

ten als „gerecht“ zu gelten hat. Von einem gesetzlichen Anspruch der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung sollte daher Abstand genommen werden.

Dieser Einsicht scheint sich auch der Gesetzgeber nicht verschlossen zu haben. Nach neuesten Pressemeldungen soll der ursprüngliche Gesetzentwurf erheblichen Korrekturen unterworfen werden.⁶⁵ So scheint vorgesehen zu sein, dass der gesetzliche Vergütungsanspruch nur dann entstehen soll, wenn die vereinbarte Vergütung von vornherein unangemes-

sen war. Außerdem soll die Vergütung schon dann als angemessen gelten, wenn sie dem entspricht, was zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im redlichen Geschäftsverkehr üblich war. Diese Änderungen sind zu begrüßen. Sie vermögen aber den zentralen Vorwurf, dass nämlich eine richterliche Vertragskorrektur schon dann möglich ist, wenn das vertraglich Vereinbarte die „Angemessenheit“ verfehlt, nicht zu entkräften. Da dieses Kriterium – wie oben sub II. 3. ausgeführt – keine hinreichende Gewähr dafür bietet, dass der Vertrag tatsächlich nur in Fällen von Fremdbestimmung keinen Bestand hat, wird die verfassungsrechtliche Problematik zwar entschärft, nicht aber beseitigt.

⁶⁵ Vgl. z.B. die Berichterstattung im Börsenblatt des Deutschen Buchhandels in der Ausgabe vom 20. 11. 2001.

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers, Universität Augsburg

Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht

In immer stärkerem Maße übernimmt die Rechtsharmonisierung durch Richtlinien, vornehmlich im Bürgerlichen Recht und im Wirtschaftsrecht, die Aufgabe, in Europa einen Gemeinsamen Markt zu schaffen. Der Beitrag zeichnet diese Gesetzgebung und die dazu ergangene Rechtsprechung nach. Darüber hinaus wird auf das zum 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingegangen. Zahlreiche überkommene zivilrechtliche Rechtsprinzipien werden neu zu begründen sein¹.

Einleitung

Um einen Überblick über die europäische Rechtsharmonisierung auf zivilrechtlicher Ebene in den letzten zwei Jahrzehnten zu gewinnen, wird die Gesetzgebung auf europäischer und deutscher Ebene wiedergegeben. Weil die Rechtsharmonisierung im Vordergrund steht, behandelt der Überblick das Sekundärrecht, spart also den EG-Vertrag und EU-Vertrag² weitgehend aus. Er beschränkt sich überdies auf das *Bürgerliche Recht im engeren Sinne* und verzichtet damit zumeist auf Ausführungen zum Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Wegen der Stofffülle war schließlich eine Beschränkung auf Gesetzgebung und Rechtsprechung erforderlich; die Literatur konnte zum Teil nur exemplarisch nachgewiesen werden³.

Noch vor gut zwanzig Jahren war das Europäische Recht eine Domäne des öffentlichen Rechts und wurde an den Universitäten nahezu ausschließlich von öffentlich-rechtlichen Kollegen gelehrt⁴. Das Hauptgewicht lag auf den Institutionen und dem völkerrechtlichen oder supranationalen Verhältnis der Mitgliedstaaten zu der Gemeinschaft.

Das Bild hat sich inzwischen vollständig gewandelt. Das Verhältnis der Mitgliedstaaten zu den europäischen Institutionen hat sich in den letzten 30 Jahren – trotz vieler Einzelfragen – in vielen Punkten geklärt und inhaltlich lässt sich heute wohl ohne Übertreibung das *Zivilrecht als Motor der Europäischen Integration* bezeichnen.

Im Folgenden ist deshalb zuerst die Entwicklung der Richtlinien im Haftungs- und Vertragsrecht⁵ in den letzten 20 Jahren kurz aufzuzeigen und auch auf die Kritik an dieser Rechtsharmonisierung einzugehen (I). Sodann soll der neue Weg der Rechtsharmonisierung dargestellt werden, die Integration von Richtlinien in das BGB. Ein solches Konzept

Aufl. 1996; Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl. 1999; Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte*, 1999; hierzu Möllers AG 2000, 93 ff.; Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998; Klauer, *Die Europäisierung des Privatrechts*, 1998; Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999; Gebauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, 1998; Paschke/Iliopoulos (Hrsg.), *Europäisierung des Privatrechts*, 1998; Ch. Weber u. a. (Hrsg.), *Europäisierung des Privatrechts*, 1997; Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 1999; Furrer, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext*, 1999; Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, 2001. S. auch Howells/Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, 1997; Quigley/Jacobs, *EC Contract Law*, 1998; Weatherill, *EC Consumer Law and Policy*, 1997; Werro (ed.), *New Perspectives on European Private Law*, 1998; Vareilles-Sommières, *Le droit privé européen*, 1998; Lipari (ed.), *Diritto privato europeo*, 2. vol. 1997.

⁴ Ein Überbleibsel dieser Zeit ist im Rahmen der juristischen Ausbildung die Kombination von Völkerrecht und Europarecht zu einer Wahlfachgruppe.

⁵ Deutschsprachige Gesetzessammlungen in diesem Bereich sind beispielsweise: von Borries/Winkel, *Europäisches Wirtschaftsrecht, Textsammlung*, Loseblatt 2000 ff.; Schulze/Zimmermann (Hrsg.), *Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 2000; Hommelhoff/Jayme, *Europäisches Privatrecht*, 1993. Die Richtlinien, die deutschen Umsetzungsgesetze und die Rechtsprechung dazu sind auch abrufbar unter <http://www.thomasmoellers.de>. Europäische Richtlinien und Entscheidungen neueren Datums finden sich in den verschiedenen Amtssprachen auch unter <http://www.eu-rope.eu.int>.

¹ Es ist beabsichtigt, diesen Überblicksaufsatz in regelmäßigen Abständen fortzusetzen.

² Zur Zitierweise des EG-Vertrages als EG und des EU-Vertrages als EU s. Mitteilung des Gerichtshofs v. 28. 8. 1999, ABl. Nr. C 246, 1 = NJW 2000, 52. Auf das Primärrecht bezogen sind die Überblicke von Montag NJW 2000, 32 ff.; NJW 2001, 1613 ff.; Burgi JZ 2000, 979 ff.; JZ 2001, 1071 ff.; Kohler/Knapp ZEuP 2001, 116 ff.; Hakenberg ZEuP 1999, 849 ff.; ZEuP 2001, 888 ff. S. auch W.H. Roth, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 2, 2000, S. 847 ff.; Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 1996.

³ Zur Literatur bis 1999 s. beispielsweise die Nachweise im Literaturverzeichnis bei Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration*, 1999. Bisherige Überblicke zur Rechtsharmonisierung existieren kaum, s. beispielsweise Hakenberg AnwBl. 1997, 56 ff. und mit einer eigenen Dogmatik Grundmann NJW 2000, 14 ff. S. ausführlich auch: Grabitz/Hilf/Wolf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. 3: Sekundärrecht, Loseblatt 2000; Reich, *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, 3.

birgt Risiken und Chancen. Insbesondere ist auf den Einfluss der europäischen Richtlinien auf überkommene Prinzipien des BGB einzugehen (II). Schließlich ist zu fragen, wie sich eine europäische Rechtsangleichung in der näheren Zukunft entwickeln kann (III).

I. Europäische Richtlinien und ihre Umsetzung

1. Haftungs- und Sicherheitsrecht

a) Die Richtlinien

Die erste bedeutende Richtlinie zum Bürgerlichen Recht bildete die Produkthaftungsrichtlinie aus dem Jahre 1985⁶. Sie schuf eine verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers, um den Rechtsschutz zugunsten der persönlichen Rechtsgüter zu verbessern; wegen der BSE-Krise wurde sie jüngst um die Haftung für landwirtschaftliche Produkte erweitert⁷. Um mit einem Zertifizierungs- und Kennzeichnungsverfahren (CE) einen gleichmäßigen Sicherheitsstandard für gefährliche Produkte zu sichern, wurde die Produkthaftungs-RiL durch zahlreiche auf einzelne Produkte bezogene, sog. vertikale Produktsicherheits-RiL ergänzt⁸: Zu nennen sind beispielsweise Richtlinien über Elektrogeräte⁹, Druckbehälter¹⁰, Spielzeug¹¹, Bauprodukte¹², elektromagnetische Verträglichkeit¹³, Maschinen¹⁴ oder persönliche Schutzausrüstungen¹⁵. Um noch bestehende Schutzlücken für bisher nicht geregelte Produkte zu schließen, wurden 1992 diese Richtlinien durch die sog. horizontale Produktsicherheits-RiL¹⁶ ergänzt. Diese greift subsidiär für alle Produkte ein. Sie ergänzt das Haftungsrecht, weil nun auch Behörden Verbote, Warnungen oder Rückrufe aussprechen können¹⁷. In der Zwischenzeit ist auch eine Verordnung für die Haftung der Luftfahrzeugunternehmer¹⁸ erlassen wor-

den. Eine Datenschutz-RiL schützt vor der rechtswidrigen Verarbeitung von Daten¹⁹.

Richtlinienentwürfe aus dem Jahre 1991 existieren zu einer Dienstleistungshaftung²⁰ und zu einer Abfallhaftung²¹. Auf dem Gebiet der Umwelthaftung steht ein Entwurf unmittelbar bevor. In dem im Jahre 2000 erschienenen Weißbuch²² der EG-Kommission wird die Gefährdungshaftung auf gefährliche Tätigkeiten beschränkt. Weitergehend als bisher sind allerdings Beweiserleichterungen für den Geschädigten sowie eine Entschädigung bei Schädigungen der biologischen Vielfalt vorgesehen²³. Alle Gesetzesvorhaben zum Haftungs- und Sicherheitsrecht bezwecken, den Schutz des Verbrauchers vor Körper- oder Gesundheitsverletzungen zu erhöhen.

b) Umsetzung in das nationale Recht

Die Produkthaftungs-RiL wurde am 1.1. 1990 durch das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG)²⁴, die Produktsicherheits-RiL durch das Produktsicherheitsgesetz (ProdSG)²⁵ im Jahre 1997 umgesetzt. Die vertikalen Produkthaftungsrichtlinien wurden in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen umgesetzt²⁶. Nach Erlass des ProdHaftG haben zahlreiche Autoren behauptet, es bliebe weitgehend alles beim Alten, ja das bisherige deutsche Recht sei weiterhin vorteilhafter für den Geschädigten²⁷. Weil Art. 13 der Produkthaftungs-RiL strengeres nationales Recht ausdrücklich zulässt, die Richtlinie also nur eine Mindestharmonisierung vorsieht²⁸, lernt der Student die komplizierte Doppelprüfung²⁹ zahlreicher strittiger Anwendungsfragen³⁰. In der Praxis wenden die Gerichte dagegen das ProdHaftG nicht an, weil der BGH bereits 1969 eine Quasi-Gefährdungshaftung eingeführt hatte, als er dem Geschädigten die Beweislast für das Verschulden des Schädigers erleichterte³¹. Auch ist das ProdHaftG für den Geschädigten wegen des Selbstbehaltes und des fehlen-

6 Produkthaftungs-RiL 85/374/EWG v. 25.7. 1985, ABl. Nr. L 210, 29.

7 Der Haftungsausschluss des Art. 2 Abs. 2 wurde geändert, s. Geänderte Produkthaftungs-RiL 1999/34/EG v. 10.5. 1999, ABl. Nr. L 141, 20

8 Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991; Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, § 6, S. 193 ff. 9 Elektrogeräte-RiL 73/23/EWG v. 19.2. 1973, ABl. Nr. L 77, 29.

10 Einfache Druckbehälter-RiL 87/404/EWG v. 25.7. 1987, ABl. Nr. L 220, 48; geändert durch die RiLen 90/488/EWG, ABl. Nr. L 270, 25 und 93/68/EWG 1993, 220, 1.

11 Spielzeug-RiL 88/378/EWG v. 3.5. 1988, ABl. Nr. L 187, 1; geändert durch RiL 93/68/EG, L 220, 1.

12 Bauprodukte-RiL 89/106/EWG v. 21.12. 1988, ABl. Nr. L 40, 12; geändert durch RiL 93/68/EG, L 220, 1.

13 Elektromagnetische Verträglichkeits-RiL 89/336/EWG v. 3.5. 1989, ABl. Nr. L 139, 19; geändert durch RiLen 91/263/EWG, ABl. Nr. L 128, 1; 92/31/EWG, ABl. Nr. 126, 11 und 93/68/EG, L 220, 1.

14 Maschinen-RiL 89/392/EWG v. 14.6. 1989, ABl. Nr. L 183, 9; geändert durch RiLen 91/368/EWG, ABl. Nr. L 198, 16; 93/44/EWG, ABl. Nr. L 175, 12 und 93/86/EWG, ABl. Nr. L 220, 1.

15 Persönliche Schutzausrüstungen-RiL 89/686/EWG v. 21.12. 1989, ABl. Nr. L 399, 18; geändert durch RiLen 93/68/EWG, ABl. Nr. L 220, 1 und 93/95/EWG, ABl. Nr. L 276, 11. Inzwischen sind Richtlinien über Nichtselbständige Waagen, Medizinprodukte, Gasgeräte, Warmwasserheizkessel, Telekommunikationsgeräte, Sprengstoffe, Geräte zur Verwendung explosiver Atmosphäre, Sportboote, Aufzüge und Kraftfahrzeuge hinzugekommen, s. Langer, Technische Vorschriften und Normen, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsrechts, 2 Bde., Loseblatt 2000, C.VI.

16 Allgemeine Produktsicherheits-RiL 92/59/EWG v. 29.7. 1992, ABl. Nr. L 228, 24; hierzu Joerges, in: FS Steindorff, 1990, S. 1247 ff. Diese RiL ist nun geändert worden, s. Kommission v. 15.6. 2000, KOM (2000) 139 endg. und KOM (2001), 63 endg.

17 S. Art. 6 der Produktsicherheits-RiL und § 7 ff. ProdSG.

18 VO (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen v. 9.10. 1997, ABl. Nr. L 285, 1.

19 RiL 95/46/EG v. 24.12. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. Nr. L 281, 31; hierzu Brühmann, in: Grabitz/Hilff/Wolf (Hrsg.) (Fn. 3), A.30.

20 ABl. 1991 Nr. C 12, 8 v. 18.1. 1991. S. hierzu KOM (98) 696 endg.

21 ABl. 1989, Nr. C 251, 3 v. 4.10. 1989 und ABl. 1991 Nr. C 192, 6 v. 23.7. 1991.

22 Grün- und Weißbücher bereiten Gesetze vor. Aus ihnen folgt oft ein Richtlinienentwurf.

23 S. hierzu auch das Weißbuch zur Umwelthaftung, KOM (2000), 66 endg. Hierzu Möllers, Umwelthaftung, in: Wagner (Hrsg.), Fachdatenbank Umweltmanagement, CD-Rom, 14. Erg.-Lfg. 2000, 15.506 ff. sowie unten Fn. 205.

24 ProdHaftG v. 15.12. 1989, BGBl. I 2198.

25 ProdSG v. 22.4. 1997, BGBl. I 934.

26 S. hierzu das Gerätesicherheitsgesetz (GSG) v. 22.10. 1992, BGBl. I 1794; Bauproduktengesetz (BPG) v. 10.8. 1992, BGBl. I 1495; Gesetz über elektromagnetische Verträglichkeit von Geräten (EMVG) v. 30.8. 1995, BGBl. I 1114; VO über die Sicherheit von Spielzeug v. 21.12. 1989, BGBl. I 2541; VO über das Inverkehrbringen von einfachen Druckbehältern – 6. GSG v. 25.6. 1992, BGBl. I 1171; VO über das Inverkehrbringen von persönlichen Schutzausrüstungen – 8. GSG v. 10.6. 1992, BGBl. I 1019; Maschinenverordnung – 9. GSG v. 12.5. 1993, BGBl. I 704.

27 Als eine der wenigen punktuellen Verbesserungen wird die Einbeziehung von Importeuren und Lieferanten genannt, s. MünchKomm/Cabn, BGB, 3. Aufl. 1997, vor § 1 ProdHaftG Rdn. 4; von marginalen Differenzen spricht von Westphalen NJW 1990, 85, 93.

28 Sog. Öffnungs- oder Mindestklauseln erlauben dem Mitgliedstaat, strengeres nationales Recht neben dem durch die Richtlinie geschaffenen Recht zu schaffen oder weiterhin anzuwenden. S. aber Fn. 42.

29 Von Zweispurigkeit spricht Hommelhoff AcP 192 (1992), 71, 80.

30 So ist beispielsweise umstritten, ob der „Weiterfresserschaden“ nach § 1 ProdHaftG ersetzt wird, s. hierzu MünchKomm/Cabn (Fn. 27), § 1 ProdHaftG Rdn. 10.

31 BGHZ 51, 91 = JZ 1969, 387 (Deutsch) = NJW 1969, 269 (Diederichsen) – Hühnerpest.

den Schmerzensgeldanspruchs weniger attraktiv als das Deliktsrecht des BGB. Inzwischen existieren umfangreiche Kommentierungen zum ProdHaftG, die regelmäßig die Grundsätze des allgemeinen Deliktsrechts zur Produzentenhaftung des BGB in das ProdHaftG hineinlesen³²; das auf europäischer Grundlage basierende ProdHaftG wird mit Hilfe der Rechtsprechung zur deliktsrechtlichen Generalklausel *renationalisiert*.³³ Allerdings lässt sich auch die Gegenposition vertreten und behaupten, dass das ProdSG und das ProdHaftG auf das allgemeine Deliktsrecht zurückwirken, soweit das europäische Recht höhere Vorgaben enthält als das nationale Recht³⁴.

c) Rechtsprechung

Der VI. Senat des BGH hat sich in der Vergangenheit um die europarechtliche Einkleidung des Haftungsrechts wenig gekümmert; er hat das ProdHaftG in den letzten zehn Jahren nur in wenigen Entscheidungen problematisiert³⁵ und vielmehr in Produkthaftungsfällen die kleine Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB herangezogen³⁶. Folglich kam es auch noch zu keinem Vorlageverfahren zu Auslegungsfragen der Produkthaftungs-RiL.

Im Jahre 1993 ist Frankreich vom EuGH wegen Nichtumsetzung der Produkthaftungs-RiL verurteilt worden³⁷. Der englische Consumer Protection Act setzt Art. 7 lit. e der Produkthaftungs-RiL, der einen Haftungsausschluss wegen Entwicklungsfehlern erlaubt, trotz abweichenden Wortlautes ordnungsgemäß um, weil die nationale Vorschrift richtlinienkonform ausgelegt werden kann³⁸. In einem vom *dänischen obersten Gericht* angestregten Vorlageverfahren hatte der Bruder des Klägers seine Niere für eine Nierentransplantation gespendet. Im Krankenhaus war diese mit einer fehlerhaften Perfusionsflüssigkeit durchspült worden. Das hatte zur Folge, dass die Niere für eine Transplantation nicht mehr verwendet werden konnte. Die dänische Regierung argumentierte, die Haftungsbeschränkungen des Art. 7 Produkthaftungs-RiL griffen ein: Das Produkt sei gem. Art. 7 lit. a nicht in den Verkehr gebracht worden, da es zur rein internen Verwendung bestimmt worden sei. Auch sei die Flüssigkeit gem. Art. 7 lit. c nicht zu einem wirtschaftlichen Zweck hergestellt worden, da in dem Krankenhaus die medizinischen Leistungen unentgeltlich zur Verfügung gestellt würden. Beide Einwände lehnte der EuGH ab. Art. 7 sei als Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Das Produkt sei in den Verkehr gebracht, da dem Patienten ja gar keine andere Wahl bliebe, als sich selbst in die Herrschaftssphäre des Krankenhauses zu begeben³⁹. Zudem liege, so der EuGH, eine wirtschaftliche Leistung vor, auch wenn die entstehenden Kosten

vom Steuerzahler übernommen würden⁴⁰. Schließlich sei der Begriff des „Schadens“ in Art. 9 der RiL nicht näher definiert und könne durch den Mitgliedstaat weiter konkretisiert werden. Er müsse aber sowohl den durch Tod oder Körperverletzung verursachten Schaden als auch die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache umfassen. In zwei noch anhängigen Verfahren hat der EuGH die Frage zu entscheiden, in welchem Umfang die Öffnungsklausel des Art. 13 Produkthaftungs-RiL es erlaubt, bisheriges strengeres nationales Recht nicht nur beizubehalten, sondern strengeres nationales Recht erst noch durch die Mitgliedstaaten zu schaffen. Frankreich sieht beispielsweise aufgrund eines neu geschaffenen Art. 1386-1 und Art. 1386-2 cc⁴¹ vor, dass der Schädiger den vollen Schaden ohne Abzug eines Selbstbehaltes des Geschädigten von 500 € zu ersetzen habe. Nach Ansicht des Generalanwalts *Geelhoed* verstößt dies gegen Art. 13 der Produkthaftungs-RiL⁴².

Für den Erlass der allgemeinen Produktsicherheits-RiL hat der EuGH eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage bejaht⁴³. Im Bereich der Zertifizierungsverfahren der vertikalen Produktsicherheits-RiL hat die Kommission das Recht, bei der Auswahl der Zertifizierungselemente deren Anwendung auf bestimmte Eigenschaften zu beschränken⁴⁴.

2. Vertragsrecht

a) Die europäischen Richtlinien

Zeitlich nur wenig später nach der Produkthaftungs-RiL wurden die Haustürwiderrufs-RiL⁴⁵ und die Verbraucherkredit-RiL erlassen⁴⁶. In den 90er Jahren folgten dann die Pauschalreise-RiL⁴⁷, die AGB-RiL⁴⁸, die Teilzeitwohnrechte-RiL⁴⁹, die RiL über grenzüberschreitende Überweisungen⁵⁰ und die Fernabsatz-RiL⁵¹. Einen Höhepunkt bilden die drei jüngst erlassenen Richtlinien über den Verbrauchsgüterkauf⁵², den E-Commerce⁵³ und den Zahlungsverzug im

32 Stellvertretend beispielsweise *Staudinger/Oechsler*, BGB, 13. Bearb., 1998, ProdHaftG.

33 Kritisch deshalb *Möllers VersR* 2000, 1177 ff. Zur Gefahr der Renationalisierung des AGBG s. *Reich VuR* 1995, 1 ff.

34 Hierzu im einzelnen *Möllers JZ* 1999, 24 ff.; *Möllers VersR* 2000, 1177 ff. Grundsätzlich a.A. *Foerste*, in: *Produkthaftungshandbuch*, 2. Aufl. 1999, § 91.

35 BGHZ 116, 104 = NJW 1992, 1039 – Kleinbetrieb; BGHZ 129, 353, 364 = JZ 1995, 1060 (*Foerste*) = NJW 1995, 2162 – Mineralwasserflasche; BGHZ 139, 43, 46 = JZ 1999, 48 – Feuerwerkskörper; s. *Möllers JZ* 1999, 24 ff.

36 Kritisch deshalb *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 15; *Möllers* 48 Am.J.Comp.L. 679, 683 f. (2000); *Zimmermann* 1 Columbia J.Eur.L. 63, 77 (1994); s. auch den Bericht der Kommission KOM (1995) 617 endg.

37 EuGH, 13.1.1993 – Rs. C-293/91, Slg. 1993, I-1 – Kommission/Frankreich. Zur Umsetzung in Frankreich s. unten Fn. 198.

38 EuGH, 30.5.1997 – Rs. C-300/95, Slg. I-1997, 2649 = (1997) All ER (EC) 114 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

39 EuGH, 10.5.2001 – Rs. C-203/99, Slg. 2001, I-3569 Tz. 17 = NJW 2001, 2781 = EuZW 2001, 378 (*Geiger*) – Veedfald.

40 EuGH, 10.5.2001 – Rs. C-203/99, Slg. 2001, I-3569 Tz. 21 = NJW 2001, 2781.

41 S. unten Fn. 198.

42 Schlussanträge des Generalanwaltes *Geelhoed* in den verb. Rs. C-52/00 und C-183/00.

43 EuGH, 9.8.1994 – Rs. C-359/92, Slg. 1994, I-3681 = EuZW 1994, 627 (*Micklitz*).

44 EuGH, 10.2.1998 – Rs. C-263/95, Slg. 1998, I-441.

45 Haustürwiderrufs-RiL 85/577/EWG betreffend Verbraucherschutz außerhalb von Geschäftsräumen v. 20.12.1985, ABl. Nr. L 372, 31; hierzu *Micklitz*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.2 m.w.Nachw.

46 Verbraucherkredit-RiL 87/102/EWG v. 22.12.1986, ABl. Nr. L 42, 48, geändert durch RiL 90/88/EWG v. 22.2.1999, ABl. Nr. L 61, 14 sowie RiL 98/7/EG v. 16.2.1998, ABl. Nr. L 101, 17; *Grundmann* (Fn. 3), 4.10.

47 Pauschalreise-RiL 90/314/EWG v. 13.6.1990, ABl. Nr. L 158, 59; *Tonner*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.12 m.w.Nachw.

48 RiL 93/13/EWG v. 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95, 29, s. *Pfeiffer*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.5 m.w.Nachw.

49 Teilzeitwohnrechte-RiL 94/47/EWG v. 26.10.1994, ABl. Nr. L, 280, 83, s. vor allem *Martinek*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.13 m.w.Nachw.

50 RiL über grenzüberschreitende Überweisungen 97/5/EG v. 27.1.1997, ABl. Nr. L 43, 25; *Grundmann* (Fn. 3), 4.13.

51 Fernabsatz-RiL 97/7/EG v. 20.5.1997, ABl. Nr. L 144, 19, s. *Micklitz*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.3 m.w.Nachw.

52 RiL 1999/44/EG über bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und Garantien für Verbrauchsgüter v. 25.5.1999, ABl. Nr. L 171, 1; s. beispielsweise *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000; *Gsell JZ* 2001, 65 ff.; *Honsell JZ* 2001, 278 ff. sowie die rechtsvergleichenden Länderberichte zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RiL in 9 Eur.Rev.Priv.L 157-375 (2001, Vol. 3).

53 E-Commerce-RiL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, v. 8.6.2000, ABl. Nr. L 178, 1. S. beispielsweise *Hoeren MMR* 1999, 192 ff.; *Bender/Sommer RIW* 2000, 264 ff.; *Spindler ZRP* 2001, 203 ff.

Handelsverkehr⁵⁴. Für das Prozessrecht wichtig ist schließlich die Unterlassungsklagen-RiL, die Einrichtungen für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten bestimmt⁵⁵.

Nur am Rande erwähnt seien die Gleichbehandlungs-RiL⁵⁶ und die Betriebsübergangs-RiL⁵⁷ als Richtlinien zum Schutze des Arbeitnehmers. Für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher hat die Kommission einen Richtlinienentwurf vorgelegt⁵⁸. Gescheitert sind wohl Vorschläge einer Hypothekarkredit-RiL⁵⁹ und einer Verordnung über eine Bürgschaft⁶⁰. Insgesamt sind in den letzten 30 Jahren allein im engeren Bereich des Vertrags-, Haftungs- und Sicherheitsrechts etwa 30 Richtlinien ergangen.

b) Kompetenzen der EG zur Rechtsharmonisierung

Art. 5 Abs. 1 EG formuliert das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, welches das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG ergänzt. Folglich muss jeder Rechtssetzungsakt der Gemeinschaft durch eine Kompetenzgrundlage gedeckt sein. Dies sind regelmäßig Rechtsakte, die sich auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes⁶¹ oder des Binnenmarktes⁶² auswirken, wobei Art. 95 Abs. 3 EG ausdrücklich Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz nennt. Obwohl damit grundsätzlich die Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass von Verbraucherrichtlinien gesichert scheint, werden diese immer wieder von den Mitgliedstaaten angegriffen⁶³. Jüngst wurde auch die Kompetenz der EG zum Erlass der Zahlungsverzugs-RiL in Zweifel gezogen⁶⁴, weil sich diese gerade nicht auf den Verbraucher, sondern auf den Geschäftsverkehr beziehe⁶⁵. Dem ist mit der Überlegung zu widersprechen, dass zumindest die Binnenmarktrelevanz der Regelung gegeben ist⁶⁶.

c) Umsetzung in das nationale Recht

Umgesetzt wurden die Haustürwiderrufs-RiL durch das Haustürwiderrufgesetz (HWiG)⁶⁷, die Verbraucherkredit-

RiL durch das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG)⁶⁸, die Teilzeitwohnrechte-RiL durch das Teilzeitwohnrechtgesetz (TzWrG)⁶⁹ und jüngst die Fernabsatz-RiL durch das Fernabsatzgesetz (FernAbsG)⁷⁰. Nur punktuell sind in der Vergangenheit europäische Richtlinien in bestehende Gesetze inkorporiert worden: Das galt beispielsweise für die Umsetzung der Pauschalreise-RiL durch § 651 k BGB⁷¹ ebenso wie für die RiL über missbräuchliche Klauseln durch die teilweise Umsetzung mittels § 24 a AGBG⁷².

d) Rechtsprechung

Zu diesen europäischen Richtlinien zum bürgerlichen Recht sind eine Reihe von Entscheidungen des *EuGH* ergangen. In Verfahren zur Haustürwiderrufs-RiL⁷³ und zur Verbraucherkredit-RiL⁷⁴ prüfte der *EuGH* die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zwischen Privaten. Eine solche horizontale Drittwirkung nicht rechtzeitig umgesetzter Richtlinien lehnte der *EuGH* ab, verpflichtete die Gerichte der Mitgliedstaaten aber zur richtlinienkonformen Auslegung und erinnerte auch an die Grundsätze der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung⁷⁵. In dem ersten Urteil zur Auslegung der Haustürwiderrufs-RiL musste der Gerichtshof die Frage klären, ob auch ein Gewerbetreibender von dem Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst ist, der einen Vertrag über die Veräußerung seines Gewerbebetriebes unterzeichnet, nachdem ihn sein Vertragspartner in seiner Wohnung oder an seinem Arbeitsplatz aufgesucht hatte. Der *EuGH* lehnte dies ab, betonte aber, dass die Richtlinie nur einen Mindestschutz gewähre, strengeres nationales Recht also zulässig sei⁷⁶.

Zwischen dem IX.⁷⁷ und XI.⁷⁸ Senat des *BGH* war strittig, inwieweit Bürgschaften unter § 1 Abs. 1 HWiG fallen, obwohl dieser Paragraph eine „entgeltliche Leistung“ verlangt. Aufgrund eines Vorlageverfahrens des IX. Senates⁷⁹ wurde dem *EuGH* die Rechtsfrage nun vorgelegt. Leider sind die Ausführungen des *EuGH* in diesem Urteil weder klar noch überzeugend. Nach seiner Ansicht darf der Verbraucher dann widerrufen, wenn nicht nur er selbst, sondern auch der Hauptschuldner ein Verbraucher ist (doppelter Verbraucherbegriff). Zusätzlich muss neben der Bürgschaft auch das die Hauptschuld begründende Geschäft ein Haustürgeschäft sein⁸⁰. Während der IX. Senat des *BGH* dem

54 RiL 2000/35/EG zum Zahlungsverzug im Handelsverkehr, v. 8. 6. 2000, ABl. Nr. L 200, 35. S. die Literatur in Fn. 118 und Fn. 124.

55 Unterlassungsklagen-RiL 98/27/EG v. 19. 5. 1998, ABl. Nr. L 166, 51; hierzu *Basedow* (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999; *Baetge* ZJP 112 (1999), 329 ff.; *Greger* NJW 2000, 2457 ff.; *Heß*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.) Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 527 ff.

56 Gleichbehandlungs-RiL bzgl. des Geschlechts 76/207/EWG v. 9. 2. 1976, ABl. Nr. L 39, 40. Diese soll jetzt um den Schutz vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz ergänzt werden, s. KOM (2000), 652 endg. und KOM (2001) endg., 321. S. jetzt auch die Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen v. 29. 6. 2000, ABl. Nr. L 180, 22 sowie die Gleichbehandlungsrahmen-RiL 2000/78/EG v. 27. 11. 2000, ABl. Nr. L 303, 16; abgedruckt auch in NJW 2001/Beil. zu Heft 37.

57 Betriebsübergang-RiL 77/187/EWG v. 14. 2. 1977, ABl. Nr. L 61, 26; geändert durch RiL 98/50/EG v. 29. 6. 1998, ABl. 201, 88 = ZIP 1998, 1329 sowie RiL 01/23/EG v. 12. 3. 2001, ABl. Nr. L 82, 16.

58 KOM (98) 468 endg. v. 11. 12. 1998, ABl. 1998 Nr. C 385, 10, geändert durch neuen Richtlinienentwurf KOM (99) 385 endg.; hierzu *Möllers/Leisch* JZ 2000, 1085, 1089; *Riesenhuber* WM 1999, 1441, 1444.

59 ABl. 1987 Nr. C 161, 4; hierzu *Eilsmanberger* EuZW 1991, 691 ff.

60 ABl. 1991 Nr. C 53, 74.

61 Art. 94 EG, ex-Art. 100 EGV.

62 Art. 95 EG, ex-Art. 100a EGV.

63 Z.B. oben Fn. 43 und unten Fn. 187.

64 *W.H. Roth*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 55), S. 225, 232. Daneben auch die Kompetenzgrundlage für die Verbrauchsgüterkauf-RiL anzweifeln *W.H. Roth*, a.a.O., S. 233f. *Honsell* JZ 2001, 278; *Ehmann/Rust* JZ 1999, 853 f.

65 S. Art. 1, 2 Nr. 1 Zahlungsverzugs-RiL.

66 Im Vordergrund dieser Richtlinie steht die Absicherung der Grundfreiheiten und damit die Sicherstellung des Binnenmarktes als Markt ohne Grenzen, s. Erwägungsgrund 9 der Zahlungsverzugs-RiL.

67 16. 1. 1986, BGBl. I 122.

68 17. 12. 1990, BGBl. I 2840.

69 20. 12. 1996, BGBl. I 2154.

70 Gesetz über Fernabsatzverträge und anderer Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro v. 27. 6. 2000, BGBl. I 887, berichtigt am 21. 7. 2000, BGBl. I 1139.

71 Sowie VO über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern v. 14. 11. 1994, BGBl. I, S. 3436.

72 Weitere Beispiele: Die Gleichberechtigungs-RiL wurde teilweise durch den § 611 a BGB umgesetzt, die Betriebsübergangs-RiL durch den § 613 a BGB; hierzu *Soergel/Raab*, BGB, 12. Aufl. 1997, § 611 a Rdn. 4, 43 ff. und § 613 a Rdn. 44 ff.

73 *EuGH*, 14. 7. 1994 – Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 Tz. 26 = JZ 1995, 149 (*Heß*) = NJW 1994, 2473 – *Faccini Dori*.

74 *EuGH*, 7. 3. 1996 – Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281 = NJW 1996, 1401 – *El Corte Inglés*.

75 Grundsätzlich hierzu *EuGH*, 19. 11. 1991 – Rs. C-6/90 u.a., Slg. 1991, I-5357 = JZ 1992, 305 = NJW 1992, 165 – *Francovich*; s. auch unten Fn. 93 f.

76 *EuGH*, 14. 3. 1991 – Rs. C-361/89, Slg. 1991, I-1189 Tz. 21 – *Di Pinto*.

77 Verneinend *BGH* NJW 1991, 2905; *BGHZ* 113, 287, 288 = NJW 1991, 975.

78 Bejahend *BGH* NJW 1993, 1594; NJW 1996, 55, 56.

79 *BGH*, 11. 1. 1996, ABl. Nr. C 96, 13 = NJW 1996, 930.

80 *EuGH*, 17. 3. 1998 – Rs. C-45/96, Slg. 1998, I-1221 Tz. 22 = JZ 1998, 1071 = NJW 1998, 1295 = EuZW 1998, 252 (*Micklitz*) – Bayerische Hypotheken- und Wechselbank/Dietzinger. S. zu diesen nicht sehr klaren Ausführungen *Drexler* JZ 1998, 1046, 1050; *Hommelhoff*, in: FS 50 Jahre BGB, Bd. 2, 2000, S. 889, 896 mit Hinweis auf die französische Urteilsfassung.

EuGH inzwischen gefolgt ist⁸¹, hat die Entscheidung in der Literatur massiven Widerspruch hervorgerufen, weil nicht einzusehen sei, warum der Schutz der Haustürwiderrufs-RiL nur unter den einschränkenden Voraussetzungen eingreife, dass auch der Hauptschuldner ein Verbraucher sei und die Verpflichtung als Haustürgeschäft abgeschlossen haben müsse⁸². Da die Haustürwiderrufs-RiL nur eine Mindestharmonisierung darstellt, könnte ein nationales Recht auch ohne die einschränkenden Vorgaben des *EuGH* das HWiG anwenden⁸³.

Der XI. Senat des *BGH* hat dem *EuGH* nun in einem weiteren Verfahren die Frage vorgelegt, inwieweit der Abschluss eines Realkredites an der Haustür zum Widerruf nach der Haustürwiderrufs-RiL berechtigt. Der *EuGH* hat dies bejaht⁸⁴. Schließlich hat der *EuGH* entschieden, dass die Haustürwiderrufs-RiL auf Verträge über Teilzeitnutzungsrechte anwendbar ist⁸⁵. Während die Bürgschaft nach Ansicht des *EuGH* unter bestimmten Voraussetzungen unter das HWiG fallen kann, hat der *EuGH* dagegen in einer sorgfältig begründeten Entscheidung eine Anwendbarkeit der Verbraucherkredit-RiL auf die Bürgschaft abgelehnt. Während die Haustürwiderrufs-RiL den Verbraucher vor Überrumpfung schützen, sollten die Vorgaben der Verbraucherkredit-RiL dem Verbraucher nur eine ausreichende Informationsgrundlage zur Verfügung stellen. Die hierfür in Betracht kommenden Artikel der Richtlinie könnten den Bürgen aber nicht sinnvoll schützen⁸⁶.

Jüngst hat der *EuGH* auch zur AGB-Richtlinie Stellung genommen. Diese verlangt in Art. 4 Abs. 2 und 5, dass Klauseln – auch wenn sie den Hauptgegenstand des Vertrages betreffen – „stets klar und verständlich“ abgefasst werden müssen. Weil das niederländische Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch) eine solche Klausel nicht vorsieht, haben die Niederlande die Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt⁸⁷. Vergleichbares gilt auch für das AGBG, da § 8 AGBG die Prüfung der Hauptleistungspflichten im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 2 der AGB-RiL generell ausschließt⁸⁸. Der *BGH* ist dagegen einer Vorlagepflicht ausgewichen⁸⁹. In einer weiteren Entscheidung zur AGB-RiL betonte der *EuGH*, dass nach Nr. 1 q des Anhangs der AGB-RiL Klauseln missbräuchlich sind, die es dem Verbraucher erschweren, Rechtsbehelfe einzulegen. Dazu zählte der *EuGH* eine Vereinbarung, nach der bei Streitigkeiten das Gericht in dem Bezirk

der Niederlassung des Gewerbetreibenden zuständig sei, da der Verbraucher dann von einem Rechtsstreit abgeschreckt würde⁹⁰. Damit stellte der *EuGH* klar, dass entsprechende Klauseln der Kontrolle durch den *EuGH* unterworfen sind⁹¹. In einem jüngst erschienenen Urteil hatte der *EuGH* die Frage zu klären, ob sich ein Unternehmen auf den Verbraucherbegriff der AGB-Richtlinie berufen kann, wenn es die Kaufsache nicht zu gewerblichen oder beruflichen Zwecke verwendet. Mit Hinweis auf den klaren Wortlaut des Art. 2 der AGB-Richtlinie, der als Verbraucher nur die natürliche Person umfasst, lehnte der *BGH* dieses Ansinnen ab.

Eine Reihe von Entscheidungen sind auch zur Pauschalreise-RiL ergangen. Wegen nicht rechtzeitiger Umsetzung der Pauschalreise-RiL durch Deutschland⁹² und Österreich⁹⁴ bejahte der *EuGH* jeweils die Anwendung der Grundsätze des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs. Deutsche Gerichte haben aber Ansprüche wegen Reiseverträgen, die vor dem 1. 1. 1993 als maßgeblicher Umsetzungsfrist abgeschlossen waren, abgelehnt⁹⁵. Der *EuGH* stellte fest, dass die Versicherung gegen den Konkurs des Reiseveranstalters auch die Kosten umfasst, welche der Kunde wegen der Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters an den Hotelier gezahlt habe⁹⁶. In einem weiteren Verfahren verneinte der *EuGH* die Anwendbarkeit der Pauschalreise-RiL auf einen Schüleraustausch⁹⁷. In einem österreichischen Vorlageverfahren ist zu klären, ob die Pauschalreise-RiL auch Ersatz für entgangene Urlaubsfreude gewährt. Im österreichischen Recht wird im Grundsatz, wie in Deutschland, ein immaterieller Schaden nur ersetzt, wenn ein solcher Ersatzanspruch gesetzlich geregelt ist. Da ein solcher für entgangene Urlaubsfreude nicht gesetzlich normiert wurde, könne, so die österreichische Rechtsansicht, nach österreichischem Recht kein Schadensersatz zugesprochen werden. Dem tritt der Generalanwalt *Tizzano* in seinen Schlussanträgen mit umfangreichen grammatikalischen, systematischen und rechtsvergleichenden Überlegungen entgegen⁹⁸.

3. Kritik an dem bisherigen Weg einer Rechtsharmonisierung

Die Schwächen des bisherigen Konzepts auf europäischer und nationaler Ebene sind weitgehend bekannt⁹⁹.

a) Schwächen auf europäischer Ebene

Betrachtet man die bisherige zivilrechtliche Rechtsharmonisierung, so bleiben viele Bereiche ausgespart: Im Haftungs-

⁸¹ *BGHZ* 139, 21, 25 = *JZ* 1998, 1072 = *NJW* 1998, 2356.

⁸² *Drexel JZ* 1998, 1046, 1055; *Auer ZBB* 1999, 161, 164f.; *Pfeiffer ZIP* 1998, 1129, 1131ff.; *Reinicke/Tiedtke ZIP* 1998, 893, 894ff.; *St. Lorenz NJW* 1998, 2937, 2938ff.; *Hommelhoff*, in: *FS 50 Jahre BGB*, Bd. 2, 2000, S. 889, 913ff.

⁸³ So bereits Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen, *Slg.* 1998, I-1199 = *ZIP* 1997, 627, 632; *St. Lorenz NJW* 1998, 2937, 2939.

⁸⁴ *BGH*, 29. 11. 1999 – XI ZR 91/99, *NJW* 2000, 521; *EuGH*, 13. 12. 2001 – Rs. C-481/99 (noch unveröffentlicht).

⁸⁵ *EuGH*, 22. 4. 1999 – Rs. C-423/97, *Slg.* 1999, I-2195 = *EuZW* 1999, 377 – *Travel Vac SL*.

⁸⁶ *EuGH*, 23. 3. 2000 – Rs. C-208/98, *Slg.* 2000, I-1741 = *JZ* 2000, 750 (*Ulmer*) = *NJW* 2000, 1323 = *EuZW* 2000, 339 (*Rosenfeld*) – Berliner Kindl; offengelassen noch von *BGH JZ* 1998, 1074.

⁸⁷ *EuGH*, 10. 5. 2001 – Rs. C-144/99, *Slg.* 2001, I-3541 = *NJW* 2001, 2244 = *EuZW* 2001, 437 (*Leible*) – Kommission/Niederlande.

⁸⁸ Wie hier *Reich VuR* 1995, 1, 3, 5f.; *Staudinger WM* 1999, 1546, 1552; *Leible EuZW* 2001, 438, 439. Die Gegenansicht hält allerdings eine richtlinienkonforme Auslegung für ausreichend (*Palandt/Heinrichs*, *BGB*, 60. Aufl. 2001, § 8 AGBG Rdn. 1a) oder will nach der ratio legis des § 8 AGBG unklare Regelungen, die das Preis- oder Leistungsverhältnis betreffen, für unwirksam erklären, s. *Staudinger/Coester*, 13. Bearb. 1998, § 8 AGBG Rdn. 15; *Stoffels JZ* 2001, 843, 845.

⁸⁹ *BGH NJW* 1998, 383; *NJW-RR* 1998, 1661 = *BB* 1998, 1864. Kritisch deshalb *Ulmer BB* 1998, 1865: „Rückfall in die EG-rechtliche Steinzeit“; ebenso *Basedow*, in: *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, S. 277, 286.

⁹⁰ *EuGH*, 27. 6. 2000 – Rs. C-240/98 u. a., *Slg.* 2000, I-4941 = *JZ* 2001, 245 (*Schwartz*) = *NJW* 2000, 2571 – *Océano Grupo Editorial SA*. S. auch *Staudinger DB* 2000, 2058ff.; kritisch *Hakenberg ZEuP* 2001, 888, 890.

⁹¹ Das wurde in der deutschen Literatur zum Teil bestritten, z. B. *Heinrichs NJW* 1998, 1447, 1455; vorsichtiger aber jetzt *Palandt/Heinrichs* (Fn. 88), § 24 a AGBG Rdn. 19ff.

⁹² *EuGH*, 22. 11. 2001 – Rs. C-541 und 542/99 (noch nicht veröffentlicht) – *Cape*. In concreto handelte es sich um einen Getränkeautomaten, der nur für die Arbeitnehmer des Unternehmens verwendet werden sollte.

⁹³ *EuGH*, 8. 10. 1996 – Rs. C-178/94 u. a., *Slg.* 1996, I-4845 = *JZ* 1997 198 (*Eidenmüller*) = *NJW* 1996, 3141 – *Dillenkofer*.

⁹⁴ *EuGH*, 15. 6. 1999 – Rs. C-140/97, *Slg.* 1999, I-3499 = *NJW* 1999, 3181 – *Walter Rechenberger*.

⁹⁵ *LG Köln NJW-RR* 1997, 727; *OLG Köln NJW-RR* 1998, 169.

⁹⁶ *EuGH*, 14. 5. 1998 – Rs. C-364/96, *Slg.* 1998, I-2949 = *NJW* 1998, 2201 = *EuZW* 1998, 440 (*Tonner*).

⁹⁷ *EuGH*, 11. 3. 1999 – Rs. C-237/97, *Slg.* 1999, I-825 = *EuZW* 1999, 219 – *Finnischer Schüleraustausch*.

⁹⁸ Nach Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 4 können Schäden, die nicht Körperschäden sind, vertraglich ausgeschlossen werden. Im Umkehrschluss umfassen Schäden auch immaterielle Schäden, Schlussanträge des Generalanwaltes *Tizzano* zur Rs. C 168/00 – *Leitner*.

⁹⁹ Die Argumente zusammenfassend *Möllers* (Fn. 3), S. 14 ff.

recht beschränkt sich die Harmonisierung auf die Produkthaftung; der für den Kläger wichtige immaterielle Schadenersatz wird aber nicht geregelt. Im Vertragsrecht werden nur einzelne Vertriebsformen, wie die Haustürwiderrufsgeschäfte, und einige wenige Vertragsarten, wie beispielsweise die Verbraucherkredite, geregelt, nicht aber allgemeine Rechtsinstitute von genereller Bedeutung, wie die Stellvertretung, die Rechtsposition des Minderjährigen oder Fragen der Sittenwidrigkeit. Folglich wurde schon vor Jahren das punktuelle, auch als pointillistisch bezeichnete Rechtsetzungsverfahren auf EG-Ebene kritisiert¹⁰⁰, weil die EG nicht anhand eines klaren Konzepts ein Rechtsgebiet, wie beispielsweise das Schuldrecht, als Ganzes harmonisiere, sondern nur *Teilrechtsgebiete harmonisiere*. Damit fehlen rechtsgebietsübergreifende allgemeine Begriffe auf europäischer Ebene¹⁰¹.

Selbst wenn ein Rechtsgebiet harmonisiert wird, ist das Konzept einer *Mindestharmonisierung* mittels Öffnungs- oder Mindestklauseln höchst problematisch. Das Nebeneinander von nationalem und angeglichenem europäischen Recht führt entweder zu einer mühsamen Doppelprüfung. Folge davon ist, dass europäisches Recht das anzuwendende Recht unnötig verkompliziert und damit Recht teuer und unpraktisch wird. Oder das neue, auf europäischer Grundlage basierende Recht wird vollständig ignoriert, weil man mit dem alten nationalen, „strengeren“ Recht weiterarbeitet¹⁰². Schließlich verhindert das strengere nationale Recht eine Rechtsangleichung auf europäischer Ebene, weil sich das „forum shopping“, das Auswählen eines Gerichtsstandes, in dem man mehr Schadenersatz erwarten kann, weiterhin lohnt¹⁰³.

b) Nachteile der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten

Die meisten kontinentaleuropäischen Staaten haben in den letzten Jahrhunderten große bürgerlich-rechtliche Kodifikationen geschaffen. Von diesem Gedanken hat sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren verabschiedet. Die „pointillistische“ Rechtsetzung auf europäischer Ebene hat der deutsche Gesetzgeber zum einen dadurch verstärkt, dass er europäisches Recht nicht in bestehende Kodifikationen integrierte, sondern die Verbraucherschützenden Richtlinien in zahlreichen bereits genannten *Sondergesetzen* umsetzte. Mit einer solchen Sondergesetzgebung wurde die Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches als Kodifikation der maßgeblichen Rechtsverhältnisse, die den Bürger betreffen, wesentlich geschwächt.

Soweit der deutsche Gesetzgeber aber europäisches Recht in das BGB oder beispielsweise das AGBG inkorporierte, geschah dies so restriktiv wie möglich¹⁰⁴. Plastisch spricht *Rittner* deshalb von „Inseln“ europäischen Rechts im Meer des nationalen Rechts¹⁰⁵. Diese punktuellen Harmonisierungsmaßnahmen führen nicht selten zu Friktionen und Brüchen mit dem nicht harmonisierten nationalen Recht. Bei der Ein-

führung des § 611 a BGB hätte man sich beispielsweise früher mit § 253 BGB auseinandersetzen müssen und nicht pauschal einen immateriellen Schadenersatzanspruch als systemfremd ablehnen dürfen¹⁰⁶. So musste mehrmals der *EuGH* bemüht¹⁰⁷ und insgesamt dreimal die Fassung des § 611 a BGB verbessert werden. Auch die Diskussion über den Begriff des „Betriebsteils“ im Rahmen der Betriebsübergangs-RiL verlief zwischen *BAG* und *EuGH* nicht konfliktfrei¹⁰⁸.

II. Der neue Weg des deutschen Gesetzgebers

Versuch eines Gesamtkonzepts

a) Beschreibung des neuen Ansatzes

Der neue Weg des deutschen Gesetzgebers zeichnet sich durch drei Besonderheiten aus: Erstens wird jetzt keine Minimalumsetzung mehr versucht. Vielmehr findet jetzt oft eine überschießende Umsetzung der Richtlinie statt, indem der Anwendungsbereich der Richtlinie sachlich oder persönlich über das Mindestmaß der Richtlinie erweitert wird. Damit werden Begrifflichkeiten *verallgemeinert*. Formal geht das zweitens damit einher, dass die europäischen Richtlinien durch Paragraphen in das BGB *integriert* und nicht in Sondergesetzen umgesetzt werden. Es kommt zu einer *Europäisierung des BGB*. Eine dritte Eigenart besteht darin, dass der nationale Gesetzgeber zum Teil schon „Umsetzungsgesetze“ schafft, obwohl die europäische Regelung noch nicht endgültig erlassen ist. Man kann von vorauseilender Gesetzgebung sprechen.

b) Die Umsetzung des neuen Ansatzes

aa) Während die Überweisungs-RiL nur grenzüberschreitende Überweisungen regelt, versucht das deutsche *Überweisungsgesetz* aus dem Jahre 1999¹⁰⁹ die Überweisung in den §§ 676 a ff. BGB umfassender zu regeln: Das Gesetz ist auch für rein nationale Überweisungen anwendbar. Während die Überweisung früher eine Weisung im Sinne von § 665 BGB darstellte, wird aus der Überweisung nun ein Vertrag. Neu aufgenommen sind zahlreiche Informationspflichten durch den neu geschaffenen § 675 a Abs. 1 BGB i.V.m. der Verordnung über Informationspflichten.

Auch das *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen*¹¹⁰, das seit dem 1.5. 2000 gilt, dehnt den Anwendungsbereich persönlich weiter aus als die Zahlungsverzugs-RiL: Die Richtlinie ist nur für Verzug im Geschäftsverkehr anwendbar; dagegen gelten die §§ 284 ff. BGB für jedermann,

¹⁰⁰ *Kötz* RabelsZ 50 (1986), 1, 5; ihm folgend *Coing* NJW 1990, 937, 939; *Ulmer* JZ 1992, 1, 5 f.; *Hommelhoff* AcP 192 (1992), 71, 102; *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 1992, S. 45; *Junker* NJW 1994, 2527, 2528; *Blaurock* JZ 1994, 270, 276.

¹⁰¹ *Kötz*, in: FS Zweigert, 1981, S. 481, 483 ff.; *Remien* ZVglRWiss 87 (1988), 105, 117; *Remien* RabelsZ 60 (1996), 1, 9.

¹⁰² S. hierzu das Produkthaftungsrecht oben Fn. 32 ff.

¹⁰³ S. oben *Möllers* 48 Am.J.Comp.L. 679, 683 f. (2000); kritisch auch *Steindorff*, in: XXV. FIW-Symposium, 1992, S. 11, 42; *Drobnig*, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Gesetzbuch, 1999, S. 109, 115. Deutlich positiver dagegen *Grundmann* (Fn. 3), § 1 Rdn. 26.

¹⁰⁴ S. oben Fn. 71 f.

¹⁰⁵ *Rittner* JZ 1995, 849, 851; ähnlich bereits *Kötz* RabelsZ 50 (1986), 1, 12.

¹⁰⁶ So aber die damals h.M. s. *Scholz*, Anmerkung zu AP § 611a Nr. 5 und 6; *Wiese* JuS 1990, 357 ff.; *Erman/Ehmann*, BGB, 9. Aufl., 1993, Anh. zu § 12 Rdn. 372 ff.; *Erman/Hanau*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 611a Rdn. 16; zweifelnd auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II, Bd. 2, 13. Aufl. 1994, S. 502; *Herrmann* ZfA 1996, 19, 44 ff.; *Adomeit* NJW 1996, 1710, 1712; für einen immateriellen Schadenersatzanspruch über § 823 Abs. 1, 847 BGB dagegen bereits *BAGE* 61, 209 = JZ 1991, 43 = NJW 1990, 67; dem *BAG*-Urteil zustimmend *Beyer/Möllers* JZ 1991, 24, 28 ff.; *Iglesias/Riechenberg*, in: FS Everling, 1995, S. 1213, 1217.

¹⁰⁷ *EuGH*, 10.4. 1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 = NJW 1984, 2021 – von Colson und Kamann; *EuGH*, 10.4. 1984 – Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921 = DB 1984, 1042 – Harz; *EuGH*, 22.4. 1997 – Rs. C-180/95, Slg. I-1997, 2195 = JZ 1997, 1172 (*Hergenröder*) = NJW 1997, 1839 – *Drachmpaehl*; hierzu ausführlich *Möllers* EuR 1998, 20, 41 ff.

¹⁰⁸ *Dieterich* NZA 1996, 673, 678 ff. „Verständigungsprobleme“; *Junker* NJW 1994, 2527 f.; dagegen *Zuleeg* RdA 1996, 71 ff.

¹⁰⁹ Überweisungsgesetz v. 14. 8. 1999, BGBl. I, S. 1642.

¹¹⁰ Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen v. 30. 3. 2000, BGBl. I, 330. Hierzu beispielsweise *Möllers* WM 2000, 2284 ff.

also alle Bürger. Hervorzuheben ist auch, dass bei Erlass des Gesetzes die Zahlungsverzugs-RiL auf europäischer Ebene noch gar nicht verabschiedet war.

Im BGB hat der Gesetzgeber die Umsetzung der Fernabsatz-RiL durch das *Fernabsatzgesetz* zum Anlass genommen, verbraucherschützende Normen aufzunehmen: Zu nennen sind § 241 a (Lieferung unbestellter Sachen), § 661 a (Gewinnzusagen), § 676 h (Missbrauch von Zahlungskarten) BGB. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber eine Reihe von Begriffen allgemein geregelt, wie den Begriff des Verbrauchers und des Unternehmers nach §§ 13 und 14 BGB sowie das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen gem. § 361 a BGB und das Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen gem. § 361 b BGB.

bb) In wenigen Monaten hatte das Bundesministerium der Justiz einen Diskussionsentwurf, eine konsolidierte Fassung und einen Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes veröffentlicht¹¹¹. Der Bundesrat hatte über 100 Änderungswünsche vorgeschlagen¹¹², die weitgehend berücksichtigt wurden. Nach den Lesungen im Bundestag und Bundesrat¹¹³ ist das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz inzwischen im Bundesgesetzblatt¹¹⁴ veröffentlicht worden. Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz werden nicht nur die *Verbrauchsgüterkaufs-*, *Zahlungsverzugs-* und *E-Commerce-RiL* umgesetzt, sondern darüber hinaus weite Teile des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts neu geregelt, wie beispielsweise das Verjährungs-, das Leistungsstörungen- und das Werkvertragsrecht. Vor allem werden die Sondergesetze in das BGB integriert, wie beispielsweise das AGBG, das HWiG, das VerbrKrG, das FernAbsG und das TzWrG.

cc) Ein Referentenentwurf der Bundesregierung sieht inzwischen auch eine „Modernisierung des Schadensrechts“ vor. Neben einem Schmerzensgeldanspruch im Vertragsrecht und im Rahmen der Gefährdungshaftung¹¹⁵ sollen eine Beweiserleichterung und ein Auskunftsanspruch im Arzneimittelgesetz (AMG) dem Kläger bei der Durchsetzung seines Anspruchs helfen¹¹⁶.

2. Risiken des neuen Weges bei der Gesetzgebung

a) Redaktionsversehen, Fehler, sprachliche Schlampereien

Je größer der Regelungsumfang ist, desto größer ist die Gefahr, dass die neuen Regelungen mit dem bisherigen Konzept

nicht abgestimmt sind. In der Literatur wurden das Überweisungsgesetz¹¹⁷, das Zahlungsverzugsgesetz¹¹⁸, und das Fernabsatzgesetz¹¹⁹ kritisch aufgenommen. Besonders verunglückt ist § 284 Abs. 3 BGB, der statt der gewünschten Zahlungsbeschleunigung dem Gläubiger nun verwehrt, innerhalb der ersten 30 Tage seinen Zahlungsanspruch durchzusetzen¹²⁰.

Der Schnellschuss als Bild wenig durchdachten Handelns drängt sich geradezu auf. Diesen Vorwurf musste sich gerade auch der Diskussionsentwurf vom August 2000 gefallen lassen¹²¹. Das Bundesministerium der Justiz hat reagiert und am 6. 3. 2001 eine konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs veröffentlicht. Auf einer Sondertagung der deutschen Zivilrechtslehrer im März 2001 in Berlin wurde die konsolidierte Fassung als Verbesserung zwar überwiegend begrüßt, aber weiterhin Abstimmungsbedarf gesehen¹²². Verbesserungsbedarf wurde nicht nur bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RiL¹²³ oder der Zahlungsverzugs-RiL¹²⁴, sondern auch im Leistungsstörungenrecht¹²⁵, bei Fragen der Minderung¹²⁶ und der Verjährung¹²⁷ angemahnt. Pointiert

117 *Ehmann/Hadding* WM-Sonderbeilage 3/1999; *Einsle* JZ 2000, 9, 13; *Jakobs* JZ 2000, 641 ff.

118 *Möllers* WM 2000, 2284, 2295: „Symbolgesetzgebung“; *Stapenhorst* DB 2000, 909, 915: „Man sieht dem Gesetz an, dass es nicht in jeder Hinsicht zu Ende gedacht wurde“; ähnlich *Huber* JZ 2000, 743, 750: „Man kann sich des Eindrucks nicht verwehren, daß der ganze Beratungsprozeß irgendwie entgleist ist. Das liegt vielleicht doch daran, daß man schon im Ausgangspunkt nicht gründlich und genau genug nachgedacht hat.“; *Herstel* ZNotP 2000, 130, 131, 136: „kurze Lebensdauer“ und „mit heißer Nadel gestrickt“; *Fabis* ZIP 2000, 865, 868: „über sein Ziel hinausgeschossen“ und „zu unangemessenen und praxisfernen Ergebnissen“; *drastischer Brambring* DNotZ 2000, 245, 246 f.: „Wer sich vertragstreu verhält, wird zum Deppen erklärt“; Institut für Finanzdienstleistungen VuR 2000, 166: „Etikettenschwindel“; *Volmer* ZFIR 2000, 421, 422, 425: „Grundlagenfehler, den ich bei keinem Jurastudenten mittleren Semesters durchgehe ließe“ sowie „PR-Gag des Gesetzgebers“; *Ernst* ZEuP 2000, 767, 769: „unendlich verunglückt und zweckwidrig“; *Krebs* DB 2000, 1647, 1698 f., 1707: „rechtspolitisch nicht überzeugende, weder in sich noch in Bezug auf das Gesamtsystem stimmige Neuregelung“; *Korbion* MDR 2000, 802, 805: „entscheidende rechtssystematische Fehler und Unausgewogenheiten, die geradezu nach einer Nachbesserung rufen“ und nochmals *Huber* JZ 2000, 957, 966: „Gleichgültigkeit, Oberflächlichkeit und Überheblichkeit, mit der man in den Gesetzgebungsverfahren das geltende Recht behandelt hat.“

119 *Flume* ZIP 2000, 1427 ff.; *Hensen* ZIP 2000, 1151 ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 88), § 13 Rdn. 1, 4; *H. Roth* JZ 2000, 1013 ff.; *Lüke* JuS 2000, 1139; a.A. dagegen die Einschätzung von *St. Lorenz* JuS 2000, 833, 843 („Bravo“).

120 Der Schuldner muss seine Rechnung im Wirtshaus nicht mehr bezahlen, sondern kann um Zusendung der Rechnung bitten, um sich dann nochmals 30 Tage Zeit zu lassen. S. die Nachweise in Fn. 118.

121 S. die Beiträge in *Ernst/Zimmermann* (Fn. 55) (Regensburger Tagung); Vorabdrucke durch *Dauner-Lieb* JZ 2001, 8 ff.; *Honsell* JZ 2001, 18 ff.; *Zimmermann* JZ 2001, 171 ff.; *Schulze/Schulte-Nölke*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, 2001 (Münsteraner Tagung); Vorabdruck durch *Eidenmüller* JZ 2001, 283 ff.

122 S. Berliner Sondertagung der Zivilrechtslehrer (die Beiträge von *W.H. Roth*, *Ulmer*, *Canaris*, *Westermann*, *H. Roth*, *Leenen* sind abgedruckt in: JZ 2001, 473–560. Besonders dezidiert die Kritik zur konsolidierten Fassung von *Dauner-Lieb* unter www.dauner-lieb.de.

123 Zum Diskussionsentwurf s. *Honsell* JZ 2001, 278, 281; *Gsell* JZ 2001, 65 ff.; *Dauner-Lieb* (Fn. 122), S. 77 ff.; zum Regierungsentwurf s. *Jorden/Lehmann* JZ 2001, 952 ff.

124 So wurde beispielsweise Art. 3 Abs. 1 lit. b) ii der RiL bisher nicht umgesetzt, s. *Möllers* WM 2000, 2284, 2295; *Huber* JZ 2000, 957, 959, 965 f.; *Dauner-Lieb* (Fn. 122) S. 38, a.A. dagegen *Heinrichs* BB 2001, 157, 159, 161. Auch die Problematik der Beitreibungskosten (Art. 3 Abs. 1 lit. e) wurde bisher nicht geregelt, s. *Möllers* WM 2000, 2284, 2295; *Gsell* JZ 2000, 1861, 1867; a.A. *Heinrichs* BB 2001, 157, 164.

125 *Huber* ZIP 2000, 2273 ff.; *Ernst* ZRP 2001, 1, 8 ff.; *Wilhelm/Deeg* JZ 2001, 223 ff.; *Motsch* JZ 2001, 428 ff.; *Grunewald* JZ 2001, 433 ff.; *Schapp* JZ 2001, 583 ff.; *Stoll* JZ 2001, 589 ff.; *Wilhelm* JZ 2001, 861, 866 ff.; *Altmeyden* DB 2001, 1131 ff.; *Knüttel* NJW 2001, 2519 ff.; das neue Leistungsstörungenrecht verteidigend dagegen *Anders* ZIP 2001, 184 ff.; *Canaris* ZRP 2001, 329 ff.; *Canaris* DB 2001, 1815 ff.; *St. Lorenz* JZ 2001, 743 f.

126 *Honsell* JZ 2001, 278, 281; *Gaier* ZRP 2001, 336 ff.

111 Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 4. 8. 2000. Der Diskussionsentwurf ist abgedruckt bei *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.) (Fn. 121), S. 613 ff.; Konsolidierte Fassung v. 6. 3. 2001. Regierungsentwurf v. 11. 5. 2001, BT-Drs. 338/01 = Fraktionsentwurf v. 14. 5. 2001, BT-Drs. 14/6040. Alle Fassungen sind abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de> sowie unter <http://www.thomas-moellers.de>.

112 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 31. 8. 2001, BR-Drs. 338/01. S. auch Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses v. 9. 10. 2001, BT-Drs. 14/7052.

113 Beschluss des Bundestages v. 11. 10. 2001 und des Bundesrates v. 9. 11. 2001, BR-Drs. 819/01.

114 BGBl. I v. 29. 11. 2001, S. 3138 ff.

115 Ein geplanter § 253 Abs. 2 BGB-E lautet: „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden, wenn 1. die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt wurde oder 2. der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist.“

116 Gesetzentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, BT-Dr. 13/10435 v. 9. 11. 2000, Referentenentwurf v. 19. 2. 2001, Gesetzentwurf v. 24. 9. 2001; abzurufen unter (Fn. 113). S. hierzu auch die Beschlüsse des 62. DJT NJW 1999, 117; *Elsner* ZfS 2000, 233.

formulierte *Konzen* auf der Berliner Sondertagung der Zivilrechtslehrer im März 2001: „Windscheid und die verschiedenen Kommissionen haben für das BGB mehr als 20 Jahre gebraucht, wie können wir dies in drei Monaten hinkriegen?“¹²⁸

Allerdings zeigt sich das Bundesjustizministerium kooperativ (und lernfähig). Das Gesetzgebungsverfahren ist genutzt worden, um Fehler bestehender Gesetze auszumerzen. Das gilt sowohl für das nationale wie auch das auf europäischer Grundlage beruhende Recht. Erfreulicherweise ist der missglückte § 284 Abs. 3 BGB („abweichend“) in dem Regierungsentwurf inzwischen korrigiert worden, so dass damit die gewünschte Zahlungsbeschleunigung durch die automatische Mahnung neben der sofort möglichen Mahnung auch erreicht werden kann. Das europäische Transparenzgebot für allgemeine Geschäftsbedingungen, das bisher in dem AGBG fehlte¹²⁹, wurde ebenfalls in dem Regierungsentwurf eingeführt¹³⁰. Das ganze Gesetzgebungsverfahren besteht damit in einem intensiven Lern- und Korrekturprozess¹³¹.

b) Das Vorpreschen des nationalen Gesetzgebers

Risiken bestehen auch, wenn ein Mitgliedstaat ein Gesetz zu einer bestimmten Rechtsmaterie verabschiedet, ohne dass auf europäischer Ebene bereits eine endgültig verabschiedete Richtlinie existiert, die umgesetzt werden müsste¹³². Beispiele sind das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und der damalige Richtlinienentwurf über Zahlungsverzug im Handelsverkehr, das Wertpapier- und Übernahmegesetz (WpÜG) mit dem Diskussions-¹³³, Referenten-¹³⁴ und Gesetzesentwurf¹³⁵ sowie der im Juli 2000 im Europäischen Parlament gescheiterte Entwurf einer Take-over-RiL¹³⁶. Ein solches Vorgehen ist gemeinschaftsrechtlich per se nicht rechtswidrig, weil ein Richtlinienentwurf, solange er noch nicht als Richtlinie erlassen ist, mangels Rechtsverbindlichkeit keine Sperrwirkung entfaltet. Dieses Vorpreschen hat jedoch zwei Nachteile. Es beeinträchtigt zum einen die Rechtssicherheit, da nach kurzer Zeit das nationale Recht möglicherweise ein zweites Mal mit dem europäischen Recht abgestimmt werden muss. Dann besteht die Gefahr, dass der nationale Gesetzgeber sein einmal erlassenes Gesetz nicht hinreichend nachbessert, so dass dann die komplexen Pro-

bleme der richtlinienkonformen Auslegung¹³⁷ auftreten. Der *EuGH* hat jüngst betont, dass eine Rechtsfortbildung gegen den Wortlaut des Gesetzes dauerhaft europäisches Recht nicht umsetzen kann, weil eine solche Rechtsfortbildung nationaler Gerichte nicht bestimmt und klar gewährleistet, dass der Bürger von seinen Rechten Kenntnis erlangen kann¹³⁸. Damit kann die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung das unzureichend erlassene Gesetz nicht dauerhaft heilen. Zum anderen führt eine vorauseilende Gesetzgebung zu der Frage, in welchem Umfang „überschießendes“ Recht europäisch ausgelegt werden muss¹³⁹, soweit das nationale Recht weiter geht als die Vorgaben des europäischen Rechts.

Allerdings kann das Vorpreschen des nationalen Gesetzgebers sinnvoll sein, wenn ein solcher Modernisierungsschub sowohl systematische (3.) als auch inhaltliche (4.) Vorteile mit sich bringt.

3. Chancen eines Gesamtkonzepts

a) Vereinfachung des Rechts

An anderer Stelle wurde ein Gesamtkonzept gefordert, um einfacheres und klareres Recht zu schaffen¹⁴⁰. Schon die Einführung verschiedener Normen durch das FernAbsG im Jahre 2000 brachte eine Reihe von Vorteilen. Dabei wurde deutlich, dass der Gesetzgeber über die europäischen Vorgaben hinausgeht: So wurde mit § 13 BGB ein einheitlicher Verbraucherbegriff geschaffen, den es so im europäischen Recht nicht gibt¹⁴¹. Auch die deutschen Regeln zum Zahlungsverzug gehen über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus¹⁴², die nur für den Geschäftsverkehr gilt. Schließlich vereinheitlicht das Widerrufsrecht des § 361 a BGB das frühere fast schon chaotische Durcheinander der Widerrufsfristen¹⁴³. Mit diesen ersten Ansätzen geht der Gesetzgeber über die vorhin kritisierte punktuelle Gesetzgebung deutlich hinaus. Die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts war der Nährboden für die *begriffliche Strenge und logische Abstraktion* des BGB. Es ist erfreulich, wenn sich auch der Gesetzgeber des 21. Jahrhunderts darum bemüht.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz *vereinfacht* das Recht. Positiv hervorzuheben ist die Verkürzung und Vereinheitlichung der Verjährungsregeln; viele Standardprobleme werden damit obsolet. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geht noch über die Vorgaben der Richtlinien hinaus und weist damit deutlich in die Zukunft. Über die europäischen Vorgaben hinaus greift im Leistungsstörungenrecht der gemeinsame Tatbestand der Pflichtverletzung die Ansätze des UN-Kaufrechts¹⁴⁴ und der Schuldrechtskom-

127 Ernst ZRP 2001, 1, 2ff.; Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst JZ 2001, 684 ff.; Foerste ZRP 2001, 342 ff.; Egermann ZRP 2001, 343 ff.; Eidenmüller (Fn. 111).

128 So *Konzen* auf der Sondertagung der Vereinigung der Zivilrechtslehrer, SZ v. 2.4. 2001, S. 4. Zur Geschichte des BGB s. *Staudinger/Coing*, BGB, 13. Aufl. 1995, Einl. BGB, Rdn. 74 ff.; *Schulte-Nölke* NJW 1996, 1705 ff.

129 S. oben Fn. 88.

130 Wenngleich § 307 Abs. 3 BGB-GE sprachlich sich nur nach mehrmaligem Lesen erschließen lässt; s. auch Begr. S. 353.

131 S. oben Fn. 111 ff. Das räumt jetzt auch *Canaris* gegenüber der konsolidierten Fassung ein, *Canaris* ZRP 2001, 329 ff.; deutlich weniger kompromissbereit war dagegen seine Position auf der Berliner Zivilrechtlersontertagung.

132 Es mag zwar Richtlinien im Entwurfsstadium geben; diese haben aber noch keinerlei Bindungswirkung, weil sie noch nicht verabschiedet sind. Hierzu bereits *Möllers* WM 2000, 2284, 2293 f.

133 v. 29. 6. 2000; hierzu *Pötsch/Möller* WM 2000, Beil. 2, 1 ff.

134 v. 12. 3. 2001.

135 Entwurf eines „Gesetzes zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen“ v. 11. 7. 2001; hierzu *Zinser* ZRP 2001, 363 ff. Die Entwürfe sind abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de> und <http://www.thomasmoellers.de>

136 Vorschlag einer RiL über Übernahmeangebote (13. RiL) v. 7. 2. 1996, ABl. Nr. C 96, 162, 5 = KOM (96) 655 endg. = BR-Dr 162/96 sowie v. 10. 11. 1997, KOM (97), 565 endg. = ZIP 1997, 2172.

137 Neben den Entscheidungen in Fn. 107 noch *EuGH*, 13. 11. 1990 – Rs. 106/89, Slg. 1990, I-4135 – *Marleasing*. S. *Möllers* EuR 1998, 20, 44 ff.; *Grundmann* (Fn. 3), § 3 Rdn. 153 ff.; *Schulze* (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts*, 1999.

138 *EuGH*, 9. 9. 1999 – Rs. C-217/97, Slg. I-5087 = NVwZ 1999, 1209 Tz. 34 – Kommission/Deutschland; *EuGH*, 10. 5. 2001 – Rs. C-144/99, Slg. 2001, I-3541 = NJW 2001, 2244 Tz. 21 – Kommission/Niederlande.

139 Zur Problematik, ob das überschießende Recht auch den europäischen Vorgaben folgt, s. *Habersack/Mayer* JZ 1999, 913 ff.; *Schulze*, in: *Schulze* (Fn. 137), S. 9, 17 ff.; *Hommelhoff*, in: FS 50 Jahre BGB, Bd. 2, 2000, S. 889, 913 ff.

140 *Möllers* (Fn. 3), S. 60; *Möllers* 48 Am.J.Comp.L. 679, 699 (2000).

141 Hierzu *Faber* ZEuP 1998, 854 ff.; *Pfeiffer*, in: *Schulte-Nölke/Schulze* (Fn. 89), S. 21 ff.

142 Positive Bewertung durch *Möllers* WM 2000, 2284, 2294 f.; *Heinrichs* BB 2001, 157, 161; *Gsell* ZIP 2000, 1861, 1867; kritisch dagegen *Huber* JZ 2000, 957, 965; *Dauner-Lieb* (Fn. 122).

143 So die Formulierung von *Palandt/Heinrichs* (Fn. 88), § 361 a Rdn. 3.

144 Zu dem Begriff der „Nichterfüllung“ nach Art. 45 UN-Kaufrecht, s. *Schlechtriem/Schwenzler* (Hrsg.), *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3. Aufl. 2000.

mission¹⁴⁵ auf. Grundsätzlich wird damit eine Schadenersatzpflicht bei Unmöglichkeit, Verzug, Verschulden bei Vertragsverhandlungen und positiver Forderungsverletzung kodifiziert.

b) Kodifikation von Richterrecht

Der *EuGH* hat in zahlreichen Urteilen angemahnt, dass Richtlinien klar und eindeutig umzusetzen sind, damit die Bürger von ihren Rechten Kenntnis erlangen können¹⁴⁶. Geschriebenes Recht führt in gewissem Umfang zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Die Verbrauchsgüterkauf-RiL ergänzt und modernisiert die Rechtsbehelfe bei einem Kaufmangel. Die überholten adilitischen Gewährleistungsklagen auf Minderung und Wandelung¹⁴⁷ werden um das Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsrecht sinnvoll ergänzt, da diese Rechte bisher in der Praxis schon existierten. Hilfreich ist auch die Kodifikation von Richterrecht durch das SchuldrechtsmodernisierungG, also die Einfügung der gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitute des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*), der positiven Forderungsverletzung, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und des allgemeinen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund.

c) Europäisierung der Systematik des BGB

Eine große Systematisierungsleistung besteht vor allem in der Integration der verbraucherrechtlichen Sondergesetze in das BGB. Im *Allgemeinen Teil* des BGB finden sich der Verbraucher- und Unternehmerbegriff. Im *Allgemeinen Teil des Schuldrechts* werden Vorschriften zum Verzug und zur Begründung des Vertrages aufgenommen. Damit wird die Zahlungsverzugs- und die AGB-Richtlinie umgesetzt¹⁴⁸. Mit „Besondere Vertriebsformen“ wird ein neuer Untertitel in den *Allgemeinen Teil* des Schuldrechts aufgenommen und damit das HWiG und das FernAbsG in das BGB inkorporiert sowie die E-Commerce-RiL umgesetzt¹⁴⁹. Auch das Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen wird erstmals in dem Titel 5 namentlich genannt. In den *Besonderen Teil des Schuldrechts* werden nun neben der Verkaufsgüterkauf-RiL das TzWrG und das VerbrKrG aufgenommen¹⁵⁰. Die Informationsverordnung als Annex zum BGB enthält umfangreiche Informationspflichten bei Fernabsatz-, Teilzeitwohnrechte- und Reiseverträgen sowie Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr und Kundeninformationspflichten von Kreditinstituten¹⁵¹. Früher waren schon die Re-

gelung zum Viehkauf und zum Reisevertrag durch entsprechende Informationsverordnungen ergänzt worden.

Mit Ausnahme des Produkthaftungs- und Sicherheitsrechts werden damit die maßgeblichen europäischen Richtlinien in das BGB integriert. Ganz ohne Zweifel wird damit das BGB in bisher nicht bekanntem Ausmaß europäisiert¹⁵². Folglich überwiegen auch die positiven Stimmen¹⁵³, selbst wenn Einzelkritik¹⁵⁴ berechtigt und notwendig erscheint.

4. Europäisierung bürgerlich-rechtlicher Rechtsprinzipien

Die Herausbildung übergreifender allgemeiner Begriffsmerkmale und die neue Systematisierung des BGB sind wichtige Schritte. Daneben ist aber die Frage zu beantworten, in welchem Umfang die europäischen Vorgaben mit den bisherigen Rechtsprinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuches übereinstimmen. Es ist also zu prüfen, ob bestimmte Rechtsfiguren Widersprüche, ja Systembrüche zu den bekannten Rechtsprinzipien darstellen oder sich die europäischen Vorgaben mit den überkommenen Rechtsgrundsätzen vereinbaren lassen.

a) Informationspflichten

Auf römisches Recht geht der Grundsatz: *Emptor curiosus esse debet* zurück¹⁵⁵. Grundsätzlich galt, dass jeder sich die für ihn wesentlichen Informationen beschaffen muss und damit grundsätzlich keine Informationspflicht der anderen Seite besteht¹⁵⁶. Der Verkäufer muss beispielsweise den Käufer nicht darüber aufklären, dass die Konkurrenz die Kaufsache billiger veräußert. Konsequenterweise finden sich im BGB bisher auch kaum Informationspflichten. Im Gegensatz dazu sehen die europäischen Richtlinien zahlreiche gesetzlich normierte Informationspflichten vor, die teilweise vorvertraglicher, teilweise vertraglicher Natur¹⁵⁷ sind. Solche Pflichten finden sich für den Verbraucherkredit-, den Reise- sowie für den Teilzeitwohnrechte- und Fernabsatzvertrag.

Dem liegt das Leitbild des mündigen, aufgeklärten Verbrauchers zugrunde¹⁵⁸, der aufgrund der ihm vorliegenden Informationen eine Entscheidung treffen kann¹⁵⁹. Ein Pros-

145 Zur Schuldrechtsreform Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992; Rolland/Medicus/Haas/Rabe NJW 1992, 2377–2400 sowie die Beschlüsse des 60. DJT NJW 1994, 3069–3083.

146 S. oben Fn. 138.

147 Zur Unterscheidung der *actio redhibitoria* (Ulp. D. 21, 1, 19, 6) und *actio quanti minoris* (Gell. 4.2, 5; Ed. D. 21, 1, 38 pr) beim Sklavenkauf s. Kaser, Römische Recht, 2. Aufl. 1971, § 131. II.4. S. 559f.; Zimmermann, Law of Obligations, 1993, S. 331; Medicus, in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1999, S. 307ff.

148 Gegen die Ansicht von Ulmer (JZ 2001, 491 ff.) erscheint auch die Integration des AGBG in das BGB sinnvoll. Denkbar wäre allerdings auch eine Regelung dieser Rechtsfragen im Allgemeinen Teil (so Pfeiffer, in: Ernst/Zimmermann [Fn. 55], S. 481, 500ff.; Wolff/Pfeiffer ZRP 2001, 303 ff.); eine Aufspaltung des Gesetzes und Integrationen bei den einzelnen Sachfragen (Dörner, in: Schulze/Schulte-Nölke [Fn. 121]) bedürfte einer eingehenden Prüfung.

149 Zu Recht hat man das HWiG und das FernAbsG, das ursprünglich im Besonderen Teil des Schuldrechts geregelt werden sollte, nun in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts gestellt, zur Kritik s. Pfeiffer, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 55), S. 481, 520.

150 Vorher waren schon die Pauschalreise-RiL und die Überweisungs-RiL umgesetzt worden, s. oben Fn. 71 und Fn. 109. Art. 8 der Verbraucherkredit-RiL war bisher schon durch § 609 a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. umgesetzt worden.

151 Gesetzliche Informationspflichten finden sich bisher schon im französischen Code de la Consommation (Loi N° 93-949 du 26 juillet 1993) mit seinem ersten Titel: „Information des consommateurs et formation des contrats“; s. Witz/Wolter ZEuP 1995, 35 ff.; Fleischer ZEuP 2001, 772, 794.

152 Gegen eine Einbeziehung des TzWrG in das BGB Pfeiffer, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 55), S. 481, 521 ff.

153 Medicus, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 55), S. 607 ff.; Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Fn. 121), S. 33 ff.; Schulze/Schulte-Nölke a.a.O. S. 3, 23 f.; Schlechtriem, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 55), S. 205 f.; Brüggemeier/Reich BB 2001, 213 ff.; W.H. Roth JZ 2001, 475, 488; St. Lorenz JZ 2001, 743 f.; Heldrich NJW 2001, 2521 ff. sowie Canaris JZ 2001, 499, 524.

154 S. oben Fn. 122 ff.

155 Der Käufer muss neugierig sein, sich insbesondere die ihm notwendigen Informationen beschaffen, Dig. 41, 3 14 pr. (Paulus).

156 Für den Erwerb von Aktien beispielsweise BGH NJW 1983, 2493, 2494; Möllers/Leisch JZ 2000, 1085.

157 S. beispielsweise Art. 3 und 4 Pauschalreise-RiL; Tonner, in: Grabitz/Hilf/Wolf (Fn. 3), A.12 Art. 3 Rdn. 23 ff. Vertiefend beispielsweise Lecheler, in: Dausen (Fn. 15), H.V. Rdn. 44 ff.

158 Die Information stellt gegenüber dem Verbot die weniger eingreifende Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG dar, s. *EuGH*, 7.3.1990 – Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667 Tz. 14 ff. = *EuZW* 1990, 222 – *INNO*; *EuGH*, 13.8.1984 – Rs. C-16/83, Slg. 1984, 1299 – *Prantl*; *Dausen*, in: *Dausen* (Fn. 15), C.I. Rdn. 155; umfassend *Niemöller*, Das Verbrauchereitbild in der Rechtsprechung des BGH und des *EuGH*, 1999, S. 168 ff. Diesem Schutz dient auch die RiL 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung v. 10.9.1984, ABl. Nr. L 250, 17, geändert durch RiL 97/55/EWG v. 6.10.1997, ABl. Nr. L 290, 18.

159 Zur Theorie des Informationsmodells s. *Danner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983.

pekt kann dem Verbraucher bei der Entscheidung helfen, ob er den Vertrag eingehen soll. Informationspflichten bei der Vertragsdurchführung dienen der Vertragstransparenz. Informationspflichten scheinen deshalb als angemessen, weil der Verbraucher die Unterkunft oder die Kaufsache bei Abschluss des Reise-, Teilzeitwohnrechte- oder Fernabsatzvertrages vorab nicht prüfen kann. Die Informationspflichten der Richtlinie sollen schließlich vor negativen Überraschungen schützen und die Vergleichbarkeit von Produkten ermöglichen. Das verdeutlicht beispielsweise Art. 4 Abs. 2 Verbraucherkredit-RiL, der die Angabe des effektiven Jahreszinses für einen Kredit verlangt. Auf diese Weise wird dem Darlehensnehmer die Gesamtbelastung klar vor Augen geführt.

Selbst wenn nordische Staaten bei der Normierung von Informationspflichten einen höheren Standard ausweisen als das deutsche Recht, so hat die *Rechtsprechung* in Deutschland inzwischen zahlreiche Informationspflichten statuiert. Solche Pflichten können nicht nur für den Gebrauchtwagen- oder den Hausverkäufer im Verhältnis zum Käufer bestehen, sondern auch für Banken im Verhältnis zu ihren Kunden. Hinter diesen Informationspflichten steht die Überlegung, dass der Informationsvorsprung der einen Seite und das Informationsdefizit der anderen Seite (das sog. Informationsgefälle) regelmäßig deshalb behoben werden muss, weil der Informationsunterlegene auf die besondere Position, die Rolle des Informationspflichtigen vertraut¹⁶⁰. Ökonomisch betrachtet ist eine Ausdehnung von Informationspflichten im Lichte der wirtschaftlichen Selbstbestimmung des Verbrauchers so lange zu fordern, wie die Transparenz zunimmt¹⁶¹. Die Grenzen des Informationsmodells werden aber dann erreicht, wenn der Verbraucher die Information nicht mehr verarbeiten kann¹⁶². De lege ferenda gilt es ein Übermaß an Informationen auf ein angemessenes Maß zurückzufahren: Statt zu vieler Einzelposten sollten vor allem die für den Verbraucher besonders relevanten Informationen hervorgehoben werden¹⁶³.

b) Vertragsbindung und -lösung

Zu den elementaren Grundsätzen der Vertragsfreiheit gehört das im Zuge der Aufklärung von *Hugo Grotius* entwickelte Prinzip, dass Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*)¹⁶⁴. Im deutschen Recht gibt es nur ganz wenige Ausnahmen, die es ermöglichen, sich vom Vertrag zu lösen, wie beispielsweise die Gestaltungsrechte der Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung¹⁶⁵.

160 Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, § 13; zustimmend MünchKomm/H. Roth, BGB, 3. Aufl. 1996, § 242 Rdn. 216; MünchKomm/Emmerich, a.a.O., vor § 275 Rdn. 81; Hopt, in: FS Gernhuber, 1993, S. 169, 186. Jüngst Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2000; Fleischer ZEuP 2001, 772 ff.

161 Drexel (Fn. 3), S. 429. Kritisch gegen dieses Informationsmodell aber Honsell JZ 2001, 278.

162 Für die Teilzeitwohnrechte-RiL Martinek, in: Grabitz/Hilf/Wolf (Fn. 3), A.13 Vorb. Rdn. 78: „Informationsbombardement“; Martinek, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 511, 522 ff.; Schäfer, in: Grundmann, a.a.O., S. 559, 566 ff. Für die Fernabsatz-RiL und die Verbraucherkredit-RiL Honsell JZ 2001, 278. Für die deliktsrechtlichen Instruktionspflichten Möllers (Fn. 8), S. 250 m.w.Nachw.

163 So ist die Angabe des effektiven Jahreszinses bei der Verbraucherkredit-RiL besonders hilfreich. Martinek, in: Grundmann (Fn. 162), S. 511, 529 fordert deshalb für Teilzeitwohnrechteverträge die Angaben des Gesamterwerbspreises sowie die jährliche Gesamtbelastung, während nach jetziger Rechtslage nur die Einzelposten angegeben werden müssen.

164 S. zu diesem Grundsatz und seinen römisch-rechtlichen Vorläufern Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, Nachdruck 1954, S. 30; Liebs, Römisches Recht, 4. Aufl. 1993, S. 259 ff. Zimmermann (Fn. 147), S. 576 ff.; rechtsvergleichende Ausführungen bei Möllers (Fn. 3), S. 30.

Im Unterschied hierzu erlauben zwar nicht alle, aber doch einige Richtlinien die Rückgängigmachung des Vertrages, wie beispielsweise die Haustürwiderrufs-, Teilzeitwohnrechte- und die Fernabsatz-RiL. § 361 a BGB sieht folglich seit 2000 auch den Widerruf einer Willenserklärung für die oben genannten Vertragstypen vor. Neu ist damit die Aufhebung des Vertrages, ohne dass der Vertragspartner, der den Widerruf erklärt, hierfür einen rechtlich relevanten Grund geltend machen muss. Fraglich ist nun, ob dies, wie behauptet wird¹⁶⁶, dem Käufer ein sachlich nicht gerechtfertigtes Recht auf Motivirrtum, ein Reuerecht, einräume, ihm also die Möglichkeit gebe, vom Vertrag ohne Grund nach eigenem Gutdünken zurücktreten zu dürfen. Wird durch das Widerrufsrecht der Fernabsatz-RiL Deutschland zu einer riesigen Bücherei, wie man in den Zeitungen lesen konnte? Auch dem Widerrufsrecht des VerbrKrG wurde vorgehalten, es widerspreche der hunderte von Jahren alten Tradition des *pacta sunt servanda*, indem es dem Verbraucher ein Recht gebe, sich auch ohne Grund vom Vertrag zu lösen¹⁶⁷. Verbraucherschutzrecht und Bürgerliches Recht würden sich damit widersprechen; es wäre also nur konsequent, das Verbraucherschutzrecht als Sonderprivatrecht zu verstehen und es durch Spezialgesetze zu regeln.

Ein Widerrufsrecht lässt sich allerdings durchaus mit dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* vereinbaren. Zum einen kann es dazu dienen, nicht ausreichend gegebene Information zu sanktionieren. Nach *Sinn und Zweck* schützt es vor einer zu frühen Vertragsbindung in besonderen Situationen, etwa einem übereilten Vertragsschluss als Folge von *Überrumpelung* beim Haustürgeschäft oder einem übereilten Vertragsschluss eines nicht in seinen Folgen überdachten¹⁶⁸ komplexen Verbraucherkredit- oder Teilzeitwohnrechtvertrages. Sinnvoll erscheint in solchen Fällen die Verlängerung der Überlegungsfrist und damit eine cooling-off-period, um die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers sicherzustellen¹⁶⁹. Wie beim Reise- oder Teilzeitwohnrechtvertrag kann der Verbraucher beim Fernabsatzgeschäft die Sache nicht vorher prüfen. Deshalb ist auch hier ein Widerrufsrecht angemessen, da es dem Verbraucher die Überlegungsfrist gibt, um nun entsprechend informiert, sich für oder gegen das Produkt zu entscheiden¹⁷⁰. Schließlich sind erneute Verpackungskosten zurückgegebener Waren nun einmal der Preis dafür, dass der Fernabsatzverkäufer darauf verzichtet, die Sache dem Käufer zu präsentieren und damit die Mietkosten des Ladengeschäftes und gegebenenfalls Lagerhaltungskosten spart. Missbrauchsmöglichkeiten auf Seiten des Käufers werden auch dadurch abgemildert, dass dieser die Rücktransportkosten der Kaufsache zu tragen hat¹⁷¹.

Daneben finden sich auch *systematische* und *historische* Argumente für einen solchen Widerruf. Gesetzliche Wider-

165 Schon der Motivirrtum oder der verdeckte Kalkulationsirrtum berechtigen nicht mehr zur Anfechtung der Willenserklärung.

166 Schäfer, in: Grundmann (Fn. 217), S. 559, 567 für den Widerruf in der Fernabsatz-RiL. Zudem würden die mit der Rücksendung verbundenen Neuverpackungskosten die Kostenvorteile von Fernkäufen konterkarieren.

167 So beispielsweise noch Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, zum Widerrufsrecht des Abzahlungskaufs: „Das vertritt sich nur schwer mit dem Leitbild des mündigen Bürgers“.

168 Auf die Verlockungsgefahr abstellend bereits Heck, 21. DJT 1891, Bd. 2, S. 148 für den Abzahlungskauf und jetzt Canaris AcP 200 (2000), 273, 349 f.

169 S. bereits Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8. Aufl. 1997, § 39. III; Drexel (Fn. 3), S. 466 ff.; Canaris AcP 200 (2000), 273, 344 ff.; W.H. Roth JZ 2001, 475, 480 f.

170 W.H. Roth JZ 2001, 475, 481.

171 S. Art. 6 Abs. 1 S. 2 Fernabsatz-RiL, umgesetzt durch § 361 a Abs. 2 S. 3 BGB a.F.

rufsmöglichkeiten gab es bisher schon mit § 1 b Abs. 1 Abzahlungsgesetz (AbzG)¹⁷², dem Vorläufer von § 7 VerbrKrG. Das Widerrufsrecht des Verbraucherkredits beruht damit nicht (!) auf europäischen Vorgaben¹⁷³. Widerrufsrechte sehen auch § 4 FernunterrichtsschutzG, § 5 a Abs. 1 S. 1 bzw. 8 Abs. 4 VersicherungsvertragsG oder im Kapitalmarktrecht, § 11 AuslandsinvestmentG und § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vor. Die Rechtsprechung hat den freien Widerruf zwar nicht ermöglicht, aber darüber hinausgehend Bürgschaftsverträge gegenüber Angehörigen als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB und deshalb nicht rechtsverbindlich angesehen¹⁷⁴. Im Ergebnis kam es deshalb zur Rückabwicklung des Vertrages. Gerade bei der Bürgschaft als Sicherungsmittel erscheint aber das zweiwöchige Widerrufsrecht als das flexiblere und geschicktere, weil den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigende, mildere Mittel¹⁷⁵. Es sollte deshalb de lege ferenda überlegt werden, dieses Instrumentarium auch auf die Bürgschaft auszudehnen¹⁷⁶.

Der Grundsatz der Vertragsbindung (*pacta sunt servanda*) wird also nicht durchbrochen, sondern ihm wird materiell erst zur Geltung verholfen, indem man die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers ermöglicht¹⁷⁷.

c) Zwingendes und nachgebendes Recht

Die Vertragsfreiheit erlaubt den Parteien, über Gegenstand und Preis, die *essentialia negotii* eines Vertrages, zu verhandeln; sie schließt aber auch Verhandlungen über die Nebenbestimmungen eines Vertrages, die *accidentalita negotii*, wie Lieferungsfristen, Gefahrübergang oder Verjährung ein. Diese Gestaltungsfreiheit wird den Vertragsparteien genommen, wenn die Gesetznormen als zwingendes Recht formuliert sind, wie dies beispielsweise bei der Formvorschrift zum Grundstücksvertrag in § 313 BGB der Fall ist. Verbraucherschutzbestimmungen verbieten abweichende Individualbestimmungen aber nun regelmäßig nur „halbseitig“, nämlich nur, soweit sie gegenüber dem Verbraucher vereinbart wurden. Entsprechende europäische Vorgaben finden sich beispielsweise in Art. 5 Abs. 3 Pauschalreise-RiL, Art. 12 Produkthaftungs-RiL, Art. 14 Verbraucherkredit-RiL, Art. 8 Teilzeitwohnrechte-RiL, Art. 12 Fernabsatz-RiL und der Verbrauchsgüterkauf-RiL. So bestimmt Art. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RiL, dass alle Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Verbraucher unwirksam sind, welche die in der Richtlinie gewährten Rechte ausschließen oder einschränken; dies gilt unabhängig davon, ob es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualabreden handelt. Maximal darf die zweijährige Verjährungsfrist beim Kauf gebrauchter Güter auf ein Jahr reduziert werden¹⁷⁸. Dass halbzwingendes Recht des BGB durchaus bekannt ist, zeigen immerhin zahlreiche Regeln des Miet-¹⁷⁹ und des Ar-

beitnehmerschutzrechts. Auch die gesamte Regelung des Reisevertragsrechts ist nach § 651 I BGB zwingend, obwohl die Pauschalreise-RiL einen solchen zwingenden Charakter nur für die Haftungsvorschriften vorsieht.

d) Weitere Tendenzen

Schließlich scheinen noch eine Reihe weiterer Tendenzen bisherige Rechtsprinzipien des deutschen bürgerlichen Rechts aufzuweichen.

aa) Grundsätzlich muss jeder die für ihn günstigen Voraussetzungen beweisen, der Kläger trägt also die Darlegungs- und Beweislast für die ihm günstigen Voraussetzungen eines Anspruchs. Hiervon weicht beispielsweise Art. 5 Abs. 3 der Verkaufsgüterkauf-RiL ab, weil innerhalb der ersten sechs Monate nach Erwerb und Übergabe einer Ware vermutet wird, dass die Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt der Lieferung bestanden hat. Das Beweisrisiko wird damit künftig zu Lasten des Verkäufers verändert¹⁸⁰. Dies erscheint sachgerecht, weil der Verkäufer aufgrund seiner Sachkenntnis viel eher die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache nachweisen kann oder zumindest näher zum Hersteller steht, der dem Verkäufer die notwendigen Informationen beschaffen kann¹⁸¹. Auch gilt die Beweislastumkehr nicht, wenn die Vermutung mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist.

Mit einer ähnlichen Überlegung hat die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten den beklagten Unternehmer verpflichtet, darzutun, dass er eine Pflichtverletzung nicht verschuldet hatte (Beweislastumkehr bezogen auf das Verschulden). Ein Verschulden der Pflichtverletzung im Produkthaftungsrecht¹⁸² sowie bei der positiven Forderungsverletzung gemäß § 282 BGB analog¹⁸³ wird vermutet, weil der Verletzer der Pflichten seinen *Gefahren- und Verantwortungsbe- reich* besser überschauen kann.

bb) Grundsätzlich trägt jede Partei das *Insolvenzrisiko* des Vertragspartners. Dieser Grundsatz gilt generell¹⁸⁴ und hat sich beispielsweise im Bereicherungsrecht bei Dreiecks-konstellationen deutlich herausgebildet¹⁸⁵. Umgekehrt sehen dagegen europäische Richtlinien vor, dass der Verbraucher bei einer Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners geschützt wird. So verlangt beispielsweise Art. 7 der Pauschalreise-RiL, dass der Reiseveranstalter sich gegen seine eigene Insolvenz absichern muss. Im Ergebnis wird der Reisende bei der Durchführung des Vertrages geschützt. Vergleichbares gilt für den Arbeitnehmer bei einer Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers¹⁸⁶ und für Kunden bei Zahlungsunfähig-

172 Eingefügt durch 2. Novelle zum AbzG v. 15.5. 1974, BGBl. I 1169.

173 Das wird zum Teil übersehen, so z. B. Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. 1995, Rdn. 1056.

174 Zur Rechtsprechung BVerfGE 89, 214 = JZ 1994, 408 (Wiedemann) = NJW 1994, 36 (dazu Honsell, S. 565); Palandt/Heinrichs (Fn. 88), § 138 Rdn. 37 ff.

175 S. Drexel (Fn. 3), S. 451, 531; Drexel JZ 1998, 1046, 1053; jetzt auch Canaris AcP 200 (2000), 273, 345.

176 Eine entsprechende Anwendung des VerbrKrG de lege ferenda fordern Drexel JZ 1998, 1046, 1053; Hasselbach JuS 1999, 329, 331 f.; Hommelhoff, in: FS 50 Jahre BGB, Bd. 2, 2000, S. 889, 905.

177 S. die Literatur in Fn. 175. Rechtshistorisch die Bindungen der Vertragsfreiheit betonend jüngst Hofer, Freiheit ohne Grenzen, 2001.

178 Die Polemik von Canaris AcP 200 (2000), 273, 362 ff., eine solche Regelung sei „ohne einleuchtenden Gerechtigkeitsgrund“ ist aus Platzgründen an anderer Stelle zu widerlegen.

179 Zu nennen sind beispielsweise §§ 536 Abs. 4, 551 Abs. 4, 556 Abs. 4, 556a Abs. 3, 556b Abs. 1 S. 2, 557 Abs. 4 BGB.

180 Nach bisherigem Recht lag ab Übergabe der Sache die Beweislast für den Mangel beim Käufer, Palandt/Putzo (Fn. 88), § 459 Rdn. 51 f. A.A. die Einschätzung von Schmidt-Räntsch ZEuP 1999, 294, 296, der keine große Rechtsänderung erkennt, weil seiner Ansicht nach bisher schon die Grundsätze des Anscheinsbeweises eingriffen.

181 Schmidt-Räntsch ZEuP 1999, 294, 296; Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Fn. 52), S. 27, 40 f.; a.A. dagegen Ebmann/Rust JZ 1999, 853, 857: „Billigkeitsentscheidung nach dem Motto: die arme alte Frau hat immer recht“; ihnen folgend Honsell JZ 2001, 278, 280. Nicht durchdacht wurde bisher, ob die Beweislastumkehr im Gewährleistungsrecht sich auch auf die Beweislast bzgl. des Fehlers im Produkthaftungsrecht auswirkt.

182 S. oben Fn. 31. Ausführlich zu den Rechtsgründen für Beweiserleichterungen s. Möllers (Fn. 8), § 4. III., S. 117 ff.

183 S. statt aller Palandt/Putzo (Fn. 88), § 282 Rdn. 6 ff.

184 Zum Telos des § 255 BGB, dass das Liquidationsrisiko eines anderweitigen Anspruchs der Schädiger tragen soll, s. Staudinger/Selb, BGB, 13. Bearb. 1995, § 255 Rdn. 3.

185 Siehe Lorenz/Canaris (Fn. 106), S. 204 f.

186 RiL 80/987/EWG v. 20.10. 1980 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. Nr. L 283, 23.

keit von Banken oder Wertpapierfirmen bis zu einem Betrag von € 20.000¹⁸⁷.

Während es in Deutschland bei Bankeninsolvenzen überwiegend ein entsprechendes Sicherungssystem¹⁸⁸ gab, ist der Schutz gegenüber der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers¹⁸⁹ bzw. des Reiseveranstalters weitgehend neu¹⁹⁰. Eine solche Lösung ist durchaus angemessen, da üblicherweise der Bankkunde mit seiner Einlage und der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitskraft vorleistet und auch vom Reisenden¹⁹¹ regelmäßig eine Vorausleistung verlangt wird. Der Schutz vor Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners will damit nur die von Reisenden, Arbeitnehmern oder Kunden bereits erbrachte eigene Leistung absichern.

cc) Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde das Vertragsrecht modernisiert. In einem zweiten Schritt könnte man dann daran denken, auch das Deliktsrecht zu modernisieren. Inhaltlich müsste man dazu das Dogma der „Zweispurigkeit von Gefährdungs- und Verschuldenshaftung“¹⁹² überwinden, das heute von der herrschenden Ansicht wohl als überholt angesehen wird¹⁹³. Weil das österreichische ProdukthaftungsG mit einem Hinweis auf die allgemeinen Normen Schmerzensgeld zulässt, sind bis zum Jahre 2000 schon 25 höchstinstanzliche Entscheidungen zum ProdukthaftungsG ergangen¹⁹⁴. Der Regierungsentwurf, der auch für die Gefährdungshaftung Schmerzensgeld vorsieht¹⁹⁵, weist in die richtige Richtung für eine solche „Mehrspurigkeit des Deliktsrechts“; vielleicht könnte das deutsche ProdHaftG dann eine späte Anerkennung erfahren¹⁹⁶. Formal wäre daran zu denken, auch die Produkthaftungs-RiL bzw. das ProdHaftG in das BGB zu integrieren, wie dies beispielsweise die Niederlande¹⁹⁷ und Frankreich¹⁹⁸ vorgeführt haben.

Interessanterweise findet sich die gerade beschriebene „Europäisierung der deutschen Rechtsinstitute“ bereits in den Vorgaben des Art. 153 Abs. 1 EG: Verbraucherschutz wird formuliert als Beitrag zum „Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information (...)“.

187 Einlagensicherungs-RiL 94/19/EWG v. 30. 5. 1994, ABl. Nr. L 135, 5. Eine Klage gegen diese RiL wurde vom *EuGH* abgewiesen, *EuGH*, 13. 3. 1997 – Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405 = ZIP 1997, 1016. Die Anlegerentschädigungssystem-RiL 97/9/EG v. 3. 3. 1997, ABl. Nr. L 84, 22 erweitert den Anwendungsbereich auf Wertpapierfirmen.

188 Durch die Gewährträgerhaftung bzw. die freiwillige Beteiligung an einem Einlagensicherungssystem. Lücken wurden geschlossen durch das Einlagensicherungs- und AnlegerentschädigungsG v. 16. 7. 1998, BGBl. I 45. S. Fischer, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg.), Bankrechtshandbuch, 2. Aufl. 2001, § 133 Rdn. 24 ff.

189 Sozialgesetzbuch III § 183 ff. *Ch. Weber*, EAS, B 3300.

190 Deutschland war der einzige Mitgliedstaat ohne Insolvenzabsicherungspflicht des Reiseveranstalters, *Tonner*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.12 Art. 7 Rdn. 3.

191 *Tonner*, in: *Grabitz/Hilf/Wolf* (Fn. 3), A.12 Art. 7 Rdn. 2; zur Rechtsprechung, die den Reisenden vorher schon schützte, s. *BGHZ* 100, 157 = *JZ* 1987, 767 (dazu *Teichmann*, S. 751) = *NJW* 1987, 1931.

192 *Esser* *JZ* 1953, 129 ff.

193 S. die Nachweise bei *Möllers*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, S. 114; weiterführend *Jansen* *ZEuP* 2001, 30, 54.

194 Instrukтив der Überblick von *Posch* *ZEuP* 2001, 595 m.w.Nachw.

195 S. oben Fn. 115 f.

196 Ein nationaler Schmerzensgeldanspruch ist möglich, auch wenn dies die Produkthaftungs-RiL nicht vorsieht, weil strengeres nationales Recht zulässig ist.

197 Art. 6: 185–193 BW.

198 Art. 1386–1 – 1386–18 cc. wurden eingeführt durch *Loi N° 98–389* du 19. 5. 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O. N°117* v. 21. 5. 1998, S. 7744; im Vereinigten Königreich regelt der Consumer Protection Act (1987) sowohl die Produkthaftung als auch die Produktsicherheit.

III. Ausblick

1. Initiativen¹⁹⁹

Bereits vor 15 Jahren hat das Europäische Parlament die Ausarbeitung eines Europäischen Zivilgesetzbuches initiiert²⁰⁰. Von der Lando-Kommission wurden in der Zwischenzeit die *Principles of European Contract Law*²⁰¹ erarbeitet, die – ähnlich wie die US-amerikanischen Restatements – keine präzisen Kodifikationen, sondern vielmehr Prinzipien eines Europäischen Vertragsrechts entwerfen wollen²⁰². Die weiteren Bemühungen gehen dahin, diese Prinzipien nun zu einer Kodifikation zu formulieren²⁰³. Die *Principles of International Contract Law* der UNIDROIT²⁰⁴ stimmen weitgehend mit den Ergebnissen der Lando-Kommission überein. Zu erwähnen ist weiterhin das *Common Core-Projekt* nach *Schlesinger*²⁰⁵, das jährlich in Trento tagt²⁰⁶, die Initiative der Akademie in Pavia²⁰⁷ und die neu ins Leben gerufene Gesellschaft für Europäisches Schuldvertragsrecht²⁰⁸.

Inzwischen gibt es schon eine Reihe von imponierenden Einzeluntersuchungen, wie die Lehrbücher von *Kötz*²⁰⁹ und *Ranieri*²¹⁰ oder die Werke von *Reich*²¹¹ oder *Grundmann*²¹². Auch im Deliktsrecht existieren umfangreiche rechtsvergleichende Untersuchungen von *Brüggeheimer*²¹³, *von Bar*²¹⁴ und anderen²¹⁵. Nach anfänglichem Zögern hat die Europäische Kommission inzwischen in sechs europäischen Ländern ein

199 S. hierzu beispielsweise die Überblicke von *Berger* *JZ* 1999, 369 ff.; *Hondius* 8 *Eur.Rev.Priv.L.* 385 ff (2000); *Kramer*, in: Vorträge der Aeneas-Silvius-Stiftung an der Universität Basel, 2001; *Schulze/Schulte-Nölke* (Fn. 121), S. 3, 5 ff.

200 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 26. 5. 1989, ABl. Nr. C 158, S. 400 = *RabelsZ* 56 (1992), 320 = *ZEuP* 1993, 613 ff. sowie Entschließung des Europäischen Parlaments v. 6. 5. 1994, ABl. C 205, 518 = *ZEuP* 1995, 669 = *EuZW* 1994, 612.

201 *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Part I und Part 2, 2000 übersetzt in: *ZEuP* 2000, 675 ff. = *Schulze/Zimmermann* (Fn. 5), III.10; zu finden auch unter <http://www.jura.uni-augsburg.de/moellers>.

202 Zur Aufgabe der Lando-Kommission s. *Lando* 31 *Am.J.Comp.L.* 653 ff. (1983); *Lando* *RabelsZ* 56 (1992) 261 ff.; *Beale*, in: *Weick* (Hrsg.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, 1993, S. 177 ff.; *Remien* *ZvglRWiss.* 87 (1988), 105 ff.; *Drobnig*, in: *FS Steindorff*, 1990, S. 1141 ff.; *Basedow* 33 *CMLRev.* 1169 ff. (1996).

203 *Hartkamp/Hesslink* et al., Towards a European Civil Code, 1994 /2nd ed. 1998.

204 Unidroit, International Institute for the Unification of Private Law (ed.), Principles of International Commercial Contracts, 1994, übersetzt in: *IPRax* 1997, 205 ff. = *ZEuP* 1997, 890 ff. = *Schulze/Zimmermann* (Fn. 5), III.15; hierzu *Hartkamp* 2 *Eur.Rev.Priv.L.* 341 ff. (1994); *Zimmermann* *JZ* 1995, 477 ff.

205 *Bussani/Mattei* 3 *Columbia J.Eur.L.* 339 ff. (1997); s. <http://www.jus.unitt.it/dsg/common-core>.

206 Ein erster Band ist veröffentlicht, weitere folgen in Kürze: *Zimmermann/Whittaker* (eds.), Good Faith in European Contract Law, 2000; s. auch das Common Core-Projekt von *Hinteregger*, Environmental Liability and Ecological Damage.

207 *Accademia dei giurprivatisti europei* (ed.), Code européen des contrats, 1999; hierzu *Gandolfi* *Rev. trimestrielle de droit civil* 1992, 707 ff.; vgl. auch *Sturm* *JZ* 2001, 1097 ff.; *Sonnenberger* *RIW* 2001, 409 ff..

208 *Grundmann/Hirsch* *NJW* 2001, 2687; <http://www.secola.de>.

209 *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. 1, 1996.

210 *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 1999.

211 *Reich* (Fn. 3).

212 *Grundmann* (Fn. 3).

213 *Brüggeheimer*, Prinzipien des Haftungsrechts: eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, 1999.

214 *von Bar* (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, 1993/1994; *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 2. Bde., 1996/1999.

215 *van Gerven* et al., Tort Law. Scope of Protection, 1998; *Kozioł* (ed.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, 1998; *Spier* (ed.), The Limits of Expanding Liability, 1998. S. auch *Hobloch* *ZEuP* 1994, 408 ff.; *Robe* *AcP* 201 (2001), 117 ff.

Forschungsprojekt bewilligt, um auf dem Wege zu einem europäischen Gesetzbuch *Common Principles of European Private Law* auszuarbeiten²¹⁶. In einem zweiten Schritt wird es dann erforderlich sein, die verschiedenen Initiativen zu *vernetzen*²¹⁷. Auch die EG hat dazu aufgerufen²¹⁸.

2. Probleme

a) Kompetenzen

Ob ein europäisches Zivilgesetzbuch zur Zeit sinnvoll erscheint, ist umstritten; die Anzahl der Anhänger wächst²¹⁹, für viele erscheint es noch unvorstellbar, dass ein Europäisches Zivilgesetzbuch die nationalen Gesetzbücher der europäischen Staaten ablöst²²⁰. Denkbar ist, dass ein Europäisches Zivilgesetzbuch in naher Zukunft nicht Gesetz, sondern bestenfalls *soft law* bilden wird²²¹, vergleichbar mit den *Restatements of Law* des American Law Institute²²². Das hätte allerdings den Nachteil, dass solche Regelungen wohl nur bedingt Beachtung fänden.

Inzwischen nehmen die Entscheidungen zu, in denen der *EuGH* die Kompetenz der EG zum Erlass bestimmter Rechtsakte verneint²²³. Ein Europäisches Zivilgesetzbuch wird wohl kaum über Richtlinien oder eine Verordnung erlassen werden, weil nicht alle Vorschriften eine Binnenmarktrelevanz aufweisen. Es ist deshalb zu erwarten, dass ein Europäisches Zivilgesetzbuch nur durch eine Änderung des EG-Vertrages auf einer Gipfelkonferenz verabschiedet werden könnte²²⁴. Damit ein solches Gesetzbuch aber auf breiter Basis akzeptiert wird, sind umfangreiche Vorarbeiten notwendig. Im öffentlichen Recht bildete die Europäische Grundrechtscharta²²⁵ einen vergleichbaren wichtigen Etappenschritt.

216 *Cofmann* ZEuP 1998, 379ff.; *von Bar*, in: FS Henrich, 2000, S. 1ff.; *von Bar* ZEuP 2001, 515ff. In diesem Rahmen sind bereits die ersten Werke erschienen: *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999; *Schulze* (Fn. 137).

217 Ansätze beispielsweise bei *Basedow* (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000; *Grundmann/Medicus/Rolland* (Fn. 52); *Grundmann* (Fn. 162).

218 Kommission v. 11.7. 2001, KOM (2001), 398 endg., s. http://europa.eu.int/comm/off/green/index_de.htm = ZEuP 2001, 963ff. Hierzu jetzt *Schulte-Nölke* JZ 2001, 917ff.; *von Bar* ZEuP 2001, 799ff.

219 S. vor allem *Tilmann* JZ 1991, 1023ff.; *Tilmann*, in: FS Oppenhoff, 1985, S. 497ff.; *Hondius/Storme* Eur.Rev.Priv.L. 21ff. (1993); *Basedow*, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 347, 363, *ders.* 33 CMLRev. 1169, 1182 (1996). S. auch den Newsletter *European Private Law*, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/staff/msk/newsletter>.

220 Besonders ablehnend *Legrand* 60 *Modern L.Rev.* 44ff. (1997); kritisch auch *Ulmer* JZ 1992, 1, 5; *Kötz* *RabelsZ* 56 (1992), 215ff.; *Mertens* *RabelsZ* 56 (1992), 219ff.; *Sandrock* *EWS* 1994, 1, 6; *Collins* 3 *Eur.Rev.Priv.L.* 353, 356 (1995); *Behr*, in: *Schlosser* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996, 1997, S. 203, 217; *Rittner* *EuR* 1998, 3, 17.

221 So das Meinungsbild auf dem Haager Symposium v. 28.2. 1997, „Towards a European Civil Code“ s. *Schulze* *NJW* 1997, 2742f.; *Schmidt-Kessel* JZ 1997, 1052f.; *Tilmann* ZEuP 1997, 595ff.; *Timmermans* ZEuP 1999, 1, 5. Zum *soft law* jüngst *Dreburg*, in: FS 75 Jahre MPI, 2001, S. 745ff.

222 *Kötz*, in: FS Zweigert, 1981, S. 481, 495ff.; *Gray* *RabelsZ* 50 (1986), 118ff.; *Schindler* ZEuP 1998, 277ff.; *Ebke*, in: FS Großfeld, 1999, S. 189ff.; *Ch. Schmid* JZ 2001, 674, 680.

223 *EuGH*, 15.11. 1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 = *EuZW* 1995, 210; *EuGH*, 28.3. 1996, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 = JZ 1996, 623 (*Ruffert*) = *EuZW* 1996, 307 = 2 CMLR 265 (1996) – Gutachten zum Beitritt EMRK; *EuGH*, 5.10. 2000 – Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 = JZ 2001, 32 (*Götz*) = *NJW* 2000, 3701 – *Takab-Richtlinie*.

224 *Bangemann* ZEuP 1994, 377, 378; *Sandrock* *EWS* 1994, 1, 3; *Grundmann* (Fn. 3), § 1 Rdn. 50; In der Tendenz ebenso *Martiny*, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 1999, S. 1, 15. A.A., eine jetzige Kompetenz der EG schon bejahend, *Tilmann* 5 *Eur.Rev.Priv.L.* 471 ff. (1997); differenzierend *Basedow* *AcP* 200 (2000), 445, 478, 483; bejahend für das Obligationenrecht, verneinend für ein Europäisches Zivilgesetzbuch.

225 Proklamation der Kommission, des Parlamentes und des Rates zu ei-

b) Regelungsfelder

Es entspricht auch inzwischen verbreiteter Meinung, dass die Integration über das Obligationenrecht beginnen soll, während das Sachen-, Familien- und Erbrecht nicht zu den zentralen Bereichen der Harmonisierung zählen²²⁶. Arbeitsgruppen der *Lando*-Kommission beschäftigen sich mit dem Kaufrecht und dem Recht der Dienstleistungen, den gesetzlichen Schuldverhältnissen, der Geschäftsführung ohne Auftrag, der ungerechtfertigten Bereicherung, dem Deliktsrecht, den Finanzdienstleistungen und den Kreditsicherheiten. Anhaltspunkt für das Leistungsstörungenrecht könnte das UN-Kaufrecht bilden; auch im Rahmen von Angebot und Annahme könnte man relativ problemlos auf die Vorarbeiten des UN-Kaufrechts aufbauen²²⁷ und zur Verjährung nimmt *Zimmermann* eine rechtsvergleichende Untersuchung vor²²⁸. Nicht ganz einfach ist auch die weitere Harmonisierung im Deliktsrecht, sind doch die Unterschiede hier größer als im Vertragsrecht²²⁹. Zwar besteht Einigkeit, dass bei einer rechtswidrigen und schuldhaften Verletzung von Rechtsgütern dritten Personen Schadensersatz zu leisten ist²³⁰. Ansonsten bestehen jedoch so deutliche Unterschiede in der Dogmatik und in den Wertungen²³¹, dass nur eine Neukonzeption des Deliktsrechts einen gangbaren Weg zur Rechtsharmonisierung darstellen kann. So tat sich beispielsweise der *EuGH* schwer, auf gemeinsame Grundsätze eines Verschuldens, geschweige denn eine gemeinsame Staatshaftung abzustellen²³². Ansätze können beispielsweise eine Überwindung der Trennung von Verschuldens- und Gefährdungshaftung²³³ darstellen, ebenso wie eine Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs. Würde in die Produkthaftungs-RiL bei einer künftigen Überarbeitung auch ein Schmerzensgeldanspruch einbezogen²³⁴, würde die RiL in Zukunft wohl von keinem Gericht der Mitgliedstaaten ignoriert werden können²³⁵.

3. Modernisierungsschub und Vorbild für Europa

Klares und einfaches Recht sollte der nationale Gesetzgeber als Wettbewerbsvorteil betrachten und als Chance, alte Ver-

ner Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 7.12. 2000, *ABl.* Nr. C 364, 1 = Beilage zu *NJW* 2000/49.

226 *Möllers* (Fn. 3), S. 11; ebenso *Basedow* *AcP* 200 (2000), 445, 475f. Konsequenterweise spart die *Lando*-Kommission das Familien- und das Erbrecht aus.

227 S. bereits *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht* Bd. 1, 1996, § 2; *Köhler*, in: *Basedow* (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 33ff.

228 *Zimmermann* JZ 2000, 853ff.; *Zimmermann* ZEuP 2001, 217ff.

229 Die großen Unterschiede im Deliktsrecht zwischen den Mitgliedstaaten mag man damit erklären, dass grenzüberschreitende Handelsbeziehungen regelmäßig durch Verträge konkretisiert wurden, während das parteienfreie Deliktsrecht oft nur regional in Anspruch genommen werden musste.

230 S. *von Bar* ZEuP 2001, 515, 520.

231 Das *common law* und das deutsche Recht betonen den Gedanken der Freiheit, das französische Recht die Idee der *fraternité*, vertiefend *Jansen* ZEuP 2001, 30, 36f.

232 *EuGH*, 5.3. 1996 – Rs. C-46/93, Slg. 1996, I-1029 Tz. 75f. = JZ 1996, 789 (*Ehlers*) = *NJW* 1996, 1267 – *Brasserie du Pêcheur*.

233 S. oben Fn. 193.

234 Angedeutet auch bei *Posch* ZEuP 2001, 595, 603. S. *von Bar* (Fn. 215), Bd. 2, Rdn. 366, 350; a.A. noch *von Bar* *ZfRV* 1994, 221, 227, der einen solchen Schmerzensgeldanspruch als typisch nationales Regelungsgebiet betrachtet.

235 Abgesehen von Österreich ist der Befund bei der Anwendung der Vorgaben der Produkthaftungs-RiL in den verschiedenen Mitgliedstaaten bisher niederschmetternd, s. Bericht der Kommission über die Anwendung der Produkthaftungs-RiL v. 31.1. 2001, KOM (2000), 893 endg. S. auch *Posch* ZEuP 2001, 595ff.

krustungen aufzubrechen²³⁶. Italien²³⁷, die Niederlande²³⁸ und die Schweiz²³⁹ haben mit ihren Gesetzbüchern gezeigt, dass auch in einem demokratischen Staatswesen Zivilgesetzbücher mit modernen Verbraucherelementen möglich sind. Der Kodifikationsgedanke war in Deutschland bis in die jüngste Vergangenheit tot²⁴⁰; man prognostizierte die dauerhafte Abschiebung des Verbraucherschutzrechtes als Sonderprivatrecht in zahllose Sondergesetze²⁴¹. Diese Tendenz hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in einem mutigen Schritt durchbrochen: Verbraucherschutzrecht ist Teil

236 So bereits Möllers (Fn. 3), S. 60; Möllers 48 Am.J.Comp.L. 679, 699 (2000).

237 Für die Umsetzung der AGB-RiL 93/13/EWG durch Art. 1469 *codice civile* s. z. B. Micklitz/Brunetta d'Usseaux ZEuP 1998, 104 ff.

238 Für einen Überblick s. Drobnig 1 Eur.Rev.P.L. 171 ff. (1993); Hartkamp AcP 191 (1991), 396 ff.; de Groot ZEuP 1999, 543 ff.

239 So wurde beispielsweise das Arbeitsrecht und der Abzahlungskauf in das Obligationenrecht integriert, s. Art. 319–362 OR und Art. 226a – 228 OR.

240 Kübler JZ 1969, 645, 646, 648: „die pluralistische Industrie- und Interessengesellschaft ist zur Kodifikation nicht mehr in der Lage“; ihm folgend Hommelhoff, in: FS Rittner, 1991, S. 165, 182; Drexler (Fn. 3), S. 75.

241 So Tonner JZ 1996, 533 ff.; Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, S. 4.

des Allgemeinen Rechts²⁴², ist doch jeder Bürger auch Verbraucher, soweit er nicht gewerblich auftritt.

Ein Vorpreschen des nationalen Gesetzgebers hat zwar die oben genannten Nachteile, aber auch zahlreiche Vorteile. Neben der Vereinfachung ist auch die Modernisierung verschiedener überkommener Rechtsprinzipien zu nennen. Bei der Einführung eines europäischen Produkthaftungs-, Handelsvertreter- oder Umwelthaftungsrechts²⁴³ konnte man sich an deutschen Vorbildern orientieren; es bestehen gute Chancen, dass dies auch für das am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gilt. Wie schon das moderne niederländische Bürgerliche Gesetzbuch könnte sich auch das deutsche BGB als Exportschlager erweisen. Und vielleicht wird es als Vorbild für ein künftiges Europäisches Zivilgesetzbuch dem zivilrechtlichen Einigungsprozess in Europa einen deutlichen Schub leisten²⁴⁴.

242 Palandt/Heinrichs (Fn. 88), Einl. Rdn. 1; Canaris AcP 200 (2000), 273, 361; Medicus, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 55), S. 607; W.H. Roth JZ 2001, 475, 485.

243 Umwelthaftungsgesetz v. 10. 12. 1990, BGBl. I 2634.

244 Gegenüber dem Diskussionsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung ein solches Ansinnen dagegen noch deutlich ablehnend W.H. Roth, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 55), S. 225, 230 f.

Professor Dr. Wolfgang B. Schünemann, Universität Dortmund

Gesetzliche Ermächtigung zu einseitigen Vertragsänderungen?

Zum vertragsdogmatischen Grundverständnis des § 172 Abs. 2 VVG

Hat sich der Gesetzgeber an versteckter Stelle im System des Privatrechts, nämlich in § 172 VVG, von fundamentalen Grundsätzen der Vertragsdogmatik, dem Prinzip des *pacta sunt servanda* und dem vertragsspezifischen Konsensprinzip, heimlich verabschiedet und ein Recht zu einseitiger Vertragsgestaltung unter Ersetzung des Konsensprinzips durch die Zustimmung eines Treuhänders normiert? Ist dies etwa ein Modell für teilweise unwirksame Massenverträge überhaupt, also nur ein erster Schritt? Der Beitrag wendet sich dagegen.

I. Aktualität und Grundsätzlichkeit der Thematik

Die weitreichende Deregulierung des Versicherungswesens hat dazu geführt, dass die Einflussnahme des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen (BAV) durch eine Vorab-Kontrolle der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) entfallen ist. Dies hat die entscheidungspsychologische Situation bei der zivilgerichtlichen Inhaltskontrolle von AVB nach §§ 307 ff. BGB n.F. (§§ 9 ff. AGBG) maßgeblich verändert. Zunehmend gewinnen die Gerichte ihren Entscheidungsspielraum zurück, weil sich nun von interessierter Seite nicht mehr argumentieren lässt, was aufsichtsrechtlich genehmigt worden sei, könne schlechterdings nicht intransparent oder inhaltlich zu Lasten der Versicherungsnehmer unangemessen sein und den Geboten von Treu und Glauben widersprechen. Markante und hoffentlich weiter

ermutigende Beispiele dieser positiven Entwicklung liefern in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Urteile des BGH vom 9. 5. 2001¹, die bestimmte Klauseln in AVB der volkswirtschaftlich ebenso bedeutsamen wie für die Versicherungsunternehmen und ihren Vertrieb bislang sehr lukrativen Kapital-Lebensversicherungen für unwirksam erklärten.

Da einerseits die Feststellung unwirksamer AVB in Zukunft wohl kein Einzelfall bleiben wird und andererseits bei Massenverträgen wie den Versicherungsverträgen schon wegen der subjektiven Grenzen der Rechtskraft besondere Probleme gerade auch für die übrigen, nicht am Verfahren beteiligten Versicherungsnehmer entstehen², hat der Gesetzgeber für „die Lebensversicherung“ mit § 172 Abs. 2 VVG³ die

1 BGH VersR 2001, 839 m. Anm. Präve = NVersZ 2001, 313 = ZIP 2001, 1061 (Vorinstanz OLG Stuttgart VersR 1999, 832; BGH VersR 2001, 841 m. Anm. Präve = NVersZ 2001, 308 = ZIP 2001, 1052 m. Anm. Reiff (Vorinstanz OLG Nürnberg VersR 2000, 713). S. dazu etwa auch Schwintowski NVersZ 2001, 337. Auch Wandt VersR 2001, 1449 konstatiert die „zunehmend strengeren Anforderungen“ der Rspr. an AVB.

2 Vgl. BGH VersR 1992, 477, 479 = NJW 1992, 1164, 1165; Römer VersR 1994; Pauly VersR 1996, 287.

3 Für die private Krankenversicherung hält § 178g Abs. 3 S. 2 VVG eine gleichartige Option bereit. Auch daraus ergibt sich neben anderen, hier nicht darlegbaren Erwägungen (z. B. verweist § 172 Abs. 2 VVG auf Abs. 1, der unstreitig einen engen Anwendungsbereich hat), dass § 172 Abs. 2 VVG Lebensversicherungen nur insoweit ergreift, als diese strukturelle Ähnlichkeiten mit der Krankenversicherung, vor allem aber mit den in § 172 Abs. 1 VVG genannten Lebensversicherungen aufweist, also nur bezüglich solcher AVB, die sich auf das sog. dread disease-Risiko beziehen. Ebenso Rö-