

GPR

1/2003-2004

1. Jahrgang S. 1-56
Oktober 2003

Inhalt

Editorial

- Gemeinschaftsprivatrecht 1
Müller-Graff, Gemeinschaftsprivatrecht – Ein Geleitwort 4

Grundfragen

- Najork/Schmidt-Kessel*, Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Überlegungen zu den von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen 5

Service

Obligationenrecht

- Twigg-Flessner*, English Sales Law After the Implementation of Directive 99/44/EC on Consumer Sales – Back to the Drawing Board? 12
Staudinger, Anmerkung zu LG Bochum, Beschl. v. 29. 7. 2003 – 1 O 795/02, Ersuchen um Vorabentscheidung: Richtlinie 85/577/EWG über Haustürgeschäfte – Widerruf eines Kreditgeschäfts – Wirkungen auf das finanzierte Geschäft – Verbundene Geschäfte? – Rechtsprechung des Gerichtshofs in Sachen *Heininger* 21
Baldus, Rezension von Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie. Kommentar (Köln: Otto Schmidt, 2002) 25

Arbeits- und Sozialrecht

- Neumann*, Das Europäische Arbeitsrecht in der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs 26

Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht

- Vogel*, Rechtliche Probleme der neuen europäischen Gruppenfreistellungsverordnung 1400/2002 für den Kraftfahrzeugsektor 40

Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

- Ehle*, Das Grünbuch „Rom I“ – die Modernisierung des EVÜ steht bevor 49

Neues aus Brüssel

52

Autoren / Impressum

56

terschied zur Thematisierung des nach Rechtsquellen und Methoden weiter gefaßten Topos des „europäischen“ Privatrechts oder – noch allgemeiner – der modernen Privatrechtsentwicklung. Es bietet Praxis und Wissenschaft die Chance eines die Spezialbereiche zusammenführenden, fokussierenden Mediums für systemorientierte Analysen, Auseinandersetzungen und Entwürfe. Es weist in diesem Rahmen auf die

Notwendigkeit der laufenden und systemgeleiteten Wahrnehmung, Sichtung und Erörterung eines expandierenden, bereits heute und vorhersehbar auch künftig reichen Aufgabefeldes der rechtsanwendenden Praxis, der rechtsgestaltenden Politik und in alledem der begleitenden und wegweisenden Privatrechtsdogmatik.

Grundfragen

Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Überlegungen zu den von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen

Rechtsanwalt Dr. Eike Najork LL.M., Köln, und Privatdozent Dr. Martin Schmidt-Kessel, Freiburg

Am 12.2.2003 hat die Kommission einen Aktionsplan für „Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht“¹ vorgelegt. Dieser ist das Ergebnis eines mit der „Mitteilung zum Europäischen Privatrecht“² begonnenen Konsultationsprozesses. In ihrer im Aktionsplan enthaltenen Analyse identifiziert die Kommission „Probleme, die die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung des EG-Vertragsrechts und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes betreffen“³. Als Reaktion darauf schlägt sie eine Kombination aus legislativen und nicht legislativen Maßnahmen vor⁴. Durch einen „gemeinsamen Referenzrahmen“ soll zunächst die Qualität des Gemeinschaftsrechts verbessert werden (I.). Als zweite Maßnahme beabsichtigt die Kommission, die Ausarbeitung von EU-weiten Standardvertragsklauseln zu fördern (II.). Schließlich stellt sie die Schaffung eines „optionalen Instruments“ zur Diskussion (III.). Während die Diskussion um die möglichen Inhalte der Maßnahmen und die Quellen für deren Ermittlung bereits im Gange ist⁵, liegt ihre formale Gestaltung noch weitgehend im Dunkel.

I. Die Funktionsweise des Referenzrahmens

Der Aktionsplan nennt als Funktion eines Referenzrahmens dessen Einsatz bei der Verbesserung der Kohärenz des vorhandenen Besitzstands der Gemeinschaft (*acquis communautaire*) vor allem durch die Schaffung einheitlicher Begriffe. Gedacht ist damit an ein informelles Instrument, welches Auskunft über das Grundverständnis geben soll, welches die Kommission und gegebenenfalls andere beteiligte Organe hinsichtlich bestimmter Begriffe, Topoi und Rechtsinstitute haben. So könnte sich aus ihm etwa ergeben, daß – entgegen dem englischen Verständnis von *contract* – Vertrag im Sinne der AGB-Richtlinie auch eine Schenkung ist oder daß der Begriff des Schadens auch immaterielle Schäden umfaßt. Daneben soll der Referenzrahmen die Angleichung der Vertragsrechte der Mitgliedstaaten befördern und gegebenenfalls

die sachliche Basis für das nachfolgende optionale Instrument bilden⁶. Das Parlament hat außerdem vorgeschlagen, aus dem Referenzrahmen ein Standardvertragsklauselwerk zu entwickeln und fordert weiter, seine praktische Anwendung in Schiedsverfahren zu ermöglichen⁷.

Angesichts dieser Zielsetzungen wird der Referenzrahmen inhaltlich nicht auf wenige allgemeine Grundsätze und Begriffsdefinitionen beschränkt sein können. Er wird vielmehr aus regelförmig formulierten Sätzen bestehen, wie sie ihrer Art nach auch in einer Verordnung oder Richtlinie enthalten sein könnten; diese Sätze werden nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen, sondern ein System des allgemeinen und weitgehend auch des besonderen Vertragsrechts begründen. Unabhängig von fruchtlosem terminologischen Gerangel um die Bezeichnung als Prinzipien oder als Normen⁸ entsprechen etwa die *Principles of European Contract Law* sowie die Entwürfe der *Study Group on a European Civil Code*⁹ diesen Anforderungen ebenso wie der Entwurf eines *Code Européen des contrats* der *Académie des privatistes Européens*. Der Text wird das äußere Erscheinungsbild eines legislativen Akts, eines Vertragsgesetzbuchs haben. Welche Rechtsform

¹ KOM(2003) 68 endg. Dazu bereits *Staudenmayer*, EuZW 2003, 165; *Schmidt-Kessel*, RIW 2003, 481, sowie die großteils im ERA-Forum 2/2003 S. 39 ff. publizierten Vorträge einer am 3./4. 4. 2003 in Trier abgehaltenen Tagung der Europäischen Rechtsakademie.

² KOM(2001) 398 endg.

³ KOM(2003) 68 endg., S. 2.

⁴ KOM(2003) 68 endg., S. 17-28.

⁵ Siehe insbesondere die oben Fn. 1 angesprochenen Beiträge im ERA-Forum 2/2003.

⁶ KOM(2003) 68 endg., S. 19 ff., 27 f.

⁷ Entschließung vom 2. 9. 2003, Nr. 13, 16 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

⁸ Vgl. *Gandolfi*, ERA-Forum 2/2003, 121, 122 f.

⁹ Siehe <http://www.sgecc.net>.

aber dieser Referenzrahmen haben wird und welche rechtlichen Wirkungen er entfalten wird, ist bislang ungeklärt.

1. Mögliche Rechtsformen des Referenzrahmens

Für den Referenzrahmen steht der Gemeinschaft zunächst das in Art. 249 EG aufgeführte Instrumentarium zur Verfügung; in Betracht kommt daher grundsätzlich sowohl der Erlass einer Verordnung oder Richtlinie als auch die Formulierung einer Empfehlung oder Stellungnahme. Diskutiert werden außerdem die Veröffentlichung als Mitteilung sowie der Abschluß einer institutionellen Vereinbarung zwischen Rat, Parlament und Kommission.

Diese Instrumente unterscheiden sich nicht nur in ihren rechtlichen Wirkungen (dazu sub 2), sondern auch nach dem Grad der Beteiligung der Organe der Gemeinschaft. Während Verordnung und Richtlinie die Initiative durch die Kommission und die Verabschiedung durch den Rat und – je nach Rechtsgrundlage – in aller Regel des Parlaments voraussetzen, kann die Kommission bei Empfehlung und Stellungnahme allein handeln. Sie muß das Parlament dazu nicht einmal anhören¹⁰. Dasselbe gilt für die – formal als Stellungnahme im Sinne von Art. 249 EG zu qualifizierende – Veröffentlichung in Form einer Mitteilung. Bei einer trilateralen interinstitutionellen Vereinbarung¹¹ wären die beiden Legislativorgane hingegen naturgemäß beteiligt.

2. Rechtliche Wirkungen

Das Ausmaß der mit den verschiedenen Gestaltungen verbundenen Wirkungen des Referenzrahmens ist höchst unterschiedlich. Jedoch verlangt die von Kommission und Parlament angestrebte Funktionalität des Referenzrahmens nicht notwendig nach einer strikten Bindung der Organe (a). Andererseits lassen sich die angestrebten Wirkungen kaum erreichen, wenn der Referenzrahmen nicht wenigstens als Auslegungsmittel dient (b) und sonstige informelle Bindungen entfaltet (c).

a) Bindung der Organe?

Die Kommission hat mit dem Referenzrahmen bewußt ein eher informelles Instrument gewählt; dementsprechend wird eine förmliche Bindung der Organe im Aktionsplan auch nicht erwogen. Allerdings führt die fehlende Bindung regelmäßig auch zur Entbehrlichkeit der Verabschiedung des Referenzrahmens durch Rat und Parlament (siehe oben sub 1). Der Bundesrat hat daher in seiner Stellungnahme vom 23. 5. 2003 einen „rechtsverbindlichen“ Referenzrahmen gefordert, um eine ausreichende Beteiligung des Rates – und so zugleich mittelbar seiner selbst – sicherzustellen¹².

Eine formale Bindung des Gerichtshofs und eine gewisse Festlegung der Legislativorgane¹³ ließe sich letztlich nur durch die Wahl einer Verordnung oder einer Richtlinie erreichen¹⁴. Die Richtlinie ist jedoch wegen ihres Umsetzungsbedarfs und der damit gerade auch auf terminologischem Gebiet¹⁵ vorhandenen Spielräume der Mitgliedstaaten für die Erreichung größerer Kohärenz denkbar ungeeignet; sie ist aber auch deshalb fragwürdig, weil einige privatrechtliche Rechtsakte der Gemeinschaft im Wege der Verordnung erlassen worden sind.

Eine Verabschiedung des Referenzrahmens als Verordnung begegnet zunächst keinen Bedenken im Hinblick auf ihren definitorischen Charakter an sich; Verordnungen dieser Art finden sich etwa im Bereich des Zollrechts in großer Zahl. Soll der Referenzrahmen jedoch seinen informellen Charakter nicht verlieren, ist die Kreation eines Paradoxons gefordert: Ein allgemein und für jedermann verbindlicher Rechtsakt, der sich selbst für unverbindlich erklärt. Die Verordnung wäre nicht nur deklaratorisch, sondern erklärtermaßen ohne Rechtswirkungen. Will man hingegen – wie das offenbar dem deutschen Bundesrat vorschwebt¹⁶ – den informellen Charakter aufgeben und den Referenzrahmen im Wege einer Verweisung in die Gesetzgebung einbinden, entstehen schwierige Abgrenzungsprobleme hinsichtlich des Anwendungsbereichs des verweisenden Rechtsakts: In welchem Umfang begründet solch ein Verweis die Anwendbarkeit des Referenzrahmens? Die Spanne der möglichen Antworten reicht von der isolierten Anwendbarkeit bestimmter Einzelvorschriften bis hin zur vollständigen Geltung im Anwendungsbereich des verweisenden Rechtsakts; ersteres brächte keinen Kohärenzgewinn, letzteres führte – zunächst noch ungewollt – zur Einführung des Referenzrahmens als partielle Kodifikation des Vertragsrechts.

Eine formale Bindung der Legislativorgane läßt sich freilich auf diesem Wege letztlich nicht erreichen; Rat und Parlament sind frei darin, sich gegen das im Referenzrahmen neu gewonnene System zu versündigen, wenngleich regelmäßig nur gemeinschaftlich. Eine gewisse Bindung für die Organe könnte sich schließlich aus einer interinstitutionellen Vereinbarung ergeben; derartige Vereinbarungen haben schon bislang Bedeutung bei der Sicherung der technischen Qualität von Gesetzen verlangt¹⁷; sie sind grundsätzlich einklagbar¹⁸. Allerdings stehen solche Vereinbarungen unter dem Primärrecht und können zwar prozedurale Regelungen für die Kooperation der beteiligten Organe treffen, deren materielle Kompetenzen jedoch nicht beschneiden¹⁹. Nicht gebunden wird durch eine solche Vereinbarung hingegen der Gerichtshof; ihre Befolgung wie auch Verstöße gegen sie sind für ihn letztlich nur Teil des Auslegungsmaterials. Damit verbindet die interinstitutionelle Vereinbarung den Vorteil der Beteiligung aller drei Organe mit der Vermeidung der Schwierigkeiten einer verbindlich-unverbindlichen Verordnung.

¹⁰ Calliess/Ruffert² [Ruffert] Art. 211 Rn. 8.

¹¹ Siehe Art. 54 GO-Parlament, vgl. Art. 22 GO-Rat.

¹² BR-Drs. 199/03 (Beschuß) Nr. 3. Die dort erwähnten technischen Vorteile kaschieren dieses Ziel nur mühsam.

¹³ Eine Änderung des Rechtsakts bleibt der Legislative selbstverständlich möglich, setzt allerdings – in aller Regel – deren letztlich einvernehmliches Zusammenwirken voraus; insoweit läßt sich von einer „gewissen“ Bindung sprechen.

¹⁴ Ein völkerrechtliches Übereinkommen zwischen den Mitgliedsstaaten würde hingegen die Organe der Gemeinschaft nur binden, wenn es in den Rang von Primärrecht gehoben würde (vgl. Art. 307 EG).

¹⁵ Vgl. Schwarze [Biervert] Art. 249 Rn. 28.

¹⁶ BR-Drs. 199/03 (Beschuß) Nr. 3.

¹⁷ Vgl. die interinstitutionelle Vereinbarung vom 22. 12. 1998 über die redaktionelle Qualität der Vorschläge und Entwürfe von Rechtsakten und dazu Art. 22 GO-Rat.

¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. 34/86, Slg. 1986, 2155, Rn. 50 – Rat/Parlament

¹⁹ Schwartz [Hatje] Art. 7 Rn. 23.

b) Der Referenzrahmen als Auslegungsmittel

Soll der Referenzrahmen informeller Natur bleiben, wird er für den Rechtsanwender vor allem als Auslegungsmittel Bedeutung erlangen. Allerdings können sein Gewicht und seine methodische Verortung je nach gewählter Rechtsform divergieren: Als interinstitutionelle Vereinbarung erhalte er sein politisches Gewicht aus der Beteiligung aller drei Organe an ihrem Abschluß. Methodisch kommt er jedoch – abgesehen von dem noch gesondert zu behandelnden Fall des Verweises in den Erwägungsgründen – im Wege der historischen Auslegung zum Tragen, die im Gemeinschaftsrecht vielfach hinter den Kriterien Wortlaut und Telos zurückstehen muß.

Die Verabschiedung des Referenzrahmens als Empfehlung der Kommission hätte zur Konsequenz, daß diese nach Auffassung des Gerichtshofs trotz ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit (Art. 249 V EG) bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht und umsetzendem nationalen Recht Berücksichtigung finden müßte²⁰. Im klassischen Kanon wäre diese Auslegung wohl als systematische einzuordnen, nämlich bezogen auf das System des Gemeinschaftsprivatrechts insgesamt, wie es durch die Empfehlung eine neue Ordnung erfahren soll. Die sachliche Rechtfertigung wäre die Vergleichbarkeit der Empfehlung mit der sachverständigen Tätigkeit der Kommission, die der erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofs zugrunde lag. Politisch könnte die Empfehlung jedoch eine erhebliche Schwäche aufweisen, welche sich aus der mangelnden oder jedenfalls nicht erforderlichen Beteiligung von Rat und Parlament ergäbe. Allerdings ließe sich diese Schwäche durch eine hinreichende Konsultation beider Organe zumindest verringern und durch eine förmliche Einigung der Kommission mit ihnen beseitigen. Eine zweite – und durch Konsultation nicht ohne weiteres zu behebende – Schwäche einer Empfehlung wäre, daß sich in ihr keine Verfahrensweisen zwischen den Organen für die Einbindung des Referenzrahmens in die Gesetzgebung regeln lassen.

Gleich welche Rechtsform der Referenzrahmen letzten Endes hat, wird dessen Wirkung schließlich auch durch den künftigen Umgang der Organe mit ihm bestimmt. Zu denken ist insoweit insbesondere an eine Bezugnahme in den Erwägungsgründen, wie sie sich gelegentlich hinsichtlich der Grundrechtecharta oder der Charta der sozialen Grundrechte findet. Dieser Bezugnahme kommt nicht die – wie gesehen nicht unproblematische – Bindungswirkung eines Verweises zu, sie verdeutlicht aber eine der Zwecksetzungen des betreffenden Rechtsakts: Durch einen solchen Verweis wird dessen Systemkonformität zum Regelungs(neben)zweck erhoben. Gegenüber der reinen systematischen Auslegung stellt dies wegen des besonderen Gewichts des Telos im Gemeinschaftsprivatrecht²¹ eine erhebliche Aufwertung dar. Politisch hätte der Referenzrahmen in diesem besonderen Sinne jeweils insoweit Gewicht, als die Organe an dem betreffenden Rechtsakt beteiligt sind.

c) Sonstige informelle Bindungen

Eine strikte Bindung der gesetzgebenden Organe an den Referenzrahmen ist – wie gesehen – mit dessen informeller Natur unvereinbar, und die durch den deutschen Bundesrat erhobene Forderung danach zielt denn auch mehr auf die eigene Beteiligung am Entstehen des Rahmens als auf dessen spätere formelle Wirkungen. Der eigentliche Grund da-

für liegt jedoch weniger in seinem Einfluß auf den *acquis communautaire* und dessen Überarbeitung im Sinne größerer Kohärenz des Bestehenden. Vielmehr steht eine enorme Wirkung des Referenzrahmens auf die Ausarbeitung sektorübergreifender Maßnahmen zu erwarten; das sub III. zu behandelnde optionale Instrument wäre ja – in seinem Anwendungsbereich – nicht weniger als ein Vertragsrechtskodex.

3. Zusammenfassung und Vorschlag

Soll der Referenzrahmen ein informelles Instrument bleiben, verbietet sich sein Erlaß als Verordnung. Seine Verabschiedung als Empfehlung oder der Abschluß einer entsprechenden interinstitutionellen Vereinbarung ist – im Blick auf Legitimation und Anwendung – mit jeweils unterschiedlichen Defiziten belastet. Allerdings haben diese Instrumente den Vorteil, daß sie sich miteinander kombinieren lassen: Erließe die Kommission den Referenzrahmen im – informellen – Einvernehmen mit Rat und Parlament, könnte dieser Anschließend zum Gegenstand einer interinstitutionellen Vereinbarung gemacht werden; in dieser würden sich die Organe verpflichten, bei der Redaktion neuer Rechtsakte auf die Anschlußfähigkeit an den Referenzrahmen zu achten. Eine zusätzliche Stärkung der informellen Bindung ließe sich außerdem dadurch erreichen, daß in den Erwägungsgründen regelmäßig auf den Referenzrahmen Bezug genommen würde. Damit wäre einerseits der Übergang zur förmlichen Bindung vermieden und andererseits den methodischen Besonderheiten des Gemeinschaftsprivatrechts Rechnung getragen.

Eine abschließende Bemerkung zum Referenzrahmen: Letztlich hat dieser eine Lücke zu füllen, welche durch das bisherige Fehlen einer gemeinschaftsrechtlichen Privatrechtsdogmatik entsteht. Daher ist seine informelle Gestaltung nur konsequent: Auch nationale Privatrechtsdogmatiken begründen, soweit ihnen das Gesetz nicht engstens folgt, kaum mehr als informelle Bindungen, die jeweils mit dem Wechsel der herrschenden Auffassung verschwinden.

II. Förderung von Standardverträgen

Als zweiten Schritt zu einem kohärenteren Europäischen Vertragsrecht regt die Kommission die Entwicklung von einheitlichen Standardverträgen²² an, die auf dem gesamten Binnenmarkt verwendet werden können²³. Daran ist zunächst bemerkenswert, daß ein Gesetzgeber die Ausarbeitung von Standardverträgen unterstützt, obwohl er im Gegensatz zu den herkömmlichen Förderern von Standardverträgen wie Unternehmenszusammenschlüssen oder Handelsorganisati-

²⁰ EuGH, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407 – *Grimaldi*; das Schrifttum folgt dem Gerichtshof, siehe statt aller *Grabitz/Hilf* [*Nettesheim*] Art. 249 Rn. 214.

²¹ Siehe *Schmidt-Kessel* RIW 2003, 481, 485 f.

²² Im Aktionsplan wird der Begriff Standardvertragsklauseln verwandt. Aus den Ausführungen der Kommission wird jedoch deutlich, daß es sich um Vertragsbedingungen und nicht um einzelne Klausel handelt.

²³ KOM(2003) 68 endg., Nr. 81-88.

onen selber die Kompetenz hat, Vertragsrecht zu setzen²⁴. Im folgenden werden Lösungsansätze aufgezeigt, um die wesentlichen von der Kommission im Aktionsplan identifizierten Hindernisse der EU-weiten Verwendung von Standardverträgen zu überwinden (1.). Außerdem wird kurz darauf eingegangen, in welchen Sektoren Standardverträge Verwendung finden könnten (2.).

1. Lösungsansätze zur Überwindung bestehender Hindernisse

Der Verwendung von einheitlichen Standardverträgen für den Binnenmarkt steht eine Reihe von Hindernissen entgegen, die von der Kommission im Aktionsplan identifiziert werden. Es handelt sich dabei im wesentlichen um unterschiedliches zwingendes Vertragsrecht der Mitgliedstaaten (a), Unterschiede bei der vertraglichen Inhaltskontrolle (b) und Abweichungen der nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich der Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in den jeweiligen Vertrag (c).

a) Unterschiedliches zwingendes Vertragsrecht der Mitgliedstaaten

Die Kommission identifiziert Differenzen in den zwingenden vertragsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten als ein zentrales Hindernis für grenzüberschreitende Geschäfte²⁵. Zwingendes Vertragsrecht ist primär ein Hindernis bei der Verwendung von Standardverträgen gegenüber Verbrauchern. Im Massengeschäft mit diesen sind Unternehmen an eine Vielzahl von – nach Mitgliedstaaten divergierenden – Schutzvorschriften gebunden, die sich weitgehend durch Rechtswahl nicht vermeiden lassen²⁶. Dieses Hindernis besteht, obwohl hier in großen Teilen Gemeinschaftsprivatrecht zur Anwendung kommt: Vertreibt ein Internetbuchladen auf dem gemeinsamen Markt Bücher an Verbraucher, bewegt er sich in einem unter anderem durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die Fernabsatzrichtlinie sowie die AGB-Richtlinie vereinheitlichten Verbraucherrecht. Doch das Gemeinschaftsprivatrecht garantiert gegenwärtig keine einheitliche Regelung des Verbraucherschutzes in den Mitgliedstaaten. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Verbraucherschutzrichtlinien nur einen Mindeststandard vorschreiben und die nationalen Rechtsordnungen über diesen hinausgehen können²⁷. Der deutsche Bundesrat hat denn auch verlangt, daß die zu entwerfenden Standardverträge nicht von zwingenden nationalen Vorschriften abweichen dürfen²⁸.

Verträgen zwischen Unternehmen steht zwingendes Recht in sehr viel geringerem Maße entgegen. Dementsprechend verbreitet sind einschlägige Standardverträge, deren Verwendung nicht selten durch eine umfangreiche Judikatur zu Auslegungsfragen erleichtert wird. So versichern regelmäßig Unternehmen aus den Mitgliedstaaten durch Abschluß von Standardverträgen Schiffe auf dem Londoner Markt²⁹ oder bedienen sich beim Abschluß von Charterparties der weltweit anerkannten NYPE Time Charter. Durch Wahl des nationalen Rechts, auf das die gewählten Standardbedingungen zugeschnitten sind, können dabei eine Reihe von Problemen überwunden werden³⁰. Der Hinweis der Kommission³¹, bei der Beratung über das günstigste Recht entstünden erhebliche Anwaltskosten, ohne daß notwendigerweise die günstigste Lösung gefunden werde, ist jedoch nur eingeschränkt zu-

treffend. Der Rechtswahl kommt oft nur eine untergeordnete Rolle beim Vertragsschluß zu. Die Beratung ist auch keineswegs immer aufwendig, da es zumeist sinnvoll ist, das Recht zu wählen, auf das die verwendeten Standardbedingungen zugeschnitten sind. Eine Lösung zur Überwindung zwingenden Rechts ist deshalb in erster Linie für das Verbraucherschutzrecht erforderlich.

Die von der Kommission im Aktionsplan im Zusammenhang mit Standardverträgen vorgeschlagenen Maßnahmen, die Einrichtung einer Website und die Veröffentlichung von Leitlinien für Standardverträge³², reichen zur Überwindung zwingenden Vertragsrechts nicht aus. Um EU-weit verwendet werden zu können, müßten die auszuarbeitenden Standardverträge alle zwingenden Normen der Mitgliedstaaten berücksichtigen. Der Aktionsplan beruht jedoch gerade auf der Auffassung, daß dies nicht möglich ist³³. Aus dem Aktionsplan selbst ergibt sich zudem, daß die Kommission nicht beabsichtigt, auf nationales Recht bei der Ausarbeitung der Standardverträge Rücksicht zu nehmen. Nach den von ihr avisierten Leitlinien soll lediglich das Gemeinschaftsprivatrecht beachtet werden. Nationales Recht erwähnt die Kommission nicht. Das Vorhaben der Kommission impliziert daher, daß die geförderten Standardverträge gegen zwingendes nationales Recht, welches nicht auf gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beruht, immunisiert werden.

Um die Verwendung EU-weiter Standardverträge trotz divergierenden national zwingenden Rechts zu ermöglichen, sind drei Lösungen denkbar. Die erste Lösung ist die Abkehr vom Grundsatz der Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht der Gemeinschaft. Dieser ist für das Verbraucherschutzrecht nicht primärrechtlich festgeschrieben, sondern beruht auf gesonderten Bestimmungen, „Öffnungsklauseln“, der einzelnen Richtlinien³⁴. Die Gemeinschaft ist allerdings

²⁴ Ein wichtiges deutsches Beispiel für die Förderung von Standardverträgen durch einen Gesetzgeber ist die teilweise Privilegierung der VOB/B in §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB.

²⁵ KOM(2003) 68 endg., Nr. 27, 38; ebenso schon Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code vom 29. November 2001, Nr. 11.

²⁶ Vgl. Art. 5 Rom I Übereinkommen und entsprechend Art. 29 EGBGB.

²⁷ Vgl. KOM(2003) 68 endg., Nr. 50.

²⁸ BR-Drs. 199/03 (Beschluß) Nr. 12.

²⁹ Wenn *Staudenmayer* EuZW 2003, 165, 168, behauptet, es sei nicht möglich, eine einheitliche Versicherungspolice europaweit zu vertreiben ist mißverständlich, da Versicherungen und Versicherungsnehmer aus mehreren Mitgliedsunternehmen auf dem Londoner Versicherungsmarkt aktiv sind. Sie zeigt aber, daß in der Diskussion regelmäßig von Verträgen mit Verbrauchern ausgegangen wird.

³⁰ Im Idealfall enthalten Standardverträge bereits eine Rechtswahlklausel, so etwa Klausel 19 der Institute Cargo Clauses (A) des Institute of London Underwriters (Wahl englischen Rechts). Vgl. KOM(2003) 68 endg., Nr. 27.

³¹ KOM(2003) 68 endg., Nr. 27.

³² KOM(2003) 68 endg., Nr. 88.

³³ KOM(2003) 68 endg., Nr. 38. Skeptisch auch BT-Drs. 199/03 (Beschluß) Nr. 12.

³⁴ Etwa Art. 8 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: „(1) Andere Ansprüche, die der Verbraucher aufgrund innerstaatlicher Rechtsvorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung geltend machen kann, werden durch die aufgrund dieser Richtlinie gewährten Rechte nicht berührt. (2) Die Mitgliedstaaten können in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem Vertrag in Einklang stehende strengere Bestim-

im Begriff, von dieser Politik der Mindestharmonisierung abzurücken. So enthält die Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen keine allgemeine Öffnungsklausel, sondern lediglich eine auf vorvertragliche Informationspflichten beschränkte. Im Vorschlag für die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie findet sich keine Öffnungsklausel.³⁵ Im Rat ist die graduelle Abkehr der Kommission vom Grundsatz der Mindestharmonisierung jedoch umstritten.³⁶

Als zweite Lösung zur Vermeidung national zwingenden Vertragsrechts bietet sich die Anwendung des von der Kommission im Aktionsplan vorgeschlagenen optionellen Instruments an. Allerdings wird es längere Zeit dauern, bis das optionelle Instrument zur Verfügung stehen wird³⁷; die Standardverträge könnten sinnvollerweise erst danach entwickelt werden. Weitere Schwierigkeiten liegen im begrenzten Anwendungsbereich des Instruments sowie in den Voraussetzungen des *opt-out* beziehungsweise des *opt-in*.³⁸

Schließlich kommt eine legislative Privilegierung einzelner Standardverträge gegenüber nationalem zwingendem Recht in Betracht, wie sie in Deutschland etwa für die VOB/B hinsichtlich der Inhaltskontrolle gilt. Ausdrückliche Ansatzpunkte für eine solche Lösung finden sich im Aktionsplan jedoch nicht. Der wesentliche Vorteil dieser Lösung läge in der sehr kurzfristigen Umsetzbarkeit nach Ausarbeitung des betreffenden Standardvertrags. Allerdings könnte die Privilegierung nur enumerativ erfolgen und liefe damit dem Ziel verbesserter Kohärenz zuwider. Zu klären wäre außerdem, unter welchen Voraussetzungen die Privilegierung entfielen, wenn die Parteien in Einzelpunkten von dem gewählten Standardvertrag abweichen. Abweichungen von Standardverträgen kommen in der Praxis regelmäßig vor, sei es gewollt sei es aufgrund technischer Fehler bei der Einbeziehung. Die Verträge würden dann wieder den verschiedenen zwingenden nationalen Regelungen unterliegen.

Im Ergebnis ist die Abkehr vom Grundsatz der Mindestharmonisierung im Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft der erfolgsversprechendste Weg, zwingendes Vertragsrecht der Mitgliedstaaten zu überwinden und so die Verwendung EU-weit gültiger Standardverträge zu erleichtern.

b) Nationale Unterschiede bei der vertraglichen Inhaltskontrolle

Neben zwingendem nationalem Recht macht die Kommission als weiteres wesentliches Hindernis der gemeinschaftsweiten Verwendung von Geschäftsbedingungen Unterschiede in der Inhaltskontrolle durch die nationalen Gerichte aus³⁹. Der Verbraucherschutzrechtliche Mindeststandard in diesem Bereich wird durch die AGB-Richtlinie gemeinschaftsprivatrechtlich geregelt. Auch insoweit führen jedoch überschießende Akte der Inhaltskontrolle sowie die ebenfalls umfänglichen Regeln für Nichtverbrauchergeschäfte zu erheblichen Schwierigkeiten der Verwendung einheitlicher Standardverträge im gesamten Binnenmarkt⁴⁰. Dieses Hindernis läßt sich nicht mit der von der Kommission im Aktionsplan vorgeschlagenen Förderung von Initiativen zur Ausarbeitung von Standardverträgen für den europäischen Markt und mit der Veröffentlichung von Leitlinien überwinden. Auch bei der Lösung dieses Problems ist danach zu unterscheiden, ob Verbraucher an der Transaktion beteiligt sind.

Für Geschäfte mit Verbrauchern ließe sich das Hindernis ebenfalls durch die Abkehr von der Mindestharmonisierung beseitigen. Konkret wäre die Mindestharmonisierungsklausel

in Art. 8 der AGB-Richtlinie zu streichen. Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen unterläge dann ausschließlich dem Gemeinschaftsprivatrecht. Eine völlige Harmonisierung ist jedoch aufgrund der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthaltenen Generalklausel kurzfristig nicht zu erzielen. Nationale Gerichte würden weiterhin unterschiedliche Auffassungen vertreten, welche Klauseln „gegen Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“ verursachen. Abhilfe ist hier nur langfristig durch eine gefestigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Generalklausel des Art. 3 der Richtlinie zu erwarten.

Die Kommission weist im Aktionsplan zu Recht darauf hin, daß auch Unternehmen von der Inhaltskontrolle durch nationale Gerichte betroffen sind.⁴¹ Unternehmen können dieses Problem weitgehend durch Rechtswahl umgehen. Eine Rechtswahlklausel in Verträgen zwischen Unternehmen dürfte in aller Regel einer Inhaltskontrolle standhalten. Zudem können Unternehmen auf akzeptierte Standardverträge zurückgreifen, in die nationalen Gerichte nur äußerst selten eingreifen. Abhängig vom Gerichtsstand bleibt jedoch ein Rest an Unsicherheit bestehen. Das Ausmaß der Inhaltskontrolle von Verträgen zwischen Unternehmen durch deutsche Gerichte wird von Außenstehenden regelmäßig mit Erstaunen wahrgenommen.⁴² Eine gemeinschaftsprivatrechtliche Lösung durch eine Richtlinie ohne Mindestharmonisierungsklausel oder durch ein optionelles Instrument wäre deshalb auch für Verträge zwischen Unternehmen wünschenswert.

c) Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen

Als weiteres Problem werden von der Kommission die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten über die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag identifiziert⁴³. Während es in manchen Ländern ausreicht, auf allgemeine Bedingungen zu verweisen, müssen sie in anderen Ländern dem Vertrag beigefügt und getrennt unterzeichnet werden. Da die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen bislang gemeinschaftsrechtlich nicht geregelt ist, läßt sich dieses Hindernis nur durch die für die Inhaltskontrolle hilfreiche Abkehr von der Mindestharmonisierung bewältigen. Letztlich bleibt insoweit nur die Möglichkeit einer bindenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung. Sie müßte nach den problematischen Erfahrungen im UN-Kaufrecht⁴⁴ auch ausdrücklich erfolgen und sollte auch eine legislative Lösung des Problems widersprechender Bedingungen (*battle of forms*)⁴⁵ umfassen. Diese Regelung müßte durch ein gesondertes bindendes Instrument erfolgen. Das noch zu be-

mungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher sicherzustellen.“

³⁵ KOM(2002) 443 endg.

³⁶ Staudenmayer, EuZW 2003, 165, 168.

³⁷ KOM(2003) 68 endg., Nr. 53, 54.

³⁸ Dazu unten sub III.

³⁹ KOM(2003) 68 endg., Nr. 37.

⁴⁰ KOM(2003) 68 endg., Nr. 38.

⁴¹ KOM(2003) 68 endg., Nr. 37.

⁴² KOM(2003) 68 endg., Nr. 37.

⁴³ KOM(2003) 68 endg., Nr. 36.

⁴⁴ Vgl. BGH NJW 2002, 370 und dazu Schmidt-Kessel NJW 2002, 3444.

⁴⁵ Vgl. Schlechtriem/Schwenzer⁴ [Schlechtriem] Art. 19 Rn. 20 f.

handelnde optionale Instrument ist dafür nicht geeignet, weil ansonsten das Problem der Ausübung der Option in einem Standardvertrag ungeregelt bliebe⁴⁶.

2. Einschlägige Sektoren und Verhältnis zu eingeführten Bedingungswerken

Für das Massengeschäft mit Verbrauchern ist die Entwicklung von Standardverträgen in allen denkbaren Bereichen relevant. Eine Vorreiterrolle könnte der Verbrauchsgüterkauf einnehmen. Hierfür gibt es mehrere Gründe. Zum einen besteht das wirtschaftliche Bedürfnis, an Verbraucher auf dem gesamten Binnenmarkt verkaufen zu können. Die Kosten sind dank des Internets und geringer gewordener Telefonkosten deutlich gesunken. Der zusätzliche Aufwand, Waren ins europäische Ausland zu verschicken, ist minimal. Es kommt hinzu, daß durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und die Fernabsatzrichtlinie bereits ein weitgehend vereinheitlichter Rechtsrahmen vorliegt, der die Ausarbeitung erleichtern wird.

Noch bessere Voraussetzungen wären für den Handelskauf gegeben. Das UN-Kaufrecht regelt den internationalen Warenkauf in weiten Teilen der Gemeinschaft. Zwingendes und national divergierendes Verbraucherschutzrecht ist kaum vorhanden, wenn auch die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelskauf ein notorischer Problembereich ist, der im Streitfall regelmäßig bereits bei der Frage der Zuständigkeit des Gerichts oder des Schiedsgerichts aufkommt. Es ist jedoch fraglich, ob die betroffenen Unternehmen Bedarf für die Verwendung von EU-weiten Standardverträgen für den Handelskauf haben. Standardverträge für den internationalen Warenkauf sind in den verschiedensten Bereichen von Bauwolle über Kaffee bis zu Maschinenteilen vorhanden. Sie sind durch lange Praxis bewährt oder von den Unternehmerverbänden der jeweiligen Branchen entworfen und auf die besonderen Bedürfnisse ihrer Mitglieder angepaßt. Daneben stehen allen Kaufleuten die INCOTERMS der ICC und anerkannte Zahlungsklauseln zur Verfügung.

Im Vordergrund der Diskussion steht jedoch nicht der Warenkauf, sondern der Finanzdienstleistungssektor⁴⁷, in welchem die Standardverträge erst das jeweils vertriebene Produkt definieren: Versicherungen etwa „verkaufen“ keine Waren, sondern Verträge, die an das nationale Recht und nationale Gepflogenheiten angepaßt sind⁴⁸. Ein holländischer Fernseher funktioniert in jedem Mitgliedstaat der Gemeinschaft, eine holländische Hausrats- oder Krankenversicherung nicht ohne weiteres.

Neben diesen offensichtlichen Bereichen, in denen EU-weite Standardverträge verwendet werden könnten, ist auch an andere wirtschaftlich bedeutende Bereiche zu denken, wie etwa die Baubranche. Auch für internationale Projekte werden hier zumeist auf nationale Rechte zugeschnittene Standardverträge wie die FIDIC Conditions oder die VOB/B verwendet. Auch kleinere Handwerksbetriebe könnten von einheitlichen Bedingungen profitieren und zu grenzüberschreitenden Geschäften ermutigt werden. Auch für sämtliche Arten des Transports vom Paketversand bis hin zur Personenbeförderung im Zug oder Flugzeug kommt die Verwendung EU-weiter Standardbedingungen in Betracht.

III. Fragen bezüglich eines optionalen Instruments

Schließlich sind einige Fragen hinsichtlich des optionalen Instruments zu stellen: Wie sollen die Anwendungsvoraussetzungen (1.) beschaffen sein? Und was folgt daraus für die Rechtsform des Instruments (2.) sowie für die Konkurrenzen mit sonstigem Gemeinschaftsrecht (3.)?

1. Anwendungsvoraussetzungen

Bei der Gestaltung der Regelungen des *opt-in* oder *opt-out* sollten die Erfahrungen des Einheitsrechts nicht unberücksichtigt bleiben. Besondere Schwierigkeiten bereitet dabei die Frage, welches Recht über die Ausübung der Option herrscht, das optionale Instrument selbst oder das ansonsten nach dem IPR des angerufenen Gerichts maßgebende Recht. Ohne gesonderte Regelung im optionalen Instrument, würde – entsprechend Art. 1 I lit. a CISG – nur im Falle des *opt-out* über seine Abwahl entscheiden, weil dort die grundsätzliche Anwendbarkeit des Instruments und insbesondere seiner Vertragsschlußregeln Ausgangspunkt der Prüfung ist. Anders steht es beim *opt-in*. Da hier mangels kollisionsrechtlicher Rechtswahl die allgemeine kollisionsrechtliche Regel der Herrschaft des gewählten Rechts über die Ausübung der Option nicht zum Tragen kommt⁴⁹, bleibe es bei der Herrschaft des vom Kollisionsrecht des Forums berufenen Rechts. Im Sinne der angestrebten Kohärenz müßte daher das optionale Instrument die Anforderungen an das *opt-in* selbst regeln und damit partiell in das Vertragsschlußrecht der Mitgliedstaaten eingreifen; insoweit erweist sich die Optionalität als Illusion.

2. Rechtsform

Für die Rechtsform des Instruments bleiben damit letztlich nur die Richtlinie und die Verordnung. Die gelegentlich ebenfalls für geeignet gehaltene Empfehlung⁵⁰ scheidet für eine *opting out*-Lösung von vornherein aus, weil diese gerade dispositives Vertragsrecht schafft, welches mit der Empfehlung nicht möglich ist. Ob eine solche für eine *opting in*-Lösung genügt, hängt nicht zuletzt von der im Grünbuch zum Rom I-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht angesprochenen Frage ab, wie die Wahl nichtstaatlicher Rechtsordnungen in Zukunft zu beurteilen ist⁵¹. Zwar wäre die Empfehlung staatlichen Ursprungs, aber es fehlte ihr im Hinblick auf Art. 249 V EG gerade am erforderlichen hoheitlichen Anwendungsbefehl⁵². Gleich wie die

⁴⁶ Vgl. für das CISG Schmidt-Kessel NJW 2002, 3444 f.

⁴⁷ KOM(2003) 68 endg., Nr. 44-48, 74; Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code vom 29. November 2001, Nr. 16.

⁴⁸ Vgl. Staudenmayer EuZW 2003, 165, 168.

⁴⁹ Vgl. Schmidt-Kessel NJW 2002, 3444, 3445.

⁵⁰ Siehe Staudinger VuR 2001, 353, 358.

⁵¹ KOM(2002) 654 endg. S. 27 f.

⁵² Die im Grünbuch angesprochene Problematik schiedsgerichtlicher Entscheidungen auf der Basis nichtstaatlicher Regelungen trifft nicht den Kern des Problems: Diese werden regelmäßig ohnehin bis zur Grenze des *ordre public*-Verstoßes anerkannt und vollstreckt (siehe etwa Art. V 2 lit. b der UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign

Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers im Bereich des Kollisionsrechts ausfallen wird, festzuhalten ist jedenfalls, daß die Möglichkeit der Wahl des optionalen Instruments nationales zwingendes Recht verdrängen würde. Nach der Struktur des Gemeinschaftsrechts ist dies jedoch nicht ohne einen bindenden Rechtsakt der Gemeinschaft möglich. Eine isolierte Empfehlung reicht also in jedem Falle nicht aus; es bedarf zumindest einer Regelung der Rechtswahl des Instruments in einer Verordnung oder Richtlinie. Ob eine solche Vorschrift für das selbst nicht verbindliche optionale Instrument primärrechtlich zulässig wäre oder vielleicht doch an der damit verbunden Umgehung und Aushöhlung der Rechte von Rat und Parlament scheitern würde, kann hier nicht abschließend beantwortet werden. Für die Akzeptanz des Instruments wäre die damit verbundene Ermächtigung der Kommission zur Setzung von Vertragsrecht jedenfalls nicht hilfreich.

3. Konkurrenzen zu sonstigem Gemeinschaftsrecht

Das Verhältnis des optionalen Instruments zum übrigen Gemeinschaftsrecht wird von zwei Regelblöcken bestimmt, den allgemeinen Regeln über das Verhältnis verschiedener Rechtsakte zueinander sowie den besonderen darüber, wie sich divergierende Rechtsformen zu einander verhalten. Die klassischen Regeln des Vorrangs der *lex posterior* und der *lex specialis* gelten auch für das sekundäre Gemeinschaftsrecht⁵³, so daß bei der Verabschiedungen späterer Einzelakte immer auf deren Verhältnis zum Instrument eingegangen werden müßte, wenn dessen Kohärenz gewahrt werden soll. Wichtiger sind die auf das Zusammentreffen verschiedener Rechtsformen bezogenen Sonderregeln: Während bei Überschneidungen die spätere Verordnung die vorangehende Richtlinie regelmäßig ohne weiteres überlagert, ist dies bei der späteren Richtlinie grundsätzlich nicht der Fall⁵⁴. Würde das optionale Instrument als Verordnung verabschiedet, ließe sich wegen dessen in seinem Anwendungsbereich bestehenden Spezial-

tät sein Vorrang überwiegend ohne besondere Schwierigkeit wahren, während bei einer Richtlinie das Verhältnis ständig bedacht werden müßte. Erst recht erweist sich in diesem Zusammenhang wiederum die Empfehlung als ungeeignet, die gegen nachfolgende Richtlinien und Verordnungen kaum zu immunisieren ist.

IV. Zusammenfassung

Die Europäische Gemeinschaft wird sich für ihre privatrechtlichen Rechtsakte kurz- bis mittelfristig einen informellen Referenzrahmen geben. Dabei wird es sich um eine unverbindliche Kodifikation des allgemeinen und von Teilen des besonderen Vertragsrechts handeln, die der Gesetzgebung zur Orientierung und dem Anwender als Auslegungsmittel des Gemeinschaftsprivatrecht dient. Zu empfehlen ist für diesen Referenzrahmen die Verabschiedung als Empfehlung in Verbindung mit einer interinstitutionellen Vereinbarung. Das zweite im Aktionsplan genannte Mittel zur Verbesserung der Kohärenz, die Förderung von Standardvertragswerken, bietet hingegen ohne begleitende Gesetzgebung zur Immunisierung vor nationalem zwingendem Recht und der nationalen Inhaltskontrolle kaum Perspektiven. Wichtigster Schritt im Bereich des Verbraucherschutzrechts wäre insoweit die Abkehr von der Mindestharmonisierung. Schwierigkeiten im Bereich der Einbeziehung lassen sich letztlich ebenfalls nicht ohne eine entsprechende bindende Regelung bewältigen. Auch das optionale Instrument schließlich kommt ohne bindende Regelung nicht aus; insbesondere können die erwünschten Wirkungen durch eine isolierte Empfehlung der Kommission nicht erreicht werden.

Arbitral Awards, New York 1958 sowie § 1059 II Nr. 2 lit. b ZPO). Praktisch problematisch ist die Überwindung nationalen zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten.

⁵³ Grabitz/Hilf [Nettesheim] Art. 249 Rn. 234.

⁵⁴ Siehe Grabitz/Hilf [Nettesheim] Art. 249 Rn. 235.