auf den Maßstab der Staatsangehörigkeit.

10. *Die Prozeßfähigkeit*

Besonders geregelt ist in manchen Gesetzgebungen die Prozeßfähigkeit des Ausländers. Bekanntlich stellt sie eine Prozeßvoraussetzung dar, die der Handlungsfähigkeit des bürgerlichen Rechts entspricht. Nach wohl überwiegender Auffassung bestimmt sich die

Prozeßfähigkeit von Ausländern nach dem Prozeßrecht ihres Heimatstaates (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, § 44 I, S. 225). Zum Schutz des inländischen Rechtsverkehrs machen allerdings manche Prozeßordnungen eine Ausnahme von der Anknüpfung an die Prozeßfähigkeit nach dem Personalstatut. Danach ist ein Ausländer, der nach seinem Heimatrecht nicht prozeßfähig wäre, im Inland wie ein Inländer prozeßfähig (so § 55 dtZPO; § 3 öZPO; 66 grZPGB). Diesem "Meistbegünstigungsprinzip" gemäß soll ein Ausländer, der nach dem inländischen Recht prozeßfähig wäre, es aber nach seiner *lex patriae* nicht ist, im Interesse der Rechtssicherheit und Waffengleichheit der Parteien so gestellt sein wie sein inländischer Gegner. Obwohl diese Regelung auf Erwägungen angemessener Verfahrensgestaltung beruht, kann sie auf ungewollte Resultate hinauslaufen. Denn soweit die Regeln über die Prozeßfähigkeit darauf gerichtet sind, dem Prozeßunfähigen durch seinen gesetzlichen Vertreter rechtliches Gehör zu gewähren, bewirkt die prozessuale Gleichstellung des nach seinem Heimatsrecht Prozeßunfähigen mit seinem prozeßfähigen inländischen Gegner eine diskriminierende Behandlung zu Lasten des ersteren, der den inländischen Prozeß ohne seinen gesetzlichen Vertreter führen muß. Darüber hinaus könnte diese Situation die weitere prozessuale Folge mit sich bringen, daß das inländische Urteil im Heimatstaat nicht anerkannt und für vollstreckbar erklärt wird (vgl. *Gottwald*, a.a.O., S. 74).

11. *Die Ausländerkaution*

Aus Frankreich stammt die früher öfters vorkommende, heutzutage aber fast allgemein (obschon nicht völlig) verdrängte Ausländerkaution. Es handelt sich um die Pflicht des Ausländers, der Gegenpartei für deren künftigen Gerichtskosten volle Sicherheit zu leisten. Über eine entsprechende Sicherheitsleistungspflicht sieht Art. 45 des Brüsseler Übereinkommens folgendes vor: "Der Partei, die in einem Vertragsstaat eine in einem anderen Vertragsstaat ergangene Entscheidung vollstrecken will, darf wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder wegen Fehlens eines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthaltes eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, unter welcher Bezeichnung es auch sei, nicht auferlegt werden". Eine solche, das Erkenntnisverfahren betreffende Verpflichtung des Ausländers ist heute noch im deutschen und im österreichischen Recht bekannt. So ist die Sicherheitsleistung auf Verlangen des Beklagten zur Sicherung seines Kostenerstattungsanspruchs anzuordnen, wenn Kläger ein Ausländer oder ein Staatenloser ist, der seinen Wohnsitz nicht im Inland hat (§ 110 I dtZPO). Freilich steht diese Pflicht unter einer materiellen Gegenseitigkeitsklausel. Die Last der Sicherheitsleistung besteht nicht, wenn nach dem Gesetz des Heimatstaates des Klägers ein Deutscher als Kläger in einem gleichartigen Prozeß nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist (§ 110 II Nr. 1 dtZPO). Keine solche Pflicht gilt in Urkunden- oder Wechselprozessen, bei Widerklagen, bei Klagen, die infolge öffentlicher Aufforderung erhoben werden, und bei Klagen aus Grundbuchrechten (§ 110 II Nr. 2-5 dtZPO).

12. Ähnlich haben ausländische Kläger nach § 57 I öZPO dem Beklagten auf dessen Verlangen für die Prozeßkosten Sicherheit zu leisten, es sei denn daß der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat oder die österreichische Prozeßkostenentscheidung im Aufenthaltsstaat des Klägers anerkannt wird bzw. wenn die Prozeßkosten durch hinreichendes unbewegliches Vermögen des Klägers gedeckt sind.

Die aktorische Kautio gilt auch bei Eheprozessen, bei Mandats- und Wechselmandatsklagen, bei Widerklagen und bei Klagen nach dem AtomHG nicht. Wie richtig bemerkt wurde, handelt es sich hierbei um eine "bereits sehr abgemilderte Regelung der ZPO fremdenrechtlicher Natur, die einer Prozeßpartei aufgrund ihrer ausländischen Staatsbürgerschaft gewisse Nachteile auferlegt" (*Rechberger/Simotta*, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 4. Aufl., 1994, Rdnm. 303, S. 159).

13. Es ist heute allgemein anerkannt, daß diese Ausländersicherheitsleistung eine echte Diskriminierung des fremden Klägers ist, die nicht mehr gerechtfertigt ist. Deswegen mehren sich die Stimmen, die für deren Abschaffung plädieren. Es ist sogar vorgeschlagen worden, die Pflicht durch ein System der internationalen Vollstreckbarkeit von Kostenentscheidungen zu ersetzen (*Gottwald*, a.a.O. S. 53).

III. Verdeckte Diskriminierungen

14. *Mahnverfahren und Auslandswohnsitz*

Bei den verdeckten Diskriminierungen kommen prozessuale Nachteile zu Lasten einer Partei wegen ihres Wohnsitzes im Ausland vor. Ein solcher Fall ist im Rahmen des Mahnverfahrens bekannt. Gemäß Art. 624 II grZPGB ist der Erlaß eines Mahnbescheids unzulässig, wenn er Personen zuzustellen ist, die ihren Aufenthalt im Ausland haben. Ebenso sieht Art. 633 III des italienischen ZPGB folgendes vor: "L'ingiunzione non puo essere pronunciata se la notificazione all'intimato di cui all'art. 643 deve avvenire fuori della Repubblica [o dei territori soggetti alla sovranita italiana]". Eine entsprechende Regelung enthielt auch § 688 II dt.ZPO: "Das Mahnverfahren findet nicht statt,....wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Ausland....erfolgen müßte". Die Vorschrift wurde allerdings durch Art. 1 Nr. 49 des Rechtspflegevereinfachungsgesetzes vom 17.12.1990 modifiziert. Nunmehr lautet § 688 III dt.ZPO: "Müßte der Mahnbescheid im Ausland zugestellt werden, findet das Mahnverfahren nur statt, soweit das Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz vom 30. Mai 1988 (BGBl. I S. 662) dies vorsieht". Danach muß die Zustellung des Mahnbescheids in einem ausländischen Staat (d.h. allen EuGVÜ/LuganoÜ-Mitgliedsstaaten, ferner Norwegen und Israel) erfolgen können, mit dem ein nach dem AVAG durchzuführendes Abkommen besteht, das dies zuläßt.

15. Der ehemaligen deutschen Regelung sowie den Vorschriften des italienischen und des griechischen Rechts liegt der Gedanke zugrunde, die Zustellung des Mahnbescheids im Ausland sei nicht mit dem schnellen und im Grunde vereinfachten Charakter des Mahnverfahrens vereinbar; darüber hinaus sind auch die kurzen Fristen zur Einlegung von Einspruch gegen den Mahnbescheid mit dessen Zustellung im Ausland unvereinbar. Das Plenum des Areopags hat sogar in seinem Urteil 10/1996 (*Helliniki Dikaiosyni* 1996.1056, 1057 II) hervorgehoben, eigentlicher Zweck der im Art. 624 II grZPGB enthaltenen Regelung sei die Gewährung von effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten für den Schuldner, der nicht im Inland seine physische Niederlassung habe. Wie dem auch sei: Wenn der Schuldner bei dem Erlaß des Mahnbescheids seinen Aufenthalt im Ausland hat, kann der Gläubiger nicht einen Vollstreckungstitel für seine Geldforderung aufgrund des vereinfachten Mahnverfahrens erlangen. Ob diese diskriminierende Regelung dem Prinzip der freien Bewegung im Rahmen des europäischen Raums entspricht, bleibt freilich immer noch fraglich.

16. *Dinglicher Arrest*

Eine verdeckte Diskriminierung hat der Europäische Gerichtshof in § 917 II dtZPO erkannt. Hierbei handelt es sich um die Voraussetzungen für die Anordnung eines dinglichen Arrestes. Nach § 917 I dtZPO findet der dingliche Arrest statt, “wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde”. Weiterhin sieht § 917 II dtZPO folgendes vor: “Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte”. Besondere Schwierigkeiten bereitete diese Vorschrift im Zusammenhang mit der Vollstreckung in einem Mitgliedstaat des EuGVÜ. Durch Urteil v. 10.2.1994 (*Firma Mund & Fester v. Firma Hatrex International Transport*, Recueil I 1994.467) hat der Europäische Gerichtshof die Anwendbarkeit von § 917 II ZPO bei der Notwendigkeit einer Vollstreckung in einem Mitgliedstaat des EuGVÜ mit der Begründung abgelehnt, darin liege eine gegen Art. 7 EWG-Vertrag verstoßende versteckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zwar stelle § 917 II ZPO nicht auf die Staatsangehörigkeit ab, sondern erfasse auch einen deutschen Schuldner, dessen Vermögen sich im Ausland befindet, doch seien rein tatsächlich ausländische Schuldner ganz überwiegend betroffen. Somit ist § 917 II dtZPO innerhalb des EuGVÜ praktisch nicht mehr anwendbar. Inzwischen ergibt sich das auch schon unmittelbar aus dem Gesetz. Mit § 917 Abs. 2 Satz 2, der durch Art. 2c des Dritten Gesetzes zur Änderung des Rechtspflegegesetzes und anderer Gesetze vom 6.8.1998 (BGBl. I S. 2030) angefügt worden ist, wurde klargestellt, daß die bisherige Regelung im Rahmen von EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen nicht gilt.

Kapitel III

Möglichkeit und Notwendigkeit der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Zivilgesetzbuches

Erster Abschnitt: Grundsatzfragen und bereits Erreichtes

Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts

Ole Lando, Kopenhagen

I. Einleitung

1. Am 1. Januar 1900 trat das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft. Mit ihm wurde das Zivilrecht in Deutschland vereinheitlicht. Wie früher in Frankreich und Italien, und einige Jahre später in der Schweiz, hatte eine vollbrachte Union eine Vereinheitlichung des Zivilrechts herbeigeführt. Die Europäische Union wird es nicht schaffen, am 1. Januar 2000 ein europäisches Zivilgesetzbuch in Kraft zu setzen. Man kann sich aber fragen, ob im Laufe der ersten Jahrzehnte des dritten Jahrtausends ein europäisches Zivilgesetzbuch oder ein Obligationenrecht verwirklicht werden wird. Das Europäische Parlament hat sowohl 1989¹ als auch 1994² den Rat und die Kommission dazu aufgefordert, die erforderlichen Vorbereitungsarbeiten zu einem einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuch vorzunehmen. In seiner Aufforderung hat das Parlament die Wichtigkeit einer Vereinheitlichung des Schuldrechts betont. Vielleicht wird man zunächst mit einem europäischen Vertragsrecht anfangen. Hier gibt es schon einen Entwurf. Von ihm soll deshalb im Folgenden zunächst die Rede sein³.

II. Argumente gegen und für ein einheitliches Obligationenrecht in Europa

2. *Argumente gegen ein vereinheitlichtes Obligationenrecht*

Gegen eine Vereinheitlichung des Obligationenrechts könnten mehrere Erwägungen angeführt werden. Sowohl in den früheren EG-Verträgen als auch im Maastrichter Unionsvertrag und im letzten Unionsvertrag von Amsterdam ist nichts zu einem einheitlichen Obligationenrecht gesagt worden. Die Gründe hierfür könnten sein:

- Die materiellrechtlichen Unterschiede zwischen den europäischen Zivilrechtsordnungen sind beträchtlich, insbesondere zwischen dem "Common Law" in England und Irland und

¹ ABIEG 1989 Nr. C 158/400.

² ABIEG 1994 Nr. C 205/518.

³ Zu dem Nachfolgeprojekt der Study Group on a European Civil Code s. den anschließenden Beitrag v. Bar.

dem "Civil Law" in den anderen Ländern. Aber auch zwischen den "Civil Law"-Systemen in Kontinentaleuropa gibt es große Unterschiede.

- Eine Vereinheitlichung des materiellen Vertragsrechts ist nicht nötig. Die EU-Staaten haben schon im Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ)⁴ das Internationale Vertragsrecht (das Kollisionsrecht der Verträge) vereinheitlicht und dadurch für die nötige Rechtssicherheit gesorgt.

- Es gibt Staaten, die aus mehreren Rechtsgebieten mit je einem eigenen Vertragsrecht bestehen, so wie das Vereinigte Königreich, Kanada und die Vereinigten Staaten von Amerika. Trotzdem sind sie zu großen und bedeutenden Industrie- und Handelsländern geworden.

- Eine Vereinheitlichung des materiellen Vermögensrechts wird in den EU-Staaten auf großen Widerstand stoßen. Dies gilt nicht nur in England und Irland, wo die Bürger und besonders die Juristen stolz ihre "Common Law"-Tradition pflegen, sondern auch in Frankreich, wo der Code Napoléon als nationales Kulturerbe betrachtet wird.

3. *Befürwortende Argumente*

Dazu ist aber folgendes zu bemerken:

-Die großen Unterschiede sind ein Grund für und nicht gegen die Rechtsvereinheitlichung. Sie erschweren die Auslandsgeschäfte. Für mindestens eine Partei eines internationalen Vertrages muß fremdes Recht gelten, und für sie wird es oft Zeit, Arbeit und Geld kosten, sich mit dem fremden Recht vertraut zu machen. Es ist ein Risiko, sich auf einen fremden Markt einzulassen. Viele, besonders kleine und mittlere Betriebe, halten sich zurück. Die Rechtsunterschiede sind deshalb Hindernisse eines freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehrs, die grundsätzlich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind.

- Aus diesem Grund ist eine materielle Rechtsvereinheitlichung erforderlich. Das EVÜ bleibt auf halbem Wege stehen. Es befreit die Unternehmen nicht von der Mühe und den Kosten, sich mit dem anwendbaren ausländischen Recht vertraut zu machen. Das hat man in vielen Prozessen erlebt, wo es sich immer wieder als zeitraubend und kostspielig erwiesen hat, den Inhalt fremden Rechts zu ermitteln.

- Großbritannien, die USA und Kanada bestehen je aus mehreren Rechtsgebieten. Das gilt aber nur teilweise. Das schottische Recht zählte zwar ursprünglich zum "Civil Law", ist aber heute stark vom "Common Law" beeinflusst. Seiner Methode nach gehört es dem englischen Rechtskreis an. Ähnliches gilt für Louisiana in den USA.

- Es ist zwar kein Naturgesetz, daß politische und wirtschaftliche Unionen auch allmählich zu zivilrechtlichen Gemeinschaften werden. Erfahrungsgemäß ist es aber oft geschehen. Das hat man in Frankreich mit der Einführung des Code Civil und des Code de Commerce in den Jahren 1804-1807 und in Deutschland im Jahre 1900 und wieder im

⁴ ABIEG 1980 Nr. L 266/1.

Jahre 1990 erlebt, Österreich (1812), Italien (1865) und die Schweiz (1907-11) sind weitere Beispiele.

- Das amerikanische Handels- und Vertragsrecht, das schon auf der Basis des "Common Law", das in fast allen Einzelstaaten gilt, in vielerlei Hinsicht Einheitsrecht darstellt, ist in diesem Jahrhundert weiter vereinheitlicht worden. Das ist unter anderem durch die "Uniform-Laws" geschehen. Besonders hat der "Uniform Commercial Code" (UCC) wichtige Gebiete des innerstaatlichen Handels- und Mobiliarkaufrechts, ferner des Wertpapierrechts und des Rechts der Mobiliarsicherheiten vereinheitlicht. Der Bedarf des zwischenstaatlichen Handels war der Hauptgrund für die Einführung des UCC, der jetzt in allen Staaten⁵ gilt.

- Der Widerstand der europäischen Juristen gegen eine zivilrechtliche Rechtsvereinheitlichung ist unvermeidlich. Er ist aber da, um überwunden zu werden. Bekannt ist der hartnäckige und Jahrhunderte dauernde Widerstand gegen die Rechtsvereinheitlichung in Frankreich vor der Revolution von 1789. Verfilzte Juristen, die sogenannte "Noblesse de robe", wollten ungern neues Recht lernen und ihre Lokalmonopole aufgeben. Man kann sich auch fragen, ob das neue BGB im Jahre 1900 überall in Deutschland mit Begeisterung empfangen wurde. Und wird in den neuen fünf Ländern des Bundes das neue Recht gepriesen? Man muß der Skepsis und dem Widerstand Rechnung tragen. Sie werden die Zivilrechtsvereinheitlichung verzögern, gleichzeitig aber ihrer Anhängerschaft die Zeit geben, die großen und schwierigen Forschungs- und Vorbereitungsarbeiten, die erforderlich sind, vorzunehmen.

III. Die Commission on European Contract Law

4. *Die Kommission und ihre Arbeit*

Im Jahre 1980 hat die Kommission für Europäisches Vertragsrecht ihre Arbeit begonnen. Sie hat sich zur Aufgabe gesetzt, die allgemeinen europäischen Regeln eines gemeinsamen Vertragsrechts auszuarbeiten. Die Kommission ist eine unabhängige, private Vereinigung von Rechtswissenschaftlern aus allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Sie hat sich zunächst dem Vertragsrecht gewidmet, weil in einer Marktwirtschaft das wichtigste Instrument der Unternehmensführung und -planung der privatrechtliche Vertrag ist. Die Kommission hat mit den Vertragswirkungen und der Erfüllung des Vertrages angefangen. Des weiteren sind die Leistungsstörungen und insbesondere die Wirkungen der Vertragsverletzungen behandelt worden. Dieser Teil der *Regeln des Europäischen Vertragsrechts* wurde 1995 auf englisch⁶ und 1997 auf französisch⁷ veröffentlicht. Die Arbeit der Kommission an dem zweiten Teil, der dem

⁵ In Louisiana ist der UCC nur teilweise in Kraft gesetzt.

⁶ Lando & Beale, eds, *Principles of European Contract Law*, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht 1995. Eine deutsche Übersetzung der Prinzipien (nur die Artikel) ist in ZEuP 1995, S. 864 veröffentlicht worden. Siehe auch Reinhard Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, *ibidem* S. 731.

⁷ *Les principes du droit européen, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Version française: Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette, Dennis Tallon, Paris 1997.

Abschluß von Verträgen, Vollmacht, der materiellen Gültigkeit und der Vertragsauslegung gewidmet ist, ist abgeschlossen und zur Zeit in der Redaktionsphase. Er wird noch 1999 veröffentlicht werden.⁸ Die Arbeit an dem dritten Teil, der allgemeine Fragen des Schuldrechts (wie u.a. die Übertragung von Forderungen und Schulden, die Aufrechnung und die Verjährung) umfaßt, wurde 1997 begonnen und wird voraussichtlich bis Ende 2000 andauern.

5. Bisher wurde der Stoff auf fünf Berichtersteller aufgeteilt, die ihre Entwürfe den anderen Berichterstellern vorgelegt haben. Die Ergebnisse dieser "Drafting Group" sind dann der gesamten Kommission vorgelegt worden. Auf vierzehn Treffen der ersten und acht der zweiten Kommission sind die Regeln beraten und entwickelt worden. Daneben hat sich eine "Editing Group" mit Fragen der Terminologie und der Präsentation des Stoffes beschäftigt.

6. *Die Quellen*

Es geht der Kommission nicht darum, revolutionäre neue Regeln zu entwickeln, sondern um die Ausarbeitung moderner und sachgemäßer einheitlicher europäischer Regeln. Dabei kommt es nicht darauf an, daß die einzelne Regel in jedem Mitgliedstaat bereits in gleicher Weise gilt: Die beste und zweckmäßigste Regel ist zu suchen. Die Anregungen stammen aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und aus internationalen Quellen wie z.B. dem Wiener Abkommen vom 11. April 1980 über den internationalen Warenkauf (CISG). Ferner sind amerikanische Texte wie der UCC und die Restatements sowie das schweizerische Obligationenrecht in Betracht gezogen worden.

7. *Die Präsentation*

Die Kommission formuliert die Regeln wie gesetzliche Vorschriften. Da es unumgänglich war, auch Einzelfragen zu behandeln, haben die Regeln also äußerlich den Charakter eines Vertragsrechtsgesetzes. Die bloße Lektüre dieser in Artikelform gefaßten Regeln kann einen Überblick bieten. Aber die Vorschriften haben, wie erwähnt, keine Verbindlichkeit; sie müssen überzeugen. Die amerikanischen Restatements haben das Vorbild einer Rechtstechnik geliefert, die den europäischen Verhältnissen nur etwas angepaßt zu werden brauchte. Das Material zu jeder Regel ist danach in drei Stufen gegliedert. An der Spitze steht die Regel. Die Regeln sollen möglichst kurz und gut verständlich sein, aber komplizierte Fragen bedingen gelegentlich eine eingehendere Formulierung. An zweiter Stelle folgt ein Kommentar der Regel Er gibt ihren Sinn und Zweck an und erläutert ihr Funktionieren. Man kann diesen Kommentar also mit der detaillierten amtlichen Begründung eines Gesetzesvorschlages oder sogar mit den in Deutschland üblichen Gesetzeskommentaren vergleichen. Zusätzliche Anschaulichkeit wird durch die Einfügung von Beispielfällen gewonnen, die zeigen, wie die Regeln angewandt werden sollen. Ein Teil dieser Beispiele ist der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten entnommen.

8. Die Kommission für Europäisches Vertragsrecht schuldet dem Benutzer der Grundsätze auch Rechenschaft darüber, wo sie die Regel gefunden hat und wie europäisch ihre

⁸ Eine vorläufige Version der gesamten Regeln des Teils 1 und 2 der *Principles of European Contract Law* ist im Internet vom International Trade Monitor (<http://.itl.irv.uit.no-trade-law/>) zugänglich gemacht worden.

Regeln sind. An dritter Stelle steht daher eine mehr oder minder ausführliche rechtsvergleichende Anmerkung. Sie erläutert die Lösungen der Rechte der Mitgliedstaaten der EU und gegebenenfalls des internationalen Einheitsrechts. Dies geschieht in Form einer "Reporter's Note", d.h. eines integrierten rechtsvergleichenden Berichts, der die typischen Lösungen und auch Nachweise für die einzelnen Rechtsordnungen gibt. Hier zeigt sich die Schwierigkeit des Projekts: Während die amerikanischen Restatements sich in ihrer "Reporter's Note" auf Nachweise der einschlägigen Rechtsprechung beschränken können, gibt es in Europa eine Fülle von in den Einzelheiten oft divergierenden Kodifikationen und Sondergesetzen und dazu ergangenen Entscheidungen. Die "Anmerkung" ist daher im Idealfall eine kleine rechtsvergleichende Arbeit europäischer Reichweite, die oft auch nichteuropäischen Stoff enthält. Als solche mag sie schon allein wegen der rechtlichen Information, die sie enthält, für manchen von Nutzen sein.

9. *Die Sprachen*

Eine Schwierigkeit für Europa ist die Sprachenfrage. Auch die Arbeit der Kommission für Europäisches Vertragsrecht wird dadurch berührt: Aus jedem EU-Mitgliedstaat gehört ihr mindestens ein Mitglied an. Jedes Mitglied spricht Englisch, die meisten auch Französisch, aber keines beherrscht alle neun Amtssprachen der Gemeinschaft. Umfassende Übersetzungen aller mündlichen oder schriftlichen Äußerungen würden die Mittel der Kommission übersteigen. So werden die Entwürfe zunächst in der Regel in der am meisten verbreiteten Sprache, in Englisch, verfaßt. Auch die Diskussion wird weithin in dieser Sprache geführt; das Französische hat sich im Laufe der Zeit aber auch einen wichtigen Platz erobert. Es hat sich gezeigt, daß sich Texte, die auf Englisch verfaßt worden sind, manchmal schwer in die "Civil Law"-Sprachen übersetzen lassen. Die gleichzeitige Übersetzung ins Französische hat sich deshalb als eine notwendige Probe für die Brauchbarkeit des Textes erwiesen. Es liegt aber auf der Hand, daß die Vorzugsposition zweier Sprachen problematisch ist. Es ist auch klar, daß ein Europäisches Vertragsrecht, das nicht wenigstens in den wichtigsten, am besten in allen Sprachen der Gemeinschaft vorliegt, seinen Namen nicht verdient. Die baldige Erarbeitung übereinstimmender Fassungen der "Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts" in allen neun Sprachen wäre daher wünschenswert, ist aber eine schwierige Aufgabe. Zunächst wird es darauf ankommen, ein Europäisches Vertragsrecht zumindest in den Sprachen vorzulegen, die einerseits in Europa am meisten gesprochen werden und die andererseits die Rechtssprachen der bedeutendsten europäischen Rechtssysteme - nämlich die Mutterrechtsordnungen der in der EG vertretenen Rechtskreise - geprägt haben. Dies heißt, daß jedenfalls sogleich in deutscher, englischer und französischer Sprache übereinstimmende Fassungen und Terminologien entwickelt werden müssen. Nur so kann eine wirklich europäische Vertragsrechtsterminologie geschaffen werden, die gemeinsame Begriffe enthält und über einfache Übersetzungen hinausgeht.

10. *Ein erster Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs*

Ein wichtiges Vorbild für die Regeln des Europäischen Vertragsrechts sind die von dem American Law Institute herausgegebene Restatements of the Law, und besonders das

"Restatement on the Law of Contracts", das 1981 in der zweiten Auflage erschien.⁹ Wie erwähnt, hat sich die Kommission über Europäisches Vertragsrecht bei ihrer Arbeit an das Konzept der Restatements angelehnt. Man hat dabei zeigen können, daß die Regeln nicht nur als ein erster Entwurf eines Gesetzbuches, sondern auch, wie die Restatements, als ein Instrument für diejenigen betrachtet werden können, die allgemeine Regeln des Vertragsrechts für ihre wirtschaftlichen Zwecke (als Allgemeine Geschäftsbedingungen) benötigen.

11. Die Regeln sind aber kein ein Restatement. "To restate" bedeutet "widerzugeben". Die amerikanischen Restatements bilden das "Common Law" ab, das in den Staaten gilt. Dies ist indes nur teilweise richtig. Das "Common Law" der 49 Staaten ist kein Einheitsrecht; es gibt beträchtliche Rechtsunterschiede. Die Restatements enthalten deshalb viele Regeln, die die Ergebnisse rechtspolitischer Erwägungen sind. Sie geben die Regeln wider, die nach der Auffassung der Autoren die besten sind.
- 12 Für die Kommission über Europäisches Vertragsrecht ist es noch schwieriger gewesen, das widerzugeben, was in allen fünfzehn Staaten der EU gemeinsames Recht ist. Das Gebiet des einheitlichen Rechts ist viel beschränkter als in den USA. Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts haben allerdings mit den Restatements gemeinsam, daß sie unverbindlich sind und, wie erwähnt, nur durch ihre Überzeugungskraft wirken können. In dieser Hinsicht können aber die Regeln mehreren Zwecken dienen.
13. **Nutzen für das EU-Recht**
Die von den Organen der EU mit Privaten geschlossenen Verträge werden heute einem nationalen Recht unterstellt. Auf die Dauer ist diese Bevorzugung einer einzigen Rechtsordnung nicht befriedigend. Solche Verträge sollten nach europäischem Recht beurteilt werden. Ferner kann ein Europäisches Vertragsrecht zur ergänzenden Auslegung des schon vereinheitlichten Schuldrechts dienen. Der Unionsvertrag stellt Forderungen an ein vertragskonformes Schuldrecht.¹⁰ Ferner hat der EuGH schon die ersten Ansätze zu einer Rechtsvereinheitlichung innerhalb des Zivilrechts unternommen. Er hat z.B. Regeln über "force majeure" entwickelt.¹¹
14. Die Amtshaftung der Gemeinschaften ist nach Art. 215 Abs. 2 des EGV nach den "allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind", zu beurteilen. Solche allgemeinen Rechtsgrundsätze gab es nur in geringem Umfang. Der EuGH hat sie schaffen müssen. Die Rechtsprechung des EuGH zu Fragen des Schadensbegriffs, des Schadensnachweises, der Kausalität und der Adäquanz ist schon gemeineuropäisches Schuldrecht geworden, das auch für die vertragliche Haftung Bedeutung haben kann.¹² Neue Fragen werden auftauchen, wenn die Richtlinien

⁹ American Law Institute (Hrsg.), Restatement of the Laws, Second, Contracts 2d, I-III, (St. Paul) 1981.

¹⁰ Siehe Peter-Christian Müller-Graff, Europäische Normgebung und ihre judikative Umsetzung in nationales Recht, Teil I, DRiZ 1996, S. 259, Teil II, ibidem 305.

¹¹ Rs. 284/82 Busseni, Slg. 1984, 557 und Rs. 209/83 Valsabbia, Slg. 1984, 3089. Siehe auch Mitteilung der Kommission am ABIEG 1988 Nr. C 259/10.

¹² Siehe von der Groeben u.a.: Kommentar zum EU-/EGV, 5. Aufl. 1995, Band V 219 ff (Art. 215) und als Beispiele die Rs. 13-24/1966 Kampffmeyer I, Slg. 1967 351, (Schadensbegriff), 6-60/74 Kampffmeyer II, Slg.

über den Handelsvertreter¹³ und den Verbraucherschutz ausgelegt werden müssen. Für die Deutschen wird es nicht schwierig werden, Begriffe in der Richtlinie über die Handelsvertreter wie den des "Gebots von Treu und Glauben" [Art. 3 (1) und 4 (1)] sinngemäß in das nationale Recht einzuführen. Sie sind schon da. Für andere Mitgliedstaaten können hier jedoch nennenswerte Schwierigkeiten entstehen.

15. *Die Handelsvertreterrichtlinie*

Die Handelsvertreterrichtlinie ist eine der ersten Richtlinien, die ausschließlich das kommerzielle Vertragsrecht betreffen. Das Wünschenswerte einer Angleichung des Vertragsrechtes findet man übrigens in den Erwägungsgründen der Richtlinie:

"Der Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten muß unter Bedingungen erfolgen, die denen eines Binnenmarktes entsprechen, weswegen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in dem zum guten Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlichen Umfang angeglichen werden müssen. Selbst vereinheitlichte Kollisionsnormen auf dem Gebiet der Handelsvertretung können die erwähnten Nachteile nicht beseitigen und lassen daher einen Verzicht auf die vorgeschlagene Harmonisierung nicht zu."

16. *EuGH-Rechtsprechung*

In gewisser Beziehung hat der Mangel an Rechtsvereinheitlichung den EuGH veranlaßt, auf nationales statt auf "europäisches" Recht zu verweisen. So verweist der EuGH bei der Bestimmung des Erfüllungsortes in Art. 5 des EuGVÜ auf das durch das IPR des Forums berufene staatliche Recht.¹⁴ Dasselbe hat der EuGH bei der Entscheidung der Frage getan, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung in Art. 17 des EuGVÜ gültig zustande gekommen¹⁵ oder ob der Vertrag mit der Gerichtsstandsvereinbarung stillschweigend verlängert worden ist. In diesen Gebieten sollte der EuGH m.E. gemeinsame Regeln aufstellen können.

17. *Anregungen für Gesetzgeber*

Nationale Gesetzgeber, die eine Vertragsrechtsreform planen, können aus den Regeln des Europäischen Vertragsrechts Nutzen ziehen. Für die Länder in Mittel- und Osteuropa, die früher unter sozialistischen Rechtsordnungen lebten, bieten die Regeln Vorschriften dar, die für eine Marktwirtschaft ausgearbeitet worden sind.

18. *Eine lex mercatoria*

Ferner können die Regeln internationalen Schiedsgerichten, die ein nicht-nationales Recht, eine "lex mercatoria", anwenden wollen, behilflich sein. Die Diskussion über die Existenz und den Bedarf einer lex mercatoria ist eine der sowohl unter praktischen wie

1976 711, 210/86 Mulder, Slg. 1988 3244 (Schadensberechnung) und 169/73 Compagnie Continentale Française, Slg. 1975 119 (Mitwirkung des Klägers).

¹³ ABIEG 1986 Nr. L 382/117.

¹⁴ Rs. 12/76 Tessili, Slg. 1976 1473.

¹⁵ Rs. 313/85 Iveco, Slg. 1986 3337.

unter theoretischen Gesichtspunkten wichtigsten Debatten der Neuzeit über das internationale Handelsrecht.¹⁶

19. *Die Gegner*

Die Gegner¹⁷ behaupten, daß die *lex mercatoria* schon deshalb keine Gültigkeit haben kann, weil sie mit keiner staatlichen Autorität versehen worden ist. Kein Gesetzgeber hat sie erlassen oder akzeptiert. Es komme hinzu, daß ihr Inhalt und ihre Bestandteile schwerlich, wenn überhaupt, zu ermitteln seien. Auch wenn einige allgemeine Rechtsgrundsätze und andere "internationale Rechtsquellen" als eine *lex mercatoria* zu ermitteln wären, sei es auch aus rechtspolitischen Gründen nicht wünschenswert, sie als Rechtsgrundlage eines Schiedsspruches anzuwenden. Die *lex mercatoria* sei eine unbestimmte und unabgegrenzte "Rechtsquelle". Ihre "Anwendung" würde zu reiner "Kadijustiz" führen und die Rechtssicherheit bedrohen. Folglich müsse sich jeder Schiedsspruch wie jedes Urteil der staatlichen Gerichte auf nationalem Recht gründen.

20. *Für eine lex mercatoria*

Diese ablehnenden Argumente überzeugen mich jedoch nicht:¹⁸

- Ob Rechtsnormen Gültigkeit besitzen, ist eine sozialpsychologische Frage. Alles hängt davon ab, ob die Rechtsanwender sie tatsächlich anwenden, nicht davon, ob sie von einer staatlichen Autorität erlassen oder gutgeheißen worden sind. Faktisch haben Schiedsgerichte die *lex mercatoria* in internationalen Schiedsverfahren angewandt. Eine gewisse Autorität hat die *lex mercatoria* auch erworben. Nationale Gerichte haben die Anwendung der *lex mercatoria* durch Schiedsgerichte anerkannt.¹⁹ Ihre Anwendung ist ferner in Artikel 1496 der französischen, in Artikel 1054 der niederländischen und in Artikel 834 der italienischen Zivilprozeßordnung, ferner in Artikel 1700 des belgischen *Code judiciaire* und in *section 46 (2)* des englischen Schiedsgesetzes von 1996 (*Arbitration Act 1996*) ausdrücklich anerkannt worden. Auch das UNCITRAL Schiedsmodellgesetz von 1985 erkennt in Artikel 28 (1) die Anwendung der *lex mercatoria* an. Das Modellgesetz ist in vierzehn Ländern und in acht Staaten der USA in Kraft gesetzt worden.

¹⁶ Literatur: Mann, "Lex facit Arbitrum", Festschrift Domke 1967, 157; von Hoffmann, "Lex Mercatoria vor internationalen Schiedsgerichten", IPRax 1984, 106; Goldmann, "The Applicable Law, General Principles of Law, The *lex mercatoria*", in: Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, 113; Lando, "The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration", I.C.L.Q. 1985, 747; Loewenfeld, "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View", *Arbitration International*, Vol. 6 (1990) 133-150; W. Lorenz, "Die *lex mercatoria*, eine internationale Rechtsquelle?", Festschrift Neumayer (1985) 407; Mustill, "The new *Lex Mercatoria*: The first 25 years", *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, 149-183, Oxford 1987; Thomas E. Carbonneau (ed.), "Lex Mercatoria and Arbitration", New York 1990, mit Beiträgen von Goldmann, Mann, Berman & Dasser, Smit, Delaume, Highet, Park, Audit, Drobnig, Pfunder, Siqueiros, Mädl und Jünger; Lando, "Lex mercatoria 1985-96", Festschrift till Stig Strömholm, Uppsala 1977 567; Roy Goode, "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", I.C.L.Q. 1997, 1.

¹⁷ Siehe Mann, W. Lorenz und Mustill, op.cit. Fn. 15.

¹⁸ Für die Gültigkeit von *lex mercatoria* sprechen Goldmann, Lando und Loewenfeld op.cit. Fn. 15.

¹⁹ Siehe Lando, in: I.C.L.Q. 1985, 752, op.cit. Fn. 15.

- Zwar ist die *lex mercatoria* noch eine "Rechtsordnung" von großer Unbestimmtheit und vielen Lücken. Ganz ohne Inhalt war sie jedoch nie, und in letzter Zeit ist sie beträchtlich "normenreicher" geworden.

- Es hat immer Rechtssätze gegeben, die von allen oder den meisten "zivilisierten" Ländern angenommen sind, wie z.B. der Satz *pacta sunt servanda* und die Regel, daß Schaden, der durch eine vertretbare Vertragsverletzung einer Partei verursacht worden ist, zu ersetzen ist. Zu diesem "Common Core of the Legal Systems" gehört auch die Regel, wonach eine Partei einen Vertrag aufheben kann, wenn ihn die andere Partei wesentlich verletzt hat. Dazu gibt es eine - stets wachsende - Quelle des Einheitsrechts in den internationalen Staatsverträgen. Beispielsweise ist das Wiener Abkommen über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG) inzwischen von weit über 50 Ländern in Kraft gesetzt worden. In vielen anderen Bereichen des Vertragsrechts wächst die Anzahl internationaler und globaler Abkommen.

- Ferner findet man aufgezeichnete internationale "Gebräuche" wie die INCOTERMS und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive, die große Verbreitung haben und die von der Internationalen Handelskammer ausgearbeitet worden sind. Dazu kommen "echte" Handelsbräuche, die auf den betreffenden Sektoren des internationalen Handels entwickelt worden sind. Schließlich müssen auch die *Regeln des Europäischen Vertragsrechts* und die *UNIDROIT-Grundregeln der internationalen Handelsverträge* (UNIDROIT Prinzipien), die 1994 von UNIDROIT in Rom mit Erläuterungen veröffentlicht worden sind²⁰, der *lex mercatoria* zugezählt werden. Die UNIDROIT-Prinzipien sind wie die Regeln des Europäischen Vertragsrechts als Empfehlungen an die internationale Wirtschaft und an die Schiedsgerichte konzipiert. Sie enthalten Regeln über den Abschluß von Verträgen, die materielle Gültigkeit, die Vertragsauslegung, den Inhalt, die Erfüllung, die Vertragsverletzung und die Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung. Durch diese beiden Regelsätze ist die *lex mercatoria* erheblich bereichert worden.

- Lücken und Unbestimmtheiten findet man auch in den nationalen Rechtsordnungen. Dazu kommt, daß einige Regeln des nationalen Vertragsrechts für internationale Verträge ungeeignet sind. Beispiele aus dem Common Law sind die Lehren von der "consideration" und der "privity of contract", aus dem deutschen Recht die derzeitigen Regeln über Vertragsverletzungen.

- Im Verfahren und bei der Rechtsanwendung hat die *lex mercatoria* den Vorteil, daß sie alle Parteien und alle Schiedsgerichte gleichstellt. Keiner leidet unter dem Nachteil, daß er mit fremdem Recht zu tun hat, und keiner hat den Vorteil, daß er sich auf sein eigenes Recht berufen kann.

²⁰ ISBN 88-86 449-0-3. Eine deutsche Übersetzung der Prinzipien ist in ZEuP 1997, 890 veröffentlicht worden.

- Das Schiedsgericht, das nach der *lex mercatoria* entscheidet, richtet nicht wie ein Kadi. Es wird immer nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber - für internationale Verträge - aufstellen würde und dabei bewährter Lehre und Überlieferungen folgen. So ist es die Hoffnung der Mitglieder der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, daß ihre Regeln zur geltenden Lehre zählen werden.

Die Study Group on a European Civil Code

Christian v. Bar, Osnabrück

1. *Vorbereitung durch die europäische Rechtswissenschaft*

Arbeiten an einem Europäischen Zivilgesetzbuch müssen, was immer man darunter im Näheren verstehen will (unten Nr. 3), von der europäischen Privatrechtswissenschaft vorbereitet werden. Sie muß die ersten Schritte tun und hat sie ja auch, wie der vorstehende Bericht über die Arbeiten der sogen. *Landokommission* zeigt, bereits getan. Nur die Rechtswissenschaft kann die erforderliche Grundlagenforschung leisten, nur sie verfügt über zureichendes rechtsvergleichendes Know How, nur sie kann Gremien stellen, die frei von nationalen, politischen und gesellschaftlichen Partikularinteressen allein der Sache verpflichtet sind. Die Stunde der Gesetzgebung wird erst kommen können, wenn die wissenschaftliche Vorarbeit abgeschlossen sein wird. Das schließt natürlich nicht aus, daß die beteiligten Rechtswissenschaftler von Anfang an den Kontakt zu den politisch verantwortlichen Instanzen suchen und pflegen, mit den nationalen Justizministerien etwa¹, der EU-Kommission und natürlich (wie mit dieser Studie) mit dem Europäischen Parlament. Insgesamt aber muß erst einmal eine unabhängige Expertenkommission einen Text schaffen, damit alsbald der Politik und den Interessenverbänden eine Grundlage für ihre Diskussionen zur Verfügung gestellt werden kann. Wie und wodurch das geschehen kann, ist Gegenstand dieser Zeilen.

2. *Anwendungsbereich*

Das Ziel der Rechtswissenschaft muß es sein, einen Text auszuarbeiten, der gleichermaßen auf internationale wie auf nationale Sachverhalte Anwendung finden kann, sollte er geltendes Recht werden. Die Parlamente mögen sich später, vielleicht auch nur übergangsweise für eine Probezeit, anders entscheiden und ein "Zivilgesetzbuch" zunächst lediglich für die grenzüberschreitenden Sachverhalte in Kraft setzen, um insbesondere nationale Empfindlichkeiten zu schonen. Ich will jedoch keinen Zweifel daran lassen, daß ich eine solche Entscheidung unter einer Vielzahl von Gesichtspunkten für falsch hielte. Denn mit ihr würde ein doppelgleisiges Zivilrechtssystem geschaffen: neben dem europäischen würden die nationalen Zivilgesetzbücher bzw. Zivilrechtssysteme vollkommen unangeglichen bestehen bleiben. Die Abgrenzung der

¹ Solche Kontakte sind bereits hergestellt worden. Der Vertreter des deutschen Justizministeriums hat das Vorhaben der Study Group on a European Civil Code in dem sogen. K 4-Ausschuß, einem hohen EU-Gremium für den Bereich Justiz und Inneres, den anderen Mitgliedsstaaten und der EU-Kommission vorgestellt und um Unterstützung gebeten, s. Schmidt-Jortzig, Perspektiven der Europäischen Privatrechtsangleichung, AnwBl 1998 S. 63-66 (66).

beiderseitigen Anwendungsbereiche würde zudem neue und schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen. Den die Zeit, in der sich sinnvoll zwischen "innen" und "außen" unterscheiden ließe, ist in der EU vorüber. Das Ziel eines Europäischen Zivilgesetzbuches muß es außerdem auch sein, auf den von ihm erfaßten Gebieten (dazu sogleich) die sich ihm bietende, historisch geradezu einmalige Chance der Verbesserung und Modernisierung von Privatrecht zu ergreifen. Es würde keinen Sinn machen, diesen Anspruch ausgerechnet nur für internationale Sachverhalte zu stellen. Es kommt hinzu, daß das, was man heute zumeist noch immer und oft eher unreflektiert einen internationalen Sachverhalt zu nennen pflegt, innerhalb der Europäischen Union in Wirklichkeit längst zu einem interregionalen Sachverhalt geworden ist und daß sich dieser Prozeß immer mehr verstärken wird.² Man mag dies für eine rein terminologische Klarstellung halten, aber sie zeigt doch, wohin die Entwicklung laufen wird. Schließlich und vor allem: Innerhalb der Europäischen Union gilt es auch, die künstliche Territorialisierung von Privatrecht zu überwinden. Es gilt, durch die regelförmige Fixierung zumeist gemeinsamer Rechtsvorstellungen wieder bewußt zu machen, daß das Jus Commune Europaeum tatsächlich existiert.

3. *Gegenstände*

Der Begriff des Zivilgesetzbuches stammt aus der kontinentaleuropäischen Rechtstradition. Alle kontinentaleuropäischen Zivilgesetzbücher strebten jedenfalls im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens eine umfassende innerstaatliche Privatrechtsvereinheitlichung an, z.T. sogar unter Einschluß des Handelsrechts (wie der italienische Codice civile). Vom deutschen BGB etwa pflegt man zu sagen, es folge dem Lebenslauf des Menschen von der Wiege bis zur Bahre. Ein Europäisches Zivilgesetzbuch wird soweit auf lange Sicht nicht ausgreifen können. Es muß sich aus vielerlei Gründen in seinen Gegenständen bescheiden, wenn es eine Chance haben soll. Vorerst jedenfalls kann das Ziel nur lauten, eine Art vermögensrechtliches "Grundgesetz" für die Staaten der Europäischen Union zu schaffen, auf das sie sich verständigen können, ohne ihre gewachsene nationale Rechtskultur (ihre rechtliche Identität, wie manche sagen werden) mit einem Schlage einzubüßen. So kann Einheit um einen Kern herum wachsen, ohne überambitioniert den Reichtum der Vielfalt zwanghaft auszumerzen. Auch den Rechten der Britischen Inseln würde keine Gewalt angetan. Sie selber verfügen schließlich ebenfalls bereits über partielle "Kodifikationen". Das Kaufrecht ist dafür ein Beispiel. Manches spricht zwar dafür, daß auch die Familienrechtsordnungen der Mitgliedstaaten lange nicht mehr so weit auseinander liegen, wie es traditionell behauptet wird. Das Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter und der Grundsatz des Kindeswohls haben wie ein riesiger rechtsangleichender Hobel gewirkt. Gleichwohl bleibt das Familienrecht ein sensibles Gebiet, in dem mit vielerlei Empfindlichkeiten zu rechnen ist. Das Erbrecht ist derzeit ohnehin nicht angleichungsreif, ganz abgesehen davon, daß es sich solange sowieso nicht angehen läßt, wie nicht das Eigentums- oder Sachenrecht in seiner ganzen Breite ausgelotet worden ist. Hier steht uns noch ein langer Weg bevor, zumal selbst die Wissenschaft von der Rechtsvergleichung hier erst noch manchen weißen Fleck auf der Landkarte einfärben muß.

² S. schon Kerameus, oben Kapitel I Nr. 23.

4. So rückt das Schuldrecht in den Mittelpunkt dessen, was am Anfang aller Arbeiten an einem Entwurf für ein Europäisches Zivilgesetzbuch stehen sollte. Daß man deshalb von vornherein besser (und auch, um allfällige Ängste vor Veränderung abzubauen) von einem Europäischen Obligationenrecht sprechen müßte, ist gleichwohl nicht einzuräumen. Europa wird seinen eigenen Weg gehen und finden müssen. Zu ihm zählt nach unserer Einschätzung insbesondere eine Einbeziehung des Rechts der Kreditsicherheiten, das wiederum auch in das Sachenrecht hineinreicht und gleichwohl ein unverzichtbarer Bestandteil schon der allerersten Anstrengungen auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch sein muß.³ Die grenzüberschreitende Waren- und Geldkreditsicherung ist derzeit in einem ganz außergewöhnlich unbefriedigenden Zustand.
5. **Gründung der Study Group on a European Civil Code (1998)**
Vor dem Hintergrund solcher Überlegungen hat sich in der ersten Jahreshälfte 1998 die Study Group on a European Civil Code zusammengeschlossen. Es handelt sich dabei heute um eine Gruppe von etwa 50 Professoren aus allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, zu denen noch einige Beobachter aus den drei mittelosteuropäischen Beitrittskandidaten Polen, Tschechien und Ungarn hinzukommen. In all diesen drei Ländern wird derzeit an der Modernisierung der dortigen Zivilgesetzbücher gearbeitet, und alle drei wünschen einen intensiven Meinungsaustausch. Einige Mitglieder der Study Group sind deshalb auch Mitglieder der dortigen internationalen Expertengremien. Sollte, was derzeit allerdings noch offen ist, auch Schottland den Entschluß fassen, sich ein eigenes Zivilgesetzbuch zu geben, werden enge Kontakte voraussichtlich auch zu den dortigen Kommissionen hergestellt werden können. Jeder, der im heutigen Europa mit der Ausarbeitung vermögensrechtlicher Regelwerke von grundsätzlicher Bedeutung befaßt ist, muß bestrebt sein, gesamteuropäisch zu denken. Andernfalls würde erneut auseinandergerissen, was zusammengeführt werden sollte.
6. Die Initiatoren der "Study Group" griffen die Ergebnisse einer im Jahre 1997 vom niederländischen Justizministerium in Den Haag organisierten internationalen Konferenz "Towards a European Civil Code" auf, die ihrerseits natürlich vor dem Hintergrund der beiden Beschlüsse des Europäischen Parlaments aus den Jahren 1989 und 1994⁴ einberufen worden war. Trotz einiger skeptischer Äußerungen⁵ war die Grundeinstellung der überwältigenden Mehrheit der Konferenzteilnehmer gegenüber der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches so positiv und konstruktiv⁶, daß es zureichend aussichtsreich erschien, das Vorhaben der Gründung einer europaweiten Studiengruppe zu wagen. Inzwischen hat es durch die finanziellen Bewilligungen von (vorerst) drei großen Forschungsförderungsorganisationen, der *Deutschen Forschungsgemeinschaft*

³ S. dazu die Beiträge Drobnig in diesem Gutachten.

⁴ Nachweise oben im Vorwort, Fn. 1.

⁵ Z.B. Markesinis, Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity, ERPL 5 (1997) S. 519-524.

⁶ Die auf der Tagung gehaltenen Referate und eine Diskussionszusammenfassung findet man in Heft 4 des fünften Jahrganges (1997) der European Review of Private Law (ERPL) (S. 455-547).

(DFG), der *Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO)* und der Onassisstiftung in Athen erste Gestalt angenommen. Die Study Group ist in der Lage, ab Mitte des Jahres 1999 mit der konkreten Arbeit zu beginnen. Ihr Erfolg wird langfristig natürlich auch davon abhängen, daß die in die Wege geleitete gesamteuropäische Finanzierung (mehrere Förderungsanträge sind noch im Bewilligungsverfahren) zustandekommt. Der bislang veranschlagte Zeitrahmen von ca. sechs Jahren ist außerordentlich ehrgeizig und möglicherweise nicht zureichend.

7. *Beziehungen zu anderen Arbeitsgruppen*

Zu den Zielen der Study Group gehört es, die Ergebnisse der derzeit schon existierenden Arbeitsgruppen auszuwerten und - bei Wahrung der jeweiligen Identitäten - soweit wie eben möglich zusammenzuführen. Ohne Zweifel am weitesten fortgeschritten ist bislang die Kommission über Europäisches Vertragsrecht (über deren Arbeiten ihr Präsident *Lando* in diesem Gutachten berichtet hat). Deshalb war es wichtig, daß die Initiative zur Gründung der Study Group aus der Mitte der Kommission über Europäisches Vertragsrecht erfolgte. Die Study Group ist so in der Lage, auf den bereits erzielten Ergebnissen aufzubauen: Die wichtigsten Teile des Allgemeinen Vertragsrechts liegen regelförmig fixiert bereits vor. Man kann sagen, daß sich die Study Group als eine Nachfolgeorganisation zur Kommission über Europäisches Vertragsrecht versteht, mit dem Ziel, ihr gegenständliches Arbeitsprogramm deutlich auszuweiten und eine insgesamt festere Struktur zu finden.

8. In einem Geist der Kooperation und der Ausrichtung auf das gemeinsame Ziel sind Verbindungen zudem mit anderen Gruppen hergestellt worden. Das gilt etwa für das Versicherungsvertragsrecht, wo Herr Professor *Basedow* für die Study Group mit der Arbeitsgruppe um Herrn Professor *Reichert-Facilides* (Innsbruck) zusammenarbeitet, desgleichen für die Arbeitsgruppe zum Haftungsrecht um die Professoren *Spier* (Tilburg) und *Koziol* (Wien). Hier ist ebenfalls für gegenseitige "Personalunionen" gesorgt; u.a. gehört Herr Professor *Spier* zu den Beratern des permanenten Osnabrücker Working Teams (unten Nr. 10). Herr Professor *Kerameus* (Athen) war Mitglied der sogen. *Storme-Kommission* zum Zivilverfahrensrecht. Auch die Ergebnisse des vertragsrechtlichen Projektes von Herrn Professor *Gandolfi* (Accademia dei Giusprivatisti Europei, Pavia) werden aufmerksam verfolgt. Außerdem gehören, wie schon gesagt, Mitglieder der Study Group zu einigen mittelosteuropäischen Beratungsgremien, wie denn auch diese Länder Beobachter in die Study Group entsenden werden.

9. *Organisationsschema der Study Group*

Das Organisationsschema der Study Group (das sich natürlich erst noch wird bewähren müssen) sieht aus, wie folgt: Ein sogen. Steering Committee, bestehend aus sieben Professoren aus verschiedenen EU-Jurisdiktionen⁷, berät über die Abfolge der Themen und Sitzungen und über die personelle Zusammensetzung der Gruppe. Alle Fragen sachlicher Art und alle Texte werden in der sogen. Koordinierungsgruppe, der

⁷ Derzeit handelt es sich um die Professoren *Guido Alpa* (Rom/Genua), *Laurent Aynès* (Paris), *Christian v. Bar* (Osnabrück), *Ulrich Drobnig* (Hamburg), *Roy Goode* (Oxford), *Arthur Hartkamp* (Den Haag) und *Ole Lando* (Kopenhagen).

Coordinating Group, erörtert und (ggffls. mit einfacher Mehrheit) entschieden.⁸ Dieser Koordinierungsgruppe gehören auch die "Teamleader" (vgl. Nr. 10) sowie Mitglieder des Steering Committee an. Die Berater der permanenten Arbeitsgruppen (vgl. ebenfalls Nr. 10) entsenden aus ihrer Mitte weitere Mitglieder in die Koordinierungsgruppe. Sie wird sich in regelmäßigen Abständen treffen und die Texte mehrfach beraten.

10. Die Vorlagen für die Koordinierungsgruppe stammen von den sogen. Working Teams. Hierbei handelt es sich um internationale Arbeitsgruppen junger Juristen aus allen Teilen der EU unter Führung eines sogen. "Teamleaders", dem seinerseits Professoren aus verschiedenen Rechtsfamilien der EU als Berater ("Advisors") zur Verfügung stehen.⁹ Auf diese Weise soll von vornherein jede Verengung des Blicks auf eine nationale Sicht vermieden werden. Permanent Working Teams werden derzeit an vier Orten aufgestellt: in Hamburg, Osnabrück, Tilburg und Utrecht. Wir hoffen, mindestens eine, vielleicht sogar zwei weitere Gruppen im mediterranen Teil der EU (voraussichtlich Rom und/oder Athen) einrichten zu können. Einzelheiten müssen hier aber noch geklärt werden. Die Kommission für Europäisches Vertragsrecht setzt ihre Arbeiten nach ihren Regeln bis voraussichtlich Mitte 2000 fort.

11. *Die Arbeitsschwerpunkte*

Jedes der permanenten Arbeitsteams ist für eine Gruppe von Gegenständen verantwortlich. In Hamburg werden das Versicherungsvertragsrecht (Gruppe *Basedow*) und das Recht der Kreditsicherung (*Drobnig*) betreut werden. Osnabrück hat die Zuständigkeit für die gesetzlichen Schuldverhältnisse (in den kontinentaleuropäischen Kategorien: ungerechtfertigte Bereicherung, Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, Deliktsrecht; Gruppe *v.Bar*). Tilburg bearbeitet das allgemeine Recht der Dienstleistungsverträge (*Barendrecht*), Utrecht das Kaufrecht (*Hondius*). Die Gegenstände der mediterranen Arbeitsgruppe(n) sollen möglichst schon Anfang Juli während einer Konferenz in Rom näher festgelegt werden. Zur Debatte stehen die noch offenen Bereiche des Vertragsrechts, Fragen aus dem Eigentumsrecht und allgemeine Probleme des Personenrechts. Wir befinden uns hier noch in einem frühen Planungsstadium. Unabhängig von dem Erfolg dieser Planungen läßt sich freilich schon heute sagen, daß die Kernbereiche des Obligationenrechts abgedeckt sein werden. Wie weit man in die Einzelheiten insbesondere des Besonderen Vertragsrechts sowie des außervertraglichen Haftungsrechts gehen kann, wird sich erst im Laufe der Zeit herausstellen müssen.

⁸ Mitglieder sind derzeit (*ohne* die Mitglieder der Steuerungsgruppe und *ohne* die Berater) die Professoren *Hugh Beale* (Warwick), *William Binchy* (Dublin), *Eric Dirix* (Leuven), *Christian Hultmark* (Göteborg), *Konstantino Kerameus* (Athen), *Hector McQueen* (Edinburgh), *Encarna Roca y Trias* (Barcelona), *Jorge Sinde Monteiro* (Coimbra), *Lena Sisula-Tulokas* (Helsinki) und (als Beobachter) *Jerzy Rajski* (Warschau).

⁹ Diese Beratergremien werden derzeit noch aufgebaut. Mitglieder der Deliktsrechtsgruppe sind die Professoren *Blackie* (Strathclyde/Glasgow), *Castronovo* (Mailand), *Kleinemann* (Stockholm) und *Spier* (Tilburg, den Haag); Mitglieder der Gruppe zum Bereicherungsrecht und zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag die Professoren *Gomes* (Porto), *Hastad* (Stockholm), *McKendrick* (London), *Mestre* (Aix-en-Provence) und *Schlechtriem* (Freiburg).

12. In Absprache mit ihren Beratern werden die Working Teams der Coordinating Group zunächst sogen. "Positionspapiere" vorlegen, ein Verfahren, das im Rahmen der Kommission für Europäisches Vertragsrecht bereits erfolgreich erprobt worden ist. Durch dieses Instrument wird eine Debatte über die "großen Linien" möglich und unnötige Doppelarbeit vermieden. Die Beiträge der "Teamleaders" innerhalb dieses Gutachtens vermitteln einen ersten Eindruck davon, worum es anfangs voraussichtlich auch in der Coordinating Group gehen wird. Sobald die ersten Richtungsfragen entschieden sein werden, kann die Formulierungsarbeit an ersten Textentwürfen beginnen. Alles wird mehrfach beraten und immer aufs Neue aufeinander abgestimmt werden müssen.

13. **Das Ziel**

Das Ziel ist nach alledem ein Professorenentwurf für ein erstes Grund- oder Basisgesetz zum Vermögensrecht in der Europäischen Union. Die Artikel mit den eigentlichen Gesetzesvorschlägen (die "black letter rules") werden, auch darin lehnt sich die Study Group an die Principles of European Contract Law an, um Erläuterungen zu der praktischen Wirkungsweise der jeweiligen Vorschrift, also durch "Comments" ergänzt werden, die ihrerseits mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf die autonomen Rechte der Mitgliedstaaten ("Notes") versehen werden sollen. Obwohl die Arbeitssprache aus naheliegenden Gründen zunächst englisch sein wird, soll doch mit Hilfe der Working Teams von vornherein versucht werden, die Texte in allen wichtigen EU-Sprachen zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig wird es darum gehen, ausgreifendere Erläuterungswerke zu schaffen, um die Texte in das europäische Rechtsgespräch einzubringen und der analytischen Kontrolle zu unterwerfen. Die Mitglieder der Study Group sind natürlich jederzeit bereit, (z.B.) dem Rechtsausschuß des Europäischen Parlamentes und der EU-Kommission ebenso wie ihren jeweiligen nationalen Parlamenten und Regierungen Informationen über den Stand der Arbeiten zu geben. Ein kontinuierlicher Informationsaustausch in umgekehrter Richtung wäre ebenfalls förderlich und folglich erwünscht.

Anhang: Schrifttumsnachweise aus der wissenschaftlichen Diskussion um die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches

Ewoud Hondius, Utrecht

14. Die wissenschaftliche Diskussion um die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches ist in den vergangenen Jahren insbesondere in Deutschland, in Italien und in den Niederlanden geführt worden. In diesen drei Ländern gibt es sogar Zeitschriften, die sich der Europäisierung des Privatrechts verschrieben haben: die deutsche *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, die italienische *Rivista di diritto europeo* und die in den Niederlanden erscheinende dreisprachige *European Review of Private Law*.

15. Aus der monographischen Literatur ist vor allem der Band 'Towards a European Civil Code' hervorzuheben, der im Jahre 1999 in zweiter Auflage erschien. Hier finden sich thematisch weit gestreute Analysen zu einer Vielzahl von Einzelfragen rechtspolitischer und gesetzgebungstechnischer Art. Weitere Arbeiten bereiten (in wenn auch ganz unterschiedlicher darstellungsform und -dichte) Einzelthemen auf, wie etwa das Baurecht, das Deliktsrecht¹⁰, das Patentrecht¹¹, die Produkthaftung¹² oder Ausschnitte aus dem allgemeinen Vertragsrecht.¹³ Andere Untersuchungen gelten dem Verhältnis von Sachrechtsvereinheitlichung und Internationalem Privatrecht.¹⁴
16. In den Beiträgen der Fachvertreter der Rechtsgeschichte (ich nenne z.B. die deutschen Rechtshistoriker Brauner¹⁵, Coing¹⁶, Schulze¹⁷ und Zimmermann¹⁸, den Italiener Gandolfi¹⁹, die Niederländer Lokin und Zwolve²⁰ sowie den Engländer Stein²¹) geht es zumeist um die andauernde Bedeutung der *ius commune*-Tradition für die Diskussion der Gegenwart.
17. Die Harmonisierung des Privatrechts auf dem Wege eines Europäischen Zivilgesetzbuches findet zwar viel Zustimmung, doch blieben skeptische Stimmen natürlich nicht aus.²²
18. Auch außerhalb der Europäischen Union werden die hier derzeit angestellten Erwägungen aufmerksam verfolgt und kommentiert, zum Beispiel in den Vereinigten Staaten und Australien.²³ Eine umfängliche Diskussion haben zudem die *Principles of*

¹⁰ Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. I, München 1996 (auch auf englisch übersetzt), vol. II, München 1999.

¹¹ J.J. Brinkhof, *Europees octrooirecht*, inaugural address Utrecht, Zwolle 1989.

¹² J.M. Barendrecht, *Produktaansprakelijkheid: Europees Burgerlijk Recht?*, Gutachten Vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1987.

¹³ Ch. Armbrüster, *Europäisierung des Schuldrechts? - zur Reform des deutschen Unmöglichkeitrechts im Vergleich zum Code Civil*, *Juristische Arbeitsblätter* 1991, S. 252-257.

¹⁴ Christian von Bar (Red.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Köln usw. 1991, K. Boele-Woelki, *Principles en IPR - Enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law*, inaugural address Utrecht 1995.

¹⁵ Wilhelm Brauner, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?*, Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero 23, 1997.

¹⁶ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht, 1985/1989*, derselbe, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, S. 937-941.

¹⁷ Reiner Schulze, *Die europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur*, Saarbrücken 1991, derselbe, *European Legal History - A New Field of Research in Germany*, 13 *Journal of Legal History* 270-295 (1992).

¹⁸ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations/Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, derselbe, *Das römisch-katholische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, *Juristen Zeitung* 1992, S. 8-20.

¹⁹ Giuseppe Gandolfi, *Pour un code européen des contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1992, S. 707-736.

²⁰ J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1. Auflage Groningen 1986.

²¹ Peter Stein (Red.), *Il futuro codice europeo dei contratti*, Milano 1993.

²² Pierre Legrand, in: *Against a European Civil Code*, 60 *Modern Law Review* 44-63 (1997). S. ferner Makesinis, oben F. 5.

²³ Näher Martin Vranken, *Fundamentals of European Civil Law*, London: Blackstone 1997, 290 S.

European Contract Law der Lando Kommission²⁴ und die vergleichbaren Vertragsrechtsgrundsätze, die im Rahmen von UNIDROIT ausgearbeitet worden sind,²⁵ ausgelöst.²⁶

19. *Weitere Beiträge*

Hingewiesen sei ferner auf die folgenden Beiträge, die ihrerseits natürlich nur eine Auswahl darstellen, aber doch zeigen, wie breit die Diskussion um ein Europäisches Zivilgesetzbuch ist und wie lange sie schon andauert:

J. Basedow, Editorial, *Common Market Law Review* 1997.

Günther Beitzke, Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1964, S. 80 ff.

Roger Brownsword, Geraint Howells, Thomas Wilhelmsson, The EC Unfair Contract Terms Directive and Welfarism, in: Roger Brownsword, Geraint Howells, Thomas Wilhelmsson (Eds.), *Welfarism in Contract Law*, Aldershot 1994, S. 275-301.

Roger Brownsword, Geraint Howells, Thomas Wilhelmsson, Between Market and Welfare: Some Reflections on Article 3 of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, in: Chris Willett (Ed.), *Aspects of Fairness in Contract*, London 1996, p. 25-60.

²⁴ Hugh Beale, Towards a Law of Contract for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law, in: Günter Weick (Red.), *National and European Law on the Threshold to the Single Market*, S. 177-196, derselbe, 'The "Europeanisation" of Contract Law', in: R. Halson (Red.), *Exploring the Boundaries of Contract*, Dartmouth 1996, S. 23-47, Carlo Castronovo, 'I Principi di diritto europeo dei contratti' e l'idea di codice, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1-38 (1995), M.J. Hoekstra, De UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law: een vergelijking, in: *Europees privaatrecht* 1996, Lelystad 1996, p. 3-43, Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette, Denis Tallon, *Les principes du droit européen du contrat/L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Paris: La documentation Française 1997, Ole Lando, Principles of European Contract Law, in: Liber Memorialis François Laurent, Brussel 1989, p. 555-568, derselbe, Principles of European Contract Law/An Alternative or a Precursor of European Legislation, *RabelsZ* 1992, 261-273, Ole Lando, Hugh Beale (Eds.), *The Principles of European Contract Law*, vol. I: Performance, Non-Performance and Remedies, Dordrecht 1995, Reinhard Zimmermann, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, *Juristen Zeitung* 1995, S. 477-491.

²⁵ J.P. Béraudo, Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international, *JCP* 1995, Doctrine 3842, Klaus Peter Berger, 'Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge/Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?' *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 1995, S. 217-236, M.J. Bonell, Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts, *40 American Journal of Comparative Law* 617-633 (1992), derselbe, Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria?, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1996, S. 152-157; derselbe, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?, *Uniform Law Review* 1996, S. 229-246; derselbe, The Unidroit Principles in practice: the experience of the first two years, *Uniform Law Review* 1997, S. 30-41; derselbe, An International Restatement of Contract Law/The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Auflage, Irvington, New York: Transnational Publishers 1997, A.S. Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code, in: CJHB/Brunner-Bundel, Deventer 1994, p. 127-137, derselbe, The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: *Comparability and Evaluation/Kokkini-bundel*, Dordrecht 1994, p. 85-98.

²⁶ S. insbesondere auch Klaus Peter Berger, *Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlin 1996.

- G. Brüggemeier, Chr. Joerges, Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, in: P.C. Müller-Graff (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, p. 233-286.
- Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt, *Integration Through Law/Europe and the American Federal Experience* vol. 4, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, Berlin etc. 1988.
- Richard M. Buxbaum, Gérard Hertig, Alain Hirsch, Klaus J. Hopt (eds.), *European Business Law/Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin etc. 1991.
- Mauro Cappelletti (Ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden etc. 1978.
- Corporate Law/The European Dimension*, papers given at the Bar European Group Conference Edinburgh 1991, London 1991.
- Filip De Ly, *Europese Gemeenschap en privaatrecht*, inaugural address Rotterdam, Zwolle 1993.
- Erwin Deutsch, *Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht - Versuch einer kritischen, dogmatischen Bestandsaufnahme*, Karlsruhe Forum 1992.
- Erwin Deutsch und Jochen Taupitz (eds.), *Haftung der Dienstleistungsberufe - natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung*, Heidelberg 1993.
- Ulrich Drobnig, *Ein Vertragsrecht für Europa*, in: *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin/New York 1990, p. 1141 ff.
- Ulrich Drobnig, *Substantive Validity*, 40 *American Journal of Comparative Law* 635-643 (1992).
- Ulrich Drobnig, *Private Law in the European Union*, *Forum internationale* No. 22, September 1996.
- J.H.M. van Erp, *Europees privaatrecht in ontwikkeling?*, in: *Themis en Europa/Een opening van nieuwe grenzen?*, Zwolle 1989, p. 61-70.
- Franco Ferrari, *Le champ d'application des 'Principes pour les contrats commerciaux internationaux' élaborés par Unidroit*, *Revue internationale de droit comparé* 1995, p. 985-993.
- Axel Flessner, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung*, *RabelsZ* 1992, 243-260.
- Marcel Fontaine, *Content and Performance*, 40 *American Journal of Comparative Law* 645-655.
- M.P. Furnston, *Breach of Contract*, 40 *American Journal of Comparative Law* 671-674 (1992).
- Alejandro M. Garro, *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America*, 40 *American Journal of Comparative Law* 587-616 (1992).
- Alejandro M. Garro, *Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, Roma 1992
- Jacques Ghestin, *L'influence des directives communautaires sur le droit français de la responsabilité*, in: *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen 1991.
- Jacques Ghestin et Isabelle Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, in: Jacques Ghestin et Marcel Fontaine (Eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris 1996, p. 1-72.
- Roy Goode, *International Restatement of Contract and English Contract Law*, *Uniform Law Review* 1997-2, 231-248.

- O.A. Haazen, The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden, in: BW-krant Jaarboek 1995, p. 13-38.
- Ch.E. Hauschka, Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Juristen Zeitung 1990, p. 290-299.
- Georges van Hecke, Intégration économique et unification du droit privé, in: De Conflictu Legum (Kollewijn-bundel), 1962, p. 198-208.
- M.W. Hesselink, De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst in het Franse recht, de Unidroit Principles en de Principles of European Contract Law, in: Europees privaatrecht 1995, p. 47-95.
- Peter Hommelhoff, Zivilrecht under dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, Archiv für die civilistische Praxis 1992, p. 71 ff.
- E.H. Hondius, Naar een Europees burgerlijk recht, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht en Nederlandse Vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993.
- Ewoud Hondius, 'Protection of the Weak Party in Dutch Contract Law', in: Roger Brownsword, Geraint Howells, Thomas Wilhelmsson (Eds.), Welfarism in Contract Law, Dartmouth 1994, p. 253-274.
- Jérôme Huet, Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, La Semaine Juridique (JCP) 1994.1.309.
- Erik Jayme, Ein Internationales Privatrecht für Europa, Heidelberg 1991.
- Konstantinos D. Kerameus, Procedural Unification: The Need and the Limitations, in: I.R. Scott (ed.), International Perspectives on Civil Justice, Essays in honour of Sir Jack I.H. Jacob QC, London 1990, p. 47-66.
- Cathérine Kessedjian, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit, Revue critique de droit international privé 1995, p. 641-670.
- L.A.D. Keus, Europees privaatrecht/Een bonte lappendeken, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht en Nederlandse Vereniging voor Europees Recht, Lelystad 1993.
- Harmen-Jan de Kluiver/Walter Van Gerven (Eds.), The European Private Company? Antwerpen etc.: Maklu, 1995.
- Hein Kötz, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift Zweigert, 1981, p. 481-500.
- Hein Kötz, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, Juristen Zeitung 1992, 20-22.
- Hein Kötz, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvergleichung, RabelsZ 1992, 215-242.
- Hein Kötz and Axel Flessner, Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen: Mohr, 1996 (also published in English: Oxford: Clarendon Press, 1997).
- Thijmen Koopmans, The Birth Of European Law At The CrossRoads Of Legal Traditions, 39 American Journal of Comparative Law 493-507 (1991).
- Ernst A. Kramer, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, Juristische Blätter 1988, 477-489.
- David A. Levy, Contract Formation Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement, and CISG, 30 Uniform Commercial Code Law Journal 249-332 (1998).
- Nicolò Lipari (Ed.), Diritto privato europeo, 2 vols., Padova 1997.
- A.G. Lubbers, W. Westbroek (eds.), Company Law in a European Perspective, Deventer 1993.
- Marcus Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, Juristen Zeitung 1992, 593-607.

- H.P. Mansel, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, *Juristen Zeitung* 1991, p. 529-534.
- Dietrich Maskow, Hardship and Force Majeure, 40 *American Journal of Comparative Law* 657-669 (1992).
- Jacques Massip, L'harmonisation du droit des personnes et de la famille: la contribution de la C.I.E.C., in: *La Commission Internationale de l'Etat Civil*, Strasbourg 1982, p. 15-30.
- Luigi Mengoni, L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?, *Centro di studie e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma 1993.
- Rudolf Meyer, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, thesis Göttingen 1994.
- Hans W. Micklitz, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, p. 522-535.
- Hans W. Micklitz, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, p. 229-237.
- Peter-Christian Müller-Graff, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht/Gemeinschaftsprivatrecht*, 2nd ed. Baden-Baden 1991.
- Peter-Christian Müller-Graff, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, p. 13-23.
- Peter-Christian Müller-Graff, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen*, in: *Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München 1993, p. 303-343.
- Projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats-Membres concernant certains aspects de la procédure civile, *Rapport final (Storme Commission)*, Gent 1992.
- Hanns Prütting, Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozeßordnung/Dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens, in: *Festschrift Baumgärtel*, 1990, p. 457-469.
- Norbert Reich, Garantien unter Gemeinschaftsrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995, p. 71-77.
- Norbert Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden 1996.
- Oliver Remien, Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht, *Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft* 1988, p. 105-122.
- Oliver Remien, Möglichkeit und Grenzen eines europäischen Privatrechts, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1991, p. 11-42.
- Oliver Remien, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, *Juristen Zeitung* 1992, 277-284.
- Oliver Remien, Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?, *RabelsZ* 1992, 300-316.
- F. Rittner, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, *Juristen Zeitung* 1995, p. 849-858.
- H D C Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap*, *Proceedings Vereniging voor Gezondheidsrecht* 1993.
- Arthur Rosett, Unification, Harmonization, Restatement, Cidification, and Reform in International Commercial Law, 40 *American Journal of Comparative Law* 683-697 (1992).
- Geoffrey Samuel, Jac Rinkes, *Contractual and non-contractual obligations in English law*, thesis Maastricht, Nijmegen 1992.

- J.G. Sauveplanne, Van verscheidenheid naar eenheid van privaatrecht, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Mededeling van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, 55 no 9, Amsterdam 1992.
- Peter Schlechtriem, Verbraucherkaufverträge - ein neuer Richtlinienentwurf, Juristen-Zeitung 1997, p. 441-447.
- Bruno Schmidlin (Ed.), Vers un droit privé européen commun?, Basel 1994.
- Uwe Schneider, Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts/Zugleich ein Beitrag zur Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, Neue Juristische Wochenschrift 1991, 1985-1993.
- Jürgen Schwarze, European Administrative Law, London/Luxembourg 1992.
- J.M. Smits, Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel, NJB 1998, p. 61-66.
- G.M.F. Sniijders, De Europese dimensie van de pacht, inaugural address Nijmegen, Deventer 1993.
- G.J.W. Steenhoff, Naar een Europees privaatrecht?, in: Recht als norm en als aspiratie, Nijmegen 1986, p. 85-101.
- Ernst Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996.
- Marcel Storme, Lord Mansfield, Portalis of von Savigny? Overwegingen over de eenmaking van het recht in Europa i.h.b. via de vergelijkende rechtspraak, Tijdschrift voor Privaatrecht 1991, 849-887.
- Denis Tallon, Vers un droit européen du contrat?, in: Mélanges offerts à André Colomer, Paris 1992, 485-494.
- Denis Tallon, Damages, Exemption Clauses, and Penalties, 40 American Journal of Comparative Law 675-682.
- Jochen Taupitz, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, Tübingen 1993.
- Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, Modern Law Review 1998, p. 11-32.
- Winfried Tilmann, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: Festschrift Oppenhoff zum 80. Geburtstag, 1985, p. 497-507.
- Winfried Tilmann, Wirtschaftsrecht, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1986.
- Winfried Tilmann, EG-Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts, Juristen Zeitung 1991, 1023.
- B.W.M. Trompenaars, Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie, thesis Utrecht, Deventer 1993.
- Peter Ulmer, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, Juristen Zeitung 1992, 1-8.
- F.J.A. van der Velden, Europa 1992 en het eenvormig privaatrecht, in: D. Kokkini-Iatridou and F.W. Grosheide (eds.), Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1990, Lelystad 1990, p. 3-28.
- Martin Vranken, Fundamentals of European Civil Law, London: Blackstone 1997, 290 S.
- B. Wachter, Elk volk krijgt het recht dat bij zijn aard past, farewell lecture Tilburg, Zwolle 1992.
- A.J.O. van Wassenae van Catwijck, Naar een Europees verkeersschaderecht, farewell lecture Vrije Universiteit, Deventer 1993.
- Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht/Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992.
- Wolfgang Wiegand, The Reception of American Law in Europe, 39 American Journal of Comparative Law 229-248 (1991).

- Michael R. Will, Autonome Rechtsangleichung in Europa, in: Fritz Schwind (ed.), Österreichs Weg in die EG - Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung, Wien 1991, S. 53-109.
- Chris Willett (Ed.), Aspects of Fairness in Contract, London 1996.
- Bruno de Witte, Caroline Forder (Eds.), The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique, Deventer 1992.
- W.J. Zwalve, De natie en de toekomst van haar codificatie, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1992, S. 92-97.
- K. Zweigert und H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3. Auflage Oxford 1998 (übersetzt von T. Weir).

Europäisches Zivilgesetzbuch, Staatsverträge, Richtlinien

Christian v. Bar, Osnabrück

1. *Das Problem*

Die heutige Europäische Union stellt schon lange keinen Rechtsraum mehr dar, in dem die einzelnen nationalen Privatrechtsjurisdiktionen völlig unverbunden nebeneinander stünden. Längst schon sind eine große Zahl von Staatsverträgen (Verordnungen spielen nur eine untergeordnete Rolle) und Richtlinien als Instrumente der Rechtsvereinheitlichung bzw. der Rechtsangleichung wirksam geworden. Dieser Quellenschatz wird natürlich bei den Arbeiten zur Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches (EuZGB) ausgeschöpft werden müssen. Beide Instrumente, sowohl die Staatsverträge als auch die zahlreichen in das Vermögensrecht hineinwirkenden Richtlinien, erleichtern einerseits die vor uns liegenden Aufgaben. Andererseits nötigen sie aber auch zu der Auseinandersetzung mit einer Reihe von bislang nur wenig bedachten Schwierigkeiten. Denn die vorhandenen Regeln der Staatsverträge und der Richtlinien bedürfen der planvollen Durchforstung und eventuellen Umsetzung sowie der inhaltlichen Ergänzung und konzeptionellen Aufbereitung. Sie müssen aufeinander abgestimmt, miteinander verzahnt, von Mehrfachregelungen, Widersprüchen und terminologischen Insellösungen befreit werden, um sich schließlich auf ein systematisch stimmiges Gesamtkonzept, auf ein "Bild darüber" auf kodifikatorischem Niveau, beziehen zu lassen. Einen Überblick über sämtliche Schwierigkeiten, die auf diesem Wege zu überwinden sein werden, hat derzeit vermutlich noch niemand. Erneut gilt, daß nur ein permanenter, institutionalisierter Gedankenaustausch zwischen Spezialisten und Generalisten das Erforderliche wird leisten können.

2. *Das Instrument des Staatsvertrages*

Staatsverträge tragen nur dann zu einer für den gesamten Raum der EU förderlichen Rechtsvereinheitlichung bei, wenn ihnen auch alle EU-Mitgliedstaaten "en bloc" beitreten bzw. zustimmen. Das klingt banal, bedarf aber doch der Hervorhebung, weil es eine große Zahl von Materien gibt, in denen heute nebeneinander mehrere multilaterale Staatsverträge mit unterschiedlichem Teilnehmerkreis aus der EU existieren. Solche Verträge tendieren dazu, Rechtsverschiedenheit innerhalb der EU entlang ganz neuer Trennlinien zu zementieren, statt ihrem Territorium wirklich Rechtseinheit zu bringen. Ganz allgemein, insbesondere aber aus der Perspektive eines zu entwerfenden EuZGB

muß es deshalb schon heute ein dringender Wunsch an die europäische Rechtssetzungspolitik sein, daß die EU-Mitgliedstaaten Staatsverträgen mit Bezug zu den Kernmaterien des Privatrechts in Zukunft entweder nur geschlossen oder überhaupt nicht beitreten. Das Problem ist an vielen Stellen ungebrochen aktuell. Ich erwähne etwa das Ringen um das Lugano-Übereinkommen des Europarates v. 21.6.1993 über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährliche Tätigkeiten¹, weitere Abkommenswerke aus dem Bereich des Umwelthaftungsrechts² sowie das verjährungsrechtliche New Yorker Parallelübereinkommen zu dem Wiener UN-Kaufrechtsübereinkommen³. Im Bereich des Umwelthaftungsrechts konkurrieren zudem eigene Vorhaben der EU (hier ist alsbald mit der Vorlage eines Weißbuches durch die Kommission zu rechnen) mit dem inhaltlich wahrscheinlich wesentlich radikaleren Staatsvertragsprojekt des Europarates. Und was das Verjährungsrecht angeht, so haben die Beratungen innerhalb der Commission on European Contract Law die Schwächen des New Yorker Textes überdeutlich werden lassen. Europa muß seine Kräfte auch im Verhältnis zu Drittstaaten weit mehr bündeln, als das bisher der Fall ist, wenn es innerhalb seines Territoriums nicht neue Gräben aufreißen will. Was für einen Reim soll man sich z.B. darauf machen, daß das Unidroit-Übereinkommen von Ottawa über das internationale Factoring⁴ und das Parallelübereinkommen über das internationale Finanzierungsleasing⁵ am 1.5.1995 für Frankreich, Italien und Nigeria in Kraft traten? Absurditäten dieser Art hat es in den vergangenen zwanzig Jahren zuhauf gegeben.

3. Staatsverträge sind zudem vielfach unvollständig. Sie neigen nicht nur dazu, sich gegenständlich eng zu beschränken und dadurch nahe benachbarte Materien auszublenden (wie zum Beispiel das UN-Warenkaufrecht von 1980 den Rechts- und den Forderungskauf). Vielmehr klammern sie regelmäßig auch alle Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für das gesamte Zivilrechtssystem aus. Man denke etwa an die Rückabwicklungsregeln für nichtige oder unwirksame Verträge, an die schwierigen Konkurrenzfragen im Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung (ein im Transportrecht besonders wichtiges Problem), an das Verhältnis zwischen Schuld- und Sachenrecht bzw. zwischen Rechtsgrund und Verfügung, usw. So bleibt die Vereinheitlichung oft gekünstelt und oberflächlich. Das staatsvertraglich vereinheitlichte Privatrecht genießt mit Ausnahme des IPR zumeist keinen guten Ruf; es gilt als Sonderrecht, welches nicht in das Bewußtsein der ganz überwiegenden Zahl der Juristen dringt. Soweit Staatsverträge allerdings international wie europäisch akzeptable Regeln enthalten, wie namentlich das UN-Warenkaufrechtsübereinkommen, werden sie in ein künftiges EuZGB eingebracht werden können. Zudem werden, wenn es zur Inkraftsetzung eines EuZGB kommt, die zivilrechtlichen Staatsverträge, aus denen es seine Regeln geschöpft hat, für (grenzüberschreitende) Verträge innerhalb des Binnenmarktes außer Kraft gesetzt werden können, ein nicht zu unterschätzender Fortschritt in Richtung auf eine Rechtsbereinigung. Ein EuZGB würde diese

¹ Text in deutscher Sprache in PHI 1993 S. 196-202 und S. 211-217.

² Überblick bei v.Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I (1996) Rdnr. 381-382.

³ Text in deutscher Sprache in RabelsZ 39 (1975) S. 342.

⁴ v. 28.5.1988; deutscher Text bei Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht (9. Aufl. 1998) Nr. 48b.

⁵ Text in deutscher Sprache bei Dageförde, Internationales Finanzierungsleasing (1992), S. 162.

Staatsverträge aber natürlich insoweit unberührt lassen, als es um das Verhältnis zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten geht.

4. ***Staatsverträge und Richtlinien***

Es kommt freilich nicht nur vor, daß sowohl Staatsverträge untereinander als auch sie auf der einen Seite und die EU-interne Rechtssetzungspolitik auf der anderen miteinander kollidieren, vielmehr stehen die Juristen Europas zunehmend auch vor dem Problem, daß die EU-interne Rechtssetzung die internationale zu ergänzen wünscht. Das schafft erneut zahlreiche Abstimmungsschwierigkeiten sowohl inhaltlicher als auch ganz einfach rechtsanwendungsrechtlicher Art, weil sich z.B. ein Anwalt unter dem täglichen beruflichen Zeitdruck oft kaum noch seinen Weg durch das derzeitige Quellenchaos zu bahnen vermag. Ein besonders eindrückliches Beispiel ist das Kaufrecht, von dem man z.B. für das deutsche Recht heute sagen muß, es befinde sich in einem geradezu unerträglichen Zustand. Da ist in einem internationalen Kontext zunächst ein zweigleisiges Kollisionsrecht bestehend aus den einseitigen Anwendungsnormen der CISG und den allseitigen IPR-Normen des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht zu beherrschen und zu prüfen. Auf der sachrechtlichen Ebene hat man es sodann gleich mit vier verschiedenen Regimen zu tun: erneut mit dem Kaufrecht der CISG, mit dem Kaufrecht des BGB, mit dem Kaufrecht des HGB und mit dem sich wiederum in vielerlei Spezialgesetze auffächernden Verbraucherkaufrecht teils autonomen, teils gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs. In den meisten anderen Jurisdiktionen der EU steht es um das Kaufrecht kaum besser. Partielle und regional organisierte Rechtsvereinheitlichung (wie etwa in Skandinavien) scheint, gesamteuropäisch betrachtet, das Chaos nur noch zu vermehren.

5. ***UN-Kaufrecht, EU-Verbraucherschutz, autonomes Kaufrecht***

Eine der großen Aufgaben auf dem Gebiet des europäischen Kaufrechts ist damit der Sache nach bereits angesprochen. Es geht vor allem darum, das UN-Kaufrecht, das Richtlinienrecht der EU und die nationalen Kaufrechte in einem sowohl wiederholungs- als auch widerspruchsfreien Gesamtkonzept einzufangen. Das UN-Kaufrecht betrifft bekanntlich den internationalen Warenkauf (Art. 1 CISG) unter Ausschluß der Verbraucherkaufverträge (Art. 2 lit. a CISG). Das EU-Kaufrecht dagegen setzt genau anders herum an. Es unterscheidet gerade nicht zwischen grenzüberschreitenden und rein innerstaatlichen Sachverhalten, und es bezieht sich eben nur auf Verbraucherkaufverträge.

6. Ein dereinstiges EuZGB wird sich ohne Frage sowohl dem Kaufrecht für Geschäftsleute als auch dem Verbraucherkaufrecht widmen müssen. Von der Regelungstechnik her gesehen wird es sich insoweit empfehlen, einerseits Rechtssätze zu schaffen, die für alle Kaufverträge gelten, andererseits Rechtssätze, die nur zugunsten von Verbrauchern zum Zuge kommen und als solche (halb-)zwingenden Rechts sein sollten. Schon die Lösung der ersten Aufgabe ist alles andere als einfach, u.a. deshalb, weil erstens das UN-Warenkaufübereinkommen nach zwei Richtungen hin der sorgfältigen Analyse bedarf: Eignen sich seine Regeln durchweg auch für rein innerstaatliche Sachverhalte, und: welche dieser Regelungen haben einen genuin kaufrechtlichen Gehalt, welche Bedeutung

für das gesamte Vertragsrecht (z.B. für das Vertragsabschlußrecht und für das Recht der Leistungsstörungen)?

7. *Der Verbraucherbegriff*

Sodann bedarf es eines sauberen und einheitlichen Abgrenzungskriteriums für das Verbraucherkaufrecht, möglichst sogar für das gesamte Verbrauchervertragsrecht. Schon bei dieser noch verhältnismäßig einfachen Frage sind wir derzeit von einer einheitlichen Begriffsbildung weit entfernt. Das UN-Warenkaufübereinkommen (CISG) verwendet eine andere Definition als der Richtlinienvorschlag über Verbraucherkauf und -garantien⁶, und dessen Definition stimmt wiederum nicht mit der viel weiteren Begriffsbildung des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁷ überein.

8. *Allgemeines Verbrauchervertragsrecht*

In einem nächsten Schritt wird sodann auf der Basis einer neueren rechtsvergleichenden Bestandsaufnahme und unter Einbeziehung des bereits vorhandenen EU-Richtlinien- und Richtlinienentwurfsrechts zu prüfen sein, welche allgemeinen Regeln sich für das Verbraucherkaufrecht (und *nur* für dieses) innerhalb eines EuZGB entwickeln lassen. Zu denken ist hier u.a. an eine einheitliche Prinzipienbildung mit Blick auf den Schutz vor übereilten Vertragsschlüssen, an allgemeine Regeln über das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, an Regeln über die Garantien und über den Kundendienst. Teilweise hat sich die Commission on European Contract Law dieser Problematik bereits angenommen⁸, anderes ist Regelungsgegenstand der EU-Richtlinie über unfaire Vertragsbedingungen bzw. des schon erwähnten Richtlinienvorschlags zum Verbraucherkauf. Aber ist die Beschränkung auf das Verbraucherkaufrecht von der Sache her wirklich geboten? Man wird das verneinen müssen. Denn besondere Regeln zu Verbraucherverträgen gibt es auf europäischer wie auf nationaler Ebene längst auch schon im Bereich der Dienstleistungen, der Kreditverträge und der persönlichen Kreditsicherheiten (insbesondere der Bürgschaften). In wieder anderer Beziehung wird es gelten, bereits vorhandene Anstrengungen zur Verzahnung von UN-Kaufrecht und EU-Richtlinienrecht aufzugreifen und nötigenfalls fortzuentwickeln. Ich denke etwa an das Gewährleistungsrecht, wo zwar Art. 2 Abs. 1 der EU-Richtlinie über den Verbraucherkauf ("Consumer goods must be in conformity with the contract of sale") bewußt den Begriff des "Fehlers" vermeidet, der Art. 2 Abs. 2 aaO sich jedoch erkennbar

⁶ Art. 2 lit. a CISG: "Dieses Übereinkommen findet keine Anwendung auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt, es sei denn, daß der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluß weder wußte noch wissen mußte, daß die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde". Art. 1 (2) des Amended Proposal for a European Parliament and Council Directive on the Sale of Consumer Goods and associated Guarantees of 19/1/1999, COM/99/0016 final - COD 96/0161: "Consumer means any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not directly related to his trade, business or profession".

⁷ Art. 5 des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht: "Dieser Artikel gilt für Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen an eine Person, den Verbraucher, zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Verbrauchers zugerechnet werden kann, sowie für Verträge zur Finanzierung eines solchen Geschäfts."

⁸ Näheres in dem Beitrag Lando zu Kapitel I dieser Studie, Rdnr. 31-33.

an Art. 35 CISG und section 14 (2) des britischen Sale and Supply of Goods Act 1979 (i.d.F. von 1994) anlehnt.⁹

9. **Werbeaussagen**

Der Richtlinienvorschlag über Verbraucherkauf und -garantien setzt in mancher Beziehung neue Maßstäbe. Man denke etwa an die Rechtsbehelfe des Käufers oder an die Bedeutung, die der Richtlinienvorschlag Werbeaussagen zumißt. In diesem letzten Punkt konnten die Verfasser auf das Vorbild des Art. 7:18 des niederländischen BW zurückgreifen. Auch die "Principles" der Commission on European Contract Law enthalten eine entsprechende Regelung¹⁰, die freilich erneut daraufhin wird überprüft werden müssen, ob ihr Text der Anpassung an das neue Gemeinschaftsrecht bedarf oder ob er so, wie er ist, in ein EuZGB überführt werden kann.

10. **Lücken**

Man täusche sich aber nicht: Trotz der zahlreichen Fortschritte, die das EU-Richtlinienrecht gebracht hat, ist es in vielerlei Beziehung lückenhaft geblieben. Zur Schließung mancher dieser Lücken stehen zwar schon heute Konzepte bereit, die im Rahmen der Commission on European Contract Law ausgearbeitet wurden. In anderer Richtung aber müssen sich die Marktteilnehmer Europas nach wie vor auf erhebliche Lücken einstellen. Dazu gehört z.B. das Recht der Haftung für Mangelfolgeschäden, ferner das Recht der Rückforderung von auf einen unwirksamen Vertrag bereits erbrachten Leistungen. Alle Fragen von einer die Teilrechtsgebiete übergreifenden Natur sind ausgeklammert geblieben. Mehr und mehr ist das europäische Vertragsrecht zudem in eine Situation gekommen, in der es nur noch aus der Perspektive des Verbrauchers gepflegt und fortgeschrieben wird. Das jedoch ist entschieden zu eng, und es wird, wenn man sich nicht alsbald insbesondere dem Kaufrecht in einer alle seine Facetten umgreifenden Gesamtbetrachtung zuwendet, die bisherigen einzelstaatlichen Systeme sprengen.

⁹ Ich verdanke diesen Hinweis Herrn Kollegen Hondius, Utrecht.

¹⁰ Art. 6:101 Abs. 2 PECL: "If one of the parties is a professional supplier which gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could have not have been unaware that the statement was incorrect."

Zweiter Abschnitt: Einzelne Aspekte

Recht der Dienstleistungsverträge

Maurits Barendrecht und Marco Loos, Tilburg

I. Notwendigkeit einer europäischen Regelung

1. *Fehlen eines Allgemeinen Dienstleistungsvertragsrechts*

Von dem Vorhandensein eines allgemeinen Teils des Dienstleistungsrechts, wenn man so will: von innerstaatlicher Rechtseinheit, kann im Moment in keinem der Mitgliedstaaten gesprochen werden. Das Fehlen eines einheitlichen Rahmens für Dienstleistungsverträge kann auf nationaler Ebene teilweise dadurch erklärt werden, daß bei der Schaffung der großen Zivilgesetzbücher (vor allem des französischen *Code civil* und des deutschen *Bürgerlichen Gesetzbuchs*) Dienstleistungen wesentlich unwichtiger waren als heutzutage. Es existierte folglich damals kein zureichendes Regelungsbedürfnis. Die seinerzeit bestehenden Vertragstypen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie fast alle vorübergehende, kurzfristig zu erfüllende Schuldverhältnisse betreffen. Dauerschuldverhältnisse, die gerade im Dienstleistungsvertragsrecht eine führende Stelle einnehmen, sind eigentlich erst eine Folge der Entwicklungen des zwanzigsten Jahrhunderts gewesen. Daher enthalten die große Kodifikationen dazu auch kaum Bestimmungen. In diesem Jahrhundert, vor allem seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges, sind langfristige Dienstleistungsverträge immer häufiger und immer wichtiger geworden. Wie stets, so mußten auch bei der Entstehung dieses neuen Vertragstyps spezifische Regeln entwickelt werden. Teilbereiche des Dienstleistungsvertragsrechts sind daher autonom entstanden, und sie haben sich unabhängig von einander entwickelt. Ein gutes Beispiel ist die große Verschiedenheit allein der Bezeichnung unterschiedlicher Informationspflichten. In Deutschland z.B. spricht man von Beratungs-, Aufklärungs-, Auskunfts-, Informations-, Belehrungs- und Warnungspflichten. Es handelt sich dabei aber nicht um Legalbegriffe mit feststehendem Inhalt: jeder Wissenschaftler verwendet eigene Varianten, und selbst die Rechtsprechung ist inkonsequent. Auch in den anderen Mitgliedstaaten fehlt ein guter dogmatischer Rahmen für das Dienstleistungsvertragsrecht.

2. *Behinderung des Binnenmarktes*

Die Rechtsvielfalt behindert die Entwicklung und Expansion des Binnenmarktes für Dienstleistungen. Im 2. Kapitel dieses Gutachtens haben wir bereits dargetan daß auf

Dienstleistungsverträge in Ermangelung einer Rechtswahl regelmäßig das Recht des Staates anzuwenden ist, in welchem der Auftragnehmer seine Hauptgeschäftsstelle hat. Das bringt es mit sich, daß in internationalen Fällen der Auftraggeber die auf seinen Vertrag anzuwendende Rechtsregel im Zweifel gar nicht kennt. Außerdem: Während das Kaufrecht in den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf das römische Recht zurückgeht, fehlt es im Dienstleistungsvertragsrecht an einer gemeinsamen historischen Grundlage. Der Auftraggeber kann also nicht einmal einfach darauf vertrauen daß die ausländische Rechtsregel der seinen schon ähneln werde. Ein so großes Maß an Rechtsunsicherheit ist ein wichtiges Hindernis für den Binnenmarkt.

3. *Moderne Kommunikationsmittel*

Ein europäisches Dienstleistungsvertragsrecht ist auch deshalb notwendig weil infolge der Verwendung moderner Kommunikationsmittel (Internet und elektronische Post) intercommunautaire Verträge immer häufiger zustandekommen, ohne daß sich die Parteien überhaupt des Umstandes bewußt werden, einen "grenzüberschreitenden" Vertrag geschlossen zu haben.. Viele – und jedenfalls die großen – Unternehmungen deuten in ihrem Internet-Domainname nicht einmal den Staat ihrer Hauptgeschäftsstelle an; alles, was man liest, ist 'com'. Auf dieser Weise ist es für den anderen Vertragsteil fast unmöglich geworden herauszufinden, welches Recht auf den Vertrag anzuwenden ist.

4. *Verbraucherschutz*

Ein weiterer Grund für ein europäisches Vorgehen ist der Schutz der Verbraucher (und der verbraucherähnlichen Auftraggeber) vor übermächtigen Auftragnehmern. Neben den Finanzdienstleistungen ist dabei vor allem an Verträge mit Telefon- und Internetanbietern, ferner an Verträge mit Personenbeförderungsunternehmen (Fluggesellschaften, Bus- und Eisenbahnunternehmen) zu denken. Zudem leuchtet ohne weiteres ein, daß auch mehr und mehr grenzüberschreitende bau- und medizinrechtliche Verträge geschlossen werden. Auch hier erscheint das Schutzbedürfnis der Verbraucher jeweils klar. Es muß in zu seinen Gunsten halbseitig zwingenden Regeln zum Ausdruck gebracht werden.¹

II. Möglichkeit einer europäischen Regelung

5. *Schon bestehende Regelungsansätze*

Fraglich könnte sein, ob es im Hinblick auf das Fehlen eines einheitlichen Rahmens für Dienstleistungsverträge auf nationaler Ebene und im Hinblick auf das Fehlen einer gemeinsamen Rechtstradition überhaupt möglich ist, eine gesamt europäische Regelung des Dienstleistungsrechts zu schaffen. Wir sind der Meinung daß das der Fall ist, und weisen zunächst auf die schon vorhandenen Ansätze hin. Die Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln² ist im ganzen Bereich des Vertragsrecht und daher auch auf dem Gebiete des Dienstleistungsrecht anwendbar, mit dem Vorbehalt, daß sie nur

¹ Soweit die Merkmale des Artikel 5 des EG-Schuldvertragsübereinkommens (wie meistens) nicht erfüllt sind, ist auf grenzüberschreitende Verträge mit Verbrauchern das – für den Verbraucher kaum erkennbare – Recht der Auftragnehmers anzuwenden.

² Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993, ABIEG 1993 L 95/29 ff.

Verträge mit Verbrauchern betrifft. Dasgleiche gilt für einige andere allgemeine Richtlinien, wie die Haustürwiderrufsrichtlinie³, die Fernabsatzrichtlinie⁴ und die Richtlinie betreffend grenzüberschreitende Bezahlungen.⁵ Auf dem Gebiet des Dienstleistungsrecht können neben den Richtlinien bezüglich der Finanzdienstleistungen von Banken und Versicherungsunternehmen⁶ des weiteren die Pauschalreisenrichtlinie⁷, die Handelsvertreterrichtlinie⁸, der Richtlinienentwurf E-commerce⁹ und die Richtlinien hinsichtlich der Vergabe von Bauwerken¹⁰ und Energienetzen¹¹ genannt werden, ferner Richtlinien zur Einführung von Wettbewerb auf den Gebieten des Energierechts¹² und des Telekommunikationsrechts.¹³ In bezug auf das Recht der Dienstleistungen gibt es also schon zahlreiche 'europäische Inseln' in den nationalen Rechtssystemen.

6 *Fehlende Gesamtbetrachtung*

Obwohl es also durchaus schon eine Reihe von Ansätzen zu einem europäischen Dienstleistungsrecht gibt, fehlt doch derzeit auch auf europäischer Ebene noch eine Gesamtbetrachtung dieses Rechtsgebiets. Wir denken, daß sie innerhalb eines Europäischen Zivilgesetzbuches geleistet werden kann. Sicher, das Fehlen einer Gesamtbetrachtung auf europäischer und sogar auf nationaler Ebene und das Fehlen einer gesamteuropäischen Tradition erschweren die Aufgabe, weil bei der Entwicklung europäischer Regel nicht einfach auf bestehende nationale Lösungen zurückgegriffen werden kann. Dieser Umstand kann aber auch als Chance zu einem übergreifenden Neuanfang verstanden werden. Die Bereitschaft zur Preisgabe einer nationalen Regel steht in einem engen Zusammenhang mit deren inneren Wert. Es kommt hinzu, daß durch ein baldiges gesamteuropäisches Vorgehen vermieden werden kann, daß jeder Mitgliedstaat (wieder) bloß auf seiner nationalen Ebene tätig wird. Eine erneute Rechtszersplitterung würde sich auf solche Weise langfristig manifestieren und eine spätere Harmonisierung des Dienstleistungsrechts erheblich erschweren. So betrachtet empfiehlt sich in einem europäischen Rahmen sogar ein schnelles Tätigwerden.

7. *Die Zeit für Vorarbeiten ist reif*

Die Zeit für Arbeiten mit dem Ziel der Schaffung einer einheitlichen europäischen Lösung ist also gekommen. Wir denken, daß die erforderliche Forschungsarbeit über die derzeit schon in den nationalen Zivilgesetzbüchern geregelten Vertragstypen hinausgehen

³ Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985, ABIEG 1985, L 372/31 ff.

⁴ Richtlinie 97/7/EWG vom 20. Mai 1997, ABIEG 1997, 1997, L 144/19 ff.

⁵ Richtlinie 1997/5/EG vom 27. Januar 1997, ABIEG 1997, L 43/25 ff.

⁶ S. dazu die Beiträge Basedow in diesem Gutachten.

⁷ Richtlinie 90/314/EWG vom 13. Juni 1990, ABIEG 1990, L 158/59 ff.

⁸ Richtlinie 86/653/EWG vom 18. Dezember 1986, ABIEG 1986, L 382/17 ff.

⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnemarkt, von der Kommission am 18.11.1998 vorgelegt, KOM (1998) 586 endg.

¹⁰ Vgl. z.B. letzters Richtlinie 97/52/EWG vom 13. Oktober 1997, ABIEG 1997, L 328/1 ff.

¹¹ Richtlinie 93/38/EWG vom 14. Juni 1993, ABIEG 1993, L 199/84 ff.

¹² Vgl. z.B. Richtlinie 96/92/EWG vom 19. Dezember 1996, ABIEG 1997, L 027/20 ff. und Richtlinie 98/30/EWG vom 22. Juni 1998, ABIEG 1998, L 204/1 ff.

¹³ Vgl. z.B. Richtlinie 98/61/EWG vom 24. September 1998, ABIEG 1998, L 268/37 ff. und Richtlinie 97/33/EWG vom 30. Juni 1997, ABIEG 1997, L 199/32 ff.

sollte. Das hängt damit zusammen, daß eine Rechtsvergleichung aus ihrer Perspektive unzureichend wäre. Der englische *solicitor* z.B. ist am ehesten mit einem Rechtsanwalt zu vergleichen, nimmt aber Pflichten wahr, die in anderen Staaten einem Notar obliegen. Entscheidend ist es, die verschiedenen Dienstleistungen unter funktionellen Gesichtspunkten zu analysieren. Wir meinen daß sich die meisten Dienstleistungen auf eine recht beschränkte Anzahl von Basisformen reduzieren lassen, nämlich vor allem auf Analyse und Beratung, Behandlung, Beförderung (von Personen, Gütern und Informationen), Bildung, Entwurf, Konstruktion, Verarbeitung (von Materialien und Informationen), Vertretung, Verwahrung und Verwaltung. Die in der Praxis bestehenden Vertragstypen gehören gewöhnlich zu einer oder mehrerer dieser Basisformen. Ein Anwalt z.B. analysiert und verarbeitet Informationen, berät seinen Mandanten, entwirft und konstruiert eine Vorgehensweise, verwahrt das Dossier seines Mandanten und vertritt ihn gerichtlich und außergerichtlich. Der Anwalt ist aber nicht der einzige Auftragnehmer, der erworbene Informationen prüfen, eventuelle Lücken auffüllen und dazu im Rahmen des Erforderlichen Ermittlungen anstellen muß. Dieselben oder ähnliche Pflichten treffen auch Hypothekberater, PR-Konsulten, Ärzte und sogar Fernsehreparateure, Elektromechaniker und Anstreicher. Und obwohl an einen Vertrag mit einem Arzt ganz andere Anforderungen zu stellen sind als an einen Vertrag mit einem Frisör, gilt doch für beide, daß sie für den geplanten Eingriff einen *informed consent* des Auftraggebers benötigen. Sie müssen beide den Auftraggeber informieren, auf welche Weise sie den Vertrag erfüllen wollen, und sie müssen ihn über die aus dieser Behandlungsweise folgenden Risiken informieren.. Die *Objekte* des Vertrages sind zwar unvergleichbar, die Art der erforderlichen Handlungen aber oft ganz ähnlich.

8. ***Das Regelungsziel***

Wir denken mithin, daß eine Gesamtbetrachtung aller Dienstleistungen notwendig ist. Wir erwarten, daß sich aus solch einer Betrachtung die Möglichkeit erschließen wird, einen Allgemeinen Teil des Dienstleistungsvertragsrechts zu formulieren, ergänzt um besondere Regeln für einzelne Vertragstypen. Anzustreben sind - entweder im Allgemeinen Teil des Dienstleistungsvertragsrechts, vielleicht aber sogar im Allgemeinen Teil des Schuldrechts - mindestens Regeln in bezug auf Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten, Qualitätsnormen zur Bewertung von Dienstleistungen und Vorschriften über die Beendigung und die Anpassung von Dauerschuldverhältnissen. Auch stehen ein besseres (und klareres) Verständnis der Position vertragsfremder Dritter und der Wirkungsweise des mitwirkenden Verschuldens im Vertragsrecht zu erwarten. Nur eine Gesamtbetrachtung aller Dienstleistungen ermöglicht jedenfalls eine theoretisch zureichend durchdachte, neu ansetzende Kontemplation über modernes Schuldrecht.

Versicherungsvertragsrecht

Jürgen Basedow, Hamburg

I. Herstellung des Binnenmarkts

1. *Die Ausgangslage*

Wie in Kapitel II dargelegt, kann die Dienstleistungsfreiheit und damit der europäische Binnenmarkt im Versicherungswesen jedenfalls hinsichtlich der Jedermann-Versicherungen nicht als verwirklicht angesehen werden. Die in Kapitel I exemplarisch dargestellten Rechtsunterschiede schrecken vom Abschluß grenzüberschreitender Versicherungsverträge ab. Die in den Versicherungsrichtlinien der zweiten Generation angestrebte international-privatrechtliche Lösung¹ ist gescheitert, wie *Reichert-Facilides* mit der wünschenswerten Deutlichkeit formuliert hat.² Anders als in vielen sonstigen Bereichen des Privatrechts geht es also heute nicht darum, den Binnenmarkt fortzuentwickeln und die psychologischen Barrieren der Rechtszersplitterung abzubauen, die verhindern, daß sich die Beteiligten dieses europäischen Binnenmarkts bedienen. Im Bereich der Versicherungen von Verbraucherrisiken und kleineren kommerziellen Risiken ist vielmehr die ursprüngliche Aufgabe, den Binnenmarkt überhaupt erst herzustellen, noch nicht bewältigt und bleibt damit auf der Agenda der Gemeinschaft.

2. *Ziele*

Das weitere Handeln muß dabei auf folgende Ziele ausgerichtet sein: Erstens müssen die Versicherungsunternehmen in die Lage versetzt werden, Risikokollektive zu bilden, die sich aus Einwohnern verschiedener Mitgliedstaaten zusammensetzen. Das Gesetz der großen Zahl, das den Kern des Versicherungsgeschäfts ausmacht, darf nicht durch nationale Grenzen behindert werden. Die Policen der europaweiten Risikokollektive müssen im wesentlichen nach denselben produktbezogenen Regeln, d. h. nach demselben Vertragsrecht beurteilt werden.

¹.Siehe oben in Kap. I bei Fn. 37.

² Fritz Reichert-Facilides, Europäisches Versicherungsvertragsrecht, in: Festschrift für Drobnig (1998) S. 119, 131.

3. Zweitens müssen die Nachfrager zwischen Angeboten aus verschiedenen Mitgliedsstaaten wählen können, die untereinander vergleichbar sind. Dabei muß der für die Herstellung der Vergleichbarkeit erforderliche Informations- und Beratungsaufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Police stehen. Mag es sich auch bei einer Betriebsunterbrechungs- oder Industriefeuerversicherung lohnen, einen sachverständigen Versicherungsberater hinzuzuziehen, so ist dies bei einer privaten Haftpflicht- oder Hausratsversicherung oft ein unangemessener Aufwand, der nicht zur Voraussetzung für die Vergleichbarkeit der Angebote gemacht werden kann.
4. Drittens ist dem Kontinuitätsinteresse aller Beteiligten für den Fall Rechnung zu tragen, daß ein "euromobiler" Versicherungsnehmer im Laufe seines Lebens in verschiedenen Mitgliedstaaten wohnt und seine Policen doch bei ein und demselben Versicherungsunternehmen erneuern oder ergänzen möchte. Während die heutige Rechtslage bei jedem Umzug für die künftigen Abschlüsse zu einem Wechsel der maßgeblichen Rechtsordnung führt, sollte das Interesse beider Vertragsparteien an vertraglicher Kontinuität im europäischen Binnenmarkt gewährleistet sein.³

II. Die erste Option: Freie Rechtswahl

5. *Orientierung an Transport- und Großrisiken*

Auf dem Wege zu diesen Zielen bieten sich für die europäische Rechtspolitik zwei Wege an. Ein erster orientiert sich an der Rechtslage für Transport- und Großrisiken und führt über die Zulassung der freien Rechtswahl. In der Folge wäre damit zu rechnen, daß die Versicherungsunternehmen Rechtswahlklauseln zugunsten ihres eigenen Rechts in die Policen aufnehmen, so daß in der Tat ein und dieselbe Vertragsrechtsordnung für das gesamte Risikokollektiv maßgeblich wäre. Damit würde das erste der oben genannten Ziele erreicht.

6. *Verbraucher*

Doch wäre es um das zweite Ziel, die Wahl der Nachfrager zwischen vergleichbaren Angeboten, deutlich schlechter bestellt. Wie soll der europäische Verbraucher zwischen dem Angebot einer Privathaftpflichtversicherung nach deutschem Recht und einer konkurrierenden Offerte eines englischen Unternehmens nach englischem Recht abwägen? Selbst für Experten der Rechtsvergleichung sind solche Policen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand vergleichbar. Die kollisionsrechtliche Lösung führt zur Überwälzung des Risikos der Rechtsunkenntnis vom Versicherungsunternehmen, dem das gegenwärtige internationale Versicherungsvertragsrecht dieses Risiko zuweist, auf den Verbraucher. Dies würde sich bald herumsprechen, so daß mit größter Zurückhaltung beim Abschluß von Policen mit ausländischen Versicherern und jedenfalls nicht mit einer

³ Siehe hierzu schon Jürgen Basedow, Das österreichische Bundesgesetz über internationales Versicherungsvertragsrecht – eine rechtspolitische Würdigung, in: Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im europäischen Wirtschaftsraum (1994) S. 89, 91 f., 99 f.

nennenswerten Vermehrung der Geschäftsabschlüsse im Dienstleistungsverkehr zu rechnen wäre.

7. Außerdem stünde jene Risikoverlagerung dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 95 Abs. 3 EGV) geradewegs entgegen. Der Verbraucherschutz würde vor allem dadurch verringert, daß es bei Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag zu einer Spaltung von Zuständigkeit und anwendbarem Recht käme: während nämlich die Gerichte im Land des Versicherungsnehmers nach dem Brüsseler bzw. Lugano-Übereinkommen⁴ die konkurrierende (Art. 8) oder sogar ausschließliche internationale Zuständigkeit (Art. 11) in Versicherungssachen haben, müßten sie in solchen Fällen wohl ausnahmslos ausländisches Recht anwenden, nämlich das Recht des Versicherungsunternehmens, das durch eine Rechtswahlklausel in der Police für maßgeblich erklärt würde. In keinem Mitgliedstaat verfügt die Anwaltschaft aber über hinreichenden Sachverstand, um solche Prozesse nach ausländischem Versicherungsvertragsrecht zu führen, und im Bereich der Justiz würden die Kosten für die Anwendung fremden Rechts unangemessen hoch⁵. Die freie Zulassung der Rechtswahl scheidet daher für den Bereich der kleineren kommerziellen Risiken und der Verbraucherrisiken aus.

III. Die zweite Option: Angleichung des materiellen Vertragsrechts

8. *Frühe Initiativen der EU-Kommission*

Der zweite Weg zur Verwirklichung des Versicherungsbinnenmarkts führt über die Angleichung des materiellen Versicherungsvertragsrechts. Diesen Weg hat die Kommission gegen Ende der 70er Jahre schon einmal beschritten⁶, doch erwies sich das Vorhaben der Vertragsrechtsangleichung unter den damaligen Gegebenheiten als zu schwierig, so daß sich die Kommission in den Versicherungsrichtlinien der zweiten Generation zunächst mit einer kollisionsrechtlichen Lösung zufrieden gab⁷. Unter dem Eindruck der Subsidiaritätsdebatte hat sie ihren materiellrechtlichen Angleichungsvorschlag dann 1993 zurückgezogen⁸.

⁴ Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, in der Fassung des dritten Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989, ABl. EG 1990 C 189/1; siehe dazu auch das vierte Beitrittsübereinkommen (Österreich, Finnland, Schweden) vom 29.11.1996, ABl. 1997 C 15/1; Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988, ABl. EG 1988 L 319/9.

⁵ Siehe dazu näher Ernst Steindorff, Rechtsangleichung in der EG und Versicherungsvertrag: ZHR 144 (1980) 447, 450 f.

⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung, ABl. EG 1979 C 190/2; siehe auch das sog. Schwartz-Dokument: "Errichtung des gemeinsamen Marktes für Schadensversicherungen": ZVersWiss 1972, 101 ff.

⁷ Siehe näher oben in Kap. I bei Fn. 37.

⁸ Siehe ABl. EG 1993 C 228/4, 14.

9. *Erneute Anläufe*

Erneute Bemühungen um eine materiellrechtliche Rechtsangleichung werden nun favorisiert vom Wirtschafts- und Sozialausschuß, nach dessen Stellungnahme die Defizite des Binnenmarkts insbesondere auf das "Fehlen von Gemeinschaftsvorschriften für Versicherungsverträge (ein Mindestmaß an Harmonisierung des materiellen Rechts)" zurückzuführen sind⁹. In dieselbe Richtung zielt eine Resolution des Europäischen Parlaments von Ende 1998; darin bekundet das Parlament die Auffassung, "daß die durch die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹⁰ erreichte Harmonisierung im Bereich des Allgemeinen Vertragsrechts nicht ausreicht, um zu verhindern, daß von Versicherungsunternehmen, die im Wege der Dienstleistung tätig werden wollen, in ungerechtfertigter Weise unter Berufung auf das Allgemeininteresse die Einhaltung von nationalen Vorschriften verlangt wird, und daß deshalb die vor zehn Jahren begonnenen Bemühungen um eine Angleichung der wichtigsten Bestimmungen des Rechtes der Versicherungsverträge und Versicherungsbedingungen wieder aufgenommen werden sollten."¹¹

10. *Vorteile der Angleichung des materiellen Rechts*

Die Angleichung des Versicherungsvertragsrechts in wesentlichen Punkten würde tatsächlich dafür sorgen, daß der Nachfrager auf die Vergleichbarkeit der Angebote vertrauen kann, die ihm von Versicherungsunternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten unterbreitet werden. Ob er sie dann wirklich im Detail miteinander vergleicht, ist eine nachrangige Frage; denn das berechtigte Vertrauen in ihre *Vergleichbarkeit* versetzt ihn in die Lage, auf die Hauptpunkte des Vertrages, vor allem die Hauptpunkte der Risikoabgrenzung und die Prämie zu schauen und seine Wahl zwischen verschiedenen Angeboten auf dieser Grundlage zu treffen. Im Extremfall einer völligen Rechtsvereinheitlichung durch eine flächendeckende EG-Verordnung führt diese Lösung sogar zu dem gleichen praktischen Ergebnis wie die Zulassung der freien Rechtswahl, nämlich zur Uniformisierung des Vertragsrechts, dem die Policen eines Gefahrenkollektivs unterliegen. Aber auch ohne eine solche Totalvereinheitlichung kann doch jeder Schritt in diese Richtung die Risiken reduzieren, die gegenwärtig in Gestalt unterschiedlicher Auslegung und Beurteilung von Versicherungspolicen bestehen. Schließlich käme eine Angleichung des materiellen Vertragsrechts auch dem Kontinuitätsinteresse der "Euromobilen" entgegen. Solange das europäische internationale Versicherungsvertragsrecht unverändert bleibt, würde sich zwar nichts daran ändern, daß jeder Umzug innerhalb der Gemeinschaft bei einer Erneuerung der Police zum Wechsel des maßgeblichen Rechts führt. Doch wäre dies leichter zu ertragen, wenn der Versicherungsnehmer darauf bauen könnte, daß wesentliche materielle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag unverändert bleiben.

⁹ Siehe die Stellungnahme (Fn. 42), ABl. EG 1998 C 95/72, 77 sub 2.1.9.

¹⁰ ABl. EG 1993 L 95/29.

¹¹ Protokoll vom 22.10.1998: Entschließung zum Entwurf einer Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen: Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen: EP-Dok. A4-307/98 (SEK (97) 1824-C4-0049/98); vgl. auch "Allgemeininteresse" im Versicherungswesen: EuZW 1999, 36.

IV. Resümee

11. Alles in allem verdient der zweite Weg den Vorzug, also ein weiterer Versuch zur Angleichung des materiellen Versicherungsvertragsrechts. Da der Versicherungsbinnenmarkt im Bereich der kleinen kommerziellen und der Verbraucherrisiken wie dargelegt immer noch nicht realisiert ist, sprechen gegen diesen Vorschlag auch keine Erwägungen der Subsidiarität; auf der Ebene der Mitgliedstaaten ist es während des vergangenen Jahrzehnts offenbar nicht gelungen, durch geeignete Angleichungsmaßnahmen im Bereich des Versicherungsvertragsrechts den Binnenmarkt zu verwirklichen. Unter den Bedingungen der Gegenwart sind die Erfolgsaussichten eines erneuten Harmonisierungsversuchs auch zweifellos größer als in der Vergangenheit. Die Einführung einer einheitlichen Währung und von elektronischen Medien führt dazu, daß gerade bei den unkörperlichen Dienstleistungen wie der Versicherung in Zukunft ein europaweiter Wettbewerb begünstigt wird. Seine Vorteile sollten durch ein zersplittertes Rechtssystem nicht aufs Spiel gesetzt werden.

Gesetzliche Schuldverhältnisse

Christian v. Bar, Osnabrück

I. Notwendigkeit einer Vereinheitlichung

1. *Bedeutung des außervertraglichen Haftungsrechts*

Das außervertragliche Haftungsrecht ist neben dem Vertragsrecht die zweite große Säule des Schuldrechts. Vertragsrecht kann nicht ohne Deliktsrecht, und Deliktsrecht kann in einer Marktwirtschaft nicht ohne Vertragsrecht sein. Denn es wäre sinnlos, ein Vermögenserwerbs- ohne ein Vermögensschutzrecht zu schaffen, und es wäre genauso sinnlos, ein Vermögensschutzrecht zu haben, dem nicht ein Vermögenserwerbsrecht zugesellt wäre. Vertrags- und Deliktsrecht sind, so besehen, die zwei Seiten einer einzigen Medaille.

2. Während das Vertragsrecht typischerweise inter partes wirkt, gewährt das Deliktsrecht einen "Rundumschutz" gegenüber jedermann. Deliktsrecht gleicht Schäden unabhängig von einer schon vor dem Schadensereignis bestehenden Sonderverbindung zwischen den späteren Parteien aus. Es erfaßt den Menschen in allen denkbaren Lebenssituationen: als Verkehrsteilnehmer und als Verbraucher, als Patient und als Nachbar, als Opfer einer Umweltbelastung und als Sporttreibender, als Anleger und Tourist, als Opfer von staatlicher Willkür¹ oder von Hooligans, als Opfer der Medien wie als Opfer der eigenen Eltern. Es gibt praktisch keinen Bereich privater, beruflicher oder öffentlicher Lebensgestaltung, in dem das Deliktsrecht nicht eine Rolle spielen würde.

3. *Wirtschaftsnahes und wirtschaftsfernes Deliktsrecht*

Bei einer funktionalen, juristisch freilich gerade nicht durchzuhaltenden Betrachtungsweise kann man vielleicht zwischen einem wirtschaftsnahen und einem wirtschaftsfernen Deliktsrecht unterscheiden. Daß der wirtschaftsnahe Teil des Deliktsrechts in seiner gegenwärtigen Zersplitterung den Ausbau des Binnenmarktes behindert, daran kann überhaupt kein Zweifel sein. Das Produkthaftungsrecht ist offenkundig nur ein Beispiel unter vielen. Unterschiedliches Deliktsrecht wirkt auf dem

¹ Die Haftung der öffentlichen Hand und ihrer Organe untersteht in manchen Rechtsordnungen zwar einem Sonderregime, wird vielfach aber auch ganz einfach nach den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts beurteilt (z.B. in Belgien und in England).

gesamten Dienstleistungssektor² nicht minder wettbewerbsverzerrend als es bis vor nicht allzu langer Zeit unterschiedliches Produkthaftungsrecht auf dem Markt für Waren tat. Andere Beispiele sind leicht gefunden. Man denke an die Haftung für Angestellte und Subunternehmer, an den großen Bereich der Umwelthaftung³, an das Medienhaftungsrecht, an das Recht der Dritthaftung vermögensbetreuender Berufe, an den Schutz von Unternehmen vor Eingriffen in ihre gewerbliche Tätigkeit, an die Haftung vollmachtloser Vertreter⁴, an die Haftung für Kreditgefährdung und Herkunftstäuschung, und an Marktdelikte aller Art.

4. In der großen Bandbreite des Deliktsrechts gibt es aber natürlich auch Materien, die so wirtschaftsfern sind, daß sie mit dem Funktionieren des Binnenmarktes unmittelbar nichts zu tun haben. Die Haftung der Eltern für ihre Kinder kommt da schnell in den Sinn, ebenso die Tierhalterhaftung des Privatmannes oder seine Haftung für die Sicherheit seines Grundstückes und des darauf gebauten Eigenheimes. Selbst hier noch gibt es freilich durch das Haftpflichtversicherungswesen mittelbare Bezüge zum Binnenmarkt.

5. *Deliktsrecht als geschlossenes Ganzes*

Juristisch ist aber viel wichtiger, daß im Ausgangspunkt *alles* Haftungsrecht immer wieder und immer aufs Neue zunächst aus einer einzigen Basisnorm zu entwickeln ist.⁵ Das Deliktsrecht mag ebenso wie das Vertragsrecht zwischen einem "Allgemeinen" und einem "Besonderen Teil" unterscheiden (oder doch jedenfalls eine solche Unterscheidung ebenfalls entwickeln können), aber diese Unterscheidung weist (bzw. wiese) doch ganz andere Strukturen auf, als ihr vertragsrechtliches Pendant. Denn während z.B. Kauf, Dienst- und Werkvertrag nach juristischen Kriterien getrennt sind, hält sich die Unterscheidung (z.B.) zwischen Produkt-, Verkehrs- und Umwelthaftung allein an lebensstatsächliche Kriterien⁶, die vielfältige Überlappungen kennen. Das Deliktsrecht ist ein Gebiet, in welchem in Wahrheit alles mit allem untrennbar verwoben ist.

6. *Versicherung, Beratung, Mobilität*

Es kommt hinzu, daß modernes Haftungsrecht vor dem Hintergrund eines ausgebauten Versicherungswesens, insbesondere einer ausgebauten Haftpflichtversicherung operiert. In Deutschland z.B., so sagt man wenigstens, haben Überlegungen zur Versicherungsdeckung zu den Haftungshöchstsummen und zum Ausschluß des

² Hier kann dem Deliktsrecht - je nach der im Einzelfall jeweils einschlägigen Konkurrenzregel - eine doppelte Aufgabe zufallen: Es tritt ergänzend neben die Regeln der Vertragshaftung im Verhältnis der Parteien untereinander, und es beherrscht oft ausschließlich die Beziehungen zu vertragsfremden Dritten, die infolge einer Schlechtleistung Schaden nehmen.

³ Zu den Anstrengungen des Europarates und der EU, auf diesem Gebiet zu einer Rechtsangleichung zu kommen, s. näher v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I (1996) Rdnr. 379-383 und 387-389; II (1999), Rdnr. 399. S. ferner Wolfrum/Langefeld, Umweltschutz durch internationales Haftungsrecht (Berlin 1999).

⁴ Anders als in Deutschland (§ 179 BGB) unterliegt auch diese Haftung vielfach dem allgemeinen Deliktsrecht, z.B. in Belgien, Frankreich und Luxemburg (Artt. 1382, 1383 Cc).

⁵ S. bereits oben Kapitel I. Wegen der gewaltigen Bedeutung des *torts of negligence* gilt das letztlich selbst für das Common Law.

⁶ Auch hier gilt freilich: keine Regel ohne Ausnahme. Denn anders ist das z.B. im Bereich des französischen Verkehrshaftpflichtrechts, weil man hier heute davon ausgeht, daß das einschlägige Gesetz aus dem Jahre 1985 ein autonomes Haftungsregime geschaffen habe.

Schmerzensgeldes im Recht der Gefährdungshaftung geführt. Wenn das zutrifft, dann muß unterschiedliches Haftungsrecht den europäischen Haftpflichtversicherungsmarkt erheblich beeinträchtigen. Bei der heutigen Mobilität der EU-Bürger sind zudem Auslandsunfälle an der Tagesordnung. Mit welchen Schwierigkeiten ein EU-Bürger zu kämpfen hat, der nach einem solchen Auslandsunfall in seinem Heimatstaat Rechtsberatung sucht, ist geradezu grotesk. Anwälte, die sich im Internationalen Privatrecht auskennen, sind schon eine Seltenheit; Anwälte, die zuverlässig über ausländisches Deliktsrecht Auskunft geben können (und sei es auch nur bei einem ganz einfachen Verkehrsunfall), gibt es praktisch kaum. Ins innereuropäische Ausland zu reisen, bedeutet immer noch allzu leicht, aus rein tatsächlichen Gründen überhaupt keinen Ersatz zu bekommen, weil man die enormen Schwierigkeiten und Kosten der Rechtsverfolgung scheut. Mit der Vereinheitlichung des Internationalen Deliktsrechts (des Internationalen Privatrechts auf dem Gebiet des Deliktsrechts), wie sie derzeit durch die Schaffung einer "Rom II"-Konvention angestrebt wird, wären zwar durchaus einige Fortschritte verbunden. Auch ist die Streichung von Art. 38 des deutschen EGBGB a.F.⁷ außerordentlich zu begrüßen.⁸ An der Unzulänglichkeit nur der Vereinheitlichung bzw. Annäherung von Kollisionsrecht ändert das freilich nichts.

7. *Der Vergleich mit Mehrrechtsstaaten*

Zu den Hauptargumenten der Gegner eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches gehört bekanntlich, daß es auf der Welt eine ganze Reihe von höchst erfolgreichen Mehrrechtsstaaten gibt. Warum also in Europa nicht weiterhin den "Wettbewerb der Rechtsordnungen" zulassen? Das Argument überzeugt gerade in der Perspektive des Deliktsrechts noch weniger als sonst. Die Deliktsrechte z.B. der Staaten der USA weichen auch dort, wo es (wie zumeist) kein Bundesrecht gibt, nur in Marginalien voneinander ab; immer schon gab es Lehrbücher und andere Unterrichtsmaterialien, die das ganze Gebiet der USA abdecken, immer schon haben sich die Gliedstaatsgerichte gegenseitig zitiert. Wirklich signifikante Unterschiede in einem sozial wie rechtspolitisch so sensiblen Gebiet wie dem Deliktsrecht hält auf die Dauer kein Mehrrechtsstaat aus. Und selbst im Vereinigten Königreich haben Schlüsselentscheidungen wie z.B. *Donoghue v. Stevenson*⁹ schon früh zu einer entscheidenden Angleichung des schottischen und des englischen Haftungsrechts geführt. Heute ist es alles andere als einfach, die verbliebenen Unterschiede zwischen diesen beiden Jurisdiktionen präzise zu benennen; auch hier geht es längst nur noch um Marginalien.¹⁰

⁷ S. oben Kapitel II, Beitrag v. Bar.

⁸ Ein Beispiel für die grotesken Folgen dieser Vorschrift in ihrer bisherigen (und auf Altfälle weiterhin anwendbaren) Vorschrift: Wurde ein französisches Kleinkind von einem deutschen Kraftfahrzeug in Frankreich verletzt, so konnte es über § 7 Abs. 2 StVG leicht dazu kommen, daß das Kind, hätte sein französischer Anwalt in Deutschland Klage erheben lassen, ohne jeden Ersatz geblieben wäre. Hätte der Anwalt dagegen in Frankreich geklagt, wäre das Kind vollständig entschädigt worden, auch hinsichtlich seines immateriellen Schadens. Diese französische Entscheidung wäre wiederum in Deutschland anerkannt worden. Ein Anwalt, der in Deutschland geklagt hätte, wäre also wegen einer Verletzung seiner Vertragspflichten im Zweifel schadensersatzpflichtig geworden.

⁹ [1932] AC 562 (HL); näher v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, Rdnr. 274.

¹⁰ v. Bar aaO Rdnr. 299-301.

8. *Schaffung einer europäischen Begrifflichkeit*

Ein ganz wichtiger Grund für die Notwendigkeit eines gesamteuropäischen Vorgehens auf dem Gebiet des Deliktsrechts ist in der bisherigen Diskussion fast vollständig übersehen worden, der Umstand nämlich, daß das Instrument der rechtsangleichenden Richtlinie mehr und mehr an seine Leistungsgrenzen zu stoßen beginnt. Im außervertraglichen Haftungsrecht hängt das ganz wesentlich mit dem Fehlen einer gemeineuropäischen Begrifflichkeit zusammen. Nahezu jede haftungsrechtliche Richtlinie muß notgedrungen mit Ausdrücken wie "Schaden", "Verschulden" (oder Haftung "ohne Verschulden"), "Pflichtverletzung", "Kausalität", "Gesamtschuld", "Verjährung" etc. arbeiten. Solange diese Begriffe inhaltlich nicht für dasselbe stehen, müssen sie jedoch unweigerlich für Verwirrung sorgen. Das bisherige Scheitern einer Dienstleistungsrichtlinie hängt ganz wesentlich hiermit zusammen.¹¹ Ohne eine angleichende Arbeit an den Kernelementen des außervertraglichen Haftungsrechts bleibt längerfristig auch eine jede bloß sektoral ansetzende Rechtsangleichung zum Scheitern verurteilt.

9. *Defizite sektoraler Rechtsangleichung*

Außerdem kann man bei einer Differentialdiagnose des bisherigen Richtlinien- bzw. Richtlinienentwurfsrechts sehen, daß die europäische Rechtssetzungspolitik eben deshalb, weil sie nicht das ganze Schuldrecht (oder auch nur das ganze Haftungsrecht) in den Blick nehmen wollte und konnte, immer wieder Gefahr lief, eine Vielzahl von neuen Verwerfungen den Grund zu legen. Verjährungs- und Verwirkungsfristen müssen auf einander abgestimmt werden; es genügt nicht, für jeden Sektor je für sich neue Regeln zu entwerfen, die weder miteinander harmonisieren noch das Problem einer Abstimmung zwischen dem vertrags- und dem außervertraglichen Haftungsrecht in den Blick nehmen. Ganz ähnliche Erwägungen gelten im Hinblick auf Fragen der Haftung Mehrerer (Teilschuld oder Gesamtschuld?), auf Fragen des Regresses unter ihnen, auf Fragen des Mitverschuldens, des Schadensersatzes und der Schadensberechnung, der Haftung für Andere, der Beweislastverteilung usw. Man muß befürchten, daß sich an der "atomisierenden" Wirkung sektoraler Rechtsangleichung für das gesamte Privatrechtssystem der Mitgliedstaaten auch in Zukunft solange nichts ändern wird, wie man nicht endlich grundsätzlicher ansetzt. Allzu leicht hat bislang das, was in der Perspektive einer einzigen Materie als Rechtsangleichungserfolg gelten durfte, in der Perspektive der betroffenen Gesamtrechtsordnungen zu neuen Ungleichgewichtigkeiten und zu einer Entwicklung geführt, die der "Dekodifikation", wie man in Südeuropa sagt, weiteren Vorschub leistete. Überall entstehen neue, eng begrenzte Spezialgesetze; die Kodifikationen dagegen beginnen auszubluten.

10. *Die anderen gesetzlichen Schuldverhältnisse*

Für die anderen gesetzlichen Schuldverhältnisse gelten im Ausgangspunkt ganz ähnliche Überlegungen; der Unterschied ist nur, daß es für das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag bislang praktisch keinerlei richtlinienrechtliche Vorgaben gibt. Man muß das nicht notwendig als Nachteil empfinden: diese Gebiete sind noch weithin frei formbar.

¹¹ Eingehend v. Bar aaO Rdnr. 396-398.

11. Wie dem aber auch sei: Es scheint mir evident zu sein, daß es der Sachzusammenhang zwischen diesen beiden Gebieten und dem Vertrags- und dem Deliktsrecht unumgänglich machen wird, sich auch dem Bereicherungsrecht und dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zuzuwenden. Ob das Letztere wirklich in einer systematisch selbständigen Kategorie zum Klingen gebracht werden muß, darüber mag man vielleicht streiten, aber der soziale Konfliktstoff, um den es hier geht, bedarf einer rechtlichen Antwort. Vieles bliebe unerträglich unvollständig und unabgestimmt. Ein Vertragsrecht bleibt ein Torso, wenn man nicht weiß, wie sich die Rückabwicklung der auf einen nichtigen Vertrag erbrachten Leistungen vollziehen soll. Zwischen dem Recht der Eingriffskondiktion und dem außervertraglichen Haftungsrecht gibt es evidente Bezüge, die sich bis hinein in den Schadensbegriff und das Schadensersatzrecht im engeren Sinn fortsetzen. Andererseits sind die unberechtigte Fremd- und die angemäße Eigengeschäftsführung in mancher Hinsicht Sonderdelikte, was aber, wie man z.B. im Recht der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht leicht demonstrieren kann, Verbindungslinien auch zum Vertragsrecht nicht ausschließt.

II. Möglichkeit einer Vereinheitlichung

12. *Die Kernelemente eines Delikts*

Zu der Frage, in welcher Weise eine Vereinheitlichung der Grundregeln des Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse inhaltlich in Angriff genommen werden sollte, gibt es bislang noch kein ausgereiftes Konzept. Es wird im Rahmen der Study Group on a European Civil Code erst entwickelt werden müssen. Alles Folgende steht deshalb unter dem Vorbehalt der noch zu führenden gesamteuropäischen Diskussion und damit unter dem Vorbehalt besserer späterer Einsicht. Im Hinblick auf das außervertragliche Haftungsrecht wird man aber vielleicht heute schon die These wagen dürfen, daß die ersten Schritte in dem Versuch bestehen sollten, eine Grund- oder Basisnorm jedenfalls für die allgemeine Fahrlässigkeitshaftung zu formulieren; ob bestimmte Schuldformen (z.B. die Haftung für Vorsatz) einer selbständigen Regelung bedürfen, wird man abwarten müssen. Jene Grund- oder Basisnorm wiederum wird die Elemente eines Deliktes reflektieren müssen, die man in allen Rechtsordnungen findet: die Pflichtverletzung, die Kausalität und den ersatzfähigen Schaden.

13. *Die nächsten Schritte*

Von diesen drei Kernelementen ausgehend, wird man sich, so erscheint es mir jedenfalls aus heutiger Sicht, Stück für Stück voranarbeiten können. Obwohl es richtig ist, daß die drei genannten Kernelemente der außervertraglichen Haftung geradezu unmerklich ineinander übergehen, lassen sich doch zu jedem von ihnen ein Reihe eigenständiger gesamteuropäischer Regeln formulieren. So kommt es für das Vorhandensein einer Pflichtverletzung auf die Abweichung von dem Standard der erforderlichen Sorgfalt an, die ihrerseits entweder nach den Umständen des Einzelfalles oder nach gesetzlichen Vorgaben zu ermitteln ist. Der nächste gedankliche Schritt besteht dann darin, die Frage zu beantworten, in welchen Fällen nicht schon diese Standardabweichung für sich genommen zur Haftung genügen soll, es vielmehr noch darüber hinaus (ausnahmsweise)

eines Verschuldens im Sinne einer persönlichen Vorwerfbarkeit bedarf, um eine Haftung zu begründen. Umgekehrt kann man sich Fälle denken, in denen es trotz feststehender Standardabweichung und trotz Verschuldens jedenfalls nicht zu einer vollen, vielleicht sogar nicht einmal zu einer anteiligen Haftung kommen soll. Auch Kombinationen sind denkbar (z.B. bei der Eigenhaftung von Kindern), und es ist ebenso denkbar, in besonderen Fällen wenigstens ein qualifiziertes Verschulden zu verlangen (z.B. bei der persönlichen Haftung von Arbeitnehmern).

14. **Strikte Haftung**

Andererseits gibt es natürlich auch eine Vielzahl von Fällen, in denen es gar nicht auf eine Pflichtverletzung, vielmehr darauf ankommt, daß jemand wegen des Laufens einer besonderen Gefahr oder kraft "Zuständigkeit" für das Fehlfunktionieren einer Sache oder das Fehlverhalten einer Person unter seiner Kontrolle eintreten muß. In diesem Bereich der (in Deutschland) sog. Gefährdungshaftung wird man sehen müssen, wie weit man in die Einzelheiten gehen kann. In manchen Bereichen mag man sich vielleicht mit der Aufstellung von Grundregeln eher allgemeiner Art begnügen müssen (z.B. bei der Kfz-Haftung), in anderen wird man dagegen vollständige Regeln ausarbeiten können (z.B. im Recht der Haftung für Verrichtungsgehilfen).

15. **Kausalität**

Verhältnismäßig leicht müßten sich Fragen der Kausalität (oder der Zurechnung) in einem eigenen Abschnitt angehen lassen. Die Sachprobleme selbst sind natürlich alles andere als simpel, aber sie lassen sich doch isolieren und damit selbständig behandeln. Das neue niederländische BW liefert hier manche Anregung.

16. **Schaden und Schadensersatz**

Im Bereich des Schadens, so scheint es mir derzeit jedenfalls, könnte das italienische Konzept des *danno ingiusto* einen geeigneten Startpunkt bilden, von dem aus man sich in die problematischen Zonen (insbesondere des Rechts der Haftung für die sog. "reinen Vermögensschäden") vorarbeiten kann. Zweifelhaft erscheint mir dagegen, ob es eines selbständigen deliktsrechtlichen Rechtsfolgenrechts bedarf bzw. ob es wünschenswert wäre. Hier wird es im Zweifel darauf ankommen, eine Harmonisierung mit dem Vertragsrecht anzustreben, ein Ziel übrigens, das auch in vielerlei anderen Beziehungen angestrebt werden muß: bei der Verjährung etwa, bei der Frage, ob der eingetretene Schaden seinem Umfange nach vorhersehbar gewesen sein muß, im Recht der Gesamtschuld usw.

17. **Sonstige Materien**

Innerhalb der Study Group war es eine bewußte Entscheidung, die Arbeiten an den außervertraglichen Schuldverhältnissen möglichst parallel in Angriff zu nehmen. In diesem Bereich wird man anfangs vermutlich zwischen den vertragsrechtsnahen und den deliktsrechtsnahen Materien unterscheiden müssen (was der Sache nach heute in allen Rechtsordnungen bereits geschieht), um sich von hier aus zur der Frage vorzutasten, ob und welche übergreifenden Regeln sich daraus entwickeln lassen.

18. **Schluß**

Das außervertragliche Haftungsrecht läßt sich als eine dem Grundrechtsschutz artverwandte Materie begreifen. Was die Grundrechte gegenüber dem Staat leisten, leistet das außervertragliche Haftungsrecht in Ausfüllung der Pflicht des Staates, sich schützend vor die Grundrechte seiner Bürger zu stellen, im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander. Die Europäische Union ist andererseits eine Rechts- und Wertegemeinschaft. Im Rahmen einer solchen Gemeinschaft besteht eine realistische Chance, auch das Recht der gesetzlichen Schuldverhältnisse in gemeinsamen Regeln zu fixieren.

Das Recht der Kreditsicherheiten

Ulrich Drobnig, Hamburg

Angesichts der starken Unterschiede, die nach dem Überblick in Kap. I zwischen dem Recht der persönlichen Sicherheiten einerseits und dem Recht der dinglichen Kreditsicherheiten an Mobilien andererseits in den Mitgliedstaaten bestehen, ist es geboten, auch die Möglichkeit und Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung der beiden Grundtypen von Kreditsicherheiten getrennt zu untersuchen.

I. Persönliche Kreditsicherheiten

1. *Drei Schwerpunkte*

Der vergleichende Überblick über das Recht der persönlichen Kreditsicherheiten hat in diesem Bereich drei Schwerpunkte hervortreten lassen, für welche die Möglichkeit und Notwendigkeit einer einheitlichen europäischen Regelung getrennt untersucht werden muß:

Einmal das klassische Bürgschaftsrecht, das in den kontinentaleuropäischen Ländern überwiegend und weithin übereinstimmend in den Zivilgesetzbüchern niedergelegt ist. Aber auch die entsprechenden ungeschriebenen Regeln in den skandinavischen Ländern und im anglo-irischen Rechtskreis stimmen mit jenem klassischen Bürgschaftsrecht weithin überein.

Das klassische Bürgschaftsrecht wird heute jedoch in durchaus unterschiedlichem Maße abgeändert und ergänzt durch besondere Regeln zu Gunsten von Verbraucher-Bürgen. Einen eigenen Komplex stellt schließlich die gegenüber dem gesicherten Anspruch verselbständigte Garantie dar, die auch in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten so gut wie nie kodifiziert ist und sich auch wohl noch nicht in allen Ländern in gleichem Maße als eigenes Rechtsinstitut durchgesetzt hat.

2. *Notwendigkeit einheitlicher Regelung*

Das Bedürfnis einheitlicher Regelung kann für die drei Grundtypen persönlicher Sicherheiten einheitlich untersucht werden.

Im Vordergrund stehen die Bedürfnisse des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs im europäischen Binnenmarkt. Intensivere Produktions- und Vertriebstätigkeiten in einem Land außerhalb des Heimatstaates jedes größeren oder mittelgroßen Unternehmens

werden in aller Regel durch Gründung einer Tochtergesellschaft für den betreffenden Markt organisiert. Da diese Tochtergesellschaften oft aus ökonomischen Gründen nur knapp mit Kapital ausgestattet sind, müssen Kredite, die Banken in diesen Ländern den Tochtergesellschaften einräumen, sehr häufig durch Bürgschaften oder Garantien der ausländischen Muttergesellschaft oder ihrer Geschäftsführer bzw. Hauptgesellschafter abgesichert werden. Garantien spielen auch bei der Teilnahme an grenzüberschreitenden Ausschreibungen und der Durchführung großer Investitionsprojekte sowie im Rahmen der Außenhandelsfinanzierung eine bedeutsame Rolle.

Demgegenüber ist die Bedeutung persönlicher Kreditsicherungen von Verbrauchern sehr viel geringer, aber auch nicht ganz unbedeutend. Namentlich für die Startfinanzierung kleiner Unternehmen oder von freiberuflichen und anderen selbständigen Tätigkeiten werden Kredite oft durch Bürgschaften von Familienangehörigen oder Freunden abgesichert.

Im Vordergrund des praktischen Interesses steht unzweifelhaft die Notwendigkeit einheitlicher Regeln für grenzüberschreitende persönliche Kreditsicherheiten im Wirtschaftsverkehr.

3. *“Klassisches” Bürgschaftsrecht*

Die Möglichkeit, für das “klassische” Bürgschaftsrecht einheitliche Regeln auf europäischer Ebene zu entwickeln, ist nach dem vergleichenden Überblick in Kap. I als sehr realistisch einzuschätzen. Bei allen Unterschieden in Einzelheiten hat dieser Überblick doch gezeigt, daß in der Lösung der Grundfragen ein hohes Maß an Übereinstimmung in den Mitgliedstaaten besteht.

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß Arbeiten zu einheitlichen Regeln über das Bürgschaftsrecht aufgrund vergleichender Vorarbeiten bereits um das Jahr 1970 von der damaligen EG-Kommission aufgenommen worden waren. Sie beruhen auf vergleichenden Studien, welche das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg für das Recht der sechs Gründerstaaten der EWG und ergänzend Professor Hartley für das anglo-irische Recht im Auftrag der EG-Kommission vorgelegt hatten. Eine von der EG-Kommission eingesetzte Arbeitsgruppe, an welcher der Verfasser dieses Teils als Sachverständiger teilgenommen hatte, hatte sich auch bereits auf den Vorentwurf einer einschlägigen Richtlinie geeinigt. Bald nach dem Beitritt des Vereinigten Königreiches zur EG wurden diese Arbeiten allerdings eingestellt. An diese Vorarbeiten läßt sich zumindestens als Ausgangspunkt anknüpfen, wenn auch natürlich neuere Rechtsprechung und Gesetzgebung berücksichtigt werden muß, wie insbesondere das neue niederländische Zivilgesetzbuch, dessen einschlägige Teile zum Vermögensrecht 1992 in Kraft getreten sind. Ferner müssen natürlich die Rechtsordnungen der in die beiden erwähnten vergleichenden Studien noch nicht einbezogenen später hinzugetretenen Mitgliedstaaten Griechenland, Spanien, Portugal und Österreich sowie der drei skandinavischen Länder berücksichtigt werden.

4. *Sonderregeln für Bürgschaften von Verbrauchern*

Besondere gesetzliche Vorschriften zum Schutz von Verbrauchern, die eine Bürgschaft übernommen haben, sowie besondere Regeln, die für diese Fälle in der Rechtsprechung einiger Länder entwickelt worden sind, werfen zunächst eine allgemeine Frage der Gesetzgebungstechnik auf: Sollen Sonderregeln für Verbraucher in das geplante EuZGB überhaupt aufgenommen werden? Oder sollte man sie vielmehr in einem eigenen corpus

von Verbraucherschutzregeln zusammenfassen, evtl. im Zusammenhang mit eigens auf den prozessualen Verbraucherschutz zugeschnittenen besonderen Verfahrensregeln, wie etwa einer Verbandsklage für Verbraucherschutzorganisationen? Diese Frage kann natürlich nicht gesondert für einzelne Problembereiche beantwortet werden, sondern bedarf einer allgemeinen Lösung für ein künftiges EuZGB. Persönlich befürworte ich eine Integration des zivilrechtlichen Konsumentenschutzes in ein EuZGB aus mehreren Gründen: Einmal handelt es sich weitgehend um bloße Abwandlungen der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und Regeln. Im Interesse der Einheit und Realitätsnähe des Zivilrechts sollte dieser in der Rechtswirklichkeit überaus wichtige Bereich nicht ausgeblendet sein. Zum anderen dient es aber auch dem besseren Verständnis und der leichteren Handhabung der verbraucherrechtlichen Sonderregeln, wenn diese in den allgemeinen Kontext des Zivilrechts eingebettet sind, auf dessen Hintergrund sie ja auch entwickelt wurden. Ferner zeigt die legislative Erfahrung in den Niederlanden, daß eine solche Integration in ein allgemeines Zivilgesetzbuch rechtstechnisch durchaus zu bewältigen ist.

Eine sichere Antwort auf die Frage nach der Möglichkeit, einheitliche Regeln für Verbraucherbürgschaften zu entwickeln, läßt sich im Augenblick noch nicht geben. Dafür wird eine umfassende und genaue Prüfung der Rechtsprechung zu den typischen Fallsituationen der Verbraucherbürgschaften in allen Mitgliedstaaten erforderlich sein.

5. *Garantien*

Für die Vereinheitlichung der nationalen Regeln zur Garantie gelten weitgehend dieselben Überlegungen, die oben unter Nr. 3 zur "klassischen" Bürgschaft angestellt wurden. Die Garantie war in die vergleichenden Untersuchungen zum Recht der sechs Gründerstaaten der EWG sowie die ergänzende Untersuchung des anglo-irischen Rechts einbezogen. Aufgrund dieser vergleichenden Vorarbeiten wurde auch ein Vorschlag für eine einheitliche Regelung der Garantie ausgearbeitet und besprochen.

Inzwischen gibt es neben neuerer Gesetzgebung, den Regelungen der damals der Gemeinschaft noch nicht angehörenden heutigen Mitgliedstaaten und beträchtlicher Rechtsprechung auch internationale Regelungen und Vorschläge für die unabhängige Garantie. Im Rahmen des internationalen Handelsverkehrs geht es namentlich darum, Maßregeln gegen die offensichtlich unberechtigte Inanspruchnahme einer Garantie durch den Begünstigten zu entwickeln – insofern also in begrenztem Maße eine Art Akzessorietät zu dem gesicherten Anspruch wiederherzutellen. Die Standards, die dazu in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte entwickelt worden sind, stimmen in einem hohen Maße überein.

Die Möglichkeit, allgemein akzeptable Regeln zur Garantie zu entwickeln, ist daher positiv einzuschätzen.

II. **Kreditsicherheiten an Mobilien**

6. *Notwendigkeit eines EuZGB*

Ein Bedürfnis für einheitliche Regeln über Kreditsicherheiten an Mobilien kann sich aus zwei Gründen unterschiedlicher Tragweite ergeben. Der 1. Grund ist ein allgemein wirtschaftlicher. Gesicherte Kredite sind für den Schuldner billiger, weil der Gläubiger

für sie wegen des geringeren Risikos der Befriedigung einen geringeren Zinssatz verlangt. Diese praktische Erfahrung vom inländischen Kreditmarkt wird durch vergleichende Erfahrungen bestätigt: Je schlechter und unzuverlässiger die in einem Lande verfügbaren Kreditsicherheiten sind, um so höher ist normalerweise der Preis für einen Kredit, ausgedrückt in der Höhe des Zinssatzes. Ein Binnenmarkt muß also darauf dringen, gleiche wirtschaftliche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer herzustellen, indem künstliche Verzerrungen des Wettbewerbs abgebaut werden. Zu diesen künstlichen Verzerrungen des Wettbewerbs gehört u.a. auch das unterschiedliche Arsenal zulässiger Kreditsicherheiten sowie deren unterschiedliche rechtliche Qualität.

Zu diesem allgemeinen ökonomischen Bedürfnis für eine Vereinheitlichung tritt in einem Binnenmarkt auch noch ein rechtlicher Grund, der freilich auf eine bestimmte Gruppe von Kreditsicherheiten beschränkt ist. Dabei handelt es sich um Sicherungsrechte an Mobilien, die von einem Land in ein anderes Mitgliedsland der EU gelangen. Hierbei kann es sich einmal um einmalige Grenzübertritte handeln, insbesondere beim Export von Waren oder Investitionsgütern in einen anderen Mitgliedstaat. Es kann aber auch um ständige oder auch nur gelegentliche Grenzübertritte gehen, wenn insbesondere Transportmittel regelmäßig oder gelegentlich im grenzüberschreitenden Verkehr eingesetzt sind oder sie in der Hand von privaten Bürgern nur gelegentlich die Grenzen überqueren. Sowohl die gewerbsmäßig eingesetzten wie die privat genutzten Fahrzeuge, Schiffe oder Flugzeuge kehren aber in aller Regel an ihren jeweiligen Heimatstandort zurück.

In beiden Falltypen, also sowohl bei dem einmaligen Grenzübertritt in Erfüllung eines Exportgeschäftes wie bei häufigen Grenzübertritten mit Rückkehr an den Ausgangspunkt, entsteht ein sog. mobiler Konflikt: Nach dem traditionellen und allgemein anerkannten kollisionsrechtlichen Grundsatz der *lex rei sitae* ändert sich bei jedem Grenzübertritt einer Sache deren dingliches Regime: Im Augenblick der Grenzüberschreitung wird das Recht des Export- oder Herkunftslandes A abgelöst durch das Recht des Import- oder Einreiselandes B. Die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte werden einer neuen Sachenrechtsordnung unterworfen. Diese bestimmt, ob dingliche Rechte, die in A wirksam entstanden waren, in B überhaupt anerkannt werden und, wenn ja, welche Wirkungen sie nach dem Recht von B entfalten können.

Einheitliche Regeln für dingliche Kreditsicherheiten würden beide gegenwärtigen Schwachpunkte überwinden: Sie würden einerseits der Ungleichheit der rechtlichen Wettbewerbsbedingungen abhelfen und daher zumindest zu einer Annäherung der Zinssätze für gesicherte Kredite führen; und sie würden andererseits die Aufrechterhaltung und Beurteilung der Wirkungen der Kreditsicherheiten bei Grenzübertritten des Sicherungsgutes wesentlich erleichtern und auch insofern die Kreditkosten senken.

7. *Frühere Vorschläge für einheitliche Regeln*

Das vorstehend unter Nr. 6 bejahte Bedürfnis für einheitliche Regeln wird bestätigt durch eine Reihe von Vorschlägen, die verschiedene Gremien im Laufe der letzten dreißig Jahre mit unterschiedlichen Ansatzpunkten vorgelegt haben.

Die beiden frühesten Vorschläge aus der Mitte der 60er und den frühen 70er Jahren beschränkten sich darauf, Lösungen für die unter Nr. 6 erwähnten mobilen Konflikte zu entwickeln. Folgerichtig wurden Kollisionsnormen für die Anerkennung der "extraterritorialen Wirkungen von besitzlosen Sicherheiten" und des einfachen

Eigentumsvorbehalts vorgeschlagen.¹ Die Verwirklichung dieser Entwürfe hätte freilich nur den einen, und zwar den weniger gewichtigen der beiden oben unter Nr. 6 erwähnten Schwachpunkte der gegenwärtigen Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen beseitigt.

Tiefer, wenn auch sachlich beschränkt auf ein einziges Sicherungsmittel, setzten spätere Überlegungen der EG-Kommission aus den Jahren 1979 bis 1980 an. Vorgeschlagen wurde eine einheitliche Regelung über die Wirkungen eines Eigentumsvorbehalts: Ein schriftlich vereinbarter Eigentumsvorbehalt sollte ohne Eintragung wirksam sein, ebenso seine Verlängerung durch Vorausabtretung der Kaufpreisforderung anlässlich einer künftigen Veräußerung der Vorbehaltssache, und zwar ohne Anzeige an den Zweitkäufer.² Erst nahezu 20 Jahre später hat die EU-Kommission dieses Thema wieder aufgegriffen, s.u. Nr. 8.

Erwähnung verdient noch ein Modellgesetz über Sicherungsrechte, welches die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung in London im Jahre 1994 ausgearbeitet hat, um den Gesetzgebern in den Reformländern Ost- und Südosteuropas eine Anregung für ein modernes Regelwerk zu geben. Das Modellgesetz setzt im wesentlichen die Grundgedanken des Art. 9 des amer. UCC um, nämlich ein einheitliches Sicherungsrecht zu schaffen; entsprechend dieser Vorlage wird auch der Eigentumsvorbehalt durch ein besitzloses Sicherungsrecht des Verkäufers ersetzt.

8. *Neuer Vorschlag zur Regelung des einfachen Eigentumsvorbehalts*

Ein im April 1998 veröffentlichter und im Oktober 1998 geänderter Vorschlag für eine Richtlinie "Zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr"³ enthält in seinem Art. 4 Bestimmungen zur Angleichung der nationalen Rechtsordnungen über den einfachen Eigentumsvorbehalt. Eine einheitliche, in den 11 offiziellen Sprachen der Gemeinschaft abgefaßte Klausel ("Die Ware verbleibt bis zur Bezahlung im Eigentum des Verkäufers") oder eine Klausel mit "gleichwertiger Wirkung" muß in allen Mitgliedstaaten als gültig anerkannt werden (Abs. 2). Diese Klausel muß dem Käufer spätestens am Tage der Lieferung der Ware schriftlich mitgeteilt werden; die Mitteilung kann in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, auf der Rechnung oder auf einem die Ware begleitenden Lieferschein erfolgen. Weitere Formalitäten sind unzulässig (Abs. 1). Nachdem der Käufer in Zahlungsverzug geraten ist, kann der Verkäufer die Vorbehaltssache herausverlangen, und zwar auch im Konkurs des Käufers oder einem ähnlichen Verfahren (Abs. 3).

Den Mitgliedstaaten wird die Regelung der in der Richtlinie nicht angesprochen Probleme in bezug auf den Schutz gutgläubiger Dritter und der Wirkungen einer Verbindung der Vorbehaltssache mit anderen beweglichen Sachen oder einem Grundstück überlassen (Abs. 4).

¹ S. Kieninger 216, 221-222; s.a. Drobnič, Generalbericht 32-33.

² S. Kieninger 223-226; s.a. Drobnič, ibidem 33-34.

³ Geänderter Vorschlag einer Richtlinie v. 30.10.1998, Abl. EG 1998 C 374 S. 4.

9. ***Möglichkeit der Vereinheitlichung: Sicherungsgut im Besitz des Gläubigers***

Die Regelung des Besitzpfandes in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten ebenso wie in den drei skandinavischen Ländern und im anglo-irischen Rechtskreis stimmt nicht nur in den Grundzügen, sondern auch in vielen Einzelheiten überein. Es wird daher relativ leicht möglich sein, einheitliche Regeln für das Besitzpfand auszuarbeiten, die allgemein akzeptabel sein können. Leider ist freilich heute die praktische Bedeutung dieses Typs der Mobiliarsicherheit in allen Mitgliedstaaten nur noch gering, so daß sich praktisch nur ein bescheidener Vereinheitlichungseffekt erzielen läßt. Andererseits stellt das Besitzpfand aufgrund seiner weit in die Vergangenheit zurückreichenden praktischen Erfahrung und Bewährung noch heute das Grundmodell einer "geborenen" Kreditsicherheit dar; diejenigen Regeln, die nicht auf die Besitzlage am Sicherungsgut abstellen, lassen sich durchaus auch auf andere Typen von Kreditsicherheiten übertragen.

10. ***Möglichkeit der Vereinheitlichung: Sicherung von Geldkrediten durch Sicherungsgut im Besitz des Schuldners***

Wie in Kap. I gezeigt, konzentriert sich heute das praktische Interesse und Bedürfnis auf die rechtliche Regelung derjenigen Kreditsicherheiten für Geldkredite, bei denen das Sicherungsgut im Besitz des Schuldners bleiben kann. Bei Gütern des Umlaufvermögens sollte die Möglichkeit bestehen, das Sicherungsrecht auch als revolvingierende Sicherheit ausgestalten zu können, um so einen Umschlag der einzelnen Bestandteile des Sicherungsgutes zu ermöglichen.⁴

Der vergleichende Überblick hat freilich ergeben, daß die Mitgliedstaaten eine große Zahl sehr unterschiedlicher Rechtsformen eines besitzlosen Sicherungsrechtes gesetzlich oder durch Rechtsprechung entwickelt haben, teilweise auf der Grundlage eines besitzlosen Pfandrechtes, teilweise auf der Grundlage eines (Sicherungs)eigentums mit gegenüber dem Volleigentum abgeschwächten Wirkungen. Insbesondere aber die Bereitschaft, revolvingierende Sicherheiten zuzulassen, ist sehr unterschiedlich ausgeprägt und wird insgesamt eher stark beschränkt oder völlig ausgeschlossen.

Konzeptionelle Grundlage einer einheitlichen Regelung sollte ein besitzloses Pfandrecht sein; damit läßt sich die wünschenswerte Einheit der Sicherungsrechte in Anknüpfung an das traditionelle Besitzpfandrecht wahren und bekräftigen. Das Sicherungseigentum (in Form der deutschen und griechischen Sicherungsübereignung) sollte ebenfalls durch ein besitzloses Pfandrecht ersetzt werden. Soweit die Regeln über das Besitzpfand nicht auf die Übergabe und Innehabung des Besitzes am Sicherungsgut durch den Gläubiger (oder einen für ihn handelnden Dritten) abstellen, können sie auch unter Anpassung an die modernen Erfordernisse auf das besitzlose Pfandrecht erstreckt werden. Dieses sollte allerdings – entsprechend seines heute bestehenden praktischen Vorrangs – den Ausgangspunkt der Regelung bilden.

Ob eine Publizität durch Eintragung in einem Register oder in anderer Form erforderlich und erwünscht ist, bedarf näherer Prüfung. Dabei muß einerseits untersucht werden, welche Wirkungen die bestehenden Registersysteme an die Tatsache einer Eintragung knüpfen; und andererseits, ob sich nicht jedenfalls im Handelsverkehr Ersatzregeln entwickelt haben – wie eine Vermutung, daß bestimmte Waren und Güter typischerweise auf Kredit gekauft oder als Sicherungsgut beliehen werden und daher in der Regel mit

⁴ Einen guten, auch vergleichenden Überblick gibt Gabrielli, E., *Sulle garanzie rotative* (Napoli u.a. 1998).

Kreditsicherheiten belastet sind. Sollte eine Entscheidung zugunsten eines Registers fallen, wäre zu überlegen, ob nicht ein europäisches Zentralregister notwendig oder doch erwünscht wäre.⁵

Angesichts der Wünschbarkeit von globalen Sicherungen sollte die Idee ihrer institutionalisierten Form in Gestalt der Unternehmenshypothek sorgfältig erwogen werden. Dabei ist in erster Linie in Betracht zu ziehen die in Schweden und Finnland eingeführte "große", d.h. gegenständlich nahezu unbeschränkte Unternehmenshypothek. Allerdings muß das damit vielleicht verbundene Risiko, durch dieses Instrument die Finanzierung eines Unternehmens durch eine Bank zu monopolisieren, gesehen und auf seine Realität geprüft werden.

Für die Verwertung von Sicherheiten müssen moderne und flexible Regeln entwickelt werden. Anzustreben ist eine ausgewogene Balance zwischen dem Interesse des Gläubigers an einer zügigen Realisierung seiner Sicherheit einerseits und dem berechtigten Interesse des Schuldners an einem Schutz vor einem unbedenklichen Gläubiger andererseits.

11. *Möglichkeit der Vereinheitlichung: Sicherheiten an Forderungen*

Das Nebeneinander von Forderungsverpfändung und Sicherungsabtretung erscheint überflüssig. Da die Forderungsverpfändung im anglo-irischen Rechtskreis aus verständlichen Gründen unbekannt ist und die moderne Rechtsentwicklung eher die Sicherungsabtretung bevorzugt, empfiehlt sich eine institutionelle Konzentration auf das letztere Sicherungsmittel. Andererseits sollte die Sicherungsabtretung – ebenso wie die Sicherungsübereignung – auf ihren sicherungsrechtlichen Kern reduziert werden, also auf ein Sicherungspfand an Forderungen.

Wie beim besitzlosen Pfandrecht an Sachen stellt sich auch hier die Frage, ob das Sicherungspfand einer Publizität bedarf, sei es durch Eintragung in einem Register, sei es durch Anzeige an den Drittschuldner. Beides zu fordern (wie in England und Irland), erscheint jedenfalls aus Gründen der Publizität unnötig. Eine Anzeige an den Drittschuldner kann offensichtlich nur eine sehr indirekte Publizität herstellen; immerhin kann der Drittschuldner von Interessenten nach der Existenz einer Anzeige befragt werden. Bei Globalabtretungen ganzer Forderungsbestände dürften freilich solche Befragungen kaum praktikabel sein.

Ein Sicherungspfand sollte, um das wirtschaftliche Bedürfnis an Globalsicherheiten zu befriedigen, auch an künftigen Forderungen bestellt werden können, d.h. an solchen, für die zur Zeit der Bestellung der Sicherheit noch keine rechtliche Grundlage besteht.

12. *Möglichkeit der Vereinheitlichung: Sicherheiten für Warenkredite*

Für die Sicherung des Warenkredits hat sich als Sonderform einer Kreditsicherheit in nahezu allen Mitgliedstaaten der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers durchgesetzt. Seine Grundform, der einfache, auf die Sicherung des Kaufpreises für eine konkrete Kaufsache beschränkte Vorbehalt des Eigentums, ist in den meisten Ländern auch im Konkurs des

⁵ Dazu sind kürzlich einige Vorschläge gemacht worden, s. Mouly, La publicité des suretés réelles mobilières: Eur.Rev.Priv.L. 6 (1998) 51 ff.; Dolan/Vegter, A voluntary filing system for secured financing transactions in the European Union: ibidem 195 ff.

Käufers wirksam. Sollte die im Entwurf einer Richtlinie über die Bekämpfung des Zahlungsverzuges vorgesehene Regelung des einfachen Eigentumsvorbehalts angenommen werden, so wäre damit das Grundgerüst für die Vereinheitlichung des Eigentumsvorbehalts jedenfalls im Handelsverkehr des Binnenmarktes geschaffen. Auf dieser Linie kann auch eine Erstreckung auf Zivilkäufe erfolgen.

Im Interesse einer Sicherheit für die Finanzierung des laufenden Geschäftsbetriebes sollte auch der revolving Eigentumsvorbehalt wirksam sein, bei dem die Bestandteile eines Inbegriffes von Vorbehaltssachen austauschbar sind. Aus demselben Grund besteht auch ein Bedürfnis für den verlängerten Eigentumsvorbehalt, dagegen nicht unbedingt auch für den erweiterten. Eine Verlängerung des Vorbehalts in den künftigen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises sollte durch Anwendung der Regeln über das Sicherungspfand an Forderungen ermöglicht werden (s.o. Nr. 11). Für die Verlängerung in neue Sachen, die durch Verarbeitung der Vorbehaltssache entstehen, müßten eigene Regeln aufgestellt werden.

Schließlich ist zu überlegen, ob der Eigentumsvorbehalt als solcher erhalten, oder ob er nicht vielmehr durch ein besitzloses Pfandrecht des Verkäufers an der Kaufsache ersetzt werden sollte. Das Eigentum sollte dagegen nach den allgemeinen Regeln auf den Käufer übergehen. Ein solcher Ersatz der Sicherung durch das Eigentum wäre freilich nur akzeptabel, wenn dem Pfandrecht des Verkäufers nach dem Vorbild von Art. 9 des amer. UCC etwas stärkere Wirkungen beigelegt würden als einem normalen Pfandrecht. Eine solche Umstellung auf ein verstärktes Pfandrecht würde es zugleich dem Vorbehaltskäufer und seinen Gläubigern nach dem deutschen "Vorbild" des Anwartschaftsrechtes ermöglichen, die "Anrechte" des Vorbehaltskäufers an der Vorbehaltssache rechtlich zu nutzen.

Kapitel IV

Die Kompetenz der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vermögensrechts

Die Kompetenzen der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts und die möglichen Rechtsgrundlagen

Winfried Tilmann, Düsseldorf, und Walter van Gerven, Leuven/Maastricht

I. Vorbemerkungen

1. *Zeitliche Dimension, Vertragsfassung*

Die Frage nach der Kompetenz der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts und nach den möglichen Rechtsgrundlagen stellt sich bezogen auf den Zeitpunkt einer Realisierung dieses Vorhabens. Wir gehen davon aus, daß in jenem Zeitpunkt der Vertrag von Amsterdam in Kraft getreten ist. Wir halten es außerdem für wahrscheinlich, daß bis zu diesem Zeitpunkt weitere Änderungen am Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere im Dritten Teil (die Politiken der Gemeinschaft), Titel IV (Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr) verwirklicht sein werden. So ist zu erwarten, daß die Gemeinschaft den Katalog des Art. 65 EGV ergänzen wird, der bisher nur Teilbereiche der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen aufführt.

2. *Prognose*

Da sich die Antwort auf die Kompetenz-Frage auf einen unbekanntem Zeitpunkt in der Zukunft bezieht und die in jenem Zeitpunkt bestehenden Kompetenzen der Gemeinschaft im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zuverlässig vorhergesagt werden können, bestehen für die Beantwortung der Frage nur zwei Möglichkeiten,

- das Gutachten könnte von der gegenwärtigen Rechtslage ausgehen. Diese ist aber möglicherweise oder wahrscheinlicher im Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeiten an einer Kodifikation des europäischen Privatrechts überholt.

- Die Antwort könnte den Versuch unternehmen, die künftigen Ermächtigungsgrundlagen in einer Skala von realisierbar erscheinenden Möglichkeiten aufzuzählen. Diese Antwort wäre jedoch spekulativ und daher unbrauchbar.

3. ***Pragmatische Lösung***

Um dem Parlament eine brauchbare Antwort auf die Kompetenz-Frage zu geben, werden wir nachstehend eine an praktischen Erwägungen orientierte Stellungnahme abgeben.

- Ausgangspunkt muß zunächst eine Ermittlung des tatsächlichen Bedarfs an Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung im Bereich des Privatrechts sein. Die Gemeinschaft entwickelt ihr Recht entsprechend den tatsächlichen Bedürfnissen, worauf auch die tatbestandlichen Voraussetzungen der bestehenden Ermächtigungsgrundlagen hinweisen.

- Alsdann geben wir einen Überblick über die möglichen Instrumente (Ermächtigungsgrundlagen) für eine Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung, wobei wir die jeweiligen Vorteile und Nachteile diskutieren.

- Alsdann untersuchen wir, in welchem Umfang Art. 100a EGV (bisherige Fassung; Art. 95 EGV-Amsterdam) nach der Auffassung einer von mehreren vertretenen Meinungen als Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung im Bereich des Privatrechts in Betracht kommt (Nr. 49 ff.) und aus welchen rechtlichen oder strategischen Gründen eine andere Meinung sich für den Weg eines Vertrags außerhalb des EG-Rechts ausspricht (Nr. 82 ff.).

Im Hinblick auf die zeitliche Dimension des Vorhabens (oben Nr. 1) geben wir auf die Frage der rechtlichen Kompetenz im gegenwärtigen Zeitpunkt folgende Antwort:

Zunächst soll durch Wissenschaft und Praxis eine Musterkodifikation erarbeitet werden. Nähert sich diese Arbeit ihrem Abschluß, soll im Lichte der dann bestehenden politischen und rechtlichen Voraussetzungen entschieden werden, welche Rechtsgrundlage zur Verfügung steht und genutzt werden soll.

II. Materien des Schuld- und Sachenrechts, die vorrangig einer Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung bedürfen

4. ***Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Bereich des Schuldrechts***

Nachstehend führen wir unter dem Gesichtspunkt des rechts- und wirtschaftspolitischen Bedürfnisses nach Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung Materien aus dem Bereich des Schuldrechts auf.

5. ***Legitime Zugangsbeschränkungen***

In erster Linie sind hier die Hindernisse für die Grundfreiheiten des Vertrags (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsverkehrsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, Verkehrsrecht) zu nennen, die als gegenüber diesen Grundfreiheiten gerechtfertigte Zugangsbeschränkungen anerkannt sind¹. Diese

¹ Mestmäcker, Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, in: Hasse/Molsberger/Watrin, Festgabe für Wilgerodt (1994), S. 263/287 ff.

Ausnahmen sind beispielsweise in Art. 30 EGV (bisher Art. 36 EGV) genannt und von der Rechtsprechung des Gerichtshofs als ungeschriebene Ausnahmen zu Art. 28 EGV (bisher Art. 30 EGV) anerkannt. Aus dem Katalog des Art. 30 EGV ist hier insbesondere der Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums (Industrial Property) zu nennen. In diesem Bereich ist die erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) auf Art. 95 gestützt worden, weil die in ihr enthaltenen markenrechtlichen Regelungen die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben (Erwägungsgründe Absatz 1). Die Verordnung (EG Nr. 40/94) über die Gemeinschaftsmarke ist auf Art. 308 EGV (= bisher Art. 235 EGV) gestützt worden, die Verordnung (EWG Nr. 2081/92) zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen auf Art. 37 EGV (bisher Art. 43).

6. Im Bereich der ungeschriebenen Ausnahmen zu Art. 28 EGV stehen Regelungen des Verbraucherschutzes und des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb im Vordergrund. Da diese Bereiche als legitime Rechtfertigungen für Zugangsbeschränkungen anerkannt sind, haben Maßnahmen der Rechtsangleichung hier die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand (Art. 95 Abs. 1 EGV). Die Gemeinschaft hat bekanntlich im Bereich des Verbraucherschutzes auf der Basis von Art. 95 EGV zahlreiche Rechtsangleichungsmaßnahmen erlassen, von denen hier nur erwähnt seien: Die Richtlinien 85/374/EWG (Produkthaftung), 85/577/EWG (Haustür-Widerrufsgeschäfte), 87/102/EWG (Verbraucherkredit), 93/13/EWG (Klauselrichtlinie) und die Richtlinie 94/47/EWG (Time-sharing-Richtlinie). Aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts sind zu erwähnen die Richtlinie über irreführende Werbung (84/150/EWG) und die Änderungsrichtlinie zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (97/55/EG).
7. ***Verträge im Bereich der Grundfreiheiten***
Eine Rechtsangleichung ist über diese die Grundfreiheiten einschränkende legitimen Zugangsbeschränkungen ("Schutzbereiche") für die privatrechtlichen Regelungen erforderlich, die wegen ihrer unterschiedlichen Gestaltung in den Mitgliedstaaten den Grundfreiheiten des Vertrags ähnlich hindernd im Wege stehen wie die unterschiedliche Gestaltung der nationalen Vorschriften in den "Schutzbereichen". Ein weiterer Gesichtspunkt neben dem der Einschränkung des freien Warenverkehrs, Dienstleistungsverkehrs usw. ist der, daß sich aus den Unterschieden der nationalen Vorschriften Wettbewerbsverzerrungen ergeben können.
8. Eine Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung muß sich unter diesem Gesichtspunkt insbesondere den Vertragstypen zuwenden, die für den zwischenstaatlichen Geschäftsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind. Hierzu zählen das Kaufrecht (Warenverkehrsfreiheit) und der Dienstleistungsvertrag im umfassenden Sinne (Dienstleistungsfreiheit).
9. Auch hinsichtlich weiterer schuldrechtlicher Vertragstypen besteht ein Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung über den Bereich des Verbraucherrechts

hinaus. Hierzu zählen einmal Sondervertragstypen des Dienstleistungsvertrages (z.B. freie Berufe, Bankvertrag, Versicherungsvertrag) zum anderen Verträge im Bereich des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Sonderermächtigungen bestehen für das Landwirtschaftsrecht (Art. 35, 37 EGV), das Gesellschaftsrecht (Art. 48 Abs. 2 EGV) und das Recht des Verkehrs (Art. 71 EGV).

10. Ergänzend kommen für eine Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung die zivilrechtlichen Vorschriften über das allgemeine und besondere Vertragsrecht in Betracht, die für jeden Vertragstyp des besonderen Schuldrechts von Bedeutung sind.

11. ***Gesetzliche Schuldverhältnisse im Bereich der Grundfreiheiten***

Für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr von erheblicher Bedeutung sind schließlich die zivilrechtlichen Vorschriften, die sich mit dem Scheitern einer Geschäftsbeziehung oder mit Schäden befassen, die sich aus einer Geschäftsbeziehung ergeben. Nach einer Umfrage im Bereich der kleinen und mittelständischen Unternehmen sind es insbesondere die unterschiedlichen und in ihren Einzelheiten nicht überschaubaren Regelungen der Mitgliedstaaten im Bereich der Haftung und im Bereich der Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge, die solche Unternehmen davon abhalten, im grenzüberschreitenden Verkehr tätig zu werden.

12. Eine Rechtsangleichung im Bereich des vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Haftungsrechts sowie des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts würde daher durch Vereinheitlichung und bessere Transparenz ein erhebliches Hindernis für die Tätigkeiten im Sinne der Grundfreiheiten des EG-Vertrags beseitigen.

13. ***Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Bereich des Sachenrechts***

Nachstehend stellen wir die Materien des Sachenrechts dar, für die ein Bedürfnis nach Rechtseinheit besteht. Wir stellen die hier für eine Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung in Betracht kommenden Regelungen eingehender dar als im Bereich des Schuldrechts, dessen für den gemeinschaftsweiten Verkehr von Waren und Dienstleistungen relevante Verträge allgemein bekannt sind.

14. ***Gewerbliches und kommerzielles Eigentum***

Eine Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung im Sachenrecht ist wiederum in erster Linie für die Bereiche erforderlich, die als sogenannte "Schutzbereiche" den Grundfreiheiten des Vertrags entgegenstehen. Im Mittelpunkt steht hier das gewerbliche und kommerzielle Eigentum (Industrial Property) und das Urheberrecht (Art. 30 EGV).

15. ***Zwei ausgewählte Bereiche: Sicherheiten, Übertragung***

Eine Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung ist weiter im Bereich der sachenrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten notwendig, deren Unterschiedlichkeit bei grenzüberschreitenden Transaktionen als Hindernisse empfunden werden. Wir wählen nachstehend zwei Bereiche aus, für die ein Bezug zum Binnenmarkt ohne weiteres einleuchtet, ohne daß wir damit andere Bereiche des Sachenrechts von vornherein aus dem Bereich der Vorschriften ausklammern wollen, für die ein Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung besteht:

- Vermögensrechte als Sicherheiten,
- die Übertragung von Vermögensrechten.

16. ***Vermögensrechte als Sicherheiten***

Ein einheitliches Europäisches Sachenrecht (Vermögensrecht) ist in einer Wirtschafts- und Währungsunion insbesondere insoweit erforderlich, als das Vermögen zur Sicherung von Kapitalinteressen dienen kann². Allen Erscheinungsformen von Sicherheitsrechten bei beweglichen oder unbeweglichen Sachen geben dem Gläubiger ein Recht zur Befriedigung aus der Sache (in rem-protection), damit er im Fall eines Konkurses oder einer Finanzkrise des Schuldners eine bessere Position besitzt als einfache Gläubiger. Das Vermögensrecht gibt das Recht zur prioritären Befriedigung aus der Sache.

17. Ein Teil der Sicherheitsrechte setzt eine Registrierung voraus (in Deutschland: Hypothek, Grundschuld) oder einen Besitzübergang (in Deutschland: Pfandrecht). Bei beweglichen Sachen sind Sicherheitsrechte, die den Besitzübergang vorsehen, im Geschäftsleben weitgehend ungeeignet, weil sie dem Schuldner die Nutzung des Sicherungsgutes entziehen. Dennoch besteht ein Bedürfnis für die Rechtsangleichung in Bezug auf registrierte Rechte (insbesondere an unbeweglichen Sachen) und an Sicherheitsrechten, die eine Übertragung des Besitzes auf den Gläubiger voraussetzen.
18. Im Vordergrund des Bedürfnisses an Rechtsangleichung stehen jedoch die Vermögensrechte (Sicherheitsrechte), die einen Besitzübergang für ihre Entstehung nicht voraussetzen. Im Geschäftsleben entsteht das Bedürfnis nach solchen Sicherheiten auf der Seite des Schuldners, um Arbeitskapital für seinen Betrieb zu beschaffen, insbesondere um Investitionsgüter zu finanzieren. Auf der Seite des Gläubigers geht es hauptsächlich um die Sicherung der Bezahlung der Waren, die unter dem Vorbehalt der Übertragung des Eigentums nach Bezahlung übertragen werden sollen. Bei beiden Erscheinungsformen von Sicherheitsrechten soll dem Schuldner eine Benutzung des Vermögensobjekts in seinem Geschäftsbetrieb nicht erschwert werden. Dies führt zu einer Abstrahierung der Sicherheit von dem konkreten Objekt und zu einer Ausdehnung auf andere Objekte, wie sie beispielsweise in der "floating charge" des englischen Rechts in Erscheinung tritt³, aber auch in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten (Beispiele: Deutschland und die Niederlande; weniger ausgeprägt in Frankreich, Italien und Belgien) als bedingte Eigentumsübertragungen bekannt sind.⁴
19. Vermögensrechte als Sicherheitsrechte wirken häufig mit schuldrechtlichen Vereinbarungen zusammen. In diesem Zusammenhang sind zu nennen: Das Zurückbehaltungsrecht⁵, das Recht zur Aufrechnung⁶, das Recht zum Differenzkauf oder

² Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich insbesondere auf den Beitrag von Dahlhuisen, Security in Movable and Intangible Property. Finance sales, future interests and trusts, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Vranken, Towards a European Civil Code (1994), S. 361 ff.

³ Dahlhuisen, S. 362/363

⁴ Dahlhuisen, S. 379 bis 383

⁵ Dahlhuisen, S. 364

zum Rückkauf⁷ und automatische Kündigungen⁸. Ein einheitliches europäisches Vermögensrecht im Bereich der Sicherungsrechte muß daher diese schuldrechtlichen Abreden einbeziehen.

20. Im Mittelpunkt der Sicherheitsrechte steht der sogenannte finanzierte Kauf, bei dem der Verkäufer sich das Eigentum vorbehält und das Eigentum nach Erfüllung einer Bedingung (Bezahlung) auf den Käufer übergeht. Sicherungen dieser Art können zu Disparitäten führen, weil der Eigentumsübergang erst stattfindet, wenn auch der letzte Rest der Schuld bezahlt ist (Problem der Übersicherung). Eigentumsvorbehalt und der Leihkauf gehören ebenso in diese Kategorie wie das Finanzierungsleasing und das Factoring. Allerdings entsteht in der Hand des Sicherungsgebers (Vorbehaltskäufers) ein bedingtes Vermögensrecht, das ihm auch gegen eine Finanzkrise des Sicherungsnehmers (Vorbehaltskäufers) Sicherheit geben kann⁹. Wegen der großen Verbreitung dieser Formen besitzloser Sicherungsrechte erscheint eine Angleichung auf europäischer Ebene erforderlich.
21. Regelungsmaterien könnten in diesem Zusammenhang sein:
 - Veröffentlichung oder Registrierung von Sicherheiten
 - Interessenausgleich zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer sowie
 - Ausgleich der Interessen der Sicherungsnehmer.¹⁰
22. Das Repo, das Finanzleasing und das Factoring gehören zu den wichtigsten Vertragstypen finanzieller Verträge, bei denen eine Sicherung durch Vermögensrechte eingesetzt wird. Beim Repo verkauft und überträgt der Eigentümer seine Sicherheiten und nimmt den dafür vereinbarten Preis entgegen. Zugleich werden ein Rückkauf für einen späteren Zeitpunkt sowie ein Rückkaufpreis vereinbart. Die Preisdifferenz zwischen den beiden Verträgen (Repo-Differenz) bezieht sich auf den Marktpreis für entsprechende Tätigkeiten und legt eine Standardverzinsung zugrunde, die der üblichen Verzinsung für derartige Finanzmittel entspricht, jedoch um einen Faktor niedriger ist, weil der Kapitalgeber gesichert ist.¹¹
23. Beim Finanzleasing bleibt der Leasinggeber Eigentümer, der Leasingnehmer nutzt jedoch den Gegenstand gegen regelmäßige Zahlungen. Am Ende der vereinbarten Laufzeit wird der Leasingnehmer normalerweise Eigentümer des geleasteten Gegenstandes, wobei er eine Restzahlung leistet; jedenfalls erhält er eine Option, Eigentümer zu werden. Die Kapitalgeber können auf diese Weise höhere Einkünfte erzielen. Die Leasingnehmer können die Leasingraten aus der Nutzung finanzieren. Eine besondere Erscheinungsform des Finanzleasings ist das sale and lease back-Verfahren, bei dem der Eigentümer vorübergehend sein Eigentum gegen ein Leasingrecht überträgt.¹²

⁶ Dahlhuisen, S. 365

⁷ Dahlhuisen, S. 365/366

⁸ Dahlhuisen, S. 366

⁹ Dahlhuisen, S. 368

¹⁰ Dahlhuisen, S. 369 bis 371

¹¹ Dahlhuisen, S. 372

¹² Dahlhuisen, S. 372

24. Beim Factoring werden Zahlungen von einer Organisation entgegengenommen, die professionell die Verwaltung von Außenständen übernimmt, für die Zwischenzeit Kredite vergibt und häufig die Zahlungen garantiert.¹³ Das Factoring kann mit einem Verzicht auf Rückgriff verbunden werden und bedeutet dann einen Verkauf von Außenständen (gegen Diskont).¹⁴
25. Das Repo, das Finanzleasing und das Factoring haben unter dem Gesichtspunkt des Vermögensrechts gemeinsam, daß sie ein zwischen zwei Personen aufgeteiltes Vermögensrecht schaffen, an dem beide Parteien Eigentümerinteressen haben. Eine zutreffende vermögensrechtliche Erfassung dieser Finanzierungstechniken muß dieses "geteilte Vermögensrecht" berücksichtigen, das im Fall des Konkurses des Finanzierers oder des Finanzmittelempfängers eine Zuordnung des gesamten Vermögensrechts zu einer der beiden Seiten vermeidet.¹⁵ Diese Probleme können nur durch eine vermögensrechtliche Regelung gelöst werden¹⁶, für die ein erhebliches Interesse an einer europaweit einheitlichen Gestaltung besteht.
26. Mit den Sicherheitsinteressen an Vermögensrechten zu Zwecken der Finanzierung können andere Beteiligungsformen kollidieren, für die ebenfalls ein europaweites Interesse an einheitlicher Gestaltung besteht, insbesondere der Nießbrauch, das Handelsleasing und der Leibrentenvertrag.¹⁷ Abgegrenzt werden müssen Vermögensrechte zur Sicherung privatrechtlicher Ansprüche auch von Privilegien in Vollstreckungsverfahren, wie sie insbesondere in Frankreich verbreitet sind.¹⁸ Zu erwähnen sind ferner entsprechende Privilegien der öffentlichen Hand, wie sie in Großbritannien und in den USA geregelt sind.¹⁹
27. Gemeinsam ist vielen Sicherheitsrechten, daß sie eine bedingte oder zeitlich begrenzte Inhaberschaft zur Folge haben, die nach kontinentalem Recht einen Eigentümereffekt besitzen, während im Common Law-Bereich das Eigentümerrecht als absolutes Recht aufgeteilt ist in ein Recht auf Besitz und ein Recht auf Nutzung, jeweils bezogen auf die Rechte anderer.²⁰ Ein Konzept für diese "geteilte Inhaberschaft" ist die Konstruktion als "Treuhänder" (Trust), die die notwendige Flexibilität gibt. Ein Vordringen dieser Konstruktion ist insbesondere im angelsächsischen Bereich zu beobachten, während der Civil Law-Bereich mit der begrenzten Erscheinungsform von Vermögensrechten sich mit diesem Gedanken schwer tut. Die Anerkennung treuhänderischer Pflichten ist das überzeugendere Konzept als eine Beschränkung von Rechten unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben.²¹

¹³ Dahlhuisen, S. 373

¹⁴ Dahlhuisen, S. 373

¹⁵ Dahlhuisen, S. 373/374

¹⁶ Dahlhuisen, S. 374

¹⁷ Dahlhuisen, S. 375

¹⁸ Dahlhuisen, S. 376

¹⁹ Dahlhuisen, S. 376

²⁰ Dahlhuisen, S. 377

²¹ Dahlhuisen, S. 378/379

28. Einer europarechtlich einheitlichen Regelung bedarf auch die Organisation der “floating charge”, der in Deutschland und den Niederlanden die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung mit einer automatischen Ersetzung des Sicherungsguts durch Substitute oder die vereinbarte Einbeziehung künftiger Werte entspricht. Eine Beschränkung dieser Übertragungen durch Spezifitäts- oder Identifikations-Regeln erweist sich als erforderlich²². Versuche in den Niederlanden, diese Sicherungsformen einzuschränken, haben zu praktischen Problemen geführt.²³ Die Abgrenzung von Übertragungsbefugnissen und eine Sicherung im Konkurs erscheint erforderlich.²⁴ Der Status und die Priorität der “floating charge” in Großbritannien ist nicht vollständig geklärt.²⁵ Frankreich, Italien und Belgien sind hinsichtlich der Anerkennung der “floating charge” restriktiv.²⁶

29. **Übertragung von Vermögensrechten**

Ein zweites und zentrales Thema für ein einheitliches Europäisches Vermögensrecht ist eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Übertragung von Vermögensrechten an beweglichen Sachen. Übertragungsakte in bezug auf solche Vermögensrechte finden im Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten statt.

30. In England sowie im französischen Rechtskreis (Frankreich, Belgien, Luxemburg) und in Italien gilt der Grundsatz, daß Vermögensrechte durch einen Vertrag übertragen werden, auch dann, wenn der Gegenstand, auf den sich das Vermögensrecht bezieht, nicht übergeben worden ist. Der Grundsatz gilt im französischen Rechtskreis mit besonderer Klarheit. In Italien gilt er nur für spezifizierte Güter; außerdem muß der Vertrag sich manifestiert haben. Im englischen Recht geht das Vermögensrecht durch einen unbedingt geschlossenen Vertrag über; wird der Vertrag bedingt unter einer Bedingung geschlossen, erfolgt der Übergang erst durch den Eintritt der Bedingung, beispielsweise wenn die Bezahlung zur Bedingung gemacht worden ist.²⁷

31. In Deutschland, Griechenland, den Niederlanden und in Schottland gilt, daß ein Vermögensrecht mit der Übertragung des Besitzes übergeht, wenn die Parteien sich beim Besitzübergang über den Eigentumsübergang einig sind.

32. Die Vertragslösung und die Besitzübertragungs-Lösung sind in den jeweiligen Rechtsgebieten für bestimmte Anwendungsfälle eingeschränkt (differenziert) worden, beispielsweise das Besitzübertragungs-Prinzip durch die “brevi manu traditio” und für den Fall, in dem sich eine dritte Person im Besitz befindet oder der Übertragende den Besitz behalten soll. In Deutschland und in den Niederlanden wird das “Einigsein” in bezug auf die Eigentumsübertragung von dem schuldrechtlichen Vertrag getrennt gesehen und als “Realvertrag” verstanden.

²² Dahlhuisen, S. 379 bis 381

²³ Dahlhuisen, S. 381

²⁴ Dahlhuisen, S. 381/382

²⁵ Dahlhuisen, S. 382

²⁶ Dahlhuisen, S. 383

²⁷ Zu Nr. 48 - 51: Drobnig in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/du Perron/Vranken, Towards a European Civil Code (1994), S. 345 bis 360

33. Eine Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung bei der Vermögensrechtsübertragung muß nach unserer Meinung vom Besitzübertragungs-Grundsatz ausgehen, weil er dem Interesse von Dritten und der Allgemeinheit am besten entspricht, den Zeitpunkt des Vermögensrechtsübergangs festzustellen. Der Grundsatz muß aber für spezifische Sachverhalte eingeschränkt werden. Auf einen "Realvertrag" entsprechend der deutschen Tradition sollte verzichtet werden.

III. Die in Betracht kommenden Ermächtigungen des EG-Vertrages

34. *Erste Säule*

Wir beschränken unsere Untersuchung auf die Kompetenzen der EU und auf die möglichen Rechtsgrundlagen innerhalb der ersten Säule, also des EG-Vertrags. Der Grund dafür ist, daß die Vorschriften über die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. K 1 Nr. 6 des EU-Vertrages in der Fassung von Maastricht) durch den Vertrag von Amsterdam in die erste Säule (den EG-Vertrag) übernommen worden ist (Art. 65 EGV).

35. *Grundsatz der begrenzten Ermächtigungen*

Auszugehen ist von dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigungen, wie er in Art. 5 Abs. 1 EGV niedergelegt ist. Danach wird die Gemeinschaft innerhalb der Grenzen der ihr im EG-Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig. Die in diesem Kapitel des Gutachtens behandelte Frage muß daher wie folgt präzisiert werden: Bieten die der Gemeinschaft im EG-Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele eine tragfähige Grundlage für die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts? Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs²⁸ muß sich im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsaktes auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen. Zu diesen Umständen gehören insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsaktes.

36. *Art. 293 EGV nicht anwendbar*

Auszuscheiden ist von vornherein die Rechtsgrundlage des Art. 293 EGV (bisher Art. 220), dessen begrenzte Ermächtigungen für eine vertragliche Regelung nicht die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts umfassen.

37. *Mögliche Rechtsgrundlagen*

Als Ermächtigungsgrundlagen für die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts kommen in Betracht und müssen untersucht werden

- Art. 65 bis 68 EGV (neu geschaffen durch den Amsterdamer Vertrag)
- Art. 94 EGV (bisher Art. 100 EGV)
- Art. 95 EGV (bisher Art. 100a EGV)

²⁸ EuGH v. 13.05.1997, Rs. C-233/94, EuZW 1997 (Deutschland/Parlament und Rat), 436/437 unter Hinweis auf EuGH vom 03.12.1996, Rs. C-268/94 Tz. 22 (Portugal/Rat)

- Art. 308 EGV (bisher Art. 235 EGV).

Wir behandeln hier nicht Rechtssetzungsermächtigungen für Sonderbereiche wie Landwirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht und Verkehrsrecht (oben Nr. 9).

38. Art. 65 und 67 EGV

Nach Art. 65 EGV schließen die Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, die, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind, nach Art. 67 EGV zu treffen sind, ein:

a) Verbesserung und Vereinfachung

- des Systems für die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke;
- die Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln;
- die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen;

b) Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten;

c) Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften.

Der Buchstabe a) betrifft die Zusammenarbeit der Gerichte, der Buchstabe c) eine Beseitigung von Hindernissen in Zivilverfahren. Buchstabe b) spricht den Bereich des internationalen Privatrechts und den Bereich des internationalen Kompetenz-Rechts an; er spricht insoweit von einer "Förderung der Vereinbarkeit", womit eine Rechtsangleichung gemeint ist. Die in Buchstaben a) bis c) genannten Ermächtigungen enthalten ihrem Wortlaut nach keine Ermächtigung zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts.

39. Die Formulierung des Art. 65 EGV unterscheidet sich allerdings von der Formulierung des Art. K1 des EU-Vertrages Maastricht²⁹ insofern, als Art. 65 EGV keinen abschließenden Handlungskatalog aufstellt. Nach Art. 61 EGV erläßt der Rat "zum schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" (also zur Schaffung eines "Rechtsraums") gemäß seinem Buchstaben c) "Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nach Art. 65." Art. 65 EGV ist dahin formuliert, daß die Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen die in seinen Buchstaben a) bis c) genannten Materien "einschließen" ("include"). Dies schließt nicht aus, daß auch andere Bereiche der justitiellen Zusammenarbeit unter Art. 61 Buchstabe c) und Art. 65 fallen. Nach unserer Meinung enthält Art. 65 mit der Formulierung "schließen ein" zwar eine

²⁹ Dazu Fischer, EuZW 1994, 747 ff.

gewisse "Öffnung", deren Richtung und Reichweite jedoch aus dem Gesamtzusammenhang der Vorschrift heraus näher bestimmt werden müssen. Es muß sich bei den (noch nicht aufgezählten) Maßnahmen um solche im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen handeln. Selbstverständlich gilt auch für solche nicht genannten Materien, daß der Rat Maßnahmen nach Art. 67 EGV nur ergreifen kann, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind (Art. 65 EGV). Wir sind der Meinung, daß auch unter Berücksichtigung dieser "Offenheit für nicht geregelte Materien" die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts auf der Grundlage von Art. 65 im gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung nicht möglich ist.

40. Dies schließt es indessen nicht aus, daß Art. 65 EGV für die Auslegung anderer Vorschriften des Vertrages, insbesondere des Art. 95 EGV (bisher Art. 100a EGV) von Bedeutung ist, die nicht etwa umgekehrt wegen der Einfügung von Art. 61, 65 EGV durch den Vertrag von Amsterdam einschränkend ausgelegt werden dürfen.³⁰ Art. 65 EGV enthält gewissermaßen eine Legaldefinition dahin, daß Vorschriften des internationalen Privatrechts (Buchstabe b) und Vorschriften der nationalen Zivilprozeßordnungen, die eine reibungslose Abwicklung von Zivilprozessen erschweren, **für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts von Bedeutung sein können**. Obwohl für die Ergreifung der Maßnahmen im Bereich der in Art. 65 EGV genannten Materien nach Art. 67 EGV jeweils zu prüfen ist, ob diese Maßnahmen tatsächlich für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind, hat der Vertrag diese Materien doch als typische Bereiche identifiziert, die für das Funktionieren des Binnenmarkts von Bedeutung sind. Konkret:

- Die Unterschiede der Vorschriften in den Mitgliedstaaten über das internationale Privatrecht werden als für das Funktionieren des Binnenmarkts bedeutsam angesehen (Buchstabe b).

- Die Hindernisse, die sich für einen EG-Marktbürger in einem anderen Mitgliedstaat in einem Zivilprozeß ergeben können, werden als binnenmarkt-relevante Hindernisse identifiziert (Buchstabe c)).

Diese Wertung des Vertrages ist für die Auslegung des Art. 95 EGV von Bedeutung, der zu Maßnahmen ermächtigt, welche das "Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben".

41. **Art. 95 und 94 EGV**

Die Ermächtigungen zur Angleichung von Rechtsvorschriften in Art. 94 (bisher Art. 100) und Art. 95 (bisher Art. 100a) EGV stehen in einer den Art. 95 EGV begünstigenden

³⁰ Basedow, EuZW 1997, 610. Das Aktionsprogramm der EU-Kommission (Amtsbl. C 19 vom 23.01.1999, S. 2 ff.) erwähnt (S. 10 ff.) neben IPR-Maßnahmen die "Möglichkeit einer Rechtsangleichung in bestimmten Bereichen des Zivilrechts wie beispielsweise die Einführung international einheitlicher Vorschriften für den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachgütern".

Ausschlußbeziehung. Wie der Gerichtshof³¹ für das Verhältnis zwischen dem bisherigen 100a EGV (Art. 95) EGV und dem bisherigen Art. 130s EGV³² (Art. 175) ausgesprochen hat, ***darf das Verfahren der Zusammenarbeit***, bei dem der Rat mit qualifizierter Mehrheit entscheidet, wenn er die vom Europäischen Parlament formulierten und von der Kommission in ihrem überprüften Vorschlag übernommenen Abänderungen seines gemeinsamen Standpunkts akzeptieren will, während er Einstimmigkeit erzielen muß, wenn er nach Ablehnung des gemeinsamen Standpunkts durch das Parlament entscheiden oder den überprüften Vorschlag der Kommission ändern will, ***nicht durch den Rückgriff auf eine Rechtsgrundlage ausgehöhlt werden, die Einstimmigkeit vorschreibt***.

42. Art. 94 EGV schreibt Einstimmigkeit vor (weil das Verfahren der Zusammenarbeit nicht vorgesehen ist³³). Nach Art. 95 EGV ist dagegen das Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 251 EGV anzuwenden. Dieses Verfahren würde ausgehöhlt, wenn im Anwendungsbereich des Art. 95 EGV eine Maßnahme auf Art. 94 EGV gestützt werden würde.³⁴

43. Daß Art. 95 EGV in seinem Anwendungsbereich Art. 94 EGV verdrängt, ergibt sich außerdem schon aus den Worten "gilt abweichend von Artikel 94" in Art. 95 EGV³⁵. Daraus folgt: Wenn Art. 95 EGV anwendbar ist, ist Art. 94 EGV nicht anwendbar.

44. ***Art. 95 und Art. 308 EGV***

Im Verhältnis zwischen Art. 95 (100a) EGV und Art 308 (235) EGV gilt, daß Art. 308 EGV voraussetzt, daß im EG-Vertrag die für das Tätigwerden der Gemeinschaft "erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen" sind. Dies bedeutet, daß ein Rückgriff auf Art. 308 EGV als Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nur gerechtfertigt ist, wenn keine andere Vertragsbestimmung den Gemeinschaftsorganen die zum Erlaß dieses Rechtsakts erforderliche Befugnis verleiht.³⁶ Art. 308 EGV ist daher gegenüber Art. 95 EGV subsidiär: Im Rahmen der Reichweite von Art. 95 EGV ist eine Anwendung von Art. 308 EGV auszuschließen.

45. ***Art. 95 EGV***

Damit rückt die Vorschrift des Art. 95 (100a) EGV in den Mittelpunkt des Interesses an der Frage, ob die EU die Kompetenz zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts hat: Art. 95 EGV ist die zunächst zu prüfende Rechtsgrundlage.³⁷

³¹ RS.C 300/89, Kommission/Rat-Titandioxid-RL, Slg. 1991, I-2867/2900, Rdnr. 17 bis 21

³² Dementsprechend Wechsel von Art. 130s EGV zu Art. 100a EGV bei der RL Mikroorganismen, Philipp, EuZW 1997, 390

³³ Zu den Plänen der Kommission für Amsterdam: Wägenbaur EuZW 1996, 487/488

³⁴ Grabitz-Langeheine EGV Art. 100a Anm. 93

³⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Pipkorn EGV Art. 100a Anm. 1

³⁶ EuGH v. 13.07.1995, Rs. C-350/92, EuZW 1995, 666/667, Rdnr. 26; EuGH v. 12.12.1996, Rs. C-84/94, EuZW 1996, 751, Leitsatz 7; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schwartz EGV Art. 235 Anm. 52 m.w.Nachw.

³⁷ Zur Diskussion über den Kompetenzgehalt der Art. 95 und 153 Abs. 3 EGV: Gebauer, Grundfrage der Europäisierung des Privatrechts, Heidelberg 1998, S. 130 f.

46. Die negative Bedingung in Absatz 1 der Vorschrift, daß sie nicht gilt, “soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist”, ist nach den vorangehenden Ausführungen nicht gegeben. Es gibt (abgesehen von den hier nicht behandelten Sonderermächtigungen in den Bereichen Landwirtschaftsrecht Gesellschaftsrecht und Verkehrsrecht) keine dem Art. 95 EGV vorrangige Ermächtigungsgrundlage.³⁸

47. Eine hier nicht unmittelbar interessierende negative Ausnahme gilt nach Absatz 2 des Art. 95 EGV, wonach Art. 95 Abs. 1 EGV nicht gilt für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

48. **Drei Voraussetzungen**

Für die Anwendbarkeit von Art. 95 EGV müssen folgende drei positive Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Die zu ergreifende Maßnahme muß der “Verwirklichung der Ziele des Art. 14” dienen.
- b) Die Maßnahme muß “die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben” und
- c) als Inhalt der Maßnahme kommt nur eine “Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten” in Betracht.

49. **Erste Meinung**

Nachstehend geben wir eine der heute vertretenen Ansichten zur Reichweite des Art. 95 EGV wieder (Nr. 50 - 81). Anschließend referieren wir eine andere Meinung (Nr. 82 ff.)

50. **Drittes Erfordernis**

Wir beginnen mit dem Erfordernis c) (oben Nr. 48; Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten): Nach der Praxis des Rats³⁹, die vom Gerichtshof im TRIPS-Gutachten bestätigt worden ist⁴⁰, ist zu unterscheiden zwischen einer Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften (Anwendung der Art. 94 und 95; bisher 100 und 100a) auf der einen Seite und der “Schaffung neuer Titel, die dann die nationalen Titel überlagern” auf der anderen Seite. Der Gerichtshof hat ausgeführt (Rdnr. 59): “Auf der Ebene der internen Rechtssetzung verfügt die Gemeinschaft im Bereich des geistigen Eigentums über eine Zuständigkeit zur **Harmonisierung** der nationalen Rechtsvorschriften gemäß den **Artikeln 100 und 100a** und kann auf der Grundlage von **Artikel 235 neue Titel schaffen, die dann die nationalen Titel überlagern**, wie sie es

³⁸ Zur Abgrenzung von Art. 133 EGV (bisher: Art. 113): EuGH Slg. I 1996, 1195 = EuZW 1996, 403 (Auftragsvergabe). Dazu Schoo, EuZW 1996, 581/582; Prieß, EuZW 1997, 391/392. Zur Abgrenzung von Art. 47 EGV (bisher: Art. 57): EuGH vom 13.05.1997, EuZW 1997, 436/437 f. Zur Abgrenzung von Art. 138 EGV (bisher Art. 118a): EuGH v. 12.11.1996 in der Rs C-84/94, EuZW 1996, 751 ff.

³⁹ Stellungnahme des Juristischen Dienstes des Rats, Dokument 4261/90 vom 19.01.1990

⁴⁰ EuGH Slg. 1994, I-5267/5405, Rdnr. 59 = EuZW 1995, 210/214. Ebenso EuGH vom 13.07.1995 Rs. C-350/92 (Spanien/Rat), EuZW 1995, 666/667 Rdnr. 23, 27 und 28 zum ergänzenden Schutzzertifikat für Arzneimittel. Zur Außenkompetenz s.a. Gutachten 2/92 des EuGH v. 24.03.1995, EuZW 1995, 347/349 (OECD)

mit dem Erlaß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 11 vom 14. Januar 1994, S. 1) getan hat. Für den Erlaß dieser Bestimmungen gelten andere Abstimmungsvorschriften (Einstimmigkeit im Fall der Artikel 100 und 235) oder Verfahrensvorschriften (Anhörung des Parlaments im Fall der Artikel 100 und 235, Verfahren der Mitentscheidung im Fall des Artikels 100a), als sie im Rahmen des Artikels 113 gelten.“ Diese Äußerung wird dahin ausgelegt, daß die Schaffung von Rechtstiteln, die die nationalen Titel überlagern, nicht auf dem Wege über Art. 95 EGV erfolgen kann, sondern nur über Art. 308 EGV.⁴¹

51. Dementsprechend hat der Rat die Verordnung vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994 Nr. L 11 S. 1) und die Verordnung vom 27.07.1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz (ABl. 1994, Nr. L 227 S. 1) auf Art. 308 EGV (Art. 235 EGV) gestützt. Dies ist für die von uns untersuchte Frage von Bedeutung, weil es sich in beiden Fällen um besondere Bestimmungen eines einheitlichen Europäischen Immaterialgüterrechts (Vermögensrechts) handelt. Wenn daher im Rahmen eines einheitlichen Europäischen Vermögensrechts europäische Eigentumstitel geschaffen werden, die beispielsweise durch eine zentrale Registrierung oder Hinterlegung entstehen und entsprechende nationale Titel überlagern, so steht hierfür nicht die Ermächtigungsgrundlage des Art. 95 EGV (mit der Mehrheitsentscheidung im Rat) zur Verfügung, sondern nur die des Art. 308 EGV (Einstimmigkeit im Rat erforderlich).⁴²
52. Die Auffassung des Gerichtshofs, daß die Schaffung “neuer Titel, die die nationalen Titel überlagern” nur auf der Grundlage von Art. 308 EGV möglich ist (EuGH TRIPS), gilt nicht nur für den Fall, daß Vermögensrechte durch eine zentrale europäische Registrierung begründet werden, wie dies im Bereich des geistigen Eigentums der Fall ist, sondern auch dann, wenn ein bestimmtes Rechtsinstitut auf europäischer Ebene geschaffen wird, das an die Stelle oder neben entsprechende Institute des nationalen Rechts tritt. Der Gerichtshof hat auf die Schaffung neuer Titel abgestellt, nicht darauf, ob zu ihrer Entstehung ein Akt der Registrierung oder Hinterlegung erforderlich ist. Dies entspricht der bereits erwähnten Praxis des Rats zur Schaffung paralleler europäischer Rechtsformen des Gesellschaftsrechts.⁴³
53. Sollen also z.B. ein europäisches Pfandrecht, ein europäisches Grundpfandrecht, ein europäisches Eigentumsvorbehaltsrecht oder ein europäisches Sicherungseigentumsrecht geschaffen werden, die an die Stelle oder neben die entsprechenden Institute des nationalen Rechts treten, so ist eine Anwendung von Art. 95 EGV nicht möglich. Solche europäischen Rechtsinstitute können nur auf der Grundlage von Art. 308 EGV geschaffen werden.
54. Von der Art der zu ergreifenden Maßnahme her kommt Art. 95 EGV dagegen als Kompetenznorm in Betracht, wenn ein einheitliches Europäisches Schuld- und

⁴¹ Schwartz, Festschrift für Mestmäcker 1996, S. 467/480. Zur Abgrenzung des Art. 308 EGV gegenüber der Vertragsänderung: EMRK-Gutachten 2/94 des EuGH v. 28.03.1996, EuZW 1996, 307 ff. Dazu: Häde/Putler EuZW 1997, 13 ff.

⁴² So für ein Gemeinschafts-Geschmacksmuster der deutsche Bundesrat in einer Stellungnahme v. 29.04.1994, EuZW 1994, 357.

⁴³ Oben Fn. 17.

Sachenrechts durch eine Angleichung des Rechts der Mitgliedstaaten bewirkt werden soll, die im Ergebnis nur eine *europäische* Formung der *nationalen* Rechtsinstitute bewirkt, ohne ein eigenes europäisches Rechtsinstitut neben oder an die Stelle der nationalen Rechtsinstitute zu setzen.⁴⁴

55. Dies ergibt sich aus der oben Nr. 17 zitierten Passage des TRIPS-Gutachtens des Gerichtshof, der in bezug auf das geistige Eigentum die Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften gemäß den Artikeln 94 und 95 EGV angenommen hat.
56. Im Gutachten TRIPS⁴⁵ sowie in der Entscheidung Spanien/Rat⁴⁶ hat der Gerichtshof sowohl Art. 94 EGV als auch Art. 95 EGV als Rechtsgrundlagen für die Rechtsangleichung im Bereich des geistigen Eigentums genannt. Da beide Vorschriften sich im Hinblick auf das Verfahren einander ausschließen (oben Nr. 9-11), ist dem zu entnehmen, daß der Gerichtshof eine Anwendbarkeit von Art. 95 EGV für die Rechtsangleichung im Bereich der Rechte des geistigen Eigentums für möglich hält.
57. Tatsächlich ist die erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) vom 21.12.1988 (ABl. EG Nr. L 40 vom 11.02.1989, S. 1) “auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere auf Art. 100a” (= Art. 95 EV) gestützt worden.⁴⁷
58. Art. 95 ermöglicht in diesem Bereich auch eine Rechtsvereinheitlichung durch Verordnung, wie dies beispielsweise bei der Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel durch Verordnung des Rates vom 18.06.1992 geschehen ist (ABl. 1992 Nr. L 182 S. 1).⁴⁸
59. ***Erstes Erfordernis***
Die erste Voraussetzung (oben Nr. 48) lautet, daß die Maßnahme der “Verwirklichung der Ziele des Art. 14” dient.
60. Nach Art. 14 Abs. 1 EGV trifft die Gemeinschaft die erforderlichen Maßnahmen, um den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen. Art. 14 Abs. 2 EGV definiert den Binnenmarkt wie folgt: “Der Binnenmarkt umfaßt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist.”

⁴⁴ So zur Markenrechtsübertragung EuGH v. 22.06.1994 in Rs C-9/93, EuZW 1994, 467/471 f. - Ideal Standard.

⁴⁵ Oben Fn. 12.

⁴⁶ Oben Fn. 12.

⁴⁷ EuGH v. 16.07.1998 EuZW 1998, 563/564 f. (Rdnr. 25,29) - Silhouette; Umfassende Harmonisierung, Festlegung der Rechte von Inhabern von Marken in der Gemeinschaft. Offengelassen, ob Art. 100a EGV im Verhältnis zu Drittstaaten eingesetzt werden kann (Rdnr. 29).

⁴⁸ Schwartz (Fn. 13), S. 477. Siehe oben Fn. 12

61. Die Vorschrift des Art. 14 Abs. 1 EGV gilt “unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags”. Hierin kann eine Verweisung auf Art. 3 EGV gesehen werden, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft (Buchstabe g) umfaßt “ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.” Deswegen ist auch die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen eine Aufgabe, die im Rahmen von Art. 95 EGV verwirklicht werden kann.⁴⁹
62. **Zweites Erfordernis**
Die zweite Voraussetzung (oben Nr. 48) für die Anwendbarkeit des Art. 95 EGV lautet, daß die Maßnahme “die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben” muß.
63. Der Begriff des “Gemeinsamen Markts” im Sinne des Art. 94 EGV und der Begriff des “Binnenmarkts” in Art. 95 EGV haben eine unterschiedliche Reichweite. Mit dem “Gemeinsamen Markt” (Art. 94 EGV) vereinbar sind aus dem Blickwinkel der Grundfreiheiten betrachtet die Beschränkungen, die sich z.B. aus Art. 30 (bisher Art. 36) EGV und den ungeschriebenen Ausnahmen zu Art. 28 EGV (Verbraucherschutz, Umweltschutz, unlauterer Wettbewerb) ergeben. Unter dem Gesichtspunkt “binnenmarktähnlicher Verhältnisse” kann aber eine Rechtsangleichung nach Art. 95 EGV zur Herstellung gemeinschaftsweiter gleichwertiger Schutznormen und zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen als Folge der nationalen Rechtsvorschriften in einem bestimmten Wirtschaftssektor⁵⁰ erfolgen.⁵¹
64. Der Anwendungsbereich des Art. 95 EGV ist daher nicht auf die Beseitigung der Abschottung der nationalen Wirtschaftsräume begrenzt. Er umfaßt auch
- a) die rechtlichen Bedingungen für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Unternehmen und sonstiger am Wirtschaftsleben teilnehmender Personen und Einrichtungen (vgl. Art. 163 Abs. 2 EGV⁵²),
 - b) die Herstellung gemeinschaftsweiter gleichwertiger Schutznormen
 - c) die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Unterschiedlichkeit nationaler Normen (dazu unten Nr. 34).
65. Aus der Titandioxid-Entscheidung des EuGH (oben Nr. 61) ergibt sich, daß auch die Beseitigung oder Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen ein Binnenmarkt-Ziel ist, wie die bereits erwähnte mittelbare Verweisung von Art. 14 auf Art. 3 Buchst. g) EGV bestätigt. Auch insoweit ist das Konzept des “Binnenmarkts” (Art. 14 Abs. 2 EGV) eine

⁴⁹ EuGH Rs.C 300/89, Kommission/Rat - Titandioxid-RL, Slg. 1991, I-2867/2901, Nr. 23, EuGH v. 13.07.1995, Rs. C-350/92, EuZW 1995, 666/668, Rdnr. 32; Grabitz-Langeheine EGV Art. 100a Anm. 20; Groeben/Thiesing-Ehlermann-Pipkorn EGV Art. 100a Anm. 17 bis 20

⁵⁰ EuGH Titandioxid-RL Nr. 23

⁵¹ Grabitz-Langeheine EGV Art. 100a Anm. 20; Groeben/Thiesing-Ehlermann-Pipkorn EGV Art. 100a Anm. 15; kritisch Stein, EuZW 1995, 435/436 f. und Dausen, EuZW 1995, 649/650 f.

⁵² Pipkorn, aaO, unter Hinweis auf das Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985 KOM (85) 310 endg., Luxemburg 1985, Rn. 136 ff.

Präzisierung und Vertiefung des Konzepts des "Gemeinsamen Markts". Das Konzept setzt die Chancengleichheit der miteinander konkurrierenden Unternehmen voraus, da der Binnenmarkt einen wirksamen Beitrag zu einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens (Art. 2 EGV) leisten soll.⁵³

66. Eine engere Auffassung will demgegenüber den Anwendungsbereich des Art. 95 EGV auf die Beseitigung von Hindernissen für den freien Warenverkehr und auf die Beseitigung solcher Wettbewerbsverfälschungen beschränken, die sich nachteilig auf den freien Warenverkehr auswirken.⁵⁴
67. Diese Auffassung wird nach der hier wiedergegebenen Ersten Meinung durch den Absatz 2 des Art. 95 EGV widerlegt.⁵⁵ Die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer hätten durch diesen Absatz nicht von Art. 95 Abs. 1 EGV ausgenommen zu werden brauchen, wenn die genannte Auffassung richtig wäre. Die Angleichung von Arbeitnehmerschutzvorschriften bezieht sich auf die Beseitigung von wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen eines unterschiedlichen Schutzniveaus, die zu Produktionsverlagerungen führen können. Ohne die ausdrückliche Regelung in Art. 95 Abs. 2 EGV könnte für eine solche Rechtsangleichung die Ermächtigung des Art. 95 EGV genutzt werden. Besteht beispielsweise ein entsprechendes Gefälle bei Verbraucher- oder Umweltschutzvorschriften, so fallen diese, weil sie vom Absatz 2 des Art. 95 EGV nicht erfaßt werden, in den Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 1 EGV.⁵⁶
68. Aus Art. 95 Abs. 3 EGV geht außerdem hervor, daß Regelungen in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz in den Anwendungsbereich des Art. 95 EGV fallen. Die Vorschrift bestimmt nämlich, daß die Kommission bei ihren Vorschlägen in diesen Bereichen von einem hohen Schutzniveau ausgeht und dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen berücksichtigt. Der Vertrag von Amsterdam hat hinzugefügt, daß das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse anstreben.

⁵³ Ebenso EuGH v. 13.07.1995, Rs. C-350/92, EuZW 1995, 666/668 Rdnr. 32, 36. Pipkorn Anm. 17 und 19; Langeheine Anm. 20; Scheuing, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen europäischen Akte, in: EuR 1989, S. 153/186; Pernice, Kompetenzordnung und Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des Umwelt-Technikrechts, in: Umwelt und Technikrecht in den Europäischen Gemeinschaften - Antrieb oder Hemmnis? UTR Bdz. Düsseldorf 1989 sowie in: Die Verwaltung 1989, S. 1/28; Müller-Graff, Die Rechtsangleichung bei der Verwirklichung des Binnenmarktes, in: EUR 1989, S. 107/133

⁵⁴ Stellungnahme des deutschen Bundesrates zum Subsidiaritätsbericht der Kommission: Beschluß v. 25.04.1997, Dazu EuZW 1997, 485/486. So wohl auch Dauses, EuZW 1994, 545.

⁵⁵ Zum Bereich Steuern: Ohler, EuZW 1997, 370/371

⁵⁶ Pipkorn, Anm. 19. Art. 152 Abs. 4 Buchst. c EGV schließt die Rechtsangleichung im Bereich der menschlichen Gesundheit aus; Wägenbaur EuZW 1998, S. 387 sowie S. 709/710. Dies steht Regelungen im Bereich der öffentlichen Gesundheit auf der Grundlage von Art. 95 EGV nicht entgegen, z.B. der Novel-Food-VO v. 14.02.1997 (VO(EG) Nr. 258/97 AbIEG Nr. L 43); Wägenbaur EuZW 1997, 258; Streinz, EuZW 1997, 487/490.

69. In Art. 153 Abs. 3 EGV heißt es dementsprechend, daß die Gemeinschaft zur Erreichung des in Art. 153 Abs. 1 EGV genannten Ziels der Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Beiträge zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen) durch Maßnahmen leistet, die sie “im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Art. 95 erläßt”.
70. Auch dadurch wird deutlich gemacht, daß die Rechtsangleichung im Bereich des Verbraucherschutzes jedenfalls dann in den Bereich des Art. 95 EGV gehört, wenn sich durch die unterschiedlichen Regelungen wettbewerbsverzerrende und wettbewerbsverfälschende Konsequenzen ergeben.⁵⁷ Dementsprechend nennt die EU-Kommission in ihrem “Verzeichnis der gemeinschaftlichen Texte im Bereich der Verbraucherpolitik”⁵⁸ unter ihren Vorschlägen zivilrechtliche Angleichungs-Vorhaben wie die Richtlinienvorschläge Fernabsatz, Vergleichende Werbung, Unterlassungsklage sowie Verbrauchsgüterkauf und -garantien.
71. Insbesondere der zuletzt genannte Richtlinienvorschlag “Verbrauchsgüterkauf und -garantien” erfaßt einen wesentlichen Teil des Zivilrechts, nämlich das Kaufrecht. Er regelt zwar nur bestimmte Teile des Kaufrechts (Mängelhaftung und Garantien; nicht andere Erscheinungsformen der Nichterfüllung und Mangelfolgeschäden). Dennoch handelt es sich um die Regelung einer Materie im Herzen des Zivilrechts, die zur Herstellung gemeinschaftsweiter gleichwertiger Schutznormen und zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen durch Unterschiedlichkeit nationaler Normen gerechtfertigt ist (oben Nr. 33 Buchs. b) und c))⁵⁹. Daß eine Richtlinie auch andere Ziele verfolgt als den Verbraucherschutz, steht der Anwendung von Art. 95 EGV nicht entgegen.⁶⁰
72. Art. 95 Abs. 1 EGV erfaßt Maßnahmen sowohl zur “Errichtung” als auch Maßnahmen zum “Funktionieren” des Binnenmarkts und nimmt damit die Formulierung in Art. 14 EGV auf.
73. Der Begriff “Funktionieren” bezieht sich auf die fortdauernde und sich intensivierende Wirkungsweise des Binnenmarktes.⁶¹ Art. 95 EGV richtet sich daher auch auf die Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vernetzung der Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten mit dem Ziel ihrer Verschmelzung im entstehenden Binnenmarkt.⁶² Behindert die Unterschiedlichkeit oder territorial beschränkte Wirkung von nationalen Vorschriften grenzüberschreitende Tätigkeiten der Wirtschaftssubjekte, so kann eine Regelung nach Art. 95 EGV erfolgen, auch wenn die Tätigkeit nicht der konkreten Ausübung einer bestimmten Grundfreiheit zugerechnet

⁵⁷ EuGH Titandioxid-RL Nr. 23.

⁵⁸ Stand: Oktober 1996, S. 24 ff.

⁵⁹ Dazu Wägenbaur, EuZW 1998, S. 417; 1997, 546 (Fernabsatz-RL); Reich, EuZW 1997, 581 (Fernabsatz-RL); Schild, EuZW 1996, 549 (Datenschutz-RL); Mäsch, EuZW 1995, 8/10.

⁶⁰ EuGH v. 08.10.1996, EuZW 1996, 654/657 Rdnr. 39 - Dillenkofer.

⁶¹ Pipkorn, Anm. 22.

⁶² Pipkorn, Anm. 27 unter Hinweis auf das Weißbuch der Kommission.

werden kann⁶³, wie z.B. bei der grenzüberschreitenden Übermittlung von Datenbanken mit personenbezogenen Daten.⁶⁴ Angleichungsmaßnahmen zum Schutz des Vertrauens der Wirtschaftssubjekte in das Funktionieren des Kapitalmarkts und des Arbeitsmarkts (Insider-Regeln) werden ebenso von der Reichweite des Art. 95 EGV erfaßt wie die Bekämpfung der Benutzung des Bankensystems für die Geldwäsche⁶⁵ sowie Regeln zum Börsenzulassungsprospekt und zum Verkaufsprospekt.⁶⁶

74. Nicht erfaßt werden von Art. 95 EGV Angleichungsmaßnahmen, die nur ganz allgemein der Verwirklichung der wirtschaftlichen und sozialpolitischen Ziele des EG-Vertrags dienen, etwa der Verkehrssicherheit oder dem Gesundheitsschutz (wenn ein wettbewerbsverfälschender Tatbestand nicht gegeben ist).
75. Sobald aber die unterschiedlichen Rechtsvorschriften die Freizügigkeit von Waren oder Dienstleistungen betreffen oder den miteinander konkurrierenden Unternehmen wettbewerbsverfälschende und unterschiedliche Restriktionen oder Kostenbelastungen auferlegen, ist Art. 95 EGV anwendbar.⁶⁷
76. Bei der Auslegung des Art. 95 EGV muß, wie erwähnt (Nr. 40), die Tatsache berücksichtigt werden, daß der Vertrag von Amsterdam Rechtsmaterien im Rahmen der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in den Bereich der ersten Säule (EGV) überführt hat (Art. 65 EGV).
77. Wenn z.B. die Unterschiede, die sich aus den nationalen Rechtsordnungen zum internationalen Privatrecht (Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten; Art. 65 Buchst. b) EGV) ergeben, in Art. 65 EGV unter dem Gesichtspunkt des "reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes" genannt werden, dann muß dies bei der Berücksichtigung des Binnenmarktbezugs einer das Privatrecht angleichenden Maßnahme als Voraussetzung des Art. 95 EGV berücksichtigt werden. Das gleiche gilt von der Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, die gemäß Art. 65 Buchst. c) in den Bereich des "reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes" gehören.
78. **Subsidiaritätsprinzip**
 Art. 5 EGV regelt neben dem Grundsatz der Einzelermächtigungen das Subsidiaritätsprinzip. Danach wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden

⁶³ Pipkorn, S. 30.

⁶⁴ Simitis, Datenschutz und Europäische Gemeinschaft in: Recht der Datenverarbeitung (RDV) 1990, S. 3-23; Pipkorn, Anm. 30.

⁶⁵ Pipkorn, Anm. 30.

⁶⁶ Dazu Wiesner EuZW 1998, 619/622.

⁶⁷ Pipkorn, Anm. 31 unter Bezugnahme auf die Richtlinien über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen und über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten (RL 89/622 EWG des Rates vom 13.11.1989 und vom 17.05.1990 (ABl. 1990, Nr. L 137, S. 1), die beide auf Art. 100a EWGV gestützt waren.

können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Art. 5 bestimmt ferner, daß die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrags erforderliche Maß hinausgehen.

79. Bezogen auf die Befugnis zur Rechtsangleichung nach Art. 95 EGV stellt sich zunächst die Frage, ob die in der genannten Vorschrift enthaltene Ermächtigung zur Rechtsangleichung im Sinne von Art. 5 eine "ausschließliche Zuständigkeit" ist. Die Frage wird kontrovers diskutiert.⁶⁸ Die Frage braucht nach unserer Meinung nicht entschieden zu werden, da Gegenstand dieses Gutachtens nicht die Frage ist, ob es den Mitgliedstaaten untersagt ist, Maßnahmen außerhalb des EG-Vertrags zur Erreichung größerer Rechtseinheit im Privatrecht zu ergreifen. Gegenstand des Gutachtens ist nur, ob die Gemeinschaft befugt ist (die Kompetenz hat), eine Rechtsangleichung im Bereich des privatrechtlichen Schuld- und Sachenrechts vorzunehmen. Hierfür kann unterstellt werden, daß die Gemeinschaft in diesem Bereich keine ausschließliche Zuständigkeit hat. Selbst wenn dies nämlich so ist, läßt sich das Ziel der Angleichung der Rechtsvorschriften im Bereich des Schuld- und Sachenrechts "auf der Ebene der Mitgliedstaaten" im Sinne von Art. 5 EGV nicht ausreichend erreichen, weswegen sie im Hinblick auf ihre Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene durchgeführt werden.⁶⁹
80. Daraus ergibt sich, daß dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 95 EGV erfüllt sind, aus Art. 5 EGV keine Schranke für die Wahrnehmung der Kompetenz aus Art. 95 EGV abgeleitet werden kann.
81. Das Subsidiaritätsprinzip muß allerdings bei der Wahl des Mittels (Verordnung, Richtlinie) beachtet werden. Es ist daher für jede Maßnahme der Rechtsangleichung und Berücksichtigung des letzten Absatzes von Art. 5 EGV zu prüfen, ob die Rechtsangleichung besser in der Form einer Richtlinie (Nachteil: nationales Umsetzungsverfahren) oder durch eine Verordnung (Nachteil: kein Spielraum für die Gestaltung durch die Mitgliedstaaten) erreicht werden kann.⁷⁰
82. **Zweite Meinung**
Nachstehend geben wir eine andere Meinung wieder, die aus rechtlichen oder rechtspolitischen oder taktischen Gründen zu dem Ergebnis kommt, daß es nicht ratsam ist, ein anderes rechtliches Instrument zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Schuld- und Sachenrechts zu schaffen, als einen Vertrag, der zwischen allen Mitgliedstaaten beschlossen wird.
83. **Flexibilität**

⁶⁸ Zusammenstellung der Meinungen bei Schwartz, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrend/subsidiär?, Bonn 1995, S. 1 bis 13; vgl. ferner Gebauer, Grundfrage der Europäisierung des Privatrechts, Heidelberg 1998, S. 226 ff.

⁶⁹ Gulmann, Some Remarks concerning the Principle of Subsidiarity, in: Hailbronner, Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip nach dem Maastrichter Vertrag in: Hailbronner (Hrsg.), Europa der Zukunft - Zentrale und dezentrale Lösungsansätze, Köln 1994, 45/46/113.

⁷⁰ Gebauer, S. 133 ff., mit Präferenz für die Richtlinie.

Die zweite Meinung geht von der rechtspolitischen Annahme aus, daß es nicht gelingen wird, die Organe der Gemeinschaft von der Anwendbarkeit von Art. 95 EGV zu überzeugen oder daß es bei der Annahme einer Kompetenz nach Art. 95 EGV nicht gelingt, die erforderliche Mehrheit im Rat und/oder im Parlament zu erreichen. In einem solchen Fall wäre das für die Entwicklung der Gemeinschaft wichtige Projekt einer Vereinheitlichung des wirtschaftsnahen Zivilrechts in der Gemeinschaft blockiert. Demgegenüber könnte ein Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossen und von den Mitgliedstaaten ratifiziert werden, die dem Vertrag angehören wollen. Die Nutzung des Instruments "Vertrag" sichert daher - so die zweite Meinung - die erforderliche Flexibilität. Mitgliedstaaten, die dem Vertrag zunächst nicht angehören wollen, können ihm später beitreten.

84. ***Ausgestaltung***

Der nach der Zweiten Meinung vorzusehende Vertrag könnte unter Beteiligung aller Mitgliedstaaten ausgehandelt werden. Er könnte auf diese Weise von den hauptsächlichen Rechtsfamilien in der Gemeinschaft beeinflußt werden. Der Vertrag könnte selbst oder in einem Anhang die einheitlichen Regeln enthalten (full set of uniform rules).⁷¹

85. ***Zuständigkeit des Gerichtshofs***

Der Vertrag könnte und sollte (z.B. in einem angehängten Protokoll) vorsehen, daß dem Europäischen Gerichtshof die Befugnis gewährt wird, die vereinheitlichten Rechtsvorschriften des Vertrags in gleicher oder ähnlicher Weise auszulegen wie gemäß Art. 234 EGV (bisher: Art. 177 EGV).⁷²

86. ***Kein Hindernis aus Art. 293 EGV***

Ein solcher Vertrag könnte nicht auf Art. 293 EGV (bisher: Art. 220 EGV) gestützt werden, der sich auf bestimmte (hier nicht einschlägige) Regelungsgegenstände bezieht. Art. 293 EGV hindert jedoch die Mitgliedstaaten nicht, internationale Übereinkommen über andere Gegenstände als die in Art. 293 EGV genannten in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln des internationalen Rechts abzuschließen.⁷³

IV. Schlußbemerkung

87. Welche der beiden oben (Nr. 49 bis 81; Nr. 82 ff.) wiedergegebenen Meinungen (oder eine andere in der Bandbreite dieser beiden Meinungen liegende Auffassung) sich im Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeiten an einem Kodex des wirtschaftsnahen Privatrechts der Gemeinschaft als rechtlich und rechtspolitisch konsensfähig erweist, läßt sich im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht mit hinreichender Sicherheit sagen.

⁷¹ van Gerven, E.R.P.L. 1997, 468.

⁷² van Gerven, aaO.

⁷³ van Gerven, aaO

88. Wir empfehlen daher, wie unter Nr. 3 ausgeführt, die Arbeiten an einheitlichen Rechtstexten für die Bereiche, in denen ein Bedürfnis besteht, durch die Wissenschaft zügig fortzusetzen, um alsdann, wenn diese Arbeiten sich ihrer Vollendung nähern, im Lichte der dann bestehenden politischen und rechtlichen Verhältnisse zu entscheiden, welches Instrument für die Realisierung genutzt werden sollte.