

Europäisierung des deutschen Vertragsrechts: Unionsrecht und gemeineuropäische Entwicklung †

*Jens-Uwe Franck * / Karl Riesenhuber ***

- I. Zwei zusammenlaufende Entwicklungsstränge
 - 1. Grundlagen eines Vertragsrechts der Europäischen Union
 - 2. Gemeineuropäische Entwicklung
 - 3. Europarechtliche Entwicklung
 - 4. Konvergenz der Entwicklungsstränge
- II. Binnenmarktpolitische Grundfragen
 - 1. (Vertrags-)Rechtszersplitterung als Binnenmarkthemmnis?
 - 2. Verbraucherschutz als Binnenmarktförderung und Binnenmarkthemmnis
 - 3. Das optionale Instrument: Kein gordisches Schwert
 - 4. Ein Europäisches Vertragsrecht auch für Transaktionen zwischen Unternehmen?
 - 5. Folgerungen für das Verfahren
- III. Ausblick:
Vom gesetzten optionalen Vertragsrechts-Kodex zum gelebten Europäischen Vertragsrecht

I. ZWEI ZUSAMMENLAUFENDE ENTWICKLUNGSSTRÄNGE

In den großen Zusammenhang unserer Tagung über „Rechtstransfer“ gehört auch die „Europäisierung“ der nationalen Vertragsrechte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU). Wir können zwei Entwicklungsstränge beobachten: einen unionsrechtlichen und einen gemeineuropäischen. In jüngerer Zeit laufen sie zusammen und fügen sich zu einem neuen Ganzen.

† Text des am 4.11.2011 gehaltenen, um Nachweise ergänzten Vortrags. Das Manuskript wurde im Dezember 2012 abgeschlossen. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 10.6.2013 abgerufen.

* Dr. iur., LL.M. (Yale), Akademischer Rat und Habilitand, Juristische Fakultät, Ludwig-Maximilians-Universität München.

** Prof. Dr. iur., M.C.J. (Austin/Texas), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Ruhr-Universität Bochum.

1. Grundlagen eines Vertragsrechts der Europäischen Union

Grundlagen der Entwicklung sind im Vertragsrecht die Grundfreiheiten des EWG-Vertrags von 1957 – des heutigen Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – und das Kollisionsrecht.

a) Grundfreiheiten als Erstreckung der Vertragsfreiheit über die Grenzen

Die Grundfreiheiten – Waren- und Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit – erstrecken als unmittelbar anwendbare Rechte des Einzelnen Privatautonomie und Vertragsfreiheit über die nationalen Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg.¹ Diskriminierungen sind verboten, zudem auch jegliche Behinderungen des Freiverkehrs, soweit sie nicht zum Schutz zwingender Allgemeininteressen erforderlich sind. Übermäßige Schutzvorschriften des Lauterkeits-, Verbraucher- oder Arbeitsrechts können Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten nicht entgegeng gehalten werden.

b) Einheitliches Vertragskollisionsrecht

Bereits 1980 lag mit dem in Rom verabschiedeten Europäischen Vertragsrechtsübereinkommen (EVÜ) ein weitgehend vereinheitlichtes Vertragskollisionsrecht vor. Nachdem der Amsterdamer Vertrag von 1997 die Kompetenzgrundlage dafür schuf (Art. 61 lit. c EG, jetzt: Art. 67 Abs. 1, 81 Abs. 1 AEUV),² konnte das Übereinkommen durch die Rom I-Verordnung von 2008,³ wie es hieß, „in ein Gemeinschaftsinstrument überführt werden“. Parteiautonomie – die freie Rechtswahl – ist das Grundprinzip der Rom I-Verordnung. Es wird ergänzt durch Vorschriften zum „Schutz des Schwächeren“, insbesondere zum Verbraucherschutz und zum Arbeitnehmerschutz. Diese Schutzvorschriften beseitigen den Grundsatz der Parteiautonomie indes nicht, sondern modifizieren ihn nur durch das Günstigkeitsprinzip: Günstigere Vorschriften des objektiven Vertragsstatuts finden ungeachtet einer Rechtswahl Anwendung (Art. 6 Abs. 3 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO).

1 S. nur GRUNDMANN, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999), 1. Teil Rn. 52 ff.; RIESENHUBER, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), Rn. 65 ff., jeweils m.w.N.

2 Dazu und zu den Grenzen der Vorschrift ROSSI, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, (4. Aufl. 2011), Art. 81 AEUV Rn. 7 ff.; LEIBL, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV (2. Aufl. 2012), Art. 81 AEUV Rn. 6 ff.; LEIBL/STAUDINGER, EuLF (D), 2000/01, 222, 229 f. Zu den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon GRAßHOF, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (3. Aufl. 2012), Art. 81 AEUV Rn. 15 ff.

3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

2. *Gemeineuropäische Entwicklung*

Ein *ius commune* gibt es seit dem Zeitalter der nationalen Zivilrechtskodifikationen in Europa nicht mehr. Wohl aber blieb die gemeinsame römisch-rechtliche Tradition in vielen Einzelheiten lebendig. Seit den 1980er Jahren gibt es vielfältige Bestrebungen, an diese gemeinsame Tradition anzuknüpfen oder doch auf anderer Grundlage eine gemeineuropäische Entwicklung neu zu begründen.

a) *Principles of European Contract Law*

Pionierarbeit leistete die von dem Dänen *Ole Lando* ins Leben gerufene *Commission on European Contract Law*: eine Gruppe von europäischen Wissenschaftlern, zumeist Rechtsvergleichern, die seit 1980 auf der Grundlage eines wertenden Vergleichs „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts“ ausarbeiteten: *Principles of European Contract Law* (PECL). Teil I und II wurden 1995 und 2000⁴ veröffentlicht, ein Teil III folgte 2003⁵. Systematisch angelegt und rechtsatzförmig formuliert stellen sich die *Principles* äußerlich als ein Kodex des allgemeinen Vertragsrechts dar.

b) *Weitere nicht-legislatorische Entwicklungen*

Ende der 1980er, Anfang der 1990er Jahre kam eine Fülle weiterer gemeineuropäischer Initiativen hinzu. *Hein Kötz* hatte schon 1985 eine europäische Rechtskultur und -ausbildung angemahnt,⁶ 1996 legte er den ersten Band eines rechtsvergleichenden Lehrbuchs zum „Europäischen Vertragsrecht“ vor.⁷ Bereits 1990 erschien das monumentale „Law of Obligations“, in dem *Reinhard Zimmermann* auf historischer und rechtsvergleichender Grundlage die „römischen Grundlagen der Zivilrechtstradition“ aufzeigte,⁸ 1999 das „Europäische Obligationenrecht“ von *Filippo Ranieri*.⁹ Der frühere Generalanwalt am EuGH *Walter van Gerven* initiierte eine „Ius Commune Casebook Series for the Common Law of Europe“. ¹⁰ Die von *Giuseppe Gandolfi* begründete *Accademia dei Giusprivatisti Europei* legte 2001 den ersten Teil eines *Code Européen des Contrats* vor

4 LANDO/BEALE (Hrsg.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II* (2000). Dazu nur BASEDOW (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000).

5 LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Principles of European Contract Law – Part III* (2003).

6 KÖTZ, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in: Bernstein/Drobniig/Kötz (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert* (1981), S. 481-500.

7 KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (1996).

8 ZIMMERMANN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990).

9 RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht* (1999), jetzt 3. Aufl. (2009).

10 S. z.B. VAN GERVEN, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law* (2000).

(zweiter Teil 2007).¹¹ Anknüpfend an die Methode *Rudolf Schlesingers* bemüht sich die von *Ugo Mattei* und *Mauro Bussani* ins Leben gerufene „Trento Gruppe“ seit 1994, den „gemeinsamen Kern“ (*Common Core*) der europäischen Privatrechte freizulegen.¹² Viele weitere Einzelprojekte könnten genannt werden. Gemeinsam ist ihnen das Bemühen, in einem „bottom up“-Ansatz – d.h. ausgehend von den Mitgliedstaaten, nicht von der Union, und ausgehend von der Wissenschaft, nicht vom Gesetzgeber – beizutragen zu einem gemeineuropäischen Privatrecht und zu einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur.

3. *Europarechtliche Entwicklung*

Neben diesem gemeineuropäischen Entwicklungsstrang bildete sich etwa zeitgleich ein gemeinschafts- bzw. (heute:) unionsrechtlicher Entwicklungsstrang heraus. Ergänzend zu den Grundlagen in den Grundfreiheiten und dem harmonisierten Kollisionsrecht begann der Europäische Gesetzgeber in den 1980er Jahren, Regeln auf dem Gebiet des Vertragsrechts zu setzen.

a) *Grundlinien der Rechtsetzung*

Diese Entwicklung wurde anfänglich nicht als eine Entwicklung des Vertragsrechts wahrgenommen, schien sie doch mit Richtlinien über Haustürgeschäfte,¹³ Verbraucherkredite¹⁴ und Pauschalreisen¹⁵ vertragsrechtliche Sondermaterien zu betreffen, die sich als „Verbraucherrecht“ isolieren ließen.¹⁶ Tatsächlich kann man beobachten, dass sich

11 GANDOLFI (Hrsg.), Code Européen des Contrats – Avant-projet – Livre premier „Des Contrats En Général“ (2001), verfügbar unter www.accademiagiurprivatistieuropei.it/; sowie GANDOLFI (Hrsg.), Code Européen des Contrats – Livre Deuxième „Des Contrats en Particulier“ – Titre Premier „De La Vente“ (2007), verfügbar unter www.accademiagiurprivatistieuropei.it/.

12 S. www.common-core.org.

13 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372/31.

14 Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. 1987 L 42/48.

15 Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. 1990 L 158/59.

16 Methodisch weitsichtig CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1969), S. 127: „So ist z.B. daran zu denken, dass der Gesetzgeber zur Erreichung einer internationalen Rechtsvereinheitlichung – etwa innerhalb der EWG – auf bestimmten Gebieten Regelungen in Kauf nimmt und gesetzlich sanktioniert, die zu Brüchen mit tragenden Grundprinzipien unseres Rechts führen, sich aber andererseits nicht entschließen kann, diese bewährten und in das Rechtsbewußtsein eingegangenen Grundsätze *allgemein* außer Kraft zu setzen und nun *alle* vergleichbaren Vorschriften entsprechend den die neue Regelung tragenden Wertungen abzuändern“ (Hervorhebungen im Original).

anfänglich vor allem „Verbraucherrechtler“ mit der neuen Entwicklung beschäftigt.¹⁷ Allerdings hat *Peter-Christian Müller-Graff* bereits 1987 den Begriff des „Gemeinschaftsprivatrechts“ geprägt.¹⁸ Und tatsächlich lag jedenfalls mit der Handelsvertreterrichtlinie aus dem Jahr 1986 durchaus ein genuin privatrechtlicher Rechtsakt vor. Größere Aufmerksamkeit der Zivilrechtswissenschaft fand das von der (damals:) Gemeinschaft gesetzte Privatrecht erst, als es mit der Richtlinie über Allgemeine Geschäftsbedingungen von 1993 und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999¹⁹ in Kernbereiche des Vertragsrechts vordrang²⁰ und schließlich mit Richtlinien aus den Jahren 2000 (bezüglich der Merkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“) und 2004 („Geschlecht“) das Diskriminierungsverbot als Prinzip des Vertragsrechts verankerte²¹ und damit (jedenfalls in Deutschland) einen veritablen Systemwandel erzwang.

Mit der Kaufrechtsrichtlinie von 1999 tritt das Unionsvertragsrecht in eine neue Phase. Seither sind zwar durchaus noch einzelne neue Rechtsakte hinzugetreten. Die Rechtsetzung der Union dient indes seither vor allem der Konsolidierung und Überarbeitung bestehender Rechtsakte. Prominent sind die Reform der Verbraucherkreditrichtlinie,²² der Ausbau der Überweisungsrichtlinie zu einer Zahlungsdiensterichtlinie²³ und schließ-

17 Paradigmatisch: REICH, *Europäisches Verbraucherschutzrecht* (1993).

18 MÜLLER-GRAFF, *Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, in: ders./Zuleeg (Hrsg.) *Staat und Wirtschaft in der EG* (1987), S. 17-52; selbständig veröffentlicht als DERS., *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht* (2. Aufl. 1991).

19 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12. Dazu nur GRUNDMANN/MEDICUS/ROLLAND (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, 2000; GRUNDMANN/BIANCA, *EU-Kaufrechtsrichtlinie – Kommentar* (2002).

20 S. nur HOMMELHOFF, *Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung*, AcP 192 (1992), 71-107; CANARIS, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche* (1993), S. 873-891; BRANDNER/ULMER, *EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission*, BB 1991, 701-709 = *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, CMLR 28 (1991), 647-662.

21 Dazu nur RIESENHUBER/FRANCK, *Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht*, JZ 2004, 529-538; DIES., *Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen*, EWS 2005, 245-251; RIESENHUBER, *Privatautonomie und Diskriminierungsverbote – Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung*, in: Riesenhuber/Nishitani (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?* (2007), S. 19-61; FRANCK, *Die Materialisierung der Gleichheitsidee im deutschen Vertragsrecht – Paradigmenwechsel durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, ebd., S. 71-92.

22 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. 2008 L 133/66.

23 Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. 2007 L 319/1.

lich das gegenwärtige Bemühen um eine Reform zentraler Verbraucherschutzvorschriften in der geplanten Verbraucherrechterichtlinie. Die Kommission verfolgte anfänglich den Plan, weite Teile der verbraucherrechtlichen Regeln – die Richtlinien über Haustürgeschäfte, Fernabsatzgeschäfte, Klauselkontrolle und Verbrauchsgüterkauf – in einer Richtlinie zusammenzufassen und dabei von der Mindestharmonisierung zur Vollharmonisierung überzugehen.²⁴ Die Regelungen sollten inhaltlich überarbeitet und besser aufeinander abgestimmt werden. Sie sollten den Mitgliedstaaten darüber hinaus aber nicht mehr nur als Mindeststandards, sondern zugleich als Höchststandards verbindlich vorgeschrieben werden.²⁵ Von diesem ambitionierten Plan ist man indes schrittweise abgerückt.²⁶ Inhaltlich beschränkt sich die Richtlinie nunmehr im Wesentlichen auf Vorschriften für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte.²⁷

b) *Akademische Entwicklung*

Die akademische Entwicklung schien dem zunächst nur hinkend zu folgen, jedenfalls im Privatrecht. An einem Modell für ein Einheitsgesetz wie den *Principles of European Contract Law* mitzuwirken, schien offenbar verlockender als die Arbeit an den europarechtlich geregelten Teilen des Vertragsrechts. Allerdings rückte die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung zunehmend in den Blick. War *Ernst Steindorffs* Buch über „EG-Vertrag und Privatrecht“ von 1996²⁸ noch überwiegend primärrechtlich orientiert, so hat *Stefan Grundmann* mit seinem Ende 1998 publizierten „Europäischen Schuldvertragsrecht“ erstmals den Gesamtbestand der Rechtsangleichung durch Sekundärrecht in einem Regelungsganzen ausgehend vom Primärrecht, insbesondere den Grundfreiheiten, und dem Kollisionsrecht dargestellt und erläutert.²⁹ Ähnlich breit angelegt ist die 1999 erschienene Schrift von *Martin Franzen* über „Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft“, in der die legislative und die judikative Rechtsangleichung erörtert werden, letztere mit einem Fokus auf die sich daraus ergebenden Methodenfragen.³⁰

24 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

25 Dazu GSELL / HERRESTHAL (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009).

26 Zum Gesetzgebungsverfahren im Überblick UNGER, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung*, ZEuP 2012, 270, 273-275.

27 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304/64.

28 STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht* (1996).

29 GRUNDMANN (Fn. 1).

30 FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft* (1999).

Erfolgte die Rechtsangleichung auch nicht flächendeckend, sondern nur punktuell oder, wie kritisch gesagt wurde: „pointillistisch“³¹, so entwickelte sich auf dieser Grundlage doch, wie diese Ansätze ausweisen, eine genuin europäische Privatrechtswissenschaft. Mit einer zunehmenden Zahl von Rechtsakten stieg die Zahl der europaprivatrechtlichen Fragen und damit auch der Auslegungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof. Die Entscheidungen des EuGH führten ihrerseits zu einer zunehmend intensiven Diskussion über das Europäische Vertragsrecht. Die Urteile des Gerichtshofs sind nicht allein deshalb von Bedeutung, weil er Rechtsfragen eines vorlegenden Gerichts beantwortet und Rechtswissenschaftler unionsweit die Überzeugungskraft dieser Antwort kritisch prüfen. Der Beobachter gewinnt in jedem einzelnen Fall eine Anschauung davon, wie eine europarechtliche Fragestellung sich einbettet im nationalen Recht. So entstand ganz zwanglos ein grenzüberschreitender akademischer Diskurs, der sich nicht beschränken lässt auf eine Isolation von Vertragsrechtsproblemen, die auf der Unionsebene anzusiedeln sind. Aufgrund dieser Entwicklung ist schon jetzt eine Europäische Rechtswissenschaft zu erkennen. Nicht zu leugnen ist allerdings, dass diese spezifischen Schwierigkeiten begegnet. Sie liegen nach wie vor darin, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch unterschiedliche Sprachen getrennt sind – „niemand spricht europäisch“³² – und Rechtsfindung von unterschiedlichen methodischen Ansätzen geleitet wird.³³ Eine gemeinsame Rechtssprache und Rechtskultur entwickelt sich erst allmählich.

Ungeachtet des „punktuellen“ Charakters des Europäischen Vertragsrechts stellte sich doch auch hier die Frage des äußeren und des inneren Zusammenhangs der Einzelregelungen. Die akademische Diskussion darüber stieß *Grundmann* mit einer Ringvorlesung über „Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts“ an.³⁴ Damit übernahm die Wissenschaft im besten Sinne eine Vordenkerrolle: Die Kommission griff diesen Ansatz bereits 2001 auf, als sie in ihrem Grünbuch nun ebenfalls mehr Kohärenz im Europäischen Vertragsrecht anstrebte.³⁵

31 Der Ausdruck wurde, soweit ersichtlich, geprägt von KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5, dort freilich bezogen auf das Einheitsrecht; er wurde in der Folge vielfach im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht aufgegriffen; s. z.B. HOMMELHOFF (Fn. 20), *AcP* 192 (1992) 71, 99 und 102. Kritisch dazu W.-H. ROTH, *Transposing “Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences*, *ERPL* 6 (2002), 761, 762; RIESENHUBER, *System and Principles of European Contract Law*, *ERCL* 2005, 297, 298.

32 WEIR, *Die Sprachen des europäischen Rechts – Eine skeptische Betrachtung*, *ZEuP* 1995, 368-374.

33 RIESENHUBER, *Interpretation and Judicial Development of EU Private Law – The Example of the Sturgeon-Case* –, *ERCL* 2010, 384-408. S. a. die Beiträge in *RabelsZ* 75 (2011), 700 ff.

34 GRUNDMANN, *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts* (2000).

35 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, *KOM*(2001) 398 endg.

4. Konvergenz der Entwicklungsstränge

Die beiden Entwicklungsstränge, der gemeineuropäische und der unionsrechtliche, liefen lange Zeit weitgehend nebeneinander her. Zwar hatte die Kommission schon die Ausarbeitung der *Principles of European Contract Law* finanziell gefördert, doch war ein Einfluss dieses Regelungsmodells auf die Rechtsangleichung nicht zu erkennen.³⁶ Das Grünbuch von 2001 führt beide Entwicklungsstränge bereits selbst in gewisser Weise zusammen und erörtert sie erstmals in einer Gesamtschau. Hier eignet sich die Kommission auch den Gedanken der Systembildung an und strebt nunmehr nach einer größeren Kohärenz in der Rechtsetzung. In dem anschließenden Aktionsplan von 2003 wird dieses Desiderat wieder aufgegriffen, erstmals aber auch das Vorhaben eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ für das Europäische Vertragsrecht konzipiert.³⁷

a) Das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens

Was sich hinter diesem faden und technokratisch wirkenden Titel verbergen mochte, erschien anfänglich ganz unklar und hatte die Kommission bewusst offengelassen. Daher nimmt es nicht wunder, dass viel über die möglichen Funktionen eines solchen „Instruments“ diskutiert und spekuliert wurde.³⁸ Manche Beobachter wiesen schon früh darauf hin, dass die Pläne auf die Schaffung einer Art Zivil- oder doch Vertragsgesetzbuch hinausliefen. Darauf deutet nicht zuletzt, dass die von *Christian v. Bar* ins Leben gerufene *Study Group on a European Civil Code*³⁹ – im Verein mit der *Acquis-Group*⁴⁰ und weiteren Wissenschaftlergruppen im CoPECL-Netzwerk⁴¹ zusammengeschlossen – maßgeblich mit der Ausarbeitung eines solchen Instruments betraut wurde.

36 Erst in den letzten Jahren haben sich Generalanwälte verschiedentlich auf die *Principles* berufen, siehe etwa Generalanwältin TRSTENJAK, 6.3.2007, Rs. C-1/06, Bonn Fleisch, Slg. 2007, I-5611, Tz. 68: „Im Gemeinschaftsrecht ist bezüglich der Auslegung der Willenserklärungen auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzugreifen. Bestimmungen über die allgemeinen Rechtsgrundsätze bezüglich der Auslegung der Willenserklärungen können Kapitel 5, Auslegung des Werks *Principles of European Contract Law*, der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts entnommen werden. Dabei handelt es sich um ein Werk, das den gemeinsamen Kern des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten erfasst.“

37 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.

38 S. etwa v. BAR, Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung* (2009), S. 23 ff.; HÄHNCHEN, Die Rechtsform des CFR und die Frage nach der Kompetenz, ebd., S. 147 ff.; RIESENHUBER, Systembildung durch den CFR – Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, ebd., S. 183 ff.

39 S. www.sgecc.net.

40 S. www.acquis-group.org.

41 S. www.copecl.org.

2008 wurde der erste,⁴² 2009 ein überarbeiteter Entwurf⁴³ für einen Gemeinsamen Referenzrahmen veröffentlicht: der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Als „wissenschaftlicher Entwurf“ sollte er die Grundlage bilden für einen „politischen“ *Common Frame of Reference* (CFR): ein Entwurf für eine europäische Kodifikation des Vermögensrechts, systematisch geordnet wie ein Zivilgesetzbuch kontinentaleuropäischer Provenienz. In den 10 Büchern und 948 Artikeln des DCFR findet sich ein komplettes Vertragsrecht nebst ergänzenden Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag sowie zum Bereicherungs-, Delikts- und Eigentumsrecht.

Kern und Keimzelle des Ganzen waren die *Principles of European Contract Law*, auf denen die Study Group aufbaute und in die sie, nach Vorarbeiten der Acquis-Group, die vertragsrechtlichen Regeln des *acquis communautaire* einfügte.

Die Frage, was aus dem Gemeinsamen Referenzrahmen werden soll, adressierte ein Mitte 2010 von der Kommission veranlasster Konsultationsprozess. Die Kommission gab darin sieben verschiedene Optionen zu bedenken: die bloße Publikation des Referenzrahmens, seine Verwendung als Toolbox, die Verabschiedung als Empfehlung, als optionales Vertragsgesetzbuch oder, in Form einer Richtlinie oder Verordnung, als ein Vertrags- oder Vermögensgesetzbuch unterschiedlichen Zuschnitts. Das Grünbuch, mit dem die Konsultation eingeleitet wurde, und verschiedene Äußerungen der zuständigen Kommissarin *Viviane Reding* ließen erkennen, dass die Kommission eine klare Präferenz für die Verabschiedung des CFR als optionalen Kodex hatte. Ein solcher optionaler Kodex würde als eigenständiges Vertragsgesetz neben die nationalen Gesetze treten. Er käme zur Anwendung, wenn die Parteien eine entsprechende Rechtswahl treffen. Vorteile verspricht er zunächst vor allem den Unternehmen, denn sie könnten allen ihren Geschäften mit Unternehmern und Verbrauchern ein einheitliches Gesetz zugrunde legen. Insbesondere soll bei Anwendung des optionalen Kodex auch der von Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung für Verbraucherverträge vorgesehene Günstigkeitsvergleich nicht anwendbar sein, nach dem sich günstigere zwingende Verbraucherschutzvorschriften des objektiven Vertragsstatuts auch gegen eine Rechtswahl durchsetzen. Für Verbraucher soll der optionale CFR dadurch attraktiv gestaltet werden, dass er mit einem „hohen Verbraucherschutzniveau“ ausgestattet wird.

Parallel zum Konsultationsverfahren, sogar noch vor dessen Initiierung, hat die Kommission bereits im April 2011 eine Expertengruppe beauftragt, eine „Machbarkeitsstudie“ im Hinblick auf die Verwendung des DCFR und seine Überführung in einen CFR zu erstellen. Auch hier hat sie enge zeitliche und auch inhaltliche Rahmenvorgaben gemacht – und deutlich zu erkennen gegeben, dass am Ende ein Entwurf für einen optionalen Kodex stehen soll. Die Arbeitsgruppe hat dem entsprochen und in einem knappen

42 V. BAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE (Hrsg.), *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) – Interim Outline Edition (2008).

43 V. BAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE (Hrsg.), *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) – Outline Edition (2009).

Jahr aus dem DCFR mit seinen fast tausend Artikeln einen Entwurf (im Folgenden: CFR) mit 189 Artikeln erstellt.⁴⁴ Er umfasst nun freilich nur mehr das allgemeine Vertragsrecht und das Kaufrecht.

Am 11. Oktober 2011 hat die Kommission auf der Grundlage des CFR einen Entwurf für eine Kaufrechtsverordnung vorgestellt.⁴⁵ Vielfach nimmt man an, dass dieser Entwurf sich auch durchsetzen werde – *for better or for worse*.

Ein Spezialbereich ist das Europäische Versicherungsvertragsrecht. Bereits am 17.12.2007 veröffentlichte die „Project Group ‚Restatement of European Insurance Contract Law‘“ den ersten Entwurf eines Referenzrahmens für das Versicherungsvertragsrecht, die „Principles of European Insurance Contract Law“ (PEICL).⁴⁶ Eine vor allem redaktionell überarbeitete Fassung erschien 2009.⁴⁷ Man kann diese Principles als Bestandteil des DCFR für das Versicherungsvertragsrecht sehen, auch wenn sie davon unabhängig sein können. Auch die PEICL können als optionaler Kodex verabschiedet werden.

b) Wechselwirkungen in der gegenwärtigen Entwicklung

Befinden wir uns im Augenblick an einer Weggabelung, deuten doch die Entwicklung eines Gemeinsamen Referenzrahmens und die Pläne für seine Verabschiedung als optionaler Kodex auf ein andauerndes Nebeneinander hin von (teilweise) angeglichenem mitgliedstaatlichen Vertragsrecht einerseits und eines aus dem Gemeinsamen Referenzrahmens gewonnenen unionsrechtlichen Instruments andererseits.

Beide Entwicklungen hängen zusammen: Soweit mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen einheitlich anwendbare Regeln für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr zur Verfügung stehen, so erscheint damit eine breitflächige Vollharmonisierung des (Verbraucher-)Vertragsrechts rechtspolitisch obsolet. Die Reform des Verbrauchervertragsrechts kann sich auf kleinere Korrekturen beschränken, etwa die Feinabstimmung bei der Ausgestaltung der verschiedenen Widerrufsrechte. Umgekehrt mag die Einführung des Gemeinsamen Referenzrahmens als optionales Instrument umso wünschenswerter erscheinen, falls die Rechtsangleichung im Verein mit dem (Verbraucher-)Vertragskollisionsrecht den Unternehmen keine verlässliche Grundlage für das grenzüberschreitende Angebot von Waren und Dienstleistungen bietet.

44 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

45 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg.

46 www.restatement.info.

47 PROJECT GROUP (BASEDOW / BIRDS / CLARKE / COUSY / HEISS), Principles of European Insurance Contract Law (2009).

II. BINNENMARKTPOLITISCHE GRUNDFRAGEN

Die Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts war von andauernden rechtspolitischen Diskussionen begleitet,⁴⁸ man kann geradezu sagen, dass sie die Rechtswissenschaft (jedenfalls die deutsche Rechtswissenschaft) verändert und ihr Impulse für eine Öffnung von der Dogmatik hin zu einer Normsetzungswissenschaft gegeben hat. In der Tat kann sich die Rechtswissenschaft dieser Diskussion nicht verschließen. Die hier vorgestellte Entwicklung von einer punktuellen Rechtsangleichung über das Vorhaben einer weitgehenden Vollharmonisierung hin zu einem Nebeneinander von harmonisierten nationalen Vertragsrechten und einem optionalen Europäischen Kaufvertragskodex (CFR) ist Anlass, die wesentlichen Argumente der aktuellen Diskussion zu erörtern.

1. (Vertrags-)Rechtszersplitterung als Binnenmarkthemmnis?

Kodifikationen des Zivilrechts in Europa und anderswo waren nicht selten aufgeladen mit politischer Symbolik. Mit dem französischen *Code civil* sollte dem revolutionären Sieg des Bürgertums rechtlicher Ausdruck verliehen werden. Die Kodifikationsbestrebungen in Deutschland, Italien oder Griechenland waren Ausdruck gewonnener Nationalstaatlichkeit. Eine Vertragsrechtskodifikation, politisch gestützt auf die Symbolwirkung einer „neue[n] Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“⁴⁹ ist – auch eingedenk des Scheiterns des Europäischen Verfassungsvertrages – derzeit und auf mittlere Sicht nicht opportun. Die rechtspolitische Überzeugungskraft eines optionalen Europäischen Vertragsrechts hängt deshalb im Wesentlichen davon ab, ob man es für ein taugliches Mittel hält, die Binnenmarktintegration zu fördern. Der Binnenmarkt, den zu errichten sich die Union verpflichtet hat (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV), verspricht mehr soziale Wohlfahrt.⁵⁰ Dieses Versprechen fußt auf Überlegungen klassischer ökonomischer Theorie (*Ricardo, Smith, Mill*): Freiwillige Transaktionen tragen in sich die Vermutung ihrer Nützlichkeit für die beteiligten Parteien. Beseitigt man Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel, so vergrößert sich dadurch die Auswahl potentieller Transaktionspartner, mehr Transaktionen werden ermöglicht, Kooperation und arbeitsteilige Spezialisierung erleichtert, der Wettbewerbsdruck wird erhöht und hierdurch die soziale Wohlfahrt insgesamt gefördert.⁵¹

48 S. nur exemplarisch die Übersicht bei RIESENHUBER, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), S. 171 ff.

49 Art. 1 Abs. 2 EUV.

50 Beredtes Zeugnis hierfür legt der *Spaak*-Bericht ab, Regierungsausschuss, eingesetzt der Konferenz von Messina, Bericht der Delationsleiter an die Außenminister, MAE 120 d/56 (korr.), Brüssel, den 21. April 1956, Erster Teil, Einl. S. 15; zur Wohlfahrtsförderung als Kernanliegen der Binnenmarktintegration FRANCK, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2. Aufl. 2010), § 6 Rn. 20 m.w.N.

51 MOLLE, The Economics of European Integration (5. Aufl. 2006), S. 35 f. und 67.

Die Kommission scheint nicht daran zu zweifeln, dass die Disparität der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte die Vollendung des Binnenmarktes in einer Weise hemmt, die ein Eingreifen verlangt.⁵² Nicht zu bestreiten ist, dass Unterschiede zwischen den Vertragsrechten der Mitgliedstaaten Transaktionskosten bei grenzüberschreitend agierenden Anbietern und Nachfragern verursachen. Die binnenmarktpolitische Bewertung von Aktivitäten der Union auf dem Gebiet des Vertragsrechts scheidet sich mithin an den Fragen, wie stark Vertragsrechtsdivergenzen tatsächlich den grenzüberschreitenden Handel behindern, Europäisches Vertragsrecht also Nutzen schaffen kann, und ob dieser Nutzen die Kosten überwiegt, die mit der Implementierung eines Europäischen Vertragsrechts einhergehen. Die in den letzten Jahren hierzu vorgelegten Analysen⁵³ mahnen zur Zurückhaltung. Grenzüberschreitender Handel geht immer mit Kosten für die Anbieter einher, die sich den Rahmenbedingungen verschiedener Märkte und divergierenden Präferenzen der Nachfrager anpassen müssen. Die Bedeutung von Unterschieden in den Vertragsrechtsordnungen als zusätzlicher Kostenfaktor und damit Marktzutritts-hindernis relativiert sich vor diesem Hintergrund.⁵⁴ Ähnlich kann man aus Sicht privater Nachfrager argumentieren: Diese decken ihren Bedarf an Gütern und Dienstleistungen in hohem Maße im lokalen und regionalen Umfeld, ohne dass es gerade die Sorge vor ausländischem Vertragsrecht wäre, die sie von grenzüberschreitender Nachfrage abhielte.⁵⁵ Als hemmende Faktoren erscheinen – neben Reise- und Transportkosten – vor allem sprachliche und kulturelle Barrieren. Stehen auf der Haben-Seite verhältnismäßig geringe Kostenvorteile, so sind auf der anderen Seite die Kosten der Rechtsvereinheitlichung nicht zu vernachlässigen. Neben den (vorübergehenden) Implementierungskosten (insbesondere: Verlust des öffentlichen Gutes einer etablierten Rechtsprechung) zählt dazu insbesondere auch, dass mit einheitlichen Regeln (dauerhaft) die Möglichkeit einer Rücksichtnahme auf regional heterogene Präferenzen verloren geht.⁵⁶

52 S. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., S. 5-7.

53 S. etwa WAGNER, *The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law*, CMLR 39 (2002), 995-1023; GÓMEZ, *The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective*, ERCL 2008, 89-118; DERS., *Some Law and Economics of Harmonizing Private Law*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/Mak/du Perron (Hrsg.), *Towards a European Civil Code* (4. Aufl. 2010), S. 401-426.

54 Vgl. GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 89, 96.

55 WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 1016 f.

56 S. nur GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 89, 101-103.

2. Verbraucherschutz als Binnenmarktförderung und Binnenmarkthemmnis

Prominent bedient sich der Europäische Gesetzgeber seit einigen Jahren der Rhetorik, mangelnde Binnenmarktintegration beruhe auf fehlendem Verbrauchervertrauen in den rechtlichen Schutz bei grenzüberschreitenden Geschäften. Abhilfe böten unionsweit einheitliche (Mindest-)Verbraucherschutzstandards.⁵⁷ Man kann diesem Ansatz, der dem Verbraucher die Rolle des Initiators der Binnenmarktintegration zuweist, mit guten Gründen skeptisch gegenüberstehen – sei es, weil man Divergenzen im Vertragsrecht der Mitgliedstaaten nicht für ein signifikantes Hindernis für grenzüberschreitende Verbrauchernachfrage hält, sei es, weil man generell die Unternehmen als die entscheidenden Akteure für die Entstehung von (Verbraucher-)Märkten ansieht. Indes ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Verbrauchervertrauens-Doktrin der Phase der Mindestharmonisierung eine positive konzeptionelle Begründung verleiht. Allerdings birgt diese Begründung die Gefahr eines Schutzübermaßes. Die Erhöhung des Verbraucherschutzes ist positiv konnotiert, die Absenkung indes tabu, mag sie auch sachlich begründet sein. Unter der Flagge eines verstärkten Verbraucherschutzes lässt sich Vertragsrechtsharmonisierung ohne Frage politisch leichter verwirklichen als unter der Schlagzeile: „Ein *level playing field* für Unternehmer im Binnenmarkt“.⁵⁸

Andererseits lehrt die Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH, dass zwingender mitgliedstaatlicher Verbraucherschutz die Freiheit des grenzüberschreitenden Verkehrs von Waren und Dienstleistungen beeinträchtigt, diese Behinderung allerdings gerechtfertigt ist, soweit sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.⁵⁹ Diese von den Grundfreiheiten geduldete Disparität nationaler Verbraucherschutzniveaus bildete eine Hürde für Unternehmen, die binnenmarktweit anbieten wollen, und wird auch vom Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht vornehmlich adressiert: „Unternehmen, die

57 Paradigmatisch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Fn. 19), Begründungserwägung (5): „Die Schaffung eines gemeinsamen Mindestsockels von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten, stärkt das Vertrauen der Verbraucher und gestattet ihnen, die durch die Schaffung des Binnenmarkts gebotenen Vorzüge besser zu nutzen.“ S. auch KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union vom 2.10.2001, KOM(2001) 531 endg., S. 3. Vgl. hierzu HEIDERHOFF, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), S. 223-227.

58 FRANCK, Europäisches Absatzrecht (2006), S. 325 m.w.N.

59 Grundlegend EuGH, 20.2.1979, Rs. 120/78, REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, Rn. 8: „Hemmnisse für den Binnenhandel [...], die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung [...] ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen [...] des Verbraucherschutzes.“

grenzüberschreitend Geschäfte machen wollen, müssen mit hohen Rechtskosten rechnen, wenn für die Verträge das Verbraucherrecht eines anderen Landes gilt.“⁶⁰

Der Europäische Gesetzgeber kann diesem Binnenmarkthemmnis auf mehreren Wegen abhelfen.⁶¹ Es steht ihm erstens offen, ein Herkunftslandprinzip sekundärrechtlich zu verankern. Punktuell ordnen etwa Art. 3 E-Commerce-Richtlinie⁶² und Art. 2 Abs. 1 Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste⁶³ an, dass Anbieter nur an die Bestimmungen des Mitgliedstaates gebunden sind, in dem sie niedergelassen sind. Für Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen wird diese Lösung in Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung verworfen: Die Wahl einer anderen Rechtsordnung als die des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers – also etwa derjenigen des Herkunftslands des Unternehmers – darf nicht dazu führen, dass das Maß an Verbraucherschutz unter das Niveau der Heimatrechtsordnung des Verbrauchers absinkt.

Alternativ lässt sich das Binnenmarkthindernis unterschiedlicher Verbraucherschutz-niveaus durch Vollharmonisierung beseitigen: Europäisches Vertragsrecht würde zugleich Mindest- und Höchstmaß des geforderten Verbraucherschutzes bestimmen. In der Tat hat der Europäische Gesetzgeber mit der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen diesen Weg eingeschlagen und mit der (reformierten) Verbraucherkreditrichtlinie und der Zahlungsdiensterichtlinie weiter verfolgt. Mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus dem Jahre 2008⁶⁴ wollte die Kommission den Weg der Vollharmonisierung für das Verbrauchervertragsrecht ein gutes Stück weiter gehen, konnte sich damit aber nicht durchsetzen und konstatierte deshalb 2010 im Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht: „In den zwei Jahren intensiver Verhandlungen im Europäischen Parlament und im Rat wurde deutlich, dass auch der Vereinheitlichungsansatz seine Grenzen hat“.⁶⁵

60 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., S. 5.

61 Zu rechtlichen Mechanismen der Binnenmarktintegration jenseits der Rechtsvereinheitlichung im Überblick FRANCK, Rechtssetzung für den Binnenmarkt: Zwischen Rechtsharmonisierung und Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte (2006), S. 47, 53-58 (deutsch), 70-76 (japanisch).

62 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2000 L 178/1.

63 Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. 2010 L 95/1.

64 Siehe oben Fn. 24.

65 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 6.

3. *Das optionale Instrument: Kein gordisches Schwert*

a) *Drei Kritikpunkte*

Die Kommission sah sich in ihrem Bestreben, das Verbrauchervertragsrecht breitflächig voll zu harmonisieren, einer Phalanx von Gegnern gegenüber, deren Widerstand sich aus ganz unterschiedlichen Motiven speiste.

Aus Verbraucherschutzpolitischer Sicht wurde beklagt, Vollharmonisierung führe zu einer Absenkung des bestehenden Verbraucherschutzniveaus – jedenfalls teilweise und in einigen Mitgliedstaaten.⁶⁶ Verbraucher vertrauten auf das ihnen nach dem Heimatrecht zustehende Maß an Verbraucherschutz und sollten darin nicht enttäuscht werden.

Zweitens wurde moniert, eine Vollharmonisierung bereite der Einpassung unionsrechtlicher Vorgaben in das nationale Vertragsrecht übermäßige Schwierigkeiten. Die Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) als bevorzugtes Instrument zur Harmonisierung des Vertragsrechts soll den nationalen Gesetzgebern Spielraum eröffnen, Europäische Inhalte passgenau in die mitgliedstaatlichen Vertragsrechte einzufügen.⁶⁷ Bei vollharmonisierenden Richtlinien ist es nationalen Gesetzgebern indes regelmäßig kaum möglich, Reichweite und Regelungsinhalt einer Richtlinie und damit auch verbleibende Umsetzungsspielräume sicher abzuschätzen.⁶⁸ So lassen sich – zumal in dem komplex systematisierten Bereich des Schuldrechts – ungewollte *spill-over*-Effekte kaum vermeiden. Das gilt insbesondere auch dort, wo der unionsrechtlich vollharmonisierte Verbraucherschutzstandard unter dem des allgemeinen Vertragsrechts eines Mitgliedstaats liegt: Nimmt der mitgliedstaatliche Gesetzgeber keine allgemeine „Anpassung nach oben“ vor, so führt das zu dem widersinnigen Ergebnis, dass der Einzelne besser steht, wenn er nicht als Verbraucher handelt.⁶⁹

Drittens schließlich könnte gegen eine Angleichung mitgliedstaatlicher Verbrauchervertragsrechte eingewandt werden, diese verhindere regional heterogenen Präferenzen im Binnenmarkt regulatorisch gerecht zu werden, nähme die Chance, mit unterschied-

66 S. etwa MICKLITZ/REICH, *Crónica de Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights*, CMLR 46 (2009), 471, 519: „Consumer protection via the principle of ‘minimum harmonization’ – originally part of the *acquis* itself – has been transformed by the Proposal into a market access instrument via ‘full harmonization with minimal consumer protection’”; s. auch TONNER/TAMM, *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, JZ 2009, 277, 282; TWIGG-FLESNER/METCALFE, *The Proposed Consumer Rights Directive – less haste, more thought?*, ERCL 2009, 368, 373.

67 GRUNDMANN (Fn. 1), S. 23.

68 RIEHM, *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), S. 83-111.

69 S. etwa WILHELMSSON, *Full Harmonization of Consumer Contract Law?*, ZEuP 2008, 225, 227.

lichen gesetzgeberischen Lösungen parallel experimentieren zu können und verursache damit übermäßige, für die Zwecke der Binnenmarktintegration unnötige Kosten.⁷⁰

b) Keine Antwort

Nachdem die Vollharmonisierung des (Verbraucher-)Vertragsrechts als Konzept aus diesen Gründen ins Stocken geraten ist und derzeit politisch nicht mehr durchsetzbar scheint, liegt die von der Kommission favorisierte Variante für die Entwicklung eines Europäischen Vertragsrechts in der Perspektive eines optionalen Kodex, also eines europaweit einheitlich geltenden Vertragsrechts, das Vertragsparteien als Alternative zu den herkömmlichen mitgliedstaatlichen Vertragsrechten wählen können. Die Kommission hatte diesen Ansatz bereits in ihrer Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahre 2001⁷¹ und im Aktionsplan für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht aus dem Jahre 2003 ins Spiel gebracht.⁷² Sie möchte nun suggerieren, dieser Ansatz könne den drei angedeuteten Kritiken gegen die Vollharmonisierung zugleich ausweichen.

Auf den Vorwurf einer teilweisen Absenkung des Verbraucherschutzniveaus entgegnet die Kommission, der Verbraucher werde die Wahl haben, ob er auf seinem ggf. höheren mitgliedstaatlichen Verbraucherschutzniveau bestehe oder sich auf das Europäische Vertragsrecht einlasse.⁷³ Damit schreibt die Kommission eine Chimäre herbei: Eine „echte“ – also nicht nur formelle, sondern tatsächliche – Rechtswahl durch den Verbraucher wird es nicht geben (können), für ihn wird es heißen „*take it or leave it*“. Die Vorstellung, Anbieter ließen den Verbrauchern mit einem „*blue button*“ die Wahl, den Vertrag nach herkömmlichen Heimatrecht oder dem optionalen Instrument schließen, ist aus mehreren Gründen nicht realistisch. Zum ersten verhalten sich Verbraucher gegenüber Divergenzen im Vertragsrecht grundsätzlich in gleicher Weise rational ignorant wie gegenüber den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter.⁷⁴ Selbst

70 Hierzu KIENINGER, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 350 ff.; KIRCHNER, Europäisches Vertragsrecht, in: Weyers (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht (1997), S. 103, 118-121; SCHULZE, Ökonomik der Vollharmonisierung im Gemeinschaftsprivatrecht, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 63, 79-81; WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 1012.

71 KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398 endg., S. 20.

72 KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein Kohärenteres Europäisches Vertragsrecht, KOM(2003) 68 endg., S. 2, 3, 19, 21, 27 f.

73 Sog. „Blue-Button-Argument“: der Verbraucher wähle für einen Vertragsschluss über das Internet durch einen „Klick“ das Europäische Vertragsrecht, symbolisiert durch einen „blauen Knopf“. S. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 10 f.: „Verbraucher bräuchten klare Informationen, um ihre Rechte zu verstehen und eine sachkundige Entscheidung darüber treffen zu können, ob sie einen Vertrag auf der Grundlage dieser Alternativregelung schließen möchten“.

74 RIESENHUBER, A Competitive Approach to EU Contract Law, ERCL 2011, 115-133; deutsche Fassung: Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht, JZ 2011, 537, 542.

wenn Verbraucher die Divergenzen zwischen nationalem und Europäischem Vertragsrecht kennen würden, könnten sie diese nicht sinnvoll bewerten. Wie sollten Verbraucher die Inhalte verschiedener Vertragsrechtsordnungen verstehen und bewerten, wie einschätzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich welches Risiko bei der Abwicklung des Vertrags verwirklicht?! Allenfalls punktuell ließen sich diese systematischen Informationsdefizite durch das Wirken von Informationsintermediären überwinden, etwa durch Kampagnen von Verbraucherschutzorganisationen, die öffentlichkeitswirksam für oder gegen Anbieter werben, die auf das Europäische Vertragsrecht setzen. Zweitens: Es ist die Vorstellung der Kommission, der grenzüberschreitende Produktverkehr werde billiger und also gefördert, weil Unternehmen nach einheitlichem (Europäischen) Vertragsrecht anbieten können.⁷⁵ Diesen Vorteil realisiert ein Unternehmen indes nur, wenn es seine Produkte einheitlich auf „EU-Recht“ umstellt und sie also im Binnenmarkt unter EU-Vertragsrecht auf „*take it or leave it*“-Basis anbietet. Da zudem die Rechtsdisparität nur einer von zahlreichen preisbestimmenden Faktoren ist und die daraus resultierenden Kosten schwer zu bemessen sein dürften, ist das Ausmaß möglicher Kostenvorteile schwer zu bestimmen. Ob und in welchem Umfang die Unternehmen sie an die Verbraucher weitergeben (können), ist ungewiss und hängt von den jeweiligen Markt- und Wettbewerbssituation ab.⁷⁶ Drittens endlich vernachlässigt die Vorstellung, ein Unternehmer könne sein Produkt beliebig nach Wahl des Verbrauchers unter EU-Vertragsrecht oder Heimat-Vertragsrecht anbieten, dass sich das Maß zwingenden Verbraucherschutzes optimaler Weise nicht nur auf den Vertrieb, sondern auch auf Entscheidungen des Herstellers beim Produktionsprozess auswirkt. Die erwünschte Steuerungswirkung der Haftung für Produktmängel zeigt sich schließlich im Anreiz des Unternehmers, die Summe aus Herstellungskosten und Kosten aufgrund ausgeübter Gewährleistungsrechte zu minimieren.

Aufgeworfen ist damit in aller Klarheit die Frage: Wollen die Unionsbürger eine punktuelle Absenkung des zwingende Verbraucherschutzlevels in Kauf nehmen, um dafür Kosten für grenzüberschreitende Transaktionen zu senken und Vorteile durch intensiveren grenzüberschreitenden Handel zu generieren? Die Kommission verhält sich unlauter, wenn sie suggeriert, diese Frage stelle sich nicht, weil der Verbraucher das Vertragsrecht und damit das von ihm präferierte Maß an Verbraucherschutz wählen könnte.

Die Kommission betont, der Ansatz eines optionalen, in sich geschlossenen Europäischen Vertragsrechts nehme der Kritik die Spitze, die durch die Europäisierung des Vertragsrechts die Kohärenz nationaler Schuld- bzw. Vertragsrechtskodifikationen in Gefahr sieht: „Ein fakultatives Instrument könnte für den Binnenmarkt erhebliche Vor-

75 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 5 f.

76 Ein Anbieter strebt regelmäßig danach, seinen Gewinn als Funktion von Preis und abgesetzter Menge zu maximieren. Maßgeblich für die Weitergabe von Kostenvorteilen ist deshalb insbesondere die Preiselastizität der Nachfrage.

teile bringen, ohne noch weiter in einzelstaatliches Recht einzugreifen.“⁷⁷ Allerdings gehen mit dem Konzept eines optionalen Europäischen Vertragsrechts Probleme anderer Art einher. Die Nahtstelle zum mitgliedstaatlichen Recht wird zu definieren sein und hier drohen Unschärfen, vergleichbar denen, die sich aus Umsetzungsspielräume bei der Harmonisierung durch Richtlinien ergeben. Diese Unschärfen dürften nie ganz zu vermeiden sein, werden aber umso größer als das Europäische Vertragsrechtsinstrument – aufgrund politischer Vorgabe der Kommission⁷⁸ – mit nur 189 Artikeln ausgesprochen „schlank“ gehalten wurde, seine Wirksamkeit daher nicht unerheblich vom Zusammenspiel mit den mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsregeln abhängen wird.

4. *Ein Europäisches Vertragsrecht auch für Transaktionen zwischen Unternehmen?*

Die Kommission hat mit dem Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht die Frage aufgeworfen, ob ein optionales Europäisches Vertragsrecht auch für Unternehmensgeschäfte im Binnenmarkt wünschenswert sei. Sie ist rechtspolitisch weit weniger brisant, weil Unternehmen nach Art. 3 Rom I-VO Rechtswahlfreiheit genießen. Zwar kann auch hier Konfliktstoff liegen: Wer etwa die in § 307 BGB auch für Unternehmensverträge vorgesehene richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen für geboten hält, wird es nicht als unproblematisch ansehen, wenn Unternehmen dieser Kontrollmöglichkeit für Verträge mit einer grenzüberschreitenden Komponente (vgl. Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 3 Rom I-VO) ausweichen können, etwa durch Vereinbarung Schweizer Rechts⁷⁹ oder in Zukunft dann möglicherweise eines Europäischen Vertragsrechts. Indes liegt hierin im Grunde kein spezifisch mit der Europäischen Perspektive verknüpftes Thema. Allenfalls wenn ein Europäisches Vertragsrecht auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar wäre, könnte es Unternehmen neue Rechtswahlfreiheiten eröffnen.

Andererseits lassen die bestehende Rechtswahlfreiheit einerseits und die UN-Konvention über den internationalen Kauf (CISG) andererseits ein einheitliches Europäisches Vertragsrecht für Unternehmensgeschäfte als weniger dringlich erscheinen. Europäischen Unternehmen steht es frei, im Rahmen ihrer Verhandlungsmacht durchzusetzen, ihre Produkte grenzüberschreitend unter einem einheitlichen Vertragsrechtsregime zu vertreiben. Zu Recht weist die Kommission im Grünbuch darauf hin: Der Nutzen eines Europäischen Vertragsrechts für Unternehmensgeschäfte hängt von seiner inhalt-

77 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 10.

78 Die Kommission hatte die Obergrenze von 150 Artikeln vorgegeben; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Synthesis of the first expert group's meeting on 21st May 2010, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr_report_10_06_16_en.pdf.

79 Zum Phänomen einer „Flucht“ aus dem deutschen ins schweizerische Recht, um für b2b-Verträge eine AGB-Kontrolle zu vermeiden s. HOBECK, Flucht aus der deutschen Gerichtsbarkeit bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten – warum?, DRiZ 2005, 177, 178; BRACHERT / DIETZEL, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, 441.

lichen Qualität als „neutrales modernes Vertragsrechtsinstrument“⁸⁰ ab. Ein optionales Europäisches Vertragsrecht für Unternehmensgeschäfte sollte jedenfalls attraktiver sein als die Regeln des CISG. Ob dies erreicht werden kann, mag man mit guten Gründen bezweifeln: Das binnenmarktpolitische Augenmerk der Kommission ruht auf der Unternehmer-Verbraucher-Beziehung, nicht darauf, ein Vertragsrecht mit dispositiven Regeln zu kreieren, die den *state of the art* für den unternehmerischen Rechtsverkehr abbilden.⁸¹ Das Vertragsrecht des DCFR baut auf den Principles of European Contract Law auf, die wiederum weithin vom CISG inspiriert sind. Es ist nicht erkennbar, dass bei der Abfassung von PECL oder DCFR eine grundlegende Revision der Lösungen des CISG stattgefunden hätte, um neueren Einsichten der Vertragsrechtswissenschaft Rechnung zu tragen.⁸²

5. *Folgerungen für das Verfahren*

Gerade unter dem Gesichtspunkt des Rechtstransfers, der im Mittelpunkt dieser Tagung steht, sind Aspekte des Verfahrens von Bedeutung. Dabei wirft weniger die Überarbeitung des Verbrauchervertragsrechts als vor allem das Vorhaben eines Gemeinsamen Referenzrahmens Verfahrensfragen auf. Diese haben umso größeres Gewicht, je weiter das verabschiedete „Instrument“ in die nationalen Rechtsordnungen eingreift. Auf der einen Seite ist die bloße Publikation eines CFR unproblematisch, auf der anderen Seite die Verabschiedung als ein die nationalen Kodifikationen ersetzendes Vertragsgesetzbuch kaum denkbar. Dazwischen steht die Verabschiedung als optionaler Kodex, wie sie die Kommission von Anfang an unverhohlen favorisiert hat. Ein optionales Instrument greift nicht unmittelbar in die nationalen Rechtsordnungen ein, sondern etabliert eine Alternative für die Parteien. Mittelbar mag die inhaltliche Ausgestaltung eines Europäischen Rechtsinstruments mitgliedstaatliche Gesetzgeber dazu anregen, nationales Recht anzugleichen, oder darin bestärken, divergierende rechtliche Lösungen beizubehalten oder zu entwickeln. Skeptisch ist indes zu beurteilen, ob sich solche Entwicklungen sinnvoll als „Wettbewerb der Regelgeber“, vergleichbar dem Wettbewerb zwischen Unternehmen auf den Produktmärkten, beschreiben lassen und ob sich aus solchen Ansätzen normative Aussagen ableiten lassen.⁸³

80 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 7.

81 S. allgemein GILLETTE/SCOTT, *The Political Economy of International Sales Law*, *Int. Rev. L. & Econ.* 25 (2005), 446-486.

82 So lautet etwa das Ergebnis einer Untersuchung der DCFR Regeln zum Schadensersatz bei Vertragsverletzungen, ACKERMANN, *Beyond Expectation? – An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages*, in: Wagner (Hrsg.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics* (2009), S. 34, 68.

83 S. etwa GÓMEZ (Fn. 53), *ERCL* 2008, 89, 99-101; GRUNDMANN/KERBER, *European System of Contract Laws – A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making*, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002), S. 295 ff.; GRUNDMANN, *The Role of Competition in the European Codification Process*, in: Cafaggi/Micklitz (Hrsg.), *After the Common Frame of*

Allerdings hat das von der Kommission gewählte Vorgehen Kritik auf den Plan gerufen.⁸⁴ Im Hinblick auf die Ausarbeitung des DCFR geht sie vor allem dahin, dass diese Arbeiten unter einem unnötigen und sachlich unangemessenen Zeitdruck stattgefunden haben. Zudem war dieser Prozess der Ausarbeitung einer Monopolgruppe – manche sagen: einem Kartell – anvertraut und selbst nicht hinreichend wettbewerblich ausgestaltet. Die Mitglieder der Study Group und der Acquis Group waren ganz überwiegend Rechtsvergleicher und Europarechtler. Die Perspektiven der etablierten mitgliedstaatlichen Dogmatiken oder auch neuere interdisziplinäre Einsichten fanden bei der Ausarbeitung nicht ausreichend Berücksichtigung. Und bislang war auch nicht hinreichend Zeit, den mit dem DCFR vorliegenden Entwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch einer schonungslosen Kritik dieser Ansätze zu unterziehen.

Die Kommission hat darauf reagiert, indem sie im April 2010 ein Revisionsverfahren initiierte und im Juli 2010 ein Konsultationsverfahren. Auch diese Verfahren leiden indes an Mängeln.⁸⁵ So ist die Expertengruppe, die mit der Revision des DCFR betraut ist, mehrheitlich mit Experten besetzt, die schon an der Ausarbeitung des DCFR mitgewirkt haben. Hier drohen Interessenkonflikte und Bestätigungsneigungen, die eine rigorose Überarbeitung beeinträchtigen. Das Konsultationsverfahren dauerte vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Januar 2011, so dass die Zeit zur Stellungnahme von vornherein knapp bemessen war. Gefragt war vor allem, wie mit dem DCFR jetzt weiter verfahren werden soll, ob und in welcher Form und in welchem Zuschnitt er als Vertragsgesetzbuch verabschiedet werden soll. Sowohl die Revision als auch das Konsultationsverfahren wurden indes nicht ergebnisoffen geführt. Vielmehr zeichnete sich frühzeitig ab, dass die Kommission die Verabschiedung eines überarbeiteten DCFR als optionales Vertrags-

Reference – What Future for European Private Law (2010), S. 36-55; KIENINGER (Fn. 70), S. 275-332; KIRCHNER, An Optional European Civil Code (OECC): Initiating a Learning Process, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law (2002), S. 399-403; SMITS, European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order, in: Curtin/Smits/Klig/McCahery (Hrsg.), European Integration and Law (2006), S. 85; VAN DEN BERGH, Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law, MJ 5 (1998), 129-152; DERS., Forced Harmonisation in Europe: Not to be Continued, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law (2002), S. 249 ff.; RIESENHUBER (Fn. 48), S. 187-195; WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 996-1013.

84 S. etwa GRUNDMANN (Fn. 83); JANSEN / ZIMMERMANN, „A European Civil Code in all but name“: Discussing the Nature and Purpose of the Draft Common Frame of Reference, *Cambr.L.J.* 69 (2010), 98, 111; EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / ZIMMERMANN, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, *JZ* 2008, 529-550; W. DORALT, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts – Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, *RabelsZ* 2011, 260-285; DERS., Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button – Zur Frage eines optionalen Europäischen Vertragsrechts, *AcP* 211 (2011), 1-34; RIESENHUBER (Fn. 74), *JZ* 2011, 537-544.

85 S. etwa BASEDOW / EIDENMÜLLER / GRIGOLEIT / GRUNDMANN / JANSEN / KIENINGER / MANSEL / ROTH / WAGNER / ZIMMERMANN, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, *FAZ* vom 1.7.2010 verfügbar unter <http://faz.net/-019m8q>; RIESENHUBER (Fn. 74).

gesetzbuch favorisierte – schon bevor die Verfahren abgeschlossen waren. Den unbefangenen Beobachter mag die Vermutung beschleichen, die Kommission wolle die Kosten für die Erstellung des DCFR *ex post* legitimieren, indem sie eine legislative Initiative ergreift um – wie *Kegel* in anderem Zusammenhang sagt – „etwas vorzuweisen: ut aliquid fieri videatur? Ist das der Preis, den wir zahlen müssen, dass die Rechtsvereinheitlichung überhaupt in Gange bleibt?“⁸⁶

Die Kommission hat zu gewährleisten, dass (Wohlfahrts-)Vorteile durch die Integration des Binnenmarktes ausgeschöpft werden. Geht sie davon aus, eine Vereinheitlichung und dabei punktuelle Senkung des Schutzniveaus im Verbrauchervertragsrecht sollte hingenommen werden, um hierdurch Vorteile eines intensivierten Binnenmarkthandels zu generieren, dann ist es richtig, dass sie einen entsprechenden Vorschlag für ein optionales Europäisches Vertragsrechtsinstrument erarbeitet und politisch hierfür wirbt. Nicht redlich handelt die Kommission aber, wenn sie versucht, der politischen Frage nach dem optimalen Verbraucherschutzniveau auszuweichen. Ein Manöver besteht – wie bereits bemerkt – darin, dass sie behauptet, der mitgliedstaatliche Verbraucherschutzbestand werde an keiner Stelle gesenkt, weil der Verbraucher ein „Wahlrecht“ haben werde. Zum anderen verschleiert die Kommission den rechtspolitischen Konflikt zwischen Verbraucherschutz und Binnenmarktintegration dadurch, dass sie die Ausarbeitung des Europäischen Vertragsrechts als eine rein „technische“ Frage hinstellt, deren Lösung einem Gremium juristischer Experten übertragen werden könnte, um sodann in der politischen Auseinandersetzung auf das Placet dieses Gremiums verweisen zu können. Die juristische Expertise des von der Kommission beauftragten Gremiums kann eine rechtspolitische Legitimation der mit dem Europäischen Vertragsrechtskodex einhergehenden verbraucherschutzpolitischen Weichenstellungen indes nicht ersetzen.

III. AUSBLICK:

VOM GESETZTEN OPTIONALEN VERTRAGSRECHTS-KODEX ZUM GELEBTEN EUROPÄISCHEN VERTRAGSRECHT

Wagen wir einen Blick voraus. Nachdem die Kommission am 11. Oktober 2011 einen Entwurf vorgestellt hat, deutet einiges darauf hin, dass das optionale Kaufrecht in Form einer Verordnung zum „Common European Sales Law“ beschlossen werden wird. Damit würde die Integration des Vertragsrechts in der Union eine neue Qualitätsstufe erreichen. Ein solches Instrument führte erstmalig zu einem breitflächigen, unmittelbar anwendbaren Europäischen Vertragsrecht, dessen Provenienz sichtbar wäre, anders als bei der Harmonisierung durch Richtlinien.

⁸⁶ Kritik *Kegels* gemünzt auf die sachlich fragwürdige Vielzahl rechtsangleichender Staatsverträge, *KEGEL*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa/Le rapprochement du droit de l'économie en Europe* (1971), 9, 43.

Ein optionales Europäisches Vertragsrecht soll Kosten aufgrund von Rechtszersplitterung vermeiden, indem es von Unternehmen gewählt wird als Alternative zu den nationalen Vertragsordnungen. Ignoriert es die Praxis, werden manche Kritiker sagen, es zeige sich hieran seine inhaltliche Schwäche. Der „Wettbewerb“ habe gegen das Europäische Instrument entschieden. Einen solchen Schluss wird man indes nur ziehen dürfen, wenn das Europäische Vertragsrecht eine faire Chance gehabt hat, die „Markt“-Zutrittschürden zu überwinden. Überkommt man die Phase schierer Unkenntnis vom neuen Recht, stellt sich das Problem der Rechtsunsicherheit. Unternehmerische Investitionen benötigen Planungssicherheit. Daher werden Anbieter und Rechtsberater zögern, Gefilde nationalen Rechts zu verlassen und sich auf das unbekannte Terrain des optionalen Europäischen Vertragsrechts vorzuwagen, mögliche Vorteile aufgrund eines einheitlichen Vertragsrechtsrahmens für binnenmarktweite Aktivitäten abwägend mit den Risiken. Rechtsunsicherheit droht für den Anfang allein deshalb, weil die Rechtssätze neu sind; dauerhaft aber auch dann, wenn das Recht nicht konsistent durch die Gerichte über die nationalen Grenzen hinweg angewendet werden sollte.

Ein Vergleich mit den Startbedingungen, die das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch bei seinem Inkrafttreten hatte, mag dafür sensibilisieren, die Herausforderung einer unionsweit konsistenten Praxis nicht zu unterschätzen. Wenn es in einem Worte *Radbruchs* heißt, das BGB sei „mehr Endprodukt des 19. als Auftakt des 20. Jahrhunderts“,⁸⁷ dann liegt hierin einerseits eine inhaltliche Wertung, es wird andererseits aber auch deutlich: Das BGB ist die Frucht der Historischen Schule und der Pandektistik, einer ausdauernden, feinsinnigen und tiefgründigen inhaltlichen, systematischen und begrifflichen Durchformung des Privatrechts. Vielfach werden – gerade auch im internationalen Vergleich – die „technischen“ Qualitäten des BGB, seine Präzision in Sprache und Systematik, hervorgehoben.⁸⁸ Es nahm sich ein Juristenstand der neuen Regeln an, der gemeinsam am Römischen Privatrecht geschult worden war, den eine Einigkeit nicht nur in der Sprache, sondern im juristischen Denken auszeichnete. Das Beispiel der Vereinigten Staaten zeigt, welcher institutionelle Aufwand nötig scheint, um selbst auf der Grundlage einer weitgehenden rechtskulturellen und sprachlichen Einheit eine widerspruchsfreie Anwendung des staatenübergreifend geltenden Bundesrechts zu gewährleisten. Parallel zu den einzelstaatlichen Gerichten besteht eine Bundesgerichtsbarkeit mit vollständigem Instanzenzug. Bundesgerichte können für alle auf Bundesrecht gestützten Klagen angerufen werden.⁸⁹

Sieht man demgegenüber die Vielfalt der Sprachen, der Methoden der Rechtsfindung⁹⁰ und genereller der Rechtskulturen und juristischen Denktraditionen in Europa, so mag man ermesen, dass sich aus einem optionalen Vertragsrechtskodex nicht ohne Weiteres ein verlässliches gelebtes Unionsvertragsrecht entwickeln wird, das seine

87 RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft (13. Aufl. 1980), S. 104.

88 ZWEIGERT / KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 143 m.w.N.

89 Art. III § 2 Bundesverfassung i.V.m. 28 U.S.C. § 1331 (sog. *federal question*-Zuständigkeit).

90 Vgl. RIESENHUBER (Fn. 33).

Funktion als Instrument der Binnenmarktintegration erfüllt. Zwei Aspekte verdienen Hervorhebung: Bei den gegenwärtigen institutionellen Arrangements wird der Europäische Gerichtshof schon bald überfordert sein, allein und mit dem Mittel der Vorabentscheidung Einheit und Kohärenz eines Europäischen Vertragsrechts zu gewährleisten. Ein separater Europäischer Instanzenzug ist keine realistische Option.⁹¹ Ausichtsreicher scheinen Vorschläge, das Gerichtssystem der Union sinnvoll zu dezentralisieren.⁹² Erforderlich erscheint es daneben, den horizontalen Austausch zwischen den Gerichten zu fördern. Dazu könnte die Union beitragen, indem sie (auch untergerichtliche) Urteile zum Europäischen Vertragsrecht(skodex) dokumentiert und (ggf. auch in Übersetzung) zugänglich macht.⁹³

Ein Rechtsberater wird seinem Klienten nur dann empfehlen (können), Europäisches Vertragsrecht zu wählen, wenn er dieses Recht kennt und die darin liegende „Option“ bewerten kann. Ein optionales Vertragsrecht der Union wird sich nur dann zu einem selbstverständlichen Bestandteil mitgliedstaatlicher Vertragsrechtsordnungen entwickeln können, wenn es auch gelehrt wird, und zwar nicht als Nischenfach für Wirtschafts-, Europa- oder Internationalprivatrechtler, sondern als Variante im geltenden Vertragsrecht, als alternative Lösung eines Regelungsanliegens. Die (Teil-)Vereinheitlichung des Rechtsstoffes bietet die Chance, einen verstärkten Dialog über die Ausbildung im Vertragsrecht zu führen.⁹⁴ In anderen unionsrechtlich geprägten Bereichen, insbesondere im Kartellrecht, ist ein solcher Prozess bereits zu beobachten. Auch hier mag das Beispiel der Vereinigten Staaten vorbildlich sein. Ungeachtet der dezentralisierten Rechtssetzung und -findung gibt es im Vertragsrecht eine Rechtseinheit.⁹⁵ Die *law schools* lehren in einer Verbindung von Dogmatik und Rechtspolitik das in den Vereinigten Staaten geltende Vertragsrecht als einheitliches Thema von „issues, methods, theory, and basic doctrines of modern contract law“.⁹⁶ Ein solches Modell bietet für das Europäische Vertragsrecht die Chance, sich zu einem gelebten und in einer gewachsenen Rechtskultur verwurzelten Recht zu entfalten. Die Herausforderung besteht darin, das neue Recht zu

91 REHM, Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozessordnung und Instanzengerichtsbarkeit?, in: Lorenz/Trunk/Eidenmüller/Wendehorst/Adolff (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich (2005), 955, 969-971; WAGNER, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, ZEuP 2008, 6, 21 f.; FORNASIER, Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, ZEuP 2010, 477, 485 m.w.N.

92 S. etwa HIRSCH, Dezentralisierung des Gerichtssystems der Europäischen Union?, ZRP 2000, 57, 59; s. auch BASEDOW, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht, AcP 210 (2010), 157, 191 f.

93 Diese Aufgabe könnte die Union dem Europäischen Justiziellen Netz für Zivil- und Handelssachen übertragen, s. FORNASIER (Fn. 91), ZEuP 2010, 477, 492.

94 Siehe für einen historisch fundierten Vergleich der Juristenausbildung in Europa RANIERI, Juristen für Europa: Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, JZ 1997, 801-813.

95 KÖTZ (Fn. 31), *RebelsZ* 50 (1986), 1, 15.

96 SCOTT / KRAUS, *Contract Law and Theory* (4. Aufl. 2007), S. 1.

unterrichten, dabei aber den Reichtum der nationalen Zivilrechte zu bewahren und zu mehren.

Die Bundesgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten sichert nicht allein eine landesweit konsistente Anwendung des materiellen Bundesrechts, sondern zugleich auch Zugang zu einer einheitlichen Gerichtsorganisation mit einheitlichen Verfahrensregeln und damit ein Gleichmaß an wirksamen Rechtsschutz. Ohne einen separaten unionsrechtlichen Instanzenzug oder äquivalente Maßnahmen verbleiben hingegen unionsweit teils erhebliche Unterschiede in den Zivilverfahrensrechten⁹⁷ und vor allem auch bei der Ausstattung der Gerichte.⁹⁸ Diese relativieren mögliche Erfolge durch eine effektive Angleichung materiellen Vertragsrechts.

Ein Europäisches Vertragsrecht wird mögliche Vorteile durch seine einheitlich unionsweite Anwendbarkeit und inhaltliche Ausgestaltung im Dienste der Binnenmarktintegration nur ausspielen können, wenn die Union zugleich die hier angerissenen institutionellen Aspekte adressiert. Wer einen Europäischen Vertragsrechtskodex voreilig beschließt, nimmt nicht nur höhere Hürden für seine Implementierung in Kauf. Er riskiert, dass das Projekt scheitert und die Rechtsvereinheitlichung in Misskredit bringt. Das Schicksal des Verfassungsvertrags steht uns vor Augen.⁹⁹ Niemand sollte sich deshalb einer Illusion hingeben: Steinig ist der Weg in die Erprobungsphase, das Risiko des Scheiterns steter Begleiter, durchgreifende positive Wirkung für den Binnenmarkt allenfalls langfristig erwartbar. Es bedarf schon der Chuzpe eines hartgesottenen Politikers, für das Projekt des Europäischen Vertragsrechts in die Waagschale zu werfen, seine zügige Verabschiedung werde „der EU helfen [...] die Wirtschaftskrise zu bewältigen“.¹⁰⁰

97 WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 1021 f.

98 GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 119, 106.

99 RIESENHUBER (Fn. 74), JZ 2011, 537, 539.

100 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 4. Die Kommission nimmt Bezug auf die unbefriedigende, teils rezessive konjunkturelle Entwicklung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union infolge der Weltfinanzkrise der Jahre 2008/09.